

## GAİP BORÇLUNUN İFLÂSI

*Bankruptcy of The Disappeared Debtor*

**Cumhur RÜZGARESEN\***

### ÖZET

Gaiplik, ölüme benzer sonuçlar doğuran ve Medenî Kanunda düzenlenmiş hukuki bir olaydır. Gaipliğin hüküm ve sonuçları, Medenî Kanunda düzenlenmiş olmakla birlikte, diğer hukuk dalları, örneğin icra ve iflâs hukuku bakımından da bir takım özellik ve sonuçları vardır. Ancak bu kanunda gaiplik ile ilgili düzenlemeler mevcut değildir. Bu çalışmada gaiplik hakkında temel bilgiler verildikten sonra, gaipliğin iflâs prosedürü ile olan ilişkisi ve bu ilişkinin hüküm ve sonuçları, gaiplik kararı verilmesi için öngörülen sürelerin niteliği, gaipliğin bir iflâs sebebi olup olamayacağı, gaibin sonradan çıkıp gelmesi halinde hangi yollara başvurma hakkına sahip olduğu gibi konular üzerinde durulmuştur.

**Anahtar Sözcükler:** Gaip, iflâs, gaiplik, gaibin iflâsı, iflâs prosedürü.

### ABSTRACT

Disappearance is a jural subject ordered in Civil Code that has properties like death. Although arbitrament and results of disappearance is ordered in Civil Code, in the aspect of other law departments such as execution and bankruptcy law, it also has properties and results. In this study first of all basic knowledge about disappearance will be given and then

---

\* Yrd. Doç. Dr., Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Muhakeme Hukuku ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (cruzgaresen@yahoo.com).

relationship with bankruptcy procedure, effect and results of this relationship, property of the proposed duration in decision of disappearance, is it a bankruptcy reason or not? and which procedure will be applied in case of re- appearance of this person is discussed.

**Keywords:** Dissappeared person, bankruptcy, disappearance, bankruptcy of the disappeared person, bankruptcy process.

## A- TÜRK HUKUKUNDA GAIPLİK MESELESİ

### I- Gaiplik ve Benzer Kavramlarla İlişkisi

Gerçek kişilerin şahsiyetlerini ve bunların yanı sıra hak ve fiil ehliyetini sona erdiren temel sebep ölüm olayıdır. Ölümde, ortada kişiye ait bir ceset bulunduğundan, kişiliğin sona erdiği konusunda bir tereddüt oluşmaz. Ancak bazı durumlarda, kişinin cesedi ortada bulunmadığından, ölümün gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda şüphe doğuran durumlar ortaya çıkabilir. Bu şüpheli durumlar, kişinin ölüm tehlikesi doğuran bir olayda kaybolması veya uzun zamandan beri kişiden haber alınamamasında söz konusu olur. İşte ölümüne kesin gözle bakılacak durum olmamakla birlikte, ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya kendisinden uzun süredir haber alınamama durumlarında ölmüş olma ihtimâli kuvvetli olan kimseye “*gaip*” denir (MK m.32,I)<sup>1</sup>. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, gaipliğin gerçekleşebilmesi, bir kimsenin, ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya uzun zamandan beri kendisinden haber alınamıyor olmasına bağlıdır. Kanun, bu iki durumdan birisi ile karşı karşıya kalan kimsenin gaipliğine karar verilmesini ve böylece ölüm sebebiyle kişiliğin sona ermesine bağlanan sonuçların aynen olmasa bile, yaklaşık olarak, gaip olan kimse için de uygulanmasını, bir imkân olarak kabul etmiştir<sup>2</sup>. Yani gaiplik ölümü sona erdiren bir neden olma özelliği ile ölüme benzemekle birlikte, tam olarak ölümün hüküm ve sonuçlarını doğurmaz<sup>3</sup>. Bu nedenle gaiplikle ölüm arasında bazı temel farklar vardır:

Bu farklardan birincisi, fark kişiliğin sona erme biçimi bakımındandır. Ölümde ortada bir ceset mevcut olup, kişilik doğal bir şekilde sona ermektedir. Bunun için ayrıca bir mahkeme kararına gerek yoktur. Buna

<sup>1</sup> Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 509-510; Rüzgaresen, s. 287-288.

<sup>2</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 27; Abik, s. 154; Rüzgaresen, s. 288.

<sup>3</sup> Dural/Öğüz, s. 31.

karşılık, gaiplikte ortada bir ceset mevcut olmadığından ve kişilik doğal olarak değil, bir mahkeme kararı ile sona ermektedir. Dolayısıyla, ölüme bağlanan sonuçların, gaiplik için de doğabilmesi, mahkeme tarafından gaiplik kararı verilmesine ihtiyaç vardır (MK m. 32,I).

İkinci fark, mahkeme gaipliğe karar vermekle birlikte borçlunun yaşadığına dair şüphenin varlığını sürdürmeye devam etmesidir. Halbuki ölüme böyle bir şüphe yoktur.

Üçüncü fark, evliliğin sona ermesi bakımındandır. Ölüm, bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın evliliği kendiliğinden sona erdirmesine rağmen, gaiplik kendiliğinden sona erdirmez. Zira, Medenî Kanun m. 131'e göre "Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez. Kaybolanın eşi evliliğin feshini, gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile isteyebilir...". Dolayısıyla gaiplikte evlilik kendiliğinden sona ermemekte ve evliğin sona erebilmesi için mahkemenin evliliğin feshine karar vermesi gerekecektir.

Dördüncü fark, mirasın kazanılması bakımındandır. Gaiplikteki ölüm olayı varsayımsal olduğundan, kanun koyucu, miras hukuku bakımından bazı tedbirler almıştır (bkz. MK m. 584-588)<sup>4</sup>. Ayrıca gaiplikte mirasın açılma tarihi gaipliğe göre farklıdır. Gaiplik kararının geriye yürümesi nedeniyle (MK m.35, II), gaibin mirası, gaiplik kararının verildiği tarihte değil, ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde ölüm tehlikesi taşıyan olayın vuku bulunduğu anda; kendisinden uzun süreden beri haber alınamaması halinde ise, son haber tarihinde açılmış sayılmaktadır<sup>5</sup>. Buna karşılık, ölüm durumunda ölüm geçmişe yönelik olarak sonuç doğurmadığından, ölüm gerçekleştiği anda miras açılmış olur.

Gaiplik, ölümden farklı olduğu gibi, ölüm karinesinden<sup>6</sup> de farklıdır. Ölüm karinesi, kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılan bir olayda kaybolması ve cesedinin bulunamamasıdır. Kişinin içinde kaybolduğu olay, yaşamın olağan deneyimlerine göre, kişinin kurtulmasının mümkün olmadığı olaydır<sup>7</sup>. Ölüm karinesinde de ortada bir ceset olmamakla birlikte, ölüme

<sup>4</sup> Bkz. Kılıçoğlu, s. 226.

<sup>5</sup> Kocayusufoğlu, s. 560; Oğuzman, s. 270; Antalya, s. 339-340; İmre /Erman, s. 295.

<sup>6</sup> Bu nedenle, doğurduğu sonuçlar ve uygulandığı prosedür bakımından ölüm karinesinin ölümden bir farkı yoktur (Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 509, 521).

<sup>7</sup> Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 508.

olduğu gibi, kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılan bir durum sözkonusudur. Hâlbuki yukarıda da belirtildiği üzere, gaiplikte, ölüm karinesinden farklı olarak, kişinin hayatta olup olmadığı konusunda bir şüphe vardır. Gaiplik nedeniyle meydana gelen bu şüpheli durumun sürüp gitmesi, aile hukuku, miras hukuku, borçlar hukuku ve cebrî icra hukuku bakımından birtakım sakıncalar doğurur<sup>8</sup>. Kanun koyucu, bu sakıncaların doğmaması için, söz konusu şüpheli durumu, belli süreler ile sınırlandırmış (MK m.33) ve bu sürelerin dolması ile gaibe, ölmüş kişi muamelesi yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır.

## II- Gaip Sayılma Nedenleri

Medenî Kanun m. 32,I' e göre, “*Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir*”. Görüldüğü üzere, kanunda, hakkında gaiplik kararı verilmesi istenen kimse için, ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya uzun zamandan beri kendisinden haber alınmaması olmak üzere iki neden öngörülmüştür (MK m.32).

Ölüm tehlikesinden bahsedebilmek için kaybolan kimsenin, sözkonusu olay veya durum nedeniyle, ölümünün pek muhtemel olması gerekir. Gaiplik için herhangi bir tehlike yeterli olmayıp, kişinin ölmüş olduğunu, bu tehlikenin içinden sağ olarak kurtulamayacağını kuvvetli bir ihtimal dâhilinde gösteren ve bu konuda büyük kuşkular uyandıran önemli belirtilere ihtiyaç vardır<sup>9</sup>. Ölüm tehlikesine, kaybolan kişinin bindiği geminin açık şiddetli bir fırtınada batması, yırtıcı hayvanların yaşadığı ıssız bir ormanda yaptığı seyahatten geri dönmemesi örnek olarak verilebilir. Ölüm şüphesini doğuran olayın sınırlarını kesin olarak belirlemek mümkün olmadığından, bu şüphenin gaiplik için yeterli olup olmadığına hâkim karar verecektir<sup>10</sup>.

Kişinin gaipliğine karar verilmesini gerektiren ikinci durum ise, kişiden uzun zamandan beri haber alınmamasıdır. Uzun zamandan beri haber alınmama konusunda da gelecek haberin mutlaka kaybolanın gönderdiği bir haber olması gerekmez. Başkasından gelen haberler de kaybolanın gaip

<sup>8</sup> Abik, s. 153.

<sup>9</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.159; Çelik, s. 98,102.

<sup>10</sup> Çelik, s. 101.

olmadığına işaret eden bilgiler varsa, o kişinin gaipliğinden söz edilemez<sup>11</sup>. Belirtmek gerekir ki, günümüz koşullarında kişinin gaip olmadığını ileri sürecek 3. kişilerin gösterebileceği deliller daha da artmıştır. Örneğin, gaip sanılan kişi, kredi kartı, bankamatik, e-mail adresi vs. kullanıyorsa, o kimsenin işlemleri dünyanın her yerinden izlenebilir ve gaip olmadığı anlaşılabilir. Kişinin ailesine mektup yazmaması veya telefon etmemesi, her zaman ondan haber alınamaması anlamına da gelmez<sup>12</sup>. Aynı şekilde bir kişinin sadece bulunduğu yerin bilinmemesi, mahkemece hakkında gaiplik kararı alınabilmesi için yeterli bir neden teşkil etmez. Kişiden uzun zamandan beri haber alınamamanın gaiplik sebebi teşkil etmesi, onun ölmüş olabileceğine ilişkin kuvvetli bir ihtimalin varlığına bağlıdır<sup>13</sup>.

### III- Gaiplik Süreci

Gaiplik süreci, kaybolma vakıası ile gaiplik kararının verilme tarihi arasında geçen zaman aralığıdır. Şayet sözkonusu sebep, ölüm tehlikesi içinde kaybolma ise, bu zaman aralığı en az bir yıldır (MK m. 33,I). Buna göre, ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde gaiplik kararı istenebilmesi için, ölüm tehlikesi üzerinden en az bir yılın geçmesi gereklidir. Bu bir yıllık süre, tehlike anlık ise, bu anın gerçekleşmesinden itibaren; fakat bu tehlike bir süre devam ediyorsa mesela ıssız ormandaki seyahat 2 sene sürüyorsa, bu seyahatin bitiminden itibaren hesaplanır<sup>14</sup>.

Gaipliğin sebebi, uzun zamandan beri kişiden haber alınamaması ise, gaiplik sürecine ilişkin zaman aralığı, kanunda en az beş yıl olarak belirlenmiştir (MK m. 33,I). Bu süre, son alınan haber tarihinden itibaren hesaplanır (MK m. 33,I). Buradaki son haber, kaybolanın kesin olarak sağ olduğunu belirten haberdur. Şayet gaipden alınan haber, gaiple ilgisi olanlara gönderilen bir haber olup, gönderilme tarihi ile ulaşma tarihi birbirinden farklı ise, beş yıllık sürenin başlangıcı için gönderilme tarihi esas alınmalıdır<sup>15</sup>. Ancak gönderilme tarihi belirlenemiyorsa, bu durumda haberin ulaşma tarihinin esas alınması gerekir. Uzun zamandan beri kişiden haber

<sup>11</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 21-22; Dural/Öğüz, s. 29; Egger, Art. 35, Nr.3; Özsunay, s. 227; Çelik, s. 105.

<sup>12</sup> Hatemi, s. 114.

<sup>13</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 22; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 516; Dural/Öğüz, s. 29; Pedrazzini/Oberholzer, s. 39; Öztan, (2001), s. 31; Abik, s.160.

<sup>14</sup> Çelik, s.103.

<sup>15</sup> Saymen, s. 47.

alınamamada gaiplik sürecinin daha uzun tutulmasının nedeni, burada kişinin yaşadığına dair olan ihtimalin daha kuvvetli olmasından kaynaklanmaktadır.

Gaip, gaiplik sürecinde, ne miras bırakan, ne de mirasçı olabilir<sup>16</sup>. Dolayısıyla bu evrede, Medenî Kanun m.586'ya göre, gaibe düşmesi gereken miras payı mahkeme aracılığıyla resmen yönetilir. Geride kalan malvarlığı için ise, Medenî Kanun m. 427/1'e göre, vesayet makamı tarafından "yönetim kayyımı" atanır<sup>17,18</sup>. Kural olarak; kayyım, hakkında henüz gaiplik kararı alınmamış kişinin mevcut malvarlığının yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilir (MK m. 460,I) ve borçlunun mevcut malvarlığı ile ilgili gerekli önlemleri alır (MK m. 427,I)<sup>19</sup>. Kayyımın, bazı işleri yapabilmesi için; normalde, temsil olunanın vereceği özel yetkiye ihtiyaç vardır; ancak gaibin özel yetki verme imkânı olmadığına göre, bu yetki vesayet makamından izinle alınır (MK m.460,II). Vesayet makamının, Medenî Kanun m. 462'ye göre vereceği özel yetki ile, kayyım, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapma (MK m. 462/8), borç ödemededen aciz beyanında bulunma (MK m.462/10) yetkisine sahiptir<sup>20</sup>. Gaiplik kararı verilmeye kadar, gaibe karşı borçlarından dolayı bir iflâs takibi yapılırsa, kayyım takiple ilgili işlemleri, gaip adına yapmaya yetkilidir<sup>21</sup>.

#### IV- Gaiplik Kararı

Gaiplik süreci, kanunda öngörülen bir ve beş yıllık sürelerin (MK m.33,I) dolması ile tamamlanır ve sürelerin sonunda ilân verilir<sup>22</sup>. Bu

<sup>16</sup> Dural/Öğüz, s. 32; Rüzgaresen, s. 288-289.

<sup>17</sup> 2. HD, 27. 1. 2004, 275/996. 10.03.2008 tarihinde, www.kazanci.com adresinden erişildi).

<sup>18</sup> Yönetim kayyımı, malvarlığının büyük bölümünün yönetildiği veya temsil edilen kimsenin payına düşen malların bulunduğu yer vesayet makamı tarafından atanır (MK m. 430,II).

<sup>19</sup> Öztan, (2007), s. 278.

<sup>20</sup> Medenî Kanun'daki bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, kayyım, vesayet makamının iznini alarak, gaibin acz hâlinde olduğunu ileri sürerek iflâsını isteyebilecektir. Kayyımın, izin almadan yapacağı bu işlemlerin niteliği, vesayet altındaki kişinin vasinin izni olmaksızın yaptığı işlemler hükmündedir (MK m. 465). Yani, "askıda geçersizlik" yaptırımına tabidirler. Aynı şekilde, gaiplik süreci içindeki borçlunun ortada bulunmaması, onun hakkında iflâs takibi yapmak veya iflâs davası açmaya bir engel teşkil etmez. Bu nedenle, gaiplik süreci içerisinde, alacaklıların gaibe karşı yapacakları iflâs takibinde veya açılacak iflâs davasında, gözetim ve yönetim görevi çerçevesinde, gaibi kayyım temsil edecektir.

<sup>21</sup> Rüzgaresen, s. 289.

<sup>22</sup> Gaiplik kararı verilmesi için kendisine başvuru mahkeme, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilânla mahkemeye davet eder (MK 33,II). Bu süre, ilk ilânın yapıldığı günden

ilânlardan bir sonuç alınmadığı, yani gaip borçlu çıkıp gelmediği takdirde, mahkeme, kişinin gaip olduğuna dair bir karar verir (MK m.35,I)<sup>23, 24</sup>.

Mahkemenin gaipliğe karar vermesi, hakları ölüme bağlı kimselerin talebiyle mümkündür<sup>25</sup>. Bunlar, bir kimsenin ölümüyle bir hak kazanacak veya bir yükümlülükten kurtulacak olan kişilerdir. Hakları ölüme bağlı kimseler, gaibin eşi, yasal ve atanmış mirasçıları, lehine vasiyette bulunmuş olanlar, durumu bilinmeyen kişi ile birlikte mirasçı bulunanlar veya onun yüzünden miras alamayacak olanlar (MK. m. 586)<sup>26</sup>, gaibe BK.m. 292 anlamında rücu (cayma) şartıyla bağışlamada bulunmuş olan kimseler<sup>27</sup>, Hazine (MK. m. 588)<sup>28; 29</sup>, yasal mirasçı olarak Devlet<sup>30</sup> ve alacaklılardır<sup>31</sup>.

---

başlayarak en az altı aydır (MK m.33,III). İlânda, aynı zamanda kaybolan kişiye, ilân edilen süre içinde başvurmadığı takdirde, kendisi hakkında gaiplik kararı verileceğini bildirilir (Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 24; Abik, s. 153-181), s. 162). Yapılan ilân süresi içinde, gaibin hayatta olduğu veya ölmüş olduğu hususunda bir bilgi veren çıkmazsa veya gaip çıkıp gelmezse, hâkim gaiplik kararını verir. Gaiplik kararı, aynı zamanda nüfus idaresine bildirilerek, kütüğe “*gaiplik kaydı*” düşülür (MK.m. 45, Nüfus K. m. 5; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 25).

<sup>23</sup> Abik, s.161.

<sup>24</sup> Gaiplik kararı vermeye yetkili mahkeme, gaibin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesidir (MK m. 32, II); bununla, gaibi en çok tanıyanların bulunması muhtemel olan yerde davanın açılması amaçlanmıştır. Zira, böyle bir yerde, gaibin çevresiyle çok daha fazla ilişki kurması ve kendisini en çok tanıyanların bulunma ihtimali nedeniyle, hakkında bilgi edinmek, hayatta olup olmadığını öğrenmek daha kolaydır (Saymen, s. 48; Çelik, s. 110). Eğer gaip Türkiye'de hiç yerleşmemişse, nüfus siciline kayıtlı bulunduğu yer mahkemesi ve bu kayıt yok ise, anasının veya babasının nüfus siciline kayıtlı olduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır (MK m.32,II). Gaibin anası ve babası da Türkiye'de kayıtlı değilse, gaiplik kararı almak için başvuru, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 28. maddesine göre Ankara, İstanbul yada İzmir mahkemelerinden birine yapılacaktır (Çelik, s. 111; Abik, s. 162). Gaiplik kararı vermede görevli mahkemenin neresi olduğu Medenî Kanun'da belirtilmemiştir. Ancak, gaiplik şahsiyet hakları ile ilgili bir durum olduğundan görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir (HMK m. 2).

<sup>25</sup> Abik, s. 161.

<sup>26</sup> Akipek/Akıntürk, s. 256; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 23.

<sup>27</sup> Akipek/Akıntürk, s. 256.

<sup>28</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 239.

<sup>29</sup> Hazinesinin gaiplik kararı için talepte bulunabilmesi için, öncelikle ilan süresince hiçbir hak sahibinin ortaya çıkmaması gerekir. Sağ olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilir ya da malvarlığı böyle yönetilen yüz yaşını doldurursa, Hazinesinin istemi üzerine, o kimsenin gaipliğine karar verilir (MK m.588,I). Gaiplik kararı verilebilmesi için gerekli ilân süresinde hiçbir hak sahibi ortaya çıkmazsa, aksine hüküm bulunmadıkça, gaibin mirası Devlete geçer (MK m.588,II; MK m.501). Devlet, gaibe veya üstün hak sahiplerine karşı, aynen gaibin mirasını teslim alanlar

Bu hakkın özellikle alacaklılara da tanınması önemlidir. Çünkü borçlunun gaip olması nedeniyle, alacaklılar alacağına muhtemelen kavuşamayacaktır. Eğer, alacaklılara gaiplik kararı verilmesini isteme hakkı verilmezse, alacaklılar, bu yola başvurma hakkı olan birisi tarafından gaiplik kararı için mahkemeye başvuruluncaya kadar beklemek zorunda kalacak ve dolayısıyla alacaklarına kavuşmaları tehlikeye girecektir<sup>32</sup>.

İspat yükü kurallarına göre, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür (MK. m. 6; HMK m. 190). Bu kurala göre, bir kimsenin sağ veya ölü olduğunu iddia eden kişinin bu iddiasını ispat etmek zorunda olması gerekir. Ancak, gaiplik kararı almak için yapılan başvuruda ispat yükü ters çevrilmiştir<sup>33</sup>. Buna göre talep sahibinin kanunun öngördüğü şartların gerçekleştiğini kanıtlaması yeterlidir. Buna karşılık, borçlunun öldüğünü ispatlaması gerekmez<sup>34</sup>. Çünkü, gaiplik kararı verilmesini isteyen kimse, kanuni bir karineye dayanmaktadır. Bir tarafın karineye dayanması durumunda, ispat yükü karşı tarafa düşer (HMK m. 190,II)<sup>35</sup>. Fakat, “gaiplik karinesi” olarak adlandırılan bu karine, âdi nitelikte olduğundan aksi ispatlanabilir<sup>36</sup>. Gaiplik kararı ile birlikte, ölüme bağlı olarak doğan haklar, aynen kişinin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır (MK m.35,I).

Medenî Kanun’a göre, mahkemenin gaiplik kararı, geriye etkili olarak hüküm ifade eder<sup>37</sup>. Buna göre, gaiplik kararı, verildiği anda değil, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm ve sonuçlarını doğurur (MK m.35,II)<sup>38</sup>. Yani gaiplik hâli, karar tarihi

---

gibi geri vermekle yükümlüdür (MK m.588,III). Ancak, burada MK m.32 ve devamında belirtilen şartların oluşmasına gerek yoktur (Çelik, s.109; Akipek/Akıntürk, s. 257).

<sup>30</sup> Akipek/Akıntürk, s. 256.

<sup>31</sup> Akipek/Akıntürk, s.257; Çelik, s.108.

<sup>32</sup> Çelik, s.108.

<sup>33</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 25; Grossen, s. 306; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 522; Abik, s. 163.

<sup>34</sup> Kişinin gaipliğine karar verilmiş olması, onun ölmüş olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmiş olduğu anlamına gelmez.

<sup>35</sup> Pekcanitez/Atalay/Özkes, 2011a, s. 446.

<sup>36</sup> Akipek/Akıntürk, s. 253, 259; Abik, s. 158; Rüzgaresen, s. 290; Bir görüşe göre, bu durum, gaibin öldüğünü gösteren bir emaredir (Saymen, s. 53).

<sup>37</sup> Akipek/Akıntürk, s. 259; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 32; Abik, s. 162; 2. HD, 1. 11. 1978, 7563/7666 (Yasa Dergisi, 1978/Aralık, s. 2027); karş. HGK. 24. 12. 1982, 1-43/982 (Yasa Dergisi, 1983/Şubat, s. 273).

<sup>38</sup> Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 521; Abik, s. 163.



itibari ile değil, gaipliğe neden olan ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya son haberin alındığı günden itibaren başlatılmaktadır<sup>39</sup>. Bu durumda mahkemenin gaiplik kararı, nitelik itibari ile tespit edicidir. Yani, mahkeme, bir veya beş yıl önce vuku bulmuş bir vakianın varlığını, bir veya beş yıl sonra tespit etmiş olmaktadır. Ancak gaiplik kararı, sonuçları itibariyle de inşaidir. Zira gaiplik kararının verilmesiyle birlikte, gaibin malvarlığı (miras), aile hukuku ve takip hukuku ile ilgili çeşitli sonuçlar ortaya çıkar<sup>40</sup>. Fakat bu çalışmada sadece gaibin malvarlığı ve dolayısıyla tâkip hukuku ile ilgili sonuçları üzerinde durulacaktır.

Gaiplik kararına, ölümün hüküm ve sonuçları bağlandığından, gaiplik kararının verilmesiyle geçmişe yönelik olarak borçlunun kişiliği<sup>41</sup> ve malları üzerindeki tasarruf yetkisi<sup>42</sup> sona erer ve malvarlığı hakları da ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren gaibin mirasçılara intikal eder<sup>43</sup>. Burada tartışılması gereken şey, kanun tarafından gaiplik kararının geçmişe etkili olarak kabul edilmiş olmasının doğuracağı sorunlardır: Bu sorunlardan birisi taraf ehliyeti bakımındandır. Eğer, gaiplik kararı ileriye yönelik hüküm ve sonuç doğursaydı, kanaatimizce, gaiplik sürecinde borçlunun kişiliği, gaiplik kararına kadar devam edeceğinden, gaip hakkında sorunsuzca tâkip yapılabilecek ve dava açılacaktır. Buna karşılık, gaiplik kararı geçmişe yürür ve borçlunun kendisinden alınan son haberden itibaren gaip sayılırsa, gaiplik karardan önce başlatılmış olan tâkipler ve açılmış olan iflâs davasının, taraf şartının eksikliği sebebiyle usulden reddedilmesi gerekecektir<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Çelik, s. 114.

<sup>40</sup> Rüzgaresen, s. 290-291.

<sup>41</sup> Gaiplik kararı, kişilikle birlikte, şahsa bağlı hakları da sona erdirir. Bu haklara manevi tazminat talebi, şahsa bağlı intifa hakkı, oturma hakkı gibi haklar örnek olarak verilebilir (Saymen, s. 55).

<sup>42</sup> Bkz. a.ş.a. B.V.

<sup>43</sup> Ancak gaiplik kararı, kişinin kesin olarak öldüğünü göstermediğinden, hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimsenin mirasçuları veya mirasında hak sahibi olan kişilerin, tereke malları kendilerine teslim edilmeden önce bu malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya bizzat gaibin kendisine geri vereceklerine ilişkin güvence gösterme mecburiyetleri vardır (MK m. 584,I). Bu güvence, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda beş yıl; uzun zamandan beri haber alınamama durumunda on beş yıl ve her hâlde, en çok gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için gösterilir (m. 584,II). Beş yıl, tereke mallarının tesliminden; on beş yıl, son haber tarihinden başlayarak hesaplanır (m. 4584,III).

<sup>44</sup> Bkz. Rüzgaresen, s. 291.

Gaiplik kararının geriye yürümesi sebebiyle, gaibin mirası, gaiplik kararının verildiği tarihte değil, ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâlinde, ölüm tehlikesi taşıyan olayın vuku bulunduğu anda; kendisinden uzun süreden beri haber alınmaması hâlinde ise, kişiden alınan en son haber tarihinde miras açılmış sayılacaktır<sup>45</sup>. Ancak gaibin ölüm tarihi sonradan tespit edilecek olunursa, mirasın açılma tarihi, tespit edilen ölüm tarihi olacaktır<sup>46</sup>. Borçlu hakkında gaiplik kararının verilmesiyle, ölümün hüküm ve sonuçları doğacağından, borçlunun malvarlığı tereke olarak nitelendirilir ve tâkip artık terekeye karşı yapılır<sup>47</sup>.

İkinci bir sorun, gaibin mirasçı olması bakımındandır. Buna göre, şayet gaiplik kararı geçmişe yürürse, gaip, gaiplik süreci denilen zaman aralığında, ölen yakınlarına mirasçı olamayacaktır. Zira bir kimsenin mirasçı olabilmesi için, mirabırakandan sonra ölmesi gerekir.

#### **V- Gaiplikte İyiniyetin Etkisi**

Gaipliğe sebebiyet veren olayın gerçekleşmesinde, gaibin iyi veya kötü niyetli olmasının medenî hukuk bakımından bir önemi yoktur. Örneğin kişi kendi çabalarıyla veya üçüncü kişileri zarara uğratmak amacıyla da gaipliğine sebebiyet verebilir. Ancak konuyu cebri icra hukuku açısından değerlendirmek gerekirse, borçlunun kötü niyetle gaipliğine sebebiyet vermesi halinde, borçlunun taahhütlerinden kurtulmak amacıyla kaçtığı kabul edilmeli ve bu nedenle borçlunun doğrudan doğruya iflâsı istenebilmelidir.

Gaiplik sürecinin gerçekleşmesinde borçlunun niyeti değil, üçüncü kişilerin niyeti veya gaiplik konusundaki bilgileri önemlidir. Yani gaipliğin sözkonusu olabilmesi için, üçüncü kişilerin gerçekte uzun zamandan beri o kişiden haber alamıyor ve o kişinin ölümüne muhtemel olarak bakılan bir olayda kaybolduğuna edindikleri bilgiler doğrultusunda inanmış olmaları gerekir. Bu kişiler, şayet borçlunun yaşadığını biliyor ve bununla ilgili olarak haber alıyorlarsa, bunların kötüniiyetinden söz edilir ve dolayısıyla gaiplik gerçekleşmez. Zaten mahkeme de gaibin değil, üçüncü kişilerin kaybolan kişi hakkındaki bilgilerini ve iyiniyetlerini esas alarak gaipliğe karar verir. Şayet üçüncü kişiler, örneğin mirasçı adayları kötüniiyetli ise,

<sup>45</sup> Antalya, s. 339-340; İmre/Erman, s. 295.

<sup>46</sup> İmre/Erman, s. 295.

<sup>47</sup> Rüzgaresen, s. 291-292.

mahkeme gaipliğe karar vermiş olsa bile, kanaatimizce gaipliğin hüküm ve sonuçlarından faydalanamazlar, örneğin mirasçı olamazlar ve miras olarak aldıkları payların mülkiyetini hiçbir surette kazanamazlar.

#### **VI- Gerçek-Gerçek Olmayan Gaiplik**

Gaipliklerden birincisi gerçek olmayan gaipliktir. Bu gaiplik sadece borçlu bakımındandır. Buna göre, borçlu kendi rızasıyla gaip hale gelmiş ise, örneğin, alacaklılardan kaçma kastı olmaksızın, sadece bir kızgınlık veya para kazanma amacı veya uzak bir şehir veya ülkeye gitmesinin yakınları tarafından engellenme korkusuyla evini gizlice veya açıkça terk ederek ortadan kaybolmuş ve uzun zamandan beri kendisinden haber alınmamış ise, bu durum, gerçek olmayan gaipliktir. Çünkü, borçlu istediğinde bu gaipliği sona erdirmeye imkânına sahiptir. Ancak burada üçüncü kişilerin, borçlunun bu niyeti konusundaki objektif bilgisizliği, gaiplik sürecini gerçekleştirmiş olmaktadır. Bu gaiplik türü, sadece uzun zamandan beri borçludan haber alınmaması halinde sözkonusu olabilir.

İkincisi gerçek gaipliktir. Gerçek gaiplikte borçlu elinde olmayan nedenlerle gaip hale gelmiştir. Borçlu istese de, gaipliği doğuran olayı engelleme veya onu ortadan kaldırma ve bu vesileyle yaşadığı konusunda üçüncü kişileri bilgilendirme imkânına sahip değildir. Burada borçlu ile yakınları ve alacaklıları arasındaki ilişki bağı istem dışı kopmuştur. Buradaki gaiplik sebebi, borçlunun ölümüne kesin gözüyle bakılan bir olayda kaybolma olabileceği gibi, uzun zamandan beri kendisinden haber alınmaması da olabilir.

### **B- GAIPLIĞIN İFLAS PROSEDÜRÜ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **I- Genel Olarak**

Medenî Kanun, gaipliğin tespiti ile hüküm ve sonuçları konusunda açık düzenlemeler içerdiği halde, borçlunun gaip olması durumunda, hakkında açılan davaların veya yapılan takiplerin veya bu dava ve takiplerle ilgili olarak yapılan işlemlerin hukuki durumları, hüküm ve sonuçları konusunda herhangi bir düzenleme içermemektedir. Ancak bu çalışmada gaibin durumu sadece iflâs prosedürü bakımından ele alınacak, diğer hukuk dalları ile ilgili konulara girilmeyecektir.

Gerek cebri icra, gerekse medenî usul hukukunda gaiplik özellikle borçlunun taraf ehliyeti bakımından önem arzeder. Zira gaiplik ve gaiplik süreci, borçlunun hukuki ilişkileri ve bu ilişkilerin kurulması ve yürütülmesi açısından bir ara dönemdir. Çünkü, gaiplik sürecinde borçlunun yaşadığı veya öldüğü belli değildir<sup>48</sup>. Türk hukukundaki mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, borçlu hakkında gaiplik kararı verilene kadar, onun yaşadığı ve taraf ehliyetine sahip olduğu; gaiplik kararı, verildikten sonra da onun öldüğü kabul edilmektedir<sup>49, 50</sup>, ancak gaiplik kararı verildikten sonra, kişi daha önce ölmüş gibi geçmişe yürümektedir (MK m. 35,II). Belirtmek gerekir ki, buradaki ölüm olayı varsayımsal olduğundan, kanun koyucu, tedbiri elden bırakmayarak özellikle miras hukuku bakımından ilave tedbirler almıştır (bkz. MK m. 584-588)<sup>51</sup>. Fakat borçlu, gaiplik süreci denilen zaman kesitinde gerçekten yaşamıyorsa veya gaiplik kararı verildikten sonra gerçekten yaşıyorsa ve üstelik sonradan da çıkıp gelmişse, ona karşı başlatılan iflâs prosedürünün doğuracağı hüküm ve sonuçların akıbeti tartışmalı olacaktır. Bu durumda kişinin yaşayıp yaşamama ihtimaline göre, karşılaşılabilecek sorunlara çözüm bulmak gerekecektir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda, borçlunun taahhütlerinden kurtulmak amacıyla kaçması, bir iflâs sebebi olarak düzenlendiği halde (bkz. İİK m. 177/1), gaiplik bir iflâs sebebi olarak düzenlenmediği gibi, iflâs takibinin başlatılmasına veya onun talik edilmesine engel bir husus olarak da düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, iflâs prosedürü bakımından, gaipliğin sebebiyet verdiği birtakım şüpheler ve cevaplandırılması gereken bir takım sorular mevcuttur. Bu sorulara, “*gaipliğin tüzel kişiler için sözkonusu olup olmayacağı*”, “*gaiplik kararının verilmesi için öngörülen sürelerin yapılacak bir iflâs takibi bakımından bir öneminin olup olmadığı*”, “*borçlu gaip hakkında icra veya iflâs takibi yapılması için bu sürelerin zorunlu bir erteleme sebebi teşkil edip etmediği*”, “*bu süre zarfında gaip borçluya karşı takip yapılırsa, bunun nasıl olacağı?*” örnek olarak verilebilir.

---

<sup>48</sup> Dural/Öğüz, s. 27-28, 31.

<sup>49</sup> Bkz. MK m. 32, 35.

<sup>50</sup> Bkz. Dural/Öğüz, s. 27.

<sup>51</sup> Bkz. Kılıçoğlu, s. 226.

## **II- Gaiplik İçin Öngörülen Sürelerin Takip Hukuku Bakımından Niteliği**

Borçlu hakkında gaiplik kararının verilebilmesi veya iflâs prosedürünün başlatılabilmesi için, Medenî Kanunda öngörülen bir ve beş yıllık sürelerin (MK m. 33,I) cebri icra hukuku anlamında taliki bir etkiye sahip olup olmadıkları konusunda kanunlarımızda bir düzenleme mevcut değildir. Kanaatimizce böyle bir durumda, İİK m. 52-55’de açıkça öngörülen talik sürelerine bakmak gerekir. Örneğin kanun koyucu borçlunun ölümü halinde mirasçılara duruma göre üç gün, duruma göre üç aylık bir erteleme süresi vermişken (İİK m. 53,I; MK m. 606), borçlunun ağır hastalığı durumunda belli bir erteleme süresi tayin etmemiş, bu süreyi belirleme yetkisini, borçlunun bu hastalığını ispatlaması şartıyla icra müdürüne vermiştir (İİK m. 55). Kanaatimizce borçlunun gaip olması durumunda, takipli iflâsta icra müdürü, doğrudan doğruya iflâs hallerinde ise ticaret mahkemesi, uygun bir süre ile gaipliği erteleyici bir durum olarak kabul etmelidir. Ancak burada belirtmek gerekir ki, iflâs prosedürünün başlatılması veya devam etmesini engellemek için verilecek talik süresi, gaiplik süresi için öngörülen bir ve beş yıllık sürelerden tamamen bağımsız miktar ve özellikte olmalıdır. Yani her ne kadar, bir beş yıllık süreler birer talik süresi olarak kanunda düzenlenmemişse de, gaipliğin kendisinin, bir talik sebebi kabul edilmesi gerekir. Fakat burada öngörüülecek süre, alacaklıların mağduriyetine veya borçlular tarafından bu durumun kötüye kullanılmasına mahal verecek kadar uzun ve gaip olan borçlunun menfaatlerini zedeleyecek kadar kısa olmamalı, sürenin uzunluğu gaipliğe sebebiyet veren olayın niteliğine göre belirlenmelidir. Buna göre borçlunun ölüm tehlikesi içinde kaybolması durumunda süre daha uzun, kendisinden uzun süredir haber alınmaması durumlarında bu süre daha kısa olmalıdır<sup>52</sup>. Örneğin borçlunun muaccel olması ile borçlunun gaip olmasının aynı tarihlere denk gelmesi halinde, kötü niyet olabileceği düşüncesiyle burada öngörüülecek talik süresi kısa tutulmalıdır.

## **III- Borçlunun Tüzel veya Gerçek Kişi Olması**

Gaipliğe ölümün hüküm ve sonuçlarının bağlanması; ölümün de sadece gerçek kişiler için mümkün olması nedeniyle, gaipliğin de sadece gerçek kişiler için mümkün olduğu düşüncesi esastır. Zaten gaiplik konusu da

<sup>52</sup> Borçlu ölüm tehlikesinde kaybolmayı hile ile gerçekleştirmiş ve gerçekte yaşıyor olduğu anlaşılırsa, bu durum hileli iflâs sebebi olarak kabul edilmelidir.

Medenî Kanunda gerçek kişilerle ilgili düzenlemelerin bulunduğu m. 8-46 hükümleri arasında düzenlenmiştir<sup>53</sup>. Tüzel kişilere ilişkin hükümlerde gaipliğe ilişkin düzenlemelere veya atıflara yer verilmemiştir. Medenî Kanun'un 48 inci maddesine göre “*Tüzel kişiler, cins, yaş, hususluk gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler*”. Acaba bu hükmün kapsamına gerçek kişiler için kabul edilen gaiplik de dâhil olabilir mi ve bu da tüzel kişiliğin esaslarına aykırılık oluşturur mu? Yani gerçekte tüzel kişilerin gaip olması mümkün mü<sup>54</sup>, yoksa bu durum, mutlak olarak gerçek kişilere özgü bir durum mudur? Örneğin, bir ticaret şirketinin<sup>55</sup> bütün ortakları ve yöneticileri ile birlikte bir sel felaketinde kaybolması o şirket için bir gaiplik olarak nitelendirilebilir mi? Bu konuda doktrinde bir görüş mevcut değildir. Dolayısıyla bu sorulara cevap verilirken, iki farklı düşünceden hareket edilebilir:

Birinci düşünce, her ne kadar o şirketin bütün yönetici ve ortakları bir sel felaketinde kaybolmuş olsalar da, şirket kendisini oluşturan gerçek kişilerden tamamen bağımsız olduğundan, şirket tüzel kişiliği ilgili sicile kayıtlı olduğu (terkin edilmediği) müddetçe onu var olarak kabul edilmesidir. Bu durumda gaipliğe bağlanan sonuçlar tüzel kişi açısından hiçbir surette gerçekleşmeyecek ve tüzel kişi gaip olarak kabul edilmeyecektir.

İkincisi ve bizim de benimsediğimiz, “tüzel kişiler, birer hükmi şahsiyet olduklarından, gerçek hayatta kendileriyle ilişki içine girecek üçüncü kişilere karşı ancak yetkili organları ile müşahhas hale geldiklerinden ve ortakları ile var olduklarını gösterdiklerinden bunların sel veya deprem gibi olağanüstü

<sup>53</sup> Tüzel kişiliği sona erdiren hususlara, Medenî Kanunda tüzel kişilerle ilgili genel düzenlemelerin yer aldığı m. 47-55 inci hükümlerinde değil, dernek ve vakıflarla ilgili düzenlemelerin yapıldığı hükümlerde yer verilmiştir. Örneğin, Medenî Kanun'un 87-89 uncu maddelerinde derneğin kişiliğini sona erdiren sebepler düzenlenmiştir. Medenî Kanun'un 89 uncu maddesinde derneğin tüzel kişiliğinin mahkeme kararı ile sona erdiren sebep olarak “*derneğin amacının, kanuna veya ahlâka aykırı hâle gelmesi*” ni göstermiştir. Benzer bir düzenleme olan vakfın sona erdiği durumlar için bkz. MK m. 116,II.

<sup>54</sup> Bu çalışmada, sözü edilen tüzel kişilerden maksat, sadece iflâsa tabi olan tüzel kişilerdir.

<sup>55</sup> Bu durum, özellikle şahıs şirketleri bakımından önem arzeder. Zira şahıs şirketlerinde ortaklar ön plandadır. Bu ortakların ortadan kaybolması şirketin işlevlerini yerine getirmesi imkânsız hale gelir. Bu tür şirketlerde şirketin ortakları, aynı zamanda yöneticileri durumundadırlar.

durumlarda kaybolması halinde, o tüzel kişinin gaip sayılabileceği” düşüncesidir. Ancak bu düşüncenin doğru olabilmesi için, ortakların mirasçılarının bulunmaması veya var olan mirasçılarının mirası reddetmiş olmaları gerekir. Bütün organlarını kaybeden bir tüzel kişinin amacını gerçekleştirme konusunda kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesi mümkün olmadığından ve alacaklılarına karşı yükümlülüklerini yerine getiremeyeceğinden, gerçek kişilerin gaip olması ile aynı sonuç doğmuş olacaktır. Zira bir şirketin yönetici ve ortaklarının bir sel felaketinde kaybolması ile tüzel kişiliğin bir sona erme sebebi olan “tüzel kişinin amacının gerçekleşmesinin olanaksız hâle gelmesi” (MK m. 87/1) veya “kuruluş tüzüğü gereğince yönetim kurulunun oluşturulmasının olanaksız hâle gelmesi” (MK m. 87/4) gibi sebepler gerçekleşmiş olur. Burada tüzel kişinin ilgili sicilde kayıtlı gözükmemesi onun gaip olmadığı anlamına gelmez. Çünkü, tüzel kişiler gibi gerçek kişilerin de kayıtlı olduğu bir sicil olan Nüfus Kütüğü vardır ve kişinin kişiliğinin sonra ermesi bu sicildeki kaydın silinmesine bağlı değildir. Kişinin fiili olarak ölmesiyle kişilik sona erer. Sonradan bu sicile ölüm kaydının düşülmesi, kurucu değil, bildirici bir etkiye sahiptir. Burada “yetkili organları kaybolan bir tüzel kişi için kayyım atanarak yetkili organ sorunu çözülebilir” şeklinde bir düşünce ileri sürülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, burada atanan kayyım geçici görevli olan bir organdır. Sonradan bu şirketin yetkili organlarının oluşturulması gerekir. Ancak ortakları da kaybolan bir şirketin bunu gerçekleştirme imkânı yoktur. Bu durumda gerçek kişilerin gaipliğinde atanan kayyım ile bu şartlar altında atanan kayyım arasında bir fark kalmamış olacaktır. Ayrıca gaiplikle kişiliğin sona ermesi, ölümdenki gibi tabii ve fiziki olarak değil, mahkeme kararı ile gerçekleşmektedir. Tüzel kişiliklerin sona ermesinde de, kişiliğin mahkeme kararı ile sona erdiği durumlar mevcuttur. Bu nedenle gaiplik kavramı ile tüzel kişiler arasında sanıldığı kadar bir yabancılık sözkonusu değildir. Sonuç olarak, yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi güç olsa da, tüzel kişilerin de gaip olabileceğinin imkân ve ihtimal dâhilinde olduğunu kabul etmek gerekir.

#### **IV- Gaiplik ve İflas Sebepleri**

Gaiplik, alacaklıların alacağının zamanında ödenmesini tehlikeye düşürmekle birlikte, gerek İcra ve İflâs Kanunu’nda, gerekse diğer kanunlarda bir iflâs sebebi olarak kabul edilmez. Bunun sebebinin de,

gaipliğin borçlunun iradesinde olmayan olaylardan kaynaklanması, en azından gaiplikte iflâs sebeplerinin temel bir unsuru olan “zarar verme kasdı”nın bulunmamasıdır.

İflâs sebeplerinden **borçlunun taahhütlerinden kurtulmak amacıyla kaçması** (m.177/1), gaiplikle benzer görünmekle birlikte, gerçekte bu iki kavram birbirinden tamamen farklı özelliklere sahiptir. Borçlunun taahhütlerinden kurtulmak amacıyla kaçması, kanunda doğrudan doğruya iflâs (İİK m. 177/1)<sup>56</sup> ve ihtiyati haciz (257/2)<sup>57</sup> sebebi olarak sayılmıştır. Buna karşılık, gaiplik ise, Medenî Kanun’da, sadece ölüme benzer hüküm ve sonuçlar doğuracak şekilde düzenlenmiştir<sup>58</sup>. Aynı şekilde, Medenî Kanunda, gaiplik konusu geniş bir şekilde düzenlenmekle birlikte, gaibin iflâsla ilişkisi hakkında bir düzenleme yapılmamıştır. Kaçma ile gaiplik birbirinden farklı kavramlar olmakla birlikte, bazen kaçma gaipliğe dönüşebilir. Örneğin, borçlu, ilk etapta alacaklılarından kurtulmak amacıyla kaçar, ancak bu kaçmanın neticesinde uzun zamandan beri kendisinden haber alınamazsa veya ölüm tehlikesi içinde kaybolursa, kaçma gaipliğe dönüşür. Borçlunun gaip olmasıyla da, borcun ödenmesi tehlikeye girmiş olur. Fakat gaiplik borcun ödenmesini tehlikeye düşürmekle birlikte, bir iflâs sebebi olarak düzenlenmediğinden, bu durumda, alacaklılar gaipliği değil, borçlunun kaçmasını gerekçe göstererek iflâs talebinde bulunabilirler.

Borçlunun gaip olması ile borçlunun **yerleşim yerinin malum olmaması** da farklı kavramlardır. Bir defa, İcra ve İflâs Kanunu m.177/1, kaçmada olduğu gibi, borçlunun yerleşim yerinin malum olmamasını bir iflâs sebebi olarak düzenlemiştir. Yerleşim yerinin malum olmamasında, gaiplikten farklı olarak kişinin yaşamı ile ilgili bir risk mevcut değildir. Buradaki risk, alacağın vadesi geldiğinde alacaklıların borçluya ulaşamamaları ve bu nedenle de alacaklarını tahsil edememeleridir. Zira yerleşim yerinin malum olmaması alacakların vadesinde ödenmesini tehlikeye düşüren bir durumdur<sup>59</sup>. Bazı durumlarda gaiplik nedeniyle kişinin yerleşim yeri malum olmaktan çıkabilir. Ancak bu durumlarda gaip borçlu,

<sup>56</sup> Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011a, s. 489; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 2011b, s. 457.

<sup>57</sup> Bkz. Kuru/Arslan Yılmaz, 2011a, s. 433; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 2011b, s. 505-506.

<sup>58</sup> Rüzgaresen, s. 292.

<sup>59</sup> Rüzgaresen, s. 200, s. 224 vd.



yerleşim yerini kasıtlı olarak meçhul hale getirmediğinden İİK m. 177/1 anlamında bir iflâs sebebi oluşmaz<sup>60</sup>. Fakat gaiplik nedeniyle, alacaklılar alacağına kavuşamıyorlarsa, ödemelerin tatili sebep gösterilerek doğrudan doğruya iflâs istenebilir<sup>61</sup>.

#### V- Gaibin Taraf Ehliyeti ve Tasarruf Yetkisi

Medenî muhakeme hukukunda taraf ehliyeti bir dava şartı olup, davanın her aşamasında re'sen gözetilir ve taraflar da bunu her zaman ileri sürebilirler<sup>62, 63</sup>. Borçlunun ölümü nedeniyle taraf ehliyetinin sona ermesi durumunda, bu takip veya davanın akıbetinin ne olacağı kanunda düzenlenmiştir. Buna göre, davada taraf ehliyetine sahip olmayan bir kişi adına dava açılması veya bu kişiye karşı takip yapılması halinde, dava şartının yokluğu nedeniyle davanın veya takibin usulden reddedilmesi gerekir (HMK m. 55)<sup>64, 65</sup>. Buna karşılık, borçlu olan kişinin gaip olması halinde, iflâs takibini veya iflâs davasını kime ve nasıl yöneltileceği konusunda kanunda açık bir düzenleme yer almadığı gibi, gaiplik sürecinde borçlunun yaşıyor veya ölmüş sayılacağına dair bir karine de mevcut değildir<sup>66</sup>.

Taraf ehliyeti ölümle son bulduğundan, kişinin sonradan taraf ehliyetini kazanması mümkün değildir<sup>67</sup>. Normal şartlar altında bir kişi ya yaşıyordur veya ölmüştür. Bunun tek istisnası kişinin gaip olma durumudur. Gaiplik bu istisnai özelliği ile yaşam ile ölüm arasında gri bir alanı oluşturmaktadır. Zira bu dönemde kişinin yaşıyıp yaşamadığı konusunda bir şüphe vardır<sup>68</sup>.

<sup>60</sup> Ancak istisnai durumlarda kaçma eylemiyle gaiplik durumu çakışabilir. Bu duruma, borçlarından kurtulmak amacıyla, gizlice yurt dışına kaçarken, bindiği geminin batması neticesinde kişinin kaybolması örnek olarak verilebilir.

<sup>61</sup> Rüzgaresen, s. 292.

<sup>62</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011b, s. 219 vd. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 207.

<sup>63</sup> Burada dava ehliyetine değinilmeyecektir. Zira gaiplik süresince kişi kayıp olduğundan herhangi bir hukuki işlemi yapmayacağı kabul edilmelidir. Aksi durum, yani bu süreçte kişinin bir hukuki işlem tesis etmesi halinde, işin doğası gereği gaip sayılmayacaktır. Zira yapılan bu hukuki işlem vesilesiyle kendisinden haber alınmış olacaktır.

<sup>64</sup> Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011b s. 219 vd.; Karlı, s. 302.

<sup>65</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011b, s. 219 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 207.

<sup>66</sup> Gaiplikteki ölüm karinesi ancak kanunda öngörülen gaiplik sürecinin sonunda oluşur. Zaten mahkeme de bu karineyi esas alarak gaipliğe karar verir.

<sup>67</sup> Buna karşılık, dava ehliyetinde durum farklıdır. Dava ehliyeti olmayan bir kimse sonradan dava ehliyetini kazanması veya sonradan tekrar kaybetmesi mümkündür.

<sup>68</sup> MK m. 35 c.2'deki "... *aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi...*" ifadesi bu hususu doğrulamaktadır (Dural/Öğüz, s. 31).

Hatta bu şüphe, gaiplik kararının verilmesinden sonra bile devam etmektedir. Bu şüpheye ilişkin olarak Medenî Kanunda aile ve miras hukukuna<sup>69</sup> ilişkin olarak çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Örneğin Medenî Kanun m. 131,1'e göre "*Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez*". Görülüşü üzere, normal bir ölüm ile evlilik kendiliğinden sona ererken, gaiplikte evliliğin sona ermesi (gaipliğin ölümün sonuçlarını doğurduğu kabul edildiği halde), mahkeme tarafından ayrıca verilecek bir fesih kararına bağlanmıştır. Bunun sebebi, gaiplikteki taraf ehliyetinin sona ermesinin ve bu ermenin doğurduğu sonuçların tabii bir ölüme göre şekli ve varsayımsal olmasıdır. Zira gaiplikte, ölümden farklı olarak ortada kişiye ait bir ceset mevcut değildir. Bu nedenle, gaiplik kararı, kişinin mutlak olarak öldüğünü göstermekten çok, aile ve miras hukukundan kaynaklanan bazı hakların kazanımına ilişkin belirsizliklerin giderilmesine hizmet etmektedir.

Gaiplik sürecinde borçlu hakkında tâkip yapılır ve sonradan da gaipliğine karar verilirse; gerçekte, kişiliği fiili olarak gaiplik kararından önce sona ermiş biri hakkında tâkip yapılmış veya hakkında iflâs davası açılmış olması, onun taraf ehliyeti bakımından bir sorun oluşturmaz<sup>70</sup>. Çünkü borçlu hakkında gaiplik kararı verilmeye kadar, yaşıyormuş gibi borçluya karşı; gaiplik kararı verildikten sonra ise, borçlu ölmüş gibi terekeye karşı takip yapılabilir.

Burada tartışılması gereken en önemli husus, ise gaiplik kararının geriye yönelik olarak hüküm ve sonuç doğurmasıdır. Kanun hükmü gereği (MK m.35, II), gaiplik kararının geriye yürümesi nedeniyle, gaibin mirası, gaiplik kararının verildiği tarihte değil, ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde ölüm tehlikesi taşıyan olayın vuku bulunduğu anda; kendisinden uzun süreden beri haber alnamaması halinde ise, son haber tarihinde miras açılmış sayılacaktır<sup>71</sup>. Görüldüğü üzere, kanun koyucu mirasçıları korumak için gaiplik kararını geçmişe yönelik olarak hüküm ve sonuç doğuracağını düzenlerken, geçmişte gaibe karşı veya gaip adına yapılan hukuki işlemlerin geçerliliğinin ne olacağını gözardı etmiştir. Halbuki, gaiplik kararı ölüme benzer hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Borçlu ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak ölmüş kabul

<sup>69</sup> Bkz. MK m. 584, 585.

<sup>70</sup> Rüzgaresen, s. 289.

<sup>71</sup> Kocayusufoğlu, s. 560; Oğuzman, s. 270; Antalya, s. 339-340; İmre/Erman, s. 295.

edilirse, gaiplik sürecinde ona karşı yapılan hukuki işlemler, taraf ehliyetinin yokluğu nedeniyle geçersiz olması anlamına gelecektir ki, bu durum ne alacaklıların menfaati, ne de usul ekonomisi ilkesi bakımından kabul edilebilir. Dolayısıyla burada, gaipliğin geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağı konular daraltılmalı ve bu borçluya karşı yapılan hukuki işlemler kapsam dışında tutulmalıdır.

Gaiplikte borçlunun tasarruf yetkisine gelince, bu konudaki genel kural, bir kimsenin malları üzerindeki tasarruf yetkisinin ölümle son bulmasıdır. Ancak kanunlarda belirtilen bazı istisnai durumların varlığı halinde, kişinin malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır. Bu hususa borçlu hakkında iflâs kararı verilmesiyle, mevcudu üzerindeki tasarruf yetkisi sona ermesi ve kendiliğinden iflâs masasına geçmesi örnek olarak verilebilir<sup>72</sup>. Fakat gaiplik sürecinde, gaiplik kararının verilmesinden önce borçlunun mallarının üzerinde tasarruf yetkisinin sona ereceğine dair bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Zira bu süreçte borçlu yaşıyormuş gibi işlem yapılmaktadır. Dolayısıyla, gaiplik kararı verilinceye kadar, mallar üzerindeki tasarruf yetkisi, hala borçludur, yani başkasına geçmez ve üçüncü bir kişi de temsil yetkisi olmadan bunu gaip borçlu adına kullanamaz<sup>73</sup>. Lakin borçlu da, gaiplik nedeniyle bu tasarruf yetkisini doğrudan kullanma imkânından yoksundur. Zaten tasarruf yetkisini herhangi bir malı üzerinde kullanması, onun yaşadığı anlamına gelir ki, bu durumda gaiplik süreci sona erer<sup>74</sup>. Fakat gaiplik sürecinde borçlunun tasarruf yetkisinin bulunması, sadece mal varlığının üçüncü kişilerin tasarruflarına karşı korunması bakımından önemlidir.

Gaiplik kararının verilmesi ile birlikte, borçlunun kişiliği ile birlikte malları üzerindeki tasarruf yetkisi de ölümden olduğu gibi sona erer. Kanunda da belirtildiği üzere, gaiplik kararı geçmişe yürüme özelliğine sahip olduğundan (MK m. 35,II), gaip borçlunun tasarruf yetkisi de geçmişe

---

<sup>72</sup> Başözen, s. 97 vd.

<sup>73</sup> İstisnai olarak, kayıyımın atandığı durumlarda kayıyım borçlu adına bu tasarruf yetkisini kullanabilir.

<sup>74</sup> Burada, burada gaiplik sürecinin sona ermesi, yeni bir gaiplik sürecinin başlamasına engel oluşturmaz. Örneğin kaçırılan bir kişinin, gaiplik sürecinde kaçırılanların baskısı neticesinde bir malını satması, onun yaşadığına dair bir haber anlamına gelir. Ancak buna rağmen kişinin serbest bırakılmaması, yeni gaiplik sürecinin başlatılmasına neden olur.

yönelik olarak kalkacaktır. Ancak burada taraf ehliyetinden farklı olarak, tasarruf yetkisinin geçmişe yönelik olarak kalkması, hukuki işlemler bakımından bir sorun oluşturmaz. Çünkü gaiplik sürecinde, borçlunun bu tasarruf yetkisini kullanma imkânı yoktur.

#### V- Gaibin Malvarlığının İdaresi

Gaip olan borçlu, gaiplik kararı verinceye kadar geride bıraktığı malları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmakla birlikte<sup>75</sup>, gaiplik nedeniyle tasarruf yetkisini kullanma imkânından yoksun olduğundan, mallarının korunması gerekir. Bu nedenle hakkında henüz gaiplik kararı alınmamış borçlunun mevcut malvarlığının yönetilmesi için, kanun gereği, vesayet makamınca, bir yönetim kayyımı atanır ve bu kayyım gaibin malları ile ilgili gerekli koruma tedbirlerini alır (MK m. 427/1)<sup>76</sup>. Gaibin gaiplik kararı verilmesinden önceki bu durumu, ceninin durumuna benzemektedir. Zira ceninde de, cenin doğmadan kendisine mal bırakılmışsa ve ceninin menfaatleri gerekli kılıyorsa, yine kanun gereği bu malların yönetilmesi için vesayet makamınca bir kayyım tayin edilir (MK m.427/3).

Gaiplik kararı verinceye kadar, gaibe karşı borçlarından dolayı bir iflâs takibi yapılacak olunursa, takiple ilgili işlemleri, gaip adına kayyım gözetim ve denetim görevi çerçevesinde yapabilecek ve bu tür hukuki işlemlerde gaip borçluyu temsil edebilecektir. Kayyım tayin edilmemesi durumunda ise, iflâsla ilgili bütün işlemlerin gaibin yokluğunda yapılacağı anlamına gelecektir. Gaip olan borçlunun kendisini vekil ile temsil etmesini sağlamasına imkân olmadığına göre, burada yapılması gereken, gaibin mallarının yönetilmesi için en kısa süre içinde kayyım atanması (MK m. 427/1)<sup>77</sup> ve bu kayyımın borçlunun kanuni temsilcisi olarak iflâs prosedürünün gereklerini yerine getirmesidir.

<sup>75</sup> Borçlunun normal ölümü halinde, mirasçılar borçlu hakkında başlatılmış olan icra takiplerine itiraz edebilir ve gerekli diğer işlemleri yapabilirler. Ancak gaiplik kararı verinceye kadar mirasçılık sıfatının doğmasına imkân olmadığından, mirasçıların gaip olan borçluya karşı yapılan takiplere karşı koyma yetkileri yoktur. Bu yetkiler atanacak olan kayyım aittir. Kanaatimizce, gerek takip ekonomisi, gerekse gaibin haklarının korunması açısından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, mirasçı adaylarının önem arzeden işlemleri yapmalarının mümkün olması gerekir.

<sup>76</sup> Öztan, 2007, s. 278.

<sup>77</sup> Öztan, 2007, s. 278.

## VI- İflas Prosedürünün Başlatılması

### 1- Gaiplik Kararından Önce İflâs Prosedürünün Başlatılması

#### a- Alacaklıların Talebi İle İflâs Prosedürünün Başlatılması

Gaiplik süreci devam ederken, borçlu hakkında takipli iflâs (İİK m. 155 vd.) veya doğrudan doğruya iflâs yoluna başvurma şartları oluşabilir. (İİK m. 177-179). Ancak gaipliğin hukuki olarak insan yaşamında gri bir alan oluşturduğundan burada bazı sorulara cevap vermek gerekir: Bu sorulardan bir tanesi, gaiplik karardan önce alacaklılar tarafından başlatılan iflâs prosedüründe “*karşı tarafın kim olacağı*” hususudur. Belirtmek gerekir ki, burada borçlu hakkında henüz bir gaiplik kararı verilmiş olmadığından, borçlunun malvarlığının mirasçılara geçmesine imkân yoktur. Dolayısıyla mirasçılara veya henüz oluşmayan bir terekeye karşı herhangi bir takip yapılamaz. Buna karşılık, gaiplik sürecinde başlatılan bir iflâs prosedürünün tarafı olarak, gaip olan borçlu gösterilirse, iflâsla ilgili işlemlerin bu kimsenin yokluğunda yapılması bir takım sorunları beraberinde getirecektir. Örneğin, borçlunun gaip olması halinde süresinde ödeme emrine itiraz edemeyecek veya şikâyet yoluna başvuramayacaktır. Böyle bir borçlunun kendisini vekil ile temsil etmesine de imkân yoktur. Kanun koyucu bu risklerin doğmasına mahal verilmemesi için, gaip borçluya bir kayyım atanmasını (MK m. 427/1)<sup>78</sup> ve kayyımın borçlunun kanuni temsilcisi olarak iflâs prosedürünün gereklerini yerine getirmesine imkân tanımıştır. Bunun için, icra dairesinin veya davaya bakan mahkemenin re’sen veya mirasçı adaylarının veya borçlunun ölümüyle bir hak sahibi olacak (örneğin lehine bir vasiyet olan vasiyet bulunanlar) diğer kişilerin talebi üzerine MK 427/1’e göre bir kayyım tayin edilmesi için ilgili makama<sup>79</sup> başvurmaları gerekir<sup>80</sup>. Böyle bir durumda mirasçılar, gaibi temsilen herhangi bir işlem yapamazlar. Sadece kayyım yardımcı olabilirler.

<sup>78</sup> Öztan, 2007, s. 278.

<sup>79</sup> Buradaki ilgili makam, vasi atanmasında yetkili olan makamdır. Zira, MK m. 403,III’e göre “*Bu Kanunun vasi hakkındaki hükümleri, aksi belirtilmiş olmadıkça kayyım hakkında da uygulanır*”. Bu maddeden hareketle kayyım atanmasına yetkili makam, sulh hukuk mahkemesi olduğu söylenebilir (MK m. 397,II). Yetkili sulh hukuk mahkemesi ise, gaibin yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesidir (MK m. 411).

<sup>80</sup> Gaip olan kimsenin mirasçılarının olmama ihtimaline karşılık olarak, icra dairesinin de kayyım atanması için ilgili mahkemeye re’sen başvurabilmesi gerekir.

Burada özellikle vurgulanması gereken hususlardan birisi ilâmlı icrada, icra emrine rağmen bir borcun ödenmemesi (İİK m. 177/4) durumunda iflâsa tabi borçlu hakkında iflâs prosedürünün nasıl başlatılacağıdır. Bilindiği üzere, bu durumda alacaklılar, icra takibinden vazgeçerek borçlu hakkında doğrudan iflâs takibi başlatabilme imkânına sahiptir. Ancak gaip olan bir borçlunun bu süre içinde borcunu ödemesi mümkün olmayacağından, bu süreye riayetsizlik bir iflâs sebebi sayılmamalı, gaip için kayyım atanıncaya kadar beklenmelidir.

Herhangi bir nedenden dolayı gaip durumuna düşen, örneğin, kaçırılan bir kimse, geri dönmez ve kendisinden haber alınmazsa; gaipliğine karar verilmeden önce, hakkında bir iflâs takibi başlatılmışsa, bu kişi hakkında gaiplik kararı verilinceye kadar sağ kabul edildiğinden, hakkında iflâsa hükmedilebilir. Aksi halde kötü niyetli borçlular, borçlarından uzun bir süre kurtulmak amacıyla, bu yolla kendilerine gaip izlenimi verebilirler. Çünkü, borçlunun gaipliğine karar verilmedikçe borçlu yaşıyor muamelesi görecektir<sup>81</sup>. Buna karşılık, daha önce başlatılan iflâs prosedürü, borçlunun gaipliğine karar verildikten sonra sona ererse, borçlunun kişiliği iflâs kararından önce sona ermiş olduğundan, borçlu hakkında iflâs kararı verilerek müflis ilan edilemez. Bu durumda gaiplik kararından sonraki işlemler mirasçılara; mirasın reddi halinde ise terekeye karşı yapılacaktır.

### **b- Borçlunun Talebi ile İflâs Prosedürünün Başlatılması**

İflâs prosedürü borçlunun talebi ile başlatılması sadece borca batıklık (İİK m. 179), borçlunun mallarının yarı mevcudu haczedilmiş, geri kalan yarı mevcudunun bir yıl içinde muaccel olacak borçlarını karşılamaya yetmemesi (İİK m. 178,III)<sup>82</sup> ve acz hali (İİK m. 178,I) durumlarında sözkonusu olmaktadır.

Acz halinde, borçlunun kendi iflâsını istemesi ihtiyaridir. Ancak gaiplik durumunda, borçlunun acz hali nedeniyle kendi iflâsını istemesine imkân

<sup>81</sup> Borçlu gerçekte ölmüş olsa ve bu da sonradan anlaşılabilirse bile, gaiplik sürecinde borçluya karşı yapılan işlemler, borçlunun taraf ehliyetinin yokluğu nedeniyle geçersiz hale gelmez. Bunun aksini iddia etmek, alacaklıların alacaklarına kavuşmaları bakımından belirsizliğe neden olabileceği gibi, borçlarından kurtulmak isteyen borçlular kendilerine gaip süsü vererek çeşitli suiistimallere sebebiyet verebilirler.

<sup>82</sup> Kanaatimizce, İİK m. 179'daki borca batıklık sermaye şirketleri ve kooperatifler için, m. 178,III'teki borca batıklık sermaye şirketleri ve kooperatifler dışındaki borçlular için öngörülmüş bir borca batıklık halidir (Bu konuda geniş bilgi için bkz. Rüzgaresen, s. 634 vd.).

olmadığından, borçlunun mallarının idaresi için atanan kayyımın (MK m. 460,I) gaip borçlunun iflâsını isteyip isteyemeyeceği konusunda ikili bir ayırım yapmak gerekir:

Birinci olarak, gaip borçlu gaip olmadan önce acz hali nedeniyle iflâs istenebileceği konusunda bir vekile vekaletnamede özel bir yetki vermişse<sup>83</sup>, kayyımın talebi üzerine özel olarak yetkilendirilmiş vekil acz hali nedeniyle gaibin iflâsına karar verilmesini isteyebilecektir. (HMK m. 74). Bunun için başka bir makamın iznine ihtiyaç yoktur.

İkinci olarak, gaip borçlu gaip olmadan önce böyle bir yetki vermemişse, onun mallarını yönetmek için atanan kayyım böyle bir yetkiye sahip olup olmayacağı hususudur: Medenî Kanun m. 460,I ve II'ye göre *“Kayyım bir malvarlığının yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilmiş ise, yalnız o malvarlığının yönetim ve korunması için gerekli olan işleri yapabilir. Kayyımın, bunun dışındaki işleri yapabilmesi, temsil olunanın vereceği özel yetkiye, temsil olunan bu yetkiyi verecek durumda değilse vesayet makamının iznine bağlıdır”*. Bu hükümden hareketle, kayyım vesayet makamından izin almak suretiyle, gaibin acz halini gerekçe göstererek gaip borçlunun iflâsını isteyebilecektir<sup>84</sup>.

Gaip kişinin bir icra takibi neticesinde mallarının yarı mevcudu haczedilmiş, geri kalan yarı mevcudu bir yıl içinde muaccel olacak borçlarını karşılamaya yetmiyor olabilir. Normalde bu iki durumun varlığı halinde borçlu ticaret mahkemesine başvurarak derhal iflâsını istemek zorundadır. Ancak borçlunun gaip olması durumunda, burada zorunlu olarak *“derhal”* şartını yerine getirilmesine imkân yoktur<sup>85</sup>. Borçlunun kanundaki *“derhal”* şartına uymamasının yaptırımını borca batıklık için hapis cezası (İİK m. 345/a)<sup>86, 87</sup>, İİK m. 178,III için ise borçlunun taksiratlı müflis sayılmasıdır

<sup>83</sup> Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011b, s. 250; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 217.

<sup>84</sup> Kayyım, görevini yerine getirirken kusurlu davranışıyla vesayet altındaki kişiye verdiği zarardan sorumlu olacaktır (MK m. 467). Devlet, vesayet dairelerinde görevli olanların hukuka aykırı olarak sebebiyet verdikleri zararlardan doğrudan doğruya sorumlu olduğu gibi; vasi, kayyım ve yasal danışmanlara tazmin ettirilemeyen zararlardan da sorumludur (MK m. 468).

<sup>85</sup> Tüzel kişi borçluların gaip olma durumu için bkz. yuk. B.III.

<sup>86</sup> Rüzgaresen, s. 629.

<sup>87</sup> Buradaki hapis cezası, gaip olan borçluya uygulanamayacağına göre, kanun hükmünün gereğini yerine getirmeyen kayyıma uygulanması gerekir.

(İİK m. 310/10)<sup>88</sup>. Ancak bu sebeplerin gaip bir borçlu için gerçekleşmesi halinde, atanmış bir kayyım varsa, bu zorunlu ve derhal bildirim kayyım yapmak zorundadır. Fakat henüz atanmış bir kayyım yoksa, alacaklılar veya mirasçı adayları veya diğer ilgililerin talebi üzerine borçlu için bir kayyım atanmalı ve atanacak bu kayyım verilecek süre içinde iflâsın istenmemesi durumunda sözkonusu yaptırımlar uygulanmalıdır. Kanaatimizce bu durumlarda borçlunun iflâsının istenmesi zorunlu olduğundan, borçlunun iflâsının istenmesi için vesayet makamının iznine gerek olmadan kayyım tarafından gaip borçlunun iflâsı istenebilir. Ancak burada vesayet makamından izin için başvuru yapılması durumunda, bu izin kurucu değil, şekli sonuç doğurur. Yani borca batıklığın varlığı halinde, vesayet makamının izin vermemesi, kayyımın borçlunun iflâsını istememesinin önünde bir engel oluşturmaz.

## **2- Gaiplik Kararından Sonra İflâs Prosedürünün Başlatılması**

Borçlu hakkında gaiplik kararının verilmesiyle, ölüme benzer hüküm ve sonuçlar doğacağından, borçlunun geride kalan malvarlığı tereke olarak nitelendirilecek ve iflâs prosedürü artık terekeye karşı yürütülecektir. Kural olarak mirasbırakanın borca batık olması<sup>89</sup> veya mirasçılar tarafından açıkça reddedilmesi halinde, terekenin tasfiyesi iflâs hükümlerine göre icra edilir. Diğer durumlarda iflâs prosedürü, iflâsa tabi olmaları şartı ile mirasçılara karşı yürütülür. Mirasçılar iflâsa tabi değilse, onlar hakkında ancak icra takibi yapılabilir.

## **C- GAİP BORÇLUNUN SONRA ÇIKIP GELMESİ VE BAŞVURACAĞI YOLLAR**

### **I- Genel Olarak**

Gaip, hukuki durumundaki belirsizlik yönünden cenine benzemektedir. Nasıl ki, ceninin tam ve sağ doğup doğmayacağı belli değilse, gaibin de sonradan gelip gelemeyeceği belli değildir. Ancak, gaibin durumundaki belirsizlik ceninin durumuna göre çok daha kuvvetlidir. Çünkü ceninin canlı doğabilme ihtimalinin yüksekliği teknik araçlarla çoğu kez tespit edilmesi

---

<sup>88</sup> Rüzgaresen, s. 652.

<sup>89</sup> Buradaki borca batıklık, İİK m. 179'da olduğu gibi, sadece sermaye şirketleri ve kooperatifleri değil, bütün borçluları kapsamaktadır.



mümkün iken, gaiplikte böyle bir imkân yoktur. Zaten, gaibin yaşadığının tespit edilmesi halinde, gaiplik süreci kendiliğinden sona erer.

Medenî Kanun m. 34' e göre “*Gaipliğine karar verilecek kişi, ilân süresi dolmadan ortaya çıkar veya kendisinden haber alınır ya da öldüğü tarih tespit edilirse gaiplik istemi düşer*”. Yani bu durumda borçlunun gaipliğine karar verilemez. Acaba borçlunun gaipliğine karar verilmeden önce, iflâsına karar verilmiş ve sonradan borçlu çıkıp gelmişse ne olacaktır? Medenî Kanun, gaiplik kararı verilmeden önce kişinin çıkıp gelmesi durumunda yapılmış olan gaiplik talebinin düşeceğini (MK m. 34) ve mirasa ilişkin hususları (bkz. MK m. 584 vd.) hükme bağladığı halde, borçlunun, kesinleşen gaiplik kararından sonra çıkıp gelmesi durumunda, verilen gaiplik kararının, örneğin takip hukuku bakımından ne gibi sonuçlar doğuracağı konusunda bir düzenleme içermemektedir. Halbuki, borçlunun sonradan çıkıp gelmesi durumunda, hakkında verilen kararların hüküm ve sonuçlarının ne olacağı ve kaçırılan sürelerin nasıl telafi edileceği önemlidir. Dolayısıyla bu kısımda, gaiplik kararından sonra çıkıp gelen borçlunun başvurabileceği yollar üzerinde durulacaktır<sup>90</sup>.

## **II- Sonradan Çıkıp Gelen Gaip Borçlunun İflâs Prosedürüne Karşı Başvurabileceği Yollar**

### **1- Gecikmiş İtiraz**

Cebri icra hukukunda bazen borçlu, elinde olmayan bir takım engeller nedeniyle, süresi içinde ödeme emrine itiraz edemeyebilir. Bu tür durumlarda borçlunun mağduriyetinin önüne geçilmesi için, İİK m. 65'te icra takibinde “*gecikmiş itiraz*” yolu kabul edilmiştir. Konuyu iflâs hukuku açısından değerlendirmek gerekirse, İİK m.173, IV'te kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolunda, borçlu kusuru olmaksızın ortaya çıkan bir engel nedeniyle, beş günlük süre içerisinde ödeme emrine itiraz edemezse, itirazını gecikmiş itiraz olarak sonradan yapabileceğini kanun açıkça düzenlemiştir (m.173, IV). Bu hükme göre “*Borçlu, ticaret mahkemesine 65 inci maddeye*

<sup>90</sup> Borçlunun sonradan çıkıp gelmesinin alacaklılar bakımından da önemli sonuçları vardır: Bu sonuçlardan en önemlisi, alacaklılara verilen borç ödemekten aciz belgesi bakımındandır. Zira, borçlu çıkıp gelmez ve mirasçılardan da mirası kabul etmezlerse, bu belgeye bağlanan borçların ödenme ihtimali olmayacaktır. Buna karşılık, borçlunun sonradan çıkıp gelmesi durumunda, bu belgeye bağlanan borçların tahsil edilme imkânı alacaklılar bakımından yeniden doğmuş olacaktır.

*göre gecikmiş itirazda bulunabilir. Mahkeme mazereti yerinde görürse, iflâs davasını 174 üncü madde uyarınca karara bağlar*<sup>91</sup>. Buna karşılık, genel iflâs yolunda gecikmiş itirazın sözkonusu olup olamayacağı konusunda kanunda bir düzenleme mevcut değildir<sup>92</sup>. Bir görüşe göre, genel iflâs yolunda borçlu elinde olmayan engeller nedeniyle süresinde ödeme emrine itiraz etmemişse, gecikmiş itiraz yoluna gidemez. İsviçre İİK'nın 172 nci maddesindeki gecikmiş itiraz kurumu, bizim kanunumuza alınmamış olması da bu yola başvurulamayacağını göstermektedir<sup>93</sup>. Zaten, borçlu ödeme emrine itiraz etmemiş olsa bile, iflâs davası sırasında itiraz ve def'ileri ileri sürme imkânına sahip olduğundan, iflas yolunda gecikmiş itiraz kurumunun varlığına da gerek yoktur<sup>94</sup>. Karşı görüşe göre ise, genel haciz ve kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda, borçlu kusuru olmaksızın ortaya çıkan bir engel nedeniyle, süresinde ödeme emrine itiraz edemezse, itirazını gecikmiş itiraz olarak sonradan yapabilmesi gerekir<sup>95</sup>. Bu görüşü savunanlardan Kuru'ya göre, Türk hukukundaki takipli iflâs sistemi, İsviçre takipli iflâs sisteminden farklı olarak tanzim edildiğinden, genel iflâs yolu için gecikmiş itirazı düzenleyen İsviçre İİK m. 172 bize hiç alınmamıştır. Türk hukukundaki genel iflâs takibi hakkındaki hükümler, haciz yolu ile takiptekine benzer şekilde düzenlenmesi nedeniyle, haciz yoluna benzer hususlar için iflâs kısmında ayrıca hükümler konulmamış, haciz yolundaki hükümlerin iflâsta da uygulanacağı zımnen kabul edilmiştir. Örneğin, iflâs ödeme emrinin içeriği, m.155'te bütün içeriği ile düzenlenmemiş olup,

<sup>91</sup> Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011a, s. 486; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 503.

<sup>92</sup> Borçlu, iflâstan kurtulmak için mahkemenin depo kararını yerine getirmiş ve ancak gerçekte borçlu olmadığı bir parayı ödemek zorunda kalmışsa, alacaklılara karşı istirdat ve menfî tespit davası açabileceği m. 172' de düzenlenmiştir. Fakat, borçlu açacağı menfî tespit davası ile iflâs takibini ve iflâs davasını durduramaz. Menfî tespit davası, görülmekte olan iflâs davası için bekletici sorun da yapılamaz. Lakin borçlu, açmış olduğu menfî tespit davasını iflâsa karar verilmesinden önce kazanırsa, aleyhindeki iflâs takibinin durdurulmasını isteyebilir. Bu durumda, menfî tespit davası üzerine mahkemenin verdiği menfî tespit hükmü kesinleşmeden iflâsa karar verilemez. Aksi halde, iflâs hükmü kesinleşmeden menfî tespit hükmü kesinleşirse, icranın iadesi, iflâs kararının temyizden bozulması veya iadei muhakeme yolu ile iptali gibi sakıncalı durumlar doğar (Berkin, tarihsiz, s. 38).

<sup>93</sup> Görüldüğü üzere, bu görüşün, "kanun koyucu isteseydi, gecikmiş itiraz hükümlerine atıfta bulunarak bu yola başvurmayı sağlayabileceğini, bu atıf yapılmadığına göre bu yola başvurulamayacağını göstermek istemiştir" şeklindeki bir dayanaktan hareket ettiği görülmektedir.

<sup>94</sup> Postacıoğlu, 1950, 981-986,995, s. 984.

<sup>95</sup> Bkz. Kuru, 1993, s. 2700-2701; Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011a, s.473; Tercan, 2006, s. 162; Berkin, tarihsiz, s. 37-38.

sadece iflâs ödeme emrinin ihtiva etmesi gereken farklı hükümlerin konulması ile yetinilmiştir. Bu maddede haciz yolundaki ödeme emrinin içeriğini düzenleyen 60 ncı maddeye herhangi bir atıf olmamakla birlikte, iflâs ödeme emrinin 155 inci ve 60 ncı maddelere göre düzenleneceği konusunda bir şüphe yoktur<sup>96,97</sup>. Yargıtay'a göre, iflâs prosedüründe gecikmiş itiraz süresi içerisinde ileri sürülebilir. İflâs davasının açılmasından sonra, öncelikle gecikmiş itirazın incelenerek karara bağlanması gerekir<sup>98</sup>. Kanaatimizce, gecikmiş itiraz, genel iflâs prosedüründe de başvurulabilen bir imkân olmalıdır<sup>99</sup>. Zira eşitliğin sağlanması açısından, kişinin elinde olmayan olaylar karşısında korunması, o kişi için insani bir hak olarak kabul edilmeli, gerçekte haksız olan bir alacaklıya, borçlunun içine düştüğü olağanüstü durumundan avantaj sağlamasına izin verilmemelidir.

Gecikmiş itirazı gaiplik açısından değerlendirmek gerekirse, gaipliğe sebebiyet veren durumlar, borçlunun çıkıp gelmesine engel teşkil edecek olağanüstü bir nitelikte olmak zorundadır. Örneğin, borçludan uzun süreden beri haber alınamaması onun ihmalden veya kasdından kaynaklanıyorsa, olağanüstü bir durumun varlığından söz edilemez. Sonradan çıkıp gelen borçlunun sözkonusu olayın olağanüstü olduğunu, bu sebeple itirazda bulunamadığını ispatlaması ve kanunda öngörülen süre içinde başvuru yapması gerekir. Burada gaip olan kişinin mallarının idaresi için kayyım atandığına göre, kayyım, gaip borçlu hakkında yapılan takiplerde süresinde ödeme emrine itiraz edeceğinden, gecikmiş itiraz yoluna başvurulmasına gerek kalmayacağı düşünülebilir. Ancak borçluya henüz kayyım atanmadığı

<sup>96</sup> Kuru, 1971, s. 77, 107.

<sup>97</sup> Kuru, bu konuyla ilgili olarak bir başka eserinde, borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi halinde, ticaret mahkemesinin iflâs davası hakkındaki incelemesi, sadece şekli hususlara münhasır kaldığına ve borçluya mahkemede itirazda bulunma hakkı tanınmadığına göre, kusuru olmaksızın bir engel nedeniyle zamanında itiraz edemeyen borçluya adi iflâs yolunda da, İİK m. 65' e göre, gecikmiş itirazda bulunma hakkının tanınması gerektiğini, aksi halde, borçlunun menfaatinin ağır bir şekilde ihlal edilmiş olacağını, dolayısıyla, kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolundaki m. 173,IV hükmünün adi iflâs yolunda da kıyasen uygulanmasının menfaatler dengesine uygun düşeceğini belirtmiştir (Kuru, 1993, s. 2700-2701).

<sup>98</sup> 11.HD, 27.12.1988, E.1988/3143, K.1988/7963 (Eriş, s. 371-373).

<sup>99</sup> Gecikmiş itirazın iflâs davasının açılmasından önce, icra dairesine, iflâs davası açıldıktan sonra da ticaret mahkemesine engelin kalkmasından itibaren üç içinde yapılması gerekir (Kuru, 1993, s. 2701; 11.HD 27.12. 1988, 3143/7963 (YKD 1989/9, s. 1279-1281). Buradaki, gecikmiş itiraz icra mahkemesine yapılmaz (Kuru, 1993, s. 2702, dn.149). Gecikmiş itiraz, iflâs davası açıldıktan sonra yapılır ve mahkeme de borçlunun itirazını yerinde görürse, süresi içinde ödeme emrine itiraz edilmiş gibi, borçlunun bütün itiraz ve def'ilerini inceleyip karara bağlar (m.173,IV) kıyasen. bkz. Kuru, 1993, s. 2702).

ve borçlunun gaipliği konusunda tereddütlerin olduğu sırada hakkında bir takip başlatılabileceği gözardı edilmemelidir.

## 2- Eski Hale Getirme

Gecikmiş itiraz yoluna, ödeme emrine karşı tanınan itiraz süresinin geçirilmesi halinde, sadece borçlu tarafından gidilir. Buna karşılık, eski hale getirme, dava aşamasında elde olmayan nedenlerle kaçırılan her türlü süre için, hem davacı, hem de davalı için başvurulmuş bir yoldur. Eski hale getirme, HMK m. 95 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak icra ve İflâs Kanunu'nda elde olmayan nedenlerden dolayı kaçırılan süreler için eski hale getirme yoluna başvurulabileceğine ilişkin bir hüküm mevcut olmadığı gibi, bu yola gidilmesine engel olacak bir hüküm de yoktur. Burada, icra ve iflâs hukukuna ait bir mesele olmakla birlikte, mahkemede görülen bir iş ise, örneğin ortada cebri icra prosedürüne ilişkin itirazın iptali davası sözkonusu ise, bu durumda eski hale getirme yoluna başvurulabileceği konusunda tereddüt etmemek gerekir<sup>100</sup>. Buradaki asıl sorun icra ve iflâs dairelerinde görülen işler için eski hale getirme yoluna başvurulup başvurulamayacağı meselesidir. Eski kanun olan HUMK'un yürürlükte olduğu dönemlerde, doktrinde bu konuda iki farklı görüş mevcuttu: Bir görüş, tarafların menfaatinin korunmasının süreye bağlandığı durumlarda sürenin elde olmayan nedenlerle kaçırılması halinde, medenî usul hukukunda düzenlenmiş olan eski hale getirme kurumunun kıyasen, icra ve iflâs hukukundaki sürelerin kaçırılması halinde de uygulanabilmesi gerektiğini<sup>101</sup>; karşı görüş ise, eski kanun olan HUMK'un 166 ncı maddesinde yer alan "*bu kanunun... tayin ettiği kat'î müddetin*" ifadesi nedeniyle, HUMK'taki eski hale getirme kurumunun uygulama alanının medenî usul hukukundaki süreler ile sınırlandırıldığını, dolayısıyla, kıyas yoluyla icra ve iflâs hukukundaki süreler için bu yola başvurulamayacağını ileri sürmekte idi<sup>102</sup>. Burada belirtmek gerekir ki, 01. 10. 2011 tarihinde yürürlüğe giren ve yeni bir kanun olan 6100 sayılı HMK'nın değişik 95 inci maddesinin 1 inci fıkrası şu şekildedir: "*Elde olmayan sebeplerle, kanunda belirtilen veya hâkimin kesin olarak belirlediği süre içinde bir işlemi yapamayan kimse, eski hâle getirme talebinde bulunabilir*". Görüldüğü üzere yeni kanun olan

<sup>100</sup> Tercan, s. 163.

<sup>101</sup> Bilge/Önen, s. 309; Berki, s. 165; Kuru, 2001, s. 5480-5481, dn. 35; Belgesay, s. 70.

<sup>102</sup> Postacıoğlu, 1982, s. 65; Umar, 1973, s. 35-36; Berkin, 1980, s. 121; Arslan, s. 182; Pekcanitez, 1986, s. 82; Tercan, s. 166.

HMK, eski kanun olan HUMK'taki “*bu kanunun*” ifadesi yerine “...*kanunda...*” ifadesini kullanmış ve böylece ikinci görüşün dayanaklarını ortadan kaldırmış bulunduğundan, eski hale getirme yolunun, icra ve iflâs hukukunda öngörülen süreler için de uygulanması gerekir. Dolayısıyla gecikmiş itiraz yoluna başvurmayı gerektiren durumun dışında kalan hallerde, iflâs prosedüründe de eski hale getirme yoluna başvurulabilmesi mümkündür<sup>103</sup>.

Konuya gaiplik açısından bakmak gerekirse, kanaatimizce eski hale getirmeyi gerektiren bir sebep olarak gaiplik de gösterilebilir. Ancak gaibin bu imkândan faydalanabilmesi için, elinde olmayan nedenlerle gaip hale gelmesi ve sonradan da çıkıp gelmesi gerekir. Örneğin gaip yabancı bir ülkeye gittikten sonra yerleşim yeri ile bağlantısını kesmiş, izini kaybettirmiş veya kasıtlı veya ihmali olarak yaşadığından yakınlarını haberdar etmemiş ise, bu gaibin eski hale getirme yoluna başvurusuna imkân yoktur. Gaip çıkıp geldikten sonra, eski hale getirme yoluna başvurusunu süresinde yapmalıdır. HMK m. 96,II'ye göre “*İlk derece ve istinaf yargılamalarında, en geç nihai karar verilinceye kadar eski hâle getirme talebinde bulunmak mümkündür. Ancak, nihai karar bir tarafın yokluğunda verilmişse, tahkikat aşamasında kaçırılan süreler için kararın verilmesinden sonra da eski hâle getirme talebinde bulunulabilir*”.

Kanaatimizce yargılamanın yenilenmesine ilişkin sürelerin gaiplik nedeniyle kaçırılması halinde de, sonradan çıkıp gelen gaibin eski hale getirme imkânından faydalanabilmesi gerekir. Ancak hemen yukarıda da belirtildiği üzere, kanun koyucu eski hale getirme yoluna başvurmak için azami başvuru süresini “en geç nihai karar verilinceye kadar” şeklinde sınırlamıştır (HMK m. 96,II). Buna karşılık, yargılamanın yenilenmesine konu olan kararların hem maddi ve hem de şekli anlamda kesinleşen kararlar olması gerektiğinden, kanun koyucunun azami süre ile ilgili ölçüyü, yargılamanın yenilenmesini kapsayacak şekilde düzenlemediği görülmektedir. Kişinin gaip olması (elinde olmayan nedenlerle) veya iradesi dışında gerçekleşen bir durum sebebiyle yargılamanın yenilenmesine ilişkin süreleri kaçırmaması halinde, kendisine eski hale getirme imkânının verilmemesi, medenî muhakeme hukuku ve adalete erişim açısından bir eksikliktir.

---

<sup>103</sup> Tercan, s. 161 vd.

#### 4- Kararın Değiştirilmesi

Gaip hakkında verilen bazı kararlar çekişmesiz yargı işidir (bkz. HMK m.382). Çekişmesiz yargı kararları, maddi anlamda değil (HMK m. 388)<sup>104</sup>, şekli anlamda kesin hüküm oluşturlar<sup>105</sup>. Bu nedenle, çekişmesiz yargıda verilen ve kanun yollarına gitmeden veya gittikten sonra kesinleşmiş olan hükme rağmen, aynı konuda yeni bir hüküm verilmesi için mahkemeye başvurmak mümkündür<sup>106, 107</sup>. Bu talep, daha önce aynı konuda verilmiş olan kesin hükmün sebebiyle reddedilemez<sup>108</sup>. Çekişmesiz yargı kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna değil<sup>109</sup>, verilen “*kararın değiştirilmesi*” yoluna başvurulabilir<sup>110</sup>.

Çekişmesiz yargıda verilen kararların değiştirilmesinin istenmesi için, mutlaka yargılamanın yenilenmesi için sayılan sebeplerden (HMK m. 375) birisinin gerçekleşmesi gerekmez<sup>111</sup>, kanunda sayılmayan, ancak kararın haksız olduğunu gösteren durumların ortaya çıkması veya sonradan kararın verilmesini gerektiren şartların değişmesi nedeniyle<sup>112</sup> çekişmesiz olarak verilen kararın değiştirilmesi istenebilir.

Çekişmesiz yargı işlerinden birisi de gaipliğe karar verilmesidir (HMK m. 382,II/a/4). Böylece sonradan çıkıp gelen bir borçlu, bu kararın iptalini sağlayarak, gaipliğin hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldırabilir. Zira, gaiplik kararı ile birlikte nüfus kütüğüne ölüm kaydı düşülmekte, böylece hak ehliyetini kaybetmiş olmaktadır. İşte bu hususları bertaraf etmek için, sonradan çıkıp gelen borçlu gaiplik kararını veren mahkemeye başvurmak suretiyle verilen gaiplik kararının değiştirilmesini talep edebilir.

<sup>104</sup> Kuru, 1961, s. 180; Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011b, s. 720; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 84.

<sup>105</sup> Kuru, 1961, s. 177 vd.

<sup>106</sup> Kuru, 1961, s. 181.

<sup>107</sup> Bir hükmün maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi, her zaman onun çekişmesiz bir yargı neticesinde verildiğini göstermez. Örneğin icra mahkemesinin kararları (istisnalar hariç olmak üzere) çoğu çekişmeli bir yargı neticesinde verildiği halde, maddi anlamda kesin hüküm oluşturmazlar (Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011a, s. 53; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Meral/Özekes, s. 108).

<sup>108</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011b, s. 776.

<sup>109</sup> Kuru, 1961, s. 228; Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011b, s. 720; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 636.

<sup>110</sup> Kuru, 1961, s. 181, 188 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011b, s. 776; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 84.

<sup>111</sup> Bkz. Kuru, 1961, s. 228.

<sup>112</sup> Kuru, 1961, s. 189 vd., 192 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011b, s. 720.

Çekişmesiz yargı işine verilecek ikinci bir örnek borçlunun kendi iflâsını istemesidir (HMK m. 382,II/f; İİK m. 178,III, m. 179). Buna karşılık, alacaklıların borçlunun iflâsını istemesi durumlarında, her ne kadar borçlu gaip olsa da, gaiplik kararından önce gaibin kendisi, gaiplik kararından sonra mirasçılar davalı olarak gösterildiğinden, bir çekişmesiz yargı işinden söz edilemez. Yani bu hallerde borçlunun gaip olması, o işi çekişmesiz yargı işi haline getirmez<sup>113</sup>.

Kararın değiştirilmesinde yetkili ve görevli mahkeme, üzerinde değişiklik yapılması istenen kararı veren ilk derece mahkemesidir<sup>114</sup>. Burada asıl sorun mahkemenin vermiş değiştirme kararının geçmişe etkili olup olmayacağı hususudur. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, mahkeme tarafından değiştirilen karar geçmişe etkili olmaz, sadece geleceğe yönelik olarak hüküm ve sonuç doğurur. Aksi durum, üçüncü kişilerin haklarına zarar verir<sup>115</sup>. Kanaatimizce bu görüş genel anlamda doğru olmakla birlikte, çekişmesiz bir yargı kararı olan ve Medenî Kanunda da geçmişe yürüyeceği belirten (MK m. 35,II) gaiplik kararı ile çelişki oluşturmaktadır. Bu da gaiplik kararı ile ölmüş kabul edilen, ancak sonradan çıkıp gelen ve mahkeme aracılığıyla gaiplik kararının düzeltilmesini (aslında iptali) sağlayan borçlunun aleyhine sonuç doğuracaktır. Yine bu görüş mutlak olarak kabul edilirse, sonradan çıkıp gelen borçlu düzeltme kararının verilmesinden önceki zaman için ölmüş kabul edileceğinden, gaiplik kararı ile meydana gelen hüküm ve sonuçları geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldıramayacaktır. Kanaatimizce istisnai olarak, düzeltilmiş olan gaiplik kararının geçmişe etkili olacak şekilde hüküm ve sonuç doğurması gerekir.

---

<sup>113</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382 nci maddesinin 2 nci fıkrasının "F" bendinde icra ve iflâs hukukuna ilişkin olan çekişmesiz yargı işleri sayılmıştır. Bunlardan bir tanesinin genel bir ifade ile "doğrudan doğruya iflâs" şeklinde belirtilmiş olması isabetli olmamıştır. Çünkü doğrudan doğruya iflâs hallerinden sadece borçlunun talebi ile iflâs prosedürünün başlatılabildiği hallerde çekişmesiz yargı söz konusu olabilir. Buna karşılık, alacaklıların talebi ile iflâs prosedürünün başlatıldığı durumlarda çekişmesiz bir yargıdan sözedilemez. Bkz. Yılmaz, s. 30-31; Umar, 2011, s. 1081; Pekcantez, 1991, s. 30; Atalay, s. 91; Rüzgaresen, s. 538). HMK'daki düzenlemeye paralel bir ifade için bkz. Budak, s. 140.

<sup>114</sup> Kuru, 1961, s. 195.

<sup>115</sup> Kuru, 1961, s. 195.

### 3- Yargılamanın Yenilenmesi

İstisnalar hariç<sup>116</sup>, yukarıda çekişmesiz yargı işleri için belirtilen hususlardan farklı olarak, çekişmeli yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiklerinden, bu hükümlere karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir<sup>117</sup>. Ancak bunun için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 375'te sayılan sebeplerden birisinin gerçekleşmesi ve m. 377'de belirtilen sürelerin geçirilmemiş olması gerekir.

Konuyu gaip borçlu açısından değerlendirmek gerekirse, kanunda gaiplik yargılamanın yenilenmesi için bir sebep olarak sayılmadığından, sonradan çıkıp gelen gaip borçlu elinde olmayan nedenlerle gaip duruma düştüğünü gerekçe göstererek yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuramaz<sup>118</sup>. Bu durumda sonradan çıkıp gelen gaip borçlu (onun çıkıp gelmemesi halinde mirasçıları) ancak m. 375 ve m. 377'de belirtilen sebep ve sürelerle uymak şartıyla, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilir<sup>119</sup>.

### 4- İtibarının İadesi

İtibarın iadesi yoluna başvurulması, İİK m. 312-316'da sadece müflis sıfatını almış kişileri, bu sıfattan ve bu sıfatın hüküm ve sonuçlarından kurtarmak için düzenlenmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere<sup>120</sup>, gaiplik,

<sup>116</sup> Bu istisnalara icra mahkemesinin kararları (ihalenin feshi talebinin reddi ve istihkak davasında verilen karar hariç olmak üzere) örnek olarak verilebilir (Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011a, s. 52; Bkz. İİK m. 134, m. 96 vd.).

<sup>117</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011b, s. 708; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 635-636.

<sup>118</sup> Kanaatimizce olması gereken hukuk açısından gaip kişinin sonradan çıkıp gelmesi yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmeli ve bu borçlunun gaip olmadığına ilişkin karar verilmeli ve tapu veya nüfus kütükleri verilecek bu karar doğrultusunda düzeltilerek eski hale getirilmelidir. Bu konuda benzer bir durum için bkz. 2. HD, T. 3.3.2004, E. 2004/1797, K. 2004/2616. 23/05/ 2009 tarihinde <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=14323> adresinden erişildi.

<sup>119</sup> Yargılamanın yenilenmesine bir de alacaklılar açısından bakmak gerekirse, örneğin, hakkında gaiplik kararı verilen borçlunun mevcudunun borçlarını karşılamaya yetmemesi nedeniyle, terekesi iflâs hükümlerine göre tasfiye edilecektir. Burada borçlu ölmüş sayıldığından "müflis" sıfatını almayacaktır. Ancak böyle bir borçlu bir süre sonra çıkıp gelirse, acaba alacaklılar yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurarak bu kişinin yeniden yargılanmasını ve bunun neticesinde müflis sayılmasını isteme imkânları var mıdır? Mevcut düzenlemelere göre bu durumda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesine imkân yoktur. Ancak olması gereken hukuk açısından, bu durum yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi tavsiye edilse bile, buradaki yeniden yargılama müflislik sıfatının verilmesi ile sınırlı olmalıdır. Tasfiye prosedürünün tamamının yeniden tekrarlanması usul ekonomisi ilkesi ile bağdaşmaz.

<sup>120</sup> Bkz. yuk. C.II.3.



yargılamanın yenilenmesi için bir sebep olarak sayılmamıştır. Gaiplik kararından önceki bir aşamada alacaklıların talebi ile borçlunun iflâsına karar verilmiş ve bu borçlu da sonradan çıkıp gelmişse, ortaya iki ihtimal çıkmaktadır: Birinci olarak, borçlu gaiplik olmasaydı dahi bu borcun olmadığını ispatlayamayacak idi ise, haklı olarak iflâsına karar verilmiş demektir. Böyle bir borçlu ancak itibarın iadesi yoluna başvurmak ve bu yolun şartlarını yerine getirmek suretiyle müflislik sıfatından ve bu sıfatın getirdiği hüküm ve sonuçlardan kurtulabilir<sup>121</sup>. Bu özelliği ile gaiplik olmayan borçlu ile gaiplik iken iflâsına karar verilen borçlu arasında bir fark yoktur.

İkinci ve en önemli ihtimal ise borçlu gaiplik olmasaydı, iflâs etmekten kurtulacak idiyse veya hakkında iflâs prosedürünün başlatılması gaiplik olduğu için ödeme emrine itiraz edememiş, örneğin daha önce ödediği bir borç nedeniyle iflâsına karar verilmiş ise, bu durumda gaiplik borçlunun itibarının iadesi yoluna değil, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurması mümkün olmalıdır. Zira, burada borçlunun itibarının iadesini sağlamak için ödeyeceği bir borcu yoktur. Ancak gaiplik kanunda yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sayılmadığından, burada borçlunun yapması gereken şey, borç ödemekten aciz belgesine bağlanan borcu varsa bunları ödeyerek<sup>122</sup>, tasfiye sonunda borcu kalmamışsa, doğrudan itibarın iadesi yoluna başvurmasıdır. Bu durumda gaiplik borçlu, kendisinden haksız olarak tahsil edilen borçlar için sebepsiz zenginleşme veya istirdat davası<sup>123</sup>; uğradığı diğer zararlar için de tazminat davası açabilecektir.

## SONUÇ

Gaiplik Medenî Kanunda düzenlenmiş bir konu olmakla birlikte, icra ve iflâs hukukunda da yansımaları vardır. Ancak bu konuda İcra ve İflâs Kanunu'nda bir düzenleme mevcut değildir. Gaiplik ölümden, ölüm karinesinden, kaçmadan ve yerleşim yerinin malum olmamasından farklı bir niteliğe sahiptir. Bu durum, Bu durum, gaipliğin ölüm ile yaşam arasında gri bir alan oluşturmasından kaynaklanmaktadır.

Öncelikle gaiplik kararının geçmişe yönelik olarak hüküm ve sonuç doğurması, gaipliği üzerinde durulması gereken önemli bir konu haline getirmektedir. Gaiplik kararı geçmişe yürütülürken, taraf ehliyetinin niteliği

<sup>121</sup> Ancak kanunda öngörülen şartların karşılanması şartı ile itibarın iadesi kurumundan her çeşit müflis faydalanabilir.

<sup>122</sup> Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011a, s. 608.

<sup>123</sup> İstirdat davası konusunda geniş bilgi için bkz. Kuru, 2003, s. 233 vd.; karşı. Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011a, s. 473, 485.

dikkate alınarak davranılmalıdır. Gaipliğin gerçekleşmesi konusunda borçlunun niyeti değil, üçüncü kişilerin niyeti veya gaip konusundaki bilgileri önemlidir. Şartlarının varlığı halinde, tüzel kişilerin gaip olabileceği kabul edilmelidir. Gaiplikte, ortadan kaybolma kasdının bulunmaması onu bir iflas sebebi olmasına engel oluşturmaktadır. Gaipliğin cebri icra prosedürleri için bir talik sebebi olabileceğine dair kanunda bir düzenleme mevcut değildir. Ancak gaipliğin belli bir süre için bir talik nedeni olarak kabul edilmesinde fayda vardır.

Gaibin sonradan çıkıp gelmesi ihtimaline karşılık olarak, Medeni Kanun özellikle miras hukuku açısından bir takım tedbirler almıştır. Buna karşılık olarak, diğer hukuk dalları açısından bir takım belirsizlikler mevcuttur. Bu nedenle sonradan çıkıp gelen gaip borçlunun şartlarını sağlaması halinde gecikmiş itiraz, eski hale iade, yargılamanın yenilenmesi gibi yollara başvurulabilmesi gerekir.

**KAYNAKÇA**

- Abik, Yıldız. (2005). Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi. *AÜHFD*, S. 2, 153-181.
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut (2007). *Türk Medenî Hukuku (Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku)*, C. I, İstanbul.
- Antalya, Gökhan. (2009). *Miras Hukuku*, İstanbul.
- Arslan, Ramazan. (1984). *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara.
- Atalay, Oğuz. (1996). *Anonim Şirketlerin İflâsı*, İzmir.
- Başözen, Ahmet. (2005). *Müflisin Tasarruf Yetkisi*, Ankara.
- Belgesay, M. Reşit. (1954). *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C.I, İstanbul.
- Berki, Şakir. (1964). Eski Hale Getirme. *Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, Ankara, s. 149-168.
- Berkin, Necmeddin (tarihsiz). *Tatbikatçılara İflâs Hukuku Rehberi*, İstanbul.
- Berkin, Necmettin. (1980). *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun. (1978). *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara.
- Budak, Ali Cem (2005). Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı. *Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV*, Ankara.
- Çelik, Cemil. (2004). Türk Medenî Kanunu'na Göre Gaiplik. *Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan*, İstanbul, s. 97-126.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan. (2010). *Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku*, İstanbul.
- Egger, August. (1930). *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Art. 11- 89*, Zürich.
- Eriş, Gönen. (1991). *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku-Açıklamalar ve İçtihatlar*, Ankara.

- Grossen, Jacques-M. (1967). *Das Recht der Einzelpersonen, Schweizerisches Privatrecht*, Band II, Basel.
- Hatemi, Hüseyin. (1992). *Kişiler Hukuku Dersleri*, İstanbul.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan. (2003). *Miras Hukuku*, İstanbul.
- Karşlı, Abdurrahim. (2011). *Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul.
- Kılıçoğlu, Ahmet. (2007). *Miras Hukuku*, Ankara.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (1987). *Miras Hukuku*, İstanbul.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder. (2011a). *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder. (2011b). *Medenî Usul Hukuku*, Ankara.
- Kuru, Baki. (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, İstanbul.
- Kuru, Baki. (1993). *İcra ve İflâs Hukuku*, C. III, İstanbul.
- Kuru, Baki. (2003). *Menfi Tespit ve İstirdat Davası*, Ankara.
- Kuru, Baki. (1961). *Nizasız Kaza*, Ankara.
- Kuru, Baki. (1971). *İflâs ve Konkordato Hukuku*, Ankara.
- Oğuzman Kemal. (1995). *Miras Hukuku*, İstanbul.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay, Saibe. (2002). *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul.
- Özsunay, Ergun. (1982). *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul.
- Öztan, Bilge. (2001). *Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar*, Ankara.
- Öztan, Bilge. (2007). *Miras Hukuku*, Ankara.
- Pedrazzini, Mario M./Oberholzer, Niklaus. (1993). *Grundriss der Personenrecht*, Bern.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet. (2011a). *Medenî Usul Hukuku*, Ankara.

- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet. (2011b). *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara.
- Pekcanitez, Hakan. (1986). *İcra ve İflâs Hukukunda Şikayet*, Ankara.
- Pekcanitez, Hakan. (1991). Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara.
- Postacıoğlu, İlhan E. (1982). *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul.
- Postacıoğlu, İlhan E. (1950). Türk Hukukunda İflâs Davasının Hususiyetleri. *İHD*, (61), s. 981-986, 995.
- Rüzgaresen, Cumhuriyet. (2011). *İflâs Sebepleri*, Ankara.
- Saymen, Ferit. (1948). *Türk Medenî Hukuku-Şahsın Hukuku*, C.II, İstanbul.
- Tercan, Erdal. (2006). *Medenî Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme*, Ankara.
- Umar, Bilge. (2011). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara.
- Umar, Bilge. (1973). *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir.
- Yılmaz, Ejder. (1985). Borçlunun İhtiyarı İle Kendi İflâsını İstemesi Durumunda Mahkemenin İnceleme Yetkisi. *ABD*, (1), s. 22-34.
- Zevkliler, Aydın/Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre. (2000). *Medenî Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)*, Ankara.

