

## BİR FEDERAL MAHKEME KARARI (BGE 110 III 30-32) VE KISACA DEĞERLENDİRİLMESİ\*

Çev.: Yrd.Doç.Dr. Seyithan DELİDUMAN\*\*

### Özet<sup>1</sup>:

Gayrimenkulün açık artırma ilânı.

SchKG Art. 138<sup>2</sup>'de düzenlenen bir gayrimenkulün resmi ilânının mümkün olduğunca çok ilgiliye ulaşması gerekir. Bir ilân bu amacı gerçekleştiriyorsa kanuna aykırıdır.

### Olay:

A.- K hakkındaki iflas tasfiyesinde ikinci alacaklılar toplanması, her ikisi de iflas masasına ait olan Samedan'daki kat mülkiyetlerinin açık artırma ilânının Samedan'daki Bündner günlük gazetesinde ve Bündner Zeitung'da yayınlanmasından vazgeçilmesine 11.11.1983 tarihinde karar verir. St. Gallen Kantonu İcra ve İflas Tetkik Mercii 9.1.1984 tarihli kararı ile N 'nin şikayetini yerinde bularak ikinci alacaklılar toplanmasının kararını bozmuştur. K bu kararı itiraz yoluyla Federal İcra ve İflas Dairesinde iptal ettirir. O usulüne uygun olan ikinci alacaklılar toplanması kararının tasdik edilmesini talep etmektedir.

### Gerekçelerden Özetler:

Gerekçelerden:

Gerekçe 2:

---

\* Federal Mahkemenin 22.07.1984 tarihli bu kararı BGE 110 III 30-32'de yayınlanmıştır.

\*\* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Öğretim Üyesi.

1 Çeviride geçen kısaltmalar: Abs.: Absatz (İsviçre Kanunlarında "fıkra"); Auf.: Auflage (baskı); Art.: Artikel (İsviçre Kanunlarında "madde"); BGE: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları); İİK: "Türk" İcra-İflas Kanunu; m.: madde; SchKG : Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (İsviçre İcra-İflas Kanunu); vgl.: vergleich (karşılaştırınız).

2 İİK m. 126

2. – İkinci alacaklılar toplanmasının sadece iflasın tasfiyesi için sorumlu olduğu itirazı yerindedir (SchKG Art. 253 Abs.2)<sup>3</sup>. Bu yüzden tetkik mercii onun kararlarının uygunluk denetimini yapmamalıdır. Fakat ikinci alacaklılar toplanmasının kararları, kanuna aykırılık ve takdir hakkının kötüye kullanılması ile takdir hakkının aşılması halinde iptal edilebilir<sup>4</sup>. Tetkik mercii bu hukuki durumu yanlış değerlendirmemiş ve ikinci alacaklılar toplanmasının kararında SchKG Art. 259<sup>5</sup> ve 134<sup>6</sup>'e aykırılık görmüştür. Çünkü bu karar, iflas idaresinin, Samedandaki her iki kat mülkiyetinin açık artırılmasını en çok dağıtılan ve tüm Bünd çevresinde yayınlanan her iki gazeteden yayınlamasını engellemiştir.

Artırma şartlarının “gayrimenkulün bulunduğu yerin adetlerine göre en elverişli tarzda tespit edileceğini düzenleyen SchKG Art. 134’ün, ilânının türünü de düzenleyip düzenlemediği karara bağlanmayabilir. Artırma ilânının SchKG Art. 138’de düzenlediği, bunun tespitinin icra memuruna bırakılmadığı, SchKG 125<sup>7</sup> gereğince alacakların ve menkul malların paraya çevrilmesinde olduğu gibi yapılacağıın tespiti yeterlidir. Oysa bizzat bu ilânda icra memuru tamamen serbest olmayıp bilakis ilân tarzını seçerken mümkün olduğunca çok ilgiliye ulaşılmasını sağlaması zorunludur<sup>8</sup>. Bu daha ziyade gayrimenkullerin paraya çevrilmesi için geçerlidir: artırmanın öngörülen resmi ilânının mümkün olduğunca büyük bir ilgili kesime ulaşması zorunludur. Kantonal resmi gazetede ilân dahi SchKG 35<sup>9</sup> anlamında zorunludur<sup>10</sup>. SchKG Art 139’da öngörülen özel ilân gibi. İlk derece mercii artırma yerindeki mümkün olduğunca alış ilgisine ulaşmaya elverişli olmayan ilânın amaca aykırı ve böylece kanuna aykırı olduğunu haklı olarak tespit etmiştir. Amaca aykırı böyle bir ilân iflasın amacıyla da bağdaşmaz ve takdir hakkının kötüye kullanılması teşkil eder ve ikinci alacaklılar toplanmasının Art. 253 Abs 2’deki yetkileri kötüye kullanmasıyla aynıdır<sup>11</sup>. İkinci alacaklı-

3 İİK m. 238, II.

4 BGE 101 III 54; 87 III 113; 86 III 103.

5 İİK m. 244.

6 İİK m. 124.

7 İİK m. 114.

8 vgl. BGE 54 III 78; Federal Mahkemenin yayınladığı 7.11.1912 tarihli Genelge.

9 SchKG Art 35 resmi ilanların İsviçre Ticaret Sicil Gazetesinde ve Kanton resmi gazetesinde yayınlanacağını, süreler ve ilanın diğer sonuçları için İsviçre Ticaret Sicil Gazetesindeki ilânın esas olduğunu düzenlemektedir.

10 vgl. Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 3. Aufl. S. 236, Nr. 14.

11 vgl. BGE 87 III 113.

lar toplanmasının, kanunun anlamına göre bir etkiye sahip olmaması gereken durumları dikkate alması durumunda da takdir hakkının kötüye kullanılması söz konusudur. Bu yüzden, ilânın en çok satan iki Bündner gazetesinde yapılmasının borçluyu zarara uğratabileceği gerekçesi kararı için esas olmamalıdır. Bunun borçlunun zararına olacağı cebri icranın doğasında vardır. Kanun onu bundan korumuyor. Kanuni koruma sadece kişisel haklar tehlikede olduğunda (ihlal edildiğinde) vardır. Eğer borçlu zaruret halinde ise ve bu suretle katlanılamaz bir duruma düşecekse böyle bir durum vardır<sup>12</sup>.

Özetle, itiraz edenin bir federal kanun ihlali olduğunu ispat edemediğinin tespit edilmesİ gerekir. Bu yüzden asılsız itirazın reddi gerekir.

### Kararın Değerlendirilmesi

Federal Mahkemenin vermiş olduğu bu kararda üzerinde durulması gereken iki husus bulunmaktadır. Birincisi, gayrimenkulün açık artırma ilanının yapılma şekli, ikincisi ise, ikinci alacaklılar toplanmasının yapılacak ilana müdahalesi ve bu hususa ilişkin kararının denetlenmesi hususudur. Gayrimenkulün açık artırma ilanının içeriği, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu m. 138'in karşılığını teşkil eden, İcra İflas Kanunumuzun 126. Maddesinde düzenlenmiştir. İcra İflas Kanununun 126. Maddesinin son fıkrası delaletiyle 114. Maddenin ikinci fıkrası gereğince; ilanın şekli, artırmanın tarzı, yer ve günü ve gazete ile yapılıp yapılmayacağı icra müdürlüğünce ilgililerin yararına en uygun olanı dikkate alınarak belirlenir. Belirtmek gerekir ki, ilgililerin başında alacaklı/alacaklılar ve borçlu gelmektedir. Artırma ilanının mümkün olduğunca çok kimseye ulaşması hem alacaklının hem de borçlunun yararına<sup>13</sup>. Bundan başka, üçüncü kişilerin de artırma ilanının kendilerini de kapsayacak şekilde mümkün olduğunca çok ilgiliye ulaşmasında yararları bulunmaktadır. İlan bu işlevi yerine getirmiyorsa kanuna uygun yapılmamış demektir, bir başka anlatımla, kanuna aykırıdır veya en azından hadiseye uygun olmama ve dolayısıyla şikayet sebebi oluşturur. Bu yönüyle Federal Mahkemenin, ilanın mümkün olduğunca çok ilgiliye ulaşması gerektiğine ilişkin tespiti son derece yerindedir.

İkinci alacaklılar toplanmasının yapılacak ilana müdahalesine gelince; ikinci alacaklılar toplanması, müflisin malları üzerinde çok geniş yetkilerle

<sup>12</sup> SchKG Art. 92, 93 (İİK m. 82, 83); BGE 108 III 63 E.3; 105 III 49; 97 III 11; Amonn, s. 174; Joos, Handbuch für Betreibungsamten der Schweiz, s. 134 vd).

<sup>13</sup> Zira bu sayede, borçlunun mallarının daha yüksek fiyata satılması ve alacaklı alacağının tamamına veya daha fazlasına kavuşma imkanı olacaktır. Malın yüksek fiyata satılması ihtimalini doğuracak olan ilanın çok ilgiliye ulaşmasında borçlunun yararının da bulunduğu açıktır.

tasarruf edebildiğinde ve bu durum, doğal olarak, müflisi, alacaklıları ve üçüncü kişileri ilgilendirdiğinden, ikinci alacaklılar toplanmasının sadece kanuna aykırı kararlarının iptal sebebi oluşturacağının kabulü bazı haksız sonuçlar doğurabilir. Şöyle ki, tasfiye sonunda müflisin borçları genellikle tam olarak ödenmemiş olacağından, borcun ödenmeyen kısmı yine müflise ait olacaktır. Bu yüzden, alacaklılar toplanmasının olaya uygun olmayan bir şekilde müflisin mallarını paraya çevirmesi, örneğin açık artırmada daha fazla değer edebilecek bir malın pazarlıkla satılması veya malın artırma ilanının mümkün olduğunca çok ilgiliye ulaşmasını engellemesi durumunda ikinci alacaklılar toplanmasının yetkilerini yerinde kullandığını söylemek mümkün olmayacak ve bu İİK. m. 238, II ile de bağdaşmayacaktır. Bu durumda, ikinci alacaklılar toplanmasının böyle bir kararına karşı, kanuna aykırılık veya en azından hadiseye uygun olmama sebebine dayanarak, şikayet yoluna gidebilmesi gerekir.