

SON (4949 SAYILI YASA İLE GETİRİLEN) İİK DEĞİŞİKLİKLERİNİN SINIFSAK İDEOLOJİSİ YÖNÜNDEN ELEŞTİRİSİ

Prof. Dr. Bilge UMAR *

I. Genel Bakış

Her hukukçu, fakülte öğreniminin daha birinci yılında öğrenir ki, yürürlükteki hukuk, o toplumdaki ekonomik düzenin aynası ve hizmetkârıdır; o düzene göre içerik gösterir, onu koruyup berkitmek amacını güder. Ekonomik düzende bir devrim veya karşı-devrim gerçekleşme yolunda ise, bunun yansımaları hukuk düzeninde hemen kendini gösterir. Türkiye Cumhuriyeti'nde, bildiğimiz üzere, ekonomik düzende, tohumları elbette çok eskiden beri var olan bir karşı-devrim, devleti "baba" olmaktan çıkaran bir karşı devrim, önceleri adım adım başlatılmış, son yıllarda ise koşar adım gerçekleştirilmektedir. Anayasadaki sosyal devlet ilkesinin uygulamada ancak son kalıntıları günümüze ulaşabilmiştir. "*Köşeyi dönebilen yaşasın, altta kalanın canı çıksın, devlet köşeyi dönenlerin hizmetinde olsun, altta kalanların hâline seyir baksın*" ilkesini baş tacı edinen ve kendi hizmetindeki devlet yöneticilerine de benimseten acımasız kapitalizm, "globalleşme" diye ad taktığı, egemenliğini tüm dünyaya yayıp her yerde berkitme çabası içinde, elbette ki hukukla da oynayacak idi.

Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuku, hiçbir zaman, kapitalist sınıfı yok etmek gibi bir nihaî hedefe yönelmemiş; tersine bu sınıfın özgürlüklerine kamu yararı düşüncesiyle sınırlamalar getirmeye özen göstermekle yetinmiş ve bu sınırlamalarla birlikte ülke refahına katkısı olacak diye onu vicdan ve adalet çerçevesinde korumayı kendine görev edinmiştir. Son zamanlardaki süreçte ise; özellikle İcra ve İflâs Hukuku alanında, vicdan ve adalet kaygısı olmaksızın sermayeyi, özellikle de bankaları iltimas derecesinin bile ötesinde koruyucu; icra tâkibi (o arada iflâs) alacaklılarının (dolayısıyla, her yıl on binlerce icra tâkibi yürüten bankaların), ortalığı kırıp dökerek, tâkip borçlusunu ve hatta üçüncü kişileri üzerlerinden tank geçmişçesine

* Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

perişan ederek, tâkip konusu alacağı mutlaka tahsil etmelerini tek amaç edinen kurallara, gittikçe daha geniş ölçüde yer verilmektedir. 4949 sayılı yasa ile getirilen değişiklikler de, birkaç istisna dışında, bu doğrultuda olmuştur.

II. Bazı Örnekler

1. Madde 68b'deki Değişiklikler

Bu madde 1988 yılında, 3494 sayılı değişiklik yasası ile, bankalar lehine özel kolaylıklar sağlamak amacıyla, yasaya konmuştu. İlk içeriğiyle yetinilmedi; 4949 sayılı Yasa ile de yine bankalar lehine değişiklik yapıldı ve yurt dışına adresini nakledip de bu değişikliği noter aracılığıyla bankaya bildirmek geçersiz, işe yaramaz sayıldı; banka yine yurt içindeki eski adrese tebliğ yaptırabilecek ve bu tebliğ borçluya yapılmış geçerli tebliğ sayılacak!

İkinci fıkradaki "aldığı" ibaresinin "gönderilen" diye değiştirilmesi ise, bankaların bastırmasıyla kredi borçlusuna zulmetmekte yasa koyucunun sırur tanımadığının kanıtıdır: "*Borçlu, bankanın gönderdiği yazıyı alsın almasın, yazının gönderilmesinden sonra bir ay içinde itiraz etmemişse onun içeriğini kabullendi diye kesin karine oluşuyor; onun yanlışlığını ancak borcu ödedikten sonra dava edebiliyor.*" Dahası, maddeye yeni eklenen bir fıkra ile, ihtarnameye itiraz edilmiş olmasının dahi sonuçları kısıtlanıyor.

2. Madde 89'da bu kez de takip alacaklısı aleyhine olarak bankaları koruyucu değişiklik yapılmıştır.

İkinci ihbarnamede şimdiye kadarki sisteme göre üçüncü şahsa (örneğin tâkip borçlusunun 50 milyar TL para yatırdığı hesabı var denen bankaya), "*Sen birinci ihbarnameye itiraz etmediğin için bu para gerçekten zimmetinde sayılıyor, 7 gün içinde mahkemede menfi tespit davası aç, aksi takdirde parayı icra dairesine ödemeye mecbursun*" ihtarı yapılıyordu (ikinci haciz ihbarnamesi). Şimdi ise üçüncü şahsın durumu yumuşatılıyor ve dava açmadan icra dairesine itirazda bulunmasına imkân veriliyor (oysa bu imkân zaten birinci ihbarnamede verilmişti). İkinci ihbarnameye itiraz ederse, bu itirazı, takibin ona karşı devam etmesini engelliyor. İtiraz etmezse işte o zaman, menfi tespit davası açması gerekiyor ve açmamışsa parayı ödemeye zorlanabiliyor, bu dahi kendisine üçüncü bir ihbarname ile bildiriliyor. Dahası, bu yöntemle tâkip alacaklısına para ödemek zorunda kalan üçüncü şahıs, eskiden sadece borçluya karşı sebepsiz zenginleşme davası açabiliyor iken

şimdi, "kötü niyetli alacaklıya karşı" dava açıp verdiği paranın iadesini ondan istemek hakkına da kavuşturulmuştur.

3. Madde 115'de Yapılan Değişiklik

Taşınır malların, tahmin edilmiş değerine göre yüzde kaç oranında miktara ulaşan bedel önerilirse birinci arttırmada satılabileceği konusundaki ilkeye, ber-mutad, borçlu aleyhine ve alacaklıları (demek ki, özellikle de bankaları) kollayan bir değişiklik getirilmiş; % 75 olan oran % 60'a indirilmiştir.

4. Madde 126'da Yapılan Paralel Değişiklik

Taşınmazların birinci açık arttırmada satılabilmesi için, tahmin edilen değer en az yüzde kaç oranında pey sürülmüş olması gerektiği konusunda burada da m. 115'dekine paralel değişiklik yapılmış yani oran % 75'ten % 60'a indirilmiştir.

5. Madde 128'de Yapılmak İstenip Yapılamayan Değişiklik

Taşınmaz malın satışı öncesinde düzenlenmesi gereken "mükellefiyetler listesi"ne ilişkin bu maddede f. II c. 1, "icra dairesi gayri menkulün kıymetini takdir ettirir; gayri menkulün kıymetinin takdirinde, gayrimenkul üzerindeki mükellefiyetlerin kıymete olan etkisi de nazara alınır" demektedir. Şimdi bundan hemen sonra yasa metnine bir cümle ekleniyor: "Taşınmazın önceden takdir edilen kıymetini etkileyen mükellefiyetlerin ortaya çıkması hâlinde, icra dairesi satışa esas olmak üzere taşınmazın kıymetini yeniden takdir ettirir". Değişikliğin ve yeni cümlelerin mantığı hiç anlaşılmıyor; çünkü hâlen var olan ilk cümleye göre zaten icra dairesi mutlaka, satış öncesinde ve mükellefiyetler listesini düzenleme sonrasında, taşınmazın kıymetini yeniden takdir ettirecektir (haciz kararını verirken kendisinin belirlediği ve tutanağa geçirdiği kıymet geçerli olmayacaktır). Diğer yandan, taşınmaz üzerindeki mükellefiyetlerin değere etkisinin göz önüne alınmasını zaten şimdiki ilk cümle emrediyor; yeni mükellefiyetlerin ortaya çıkması hâlinde bunların etkisi de nazara alınsın demenin anlamı var mıdır? Anlaşıyor ki burada, bankaların bastırmasıyla yine onların işine gelecek bir değişiklik yapılmak, cümle 1 kaldırılıp onun yerine yenisi konmak ve her hal ü kârda yeni kıymet takdiri zorunluluğu kaldırılıp sadece yeni mükellefiyet gelmişse bunların değere etkisini gösterecek surette yeniden değer takdirine cevaz vermek yani malı eski ve zaman içinde erimiş değer tahmini üzerinden satışa çıkarmak amacı

güdülüyordu; bir karıştırma oldu, kaldırılmak istenen madde de yasada bırakıldı ve getirilen yeni cümle hiç işe yaramadı.

Belirtmek gerekir ki bu m. 128'de f. II sonundaki, Özal döneminden yâdigâr, "*Kesinleşen kıymet takdiri için iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez*" diyen vicdansızlık başyapıtı kural, kaldırılmıştır (4949 sayılı değişiklik yasasında m. 103 ile). Bunun yerine m. 128a geçmiştir. Kıymet takdirine karşı yapılabilecek şikâyet konusunu düzenleyen bu yeni maddenin içeriğiyle getirilen en önemli değişiklik, vicdan tanımayan, değer takdirinin üzerinden iki yıl geçmedikçe yeni değer takdiri istenemez kuralının biraz yumuşatılması ve iki yılın bir yıla indirilmesi, hatta olağanüstü değişikliklerin ortaya çıkması hâlinde bir yılın içinde bile yeni değer takdirinin istenmesine olanak tanınmasıdır.

6. Madde 129'daki Değişiklik

Taşınmaz malların açık arttırma ile satışına ilişkin bu maddede yer alan % 75 oranı, m. 115 ve 126'daki değişikliklere paralel olarak, % 60 diye değiştirilmiştir.

7. Madde 130'daki Değişiklik

Taşınmaz malın kendisine ihale edildiği kişinin bedeli ödemesi için alabileceği süre 20 günden 10 güne indirilmiştir.

8. Madde 134'deki değişiklikler

a. Maddede f. II'ye, ihalenin feshi için şikâyet başvurusu yapanların yurt içinde bir adres göstermesi koşulu eklenmiştir.

b. Şikâyetin reddi, yine alacaklıları ve özellikle bankaları koruyan, şikâyet edecekleri yıldırma amaçlı bir hükümle, ihale bedelinin % 10'u oranında para cezasını getirmektedir ve bu kural yerli yerinde bırakılmıştır. Anayasadaki hukuk devleti ilkesini ayaklar altına alan ve anayasal hak olan, mahkemeye başvurma yetkisini ihalenin feshi başvurusu bakımından çok ağır ölçüde sınırlayan bu kural sözde yumuşatılıyor: "*Ancak, işin esasına girilmemesi nedeniyle talebin reddi hâlinde para cezasına hükmolunamaz*".

c. İhaleye karşı şikâyet sonuçlanıncaya kadar, ödenmiş bedelin nemalandırılmaması önemli bir sakınca idi (ve ihale feshedilirse alıcıya o nemalandırılmayıp erimiş para geri veriliyordu, şikâyet reddedilirse takip alacaklısının alacağını alması ve artan para olursa malı satılmış borçluya

verilmesi nemalandırılmamış paradan yapıliyordu). Yeni kural, paranın bankalarda nemalandırılmasını ve nemanın ihale bedeline eklenerek hak sahiplerine ödeme yapılmasını buyuruyor.

9. Madde 150 r'daki Değişiklikler

Bu maddede, kredi kullandırmış bankanın giriştiği icra takibinde ona sağlanan kolaylıklara yenileri eklenmektedir:

a. Kullandırılan paranın miktarı ipotek akit tablosunda görülmüyor ise, bu miktar tartışmalı olsa bile, banka sırf *"borcunu öde"* ihtarını noterden gönderdiğinin ve tebligatın borçlu tarafından kredi sözleşmesine yahut akit tablosuna yazdırılmış adrese tebliğ edildiğinin belgesini sunmakla, icra dairesinin icra emri göndermesini yani ortada borç miktarını beyan eden bir ilâm varmış gibi işlem yapmasını sağlayabilecektir. Ama alacaklı tebligata 8 gün içinde itiraz etmiş idiyse, yapılan bu işleme karşı tetkik merciine şikâyetle bulunmak hakkı vardır.

b. Tetkik mercii önünde banka alacak miktarını (kendisine büyük kolaylıklar sağlayan m. 68b'den yararlanarak) ispat edebilmişse, borçlunun *"ödedim"* veya *"borcu ertelemiştik"* iddiasını ispat etmesi, tâkibi engellemesi çok zorlaşmaktadır çünkü yeni madde borçlunun bu savunması için *"resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge"* sunmasını istemektedir yâni örneğin bankadan bu yolda belge almış ve şimdi onu sunmakta olmasına rağmen banka oradaki imzaların sahte olduğunu söyleyiverirse mercide imza incelemesi yapılamayacaktır.

10. Kambiyo Senedine Dayanan Tâkipte İcra İnkâr Tazminatı

Madde 169a'da öngörülen, icra inkâr tazminatına mahkûm edilmenin şartları değiştirilmiştir. Borçlunun itirazının *"esasa ilişkin nedenlerle kabulü hâlinde, kötü niyeti veya ağır kusuru bulunan alacaklı"* tazminata mahkûm edilebilecektir; eski metin ise, borçlunun itirazı kabul edilince alacaklı tazminata mahkûm edilir yolunda idi. Tâkip borçlusu da, ancak itirazı üzerine geçici önlem olarak tâkibin muvakkaten durdurulması kararı verilmiş, zaman kaybedilmiş ise icra inkâr tazminatına mahkûm edilebilecektir. Üçüncü değişiklik, bunlar kadar adaletli değildir: borçluya yüklenecek tazminat, eskisi gibi, *"yüzde kırktan aşağı olmamak üzere"* diye bırakılmış iken *"alacaklıya (üstelik ancak kötü niyeti veya ağır kusuru sâbit olunca) yüklenen tazminat çok önemli indirimle 'alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere' diye belirlenmiştir."* Söz konusu değişiklik, m. 68 ile de uyumsuzluk gösteriyor; çünkü kambiyo senedine dayanmayan (adi) takipte icra inkâr tazminatı

oranı konusunda her iki taraf için "yüzde kırktan aşağı olmamak üzere" ilkesi, bu maddenin (68'in) yeni kanunla değişiklik görmüş metninde de aynen korunmuştur.

11. Madde 206: Devlet Alacaklarının Önceliğinde Çok Önemli Kısıtlama

Yasanın eski metninde bulunan dördüncü, beşinci, altıncı sırada yer verilmiş alacaklar imtiyazlı olmaktan çıkarılmıştır ve yeni kurala göre dördüncü sırada, "imtiyazlı olmayan diğer bütün alacaklar" yer almaktadır. Dolayısıyla, m. 206 f. I'de gösterilen, satılan malın kendisiyle ilgili devlet alacakları dışında kalan devlet alacakları artık beşinci sırada imtiyazlı alacak değildir.

12. Madde 251'deki, Ticaret Erbabını Kollayıcı Defi Hakkı

Madde 251 f. II'de cümle 2 sonrasına şu cümle eklenmiştir: "*Müflise yeni mal iktisap etmediği itirazında bulunma imkânını sağlamak niyetiyle üçüncü kişinin hak sahibi kılındığı ama müflisin fiilen tasarruf ettiği mallar, üçüncü kişi bu durumu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, yeni mal sayılır*".

Burada pek tuhaf bir yanlışlığa düşülmüştür. Bu m. 251 f. II'de sözü geçen, müflisin yeni bir tâkibe karşı öne sürebileceği ve haklı ise tâkibin yürütülmesini engelleyecek olan "*ben yeni mal iktisap etmedim*" itirazı, aslında, yasada "*müflis yeni mal iktisap etmedikçe*", "*müflis bu yeni takip üzerine kendisine gönderilen ödeme emrine yeni mal iktisap etmediği yolunda itiraz ederse*" deyişleri kullanıldığı halde, içeriği yönünden, müflisin şimdi haczedilmek istenen malı iktisap etmiş olmadığı itirazı değildir. Yasamızdaki deyişler, itirazın gerçek içeriğini ifade edememektedir. Kaynak yasada m. 265 f. III'deki deyiş, aşağı yukarı, şöyledir: "*Yeni bir tâkip ancak borçlu daha iyi bir malvarlığı durumuna nail olmuş ise talep edilebilir*" (Fransızca metinde: Une nouvelle poursuite ne peut être requise que si le débiteur revient à meilleur fortune). Kastedilen, borçlunun iflâs sonrasında edindiği borçlarla aktifleri birbirinden mahsub ettiğimizde, borçlu için şimdi bir net aktifin (mahsup sonucunda kalacak bir aktif bakiyesinin) hâsıl olmasıdır; işte ancak bu yeni aktif bakiyesini eski alacaklılar haczettirebilirler (Jaeger şerhinde m. 265 No. 8). Bu demektir ki, o aktif bakiyesi yokken dahi bir haciz yapabilmek, yeni malı haczettirebilmek konusunda (m. 251'deki sınırlamaya tâbi olmayan; iflâs takibine katılma sonrasında şimdi ikinci bir takip yapıyor olmayan) yeni alacaklıların, örneğin iflâs sonrasında borçluya bedeli sonra ödenmek üzere mal vermiş, onun yeni bir yaşam kurmasına yardımcı

olmuş alacaklıların inhisari önceliği vardır. Yani bu yeni alacaklı, alacağı ödenmeyince, hakkında iflâs tâkibi yürütülmüş borçlunun malvarlığına yeni girmiş herhangi bir aktif değeri, örneğin ona satıp teslim ettiği ama bedelini alamadığı bir malı, tâkip yaparak haczettirebilir ve borçlu ona karşı "*Ben henüz malvarlığımda aktif bakiyesi bulunur halde değilim*" (yasanın deyişiyle, "*Yeni mal iktisap etmedim*") itirazını öne sürüp onun tâkibini engelleyemez. Oysa, eski alacaklılar (iflâs alacaklıları) iflâsın kapanması sonrasında, alacaklarından tahsil edilmemiş kalan bölüm için, borçlunun yeni iktisap ettiği malı yahut malları haczettirmek amacıyla tâkibe girişirse onlara karşı bu itiraz öne sürülebilir.

Bu sistem, ilke olarak ancak tacirlere mahsus olan iflâs takibinin yıktığı borçluyu yeni bir hayata kavuşturmayı kolaylaştırmak için kurulmuştur ve hukukun iflâs dışı takiplerle yıkılmış bir borçlu için düşünmediği bu kayırcılığı burada göstermesi, kapitalist düzenin bir haksızlığı sayılarak eleştirilmiştir. Kapitalizmin kalelerinden İsviçre'den gelme yasamızın bu yoldaki (kapitali ve kapitalistlerin güvenliğini kollayıcı) tutumunun başka görüntüşleri de vardır. Örneğin, bir kimse kendisinin iflâsına belli fiilleriyle yol açmışsa, aslında kendi başına suç oluşturmayan o fiiller, borçlunun iflâsı halinde suç niteliğine bürünmekte (taksiratlı iflâs, hileli iflâs) ve kendi çökerken başkalarına da zarar veren müflis hiç değilse bu kapsamda bir ceza sorumluluğuna tâbi tutulmaktadır; oysa, tâcir sıfatına sahip olmayan, iflâs yoluyla tâkip edilemeyen birisi tıpatıp aynı fiilleriyle kendi malvarlığını çarçur edip borçlarını ödeyemez hale düşerek alacaklılarını perişan etse, böyle bir ceza sorumluluğu karşısında değildir. Şimdi, asıl konumuza dönelim: İİK m. 251'deki "*yeni mal iktisap etmedim*" savunmasının, ancak ve ancak İsviçre'deki anlamda geçerli olabileceği yani tâkip borçlusunun "*ben bu malı iktisap etmiş değilim*" demesini gerektirmeyeceği, tersine yeni malvarlığındaki haczedilebilir aktifin yeni borçlarıyla mahsubu sonucunda kalacak yeni net aktifin haczolunabileceği ilkesine karşılık kendisinin henüz böyle bir yeni net aktifi bulunmadığı savunmasını öne sürmesi içeriğinde olacağı öğretilde duraksamasız belirtilmiştir.¹

Böyle olunca, "*müflisin mülkiyetinde olmayan bir mal eğer mala fiilen müflis tasarruf ediyorsa (onun aktifinin net bakiye bırakıp bırakmadığının hesaplanmasında) müflisin aktifinden bir kalem imiş gibi hesaba katılabilir*" amacını güden

¹ Örneğin bkz. Baki Kuru, *İflas ve Konkordato Hukuku*, Ankara 1971, s. 345: "Yeni mal iktisabından maksat, müflisin aktifinde meydana gelen bir fazlalıktır"; (orada dn. 18) "Bu fazlalık, müflisin iflastan sonra kazandığı aktifinden, iflastan sonra meydana gelen pasifi (yaptığı borçları) çıkarmak suretiyle bulunur". Necmeddin Berkin, *İflas Hukuku*, İstanbul 1972, s. 385-386; Bilge Umar, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973, s. 39; Saim Üstündağ, *İflas Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975, s. 170.

yeni kuralı anlamak da zordur, uygulayabilmek de zor olacaktır. Bir kez, yeni takibin başında, ileride alacaklıya haciz isteme yetkisi gelirse hangi malın haczedileceği belli değildir ki borçlu

şimdiden o malın malikinin kendisi olmadığını söyleyerek bu beyanıyla m. 251'deki itirazı yapabilsin. Borçlunun ancak, *"benini yeni hasıl olmuş bir aktif bakiyem yok"* diyerek, belli malın mülkiyetinin tartışılması

içeriğinde olmayan bir itiraz öne sürmek olanağı vardır. Bu itiraz öne sürüldüğü zaman onun kaldırılması istemiyle yeni tâkibin alacaklısı tetkik merciine başvurduğunda borçlunun malvarlığı aktifleri diye şu, şu malların, hakların, alacakların nazara alınması gerektiğini ispat yükü, MK m. 6'daki genel kurala göre, ortada aktif bakiyesi var iddiasında bulunan alacaklıdadır (borçlu da, yeni edindiği borçların ulaştığı miktarı ve o miktarın yeni aktiflerin değerleri toplamını geçtiği konusunda ispat yükünü taşır). Bu ispat, İİK m. 251 gereğince genel hükümlere göre yapılacaktır. Bu prosedür içinde belli bir malın, onu alacaklıdan kaçırmak için kasten üçüncü şahsın mülkiyetine bırakıldığını ispatla onu da tâkip içinde el atılabilecek aktifler arasında saymaya hüküm çıkarmak ancak ve ancak söz konusu üçüncü şahıs dâvada taraf olsaydı mümkün olabilirdi; onun taraf olmadığı tetkik mercii dâvasında (alacaklının başvurusuyla başlayan, borçlunun itirazının kaldırılması istemini inceleme ve hükme bağlama dâvasında; dâva sözcüğünü bilinçli olarak kullanıyorum ve Kuru hocamızın, tetkik merciindeki bu tür süreçlerin, keza şikâyeti hükme bağlama sürecinin, dâva olmadığı görüşüne katılmıyorum; Anayasa Mahkemesi dahi bunları dâva niteliğinde saymıştır) böyle hüküm çıkabilecek olsaydı bile üçüncü şahsa karşı o hüküm geçerlilik taşıyamaz.

13. Madde 280'de, Alacaklı Aleyhine Yapılabilmiş Hayret Verici Bir Değişiklik

Madde 280'de iki değişiklik yapılmıştır:

a. Başlık, *"Zarar verme kastından dolayı iptal"* olmuştur. Bu, yeni metne göre yerindedir. Kaynak yasadaki ilgili maddenin başlığı böyle (Absichtsanfechtung, kasıttan dolayı iptal) olduğu halde maddede eski içeriğe göre kast aranmadığından iktibasımız sırasında bu başlık alınmamıştı ve biz de Doktora tezimiz sonundaki öneride Betrugsanfechtung deyiminin karşılığı olarak *"Hileden dolayı iptal"* başlığını uygun görmüştük. Maddenin İsviçre'ye göre hayli değişmiş son metninde dahi kasıt, ancak ve ancak, alacaklı yararına birtakım karinelerin oluşmasını sağlıyordu; maddenin temel ilkesi olan f. 1'deki ilke için varlığı aranacak bir uygulanma unsuru değildi. Şimdi ise, aşağıda belirttiğimiz üzere, durum değişmiştir.

b. Maddede birinci fıkra şöyle değişmiştir: *“Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu malî durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir. Şu kadar ki, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulmuş olmalıdır”*.

Bu değişiklik, şimdiye kadar yapılan İİK değişikliklerinin genel eğilimine taban tabana zıt doğrultu izlemiştir. Şimdiye kadarkiler; alacaklıların ve özellikle bankaların, ortalığı kırıp dökerek, borçlusuna ve hatta çoğu kez üçüncü şahıslara büyük zararlar vererek, icra tâkibini tank misali yürütmesine olanak sağlamak üzere yeni yeni düzenler icat edilip bunların kanuna sokuşturulması doğrultusunda yürütülmüştü. Şimdiki ise, çeşitli yönlerden, alacaklının eski düzenlemedeki durumunu pek zayıflatıyor: Bir kez, eskiden, borçlunun *“tediye kabiliyetini kısmen veya tamamen kaybetmiş”* olması yâni ödeme güçlüğü içine düşmüş bulunması, maddenin uygulanması için yetiyordu. Şimdi ise, borçlunun, iptal dâvasına konu edilen işlemi yaptığı sırada, malvarlığının borçlarına yetmez durumda olması yâni borca batık olması, pasifinin aktifini aşması aranacaktır. İkinci olarak, borçlunun o işlemi yaparken alacaklıyı zarara uğratma kastı gütmüş bulunması aranacaktır; eskiden buna hiç gerek yoktu, *“iyi niyetli bir şahıstan veya basiretli bir tacirden beklenmeyecek tasarruflarla mevcudunu eksiltmiş olması”* yetiyordu. Üçüncü olarak, borçlunun malvarlığı aktiflerini o işlemle iktisap eden üçüncü şahsın da bu durumu bilmesi veya bilmesi gerekmesi aranıyordu; yani borçlunun ödeme güçlüğü çektiğinin ve şimdi yaptığı işlemin de hüsnüniyete uymadığını biliyor olmalı, bu durum kanıtlanmalı idi; şimdi ise borçlunun içinde bulunduğu mali durumu (yâni, maddenin yeni içeriğine göre, aktiflerinin pasifini karşılamaz durumda olduğunu) ve bir de borçlunun alacaklıları zarara uğratma kastını biliyor olmalıdır ve bunun kanıtlanması istenecektir. Birinci fıkroda alacaklı lehine yapılan tek değişiklik, iki yıllık sürenin beş yıla çıkarılmasıdır.

Oysa bu m. 280’de öncelikle değiştirilmesi vâcip olan, inanılmaz zulümlere yol açabilen son fıkradaki kesin karinedir. İşin kötüsü, Yargıtay’ımız bu yaraya merhem arayacak yerde, bir kamyonun (tanker) satılmasını ticari işletmeden önemli unsurun devri saymak gibi içtihatlar çıkarmış ve kamyon satın alanı m. 280 son fıkra gereğince, kamyon satanın bütün borçlarından sorumlu tutabilmiştir! (15. HD 6.7.1999, E. 2641 K. 2937, YKD 1999 No. 11 s. 1556).

14. Alacaklısını zarara sokma kastı ile bir borçlunun malvarlığı aktifini eksiltmesini suç sayan ve bu suçun cezasını gösteren Madde 331'deki değişiklikler

Yapılan değişiklikler şunlardır:

a. Hapis cezasının alt sınırı 3 aydan 6 aya çıkarılmıştır; ayrıca, hapis cezasının yanı sıra bir milyar liradan 100 milyar liraya kadar ağır para cezası da öngörülmüştür.

b. Maddenin yeni düzeninde bulunan f. II yenidir ve şöyledir: *"İflâs tâkibinden veya doğrudan doğruya iflâs hallerinde iflâs talebinden önce birinci fıkradaki fülleri işleyen borçlu hakkında da, bu fülleri başka bir suç oluştursa dahi bu hükümler uygulanır."* Uygulanır demekle kastedilen pek anlaşılmıyor. Hem o suça ait ceza hem bu suça ait ceza verilecek mi demek isteniyor yoksa o diğer suça ilişkin kural değil buradaki kural uygulanacak ve yalnız buradaki ceza verilecek mi demek isteniyor?

Temel ilke, aynı vakıalar durumunun iki kez cezalandırmaya yol açmamasıdır (bkz. TCK m. 79: *"İşlediği bir fül ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlâl eden kimse o ahkâmdan en şedid cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır"*). İİK m. 331 f. II'nin ifadesi, daha şedid ceza içeren başka hüküm varken onun uygulanmamasıyla suçlunun TCK m. 79'daki kurala ters düşen bir korumadan yararlandırılmak istendiği yolunda yorumlanamaz; böyle bir yorum hem abes olur hem de İİK değişikliklerinin ilke olarak kötü niyetli borçlular aleyhine gittikçe daha sert kurallar getirmek amacı güttüğü gerçeğini görmezlikten gelmek olur. Demek ki, kuralımız, TCK m. 79'a istisna getirmektedir ve daha şedit bir diğer kural varsa onun yanı sıra kendisindeki cezanın da suçluya verileceğini söylemek istemektedir. Böyle olunca; borçlunun fiiline daha hafif ceza veren bir diğer kural varsa bu takdirde dahi hem o daha hafif cezanın hem de yeni İİK m. 331'deki cezanın uygulanacağı çözümünün kabulü, evleviyet düşüncesinin zorunlu kıldığı bir sonuçtur. Daha ağır diğer ceza ile birlikte m. 331'deki cezanın uygulanmasını buyuran yasa koyucu, diğer ceza daha hafif idiyse o uygulanmayıp yalnız m. 331 uygulansın demek hoşgörüsünü gösterme kastında olamaz.

c. Eski f. II yeni metinde f. III olurken buna iki ek gelmiştir: *"Konkordato mühleti veya iflâsın ertelenmesi talebinden önceki iki yıl içinde ya da konkordato mühleti talebi veya iflâsın ertelenmesi süresinden sonra birinci fıkradaki fülleri işleyen borçlu hakkında da bu hükümler uygulanır"* (devrik harflerle yazılı ibareler yeni eklenmiştir).

d. Eski f. III yeni metne f. IV olarak geçerken, oradaki hapis cezasının alt sınırı bir yıldan iki yıla, üst sınırı 3 yıldan dört yıla çıkarılmış; ayrıca bir milyar liradan 100 milyar liraya kadar para cezası öngörülmüştür.

e. Eski f. VI yeni metinde f. VII olurken içeriği de değiştirilmiş ve fıkra, *"Borçlu lehine bilerek yardımında bulunanlar ile bu maddede yazılı fiillere iştirak edenler de aslî fail gibi cezalandırılırlar"* diye ifade edilmiştir. Bu değişiklikte ölçünün elden kaçırıldığı ve çok gaddar bir kural getirildiği kanısındayım. Eski metin TCK m. 65'e yollama yapıyor ve iştirakçiye, iştirakçilik cezası veriliyordu ki bu da ilke olarak aslî failin cezasının yarısı kadardı; ancak, iştirak vâki olmasaydı suç işlenemeyecek idiyse, yalnız bu takdirde, iştirakçi için indirimle gidilmeden aslî faile verilecek ceza ona da veriliyordu. Şimdi, şu olayı düşünelim: Borçlu B., kendisine anlayış göstermeden ve istediği yeni vâdeyi vermeden icra takibine geçen alacaklısı A.'ya kızar ve yazlık diye kiraladığı köy evinin bitişiğindeki komşusu Ü.'ye durumu anlatarak, *"Benim malım mülküm İstanbul'da oturmakta olduğum kira evindeki ve bu yazlık köy evindeki eşyadan ibaret. Alacaklım şimdi bunlara haciz koydurup sattırarak. Eşya o mel'un herife yarayacağına bâri senin gibi garibe yarasın. İstanbul'daki eşyayı da yarın kamyonla yükleyip getireceğim; onları ve buranın eşyasını sen al götür, senin olsun, ne yaparsan yap; ben otele çıkacağım"* dese, ertesi gün bu Ü.'nün (durumu bilen) şoför bacanağı ÜB.'nin kamyonuna eşyayı yükleyip getirirse ve Ü. bu malları sahiplense, alıp götürerek satsa; gerek Ü. gerek ÜB., İİK m. 331 f. VI (şimdi VII) gereğince aslî fail gibi cezalandırılmak gerekecektir. Oysa, gerçek malikin kendisine bağışladığı malları minnetle ve sevinçle kabul eden Ü.'nün olsun, bu malları taşıyan ÜB.'nin olsun, fiilleriyle böyle 6 aydan üç yıla kadar hapis gerektirecek bir suç işlediklerinin bilincinde olması asla ve asla beklenemez. Diğer yandan, kanunu bilmemek de mazeret sayılmaz (TCK, m. 44).

15. Yeni Madde 333a İle Getirilen Kural

Yeni eklenen bu madde şöyledir:

Ticarî işletmede [*"ticaret şirketlerinde"* olacaktı-Umar] yöneticinin sorumluluğu

Madde 333a. Ticaret şirketlerinde hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip olanlar alacaklıları zarara uğratmak kastıyla ticarî işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödemeyerek alacaklıları zarara soktukları takdirde, bu işlem ve eylemlerin başka bir suç oluşturmaması hâlinde altı aydan iki yıla kadar hapis ve dört milyar liradan dört yüz milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Birinci fıkradaki suç taksirle işlendiği takdirde, faile zararın ağırlığına göre, iki milyar liradan iki yüz milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bu maddede yazılı suçların tâkibi alacaklının şikâyetine bağlıdır.

Söz konusu maddenin yorumunu yaparken, sırf borcu ödememek fiilini suç sayan eski hukuk kuralının büyük hukuk devrimimiz sırasında, diğer uygar ülkelerde olduğu gibi, yürürlükten kaldırıldığı, *"Bu sakim usulün inkılâp düsturları icabı olarak terk edilmiş olduğu"* (bkz. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, 1982 basımı, s. 14) anımsanmalıdır. Her borç ödememe fiili, zorunlu ve kaçınılmaz olarak, alacaklıyı zarara uğratır ve her borçlu da bunu bilecek durumdadır. Böyle olunca, sırf borcu ödememek fiilinin yapılmasından, alacaklıyı zarara uğratacağını bile bile ve demek ki alacaklıyı zarara uğratmak kastına eşit bir *"sonucu göze almışlık bilinci"* ile hareket edildiği yorumuna varmak, dolayısıyla yeni m. 333a'daki suçu işlenmiş saymak, kanunun lâfzına bakılırsa, mümkün görünür. Kanımca (globalleşme denen, uluslararası kapitalizmin tüm dünyayı pençesine alması sürecinde, birçok yönden 19. yüzyılın insafsız, vicdansız uygulamalarına geri dönen dünya ekonomisinin bu gidişine rağmen), Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal hukuk devleti olmak iddiası sürdürdükçe, borç ödememe fiilini şu, şu koşullarla suç sayan yasa kuralını mikroskop altında incelemek zorunludur. Özellikle, borç ödememe fiilinin sırf vukuunu tespit etmekle, bu fiilin mutlaka alacaklıyı zarara uğratmak kastıyla yapıldığı varsayımından yola çıkmak, yasanın aradığı bu kast unsurunun da gerçekleştiğini kabul etmek asla doğru olamaz. Yargıç, borçlu şirket ödeme güçlüğü içinde değil iken yöneticinin borcu ödemediği sâbit olursa, geriye kalan tek açıklama yöneticinin alacaklıları zarara uğratma, *"borcun üzerine yatma"* veya ödemeyi haksız yere geciktirme niyeti beslediği olacağından, zarar vermek kastıyla davranmak unsurunu (ancak o zaman) gerçekleşmiş sayabilir.

Diğer yandan, getirilen yeni kuralın Anayasada m. 2'deki hukuk devleti ilkesine ve m. 10'daki eşitlik ilkesine uygun düşüp düşmediği ayrıca tartışılmalıdır. Çünkü m. 333a, yalnızca ticaret şirketlerinin yöneticileri hakkındadır. Ticaret şirketi yöneticisi de olsa herhangi bir borçlunun kendi kişisel borçları bakımından, gücü varken, sırf alacaklıları zarara uğratmak kastıyla ödeme yapmaması herhangi bir yasa kuralında suç sayılmış değildir. Konu bakımından sadece ticaret şirketinin borçlarını ödemeyen şirket yöneticileri aleyhine yapılan bu ayırımın akla yakın bir açıklamasını ben göremiyorum.