

HAKEM-BİLİRKİŞİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ MAHİYETİ VE DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİ İLKESİNİN VAZGEÇİLMEZLİĞİ

Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM^(*)

Hakem-bilirkişilik kurumunun doktrinde en çok tartışılan yönü, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukuki mahiyetinin ne olduğudur. Bu husustaki görüşleri iki ana grupta toplamak mümkündür: 1. Maddi hukuka ilişkin teoriler 2. Usul hukukuna ilişkin teoriler.

I. Maddi hukuka ilişkin teoriler

1. Hakem-bilirkişi sözleşmesini sulh olarak ele alan görüş

Alman doktrininde ilk olarak **Köhler**⁽¹⁾ tarafından ortaya atılan fikre göre, tarafların aralarında hakem-bilirkişiye başvurma konusunda anlaşmaları sulh olarak addedilmelidir, ancak burada şarta bağlı sulh söz konusudur. Tarafların anlaşması ile aralarında o ana kadar mevcut ilişkinin yerini, bir şartın yerine getirilmesi ile ortaya çıkacak yeni bir maddi hukuk ilişkisi alacaktır. Yazar, bunu muğlak sübjektif ilişkinin şarta bağlı objektif ilişki ile yer değiştirmesi şeklinde açıklamaktadır.

Hakem-bilirkişi sözleşmesini sulh olarak nitelendirmek çeşitli nedenlerden ötürü sakıncalıdır. İlk olarak, taraflar aralarında hakem-bilirkişiye başvurma hususunda anlaştıklarında ortaya içerik açısından somut bir sonucun çıktığını söylemek mümkün değildir, zira anlaşmanın içeriği ancak hakem-bilirkişinin faaliyeti ile oluşacaktır. Buna göre, hakem-bilirkişilerin faaliyet göstermemeleri halinde sulhdan bahsetme imkanı ortadan kalkacaktır. **Oertmann**⁽²⁾ da hakem-bilirkişi sözleşmesinde, taraflardan her birinin talebinden vazgeçtiğini kabul etmenin mümkün olmadığını, taraflardan hangisinin talep ve iddiasını kabul ettireceğinin tamamen hakem-bilirkişinin vereceği rapora bağlı olduğunu ileri sürerek hakem-bilirkişi sözleşmesinin sulh olarak nitelendirilmesine karşı çıkmıştır⁽³⁾. Gerçekten de söz konusu söz-

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Araştırma Görevlisi.

(1) s. 276 vd. ve 481 vd., özellikle s. 305

(2) s. 105 vd., özellikle s. 133

(3) Aynı fikirde : HAGENBÜCHLE, s. 79; WITTMANN, s. 50

leşmeyi akleden taraflar, bununla karşılıklı olarak maddi hukuka ilişkin taleplerinden vazgeçmemekte, sadece hakem-bilirkişi sözleşmesi yoluyla bireysel haklarını ileri sürme imkanını haiz olmaktadır⁽⁴⁾.

2. Hakem-bilirkişi sözleşmesini kabul olarak ele alan görüş

Bilindiği üzere, kabulde, taraflardan biri diğerine karşı aralarında mevcut olan borç ilişkisini tanıyacağı şeklinde bir irade beyanında bulunur, yani davalı netice-i talebinden feragat eder.

Hakem-bilirkişi sözleşmesini kabul olarak nitelendiren yazarlar⁽⁵⁾, taraflardan birinin kendisini yükümlülük altına sokmasının, tarafların her ikisini de bağlayan hakem-bilirkişi sözleşmesi ile çeliştiğini gözardı etmişlerdir. Yine kabul de sulh gibi hukuki ilişkinin tamamına, hakem-bilirkişi sözleşmesi ise sadece bazı unsurları saptamaya, yani hukuki ilişkinin belirsiz bazı noktalarını aydınlatmaya veya tesbitine yöneliktir. Sonuç itibariyle sözleşmeyi "kabul" olarak nitelendirmek hatalıdır⁽⁶⁾.

3. Hakem bilirkişi sözleşmesinin "şart" olarak ele alan görüş

Alman İmparatorluk Mahkemesi verdiği bir kararda⁽⁷⁾, Sigorta Sözleşmesi Hakkındaki Kanun'unun 11. maddesindeki hükme dayanarak sigortacının borcunun ancak zarar miktarının hakem-bilirkişi tarafından saptandığı anda muaccel olacağına hükmetmiştir. Buna göre, hakem-bilirkişi raporunu vermediği müddetçe, sigortalının tazminat talebi muaccel olmayacak; sigorta ediminin muacceliyetini raporun verildiği ana kadar ertelenecektir. Dolayısıyla, hakembilirkişi raporunun hazırlanmasından önce açılan davanın reddi gerekecektir. Görüldüğü üzere, söz konusu mahkeme kararı, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukuki niteliğini sulh ya da kabul olarak vasıflandırmamakta, hakem-bilirkişi sözleşmesinin kurulmasını asıl hukuki ilişkiden doğan talebin şartı olarak ele almaktadır⁽⁸⁾. Yani hakem-bilirkişinin zararı tesbitinden önce, sigortacının yükümlülük altına girmesi imkansızdır. Bu görüş uyarınca, sigortacının yükümlülük altına girmesi imkansızdır. Sigortacının ediminin doğması için gerekli sözleşmeden doğan maddi şartların yanı sıra ek bir şartın, yani hakem-bilirkişi raporunun hazırlanması şartının da yerine getirilmesi gerekecektir. Ancak bu son şart bozucu değil, geciktirici bir şarttır.

(4) Oysa sulhun varlığı için gerekli şartlar şunlardır: 1. Konusu hukuki bir ilişki olan bir akdin yapılması. 2. Bu akit ile tarafların o hukuki ilişkiyle alakalı uyuşmazlıklarının ve tereddütlerinin giderilmesi 3. Bunun karşılıklı fedakarlıklarda bulunmak suretiyle olması (ÖNEN, s.23).

(5) Bkz. BACHMANN, s. 46, dn. 4-8'de anılan yazarlar

(6) WITTMAN, s. 50

(7) RGZ155, 52

(8) Aynı fikirde: PRÖLLS/MARTIN, § 64, Rdnr. 3 ve WITTMAN, s. 51, dn. 177'de anılan yazarlar

Bilindiği üzere, hukuki bir ilişki şayet gelecekte vukuu bulacak, belirsiz bir olay ile irtibat halinde ise, şarta bağlı sayılır. İşte bu teoriye göre, hakem-bilirkişi sözleşmesi, hakem-bilirkişi zararın miktarını tespit edeceğinden ötürü bu belirsiz olaydır. Bachmann⁽⁹⁾ ise, zarar miktarının tesbitinin, hukuki anlamda "belirsiz olay" olarak nitelendirilemeyeceğini, zira zarar miktarının hakem-bilirkişi açısından değil, sadece taraflar açısından belirsiz olduğunu ileri sürmüştü, bu nedenle "objektif anlamda belirsizlikten" yani gerçek anlamda bir şarttan söz edilemeyeceğini savunmuştur. Yine aynı yazar, hakem-bilirkişi şartının "geciktirici şart" olarak telakki edilmesi halinde, raporun hazırlanmamasının talebin doğmamasına yol açacağını, fakat hakem-bilirkişi sözleşmesi ile güdülen amacın bu sonuçla çatıştığı fikrindedir. Buna göre, hakim, özel hukuka ilişkin hak, yani sigorta sözleşmesinden doğan tazminat talebi üzerinde hüküm tesis edebilir. Hakim, hakem-bilirkişinin raporunun mevcut olmaması nedeniyle eda davasını red etmemelidir⁽¹⁰⁾.

Hakem-bilirkişi sözleşmesini geciktirici şart olarak ele alan teori, bizce, çıkış noktasında hatalıdır. Yukarıda da değindiğimiz gibi, hakem-bilirkişi raporunun objektif anlamda belirsiz bir olay olarak nitelendirilmesi, belirsizliğin yalnız taraflar açısından söz konusu olması nedeniyle zaten mümkün olmadığından, burada hukuki anlamda şarttan bahsetmeye de imkan yoktur⁽¹¹⁾.

4. Hakem-bilirkişi sözleşmesini "maddi hukuk sözleşmesi" olarak ele alan görüş

Alman doktrindeki yaygın fikre göre⁽¹²⁾, hakem-bilirkişi raporu hakem kararından farklıdır, bu yüzden Alman Usul Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri⁽¹³⁾, hakem-bilirkişi sözleşmesine ne doğrudan ne de dolaylı olarak uygulanmamalıdır, söz konusu sözleşmeye uygulanacak hükümler Alman Medeni Kanunu'nun 317 ve devamı maddeleridir.

Bilindiği üzere, Alman Medeni Kanunu'nun 317 ve devamı maddelerinde, edimin tesbitinin üçüncü bir kişiye bırakılması hali düzenlenmiştir.

(9) s. 49

(10) Aynı fikirde : HAGENBÜCHLE, s. 75

(11) Aynı fikirde : WITTMANN, s. 52

(12) RGZ 152, 201; BGHZ 6, 335 (341); BAUMBACH/SCHWAB, s. 52; BLOMEYER, s. 381; BRUNS, s. 493; FASCHING, Rdnr. 2168; KUCHINKE, s. 448; NIESE, s. 75; ROSENBERG, s. 847-848; WITTMANN, s. 67. İsviçre Federal Mahkemesi'nin aksi yönde kararları için bkz. BGE 26 II 765; BGE 31 II 693. Karş.: BGE 71 II 295; 67 II 147; 62 II 232

(13) ZPO § 1025 vd..Karş.: 11.HD, 14/4/1975, t. 1551/2684: "...Bu nedenle, Bayındırlık Meclisi'nin burada sıfatı hakem-bilirkişilikten ibaret olup,...HUMK'nun 516. maddesinde yer alan ve hakemlere, taraflar arasındaki uyuşmazlığı hal yetkisi veren bir tahkim sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyeceğine göre.." (YKD 1976, S.4, s. 500). Aynı fikirde: ÜSTÜNDAĞ, s. 918.

Medeni Kanun'un bu hükümlerinden yola çıkan yazarlar, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmasını, onun bir tespit sözleşmesi⁽¹⁴⁾ olduğunu varsayarak açıklamışlardır⁽¹⁵⁾. Buna göre, tesbite yönelik hakem-bilirkişi sözleşmesi, maddi hukuka ait bir sözleşmedir. Hakem-bilirkişinin hakkaniyete aykırı sonuçlara varması durumunda ise, raporun bağlayıcılığı ortadan kalkacaktır⁽¹⁶⁾. Fasching⁽¹⁷⁾, şu durumlarda raporun bağlayıcı olmayacağını belirtmektedir: hakem-bilirkişinin kendi uzmanlık dalının genel esaslarına aykırı rapor vermesi; olayın özelliklerini gözönünde tutmaması; sözleşmenin içeriğini dikkate almaması; açıkca hatalı ya da arzu edilmeyen tespitler yapması. Hakem-bilirkişi sözleşmesini maddi hukuk sözleşmesi olarak kabul etmenin bir başka sonucu ise, hakem-bilirkişinin tarafları dinleme yükümlülüğünün bulunmamasıdır⁽¹⁸⁾. Bunun yanı sıra, hakem-bilirkişinin taraflardan bağımsız hareket edip etmediğini kontrol imkanı da, sözleşmenin tespit sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde ortadan kalkmaktadır⁽¹⁹⁾. Ayrıca hakem-bilirkişinin yaptığı tesbiti gerekçelendirmesi de aranmamaktadır.

Bazı yazarlar ise, hakem-bilirkişi sözleşmesini üçe ayırıp, bunlardan sadece ilkinin (saf) maddi hukuk sözleşmesi saymaktadırlar⁽²⁰⁾. Yine Alman İmparatorluk Mahkemesi de 26.5.1919 tarihli kararında⁽²¹⁾ şu hallerde hakem-bilirkişi sözleşmesinin bulunduğu varsayılabilirine hükmetmiştir: 1. Taraflar hukuki muamelenin tamamlanmasını üçüncü bir kişiye bırakmışlar ise 2. Üçüncü kişiye bir hukuki muamelenin içeriğinin aydınlatılması görevi yüklenmiş ise 3. Üçüncü kişiye hukuki ilişkiye ait bazı vakıaların belirlenmesi bırakılmışsa.

Habscheid, tarafların üçüncü kişiye hukuki muameleyi tamamlattırdıkları hallerde "bir hakkı kuran ya da kaldıran" hakem-bilirkişi sözleşmesinin⁽²²⁾, üçüncü kişinin müphem bir hususu açıklığa kavuşturduğu hallerde "hakkı açıklığa kavuşturan" hakem-bilirkişi sözleşmesinin⁽²³⁾, nihayet üçüncü kişinin bir vakıayı tesbitle yükümlü olduğu durumlarda "vakıayı tespit eden" hakem-bilirkişi sözleşmesinin⁽²⁴⁾ söz konusu olduğu fikrindedir⁽²⁵⁾.

(14) Feststellungsvertrag

(15) BLOMEYER, s.381; FASCHING, Rdnr. 2168

(16) KUCHINKE, s. 448

(17) Rdnr. 2168

(18) STEIN/JONAS, Vor § 1025 IV, Rdnr. 23; BGHZ 6, 335; BGH, NJW 1955, 665

(19) WALTER, s. 154

(20) HABSCHEID, FS Lehmann, s. 789, 796, 797; FS Laufke, s. 303, 309 vd.; ROSENBERG/SCHWAB /GOTTWALD, s. 1072; WALTER, s. 152; WITTMANN, s. 10-11, 53

(21) RGZ 96, 57

(22) das rechtsbegründende oder rechtsaendernde Gutachten

(23) das rechtsklaerende Gutachten

(24) das Tatbestandselemente feststellende Gutachten

(25) FS LEHMAN, s. 789 - 807

Yazara göre, bir hak tesis eden hakem-bilirkişi sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmesi olarak addedilmesinde ve sözleşmeye Alman Medeni Kanunu'nun 317 ve devamı hükümlerini uygulamakta sakınca yoktur, çünkü burada üçüncü kişinin görevi, sözleşmeyi tamamlamak, onu kurmaktır⁽²⁶⁾. Ancak günümüz Alman doktrinde bazı yazarlar, bir vakıayı tespit eden hakem-bilirkişi sözleşmesinin kurucu vasfını red etmekte, bu tür sözleşmeleri maddi hukuk sözleşmesi addetmemektedirler⁽²⁷⁾.

Türk doktrinde ise, hakem-bilirkişi sözleşmesine yönelik bu üçlü ayırım red edilmekte, tarafların sözleşmenin esaslı noktalarından birinin üçüncü kişiler tarafından tayinini kararlaştırdıkları durumlarda, hakem-bilirkişi sözleşmesinden bahsedilemeyeceği ileri sürülmektedir⁽²⁸⁾. Bu nedenle, hukukumuzda Alman Hukukunun aksine hukuki bir muamelenin tamamlanması amacına yönelik hakem-bilirkişiliğin maddi hukuk sözleşmesi, diğer hakem-bilirkişi sözleşmelerinin ise usul sözleşmesi olarak nitelendirmeye imkan yoktur. Ancak Yeğengil⁽²⁹⁾, aksi fikirdedir : "...Bu raporun ispat vasıtası oluşu, bir delil mukavelesi oluşundan değil, tarafların vekaletine istinaden yapılmış bir akit niteliğinde olmasındandır. Taraflar hakem-bilirkişi mukavelesi aktetmekle hakkın ispat şeklini tayin etmiyorlar, hakkın doğumu için, hakkın esasına ilişkin bir akit yapıyorlar. Borç ikrarını tazammum eden yazılı bir akit yapıyorlar. Borç ikrarını tazammum eden yazılı bir akit, nasıl usule ait bir mukavele değilse, sigorta tazminatını tayin eden hakem-bilirkişi kararı da hakkın esasına ait bir mukaveledir.."

II. Usul hukukuna ilişkin teori (Hakem-bilirkişi sözleşmesinin delil sözleşmesi olduğu görüşü)

Hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukuki mahiyeti hususunda en çok taraf-tar toplayan görüş, onun bir delil sözleşmesi olduğu şeklindedir⁽³⁰⁾.

(26) FS LAFKE, s. 309 vd. Aynı fikirde : Walter, s. 153

(27) HABSCHEID, FS Laufke, s. 311, FS Lehmann, s. 810; WALTER, s. 153; WITTMANN, s. 53

(28) TULUAY, s. 77

(29) s. 148

(30) KURU, C.II, s. 1986; Hafta, s. 404-405; SEBÜK, Hafta; 77-78; ÜSTÜNDAĞ, s. 918; TULUNAY, s. 74; karşı Yıldırım, s. 262: ("..Hakem-bilirkişi sözleşmesi karma bir sözleşmedir, ancak ağırlık noktası tahkim sözleşmesinde olduğu gibi usul hukuku alanındadır.."); TD 10.3.1950, t. 434/1197 (Hafta, s.67, dn.12); 12.HD, 8.2.1974, 110/386 (YKD 1978, S.1, s. 59-61); 15.HD 24.6.1976, t. 986/2677 (YKD 1977, S.4, s. 549-551; 11. HD. 14.4.1975, 1551/2684 (YKD 1976, s. 4, s. 499-501); 11.HD 2.3.1989 t. 720/1252: "...Kasko sigortası genel şartlarında yer alan ve ziya ile hasarın hakem-bilirkişilerce saptanması gerektiğine ilişkin şart rizikonun sigorta teminatı içinde olduğu konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmadığı hallerde uygulanması gereken, bir nevi delil anlaşması niteliğinde olmaktadır." (YKD 1989, S.12, s. 1739-1741).

Ayrıca bkz. BACHMANN, s. 57; BAUMGAERTEL, s. 255; GULDENER, ZPR, S. 597, dn.16; ZSR, s. 242 vd.; HABSCHEID, FS Lehmann, s.801, dn. 44; KTS 1957, s. 133; HAGENBÜCHLE, s.74 vd.; NIKISCH, s. 595; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, s. 1072; SCHIEDERMAIR, s.122-123, dn. 71; SCHLOSSER, s. 89; STRAEULI/MESSMER, § 258, N.2;; WALTER, s. 153; WITTMANN, s. 54 vd. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, hakem-bilirkişi sözleşmesinin delil sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir (BGE 67 II 148).

Bülow⁽³¹⁾ ise, delil sözleşmelerinin geçerli sayılmasına şiddetle karşı çıkmıştır: "Şayet hakim bu tür sözleşmeler ile bağlanacağını kabul edersek, taraflar gelecekte kendilerine özgü ve onlara özel bir yargılama düzeni kurabilecekler ve bu tür düzenlemeler yoluyla davaya bakan hakimi bağlayıcı kurallar ortaya koyup, devlet tarafından hakim yargılama faaliyetini yürütmesi için koyduğu esasları bertaraf edebileceklerdir..". Görüldüğü üzere, yazar tarafların delil sözleşmeleri yoluyla hakim gerçeği ortaya çıkarma imkanını yok ettiklerini düşünmektedir.

Yargıtay ise, hakem-bilirkişi sözleşmesini delil sözleşmesi olarak nitelendirmekle kalmamakta, aynı zamanda hakem-bilirkişi raporunu sözleşmede tesbiti istenen hususun ispatı için kesin delil saymaktadır: "Polisenin 18.maddesi ile hakem-bilirkişiler tarafından tespit edilecek hasar miktarı taraflar için kat'i bir delil olarak kabul edilmiş olduğuna göre mahkemece sigortacı tarafından açılmış olan iptal davasında yani sigortalının hasar miktarını bililtizam hakiki miktardan fazla gösterdiği hususundaki iddiada da hakem-bilirkişi raporundan başka herhangi bir delilin nazara alınması mümkün bulunmamıştır. Akit serbestisi prensibi dolayısıyla tarafların kendi aralarında yapmış oldukları işbu delil mukavelesi muteber olup Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 287. maddesinin ikinci cümlesi sara hatı da taraflarca muayyen delil ile ispatı kararlaştırılan hususlar hakkında başka bir delil ikame olanamayacağına amirdir.."⁽³²⁾

Kuru da hakem-bilirkişi sözleşmesini, "münhasır" delil sözleşmesinin en önemli misali olarak görmektedir⁽³³⁾.

Burada irdelenmesi gereken bazı hususlar vardır: Birincisi, genel olarak delil sözleşmelerinin Medeni Usul Hukukunun esaslarına aykırı olup olmadığı; ikincisi, şayet delil sözleşmelerine modern Medeni Usul Hukukunda yer verildiğini düşünürsek, bu konuda sözleşme serbestisine mi, yoksa hakim delilleri serbestce değerlendirmesi ilkesine mi ağırlık verileceğidir. Türk doktrininde delil sözleşmelerinin geçerli olduğu görüşü hakimdir⁽³⁴⁾.

Hakem-bilirkişi sözleşmesinin ispat anlaşması kategorisine sokulması ile raporun tarafları ve mahkemeyi bağlamasını açıklamak kolay değildir.

(31) s.1 vd.

(32) TD 10.3.1950 t., 434/1197 (Hafta, s. 67, dn. 12). Yine aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. YKD 1978, S. 1, s.60: "Sigortacının sorumluluk miktarına ilişkin sözü edilen 9. madde hükmü HUMK.. m.287 maddesi gereğince delil mukavelesi niteliğindedir. o halde mahkemece bu yönden başka delillere itibar edilerek hüküm verilemez..." (11.HD 8.2.1974, t 110/386)

(33) C. II, s. 11986; 1992 vd.

(34) ALANGOYA, s. 173, dn. 230; TULUAY, s. 85 vd.; ÜSTÜNDAĞ, s. 636; YILDIRIM, s. 255 vd. Yargıtay'ın 18.3.1959 tarihli ve 18/21 sayılı içtihadı birleştirme kararında da delil anlaşmalarının muteberiyeti kabul edilmiştir (Bkz. Resmi Gazete, S. 10237). Alman doktrini için bkz. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, s. 658; SCHILKEN, Rdnr. 392.

Bilindiği üzere, ispat anlaşmaları kendi arasında ikrar anlaşmaları ve delil anlaşmaları gibi türlere ayrılmaktadır. Çoğunluğun fikri, hakem-bilirkişi sözleşmesinin bir delil anlaşması (Beweismittelvertrag) olduğu şeklindedir⁽³⁵⁾. Hakem-bilirkişiye tespit etmesi için havale edilen hususların onun hazırladığı raporun dışında bir delille ispatı imkansızdır. Yani hakem-bilirkişi sözleşmesinin delil anlaşmaları kategorisine sokulması, menfi bir etkinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Ancak raporun bağlayıcılığı bu etki ile açıklanamamakta, hakimin tek bir delille bağlı kılınması onun takdir hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Delillerin ikamesi tek bir delille bile gerçekleşse hakim söz konusu delili serbestçe değerlendirebilmelidir.

Schiedermair⁽³⁶⁾ ise, hakem-bilirkişi sözleşmesini bir ispat anlaşması olarak mahkeme dışı ikrar anlaşması kategorisine sokmaktadır. Bu görüşü savunanlar, aksi ispat edilmedikçe hakimin mahkeme dışında yapılan ikrar sözleşmesi ile bağlı olduğunu kabul etmektedirler⁽³⁷⁾. Schlosser⁽³⁸⁾, tarafların hakimin takdir hakkı üzerinde tasarruf edemeyeceği ilkesinden hareketle, hakem-bilirkişi sözleşmesinin maddi hukuk kapsamına sokulmasını eleştirmekte ve hakimi ikrar sözleşmesi yoluyla bağlayabilen kişilerin hakem-bilirkişi sözleşmesi aktederek de bu sonuca ulaşabileceğini ileri sürmektedir. Oysa Yıldırım⁽³⁹⁾, hakimin şekli hakikatle yetinmemesi gerektiğini savunarak, ikrarın dahi delillerin değerlendirilmesini engellemeyeceğini, hakimin ikrar edilmiş vakıaları dahi araştırabileceği fikrindedir⁽⁴⁰⁾. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin bağlayıcılığını, onu ikrar sözleşmesi olarak nitelendirerek açıklamanın başka bir sakıncası daha vardır. Mahkeme dışı ikrar da mahkeme içi ikrar gibi, geçmişte vukuu bulmuş bir olaya yöneliktir. Yani tek taraflı ikrar, ağırlıklı olarak bir irade değil, bilgi açıklamasıdır⁽⁴¹⁾. Dolayısıyla tarafların bilmediği bir husus ikrar konusu olamaz. Sonuç olarak, tarafların hakem-bilirkişinin yapacağı tesbitten önce sözleşmeye konu olacak hususları ikrar etmeleri mümkün değildir. Bu nedenle, hakem-bilirkişi sözleşmesini ne delil sözleşmesi (Beweismittelvertrag), ne de ikrar sözleşmesi (Ges-taendnisvertrag) saymaya imkan yoktur ve hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığını usul hukuku esasları ile açıklamak uygun değildir.

(35) BACHMANN, s. 59; HABSCHEID, FS LEHMANN, s.807; KTS 1957, s.129; SCHIEDERMAIR, s.122, dn. 71

(36) s. 122

(37) Karş.: BAUMGAERTEL, s. 249; SCHIEDERMAIR, s.s. 120

(38) s. 89

(39) s. 232

(40) Karş.: Y LD R M, s.7 ("..İkrar, işkenceye başvurulmasına, bu da alenilik, doğrudanlık sözlülük ilkelerinin terkine yol açmıştır..")

(41) Karş.: YILDIRIM, s. 230

SONUÇ

Hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukuki mahiyeti, aslında hakimin takdir hakkının taraflarca sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorunu ile doğrudan bağlantılıdır. Hakem-bilirkişi sözleşmesini bir delil sözleşmesi olarak kabul edersek, ortaya iki olasılık çıkmaktadır: birincisi, hakem-bilirkişi sözleşmesinin bağlayıcılığını red etmek ve hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini kabul etmektir⁽⁴²⁾ ki, gerek Yargıtay'ın kararlarına⁽⁴³⁾ gerek sigorta genel işlem şartlarına⁽⁴⁴⁾ bakıldığında bağlayıcılığı red etmenin hakem-bilirkişi sözleşmesi ile güdülen amaca aykırı olduğu aşikardır. Yine Zürih Kantonu Medeni Usul Kanunu'nun 258. maddesinde de, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olduğu düzenlenmiştir; ikinci olasılık ise, sözkonusu sözleşmeyi, delillerin hakim tarafından serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin sınırlandırılmasına örnek göstermektir⁽⁴⁵⁾. Oysa doktrinde baskın görüş, hakimin delilleri nasıl değerlendireceğini düzenleyen ispat anlaşmalarını geçersiz saymaktadır⁽⁴⁶⁾. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi prensibinden hareketle bu kurala hakem-bilirkişi sözleşmesinde bir istisna tanımak ise mümkün değildir⁽⁴⁷⁾.

Fasching'in de belirttiği üzere, hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinden feragat isabetsizdir ve hakem-bilirkişi sözleşmesinin ispat anlaşması olarak kabulü ispat hukukunun esasları ile bağdaşmamaktadır⁽⁴⁸⁾.

Hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisini usul hukukuna dayanarak değil, maddi hukuka dayanarak açıklamak daha doğrudur. Raporun bağlayıcılığı, hakimin onun doğruluğundan şüphe etmemesinden değil, tarafların önceden onun bağlayıcı olacağı hususunda anlaşmalarından ötürüdür⁽⁴⁹⁾. Dolayısıyla bağlayıcı etki, tarafların iradesine dayanmaktadır.

Böylece hakem-bilirkişi sözleşmesi aracılığı ile delil sözleşmelerinin, delillerinin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini bertaraf etmesi yolu da kapatılmış olmaktadır⁽⁵⁰⁾.

(42) Karş.: YILDIRIM, s. 261: "...taraflar, hakem-bilirkişi sözleşmesi şeklinde bir delil sözleşmesi yapmak suretiyle hakimi bağlayamazlar. Bu delillerin değerlendirilmesi ilkesine ters düşeceği gerekçeyle kabul edilmemektedir..". Dütz de, hakimi bağlayan tesbite yönelik hakem-bilirkişi sözleşmelerini anayasaya aykırı bulmaktadır (s. 256).

(43) Bkz. dn. 30'da anılan kararlar

(44) Örn.: Motorlu Kara Taşıt Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları, m. 12, g ("Hakem-bilirkişi ve hakem-bilirkişiler, yahut üçüncü hakem-bilirkişinin ziya ve hasar miktarı, hususunda verecekleri kararlar kesindir, tarafları bağlar"). Aynı hüküm, Yangın Sigortası Genel Şartları'nda da mevcuttur.

(45) BAUMGAERTEL, s. 255; HABSCHEID, KTS 1957, s. 133; SCHLOSSER, s. 89

(46) ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, s. 658; SCHILKEN, Rdnr. 393

(47) Aksi fikirde, BAUMGAERTEL, s. 255; STEIN/JONAS, Vor § 1025 IV, Rdnr. 26

(48) Rdnr. 2168

(49) Aynı fikirde: FASCHING, Rdnr. 2168; WITTMANN, s. 67

(50) Aksi fikirde: BAUGAERTEL, s. 257 ("..Hakimin taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu vakıalar bütününe nasıl değerlendireceğini düzenleyen hakem-bilirkişi sözleşmesi, diğer delil sözleşmelerinden çok daha fazla delillerin değerlendirilmesi ilkesine müdahale etmektedir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi açısından bakıldığında, hakem-bilirkişi sözleşmesinin geçerliliği, diğer delil sözleşmelerinin de geçerliliğini gündeme getirmektedir..")

BİBLİOGRAFYA

- ALANGOYA Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979
- BACHMANN Arthur, Der Schiedsgutachter, Zürich 1949
- BAUMBACH/SCHWAB Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 2. Auflage, München/Berlin 1960
- BAUMGAERTEL G., Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, Berlin/Frankfurt 1957
- BLOMEYER Arwed, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Berlin 1985
- BRUNS Rudolf, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 1979
- BÜLOW O., Dispositives Civilprozessrecht, AcP 64 (1881), s.1 vd.
- DÜTZ Wilhelm, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht. Berlin/Zürich 1970
- FASCHING Hans W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 1990
- GULDENER M., Schweizerisches Zivilprozessrecht. 3. Auflage, Zürich 1979 (ZPR); ZSR 65 (1946), s. 242 vd. (ZSR)
- HABSCHEID Walther J., Das Schiedsgutachten, in: FS H.Lehmann, Berlin/Frankfurt 1956, s.789-811 (FS Lehmann); Schiedsvertrag und Schiedsgutachtenvereinbarung, KTS 1957, s.129-136 (KTS 1957) Schweizerisches Zivilprozess-und Gerichtsorganisationsrecht 2. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1990 (ZPR) Zur Frage der rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Schiedsgutachtenverfahrens, in: FS F. Laufke, Würzburg 1971, s. 303-318 (FS Laufke)
- HAGENBÜCHLE Otto, Das Schiedsgutachten im schweizerischen Recht, Zürich 1952
- KOHLER Über prozessrechtliche Verträge und Creationen, in: Gesammelte Beiträge zum Deutschen Recht (Berlin 1894), s. 127 vd.
- KUCHİNKE Kurt, Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Karlsruhe 1969
- KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4. Bası, C.II, Ankara 1980
- NIESE Werner, Prozesshandlungen und Verträge über Prozesshandlungen, Leipzig 1931
- NIKISCH Arthur, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952
- OERTMANN Schiedsrichter und staatliches Recht. in: Zeitschrift für deutsches Zivilprozessrecht, B. 47, s. 105 vd.
- ÖNEN Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972
- ROSENBERG Leo, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 9. Auflage, München und Berlin 1961
- ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD Zivilprozessrecht, 15. Auflage, München 1993
- PRÖLLS/MARTIN Versicherungsvertragsgesetz, 23. Auflage. München 1984
- SCHIEDERMAIR Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935
- SCHILKEN Eberhard, Zivilprozessrecht. Köln/Berlin/Bonn/München 1992
- SCHLOSSER Peter, Einverstaendliches Parteihandeln im Zivilprozess, Tübingen 1968
- SEBÜK Tahir M., Hakem, Hakem-bilirkişi ve Kanuni Hakem Kararının Mukayesesi ve Tahkim Şartı, Hafta, s. 61-71
- STEIN/JONAS Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Auflage, Tübingen 1981
- STRAEULI/MESSMER Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 1982
- TULUAY Metin, Delil Anlaşmaları, İstanbul
- ÜSTÜNDAĞ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1992

WALTER Gerhard , Dogmatik der unterschiedlichen Verfahren zur Streitbeilegung, ZZZ 103, s. 141-170

WITTMANN Arno Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrags, Köln/Berlin/Bonn/München 1978

YEĞENGİL Rasih, Tahkim, İstanbul 1974

YILDIRIM Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990

IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1966 (Hafta)

KISALTMALAR CETVELİ

AcP	Archiv für civilistische Praxis
B.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
dn.	dipnot
FS	Festschrift
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu
karş.	karşılaştırınız
KTS	Konkurs-, Treuhand-und Schiedsgerichtswesen
m.	madde
N.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
örn.	Örneğin
Rdnr.	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts (in Zivilsachen)
S.	Sayı
s.	sayfa
TD	(Yargıtay) Ticaret Dairesi
vd.	ve devamı
Vor	Vorbemerkung
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPR	Zivilprozessrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Zivilprozessrecht.
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

İFLASIN HUKUKİ MAHİYETİ

Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM(*)

GİRİŞ

İflas hükümlerinin amacı, iflası önlemek ve iflas meydana geldiği takdirde müflisin malvarlığının tasfiyesini ve alacaklılar arasında adil bir biçimde paylaştırılmasını sağlamaktır. İflasın hukuki mahiyetini açıklayabilmek için bu amacı gözönünde bulundurmak ve alacaklı-borçlu menfaatleri arasındaki dengeyi korumak gerekir. Yalnız borçlu menfaatlerini gözetken bir yaklaşımla iflasın hukuki mahiyeti açıklanamaz. Aynı şekilde, iflas prosedürünü, borçluyu cezalandırmak için kullanılan bir araç olarak ele alan görüş de isabetsizdir.

Bu incelememizde, iflasın hukuki mahiyetini, borçlu ve alacaklı üzerindeki tesirlerinden yola çıkarak ortaya koyan teorilere yer verecek ve bu teorilerin aksayan yönlerini ele almaya çalışacağız.

§ 1 TARİHÇE

Bugün cüz'i icra ile külli icra arasında yapılan ayırım, Roma Hukukunda İmparatorluk devrine kadar mevcut değildi. Roma İcra Hukukunun ilk dönemlerinde, icra takibinin yalnızca bir türü tanınıyordu. Bu da, borçlunun şahsına karşı yürütülen icra takibinden başka bir şey değildir. Lex Poetelia ile borçlunun mallarına karşı takip usulüne geçilerek, şahsa karşı icra takibi usulü terk edilmiştir.

Roma Hukukunda bugün anladığımız biçimi ile iflas takibine rastlanmamakta, ancak iflas takibini andıran bazı kurumlara tesadüf edilmektedir. Bu kurumlardan ilki, "missio in bona debitoris"dir. Kısaca "missio in bona" diye adlandırılan bu usule göre alacaklılar (veya alacaklı) pretorun emri ile borçlunun bütün mallarına vaziyet ederlerdi. Pretor aracılığı ile borçlunun malları üzerinde hak iddia eden alacaklı, borçlunun malvarlığını azaltmasını önleme yetkisini kazanırdı⁽¹⁾. Malların paraya çevrilmesi ise, M.Ö. 532'den

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Araştırma Görevlisi

(1) GOTTWALD, s.4 vd.; SCHOCH, s.7 vd.; UHLENBRUCK/KLASMEYER/KÜBLEr, s.6 vd.

itibaren alacaklılar lehine öngörülen bildirim süresinin (gaipler için: 4 yıl, orada bulunanlar için: 2 yıl) sona ermesinden sonra gerçekleştirilmeye başlandı. Malların paraya çevrilmesi, ya malların birlikte satışı (bonorum venditio) ya da teker teker satışı şeklinde yapılırdı.

Lex Julia ise, missio in bona kurumundan daha farklı bir kurumun doğumuna yol açtı. "Cessio bonorum" kurumu sayesinde, borçlu, malların tümünü alacaklılara terk ederek, borcundan ve şerefsiz olmaktan kurtulabiliyordu.

Borçlunun şahsı ile mallarının ayırd edilmesi sonucunda alacaklılar topluluğu fikrinin ortaya çıkmasını Roma hukukçularının dehası olarak nitelendirebiliriz. Alacaklılar topluluğu fikri, bugün iflas hukukunda hala geçerli olan "par condicio omnium creditorum" yani "alacakların alacaklılar arasında eşitlikle tasfiyesi" ilkesinin doğumuna yol açmıştır⁽²⁾.

Roma İcra Hukuku'nun missio in bona ve cessio bonorum kurumlarının her ne kadar günümüz iflas hukuku kurumları ile benzer yönleri bulunmakta ise de, Roma Hukukunda takip tamamen alacaklıların inisiyatifine bırakıldığından arada önemli farklar bulunmaktadır.

Alman İflas Hukuku, ortaçağda, taraf hakimiyetinin geçerli olduğu Roma Hukuku anlayışı ile iflas prosedürünü mahkeme ve diğer organlar aracılığı ile yürütülmesini öngören kamu hukuku görüşü arasında kalmıştı.

Bugün gerek Alman gerek Türk-İsviçre iflas sistemine damgasını vuran kamu hukuku görüşü, Salgado de Somoza tarafından 1663'de İspanya'da bir kral emirnamesinde ortaya atılmıştır⁽³⁾. Devlet organlarının alacağın tahsilindeki etkinliğinin sayısız faydaları bulunmasına rağmen, etkinlik bazı sınırları da beraberinde getirmiştir⁽⁴⁾.

(2) Türk-İsviçre Hukukunda, bu ilke yalnız külli icrada değil, cüz'i icrada da hacze iştirak eden alacaklıların mevcut olması halinde uygulanmaktadır (Geniş bilgi için bkz. DEREN-YILDIRIM, s. 62 vd.). Ancak Schlosser, günümüzde imtiyazlı alacaklı grubu sayısının çok fazla olduğundan bahisle, alacaklılar arasında eşitlik prensibinin uygulanamadığı düşüncesindedir (Rdnr. 267). Aksi fikirde: Jauernig, s. 181.

(3) GOTTWALD, s.4-5; UHLENBRUCK/KLASMEYER/KÜBLER, s.8. Geniş bilgi için bkz. WALTER, s. 241 vd. (Yazar, de Somoza'nın modern iflas hukukunun kurucusu olmasına rağmen bir çok Alman hukukçusunun sadece Roma Hukuku ile Müşterek Hukuk'tan bahsedip, Salgado de Somoza'nın 1645 tarihli "Labyrinthus creditorum concurrentium" adlı eserine değinmemelerine dikkat çekmektedir).

(4) 13 Eylül 1718 tarihli bir pazar nizamnamesinde, iflas davalarının neredeyse ölümsüz olduğunu belirtilmekteydi (UHLENBRUCK/KLASMEYER + KÜBLER, s. 9).

§ 2 İFLASIN HUKUKİ MAHİYETİNİ ALACAKLILARIN KAZANDIKLARI HAKLAR ARACILIĞI İLE AÇIKLAYAN TEORİLER

I. Ayni hak teorileri

1. Mülkiyetin devrolunduğu ileri süren görüş

Bu teoriye göre, iflasın açılması ile, borçlunun mameleki üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkı alacaklılara devrolunur. Söz konusu görüş, borçlunun iflasını açılmasından sonra yaptığı tasarrufların iflas alacaklılarına karşı geçerli olmamasından yola çıkarak, iflasın açılmasından sonra masaya dahil olan malların borçluya ait olmadığı sonucuna varmaktadır⁽⁵⁾.

Bu teori de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bazı yazarlar⁽⁶⁾ borçlunun bütün aktif ve pasiflerinin alacaklılara devrolunduğundan, yani burada külli halefiyetten bahsedilebileceğini belirtirken, diğer bazı yazarlar⁽⁷⁾, iflasta cüz'i halefiyetin söz konusu olduğunu, borçlunun aktif ve pasiflerinin alacaklılara devrolunmadığını, alacaklıların malik değil, borçlunun temsilcisi sıfatını taşıdıklarını ileri sürmektedirler.

2. İdare ve tasarruf yetkisinin ayni bir hak olduğunu ileri süren görüş

Borçlunun iflasın açılmasından sonra mameleki üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkını kaybetmediğini kabul eden von Canstein⁽⁸⁾, alacaklıların iflasın açılması ile birlikte malların mülkiyetini değil, mülkiyet hakkını sınırlandıran bir hak elde ettiklerini ileri sürmektedir. Mülkiyeti sınırlandıran bu hak "ayni idare ve tasarruf hakkı" olarak adlandırılmaktadır. Yazar, görüşünü Alman İflas Kanunu'nun 6. maddesindeki hükme dayandırmaktadır. Söz konusu hükümde, iflasın açılması ile borçlunun iflas masasına dahil olan mameleki üzerinde idare ve tasarruf yetkisini kaybedeceği belirtilmektedir.

Alacaklıların kazanacakları ayni hak, alacaklılar adına iflas idaresi tarafından kullanılacak ve alacaklılar, özel bir mameleke sahip şahıs topluluğu olarak telakki edilecektir⁽⁹⁾. Von Canstein, "ayni idare ve tasarruf hakkını", irtifak hakkı ve rehin hakkı gibi mülkiyet hakkının bünyesinden çıkarılan ve bu hakkı sınırlandıran haklar kategorisine sokmaktadır. Ayrıca yazar, iflas hukuku ilişkilerini, maddi hukuka ilişkin işlemler ve iflas hukukuna ilişkin iş-

(5) Bkz. SCHOCH, s. 13, dn. 3 ve 4'de anılan yazarlar

(6) Bkz. FIORI, s.9, dn. 1'de anılan yazarlar

(7) Bkz. FIORI, s.9, dn. 2'de anılan yazarlar

(8) s. 461 vd.

(9) von CANSTEIN, s. 471

lemeler olarak ikiye ayırmaktadır⁽¹⁰⁾. İflasın açılması maddi hukuka ilişkin sonuçlar doğururken, iflas hukukuna ilişkin sonuçlar ancak alacaklıların taleplerini bildirmeleri ile doğmaktadır. Maddi hukuka ilişkin en önemli sonuç ise, alacaklıların "ayni idare ve tasarruf yetkisini" kazanmalarıdır. Alacaklıların iflas takibi ile güttükleri borçlunun malları ile tatmin edilme amacına ise, maddi hukuka ilişkin işlemlerle değil, iflas hukukuna ilişkin işlemlerle ulaşılmaktadır.

3. Rehin hakkı elde edildiğini ileri süren görüş

İflasın açılması ile alacaklıların, borçlunun mameleki üzerinde rehin hakkı kazandıkları görüşü Alman doktrinde çok taraftar bulmuş bir teori-dir⁽¹¹⁾. İsviçre doktrinde⁽¹²⁾ ise, rehin hakkı teorisinin taraftarları azınlıkta kalmıştır.

Alman Hukukunda, haczin alacaklı lehine aynı bir hakkın iktisabına yol açtığı düşünülürse⁽¹³⁾, bazı Alman yazarların iflas için de aynı sonuca varmaları doğaldır⁽¹⁴⁾. Bilindiği üzere, bu hukuk düzeninde haczin uygulanması ile haczi koyduran alacaklı lehine "haciz rehin hakkı"⁽¹⁵⁾ diye adlandırılan bir imtiyaz hakkı doğmaktadır. Ancak iflasın açılmasının bir rehin hakkının doğumuna yol açması olgusuna, 1855 tarihli Prusya İflas Kanunu'nda dahi rastlanmamaktadır.

İsviçre Hukukunda ise haciz, haczi koyduran alacaklı lehine herhangi bir rüçhan hakkının doğumuna yol açmamaktadır. Haczin aynı bir hakkın doğumuna yol açmadığının kabul edildiği bir hukuk düzeninde, iflasın açılması ile alacaklıların rehin hakkı elde ettikleri soncuna varmak mümkün olmadığı için, İsviçre doktrinde rehin hakkı teorisi fazla taraftar bulmamıştır.

Rehin hakkı teorisinin kurucusu olan Seuffert, önceleri her bir alacaklının, borçlunun mamelekine giren mallar üzerinde münferiden rehin hakkı iktisap ettiğini ileri sürmüştü⁽¹⁶⁾ ancak daha sonraları bu görüşü terk ederek, iflas alacaklılarının hepsinin borçlu mameleki üzerinde ortak bir rehin hakkı elde ettikleri sonucuna varmıştır.⁽¹⁷⁾

Rehin hakkı teorisinin savunulmasına yol açan çeşitli faktörler mevcuttur. Söz konusu faktörlerden birisi, Roma İcra Hukuku kurumlarından biri

(10) von CANSTEIN, s. 480 vd.

(11) Bkz. SCHOCH, s. 23, dn. 50'de anılan yazarlar

(12) FIORI, s.8 vd., özellikle s. 12; WEBER/BRÜSTLEIN/REICHEL, Art. 221, N. 7

(13) ZPO § 804

(14) Haciz rehin hakkına ilişkin geniş bilgisi için bkz. DEREN-Y LD R M, s.70-98.

(15) Pfaendungspfandrecht

(16) Geschichte und Dogmatik, s. 84-90

(17) Konkursprozessrecht, s. 155

si olan *missio in bona* kurumunun, teslim şartlı rehin hakkı benzeri bir hakkın alacaklılara tanınmasına yol açmış olmasıdır. Bilindiği üzere, pretorun kararı ile mallara el konulması halinde, alacaklıların borçlunun mameleki üzerinde bir rehin hakkı elde ettikleri kabul edilmişti (*pignus praetorium*). Modern iflas hukukunda, rehin hakkının varlığını kabul eden yazarlar⁽¹⁸⁾, Roma Hukukundaki bu düzenlemeden etkilenmiş olabilirler. Nitekim Schoch⁽¹⁹⁾, Müsterek Hukukta, ihtiyati haczin dahi alacaklıya rehin hakkı kazandırdığını belirtmektedir.

Rehin hakkının iflas hukukunda kabulüne yol açan bir diğer faktör ise, iflas kanunlarında yer alan "nisbi temlik yasağı"dır⁽²⁰⁾. Rehin hakkı teorisi taraftarları⁽²¹⁾, rehin hakkı ile temlik yasağı arasında şöyle bir bağlantı kurmuşlardır; alacaklıların alacak hakları temlik yasağı aracılığı ile korunmaktadır. Alacak haklarında meydana gelen bu güçlenme, yeni bir hakkın doğumuna yol açmaktadır. Alacaklıların kazandıkları hakkın özel bir hak olduğu hususu, onların malların idaresi ve paraya çevrilmesinde sahip oldukları bağımsızlığa dayanmaktadır. Söz konusu hak aynı zamanda aynı bir haktır. Rehin hakkı teorisine katılanlar tarafından hak sahiplerine malı paraya çevirerek tatmin olma yetkisini veren özel hakkın rehin hakkından başka bir hak olamayacağı savunulmuştur. Rehin Hukukunda hakim olan "aleniyet prensibine" iflas hukukunda uyulmaktadır. Zira iflas kararları, gazeteler aracılığı ile ilan edilmektedir⁽²²⁾. Yine rehin hukuku prensiplerinden biri olan "muayyenlik prensibine" de uyulmaktadır. Çünkü iflasın açılması kendisine tebliğ olunur olunmaz iflas dairesi, müflisin mallarının defterini tutmaya başlamakta ve muhafazaları için gerekli tedbirleri almaktadır⁽²³⁾.

4. El koyma hakkı (Müsadere hakkı) elde edildiğini ileri süren görüş

Rehin hakkı teorisi ile yakın bağlantı içinde bulunan, ancak söz konusu teoriden bazı önemli hususlardan ayrılan "el koyma hakkı teorisi" Kohler tarafından ortaya konmuş bir görüştür⁽²⁴⁾. Yazar, el koyma hakkının rehin hakkına benzer özelliklerinin bulunduğunu, ancak maddi hukukun rehin hakkına ilişkin esaslarının tümüyle el koyma hakkına uyarlanamayacağını ileri sürmüştür.

(18) FIORI, s. 12; KOHLER, s. 108-109; SEUFFERT, *Geschichte und Dogmatik*, s. 46

(19) s. 24

(20) İİK m. 191/I; SchKG Art. 204; Alman İflas Kanunu m. 7 ve 8

(21) Karş. FIORI, s. 14-15

(22) Karş. İİK. m. 166; SchKG Art. 176

(23) Karş. İİK. m. 208; SchKG Art. 221 ve İİK.m.210; SchKG Art. 223

(24) s. 98 vd.

İsviçre'de Jaeger⁽²⁵⁾ ve bazı kararları ile Federal Mahkeme⁽²⁶⁾ bu görüşe katılmıştır.

El koyma hakkı ile rehin hakkı arasında şu farklar vardır: el koyma hakkı birden çok kişinin yararına olabilir, oysa rehin hakkı "belirli" bir kişiye tanınan "belirli" bir haktır. Bunun yanı sıra, rehin hakkı için aranan şekil şartları, el koyma hakkının iktisabında aranmaz. Bu nedenle rehin hukuku kurallarının, el koyma hakkına uygulanması doğru değildir.

Yürürlükte olan Alman İflas Kanunu hükümleri dikkate alınırsa, el koyma hakkının özel hukuka ilişkin bir hak olduğu konusunda tereddüt edilemeyeceğini ileri süren Kohler⁽²⁷⁾, başlıca iki olasılığın söz konusu olduğunu belirtmektedir. Buna göre, ya borçlunun mameleki ile devlet arasında kamu hukuku ilişkisi olduğu kabul edilecek, ya da alacaklılar arasında bir özel hukuk ilişkisinin varlığı gündeme gelecektir. Yazar, alacaklıların bağımsız hareket edebilmelerini ve borçlunun mallarının paraya çevrilmesinden sonra kalanı geri isteyebilmesini, el koyma hakkının özel hukuka ilişkin bir hak olduğunun ispatı olarak görmektedir. Kohler, kamu hukuku ilişkisinin varlığını çok özel durumlarda kabul etmektedir⁽²⁸⁾.

Yazarın bütün bu hususlardan çıkardığı sonuç, iflasta alacaklıların aynı ve rehin hakkı benzeri bir hakka sahip olduklarıdır.

II. Şahsi hak teorileri

1. İflas talebi teorisi

Schultze⁽²⁹⁾, teorisini iflas talebine dayandırmaktadır. İflasın açıldığı anda, talepleri bulunan alacaklıların, borçlunun malları ile tatmin edilmeyi isteme hakları doğmaktadır. "İflas talebinin" mahkeme tarafından tesbiti, iflasın açılması kararı ile gerçekleşmektedir. İflas takibi ise talebin yerine getirilmesine hizmet etmektedir.

İflas talebi, bu görüşe göre aslında Borçlar Hukukuna ilişkin bir talepten başka bir şey değildir, çünkü alacaklı borçlunun malları ile tatmin edilmeyi talep etmektedir. Mahkemenin iflas talebini iflasın açılması sırasında

(25) C., Art. 197, N. 6

(26) Federal Mahkeme bazı kararlarında (BGE 24 I 756; 25 II 930; 27 II 131; 34 II 392) "el koyma hakkından" (Beschlagsrecht) bahsetmiş, ancak bu hakkın hukuki mahiyetini açıklamamıştır. Ancak diğer bazı kararlarında (BGE 34 I 873; 39 II 798) el koyma hakkı terimini değil, "iflas sebebiyle el koyma" (Konkursbeschluss) terimini yeğlemiştir. Yine bazı kararlarda ise el koyma hakkının, rehin hakkı veya şekli hukuka ilişkin bir hak olarak ele alınması arasında önemli bir fark olmadığı belirtilmiştir (BGE 40 III 305; 46 III 28). Son bir kararında ise, mahkeme müflise ait mallara el konulmasını kamu hukukuna ait bir tasarruf olarak nitelendirmiş ve bununla alacaklılara masaya dahil mallardan tatmin olma hakkı sağlandığına hükmetmiştir (BGE 93 III 107).

(27) s. 99

(28) s. 100

(29) s. 4 vd.

bir kesin hükümle tesbiti, yeni bir maddi hukuk ilişkisinin doğumuna yol açmaktadır. Alacaklılar, borçluya karşı şahsi bir hakka sahip olmakta, ancak bu hak malvarlığına karşı yönelmiş bir hak sayılmaktadır.

Schultze, el koyma hakkı teorisinin kurucusu Kohler'in aksine iflasta yeni maddi hukuk ilişkilerinin doğmadığını, alacaklılar arasında veya alacaklı ile borçlu veya borçlu ile mameleki arasında kurulan ilişkilerin şekli hukuk ilişkileri olduğunu iddia etmektedir⁽³⁰⁾. Ayrıca yazar iflasın ortaya çıkardığı bütün ilişkilerin temelinde iflas talebini görmektedir. Buna göre, borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlandırılması onun maddi hukuka ilişkin haklarının kaybının bir sonucu olarak ele alınmamaktadır. Tasarruf yetkisinin sınırlandırılması, alacaklıların tatmin edilmesi garanti altına alan şekli hukuka ilişkin bir emniyet tedbiridir.

III. Karma teoriler

Karma teori diye adlandırabileceğimiz teorileri savunan yazarların ortak özellikleri, iflas masasına giren mallar üzerinde alacaklıların özel hukuka ilişkin nisbi bir hak elde edecekleri görüşünü reddetmiş olmalarıdır. Özel hukuka ilişkin teoriler ile kamu hukukuna ilişkin teoriler arasında köprü kurmak isteyen bu görüşleri iki başlık altında inceleyeceğiz :

1. Şekli hukuka ilişkin hakların elde edildiğini ileri süren görüş

Oechsli'nin savunduğu fikre göre, mallara el konulması, alacaklıların şekli hukuka ilişkin haklar elde etmelerine yol açar ve iflas takibi tamamen devlet eliyle yürütülen bir prosedürdür. Görüldüğü gibi, yazar, iflas takibinde alacaklıların sahip oldukları insiyatifi gözardı etmektedir⁽³¹⁾.

2. Alacaklının mahkemeden mallara el konulmasını talep hakkı elde ettiğini ileri süren görüş

Schenk⁽³²⁾, gerekli şekil kurallarına iflas hukukunda yer verilmediği için alacaklıların borçlunun mameleki üzerinde aynı bir hak elde edemeyeceklerini iddia etmektedir. Bu nedenle alacaklılar, borçlunun malları ile tatmin edilme amacına yönelik idare ve paraya çevirmeye ilişkin şahsi bir hakka sahiptirler⁽³³⁾.

Ancak bu şahsi hakkın korunması, mahkemenin mallara el koyma kararı alması ve borçlunun zilyetliğinden çıkarılmasını s ağlamaktadır. Başka bir

(30) s. 12-15

(31) OECHSLIN, s. 46-47

(32) SCHOCH, s.53 vd.'da anılan Schenk, ZfCP, B13, s.73 vd.

(33) SCHENK, s. 91

ifade ile, alacaklılar iflasın açılması ile taleplerinin karşılanması amacına yönelik" mahkemeden mallara el konulmasına ve malların korunmasına ilişkin şahsi bir hak" kazanırlar.

§ 3 İFLASIN HUKUKİ MAHİYETİNİ BORÇLUNUN KISITLANMASI ARACILIĞI İLE AÇIKLAYAN TEORİLER

I. Basitleştirilmiş actio pauliana veya hile karinesi teorisi

Basitleştirilmiş actio pauliana veya hile karinesi teorisi, Belçika ve Fransa'da ortaya çıkmış bir teoridir⁽³⁴⁾. Bu görüşe göre, borçlunun mallarından el çektirilmesinin sebebi, iflasın açılmasından sonra borçlu tarafından yapılan muamelelerin alacaklıları aldatma kastı ile gerçekleştirildiği konusunda kanuni ve çürütülemeyen bir karinenin olmasıdır. Borçlu mükellefiyetlerini yerine getirdiği müddetçe yaptığı muamelelerin dürüstlük kurallarına uygun yapıldığı farz olunur. Borçlu malları idare eder, onlar üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisini haizdir ve yaptığı tasarruflar alacaklılara karşı da geçerlidir. Ancak iflasın açılması ile bütün bu ilişkilerin niteliği değişir. İşlerini yürütürken basiretli bir işadama gibi hareket etmeyen, ihmalkar davranan borçlunun kötünियetli olduğu şüphesi doğar. Alacaklıların haklarının, borçlunun gerçekleştirdiği tasarruflarla zedelenmesine izin verilmemektedir. Eğer borçlu, buna rağmen bazı muameleler yaparsa, yaptığı muamelelerin geçersiz ve hatalı olduğu kabul edilir. Muameleler alacaklılara karşı hükümsüzdür ve borçlunun hile kastı ile hareket ettiği farz olunur.

II. Ehliyetsizlik teorisi

Ehliyetsizlik teorisi de yine Fransa ve Belçika'da ortaya çıkan bir görüştür. Teorinin taraftarları⁽³⁵⁾, iflasın açılmasından sonra borçlunun yaptığı muamelelerin alacaklılara karşı hükümsüz olması halinin bir tür ehliyetsizlik olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmaktadırlar. Borçlunun durumu evli kadının, reşit olmayan veya vesayet altında bulunan kişinin durumuna benzetilmektedir. Ancak borçlunun ehliyetsiz addedilerek yaptığı muamelelerin geçersiz sayılması, borçluyu korumak için getirilen bir önlem değildir. Aksine kanunda yer alan bu önlem, borçlunun alacaklıları zarara uğratmaması amacı ile getirilmiştir. Borçlu, iflasın açılmasından sonra yaptığı işlemlerin hükümsüz olduğunu ileri süremez. Yani hatasından yararlanamaz. Burada nisbi bir hükümsüzlük söz konusu olduğundan, muamelelerin yalnız alacaklılara karşı hükümsüz olduğu kabul olunur. Borçlunun ta-

(34) Geniş bilgi için bkz. SCHOCH, s. 54, dn. 1, 2.3'de anılan yazarlar

(35) SCHOCH, s. 59, dn. 23'de anılan yazarlar

sarruflarının hükümsüz olduğu alacaklılar tarafından iddia edildiği takdirde, borçlu, üçüncü kişilerden sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmemeleri halinde tazminat isteyebilir.

§ 4 KAMU HUKUKU TEORİSİ

Kamu hukuku teorisi⁽³⁶⁾, Roma İcra Hukuku ilkelerinin günümüz iflas hukukuna uygulanmasını tamamen red etmektedir. Roma Hukukunun takibi alacaklıların insiyatifine bırakan ve bu hukuk düzeninde evrensellik prensibi kabul edilmediği için borçlunun malvarlığının tümüne el koyma imkanı vermeyen düzenlemesi, kamu hukuku teorisi taraftarlarınca kabul edilmemektedir.

Kamu hukuku teorisine göre, alacaklıların iradesinin takip açısından önemi kalmamıştır. Alacaklı iradesinin yerini idarenin takdiri almıştır. Alacaklı iradesinin önemi, takip talebinde bulunma ve mahkemeye başvurmada ortaya çıkmaktadır.

Schoch⁽³⁷⁾, mehzaz kanunun getirdiği düzenleme ile Roma Hukukunun alacaklı iradesine önem veren görüşünden, yani özel hukuk teorisinden uzaklaşıldığını, artık devletin, borçluya karşı yürütülen takipleri, gerek alacaklıları korumak gerek genel olarak kredinin geri dönüşünü sağlamak amacı ile kendi gözetimi altına aldığını belirtmektedir. Buna göre, alacaklıların borçlunun mameleki üzerinde herhangi bir hakkı mevcut değildir, onlar sadece iflas takibinin resmi organlar aracılığı ile yürütülmesine ilişkin bir talebi haizdirler⁽³⁸⁾.

SONUÇ

İflasın açılması ile alacaklıların, borçlunun kaybettiği mülkiyet hakkını kazandıkları görüşünü kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir⁽³⁹⁾. Çünkü borçlu, iflas masasına dahil olan malların mülkiyetini, iflasın açılması ile kaybetmemekte, sadece malları idare etme ve mal üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini yitirmektedir. Ayrıca teorinin diğer bir hatalı tarafı da mülkiyet hakkının devrolunduğu "alacaklıların" kimler olduğunun iflasın açıldığı anda bilinmesinin mümkün olmamasıdır. Bu durumda, borçlunun malları

(36) AMONN, s. 283; BAUR/STÜRNER/SCHÖNKE, s. 378; BERKIN, s. 27 vd.; BLUMENSTEIN, s. 548-549; FAVRE, s. 238; FRITZSCHE, s.43; FRITZSCHE/WALDER, s.4-5; GRUNSKY, s. 29-30; GÜRDOĞAN, s.2; HAENZI, s.13 vd.; JAEGER, E., s. 108; JAUERNIG, s. 181; KUHN/UHLENBRUCK, s. 10-11; KURU, s.1 vd.; POSTACIOĞLU, s. 62; SCHOCH, s. 60 vd.; ÜSTÜNDAĞ, s. 7. Karş: EGLI, s. 31 vd.

(37) s. 61

(38) AMONN, s. 283

(39) Aynı fikirde: BLUMENSTEIN, s. 547; Fritzsche, s. 43; MENTZEL/KUHN, § I 2; SCHOCH, s. 13 vd.

üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkına, alacaklarını bildirmemiş olan alacaklıların da sahip olduğunu kabul etmek gerekecektir. Belki hakkın geçmişe etkili olarak iktisabı üzerinde durulabilir, ancak borçlunun bütün alacaklılarının, iflasın açılması ile borçlunun mamelekinin mülkiyetini kazandıkları görüşü yine de yerinde değildir. Söz konusu görüşü çürüten en önemli gerekçe ise, iflas takibi sonunda satın alan kişinin, mülkiyet hakkını, iflas idaresi ve alacaklılardan değil, doğrudan borçludan devralmasıdır.

Alacaklıların iflasın açılması ile malın mülkiyetini değil, malları idare ve mallar üzerinde tasarruf etme hakkını elde ettiklerini kabul eden ve söz konusu hakkın aynı bir hak olduğunu ortaya koyan görüşün de iflasın hukuki mahiyetini açıklayabildiğini söyleyemeyiz⁽⁴⁰⁾. Zira malikin mallarını idare etme ve onlar üzerinde tasarruf yapma yetkisi, bağımsız bir hak değildir. Malikin bu yetkisi mülkiyet hakkının içeriğine dahildir. Malik, idare ve tasarruf yetkisini kullanırsa, bunu mülkiyet hakkından yararlanarak yapar. Borçlunun idare ve tasarruf yetkisi, kanunla elinden alınırsa, bunun anlamı onun iflas masasına dahil olan malları şahsen idare edemeyeceği ve masa malları üzerinde tasarruf edemeyeceğidir. İflasın açılması ile üçüncü kişi, borçlunun mameleki üzerinde bağımsız bir hak kazanmamakta, sadece idare ve tasarruf yetkisini elde etmektedir. İsviçre-Türk Hukukunda⁽⁴¹⁾, yetkiyi elde eden üçüncü kişi iflas idaresidir. Yani bu yetki,, bizzat alacaklılar tarafından değil, alacaklılar tarafından seçilmiş bir organ dahi olsa, resmi bir organ aracılığı ile kullanılmaktadır. Görüldüğü gibi, alacaklıların idare ve tasarruf hakkı diye adlandırılan bir aynı hak elde ettikleri görüşü de isabetsizdir.

Roma İcra Hukukunun kurumlarından yola çıkarak, iflasın hukuki mahiyetini, rehin hakkı ile açıklayan teorinin de sakıncalı yönleri vardır⁽⁴²⁾. Missio in bona kurumunda pretorun bir tür rehin hakkının doğmasına yol açtığını (pignus praetorium) kabul eden bazı hukukçular⁽⁴³⁾, pretor rehninin teslim şartlı rehne benzememesinden yola çıkarak, modern iflas hukukunda da iflasın açılması ile alacaklıların müflisin mameleki üzerinde rehin hakkı elde ettikleri sonucuna varmaktadırlar. Ancak kanaatimizce, günümüzde iflas eden borçlunun mallarına el konması ile rehin hakkı arasında aynı benzerlik mevcut değildir. Zaten Roma İcra Hukukunda da, alacaklılar rehin hakkını mallar muhafaza altına alındığı takdirde elde ediyorlardı. Mallar muhafaza altına alınmadığı takdirde borçlunun malları üzerinde rehin hakkının iktisabı mümkün değildi⁽⁴⁴⁾. Rehin hakkı teorisine en yakın hukuk dü-

(40) Aynı fikirde: BLUMENSTEIN, s. 548; PETERSEN, s. 29 vd.

(41) İİK.m.226; SchKG Art. 240

(42) Egli, s. 31-32

(43) FIORI, s.12; KOHLER, s.98 vd.; SEUFFERT, Konkursprozessrecht, s. 152 vd.

(44) Bu şekilde elde edilen hakka "pignus praetorium" yani "teslim şartlı pretor rehni" deniyor, menkul rehninden (hypotheka) bahsedilmiyordu.

zeni olan Alman Hukukunda dahi iflasın alacaklılar lehine rehin hakkı tanınmasına yol açtığını doğrulayan bir düzenlemeye rastlamıyoruz. Örneğin 14. yüzyıla kadar külli icra takibinde takip talebinde bulunan alacaklıya öncelik hakkı tanınmış, lakin bu öncelik hakkı, rehin hakkı olarak tanımlanmamıştır. Roma Hukukunun geçerli olduğu devirle günümüz iflas hukuku arasında kalan dönemde ortaya çıkan ve bir İtalyan Nizami Hukuk Kurumu⁽⁴⁵⁾ olan ihtiyati haczin de rehin hakkı verdiği kabul edilmektedir⁽⁴⁶⁾.

Rehin hakkının, iflasın hukuki mahiyetini açıklamakta yetersiz kaldığını tespit ettikten sonra aynı sonuca el koyma hakkı için de varabiliriz. Her ne kadar elkoyma hakkı teorisinin kurucusu olan Kohler, rehin hakkı ile elkoyma hakkının farklı kavramlar olduğunu ispata çalışmış ise de, bunda başarılı olamamıştır⁽⁴⁷⁾. İleri sürülen görüş, rehin hakkı teorisinin bir uzantısından başka bir şey değildir. Çünkü elkoyma hakkı teorisi, rehin hakkı düşüncesinden yola çıkılarak kurulan ve söz konusu görüşten yalnız isim değişikliği ile ayrılan bir teoridir. Teorinin sakıncalı yönlerinden biri, alacaklıların insiyatifinin önemli bir rolünün olduğu Roma Hukukundan esinlenerek İflas Hukukunda özel hukuk alacağının hakim kılınmak istenmesidir. Oysa bugün gerek Alman gerek İsviçre-Türk Hukukunda iflas prosedürü tamamen devlet organları aracılığı ile yürütülen bir faaliyettir. Alacaklılar topluluğunun iflas prosedürü içinde etkinliği, devletin kontrolünün varlığını tehdit etmemektedir. Teorinin aksayan diğer bir yönü ise, iflası, borçlunun cezalandırılmasını sağlayan bir prosedür olarak göstermek istemesidir. Cezalandırma fonksiyonunun belirginleşmesi ise, alacaklı-borçlu menfaatlerinin dengelenmesini önler ve insiyatifin alacaklılara bırakılmasına yol açar.

Schultze'nin ortaya koyduğu "İflas talebi" teorisi çelişkilerle dolu bir görüştür. Yazar, bir yandan iflas talebinin Borçlar Hukukuna ilişkin bir talep olduğunu ileri sürmekte, öte yandan iflas talebinin yeni bir maddi hukuk ilişkisinin doğumuna yol açmayan "şekli bir talep" olduğunu savunmaktadır. Oysa ne ilamın icrasına ilişkin talep ne de iflas talebi, özel hukuka ilişkin bağımsız bir taleptir. Yani yalnız alacağın kendisi özel hukuka ilişkindir. Aslında iflas talebi ile ne kastedildiği de bu teoride yeterince açıklığa kavuşmamıştır. Eğer iflas talebi ile kastedilen, alacaklıların iflasın açılmasını talep etmeleri ise, alacaklılardan herbirini, hakimi, gerekli şartların yerine getirilmesi halinde, iflası açmaya zorlama gücü vardır. Ancak bu güç şahsi (sübjektif) bir hak olarak adlandırılmaz. İflas talebi, bu açıdan bakılırsa, dozajı arttırılmış hukuki himaye anlamına gelebilir. Hukuki himayeyi talep hakkı "yeni bir talep" değildir. Görüldüğü gibi, Schultze'nin

(45) Italienisches Statuarrecht

(46) SCHOCH, s. 29

(47) s. 104

iflas talebi ile kastettiği, iflasın açılmasının talep edilmesi ise, mantıklı bir sonuca varılamamaktadır. Teoriye tutarlılık kazandırmak için iflas talebi ile yazarın, alacaklıların açılan iflas prosedürüne katılma hakkını kastettiğini düşünmek de bizi doğru sonuçlara götürmemektedir. Tek başına alacaklının iştirak hakkının varlığı, hangi alacaklıların iflas prosedürü içinde yer alacakları ve iştirak yetkisinin kapsamı ve içeriğinin ne olacağı konusunda bizi aydınlatmamaktadır.

Karma teoriler başlığı altında incelediğimiz "şekli hak görüşü"⁽⁴⁸⁾ ile "alacaklının mahkemede mallara el konulmasını talep hakkı olduğunu ileri sür-en görüş"⁽⁴⁹⁾ doktrinde kabul görmeyen görüşlerdir. Aslında söz konusu teorileri kuran yazarlar, özel hukuk ve kamu hukuku görüşü gibi iki farklı görüşü bağdaştırmak amacından yola çıkmışlar ise de, iflasın hukuki mahiyetini açıklayamamışlardır. Oechsli, iflası tamamen şekli hukukun yardımı ile açıklamakta ve borçlunun iflasına "maddi hukuka ilişkin taleplerin" yol açtığını gözardı etmektedir. Schenk ise, alacaklıların iflasın açılması ile şahsi bir hak elde ettiklerini belirtirken, hukuki himaye talep etme hakkının iflasın açılmasından önce teminat altına alındığını farketmemiştir.

İflasın en önemli sonucunun, borçlunun kısıtlanması olduğunu ortaya koyan teorilerden ilki olan "hile karinesi teorisi"⁽⁵⁰⁾ ilk bakışta, iflasın hukuki mahiyetini açıklayabilen ve "şüphe süreci"⁽⁵¹⁾ ile "el çektirme" arasındaki ilişkiler hakkında yeterli bilgi sunan bir görüştür. Şüphe süreci ve el çektirme, borçlunun alacaklılardan mal kaçırmasını önlemeye yöneliktir. Ancak "hile karinesi teorisi"nin hukuki temeli incelenirse, ortaya iptal davası çıkmaktadır. Nitekim şüphe süreci içinde açılacak iptal davaları, *actio pauliana*'dan farklı bir şey değildir. Ancak *actio pauliana* uğranılan zararın tazmini amacına yönelik şahsi bir davadır. İflasta ise, iflasın açılmasından sonra borçlunun üzerinde tasarrufta bulunduğu bütün mallar üçüncü kişilerden geri istenebilir. Dikkat edilirse, alacaklılar, uğranılan zararın tazminini değil, bizzat borçlunun mallarını talep edebilmektedirler. Bu nedenle elkoymayı, *actio pauliana* ile bağdaştıran bu görüş tutarlı değildir.

Ehliyetsizlik teorisi de mallara el koymanın etkisinin ne olduğunu açıklayamamıştır. Ancak söz konusu görüşün olumlu tarafı, hatalı taraflarına rağmen borçlunun yaptığı tasarrufların nisbi hükümsüzlüğünü doğru olarak saptamış olmasıdır.

Görüldüğü gibi, yukarıda ele alınan teorilerden hiçbirisi iflasın hukuki mahiyetini bütün cephesi ile açıklamakta başarılı olmamıştır. Bu görüşler, alacaklı ile borçlu, alacaklı ile borçlunun malvarlığı ve alacaklıların kendi

(48) OECHSLIN, s. 46-47

(49) SCHENK, s. 73 vd.

(50) Theorie de presumption de fraude

(51) Periode suspecte (Fransız Hukukunda ödeme güçlüğüne düşüldüğü an ile iflasın açılması anı arasında kalan döneme bu ad verilmektedir).

aralarındaki hukuki ilişkileri doğru olarak ortaya koyamamışlardır, çünkü teorilerin hemen tamamı iflasın sonuçlarının arasındaki sistematik bağlantıyı keşfedememiştir. Her teori, iflasın belli bir özelliği veya sonucundan yola çıkmış, bütünü değerlendirememiştir.

Bugün İsviçre-Türk ve Alman Hukukunda kabul edilen görüş, kamu hukuku teorisidir. bu teori, iflas takibini devlet kontrolü altında yürütülen bir faaliyet olarak görmektedir. Ancak gerek mehzaz kanuna gerek Türk İcra-İflas Kanunu'na bakıldığında iflas takibinde alacaklıların aktif katılımını görmekteyiz. Örneğin alacaklılar toplantısı vasıtası ile alacaklılar iflas prosedürünü etkilerler. Bunu organ olarak nitelendirmek istemiyorsak, alacaklıların parlamentosu olarak adlandırabiliriz. Devlet, alacaklıların tahsilinde doğrudan menfaat sahibi değildir. Medeni usul hukukunda görülen taraf hakimiyetinin izlerini, iflas hukukunda da görmekteyiz. Ancak iflas, yalnız menfaatlerin birleştiği bir alan değil, aynı zamanda en yoğun menfaat çatışmalarının söz konusu olduğu bir alandır. Alacaklıların menfaatleri birbiri ile çarpışmakta ve çatışmaktadır. Bu nedenle iflasta, alacaklıların takipteki etkinliği devletin gücü ile dengelenmelidir. Burada en doğru yöntem, alacaklıların borçluya zarar veren subjektif davranışları ve iflasın borçlunun ekonomik durumuna menfi tesiri gözönünde tutularak, iflas prosedürünün idarenin insiyatifi ile yürüyen bir faaliyet olarak görülmesi olacaktır. Alacaklılar arasında orantılı ve tarafsız bir tasfiye, ancak devletin icra organları aracılığı ile sağlanabilir.

Kamu hukuku teorisine göre, alacaklılar, iflasın açılması ile maddi hukuka ilişkin bir hak elde etmezler, alacaklılar iflasın açılması ile iflas masasına giren mallardan orantılı olarak tatmin edilme hakkı elde ederler. Devlet, alacaklıların iflasın açılması ile kazandıkları bu hakkı tanır ve korur. Alacaklıların tatmin edilmesi, iflas takibinin en önemli sorunu olduğundan, devlet bu amaca ulaşılmasını sağlayacak tedbirleri alır. Amaca ulaşılmasını sağlayan tedbirlerin en önemlisi, borçlunun bütün mallarına el konmasıdır. Mallara el konulması, tarafların tasarruf gücünü ortadan kaldırmayı amaçlayan, kamu gücünün hakim olduğu bir idari tasarruftur.

İflasın hukuki mahiyetinin açıklanması bakımından alacaklıların kendi aralarındaki ilişkilerinin de nitelendirilmesi gerekir. Bir fikre göre,⁽⁵²⁾ alacaklılar arasındaki ilişkilere, iştirak halinde mülkiyet rejimine ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Ancak kanaatimizce, borçlu, iflasın açılması ile malları üzerinde mülkiyet hakkını kaybetmediğinden, iştirak halinde mülkiyet rejimine ilişkin kuralların iflasta uygulanmasına imkan yoktur. Alacaklılar topluluğu, hükmi şahsiyeti olmayan bir topluluktur. Ancak maddi hukuka ilişkin hakkın elde edilmesi için alacaklılar toplantısı, iflas idaresi ve iflas dairesi gibi organlar faaliyette bulunurlar.

(52) JAEGER, C., Art. 204, N. 5

Kamu hukuku teorisi, borçlu ile onun malvarlığı arasındaki ilişkiyi de şöyle açıklamaktadır. Borçlunun malları üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılması, onun hakkını kaybetmesi anlamına gelmez. Tasarruf yetkisinin kısıtlanması, malların temlik veya faaliyetlerin sınırlandırılması olarak algılanmamalıdır. Mevaz Kanunun 204., Türk İcra-İflas Kanunu'nun 191. maddesinde sözü edilen "müflisin tasarrufa ehliyetsizliği" iflasta amaca ulaşılmasını sağlayan bir emniyet tedbiridir. Daha önce değindiğimiz gibi burada alacaklılar lehine nisbi hükümsüzlük söz konusudur⁽⁵³⁾.

Görüldüğü üzere, kamu hukuku teorisi, alacaklı ile borçlu, alacaklı ile borçlunun malvarlığı, alacaklıların kendi aralarındaki ilişkiyi ve devletin iflas prosedürü içindeki rolünü doğru olarak ortaya koyan tek teoridir⁽⁵⁴⁾.

KISALTAMALAR CETVELİ

Art.	Artikel
B.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
İK	İcra-İflas Kanunu
karş.	Karşılaştırınız
m.	madde
M.Ö.	Milattan önce
N.	Nummer
N.F.	neue Folge
Rdnr.	Randnummer
S.	Sayı
s.	Sayfa
SchKG	Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
vd.	ve devamı
Z.f.Pr.ÖR.	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
Z.f.C.P.	Zeitschrift für Civilrecht und Prozess
Z.f.dt.Cpr.	Zeitschrift für den deutschen Zivilprozess
ZPO	Zivilprozessrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

(53) Aynı fikirde : EGLI, s. 31; FRITZSCHE, s. 40-41; SCVHOCH, s. 63

(54) Schoch, iflas prosedürüne ilişkin kurumların amaca ve hakkaniyete yönelik olmaları nedeniyle belirli bir sonuca ulaşılmasını sağladıkları, bu nedenle teorik tartışmaların pratik değerinin bulunmadığı fikrindedir (s. 67-68)

BİBLİOGRAFYA

- AMONN, Kurt, Grundriss des Schuldbetreibungs-und Konkursrechts, Bern 1988
- BAUR/STÜRNER/ Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-und SCHÖNKE, Vergleichsrecht, 11. Auflage, Heidelberg 1983
- BERKIN, N.M., İflas Hukuku, İstanbul 1972
- BLUMENSTEIN, E., Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtse, Bern 1911
- CANSTEIN, von, Konstruktion der Konkursrechtsverhältnisse, ZfPröR, B.9, s. 461 vd.
- DEREN-Y LD R M, N. Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Hacze (Adi) İştirak, İstanbul 1989, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- EGLI, Albert, Die Einwirkung des Gläubigerelementes auf die Organisation und Durchführung im schweizerischen Recht, Zürich 1942.
- FAVRE, Antoine, Schuldbetreibungs und Konkursrecht, Freiburg 1956.
- FIORI, Silvio Die Gläubigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht, Zürich 1904.
- FRITZSCHE, Hans Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung, B. II, Zürich 1955.
- FRITZSCHE/WALDER Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993.
- GOTTWALD, Peter Insolvenzrechtshandbuch, München 1990.
- GRUNSKY, Wolfgang Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts, Tübingen 1983.
- GÜRDOĞAN, Burhan İflas Hukuku Dersleri, Ankara 1966.
- JAEGER, C. Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Bd. II, Zürich 1911.
- JAEGER, Ernst, Kommentar zur Konkursordnung, I. Band, Berlin 1916
- JAUERNIG, Othmar Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 19. Aufl., München 1990
- HAENZI, Brigit, Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht, Zürich 1979.
- KÖHLER, J., Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891
- KUHN/UHLENBRUCK, Konkursordnung-Kommentar, 10.Aufl., München 1986.
- KURU, Baki, İflas ve Konkordato Hukuku, 2. Bası (tıpkı basım), İstanbul 1988.
- MENTZEL/KUHN, Kommentar zur Konkursordnung, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1962.
- OECHSLIN, J.C., Die rechtliche Stellung des Gläubigers im Konkurse nach schweizerischem Recht, Bern 1926.
- PETERSEN, Beiträge zur juristischen Konstruktion der Konkursrechtsverhältnisse, Z.f.dt.Cpr., B. 9, s. 26 vd.
- POSTACIOĞLU, İ.E., İflas Hukuku İlkeleri C.I, İstanbul 1978.
- SCHLOSSER, Peter, Zivilprozessrecht II, Zwangsvollstreckung- und Insolvenzrecht, München 1984
- SCHOCH, Hans Die juristische Natur der Pfändung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs, Zürich 1940.
- SCHULTZE, A. Sigmund, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, Berlin 1880.
- Seuffert, Deutsches Konkursprozessrecht, Leipzig 1899 (kı.s.: Konkursprozessrecht)
- SEUFFERT, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, Leipzig 1888 (kı.s.: Geschichte und Dogmatik)
- UHLENBRUCK/KLASMEYER/KÜBLER, Einhundert Jahre Konkursordnung, 1877-1977, Köln 1977.

ÜSTÜNDAĞ SAİM, İfla Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1991,

WALDER, H. Ulrich, Fransico Salgado de Somoza's "Labyrinthus creditorum concurrentium" ZSR NF. 83/1964 I. s. 237-260 (Zeitschrift für Schweizerisches Recht)

WEBER/BRÜSTLEIN/REICHEL, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1901.