

TÜRK CEZA KANUNU MUVACEHESİNDE İFLAS İDARE MEMURLARI

Prof. Dr. İlhan E. POSTACIOĞLU

Bu yazının konusu, iflâs idare memurlarının Türk Ceza Kanununun 279 uncu maddesi anlamında memur olup olmadığını tayin teşkil eder.

Bilindiği üzere, Türk Ceza Kanununun 279 uncu maddesi İtalyan 1930 Ceza Kanununun 357 ve 358 inci maddelerinden alınmak sureti ile düzenlenmiş olup, memurun tarifine tahsis eylediği birinci fıkrası iki ayrı bentde ifade ettiği iki ayrı katagori için iki kıstas kabul etmiş bulunmaktadır :

a) Teşriî idarî ve adli bir *amme vazifesi* görüp, devlet veya hertürlü amme müessesesi memur ve müstahdemleri,

b) Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi olarak teşriî idarî veya adli bir *amme vazifesi* gören diğer kimseler.

Görülüyor ki, her iki ayrı katogori halinde mütalâa edilen memurlarda müşterek unsur bunların *amme vazifesi* görmesidir. Amme vazifesinin amme hizmetinden farkı vardır. Amme vazifesi, ammenin amme olarak haiz olduğu kudretten bir parçasının istimalini tazammun eden bir statüdür. Hususî hukuk eşitlik esası üzerine kurulduğu halde amme kudreti eşitliği gerektirmeyen ve kökünü devlet veya herhangi bir amme müessesesinde bulan bir kudreti ifade etmektedir. Bu kudret, icraî kabiliyeti haiz olmasında kendini gösterir.

İşte, amme kudretinin istimali fertlerin statülerinde leh veya aleyhte neticeler husule getireceği için bu iktidarı elinde tutan şa-

hısların, mezkûr iktidarı yersiz kullanmaları veya kullanmamaları iktiza ederken kullanmaktan imtina etmeleri gibi müsbet veya menfi eylemlerine karşı fertler ayrıca Ceza Kanununun himayesine kavuşturulduğu gibi bilmukabele bahis konusu iktidarın istimâl tarzının çok defa gerektirdiği takdir hakkını korku veya tehdit altında kullanmak durumunda kalmamaları için de bizzat bu iktidarı elinde tutanlara karşı işlenecek suçlarda ağırlatıcı sebebin kabulü cihetine gidilmiştir. Demek oluyor ki, amme fonksiyonunun arz ettiği hususiyet bu fonksiyonun ifasında mutazarrır veya müstefit olacak fertlerin himâyesi lüzumunu ortaya koyduğu ve bilmukabele bu fonksiyonu ifa edenlerin de korku, tecavüz ve tazyiklerden mümkün mertebe azade olarak bu fonksiyonu ifa etmelerini sağlamak ihtiyacı Ceza Kanununun bir takım suçlarında (memur) olmak keyfiyeti suçun bir unsuru veya ağırlatıcı sebebi haline getirilmiş, ve bundan dolayı da *memur mefhumuna*, ceza kanunu mânâsına bu gayeye uygun düşecek bir *muhteva* verilmesi zaruretini de aynı zamanda ortaya koymuştur.

Esasen başta Prof. Sahir Erman olmak üzere bütün ceza Müellifleri amme vazifesi mefhumunun 279 ncu maddenin birinci fıkrasında iki kategori halinde mütalâa edilen memur mefhumuna temel teşkil ettiğini belirtmekte, buna mukabil 279 ncu maddenin yine 2 kategoriden müteşekkil ikinci fıkrasında öngörülen amme hizmetiyle muvazzaf olan kişiler bakımından amme hizmeti mefhumunun esas alındığını kaydetmektedirler. «Aksi halde, yani bu iki tâbir arasında hiç bir fark derpiş edilmediği takdirde maddenin birinci fıkrasında (amme vazifesi) terimini istimal ettiği halde, ikinci fıkrasında (amme hizmeti) demiş olması kolayca izah edilemez.» (Siyasal Bilgiler Mecmuası 1947 Sahife 243).

Keza Prof. Nurullah Kunter iki mefhum arasındaki farkı belirterek amme vazifesinin memur mefhumunu tayine medar olduğunu amme hizmeti mefhumunun sadece amme hizmeti ile muvazzaf olan kişileri tayine yarıyacağını, iki mefhumun hiç bir zaman karıştırılmaması gerektiğini bütün açıklığı ile ortaya koymaktadır. (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1947 Sayı 2 Sahife 760).

Hernekadar Ord. Prof. Sulhi Dönmezer amme vazifesi ve amme hizmeti terimlerini fark gözetmeksizin birbirinin yerine kullanmakta ise de izahları sırasında amme hizmetine amme vazifesi muhtevasını verdiğiinden netice itibariyle amme vazifesinin husu-

siyetlerini olduğu gibi tanımakta ve bu telâkkisi olsa olsa amme hizmeti mefhumunu lüzumundan fazla daraltmış olmaktan başka bir tenkidi celbedecek bir mahiyet ve nitelik arz etmemektedir. Zira Dönmezer şöyle demektedir; «Kanaatimizce amme vazifesinin, hizmetinin, diğerleri yanında, en esaslı unsurunu teşkil eden nokta bu hizmetin veya vazifenin icrasında amme kudretinin, otoritesinin istimalidir. Bu itibarla 729 ncu maddenin tatbikatında doğrudan doğruya veya dolayısıyla vazifelerinin icrasında amme kudretini istimal etmeyen, yahut amme kudretinin istimali netice itibariyle icraî karar almaktan ibaret bulunduğu nazarın, icraî karar alabilecek makam veya memura hukukî malzemeyi ihzar etmeyen devlet ve diğer amme müesseseleri memur müsdahdemlerini veya idarî, adli veya teşriî bir vazife gören diğer kimseleri memur telâkki eylemek lâzım gelir.» (Dönmezer, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Mahkeme İcraatları kroniği Cilt IX Sayı 3 ve 4, sahife 822).

Görülüyor ki Dönmezer, izahları sırasında amme hizmeti ile amme vazifesi terimlerini ayırdetmeksizin kullanmış olmakla beraber bunlara burada tanıdığı muhteva hattı zatında amme vazifesine tanınan muhtevadır. Ve bu telâkkisi itibariyle Sayın Profesörün diğer cezacı arkadaşları ile birleştiği neticesine varmak iktiza eylemektedir.

Filhakika diğer cezacıların amme vazifesine tanıdıkları muhtevaya gelirse; Kunter muhtelif kıstaslar arasında açık bir tercih yapmaksızın devletin esaslı gayelerinin elde edilmesi için yapılan faaliyeti veya amme kudretinin varlığını tazammun eden bilcümle faaliyetleri amme vazifesi gördüğü gibi direktif ve takdir yetkisini haiz memurların faaliyetlerini de amme vazifesi olarak mütalâa etmektedir.

Sahir Erman'a gelince; İtalyan Profesörlerinden Miele'nin telâkkisini benimsediğini belirttikten sonra görüşünü şu satırlarla ifade etmiş olmaktadır: «İmdi diyebiliriz ki, Devletin herhangi bir faaliyeti, münhasıran veya daha çok, kendine has hukukî bir iktidar ve selâhiyetin istimali maksadıyla teşkilâtlandırıldığı zaman amme fonksiyonu, bu iktidar ve selâhiyetin kullanılması ikinci plânda kaldığı zaman ise amme hizmeti mevzuubahis olur. Demek oluyor ki, amme vazifesiyle amme hizmeti, objektif bakımdan bu

şekilde ayrılır.» Ancak bu telâkkinin amme vazifesini dar bir saha-ya inhisar ettireceğini kaydeden Müellif devletin gösterdiği daimi inkişaf seyri içinde amme vazifesi mefhumuna dahil faaliyetlerin yardımcı şahıslar tarafından da ifa olunmaya başladığını belirtmektedir. Ve o zaman yazarın dediği gibi «İmdi bir hukukî tasarrufun veya fiilin yapılmasına bu şekilde iştirak ve yardım edenlerin, diğer bir tâbirle, hukukî tasarrufu ısdar veya hukukî fiili ifa eyliyecek olan asıl Devlet organının faaliyetini tamamlayanların da bir amme fonksiyonu gördüklerini kabul eylemek icabeder.» Ancak, yine Erman'ın fikrini tavzih yolu ile ilâve ettiği üzere her yardımcıyı meselâ daktiloyu amme vazifesinin yardımcısı ve binaenaleyh onun da faaliyetini amme vazifesi olarak vasıflandırmanın mübalâalı olacağını bundan çekinmek icabettiğini ve yardımcıların yardımının amme vazifesi vasfını taşıyabilmesi için onların da faaliyetinin *amme hukuku usullerine* göre vaki olması gerektiğini belirtmektedir. Sayın meslekdaşımız aynen şöyle diyor: «Binaenaleyh sözü geçen unsur (yani yardım unsurunu), idare hukukunun diğer bir müessesesine baş vurmak suretiyle itmam ve ikmal eylemek iktiza eder. Bu müessese de, evvelce bir münasebetle işaret ettiğimiz amme hukuku usulüdür.» (Sözü geçen makale Sahife 251).

Görülüyor ki; nüans kabilinden bazı farklar bulunsa bile cezacılarımızın amme vazifesi hakkındaki telâkkileri birbiri ile yakınlık arz etmektedir. Bu telâkkilerde müşterek unsur amme otoritesinin, amme kudretinin kullanılması veya bu kullanmaya yine amme usulü içinde vaki bir yardımın mevcut olması lüzumudur. O suretle ki amme kudretinin istimali veya bu istimale vaki yardım neticesi vaki tasarruf fertlerin haklarına veya durumuna tesir etmekte ve icraî bir kabiliyet ifade etmiş bulunmaktadır. Bu suretle hülâsa edilebilecek olan bu görüşler de bizim bu incelemenin başında belirttiğimiz şahsi görüşümüz arasında mevcut yakınlık da kendiliğinden tezahür etmektedir. Böylelikle fikirler arasında bu birliği tesbit ve müşahade ettikten sonra burada tesbiti yapılan amme vazifesi kıstasının iflâs idare memurlarının faaliyetine tatbik edilip bu kıstas açısından onların faaliyetlerini değerlendirmek için şimdi kısaca iflâs idare memurlarının faaliyetine giren hususları toplu olarak gözden geçirmek ve bu faaliyetin diğer iflâs organlarına nazaran mevkiini tâyin etmek lâzımgelmektedir.

II

Evveleminde bir nevi umumi haciz demek olan iflâs mahkeme kararı ile açılmakta, iflâsın açılması kararı borçlunun masaya dahil olacak mamelekenden hukuken el çekmesini intaç ettiğinden borçlu hakkında zor kullanılmasını ve herhalde icraî bir vasıf ve karakter tazammun etmekte ve bu tasarruf da mahkemenin eseri bulunmaktadır. Eğer borçluya ait mallardan borçlunun el çekmesi iflâs idare memurlarının bir tasarrufu neticesinde vaki olsaydı o zaman iflâs idare memurlarına yukarıda memurlara ait belirtilen kistas ve normlar çerçevesinde memur nazarı ile bakmak kabil olurdu. Fakat borçlunun mallarından hukuken el çekmesini intaç eden haciz de icra memurunun ve iflâsda da mahkemenin tasarrufu ile vaki olmakta ve bu sebeple gerek icra memuru ve gerek hâkim hiç şüphesiz Türk Ceza Kanununun tatbikatı yönünden memur sıfatını haiz bulunmaktadır.

İflâs açıldıktan sonra borçlunun üzerinden hukuken el çektiği mallara fiilen el koymak vazifesi iflâs idare memurlarına değil iflâs dairesine ait bulunmaktadır. Filhakika İcra İflâs Kanunu mucibince iflâsın açılması kendisine tebliğ olunur olunmaz müflisin mallarının defterini tutmak ve bunları muhafaza altına almak iflâs dairesinin vazifesidir. (İc. İf. K. Md. 208) Keza bu muameleler sırasında müflis hazır bulunmak mecburiyetindedir. Müflisi buldurmak mümkün olmazsa bu mecburiyet kendilerine teveccüh eden kimselere Kanunun hükmünü ihtar etmek» yine amme kudretinin bir mümessili sıfatıyla iflâs dairesine ait bir yetkidir. (İc. İf. K. Md. 210) Keza, mallara fiilen el koyma bunları muhafaza altına almak, mühürlemek iflâs dairesinin yetki ve vazifeleri arasında yer alır. (Aynı madde) Bu sebeplerle de iflâs dairesinin amme kudretinin bir parçasını istimal ettiğinde ve iflâs dairesi memurunun Türk Ceza Kanunu çerçevesinde memur sayılmasında şüphe ve tereddüt edilemez. Bundan başka basit tasfiye bütün safhaları ile iflâs dairesine mevdû olduğu gibi adî tasfiyede 219 ncu maddenin öngördüğü ilânı yapmak ve bunda müflise borçlu olanların kendilerini bildirmeleri ve aksi takdirde hareketlerinin cezai müstelzim olacağı ihtarında bulunmak yine iflâs dairesinin vazifeleri cümlesindedir.

İflâs idare memurlarına gelince; bunlar birinci alacaklılar top-

lantısı tarafından Türk Vatandaşları arasından seçilen ve tasfiyenin kendilerine havale edildiği kişilerdir. (İc. İf. K. Md. 223) İflâs idare memurları iflâs dairesinin murakabesi altında olup *iflâs masasının kanunî mümessilidir* (Madde 226). Masanın menfaatlerini gözetmek ve tasfiyeyi yapmakla mükelleftirler (Aynı madde). İflâs idaresi 300.— liraya kadar olan alacaklardan doğrudan doğruya, daha ziyade alacaklardan da alacaklılar toplantısının vereceği selâhiyetle sulh olabilir ve tahkim yapabilir. Kanun iflâs idare memurlarını kusurlarından dolayı iras ettikleri zararlardan mesul tutmuş (M. 5), yaptıkları muameleler ile kendilerine vaki talep ve beyanlar hakkında zabıt tutmak görevi ile vazifelendirmiş (227 nci maddenin 8 nci maddesinin 1 nci ve ikinci fıkralarına atfı icabı) fakat Kanun 227 nci maddesinde 8 nci maddenin son fıkrasına atıfta bulunmadığı için, iflâs idare memurlarının tuttıkları zabıtlara İcra Memurları tarafından tutulan zabıtlardan farklı bir mahiyet tanımış ve hilâfı sabit oluncaya kadar müteber sayılmaları gibi bir kuvvet izafe etmemiştir. Buna mukabil iflâs idare memurları aldıkları paraları Bankaya yatırmakla mükellef tutulmuşlar ve kendilerine mevdu iflâs tasfiyelerinde bu iflâs masasına kayıtlı alacakları iktisap etmek veya kendileri tarafından tasfiye icabı satılan şeyler hakkında kendileri veya başkaları hesabına akit yapmaktan memnu kılınmışlardır. Nihayet muameleleri kanuna aykırı ve işin icaplarına uygun olmadığı zaman veya işi sürüncemede bırakmaları halinde yani gerek müspet ve gerek menfi eylemleri hakkında ilgililere şikâyet yolu açılmıştır.

İflâs İdare Memurunun faaliyet tarzını düzenleyen bu kuralları böylece tesbit ettikten sonra bizzat bu faaliyet mevzuuna gelirsek; bilindiği üzere İflâs İdare Memurları masayı temsil etmek ve tasfiyeyi yapmakla mükelleftirler. Tasfiyeyi yapmak görevini de bir yandan alacakları tahkik etmekle ve istihkak iddialarını red veya kabul suretiyle diğer yandan da masaya dahil menkul ve gayrimenkul malları paraya çevirmekle yerine getirirler.

İflâs İdare Memurlarının başlıca vazifelerinden birini teşkil eden alacakların tahkiki işini iflâs idare memurları müflisin defter kayıtlarını ve evrakını ve aynı zamanda alacak iddiasında bulunanların ibraz edeceği vesikaları incelemek ve müflisten alacağı bilgi ve mütalaaları değerlendirmek suretiyle istimal ettikleri tak-

dir hakkı neticesinde hasıl ettikleri kanaata göre yürütürler. İflâs idare memurları bütün bu incelemeleri sonunda iddia konusu alacakların varlığı veya yokluğu hakkında edindikleri kanaata göre varit gördükleri alacakları sıra cetveline geçirirler ve varit görmediklerini de reddederek keyfiyeti ilgililere bildirirler. Bu şartlar içinde tanzim ettikleri sıra cetvelini iflâs idare memurları iflâs dairesine tevdi etmekle beraber, alacaklıları ayrıca ilânla haberdar eder. Kanun sıra cetveline itirazı olanların cetvelin verilmesinin ilânından sonra yedi gün içinde iflâsa karar veren mahkemeye müracaatla dâva açmaya mecbur tutmuş ve ayrıca sıra ve dereceler bakımından şikâyet yolunu açık tutmuştur. Bu yollara müracaat edilmemesi veya edildiği halde başarıya ulaşılamaması halinde Kanun sıra cetvelinin kesinleşeceğini kabul etmiş, ve paylaşırmanın da kesinleşmiş sıra cetveline göre yapılacağını hükme bağlamıştır.

Fakat tabiatıyla paylaşırmanın yapılması için evveleminde masaya dahil malların paraya çevrilmesi lâzımgelmektedir. Bu vazife de İc. İf. K. nun 241 nci maddesi mucibince iflâs idare memurlarına tereddüp etmektedir. Satış, alacaklılar toplantısı karar vermişse pazarlık suretiyle yapılacak, aksi takdirde arttırma yolu ile gerçekleştirilmek icabedecektir. Arttırma suretiyle yapılacak satışlarda da icra dairesine ait vazifeler iflâs idaresi tarafından görülecektir. Bundan sonradır ki, satılan malların bedeli tahsil edilip alacaklıların sıra cetveli katileşince, bu sıra cetveli esas alınarak yine iflâs idare memurları tarafından pay cetveli tanzim edilecek ve buna göre dağıtım yapılacaktır.

III

İşte yetki ve vazifeleri bu suretle hulâsa edilebilecek olan iflâs idare memurlarının bu faaliyetlerinin mahiyeti itibariyle Türk Ceza Kanununun tatbiki bakımından memur kıstasının şartlarını gerçekleştirip gerçekleştirmediğini tâyin etmek bir hayli kolaylaşmaktadır. Yukarıda sırası geldikçe işaret olunduğu üzere iflâsta icraî karar almak ve icabında zor kullanmak sadece mahkemeye ve iflâs dairesine ait bulunmaktadır.

Buna mukabil iflâs İdaresinin vazifesine giren hususların amme kudretinin istimaline tekabül edecek bir tarafı bulunmamaktadır. Ezcümle, alacakların tahkiki ameliyesi, hattızatında, mame-

lekinde tasarruf yetkisini kaybetmiş olan müflis yerine İflâs İdaresinin kâim olarak alacak iddialarını tanınması veya reddetmesi şeklinde tahlil edilebilir ki, bu işlemlerin mahiyeti ehliyeti olmıyan kişiye karşı dermeyan eden alacak iddiaları hakkında vaziyet alan bir vasinin yaptığı işlemlerin mahiyetinden farklı değildir. Keza, masayı ilzam etmek ve temsil etmek yönünden haiz olduğu yetki de vasinin temsil yetkisi ile büyük yakınlık arz etmektedir. Nitekim, İsviçre İcra İflâs Kanununun en tanınmış şarihî Jaeger iflâs idare memurlarının haiz olduğu yetkilerin kanun tarafından, tıpkı medeni haklarını kullanmak ehliyetinden mahrum hakiki bir şahsın mümessili hakkında olduğu gibi sınırlandırılmış olduğunu belirtmekte (İ.İ.K. şerhi madde 240-5) ve bunların *vasi gibi* amme hukukundan neş'et eden bir vekâleti yerine getirdiklerini ve bir amme idaresi vazifesini ifâ ettiğini kaydetmektedir (yine aynı yer). «Tasfiye ile ve alacaklıların menfaati ile kabili telif olduğu nispette İflâs İdaresi borçlunun menfaatlerini korumakla mükelleftir. Bu bakımdan İflâs İdaresi İcra Tetkik Mercii marifetiyle bir amme kontroluna tâbidir. Zira İflâs İdaresi yalnız alacaklılar topluluğu tarafından değil fakat İcra Tetkik Merci tarafından da, *bir vasi bahis mevzu imiş gibi* azlolunabilir. Ancak bu nezaret tasfiye prosedürünün tâbi olduğu kurallara riayeti temine matuf ve münhasır olup, masanın muhatap olduğu hukuki taleplere karşı aldığı vaziyete şamil bulunmaz.» Ve biraz daha ileride Jaeger disiplin yolundan mürakabenin ancak hakiki mânâdaki memurlara kabili tatbik bulunduğu hakkındaki bazı müelliflerin serdettiği görüşü paylaşmadığını açıklamakta ve *memur olmamalarına rağmen* bunlar hakkında İcra Tetkik Mercinin disiplin cezası verebileceğini, nitekim vasi memur olmadığı halde vasilerin Medenî Kanununun 445-447 ve 449 uncu maddeleri gereğince hem azledilebileceğini hem de cezaı naktiye çarptırılabilirliğini Jaeger kaydetmekten hali kalmıyor (Madde 241-1 bb). Esasen bunlar hakkında naktî ceza verilebileceğini kabul etmesizin azil yetkisinin kabulü bizi bir çıkmaza götürecektir, diyor Jaeger... Daha da ileride tekrar açıkça İflâs İdare Memurları vazifeye başlamadan evvel bunların yemini icra olunmaz, çünkü bunlar ne memur ve nede müstahdemdir, diye fikrini Jaeger tamamlamış olmaktadır.

Görülüyor ki, Jaeger İflâs İdare Memuru ile vasi arasında tam bir benzerlik bulmakta, bunların amme hukukundan neş'et eden

bir temsil yetkisini haiz olduğunu ve âdeta bir amme hizmeti gördüğünü temsil yetkilerinin bu düşünce ile sınırlı olduğunu belirtmekle beraber, bu durumun onların memur sayılmasını gerektirmeyeceğini büyük bir kesinlikle ifade etmekten geri kalmamaktadır. Filhakika, toplum içinde âcizlerin ve kendi mallarını idare etmekten mahrum bırakılanların bir himayeye mazhar kılınması bir amme hizmeti mahiyetini alsa bile bu hizmeti gören vasi ve iflâs idare memurlarının memur olarak telâkkisi mümkün bulunmamaktadır. Esasen, şayanı dikkattir ki, Ceza Kanunumuzun bu günkü 279 uncu maddesinin mahazini teşkil eden 1930 İtalyan Ceza Kanununun etraflı bir şerhini yazmış olan Manzini vasilerin vazifesinin mahiyeti itibarile ne amme vazifesi ne hatta amme hizmeti ve ne de amme hizmetinin gerektirdiği bir faaliyet olarak nitelendirilemeyeceğini ve binaenaleyh memur sayılamıyacaklarını açıkça belirtmiştir (şerh Trattato di diritto penale italiano, cilt V Sah. 6). İflâs İdare memurlarının statüsünü tayin eden hükümlerin İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunundan alındığı göz önünde tutulursa, İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanununun en mükemmel şerhini vücuda getirmiş olan Jaeger bunların haiz olduğu yetkilerin mahiyetini ortaya koyduktan sonra memur sayılamıyacaklarını olsa olsa durumlarının başkasının mamelekini idare mevkiinde olan vasiye benzetilebileceği hakkındaki sarih mütalâası ile Manzininin vasilerin Ceza Kanunu tatbikatı bakımından memur sayılamıyacakları görüşü ile birleştirildiği takdirde iflâs idare memurlarının memur olmadıkları ve Ceza Kanununun memurlar hakkında sevkettiği hükümlerin tatbikine muhatab olamıyacakları neticesine katiyetle varmak icap etmektedir.

Her ne kadar İtalya'da iflâs idare memurlarının (curator) Ceza Kanununu tatbikatında memur sayılması gerektiği görüşü aynı Manzini tarafından beyan edilmişse de, buna sebep İtalyan İflâs Hukukunda iflâs idare memurlarının iflâsa karar veren mahkeme tarafından tayin edilmeleri ve adeta mahkemeye niyabeten (justice déléguée) vazife görmeleri âmil olmuştur. İsviçre ve Türk Hukuklarında iflâs idare memurları hakkındaki telâkki İtalya'dan farklı olduğu için Manzini'nin İtalyan iflâs idare memurları hakkındaki telâkkisile bizde amel etmeye bundan dolayı imkân bulunmamaktadır. Ve zaten, ayrıca ve bilhassa şayanı dikkattir ki, Manzini'nin kaydettiğine göre İtalyan İflâs İdare Memurlarının Ceza Kanunu

tatbikatı bakımından memur sayılması gerektiği hakkındaki telâkisi İtalyan Temyiz Mahkemesi tarafından 15 Ekim 1928 tarihli kararında redde uğramıştır. Binaenaleyh, İtalya'daki İflâs İdare Memurunun, bizden ve İsviçre'den farklı statüsü memur olarak telâkisine az çok imkân verdiği halde İtalyan Temyiz Mahkemesi tarafından kabule mazhar olmaması Türkiye bakımından evleviyetle geçerli bir delil teşkil eder.

Doğrusu İflâs İdare Memurlarının yetkilerinde amme vazifesinin hususiyetlerine tekabül eden vasıflar yoktur. O kadar ki, meselâ zabıt tutmaları muamelelerin sıhhatle tevsikini sağlamak bakımından, — meselâ, tüccarların muayyen defterleri tutması kabîlinden —, bir kıymet ve ehemmiyet arz etmekle beraber bu zabıtlardan icra memurları zabıtlarına tanınan etkinin, yani hilâfı sabit oluncaya kadar muteber sayılması karinesinin esirgenmesi Türk Kanun koyucusunun bunları hususi menfaatlerin mümessili olarak telâkki etmesinin calibi dikkat bir tezahürünü teşkil eder.

İflâs İdare memurlarının disiplin bakımından veya şikâyet yolu ile yani hususi bir prosedürle tasarruflarının İcra Tetkik Mercii'nin mürakabesine tâbi tutulabilmesi bunların memur sayılmasını gerektirecek unsurlar değildir. Çünkü, biraz evvel temas edildiği üzere ammenin aynı şekilde mürakabesine tâbi olan vasilerin bu durumu onların memur telâkki edilmesini gerektirmemiştir. Esasen iflâs idare memurlarının işlemlerine karşı hususi bir kanun yolunun açılmış bulunması yalnız bunlara has bir keyfiyet de değildir. Türk Ticaret Kanununun şirket tasfiye memurlarının muamelelerine karşı da 207 inci maddesi ile hususi bir prosedür açmış fakat bu durum onların memur telâkki edilmelerine yol açmamıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere alacakların tahkiki işi iflâs idare memurlarının temel vazifesini teşkil etmekte fakat bu tahkik işi neticesinde tanzim edilen sıra cetveli muayyen tarihlerde itiraza uğramadığı takdirde, kesinleşmekle beraber bızatıhi ve kendiliğinden icrai kaabiliyeti haiz bir karar mahiyetini taşımamaktadır. Nitekim, şirket tasfiye memurlarının tanzim ettiği son bilânço ortaklara tebliğ edildikten sonra bunlar bir ay içinde mahkemeye müracaatla itiraz etmezlerse, bilânçodaki hisseleri kespikat'iyet etmekte fakat bu durum tasfiye memurlarının memur sayılmasını gerektirecek bir hal olarak mütalâa edilmemektedir. (T.K. Madde

228). Ve keza konkordatoda alacakların kabul veya reddi borçluya ait bir yetkidir; ve borçlu bu yetkisine binaen bir alacağı tanınamak yoluna gittiği takdirde alacaklı konkordato kararının tasdikini müteakip 301 inci madde mucibince tıpkı sıra cetvelini münakaşa etmek durumunda bırakılmış bir alacaklı gibi dâva açmak zorundadır ve dâva açmadığı takdirde de alacağın sukut edeceği hükmü İcra İflâs Kanunumuzda yer almıştır. Fakat hiç bir zaman böyle bir hükmün varlığı alacağın varlığını reddetmiş olan borçlunun bir amme vazifesi gördüğü ve memur sayılması icap ettiği telâkkisine yol açmamıştır. Yol açması düşünülemezdi de... Hakikat şudur ki, sıra cetveline muayyen müddetlerde itiraz edilmemesi halinde bunun kesinleşmesi kollektif tasfiyenin zaruretlerinden doğmaktadır yoksa iflâs idare memurlarının amme yetkisini haiz olmalarından veya mahkemelerin niyabeten istimâl etmelerinden değil. Tıpkı, tasfiye memurlarının tanzim ettiği son bilânçonun itiraza uğraması halinde kesinleşmesi kabilinden. Burada da kesinleşme Tasfiye Memurlarının amme kudretini istimâl ettikleri farzedildiğinden değil sadece ve sadece tasfiyenin kollektif mahiyetinden neş'et etmektedir.

Diğer cihetten İflâs İdare Memurlarının Masaya dahil malları paraya çevirme selâhiyeti de amme kudretinin bir ifadesi olarak telâkki edilemez. Her ne kadar bu işlem mal sahibi kalmakta devam eden borçlunun rızasına ihtiyaç göstermiyor ve bir cebir unsurunun varlığını tazammun ediyorsa da; iyi düşünülecek olursa, borçlunun rızasından vazgeçilmesi keyfiyeti satışın İflâs İdare Memuru tarafından yapılmasının neticesi değil belki iflâsın açılması ile borçlunun malları üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmesinin bir neticesidir. Bu netice ise, daha evvel belirtildiği gibi iflâsın açılması ile hasıl olan bir neticedir ve mahkemenin eseridir. Binaenaleyh, iflâs idaresine malların paraya çevrilmesi hakkında kanunun tanıdığı yetkiyi amme kudretinin bir tezahür şekli olarak telâkki etmeğe mahal ve imkân yoktur.

Kaldı ki, malların paraya çevrilmesi behemehal bir amme tasarrufu olarak telâkki edilmek lâzım gelse borçlunun bu hususta alacaklıya iptidaen selâhiyet verememesi ve vereceği selâhiyetin muteber olmamasını gerektirir. Halbuki İsviçre'de tamamen hâkim olan kanaat ve tatbikat rehnin tesisi sırasında rahinin, borcun ileride ödenmemesi üzerine merhun malın satışının mürtehin ala-

caklı tarafından yapılması hakkında rahinin alacaklıya muteber olarak yetki verebileceği merkezindedir. Demek ki, paraya çevirme muamelesinde behemehal bir amme kudretinin istimâlini tasavvur etmek zarureti de bundan böyle yoktur. Zaten, İflâs İdare Memurlarının satışları ana hatları itibariyle icra satışlarına benzemekle beraber, yine de hususiyet arz etmekten hali kalmamaktadır. Zira, bu satışlarda mürtehin alacaklıların alacağının karşılanmasını sağlamak şartı aranmadığı gibi daha mühimi sürülen en yüksek peylâyik haddi bulmadığı takdirde ihaleyi yapmamak yetkisini iflâs idare memurları satış şartnamelerinde muteber olarak mahfuz tutabilmektedirler. Bu yüzden de İflâs İdare Memurlarının idare ettiği satışların cebri icra satışlarından farklı bir mahiyet arz ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Nihayet, tasfiye memurları satış yetkisini haiz buldukları halde onların bu sebeble Ceza Kanunu tatbikatında memur sayılmaları cihetine gidilmemiştir.

Elhasıl, meselenin muhtelif yönlerden tetkiki ve bilhassa İflâs İdare Memurlarının haiz olduğu yetkilerin tahlili onların amme vazifesi niteliğinde amme kudretinin istimâlini veya amme hukuku usullerinin tatbikini gerektiren bir iş görmediklerini ortaya koymakta ve bu müşahadenin bizi değişmez olarak götürdüğü netice de İflâs İdare Memurlarının Türk Ceza Kanunu tatbikatında memur sayılmıyacakları şeklinde tezahür etmektedir.

Bu neticeye böylece vâdıktan sonra mevzuumuzda muhalif görüşlerinde mevcudiyetine işaret etmek lâzımdır. Profesör Baki Kuru Sahir Erman'ı zikretmek sureti ile ve bir gerekçe vermek lüzumunu duymaksızın İflâs İdare Memurlarının Ceza Kanunu bakımından memur olduğunu yazmıştır. (İflâs ve Konkordato Hukuku, 1971 Sah. 283). Bu münasebetle Baki Kuru arkadaşımız Profesör Ansay tarafından Ceza Kanununun 211 inci maddesinde tarifini bulan rüşvet suçunun sendikler tarafından işlenebilmesinin öngörül-müş olmasının sendiklerin İflâs İdare Memuru olması itibariyle bahis mevzuu olduğunun belirtildiğine işaret etmekte fakat İflâs İdare Memurlarının kusurlarından dolayı maruz kaldıkları sorumluluğa Devletin iştirâk etmediğini de işaretten hali kalmamaktadır. Esas itibariyle, 211 inci madde rüşvet suçu bakımından memur kıstasına ve amme vazifesi mefhumuna bağlı kalmıyarak daha geniş bir çevreyi kapsamı içine almak için resmi vazife mefhumuna üstünlük tanımış ve alelittâk tasfiye memurlarını dahi bu maddedeki

suç için gerekli unsuru haiz olduğunu kabul etmiştir. Bu suretle, 211 inci madde suçu memur sınırından da taşırılmış bulunmaktadır. Fakat kanunun bu sevk tarzı memur bakımından 211 inci maddede ki, tadada ve ölçülere bağlı kaldığı mânasına gelmez. Oyle olsa idi, Ceza Kanununun tatbiki bakımından memur mefhumunu açıklamak için kanunumuz 279 uncu maddeyi sevkedecek yerde 211 inci maddeye atıfda bulunmakla iktifa ederdi. Şu halde, 211 inci maddenin muhtevası İflâs İdare Memurlarının bütün Ceza Kanunu bakımından memur sayılmak telâkkisine mesnet teşkil etmemekte bilâkis mefhumu muhalif delili itibariyle İflâs İdare Memurlarının memur unsuruna ihtiyaç gösteren diğer maddeler yönünden memur sayılamıyacağı tezine bir delil teşkil edebilmektedir.

Profesör Sahir Erman'a gelince; kendisi burada da geniş mikyasta atıfta bulunduğumuz etüdünde memur ve amme vazifesi kıstaslarını İtalyan doktrinini ciddi bir taramadan geçirdikten sonra ortaya koymuş bulunmakla beraber İflâs İdare Memurunun statüsüne de ayrı bir yer tahsis etmiştir. Burada da Sayın Meslektaşımız İflâs İdare Memurlarının amme vazifesi gördüğünü beyan etmiş ve bu beyanın delillerini vermek üzere iflâs idare memurunun muhtelif yetki ve tasarruflarına ve statüsüne temas eden hükümleri zikretmiş ise de bunlar amme vazifesinin hususiyetlerini taşımamakta ve bu sebeble afiflerine güvenerek söyliyelim: Arkadaşımızın mütalâa ve beyanı delilsiz bir beyan ve mütalâa olarak kalmaktadır.

Filhakika, Sahir Erman tezini ispatlamak için İflâs İdare Memurunun Masanın kanuni mümessili olduğunu belirtiyor. Fakat Kanun mümessili demek görülen vazifenin amme vazifesi olması demek değildir, daha doğrusu kanuni mümessil kelimesi burada organ mefhumu yerine kullanılmıştır. Fakat, muayyen bir şahsın veya topluluğun organı olmak, görülen vazifenin amme vazifesi olması mânasına gelmez. Gerçekten İdare Meclisi de bir Anonim Şirket organıdır ve şirketi kanunen temsil etmek vazifesi ile yükümlüdür. Fakat İdare Meclisinin bir amme vazifesi olduğunu ve İdare Meclisi Üyelerinin birer memur bulunduğunu kim söyleyebilir? Daha evvel de temas edildiği üzere vasi de ehliyetsiz şahsın kanuni mümessilidir. Fakat vasinin memur sayılamıyacağını Manzini mütalâasına atfen daha evvel belirtmiştik. Şu halde, kanuni mümessil olmak sıfatı ne bir amme vazifesinin varlığını behemehal tazammun eder ve ne de bu durumda olan bir şahsın memur sayılmasını gerektirir.

Diğer cihetten, İflâs İdare Memurlarının kendi kusurlarından gelen zarar ve ziyandan mesul olmaları da Profesör Sahir Erman'ın istidlâli hilâfına onların memur sayılmasını gerektiren bir hal olarak mütalâa edilemez. İcra İflâs Memurları kendi kusurlarından gelen zararlardan mesul oldukları için her kendi kusuru ile mesul olan şahsı memur saymak cihetine gidersek, bütün Borçlar Kanunu tatbikatında kusuru ile mesul olan fertleri memur yapmağa kalkışmış oluruz ki, bunun kabili tasavvur bir hal tarzı olmadığı izah-tan varestedir. İcra Memurunun kusurundan mesuliyeti aynı zamanda Devletin mesuliyetine yol açtığı halde İcra İflâs Kanunumuz iflâs idare memurunun kusurundan yalnız kendisini mesul tutmuş ve bu mesuliyeti Prof. Kuru'nun da belirttiği üzere Devlete sirayet ettirmemiştir. Şu halde, icra memuru ile yapılan kıyas da hiç bir bakımdan varid değildir.

Nihayet, iflâs idare memurlarının fiil ve hareketlerine karşı hususi bir kanun yolunun açılmış olması ve bunların icra tetkik merciinin disiplin mürakabesine tâbi tutulması da kendilerine memur nazarı ile bakılmasını icap ettiren bir sebep teşkil etmez. Çünkü, sırası geldikçe işaret olunduğu gibi Tasfiye Memurları ile şirket ortakları arasındaki ihtilâflar için de Ticaret Kanunu hususi bir prosedür tanzim etmiş, fakat bu prosedürün varlığı tasfiye memurlarının memur sayılması telâkkisine yol açmamıştır. Yine sırası gelince işaret ettiğimiz gibi, Jaeger'in belirttiği üzere vasiye karşı onu tayin etmiş mahkemenin murakabe yetkisine haiz bulunması ve icabı halde vasiyi cezayi nakdiye çarptırması ve azline gidebilmesi vasiyi ve ne de buna benzer bir murakabeye tâbi olan iflâs idare memurunu memur saymamızı gerektiren unsurlar teşkil etmez.

Şu halde, hareket noktamıza gelirsek; İflâs İdare Memurları kollektif tasfiyenin mühim yükünü üzerlerine almış olmalarına rağmen, haiz oldukları yetkilerin hiç biri amme kudretinin istimâli yolunda tahlile elverişli bulunmamakta, ve bu itibarla, gördükleri iş ne kadar ehemmiyetli olursa olsun bu günkü kanun hükümlerimiz bunların memur olarak telâkki edilmesine mahal ve imkân vermemektedir.