

## İFLÂS YOLU İLE CEBRÎ TAKİBİN BAZI MERHALELERİ

Prof Dr. N. BERKİN

İflâs müessesesinin menşeinin bulunduğu söylenen Roma Hukukunda dahi iflâs masasının müstakil bir şahsiyet teşkil ettiğine dair bir emareye tesadüf edilmez<sup>1</sup>. Roma Hukukunda, mükellefiyetlerine riayet etmeyen borçlunun tekml malları alacaklılarının zilyedliğine nakledilir (missio in possessionem) ve tasfiye edilen bu malların bedeli alacaklılar arasında garameten tevzi edilirdi<sup>2</sup>. Fakat borçlu, tekml mallarını alacaklılara terketmek suretiyle (cessio bonorum) mallarına cebren vaziyet edilmesine (missio in bona) ve bu malların cebren paraya çevrilmesine (venditio bonorum) mâni olabildiği gibi, şerefsizlikten (ignominia), yâni siyasî haklardan mahrum kalmaktan da kurtulabilirdi<sup>3</sup>.

Sezar'ın «Julia de cessione bonorum» kanunu ile ihdas edilen C e s s i o b o n o r u m usulü<sup>4</sup> iflâsa nazaran daha faydalı görülüyordu, zira bu suretle iflâsın tasfiye masraflarında tasarruf temin edilerek alacaklıların garameleri o nisbette artıyordu<sup>5</sup>.

Roma Hukukunda cebrî icra bakımından tacir ile tacir olmayan borçlular arasında bir tefrik yapılmamışdı; her ikisi hakkında iflâsın açılmasına karar verilebilirdi (decretum de aperiundo concursu).

Romanın umumî tasfiye sistemi, sonraları bilhassa İtalyan Cumhuriyetlerinin tüccar muhitlerinde revaç buldu; hususile İspanyada gelişerek<sup>6</sup> Müşterek Cermen Hukukuna ve oradan da Alman,

1) Bkz. *Vainberg*, La faillite d'après le droit romain, Paris 1874.

2) *Girard-Mayr*, Geschichte und System des Römischen Rechts, 1908, shf. 1180 ve müt.

3) *Salvatore di Marzo*, Roma Hukuku (çev, Ziya Umur), İstanbul 1954, shf. 118; *Fr. Meili*, Lehrbuch des int. Konkursrechts, Zürich 1909, shf. 15; *Keller - Wach*, Römischer Zivilprozess §§ 84, 85.

4) Bu usul hakkında bakınız *Guenoun*, La cessione bonorum, thèse, Paris 1920.

5) *A. Kulow*, Repetitorium des gesamten römischen Rechts und kurzer Berücksichtigung des gemeinen und modernen Rechts 1907, § XII. shf. 8 ve müt-

6) İspanyada Romanın umumî tasfiye sisteminin bilhassa XVII. asırda *processus concursus* ismi altında gelişmesine İspanyol hukukçuların-

Avusturya ve Macar Kanunlarına intikal etti<sup>7</sup>. Önceleri sadece masanın bir tasfiye memuru olan Curator sonradan mahkemenin bir icra organı haline geldi<sup>8</sup>.

İtalyan hukukunun kollektif tasfiye usulü Fransada 1673 tarihli Ticaret Fermanında (Ordonnance du Commerce de 1673)<sup>9</sup> ve onu takiben 1807 tarihli Ticaret Kanunu ile 1838 tarihli Kanunda yer aldı. Fakat Fransada iflâs münhasıran tüccarlar hakkında kabul edildi ve alacaklılar toplantısı iflâs yolu ile cebrî tasfiyenin başlıca rüknü addedildiği gibi mahkemenin müdahalesi de sadece tasfiye sırasında çıkan ihtilâfların halline inhisar etti<sup>10</sup>.

Fransada iflâs hukuku 1807 tarihli Ticaret Kanununun (Code de Commerce de 1807) tedvininden evvel muhtelif yerlerde teessüs etmiş teamülî hukuk kaideleri ile kral emirnamelerinde ve fermanlarda yer alan hükümlerden ibaretti. 1807 Kanunu ile münhasıran tüccarlar hakkında kabul edilen iflâsın idaresinde alacaklıların muhtariyeti kabul edilerek sendikler, yâni iflâs idare memurları alacaklılar tarafından ve kendi aralarından seçilmeye başlandı. Bu suretle resmî makamların iflâs takibini sür'atli, masrafsız ve tatminkâr bir şekilde yapamamalarından ve icab eden ticarî bilgiyi haiz olmamalarından mütevellid mahzurlar önlenmek isteniyordu. Fakat bu sistem tatbikatta beklenen neticeyi vermedi. Zira alacaklılar çok defa iflâsın idaresini ele alacak vakit bulamadıkları gibi, lâzım gelen tecrübeyi de haiz olmadıklarından, bu işi profesyonel ajanlara bırakıyorlardı. Bunlar ise, alacaklıların menfaatlerinden ziyade kendi menfaatlerini gözetmekte idiler. Bu vaziyet karşısında 1838 tarihinde alacaklıların muhtariyetinden sarfınazar edildi<sup>11</sup>.

dan *Salgado de Samoza* tarafından yazılan «Labyrinthus creditorum concurrentium» adlı eser vesile teşkil etmiştir. Bu eser sâdece İspanyada değil, Almanya da büyük tesir göstermiştir (bkz. *Rudolf Pollak*, Das Konkursrecht, Berlin 1897, S. 5).

7) *A. Rintelen*, Das Österreichische Konkursrecht, Leipzig 1910, § 2, No. II, III, IV. shf. 7 ve müt.; *Fred Schuster*, Darstellung der Konkursordnung für Ungarn vom 18. Juli 1853, 2. Aufl. 1857, Einleitung.

8) XIX uncu asrın sonuna kadar muhtelif memleketlerin iflâs kanunları hakkında bilgi edinmek için bakınız *Alexander*, Konkursgesetze aller Laender der Erde, Leipzig 1892.

9) Bu ferman hakkında bkz. *Jousse*, Commentaire sur l'Ordonnance du Commerce du mois de mars 1673, Paris 1841.

10) *A. Favre*, Cours de droit des poursuites, Fribourg 1953, shf. 235 ve müt.

11) *Henning Holm - Nielsen*, An International Survey of Bankruptcy Law, shf. 3 (Reprint from World Trade, Journal of the International Chamber of Commerce, August 1931).

Bugün sendikler ticaret mahkemesi tarafından seçilmektedir. Pariste sendikler Seine Ticaret Mahkemesine bağlı ve bu sahada ihtisası olanlardan teşekkül eden Sendikler Birliği (Corporation des Syndics) azası ve adlî tasfiye idare memurları (Administrations du règlement judiciaire) arasından seçilmektedir.

1807 Kanunu ile tanzim edilen Fransız iflâs sistemi bir çok Devletlerin iflâs hukukuna müessir olmuştur; bilhassa 1851 tarihine kadar Belçika Hukukuna, 1855 tarihli Prusya İflâs Kanunu (Die Preussische Konkursordnung vom 8. Mai 1855) vasıtasile Alman, Avusturya<sup>12</sup> ve Macar Hukukuna büyük tesir icra etmiş<sup>13</sup> ve 1266 tarihli Türk Ticaret Kanununa tamamen intikal etmiştir.

İngiliz iflâs hukuku ötedenberi müflisin mâmelekinin tasfiyesi neticesinde borçlarından tamamen kurtarılması esasına istisnad ettirilmiştir. Bu esasa uygun olarak, iflâsına kusuru ile sebebiyet vermemiş olan borçluya, kanunun tahmil ettiği tekmil mükellefiyetlere riayet ettiği takdirde, «certificate of conformity» denilen bir vesika verilir ve bununla borçlu ibrâ edilirdi. Eskiden bu vesikanın verilmesi borçlunun yüksek bir garame ödemiş olması ve alacaklıların ekseriyetinin muvafakatinin bulunması gibi bazı ağır şartlara bağlanıyordu; sonradan bu şartlar hafifletilmiş ve hüsnüniyet sahibi borçluların himayesini istihdaf eden 1842 tarihli kanun ile alacaklıların muvafakati şartı tamamen kaldırılmıştır. 1861 Kanunu ile de bu vesika yerine ondan sâdece şeklen ayrılan bir ibrâname-nin (discharge) mahkeme tarafından re'sen verilmesi usulü kabul edildi<sup>14</sup>. Bugün dahi, kusuru olmayan borçlu mahkemedен böyle

12) Avusturyada 25 aralık 1868 tarihli İflâs Kanunu ile esas itibarile iflâsın umumîliğine temayül edilmiş olmakla beraber (bkz. *J. Kaserer*, Kommentar zur österreichischen Konkursordnung mit saemtlichen Materialien, mit Motiven und Formularien, shf. 30, Wien 1869; *K. Schwarz*, Das österreichische Konkursrecht, B. I, S. 38 ff., Wien 1894), bu prensipe bazı tahdidler konulmuştur. Filhakika, birlik prensipinin maksada mâtuf bazı mucip sebebler (Zweckmaessigkeits-Erwawegungen) dolayisile kısmen tahdit, kısmen de tevsi edildiği görülmektedir. Bu tahdidlerin neticesi olarak müflisin bazı malları iflâsın umumîliğine rağmen iflâs masasına idhal edilmemektedir. Ezcümle müflisin tamamen veya kısmen haczedilemeyen malları; kendisi ile ailesi efradının nafakasını temin eden kazançları; üzerinde rehin veya hapis hakkı bulunan ve bu hakları karşılayamayan malları; yabancı memlekette bulunan gayrimenkulleri ve nihayet salâhiyetli iflâs organları tarafından masaya idhal edilmeyen münazaalı mal ve hakları. masa birliğinden hariç tutulmuştur.

13) *A. Rintelen*, s.g.e., shf. 13 ve müt.

14) *F. Eckstein*, Das englische Konkursrecht, Berlin u. Leipzig 1935, s. 4.

bir ibrâname talep edebilmektedir. Maamafih, mahkemenin bu hususta mutlak bir takdir hakkı vardır.

İngilterede iflâs hukuku, yazılı hukuka istinad etmesi dolayısıyla kaynaklarını örf ve teamülî hukuktan alan diğer hukuk şubelerinden ayrılmaktadır <sup>15</sup>.

Bugünkü İngiliz İflâs Hukuku, takriben dört yüz sene evvel isdar edildikleri halde daima tekâmül ettirilen kanunların istihalesinden meydana gelmiştir. İlk İngiliz İflâs Kanunu 1542 tarihlidir. İngiliz iflâs hukukunun tekâmülü daima münferid ve müstakil olarak yürütülmüş ve bu tekâmül sırasında iflâs hukuku ile usul hukuku arasında bile bir rabıta tesis edilmemiştir <sup>16</sup>. Ancak ilk kanunlarla, bilhassa hileli iflâs bakımından, ceza hukuku ile iflâs hukuku arasında bir münasebet kurulmuştur. Nitekim, en eski kanunun adı «An Act against such persons as do make bankrupt»dır. Bunu takip eden kanunlarda da borçluya bir suçlu (offender) nazarile bakılmıştır. Bu sebebledir ki, iflâs eskiden sâdece hakikî şahıslar hakkında mevzu bahis olurdu. Borçluya yeni bir hayat sahası açmak ve mahvolmasına mâni olmak için onu iflâstan sonra da borçlarından kurtarmak fikri iflâsın hükmî şahıslara tatbikine engel oluyordu. Aynı fikir, uzun seneler, konkordatonun kanunen kabulüne de mâni oldu <sup>17</sup>.

Zamanla iflâsın cezaî karakteri kaybolmuş ve böylece iflâsın hakikî şahıslara olduğu kadar hükmî şahıslara da tatbiki ile konkordatonun kanunî bir müesese olarak mevzuata girmesi mümkün olmuştur.

İngilterede, Fransada yapılan tecrübeden istifade edilmiyerek, alacaklıların muhtariyeti (autonomy of creditors) 1861 tarihli İflâs Kanunu ile kabul edildi.

İngilterede eskiden iflâslar resmî memurlar (official assignees) tarafından idare edilmekte idi. Sonradan bu iş alacaklıların tayin ettikleri idare memurlarına (creditors trustees) verildi. Bundan başka, 1869 tarihli İflâs Kanunu (Bankruptcy Act of 1869) ile azaları alacaklılar tarafından kendi aralarından seçilen teftiş komiteleri (Committees of inspection) sistemi ihdas edildi. Maamafih, bu son kanun da, bilhassa işleri yavaş yürümesi ve masraflı olması sebebiyle tatbikatta revaç görmedi. Mutavassıt kimseler alacaklıların vekâletlerini toplayarak iflâsın idaresinde tekmil otoriteyi ellerine alı-

15) Halbury's Laws of England, C. 2 (Bankruptcy and Insolvency), 2. ed. 1931, shf. 5.

16) History of English Law, C. I, shf. 470-473; C. VIII, shf. 229-245.

17) F. Eckstein, s.g.e. shf. 2, 4 No. 2.

yorlar ve kendilerini (trustee) veya (teftiş komitesi üyesi) seçiyorlardı. Çok defa alacaklıların kendi menfaatlerini korumak hususunda harekete geçmemeleri yüzünden, iflâsın idare ve tasfiyesi bir tek adamın inhisarında kalıyordu. Aynı mahzurlar konkordatolarda da kendini gösteriyor ve çok defa alacaklılara âdil olmayan konkordatolar zecrî surette kabul ettiriliyordu. Bu sebeplerledir ki, 1883 tarihli İflâs Kanunu<sup>18</sup> bir dereceye kadar iflâsın resmen idaresi sistemini tekrar ihdas etti.

Birinci Dünya Harbini takip eden kriz senelerinde iflâsların birdenbire artması ve garame vermeyen iflâsların gittikçe çoğalması, mevcut İflâs Kanununa karşı memnuniyetsizlik uyandırdı. Bilhassa ticaret odalarının teklif ve talebi üzerine 1914 tarihli İflâs Kanunu<sup>19</sup> 1926 senesinde tâdil edildi<sup>20</sup> ve iflâsın idaresi alacaklılara bırakılmakla beraber işlerin bir kişinin elinde toplanmasına mâni olacak tahdidler kabul edilmek ve resmî makamların murakabesi muhafaza edilmek suretile suiistimallerin önlenmesine çalışıldı. Aynı kanunla iflâs ile alâkalı suçlar hakkındaki cezalar da arttırıldı.

Amerika Birleşik Devletlerinde iflâs işleri federal hukuka taallük eden bir mevzu addedildiği halde<sup>21</sup>, ondokuzuncu asır boyunca iflâs hukuku federal devletler tarafından münferiden tanzim edilmiştir. Bunun sebepleri kısmen siyasî, kısmen de amelîdir. Amelî sebeplerin başlıcası, muazzam Amerika ülkesinde iflâsın bir yerde toplanmak suretile tasfiye edilmesindeki güçlüklerdir. Fakat, iflâsın federal devletler tarafından münferiden tanzim edilmesi, ekonomik ihtiyaçları tamamen tatmin etmemiştir. İstiklâllerine mağrur olan Amerika federal devletlerinin iflâs hukuku sahasında birbirlerine karşı devletler hususî hukuku kaidelerini tatbik etmeleri ve kendi ülkelerinde yabancı iflâs kararlarının icrasına çok mahdud ölçüde müsaade etmeleri ekonomik gelişmeye bir müddet mâni olmuştur<sup>22</sup>.

28 haziran 1898 tarihli Federal Kanun ile iflâs hukuku tevhid edilerek iflâs işlerinin münferiden tanziminden doğan mahzurlar bertaraf edilmiştir. Fakat, buna mukabil, yeni sistemde kabul edi-

18) Bu kanun hakkında bkz. *Gertscher*, Das englische Konkursrecht nach dem Gesetz vom 25 August 1883, Wien 1885; *Lyon - Caen*, Loi, anglaise sur la faillite du 25 août 1883, Collection des principaux codes étrangers, Paris 1888.

19) An Act to consolidate the law relating to Bankruptcy (10 ağustos 1914), bu kanunun şerhi için, bkz. *William's Law and Practice in Bankruptcy*, 13 th ed., London 1925/26.

20) 16 haziran 1926 tarihli muaddel Kanun (Bankruptcy amendment Act).

21) Amerikan Anayasası, m. I,/8.

22) Birleşik Amerika İflâs Hukuku hakkında bilgi edinmek için, bkz. *F. O. Loveland*, A treatise on the law and proceedings in bankruptcy (1907).

len mahkeme masraflarının ağırlığı ve muhakeme usullerinin işlerin çabul halledilmesine mâni olması şikâyetlere yer verdi. Filhakkâ, muhakeme masraflarının ağırlığı garemeleri azaltıyor ve muhakeme usullerinin işleri uzatması halkın mahkemelerle iş görmekten çekinmesine sebep oluyordu<sup>23</sup>. Bunun neticesinde, muhakeme harici hususi tasfiyeler yapılmaya başlanarak kendine mahsus bir iflâs tatbikatının meydana geldiği görüldü<sup>24</sup>.

Mahkeme harici hususi tasfiye usullerinin tatbiki mahzurlu olmadı. Çünkü, iyi ve emniyetli bir tasfiye teşkilâtı kurulmuştu. Bu usulde, tasfiyeye memur edilen şahıs resmî bir memur olmadığı gibi, ne borçlunun vekili ne de alacaklıların mümessili idi; bilâkis, kendi namına ve kendi patrimuanını tasfiye eder gibi hareket ediyordu, zira borçlunun mâmeleki tasfiyeye memur edilen şahsa muvakkaten devrediliyor (Assignment for the benefit of Creditors) ve alacaklıların bu mâmeleke el koymaları men'ediliyordu.

Amerikada, mahkeme harici tasfiyeler büyük ölçüde alacaklı birlikleri tarafından yapılmaktadır. Bu birliklerden en eskisi olan «Board of Trade» 1877 de San Francisco'da kurulmuş ve 1931 yılında 267 mahkeme harici iflâsa el koymuş ve iki milyon yüzbin dolar borcu ve yediyüzbin dolar aktifi tasfiye etmiştir. Buna benzer bir teşekkül olan «New York Credit Men's Association» ise 1929 senesinde yüzyirmibeş iflâsa vaziyet ederek üç milyon kırküzçbin dolar borcu ve bir milyon ikiyüzseksenbir bin dolar hâsılatın tasfiyesini deruhte etmiştir.

Amerikada, National Association of Credit Men başlıca büyük şehirlerde müteaddit büyük teşekküller halinde faaliyet göstermiştir<sup>25</sup>.

Almanyada iflâs hukuku, yukarıda da işaret edildiği gibi, 1807 tarihli Fransız Kanununun tesiri altında tedvin edilmiştir<sup>26</sup>. Daha önceleri Almanyada alacaklıların hukuku ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir gibi zabıta ile temin ediliyordu.

23) *Donovan*, Report in the Matter of an Anquiry in to the Administration of Bankrupts Estates, 1930 (bkz. *J. H. Fürth*, Das amerikanische Insolvenzverfahren ausserhalb des Konkurses «Zentralblatt für die juristische Praxis, Sonderabdruck 1933, Heft 6». shf. 338).

24) *Hagar*, General Assignments and the Bankruptcy Law, 27 Yale, L. J. 210, 1918.

25) *J. H. Fürth*, s.g.e. shf. 338, 339, Not 5.

26) Tafsilât için, bkz. *Ernst von Meier*, Französische Einflüsse auf die Staats-und Rechtsentwicklung Preussens im XIX. Jahrhundert, B. II. Preussen und die Französische Revolution, Leipzig 1907/1908.

Müşterek İflâs Hukuku (Gemeines Deutsches Konkursrecht) teessüs ettikten sonra, ihtiyatî haciz kararı yerine iflâs kararı kaim oldu. İflâsın açılabilmesi için aranan şartlar, borçlunun aciz hali ve muayyen nisbette bir alacaklılar ekseriyetinin mevcut olması idi.

18 inci asırda kabul edilen borçlunun malî durumunun tahkiki sistemi (Inquisitorisches System) ile mahkemelere, aciz hali sâbit olan borçlunun iflâsına re'sen karar verebilmek salâhiyeti tanındı. Sonradan 1833 Kanunu ile mahkemelerin re'sen hareket salâhiyeti kaldırılarak iflâsın ancak alacaklıların veya bizzat borçlunun talebi ile açılabileceği şekilde mevzuat tâdil edildi. Ancak, borçlunun aciz halinin şüyu sebebiyle de mahkemenin iflâsa karar verebilmek salâhiyeti mahfuz tutuldu.

Bugün Almanyada 20 mayıs 1898 tarihli İflâs Kanunu mer'iyettedir<sup>27</sup>.

İflâs hukuku, usul hukuku gibi, sosyal hayatın tenevvülerini daha az aksettiren oldukça strict bir hukuk branşı olmakla beraber, burada da tatbikatın hissî bir kıymet arzemesi, yani iflâs mercilerinin verdiklerin kararların isabetine herkesten evvel kendilerinin inanmaları icap eder. Hâkimlerin kanunların formalizmine bağlılığı ile kararlarının adalete uygunluğu arasındaki münasebeti belirten ünlü hâkim Cardozo'nun dediği gibi (bkz. Paradoxes of Legal Science, shf. 88, 1925) \*, bazen hukuk mantığı adalet hissine galebe çalabilir ve verilen karar, mevcut delillerle arasındaki illî münasebet bakımından, kanuna uygun olabilir, fakat adalet hissine aykırı ise, hukukî bir kıymet ifade etmez. Çünkü, adalet, hukukî düşünüşün nihaî gayesidir.

Prof Dr. N. BERKİN

27) Bu kanun hakkında bilgi edinmek için, bkz. N. M. Bekin, Alman İflâs Hukuku, Ist. 1957.

\*) New York Temyiz Mahkemesi reisliğini ve Washington Yüksek Mahkemesi hâkimliğini yapmış olan Benjamin Cardozo, hukuk felsefesi sahasında bilhassa Almancaya «Lebendiges Recht» ismi altında çevrilmiş olan (München, C. H. Beck. 1949) «The Growth of the Law» adlı klâsik eserile tanınmış kıymetli bir hukukçudur.