

**AVRUPA TOPLULUĐUNUN KAMUYU
AYDINLATMAYA İLİŞKİN 9 MART 1968 TARİH VE
68/151/EEC SAYILI BİR NOLU ŞİRKETLER
HUKUKU KONSEY YÖNERGESİ***

*Çeviren: Yrd.Doç.Dr. Őükrü YILDIZ***

BİRİNCİ KONSEY YÖNERGESİ

58. Maddenin İkinci Paragrafı Anlamında Şirketler için, Üye Devletlerde,
Şirketlerin ve Üçüncü Kişilerin Menfaatine Konulmuş Bulunan Koruyucu
Hükümlerin Koordinasyonuna İlişkin

9 Mart 1968 tarihli ve 68/151/EEC Sayılı Konsey Yönergesi

AVRUPA TOPLULUĐU KONSEYİ,

AnlaŐmaya göre, Avrupa Ekonomik TopluluĐunu tesis etme, özellikle
madde 54 (3) (9) ;

KuruluŐların serbestliğindeki kısıtlamaların kaldırılmasına yönelik, özellikle
VI. BaŐlık içindeki genel programa dayanarak¹,

Komisyonun önerilerine dayanarak,

Avrupa Parlemtosu görüşlerine² dayanarak,

Ekonomik ve Sosyal Komitenin görüşlerine³ dayanarak,

Madde 54 de saĐlanan işbirliği ve kuruluŐların serbestliĐindeki
kısıtlamaların kaldırılması hususundaki genel programdaki bu işbirliği çok
acil bir konudur. Özellikle sermayesi paylara bölünmüş Şirketlere ve

* Yönergenin çevrisinde 14.3.1968 tarihli Official Journal of the European
Communities No L 68 deki metin ve biçim esas alınmıŐtır.

** AÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

1 OJ No 2, 15.1.1962, p. 36/62.

2 OJ No 96, 28.5.1966, p.1519/66,

3 OJ No 194, 27.11.1961, p.3248/64.

sorumlulukları sınırlandırılmış şirketlerin çalışmalarını ulusal sınırlar dışında genişletmeleri durumunda özellik arz eder.

Bu şirketlerin hükümsüzlüğü, üstlendiği yükümlülüklerin geçerliliği ve bunların ifşaatına ilişkin ulusal çalışmaların koordinasyonunda, özellikle üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak konusunda özel önem arz eder,

Bu şirketlerin üçüncü kişilere sağlayacakları tek güvence aktif malvarlıkları olduğundan anılan durumlarda Komite kararları bu şirketler tarafından öncelikle dikkate alınmalıdır.

Şirketin esas sözleşmesi, içeriklerinin üçüncü kişiler tarafından araştırılması ve incelenmesi amacıyla ilan edilmeli ve şirkete ait bilgiler özellikle şirket temsilcilerine yetkileri ile şirketi borç altına sokabilecek kişilerde ayrıntılı bir şekilde açıklanmalıdır.

Gerektiğinde, şirket ve üçüncü kişiler arasındaki ilişkilerin hukuken kesinliğini sağlamak için ve üyeler arasında hükümsüzlüğün ortaya çıkabileceği durumları, hükümsüzlüğün geriye yürümesini ve etkilerini sınırlamak için ve bu tür açıklamalara üçüncü kişilerin karşı görüş bildirmelerinde kısa bir süre belirlemek için bu yönergeyi kabul etmişlerdir.

Madde 1

Bu yönerge ile açıklanan işbirliği önlemleri üye ülkelerdeki aşağıdaki tür şirketlere uygulanabilir⁴.

BÖLÜM I

Açıklama

Madde 2

1. Her üye devlet, Yönerge kapsamına giren şirketler açısından, asgari aşağıdaki hususların üçüncü kişilerin bilgisine sunulmasını sağlamak zorundadır:

- (a) Eğer ayrı bir düzenleme söz konusu ise kuruluş anlaşması ve şirket esas sözleşmesi

4 Yönerge kapsamına üye devletlerin(Almanya, Belçika, Fransa, İtalya, Lüksemburg, Hollanda) beyanına göre, sınırlı sorumlu sermaye şirketleri olarak nitelendirilen , Anonim Şirket, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirket ve Limited Şirketler girmektedir.

- (b) Şirketlerin sürelerinin uzatılmasına yönelik tüm kararları da içeren yukarıda (a) da sözü edilen esas sözleşme üzerinde yapılacak bütün değişiklikler
- (c) Kuruluş anlaşmasında ya da şirket esas sözleşmelerinde yapılacak her türlü değişikliklerle ilgili metinlerin tamamı
- (d) Şirketin kanuni organında üye olarak atananlar veya yetkinin kişisel olarak ya da bir bütün olarak kısıtlanması durumunda özel olarak görevlendirilen kişiler;
- i. Şirketin üçüncü kişiler ile ilişkilerinde veya dava muamelelerinde yetkilidir,
- ii. Şirketin yönetimi, kontrolü veya denetiminde görev alırlar.
Bu kişilerin şirketi tek başlarına mı veya başkaları ile birlikte mi temsile yetkili oldukları, bu açıklamalarda görev süreleri de açıkça gösterilmek suretiyle belirtilmiş olmalıdır.
- (e) En az yılda bir defa, taahhüt edilen şirket sermayesi veya kuruluş anlaşması ya da esas sözleşmede belirlenmiş çıkarılmış sermaye miktarı ile sermayede meydana gelen değişikliklerin açıklanması;
- (f) Her mali yıl için bilanço ve kar-zarar hesabı. Bilanço ile birlikte kanuni temsilcilerin kişisel özellikleri ;
Konsey bu yönergenin kabulünden itibaren iki yıl içinde bilançonun tam ve eksiksiz olarak açıklanması hususlarını ihtiva eden bir yönergeyi kabul edecektir.
- (g) Şirket merkezinde meydana gelebilecek her değişiklik,
- (h) Şirketin faaliyetine son verilmesi
- (i) Şirketin hükümsüzlüğüne ilişkin mahkeme kararları
- (j) Tasfiye memurlarının atanması, bunların yetkileri açıkça ve özellikle kanunlarda ve esas sözleşmede düzenlenmemişse, bunların yetkileri buna ilişkin detaylar
- (k) Tasfiyenin tamamlanması ve üye devletlerde şirket kaydının sicilden silinmesi
2. Paragraf 1 in amaçları doğrultusunda BNV(Limited) olarak kabul edilen şirketler aşağıdaki şartlara uymak zorundadırlar:
- (a) Bunlar hamiline pay çıkaramazlar

- (b) Hollanda Ticaret Kanunu 42(c) maddesinde olduğu gibi kayıtlı payların sahibine her hangi bir kişi tarafından sertifika tesis edilmesi mümkün değildir.
- (c) Bunların payları menkul kıymet borsalarında fiyatlandırılmaz.
- (d) Bu şirketlerin esas sözleşmelerinde, payların üçüncü kişilere devrinden önce bunların şirketin kabulüne bağlı olduğuna ilişkin hükümlerin yer aldığı bir bölüm olmalıdır. Ancak her türlü pay devri sözleşmeleri devreden ve devralanın elle imzasını da ihtiva eden yazılı şekilde yapılmalı ve Noter tarafından imzalanmış olmalıdır. Fakat ölüm durumundaki devirlerde ve esas sözleşme izin veriyorsa, karı-koca mallarının idaresi gereğince yapılan devirlerde bu şartlara gerek yoktur.
- (e) Bu şirketlerin esas sözleşmeleri, şirketin limited şirket olduğunu veya limited şirket olduğunu belirten kısaltmaları ihtiva etmelidir.

Madde 3

1. Her taraf devlette, merkezi sicil, ticari sicil ya da şirketlere özgü olan sicilde tescili yapılmış her şirket için bir dosya açılmalıdır.
2. Madde 2'nin uygulanması açısından açıklanacak tüm belge ve bu belgelerin detayları, bu dosyada muhafaza edilmeli ve sicile kaydedilmelidir. Bu konu ile ilgili her türlü bilgide bu dosyada kayıt altına alınmalıdır.
3. Madde 2 anlamındaki bu belge veya beyanların tamamının veya istenilen kısmının bir kopyasının, yazılı istek üzerine ve idarece belirlenen fiyatın ödenmesi şartıyla elde edilebilecek şekilde hazır tutulmalıdır.
Başvuru sahibi istekte bulunmasa dahi, kopyası alınan belgelerin doğruluğunun tasdik edilmesi şarttır.
4. 2 nci Paragrafta dikkat çekilen belgeler ve bunların eklerinin bu amaçlar doğrultusunda resmi nitelikli ulusal bir gazetede ilan edilmesi üye devletler tarafından sağlanır. İlanın, bu belgelerin tam metnini veya belli bir bölümünü içerecek şekilde yapılması; ya da ilanda o belgenin sicil dosyasına tevdi edilmiş olduğuna veya tescil edilmiş olduğuna işaret edilmesi gereklidir.
5. Eğer şirket üçüncü kişilerin bu bilgilere daha önceden sahip olduklarını ispatlayamıyorsa; bu belgeler ve ekleri Paragraf 4'e uygun olarak ilan edildikten sonra şirketçe üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Buna mukabil, ilanı takip eden on altı gün içinde yapılan işlemlere ve bu

bilgilere ulaşmanın mümkün olmadığını ispatlayan üçüncü kişilere karşı bu belge ve ekleri ileri sürülemez.

6. Üye devletler, basında açıklananlar ile sicil veya dosyalarda olan bilgiler arasında ihtilafı önleyici tedbirleri alırlar.

Yinede ihtilaf durumlarında basında yayınlanan belgeler üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Meğer ki, şirket üçüncü kişilerin elde ettikleri bilgilerin dosyalara girmiş veya sicile kaydedilmiş bilgiler olduğunu ispatlayamamış olsun.

7. Üçüncü kişiler, ilan işlemleri bitirilmeden önce de her zaman her türlü belge ve bunların eklerine dayanabilirler. Meğer ki o işlem ancak ilan ile geçerlilik kazansın

Madde 4

Taraf devletler aşağıdaki eklentileri kapsayacak şekilde belge ve mektupları düzenli olarak muhafaza ederler

-Madde 3'de sözü edilen dosyanın içinde bulunduğu şirketin kayıtlı olduğu sicil ile birlikte sicildeki kayıt numarası,

-Şirketin hukuki şekli (türü ve ünvanı), şirketin merkezinin bulunduğu yer ve şirketin faaliyetine son verildiği hususu.

Bu belgeler şirket merkezinde bulunmalı ve bilgi yazılı başvuru halinde bedeli ödenmek şartıyla elde edilmelidir.

Madde 5

Her taraf devlet bu tescil ve ilan mükellefiyetinin hangi kişiler tarafından yerine getirileceğini belirtir.

Madde 6

Şu durumlarda taraf devletler uygun cezaları uygulayabilirler.

-Bilanço ve kar zarar hesaplarının madde 2 (1) (f) de gösterildiği şekilde yapılmaması

-Madde 4 de istenen ticari belgelerdeki mecburi eklerin çıkarılması.

BÖLÜM II

Bir şirketin üstlendiği yükümlülüklerin süresi

Madde 7

Eğer bir şirket hukuki kişiliği iktisap etmeden önce, şirket adına işlem yapılmış ve şirketi bu işlemle bağlı tutmak mümkün değilse, başka bir anlaşma yapılmadıkça, işlemi yapan kişiler şahsen ve müteselsilen sorumludurlar.

Madde 8

Şirketi temsil yetkisine haiz olanlar ilan edilmiş ise, bunların tayinindeki her hangi bir hukuki sakatlık, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez., meğer ki, üçüncü kişilerin bu bilgilere daha önceden sahip oldukları şirketçe ispat edilemesin

Madde 9

Şirket, organları tarafından yapılan işlemler şirket konusu olarak değerlendirilmese bile, bu işlemlerle borç altına girer; yeter ki, bu işlemlerde bulunan organlar kanunların kendilerine verdiği yetkiyi aşmamış olsunlar.

Yine de, üye ülkeler bu işlemler şirket konusu dışında kaldığı durumlarda üçüncü kişinin bu işlemlerin şirket konusu dışında kaldığını bildiğini veya bunların oluştuğu durumlardan anlaşılabilceğini ispatlarsa, şirketin borç altına girmeyeceğini öngörebilirler. Ancak, şirket organlarının yetkilerindeki sınırlamaların, özellikle esas sözleşme ile birlikte ilan edilmiş olması üçüncü kişilere karşı ileri sürülemezler.

Üye ülke kanunları bir şirketi temsil yetkisini, esas sözleşme hükmü ile bir kişiye veya birden fazla kişiye birlikte hareket etmek şeklinde verilebilir. Esas sözleşmede bulunan böyle bir şart ancak genel temsil yetkisi bulunduğu durumlarda üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilirler, böyle bir şarta sahip esas sözleşmenin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi 3. Madde de yer alan ilan mükellefiyetinin yerine getirilmiş olmasına bağlıdır.

BÖLÜM III**Şirketin Hükümsüzlüğü****Madde 10**

Bir şirketin kuruluşunda, yönetsel ya da yargısal anlamda koruyucu denetim mekanizmasına imkan sağlamayan üye devletlerin tümünde, şirketin tüzel kişilik kazanması; kuruluş anlaşması, şirket esas sözleşmesi ve bunlarla ilgili belgelerin kanundaki şekil şartlarına uygun olmasına bağlıdır.

Madde 11

Üye ülkelerin kanunları aşağıdaki şartlar haricinde şirketlerin hükümsüzlüğüne (sona ermesine) karar veremezler.

Sona erme mahkeme kararına dayanmalıdır.

Sona erme yalnızca aşağıdaki durumlarda söz konusu olabilir.

- a) Kuruluş anlaşması yoksa veya koruyucu denetim kurallarına uyulmamış ya da zorunlu kanuni merasim tamamlanmamışsa,
- b) Şirket konusunun kanuna veya kamu düzenine aykırı olması
- c) Şirketin ünvanı, ortaklar tarafından taahhüd edilen sermaye miktarı veya şirketin konusu, kuruluş anlaşmasında veya esas sözleşmede yer almamışsa,
- d) Asgari sermayeye ilişkin ulusal hukukun gerekli kıldığı şartların yerine getirilmemiş olması,
- e) Kurucu üyelerin tamamının ehliyetsizliği,
- f) Şirketlerdeki kurucu ortak sayısının ikiden az olamayacağına ilişkin ülke kanunlarına muhalefet,

Bu sayılanların haricinde, şirket hiçbir şekilde yokluk ve sona erme gibi nedenlerle dava konusu edilemez.

Madde 12

1. Mahkeme kararı ile sona ermiş şirket ile ilgili kararın üçüncü kişilere uygulanıp uygulanmayacağı sorunu Madde 3 ile çözümlenir. Eğer ülke kanunu üçüncü kişiye karara itiraz hakkı tanıyorsa, itiraz bu kararın yayımlanmasından itibaren 6 ay içinde yapılmalıdır.
2. Sona erme şirketin tasfiyesi gibi diğer sona erme işlemlerine de cevaz verir.

3. Sona erme tek başına şirketin yükümlü olduğu taahhütlerinin geçerliliğine etki etmez,
4. Her üye ülke hukuku, şirket üyelerinin aralarında yaptıkları gibi, şirketin sona ermesine yönelik düzenlemeler yapabilirler.
5. Pay sahipleri daha önceden kararlaştırılmış taahhüt edilen miktarlardaki parayı ödemek durumundadırlar.

BÖLÜM IV

Genel Şartlar

Madde 13

Üye devletler bu yönergenin ilanını takiben 18 ay içinde , kanunlarda, tüzüklerde ve idari işlemlerde yönerge şartlarının yerine getirilmesi yolunda uygun değişiklikleri yapmak durumundadırlar, ayrıca komisyonu da en kısa zamanda bilgilendirir.

Madde 2 anlamında açıklama (ilan) mecburiyeti bu direktifin ilanından itibaren 30 aya kadar yürürlüğe konamaz. Üye ülkeler 31 aralık 1970 tarihi, tüzüğün ilk değişikliği veya herhalde erken bir tarihte şirket kuruluşunun kabul edilmeyeceğine yönelik tüzüğün tam metnine ilişkin ilk açıklamaları yapabilir.

Bu yönerge belirlenen çerçeve ülke kanunlarında yapılan düzenlemeler üye ülkelerce komisyona bildirecek çalışmalarını yapar ve bu konuda komisyona bilgi verilir.

Madde 14

Bu yönerge tüm üye ülkelere gönderilmiştir.

9 mart 1968 de Brüksel de hazırlanmıştır.

Konsey adına Başkan M.COUBE de MURVILLE

İİK'nun 251. Maddesinin II. Fıkrası Üzerine Bir İnceleme

*Dr. Seyithan DELİDUMAN**

I. Genel Olarak

İflas aciz belgesini düzenleyen İİK'nun 251. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre; "Aciz vesikası 143 üncü maddede yazılı olan hakları verir. Fakat, müflis yeni mal iktisap etmedikçe hakkında yeniden takip talebinde bulunulamaz...".

İİK m. 251, II'de her ne kadar "müflis yeni mal iktisap etmedikçe hakkında yeniden takip talebinde bulunulamaz" denilmekte ise de, gerçekte iflas aciz belgesine dayanılarak yeniden takip talebinde bulunulabilir; fakat, müflis yeni mal iktisabında bulunmadığı yolunda itiraz ederse takibe devam olunamaz; takibe devam edilebilmesi için, borçlunun bu itirazının (def'inin) giderilmesi gerekir¹.

Demek oluyor ki, yeni takipler bir tahdide maruz bırakılmaktadır. Şunu hemen belirtelim ki, kanun koyucunun böyle bir tahdit koymuş olması, ekonomik-politik sebeplere dayanır. Zira, iflasın kapanmasından sonra borçlu aleyhine girilecek takiplere bir sınır konulmak suretiyle, tamamı masadan karşılanmayan bir borçtan dolayı yeniden takibe girilmeden önce, borçlunun kendi ekonomik durumunu yeniden tesis edebilmesine fırsat verilmek (adeta ona rahat bir nefes alabilme ve yeniden dirilme imkanı tanınmak) istenmiştir. Aslında iflastan henüz çıkmış olan borçluya bir müddet kendine gelebilmesi için fırsat tanınması gayet yerindedir².

Borçlunun kendine gelebilmesi için, kendisine fırsat tanınması konusunda İngiliz-Amerikan hukuk sistemleri daha da ileri giderek, hakime, borçlunun iflasının kendi kusuruna dayanmadığının tesbit edilmesi halinde

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi

1 Jaeger, C., Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911, s. 265, N.8; Berkin, M. N., İflas Hukuku, İstanbul 1971, s. 386; Üstündağ, Ü., İflas Hukuku, İstanbul 1991, s. 182.

2 Jaeger, Art. 265, N. 8; Üstündağ, s. 182-183.

onu, kalan borçlarından -bir kısım istisnalar (nafaka talepleri, haksız fiilden doğan maddi tazminat alacakları ve bazı kamu hukukunda doğan alacaklar)-hariç tamamiyle kurtarabilme yetkisi verilmiştir³.

Buna karşı Alman, Fransız, Avusturya ve İtalyan hukukları ise, kalan alacağın her zaman talep edilebileceği yetkisini vermektedir⁴. Örneğin, Alman iflas kanununun 164. maddesine göre, iflasın kapanmasından sonra, tatmin edilmemiş iflas alacaklıları bu alacakları için borçlu aleyhine herhangi bir tahdit ile karşılaşmaksızın takipte bulunabilirler. Kanunumuz ise ortalama bir yol tutmuştur ve ne borçluyu borçlarından tamamen kurtarmıştır, ne de onun her zaman takip edilmesine fırsat vermiştir. Kanunumuza (m. 251) göre, borçlunun yeniden takip edilebilmesi için, onun iflasın kapanmasından sonra yeni mal iktisap etmiş olması gerekir⁵.

Haciz aciz belgesinde, iflas aciz belgesinden farklı olarak, borçlu aleyhine her zaman yeni takibe girişilebilmektedir (m. 143). Haciz aciz belgesine dayanarak yeniden takip için yeni mal iktisap etme şartı aranmamaktadır. Hatta, haciz aciz belgesinin elde edilmesinden itibaren bir yıl içerisinde takip yapılması halinde ödeme emri tebliğine bile gerek bulunmamaktadır (m. 143, III). Acaba bu farklılığın sebebi nedir? Kanun neden müflise ayrıcalıklı bir durum vermek istemiştir?

Aslında bunun sebebini anlamak gayet basittir. İflas külli bir tasfiye şeklidir ve borçlunun bütün malları tasfiyeye dahildir. Dolayısıyla, borçlunun elinde haczi kabil hiç bir malı kalmamıştır.

Bazı yazarlar⁶, haciz aciz belgesi borçlusunun da aynı himaye (yeni mal iktisap etmediği şeklindeki himaye) den yararlanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu yazara göre, madem amaç borçlunun ekonomik varlığının yeniden meydana gelmesini sağlamaktır; öyleyse, faiz alacağı bakımından aynı sonucu doğuran aciz belgelerinin, yeni mal iktisabı şartı ile takip hukuku bakımından da aynı olması gerekir.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü, yukarıda da belirttiğimiz gibi iflas külli bir tasfiyedir ve bu yönüyle icradan çok farklıdır. Kanunun amacı sonuçsuz takipleri önlemektir. Sonuçsuz takip ihtimali ise iflasta

³ Blumenstein, E., Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrecht, Bern 1911, s. 816, dn. 24; Fritsche, s. 184 (naklen: Üstündağ, s. 183)

⁴ Blumenstein, s. 816, dn. 24.

⁵ Üstündağ, s. 183.

⁶ Arık, F., Borç Ödemeden Aciz Vesikası, (Adalet Dergisi., Ankara 1943), s. 952.

icraya oranla çok daha fazladır. Zaten kanunun bu hükmünün amacı da borçlu kadar alacaklıyı da korumaktır.

İflas, müflisin mevcudu tasfiye masraflarını karşılamadığı için kapatılmış ise, müflis yeni mal iktisap etmemiş olsa bile, takip olunabilir. Çünkü, bu halde alacaklılara bir aciz belgesi verilmemiş, onlar müflisten hiç bir şey alamamışlardır. Kanun ise müflisi borçlarından affetmiyor. Dolayısıyla, bu halde, iflastan evvelki ve sonraki alacaklılar genel hükümler dairesinde müflisi takip edebilirler⁷.

II. Yeni Mal İktisabından Maksat

Yeni mal iktisabından ne anlaşılması gerektiği konusunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu kavramı doktrin ve mahkeme içtihatları açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır.

Konu doktrinde de uzun süre tartışılmıştır. Jaeger'e göre⁸, yeni mal iktisabı, herhangi bir aktifi değil, yeni borçlar indirildikten sonra kalan sâfi aktifi ifade eder. Reihel konuyu biraz daha açık şekliyle şöyle ifade etmektedir; Borçlunun takip yapılan andaki mevcut olan aktiflerinden, yeni, başka bir deyişle, iflasın açılmasında sonra doğmuş olup da iflas masasına girmemiş bulunan borçlarının çıkarılmasından sonra elde edilen net malvarlığını ifade eder⁹. Böyle olmasa, kanunun 265 maddesi hükmü (İİK. m. 251) lüzumsuz kalmasından başka, yeni mal iktisabının tesbitinde seri muhakeme usulü ile karar verilmesindeki zorunluluk anlaşılmaz. Mal iktisabı sâfi aktif olarak kabul edilmediği takdirde bu özel hükmün dayandığı esas teşkil eden, borçlunun yeni bir hayat kurabilmesi himayesinden de söz edilemez¹⁰.

⁷ Belgesay, M. R., İcra İflas Kanunu Şerhi, İstanbul 1955, C.II., s. 442.

⁸ Blumenstein, s. 817; Jaeger, Art. 265, N. 8; Leeman, H., Die Schweizerische Verlustschein, Bern 1907, s. 99; Fritsche ve (naklen:Leuthart, U., Die Wirkung der Konkurs-verlustscheinforderung nach Beendigung des Konkurses. Zürher Dissertation, Brotschrift, Zürich 1958, s. 33 ve zikrettiği BGE 65 III 17).

⁹ Reihel, A., Bundesgezets über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1901, Art. 265, N. 5.

¹⁰ 1965 değişikliğinde kanundaki seri usul yerine basit yargılama Usulü kabul edilmiştir (bkz. İİK. m. 251 ve Berkin, s. 387).

Federal Mahkemeye göre¹¹, borçlunun yeni mal iktisap etmesi, onun iflas sonrası yeni aktif elde edip, buna karşı yeni pasifinin bulunmamasıdır.

Net malvarlığı teorisi olarak adlandırılan¹² bu teorinin tam olarak anlaşılabilmesi için aktif ve pasiflerden ne anlaşılması gerektiği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Aktifler:

Kanun koyucu İİK. m. 251, II hükmü ile bir yandan sonuçsuz takiplerden kaçınmak, diğer yandan da borçluya yeniden dirilme imkanını vermiştir. Borçlunun elde ettiği her yeni aktifin haczedilmesi ile borçluya tanınan yeniden dirilme birbiriyle bağdaşmaz. Borçlunun yeniden dirilmeyi sağlayabilmek amacıyla gerekli olan krediyi bulabilmesi için birtakım aktiflere sahip olması gerekir. O yüzden aktiflerin tesbitinde tüm aktifler dikkate alınmaz. Örneğin, borçlunun sosyal durumuna göre yaşaması için gerekli olan aktifler nazara alınmaz. Tabiatıyla İİK. m. 82'de haczi caiz olmayan aktiflerde nazara alınmaz¹³.

İsviçre'de tanınmış kitaplarda ve mahkeme içtihatlarında, borçlunun bir arabasının olmasının onun ekonomik ilişkiler bakımından yaşamını sürdürebilmesi için gerekli kabul edilmekte ve aktiflerin hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır¹⁴. Ancak ülkemiz açısından bunun böyle olduğunu söylemek zordur.

Borçlunun sosyal yaşamını sürdürebilmesi için yaptığı harcamalar da dikkate alınmaz, ancak, onun normal sosyal yaşamının gereği olan ortalama masraftan fazla bir masraf yapması halinde, normalin üst kısmı yeni malvarlığı olarak kabul edilebilir. Örneğin, borçlunun normalden fazla büyük bir steno alması durumunda, normal stenoğun fiyatı elli milyon ise onun yüzelli-ikiyüz milyona bir steno alması halinde normal fiyatı aşan kısım aktif olarak kabul edilir ve yeni malvarlığı sayılır¹⁵.

¹¹ BGE 109 III 94; 99 Ia 19 (Baumgartner, R., Die Bildung neuen Vermögens gemäss Art 265, Abs 2 SchKG, Zürcher Dissertation, Broschiert, Zentralstelle der Studentschaft, Zürich 1988, s. 30).

¹² Baumgartner, s. 29.

¹³ Leuthart, s. 33.

¹⁴ Baumgartner, s. 30.

¹⁵ Baumgartner, s. 31.

Pasifler:

Aktiflerin hesaplanması zor olmamasına rağmen pasiflerin hesaplanması birtakım problemler arz etmektedir.

Bir kere, pasiflerin hesaplanmasında, iflas aciz belgesinde yazılı olan borç dikkate alınmaz¹⁶. Sadece iflasın açılmasından sonra meydana gelen pasifler dikkate alınır¹⁷. Pasif kavramına neler girer?

Lanter'e göre, borçlu bütün borçlarından sorumlu olmalıdır. Onun borçları ile yeniden dirilme esası arasında bir ilişki yoktur. Başka bir ifade ile, borçlunun yeniden dirilmesine hiç bir şey engel değildir. Çünkü borçlu ancak ilişkileri üzerine ayakta durabilir, dolayısıyla bu ilişkilerin gereği olan borçlarını yerine getirmelidir¹⁸.

Eğer bu görüş, yani borçlunun bütün borçlarından sorumlu olacağı, kabul edilmiş olsa, onun bütün borçlarını ödeme konusunda motive olması mümkün olmaz. Çünkü, o zaman borçlunun yeni malvarlığı edinmemek için pasiflerini artırmasında yararı olacaktır. Bu da müflis borçlunun ekonomik olarak rahatlama ve yeniden dirilme düşüncesi ile çelişir.

Pasiflerin hesaplanmasında tüm pasifler değil, iflasın açılmasından sonra meydana gelen pasifler hesaplanır. Borçlunun sosyal yaşamını sürdürebilmesi için yapmış olduğu birtakım harcamalar varsa bunlarda pasife dahildir. Ancak, borçlunun ihtiyaçları tesbit edilirken, onun bunu alacaklıların zararına olarak kullanmamasına dikkat edilmelidir¹⁹.

Yeni malvarlığından ne anlaşılması gerektiği konusunda son olarak şu soruya cevap aramamız yerinde olacaktır.

Acaba, iflas aciz belgesine dayanarak alacaklının borçlu aleyhine takipte bulunabilmesi için, müflisin elinde bir sermaye bulunması şart mıdır?, yoksa, müflis borçlunun normal olarak sermaye haline dönüştürebileceği bir gelirinin olması yeterli midir?

Federal Mahkeme önceleri, borçlunun çalışması sonucu elde ettiği kazançların, sermaye haline geldiği ve böylece gerçek bir malvarlığına

¹⁶ Jaeger, Art. 265, N. 8.

¹⁷ Baumgartner, s. 32.

¹⁸ Lanter, s. 123 (naklen: Baumgartner, s. 32).

¹⁹ Baumgartner, s. 33.

dönüştüğü takdirde yeni malvarlığı olarak kabul edilebileceği görüşünde idi²⁰.

Ancak Federal Mahkeme bu konudaki görüşünü değiştirmiş ve borçlunun sermaye haline dönüştürebileceği bir gelirin olması yeterli görmüştür²¹. Federal Mahkeme daha sonra verdiği bir kararında da bu görüşünü şu şekilde teyit etmiştir; “Geliri kendisinin sosyal yaşamına uygun bir geçim için yeten ve artan kısmını da sermaye olarak tasarruf etmesi mümkün olan kısmı yeni mal iktisabı olarak kabul edilir”²². Yargıtay da, Federal Mahkemenin bu görüşünü paylaştığı izlenimini uyandıran bir karar vermiştir. Yargıtay’ın 22 Mart 1958 tarihli kararı şöyledir; “İflas kapandıktan sonra borçlunun çalışmakta olduğu müesseseden almakta olduğu ücretin ancak ailesi efradının geçim ihtiyacını karşıladığını ve bu kazancın mal iktisabı mahiyetinde sayılmasına imkan olmadığını...”²³. Yargıtay’ın bu kararından, borçlunun almakta olduğu ücretin, onun ailesini geçindirmek için gerekli olan miktardan fazla olması durumunda bu kısmın mal iktisabı olarak kabul edilebileceği anlaşılmaktadır. Nitekim bu yaklaşımı Türk kanun koyucusu da paylaşmış olacak ki, 3222 sayılı Kanun ile İİK’nun 338. Maddesinde değişiklik yaparak şöyle bir hüküm getirmiştir²⁴. Bu hükme göre;

“Hakkında aciz vesikası alınmış borçlu , asgari ücretin üstünde bir geçim sürdüğü, aciz vesikası hamili alacaklının alacağına aciz vesikasına bağlanmasından en geç beş sene içinde müracatı üzerine sabit olursa, asgari ücretin üstünde kalan gelirlerinden icra tetkik mercinin dörtte birden az olmamak üzere tespit edeceği kısmını mercii kararının kesinleşmesinden itibaren en geç bir ay içinde ve aciz vesikasındaki borcun ödenmesine kadar her ay icra dairesine yatırmaya mecburdur...” (İİK. m. 338, II).

Borçlu, aldığı ücret ile kendisinin ve ailesinin geçimini sağladıktan sonra, tasarruf yapabilecek durumda olmasına rağmen, müsrifçe hareket etmesi sebebiyle böyle bir tasarruf yapmamış olsa bile, yeni mal iktisap etmiş sayılmalı ve ücretinin bir kısmı aciz belgesi hamili alacaklılar

²⁰ Jaeger, Art. 265, N. 8, s. 279; Leemann, s. 102.

²¹ BGE 79 I 115.

²² BGE 99 Ia 19; Leuthart, s. 33.

²³ İİD’nin 1958 T. 904 E. 1795 K. sayılı yayınlamış kararı Kuru tarafından zikredilmektedir (Kuru, B., İflas ve Konkordato, Ankara 1971, s. 346, dn. 18).

²⁴ Üstündağ, s. 184.

tarafından haczettirilebilmelidir. Ayrıca karı da aile masraflarına iştirak edeceğinden (MK. M. 190), kocanın ücretinin yeni mal iktisabı sayılıp sayılmayacağına karar verirken, karının geliri de nazara alınmalıdır²⁵.

Yeni mal iktisap edilmiş olup olmadığını belirleyebilmek için hakim, karar anını değil, takip tarihini esas almalıdır. Yani, yeni mal takibin açılması anında mevcut olmalıdır²⁶.

Federal Mahkemeye göre, "... borçlu, itiraz yolu ile yeni mal iktisap ettiğini kabul etmediği takdirde, hakim, borçlunun yeni mal iktisap edip etmediğini ve etmişse ne ölçüde ettiğini bildirmedikçe, takibe devam olunamaz. Hangi malların yeni mal sayıldığını tespit etmek sadece hakime aittir; hakim, bu konuda icra müdürünün kararına önceden teslim olamaz. Takibe, ancak hakimin yeni mal olarak kabul ettiği miktar için devam edilir ve ancak hakimin yeni mal olarak kabul ettiği malların haczine yol açabilir..."²⁷. Bundan da anlaşılıyor ki, borçlu aleyhine en erken, hakimin vermiş olduğu karardan sonra ve o kararda yeni mal olarak gösterilmiş olan mallar hakkında takip yapılabilir²⁸.

A. Yeni Mal İktisap Etmeme Def'inin Temeli ve Beneficium Competentiae Müessesesi

Acaba aleyhine aciz belgesi alınan müflis borçluya karşı takipte bulunmak için onun mal iktisap etmesini beklemek hangi esasa dayanır.

Federal Mahkeme'ye göre, Kanunun bir lütfu olan bu def'in temeli müşterek hukuktaki Beneficium Competantiae müessesesidir. Bu müessese, temeli Roma Hukukuna dayanan ve cebri icra esnasında borçlunun yaşaması için zorunlu olan malları muhafaza edebilmesi hakkını ifade eden bir müessesedir²⁹.

²⁵ BGE 79 I 113; Kuru, s. 346, dn. 18; Öztekin, S., İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi, İstanbul 1994, s. 139.

²⁶ Öztekin, s. 139.

²⁷ BGE 79 I 116; aynı yönde BGE 99 Ia 20; Leemann'a göre ise hakim kararında sadece, borçlunun yeni mal iktisap ettiğini belirtmek ile yetinmelidir. Borçlunun hangi mallarının yeni mal sayıldığının belirlenmesi alacaklıya bırakılmalıdır (Leemann, s. 116).

²⁸ Leuthart, s. 30.

²⁹ Arık, s. 952.

Jaeger³⁰ bu görüşe katılmamakta ve 251. maddedeki def'in temelini bu müesseseye dayanmadığı ve sözkonusu müessesenin kanunun 92 (İİK. m. 82), 93 (İİK. m. 83) ve 197, I (İİK. m. 184,I) maddelerinde yaşadığını ve bu maddelerde borçlunun ve ailesinin yaşamını sürdürebilmesi için zoruri olan asgari miktarın borçluya bırakılmasını temin etmektedir. Ancak, 265 (İİK. m. 251) daha da ileri giderek borçluya yeni bir iktisadi hayat sağlama gayesini gütmüştür. Yazara göre, bu hüküm başka bir durum da ortaya çıkarmaktadır, o da, müflise karşı iflasın açılmasından sonra alacaklı olan alacaklılar ayrıcalıklı duruma sokulmuş olmasıdır. Zira, müflisin mallarına bu alacaklılar sınırsız olarak müracaat edebileceği halde, aciz belgesi hamili alacaklılar ise ancak, yeni alacaklıların alacağı çıkarıldıktan sonra kalan birşey olursa bu kalan kısım üzerinde cebri icra faaliyetini devam ettirebileceklerdir.

B. Yeni Mal İktisap Etmeme Def'inin Hukuki Mahiyeti Usuli veya Maddi Hukuk Hukuk Def'i)

Yeni mal iktisap etmeme def'inin Usul Hukukuna ait bir def'i mi yoksa Maddi Hukuk'a ait bir def'i mi olduğu hususu tartışmalıdır. Bu konuda farklı üç görüş bulunmaktadır.

Jaeger'in öncülüğünü yaptığı bir görüşe göre, burada maddi hukuk anlamında bir def'i sözkonusudur. Çünkü, 265. (İİK. m. 251) maddede yeni alacaklılar aciz belgesi sahibi alacaklılarına karşı korunmuştur³¹.

Bir başka görüş³² ise, burada usuli bir sınırlamanın olduğunu belirtmektedir. Bu görüş taraftarlarınca, herşeyden önce kanunun lafzî kendilerini desteklemektedir. Çünkü, kanun "takip yapılması halinde" demektedir. Takip usuli bir terimdir, yeni mal edinmeme def'i de sadece usuli niteliktedir. Ayrıca kanun koyucunun amacı iflas aciz belgesi alacaklılarını tüm sonraki alacaklıların tatmin edilmesine kadar mahrum bırakmak değildir.

Bu görüş, usuli takyidi genel hukukun borçluya yaşaması için gerekli olanın kendisine bırakılması şeklinde ifade edilen Beneficium Competentiae'sine dayandırmaktadır ve demektedir ki, SchKG'nin (İsviçre İcra ve İflas Kanununun) Beneficium Competentiae'si ise sadece icrai takip

³⁰ Jaeger, Art. 265, N. 8.

³¹ Jaeger, s. Art. 265, N.8.

³² Blumenstein, s. 817; Leeman, s. 83-86.

hakkını önlemektir. Öyle ise, aciz belgesi alacağı ancak takip yoluyla ileri sürüldüğü zaman bu def'i sözkonusu olabilir, takip dışında herhangi bir şekilde ileri sürülürse bu def'i ileri sürülemez.

Favre tarafından savunulan bir üçüncü görüşe göre³³, yeni mal iktisap etmeme def'i hem maddi hukuk hem de usul hukuku alanında sonuç doğurabilir. Zürih Kanton Mahkemesi tarafından da kabul edilen bu görüşe göre, aciz belgesi alacağının takip yoluyla ileri sürülmesi halinde borçlu bu def'iyi ileri sürerse usuli nitelikte, başka bir şekilde, -örneğin, takas-, ileri sürerse maddi-hukuki niteliktedir. Yani borçlu için her iki imkanda vardır. Dolayısıyla bu def'in hukuki niteliği de duruma göre değişir.

Kanıma, bu def'in maddi hukuka ait olduğu görüşünün kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır ve kanun koyucunun amacı da borçluyu her halükarda korumak değil de, sadece icrai takiplere karşı korumak olsa gerektir ki, bunun aksini amaçlamış olsaydı bunu açıkça ifade eder ve örneğin şöyle derdi; "Borçlu bu alacağın kendisinden istenmesi halinde yeni mal iktisap etmeme def'ini ileri sürebilir". Oysa maddede "...yeni takip üzerine.." bu da göstermektedir ki, kanun koyucunun amacı borçluyu aciz belgesi borcundan muaf tutmak değil sadece sonuçsuz takiplerin önüne geçmektir. Dolayısıyla buradaki def'in usul hukukuna ait bir def'i olduğunu kabul eden görüşün daha doğru olduğu kanısındayım..

C. Yeni mal İktisap Etmeme Def'inin Geçerlilik Alanı

Yeni mal iktisap etmeme def'inin kimler tarafından ileri sürülebileceği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konu doktrinde de tartışmalıdır. Bir görüşe göre³⁴, müflisin asgari geçimini mahfuz tutan "beneficium competentiae" müessesesine dayanan bu def'i sırf şahsa bağlı bir hak teşkil eder ve ancak müflis tarafından ileri sürülebilir³⁵. Çünkü, bu hükmün amacı borçluya rahat bir nefes aldirmek ve onun yeniden dirilmesine imkan vermektir. Yani hükmün amacı borçluya, onun haczedilemez mallarını bırakmak değil, onun ekonomik olarak işini yeniden kurmasına imkan sağlamaktır. Bu da sadece borçlu için sözkonusu olduğundan def'iyi ileri sürmek hakkı da sadece ona aittir.

³³ Favre, ZR 39/125; 28/176 (naklen: Leuthart, s. 24).

³⁴ Leuthart, s. 21 ve zikrettiği BGE III 17.

³⁵ BGE 35 II 686.

Bu görüşe göre, kanunun bu imkanı sadece borçluya tanıdığı bizzat kanunun metninden anlaşılmaktadır. Kanun metni "borçlu, kendisine gönderilen ödeme emri üzerine yeni mal iktisap etmediği yolunda itirazda bulunur.." bu dahi gösteriyor ki, bu itiraz sadece borçluya tanınmıştır.

Diğer bir görüş³⁶ bu defiyi alacağa bağlı medeni hukuka yönelik, sıradan bir itiraz olarak kabul etmekte ve bunun sonucu olarak da sadece müflisin değil, yeni alacaklıların ve tüm ilgililerin de bu defiyi ileri sürebileceğini kabul etmektedir.

Diğer ilgililerden kastedilen; müşterek borçlular, kefiller, yeni alacaklılar ve müflisin mirasçılardır. Bu kişilerin durumunu tek tek ele almak gerekir.

Bir kere; müşterek borçlular ve kefiller bu defiyi ileri süremezler³⁷. Çünkü, müflisin iflas kapandıktan sonra yeni mal iktisap etmeden takip edilemeyeceği kuralı müflisin kredi bulabilmesi için kabul edilmiştir. Bu kişiler için böyle bir durum sözkonusu olmadığı için onlar bu defiyi ileri süremezler. Zira, İİK. 251. maddesinin ikinci fıkrası sadece iflas etmiş bulunan borçluyu korumayı hedef tutmuştur³⁸.

Mirasçılardan durumuna gelince, mirasçılar mirası kabul edip etmemekte tamamen serbestirler. Dolayısıyla mirası kabul eden veya miras yoluyla intikal eden mallara mirasçı sıfatıyla tasarruf eden mirasçılar mirasın borçlarından sorumludurlar. Yukarıda belirttiğimiz kredi bulma durumu da müflisin ölümü ile sona erer. Bu düşüncelerden hareketle mirası kabul eden mirasçının sorumluluğunun Medeni Kanun'a göre böyle bir defii ile sınırlandırmaya imkan yoktur. Zira, mirasçının mirası reddetme imkanı vardır³⁹. Mirası kabul eden bir mirasçı, tereke borca batık bile olsa kayıtsız şartsız kabul etmiş sayıldığından mirasçıya bu defii hakkını tanımak Medeni Kanun hükümlerine uymaz.

Yeni alacaklıların bu defiyi ileri sürüp süremeyeceği konusu son derece tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar⁴⁰, bu definin şahsi bir defii olması sebebiyle yeni alacaklılar tarafından ileri sürülemeyeceği görüşündedirler. Diğer bir

³⁶ Jaeger, Art, 265, N. 8.

³⁷ Blumenstein, s. 818.

³⁸ Üstündağ, s. 187.

³⁹ BGE 65 III 58 (Amon, K., Grundriss Des Schuldbetreibungs und Konkursrecht, Bern 1980, s. 366).

⁴⁰ Reihel, s. 385; Blumenstein, s. 817; Leuthart, s. 21 ve zikrettiği BGE 65 II 17.

kısım yazarlar⁴¹, haklı olarak şu gerekçelerle, bu def'in yeni alacaklılar tarafından ileri sürülebileceğini savunmaktadırlar.

Bir kere borçlunun malvarlığının bir kısmı sadece aciz belgesi alacaklılarına tahsis edilmiştir. Başka bir ifade ile, borçlunun malvarlığının sadece sâfi aktif kısmı bu alacaklara tahsis edilmiştir.

Borçlunun malvarlığının değişik kısımlarının başka başka borçlardan sorumlu olması medeni hukuk ilkelerine aykırı değildir. Örneğin, Medeni Kanun'unun 204. maddesine göre, mal birliğinde evli kadın bazı borçlarından sadece mahfuz malları ile sorumludur, diğer borçlarından ise bütün malları ile sorumludur ve kadın mahfuz malları ile sorumlu olduğu borçlar için takip edildiğinde mahfuz malı bulunmazsa itiraz yoluyla bu def'iyi ileri sürebilir. Bunun gibi borçlunun yeni mal iktisabında bulunmadığı hallerde, eski borçlara tahsis edilecek bir malvarlığı bulunmaması dolayısıyla alacaklıların bu anlamda yeni alacaklıların bu def'iyi ileri sürebilmeleri gerekir⁴².

Yeni alacaklılara böyle bir hakkın tanınmaması durumunda, onların, eski alacaklıların takiplerinden çekinerek borçluya kredi açmaktan kaçınmalarına sebep olur, bu da kanun 251 madde ile borçluya sağlamak istediği himayenin etkisiz kalmasına sebep olur. Bu yüzden yeni alacaklılara itiraz yolu ile bu def'iyi ileri sürmeleri imkanının tanınması gerekir.

Müflis, yeni mal iktisap etmediği hakkındaki itirazı, borcu ödemiş ve alacaklının haklarına halef olmuş olan kefile (BK m. 496) karşı da yapabilir⁴³.

D. İleri Sürülmesi ve İncelenmesi

Aciz belgesi hamili alacaklı, müflis borçluya karşı, iflastan sonra yeni bir takip yapabilir. Müflis bu yeni takip üzerine kendisine gönderilen ödeme emrine, yeni mal iktisap etmediği yolunda itiraz etmek isterse (m. 251, II), bunu ayrıca ve açıkça bildirmek zorundadır. Zira, borçlu itiraz sebeplerini değiştiremez ve genişletemez ve yeni mal iktisap edilmediği hakkındaki itiraz, alacaklının dayandığı senet (aciz belgesi) metninden anlaşılan bir itiraz sebebi değildir (m. 63; 62, IV).

⁴¹ Jaeger, Art. 265, N. 8; Spitz (naklen: Leuthart, s. 21, dn. 20).

⁴² Berkin, s. 390.

⁴³ Vaud Kanton Mahkemesi, 11.12. 1963 (Kuru, s. 345, dn. 16).

Müflis ödeme emrine karşı süresinde yaptığı itirazda, yeni mal iktisap etmediğini bildirmişse, bu itiraz ile takip durur. Bunun üzerine alacaklı, itirazın kaldırılması için tetkik merciine (m. 68) başvurabilir⁴⁴. Tetkik mercii, müflisin yeni mal iktisap edip etmediği hakkındaki ihtilafı genel hükümler⁽⁴⁵⁾ ve basit yargılama usulüne göre (HUMK, m. 507-511) karara bağlar (m.251,II c.3). Alacaklı tetkik merciinde müflisin yeni mal iktisap ettiğini

⁴⁴ 538 sayılı Kanundan önce, müflisin yeni mal iktisap etmediği hakkındaki ihtilaf mahkemede alacaklının açacağı davada karara bağlanırdı. Bu usul alacaklının işini dolayısıyla takibi çok uzatacağından, bu itirazın da diğer itirazlar gibi tetkik merciinde incelenmesi daha uygun bulunmuş ve madde buna göre değiştirilmiştir. müflis ödeme emrine sadece yeni mal iktisap etmediği sebebine dayanarak itiraz ediyorsa, alacaklı itirazın kaldırılması için tetkik merciine başvurmaya (m. 68) mecburdur; m. 67'ye göre itirazın iptali davası açamaz. buna karşılık borçlu hem yeni mal iktisap etmediği hem de başka sebeplere (örneğin, borcu olmadığı, m. 230, 251, I c. 2) ödeme emrine itiraz ederse, alacaklı itirazın kaldırılması (m. 68) veya iptali (m. 67) yollarına başvurmakta serbest olmalıdır. Borçlunun tetkik merciinde itirazın kaldırılması halinde, tetkik mercii önce borçlunun yeni mal iktisap etmediği itirazını incelemesi, bu itirazı haklı görürse, diğer itiraz sebeplerini incelemeden, alacaklının itirazın kaldırılması talebini reddetmelidir. Buna karşılık, itirazın iptali davasında (m. 67), mahkeme borçlunun yeni mal iktisap etmediği kanısına varsa bile, diğer itiraz sebeplerini (özellikle, müflisin borcu kabul etmemiş olması halinde, borcun mevcut olup olmadığını) incelemesi gerekir. Zira, müflisin yeni mal iktisap etmemiş olması, alacaklının ona karşı dava açarak alacağının mevcut olduğunu tesbit ettirmesine ve onu borcu ödemeye mahkum ettirmesine engel değildir (Kuru, s. 344, dp 12).

⁴⁵ Böyle olunca, borçlunun yeni mal iktisap etmediğini hususu sadece 68. maddedeki belgelerle değil, her türlü delile (bilirkişi, şahit ve yemin dahil) ispat edilebilecektir.

ispatlamakla yükümlüdür⁴⁶. Mehzar kanunda bu ihtilafı çözme yetkisi tetkik merciiine değil mahkemeye aittir⁴⁷.

Yeni mal iktisap edildiği iddiasına karşı itirazda bulunulduktan sonra rızaen kısmi bir ödemede bulunmak yeni mal iktisabı def'ini hükümsüz bırakmaz, yani borçlu bu sebeple eski borcunun ödenmeyen kısmı için takip edilemez⁴⁸.

⁴⁶ Alacaklı müflisin bazı mallarının bulunduğunu ispat eder ve fakat bunların iflastan sonra iktisap edildiğini ispat edemez ve bu malların haczi caizse, bu malları masaya girmiş(m. 184,I) fakat tasfileden hariç kalmış mal olarak kabul ederek, iflas dairesinin m. 255'e göre harekete geçmesini isteyebilmelidir (Kuru, s. 345, dn15).

Tetki mercii müflisin yeni mal iktisap ettiği kanısına varırsa ve başkaca da itiraz sebebi yoksa, müflisin itirazını kesin olarak kaldırır (m. 68) başka itiraz sebepleri de varsa (örneğin, borcu ödendiği veya hiç mevcut olmadığı, m. 230, 251,I c. 2). tetkik mercii bunları incelemeye geçerek, m. 68'e göre (bazan m. 68'a'ya göre, örneğin müflis senet altındaki imzayı inkar etmişse) gereken kararı verir (Kuru, s.345, dn. 14).

⁴⁷ Blumenstein, s. 819; Jaeger, Art. 265, N.11.

⁴⁸ Berkin, s. 391.

