

“CESSIO BONORUM” YA DA BİLİNER İSMİYLE “MALVARLIĞININ TERKİ SURETİYLE KONKORDATO”

*Yrd.Doç.Dr. Ahmet BAŞÖZEN**

*Yrd.Doç.Dr. Mehmet ÜÇER***

I. MALVARLIĞININ TERKİ SURETİYLE KONKORDATO, POZİTİF DÜZENLEME SERÜVENİ VE GEREĞİ

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun Resmi Gazetede yayımlandığı tarih olan 19.06.1932'den beri, esaslı bir biçimde 17 kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin bir kısmı, Kanun'un aksayan yönlerini tamir etmeyi amaçlarken; diğer bir kısmı ise, yeni hukukî kurumları getirme ve yerleştirme amacını taşımıştır. Bu ikinci çabayı, özellikle, 30.07.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanun'da ağırlıkla görmekteyiz. Gerçekten de, 4949 sayılı Kanun ile, İcra ve İflâs Kanunu'na 309/a ilâ 309/l maddeleri eklenmiş; bu maddelerle, yeni bir konkordato türü olarak “malvarlığının terki suretiyle konkordato” hukukumuzda yerini almıştır. Malvarlığının terki suretiyle konkordatonun bizim bu çalışmamız bakımından değeri, 4949 sayılı Kanun'un kabulüne kadar, ayrı bir konkordato türü olarak hukukumuzda düzenlenmemiş ve diğer konkordato türlerinden farklı özellikler taşıyor olmasından kaynaklanmaktadır.

Kanunumuzun mehası olan İsviçre'de de 1949 yılına kadar kanunla düzenlenmemiş olmasına rağmen malvarlığının terki suretiyle konkordatoya uygulamada sıkça yer verilmekteydi. İsviçre doktrinin, iflâsa ilişkin hükümleri, bu konkordato türüne kıyasen uygulamaya çalışması ve yargı tarafından bu konkordato türünün benimsenmiş olması, yasal düzenlemesi olmayan bu

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

konkordato türünün uygulamada fiilen yer alması sonucunu doğurmuştu¹. Uygulamada zaten yer etmiş bulunan bu müessesenin, özellikle yargı ve doktrin tarafından benimsenmesi üzerine, İsviçre kanun koyucusu bu fiilî durumu hukukî hale getirmek amacıyla², 28.09.1949 tarihli bir Kanunla İsviçre İcra İflâs Kanunu'na 316/a ilâ 316/t maddelerini eklemiştir. Bu hükümler 01.01.1997 tarihinde yürürlüğe giren bir kanunla kısmen tadil edilerek geliştirilmiştir. Bu tarihi süreci (pozitif düzenleme yapılmasından önce fiilen uygulanması) nedeniyle, İsviçre'de, malvarlığının terki suretiyle konkordatoya “uygulamanın çocuğu (*ein Kind der Praxis*)” adı da verilmiştir³.

Türk hukuku bakımından, 4949 sayılı Kanun'un kabulüne kadar, malvarlığının terki suretiyle konkordatoya yönelik herhangi bir yasal düzenleme yapılmadığı gibi, İsviçre'de olduğu gibi, fiilî bir uygulama da söz konusu olmamıştır. Fakat doktrinde, bu hususta özellikle ileride düzenleme yapılması ihtimaline karşı bilgilendirme amaçlı bazı açıklamaların yapılmış olduğunu görmekteyiz⁴. 06.03.1965 tarih ve 538 sayılı Kanunla, malvarlığının terki suretiyle konkordatoya yönelik değişiklik yapılması öngörülmüş olmasına rağmen, bu değişiklikten vazgeçilmiştir. Esasen, tasarıda yer alan 309/a ilâ 309/u hükümleri, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin bir tercümesiydi⁵. Fakat tasarıda yer alan bu hükümler, Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından şu gerekçeyle tasarıdan çıkarılmıştır⁶:

1 Bkz. **Ercan, İbrahim**: İcra ve İflâs Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2007, s.54 vd.; **Tanriver, Süha**: Konkordato Komiseri, Ankara, 1993, s.19; **Tanriver, Süha/Deyneki, Adnan**: Konkordatonun Tasdiki, Ankara, 1996, s. 44-45; **Kuru, Baki**: İflâs ve Konkordato Hukuku, İstanbul, 1988, s. 524-540 (Kuru-İflâs).

2 **Tanriver**, s. 19; **Tanriver/Deyneki**, s. 45.

3 Bkz. 4949 sayılı Kanun'un malvarlığının terki suretiyle konkordatoya yönelik Hükümet Gerekçesi. İsviçre hukukuna yönelik geniş açıklamalar için bkz. **Ercan**, s.54 vd.; **Jaeger, Carl/ Walder, Hans Ulrich/ Kull, Thomas M./ Kottmann, Martin**: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erläutert für den praktischen Gebrauch, Band III, Zürich 1997/2001, s. 169; **Ludwig, Peter**: Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtertung (Liquidationsvergleich), Diss., Bern 1970, s. 3 vd.

4 Bkz. **Kuru-İflâs**, s. 524-540; **Tanriver**, s. 18-22.

5 **Kuru-İflâs**, s. 535.

6 **Kuru-İflâs**, s.535-536; **Kuru, Baki**: “Konkordato”, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nün Düzenlediği İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara, 1963), s. 152-153 (Kuru-Seminer); **Ercan**, s.67-68, dn.73.

“... Ancak, iyi niyetli borçluları ve onların alacaklılarını himaye etmek için konulmak istenen bu müessesenin, kötü niyetli borçlular tarafından alacaklılarına zarar vermek maksadiyle kötüye kullanılması ihtimali de vardır. Bilhassa, kötü niyetli bir borçlunun mallarının büyük bir kısmını kaçırdıktan sonra, çok az bir mal ile mevcudun terki suretiyle konkordato yoluna gitmesi ve yaptığı hileli kombinezonları gizleyerek konkordatonun tasdikini sağlaması mümkün olabilir. Bu hileli kombinezonlarla mücadele için alacaklıların konkordatoya muvafakat etmemesi, konkordatonun tasdikine mahkemede itiraz edilmesi, iptal davaları ve nihayet konkordatonun feshini istemek gibi imkânlar mevcuttur. Fakat, konkordato tatbikatımız göstermiştir ki, bu imkanlara rağmen, bilhassa ispat güçlükleri sebebiyle, mevcudu yüzde otuzun çok üstünde olan borçlular, yüzde otuzun üstündeki mevcutlarını saklayarak, asgari şart olan yüzde otuz ile konkordato teklif etmişler ve konkordatoyu tasdik ettirip böylece alacaklılarına zarar vermeye muvaffak olabilmişlerdir. Aynı hileli kombinezonların mevcudun terki suretiyle konkordato yapılacağı ve böylece tasarı ile yüzde otuzdan yüzde elliye çıkarılan asgari şartın dahi hükümsüz bırakılacağından endişe edilmektedir.

Bu endişeyi bertaraf etmek ve mevcudun terki suretiyle konkordato hükümlerinin kötüye kullanılmasına mâni olmak için, mevcudun terki suretiyle konkordatonun alelâde konkordatoda olduğu gibi, asgari bir miktarla (meselâ yüzde yirmibeş ile) takyidedilmesi teklif edilmiş ise de bu teklifin kabulüne imkan görülmemiştir. Zira asgari bir miktar şartı mevcudun terki suretiyle konkordatonun mahiyeti ile kabili telif değildir. Çünkü, burada borçlu konkordato ile mallarını (hattâ tasarıya göre haczi caiz olmıyanları da) alacaklılarına terk etmeyi teklif etmektedir. Konkordato tasdik edilirse, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisi kalkmakta, bu yetki alacaklılara geçmektedir. Artık bu mallar, alacaklılar ve onların seçecekleri tasfiye memurları tarafından tasfiye edilecektir. Borçlunun bu tasfiye sırasında hiçbir söz ve itiraz hakkı yoktur. Alacaklılar, borçlunun mallarını düşük fiyatla satarlarsa, bunun neticesine kendileri katlanacaklardır. Zira, borçlunun mevcudunun neden ibaret olduğu, borçlunun konkordato projesine ekli olarak sunduğu mufassal bilançoda yazılıdır. Alacaklılar konkordatoya muvafakat ederken, hangi malların tasfiyeye dâhil olacağını ve bunların takriben ne kadar para getireceğini bildirmektedirler. Bu malların kendilerine temin edeceği nispet alacaklıları tatmin etmiyorsa, o zaman konkordatoya muvafakat etmiyebilirler ve borçlu iflâstan kurtulamaz. Fakat alacaklılar tasfiyeye dâhil olacak malları bildikleri halde, konkordatoya muvafakat etmişler ve tasfiye

neticesinde umdukları nisbette alacaklarına kavuşamamışlarsa, bunun neticesine artık alacaklılar katlanmalıdır. Zira, borçlunun tasfiyenin iyi yapılmasında hiçbir rol ve kusuru yoktur. Kaldı ki, borçlunun bütün malları tasfiye edildikten sonra, borçlunun iflâs ettirilmesinde hiçbir menfaat yoktur. Zira, borçlunun iflâs masasına girecek bir malı kalmamıştır. Alacaklılar, borçlunun iflâsı halinde daha fazla bir şey alacak değildirler. Bundan başka, bütün malları tasfiye edilmiş bir borçlu, taahhüt ettiği asgari miktardan noksan kalan kısmı ne ile ödeyecektir? Bundan sonraki çalışması ile mi? Evet denirse, bu konkordatonun gayesine aykırı olur. Zira, borçlunun konkordato teklif etmekten maksadı, iyi gitmeyen işlerini ve borçlarını tasfiye edip, yeni bir işe veya teşebbüse başlamaktır. Borçlu, yeni başladığı işten elde edeceği kazancı ile mevcudun terki suretiyle konkordatoda karşılanamayan miktarı ödeyecektir denirse, borçlunun konkordatodan sonra yeni bir işe başlamakta bir menfaati olmayacak, binnetice borçlu iflâs etmiş gibi bir durum hasıl olacaktır. Bu ise, konkordatonun gayesine aykırıdır. Bu sebeplerle, mevcudun terki suretiyle konkordatonun asgari bir miktarla takyidedilmesine imkân görülmemiştir.

Mevcudun terki suretiyle konkordato hükümlerinin kötüye kullanılmasından ve bu sebeple faydadan çok zarar doğacağından endişe eden komisyonumuz, tatbikatta alelâde konkordatoların borçlunun mevcudu ile mütenezip bir şekilde yapılmasının sağlandığı ve konkordato hükümlerinin kötüye kullanılmasının önüne geçilebildiği zamana kadar, şimdilik mevcudun terki suretiyle konkordato hakkındaki hükümlerin kanunlaşmasından vazgeçmeyi daha uygun bulmuştur. Bu sebeple, tasarının mevcudun terki suretiyle konkordato hakkındaki hükümleri tasarıdan tamamen çıkarılmıştır⁷.

Adalet Komisyonunun açıklamasına, malvarlığının terki suretiyle konkordatonun kabul edilmemesine gerekçe olarak öne çıkan hususun, bu kurumun kötüye kullanılmaya müsait oluşu temel olmaktadır. Çünkü konkordato için belirleyici bir nitelik haline gelmiş olan “borçlunun dürüst olması” koşulu bu konkordato türünde aranmıyordu. İsviçre’de de durum bu yöndeydi. Oysa, doktrinde de, bu husus dile getirilmiş ve bu sakıncanın bertaraf edilmesi için, çare olarak, konkordatoyu tasdik edecek olan mahkemenin dikkatli olmasının ve bu konkordato türünün her borçlu için iflâsı önleyici bir araç haline getirilmesinin önlenmesi gereğine işaret edilmiştir⁷. Ancak,

⁷ **Kuru-Seminer**, s. 133; **Altay, Sümer**: Teorik ve Pratik Konkordato Hukuku, İstanbul, 1993, s. 503. Nitekim malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin Hükümet gerek-

4949 sayılı Kanun, “dürüst olma” koşulunu adı konkordato için de kaldırmıştır. Bunun sebebi olarak da, “borçlular tarafından kötüye kullanılan konkordato kurumunun, zamanla kötüye kullanılmaya karşı getirilen düzenlemeler karşısında, artık kötüye kullanılmayacağına anlaşılması sebebiyle, artık başvurulmayan bir müessese haline gelmiş bulunması” ile izah edilmektedir⁸.

4949 sayılı Kanun ile pozitif bir düzenleme yapılmasından önce de, malvarlığının terki suretiyle konkordatonun Türk hukuku bakımından da uygulanabileceği ileri sürülmüştür⁹. Hatta 538 sayılı Kanun’un hazırlıkları sırasında, Adalet Komisyonunun malvarlığının terki suretiyle konkordatoyu tasarından çıkarmasına rağmen, doktrinde yine de, İsviçre’deki gibi kanunî bir düzenlemeye gerek olmaksızın, bu tür bir konkordatonun uygulanabileceği fikri devam ettirilmiştir¹⁰. Buna karşılık, hukukumuzda pozitif bir düzenleme olmaksızın, hele kanun koyucunun bu yönde olumsuz iradesi tecelli ettikten sonra malvarlığının terki suretiyle konkordato yoluna başvurulmasına olanak bulunmadığı da, haklı olarak dile getirilmiştir¹¹.

“Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda borçlu, kural olarak, konkordato talebi ile alacaklılarına belirli bir yüzde ödemeyi teklif etmez. Buna karşılık, malvarlığını alacaklılara terk ederek veya bir üçüncü şahsa devrederek borçlarından kurtarılmasını teklif eder. Konkordato teklifi alacaklılarca kabul edilip konkordato mahkemece tasdik edilince, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer. Bundan sonra, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi alacaklılara geçer. Alacaklılar, bu yetkiyi seçecek-

çesinde de, borçlunun himayeye layık olup olmadığı ve bu kurumun her borçlu için iflâsı önleyici bir araç haline gelmemesi için gerek tetkik merciinin (şimdi, icra mahkemesinin) gerekse ticaret mahkemesinin dikkat etmesi gerektiği ifade edilmiştir.

⁸ **Atalay, Oğuz:** Konkordato Hukukundaki Değişiklikler, (Türkiye Bankalar Birliği Tarafından Düzenlenen Abant Konferansı, <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans/abant> adresinden) (Erişim Tarihi, 24.2.2009).

⁹ **Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara, 1960, s. 338; **Arar, Kemal:** İcra ve İflâs Hükümleri, Cilt. 2/İflas, Ankara, 1945, s. 339-340.

¹⁰ **Postacıoğlu, İlhan:** Konkordato, İstanbul, 1965, s. 158-164.

¹¹ Bu yöndeki görüş ve gerekçeleri için bkz. **Kuru-İflâs**, s. 533 vd.; **Kuru-Seminer**, s. 150; **Tanrıver**, s. 22-24; **Tanrıver/Deynekli**, s. 49 vd.; **Pekcantez, Hakan:** İcra-İflâs Hukukunda Şikayet, Ankara 1986, s. 57; **Zabunoğlu, Yahya:** Konkordato İle İlgili Görüşmeler, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nün Düzenlediği İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara, 1963), s. 150.

leri konkordato tasfiye memurları aracılığıyla kullanırlar. Konkordato tasfiye memurları, borçlunun mallarını iflâs tasfiyesine benzer bir şekilde tasfiye ederler ve elde edilen parayı alacaklılara dağıtırlar¹².

Genel gerekçeden de anlaşılacağı üzere, bu konkordato türünde, esas olarak, borçlu malvarlığını alacaklılara terk etmekte ve malvarlığının alacaklılar tarafından tasfiye edilmesini istemektedir. Adi konkordato, borçlunun ekonomik varlığının devam etmesini hedef tuttuğu halde; malvarlığının terki suretiyle konkordato, borçlunun mallarını ödeme yerine geçmek üzere, alacaklılara terkini hedef tutar¹³. Bu yönleriyle, malvarlığının terki suretiyle konkordato, borçlu ile alacaklıları arasında yapılmış ve kanun tarafından da tasvip edilen bir “tasfiye uzlaşması”dır¹⁴.

“... Malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin hükümler, esas itibarıyla, tasfiye ile ilgili hükümler olup; iflâstaki hükümlerle paralellik arz etmektedir. Konkordato talebinden konkordatonun tasdikine kadarki safhada, kural olarak ve malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin hükümlerle ve bu kurumun temelindeki düşünce ile çelişmediği ölçüde, adi konkordato hakkındaki hükümler uygulanacaktır. Böyle olmakla birlikte, malvarlığının terki suretiyle konkordato ile adi konkordatonun bir araya gelmesi de mümkündür. Özellikle borçlunun belli bir asgarî ödeme yapmayı teklif edip aynı zamanda malvarlığının bir kısmını alacaklılarına terk etmesinde durum böyledir. Malvarlığının terki suretiyle konkordato bazı bakımlardan iflâsa benzemekle birlikte, iki temel noktada ondan ayrılmaktadır: Bir kere, malvarlığının terki suretiyle konkordato prosedürü, içerdiği özel ve akdi unsur nedeniyle, iflâs prosedürüne göre daha esnektir. Sonra, mevcudunu

¹² 4949 sayılı Kanunun Genel Gereğesinin malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin kısmı.

¹³ **Gürdoğan, Burhan:** İflâs Hukuku Dersleri, Ankara, 1966, s. 158; **Tanrıver,** s. 19–20; **Tanrıver/Deynekli,** s. 45. Nitekim, aynı esas 4949 sayılı Kanunun malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin Hükümet gerekçesinde de şu şekilde yer almıştır: “...Fakat, belirtmek gerekir ki, malvarlığının terki suretiyle konkordato, ismine rağmen, adi konkordatodan ziyade iflâsa yaklaşmaktadır. Çünkü kurumun temelindeki düşünce, borçlunun malî durumunu düzeltmek değil, onun mevcudunu en avantajlı şekilde paraya çevirerek alacaklıların alacaklarına kavuşmalarını sağlamaktır”.

¹⁴ **Berkin Necmeddin M.:** İflâs Hukuku, İstanbul 1972, s. 525 (Berkin-İflâs); **Berkin, Necmeddin M.:** İflâs Hukukunda Konkordato, İstanbul, 1949, s. 28 (Berkin-Konkordato).

alacaklılarına terk eden borçlu, mevcudu iflâs prosedürü çerçevesinde tasfiye edilen borçlunun aksine, kural olarak borçlarından kurtulmaktadır¹⁵.

Malvarlığının terki suretiyle konkordato, sadece, borçlunun malvarlığının alacaklılara devri ile sınırlı bir kurum değildir. Bunun bir diğer şekli de, borçluya ait malvarlığının tamamının veya bir kısmının, alacaklılara ödeme yapılmasını temin amacıyla bir üçüncü kişiye devridir. Bunun için özellikle İsviçre’de başvurulan önemli bir yol, borçlunun malvarlığının kurulacak bir şirkete devri ve bu şirketin kazançlarının veya hisselerinin alacaklılara dağıtılmasıdır¹⁶.

İflâs tasfiyesinin zaman alışı ve masraflı oluşuna nazaran, bu tasfiye türü daha ekonomiktir ve bu sebeple alacaklıların yararınadır. Borçluyu iflâs etmekten kurtardığı ve iflâsın kamu hukuku bakımından neticelerini önlediği için borçlunun da yararınadır¹⁷.

“...Malvarlığının terki suretiyle konkordato, borçlunun, özellikle, tasfiyesi uzun zaman isteyen ve paraya çevrilmesi zor olan mallara sahip olması durumunda, tercih edilecek bir tasfiye şeklidir. Malvarlığının terki suretiyle konkordato tasfiye tamamen alacaklılara ve onların seçeceği ehil konkordato tasfiye memurlarına bırakılmış olacağından, alacaklılar borçlunun mevcudunu en uygun şartlarla paraya çevirip alacaklarını mümkün olduğu kadar yüksek bir oranda tahsil edebilmek için gayret göstereceklerdir. Oysa, bilin-

15 4949 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet gerekçesi. Gerekçede de belirtildiği üzere, bu konkordato türünde, konkordatonun tasdikine kadar olan süreç, iflâs dışı konkordato hükümlerine benzemektedir; buna karşılık, tasdikten sonraki süreç büyük ölçüde iflâsa benzemektedir. Bu sebeple, bu konkordato türünün konkordato ile iflâsa ilişkin hükümlerin “kombine bir şekli olduğu” ifade edilmiştir (**Altay**, s. 502, 505–506).

16 **Atalay**, Konkordato Hukukundaki Değişiklikler, (Türkiye Bankalar Birliği Tarafından Düzenlenen Abant Konferansı, <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans/abant> adresinden) (Erişim Tarihi, 24.2.2009); **Altay**, s. 506; 4949 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet gerekçesi. Malvarlığının terki suretiyle konkordato, çeşitli bakımlardan tasnife tabi tutulmuştur. Örneğin, a) Sözleşmedeki taahhütlerin miktarına göre, basit - mürekkep terk, b) Terkin yapılacağı kimseler bakımından, doğrudan terk – üçüncü şahıs eline terk, c) Borçlunun alacaklılarına vermeyi borçlandığı hakların niteliği bakımından, mülkiyetin terki – tasfiyenin terki, d) Terkin icra şekli bakımından, şekle bağlı terk – şekle bağlı olmayan terk e) Terkin kapsamı bakımından kısmi terk- tam terk... Malvarlığının terki suretiyle konkordatonun türlerine yönelik ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Ercan**, s.108 vd.; **Arar**, s. 342-346.

17 **Kuru-Seminer**, s. 132; **Altay**, 503; **Tanrıver**, s. 20; **Tanrıver/Deynekli**, s. 46; 4949 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet gerekçesi.

diği üzere, iflâsın tasfiyesinde iflâs alacaklıları tasfiyeye yabancılaşmakta, onun için müflisin malları çok kere düşük fiyatla satılmakta ve bundan hem alacaklılar hem de müflis zarar görmektedir. İşte bu nedenlerle ve İsviçre'de genellikle olumlu sonuçlar verdiği düşünülen uygulaması da göz önüne alınarak, mevcudun terki suretiyle konkordatonun İcra ve İflâs Kanununa alınması kabul edilmiştir¹⁸.

II. ÇALIŞMANIN AMACI

Malvarlığının terki suretiyle konkordato, özellikle İsviçre ile birlikte, birçok Güney Amerika ülkesinde, Yunanistan'da, Belçika'da, İngiltere'de, Avusturya'da, İtalya'da bağımsız bir hukukî kurum olarak benimsenmekte ve uygulama alanı bulmaktadır. Yine, belirtildiği üzere, özellikle, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi de dâhil olmak üzere birçok hukuk sistemi tarafından kabul edilen ve uygulama alanı bulan malvarlığının terki suretiyle konkordatonun, Fransız kökenli olduğu; başlangıcının da 17. yüzyılın sonlarına rastladığı belirtilmektedir¹⁹.

Kısaca, pozitif düzenleme serüveni ve gereği konusunda 4949 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan tüm açıklamalar, şu andaki mevcut pozitif durumu ifade etmekte ve belki de bu duruma gelmede temel taşları olarak kabul edilebilecek son yüz yılı kapsamaktadır. Belirtmek gerekir ki, malvarlığının terki suretiyle konkordatonun 17. yüzyıl Fransız uygulamasına dayandığı; Fransız hukuku temel alınarak diğer hukuk sistemlerine aktarıldığı da yanıl-

¹⁸ Bkz. 4949 sayılı Kanunun malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin Hükümet gerekçesi.

¹⁹ Bu konuda bilgi için bkz. **Papa, Gildo**: Die Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabwertung, Diss. Bern 1941, s. 23, dn.1; ayrıca bkz. **Ercan**, s.53 vd.; **Ulukapı, Ömer**: Konkordatonun Feshi, Konya 1998, s. 21, dn.128; **Deli-duman, Seyithan**: Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, (İstanbul Barosu Dergisi, 2004/3), s. 1032, dn.2.; **Berkin**-Konkordato, s. 119-120; Necmeddin M. **Berkin**, "Konkordatonun Hükümleri", İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 11, Yıl: 1949, s. 655-656 (Berkin-Konkordatonun Hükümleri).

01.01.1999 tarihinde yürürlüğe giren Alman Aciz Kanunu (Insolvenzordnung), Alman Konkordato Kanunu (Vergleichsordnung)'nu yürürlükten kaldırmıştır. Bu nedenle, malvarlığının terki suretiyle konkordato, Alman hukukunda, uygulanabilir başlı başına bir hukukî kurum olarak kabul edilmemektedir (**Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm**: Insolvenzrecht, München 2002, s. 40; ayrıca bkz. **Ercan**, s.74 vd.).

tıcıdır²⁰. Bu konuda, belki, modern pozitif düzenleme anlamında malvarlığının terki suretiyle konkordatoya Fransız hukukunun kaynak teşkil ettiği söylenebilir. Ancak, bu çalışmanın konusu olduğu ve ileride de açıklanacağı üzere, malvarlığının terki suretiyle konkordato uygulaması, pozitif düzenleme alanı bulması çok daha eskilere (Roma hukukuna) dayanmaktadır. Borç karşılığında, alacaklı ile borçlunun anlaşarak malvarlığını (ya da malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini) devretme gibi basit bir temele dayanan malvarlığının terki suretiyle konkordatonun ilk uygulamalarının daha eski toplumlarda aranması akla daha da yakın gelmektedir. Eğer bu konuda yeterli (inandırıcı, gerekçeli) açıklama yapılabilirse, kendi kendimize, belki de, şu gerçeği kabul etmeliyiz: En eski hukuk düzenlerinde dahi uygulama alanı bulan bir hukukî kurumu, Roma hukukunda genel kabul gören ismiyle “*cessio bonorum*”u; asırlar sonrasında, “*malvarlığının terki suretiyle konkordato*” ismiyle pozitif düzenlemeye kavuşturduk. Bu çalışma, genel olarak, İcra ve İflâs Kanunu’nda düzenlenen malvarlığının terki suretiyle konkordatonun madde madde açıklanmasından ziyade, malvarlığının terki suretiyle konkordatonun tarihi kökeni olarak ele alabileceğimiz “*cessio bonorum*”a, tarihi gelişim sürecinde bu hukukî kurumun günümüz pozitif hukuk düzenimize yansıma biçimine yöneliktir. Amacımız, “*cessio bonorum*”a yönelik açıklamaların, 4949 sayılı Kanunla düzenleme alanı bulan malvarlığının terki suretiyle konkordatoya yönelik düzenlemelerle ne ölçüde bağdaştığını göstermek; farklılıkları ortaya koymak; belki de pozitif düzenleme yaptığımız hukukî kurumun hiç de yeni olmadığını gözler önüne sergilemektir.

Kıta Avrupası hukuklarının büyük bir çoğunluğunu derinden etkileyen Roma hukukunda, cebri icra sistemi başlangıçta borçlunun öldürülüp parçalara ayrılması gibi zalimane yöntemlere müsaade etmişken, büyük aşama ve gelişmeler kaydederek, günümüz modern hukuklarında uygulanan malvarlığı üzerinde icra usulünü ortaya çıkarmıştır. Aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere, bu süreç içinde, iflâs tasfiyesine benzer biçimde, “*venditio bonorum*” denilen prosedür ile, borçlunun tüm malvarlığına el konulmakta; bunların satışı ile alacaklıların tatmini yoluna gidilmekteydi. Ancak, bu yol borçlunun aleyhine işlemekteydi. Zira tıpkı hukukumuzda olduğu gibi, iflâsın kamu

²⁰ Bu konuda özellikle, **Pape**, s. 23, dn.1. Haklı olarak belirtildiği üzere, malvarlığının terki suretiyle konkordatonun tarihsel geçmişi aslında Roma hukukuna kadar dayanmaktadır (**Ercan**, s.53).

hukuku bakımından sonuçlarına benzer tarzda yaptırımlara ve hatta ondan daha ağırına maruz kalınmaktaydı. “*Venditio bonorum*” yoluna başvurulduğunda, borçlu, “*infamis*”, yani, “şerefsiz” durumuna düşer; memuriyetten ve yüksek dereceli görevlerden mahrum olurdu. Şahsa karşı icranın ve *venditio bonorum*’un ağır sonuçlar doğurması, “*cessio bonorum*” denilen (ve malvarlığının terki suretiyle konkordatoya benzeyen) bir müessesenin doğumuna zemin hazırlamıştır. Buna göre, borçlu, tüm malvarlığını alacaklılara terk etmek suretiyle borçlarından, şahsına karşı yürütülen icradan ve “*venditio bonorum*”’un ağır neticelerinden kurtulmaktaydı. Konunun daha iyi anlaşılması bakımından, öncelikle, Roma icra hukukunun geçirdiği aşamaların bilinmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

III. ROMA HUKUKUNDA İCRA USULLERİ

A) Genel Olarak

İlkel dönemlerde, yani devletin bireyler arasındaki ihtilaflarla ilgilenmediği dönemlerde; bireyler, haklarını kendileri elde etme yolunu seçmekteydiler. Örneğin, Roma Devleti, ilk dönemlerinde bireyler arasındaki uyuşmazlıklarla ilgilenmemiş, sadece kendisi için önemli gördüğü olaylarda kamusal gücü (devlet yetkisini) kullanmıştı. Bu bağlamda Roma devleti, vatana ihanet, bir aile babasına (*pater familias*) veya devlet başkanına suikast gibi sınırlı sayıdaki fiilleri koğuşturmuş; buna karşılık, bireyler arasındaki ihtilaflara müdahale etmemişti. Bu gibi durumlarda, bireylerin kendi haklarını kendilerinin elde etmesi esasını benimsemişti. Oysa bilindiği üzere, çağdaş hukuk sistemleri ve bu arada hukukumuz, haklı olarak, bu gibi fiilleri suç saymıştır. Borçlu ile alacaklı arasında var olan mücadelenin tarihsel sürecine bakarak, ilk zamanlarda maddî hukuk anlayışının hâkim olduğunu; bu nedenle, alacaklıların alacaklarına kavuşmalarında daha aktif rol oynadığını; bu rolün alacaklılara tanınan maddî hukuk temeline dayalı aynî haktan kaynaklandığının kabulü²¹ kronolojik bakımdan doğrudur. Ancak böyle bir tarihsel gelişimin nedenleri kendi içinde aranmalıdır. Tarihsel süreç içerisinde hukuk sistemlerinde malvarlığının tasfiyesinde maddî hukuk yaklaşımını ya da kamusal yaklaşımı (devletin etkin rolünü, kamusal prensipleri) üstün tutan düşüncenin uygulamaya yansımaları toplumsal yaşam koşullarından kaynak-

²¹ İflâs nedeniyle el koymanın hukukî niteliğine yönelik teorilerden “mülkiyetin devri teorisi”, “el koyma hakkı teorisi” ve “rehin hakkı teorisi” için bkz. **Başözen, Ahmet:** Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005, s. 26-58.

lanmaktadır. Zira hukukun biçimlenmesinde, toplumsal şartlar, etkin rol oynamışlardır. Ticaretle uğraşmanın küçültücü bir meslek dalı olarak görüldüğü ve daha çok azatlılar ve köleler tarafından icra edildiği Roma şehir devletlerinde, devletin, “adı” bir meslek olarak görülen ticaretin içine girerek alacakların tahsili süreci ile uğraşması da düşünülemezdi. Bu nedenle, tasfiye sürecine tümüyle alacaklılar hâkim olmakta, devlet kurumları geri planda kalmaktaydı. Zaman içerisinde ticaretin toplum yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olmasıyla birlikte, devletin alacakların tahsili, borçlunun malvarlığının tasfiyesi sürecindeki rolü artmış; devlet, kurumlarıyla birlikte bu süreçte yer almaya başlamıştır²². Devlet denilen organizasyonun temel görevlerinden birisini ifa etmemesi anlamına gelen, bireyler arasındaki ihtilaflara kayıtsız kalmak; devlet olma mantığıyla bağdaşmaz. Zira güçlü olan zaten hakkını alabilecek durumdadır. Esas olan, haklı olup da, güçlü olmayanın hakkını güçlüye karşı korumak; buna karşılık, güçlünün de hakkını alırken, meşru olmayan vasıtalar kullanmasına imkân tanımadan ve toplumu anarşiye sürüklemekten elde etmesini bizzat sağlamaktır. Nitekim “adalet mülkün (devletin) temelidir” özdeyişiyle anlatılmak istenen de budur. Daha açık bir ifadeyle, devleti devlet yapan, adaletin tesisidir. Bunun yolu ise, bireyler arasındaki ihtilaflara kayıtsız kalmamak ve adaleti tesis etmekten geçer. Devletin yapması gereken, önce haklıyı tespit etmek ve sonra haklının hakkını elde etmesini temin edecek kurallar vasıtasıyla hakkına kavuşmasını sağlamaktır.

Bu bilince tarihsel süreç içerisinde ulaşma çabası gösteren Roma Devleti de, tutumunu değiştirmiş ve kısmen de olsa bireyler arasındaki uyumsuzlukları, koyduğu kurallarla düzenlemiştir.

B) Roma Hukuku ve İcra Hukukunun Gelişim Safhaları

Cebri icra, alacaklının alacağını elde edebilmek için, başvurusu üzerine, borçludan olan alacağının, devlet vasıtasıyla tamamen ya da kısmen tatmini-ne denir. Esas olan, borçlunun borcunu kendiliğinden ifa etmesidir. Borçlu kendiliğinden borcunu ifa ederse, herhangi bir sorun söz konusu olmaz. Borçlu, borcunu kendiliğinden ödemediği takdirde, cebri icra yoluna başvurulur. Burada bizi ilgilendiren husus; bu cebrin ne şekilde tezahür edeceğidir.

²² **Schoch, Hans:** Die juristische Natur der Pfändung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs, Uni-Zürich Diss., Zürich 1940, s. 43-44; **Umar, Bilge:** İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir, 1973, s. 237; **Başözen,** s. 56-57.

Acaba, devlet, cebri icrayı borçlunun şahsına yönelik olarak mı tatbik edecek? Yoksa borçlunun mallarına yönelik olarak veya her ikisine birlikte mi? İşte bu noktada, önemli olan ayırım söz konusu olmaktadır: “Şahıs üzerinde icra” ve “malvarlığı üzerinde icra”.

Bu ayırım, tarihsel süreç içerisinde değerlendirildiğinde, bir hukuk sisteminin çağdaş olup olmadığı yönünde bir kriter olma özelliğine sahiptir. İlk dönemlerde “şahıs üzerinde icra” genel geçer bir uygulama iken; ilerleyen dönemlerde, cebri icranın hedefi borçlunun şahsı yerine, malvarlığı olmuştur. Zaten, asıl amaç, borcun ifasını temin olunca, icranın da zorunlu olarak, borçlunun malvarlığına yönelmesi gerekir²³. Oysa şahıs üzerinde icranın bu tür bir fonksiyonundan söz etmeye olanak yoktur. Şahıs üzerinde icra, alacağın elde edilmesi değil, olsa olsa alacaklının şahsi kininin ve intikam hissini tatmini sonucunu doğurur. Bu tür ilkel içgüdülerin tatmininde, devletin aracı olmasının kabul edilebilir ve savunulabilir bir yönü olmadığı açıktır.

Roma hukukunun tarihi gelişimi içinde icra usulleri şu safhalardan oluşur:

1- Manus Iniectionem (XII Levha Kanunu Dönemi: MÖ 451-MÖ 326)

XII Levha Kanunu, M.Ö. 451 yılında kurulan özel bir hükümet tarafından hazırlanmış ve on levha üzerine yazılmış kanunlardan oluşmaktaydı. Daha sonra, M.Ö. 449 yılında buna iki levha daha eklenmişti. XII Levha

²³ Cebri icranın borçlunun malvarlığına yönelmiş olması hususunda üç istisnadan söz edilmektedir. Bunlar:

1. Aynen ifa prensibi gereğince, konusu borçlunun bir şeyi yapmasına ya da yapmamasına ilişkin istemler,
2. Sınırsız sorumluluk hallerinde İİK'nun 82. maddesi gereğince, haczedilemeyen ve iflâs masasına girmeyen malları,
3. Hapisle tazyik öngörülen haller (örneğin, İİK. m. 76, 340), (bkz. **Umar**, s. 6-8).

Ancak, üçüncü durum olarak gösterilen istisnaya katılmaya olanak yoktur; zira kanun koyucunun buradaki amacı, borcunu ödemeyen veya ödeyemeyen borçluyu cezalandırmak veya şahsını bundan sorumlu tutmak değildir. İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen bu suçların temel amacı, borçluyu belli davranışlarda bulunmayı sağlamaktan öteye bir anlam taşımaz. Bir başka anlatımla, burada cezalandırılan husus, borçlu olmak veya borcunu ifa etmemek değil, örneğin borçlunun malları üzerinde kolaylıkla haciz yapılabilmesi için belirlenen sürede mal beyanında bulunmasını sağlamaktır. Nitekim anılan cezalar, hiç malı olmadığı halde, bunu beyan edenlere uygulanmamaktadır. Dolayısıyla, bu hükümler inzibatidir.

Kanununa kadar olan dönemde, sınırsız intikam düzeni hâkimdi; yani, bu dönemde, alacaklı borçlusuna yönelik öldürme, işkence yapma vs. gibi her türlü hakka sahipti²⁴.

XII Levha Kanununda yer alan düzenlemelere ilişkin bilgi, iki kaynaktan elde edilmektedir. Bunlardan ilki birinci yüzyılda yaşamış olan **Gellius**'un “*Atina Geceleri*” isimli eseri, ikincisi ise, **Gaius**'un *Institutiones* adlı eseridir²⁵.

XII Levha Kanunu'nun üçüncü levhası, borçların icrasını düzenlemektedir²⁶. Burada yer alan düzenlemeleri şöyle sıralamak mümkündür: Her şeyden önce, borçlunun bu icra prosedürüne tabi tutulabilmesi için; borçlu olduğunun sabit olması gerekiyordu. Bu ise iki şekilde görülürdü; ya borçlu, yapılan yargılama neticesinde mahkûm edilmiş olmalıydı veya *praetor* önünde borcunu ikrar etmiş (*confessio in iure*) olmalıydı. Bu iki koşuldan birinin varlığına rağmen, borcunu ödemeyen borçluya karşı, alacaklı, hükmü cebir yoluyla icra ettirirdi. Bu durumdaki borçluya, borcunu ödemesi için otuz günlük bir süre tanınırdı. Tanınan bu süre zarfında borçlu borcunu ödemezse, alacaklı onun şahsı üzerine el koymaya (*manus iniectio*) hak kazanırdı. *Legis actio per manus iniectioem* olarak adlandırılan bu dava şekli, Roma hukukunda bilinen bütün kanunî dava şekillerinin en eskisiydi²⁷.

Manus iniectio (borçlunun şahsı üzerine el koyma) şu şekilde cereyan ederdi: Otuz günlük sürenin geçmesinden sonra alacaklı, borçluyu nerede bulursa yakalar ve *magistra* önüne getirerek ona el koyduğunu beyan ederdi. Borçlunun, bu durumda, kendini “borçlu olmadığı” şeklinde savunması mümkün değildi; zira onun borçlu olduğu, mahkûmiyet kararı veya ikrar ile sabittir. Borçlu, yalnızca böyle bir mahkûmiyet kararının bulunmadığını veya borcu ödediğini iddia edebilirdi. Bu iddiaları dahi kendisi yapamaz,

24 **Schwarz, Andreas B.:** Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1945, s. 95; **Türkoğlu-Özdemir, Gökçe:** Roma İcra Hukuku, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, 2004, s. 134-135.

25 **Rado, Türkân:** Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı, İÜHFİM, 1944/1-2, s. 232 (Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra).

26 III. Levha'ya ilişkin metinler için bkz. **Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra**, s.232-233.

27 **Umur, Ziya:** Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987, s.237 (Umur-Ders Notları); **Umur, Ziya:** Roma Hukuku -Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, İstanbul 1984, s.537 (Umur-Tarihi Giriş); **Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin:** Roma Usul Hukuku, İstanbul 1985, s.16.

ancak bir kefil (*vindex*) vasıtasıyla dile getirebilirdi. Bu iddiaların haksız çıkması durumunda kefil, mahkûmiyet miktarının iki mislini ödemek zorunda kalırdı²⁸.

Bu aşamalarda bir sorun çıkmazsa, yani *magistra* işlemde bir eksiklik görmezse, “*addico*” kelimesini söylerdi. Bu, alacaklının borçluyu hakimiyeti altına almasına muvafakat beyanı niteliğindedir. Bu durumda da, borçlu hükmü yerine getirmezse veya bir kefil de bulamazsa, alacaklı onu evine götürür ve zincire vurarak hapsederdi²⁹. Ünlü Roma tarihçisi **Titius Livius**, soyluların (*patricii*) evlerinin birçoğunun, borçlularla dolu birer hapishaneye dönüştüğünü nakletmektedir³⁰.

Bu şekilde zincire³¹ vurulan borçlu, altmış gün süreyle hapsedilebilirdi. Bu altmış günlük süre içinde alacaklı, borçluyu birbirini takip eden üç pazar (çarşı) günü çarşıda *magistra* önünde durumu ilan etmek ve borçluyu kurtaracak bir kefil aramak zorundaydı. Eğer bir kefil bulamazsa, borçluyu Tiber nehrinin ötesinde bir köle gibi satabilir veya öldürebilirdi³².

XII Levha Kanunu’na göre; alacaklılar birden fazla kişi ise, bunlar borçluyu öldürüp, alacağı oranında parçalara ayırarak hisselerine düşen kısmı alabilirdi. Hatta bir alacaklı hissesinden fazla kısmını kesmişse, bundan ötürü sorumlu tutulmazdı³³.

28 **Umur-Ders Notları**, s.238; **Umur-Tarihi Giriş**, s.537; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s.16; **Türkoğlu-Özdemir**, s. 137.

29 **Schwarz**, s.94; **Umur-Ders Notları**, s. 238; **Umur-Tarihi Giriş**, s.538.

30 **Umar**, s.60.

31 Bu zincirin azami 15 libre (yaklaşık 7,5 kg) olması gerekirdi ve alacaklı, borçluya günde asgari yarım kg. un vermekle mükellefti. Bkz. **Schwarz**, s.94; **Umur-Ders Notları**, s.238; **Umur-Tarihi Giriş**, s.538; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s.16; **Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra**, s.235.

32 **Schwarz**, s. 94; **Umur-Ders Notları**, s. 238; **Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra**, s. 236; **Türkoğlu-Özdemir**, s. 138-139. Roma hukukuna göre, yurttaş köle olamaz ve köle muamelesi göremezdi. Bu sebeple, Tiber nehrinin öte tarafı Roma dışı sayıldığından, bu işleme olanak tanınmıştı. İlginçtir ki, borç için adam öldürülmesinde mahzur görmeyen Romalılar, Roma vatandaşının köle olmasını milli hassasiyetlerine aykırı saymışlardı; bkz. **Umar**, s. 61 dn. 11.

33 **Schwarz**, s. 94; **Umur-Ders Notları**, s. 238; **Rado, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, İstanbul 1992, s. 29 (Rado-Roma Hukuku).

XII Levha Kanunu’nda yer alan bu hükümlerin, daha ilkel dönemlere oranla, bir ilerleme olduğu ifade edilmiştir. Yapılan bu saptamada, *manus iniectio* prosedürünün ilk aşamalarına dayanılmıştır. Örneğin, borçluya otuz günlük süre tanınması, çarşıya çıkarılıp kefil aranması, ilan yapılması vs. gibi hususların bir ilerleme olduğudur³⁴. Yoksa borçluyu öldürüp parçalama yetkisi içeren düzenlemelerin gerçekte bir ilerleme olduğu düşünülemez.

XII Levha Kanununun bu hükümlerine ilişkin olarak, bunların aslında kölenin satış bedelinin taksimine ilişkin olduğu³⁵ veya borcunu ödemeyen kişilerin cehennem ilahlarının gazabına maruz kalmasını temenniden ibaret olduğu³⁶ ifade edilmekte ise de, bu görüşlere katılmaya olanak yoktur. Zira metinde *partes secanto* (parçalara bölünsün) denmekte ve “*hissesinden fazla parça kesenin sorumlu tutulamayacağı*” ifade edilmektedir ki, bunları, bu görüşle telif etmek imkânsızdır. Aksi halde, hukuk düzeninin müşterek alacaklılardan birinin diğerinin hissesine tecavüz etmesine cevaz verdiği gibi kabul edilemeyecek bir anlam ortaya çıkar³⁷.

Borçlunun *pleb* sınıfına dâhil olması durumunda, bu tazyik imkânının mümkün olduğu, buna karşılık, borçlunun *patricii* (soylu) sınıfından olması durumunda uygulanamayacağı ifade edilmektedir³⁸. *Manus iniectio* altındaki borçlu, bazı yönlerden köle gibi ise de, hür kişi niteliğini kaybetmiyordu. Nitekim hak ehliyetini kısıtlayan “*capitis deminutio*”ya uğramıyor, malvarlığı ve ailesi üzerinde sahip olduğu haklar alacaklıya intikal etmiyor ve niha-

34 Schwarz, s. 95; Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra, s. 237.

35 Bu görüşte olan Avrupalı Roma Hukukçuları için bkz. Umar, s. 61 dn. 12; Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra, s. 236–237.

36 Bu görüş için bkz. Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra, s. 237; Türkoğlu-Özdemir, s. 139 dn. 38.

37 Alacaklıların birden fazla olması durumunda, tutuklu borçluyu öldürdükten sonra alacakları oranında paylaşmaları XII Levha Kanunlarından cebri icrayı düzenleyen III. Levhaya dayandırılmaktadır. Bu durumun gerçekliği konusunda şüpheler bulunsa bile, bir alacaklının kendi payına düşen kısmı borçlunun yakınlarına vermemek yoluyla, borçlunun yakınlarının borcu ödemeye zorlanması, parçalara ayrılan ceset karşılığında alacaklılara borcun ödenmesi noktasında bir zorlama aracı olarak düşünülmüş olabileceği ileri sürülmektedir. Çünkü Roma inanışlarına göre, ölen bir kişinin gömülmemesi, dini sakıncalar ortaya çıkarmaktaydı (Kaser, Max: Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch, München 1992, s. 360; Kaser, Max: Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966, s. 101).

38 Umar, s. 62, dn. 13.

yet borcunu ödemesi durumunda azatlı sayılmayıp, hür kişi kabul ediliyordu³⁹.

İlginçtir ki, bu dönemde borçlunun sadece şahsına yönelik zorlama imkânları kabul edilmiş, buna karşılık, borçlunun malvarlığı üzerinde alacaklıya herhangi bir hak tanınmamıştı⁴⁰. Yani borçlu, borcuna yetecek malvarlığına sahip olmasına rağmen, *manus iniectio*'nun tüm tehlikeli sonuçlarını kabullenip borcunu ödemeye yanaşmazsa, ona karşı yukarıda sayılan tazyik imkânı uygulanabilecek; buna karşılık yine de malvarlığına dokunulamayacaktı. Bu durumda borçlunun malvarlığına ne olacağı konusunda kaynaklarda açık herhangi bir bilgiye rastlanmamaktadır⁴¹.

Manus iniectio usulü, bir takip usulü olarak borcun ödenmesini sağlamadığı gibi, toplumda sayıları gittikçe artan bir köle sınıfının oluşmasına yol açmış; ilkel ve ahlak dışı bir takip usulü olarak kalmıştır⁴².

2- Actio Iudicati (Lex Poetelia Kanunu: MÖ 326- MÖ 118)

Legis actio (kanunî dava şekilleri) usulünde geçerli olan *legis actio per manus iniectioem*'in yerini, *formula* usulünde, özellikle *Lex Poetelia* adlı bir Kanunla (MÖ 326) getirilen düzenlemelerle, *actio iudicati* denilen “icra davası” almıştır. Çünkü *manus iniectio* şahıs üzerinde uygulanan ve çok sert bir icra usulü idi. *Actio iudicati* ise, buna oranla daha yumuşak olmakla birlikte, yine de şahıs üzerinde cebri icra olma özelliğini devam ettiriyordu⁴³. *Actio iudicati*, şu şekilde uygulanmaktaydı:

Bu usulde, alacaklının borçluyu öldürmesi, zincire vurması veya köle olarak satması gibi zalimane imkânlar elinden alınmıştı⁴⁴. Bu icra davası da, diğer davalarda olduğu gibi, *praetor*⁴⁵ beyannamesinde (*edictum*) belirtil-

³⁹ Umar, s. 62-63.

⁴⁰ Berkin-Konkordato, s. 21; Umar, s. 62; Berkin, Necmeddin M.: Konkordato ve İflâs, İstanbul Barosu Dergisi, 1939/3, s. 142-143 (Berkin-Konkordato ve İflâs).

⁴¹ Kaser-Das römische Zivilprozeßrecht, s. 105, dn. 14.

⁴² Berkin-Konkordato, s. 22; Berkin-Konkordato ve İflâs, s. 142.

⁴³ Di Marzo, Salvatore: Roma Hukuku, (Çev. Ziya Umur), İstanbul 1959, s. 133.

⁴⁴ Schwarz, s. 95; Rado-Roma Hukuku, s. 30.

⁴⁵ *Praetor*, aslında önden giden, kumandan anlamlarına sahipti. Ancak zamanla MÖ 367'de kurulan üçüncü *consul*'lüğü üstlenen *magistra*'ya verilen bu ad sadece onun tarafından

mişti⁴⁶. *Formula* usulünün genel karakteristiği olduğu üzere, burada da mahkûm olan borçlu aleyhine karar, bir para borcuna mahkûmiyeti içeriyordu. Şayet borçlu, otuz gün içinde borcunu ödemezse, davayı kazanmış olan alacaklı, bu kez *actio iudicati* denilen icra davasını açar ve davalıyı *magistra* huzuruna davet ederdi. Alacaklı, burada, *magistra*'dan kendilerine bir hâkim tayin edilmesini isterdi⁴⁷. Ancak, buradaki hâkim, resmi bir devlet memuru değil, özel bir şahıstı. Bu aşama, çoğunlukla, davalının mahkûmiyetini ikrar (*confessio*) etmesiyle son bulurdu; zira önceden verilmiş mahkûmiyet kararına karşı, borçlunun borçlu olmadığını ileri sürmesi gibi bir imkân söz konusu olamazdı⁴⁸. Bu durumda borçlu, sadece mahkûmiyet kararının bulunmadığını, mahkûmiyet kararının herhangi bir sebeple bâtil olduğunu veya ilk mahkûmiyet kararından sonra borcunu ödemiş olduğunu ileri sürebilirdi. Bu iddialarında haksız çıkması durumunda ise, mahkûmiyet konusunun iki misline mahkûm edilirdi⁴⁹.

Actio iudicati ile *magistra* önüne getirilen ve borcunu ikrar eden veya itiraz edip de, itirazı hükümden düşürülen davalı (borçlu), mahkûm edildiği borcu derhal ödemezse, alacaklı *magistra*'dan borçlu üzerine egemenlik kurma hakkının kendisine tanınmasını talep ederdi. Bu hakkın tanınmasıyla, alacaklı, borçlunun şahsı üzerinde icraya geçerdi⁵⁰. Bu egemenliğin kapsamına borçluyu öldürmek, zincire vurmak veya köle olarak satmak gibi hususlar girmezdi. Alacaklıya tanınan yetki, borçluyu kendi özel hapisanesine götürüp, borcuna karşılık gelecek kadar (köle olarak) çalıştırmaktan ibaretti. Doğal olarak, borç sona erince, borçlu yine eski statüsüne kavuşmaktaydı⁵¹.

kullanılır olmuş ve Roma vatandaşlarının hukuk alanındaki işleri ile ilgilenen bu kişilere *praetor urbanus* adı verilmiştir. Bu konuda bkz. **Lateinisch-Deutsch, Ausführliches Handwörterbuch**, Berlin 2002, s. 1898.

46 **Umur-Ders Notları**, s. 268; **Karadeniz-Çelebican, Özcan: Roma Hukuku**, Ankara 2005, s. 309.

47 **Di Marzo**, s. 133; **Umur-Ders Notları**, s. 268; **Karadeniz-Çelebican**, s. 310.

48 **Umur-Ders Notları**, s. 268; **Karadeniz-Çelebican**, s. 310.

49 **Di Marzo**, s. 133; **Umur-Ders Notları**, s. 269; **Karadeniz-Çelebican**, s. 310–311; **Tahiroğlu/ Erdoğmuş**, s. 35.

50 **Umur-Ders Notları**, s. 269; **Karadeniz-Çelebican**, s. 311.

51 **Von Woess, Friedrich: Personalexecution und cessio bonorum im römischen Reichrecht**, (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 1922/43, s.485–530) s. 502, dn.1; **Di Marzo**, s. 133; **Schwarz**, s. 95; **Rado-Roma Hukuku**, s. 30.

Actio iudicati ile cebri icranın, alacaklının alacağını elde etmesine yönelik bir boyut kazandığını görmekteyiz. Gerçekten de, *manus iniectio* ve *actio iudicati*'nin ortak özelliği, şahıs üzerinde icra olmasına rağmen, *manus iniectio*'nun alacaklının intikam hissini tatmine yönelik olduğu, buna karşılık *actio iudicati*'nin alacağın elde edilmesine yönelmiş olduğu görülmektedir. Bu ikinci sistem, esasında, cebri icranın “olması gereken” amacına doğru bir yönelme sayılabilir. Belirtilmelidir ki, bu sisteme geçişte, insanî duyguların ağır basmasından ziyade, toplumda sayıları gittikçe artan köle sayısı sebebiyle, artık bunlara alıcı çıkmamasının etkili olduğudur⁵².

3- *Bonorum Venditio* (MÖ 118-?)

Yukarıda açıklanan ilk iki aşama borçlunun şahsını hedef tutmaktaydı. MÖ 118 yılından itibaren, bu çizgide bir sapma; daha doğru bir ifadeyle, bir iyileşme ve gelişme görmekteyiz. Bu yenilik, Roma hukukunun diğer alanlarında olduğu gibi, yine *praetor*'ların faaliyeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan tarihte, *praetor Rutilius Rufus*'un⁵³, belli konularla sınırlı olmak üzere, malvarlığı üzerinde icra usulüne imkân tanıdığını görmekteyiz. Bu usule, özellikle borçlunun saklanması, bulunamaması (gaipliği) ya da mirasçı bırakmaksızın ölmesi durumlarında başvurulabiliyordu⁵⁴.

Bu usulde, borçlunun mallarına alacaklılar tarafından el konulmakta ve alacaklarını elde edebilmek için bu malları satıp, bedelini paylaşmaktaydılar⁵⁵. Başlangıçta, sadece borçlunun gaipliği, saklanması veya mirasçı bırakmadan ölmesi durumunda istisnaen başvuru olan bu usul, zamanla borçlunun borcunu ikrar etmesine veya mahkûm olmasına rağmen ödememesine de uygulanır olmuştur⁵⁶.

Bonorum venditio usulünün uygulanabilmesi için, şu koşullardan birinin varlığı gereklidir:

⁵² Berkin-Konkordato, s. 22.

⁵³ Karadeniz-Çelebican, s. 311; Umar, s. 63; Umur-Tarihi Giriş, s. 600.

⁵⁴ Karadeniz-Çelebican, s. 311.

⁵⁵ Woess, s. 520; Karadeniz-Çelebican, s. 311.

⁵⁶ Çelebican, s. 311.

a) Borçlu, duruşmaya geldiği halde, kendisini savunmazsa, mahkûm olmuş borçlu olarak kabul edilir ve kendisine karşı *bonorum venditio* uygulanır⁵⁷.

b) Yargılamanın yapılacağı günde, borçlu duruşmaya gelmezse ve temsilci de göndermezse gaip sayılırdı. Temsilci gelmesine rağmen, kanunen aranan teminatı yatırmazsa, yine gaip sayılır ve borçluya karşı *bonorum venditio* uygulanırdı⁵⁸.

c) Borçlu, mirasçı bırakmadan ölürse⁵⁹ veya mirası bütün mirasçılar tarafından reddedilirse yahut mirası kabul edilip de kabul eden mirasçının ödeme gücü şüpheli olursa ve bu mirasçı teminat gösteremezse⁶⁰, kendisine karşı *bonorum venditio* uygulanırdı.

d) Borçlunun ikrarı veya borçtan ötürü mahkûm olması halinde, ikrar veya mahkûmiyet tarihinden itibaren otuz gün geçmesine rağmen borcu ödememesi durumunda *bonorum venditio* uygulanırdı⁶¹.

e) Roma hukukunda hak ehliyetinin koşulu olan üç “*status*”dan birinin ortadan kalkması durumuna *capitis deminutio* denir. Bu durumda, sözleşmeden doğan ve sözleşme dışı olan bütün borçlar sona ererdi. Bu durumda, alacaklıların hakkı sona ermekteydi. Bu adaletsiz sonucu engellemek için; *praetor*’lar bir *fictio* (faraziye) yoluyla, sanki ilgili kişi o hukukî duruma düşmemiş gibi ona karşı *bonorum venditio* uygulanırdı. Bu şartlardan birinin varlığı durumunda, alacaklılardan birinin *praetor*’a başvurması gerekiyordu. Ancak, sonuçtan tüm alacaklılar yararlanıyordu. Başvuruyu yapan alacaklının diğerlerine oranla bir rüçhan hakkı söz konusu değildi. Fakat bu imkân sunulduğu esnada alacaklı olanlar, sonradan bu sıfatı kazananlara karşı rüçhan hakkı elde ederdi⁶².

Praetor’a yapılan ilk başvurunun amacı; bir tür ihtiyati tedbir elde etmektir. Talebin içeriği de, malların zilyetliğini elde etmekten ibaretti. Zilyet-

57 **Umur-Tarihi Giriş**, s. 600; **Umar**, s. 64.

58 **Umar**, s. 64.

59 **Karadeniz-Çelebican**, s. 311.

60 **Umar**, s. 65; **Umur-Tarihi Giriş**, s. 600.

61 **Umur-Tarihi Giriş**, s. 600.

62 **Umar**, s. 65.

liği elde etmekteki amaç, bu malların kaçırılmasını veya gizlenmesini engellemektir⁶³. Roma hukukunda alacaklıların *praetor* vasıtasıyla borçlunun malvarlığına el koymaları şeklinde işleyen bu sistem ile alacaklılar lehine el konulan malvarlığı üzerinde bir tür rehin hakkının varlığı kabul edilmekteydi⁶⁴. Ancak bunun olabilmesi için, *praetor*'un el koyma kararı tek başına yeterli olmamakta; ayrıca, alacaklıların borçlunun malvarlığına fiilen el koymaları da gerekmektedir. Bu şekilde alacaklılar, borçlunun tüm mal ve hakları üzerinde değil; sadece, fiilî olarak el koydukları belirlenmiş mal ve hakları üzerinde rehin hakkına sahip olmaktadır. Bu nedenle, Roma hukuk sisteminde alacaklıların borçlunun mal ve hakları üzerinde elde ettiği bu hakka, “*hypotheca* (taşınmaz rehni-ipotek) yerine, akıllıca bir ifadeyle, “*pignus praetorium* (teslim şartlı *praetor* rehni)” denilmekteydi⁶⁵. Daha sonraları, *praetor* rehniinde söz konusu olan *praetor*'un vermiş olduğu el koyma kararına ilave olarak, borçlunun mal ve hakları üzerinde alacaklıların zilyetliğe sahip olmaları şartının aranmadığı, bu konuda *praetor* tarafından borçlunun malvarlığına yönelik olarak el koyma kararının verilmesinin yeterli olacağı, bu şekilde borçlunun malvarlığı üzerinde kendiliğinden zilyet-

⁶³ Umur-Ders Notları, s. 269; Türkoğlu-Özdemir, s. 148.

⁶⁴ Alman iflâs hukukunda (InsO ve KO), açık bir biçimde, iflâsın açılmasıyla borçlunun el konulan malvarlığı üzerinde alacaklılar lehine bir rehin hakkının kurulduğu şeklinde bir düşünceye sevk edecek düzenleme bulunmamakla birlikte, haczin alacaklı lehine aynı bir hakkın doğumuna yol açtığından yola çıkılarak (ZPO § 804); iflâs halinde de, aynı sonuca varılması gerektiği savunulmuştur. Özellikle, ZPO § 804 göz önünde tutularak, alacaklıların hacizli mal üzerinde rehin hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Haczin uygulanmasıyla alacaklı lehine, hacizli mal üzerinde bir imtiyaz hakkı doğmaktadır ki; buna, “haciz rehin hakkı (Pfaendungs pfandrecht)” denilmektedir. ZPO § 804'e göre, haciz rehin hakkı; haczi ilk uygulatan alacaklıya, (aynı mal üzerinde daha sonra haciz koydurmuş olan) diğer alacaklılar karşısında, sözleşmeye dayanan bir rehin hakkı varmış gibi, alacağına aynı bir imtiyaz hakkı kazandırmaktadır. Eğer hacizli mal, o mala haciz koydurmuş tüm alacaklıların alacağını karşılamaya yetmez ise, haczi ilk uygulatan kişi ZPO § 804'ün sağladığı öncelik ilkesinden faydalanır; alacağına diğer alacaklılardan öncelikli olarak kavuşur (Haciz rehin hakkı için bkz. **Arens, Peter/Lüke, Wolfgang:** Zivilprozessrecht-Erkenntnisverfahren - Zwangsvollstreckung, München 1992, s. 404-405; **Musielak, Hans-Joachim:** Grundkurs ZPO, München 1995, s. 341-342; **Thomas, Heinz/Putzo, Hans:** Zivilprozessordnung-Kommentar, München 2002, § 804, Anm.1-12, s. 1237-1238; **Zimmermann, Walter:** Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen- Kommentar anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Heidelberg 1995, § 804, Anm.1-4, s. 960-961; **Gerhardt, Walter:** Grundbegriffe des Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, Stuttgart 1985, s. 65-66.

⁶⁵ Bu konuda bkz. **Başözen**, s. 42-44; **Schoch**, s. 27-28; **Umar**, s. 231.

liğin kazanılacağı kabul edilmiştir⁶⁶. Yapılan talep üzerine *praetor*, alacaklıyı (alacaklılar birden fazla ise, bunlardan birini) malları geçici olarak yönetmekle görevlendirirdi (*curator bonorum*, malların kayyımı). Geçici haciz niteliği taşıyan bu işlem, ilanlar yoluyla herkese duyurulurdu. Bu ilanların iki fonksiyonu vardı: İlk olarak, varsa diğer alacaklıların katılımını temin etmek; ikinci olarak, borçlunun dostlarının bu borcu ödeyip ödemeyeceklerini araştırmaktı⁶⁷. Bu süreçte alacaklılar veya *curator bonorum*, borçlunun mallarının maliki değildir. Yani, *praetor*'un kararıyla mülkiyet karşı tarafa geçmemiştir⁶⁸. Bu kişiler, sadece “elde bulunduran (*detentor*)” durumundadırlar. Bu şekilde zilyetlik başladıktan sonra, otuz gün içinde borçlu, yakınları veya dostları tarafından borç ödenmezse, malların toptan satışı (*bonorum venditio*) yoluna gidilirdi. Otuz günlük sürenin sonunda, *praetor*, *curator bonorum*'u malları satmaya davet ederdi. Alacaklıların birden fazla olması durumunda, içlerinden birini *magister bonorum* olarak tayin ederdi⁶⁹ ve tayin edilen kişinin *praetor* tarafından onaylanması gerekiyordu⁷⁰. *Praetor*'un onayından sonra, *magister bonorum* tarafından satışın yapılacağı ilan edilir ve alacaklılar otuz gün geçtikten (borçlu ölmüşse 20 gün) sonra, *praetor*'a başvurarak “satış şartnamesi defteri”nin düzenlenmesi için izin alırlardı⁷¹. Bu defterde, borçlunun malları, alacaklıların kimler olduğu ve her birinin alacak miktarı gösterilirdi⁷².

⁶⁶ **Kohler**, J.: Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891, s. 101,107; **Kohler**, J.: Leitfaden des deutschen Konkursrechts für Studierende, Stuttgart 1893, s. 20; **Schoch**, s. 39; **Umar**, s. 235; **Başözen**, s. 52-53; Roma hukukunda alacaklıların borçlunun mal ya da hakları üzerinde zilyetliği kazanmasına “işgal (Occupatio)” vasfı verilirken; modern hukuk düzenlemelerine göre ise, iflâsın açılması kararıyla müflisin masa konusu malvarlığı üzerinde fiilî hakimiyet sağlanmasına (İİK m.208; 210), bu yolla masa konusu üzerinde alacaklıların idare ve tasarruf yetkilerini kullanmalarına “el koyma (Beschlagnahme)” adı verilmektedir (**Schoch**, s. 39); İflâs nedeniyle el koymada maddî hukuk yaklaşımlarının eleştirisi için bkz. **Başözen**, s. 28 vd.

⁶⁷ **Rado-Roma Hukuku**, s. 30; **Umur-Ders Notları**, s. 270; **Karadeniz-Çelebican**, s. 311.

⁶⁸ Roma ve günümüz (iflâs) hukuklarında, iflâsın açılmasıyla kendiliğinden oluşan iflâs masasına dâhil olan malvarlığı üzerinde alacaklıların mülkiyete yönelik maddî hukuk temeline dayalı hak kazandıkları; yani, iflâs nedeniyle el koymanın, mülkiyetin devri sonucuna yol açtığı şeklindeki görüş ve eleştiriler için bkz. **Başözen**, s. 26-34.

⁶⁹ **Umur-Ders Notları**, s. 270; **Rado-Roma Hukuku**, s. 30; **Umar**, s. 66.

⁷⁰ **Umar**, s. 66.

⁷¹ **Di Marzo**, s. 134; **Umar**, s. 66-67.

⁷² **Umur-Ders Notları**, s. 270; **Umar**, s. 67.

Bu işlemten on gün sonra, borçlunun mallarının açık arttırma yoluyla satışı yapılırdı. Açık arttırmada borçlunun tüm malvarlığı satışa sunulur ve arttırmada en çok pey ileri süren kişiye malvarlığı devredilirdi. Ancak, burada satışa konu olan borçlunun mallarının değeri değildi. Alacakların toplamının en yüksek oranının ödenmesi açık arttırmaya sunulmaktaydı. Malların bu şekilde satıldığı kişiye *bonorum emptor* denirdi ve bu kişi külli halef sayılırdı⁷³. Örneğin, borçlunun 400 *sesterz* borcu ve üç alacaklısı olduğunu ve ilk alacaklının 200 *sesterz*, diğer ikisinin 100'er *sesterz* alacağı olduğunu düşünelim. Burada açık arttırmaya çıkarılan borçlunun malvarlığına karşılık, 400 *sesterz* tutarındaki alacak miktarının ne kadarının ödeneceğidir. Bu durumda örneğin, % 50, %60 ve %70 olmak üzere üç pey ileri sürülmüşse, arttırma 70 pey ileri sürene yapılır. %70 pey süren kişi *bonorum emptor* olur ve ilk alacaklının alacağının %70'i yani 140 *sesterz*'ini, diğerlerinin ise 70 *sesterz*'ini ödemek suretiyle borçlunun malvarlığına sahip olur.

4- *Cessio Bonorum*

Cessio bonorum, çalışmamızın asıl konusunu oluşturduğundan, şimdilik kısa bir açıklama ile yetinilerek, ayrıntılı açıklama, malvarlığının terki suretiyle konkordato ile kıyaslama yapılırken ortaya konacaktır.

Daha önce de ifade edildiği gibi, *Augustus* zamanında kabul edilen "*Lex Iulia de Cessio Bonorum*" adlı Kanunla, yeni düzenlemeler getirilmişti. Bu düzenlemenin esası *venditio bonorum*'un ağır neticelerini önlemeyi hedef tutuyordu; zira *venditio bonorum*, borçluyu şerefsizliğe düşürüyordu; bunun ise çok ağır sonuçları vardı: Her şeyden önce, borçlu, toplum içinde tüm saygınlığını yitirdikten başka, yaşamının ileri dönemleri için de büyük kayıplara uğruyor; örneğin, kamu hizmetlerinden mahrum kalıyordu.

Bu Kanunla, borçlu, kendi rızasıyla, ödeme güçlüğüne düştüğünü açıklayarak bütün malvarlığını alacaklılarına terk etmek (*cessio bonorum*) suretiyle, şerefsizliğin ağır neticelerinden kurtuluyordu⁷⁴. Bunun yanı sıra, önemli bir başka avantajı da *beneficium competentiae* imtiyazından kayıtsız şartsız

⁷³ Umur-Ders Notları, s. 270; Rado-Roma Hukuku, s. 30; Umar, s. 67; Çelebican-Karadeniz, s. 351.

⁷⁴ Hörll, Ulrich: Das strafrechtlich geschützte Vermögen im Konkurs des Gemeinschuldners, Bonn 1998, s. 10; Umur-Ders Notları, s. 269; Rado-Roma Hukuku, s. 31.

yararlanmasıydı⁷⁵. Bu imtiyaz, borçlunun sadece kendi imkânları ölçüsünde mahkûm edilmesini ve şahsı üzerinde icrayı önleyen bir imtiyazdı. Bu imtiyazdan, *cessio bonorum* imkânına başvurmuş olanların dışında, örneğin, birbirine karşı eşler, azatlıya karşı efendi ve askerler yararlanabiliyordu⁷⁶. *Cessio*, borçlu ile alacaklılar arasındaki anlaşmayı, *bonorum* ise, borçlunun mallarının satışını ifade etmekteydi⁷⁷.

5- İmparatorluk Devrinde İcra

İmparatorluk devrinde, mallar üzerinde icra usulü yerleşti. Bugünkü sistemimize yakın bir şekilde, borçlunun borcuna yetecek kadar malı haczediliyor; bu mallar belirli süreler sonunda açık arttırma yoluyla satılıyor ve fazla kalan kısım borçluya iade ediliyordu. Bu dönemde icra, olması gereken kimliğine kavuşmuş; alacaklıların intikam hislerini tatmine değil, alacaklarına kavuşmalarına yönelmişti⁷⁸.

IV. ROMA HUKUKUNDA CESSIO BONORUM YA DA BİLİLEN ADIYLA “MALVARLIĞININ TERKİ SURETİYLE KONKORDATO”

A) Genel Olarak

Roma hukukunda cebri icra usullerine yönelik kısa açıklamalar, ilk devirlerde kural olarak borçlunun şahsına yönelik ilkel cebri icra uygulamalarının, tedricî olarak borçlunun malvarlığına yönelmesine yönelik seyir izlediğini göstermektedir. Bu seyre rağmen aşağıda açıklanacağı üzere şahıs üzerinde icra, belirtilen sürece ve metinlere rağmen her dönemde alacaklılarca başvuru edilen etkili bir alacağa kavuşma yöntemi olarak varlığını da sürdürmüştür; hatta toplum tarafından genel bir uygulama olarak kabul görmüştür.

Borçlu ile alacaklı arasında var olan mücadelenin tarihsel sürecine yönelik bu kısa açıklamalarda da anlaşıldığı üzere, ilk devir maddî hukuk anlayışı, zayıf durumda olan borçluyu tamamen alacaklıların eline ve insafına bırakmaktadır. Bu anlayışa göre alacaklılar, alacaklarına kavuşmalarında ta-

⁷⁵ Rado-Roma Hukuku, s. 31.

⁷⁶ Umur, Lügat, s. 28.

⁷⁷ Türkoğlu-Özdemir, s. 155.

⁷⁸ Rado-Roma Hukuku, s. 31

mamıyla aktif rol oynamakta; bu rolün, borçlunun malvarlığı üzerinde alacaklılara tanınan maddî hukuk temeline dayalı aynı hak ya da benzeri bir haktan kaynaklandığı genel kabul görmektedir⁷⁹. Zaman içerisinde ticaretin toplum yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olmasıyla birlikte, devletin alacaklıların tahsili, borçlunun malvarlığının tasfiyesi sürecindeki rolü artmış; devlet, kurumlarıyla birlikte bu süreçte yer almaya başlamıştır⁸⁰. Devlet denilen organizasyonun temel görevlerinden birisini ifa etmemesi anlamına gelen bireyler arasındaki ihtilaflara kayıtsız kalmak; devlet olma mantığıyla bağdaşmadığı gibi, kişinin hakkını bizzat alması sonucunu da doğurmaktadır; zira güçlü olan, zaten hakkını alabilecek durumdadır. Esas olan, haklı olup da, güçlü olmayanın hakkını güçlüye karşı korumak; buna karşılık, güçlünün de hakkını alırken, meşru olmayan vasıtalar kullanmasına imkân tanımadan ve toplumu anarşiye sürüklemekten elde etmesini bizzat sağlamaktır. Nitekim “adalet mülkün (devletin) temelidir” özdeyişiyle anlatılmak istenen de budur. Daha açık bir ifadeyle; devleti devlet yapan şey, adaletin tesisidir. Bunun yolu ise, bireyler arasındaki ihtilaflara kayıtsız kalmamak ve adaleti tesis etmekten geçer. Devletin yapması gereken, önce haklıyı tespit etmek ve sonra haklının hakkını elde etmesini temin edecek kurallar vasıtasıyla hakkına kavuşmasını sağlamaktır. Bu bilinci, tarihsel süreç içerisinde yakalamaya çalışan Roma Devleti de, tutumunu değiştirmiş ve bireyler arasındaki ihtilafları, koyduğu kurallarla düzenleme gayreti içerisinde olmuştur. Bu nedenle, ilkel dönemlerden sonraki devirlerde, devlet, alacaklıların tahsilinde doğrudan yarar sahibi olmasa da, alacaklıların ve borçluların birbirlerine karşı üstün hak ve yetkilerini kural koyma ve hukukî kurum yaratma suretiyle, devletin gücü ile dengeleme çabasına sahip olma eğilimini genellikle muhafaza etmiştir. Çünkü alacaklılık ile borçluluk sıfatları, yerine göre taraf çıkarlarının birleşebildiği bir alan olmasına karşın, yoğun çıkar çatışmalarının yaşandığı bir alan olma özelliğini de içerisinde barındırmaktadır⁸¹.

Devlet erkinin bu çabası, günümüz hukuk sistemlerine yansıyan bir takım yeni kurumların doğmasına da neden olmuştur. Diğer taraftan, alacaklılık ile borçluluk günümüze ait kavramlar değildir. Yine günümüz anlamında

⁷⁹ İflâs nedeniyle el koymanın hukukî niteliğine yönelik teorilerden “mülkiyetin devri teorisi”, “el koyma hakkı teorisi” ve “rehin hakkı teorisi” için bkz. **Başözen**, s. 26–58.

⁸⁰ **Schoch**, s. 43–44; **Umar**, s. 237; **Başözen**, s. 56–57.

⁸¹ **Köhn, Kai**: Veräußerungsgeschäfte des Insolvenzschuldners (§§ 80 I, 81 InsO), Hannover Uni-Diss. 2000, s. 64; **Başözen**, s. 95–97, 10–22.

genel kabul gören hukukî kurumların birçoğunun temelini ya da kökenine birtakım farklılıklarla da olsa ilkel toplumlarda da rastlamak mümkündür. Ancak Roma icra sisteminin özellikle özel hukuk prensiplerine kamusal prensiplerin de eklenmesiyle yaşanan hızlı gelişimi, hukuk biliminin ne kadar çok geliştiğine de tanıklık etmektedir. Hukukun yaşayan bu özelliği gereği, günümüz hukukî kurumlarına yönelik açıklamalar yapılırken, her durumda Roma hukuku prensiplerine ya da benzer sistemlere göndermelerde bulunulduğu da bilinen bir gerçektir. Bu yola başvurulmasında, kimi zaman hukukî kurumun eksik yönlerinin kapatılma çabasının yattığı yadsınamaz bir gerçekliktir⁸².

İşte bu sınırlılıklar çerçevesinde, 4949 sayılı Kanunla hukuk sistemimizde pozitif düzenleme alanı bulan malvarlığının terki suretiyle konkordato kurumunun temellerine (başka bir ifadeyle; bilinen en eski ilkel uygulama tarzına), İmparator *Augustus* tarafından çıkarılan MÖ 17 tarihli ‘*lex Iulia iudiciorum privatorum*’un bir hukukî kurum olarak düzenlenlediği “*cessio bonorum*”da rastlamaktayız⁸³.

B) Cessio Bonorum ya da Borç Karşılığında Malların Devri

1- Terminoloji ve Yöntem Sorunu

Roma yargılama ve icra hukukuna yönelik açıklamalar bir takım güçlükleri de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Uzunca bir zaman öncesine yönelik elimize ulaşanların yanında, fazla sayıda detaylardan da ulaşmamış olma ihtimali göz ardı edilemez. Bu nedenle, eski hukuk sistemlerine yönelik yapılan çalışmalarda, öncelikle, güvenilir ve açık metinlere ulaşma noktasında ümitsizlik, ister istemez kendini göstermektedir. Çalışmanın belirli bir noktasında yarı yolda hiç bir şey elde edemeden kalma ihtimali de bulunmaktadır. Roma kaynaklarına yönelik bilgiler, genellikle, daha sonra elde edilen Yunan kaynaklarına ve (güvenilirliği noktasında tam emin olunulamayan) papirüslere dayanmaktadır. Bu durum, ele geçen az sayıda bilgi kaynakları-

⁸² **Schoch**, s. 61; **Başözen**, s. 80. Bu tür çabaların, hukuk bilimini ileriye götürmeye hizmet edemeyeceği tartışma götürmez bir gerçektir. Ancak geçmişte, bazı hukuk düzenlerinde yer alan hukukî kurumlar, günümüz anlayış tarzına ne ölçüde uyarsa uysun, kendi tarihi içerisinde kendine özgü kurumlara ve genel amaçlara sahip olmuştur. O halde, bu kurumlara yönelik açıklamalar yapılırken, kendi sosyal gerçeklikleri içerisinde ortaya çıktıkları ve uygulandıkları gerçeği gözardı edilmemelidir.

⁸³ **Hörl**, s. 10; **Kaser**-Das römische Zivilprozeßrecht, s. 316 vd.

nın dikkatli bir incelemeye tabi tutularak kullanılmasını gerekli kılmaktadır⁸⁴.

Cessio bonorum'a yönelik bilinen en eski düzenleme, MÖ 17'li yıllara kadar geriye gitmektedir. *Cessio bonorum*, İmparator Augustus tarafından çıkarılan ve mahkemelerde yargılamaya yönelik kurallar içeren "*lex Iulia*" yoluyla, ilk defa hukukî kurum olarak düzenlenmiştir. *Cessio bonorum*, önceleri, sadece *şehir praetor*'ları tarafından bulunan bir mahkeme uygulaması (içtihadı)⁸⁵ niteliğindedir. Daha sonraları yapılan düzenlemelerle bu uygulamalar, diğer şehirlere de yayıldı. Bu uygulamaların temelinde, Romalıların, Romalılar üzerinde uyguladığı "*şahıs üzerinde icrayı*" bertaraf etmeye yönelikti. *Cessio bonorum*, uygulandığı zaman bakımından en önemli etkisini, malvarlığını borç yükümlülüklerine karşılık olmak üzere devreden borçluyu, şahıs üzerinde uygulanan icradan kurtarmasında göstermiştir⁸⁶.

2- *Cessio Bonorum* ve Şahıs Üzerinde İcra

Cessio bonorum teorik olarak şahıs üzerinde icranın engellenmesi fonksiyonunu ifa edecek bir hukuki kurum olarak ortaya çıksa da, Roma hukuk uygulamasında, ekseriyetle pratikte uygulana gelen şahıs üzerinde icranın *cessio bonorum* tarafından ne şekilde engellenebildiği de açıklanmaya ve araştırılmaya değer bir olgudur. Ayrıca pozitif düzenlemelerle yasaklanmasına ve (*venditio bonorum* gibi) alternatif hukukî kurumlar oluşturulmasına rağmen, Roma icra hukukunun gelişim safhalarının tamamında, azalarak olsa da şahıs üzerinde icra, en bilinen, etkili yöntemlerden biri olarak kabul görmüş ve uygulama alanı bulabilmiştir. Bu yasal düzenlemelerin varlığına

84 Woess, s. 485-486.

85 Roma hukukunda *praetor*'ların hukuk yaratması (*Iurisprudentia*), zamanla, Roma hukukunun milli bir karaktere dönüşmesine yol açmıştır. *Praetor*'lar, pozitif hukuku uygulamanın yanında, günümüz hâkimlerinden farklı olarak, geniş serbesti içinde hukuk yaratma yetkisine de sahip bulunmaktaydı. *Praetor*, bu şekilde hukuku, her yıl yayımlanan ve uygulanacak hem eski hem de yeni kuralların yer aldığı, "alenen bildirilen şey anlamında "*edictum*"lar yoluyla yaratırdı; Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret: Modern Hukusa Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975, s. 13-14, 24.

86 Aurelios Sarapion tarafından MS 462 yıllarında Mısır'da da şahıs üzerinde yapılan icranın engellenmesi amacıyla genel uygulama olarak *cessio bonorum*'un uygulandığına yönelik bilgiler verilse de, bu konuda kesin verilere ulaşılamamıştır (Bkz. Woess, s. 486, özellikle, dn. 2).

rağmen şahıs üzerinde icranın engellenememesi, gelişim serüveninin nede-
nine yönelik olgular bugün hala tam olarak açıklanabilmiş değildir⁸⁷.

Cessio bonorum’a yönelik MÖ 17’li yıllarda çıkarılan Kanun, Roma icra hukukunun gelişim sisteminde, şahıs üzerinde icra ile birlikte uygulanmıştır. Bu anlamda, şahıs üzerinde icra, Roma hukuk uygulamasında her tür borçlu-ya karşı uygulanabilen yaşayan bir kurum olarak kabul edilmiştir⁸⁸. *Praetor*’ların *edictum*’ları da, bu tarz uygulamada etkili olmuşlardır⁸⁹.

Roma hukukunda, bir ceza normuna aykırı davranmanın sonucu olarak verilen ve şahıs üzerinde icra şeklinde uygulanan ceza yaptırımı ile, bir borcun ödenmemesi sonucu uygulanan şahıs üzerinde icra arasında, özellikle, sonuçları bakımından farklılıklar bulunmaktaydı. Cebri icra, genel olarak borçlunun şahsına yöneldiğinde, *magistra* tarafından verilen şahıs üzerinde icra emri, borçluyu, suçlu konumuna getirmemekteydi. Bu nedenle, *magistra*’nın borçlunun şahsına yönelik cebri icra uygulaması, yeni bir kişi kategorisi ortaya çıkarmaktaydı. Bu duruma düşen kişinin de, mahkûmiyete benzer şekilde özgürlükleri elinden alınmaktaydı. Alacaklıya borçlunun, önce köle gibi hizmet etmesi kararlaştırılmakta; sonra da ifası için buna mecbur tutulmaktaydı. Alacaklılar tarafından yürütülen bu mahkûmiyet prosedürü üzerine, borçluya, alacaklı tarafından iâşe (*victus*) ve barınak (*stratum*) sağlanması zorunlu tutulmuştu. Bu uygulama, klasik hukuk zama-

87 **Woess**, s. 487. Bu nedenle, geçmişte, bazı hukuk düzenlerinde yer alan hukukî kurumlar, günümüz anlayış tarzına ne ölçüde uysun, kendi tarihi içerisinde kendine özgü kurumlara ve genel amaçlara sahip olmuş; kendi çağı içerisindeki sosyal gerçeklikle paralellik göstermişlerdir. O halde, bu kurumlara yönelik açıklamalar yapılırken, kendi sosyal gerçeklikleri içerisinde ortaya çıktıkları ve uygulandıkları göz ardı edilmemelidir (Bkz. **Başözen**, s. 80).

88 **Umar**, s. 6, 60 vd.; **Di Marzo**, s. 133; **Woess**, s. 488.

89 Buna karşılık tam bir açıklık bulunmamakla birlikte, “*cessio bonorum*”un genellikle Romalı soylulara uygulandığı; şahıs üzerinde icranın ise, genellikle soylulara hizmet eden kişilere, kölelere uygulandığına yönelik verilerin de bulunduğuna yönelik açıklamalar için bkz. **Woess**, s. 488, dn.1. Ancak, Roma hukukunun özellikle ilk dönemlerinde malik, kendisine verilmeyen şeyi, gerek kendisinin gerekse çevresinin yardımıyla zorla geri alabilmekteydi. Şahsi ölçüde yürütülen bu süreçte, her iki taraftan ölenler ve yaralananlar da olabilirdi (**Koschaker/Ayiter**, s. 14; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 59. Sözkonusu açıklamalar çerçevesinde güçlü olana karşı şahıs üzerinde icranın uygulanmaması (ya da uygulanamaması), kanun metninden ziyade sosyal gerçeklikten kaynaklanan ve ancak kendi dönemi içerisinde kabul edilebilir bir durum olarak değerlendirilmelidir.

nında da hala kabul görmekteydi. Ancak borçlu tarafından yapılan bir ödeme ile borçlunun şahsına yönelik icra prosedürü de engellenebilmekteydi⁹⁰.

⁹⁰ İaşe (*victus*) ve barınağın (*stratum*) içeriğine yönelik **Gaius** ve **Paulus**'un yapıtlarında bilgiler bulunmaktadır. “*Victus*” için bkz. **Paulus**, D. 50, 16, 45; **Gaius**, D. 50, 16, 44; “*stratum*” için **Paulus**, D. 50, 16,45; bkz. **Woess**, s. 489. Borçluya yapılan iaşe ve barınak yardımı belirli şekillerde güntümüz hukuk sistemlerinde de kendisini göstermektedir. Mala karşı icra sistemini benimseyen modern hukuk düzenleri, bir taraftan müflisin masa konusu malvarlığını alacaklıların alacaklarına kavuşmaları amacına özgülerken diğer taraftan çıkarları denkleştirme adına müflis lehine birtakım sınırlamalar öngörmüştür. İcra ve İflâs Kanunu'na göre, alacaklıların alacaklarının ödenmesine özgülenen müflisin malvarlığı, sadece, “haczi kabil” olan mallardır (İİK m.184,I; 82). Hacedilemeyen mallar üzerinde müflisin tasarruf işlemleri yapma yetkisinde bir değişiklik söz konusu değildir bkz. **Kuru, Baki**: İcra ve İflâs Hukuku, Cilt III, İstanbul 1993, s. 2833 (Kuru-İcra III); **Üstündağ, Saim**: İflâs Hukukunun Esasları (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), İstanbul 2002, s. 63; **Postacioğlu, İlhan E.**: İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt I. İflâs, İstanbul 1978, s. 99-100; **Ansay**, s. 217; **Kuru-İflâs**, s. 159-160; **Kuru, Baki**: İflâs ve Konkordato Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 1008; (Kuru-El Kitabı); iflâs masasına girmeyen malvarlığı (İİK m.184,I;82), müflisin toplumda bir birey olarak (**Bandorf, Robert**: Der Einfluss der Konkursöffnung auf die Geschaefst-Prozessfaehigkeit- und Sachlegitimation des Gemeinschuldners mit einem Anhang, Würzburg 1909, s. 28; **Blumenstein, Ernst**: Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, s. 693,696; **Fritzche, Hans/Walder-Bohner, Hans Ulrich**: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich, Band I/1984, Band II/1993, § 40, Anm.4, s. 118; **Kuru-İcra III**, s. 2869; **Üstündağ-İflâs**, s. 61; **Ansay**, s. 226; **Postacioğlu**, s. 89; **Kuru-El Kitabı**, s. 1022; **Smid, Stefan**: Insolvenzordnung (InsO) mit Insolvenzrechtlicher Vergütungsverordnung (InsVV), Kohlhammer Kommentare, Stuttgart 2001, § 81, Anm.2, s. 492) yaşamını sürdürebilmesine olanak sağlayacak nitelikte mallardır (**Berkin-İflâs**, s. 200 vd.; **Kuru-İcra III**, s. 2834; **Berkin Necmeddin M.**: Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar, (İBD, 1957/5, s.113-124), s.113-124 (Berkin-Hacedilmezlik); **Kuru, Baki**: Haczi Caiz Olmayan Şeyler, (AÜHFD, 1962/1-4, s.277-326), s.277-326 (Kuru-Hacedilmezlik); **Uyar, Talih**: Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar, (Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s.551-586), s. 551-586 (Uyar-Hacedilmezlik); **Üstündağ, Saim**: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s.211 vd. (Üstündağ-İcra); **Üstündağ-İflâs**, s. 63; **Postacioğlu-İflâs**, s. 89; **Postacioğlu-İcra**, s. 331 vd.; Devlet mallarının hacedilememesinin nedenleri için bkz. **Yılmaz, Ejder**: Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Hacedilememesi (Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.600-611), s.600-602 (Yılmaz-Devlet Malları); bu konuda, kanun koyucu, müflisin yararını, alacaklıların alacaklarına ulaşma konusundaki yararına üstün tutmakta; müflisin toplum içinde bir birey olarak yaşama hakkının garanti altına alınması için denkleştirme yoluna gitmektedir (**Frege/Keller/Riedel**, s. 19; **Smid, Stefan**: Grundzüge des Insolvenzrechts, München 2002, s. 32; **Köhn**, s. 70; **Jauernig, Otmar**: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, München 1999, s. 174; **Uhlenbruck, Wilhelm**: Konkursordnung-Kommentar, München 1994, § 35, Anm.1, s. 680); aynı amaçla, müflise, iflâs tasfiyesinin devamı sırasında gerektiğinde yardım da yapılmaktadır (İİK m.216,c.2). Bu yardım, özellikle, müflisin iflâs idaresinin emri altında kalması nedeniyle başka bir işte çalışmaması ve bu nedenle yardıma muhtaç olması hallerinde yapılır. Müflise yapılacak yardımın, masa mevcuduyla orantılı olması, müflis ve ailesi için zorunlu olan miktarı geçmemesi gerekmektedir (**Kuru-İflâs**, s. 260); Sadece borçlu

Klasik dönemde, borçlunun durumunun düzeltilmesi ya da dengelenmesi sonucuna yol açan uygulamaların geliştirilmesine yönelik güçlü bir çabaya rastlanmamaktadır. Bu dönemlerde, şahsa karşı cebri icranın kötüye kullanımları sıklıkla görülmekteydi. Dördüncü yüzyılın sonundan itibaren Krallık kanun koyucusu, şahsa karşı cebri icra uygulamalarının ayıplayıcı bir davranış sayılması gerekliliğini açıkça kabul etmesine rağmen, klasik hukuk döneminde yapılan uygulamanın benzeri bir biçimde, bir borcun yerine getirilememesi durumunda şahıs üzerinde uygulanan cebri icra ağır hapis cezasına dönüşerek uygulama devam etti. Ancak bu evrede, borçluya karşı ağır hapis cezası uygulamasında alacaklıların yanında Devlet de, rol oynamaya başlamıştı⁹¹. Devletin kısmen de olsa cebri icra uygulamasında rol oynaması, bilinen hukuk uygulamasına yabancıydı. Klasik dönemdeki şahsa karşı icraya yönelik parçalar, Justinianus zamanında yapılan Kanun derlemesi ile pek de iyi olmayan bir biçimde bir araya toparlanmış; bir borç nedeniyle ağır hapis cezası, devlet organlarının da rol oynamaya başlamasıyla en eski zamanlardan beri şahıs üzerinde uygulanan en etkili cebri icra olarak kabul görmüştü. Ancak MS 472’de yayımlanan bir emirnameyle, şahsa karşı icradan muafiyet ruhban sınıfının bir imtiyazı olarak kabul edildi. Bu durum, klasik öncesi ile klasik dönemlerdeki Dionya’lı sanatçıların ve klasik sonrası çocuk kralların sahip oldukları imtiyazlarına benzemektedir. Bu sınıflara dâhil olmayan kişilerde ise, şahıs üzerinde icra uygulaması hala mümkündü. Devletin de cebri icra sisteminde rol oynamaya başlamasıyla, borçlunun borcunu ödememe yönünde direncini kırmak, icra görevlisi (*Exekutor*) için hem bir hak hem de bir ödevdi. İcra görevlisi, kendisine verilen bu görevi genellikle dayak atma bazen de işkence yapma suretiyle yerine getirir ve bu uygulama sağ kaldığı müddetçe borçlu borcunu ödeyene kadar sürerdi⁹².

Justiniana sunulan dilekçelere karşılık olarak verilen yazılardan anlaşıldığı kadarıyla, borcun ödenmemesi nedeni olarak fevkalade bir duruma düş-

(müflis) değil, aynı zamanda onunla birlikte yaşayan aile fertleri de bu korumadan yararlanmaktadır. Hacedilemeyen (m.82) ya da kısmen haczi mümkün olan (m.83) mal ve haklara bakıldığında bu durum açıkça görülebilmektedir (**Postacıoğlu**-İcra, s. 331 vd.; **Üstündağ**-İcra, s. 211 vd.; **Berkin**-Hacedilmelik, s. 113-124; **Kuru**-Hacedilmezlik, s. 277-326; **Uyar**-Hacedilmezlik, s. 551-586); bu konuda geniş bilgi için bkz. **Başözen**, s. 19-20.

⁹¹ **Woess**, s. 490. Devletin icra sisteminde etkin rol oynamasına yönelik açıklamalar ve gerekliliği için bkz. **Schoch**, s. 43-44; **Umar**, s. 237; **Başözen**, s. 56-57.

⁹² **Woess**, s. 491.

tüğünü ileri süren dilekçe sahibine, *cessio bonorum* (mallarının borç karşılığında devrini) teklif ederek şahıs üzerinde uygulanan cebri icradan sınırlı şartlarda kurtulma imkânı tanındığı görülmektedir⁹³. Bu yol işletildiğinde borçlu, sırf bir borçtan dolayı şahıs üzerinde cebri icradan (hapis cezası ve bu esnada uygulanan dayak ve çeşitli işkencelerden) ve haysiyetsizlik durumundan kurtulabilmekteydi. Aynı şekilde kiliseye sığınan sığınmacılar da bu haktan yararlanabilmekteydi. Çünkü (çoğunlukla kötü niyetli borçlulardan oluşan) bu kişiler, kiliseye sığınmakla, devletin bakım ve gözetimi altında sayıldıklarından, şahıs üzerinde cebri icradan kurtulmak gibi bazı haklara da sahip olmaktadır⁹⁴.

Kısa açıklamalar çerçevesinde önemle belirtilmelidir ki, genellikle bilinen durumun aksine, gelişim seyri içerisinde şahıs üzerinde söz konusu olan icra yöntemleri, değişik biçimlerde hem malvarlığına yönelik normal icra yönteminin (örnek olarak *venditio bonorum*) hem de *cessio bonorum*'un varlığına rağmen onların yanında, son devirlere kadar varlığını sürdürmüştür. Şahıs üzerinde uygulanan cebri icra yöntemleri, özellikle, borçlunun malvarlığı üzerinde icranın sonuçsuz kaldığı ya da sonuçsuz kalacağı açık olduğu durumlarda, Roma hukuk pratiğinin her döneminde uygulama alanı bulabilmiştir. Bu çerçevede, şahıs üzerinde icranın, tamamen malvarlığına yönelik icranın öncesindeki zaman dilimi içerisinde icra edilen bir yöntem olduğu; malvarlığına karşı cebri icra yöntemlerinin pozitif düzenlemelerle kabulünden sonra, şahıs üzerinde uygulanan icranın tamamen ortadan kalktığına yönelik açıklamalar teorik olarak doğru olsa da, uygulanış tarzıyla gerçeği tam olarak ifade edememektedir⁹⁵.

⁹³ Benzer şekilde günümüz modern icra hukuku sistemlerinde de, fevkalade hallerde ve özellikle buhran dönemlerinde kusuru olmaksızın borçlarına uygun davranış modellerini yerine getiremeyen borçlu için icra mahkemesinde mühlet isteyebilme ve cebri icradan mühlet alarak belirli süreler için kurtulabilme imkânı tanınmıştır (İİK m.317–318). Buna yönelik bir prosedür başlatıldığında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 326. maddesinde belirlenen miktarın altında kalan alacaklar ve 206. maddenin birinci sırasındaki alacaklılar hariç olmak üzere, tedbir yoluyla icra mahkemesince derdest takipler durdurulabilmektedir (İİK m.318, III).

⁹⁴ Woess, s. 491–492.

⁹⁵ Her ne kadar, imparator *Augustus* tarafından MÖ 17 tarihinde çıkarılan ve halk diliyle "*lex Iulia*" olarak bilinen emirnamesinde, şahıs üzerinde uygulanan cebri icra yöntemlerinin kaldırıldığı belirtilse de, Mısır'ın idarecisi Tiberius Alexander'ın MS 68. yıllarda şahsa karşı cebri icra uyguladığına yönelik veriler de bulunmaktadır. Bu anlamda, şahsa karşı icra, özellikle malvarlığına karşı icranın sonuçsuz kaldığı durumlarda, Roma huku-

MÖ 49 ve 42 yılları arasında çıkartılan *Rubria de Gallia Kanunu* ile başlayarak (*lex Rubria de Galliaz*) çıkarılan değişik zamanlı kanun ve emirnameler de şahıs üzerinde cebri icra uygulamasını sona erdiremedi. Pozitif düzenlemelerin varlığına rağmen borç yükümlülüklerine aykırı davranılmasının yaptırımını olarak borçlunun baskı altında tutulması ve şahsına karşı cebri icra uygulaması kısmen değişen yöntemlerle geliştirildi. 5. yüzyıla gelindiğinde malvarlığına karşı icra ve *cessio bonorum* icra hukukunun demirbaş eşyası durumuna gelse de, şahsa karşı icraya yönelik uygulamaların bulunduğu da bilinmektedir⁹⁶. Malvarlığı üzerinde cebri icra uygulamasına ve *cessio bonorum*'a yönelik pozitif düzenlemelerin varlığına rağmen şahıs üzerinde cebri icra uygulaması, alacaklıların borçlu üzerinde hakimiyet kurmalarını sağlamasının yanında korkutma amacına da yönelik olması nedeniyle, tümüyle kaldırılamamıştı⁹⁷.

kunun her döneminde uygulama alanı bulabilmiştir (Bu çerçevede yapılan açıklamalar için bkz. **Woess**, s. 492).

⁹⁶ MS 451 yıllarında 4. Chalzedon *Konsüllüğü* de yapan *Bischof Dioskoros*'un belirttiğine göre, kardeşinin çocuğu olan *Athanasius*, ağabeyi *Paulus*'a yardım amacıyla İstanbul'a sefere çıkmıştı. İstanbul'da her ikisi de borç nedeniyle taşınabilir eşyalarını teslim edinceye kadar hapse atılmışlardı. Aynı zamanda, tefecilerden para alması konusunda zorlanmışlar; para bulmak zorunda bırakılmışlardı. Yapılan işkencenin etkisiyle *Paulus* ölmüş; *Athanasius* ise kurtulmuştu. Onun ifadesine göre, alacaklılar hiçbir zaman borcunu ödeme anlamında serbestçe hareket etmelerine izin vermemişler; ayrıca, alacaklarına kavuşma yönünde de her imkâna sahip olmalarına rağmen, alacaklılar, haklarında karar verilmesini bile beklemeden hapse atmışlar; kardeşini ölesiye dövmüşler; baskı ve işkence uygulamışlar; istediklerini kabul ettirdikten sonra da kendisini salıvermişler. *Athanasius*'un tefeci alacaklılarının elinden kaçarak sığınmacı olarak başvurduğu ve bu yolla kurtulduğu bilinmektedir. Bu durum, MS 5. yüzyıllarda bile şahıs üzerinde cebri icra uygulamasına ve alacaklıların borçlu üzerinde devlet erkinden kısmen bağımsız olarak hâkimiyetine örnek teşkil etmektedir. Kiliseye sığınmacı olarak kurtulan adam için, sahip olduğu malların elinden alacaklılarca İstanbul'da zorla gaspedilerek alınması nedeniyle, *cessio bonorumun* uygulanabilmesi de mümkün olamamıştır. Kiliseye sığınma nedeniyle şahıs üzerinde icradan kurtulan borçlunun, ailesi ile birlikte kullandığı evi; iki veya üç köle, yaşamsal değere haiz sahip olduğu maddeler de dâhil olmak üzere ona ait ne varsa, şahıs üzerinde icradan kurtulmasına karşılık gelmek üzere *Dioskoros* tarafından Kiliseye devredilmişti. Bu ise, hem *cessio bonorum* değildi hem de bu şekilde uygulama örnekleri tek değildi (**Woess**, s. 493–496).

⁹⁷ Bu sonuç iki farklı nedenden kaynaklanabilir: Bunlardan birincisine göre, *cessio bonorum*'un, gerçekte, etkisiz bir hukukî kurum olması onun uygulanabilirliğini de etkilemiştir. Bu etkisizliğe ek olarak, bir borcun ödenmemesi nedeniyle uğranılan (özel) hapsin önlenmesi konusunda, Krallık hükümeti başarısız kalmıştır. Diğerine göre ise, *cessio bonorum*'un belki de bugün için hala bilinmeyen kendine özgü niteliği de bu sonuçta rol oynamış olabilir. *Cessio bonorum*'a yönelik şartlar, borçlu bakımından her somut olayda gerçekleşmemiş olabilir. Bunun sonucu olarak da, alacaklıların borçlunun malvarlığının-

3- Ertelenen *Cessio Bonorum*'un Tali Niteliği

Şahıs üzerinde icranın pratik bir alacağa kavuşma aracı olması onun uygulanabilirliğini artırmış; borçlunun öngörömemesi nedeniyle şahıs üzerinde icranın süjesi olduğu durumlarda içine düştüğü durumdan kurtulmaya yönelik başka birtakım çareler düşünmeye başlamış; ancak, çoğunlukla bunda geç kalınması nedeniyle sonuç alınamamıştır. Hatta alacaklıların icra safhasında alacaklarını garanti altına almalarına yönelik bir takım tedbirlerin (*missio* ve *ductio* gibi) alınması durumunda, çoğunlukla, *cessio bonorum*un uygulanmasına da gerek kalmamıştır. Uygulanabildiği durumlarda ise, buna yönelik şartlar *praetor*lar tarafından belirlenmiş; emirnamelelerden anlaşılabilirdiği kadarıyla, *praetor*dan, “ya malını vereceksin ya da teslim olacaksın”⁹⁸ emri alan hangi borçlu *cessio bonorum*u kullanmışsa, şahıs üzerinde icra ve sonuçlarından kurtulmuştur⁹⁹

Praetor'un, borçlunun ya malına ya da şahsına yönelik emri vermesiyle birlikte, alacaklıların ya da borçluların, verilen emirle birlikte, bunlardan biri üzerinde seçim hakkının olup olmadığı bilinmemektedir. Ancak salt *praetor*'un emirnamesinin lafzından hareket edildiğinde, özellikle, borçlunun itaat altına alınmasına, yakalanmasına yönelik bir emir verilmediği (*ductio*) ve de malvarlığının hemen devredilmediği durumlarda, borçluya “ya malını vereceksin ya da teslim olacaksın” şeklindeki emir, kendiliğinden borçlunun şahsı üzerinde uygulanabilecek cebri icra yöntemlerini kaldırıcı etki yapacağı düşünülemez. Bu nedenle, salt *cessio* teklifinin, alacaklıların ödeme yerine geçmek üzere borç karşılığında borçluya el koymalarına (*addictus*) engel olması da düşünülemez¹⁰⁰. Borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmesi ise, “ya borç yükümlülüklerine uygun tarzda

dan alacaklarına kavuşma yolunda sarfettikleri çabaların boşa çıkacağı endişesi, şahıs üzerinde cebri icra uygulamasının sıklıkla uygulanmasına neden olmuş olabilir (Woess, s. 496–497).

98 “qui neque sequantur neque ducantur”.

99 Buna karşılık, azınlıkta kalan görüşe göre ise, *cessio bonorum* ile borçlunun hem malları alacaklıya devredilmekte hem de şahsı devredilmekteydi. Bu şekilde *cessio*, hem borçlu hem de borçlunun malvarlığı üzerinde uygulanabilen bir cebri icra yöntemi olarak kabul edilmekte; paraya çevirme işlemleri de, her iki durumu kapsamaktaydı (Bkz. Woess, s. 497–498).

100 *Addictus*'un uygulanmasına yönelik yeterli bilgi olmamakla birlikte, ilk kez 12 Levha Kanunlarında geçtiği, *addictus*'un uygulanmasıyla birlikte, borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi devam etmekle birlikte fiilen bunu kullanamadığı; ancak, sonraki hukukta bu uygulamanın devam etmediği bilinmektedir (Woess, s. 499–500).

hareket etmesi ya da teslim olması (veya zarar veren kölesi, aile evladını teslim etmesi)” şeklinde verilen emir ile değil; buna karşılık, *cessio bonorum*’un uygulanmasıyla söz konusu olmaktadır¹⁰¹.

Henüz şahıs üzerinde uygulanan icraya başlanılmadığı ve *cessio bonorum*’un da uygulanmasından önceki dönem için, inandırıcı birtakım güvenceler gösterilerek de borçlunun şahsına yönelik cebri icra uygulanması engellenebilmekteydi. Bu duruma yönelik olarak MÖ 49 ila 42 yılları için uygulama alanı bulabilen *Lex Rubria de Gallia*, sınırlı ölçüde de olsa bilgi içermektedir¹⁰². Kanunun sınırlı ölçüde günümüze ulaşan parçaları, *magistra* önünde yürütülen yargılamada borçlunun yapılacak olan icraya karşı davanın esasına yönelik savunma vasıtalarına (itiraz ve defilerine) ve borçlunun kabulü ile oluşan mahkûmiyet kararına yöneliktir. İşte bu aşamada da, borçlu *cessio* teklifi yapabilmekteydi. Yönetim erkini elinde bulunduran organların borçlunun şahsına yönelik tedbirleri doğrudan uygulama yetkileri bulunmasına rağmen, bu yola başvurmayarak sınırlı ölçülerde de olsa yargılama yöntemine başvurmaları önemli bir adım olarak ele alınabilir. Bu süreçte, *magistra* da, borçlunun bazı mallarının alacaklıya devrine karar verebilmekteydi. Ancak Kanun, *magistra*’nın yargılamasına *praetor* aracılığıyla sınırlar çizmiş; 15 000 Sesterzin üzerindeki borçluya ait eşyanın alacaklılara devredilebilirliğinin *praetor* tarafından kararlaştırılacağını belirlemiştir. Bundan başka *praetor*, borcun ödenmemesi ya da borç karşılığında belirlenen miktarda kararlaştırılan malın alacaklılara devredilmemesi durumunda, şahıs üzerinde icranın emredilebileceği ve borçlunun itaat altına alınmasına yönelik emir verilebileceğini açıklayabilirdi. Bununla, borçlunun borcunu ödemesi veya borcuna yetecek malvarlığını alacaklılarına terk etmesi amaçlanmaktaydı. Ancak bu (*ductio*) yapıldığında, borçlunun malvarlı-

¹⁰¹ Woess, s. 500; Ulp. D. 4,8,17 pr.

¹⁰² Buna rağmen, *cessio bonorum*, Roma hukuk uygulamasında genellikle, şahıs üzerinde uygulanıca kurtulma amacına yönelik işlev görmüştür. Şahıs üzerinde icradan önce uygulaması ise sınırlı kalmıştır. Günümüz icra ve iflâs hukuku çerçevesinde, malvarlığının terki suretiyle konkordatoya başvuran borçlu, haciz ve iflâs takiplerinden ve iflâsın ağır sonuçlarından kurtulabilmektedir (İİK m.289). Bu anlamda, *cessio bonorum*’un borçluyu şahıs üzerinde cebri icradan kurtaran etkisi, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda kendisini, günümüz anlayışına uygun olarak haciz ve iflâs taleplerinden kurtarma olarak göstermektedir. Bu anlamda, her iki kurum arasında, borçluyu daha olumsuz durumlara düşmesine engel olmak ya da içinde bulunduğu olumsuz durumdan kurtarmak amacının yattığı söylenebilir.

ğı üzerinde tesis edilen “*missio in bona*” ve bu yönde emredilen diğer tedbirler uygulama alanı bulmayabilirdi¹⁰³.

Alacaklıların borç karşılığında borçluya el koymalarına (*addictus*) yönelik Kanunî prosedürde, *praetor*ların bu süreçte sahip olduğu yetkilerin hangi sınırlar içerisinde geçerli olacağı belirlenmiştir. Öncelikle talep üzerine *magistra* önünde bir yargılamanın yapılması gerekmektedir¹⁰⁴. Ayrıca borç-

¹⁰³ **Woess**, s. 500–501. “*Missio in bona* (zilyetliğin sağlanması)” Roma icra hukuku kurumlarından birisi olarak kabul edilmektedir. Roma hukukunda “*missio in bona*” ile alacaklılara, teslim şartlı rehin (TMK m.939 vd.) benzeri bir hak tanınmaktaydı. Sözleşmeden doğan rehin hakkı şeklinde ortaya çıkan “*missio in bona*”, zamanla geliştirilerek “*pignus praetorium*”a yol açmıştır. Bu ise, *Praetor*’un kararıyla borçlunun mallarına el konularak, alacaklıların el konulan malvarlığı üzerinde rehin hakkı ya da ona benzer bir güvence elde etmesi şeklinde uygulanmaktaydı. “*Missio in bona* (zilyetliğin sağlanması)” ile ortaya çıkan ve “*pignus praetorium* (teslim şartlı *praetor* rehni)”la devam ederek zamanla geliştirilen bu hukukî kurumların, sonradan yapılan kanunlaştırma hareketlerine temel teşkil ettiği ileri sürülmüştür {(**Seuffert, Lothar**: Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts, Leipzig 1888, s. 83–84 (Seuffert-Geschichtliche und Dogmatik); **Seuffert, Lothar**: Deutsches Konkursprozessrecht, Leipzig 1899, s. 152 (Seuffert-Konkursprozessrecht); **Schoch**, s.24; **Umar**, s.228; **Deren-Yıldırım, Nevhis**: İflâsın Hukukî Mahiyeti, (İÜHFM, 1994/1-4, s. 331-346), s. 335; **Fiori, Silvio**: Die Gläubigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht, Zürich 1904, s. 12)}. Roma hukukunu takiben Ortaçağ Avrupası’nda (özellikle Alman ve İtalyan iflâs hukukunda) iflâsın açılmasından sonra müflisin iflâs masasına giren mal ve haklarına “ihtiyatî haciz prosedürü (Arrestprozess)” ile el konulmasıyla; yine, alacaklılar lehine, ihtiyatî haciz konulan malvarlığı üzerinde rehin hakkının varlığı kabul edilmekteydi (**Seuffert-Konkursprozessrecht**, s. 152; **Seuffert-Geschichtliche und Dogmatik**, s. 83–84; **Schoch**, s. 24). **Seuffert**’e göre, alacaklıların, tarihi gelişim sürecine uygun olarak müflisin tüm malvarlığı üzerinde iflâsın açılmasıyla rehin hakkı el ettiklerine yönelik rehin hakkı teorisi, 18. yüzyılda Prusya kanun koyucusu tarafından da açıkça kabul edilmekteydi {*Corpus iuris Fridericianum* von 1783, Teil IV, Titel 12, § 26; Allgemeine preussische Gerichtsordnung (AGO)/1793, Teil I, Titel 50, § 31}; fakat, 1855 tarihli Prusya İflâs Kanunu (*preussische Konkursordnung*) ve 1877 tarihli Alman İflâs Kanunu (*Konkursordnung*) rehin hakkına temel teşkil edebilecek bir düzenlemeyi açıkça kabul etmedi. Buna rağmen, **Seuffert**’e göre, bu iki Kanun’un açıkça böyle bir düzenlemeye gitmemeleri, iflâstan sonra alacaklıların müflisin malvarlığı üzerinde bir rehin hakkına sahip olduklarının savunulmasına engel değildir. Çünkü iflâsın açılmasından sonra, alacaklıların haklarını ve iflâs masasını korumaya yönelik her bir düzenleme, iflâsta, rehin hakkının varlığını göstermektedir (**Seuffert-Konkursprozessrecht**, s. 152–153; **Seuffert-Geschichtliche und Dogmatik**, s. 82; **Schoch**, s. 24).

¹⁰⁴ Burada dikkat edilmesi gereken nokta *magistra*’nın yargıç olmadığıdır. *Magistra*, tarafların yardımı ile ihtilafın şartlarını tespit eder ve davayı hazırlar. Taraflara bir hâkim teklif eder. Fakat teklif edilen şahıs, *magistra*’nın tayini ile değil; tarafların anlaşmaları ile hâkim kudretini ve yargılamayı çözüme gücünü kazanır. *Magistra* yardımı ile tayin edilen uyumsuzluğu çözecek kişi, esas itibarıyla bir hakem rolü üstlenmektedir (**Koschaker/Ayiter**, s. 15); hakem, haklı olduğunu ileri süren taraflardan, hangisinin

lunun borç karşılığında şahsı üzerinde uygulanan el koyma durumu da, borçlunun malvarlığına doğrudan etki yapmamakta; tasarruf yetkisinde değişiklik olmamaktaydı. Ancak yapılan yargılamada borçlunun hem malvarlığına hem de şahsına etki yapabilecek türde tedbirler de emredilebilmekteydi. Malvarlığına yönelik tedbir uygulamalarına yetkili makam ise, *praetor*’lardı. Bu tedbirler de, Roma sınırları içerisinde geçerliydi. Borçlunun, ne borcunu ödemeye ne de malvarlığını alacaklılara devre yanaşması durumlarında, sadece borçluya yöneltmiş ya malını ya da şahsını teslim etmesine yönelik salt emir (*ductio*), olumlu sonuçlar vermemekteydi. *Praetor* tarafından borçluyu itaat altına alma yolunda verilen emrin borçlunun malvarlığı üzerinde sahip olduğu yetkilerini elinden almaması; takibin ilerleyen aşamalarında, bunu sağlama yönünde “*missio in bona*” ya da borçlunun tasarruf yetkisine etkili “*cessio bonorum*” gibi diğer bir takım koruyucu önlemlere de gerek duyulması sonucunu doğurmuştur¹⁰⁵.

En eski dönemlerde icra hukukunun safhalarına bakıldığında cebri icra yöntemleri özellikle, tamamen alacaklıların iradesine göre şekil aldığı söylenebilir. Bu dönemlerde, şahıs üzerinde uygulanan icra yöntemi borçlunun emir altına alınabilmesinde ve alacaklıların alacaklarına kavuşabilmelerinde en etkili yöntem olarak genel kabul görmekteydi. Asıl amaç borçlunun malvarlığı üzerinde direnme iradesini kırmaktan ziyade, alacaklıların her halde tatmininin sağlanmasıydı. Zira malvarlığından ziyade borçlunun şahsına yönelen bu icra türünde, malvarlığı üzerinde yapılan icraya oranla daha hızlı ve basit sonuç alınabilmekteydi. Bu halde alacaklı bakımından, öncelikle malvarlığı üzerinde icra yöntemlerinin denenmesini gerektirecek bir gereklilik de bulunmamaktaydı. Alacaklı, borçluyu yakalayarak muhafaza altına alabilme; direnci kırılıncaya ve amacına ulaşıncaya kadar baskı ve işkence yapabilme yetkisini elinde bulundurmaktaydı. *Rubria* Kanunlarıyla Romalılar arasında iyice yerleşen genel inanış, şahıs üzerinde icra olmaksızın bir yargılama yapmanın anlamının bulunmadığı yönündeydi. Bu inanış nedeniyle, şahıs üzerinde icranın hafifletilerek uygulanması yolu çoğunlukla tercih edildi. Bu anlamda, borçlunun ya zararı karşılaması, borcunu yerine getirmesi ya da teslim olması (veya zarar veren kölesi, aile evladını teslim etmesi) şeklinde verilen emir (*ductio*), borçlunun şerefsizliği (alçaklık) sonucuna yol

kuvvet kullanma yetkisine sahip olduğuna ve ne ölçüde kuvvet kullanacağına karar verirdi (Tahiroğlu/Erdoğan, s. 8).

¹⁰⁵ Woess, s. 501–502.

açmamakta; buna bağlı olarak da borçlunun vatandaşlık haklarına zarar vermemekteydi. *Praetorun* emrine karşılık borçlunun da “*missio bona*” teklif etme hakları bulunmaktaydı¹⁰⁶.

Ductionun borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini elinden alması, bundan sonra *cessionun* yapılması ya da borçlunun *cessioya* zorlanması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu aşamada *ductio*, *cessionun* yapılması için borçlunun direncini kırmaya, mukavemetini azaltmaya yöneliktir. *Ductio* sonrasında ise, borçlunun şahsı üzerinde icrayı engelleyebilmesi ya borcunu ödemesine ya da *cessio bonorum*a yönelik bir anlaşmanın yapılmasına bağlanmıştır. Bu yapıldığında *cessio*, borçlunun şahsı üzerinde icrayı engelleyici işleve sahip olmaktadır¹⁰⁷. *Addictio* ile başlayan ve çoğunlukla borçlunun şahsı üzerinde icra ile sonuçlanan bir uygulama sonrasında ağır baskılar ve işkenceler altında ezilen borçlunun *cessioya* yönelmekten başka belki de çaresi kalmamaktaydı¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Ductio*, sadece bir zorlama aracından ibaretti. Borçlunun itaatsizliğini kırmak amacıyla bir disiplin emri kararlaştırılıyor. Ancak *ductio*, borçlunun vatandaşlık haklarına dokunmuyordu (Woess, s. 502–503 ve dn. 2). Günümüz icra ve iflâs prosedüründe de, alacaklının borçlunun iflâsını istemesi durumunda, iflâsın hem maddî hukuk (İİK m.184 vd.) hem de kamu hukuku (İİK m.312–316) bakımından doğurduğu olumsuz sonuçların önlenmesi amacıyla, borçluya, gerek iflâsın ertelenmesini (İİK m.179,179/a,179/b) gerekirse de konkordato (İİK m.285,309/a) teklif edebilme hakkı tanınmaktadır. Ancak günümüzde tüm bu süreçler etkisini borçlunun şahsından ziyade malvarlığı üzerinde çıkarmaktadır.

¹⁰⁷ Woess, s. 502–503.

¹⁰⁸ *Aurelios Sarapion*'un naklettiğine göre borçlu, savunması alınmaksızın teminat amacıyla hürriyeti bağlayıcı ceza altında tutuluyor; hapis cezasının devamı sırasında ödevlerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla işkenceye de tabi tutulabiliyordu. Borçlunun amacı serbest kalmak olduğunda, bu amaca ulaşmak için ya tüm borç yükümlülüklerini yerine getirmek ya da malvarlığını borçlarına karşılık olarak terk etmek; yani “*cessio bonorum*” yoluna başvurmak yollarından birini seçmek zorunda kalmaktaydı. Bu seçim hakkının kullanılmaması, borçluların vücutları üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilmesi ve özgürlüklerini yitirmeleri sonucunu doğururdu. Alacaklılar, borçluya ait para, eşya, altın gibi, maddî değeri olan ne tür eşyası varsa tamamına sahip olabiliyorlardı. Bu anlamda, borçlunun şahsı üzerinde mülkiyete sahip olmak onun malvarlığına da etki etmekteydi. Ancak borçlunun zorunlu ihtiyaçları için malvarlığının altında biri borçluya bırakılırdı. Bundan başka, borcunu ödemeye yönelik davranışlarda bulunmasını mecbur kılma anlamında, borçluya zincir vurulur ve belirli tarzda işkence yöntemlerine maruz tutulabiliyordu. Burada yapılan bu baskı (eziyet, işkence) yasal bulunmakta ve bir hak olarak değerlendirilmekteydi. Aynı zamanda, borçluya, şahsı üzerinde mülkiyet hakkı kurulduğunu gösterir bir belge imzalatılabilir; bu belgeye sadık kalacağına dair borçlu yemin ettirilebilirdi. *Addictio* ile başlayan bu yönde bir uygulama sonrasında ağır baskılar ve işkenceler altın-

Klasik sonrası dönemde, şahsa yönelik kötü uygulamalar pozitif düzenlemelerle yasaklansa da, uygulamada bir borç nedeniyle borçlunun şahsı üzerinde cebri icra uygulaması genel anlayışa uygun olarak sıklıkla görülmekteydi. Hatta genel anlayış tarzına uygun olarak, borçlunun şahsı üzerinde uygulanan baskı (eziyet, işkence) bir hak olarak değerlendirilmekteydi. Yine bu dönemlerde de bu baskı altından kurtulabilmenin yolu, borçlunun *cessioya* başvurmasından geçmekteydi. Bu yolla borçlu sadece, şahıs üzerinde icradan kurtulmakla kalmıyor, ayrıca, şerefsiz sayılmanın sonuçlarından da kurtulmakta; özgürlüğüne kavuşmakta ve vatandaşlık bağı devam etmekteydi. Bu halde *cessio bonorum*, borçlunun durumunu güçlendirici etki yapmaktaydı¹⁰⁹.

Borçlunun şahsına karşı yürütülen icra prosedüründe, borçlunun malvarlığı üzerinde etkisini gösteren “*missio in bona*”nın uygulanması da söz konusu olabilmekteydi. *Missio in bonanın* borçlunun malvarlığı üzerinde uygulanmasıyla, borçlunun fiilen söz konusu malvarlığı üzerinde tasarruf edebilme yetkisi elinden alınmaktaydı. Roma hukukunda, “*missio in bona*- zilyetliğin devri” ile alacaklılara, teslim şartlı rehin (TMK m.939 vd.) benzeri bir hak tanınmaktaydı. Sözleşmeden doğan rehin hakkı şeklinde ortaya çıkan “*missio in bona*”, zamanla geliştirilerek “*pignus praetorium*”a yol açmıştır. Bu ise, *Praetor*’un kararıyla borçlunun mallarına el konularak, alacaklıların el konulan malvarlığı üzerinde rehin hakkı ya da ona benzer bir güvence elde etmesi şeklinde uygulanmaktaydı¹¹⁰. Alacaklıların bu şekilde bir hak elde etmesinden sonra *cessio bonorumun* uygulanması da, alacaklıların bu duruma yanaşmamaları sonucunu doğurmuştur. Ancak, *missio in bonanın* uygulanmasından sonra, alacaklılara teklif edilmeyen (zilyetliği devredilmeyen), *missio in bona* harici kalan malvarlığının devri sınırlı da olsa söz konusu olabilirdi¹¹¹. O halde borçlunun, şahsı üzerinde icraya başlanmasından önce

da ezilen borçlunun *cessio* 'ya yönelmekten başka belki de çaresi kalmamaktaydı (Woess, s. 504–505).

¹⁰⁹ Woess, s. 504–505.

¹¹⁰ Seuffert-Geschichtliche und Dogmatik, s. 83–84; Seuffert-Konkursprozessrecht, s. 152; Schoch, s. 24; Umar, s. 228; Deren-Yıldırım, s. 335; Fiori, s. 12.

¹¹¹ İcra ve İflâs Kanunu’nun 309/b maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, borçlunun tasfiyeye tabi malları, kural olarak, konkordato projesinde gösterilen mallardır. Ayrıca borçlu, haczi caiz olmayan mallarından bazılarını konkordatodan hariç bırakabilir; konkordato teklifinde konkordatoya dahil edilmeyen haczi caiz olmayan malların açıkça gösterilmesi gerekir (Ercan, s.173 vd.; Deliduman, s. 1052). Ayrıca, Konkordato kararının kesinleşmesi tarihine kadar borçlunun malvarlığına giren mallar da tasfiyeye tabidir (Delidu-

*cessio*ya yönelmesi gerekmektedir. Aksi halde, borçluya karşı şahıs üzerinde icra yöntemlerinin en ağırı söz konusu olabilirdi. *Cessio bonorum*un uygulanması ile de, şahıs üzerinde icraya yönelik yöntemlere gerek kalmamaktaydı¹¹².

man, s. 1052; **Kuru-İcra IV**, s. 3882); malvarlığının terki suretiyle konkordatonun kapsamına rehinli taşınmaz ve taşınırlar da dâhil olmakla birlikte, bunların paraya çevirme usulünde farklılıklar yaratılmıştır. Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda rehinli taşınmazların paraya çevrilme usulü, 309/f maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre, “malların üçüncü kişiye devredildiği hâller dışında, rehinli taşınmazların konkordato tasfiye memurları tarafından pazarlık suretiyle satışı ancak, rehinli taşınmazın satış bedelinden alacağını tahsil edemeyen rehinli alacaklıların muvafakatiyle mümkündür. Aksi takdirde, söz konusu taşınmazlar ancak açık artırma yoluyla paraya çevrilebilir. Taşınmaz üzerindeki irtifaklar, taşınmaz yükleri, ipotekler ve şerh edilmiş kişisel hakların varlığı ve sırası, sıra cetveline göre belirlenir”. Görüleceği üzere, maddede, rehinli taşınmazların hangi hâllerde pazarlık suretiyle, hangi hâllerde açık artırma yoluyla paraya çevrilebileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede, rehinli taşınmazın pazarlık suretiyle satışının ancak satış bedelinden alacaklarını tahsil edemeyecek olan rehinli alacaklıların muvafakatiyle gerçekleştirilebileceği kabul edilmiş ve böylece, sıra itibarıyla sonra gelen rehinli alacaklıların zararına olabilecek satışlara engel olunması amaçlanmıştır (Bkz. 4949 sayılı Kanunun malvarlığının terki suretiyle konkordatoda 309/f maddesine yönelik Hükümet Gerekçesi).

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, taşınır rehinlerinin paraya çevrilme usulü de, Kanunun 309/g maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre, “alacağı taşınır rehniyle temin edilmiş olan alacaklılar rehinli taşınırları konkordato tasfiye memurlarına tevdi etmek zorunda değildirler. Konkordatoda başka bir süre öngörülmedikçe, rehinli alacaklılar rehinli taşınırı uygun gördükleri zamanda, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla veya rehin sözleşmesinde yetki verilmişse pazarlık yoluyla ya da borsada satmak suretiyle paraya çevirebilirler. Ancak, rehinin paraya çevrilmesi konkordato masasının yararına ise, konkordato tasfiye memurları rehinli alacaklıya rehinli malı altı ay içinde paraya çevirmesi için yetki verebilir. Konkordato tasfiye memurları rehinli alacaklıya, aynı zamanda 336/a maddesinde öngörülen cezayı da hatırlatarak, bu süre içinde paraya çevirme işlemini gerçekleştirmediği takdirde rehinli malı kendilerine teslim etmesini, haklı bir sebep olmaksızın teslim etmezse rüçhan hakkından mahrum kalacağını ihtar eder.” Görüleceği üzere, 309/g maddesiyle, rehinli taşınırların bizzat rehinli alacaklılar tarafından, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla veya rehin sözleşmesinde hüküm bulunduğu takdirde pazarlık suretiyle paraya çevrilebilmesine imkân verilmiştir. Bununla birlikte, masanın menfaatine ise konkordato tasfiye memurları rehinli alacaklıya paraya çevirmeyi gerçekleştirmesi için altı aylık bir süre verebilecektir. Rehlinli alacaklı bu süre içinde paraya çevirme işlemini gerçekleştirmez ve rehinli malı konkordato tasfiye memurlarına teslim etmezse, belli şartların yerine gelmesi hâlinde 336/a maddesinde öngörülen cezaî yaptırıma maruz kalacağı gibi rüçhan hakkından da mahrum olacaktır; ayrıca, konkordato tasfiye memurları rehinli taşınırı teslim etmeyen rehinli alacaklıya karşı genel mahkemelerde teslim davası açabilirler (Bkz. 4949 sayılı Kanunun malvarlığının terki suretiyle konkordatoda 309/g maddesine yönelik Hükümet Gerekçesi).

112 **Woess**, s. 505.

4- Şanssızlığın İspatıyla Cessio Bonorumun Sınırlandırılması

Borçlunun ehliyetsizliği, liyakatsizliği (düşüncesizliği) ile ödemede güçlüğü düşmesiyle, malvarlığının yanması, yağmaya tabi tutulması, çalınması gibi beklenmeyen durumlar nedeniyle, yani, şanssızlık sonucu ödemede güçsüzlüğe düşmesi arasında bir ayırım yapıldığı bilinmektedir. Tam olarak belirlenememekle birlikte, bu ayırımın borcu sona erdirici etkiye sahip olup olmama bakımından bazı sonuçları olsa da, *cessio* bakımından önem arzetmemektedir¹¹³. Çünkü *cessio bonorumun* varoluş amacı, sadece, borçlunun elinde olmayan nedenlerle ödeme güçsüzlüğüne düşmesini engellemek ya da içinde bulunduğu bu durumdan kurtulmasını sağlamak amacıyla dayanmamaktaydı. Alacaklılar bakımından da borçlunun içinde bulunduğu durumun özelliği özel bir anlam ifade etmemektedir. Şahsa karşı icrayı bertaraf etmek amacıyla *cessio bonorumun* fiilen uygulanmasında, borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesine neden olan etken arasındaki farklılıklara dikkat edilmese de; *Augustus* zamanına rastlayan metinlerde ödeme güçsüzlüğüne şanssızlık sonucu düşmede borçlu lehine fark yaratıldığı da gözükmemektedir¹¹⁴. *Seneca* zamanına rastlayan metinlerde ise bu farkın gözükmediği, her iki durumda da borçlunun durumunun kolaylaştırıldığı görülmektedir¹¹⁵. Ancak, bundan, *cessionun* uygulanması bakımından bu iki durum için bağımsız bir yol öngörüldüğü anlamı da çıkarılmamalıdır. Özellikle dürüst olmayan borçlunun taahhütlerinden kurtulmak için bu yola başvurmaya ya da bu yönde çabalar göstermesine yol açmaması, bu yönde borçluları teşvik anlamına gelmemesi düşünceleriyle metinlerle uygulama arasında var olan farklılık ortadan kaldırılmıştır. Bu şekilde borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesinde, kendi dışındaki nedenler ya da onun tecrübesizliği arasında borçluya uygulanacak kuralların uygulanması bakımından borçlu lehine ayrıcalık kalmamıştır¹¹⁶.

113 **Woess**, s. 505–506.

114 Belirtilen düzenleme farklılığına rağmen, uygulamada bunun hiç görülmediği de belirtilmiştir (**Woess**, s. 508–510).

115 Ödeme güçsüzlüğüne düşmede ifade edilen farklılıkta, alacaklılar aleyhine olası zararların doğmasıyla, yeni tedbirlerin alındığı ve bu nedenle farklılığın ortadan kaldırıldığı da ileri sürülmektedir (**Woess**, s. 508–509).

116 **Woess**, s. 507, dn.2.

5- Cessio bonorumun Uygulanmasında Yetkili Makama Yönelik Sorunlar

Roma hukukunun özellikle ilk dönemlerinde, malik, kendisine verilmeyen şeyi, gerek kendisinin gerekse çevresinin yardımıyla zorla geri alabilmekteydi. Şahsi oç alma şeklinde yürütülen bu süreçte, her iki taraftan ölenler ve yaralananlar da olabiliyordu¹¹⁷. Şahıs üzerinde yürütülen icrada zamanla, *magistra* 'lar da bir hakem görevi ifa etmeye başlamış; ancak, alacaklıların etkinliği de tamamen azalmamıştı. Alacaklılar bakımından, şahıs üzerinde icra normal bir icra prosedürü olarak görülmekteydi. Malvarlığına karşı icra yöntemi olan *missio in bonan*ın uygulanmasında ise, asıl olarak *praetorlar* görevli iken, *cessio*dan hiç bahsetmeyen *Rubria* Kanunları ile, bu görev, *magistralara* da verilmişti. Ancak, malvarlığına karşı icra söz konusu olduğunda, *praetorların* yetkileri *magistralardan* çok fazlaydı. Aynı durum *cessio bonorumun* uygulanması bakımından da kabul edilmekteydi¹¹⁸.

Ancak *magistranın* hakemliğinde *cessionun* yürütülmesi ile malvarlığına yönelik bir icra çeşidi olarak *praetorlar* tarafından *cessionun* yürütülmesi çakıştığına, hangisinin geçerli kılındığı belirsizdir. *Cessio bonoruma* yönelik *Julia* metinleri de, bu konuda açık düzenleme içermemektedir. Bir borç nedeniyle yürütülen şahıs üzerinde icra sırasında *cessionun* kabul edilmesiyle, borçlu, şahıs üzerinde icradan kurtulacak; bir anlamda özgürlüğünü kazanacaktı. Roma hukukunda bir kişi özgürlüğünü iddia etmekteyse, zaman geçirilmeksizin bu durum hakkında bir karar verilmesi gerekmekteydi. Justinianus hukukuna göre, bir kişinin özgürlüğünü iddia etmesi durumunda buna yönelik şartları incelemek ve buna yönelik emirleri vermekle yetkili kurum *magistralık* idi. *Magistra* önünde yürütülen bir yargılama sırasında da *cessio* söz konusu olabilmekteydi. Ancak bu halde bile *cessioya* yönelik uygulama *magistralar* tarafından yapılmamaktaydı. Genel uygulamanın yanında, Roma vatandaşının yerel bir organ tarafından yargılanabildiği ve bu sırada kendisini savunması durumunda da *cessio bonorumu* teklif edebildiği de bilinmektedir¹¹⁹. Hangi şekilde olursa olsun, *cessio bonorumun* uygulanmasında, yetkili makam *praetorlardı*. Burada *cessio bonoruma* yönelik düşüncenin ifade edildiği makam ile uygulamasını gerçekleştiren makam

¹¹⁷ Koschaker/Ayiter, s. 14; Tahiroğlu/Erdoğan, s. 5.

¹¹⁸ Woess, s. 510-511.

¹¹⁹ Woess, s. 510-511.

farklılaşmaktadır. Ayrıca şehrin yöneticisi de, *cessionun* uygulanması yönünde *praetora* emir verebilmekteydi¹²⁰. Eğer *cessio bonorum* teklifi bir makam önünde gerçekleşen bir yargılama sırasında vuku bulmamışsa, bu halde, yetkili makam yine *praetordu*¹²¹. Bu durum *cessionun* uygulanmasının çoğu durumlarda, yüksek bir makamın önünde cereyan etmediğini; yerel makamlarca yürütüldüğünü göstermektedir. Çünkü *cessio*, genellikle, şahsa karşı cebri icra uygulanmasına engel olmak üzere, yargılama sırasında karşı bir savunma aracı olarak işlev gören yerel bir uygulama olmaktaydı. *Gaius*'un, “ya zararın karşılanması ya da zarar verenin teslim edilmesi”¹²²ne yönelik emir vermesiyle, ifanın konusuna ve yetkili makama yönelik tereddütler de giderilmiş oldu. Buna yönelik uygulama ise, *praetora* bırakıldı¹²³.

¹²⁰ *Justinianus*'un emirlerinde de (C.7, 71, 8, pr) bu yönde veriler bulunmaktadır. Buna göre, *Kaiser*, şahsa karşı icranın uygulanması sırasında da *cessio* için bir emir verilebilir. Bu durum, *cessionun* uygulanması sırasında da, şahıs üzerinde uygulanan icranın yürütüldüğünü de ayrıca göstermesi bakımından dikkate değerdir (**Woess**, s. 511–512). Günümüz bağlamında, iflâstan önce konkordato talebi gerek borçlu tarafından gerekse alacaklılar tarafından yapılabilir. Konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen borçlu, icra mahkemesine konkordatoya giden süreci özetleyen gerekçeli bir dilekçe ve konkordato projesi sunar. Bu projeye, ayrıntılı bir bilanço, gelir tablosu ve mecburen tutması gerekli defterleri varsa buna yönelik bir cetvel ekler (İİK m.285,I). Bu şekilde, borçlu, ilk aşamada, öngördüğü konkordato türünü ve bunu gerçekleştirmeye yönelik içinde bulunduğu durumu ve imkânları açıklamaya mecbur tutulmaktadır (Gerekçeden). İflâstan önce, iflâs talebinde bulunabilecek alacaklılar da, gerekçeli olarak düzenleyecekleri bir dilekçeyle, icra mahkemesinden borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını isteyebilirler (İİK m.285,II). Aynı şekilde, malvarlığının terki suretiyle konkordato da, diğer alelade konkordato türlerinde olduğu gibi, borçlunun bir konkordato talebi ile başlar (**Tanrıver**, s. 20; **Ulukapı**, s. 24; **Deliduman**, s. 1045). Ancak, borçlunun konkordato teklifinde, malvarlığının terki suretiyle konkordato teklif ettiğini açıkça bildirmesi gerekir (Bkz. 309/a maddesine yönelik Hükümet Gerekçesi).

¹²¹ **Woess**, s. 511.

¹²² “qui neque sequantur neque ducantur”.

¹²³ **Woess**, s. 512; İcra ve İflâs Kanunumuza göre, konkordatoya karar vermede, kural olarak, yargılama mercii olan icra mahkemelerini esas alırken, konkordato işlemlerini yürütmekle görevlendirilen kişi olarak da, komiseri ön plana çıkarmıştır (Konkordato Komiserinin yeri ve önemi konusunda bkz. **Tanrıver**, s. 25 vd.). Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda da, konkordato komiserinin tayini ve görevleri adi konkordatodaki gibidir (**Deliduman**, s. 1047; **Ercan**, s. 225). Ancak, konkordatonun mahkemece tasdiki üzerine, borçlunun konkordato kapsamındaki malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini, özel bir konkordato organı olan alacaklılar kurulu tarafından seçilen konkordato tasfiye memurları kullanırlar. Tasfiye memurları, iflâs dairesinin ve alacaklılar kurulunun denetimi altında tasfiye kapsamındaki mal ve hakları paraya çevirirler ve elde edilen paraları alacaklılara dağıtırlar (İİK m.309/c; 309/ç). Geniş bilgiler için bkz. **Ercan**, s.257 vd.

6- Geçici Koruma Önlemi Olarak Borçlunun Şahsına Karşı İcra Uygulanmasında *Cessio bonorum*

Roma hukuk uygulamasında *cessio*ya yönelik uygulamaların görülmesine rağmen, şahıs üzerinde cebri icra uygulamasının da ortadan tamamen kalkmadığı bilinmektedir. Bu nedenle, hem *cessio* hem de şahsa karşı icra birlikte yürütülmüştür. En eski zamanlardan beri şahsa karşı icranın uygulandığı da zaten bilinmektedir. Hatta en eski devirlerde, borcun mevcudiyetine yönelik bir yargılama yapılmadan, doğrudan şahıs üzerinde cebri icra uygulaması da söz konusu olduğu yukarıda ifade edilmişti¹²⁴.

Sistem dışı yargılama usulünün uygulandığı (*Cognitionsprozess*) klasik sonrası dönemde, borçlunun şahsı üzerinde uygulanan icra geçici bir özellik arz etmekteydi. Başka bir ifade ile bu dönemde, borçlunun şahsı üzerinde uygulanan ve geçici özellik taşıyan koruma önlemlerinin dışında, salt şahsa karşı icrayı hedef alan davranış tarzında azalmalar görülmekteydi. Bu durum, *sistem dışı* usule temel teşkil eden kurallardan kaynaklanmaktadır. Bundan önce yürürlükte olan sistemde (*Legis Actio* ve *Formula Usulü*)¹²⁵ bir kişiyi davaya davet o kişinin hayatına da mal olabilirken; *sistem dışı* usulde, davalı, davacı tarafından *magistra* önünden alınamıyordu. Yargılama sürecine katılması karşısında davalı borçluya, alacaklıya teslim edilmemesi için bir güvencenin de verilmesi gerekmekteydi. Aksi halde davalı borçlu yargılama sürecine katılmayabilirdi. Aynı şekilde, davalı da davacıya yargılama sürecine katılacağına ve kaçmayacağına yönelik bir güvence vermek durumundaydı¹²⁶. Arazi maliki, haysiyetli kadın ve imtiyaz sahibi şahıslar davalı olduklarında bu güvenceyi göstermekten muaf tutulmuşlardı. Roma vatandaşı sıfatını taşımayan ya da Roma vatandaşı sayılıp da, yargılama sürecine katılma noktasında güvence gösteremeyen, alacaklı tarafından yakalanan borçlu, yargılama süreci tamamlanıncaya ve hüküm verilinceye kadar bir geçici koruma önlemi şeklinde şahıs ile sorumlu olarak hapis altında bulundurulmakta; mahkemeden buna yönelik karar alınmaktaydı¹²⁷.

¹²⁴ Bkz. yuk. başlık B, 2.

¹²⁵ Bkz. Tahiroğlu/Erdoğan, s. 12-37.

¹²⁶ "cautio iudicio sisti".

¹²⁷ Woess, s. 513-514.

Yargılama sırasında borçlunun şahsına karşı yürütülen ve geçicilik özelliği taşıyan bu tür bir güvencelerin sadece, yargılamanın yürütülmesine yönelik bir güvence işlevi gördüğü; buna karşılık, yargılama sonrasında mahkemenin vereceği kararın icrasına yönelik bir güvence amacı taşımadığı ileri sürülmüştür. Ancak bir an için, bu aşamada borçlunun şahsına karşı yürütülen icranın, sadece, borçlunun yargılama sırasında mahkeme önünde hazır bulundurmaya yönelik geçicilik niteliği taşıdığı; mahkemece, davalı lehine bir karar verilince de bu zorunluluğun kendiliğinden ortadan kalkacağı ve borçlunun serbest kalacağı ileri sürülse de, gerçekleşen uygulama bunun böyle olmadığını göstermektedir. *Sistem dışı* yargılama usulünde, bir borçtan dolayı geçici koruma önlemi olarak görülebilecek hapis ile sorumluluk durumu, pratikte, borçlunun şahsına karşı da yürütülen bir icra uygulamasına da dönüşebilmekteydi. Geçici olarak güvence amacı gören ve yargılamanın yapılabilmesini, sonuçlandırılabilmesini sağlamayı amaç edinmiş olsa da, borçlunun yakalanması, kötü niyetle borçlunun şahsına yönelik bazı baskı araçlarının uygulanabilmesine zemin hazırlamaktaydı. Hatta yargılama sırasında vuku bulan bu tür kötü niyetli baskı araçları yüzünden çoğu zaman, borçlunun borç yükümlülüklerine uygun tarzda davranması sağlanabiliyor; uzun zaman alan yargılama sürecine gerek de kalmıyordu. Bu yönde bir eğilim, uygulama ile kurallar arasında farklılıklar ortaya çıkarmakta; kuralların borçlunun da çıkarlarını koruyacak şekilde tam olarak uygulanabilmesi her zaman mümkün olamamaktaydı. Kendisine teslim edilen kişiyi yargılama sırasında hazır bulundurmak ve onun kaçmasını engellemek için, icra memurunun (*Executor*) hangi araçları kullanacağına yönelik sınırlamalar da yoktu. Bu nedenle, borçlunun borç yükümlülüklerine uygun tarzda davranışlarda bulunmasını, borç konusu edimi yerine getirmesini ya da bir *cessio bonorum*a giden sürecin başlatılmasını sağlamak amacıyla alacaklı büyük uğraşlar vermekte; hatta bunu sağlamaya yönelik olarak icra memurunu da etkilemeye yönelik tüm araçları devreye sokmaktaydı. Çoğu zaman, kendisine yapılacak işkencelerin farkına varan borçlu, başka bir seçim hakkı tanınmadığı için, borç konusu edimi yerine getirmek; bunun mümkün olmadığı durumlarda da, bir *cessio* sürecini başlatmak zorunda bırakılabilmekteydi¹²⁸.

Roma hukuku bakımından görülen bu süreç, *cessio bonorum*un, borçlunun şahsına karşı yürütülen, geçici bir koruma önlemi niteliğinde cebri icra uygulamasının engellenebilmesi ve kötüye kullanılabilmesinin önüne geçile-

128 Woess, s. 515–517.

bilmesini sağlamak amacıyla kullanıldığını da göstermesi bakımından dikkate değerdir. Yargılamanın her safhasında, borçlunun şahsına yönelik olarak geçici koruma önlemlerinin alınabilmesinin alacaklının korunması çerçevesinde yeterli görülmemesi nedeniyle borçlunun *cessioya*, işkence araçlarıyla yönlendirilmesi durumunu ortaya çıkarmıştır. Çünkü borçlunun malvarlığının dışında tek başına, şahsa yönelik geçici koruma önlemi, alacaklıların alacaklarına kavuşmaları bakımından yeterli bir güvence anlamına gelmemekteydi¹²⁹. O halde *sistem dışı* yargılama sürecinde (*Cognitio Extra Ordinem*) bile, *cessio bonorum*a yönelik bir sürecin başlatılmasının çok geçmeden sağlanmasına yönelik olarak, geçici koruma önlemi adı altında şahsa karşı icranın yürütüldüğü de görülmektedir¹³⁰.

7- *Cessio Bonorum* Uygulamasında Zilyetlik ve Mülkiyete Yönelik Sorunlar

Kanun önünde eşitlik ilkesi Roma hukukuna yabancı bir kavramdı. Antik şehir devletleri sadece, yöneten zümrenin çıkarlarını dikkate alan sınıf devleti temeline dayanmakta; yönetilenler ile yönetenler arasında uçurumlar bulunmaktaydı. Merkezi güçler, yerel idareleri denetlemek yoluyla, yerel kişiler üzerinde de etkilerini sağlamakta, hâkimiyetlerini devam ettirmekteydiler. Bu sınıfsal yapı içerisinde, bir malvarlığı üzerinde zilyetliğin kaybını ortaya çıkaran durumlar söz konusu olduğunda, bu durum etkisini, kural olarak, sınıflar arasında farklı, ancak her sınıf içerisinde herkes için eşit derecede gösterirdi¹³¹.

¹²⁹ Henüz mahkemece bir karar verilmeden, yargılama süreci tamamlanmadan gerçekleşen bu tür *cessio bonorum* söz konusu olduğunda, mahkemenin ne tür karar vereceğine yönelik bir açıklık bulunmamaktadır. Yani alacaklının baskısıyla ortaya çıkan *cessio* nedeniyle, mahkeme, *cessionun* onaylanmasına mı karar vereceği; yoksa yargılamayı sonuna kadar devam ettirerek gerçek borç yükümlülüklerine uygun tarzda bir hüküm mü vereceği tam olarak bilinmemektedir (Woess, s. 517-518, dn.2).

¹³⁰ Woess, s. 518; Roma hukuk uygulamasında ve diğer bazı hukuk sistemlerinde rastlanılan borçlunun borcunu ödeyinceye kadar hapis müessesesi, modern hukuk sistemlerine yabancıdır. Fakat borçlunun mallarını ve mallarının nerede olduğunu da tespit edebilmek için bazı istisnai hallerde, ikinci derecede olmak üzere hapis yoluna işlerlik kazandırılabilirdiği de kabul edilmiştir. Borçlunun mal beyanında bulunmasını sağlamak için hapis ile tazyik edilmesi (İİK m.76) ve mal beyanında bulunmayan borçlunun disiplin hapsi ile cezalandırılması (İİK m.337) bu duruma belirgin örnektir.

¹³¹ Woess, s. 518.

*Iustinianus*un 531 yılına rastlayan emirnamelerine göre, aile babasının egemenliği altında yaşayan (*filius familias*), borç ödeme yükümlülüğü bulunmayan (*etsi nihil in suo censu haberant*), hatta mamelek hakkına da sahip bulunmayan aile evladı da, sınırlı şartlar altında borç karşılığında *cessio bonorum* teklif hakkına sahip bulunmaktaydı. Ancak aile evladının bu tarz bir talebi veya *magistranın*, *cessio bonorum*a yönelik bir karar vermesiyle, aile evladının mülkiyet hakkına ve tasarruf yetkisine sahip olmaması nedeniyle *praetorun*, aile evladını alacaklıya (köle gibi) teslim edip edemeyeceği belirsizdir¹³². Aile evladının mamelek hakkına sahip olmaması, onun, *pater familias*a ait mamelekin devir hakkına sahip olmaması demektir. *Cessio bonorum*da ise, kim malın mülkiyetine sahipse devir de ancak o kişi tarafından yapılabilir¹³³. Malvarlığının devriyle birlikte, borçlunun şahsı ile sorumluluğu da devam etmektedir¹³⁴. Çünkü salt mülkiyetin devri işlemin yapıl-

¹³² Oysa ki aile evladının, Roma vatandaşı olarak *ius civile*ye göre hak ve fiil ehliyeti, haksız fiil ehliyeti tam olmakla birlikte; Roma ailesinde yalnız bir kimse iktisaba yetkili olduğundan (*pater familias*) aile evladı tarafından yapılan işlemler etkisini kendiliğinden *pater familias* üzerinde gösterir. Bu halde hak ve borçların sahibi de aile evladının yerine *pater familias* olurdu. Sonraları aile evladının taahhüt işlemlerinden *pater familias*ın, tıpkı kölenin efendisi gibi sorumlu olacağı *praetor* tarafından kabul edildi. Aile evladına karşı, taahhüt işlemleri nedeniyle dava açılabilir, alacağın ödenmesine mahkûm edilebilir; ancak, *pater familias* altında bulunduğu sürece hüküm infaz edilemezdi. Çünkü aile evladının mameleki bulunmamaktadır. Alacaklı, aile evladının şahsı üzerinde icra da gerçekleştiremezdi. Bunu yapması, aile evladını *pater familias*'ın elinden alması anlamına gelmekteydi. Ancak, *praetor* uygulamalarıyla, aile evladına fiilen tasarruf edebileceği bir mamelek tahsisi durumlarında, bu miktarla sınırlı olarak sorumluluk verildi (**Koschaker/Ayiter**, 87–89); işte bu gibi durumlarda, aile evladının da *cessio bonorum* teklif edebilmesi imkânı tanınmaktaydı (**Woess**, s. 519).

¹³³ Günümüz malvarlığının terki suretiyle konkordatoda tasfiyeye tabi mallar, öncelikle, konkordato projesinde gösterilen mallardır (**Deliduman**, s. 1052). Bundan başka, borçlu, konkordato teklifinde haczi caiz olmayan mallarını da ayrıca göstermekle yükümlü kılınmışlardır (İİK m.309/b). Konkordato kararının kesinleşmesine kadar borçlunun malvarlığına giren mallar da tasfiyeye tabi tutulmaktadır (**Deliduman**, s. 1052; **Kuru**, s. 3883). Konkordato tasdikinin kesinleşmesiyle birlikte, tasfiyeye tabi mallar özel bir mamelek (*Sondervermögen*) oluşturur (**Deliduman**, s. 1052). Geniş açıklamalar için bkz. **Ercan**, s.202 vd.,205 vd.

¹³⁴ **Woess**, s. 519. İcra ve İflâs Kanunu'nun 309/b maddesinin bir nolu bendine göre, alacaklıların, malların tasfiyesi ya da üçüncü kişiye devri suretiyle karşılanamayan alacaklılarından feragat edip etmedikleri, feragat etmemişlerse borçlunun sorumluluğunun ne olduğu da konkordatonun zorunlu içeriği olarak açıkça belirlenmelidir. Alacaklıların, tasfiye sonrasında karşılanamayan alacaklarını istemekten feragat etmiş olmaları da mümkündür. Ancak, böyle bir anlaşmanın, konkordato sözleşmesinin içeriğinde belirtilmesi gerekir (**Deliduman**, s. 1052; **Kuru**, s. 3881; **Ercan**, s.205 vd.). Burada önemli olan hususun, belirli çerçeveler içinde kalmak koşuluyla (İİK m. 309/b; BK m.19-20), borçlu ile

ması, alacaklarının alacaklarına borçlunun malvarlığından tamamen kavuşacakları anlamına tam olarak gelmemektedir. Bu nedenle *cessio bonorum* uygulanabilmesi için, borçlunun devre konu malvarlığının, alacaklıların alacaklarını tamamen karşılayabilecek nitelikte olması yeter bir ön şart olarak kabul edilmemekte; fiilî olarak karşılaması da aranmaktaydı. Bu ise malların paraya çevrilmesi ile belirlenebilecek bir durumdu. *Cessio bonorum* başlangıcında, borçlunun halihazırda mülkiyetinde bulunan ve devre konu kılınan mallarının alacaklılar tarafından paraya çevrilmesiyle kararlaştırılan miktarı tutup tutmayacağı ise belirsizliğini korumaktadır. Bu nedenle de, malvarlığının mülkiyetinin devrinden sonra da borçlunun şahsı ile sorumluluğu kısmen devam etmekte; *cessio bonorum* talebi ve malvarlığının devri şahıs üzerinde cebri icra uygulamasını tamamen sona erdirmeye sadece ilk aşama olmaktadır¹³⁵.

Klasik hukuk döneminde *cessio bonorum*, *venditio bonorum* uygulanmasını temin amacını da taşımaktaydı. Bu devrede spekülâtörler tarafından borçlunun borcuna karşılık olmak üzere borcu karşılayacak miktarda belirli bir malvarlığı belirlenmekte; belirlenen bu kısım malvarlığı, toptan paraya çevrilmekte ve alacaklıların alacaklarına kavuşmaları sağlanmaktaydı. Alacaklıların baştan belirlenen malların alacaklarını karşılamaya yeteceği noktada endişeleri olmamakla birlikte, çoğu durumlarda, malların paraya çevrilmesi sırasında gerçekleştirilen spekülâtif davranışlar sonrasında beklenen fayda elde edilememekteydi. Bu nedenle çoğu durumlarda, *venditio bonorum* öncesinde, *cessio bonorum* uygulanmasının da bir amacı, yararı, kötü uygulama nedeniyle kalmamıştı¹³⁶. *Cessio bonorum*, bu özelliği gereği

alacaklının diledikleri şekilde anlaşabilecekleridir (Bkz. 309/b maddesine yönelik Hükümet Gerekçesi).

¹³⁵ **Woess**, s. 519–520. Günümüzde, öncelikle, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, alacaklıların tasfiye sonucunda karşılanamayan alacaklarını talep haklarından feragat edip etmedikleri konkordato sözleşmesinde yer alacağından (309/b/1), feragat yönelik bu yönde bir anlaşmanın yapılmadığı durumlarda, kalan kesimin kapsamı ve niteliğinin de ayrıca gösterilmiş olması gerekmektedir (309/b maddesine yönelik Hükümet Gerekçesi). Bu nedenle, konkordato anlaşmasıyla, borçlunun malvarlığıyla karşılanamayan alacaklıların durumu daha baştan belirlenmekte; buna yönelik belirsizlik de ortadan kalmaktadır.

¹³⁶ **Woess**, s. 520. Günümüzde, tasfiyeyi, alacaklılar kurulunun alacağı kararlar doğrultusunda tasfiye memurları yapar (İİK m.309/c; 309/ç). Tasfiye memurları, paraya çevirmenin usulü, zamanı hakkında alacaklılar kuruluna teklifte bulunur (İİK m.309/e). Paraya çevirme bakımından büyük bir esneklik kabul edilmiştir. Organlar, kendilerine uygun görünen paraya çevirme usulünü kabul etme serbestisine sahiptir (Bkz. İİK 309/e madde-

genel kabul gören bir uygulama yakalayamamış olsa da, az sayıda kişi, borçlunun malvarlığına karşı söz konusu olabilecek bir icra sonrasında alacağına kavuşamayacağı endişesiyle *cessio*ya yönelmekteydi. Bu halde, *cessio*, farklı bir uygulama tarzıyla ortaya çıkmaktadır. Alacaklının alacağını karşılamaya yetmeyecek tarzdaki malvarlığı işletilmekte; oradan elde edilen gelirle alacaklı alacağına kavuşmaktaydı. Örnek olarak, *cessio bonorum* konu olan bir fırın, alacaklılarca paraya çevrilmemekte; kendileri işletmek istemiyorlarsa içlerinden birine ya da bir başka kişiye hasılat kirasına verilmekte; buradan elde edilen gelirle alacaklıların alacaklarına kavuşmaları sağlanmaktaydı¹³⁷.

Krallık hukukunda da, borçlunun belirli bir miktarı ödeme veya *cessio*ya yönelik talebinin alacaklılar tarafından kabul edilmesi durumunda bile, borçlunun şahsa karşı icra tehdidi altında tutulması acımasızlığı söz konusu olabilmekteydi¹³⁸. Bu şekilde süregelen bir uygulama, kendisini eski hukukun etkisinden tamamen kurtaramamıştı. *Poetelia* Kanunlarına göre, kendisini bir borç yükümü ile bağtılayan borçlu, borç konusu edimi yerine getireceğine dair iyi niyetle edeceği yemin ile (*juramentum bonae copiae*) şahsa karşı yürütülen icradan kaçınabilirdi. Bu yemin iki hususu içermektedir. Öncelik-

sine yönelik Hükümet Gerekçesi). İflâs dairesinin ve alacaklılar kurulunun denetimi altında kendisine verilen serbesti sınırları çerçevesinde tasfiye memurları, borçlunun devrettiği malvarlığına yönelik olarak tasfiyeye yönelik (malvarlığını paraya çevirme ve elde edilen paraları alacaklılara dağıtma gibi) işlemleri yaparlar (İİK m.309/h; 309/e). Geniş açıklamalar için bkz. **Ercan**, s.301 vd.

¹³⁷ **Woess**, s. 520–521. Benzer duruma modern düzenlemelerde de rastlanılmaktadır. İcra ve İflâs Kanununda düzenlenen malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, alacaklılara, borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etmek veya bu malların tamamını veya bir kısmını üçüncü kişiye devretmek yetkisi verilir. Bu halde, borçlu, malvarlığını alacaklılara terk ederek bu malvarlığının alacaklılar tarafından iflâs tasfiyesine benzer bir şekilde tasfiye edilmesini ister. Ancak malvarlığının terki suretiyle konkordatonun başka bir şekli de bulunmaktadır. Bu ise, borçlunun malvarlığının tamamını veya bir kısmını, alacaklılara genellikle belirli bir vadeye yayılan taksitler halinde ödeme yapılması karşılığında bir üçüncü kişiye devretmesidir. Fakat malvarlığının alacaklılara terki ile üçüncü kişiye devri arasında, durumun özelliklerine göre yürürlüğe konulabilecek çeşitli seçenekler bulunmaktadır. Örnek olarak, borçlunun malvarlığının kurulacak bir şirkete devredilerek alacaklılara bu şirket hisseleri de verilebilir (Bkz. 4949 sayılı Kanunun malvarlığının terki suretiyle konkordatoya yönelik Hükümet Gerekçesi; Tasfiye anlaşması, yeni şirket kurulması, malvarlığının üçüncü kişilere devri, Kombine (Birleşik) şekillerindeki malvarlığının terki suretiyle konkordato görünümleri için bkz. **Ercan**, s.108 vd.).

¹³⁸ 12 Levha Kanunlarında da belirtildiği üzere, bu halde alacaklılar, borçlunun talebi halinde, yeterli derecede işe sağlamak mecburiyetindeydiler. Bunun ölçüsü ise, yarım kilo tahıldı (**Schwarz**, s. 94; **Umur-Ders** Notları, s. 238; **Umur-Tarihi Giriş**, s. 538; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 16; **Rado-Roma** Hukukunda Cebri İcra, s. 235; **Woess**, s. 521).

le, borçlunun içinde bulunduğu acze yöneliktir. Bundan başka, borçlu, hâlihazırdaki malvarlığının alacaklının alacağını karşılayacak miktarda olduğuna ve borç yükümlülüklerinden kurtulmak için kaçmayacağına yönelik olarak yemin etmekle yükümlüydü. Borçlu, yeminden sonra, malvarlığı üzerinde (özellikle de, paraları üzerinde) tasarruf edemezdi. Bunun karşılığında ise, şahsa karşı icradan kurtulmaktaydı. Borçlunun yanında, diğer Roma vatandaşları da, hem borçlunun içinde bulunduğu acze, borç yükümlülüklerini yerine getirmeden kaçmayacağına hem de kalan malvarlığına yönelik olmak üzere yemin edebilirlerdi. Borçlunun alacaklılara karşı borç yükümlülüklerine uygun tarzda davranacağına, tüm malvarlığını borcu karşılığında alacaklılarına terkedeceğine yönelik söz vermesi ile (yemin beyannamesi) ile, *cessio bonorum* prosedürünün başlaması sözkonusu olmakta; ancak yemin beyannamesi ile borçlu, şahıs üzerinde icra ve sonuçlarından kurtulabilmekteydi¹³⁹. Diğer taraftan kabul edilmelidir ki, bir borçlunun acze düşmesi, onu borç ödeme yükümünden kural olarak kurtarmaz. *Cessio bonorum*la, gerçekte ulaşılmaması arzu edilen sonuç, salt borçlunun aczinin ispatına yönelik yemin etmesi olamaz. Amaç, yemin çerçevesinde borçlunun aktif malvarlığının borçlarına karşılık olmak üzere devridir. Devredilen aktifleri toplamı, pasifleri karşılayamadığı durumlarda zaten, borçlunun acz içerisinde olduğu ortaya çıkacaktır¹⁴⁰. Görüleceği üzere, *cessio bonorum*, sıklıkla, şahıs üzerinde uygulanan cebri icra uygulamasından kurtulma noktasında alınacak tedbirlerde geç kalındığı durumlarda düşünüldü. Ancak, *cessio* için, borçlunun acz içerisinde bulunması ya da ödeme güçsüzlüğüne düşmede şanssızlığın rol oynaması bir ön şart olarak kabul edilmemektedir. Kim malın maliki ise, *cessio* yoluyla malın zilyetliğinin devrini de o gerçekleştirebiliyordu. Malvarlığının terki sonrasında, borçlunun terke tabi malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi de kalmamaktaydı¹⁴¹. *Cessionun* uygulanmasında mülkiyetin rol

139 Woess, s. 521-522.

140 Woess, s. 522.

141 Roma hukukunda, özellikle, *missio in bona* için tek başına *praetor*'un karar vermesi yetmemekte, ayrıca, alacaklıların borçlunun malvarlığına fiilî olarak el koyması da gerekmektedir (Bkz. Başözen, s. 43; Schoch, s. 27-28); aynı şekilde, borçlunun *cessio* teklifi üzerine *praetorun* kararıyla *cessio* sürecinin başlatılması durumunda, *cessionun* kendisinden beklenen etkiyi gösterebilmesi için borçlunun devrettiği malvarlığı üzerinde alacaklıların fiilen zilyetliğe sahip olmaları da gerekecektir. Bu şekilde, alacaklılar, borçlunun tüm malvarlığı üzerinde değil, sadece, borçlunun fiilen alacaklılarının hâkimiyet altına bıraktığı malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini kullanabileceklerdir.

oynaması, onun az sayıda uygulanması ve az sayıda aciz masalarının kurulması sonucunu doğurdu. Ancak, borçlu, mallarının devri ile şahıs üzerinde cebri icradan tamamen kurtulmaktan ziyade, alacaklının katı tutumu ve emri altında kalmasından kurtulmaktaydı. Şahıs üzerinde cebri icradan kurtulmanın şartı ise, devredilen malvarlığının, alacaklının alacaklarının tamamını karşılmasına bağlıydı¹⁴².

SONUÇ YERİNE

Eski zamanlardan beri, şahsa karşı yürütülen icra, uygulanmasına rağmen arzu edilen bir durum olmamıştır. Her dönemde bunu değiştirmeye yönelik çabalar görülebilmektedir. Ancak, her dönemde uygulanabilirlik bakımından engellenmesi çabaları da görülebilmektedir. Borçlunun alacaklıların çıkarlarına aykırı tarzda hareketleri, Romalıların hukuka karşı düşüncelerinde güç ve şiddet kullanmalarının uygun gerekçesi olmuştur. Borçlunun borç yükümlülüklerine uygun tarzda hareket edip etmeyeceği; borca aykırılık durumlarında devlet erkinin borçluyu zorlayıp zorlayamayacağına yönelik endişeler, güçlü konumdaki alacaklıları borçlunun şahsına karşı şiddet ve güç kullanılması sonucunu doğurmuştur. Anlatılan şekildeki bir belirsizlik ortamında, şahsa karşı icra araçları amaca ulaşmada elverişli ve etkili bir yöntem olarak kabul edilmiştir. Roma hukuk gelişiminin her döneminde, alacaklılar, açıklanan nedenlerle, açıkça hukuk kurallarıyla sahip olmadıkları belirli dönemler bakımından ellerinden alınan şahsa karşı icra yöntemlerini uygulama yolunda açık kapılar aradılar; yeniden getirmeye ve uygulamaya yönelik çaba sarf ettiler. İşte bu hukukî süreçte *cessio bonorum*, bir taraftan verilen ancak diğer taraftan da alınan yarım bir reform olarak kabul edilmiştir. *Julia* Kanunlarına göre, borçlu, borç yükümlülüklerinden şahsı ile sorumludur; ancak, malvarlığını alacaklılara devrettiğinde orcu karşıladığı

Günümüz ölçeğinde tasfiye anlaşması şeklindeki malvarlığının terki suretiyle konkordatoda borçlu, sadece malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini alacaklılara terk etmekte; alacaklılar da bu tasarruf yetkisini tasfiye memurları aracılığıyla kullanmaktadırlar. Dolayısıyla borçlu her ne kadar malları üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetse de, tasfiyenin sonuçlanmasına kadar malların maliki olarak kalmaktadır. Buna karşılık, malvarlığının üçüncü kişiye devri suretiyle konkordatoda, sadece borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisi değil, bu malların mülkiyetinin ve bütün hakların üçüncü kişiye devredilmesi sözkonusudur. Bu nedenle konkordatonun tasdikinden sonra, borçlu malları üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmekte; bu hak malları devralan üçüncü kişiye geçmektedir (Bu konuda geniş açıklamalar ve yabancı hukuka atıflar için bkz. **Ercan**, s. 122–123; ayrıca bkz. **Başözen**, s. 109 vd.).

¹⁴² **Woess**, s. 522–523.

oranda şahsa karşı icra korkusundan kurtulmaktadır. O halde, roma hukukunda *cessio bonorum* hakkında belirleyici özellik, kendisini “şahsa karşı icrayı engelleme” noktasında göstermektedir¹⁴³.

Roma hukukunda, kişisel çalışması karşılığında elde ettikleri ile geçimlerini sağlayan kişiler bakımından, *cessio bonorum*’un uygulanması da söz konusu olamamaktaydı. Çünkü genel olarak görüldüğü üzere, bu halde, borçlunun devredilebilecek nitelikte malvarlıkları da bulunmamaktaydı. Bu durumda olanlara, borçlarını ödemediklerinde *cessio bonorum* uygulanmakta; hapis yolu işlerlik kazanmaktaydı. Bu süreç, Roma icra hukukunun gelişim süreçlerine tam olarak uymasa da, *cessio bonorum*un bilinmesinin yanında, hâkim olan uygulama şahsa karşı icra usulüydü. Zira borç yükümlülüklerine aykırı davranıldığında şahsa karşı icra, halk arasındaki genel inanişâ göre, kaçınılmaz olarak uygulanması gereken yöntemlerdi. Bu nedenle, şahsa karşı icranın önlenmesi de, getirilen kurallara rağmen, hemen ortadan kaldırılamamış, uzunca bir süre almıştır. *Cessio bonorum*, Roma hukuk uygulamasında şahsa karşı cebri icrayı önlemeye yarayan yarım bir reform olarak görülse de, önemli bir değere de sahiptir. *Cessio bonorum*ya yönelik özellikle *Julia* metinleriyle belirlenmiş düşünceler zamanla propaganda etkisi yapmış; düşüncelerde bu yönde değişiklikler ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu anlamda söz konusu reform, bir gelişim eşiği olarak kabul edilebilir. *Cessio bonorum*ya yönelik gelişim sürecine bakıldığında, Romalıların baskıları ya da spontane uygulamalarından ziyade; uzunca bir zaman genel kabul görmemekle birlikte *Julia* Kanunları tarafından öngörülmeleleriyle hukuk hayatında var oldukları anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, muhtemelen, şahsa karşı icraya yönelik uygulamanın tamamen yasaklanmasının elverişli sonuçlar doğurmayacağını; böyle bir yasaklamanın, devlet organları aracılığıyla cebri icranın tam olarak işlerlik kazanamaması nedeniyle alacaklıların alacaklarına kavuşmalarını tehlikeye uğratacağını düşünerek şahsa karşı icrayı tamamen yasaklamakta; *cessio bonorum*u, dengeleme aracı olarak görmektedir¹⁴⁴.

*Cessio bonorum*ya yönelik yapılan reform, iki bakımdan özel önem taşımaktadır:

¹⁴³ Woess, s. 524–525.

¹⁴⁴ Woess, s. 525–526.

1. Roma hukukunda şahıs ile sorumluluğu sona erdirici etki *cessio bonorum* ile ortaya çıkabilmekteydi. Borçlu, serbest bırakılma karşılığında, çoğunlukla, malvarlığını, borcuna karşılık olarak, alacaklılarına devredebilmekteydi. Aksi durumda, alacaklıların yoğun baskısı altında yürütülen cebri icra, malvarlığının devri sonucunu doğurmayan *venditio bonorum* dönüşebilirdi. Alacaklılar, *venditio bonorum* ile borçlunun malvarlığı üzerinde imtiyaz hakkı elde etmişlerdi. Ancak, borçlunun malvarlığı alacaklıların alacaklarını tam olarak karşılayamadığı durumlarda, elde edilen imtiyaz hakkı da, alacaklıların zararını engelleyememekteydi. *Venditio bonorum*la birlikte, borçlunun şahıs ile sorumluluğu da, açıkça sınırlandırılmaktaydı. Genellikle, *venditio bonorum* şeklinde işleyen borçlunun malvarlığı üzerinde icra, pratik olarak, sadece belirli durumlar için geçerli olabilirdi. Hatta eğer alacaklılar borçluyu yaralamışlarsa, şahsa karşı icra, en azından iyileşme süresi içerisinde vuku bulmamaktaydı¹⁴⁵.

Bu durumlarda bile *cessio bonorum* lüzumsuz değildi. Hatta *cessio bonorum*, bilinen faydasını, *venditio bonorum* uygulanırken bile sunmuştur. *Cessio bonorum*, alacaklıların borçlunun şahsı üzerinde icra ile malvarlığı üzerinde icra arasındaki seçim hakkını ortadan kaldırmıştır. Malvarlığı üzerinde icranın söz konusu olabildiği durumlarda da, *venditio bonorum* uygulanmasından sonraki evrelerde *cessio bonorum* uygulanabilirdi. Bu yolla, hem *venditio bonorum*un olumsuz etkilerinden kurtulunmakta hem de borçlunun malvarlığının borcunu karşılayamadığı durumlarda şahıs ile sorumluluk prosedürünün başlamasına engel olunabilmekteydi¹⁴⁶.

2. *Cessio* bağımsız bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Ancak, yetkiyi kullanan taraf da, bu durumdan tamamen hoşnut olamamakta; sadece, içinde bulunduğu duruma göre en elverişli yol kararlaştırılmaktaydı. Ancak, Roma hukukunda kabul edilen *cessionun*, benzer durumlarda borçluyu şahıs üzerinde icradan kurtarmaya yarar tarzda kullanılabilirdiğinin bilinebildiği konusunda şüpheler bulunmaktadır. Borçlunun mallarına *venditio bonorum*un uygulanmasıyla yapılan haciz sonrasında da, borçlu, malvarlığı üzerinde birtakım kötü niyetle işlemlerde bulunmadığı durumlarda, benzer sonuçlara ulaşmak mümkün olabilmekteydi. Ayrıca, *cessionun* şartla bağlanmasının

¹⁴⁵ Woess, s. 526.

¹⁴⁶ Woess, s. 526–527.

veya sınırlandırılmasının nasıl yapılacağı noktasındaki belirsizlik de bulunmaktadır¹⁴⁷.

Venditio bonorum, borçluyu şerefsizliğe düşürüyordu; bunun ise çok ağır sonuçları vardı: Her şeyden önce, borçlu, toplum içinde tüm saygınlığını yitirdikten başka, yaşamının ileri dönemleri için de büyük kayıplara uğruyor; örneğin, kamu hizmetlerinden mahrum kalıyordu¹⁴⁸. *Cessio* ise, teorik olarak, *venditio bonorum*un ağır neticelerini önlemeyi hedef tutuyordu. Ancak, borçlunun *venditio bonorum*un ağır sonuçlarıyla henüz karşılaşmadan, kendi iradesiyle malvarlığını alacaklılara terkederek, şerefsizlik durumunu önleyip önleyemeyeceği noktasında da uygulamadan kesin veriler bulunmamaktadır¹⁴⁹.

Cessionun uygulanmasına yönelik birtakım zorluklar, *praetorlar* ve/veya şehir yöneticilerinin katkılarıyla kolaylaştırılmıştır. Hatta *magistralar* önünde kişilerin kendilerini savunmaları sırasında, *cessioya* yönelik uygulamaların yaygınlaşması da bu anlamda değerlendirilebilir. Borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesinde kendi kusurunun bulunmadığının ispatı birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir. Borçlunun, şanssızlık sonucu acze düştüğünün ispatına birtakım sonuçlar bağlanması, pratikte, tehlikeli parasal kayıpların doğmasına yol açabileceği endişesiyle, *Iustinianus* düzenlemelerinde buna yönelik bir kurum yer almamaktadır. Bu konuda susmanın anlamı, *cessio bonorum*un uygulanmasında, hangi şekilde borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesinin önemi olmamasından kaynaklanmaktadır¹⁵⁰.

Cessio bonorum, bir aile evladı için söz konusu olduğunda, *cessio bonorum* ile malvarlığına yönelik icra arasındaki bağıntı sona ermekte ve

¹⁴⁷ Woess, s. 527.

¹⁴⁸ Di Marzo, s. 134; Rado, s. 30-31; *Infamis* durumuna düşmek, geçekten ağır neticeleri olan ve Romalıların en çok çekindikleri durumlardan biriydi. *Venditio bonorum* benzer şekilde, mirasçı bırakmadan ölmek de kişiyi *infamis* durumuna düşürürdü. Bundan kurtulmak isteyen Romalılar, mirası reddetme hakkı olmayan kölelerini mirasçı olarak atarlardı; bkz. Türkoğlu-Özdemir, s. 153-154.

¹⁴⁹ Burada dikkat edilmesi gereken bir başka durum da, şerefsizliğe yol açan fiillere yönelik saymanın *Iulia* kanunlarında yer almamasıdır. Bu fiillerin hangi durumlarda ve ne suretle uygulanabilir olduğu *praeto*'lar tarafından belirlenmekteydi. *Praetor* tarafından, *venditio bonorum*dan önce *cessionun* uygulanmasıyla borçlunun şerefsizlik durumuna düşmediğine yönelik bir emrin verilip verilmeyeceği de bilinmemektedir (Woess, s. 527).

¹⁵⁰ Woess, s. 528.

malvarlığının devri ile de (*cessio*), aile evladı, şahsa karşı icra yöntemlerinden kurtulabilmekteydi¹⁵¹.

*Cessio bonorum*un uygulanması için kural olarak bir şekil şartı gerekmemekteydi. Ayrıca, yetkili bir makamın katılımına ya da kontrolüne; yetkili makam önünde açıklama yapılmasına gerek de bulunmamaktaydı¹⁵².

Cessio bonorum için, borçlu tarafından bir kaçmayacağına ve mallarını devredeceğine yönelik yemin beyannameşi verilmesi de, kanunlarda açıkça düzenlenmemiştir. MS 600’lü yıllarda *Theodoros*’un yazılarından anlaşıldığı kadarıyla, borçlunun vücudu üzerinde ceza yaptırımını uygulanarak onun *cessio bonoruma* zorlanması yasaklanmıştır. Borçlu, sadece, alacaklıların alacaklarına yetecek ölçüde malvarlığına sahip olup olmadığına yönelik yemin etmekle yükümlüdür. Yemin beyanından sonra, borçlunun şahsına yönelik icra tehdidi için korkmasına da gerek yoktu; çünkü *cessio bonorum* ile hem borçluyu *cessio bonoruma* zorlamayı hedef alan baskı araçları gereksiz kalmakta hem de şahsa karşı icraya son verilmekteydi. Buna rağmen, Roma hukukunda şahsa karşı icranın tercih edilen bir uygulama tarzı olduğu bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır¹⁵³. Bu nedenle, *cessio bonorum*un, bu perspektifle ele alınması; yani, şahsa karşı icra ile birlikte uygulanan ve bu icradan kurtulma amacıyla kendine özgü kurumları ve uygulaması olan bir kurum olarak, kendi tarihi gerçeklikleriyle değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁵⁴.

151 **Woess**, s. 528.

152 **Woess**, s. 528.

153 **Woess**, s. 529.

154 **Schoch**, s. 43–44; **Woess**, s. 529; **Umar**, s. 237; **Başözen**, s. 80.

KAYNAKÇA

- Altay, Sümer:** Teorik ve Pratik Konkordato Hukuku, İstanbul, 1993.
- Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960.
- Arar, Kemal:** İcra ve İflâs Hükümleri, Cilt. 2/İflas, Ankara, 1945.
- Arens, Peter/Lüke, Wolfgang:** Zivilprozessrecht–Erkenntnisverfahren - Zwangsvollstreckung, München 1992.
- Atalay, Oğuz:** Konkordato Hukukundaki Değişiklikler, (Türkiye Bankalar Birliği Tarafından Düzenlenen Abant Konferansı, <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans/abant> adresinden)
- Bandorf, Robert:** Der Einfluss der Konkursöffnung auf die Geschaefit-Prozessfaehigkeit- und Sachlegitimation des Gemeinschuldners mit einem Anhang, Würzburg 1909.
- Başözen, Ahmet:** Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005.
- Berkin Necmeddin M.:** Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar, (İBD, 1957/5, s.113-124). (Berkin-Haczedilmezlik)
- Berkin Necmeddin M.:** İflâs Hukuku, İstanbul 1972. (Berkin-İflas)
- Berkin, Necmeddin M.:** İflas Hukukunda Konkordato, İstanbul, 1949.
- Berkin, Necmeddin M.:** Konkordato ve İflâs, İstanbul Barosu Dergisi, 1939/3. (Berkin-Konkordato ve İflas)
- Blumenstein, Ernst:** Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.
- Deliduman, Seyithan:** Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, (İstanbul Barosu Dergisi, 2004/3).
- Deren-Yıldırım, Nevhis:** İflâsın Hukuki Mahiyeti, (İÜHFM, 1994/1-4, s. 331-346).
- Di Marzo, Salvatore:** Roma Hukuku, (Çev. Ziya Umur), İstanbul 1959.
- Ercan, İbrahim:** İcra ve İflas Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2007.

Fiori, Silvio: Die Glaebigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht, Zürich 1904.

Fritzsche, Hans/Walder-Bohner, Hans Ulrich: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich, Band I/1984, Band II/1993.

Gerhardt, Walter: Grundbegriffe des Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, Stuttgart 1985.

Gürdoğan, Burhan: İflâs Hukuku Dersleri, Ankara, 1966.

Hörl, Ulrich: Das strafrechtlich geschützte Vermögen im Konkurs des Gemeinschuldners, Bonn 1998.

Jaeger, Carl/ Walder, Hans Ulrich/ Kull, Thomas M./ Kottmann, Martin: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erläutert für den praktischen Gebrauch, Band III, Zürich 1997/2001.

Jauernig, Otmar: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, München 1999.

Karadeniz-Çelebican, Özcan: Roma Hukuku, Ankara 2005.

Kaser, Max: Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966.

Kaser, Max: Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch, München 1992.

Kohler, J.: Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891.

Kohler, J.: Leitfaden des deutschen Konkursrechts für Studierende, Stuttgart 1893.

Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret: Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975.

Köhn, Kai: Veräußerungsgeschäfte des Insolvenzschuldners (§§ 80 I, 81 InsO), Hannover Uni-Diss. 2000

Kuru, Baki: “Konkordato”, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nün Düzenlediği İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara, 1963). (Kuru-Seminer)

Kuru, Baki: Haczi Caiz Olmayan Şeyler, (AÜHFD, 1962/1-4, s.277-326). (Kuru-Haczedilmezlik)

Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, Cilt III, İstanbul 1993. (Kuru-İcra III)

Kuru, Baki: İflâs ve Konkordato Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004. (Kuru-El Kitabı)

Kuru, Baki: İflâs ve Konkordato Hukuku, İstanbul, 1988. (Kuru-İflâs).

Lateinisch-Deutsch, Ausführliches Handwörterbuch, Berlin 2002.

Ludwig, Peter: Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtertung (Liquidationsvergleich), Diss., Bern 1970.

Musielak, Hans-Joachim: Grundkurs ZPO, München 1995.

Necmeddin M. Berkin, “Konkordatonun Hükümleri”, İstanbul Barosu Dergisi, 1949/11. (Berkin-Konkordatonun Hükümleri).

Papa, Gildo: Die Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtertung, Diss. Bern 1941.

Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm: Insolvenzrecht, München 2002.

Pekcanitez, Hakan: İcra-İflâs Hukukunda Şikayet, Ankara 1986.

Postacıoğlu, İlhan E.: İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt I. İflâs, İstanbul 1978.

Postacıoğlu, İlhan: Konkordato, İstanbul, 1965.

Rado, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1992. (Rado-Roma Hukuku)

Rado, Türkân: Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı, İÜHF, 1944/1-2. (Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra).

Schoch, Hans: Die juristische Natur der Pfaendung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs, Uni-Zürich Diss., Zürich 1940.

Schwarz, Andreas B.: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1945.

Seuffert, Lothar: Deutsches Konkursprozessrecht, Leipzig 1899. (Seuffert-Konkursprozessrecht)

Seuffert, Lothar: Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts, Leipzig 1888. (Seuffert-Geschichtliche und Dogmatik)

Smid, Stefan: Grundzüge des Insolvenzrechts, München 2002.

Smid, Stefan: Insolvenzordnung (InsO) mit Insolvenztlicher Vergütungsverordnung (InsVV), Kohlhammer Kommentare, Stuttgart 2001.

- Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin:** Roma Usul Hukuku, İstanbul 1985.
- Tanrıver, Süha/Deyneki, Adnan:** Konkordatonun Tasdiki, Ankara, 1996.
- Tanrıver, Süha:** Konkordato Komiseri, Ankara, 1993.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans:** Zivilprozessordnung-Kommentar, München 2002.
- Türkoğlu-Özdemir, Gökçe:** Roma İcra Hukuku, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/1-2.
- Uhlenbruck, Wilhelm:** Konkursordnung-Kommentar, München 1994.
- Ulukapı, Ömer:** Konkordatonun Feshi, Konya 1998.
- Umar, Bilge:** İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir, 1973.
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987. (Umur-Ders Notları)
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku -Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, İstanbul 1984. (Umur-Tarihi Giriş)
- Uyar, Talih:** Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar, (Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974, s.551-586).
- Üstündağ, Saim:** İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000. (Üstündağ-İcra)
- Üstündağ, Saim:** İflâs Hukukunun Esasları (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), İstanbul 2002. (Üstündağ-İflas)
- Von Woess, Friedrich:** Personalexecution und cessio bonorum im römischen Reichrecht, (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 1922/43, s.485-530).
- Yılmaz, Ejder:** Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi (Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.600-611). (Yılmaz-Devlet Malları)
- Zabunoğlu, Yahya:** Konkordato İle İlgili Görüşmeler, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nün Düzenlediği İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara, 1963).

266 *Ahmet BAŞÖZEN/Mehmet ÜÇER EÜHFD, C. XII, S. 3–4 (2008)*

Zimmermann, Walter: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen- Kommentar anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Heidelberg 1995.