

TİCARET ŞİRKETLERİNDE YÖNETİCİLERİN CEZAI SORUMLULUĞU

M. Tevfik Odman-Raşit Yılmaz*

ÖZET

İcra ve İflâs Kanunu'nun 345 inci maddesi tüzel kişilerin işlemlerinden dolayı, kimlerin ceza yaptırımını ile karşı karşıya kalacaklarını düzenlemiştir. Şirket adına bu kişiler arasında, tüzel kişinin müdürleri, mümessilleri veya vekilleri gösterilmektedir. Bu konu, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan şirket yöneticilerinin hukuki sorumlulukları yanında, İcra ve İflâs Kanunu'nda da cezai sorumluluklarının düzenlenmesi gereğini ortaya çıkarmış ve bu doğrultuda, 333/a, 334, 345 ve 345/a maddelerinde gerekli düzenlemeler yapılmış ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nun 161 nci maddesinde hileli iflâs, 162 nci maddesinde de taksirli iflâs suçlarına yer verilmiştir.

Bu makalenin amacı; yukarıda açıklanan çerçevede içinde İcra ve İflas Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddeleri, kural ve ilkeleri temelinde, ticaret şirket yöneticilerinin cezai sorumluluklarını incelemektir. Bu bağlamda, İcra ve İflas Kanun'da yer alan suçlar yönünden, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile hukukumuza ilk kez giren, örneğin uzlaşma gibi kurumların uygulanabilme imkânları, Yargıtay kararları ve öğretideki görüşler çerçevesinde araştırılmakta ve bu konuda bir sonuca varılmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler : İcra, iflâs, sermaye şirketleri, icra ve iflas suçları.

*Prof. Dr. M. Tevfik Odman, Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Adana Barosu Avukatı. Raşit Yılmaz, Adana Barosu Avukatı.

ABSTRAC

The article of 345 in the Execution and Bankruptcy Code states the persons who have criminal responsibilities as a juridical person. This article indicates the juridical person's directors, their representatives or deputies in the name of the company. For these reasons, after codifying the chapter related to the legal responsibilities of company administrators in Turkish Commercial Code, it seems that there is a need to regulate the articles of 333/a, 334 and 345 of Execution and Bankruptcy Code. Also, the bankruptcy by deception and reckless bankruptcy are arranged in the article 161 and 162 of Turkish Penal Code.

Purpose of this article is to scrutinize rules and principles in the related article 333/a of Execution and Bankruptcy Code, of Turkish Commercial Code and of Turkish Penal Code by examining the legal responsibilities of company administrators. The article also aims to

search the perspective of the crimes in the Execution and Bankruptcy Code, Turkish Penal Code, and Penal Justice Code. In addition, it aims at implementing of mediation instruments and the decisions taken by the High Court of Appeals including doctrine.

Key Words: Execution, Bankruptcy, Stock Companies, Execution and Bankruptcy Crimes.

GİRİŞ

İcra ve İflas Kanunun Onaltıncı Babı, **Cezai Hükümler Bölümü** başlığını taşımakta ve 310 ila 345/b maddeleri icra ve iflas suçu sayılan eylemleri ve cezalarını göstermektedir. **İcra ve İflas Kanunu**'nda, kimi ekonomik suçlara, cezalara ve özel yargılama usullerine yer verilmesinin nedeni, icra yoluyla takipte, işlemleri etkili hale getirmek ve alacaklıların haklarını güvence altına almaktır. Zira, ticari ve ekonomik hayatın gelişmesi ve büyük yatırımların yapılması, özellikle ticari yaşamda kişilerin birbirlerine güvenmelerine ve piyasadaki istikrara bağlıdır. Ticari yaşamın kompleks bir hale gelmesi ve küreselleşmesi sonucu, şahıs yatırımları yerine, sermaye şirketleri ön plana çıkmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu şirketlerin üçüncü kişilere karşı hukuki sorumlulukları yanında, yönetici, müdür ve vekillerinin de, cezai yönden sorumluluklarının belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü, salt hukuki sorumluluk yüklemek suretiyle, ticari hayatı kaosa sürüklemekten dengede tutmak ve ekonominin sağlıklı bir şekilde büyümesini sağlamak mümkün görülmemektedir. **İcra ve İflas Kanunu**'nun 345 inci maddesi tüzel kişilerin işlemlerinden kimlerin ceza göreceklerini açıklamıştır. Şirket adına sorumlu olan kişiler arasında, tüzel kişinin müdürleri, mümessilleri veya vekilleri gösterilmektedir. Bu nedenlerle, **Türk Ticaret Kanunu**'nda düzenlenmiş olan şirket yöneticilerinin hukuki sorumlulukları yanında, **İcra ve İflas Kanunu**'nda da cezai sorumluluklarının düzenlenmesi gereği ortaya çıkmıştır.

Yukarıda açıklanan çerçevede içinde, özel olarak **İcra ve İflas Kanunu**'nun 333/a maddesinde yazılı olan **ticari işletmede yöneticilerin cezai sorumluluğu** bağlamında, **Türk Ticaret Kanunu** ve **Türk Ceza Kanunu** ile **Ceza Muhakemsî Kanunu**'nun ilgili maddeleri, kural ve ilkeleri temelinde, şirket yöneticilerinin cezai sorumlulukları, Yargıtay kararları ve öğretideki görüşler çerçevesinde araştırılacak ve incelenecektir

1. ŞİRKETLER VE OLUŞUMLARI İLE ORGAN VE TEMSİLCİLERİNE GENEL BAKIŞ

Genel olarak ticaret ortaklıkları, ekonomik açıdan bir kazanç sağlamak amacıyla, bireylerin oluşturdukları ticari işletmeler olarak tanımlanabilir. Şirketler, genelde ticari işletmeler işletirler. Bu tanımda yer verilen **“ekonomi”** sözcüğü geniş anlamda olup, **“teşebbüs-girişim, sermaye-yatırım-kapital ve emeği”** ifade etmektedir¹.

TTK.nun 136 ncı maddesine göre, ticaret şirketlerinin, sınırlı sayıda tipleri ve oluşumları gösterilmek suretiyle belirlendiği gözlemlenmektedir². Dolayısıyla, ticaret şirketlerinin tipleri ve oluşumlarının kanunla ve **numerus clausus** ilkesi doğrultusunda belirlenmiş olması, söz konusu şirketlerin mutlaka kanunda gösterilen şirket tiplerinden birine uyma zorunluluğunu kendiliğinden ortaya çıkarmaktadır³. Bu bakımdan, TTK.nda yer verilen ticaret şirketi türlerinden birine uymayan ortaklıklar hakkında, TTK. hükümleri yerine, BK.nun 520 nci maddesindeki **“Bir şirket Ticaret Kanununda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını haiz değil ise, bu bap ahkâmına tabi adi şirket sayılır.”** hükmü uygulanmaktadır⁴.

¹ Pulaşlı Hasan, **Şirketler Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Adana, 2003, s. 2.

² 29.06.1956 Tarihli ve 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu için bkz. **Resmî Gazete**, 09.07.1956, Sayı: 9353.

³ Karayalçın Yaşar, **Ticaret Hukuku Şirketler Hukuku**, Cilt II, 2. Bası, Ankara, 1973, s. 87.

⁴ Adi şirket için bkz. BK. Madde 138.

TTK.nun 136 ncı maddesine göre, “**ticaret şirketleri kolektif; komandit; anonim; limited ve kooperatif şirketlerden meydana gelmektedir.**”⁵ 24.4.1969 Tarihli ve 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 100 ncü maddesinin, TTK.nun kooperatif şirketlerle ilgili hükümlerini yürürlükten kaldırmış olması karşısında, kooperatif şirketlerin TTK. kapsamından çıkarıldığı şeklinde bir görüş ileri sürülebilse dahi, TTK.nun 136 ncı maddesinin halen yürürlükte olması nedeniyle, genel olarak böyle bir görüşün kabul edilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmekte ve kooperatif şirketlerinin en azından ticaret ortaklığı sayıldığı belirtilmektedir⁶. Zira, halen Koop.K.nun 98 inci maddesine göre, kooperatiflerle ilgili olarak şekli yönden, anonim ortaklıklara yollama yapıldığı görülmektedir. Ayrıca, Koop.K.nun değişik 1 inci maddesinde de, kooperatiflerin şirket olarak tanımlandıkları anlaşılmaktadır.

Yukarıda sözü edilen tüm bu şirketler, tüzel kişiliğe sahip olup, TTK.nun 139 uncu maddesine göre sermayeleri, ortakların sermaye borcu çerçevesinde, para, alacak, kıymetli evrak ve menkul şeyler; imtiyaz ve ihtira beratları ve alâmeti farika ruhsatnameleri gibi, sınaî haklar; her tür taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, ticari işletmeler ve telif hakları, maden ruhsatnameleri gibi, ekonomik değeri olan sair haklardan oluşmaktadır.

Genel olarak bu şirketlerden, kimilerinde genel kurul, yönetim kurulu, denetim organı, kimilerinde ise, idare görevi veya temsil yetkisiyle görevlendirilmiş üye veya üyeler, müdürler, temsilciler veya vekiller bulunmaktadır.

İİK.nunda yer verilen ticaret şirketi yöneticilerinin cezai sorumluluğu açısından bu organ veya kişilerin konumları ve sorumlulukları farklı şekiller göstermektedir.

Gerek TTK.nda gerekse diğer ilgili kanunlarda doğrudan genel bir şirket tanımı yapılmamıştır. Ancak, şirket tanımı yapılırken, BK.nun 520 enci maddesindeki adi şirket tanımından esinlenilmektedir. Bununla birlikte, aşağıdaki açıklanacağı üzere, TTK.nun 136 ncı maddesinde şirket türlerine göre, değişik tanımlara yer verildiği ve pek çok maddede şirketlerle ilgili düzenleme yapıldığı görülmektedir. TTK.nun 136 ncı maddesinde, daha önce belirtildiği şekilde şirketlerin türleri, sayma yoluyla belirtilmiştir. Dolayısıyla bu şirketler dışında kalan oluşumlar hakkında, TTK.nun şirketlere ilişkin hükümlerinin uygulanması yasal açıdan mümkün değildir.

1.1. ŞİRKET ORGANLARI

TTK.nun 136 ncı maddesinde sözü edilen, kolektif; komandit; anonim; limited ve kooperatif şirketlerin organları, şirket yöneticilerinin sorumluluğu ile ilgili İİK.nunda yer verilen hükümlerde, bu değişik türde organların ve kişilerin sorumlulukları yönünden değişiklik göstermektedir.

Hukukta organ kavramı; tüzel kişi örgütünün bir parçasını oluşturan ve tüzel kişinin hukuk hayatına etkin olarak katılımını sağlayan kişi veya kişileri ifade etmektedir⁷. Organı oluşturacak kişi veya kişiler, tüzel kişinin kurucu belgesinde açıkça belirtilmiş ise, bu kişilerin organ sıfatıyla yapacağı eylemler ve işlemler, tüzel kişiler için bağlayıcı niteliktedir. Diğer taraftan, söz konusu kurucu belgenin açıkça öngörmediği kişilerin, organ sayılıp sayılamayacağı, her olayın özelliklerine göre saptanır. Organ ile tüzel kişi arasındaki ilişkinin ne olduğu, kanunlarda açıklanmamıştır. Ancak, öğretide bu ilişkinin bir tür vekâlet ya da hizmet sözleşmesi olduğu kabul görmektedir⁸.

Organ ile tüzel kişi arasındaki yukarıda açıklanan ilişkiye bakarak, organ tüzel kişinin bir temsilcisi olarak algılanmamalıdır. Organın faaliyette bulunurken açıkladığı irade, tüzel kişinin iradesi olarak kabul edilir. Diğer yandan, temsilci temsil ettiği kişinin iradesini açıklama aracı olmamakla

⁵ Ticaret Şirketleri ve Türk hukukunda “numerus clausus”un ne şekilde anlaşılacağı konusunda bkz. Poroy Reha-Tekinalp Ünal-Çamoğlu Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, İstanbul, Eylül 2005. 125.

⁶ Poroy-TekinalpÇamoğlu, s. 19

⁷ TMK.nun 48 inci maddesinde Tüzel Kişilerin Hak Ehliyeti, “Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildir.” ve 49 uncu maddesinde Fiil Ehliyeti, “Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre, gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyeti kazanırlar.” şeklinde tanımlanmıştır.

⁸ Kayar, Anonim ortaklıklarda murahhas müdürler ile şirket arasında vekâlet ilişkisi; müdürler ile de genellikle hizmet sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Kayar İsmail, **Şirketler Hukuku**, Ankara, 2004, s. 168-169.

birlikte, kendi iradesiyle yaptığı hukuki işlemin sonuçları, temsil ettiği kişinin hukuk çevresinde doğar ve etkisini gösterir. Yardımcı kişiler ise, tüzel kişinin çeşitli işlerini gördürmek amacıyla, bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı kişilerdir. Bu kişiler, organ sıfatına sahip değildirler. Örneğin, bir şirketin taraf olduğu bir davada, şirket organı tarafından bir vekâlet sözleşmesi çerçevesinde vekil olarak belirlenen avukat, organ olmayıp, bir yardımcı kişi konumundadır.

Şirket yöneticisinin sorumluluğu açısından, yukarıda söz edilen şirketlerin, hangi organlara sahip olduğuna kısaca değinmekte yarar görmekteyiz.

Limited Şirketin Organları: Limited şirketlerde iki zorunlu organ bulunmaktadır. Bunlar; Ortaklar Genel Kurulu ve Müdürler'dir. Bu organların yanında, ortak sayısına göre, şirkete denetçi atanabilmesi de mümkündür. Ortak sayısı iki ila yirmi arasında olan şirkete, denetçi atanması zorunlu değildir. Ortaklar Genel Kurulu, yetkileri iç ilişkide kalan bir karar organıdır.

Müdürler; TTK., limited şirketi idare ve temsil eden kişileri, ortak olsun veya olmasın “**müdür**” olarak adlandırmaktadır. Müdür/müdürler, şirketin yönetim ve yürütme organı olup, limited şirketi idare ve temsil ederler. Müdür/müdürler, limited şirketin amaç ve işletme konusu içine giren her türlü işleri ve hukuki işlemleri, ortaklık adına yapmak ve şirket unvanını kullanmak hakkına sahiptirler⁹.

Anonim Şirket Organları: Anonim şirkette bulunması kanunen zorunlu olan üç organ vardır. Bu organlar Yönetim Kurulu, Denetleme Kurulu, Genel Kuruldur. Biri var olmadığı ya da Genel Kurul toplanmadığı takdirde, TK.nun 435 inci maddesine göre, pay sahiplerinden ya da şirket alacaklılarından birinin veya Ticaret Bakanlığı'nın istemi üzerine mahkeme, şirketin durumunun yasal hale getirilmesi için uygun bir süre verir. Buna rağmen, durum düzeltilmezse, mahkeme şirketin feshine karar verir.

Ortaklığın yönetimi ve temsili yönetim kuruluna aittir. Genel anlamı ile yönetim kavramı, kanunda diğer organlar için öngörülmüş görevler dışındaki olağan ve olağanüstü bütün işlemleri kapsar. Yönetim kurulu, esas sözleşme ile veya genel kurulca en çok üç yıl için seçilir ve üç kişiden oluşur.

Kollektif Şirket: Kollektif şirketlerde, genel olarak bütün ortaklar şirketi yönetme hakkına sahip bulunmaktadırlar. Uygulamada ise, yönetim görevinin, şirket sözleşmesinde belirtildiği şekilde veya ortak çokluğunun isteklerine göre yapıldığı gözlemlenmektedir.

Komandit Şirket: Komandit şirket, komandite ortaklar tarafından, kolektif şirkette olduğu gibi yönetilir. Komanditer ortaklar yıl sonlarında kâr veya zarardan paylarına düşene katılmakla beraber, şirketin defter ve dosyalarını inceleyebilirler.

Komanditer ortak, ortaklığı ortak sıfatı ile temsile yetkili değildir. Fakat komanditere bir üçüncü kişi gibi, iradi temsil yetkisi verilebilir. TTK.nun 257 nci maddesi, komanditer ortağın ticari mümessil veya ticari vekil olarak tayin edilmesine izin vermektedir. Bu hüküm uyarınca, kanunen temsil yetkisine sahip bulunmayan bir komanditere, dolaylı yönden yönetim ve temsil yetkisi tanınabilmektedir¹⁰.

Kooperatifler: Kooperatiflerin zorunlu üç organı bulunmaktadır. Bu organlar, ortaksal hakların kullanıldığı karar organı olan Genel Kurul (Koop. K. 42-54), Kooperatifi yöneten ve temsil eden Yönetim Kurulu (55-64) ve kooperatifin işlem ve hesaplarını denetleyen denetçilerdir(65-69). Genel kurul, kooperatifin en yetkili organıdır. Genel kurul tüm ortakların katılımı ile oluşur ve yılda en az bir kez toplanır.

Yönetim kurulu, kooperatifin işlerini yürütür ve kooperatif kayıtlarını tutar. En az üç kişiden meydana gelir. Yönetim kurulu üyelerinin mutlaka ortaklardan oluşması gerekmektedir. Yönetim Kurulu kooperatif çalışmalarını yönlendirir.

⁹ Y.TD.nin 26.10.1970 Tarihli ve E. 4504 K. 3946 Sayılı Kararı için bkz. Pulaşlı, s. 1093.

¹⁰ Poroy-Tekinalp-Çamoğlu, s. 221.

Denetleme kurulu, genel kurulca seçilen en az bir kişiden oluşur. Denetçi veya denetleme kurulu üyelerinin, ortak olması şart değildir. Yönetim kurulu çalışmalarını denetler ve hazırladığı raporu genel kurula sunar. Ancak, yönetim kurulunda oy kullanmazlar.

1.2. ŞİRKETLERDE CEZAI YÖNDEN SORUMLU OLAN KİŞİLER

İİK.nun 345 nci maddesinde, bu Kanunda yazılı suçların tüzel kişiliğe sahip şirketlerde, tüzel kişinin yönetim veya işlemlerinin yerine getirildiği sırada işlenmiş olması halinde, cezai sorumluluğunun o tüzel kişinin müdürlerinden, mümessil ve vekillerinden, tasfiye memurlarından, yönetim kurulu başkanı ve üyelerinden veya denetçi ve müfettişlerinden fiili yapmış olanlara ait olduğu belirtilmektedir.

İİK.nun bu düzenlemesi TC. Anayasası'nın "**Ceza sorumluluğu şahsidir**" ilkesini belirleyen 38 nci maddesinin altıncı fıkrası ile, "**Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz**" hükmünü taşıyan TCK.nun 20 nci maddesinin 1 inci fıkrası ve 2 nci fıkrasında yer verilen, "**Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanır.**" hükmüne uygun niteliktedir. Söz konusu maddenin gerekçesinin bir bölümünde de, özel hukuk tüzel kişilerinin suç faili sayılıp sayılmayacakları, "**Özel hukuk tüzel kişilerinin suç faili sayılıp sayılmaması ile işlenen bir suçtan dolayı bunlar hakkında bir yaptırıma hükmedilmesi sorunu birbirinden ayırmak gerekir. Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bu anlaşılış Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının bir gerçeğidir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir.**" şeklinde açıklanmıştır. Y.C.G.K.nun 17.12.1990 Tarihli ve E. 1990/312 ve K. 1990/340 Sayılı Kararında; tüzel kişinin birden fazla temsilcisinin bulunması halinde cezai sorumluluğun cezanın şahsiliği ilkesine bağlı olarak, temsil yetkisinin bölüşümündeki ağırlık ve sınırlar dikkate alınarak, suçun şekil sorumlusuna değil, ayrıntısını bilen ve oluşumunda rolü olan kanuni temsilciye ait olduğu, açıklanmıştır¹¹. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, İİK.nda yazılı suçlar yönünden, tüzel kişinin yönetim veya işlemlerinin yerine getirildiği sırada suçun işlenmiş olması halinde, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi çerçevesinde, eylemi gerçekleştirmiş olan o tüzel kişinin müdürleri, mümessil ve vekilleri, tasfiye memurları, yönetim kurulu başkanı ve üyeleri veya denetçi ve müfettişleri sorumlu olmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, özel hukuk tüzel kişilerinin suç faili olarak cezalandırılmaları yasal yönden mümkün değildir, ancak bu durumda, TCK.nun **Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri** başlıklı, 60 ıncı maddesinde yer alan, "**Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkumiyet halinde iznin iptali karar verilir.**" hükmü uyarınca, özel hukuk tüzel kişinin izninin iptal edilmesi suretiyle faaliyetine son verilebilecektir. Ayrıca, müsadere hükümleri de özel hukuk tüzel kişisi hakkında uygulanabilecektir. Ancak, bu hükümlerin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği ve faydadan ziyade zarar getireceği durumlarda, hâkimin bu tedbirlere hükmetmemesi de mümkündür¹².

Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine başvurulabilmesi için, mutlaka tüzel kişinin temsilcilerinin işlediği suç ile ilgili olmak üzere, bu konuda düzenleme bulunması gerekir. TCK.nun 60 ıncı maddesinin 4 üncü fıkrasında bu gerekliliği, "**Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.**" şeklinde düzenlemiştir.

¹¹ **Corpus İçtihat Bilgi Bankası.** Ayrıca, Y.11.C.D.nin 22.06.2004 Tarihli ve E. 2003/23, K. 2004/5633 Sayılı kararında da, "Şirketteki hissesini 28.12 1995 gün ve 37634 yevmiye nolu noter sözleşmesi ile H'ye devrettiğini savunmasında belirten sanığın temyiz dilekçesi ekindeki, şirket ortaklar kurulunun 07.03.1996 gün ve 6 sayılı kararında şirket müdürlüğü görevinin sona erdiği ve şirket müdürü olarak H'nin atandığının belirtilmesi karşısında, suça konu faturaların tarihleri gözetilerek şirket idare ve temsil yetkisinin kime ait olduğunun saptanması gerekmektedir." denilerek, şirketler yönünden temsilcilerin şahsi sorumluluğunun kabul edildiği açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Bkz. **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.**

¹² Bakıcı Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 1364.

1.2.1 MÜDÜRLER

Anonim şirketlerde, şirket işlerinin kurul halinde çalışan yönetim kurulunca yürütülmesi zordur. Bu nedenle, şirketin tüm işlerinin hızlı ve ekonomik yürütülmesi için, bu işleri yerine getirecek müdüre gereksinim vardır. Uygulamada, genel müdür olarak anılan müdür, anonim şirketin icra elamanıdır. TTK.nun 342 nci maddesinde yer verilen müdürler, şirkete hizmet akdi ile bağlıdır. Müdürlerin sorumlulukları, bu maddede düzenlenmiştir. Söz konusu madde, **“Şirket muamelelerinin icra safhasına taalluk eden kısmı, esas mukavele veya umumi heyet veya idare meclisi kararıyla idare meclisi azasından veya ortaklardan olmayan bir müdüre tevdi edildiği takdirde; müdür, kanun veya esas mukavele yahut iş görme şartlarını tespit eden diğer hükümlerle yükletilen mükellefiyetleri, gereği gibi veya hiç yerine getirmemiş olması halinde idare meclisi azasının mesuliyetlerine ait hükümler gereğince şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklarına karşı mesul olur. Bu esas, aykırı bir şartın esas mukaveleye konması veya müdürün idare meclisinin emri ve nezareti altında bulunması mesuliyetini bertaraf edemez.”** şeklindedir.

TTK.nun 319 uncu maddesinin ikinci fıkrasında ve 342 nci maddesinde ifade edilen, müdür kavramı bazı hallerde karışıklığa ve yanlış anlamalara neden olmaktadır. Genel olarak, TTK.nun 319 uncu maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen müdüre, murahhas müdür, 342 nci maddesinde düzenlenen müdüre ise, sadece müdür denilmektedir. İki kavram arasındaki fark ise, şu şekilde açıklanabilmektedir. Murahhas müdürler, mutlaka yönetim kurulu dışından seçilmek zorundadırlar. Bunlar yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmişlerse, murahhas müdürden değil, murahhas üyeden söz edilir. TTK.nun 342 nci maddesine göre, seçilen müdürler ise, gerek yönetim kurulu üyeleri arasından, gerekse yönetim kurulu ve hatta ortak bile olmayan kişiler arasından seçilebilirler. Murahhas müdürler, şirketin yöneticisi ve çoğu kez de temsilcileridir. Bu yetkileri ile yönetim kurulunun yerini alırlar. Müdürler ise, yöneticilik ve temsilcilik sıfatlarını taşımazlar. Bu kişiler, şirket yöneticilerinin almış oldukları kararları icra etmekle görevli çalışanlardır. Şirketteki sıfatları itibarıyla, işveren vekili sayılmaktadırlar. Çünkü, şirketin kendisi ve onun yasal temsilcisi yönetim kurulu, işveren sayılmaktadır. Müdürler ise, yönetim kurulu veya murahhas müdürlerin memuru durumundadırlar¹³.

Limited ortaklıklarda “idare ve temsil” başlığını taşıyan 540-547 nci madde hükümlerinde, müdürlerin görevlendirme şekilleri, yetkileri ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. İdare ve temsil eden kişiler, ister ortak olsunlar ister olmasınlar müdür olarak adlandırılırlar. İdare-yönetim, şirketin amacı kapsamında her türlü faaliyeti yürütmektir. Temsil ise, şirketin dış ilişkilerini içermektedir.

Kollektif ortaklıkta, idare hakkının bir tek ortağa verilmesi mümkün olduğu gibi, bu hakkın bazı ortaklar tarafından birlikte kullanılması da mümkündür. İdare hakkı, ortak olmayan şirket müdürlerine de bırakabilir. Ortak olmayan müdür, hukuki açıdan ticari mümessil durumundadır.

Kooperatiflerde ise, daha önce değinildiği gibi, ana sözleşme, genel kurula veya yönetim kuruluna, kooperatifin yönetimini ve temsiliyi kısmen veya tamamen, kooperatif ortağı bulunmaları şart olmayan bir veya birkaç müdüre veya yönetim kurulu üyesine tevdi etmek yetkisini verebilir.

1.2.2. TİCARİ MÜMESSİLLER

BK.nun 32 ve devamı maddelerinde temsille ilgili hükümler bulunmasına karşılık, ticari mümessiller ve ticari vekiller yönünden ayrı bir düzenlemeye daha gereksinim duyulmuş ve bu nedenle, aynı Kanun’un 449-456 ncı maddelerinde özel düzenleme yapılmıştır.

BK.nun 449 uncu maddesinde ticari mümessil, **“Ticari mümessil, bir ticarethane veya fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından işlerini idare ve müessesenin imzasını kullanarak bilvekele imza vazetmek üzere sarih veya zımni kendisine mezuniyet verilen kişidir.”** şeklinde tanımlanmıştır. Ticari mümessiller, aslında Ticaret Hukuku kurumu olmasına karşın, İsviçre’de ayrı bir ticaret kanunu olmadığı için hukuk sistemimizde TTK., yerine, B.K.nda düzenlenmiştir. Madde metninden anlaşılacağı üzere, ticari mümessiller, işletme konusuna giren tüm işlemleri, işletme sahibi adına yapmaya mezun kılınmış kimselerdir. Maddenin ikinci fıkrasında yer verildiği üzere, şirket ticari mümessil ile ilgili vekâletnameyi, ticaret siciline kaydetmek zorundadır. Ancak, bu kayıt kurucu unsur niteliğinde değildir. Çünkü, aynı fıkarda, kayıttan önce de mümessillerin işlemlerinin geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Ancak, Y.11.H.D.nin 31.03.1981 Tarihli ve E. 522, K. 1405 Sayılı Kararında da vurgulandığı üzere, diğer tür müesseselerdeki örneğin

¹³ Eriş Gönen, **Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler**, Birinci Cilt, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, 1992, s. 998.

bunlar, anonim veya limited şirketler olabilir, ticari mümessillerin tayinleri ticaret siciline kayıt ile geçerlilik kazanırlar¹⁴. Temsil yetkisinin verilmesi ilke olarak hiçbir şekle tabi değildir. Yetki, sözlü olarak verilebileceği gibi, yazılı olarak da verilebilir. Bu bakımdan, temsil yoluyla yapılması düşünülen işlem özel, bir şekle bağlı olsa dahi, bu işlemin yapılması için verilen temsil yetkisinin şekle bağlı olması şart değildir¹⁵. Ancak, tapuda mülkiyetin devri veya aynı hak ile ilgili konular gibi, özel vekaleti gerektiren durumlar bunun dışındadır.

Ticari temsilcinin yetkisi; teşebbüsün yönetimine ilişkindir. Bu bakımdan, yönetim ve temsil işlemlerinin dışında bulunan işlemler, temsil yetkisinin dışında kabul edilirler. Bu nedendir ki, ticari mümessiller, teşebbüsü başkasına satamaz, devredemez ve teşebbüsün tasfiyesini ve iflasını isteyemedikleri gibi, işletmeye ortak da olamazlar. Buna karşılık, şirketteki sıfatları itibarıyla, işveren vekili sayılan müdürler ise, yönetim kurulu veya Murahhas Müdürlerin memuru durumunda olduklarından, ticari mümessillerin yetkilerine tam olarak sahip değillerdir. Bununla birlikte, müdürlerin yaptığı işler kural olarak şirketi bağlar¹⁶.

1.2.3. TİCARİ VEKİLLER

BK.nun 453 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ticari vekil; ticari mümessil sıfatını haiz olmaksızın bir ticarethane veya fabrika veya ticari şekilde işletilen bir müessese sahibi tarafından, müessesenin tüm işleri veya muayyen bazı işlemleri için temsile memur edilen kişidir. İşletme sahibi, ticari temsil yetkisi vermeksizin genel veya bazı işlemlerin yönetimi için temsilci tayin eder ise, bu takdirde temsil yetkisi bu teşebbüsün veya bu tür işin icrasının mutadan birlikte getirdiği, tüm hukuki işlemleri kapsamı içine alır¹⁷. Genellikle, ticari vekillerin tayini şekle bağlı değildir. Bu bakımdan, yazılı olabileceği gibi, sözlü olarak da atanmaları mümkündür. Özellikle, sözlü ve üstü kapalı yetki verilmesi halinde, bu yetkinin verilip verilmediği konusu, teşebbüs sahibinin davranış tarzından, hâkim olan hal ve koşullardan ve yapılan işlemlerin niteliğinden çıkarılabilir. Bu nedenle, ticari vekillerin ticaret siciline kayıtları gerekmez. Ticari vekiller, ancak bir ticari işletmede söz konusu olabilirler¹⁸. Örneğin, Y.T.D.nin 07.04.1971 Tarihli ve E. 1182, K. 2786 Sayılı Kararında da yer verildiği üzere, “...belgede, işletmenin unvanını kullanarak temsilci sıfatıyla, imza yetkisi öngörülmediği durumlarda, genellikle ticari vekilliğin varlığı kabul edilmektedir...”¹⁹.

Diğer taraftan, sözü edilen kişiler yanında, acente, yetkili memurları da yetkili temsilciler kapsamındadır. İpekçi, bu bağlamda, şirketin süregelen avukatları ve mali müşaviri yanında, BK.nun 37 nci maddesi hükmünce, kimi zaman yetkisiz temsilci-prokura'nın, mahkemece tayin edilmiş olmaları konumunda da, kayyum ve vasinin, özel tüzel kişinin yetkili temsilcisi kavramına dahil olduğunu ifade etmektedir²⁰.

2. ŞİRKET YÖNETİCİSİNİN SORUMLULULUĞUNU GEREKTİREN SUÇLAR

TTK.nda sayma yoluyla gösterilen sermaye şirketlerinden olan anonim şirketler yönetim kurulu, limited şirketler ise müdürler tarafından idare ve temsil olunurlar. Şirketler icrai faaliyetlerini yürütmek üzere müdür ya da başka unvanlarla personel de çalıştırabilirler. Kanun koyucu takip hukukuna ilişkin yasal düzenlemeleri yaparken çatışan iki menfaat arasında bir denge kurmak istemiştir. Çünkü takip hukukunun temelinde çatışan iki yarar vardır. Bir tarafta, alacağını elde edemeyen veya bu nedenle zarara uğrayan alacaklı ve onun malvarlığı ile ilgili korunan hukuki değer, diğer tarafta ise borcunu ödemeyen veya ödememek suretiyle alacaklıyı zarara uğratan borçlunun yararı. Bu bakımdan, takip hukukunda getirilen yasal düzenlemelerin amacı, sadece borçlunun cezalandırılması değil; menfaat çatışmasında, alacağın tahsilinin sağlanması veya tahsil yanında zararın da ödettilmesi ve böylece, aynı zamanda bu yolla hukuk düzeninin ve toplumsal düzenin sağlanmasıdır. Bununla birlikte, kanun koyucu bazı durumlarda, icra takibi ile ilgili işlemlerin etkinliğinin sağlanması amacıyla, takip içinde yapılabilecek kötü niyetli davranışlara engel olabilmek

¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve karar için bkz. Uygur Turgut, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri**, Altıncı Cilt, Ankara, Şubat 1994, s. 877-879. Ayrıca bkz. Arıkan Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2005, 160-172.

¹⁵ Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul, Aralık 2006, s. 396.

¹⁶ Kayar, s. 169-170.

¹⁷ Yavuz Cevdet, **Türk Medeni Kanunu-Borçlar Kanunu**, 4. Baskı, İstanbul, Ekim 2001, s. 703.

¹⁸ Uygur, s. 894-895.

¹⁹ Uygur, s. 987.

²⁰ İpekçi Nizam, **İcra Mahkemesi Tatbikatı ve İcra İflas Suçları**, 2. Bası, Ankara, Kasım 2005, s. 579.

için, bazen de kanunda öngörülen bir yükümlülüğün ihlal edilmesi sonucunda kamu otoritesinin etkinliğine zarar verilmesini önlemek için, cezaî yaptırımlar da öngörmüştür²¹.

TTK., genel itibariyle liberal nitelikte bir kanun olup, cezai hükümleri oldukça sınırlıdır. Bu durum, anılan Kanun'un bir eksikliği olarak düşünülmemelidir. Çünkü, TTK., ticaret, endüstri ve hizmet sektörünün kendisine özgü hukuki ilişkilerini düzenlenmeyi amaçlayan bir kanundur. TTK.ndaki cezai düzenlemeler, özellikle şirket tüzel kişiliğini, pay sahiplerini ve üçüncü kişileri korumayı amaçlamaktadır. Örneğin, ticari defterlerin hiç veya kanuna uygun şekilde tutulmaması, ticaret siciline tescil ve kayıt için kötü niyetli gerçeğe aykırı beyanda bulunulması, ticaret unvanıyla ilgili düzenlemelere aykırı hareket edilmesi, pay sahibinin şirket sırlarını ifşa etmesi, kuruluştaki sermaye olarak konulan veya sonradan devralınması kararlaştırılan ayınlara değer biçilmesinde, hile yapılması hallerinde TTK. ilgililer hakkında hapis ve/veya adli para cezaları öngörmüştür.

TTK.ndaki hükümler dışında, anonim ve limited şirket yöneticilerinin cezai sorumluluğu ile ilgili olarak değişik kanunlarda düzenlemeler yer almaktadır. Vergi Usul Kanunu (VUK) ile İİK., buna örnektir. Ceza sistemi açısından, genel düzenleme olan 5237 Sayılı TCK.nda, şirket yöneticileri tarafından işlenebilen ya da şirket yöneticiliği sıfatının suçun ağırlaştırılmış halini oluşturan hükümler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden biri de örneğin, 5237 Sayılı TCK.nun 155 inci maddesinde düzenlenmiş olan **“Güveni Kötüye Kullanma”** suçudur²².

Diğer taraftan, cebri icra borçlunun malvarlığı üzerinde gerçekleştirildiğinden, kural olarak borçlunun şahsı üzerinde, herhangi bir cebir uygulanmaması tercih edilmektedir. Bununla birlikte, özellikle takip prosedürünün sağlıklı işlenmesini sağlamak, kötü niyetli borçlular ile üçüncü kişilerin davranışlarına engel olmak ve şirketler yönünden, şirket adına ve namına işlemlerde ve tasarruflarda bulunan şirket yöneticilerinin kanuna aykırı eylemlerini önlemek amacıyla, İİK.nun Onaltıncı Bab'ında icra ve iflas hukuku özelliklerinden kaynaklanan bir takım suçlar düzenlenmiştir. İcra ve iflas suçları, büyük bir çoğunlukla İİK.nda düzenlenmiş olmakla birlikte, **hileli iflas** (Mad. 161), **taksirli iflas** (Mad. 162) ve **muhafaza görevini kötüye kullanmak** (Mad. 289) suçu gibi, icra ve iflas suçlarının 5237 Sayılı TCK.nunda da düzenlendiği gözlemlenmektedir.

3. ŞİRKET YÖNETİCİLERİNİN SORUMLULUK HALLERİNE GENEL BAKIŞ

Hukukumuzda şirket yöneticilerinin hukuki ve cezai sorumluluğunu düzenleyen birçok hüküm mevcuttur. Bu hükümlerin, TTK.nunda toplu bir biçimde düzenlenmeyip, sorumluların sıfatları ve bunların yaptıkları işlerin türüne göre, dağılan bir sistem uygulandığı görülmektedir. Bu düzenlemeleri, aşağıda şekilde açıklamak mümkündür.

-Yöneticilerin Sorumluluğu ile İlgili Başlıca TTK. Hükümleri: Genel sorumluluk halleri, TTK. madde 336-341'de düzenlenmiştir. Yine, TTK.nun 20 nci maddesinin 2 nci fıkrasında, şirket yöneticilerinin basiretli bir tüccar gibi davranmalarının gerektiği belirtilmiştir.²³. Yönetim kurulu

²¹ Aşık İbrahim, “İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan Cezai Hükümler (M.331–354)ve Anayasa'nın 38. Maddesinin Sekizinci Fıkrası”, <http://e-akademi.org> . Alman HGB'ye göre, prokura, ticari mümessildir.

²² Yavuz Mustafa, “Şirket Yöneticileri Açısından Güveni Kötüye Kullanma Suçu”, E-Yaklaşım / Haziran 2007 / Sayı: 47, <http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/2007069382.htm>

²³ “Kanun hükmünde belirtilen ‘basiret’ kelimesinin sözlük anlamı; sağgörü, biliş, kavrayış ve akıllılıktır. Buna göre, Tüm bu kavramlar esasen sübjektif olup neye göre tespit edileceği bir yorum meselesidir ve kişiden kişiye değişebilir. Bu sebepten dolayı yazarlar, basiretli iş adamı gibi hareket mükellefiyeti tayinde objektif ölçüler kullanılması gerektiğini haklı olarak savunmuşlardır. Burada; kendisiyle aynı sınıfa dahil tedbirli ve muktedir bir tacirin aynı durumda göstereceği ihtimam objektif ölçü olarak nazara alınmaktadır. Yargıtay'a göre bir tacirin göstermeye mecbur olduğu basireti, her tacirin adeten tahmin edebileceği hususlarla ölçmek lazımdır. Kimsenin önceden tahmin edemeyeceği ve vukuun en uzak ihtimaller dahilinde bulunan hususlar ve aynı şeylerin başkası tarafından yapılamayacağı haller basiretsizlik olarak kabul edilemez. Bu ölçüler kesin olmayıp her muameleye ve olaya göre ayrı ayrı tayin edilmelidir Yargıtay'a göre, basiretli iş adamı gibi hareket etmek, ‘bugünün ve istikbalin piyasa durumunu tacirin işlemi yaptığı sırada göz önünde tutması’ demektir. Buna benzer başka bir tarife göre de, basiretli hareket etmek, ‘bugünün ve geleceğin koşullarını gerçek ve ölçülü bir şekilde değerlendirebilmektir.’ Tüm yazarlar, basiret kavramı ile ilgili olarak hemen hemen aynı şeyleri belirtmektedir. Bize göre de basiret; tacirin gerek hukuki gerekse fiili muamelelerde göstermesi gereken dikkat, ihtimam ve tedbir demektir. Tacir tüm bu hukuki ve fiili faaliyetlerini yaparken, ticari hayatın gerektirdiği tüm tedbirleri alacak ve meydana gelebilecek değişimleri önceden tahmin etmeye

üyelerinin sorumluluğunu açıkça düzenleyen ve bu sorumluluğa dolaylı olarak yol açan ve TTK.nun çeşitli bölüm ve yerlerinde yer alan özel hükümlerin başlıcaları; 53, 65, 67, 275, 308-310, 321, 332, 334, 335, 342, 346, 363, 399, 412, 433, 450, 473 ve 474 üncü maddelerde düzenlenmiştir. Ancak, genel ve özel sorumluluk halleri, bu sayılanlardan ibaret olmayıp; 336/5 ncı maddede yer alan **“Gerek Kanunun gerek esas mukavelelerin kendilerine yüklediği sair vazifelerin, kasten veya ihmali neticesi olarak yapılmaması”** hükmünden hareketle, TTK.nun 137, 271, 304, 320, 324, 327 nci maddeleri ile diğer bazı maddelerin ihlal edilmesi şeklindeki eylemler de, yönetim kurulu üyelerinin uymakla yükümlü tutulduğu esas sözleşme hükümlerinin ihlali olarak, özel sorumluluk hali şeklinde kabul edilmiştir.

-TMK. ve BK. Hükümleri: Sınırlı sorumluluk halleri olarak düşünülmemesi gereken, TTK. hükümlerine ilaveten, TMK. ve BK. genel hükümleri de, üyelerin sorumluluğuna yol açabilmektedir. TMK.nun 2 nci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı, haksız fiillerle ilgili BK.nun 41-50 nci madde hükümleri ile akde aykırı hareketlerden doğan sorumlulukları düzenleyen 96 ncı madde hükmü, çeşitli durumlara göre üyelere uygulanabilmektedir.

-Diğer Kanunlar: Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümler sadece; TTK., MK. ve BK. nda yer alan hükümlerden ibaret değildir. Bu kanunların yanında, daha birçok kanunda yer alan hükümlerde yöneticilerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Örneğin, ödenmesi ihmal edilen vergi ve cezaların mükelleflerden tahsil edilmemesi halinde, yöneticileri sorumlu tutan VUK.nun 10 uncu ve 333 üncü maddeleri, İİK.nun 331-354 üncü maddelerinde düzenlenen cezaların, yöneticilere verileceğini prensibe bağlayan 345 inci maddesi, kusurlu ve hileli iflas hallerinde cezanın yöneticilere verilmesini belirten 310, 311, 345 ile 5237 Sayılı TCK.nun 161 ve 162 nci madde hükümleri gibi. Ayrıca, tüzel kişi yöneticilerinin hukuki ve cezai sorumluluğunu düzenleyen konular da, şirket yöneticiler hakkında uygulama alanı bulmaktadır.

Görüldüğü üzere ticaret şirketlerinde yöneticilerin basiretli bir tacir gibi davranmaları istenmiş ve çeşitli hükümler ile sorumlulukları düzenlenmiştir. Tüzel kişiliğin borcundan, ortakların sorumlu olmaması ilkesinin, ekonomik sistemin gelişmesine katkı sağladığı düşünülmektedir. Ancak, sınırlı sorumluluk ilkesi, her hukuk kuralı gibi kötüye kullanılabilir. Bu sebeplerle, tüzel kişiliğin bazı amaçlar için perde olarak kullanılması halinde, bu perdenin kaldırılacağı hususu çeşitli yazarlar tarafından ortaya atılmıştır²⁴.

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, şirket yöneticilerinin hukuka aykırı eylem veya eylemsizlikleri, değişik kanunlarda yer alan çeşitli maddelerle, gerek cezai yönden gerekse hukuki yönden şahsi mal varlığına yönelmek suretiyle çizmeye çalışılmıştır. Bu konu, anonim şirketlerde TTK.nun 336 ncı maddesinde, **“İdare meclisi azaları şirket namına yapmış oldukları mukavele ve muamelelerden dolayı şahsen mesul olamazlar. Ancak aşağıda yazılı hallerde gerek şirkete gerek münferit pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsilen mesuldürler.**

1. Hisse senetleri bedellerine mahsuben pay sahipleri tarafından vuku bulan ödemelerin doğru olmaması;
2. Dağıtılan ve ödenen kar paylarının hakiki olmaması;
3. Kanunen tutulması gereken defterlerin mevcut olmaması veya bunların intizamsız bir surette tutulması;
4. Umumi heyetten çıkan kararların sebepsiz olarak yerine getirilmemesi;
5. Gerek kanunun gerek esas mukavelelerinin kendilerine yüklediği sair vazifelerin kasten veya ihmali neticesi olarak yapılmaması.

Beş numaralı bentte yazılı vazifelerden birisi 319 uncu madde gereğince idare meclisi azalarından birine bırakılmışsa, mesuliyetin ancak ilgili azaya yükletilmesi lazım gelip o muameleden dolayı müteselsilen mesuliyet cari olmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

çalışarak, taahhütler altına girmesi gerekecektir. Burada belirttiğimiz subjektif kavramların yani dikkat, ihtimam ve tedbirin tayininde ise objektif ölçülerin kullanılması gerekir. Tacirden beklenen basiretli hareketler, aynı faaliyet sahasında çalışan vasat bir tacirden beklenebilecek hareketlerdir.” Saday Okay, “Basiretli Tacir Gibi Davranma Yükümlülüğü” http://www.turkhukuksitesi.com/makale_139.htm (10.10.2008)

²⁴ Topaloğlu Mustafa, “Anonim ve Limited Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **Adana Barosu Dergisi**, Yıl: 1/Sayı: 4, Ekim-Kasım-Aralık 2007, s. 7.

Bu madde ile ilgili olarak Yrg.5.H.D.nin 16.01.2007 Tarihli ve E. 2007/85, K. 2007/95 Sayılı, “Anonim şirketler birer sermaye şirketi olup şirketin borçlarından dolayı ortakların haklarında takip yapılamaz. Ancak anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri haklarında TTK.nun 336 ncı maddesine dayanılarak şirket alacaklılarınca dava açılması mümkündür. Ancak bu davanın açılabilmesi, 3 üncü kişilerin şirket hakkında takip yapıp sonuç alamamaları halinde mümkün olabilir. Kusuru olmadığını ispat eden yönetim kurulu başkan ve üyeleri mesul olmamaktadır. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Yönetim kurulu üyeleri hakkında alınmış bir mahkeme kararı bulunmadığından ve İİK.nun 257 nci maddesinde muaccel bir borç için ihtiyati haciz şartları oluşmadığından mahkemenin yönetim kurulu üyeleri hakkında ihtiyati haciz kararı vermesinde, bir isabet bulunmamaktadır.” şeklindeki kararı örnek gösterilebilir²⁵.

Günümüz ekonomik tablosunda, şirketlerin mantar gibi açıldıkları ve temsilcileri vasıtasıyla piyasaya yüklü miktarlarda borçlandıkları ve alacaklıların borçlarını ödemedikleri, genellikle şeklen battıklarını gösterdikleri, işlerini terk etmek suretiyle, alacaklılarını mağdur ettikleri ve şirket tüzel kişiliklerinin korumasından yararlanarak serbestçe dolaştıkları, gözlemlenmektedir. Bu hususlar göz önüne alınarak, kanımızca özellikle bu tutum ve davranış içinde olan şirket yöneticilerinin, İcra Mahkemelerinde seri olarak yargılanmaları ve yönetici aleyhine verilecek mahkumiyet kararından sonra, yine aynı şirket yöneticisi aleyhine açılacak hukuk davası yoluyla, şahsi mal varlığına yönelinebilmesi imkanları ve özel hukuk tüzel kişileri olmaları da göz önüne alınarak 5237 Sayılı TCK.nda ve özel kanunlarda yazılı olan güvenlik tedbirlerinin uygulanması konusu üzerinde durulmalıdır²⁶.

4. ŞİRKETLERDE YÖNETİCİNİN SORUMLULUĞU SUÇU

İİK.nun 333/a maddesinde, ticari işletmede yöneticilerin ceza hukuku bakımından sorumluluğunu gerektiren suç tanımı yapılmıştır. Bu madde “**Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu**” başlığını taşımakta olup, İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 17.07.2003 Tarihli ve 4949 Sayılı Kanun’un²⁷ 90 ıncı maddesi ile İİK.na eklenmiştir. 4949 Sayılı Kanunu’nun söz konusu madde gerekçesinde maddenin getiriliş nedeni aynen, “**Maddeyle, ‘Ticari işletmede yöneticinin sorumluluğu’, düzenlenmiştir. Burada, bir ticari işletmede hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip bulunan kişilerin alacaklıları kasten zarara sokmaları suç haline getirilmektedir. Alacaklıları zarara sokmaktan maksat, ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödememektir. Fiilin cezalandırılabilmesi için failin kastının buna yönelik olması şarttır. Hukuken veya fiilen yönetim yetkisine bulunmayanların bu suçu işlemeleri olanaksızdır. Bir ticari işletmede kimlerin hukuken yönetim yetkisine sahip olacağı Ticaret Hukuku mevzuatında gösterilmiştir. Ancak, zaman zaman bazı kişilerin bu yetkiyi fiilen kullanabildikleri durumlar vardır. Bazen bu, hukuken yönetim yetkisine sahip bulunanların rızasıyla olabilmesine karşın, bazı durumlarda zor kullanarak da olabilmektedir. İşte bu kişilerin ticari işletme adına yaptıkları işlem veya eylemlerle alacaklıları kasten zarara sokmaları suç haline getirilerek alacaklıların haklarına önemli bir koruma getirilmiştir.**

Ticari Ceza Hukukun en temel prensiplerinden biri, ekonomik suça ekonomik yaptırımların uygulanmasıdır. Hürriyeti bağlayıcı ceza istisnai bir yaptırım olarak uygulanabilir. Burada bu prensibe riayet edilmiş hürriyeti bağlayıcı ceza sınırlı tutulmuştur.

Suçun taksirle, yani tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamât, evamir ve talimata aykırılık yapılarak işlenmesi mümkündür. Bu durumda faile sadece para cezası öngörülmüştür.

Burada düzenlenen suçların takibi suçtan zarar görenin şikâyetine bağlanmış, böylece mağdurun mağduriyetinin ortadan kaldırılmasına olanak tanınmıştır. Bilindiği gibi, şikâyetten vazgeçme veya şikâyetin geri alınması, ahlaka olmamak kaydıyla şarta bağlanabilir. Vazgeçme veya geri almanın, mağduriyetin giderilmesi şartına bağlanması ahlaka aykırı olmaz.²⁸ şeklinde açıklanmaktadır.

²⁵ **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.**

²⁶ Uyar Talih. “İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ların Getirdiği Yenilikler ve İçtihatlar”, **Zonguldak Barosu Yayını**, Zonguldak, t.y., s. 111.

²⁷ Söz konusu Kanun için bkz. **Resmi Gazete** 30.07.2003, Sayı: 25184.

²⁸ Oskay-Koçak-Deynekli-Doğan, s. 6495-6496.

Daha sonra, İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 31.05.2005 Tarihli ve 5358 Sayılı Kanun'un²⁹ 4 üncü maddesi ile bu maddede değişiklik yapılarak, madde bu günkü halini almıştır. Bu değişikliğin temel nedeni madde gerekçesinde de açıklağığı üzere, 5237 Sayılı TCK. hükümlerine uyarlanmanın yapılmasıdır. Bu husus madde gerekçesinde, **“İcra ve İflas Kanununun söz konusu 333/a maddesinde ticari işletmede yöneticilerin ceza hukuku bakımından sorumluluğunu gerektiren suç tanımı yapılmıştır. Bu tanımdaki yaptırım sisteminin 5327 sayılı TCK'na uyarlanmasını sağlamak amacıyla, teklife yeni bir madde olarak 4. madde eklenmiş ve diğ er madde numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir.”** şeklinde dile getirilmiştir.

5358 Sayılı Kanun ile değişiklik yapılan bu maddede, **“Ticaret şirketlerinde hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip olanların alacaklıları zarara uğ ratmak kastıyla ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödemeyerek alacaklıları zarara soktukları takdirde, bu işlem ve eylemlerin baş ka bir suç oluşturmaması halinde, alacaklının ş ikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Birinci fıkradaki suç taksirle iş lendiğ i takdirde, alacaklının ş ikâyeti üzerine, fail hakkında zararın ağı rlığ ına göre iki bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”** hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere, **“bir ticari işletmede hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip bulunan kişilerin, alacaklıları kasten zarara sokmaları”** suç haline getirilmiştir. Alacaklıları zarara sokmaktan amaç, ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödememektir.

4.1. SUÇUN UNSURLARI

TTK.nda sayılan sermaye şirketleri, yönetim kurulu ve temsilciler tarafından da idare ve temsil olunurlar. Ayrıca, şirketler, icrai faaliyetlerini yürütmek üzere, müdür ya da baş ka unvanlarla da personel çalıştırabilirler. Bunun yanında, 4949 Sayılı Kanun'un gerekçesinde de yer verildiğ i üzere, zaman zaman bazı kişilerin bu yetkiyi fiilen kullanabildikleri durumlar vardır. Bazen bu, hukuken yönetim yetkisine sahip bulunanların rızasıyla olabilmesine karş ın, bazı durumlarda zor kullanarak da olabilmektedir. İşte bu kişilerin ticari işletme adına yaptıkları işlem veya eylemlerle de alacaklıları zarara uğ ratmaları söz konusu olabilir. TTK. genel itibariyle liberal nitelikte bir kanun olup, cezai hükümleri oldukça sınırlıdır. Bu durum, anılan Kanun'un bir eksikliğ i olarak düşünölmemelidir. Zira, TTK. ticaret, endüstri ve hizmet sektörünün kendisine özgü hukuki ilişkilerini düzenlenmeyi amaçlayan bir kanundur.

TTK.ndaki cezai düzenlemeler, özellikle şirket tüzel kişiliğ ini, pay sahiplerini, üçüncü kişileri ve dolayısıyla ticari yaşamı korumayı amaçlamaktadır. Örneğ in, ticari defterlerin hiç veya kanuna uygun şekilde tutulmaması, ticaret siciline tescil ve kayıt için kötü niyetli gerçeğ e aykırı beyanda bulunulması, ticaret unvanıyla ilgili düzenlemelere aykırı hareket edilmesi, pay sahibinin şirket sırlarını ifş a etmesi, kuruluşt a sermaye olarak konulan veya sonradan devralınması kararlaştırılan ayınlara değ er biçilmesinde hile yapılması hallerinde, TTK. ilgililer hakkında hapis ve/veya adli para cezaları öngörmüştür.

Yukarıda açıklağığı üzere, TTK. yanında, İİK.nda da bu tür düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerden biri de, İİK.nun 333/a maddesidir. Maddenin henüz kısa sayılabilecek bir zaman dilimi öncesinde yasaya eklenmesi ve çok fazla karşılaşılan bir suç türü olmaması nedeniyle, yargısal kararlar ile maddenin anlamı ve içeriğ i henüz ortaya konulmamıştır. Diğ er taraftan, öğ retide de bu suç hakkında görüşlere yer verilmediğ i görölmektedir. İİK.nu açıklayan kitaplarda ise, söz konusu maddenin altında yer alan açıklama bölümünde, icra yargılamasının genel tekrarının yapılmasıyla yetinildiğ i, henüz maddenin özüne ilişkin tartışmalara yer verilmediğ i gözlemlenmektedir. Bu nedenlerle, bu madde ile ilgili olarak korunan hukuki değ er, suçun fail veya failleri, manevi unsur gibi, tüm unsurlar ayrıntılı bir biçimde incelenmeye çalışılacaktır.

4949 Sayılı Kanun'un gerekçesinde de yer verildiğ i üzere, ticari yaşam ile ilgili ceza hukukunun en temel prensiplerinden biri, ekonomik suç a ekonomik yaptırımların uygulanmasıdır. Hürriyeti bağ layıcı ceza, istisnai bir yaptırım olarak uygulanmaktadır. Bu maddede de, bu prensibe riayet edildiğ i ve hürriyeti bağ layıcı cezanın sınırlı tutulduğ u görölmektedir. Ancak, 4949 Sayılı Kanun ile öngörölmüş olan “altı aydan iki yıla kadar hapis cezası”, daha sonra, 5358 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sırasında, aynen korunmuş ve daha önce 4949 sayılı Kanun ile öngörölmüş olan dört milyar

²⁹ Söz konusu Kanun için bkz. **Resmi Gazete** 01.06.2005, Sayı: 25832 (Mükerrer.)

liradan dört yüz milyar liraya kadar ağır para cezası, “beş bin güne kadar adli para cezası” olarak yeniden düzenlenmiştir.

4.2. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Tüm suçlar bir veya birden fazla hukuki değeri korurlar. “Suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukukî değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır...Her hukuk kuralının temelinde bir değer yatmaktadır... Dolayısıyla, davranış normları, toplumda değer telakkilerinin oluşumunu sağlamaktadırlar... Davranış normlarıyla koruma altına hukukî değer, bir şahıs veya eşyanın ilişkin olduğu bir husustur... Bu değerlere tecavüzün anlamı, kişinin işlediği fiille bu ideal değerleri tanımadığını, onun geçerliliğine karşı çıktığını göstermesidir³⁰.”

Yukarıda açıklanan görüş çerçevesinde, Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu’nu düzenleyen İİK.nun 333/a maddesinde, iki hukukî değerin korunduğu anlaşılmaktadır. Suçun oluşumu için, ticari yaşamın bir parçası olan ve sermaye birikimleri ile ticari yaşama katkıda bulunan ticari şirketlerin, borçlarını tamamen veya kısmen ödememek suretiyle, alacaklıları zarara sokmaları aranmaktadır. Dolayısıyla, şirketlerin organları tarafından mevzuata ve şirketlerin iç düzenlemelerine uygun bir biçimde hareket etmeleri ve borçlarını ödemeleri gerekmektedir. Dolayısıyla, ilk olarak şirketlerin işleyişine ve onların organlarına güvenilirliğinin korunmak istenildiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, maddede öngörüldüğü üzere, alacaklıları zarara sokmak kastı ve zararın gerçekleşmesinden söz edildiğinden, ikinci olarak korunmak istenen hukukî değerin, malvarlığına-eşyaya ait olduğu sonucuna varılmaktadır. Ancak, suçun maddi konusunun alacaklıların mal varlığı olduğu hususunu, göz ardı etmemek gerekmektedir.

4.3. TİCARET ŞİRKETİ OLMA ZORUNLULUĞU

Ticaret şirketlerinin tipleri ve oluşumlarının kanunla ve **numerus clausus** ilkesi doğrultusunda belirlenmiş olması karşısında, söz konusu şirketlerin mutlaka kanunda gösterilen şirket tiplerinden birine uyma zorunluluğu kendiliğinden ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla, TTK.nda yer verilen ticaret şirketi türlerinden birine uymayan ortaklıklar hakkında, TTK. hükümleri yerine, BK.nun 520 nci maddesindeki “**Bir şirket Ticaret Kanununda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını haiz değil ise, bu bab ahkâmına tabi adi şirket sayılır.**” hükmü uygulanacaktır. Bu bakımdan, İİK.nun 333/a maddesinde belirlenen Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu’nun oluşabilmesi için gerekli yasal unsurlarından biri olan, TTK.nun 136 ncı maddesinde sayılan, “**...kollektif; komandit; anonim; limited ve kooperatif şirketlerden...**” hükmü uyarınca, bu şirket tiplerinden biri olması aranmaktadır.

Bu nedenle, Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu’ndan söz edilebilmesi için mutlaka, TTK.nu hükümlerine göre kurulmuş, faaliyetleri resmi olarak sonlandırılmamış ve suçun işlendiği sırada halen faaliyette bulunan bir ticaret şirketinin mevcut olması gerekmektedir. Örneğin, şirketin fesih edilmiş veya çalışma izninin TCK. hükümlerine göre, güvenlik tedbiri sonucu kaldırılmış olması hallerinde, ticari şirketten söz edilmesi mümkün olamaz. Bu bakımdan, hukuki işlem yapıldığı sırada, bir şirket mevcut ve bu şirketin yetkili temsilcisi, bu şirket adına işlem yapmış, daha sonra da takip sırasında şirket tasfiye edilmiş ise, bu şirketin yetkili temsilcisi tasfiye nedeniyle, mal beyanında bulunmamışsa ne olacaktır sorusu akla gelebilir. Bu durumda mahkeme, bu şirketin tasfiye edilip edilmediğini ve bu hususun ticaret siciline ilan edilip edilmediğini araştırarak, eğer takip tarihinde tasfiye tamamlanmış ve bu konu **Ticaret Sicili Gazetesi’nde** yayımlanmış ise, artık sanığın mahkûmiyeti yoluna gidilememesi gerekecektir.

4.4. FAİLİN TİCARİ ŞİRKETTE YÖNETİCİ OLMASI

Suç, Devlet tarafından konulan ve empoze edilen bir yasağın ihlali olduğu için, her suçun bir aktif süjesi vardır. Suçu işleyen kişiye, fail-suçun aktif süjesi denilmektedir. Fail, genellikle herhangi bir kişi olabileceği gibi, belli görevlerde bulunan veya belli statüde olan veya belirli nitelikleri taşıyan kişiler de olabilir. Sadece belli görevlerde veya statüde veya nitelikte olan kişiler tarafından işlenebilen, başka bir anlatımla düzenlenen normda yer verilen özel ve objektif nitelikleri taşıyan kişiler tarafından işlenebilen suçlar, **özgü suçlar-mahsus suçlar** olarak adlandırılmaktadır³¹. İİK.nun 333/a maddesinde yazılı olan Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu, maddede açıklandığı

³⁰ Özgenç İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler**, Ankara, 2005, s. 199-200.

³¹ Özgenç, s. 221-222.

üzere, sadece ticari şirkette hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip kişiler tarafından işlenebildiğinden, bu suç özgü suç'tur.

İİK.nun 333/a maddesinin gerek madde başlığında gerekse madde metninde belirtildiği üzere, Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu'nun failinin mutlaka, bir ticaret şirketinde hukuken veya fiilen yönetici olması, başka bir anlatımla yönetim yetkisine sahip kişi olması zorunludur. Ancak, şirket yöneticileri, İİK.nun 345 inci maddesinde, tüzel kişinin müdürleri, mümessil ve vekilleri, tasfiye memurları, yönetim kurulu başkan ve üyeleri ve murakıplı ve müfettişler olarak belirlenmiştir. Bu kişilerin, tüzel kişinin türüne göre, yönetim kurulu başkan ve üyeleri, ticaret şirketlerinde murahhas üyeler, müdür veya müdürler ile şirketin sürekli avukatı, mali müşaviri ve tüzel kişinin yetkili temsilcisi, murakıplar, kooperatiflerde yönetim kurulu üyeleri ile birlikte denetçiler, oldukları kabul edilmektedir³². Dolayısıyla, 333/a maddesindeki suç failinin, bu sayılan kişilerden biri olması kanunun aramış olduğu ön koşul'dur³³. Bu koşul olmadan, suçun oluşumundan da söz etmek olasılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 333/a maddesinde, "Ticaret şirketlerinde hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip olanlar..." şeklinde bir ifadeye yer verildiğinden, yukarıda sayılan hukuken yönetim yetkisine sahip olan kişiler yanında, bu yetkiyi fiili olarak elinde bulunduran ve kullanan kişilerin de olduğu anlaşılmaktadır. Bu hususun, söz konusu maddenin gerekçesinde de açıkça ifade edildiği görülmektedir. Fiili yönetim yetkisi, bazen hukuken yönetim yetkisine sahip bulunanların rızasıyla olabilmesine karşın, bazı durumlarda da zor kullanılarak olabilmektedir. Özellikle, bu duruma gecekondü ticaret şirketi-naylon şirket-tabela şirketleri denilen ve patronlar tarafından emrinde çalışan personel adına kurulan, fakat şirketin yönetimi fiili olarak dışarıdan kendileri tarafından kullanılan şirketlerde rastlanılmaktadır.

Bir şirkette hukuken yönetim yetkisine sahip olanların kimler olduğu, şirketler hukuku uyarınca Ticaret Sicil Memurluğu'ndan sorularak belirlenebilir. Ancak, ticaret sicilinde şirketin yönetimi ile ilgili olarak farklı kişiler kayıtlı olsa dahi, fiilen yönetim yetkisi başka kişilerin elinde olabilir. Bir şirkette hukuken yönetim yetkilisini bulmak ve ispat etmek ne kadar kolay ise, fiilen yönetim yetkilisini bulmak ve ispat etmek de o kadar zordur. Gerçekten de, ülkemizde şirkette çaycı veya hizmetli olarak çalışan kişiler üzerine, şirketlerin kurulduğuna veya kurulu bulunan şirketlerin aktif ve pasifi ile bu ve benzeri kişiler üzerine devredildiğine, ancak fiili olarak şirketin başkaları tarafından yönetildiğine ilişkin birçok örnek bulmak mümkündür. Bu durumda, şirketi fiilen yönetim yetkisine sahip olduğu iddia edilen kişilerin kimler olduklarının, ticari sicil yerine, tanıklar ve başkaca kanıtlarla ispat edilebileceği açıktır. Yrg.17. H.D.nin 07.12.2006 Tarihli ve E.2006/5090, K. 2006/8899 Sayılı Kararında, bu konunun, "**Hakkında şikayetçi olunun X. Tic.Ltd.Şti.ne ait defter ve belgeler üzerinde usulüne uygun inceleme yaptırılarak mevcudunun müştekiye olan borcu karşılayabilecek nitelikte olup, olmadığının belirlenmesi, şirketi hukuken yönetim yetkisine sahip olmadıkları belirlenen sanıkların, fiili yönetim yetkisine sahip olup olmadıklarının saptanması için usulünce araştırma yapıp sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayini gerektiği gözetilmeden, eksik soruşturma ile yazılı biçimde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş...**" şeklinde gerekçelendirildiği görülmektedir³⁴.

Bu durumda, bu kişiler hukuken yönetim yetkisine sahip olmamalarına karşın, söz konusu suçun faili olabileceklerdir.

4.4. TİCARİ İŞLETMENİN BORÇLARININ KISMEN VEYA TAMAMEN ÖDENMEMESİ

333/a maddesinde, "**...ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödemeyerek alacaklıları zarara soktukları takdirde...**" ifadesine yer verildiği görülmektedir. Bu ifadeden anlaşılması gereken, yönetim yetkisine sahip kişilerin, şirket aktifini artıran ve şirket alacaklılarının alacaklarını kısmen veya tamamen ödememek suretiyle pasifini çoğaltmak ve zarara uğratmaktır. Bu düzenleme ile şirket yöneticilerinin, ticari işletme adına yaptıkları işlem veya eylemlerle alacaklıları kasten zarara sokmaları suç haline getirilerek, alacakların haklarına önemli ölçüde bir koruma getirilmiştir.

³² İpekçi Nizam, **Açıklamalı-İçtihatlı Uygulama Örnekli, İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh)**, Beşinci Basım, II. Cilt, Ankara, Ekim 2005, s. 1498.

³³ Yrg.17.H.D.nin 26.05.2003 Tarihli ve E. 2003/3043, K. 2003/4981 Sayılı, İİK.nun 337/a maddesinde yazılı olan ticareti terk etmek suçu ile ilgili olarak vermiş olduğu Kararında, sanığın borçlu şirketi temsile ve ilzama yetkili olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir.

³⁴ Oskay-Koçak-Deynekli-Doğan, s. 5503-5504.

Yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi, bu madde ile korunan hukuki değerlerden biri de, kişilerin mal varlığıdır. Hukuki himayenin konusunu malvarlığı oluşturmaktadır. Malvarlığına karşı işlenen suçlarda, maddede de açıklandığı üzere, bir zararın gerçekleşmesi zorunlu bir koşuldur. Şayet, maddenin korumuş olduğu değerlerde, hukuken önemi olan bir zarar meydana gelmemiş ise, bu suçun oluştuğundan söz etmeye olanak bulunmamaktadır. Çünkü, hukuk düzeni istisnai olarak tehlike suçları dışında, zararsız eylemleri cezalandırmaz. Dolayısıyla, bu suç bir zarar suçu'dur. Söz konusu maddenin açıkça gerçekleşmesini istediği zarar, malvarlığına ilişkin zarardır. Ancak, mağdurun zarara uğradığını iddia etmesiyle, zararın meydana geldiği kabul edilemez. Objektif kriterlere göre, mağdurun borçlarının kısmen veya tamamen ödenmediğinin saptanması gerekmektedir. Kısmen ödememe, örneğin 5.000 TL.lık bir borcun, 2.500 TL.lık kısmının ödenmesini, tamamen ödememe de söz konusu paranın hiçbir şekilde ödenmemesini ifade eder.

Bu nedenlerle, Yrg.16.H.D.nin 27.12.2006 Tarihli ve E. 2006/5612 ve K. 2006/8353 Sayılı kararında da yer verildiği üzere, borcu kısmen veya tamamen ödememesinin saptanabilmesi açısından, borçlu şirketin aktif ve pasiflerinin borçları karşılamaya yeterli olup olmadığının ve şirket adına açılmış başkaca icra takiplerinin bulunup bulunmadığının araştırılması gereklidir³⁵.

Fail, alacaklıya zarar verme kastını taşısa ve bu amaçla borcunu ödemeyerek pasif eylemini gerçekleştirse dahi, suçun oluşabilmesi için ayrıca alacaklının bu durumdan, zarar görmesi gerekecektir. Zararın ekonomik olarak yıkıma kadar ulaşması gerekmez. Ancak, alacak miktarının düşük olması nedeniyle, alacaklının bundan etkilenmemesi, borcun daha sonra yüksek temerrüt faizi ile birlikte tahsil edilerek, alacaklının temerrütten karlı çıkması gibi durumlarda, alacaklının zarara uğramadığı kabul edilmelidir. Alacaklı alacağını alamadığı için, işletmesini devam ettirebilmek amacıyla, kredi çekmek zorunda kalmış ise ve alınan kredinin faizi tahsil edilen temerrüt faizinden yüksek ise, zararın oluştuğu kabul edilmelidir. Tüm bu şartların birlikte bulunması halinde anılan suç oluşacaktır.

4.5. FİİLİN BAŞKA BİR SUÇU OLUŞTURMAMASI

Bu maddede yer verilen düzenlenmenin en önemli özelliği, şirket yöneticileri ile ilgili genel ve tamamlayıcı bir nitelik taşımasıdır. Çünkü, ticaret şirketlerinde hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip olanların bu işlem ve eylemlerinin, başka bir suç oluşturmaması halinde, ancak 333/a maddesi uygulanabilecektir. Şayet, bu kişilerin eylem ve işlemleri bir başka suç veya unsurunu veya nitelikli halini oluşturmakta ise, bu maddenin uygulanması mümkün olmayacaktır. Yrg.16.H.D.nin 30.01.2007 Tarihli ve E. 2006/5420, K. 2007/95 Sayılı kararında, bu konu, **“Sanığa isnat edilen İİK’nun 333/a maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için, sanığın eyleminin başka bir suç oluşturmaması gerekmektedir. Ancak, bu halde sanık cezalandırılabilir. Sanık hakkındaki suça konu takip işleminin karşılıksız çekler olduğunun iddia edilmesi karşısında, bu çeklerden dolayı sanık hakkında kamu davası açılıp açılmadığı, varsa bu davaların kesinleşip kesinleşmediği ile borçlunun borcunu karşılamaya yetecek başka mal varlığı bulunup bulunmadığı konusunda yargılama aşamasında da takip dosyasından farklı araştırmalar yapıp sonuca göre, sanığın hukuki durumunun tayin edilmesi gerekirken...”** şeklinde açıklanmıştır³⁶.

Şirkete ait malların mevcudiyetinin azaltılması veya şirket mallarının gizlenmesi, diğer suçların konusudur. Failin, özel bir davranışı gerekmeyp, borcunu ödeme olanağına sahip olmasına karşın, yalnızca, açıklanan kasta uygun olarak borcun ödenmemesi durumunda, zarar koşulunun da varlığı halinde suç oluşacaktır.

4.6. MANEVİ UNSUR

5237 Sayılı TCK. sisteminde suçlar, manevi unsur yönünden subjektif sorumluluk hali olan, kast veya taksir ile işlenebilirler. Gerek TCK.nda gerekse özel ceza kanunları ile ceza hükümleri taşıyan kanunlarda yer verilen suçlar, genel olarak kasten işlenebilen suçlardır. Bu nedenle, bu suçların kasten işlenebildikleri hususuna yasal düzenlemede yer verilmez. Ancak, bu suçların taksirle işlenebilmesi de mümkün ise, o takdirde, bu suçun taksirle işlenebilen bir suç olduğu da ayrıca gösterilir. Çünkü, taksirli suçlar istisnai niteliktedir.

³⁵ Oskay-Koçak-Deynekli-Doğan, s. 6000-6501.

³⁶ Oskay-Koçak-Deynekli-Doğan, s. 6499-6500.

333/a maddesi irdelendiğinde, Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu'nun kasten veya taksirle işlenebilen bir suç olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü, maddenin birinci fıkrasında, **"...kastiyla..."** sözcüğüne yer verilmesine karşın, ikinci fıkrasında **"Birinci fıkradaki suç taksirle işlendiği takdirde..."** ifadesine yer verilmek suretiyle, bu suçun hem kasten hem de taksirle işlenebileceği açıkça ortaya konulmuştur. Bu bakımdan, bu suçun manevi unsur açısından oluşumunu, kast ve taksir yönünden incelemek gerekmektedir.

4.6.1. SUÇUN KAST İLE İŞLENMESİ

5237 Sayılı TCK.nun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında, suçun oluşumunun kastın varlığına bağlı olduğu vurgulandıktan sonra kast; **"Suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir."** şeklinde tanımlanmıştır. Böylece, tanımda kastın bilme ve isteme olduğu belirtilmek suretiyle, ceza hukuku açısından irade teorisinin benimsendiği anlaşılmaktadır³⁷.

21 inci madde yer verildiği üzere, kastın iki türü bulunmaktadır. Birinci fıkrada, doğrudan kast tanımlanmasına karşın, ikinci fıkrada, **"Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır."** denilmek suretiyle, olası kasta da yer verildiği görülmektedir. **"Kasten işlenebilen suçlar ilke olarak, hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilirler. Ancak, kanunundaki tanımda, 'bilerek' ifadesine yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir"**³⁸. Bu bakımdan, kanuni tanımda, 'bilerek', 'bildiği halde', 'bilmesine rağmen' gibi, açıkça ifadelere yer verilen suçların, doğrudan kastla işlenebileceği, buna karşılık bu ifadelere yer verilmeyen suçların ise, doğrudan kastın yanında, olası kast ile de işlenebileceği kabul edilmektedir³⁹.

333/a maddesinin birinci fıkrasında, **"...alacaklıları zarara uğratmak kastiyla..."** ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Bu ifadelerden hareketle, ticari işletmede yöneticinin sorumluluğu suçu'nun kast ile işlenebilen bir suç olduğu anlaşılmaktadır⁴⁰. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, maddede 'bilerek', 'bildiği halde', 'bilmesine rağmen' gibi, ifadelere yer verilmemesine karşın, suçun oluşumu için temel unsur **"zarara sokmak kastı"** olduğundan ve bunun da öngörme dışında, kesin bir biçimde neticeyi istemeyi kapsadığı anlaşıldığından, bu suçun olası kast ile de işlenemeyeceği düşünülmektedir.

4949 Sayılı Kanun Tasarısı'nda⁴¹ madde, **"Bir ticari işletmede hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip bulunan kişiler, ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödememek maksadıyla, işletme adına yaptıkları işlem veya eylemlerle alacaklıları zarara soktukları takdirde,..."** şeklinde düzenlenmiştir⁴². Ancak, madde üzerinde genel kurul görüşmelerinde milletvekillerince söz alınmamış, açıklama bulunulmamıştır. Fakat maddenin yasalaşması esnasında bir önerge verilmiştir. Önerge ile maddenin **"Ticaret şirketlerinde hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip olanların alacaklıları zarara uğratmak kastiyla..."** şekline dönüştürülmesi istenmiş ve madde bu önerge doğrultusunda yeniden düzenlenmiştir. Önergenin gerekçesi, **"Maddede öngörülen cezanın, alacaklıları zarara uğratmak kastiyla, ticarî işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödemeyerek ve alacaklıları zarara sokarak işlenmesi gerektiği tasrih edilmiş ve böylece, hileli iflas hallerinde verilecek cezayı düzenleyen 311 inci maddede yer alan alacaklıları zarara sokmak unsuru maddede düzenlenerek terim birliği sağlanmış ve**

³⁷ Centel-Zafer, s. 379-380.

³⁸ 21 inci maddenin gerekçesi için bkz. Özgenç, s. 289-290.

³⁹ Özgenç, s. 305.

⁴⁰ Yrg.16.H.D.27.12.2006 Tarihli ve E. 2006/4835, K. 2006/8341 Sayılı Kararında, "Borçlu sanıkların yetkilisi oldukları şirket hakkında yapılan haciz işleminde ticaret siciline kayıtlı olduğu adreste başka bir şirketin bulunduğu tespit edildiğinden bu şirkete ne şekilde devir yapıldığı bu devrin alacaklıları zarara sokmak maksadıyla yapıp yapılmadığı araştırılıp sonucuna göre hüküm kurmak gerekirken..." denilmek suretiyle, söz konusu suçun kasten işlenmesi gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Bkz. Oskay-Koçak-Deynekli-Doğan, s. 6500.

⁴¹ Oskay-Koçak-Deynekli-Doğan, s. 6495-6496

⁴² T.B.M.M. (S. Sayısı: 372) İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu 1/718) T.C.Başbakanlık 12.12.2003 Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-772/5508.

<http://www.tbb.org.tr/turkce/mevzuat/di%C4%9Fer/5092/5092%20Gerek%C3%A7e.doc>

uygulamada ortaya çıkabilecek sıkıntıları gidermek amacıyla bu önerge verilmiştir.” şeklinde ifade edilmiştir.

Buna durumda, maddenin tasarıda yer alan şeklinde “ ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödememek maksadıyla, işletme adına yaptıkları işlem veya eylemlerle alacaklıları zarara soktukları takdirde,...” cezalandırma öngörülür iken, önerge ile “...alacaklıları zarara uğratmak kastıyla ticarî işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödemeyerek” şeklinde suçun unsurlarının belirdiği görülmektedir.

Buna göre, Tasarıda borçlu şirket yöneticilerinin kasıtlarının borçlarını ödememek şeklinde belirdiği, bu kasta ulaşabilmek için ise, yöneticilerin işletme adına yaptıkları işlem veya eylemlerin, bu amaca yöneliklerinin saptanmasının gerektiği açıktır. Borcu kısmen veya tamamen ödememek kastının gerçekleşmesi amacıyla, yöneticilerin aktif olarak işlem veya eylemlere girişmemesi durumunda, suçun oluşabileceğinden söz etmek mümkündür. Ancak, önergenin kabul edilmesi ile yasalaşan metin bundan oldukça farklıdır. Öncelikle, şirketin yönetim yetkisine sahip olanların kastı, alacaklıları zarara uğratmak olmalıdır. Bu kasıt ile borç ödenmemeli ve alacaklılar zarara sokulmalıdır.

Görüldüğü üzere, yasalaşan metinde kast açıkça vurgulanmıştır. **Kast, bundan böyle şirketin borcunu ödemeyerek menfaat elde edilmesi yerine, alacaklıya zarar vermeyi kapsamaktadır.** Eylem de farklıdır. Şirket yöneticilerinin bir eylem veya işlem yapması gerekmiyip, eylem, borcu ödememek şeklinde, eylemsizlik olarak belirlemektedir. Temel bir anlatımla, söz konusu suç, ihmali davranışla işlenebilen bir suçtur.

Diğer taraftan, suçlar genel kastla veya özel kastla işlenebilmektedirler. “**Genel kast, hareketin ve neticenin fail tarafından istenmesi ve bilinmesidir. Suçun oluşması için failin bilerek ve isteyerek neticeyi gerçekleştirmeye yönelik hareketi yapmasının yeterli görüldüğü hallerde, genel kast aranıyor demektir**⁴³.” Bazı suçlar yönünden genel kastın varlığı suçun oluşumu için yeterli görülmez. Ayrıca, failin belirli bir saikle hareket etmesi aranır. Failin belirli saikle hareket etmesinin söz konusu olduğu durumlara, özel kast denilmektedir⁴⁴.

Bu çerçevede kast yönünden söz konusu maddeyi incelediğimizde, suçun manevi unsurunun özel kast olduğu sonucuna varılmaktadır⁴⁵. Zira, suçun oluşumu için alacaklıları zarara uğratmak kastıyla hareket edilmesi istenilmektedir. Bu ise, özel kasta işaret etmektedir. Yani, failin borcu ödememek istemesi yeterli olmayıp, ayrıca alacaklıları zarara sokmak saikinin de kendisinde bulunması zorunludur. Özellikle, kriz dönemlerinde ve yine özellikle büyük meblağlı borçlarda, borcun ödenmemesi alacaklının ekonomik durumunu bozacak ve giderek iktisaden mahvına sebebiyet verebilecektir. Maddenin yazım tarzı itibarıyla, borçlu şirket yöneticilerinin kasıtlarının, serbest rekabet ortamında hangi nedenle olursa olsun, alacaklının zarar görmesi saikiyle ve ödemelerini yerine getirmeyip, sıkıntıya girmesi ve bu şekilde zarar görmeleri şeklinde gerçekleşmelidir. Bu bakımdan, kastın failin borcunu ödemeyerek kendisinin çıkar sağlaması şeklinde değil, alacaklının zarar görmesi amacına yönelik olması gerekmektedir. Bu şekilde kast, kendisine yönelik değil, karşıda yer alan alacaklıya yöneliktir. Yöneticilerin borçlarını ödememesi, şirketin maddi imkânsızlığından değil, yöneticinin tamamen alacaklılara zarar verme kastından kaynaklanmalıdır.

Yargıtay’ın da, suçun oluşumu yönünden manevi unsur üzerinde titizlikle durduğu gözlemlenmektedir. Konu ile ilgili.16.H.D.nin 24.11.2006 Tarihli ve E. 2006/4374, K.2006/7537 Sayılı Kararında aynen, “**Müştekinin alacağını tahsil edememe nedeninin sanıkların kasıtlı veya taksirli eyleminden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti açısından, sanıkların yetkilisi olduğu şirketler hakkında başkaca icra takibi yapıp yapılmadığı belirlenip, bulunduğu taktirde ilgili icra takip dosyalarının getirilip incelenmesi, şirketlere ait defter ve belgeler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması ve takip öncesi ve sonrası şirketlerine ait taşınır veya taşınmaz**

⁴³ Centel-Zafer, s. 391.

⁴⁴ Demirbaş Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş-Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 324.

⁴⁵ Oskay-Koçak-Deynekli-Doğan, “Anılan suçun oluşabilmesi için, borçlu şirket yöneticisinin alacaklısını zarara uğratma kastı bulunmalıdır. Yani suçun manevi unsuru, alacaklısını zarara uğratma kastı olup, genel kast yeterli değildir.” görüşündedirler. Bkz. Oskay-Koçak-Deynekli-Doğan, s. 6496.

mallara ilişkin satış işlemi yapıp yapmadıklarının araştırılıp, sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve taktiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olduğundan...” denilmektedir⁴⁶.

4.6.2. SUÇUN TAKSİRLE İŞLENMESİ

Yukarıda da vurgulandığı üzere, kusurun bir türü olan taksirli hareketin cezalandırılabilmesi için, suçun taksirle işlenebileceğinin mutlaka kanunda gösterilmesi zorunludur. 333/a maddesinin ikinci fıkrası, **“Birinci fıkradaki suç taksirle işlendiği takdirde, alacaklının şikâyeti üzerine, fail hakkında zararın ağırlığına göre, ikibin güne kadar adli para cezasına hükmolunur”** şeklindedir.

Görüldüğü üzere, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu’nun taksirle işlenmesi söz konusu edilmektedir. 5237 Sayılı TCK.nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasında taksir, **“Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.”** şeklinde tanımlanmaktadır. Bu fıkarda sözü edilen basit taksir’dir. Görüldüğü üzere, taksirin unsurlarını, dikkat ve özen yükümlülüğüne uymama, hareketin istenmiş olması, neticenin öngörülebilir olması, neticenin fail tarafından öngörülmemiş olması ve hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması oluşturmaktadır.

Söz konusu maddenin 3 üncü fıkrasında ise, **“Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde, bilinçli taksir vardır...”** denilmek suretiyle, bilinçli taksirin tanımı yapılmıştır. Dolayısıyla, bu suç hem basit hem de bilinçli taksir ile işlenebilmektedir.

Söz konusu madde, 765 Sayılı TCK. döneminde İLK.na eklendiğinden, gerekçesinde, suçun taksirle, yani tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamnamelere, emirlere ve talimata aykırılık yapılarak işlenmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Ancak, 5237 Sayılı TCK.nun 22 nci maddesinin 2 ve 3 üncü fıkrasında basit taksir ile bilinçli taksir tanımı yapıldığından, bu suçun oluşabilmesi için maddenin tanımına ve unsurlarına uyan eylem suçu oluşturabilecektir. Bu durumda, faile sadece adli para cezası öngörülmüştür.

İkinci fıkarda sözü edilen taksir, eyleme yönelik olup, zarara yönelik değildir. Failin eylemi, ödeme olanağı olduğu halde, borcunu kısmen veya tamamen ödememek şeklinde belirmelidir. Borçlunun ödeme olanağı yok ise, suç oluşmaz. Ancak, hukuki sorumluluğu devam eder. Alacaklının, bu eylemden dolayı zarar görmesi de gereklidir. Ancak, failin alacaklıya zarar verme kastı bulunmamalıdır. Çünkü, neticeyi istememiş, hatta öngörmemiştir. İkinci fıkradaki suçu, birinci fıkradaki suçtan ayıran, temel unsur manevi unsur yönünden, bu farklılıktan ortaya çıkmaktadır. İkinci fıkradaki suçun oluşması için yine, borçlunun ödeme olanağı var iken, borcunu ödememesi gerekir. Borçlunun ödeme olanağı yok ise suç oluşmaz.

5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Suç genel teorisinde öncelikle, suçların kurucu unsurlarının neler olduğu açıklanır ve daha sonra ise, tek tek suçların anlatımında, bu kurucu yanında, suçların teşebbüse müsait olup olmadıkları, birden fazla kişi tarafından işlenip işlenemeyecekleri ve suçlarla ilgili olarak içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde durulur. Tüm hususlara ceza hukukunda, suçun özel görünüş biçimleri denilmektedir.

5.1. TEŞEBBÜS

Teşebbüs, 5237 Sayılı TCK.nun 35 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, **“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da, elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”** şeklinde tanımlanmıştır. Teşebbüsten söz edebilmek için, maddede öngörülen koşulların gerçekleşmesi gereklidir. Bu koşulları, suç işleme kastı; icraya başlama; elverişli hareketlerde bulunma ve suçun tamamlanamamış olması şeklinde sıralayabiliriz.

Suçta teşebbüste, öncelikle kişi kasten hareket etmiş değildir. Bunun anlamı, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurları, bilerek ve isteyerek eylemini gerçekleştirmeye başlamış olmasıdır. Bu bakımdan, sadece kasten işlenebilen suçlar teşebbüse müsaittir. Öğretide, olası kast durumunun teşebbüse elverişli olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Kimi yazarlar, olası kastı neticenin belirlediğini

⁴⁶ Oskay-Koçak-Deynekli-Doğan, s. 6504.

ifade ederek, neticenin gerçekleşmemesi halinde teşebbüsten de söz edilemeyeceğini ifade etmektedirler⁴⁷. Yargıtay da, bu görüşü benimsemekte ve olası kastın ancak netice ile belirlenebileceğini kabul etmektedir⁴⁸. Buna karşılık bazı yazarlar ise, olası kastın da kast kavramının kapsamında olduğunu ileri sürmektedir⁴⁹.

Bu anlatımlar karşısında, taksirle işlenebilen suçlarda failin öngörülebilir neticeyi öngörmeyerek neticeyi gerçekleştirmesi veya öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesine neden olması gerektiğinden, taksirle işlenebilen suçlarda teşebbüsten söz edilemez.

Diğer taraftan, ihmali suçlarda kanunun yapılmasını emrettiği hareketin yapılmaması ile netice gerçekleştiğinden ve suç tamamlandığından, ihmali suçlara teşebbüs imkânsız görülmektedir.

Teşebbüs ile ilgili yapılan bu açıklamalar çerçevesinde, İİK.nun 333/a maddesinde yazılı olan Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu'nun teşebbüse müsait olup olmadığı incelenebilir.

Daha önce de açıklandığı üzere, 333/a maddesinin birinci fıkrasında yer verilen suç, kasten işlenebilen bir suçtur. Bu bakımdan ilk anda bu suça teşebbüs edilebileceği kabul edilebilir. Ancak, söz konusu suç aynı zamanda ihmali hareketle işlenebildiğinden, bu suça teşebbüs edilmesine yasal yönden olanak bulunmamaktadır. 333/a maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen suçun ise, taksirle işlenmesi kabul edilmiştir. Oysa, taksirle işlenebilen suçlarda teşebbüsten söz edilemeyeceğinden, bu suç da teşebbüse müsait suç değildir.

5.2. İŞTİRAK

Hemen hemen suçların tümü bir kişi tarafından işlenebilirler. Ancak, **“Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kimsenin önceden işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesi halinde, failer arasında iştirakin varlığından söz edilir ve bu suretle işlenen suçlara da iştirak halinde işlenen suçlar adı verilir”⁵⁰.**

Suçun faili başlığı altında açıkladığımız üzere, Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu'nun faili, ancak hukuken veya fiilen şirket yöneticisi konumunda olan kişi olabilir. Bu nedenle, bu suç özgü suçtur. 5237 Sayılı TCK.nun 40 ıncı maddesinin 2 nci fıkrasında belirtildiği üzere, özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilmektedir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulurlar. Dolayısıyla, özgü suçlarda suçu düzenleyen maddede belirtilen niteliği taşımayan kişilerin, bu suçu doğrudan doğruya işlemeleri mümkün olmadığı gibi, azmettirme ve yardım etme dışında, bu suça iştirak etmeleri de mümkün değildir. Ancak, birden fazla yönetici sıfatına sahip kişi mevcut ise, bunların aralarında işbirliği yaparak, söz konusu suçu işlemeleri halinde, 5237 Sayılı TCK.nun 37 nci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca, her biri fail olarak sorumlu olurlar.

Yapılan bu açıklamalar, sadece 333/a maddesinin birinci fıkrasında yer verilen suçun kasten işlenmesi haliyle sınırlıdır. Zira, 5237 Sayılı TCK.nun 22 nci maddesinin 5 inci fıkrasına göre, birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olmakta ve her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenmektedir. Dolayısıyla, taksirle işlenen suçlarda, iştirak hükümlerinin uygulanmasına yasal olarak olanak bulunmamaktadır.

5.3. İÇTİMA

5237 Sayılı TCK.nunda yer alan genel kural, fiil sayısı kadar suçun oluşacağı ve suç sayısı kadar da, ayrı ayrı cezalandırmanın yapılacağıdır. Ancak, kanun koyucu, bazı durumlarda

⁴⁷ Dönmezer-Erman, s. 417.

⁴⁸ Yrg.C.Gnİ.Krİ.nun 03.06.1985 Tarihli ve 83/330 Sayılı Kararında aynen, **“...failin maksadını oluşturan iradenin dışında kalan zorunlu neticeler ancak gerçekleştikleri takdirde ve ölçüde faile yüklenir, bu nedenle fail asıl hedef tuttuğu kimseye zarar bir vermemişse, kastının konusuna göre, onu öldürmeye veya yaralamaya tam teşebbüs etmiş sayılacağı...”** kabul edilmiştir. Bkz. Bakıcı, s. 361.

⁴⁹ Centel-Zafer, s. 386-389.

⁵⁰ Dönmezer-Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım**, Cilt, II, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul, Ekim 1997, s. 446.

gerçekleştirilen tek fiille birden fazla hukuki değerin veya birden fazla fiille aynı hukuki değerin, ihlal edilebileceğini göz önüne alarak istisna olarak suçların içtimaina-birleşmesine-toplanmasına ilişkin hükümlere, TCK.nun 42, 43 ve 44 üncü maddelerinde yer vermiştir.

5237 Sayılı TCK.nun 42 nci maddesinde bileşik suçu **“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir.”** şeklinde tanımlamakta ve bu tür suçlarda içtima hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmektedir. Daha önce açıkladığımız üzere, Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu özgü suç olduğundan, başka bir suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması mümkün değildir. Kaldı ki, söz konusu maddede de, yer verildiği üzere, bu suçun oluşabilmesi için fiilin başkaca bir suçun oluşturmaması gereklidir.

5237 Sayılı TCK.nun 43 üncü maddesinde zincirleme suça yer verilmiştir. Bu maddeye göre, **“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir.”** Şirket yöneticisinin, aynı kişi veya firmaya ait değişik tarihli kambiyo senetlerini veya adi senetlerini, Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu’nu işleme kararının icrası kapsamında, bu alacaklısını zarara sokmak kastıyla, kısmen veya tamamen borçlarını ödemezse, ortada birden fazla fiil bulunduğundan, hakkında zincirleme suç hükmünün uygulanması gerekebilir. Bu durumda, her fiil için ayrı ayrı ceza vermek yerine, bir cezaya hükmedilir ve bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır.

5237 Sayılı TCK.nun 44 üncü maddesinde düzenlenmiş olan fikri içtima halinde, işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmaktadır. Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu’nun oluşabilmesi için fiilin başka bir eylemi oluşturmaması aranmaktadır. Dolayısıyla, bir fiille hem Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu’nun hem de başka bir suçun işlenmesi halinde, bu suçtan herhangi bir şekilde soruşturma ve kovuşturma yapılmayacak, diğer suçtan yapılacaktır.

6. YAPTIRIM

333/a maddesinin birinci fıkrasında yer verilen suçun cezası, **“altı aydan iki yıla kadar hapis”** ve **“...beşbin güne kadar adli para cezası”**dır. Söz konusu suçun oluşması halinde, icra mahkemesi sanık hakkında, TCK.nun 61 nci maddesinde yazılı olan, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, meydana gelen zarar gibi, hususları göz önünde bulundurarak altı ay ila iki yıl arasında hapis cezasını tayin ve tespit edecektir. Maddede, adli para cezasının üst sınırı belirlenmesine karşılık, alt sınırı belirlenmiştir. Dolayısıyla, 5237 Sayılı TCK.nun 52 nci maddesinin 1 nci fıkrasına göre, adli para cezasının en az beş gün olduğu kabul edildiğinden, aynı şekilde, icra mahkemesi sanık hakkında, önce beş gün ila beş bin gün arasında adli para cezasını tespit edecektir. Daha sonra, belirlenen bu gün sayısını, en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı ile çarpacak ve sonuç cezası tayin edecektir⁵¹.

Tüzel kişiler ile ilgili olarak, daha önce açıklandığı üzere, ancak 5237 Sayılı TCK.nun 60 ncı maddesinde yazılı olan güvenlik tedbirlerini uygulamak mümkündür. Bununla birlikte, söz konusu maddenin 4 üncü fıkrasında, güvenlik tedbirleri ile ilgili hükümlerin, ancak kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanabileceği belirtilmektedir. Bu hüküm doğrultusunda, İİK.nda sermaye şirket yöneticilerinin, bu suçu işlemeleri ile ilgili olarak sermaye şirketi hakkında, güvenlik tedbiri uygulanacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığından, güvenlik tedbiri uygulanması yasal yönden mümkün olamayacaktır.

333/a maddesinin ikinci fıkrasında ise, hapis cezası öngörülmemiş, sadece zararın ağırlığına göre, iki bin güne kadar adli para cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. Bu durumda, icra mahkemesi yukarıda anlatılanlar çerçevesinde, sanık hakkında, önce beş gün ila iki bin gün arasında adli para cezasını tespit edecek, daha sonra da tespit ettiği bu gün sayısı ile takdir ettiği bir gün karşılığı para miktarını çarparak sonuç cezası belirleyecektir. Şayet icra mahkemesi, suçun bilinçli taksirle işlendiği kanısına varırsa, o takdirde, 5237 Sayılı TCK.nun 22 nci maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca, tayin ve tespit edilen ceza üçte birden yarıya kadar artırılacaktır.

⁵¹ Adli para cezalarının sınırları, gün birim sayısı ve gün biriminin parasal miktarı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İšoğlu Polat, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Adli Para Cezası**, Ankara, 2008, s. 209-211.

5237 Sayılı TCK.nun 51 inci maddesine göre, adli para cezalarının ertelenmesi mümkün olmadığından, her iki fıkra uyarınca da belirlenen adli para cezası aynen kalacaktır.

7. ŞİKAYET

İİK.nun 333/a maddesinde yazılı olan suçun gerek kasten gerekse taksirle işlenmesi haline bakılmaksızın, iki türü de şikayete bağlı suç olarak düzenlenmiştir. Çünkü, gerek birinci gerekse ikinci fıkrafta, “...**alacaklının şikayeti üzerine...cezalandırılır-hükmolunur.**” ibarelerine yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla, bu suç res'en kovuşturulmayan bir suçtur.

İcra ve iflas suçlarında şikâyet hakkı kime aittir. İİK.nun 331 ile 345/b maddelerinde düzenlenmiş olan suçlarda, genel olarak, “**alacaklının şikayeti üzerine**”, “**ilgilinin şikayeti üzerine**”, “**lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine**” ve “**alacaklılardan birinin şikayeti üzerine**” ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Bu ifadelerden hareket edildiğinde, alacaklıların veya ilgililerin gerçek veya tüzel kişi olarak karşımıza çıkmaları muhtemeldir. Alacaklı veya ilgililerin gerçek kişi olmaları halinde, bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Ancak, anılan kişiler tüzel kişi ise, bu takdirde şikâyet hakkının, tüzel kişilerin yetkili organları veya temsilcileri veya vekilleri tarafından kullanılması gerekmektedir. Bu suçlarda şikâyet hakkı, şahsa sıkıya bağlı haklardan olmadığından ve önemli olan hukuki bağ olduğu için, alacağın başkasına devri halinde, bu alacağa bağlı şikâyet hakkının da, alacağı devralana geçtiği kabul edilmektedir⁵².

31.05.2005 Tarihli ve 5358 Sayılı Kanun'un 19 uncu Maddesiyle Değişik 347 nci maddeye göre, Onaltıncı Bap'ta yer alan fiillerden dolayı şikâyet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşmektedir. 5237 Sayılı TCK.nun 1 ile 75 inci maddeleri arasında düzenlenen genel hükümlerinin, 5 inci maddesi uyarınca, özel kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanması öngörülmektedir. Bu hükümlerle ilgili olarak özel kanun olan İİK.da gerekli değişiklikler yapılmadığından, 31.12.2008 tarihinden itibaren, İİK.ndaki hükümler yerine, TCK.nun genel hükümleri, doğrudan doğruya uygulanma olanağı bulacağından, icra iflas suçlarından dolayı şikayet süresinin de, TCK.nun 73 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre altı ay olacağı düşünülmektedir⁵³.

İcra ve iflas suçlarıyla ilgili şikâyetlerin, icra mahkemesine mi, yoksa C. Savcılığına mı yapılması gerektiği ve bunlar hakkında iddianame düzenlenip düzenlenmeyeceği hususu öğretilmektedir. 4949 Sayılı Kanun ile, İİK.nun “**Cezai Hükümler**” başlığını taşıyan Onaltıncı Bab'ında yer verilen “**Muhakeme Usulü**” başlıklı 349 uncu maddede herhangi bir değişikliğe gidilmediği, bu nedenle, tüm icra ve iflas suçları ile ilgili şikayet ve muhakemenin, bu ve devamı olan 350-353 üncü maddelere göre yapılması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁴.

Aksi görüşe göre ise, İİK.nun. 349 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer verilen ‘**dilekçeyi veya dava beyanını alan tetkik merci duruşma için hemen bir gün tayin edip...**’ sözcükleri karşısında, gerek 5271 gerekse 5230 Sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde, yaptırım ‘**hapis cezası**’ olan icra suçlarında artık uygulanamayacağı ve bu konuda, C. Savcılığına başvurularak C. Savcılığın tarafından iddianame düzenlenip, icra mahkemesinde ceza davası açılması gerektiği belirtilmektedir⁵⁵. Hatta, Yrg.16.H.D.nin 23.02.2006 Tarihli ve E. 2005/10009, K. 20006/1229 sayılı

⁵² Çolak Haluk, “İcra Suçları ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar”, **Bankacılar**, İstanbul, Yıl: 16, Sayı: 53-Haziran 2005, s. 85.

⁵³ 4 Kasım 2005 tarihli ve 5252 Sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna, 11 Mayıs 2005 Tarihli ve 5349 Sayılı Kanunla eklenen Geçici 1 inci maddesinde aynen, “**Diğer kanunların, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya kadar en geç 31 Aralık 2006 Tarihine kadar uygulanır.**” şeklinde yer alan 31 Aralık 2006 Tarihi, daha sonra 6 Aralık 2006 Tarihli ve 5560 Sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle 31 Aralık 2008 olarak değiştirilmiştir. 5252 Sayılı Kanun için bkz. **Resmî Gazete** 13 Kasım 2004, Sayı: 25642. 5349 sayılı Kanun için bkz. **Resmî Gazete** 18 Mayıs 2005, sayı. 25819. 5560 Sayılı Kanun için bkz. **Resmî Gazete** 19 Aralık 2006, Sayı: 26381.

⁵⁴ Sunar Gülcan, “Hacizdeki Borç Ödemeden Aciz Vesikasının Ceza Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları”, **Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2005, Sayı:1, s. 267.

⁵⁵ Çolak Haluk, **Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli-İçtihatlı İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü**, 2. Bası, Ankara, Temmuz 2005, s. 196. Artunç Mustafa-Bıkmaz Raif, **İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü**, Ankara, 2005, s. 36 vd.

Kararında da, aynı doğrultuda İİK. kapsamındaki hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili olarak, şikâyet dilekçesi ile dava açılmasının mümkün olmadığı ve muhakemenin iddianame ile icra mahkemesine açılacak dava üzerine yapılacağı görüşüne yer verilmiştir⁵⁶.

Kanımızca, şikâyet tabi olduğu belirtilen bu suç da dahil olmak üzere, tüm icra ve iflas suçları ile ilgili olarak, şikâyetin doğrudan İcra Mahkemesine yapılması gerekir. Kaldı ki, bu suçlarla ilgili olarak iddianame düzenlenip düzenlenmeyeceği konusunda oluşan tereddütler, Yrg.C.Gnl. Krl.nun 13.02.2007 Tarihli ve E. 2007/RD-16, K. 2008/28 Sayılı Kararı ile giderilmiştir⁵⁷.

Söz konusu Kararda aynen, “...Bir kısım suçların res’en takibi öngörülmesi ise de, diğer bir kısım suçların takibi şikâyet koşuluna bağlanmış, bu husus suç tanımının yer aldığı maddelerde, ‘Bu suçlar alacaklının şikâyeti üzerine takip olunur’, ‘alacaklının şikâyeti üzerine’, ‘ilgilinin şikâyeti üzerine’, ‘zarara gören alacaklının şikâyeti üzerine’ ibareleriyle açıkça belirtilmiştir. Bu açıklamalar ışığında varılan sonuçları şu şekilde belirtmek mümkündür; 1-İcra ve İflas Yasasında yer alan şikâyet tabi kılınan suçlar dolayısıyla ve bu kapsamda anılan Yasa’nın 331. maddesinde düzenlenmiş bulunup da, kovuşturmasının şikâyet tabii olduğu yönünde kuşku bulunmayan alacaklının zarara sokmak kastıyla mevcudunu eksiltmek suçundan, yapılan şikâyet İİY’nin 347. maddesinde belirtilen süreler içinde aynı Yasa’nın 348 ve 349. maddeleri uyarınca yetkili İcra mahkemesine yapılmalıdır. 2-Bu suçlarla ilgili dava açma yöntemi, İİY’nin 349. maddesinde açıkça belirtilmiş olduğundan, şikâyet Yasa’nın 349. maddesi uyarınca yetkili kılınan İcra Ceza Mahkemesine yapılmalı ve suçlarla ilgili soruşturmalarda 5271 sayılı Yasa hükümleri değil, İİY hükümleri uygulanmalıdır. 3- Şikâyet tabi olduğu belirtilen bu suçlarla ilgili olarak şikâyetin doğrudan İcra Ceza Mahkemesine yapılması gerektiğinden, 5271 Yasa’nın 170. maddesi uyarınca iddianame düzenlenmesine gerek bulunmadığı gibi, anılan Yasa’nın 170. ve devamı madde hükümlerinin de bu suçlar yönünden uygulanmasına olanak bulunmamaktadır...” şeklinde açıklandığı üzere, icra ve iflas suçlarıyla ilgili davalara bakma görevi icra mahkemesine ait bulunmaktadır.

Bu konuda üzerinde önemle durulması gereken bir husus, şikâyetin bölünmezliği ve sirayeti ilkesidir. Şayet, şirket yöneticileri birden fazla ve suç iştirak halinde veya bu suça azmettiren veya yardım eden şeklinde iştirak edenler var ise, faillerden sadece biri hakkında şikâyetle bulunulsa dahi, diğerleri hakkında dava açılacaktır. Çünkü, şikâyet failer hakkında yapılmayıp, suç hakkında yapılmaktadır. Şayet, faillerden herhangi biri ayrı tutulmak istenir ise, bu takdirde diğer failer hakkında da soruşturma ve kovuşturma yapılmayacaktır. Aynı şekilde, 5237 Sayılı TCK.nun 73 üncü maddenin 5 inci fıkrası uyarınca, sanıklardan biri hakkında şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsayacak ve haklarındaki davanın düşmesine karar verilecektir. Şikâyetten vazgeçme veya şikâyeti geri almanın, mağduriyetin giderilmesi şartına bağlanması ahlaka aykırı sayılmamaktadır⁵⁸.

İİK.nun 349 uncu maddesinin beşinci fıkrası, sanığın sorgusu yapılmadan da, davanın yokluğunda görülüp bitirilmesine olanak tanımaktadır. Ancak, incelemesi yapılan İİK.nun 333/a maddesinde öngörülen cezaların ağırlığı karşısında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin adil yargılamaya ilişkin düzenlemeleri ve bu doğrultuda AİHM’nin verdiği kararlar nedeniyle, bu kadar ağır cezalar içeren yargılamada İİK.nun 349 uncu maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “...bizzat bulunmasına lüzum görülürse...” kavramının işlerlik kazanması ve sanığın bizzat hazır bulundurularak savunmasının alınmasının doğru olacağı kanısını taşımaktayız.

8. UZLAŞMA

Uzlaşma kurumu, Türk hukuk sistemine ilk önce iş hukukunda girmiştir. Kanunla düzenlenmiş tahkimin yerini, kanunla düzenlenmiş arabuluculuk almıştır. Ceza Hukukumuzda, 01.06.2005 Tarihinde TCK.nun 73 ncü maddesinin 8 nci fıkrası ile getirilmiş ve CMK.nun 253 ila 255 nci maddeleri ile de, uzlaşmanın prosedürü düzenlenmiştir. Ancak, daha sonra 06.12.2006 Tarihli ve 5560 Sayılı Kanun’un⁵⁹ 45 nci maddesi ile TCK.nun 73 ncü maddesinin 8 nci fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve 44

⁵⁶ **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.**

⁵⁷ Söz konusu karar için bkz. <http://www.adalet.org/oprint.php?id=2680> Aynı nitelikte, Yrg.C.Gnl.Krl.nun 06.03.2007 Tarihli ve 17 HD-16/28 Esas ve karar Sayılı Kararı için bkz. Oskay-Koçak-Deynekli-Doğan, s. 6726-6730.

⁵⁸ Koçak Nazif, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, 2. Cilt, 3. Bası, Ankara, 2006, s. 2167.

⁵⁹ Söz konusu Kanun için bkz. **Resmi Gazete** 19.12.2006, Sayı: 26381.

ncü maddesiyle de uzlaşma ile ilgili CMK.nunda daha ayrıntılı bir düzenlemeye gidilmiştir. Böylece, daha önce var olan şahsî davalık suç ve şahsî dava tamamen terk edilmiştir.

CMK.nun 253 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı suçlar ile şikâyeteye bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, TCK.nunda yazılı bazı suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur. Bu kanunun amir hükmüdür. Diğer taraftan, 2 nci fıkraya göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mutlaka kanunda açık bir hüküm bulunması gerekmektedir. 3 üncü fıkraya göre ise, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilememektedir.

Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet Savcısı veya talimatı üzerine adli kolluk görevlileri, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene, uzlaşma teklifinde bulunurlar. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet Savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılmaktadır. Uzlaşma önerisinde bulunulması durumunda, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılmaktadır. Resmî mercilere beyan edilmiş olup da, soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma veya başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılmaktadır. Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet Savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilmektedir. Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir. Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır. Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet Savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.

Uzlaşma teklifinin reddedilmesine karşın, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar, Cumhuriyet Savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan ettikleri takdirde, bu uzlaşma geçerli olur. Ancak, Cumhuriyet Savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirler ise, raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder. Buna karşılık, uzlaştırmının sonuçsuz kalması halinde, tekrar uzlaştırma yoluna gidilmesi mümkün değildir.

Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini defaten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, CMK.nun 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin 4 üncü fıkrasındaki şart aranmaksızın kamu davası açılır.

Diğer taraftan, Cumhuriyet Savcısı tarafından, iddianame düzenlemeksizin doğrudan doğruya mahkeme önüne gelen uzlaşmaya tâbi bir fiilin varlığı halinde ise, mahkeme uzlaştırma işlemlerine ilişkin tebligat ve yazışmaları duruşma gününü beklemeksizin dosya üzerinden yapabilir ve taraflar uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç duruşmanın sona erdiği açıklanıp hüküm verilmeden önce mahkemeye başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler. Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme uzlaşma sonucunda sanığın edimini defaten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Buna karşılık, edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında CMK.nun 231 inci maddesindeki koşullar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Ancak, bu durumda dahi uzlaşma gerekleri yerine

getirilmezse, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin 11 inci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın hüküm açıklanır⁶⁰.

Görüldüğü üzere, uzlaşma ancak soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetine bağlı suçlar yönünden geçerlidir. Uzlaşmanın söz konusu olabilmesi için suçtan zarar görenin sadece şikâyet hakkını kullanmış olması yeterlidir. Bu bakımdan, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetine bağlı suçun, TCK.nda veya özel bir ceza kanununda veya İİK.nda olduğu gibi, ceza hükümleri içeren bir kanunda yer alması uzlaşmaya herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Bu hüküm, konumuz açısından önemli bir yer tutmaktadır. Çünkü, İİK.nun 333/a maddesindeki ticari işletmede yöneticinin sorumluluğu; 334 üncü maddesindeki uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada yetkili kimseleri hataya düşürmek veya uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma koşullarına uymamak ve 345/a maddesindeki sermaye şirketlerinin iflâsını istemek mecburiyetinde olanların iflâsını istememeleri suçları; şirket yöneticilerinin zarar doğurucu eylemlerinden kaynaklanan şikâyetine tabi suçlar olup, bu suçlar nedeniyle zarar görenlerin şikâyet haklarını kullanmaları halinde, failler hakkında uzlaşma hükümleri uygulanmaya başlayabilecektir⁶¹. Bu bakımdan, Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu Suçu, şikâyet üzerine doğrudan İcra Ceza Mahkemesinde yargılandığından, uzlaşma prosedürünün mahkeme tarafından işletilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, CMK.nun 253 üncü maddesinin 19 uncu fıkrasına göre, uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmamakta ve açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılmaktadır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde ise, uzlaşma raporu veya belgesi, İİK.nun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılmaktadır. İİK.nun 38 inci maddesinde, ilam niteliğine sahip belgeler yer almaktadır. Bu belgeler, mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller, para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri ve istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletlerdir. Bu belgeler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi olduklarından, doğrudan doğruya icraya konulabilmektedirler. CMK.nun 253 üncü maddesinin 19 uncu fıkrası ile uzlaşma raporu veya belgesi de ilam niteliğine sahip belge sayılmak suretiyle, bu durumda İİK.nun 38 inci maddesinde dolaylı olarak değişiklik yapılmış olmaktadır.

Uysal, uzlaşma kurumunu da içerecek şekilde, CMK.nunda, icra iflas suçları bakımından daha genel hükümler bulunduğunu, oysa icra mahkemelerinin diğer mahkemelere göre, bir ihtisas mahkemesi olmaları nedeniyle, uygulamaları gereken usul kurallarının da öncelikle, kendi kanununda yer verilen kurallar olduğunu, ancak bir düzenleme eksikliği mevcut ise, bu durumda CMK. ve hatta HUMK.na aykırı düşmeyen usul kurallarının uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁶². Aynı doğrultuda, Kaymaz ile Gökcan, 5560 Sayılı Kanunla değişik CMK.nun 253 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda, uzlaşma hükümlerinin uygulanamayacağını belirtilmesi karşısında, İİK.nda yer alan 331, 332, 333/a ve 334 üncü maddelerin, bundan böyle uzlaşmaya tabi olmadığı düşüncesinde olduklarını ifade etmektedirler⁶³. Buna karşılık, Centel-Zafer ise, şikâyetine bağlı suçun, genel veya özel ceza kanunlarında yer almasının herhangi bir önemi bulunmadığını, TCK. dışındaki kanunlarda yer verilen suçların takibi şikâyetine bağlı bulunması, bu suçlarda uzlaşmaya gidilebilmesi için yeterli olduğu, bu kanunlarda uzlaşmaya gidilebileceği konusunda açık bir hükme yer verilmesinin aranmayacağını ileri sürmekte ve örnek olarak da İcra ve İflas Kanununu göstermektedir⁶⁴.

Bu farklı görüşlere karşın, İİK.nun 349 ve 350 nci maddeleri uyarınca, icra mahkemelerinde şikâyet dilekçesiyle birlikte mahkeme olaya el koyacağından, mahkemenin şikâyetine tabi suçlar yönünden, uzlaşma kurumunu çalıştırmasını engelleyici yasal bir hüküm bulunmadığı kanısına varılmaktadır. Çünkü, İİK.nun 354 üncü maddesinde yer verilen müştekinin feragatini ve borcun itfa

⁶⁰ Uzlaşma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yenisey Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukukunda UZLAŞMA**, (Uzlaştırmacı Eğitimi, Rehber Kitapçık), t.y., y.y.

⁶¹ Yılmaztekin Hasan Kadir, "İcra ve iflas Suçlarına ve Bunlara İlişkin Yargılama Hukukundaki Yeni Boyut Üzerine Gözlemler I ", **Legal Hukuk Dergisi**, Haziran 2006, Yıl 4, Sayı: 42, s. 1685-1686.

⁶² Uysal Mehmet, "Yeni Yasaların Işığında İcra İflas Suçları İle Yargılama Yöntemine Farklı Bakış", **İstanbul Baro Dergisi**, Cilt 80, Sayı: 2006/3, Mayıs-Haziran, s. 1034, 1040.

⁶³ Kaymaz Seydi-Gökcan Hasan Tahsin, **Uzlaşma ve Önödeme**, Ankara, 2007 Eylül, s. 335.

⁶⁴ Centel Nur-Zafer Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul, Kasım 2008, s. 452.

edilmesini, teknik anlamda, etkin pişmanlık olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu bakımdan, bundan böyle, İİK.nu gibi, ceza hükümleri taşıyan kanunlarda yer verilen hükümlerle ilgili uygulama yapıldığı sırada, uzlaşma prosedürünün uygulanması gerekmektedir. Bununla birlikte, gerek önödeme gerekse uzlaşma kurumu ile ilgili olarak uygulamada çıkacak sorunlar yönünden, bir takım duraksamaların ortaya çıkması halinde, kurumunun uygulanmasına Yargıtay içtihatları ile bir çözüm bulunacağı düşünülmektedir⁶⁵.

SONUÇ VE ÖNERİLER

5237 Sayılı TCK.nun 5 nci maddesi, “**(1) Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.**” şeklindedir. Bu hüküm, Ceza Hukuku yönünden bir yeniliktir. Çünkü, 5237 Sayılı TCK.nun 1-75 maddelerinde bulunan genel hükümlerin herhangi bir istisnaya yer vermeksizin tüm özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu şekilde, Ceza Hukuku alanında genel hükümlerin uygulanmasında birlik ve beraberlik sağlanmış olmaktadır. Böylece, özel ceza kanunlarında veya ceza hükmü içeren kanunlarda, TCK.nun genel hükümleri içinde yer alan bir düzenleme mevcut ise, bu düzenleme yerine kesin bir biçimde, TCK.nun genel hükümleri uygulanacaktır. Ancak, TCK.nun 5 nci maddesi, özel düzenlemeyi içeren diğer kanunlar yönünden, 31.12.2008 tarihinden sonra uygulanmaya başlanacağından, başta İİK. olmak üzere, diğer kanunlarda yer verilen şikayet, erteleme, teşebbüs, tekerrür, zamanaşımı ve benzeri kurumlarla ilgili hükümlerin, bu tarihe kadar uygulanmasına devam edilecektir. Fakat, bu güne değin TCK.nu dışındaki kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılmadığından, 5237 Sayılı TCK.nun 1-75 nci maddelerinin İİK.da yazılı suçlar yönünden de uygulanması gerekmektedir.

Bunların yanında, 5271 Sayılı CMK.nun 2/1-3-l maddesinde belirtildiği üzere, kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan bir fiil dolayısıyla verilen seçenek yaptırımlara çevrilmeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, koşullu salıverme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilemeyen **disiplin hapsini** gerektiren fiiller de bulunmaktadır. Bu fiiller özellikle, İİK.nunda kimi maddelerde disiplin hapsi, kimi maddelerde ise, tazyik hapsi olarak geçmektedir. Y.C.G.K.nun 25.04.2006 Tarihli ve E. 2006/16HD-123, K. 2006/127 Sayılı İçtihadı’nda, belirtildiği üzere, 5252 Sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi uyarınca, 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda 5358 Sayılı Kanun ile yapılan ve 01.06.2005 Tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş değişiklik ile müeyyidesi hafif hapis ve hafif para cezası olan suçlar, disiplin hapsi-tazyik hapsi olarak yeniden düzenlenmiştir. Bunun sonucu, İİK.nun 337, 338/2, 339, 341, 343 ve 344 ncü maddelerinde yazılı eylemler suç nitelendirilmesi dışında tutularak, disiplin hapsi-tazyik hapsi şeklinde, yaptırımlara bağlanmıştır. Böylece, İİK.nun Onaltıncı Bab’ında da yer alan fiiller ikili bir ayrıma tabi tutularak, bir kısım fiiller suç olarak düzenlenmiş ve TCK.nun 45 nci maddesi çerçevesinde hapis ve adli para cezası yaptırımlarına bağlanmış, yukarıda açıkladığımız gibi bir kısmı ise, disiplin veya tazyik hapsi yaptırımı düzenlemesi içine alınmıştır.

İİK.nda yapılan açıklamalar ışığında, İİK.nun 333/a maddesi yönünden, söz konusu değişiklikler nedeniyle, uzlaşma, cezaların seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi, kurumlar yönünden, uygulamada çıkması olası uyuşmazlıkların zaman içersinde gündeme geleceği düşünülmektedir.

TC. Anayasası’nın 38 inci maddesine 4709 Sayılı Kanun ile sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler nedeniyle, kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanmasını belirli koşullarda yasaklayan bir hüküm ilave edilmesi karşısında⁶⁶, özellikle icra ve iflas suçları arasında yer verilen sermaye

⁶⁵ Karşılıksız çek keşide etmek suçu nedeniyle verilen mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak uzlaşma hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda ortaya çıkan uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla, Y.C.G.K.nun vermiş olduğu 05.07.2005 Tarihli ve E. 2005/10-84, K. 2005/90 Sayılı İçtihadında, aynen “11.5.2005 gün ve 5349 sayılı Yasanın 6. maddesi ile 5252 sayılı Yasaya eklenen Geçici 1. maddesi uyarınca, diğer yasaların, 5237 sayılı Yasanın Birinci kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri ilgili yasalarda gerekli değişiklik yapılınca ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanacağından, Yargıtay C.Başsavcılığının, karşılıksız çek keşide etmek suçundan sanığın mahkumiyetine ilişkin hükmün, uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşüyle bozulması yönündeki görüşünde isabet bulunmamaktadır.”

⁶⁶ 4709 Sayılı Kanun’un Anayasanın 38 inci maddesini değiştiren 15 inci maddesi aşağıdaki şekildedir.

şirketlerinin yöneticilerinin sorumluluğunu gerektiren suçlar yönünden de, bu hükmün geçerli olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Ancak, söz konusu suçlar, sözleşmeden kaynaklanmayıp, doğrudan şirket yöneticilerinin, hukuka aykırılık oluşturan eylemleri sonucunda suç teşkil eden eylemlerinden kaynaklanması nedeniyle, bu suçlar hakkında tayin tespit edilen özgürlüğü bağlayıcı cezaların da, Anayasa'nın 38 inci maddesine aykırılığından söz edilemeyeceğini belirtmekte yarar görülmektedir⁶⁷. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi de itiraz yoluyla İİK.nun 331, 337, 338, 340, ve 352/a maddelerinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle yapılan başvuruyu esastan incelemeye tabi tutmuş ve ayrı ayrı değerlendirme yapmıştır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, sonuç olarak kanunda gösterilen hürriyeti bağlayıcı cezaların, borçlu ile alacaklı arasında önceden var olan sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilememesinden dolayı öngörülen ceza olmayıp, kanunda yer verilen koşulların yerine getirilmemesi suretiyle, suç unsurlarının oluşmasından doğan bir yaptırım olduğunu belirterek, itirazların reddine karar vermiştir⁶⁸.

Sermaye şirketleri yöneticileri hakkında, söz konusu suçlar nedeniyle, verilen mahkûmiyet hükümlerinin, bu kişilerin hukuki sorumlulukları yönünden de bir temel teşkil edeceğini kabul etmek gerekmektedir. Çünkü, yöneticilerin hukuki sorumluluğu, TMK.nun 2 nci maddesinde yer alan dürüstlük ilkesi ile ve TTK.nun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasında yazılı olan basiretli tacir gibi davranma ilkesine aykırı davranış ve fiiller nedeniyle, her zaman gündeme gelmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, bu ilkeleri ihlal etmiş ve söz konusu suçlar nedeniyle de, mahkûm olmuş yöneticilerin, açılacak tazminat davalarında, mahkûmiyet hükümleri temel alınarak, hukuki sorumluluk yönünden yargılanmalarının önü açılmış olmaktadır.

"Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 38 inci maddesine aşağıdaki fıkra yedinci fıkra olarak eklenmiş, mevcut beşinci ve altıncı fıkralardan sonra gelmek üzere, aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları dışında ölüm cezası verilemez.

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgulara, delil olarak kabul edilemez.

Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz."

⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Feyzioğlu Metin, "Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme", <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ceksucu.htm> (09.10.2008)

⁶⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aşık İbrahim, Anayasa Mahkemesi'nin 21.11.2002 gün, E:2001/415, K:2002/166 Sayılı Kararı için bkz. **Resmî Gazete** 28.02.2003, Sayı: 25034;