

## <sup>H</sup>ROMA HUKUKUNDA İFLAS PROSEDÜRÜNÜN DOĞUŞU

*Prof. Dr. Stasys VÉLYVIS\** / *Dr. Vilija MIKUCKIENÉ\**

(Çev.) *Arş. Gör. Hande Gül KÜÇÜKKAYA\*\**

**Açıklama.** İflasın amacını açıklamak, iflas prosedürünün ve hukuki terimlerin gerçek özünü ortaya çıkarmak için bu hukuki kurumun özünü, yaratımının ve gelişiminin sebepleri ile birlikte anlamak önemlidir. Bu makale iflas prosedürü kurumunun tarihsel gelişiminin analizini içermektedir. Bu amaçla, Roma Hukukundaki iflas prosedürü ve modern iflas prosedürü arasındaki benzerliklerin bulunması için tarihsel karşılaştırmalı analiz makalede ele alınmıştır. Ele alınan iflas prosedürünün gelişiminin tarihsel analizi amacıyla eski dönemlere ait hukuk olarak Roma hukuku seçilmiştir. Yazarlara göre, iflas prosedürünün kökenin ve oluşumunun nedenlerinin ortaya konması bakımından Roma Hukuku en iyi örnektir. Bazı Roma Özel Hukuku kurumlarının analizi, yazarların iflas prosedürüne ilişkin ana özelliklerin (prensiplerin) eksiksiz biçimde Roma Hukukunda olduğu sonucunu çıkarmalarına olanak sağlar: şahsi sorumluluğun maddi sorumlulukla değişimi; açık artırmanın borçlunun malvarlığını paraya çevirme şekli olarak bulunması; borçlunun malvarlığının tümünden bölünmüş parçaların paraya çevrilmesine geçiş; borçlunun malının açık artırmada yemin altında bencil sebeplerle davranmadan (hakkaniyetle) kimin yöneteceğinin bulun-

---

<sup>H</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Mykolas Romeris Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl Hukuku Anabilim Dalı

\*\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı. Roma Usul Hukukuna ilişkin birçok kaynak bulunabilirken, Roma İflas Hukukuna ilişkin neredeyse hiç kaynak bulunamaması bizi bu makalenin çevrilmesine yöneltmiştir. Her ne kadar makalenin başlığı iflas prosedürüne ilişkin olsa da makalede yoğunlukla Roma Usul Hukukunun kurumlarından bahsedilmektedir ve evrensel iflas prosedürlerinin kökenleri tartışılmaktadır.

ması; 30 günlük süreler konulması, bu sürede borçlunun borcunu karşılaması (iddia konusu uyuşmazlığının çözümü için 30 gün süre verilmesi); başlamış borç temini prosedürüne ilişkin alacaklıların bilgilendirilmesi kurumunun oluşturulması ve bu prosedürlere teşvik edilmesi; borcun mesken eşyalarından karşılanmasının yasaklanması ilkesi, borçlu ile alacaklının anlaşması ilkesinin temellerinin oluşturulması; alacaklının haklarının korunması için yasal çare olarak Actio Pauliana'nın oluşturulması.

Belirtilen kurallar zamanla birçok yabancı ülkede iflas halinde hukuki ilişkilere uygulanan hukuki fiillere dönüşmüştür.

**Anahtar kelimeler:** iflas prosedürünün gelişimi, Roma Hukuku

## GİRİŞ

Bütün uyuşmazlıklar sosyal bakımdan önemli olmadıkları ve çözümlenmeleri için çok karışık konuları bünyelerinde barındırmadıkları için aynı uyuşmazlık çözüm yollarını tüm uyuşmazlıklara uygulamak makul değildir. Değişik kategorilerdeki özel hukuk davalarını özelliklerine göre, doğası, karmaşıklığı, zaruri ilişkilerin kamusal önemi doğrultusunda ayırmak önemlidir. Davaların karmaşıklığı ve hukuki ilişkinin doğasının önemi doğrultusunda özel hukuk davalarının değerlendirilmesi ayrılmıştır. Kanun koyucu iki kıstas temelinde ayrı kategorilerde özel hukuk davalarını oluşturmuştur: toplum bakımından önemi olan hukuki ilişkilerin çözümüne ilişkin özel hukuk davalarında kamu yararını korumak ve davaların karmaşıklığı için; örneğin hukuki ilişkinin, uyuşmazlık yaratmasının irdelenmesi ve uyuşmazlık çözümünde belli kuralların belli koşullar altında kullanılmasında makul olunmasının değerlendirilmesi gibi. İflas prosedürünün amacını açıklamak ve iflastaki farklı terimlerin varlığının nedenini ortaya çıkarmak için bu hukuki kurumun özünü ve gelişimini sebepleri ile birlikte anlamak önemlidir.

Bu amaçla, Roma Hukukundaki iflas prosedürü ile modern iflas prosedürü arasındaki benzerliklerin tespiti için tarihsel karşılaştırmalara dayanan araştırmalar makalede ele alınmıştır.

Ele alınan iflas prosedürünün gelişiminin tarihsel analizi amacıyla eski dönemlere ait hukuk olarak Roma hukuku seçilmiştir. Yazarlara göre, iflas prosedürünün kökenin ve oluşumunun nedenlerinin yansıtılması bakımından

Roma Hukuku en iyi örnektir. İflas prosedürüne ilişkin önemli prensipler eksiksiz biçimde Roma Hukukunda oluşmuştur.

*Konunun önemi.* Yukarıda anılan sebepler doğrultusunda iflas prosedürünün bilimsel analizi günceldir ve kural olarak kanun koyucunun belirli iflas prosedürü modellerinin oluşumuna karar vermesinde yardımcı olabilir. Bu bilimsel çalışma iflas prosedürünün oluşumundaki nedenlerin ve iflasa dair hukuki ilişkilerin kurulu düzenleme mekanizmalarının amaçlarının ortaya çıkmasını sağlar.

*Araştırma konusu.* Roma Hukukundaki iflas prosedürünün özünü ortaya çıkaran bazı kurumların analizi

*Amaç.* Modern iflas prosedürünün kurumlarının tarihsel kökeninin analizi

*Amaçlar.* 1. İflas prosedürünün kökeninin oluşturulması 2. Roma özel hukukunun değişik kavramlarının analiz edilmesi ve iflas prosedürüne ilişkin hangi güncel kavramların Roma hukukundan doğduğunun açıklığa kavuşturulması.

*Uygulanan yöntemin açıklanması.* Bu araştırma için yazarlar bilimsel araştırmanın akademik ve ampirik yöntemlerini birleştirmişler: belgelerin analizi, hukuki kavramlar, dil bilim, karşılaştırma, özet, mantık, genelleştirme yöntemi birlikte uygulanmıştır.

### **1. İflas Prosedürünün Kökeni**

İflas prosedürünün ne zaman ortaya çıktığı sorusunun cevabı “iflas”ın özünün yorumuna bağlıdır, örneğin borcun ödenememesine ilişkin ilişkilerin iflas ilişkisi olarak kabul edilip edilmediği gibi.

Borçlunun iflasında alacaklıların menfaatlerinin korunması çok eskiden beri hukuki düzenlemelerin amacıdır. Bu yüzden, yorumlama ve modern iflas prosedürünün düzenlenmesi, adetlerin uzun evriminin ve daha sonraları yazılı hukukun sonucudur.

Antik ulusların hukuklarının analizi, günümüzde bu karmaşık kurumun izlerinin ayrıntılı araştırılmasına yardımcı olabilir. Gelişmemiş antik ulusların mesken gerçeği borçlunun kendisini ve aile bireylerini (borçlunun malvarlığı değil) borcun teminatını oluşturmaktaydı. Bu kural sadece sıkı

Hint Kanunlarında değil, aynı zamanda kısmen yumuşak olan Tevrat'ta saptanmıştır. Bu kural Mısır ve Yunan kanunlarında da tespit edilmiştir<sup>1</sup>. Eski İbranice yazıtlarda (11 Kralların Kitabı, 4 bölüm) belirli borç ilişkilerinin izleri bulunmaktadır. - bir kadının Hz. Elyasa'ya şikayeti: "...Kocam öldü, alacaklı iki oğlumu köle yapma niyetiyle geldi..."<sup>2</sup> ve Hamurabi Kanununda "Biri borcunu ödeyemezse kendisini, eşini, oğullarını ve kızlarını para için satarsa ya da zorunlu çalışmaları için verirse..."<sup>3</sup> denilmektedir. Borçlunun kendisinin veya aile bireylerinin, borç teminine konu olması Roma Hukukunun erken gelişiminde de yaygındı.

Antik ulusların yaşam koşullarına, sosyal eğitim seviyeleri ile kültürel ve tarihi geleneklerine göre, iflas prosedürlerinin varlığı tartışmaya gerek yoktur; çünkü kapsamlı olarak tartışılan durumlar, prosedürün uygulanmasının temelini ayrıntılı olarak ortaya koymaktadır. Modern iflas prosedürünün kökeninden bahsedebilmek için borç tahsilinin (şüphesiz iflas prosedürünün başlangıcının ana kaynağıdır) kişiye değil kişisel malvarlığına yöneltildiği, kişisel keyfiyetin usul olması yerine, devlet makamlarının düzenleyici alanına bırakılmasına bakılması yeterlidir. Demek ki G. Pagano iflas prosedürünün antik kültürlerde var olmadığına ilişkin iddiasında haklıydı<sup>4</sup> zira devlet iflas makamlarının müdahalesinden tamamen bağımsız ve özünde özel niteliklidir.

## 2. Modern İflas Prosedürünün Ana Özellikleri

Belirli bir hukuk normunun oluşumunu her zaman toplumun nesnel ihtiyaçları belirlemiştir. Uyuşmazlık yönetiminde kölelik sisteminin amaçları için daha medeni kurallar getirmek önemliydi; fakat uyuşmazlık çözümünün şekli ve içeriği devlet ilişkilerinin gelişim aşamasına yansdı. Böylelikle, borçluya öncelikle maddi değil kişisel sorumluluk yüklenmiştir.

Borçlunun malvarlığı olmadığı durumda alacaklıların birçok koşulun yarışması üzerine anlaşmaları prosedürü, modern iflas prosedürü olarak

<sup>1</sup> Pagano, G.; Teorica del Fallimento, Rome, 1889, s. 9.

<sup>2</sup> Gecas, D.; Insolvency and Bankruptcy of Debtors, 1929, s. 2.

<sup>3</sup> Tamosaitis, A./Kairys, J.; Hammurabi's Code, 1938, s. 8.

<sup>4</sup> Pagano, s. 9.

anlaşılmaktadır. A. Ch. Golmstein'a<sup>5</sup> göre iflas prosedüründen bahsedebilmek ancak aşağıda sayılan koşulların varlığında mümkündür:

Borçlunun malvarlığı tüm alacaklıların taleplerini karşılamak için yetersizse;

- Çok sayıda alacaklı vardır.
- Alacaklıların taleplerini yerine getirmek için belirli bir prosedür vardır.

G. F. Sersenevich<sup>6</sup> da borçlunun malvarlığının yönetiminin özel rejimini veya yarışmanın<sup>7</sup> söz konusu olmasını bu özelliklere dayandırmaktadır.

Bütün bu özellikler antik ulusların hukukunda ortak olmasına rağmen, iflas prosedürü hepsinin birlikte bulunmaları durumunda kabul edilir.

İflas hukuki ilişkisini düzenleyen modern kanunlar, borçlunun ödeme kabiliyetini yeniden oluşturma ihtimalini koruma, borç yükünden kurtarma ve yeniden işe başlamasını amaçlar<sup>8</sup>. Yabancı ülkelerin uygulamalarının analizi iflasa dair hukuki ilişkilerin gelişimine olan eğilimi ortaya koyar; görülür ki iflas hukuki ilişkilerine ilişkin kanunlar yüzyıllardır yumuşatılmakta, şirket borçlarından kurtulmak için olumlu koşullar, borcun bir kısmından el çekmek vb., iflas eden şirketlerden pay alan devlet, özel sermaye temsilcileri ve alacaklılar tarafından oluşturulmuştur. Buna ilaveten, yabancı ülkelerde, örneğin Fransa ve A.B.D.'de, iflas eden şirketleri "korumak" için özel kuruluşlar kurulmuştur. Bu kuruluşlar iflas eden şirketin faaliyetlerinin ve aktivitelerinin normalleşmesi, borç ödeme gücünün yeniden yapılanması vb. üzerine uzmanlaşmıştır.

Böylelikle, iflas ilişkisindeki hukuki normlar pazar ekonomisinin asıl görevlerinden birini çözmeye yardım eder;- yükümlülüklerini yerine getiremeyen ve elverişli çalışmayan bireysel ilişkilerin taraflarının elemine edil-

<sup>5</sup> **Golmstein**, A. Ch.; *Historic Study of Russian Competitive Procedure*, 1888, s. 1.

<sup>6</sup> **Shershelevich**, G. F.; *Competitive Procedure*, 2000, s. 27-28.

<sup>7</sup> Yarışmanın kütlesi sadece borçlunun mülkiyet hakları değil aynı zamanda borçlunun diğer mülkiyete ait menfaatleri ve yükümlülüklerini ilişkin malvarlığının alacaklılara dağıtılmasıdır.

<sup>8</sup> **Stepanov**, V. V.; *Insolvency (Banruptcy) in Russia, France, England and Germany*, 1999, s. 14-15.

mesi- ve etkili biçimde çalışır. Yine de iflas prosedürünün temel amacı, borçlunun kapasitesinin ve işleyişinin sadece bu ümitsiz ticari işletmelerin tasfiyesi sırasında yeniden yapılandırılmasıdır. Birçok uzmana göre (L. LoPucki<sup>9</sup>, D. Garbus<sup>10</sup>, V. V. Stepanov<sup>11</sup>, V. Vitianski<sup>12</sup>) iflas prosedürünün hak arama amacı, modern iflas hukuki ilişkilerinin düzenlenmesi için en önemlisidir. Bunun yanında, A.B.D.'li iflas prosedürünün güvenilir uzmanlarından D. G. Baird ve R. K. Rasmussen<sup>13</sup> üzüntülerini belirterek maddi zorluklar yaşayan ticari işletmelerin korunmasını amaçlayan iflas prosedürü ya demode olmuştur ya da her halükarda son günlerini yaşamaktadır, demektirler<sup>14</sup>.

### 3. Roma Hukukunda İflas Prosedürünün Doğuşu

İflas prosedürü ne zaman oluştu, nasıl ve hangi nedenlerle dönüştü, iflas prosedürüne ilişkin ilkelerin ne zaman oluştuğu, hangilerinin daha sonra modern iflas prosedürünü doğrudan etkilediği sorularının cevabını bulmak için Roma hukukunun gelişimi aşamalarını (eski dönem roma hukukunun gelişimi, *manus iniectio* prosedürü, *venditio bonorum* prosedürünün doğuşu, *distractiobonorum* ve *cessiobonorum* prosedürleri) etraflıca analiz etmek gerekir. Roma hukuku, orta çağ Avrupası hukuk hayatında önemli ve kendine has bir olgu haline gelmiştir. Neredeyse ölü ve işlevsiz Roma hukuku, yaşayan hukukun üstesinden başlarda kanun koyucunun müdahalesi bile olmadan gelebildi, gücünün ve gelişiminin zirvesindeyken yapamadı-

<sup>9</sup> **Pucki, L.**; Current Development in International and Comperative Corporate Insolvency Law. A System Approach to Comparing US and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies, Oxford 1994, s. 115.

<sup>10</sup> **Garbus, D.**; Out-of-Court Debt Restructuring Alternatives in the United States, Boston, 1991, s. 121.

<sup>11</sup> **Stepanov**, s. 17.

<sup>12</sup> **Vitianskij, V. V.**; Peculiarities of Bankruptcy of Separate Categories of Debtors, 2001, s. 12.

<sup>13</sup> **Baird, D. G./Rasmussen, R. K.**; The End of Bankruptcy University of Chicago [http://www.law.uchicago.edu/files/files/173.dgb\\_bankruptcy.end\\_pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/173.dgb_bankruptcy.end_pdf) (1.15.2009).

<sup>14</sup> **LoPucki, L. M.**; Courting Failure: How Competition for Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts, Londra 2003, s. 28.

ğına aniden ulaştı, elli yıldır değiştirilemez tarih olarak kabul olundu<sup>15</sup>. Böylelikle, değişik hukuk ilişkilerindeki belirli Roma hukuku doğmalarını yaratan Avrupalı hukukçularının çabaları sayesinde Roma hukukundan kazanılan birçok deneyim nesilden nesile aktarılarak modern hukuka ulaştı.

Roma hukuku kapsamında, “iflas”, “iflas prosedürü”, “iflas hukuku”, “iflas hukuki ilişkisi” ve diğer terimlerin kullanılması doğru gözükmeyebilir çünkü bu terimler, iflas terimi alacaklısından saklanan ve kaçan borçlunun tanımlanması için kullanan ortaçağ İtalyan hukukundan doğmuştur. İtalyanca’dan iflas şöyle çevrilir: “*bankus*” terimi İtalyanca’da *ofis*, *büfe*, *ticaret kurumu* ve “*roto*” terimi *ofisi kapatmak ya da kırmak* anlamındadır<sup>16</sup>. Diğer yandan, modern iflas prosedüründe bazı farklı kavramların benzerliklerini ve kökenini göstermek için iflas prosedürünün tarihsel analizinin temelinde “iflas”, “iflas prosedürü”, “iflas hukuki ilişkisi” vb. terimlerin kullanımını makul kabul etmekteyiz; zira modern iflas hukukuna uygulanan dilbilim ve üslup bu makalenin amacının ve hedefinin anlaşılmasına yardım eder.

Birden çok alacaklının taleplerini bir borçluya yöneltmesine ilişkin olaylar Roma hukukunda sıkça rastlanır. Müflis borçluların ilişkileri üzerine düzenleme önceleri müflis borçlunun alacaklıları borcu borçlunun malvarlığından değil, borçlunun kendisinden temin edebiliyordu (XII Levha Kanunları, III. Levha)<sup>17</sup>. Borçluyu köle yapabilen, ya da basitçe öldürebilen örneğin takdir yetkisi dahilinde borçluya davranan alacaklıya borçlu devredilmekteydi<sup>18</sup>. Alacaklıların borçlunun bedenini alacaklı sayısı kadar parçaya ayırma hakları da vardı- *partessecare*<sup>19</sup>. Borç ilişkisindeki gelişmelere rağmen, aslında gerçekte gelişmemiş bireyin müflis borçluya karşı intikam duygusunun tatmininden ibaret bu prosedür, borcun geri ödenmesinde son hatalı biçim olarak geride kalmıştır. Borçlunun ve alacaklıların çıkar çatış-

<sup>15</sup> Maksimaitis, M.; Foreign Law Theory. Vilnius: Justitia, 2002, s. 113.

<sup>16</sup> Tkachev, V. N.; Insolvency (Bankruptcy) in the Russian Federation. Legal Regulation of Competitive Relations, 2002, s. 10.

<sup>17</sup> Vélyvis, S./Jonaitis, M.; XII Tables of Law and their Commentary s. 41-44; Kipp, T.; History of Roman Law Sources, 1939, s. 31-37.

<sup>18</sup> Tkachev, s. 8.

<sup>19</sup> Sersenevich, s. 28.

ması daha esaslı bir biçimde çözülmüştür; fakat zamanın sosyal koşulları, gelişmemiş borç ilişkileri, paraya dayalı sistemin olmayışı ve yerleşik ahlak kuralları doğrultusunda anlatılan durum norm olarak kabul edilmişti. Aslında, borçlu ve alacaklı arasındaki çıkar çatışmasının çözüm yöntemi günümüz iflas hukukundaki iflas prosedürü olarak kabul edilemez. M. Teliukina tarafından doğru şekilde incelendiği gibi<sup>20</sup> iflas prosedürünün kökeninden bahsedebilmek sadece borcun borçlunun şahsından karşılanmasından önce, borçlunun malvarlığının hak talebinde bulunan alacaklılar arasında paraya çevrilmesi ve bölünmesi durumu için mümkündür. Fakat borçlunun durumunu periyodik olarak gözden geçirme olasılığı, örneğin borçlunun köle olmaktan kurtulmasına imkanın olmadığı doğrulanıyorsa (statünün gözden geçirilmesi çoğu zaman borçlunun aleyhine sonuçlansa da), o zamanların borç ilişkilerinin yenilikçi olgusu olarak kabul edilebilir<sup>21</sup>.

Tartışılacak diğer aşama *manus iniectio* usulüdür. *Legis actio per manus iniectioem* (zorunlu) yargı kararlarını uygulanmasının başlanmasını sağlayan bir usul şeklidir. Tartışılan *legisactio* (yargı kararının uygulanması) usulü 12. Levha Kanununun 3. Levhasında belirtilmiştir<sup>22</sup>. Borcun karşılanması prosedürünün başlaması ile, el koyma gücünün sembolik ifadesi olarak *manus iniectio* öncelikle borçlunun kişisel infazının başlaması için gerekliydi<sup>23</sup>. Geniş anlamda *manus iniectio*, alacaklının magistranın huzurunda borçluyu tutukladığı ve borçlunun alacaklının haklarını hemen karşılanmazsa (örneğin *-vindex-* üçüncü kişiler alacaklının devam eden fiillerini engelleyebilir-) borçluyu evine götürüp altmış gün için alıkoyduğu, belirli bir usuldür. Bu sürenin bitiminde, alacaklı borçluyu öldürebilir ya da köle olarak satabilirdi<sup>24</sup>. R. A. Miseviciute'a göre, *legis actio per manus iniectioem* yerine getirilmesi, zamanla yasallaşmış, özel meşru müdafaanın açık izlerini alıkoydu. Böylelikle *manus iniectio*, eski dönemlerde, şehrin (devletin) kişilerin özel uyuşmazlıklarına dahil olmadığı zamanda, yaygın olan basit meşru

<sup>20</sup> Teliukina, M. V.; Basics of Competitive Law, 2004, s. 2.

<sup>21</sup> Malyshev, K. I.; Historic Study of Competitive Procedure, 1871, s. 6.

<sup>22</sup> Vélyvis/Jonaitis, s. 41-44; Kipp, s. 34.

<sup>23</sup> Wagner, L.; Procedura civile romana. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1938, s. 20.

<sup>24</sup> Nekrosius, I./Nekrosius, V./Vélyvis, S.; Roman Law. Vilnius: Justitia, 1999, s. 48.



müdafaanın oluşturulmuş ve şekillendirilmiş ifadesi olarak yorumlanabilir<sup>25</sup>. O zamanlarda, borcu kabul eden borçluya borcunu ödemesi için otuz günlük süre verilmesi uygulanmaya başladı. Sadece bu sürenin sonunda borcun karşılanması prosedürü borçluya uygulanabiliyordu: "...Eğer borçlu verilen sürede borcunu alacaklıya ödemezse müflis olarak ilan edilir ve daha sonra borcun borçlunun kendisinden ve malvarlığından karşılanması uygulanabilir..."<sup>26</sup>. Otuz günlük süre yargı kararına konu olan kişiler için de uygulanmaktaydı. Borçlu verilen sürede alacaklının taleplerini karşılayamazsa, alacaklının zorunlu yöntemi borçluya uygulamaya ya da mahkemeden borçlunun kendisinin alacaklıya hükmetmesini istemeye hakkı vardır (*addictio*). *Manus iniectio* usulü sadece mahkeme kararlarına ya da borcun kabulüne ilişkin değil aynı zamanda borçlunun sözleşme bitiminde borcu kendi kişiliğiyle garanti altına almadığının kabulünde de uygulanmaktaydı. Bu durumda, alacaklının malı olarak borçlunun kabulüne ilişkin mahkeme kararı önemli değildir. Bütün borç bir seferde ödenirse ya da *vindex* prosedüre dahil olur ve borcun karşılanmasına ilişkin yükümlülüğü ele alırsa rehin olarak alıkonulan borçlu serbest bırakabilir. *Vindex* borçluyu *manus iniectio* prosedürü bittikten sonra eve getirebilir; ancak, borçlu köle haline gelmez ve ehliyetini kaybetmez. Alıkonulduğu 60 gün boyunca borçlu üç kere pazara götürülür ve borcunun karşılanması için satılmaya sunulur.

Bir hayırsever gelmezse, *vindex* borçluyu eve köle olarak götürebilir, Roma sınırları dışında satabilir ya da gerekirse öldürebilirdi<sup>27</sup>. Gitgide Roma'daki Pleblerin fakirleşmesi ve sık sık borçlanmaları nedeniyle alacaklıların keyfi davranışlarının sınırlandırılması ihtiyacı doğmuştur, alacaklılara borçlunun dürüst olmaması durumunda izin verilmiştir. Bu amaçla M.Ö. 326'da Roma'da *lex Poetelia Papiria* kanunu çıkarılmıştır. Anılan kanunda borçlunun alacaklıdan hiçbir şey saklamayacağını ve tüm malvarlığını alacaklıya vermeyi kabul ederse alacaklının keyfi davranışları yasaklamıştır. Bu kanun aynı zamanda borcun zorunlu teminatı olarak borçlunun kendisinin olmasını yürürlükten kaldırmıştır ve buna ilaveten borçlunun suç

<sup>25</sup> **Miseviciute**, R. A.; *ManusIniectio as an Expression of Personal (Physical) Responsibility*, 2006, s. 96-97.

<sup>26</sup> **Malyshev**, K. I.; *Historic Study of Competitive Procedure.*, 2000, s. 6.

<sup>27</sup> **Sersenevich**, s. 29.

işlememesi koşuluyla müflis borçlunun kölelikten azat edilmesi imkanı kabul edilmiştir<sup>28</sup>. Borç ilişkilerine devletin esaslı olarak değişen yaklaşımı, devlet alacaklıların keyfi davranışlarını sınırlamaya başlaması ve borçluların durumunu bir dereceye kadar iyileştirmesi ile ekonomik-ticari ilişkilerin ilerleyen zamanlardaki gelişimini kolaylaştırmıştır. Böylece aşamalı olarak borcun borçlunun malvarlığından karşılanmasına ilişkin hukuki normlar Roma hukukunda kabul edildi. Yine de borçlunun tüm malvarlığının borçlularını ödemesine yetmemesi durumunda borçlu kendisinin borcu karşılaması durumundan muaf tutulmamıştır<sup>29</sup>. Anılan borçlu-alacaklı ilişkisi modeli uzun zaman yürürlükte kalmıştır.

Borcun borçlunun kişiliği değil de borçlunun malvarlığı ile karşılanmasına ne zaman dönüştüğü tam olarak bilinmemektedir. Açık ki, diğer Roma hukukunun kurumlarının gelişimi gibi bu da aşamalı bir süreçtir. Aslında alacaklıların taleplerinin borçlunun malvarlığına (*executiorealis*) yöneltilmesi Roma Pretor hukukunun bir sonucudur<sup>30</sup>. Pretor hukuku *executio* usulünün kin güden doğasını tamamen ortadan kaldırmıştır.

Gaius'un *Institutiones*<sup>31</sup>ine göre borçlu uygun değilse ya da saklanıyorsa, borcun borçludan karşılanması mümkün değilse, alacaklı Pretor'dan borçlunun malvarlığının üzerinde (*missio in possessionem*) tasarruf etmesine izin vermesini talep eder. Bu talebin nedeni mahkeme kararı, sözleşme ya da borcun kabulü olabilirdi. Alacaklılar borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etmeyi talep edebilirlerdi. Sadece bir alacaklı borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etmeye ilişkin talepte bulunursa, daha sonra katılan diğer alacaklıların talepleri de bu doğrultuda karşılanırdı. Müflis borçlunun malvarlığının, mülkiyet devredilmeden, bir alacaklı tarafından tasarruf edilmesinin borçlunun malvarlığının korunması ve gözetilmesi (*bonorum servandorum causa*) imkanını sağlardı<sup>32</sup>. Yukarıda belirtilen sürecin başlamasını tasarruf yetkisinin devrinin açıklanması ve muhtemel mal satışı takip ederdi. Bu

<sup>28</sup> *Ibid.*, s. 30.

<sup>29</sup> **Tkacpev**, s. 9.

<sup>30</sup> **Gecas**, s. 3.

<sup>31</sup> **Monuments of Roman Law**; Law of the XII Tables. Institutes of Gaius. Digests of Justinianus, 1997, s. 608.

<sup>32</sup> **Sersenevich**, s. 31.

duyuru özünde muhtemel alacaklılara bilgi sağlamaya ve onları bu prosedüre dahil etmeye karşılık gelmektedir. Bu davet modern iflasın özünü tamamen karşılar. Alacaklıların talepleri 30 gün içinde karşılanmazsa, borçlunun yaşaması koşuluyla (ölmesi durumunda 15 gün içinde) borçlu *decoctor* (müflis) ilan edilirdi<sup>33</sup>. *Magister bonorum vendorum* alacaklıların arasından borçlunun malvarlığının satımında görevlendirilmek için seçilirdi. Seçilen açık artırma uygulayıcısı görevlerini dürüstçe yerine getireceğine yemin ederdi. Borçlunun mallarını satın alacak kişileri bulmak ve mülk satımında anlaşmanın şartlarını garanti altına almak zorundaydı. Müflis borçlunun malvarlığı bir bütün halinde satılırdı, böylelikle alıcı mülkiyet haklarının halefi olurdu. Malvarlığı devrinde ana koşul alıcının alacaklıların taleplerinin karşılanması için bir belli orandaki malvarlığı değerini sunmasıdır. Müflis borçlunun malvarlığının satımına ilişkin sözleşme borçlunun malvarlığının azalmasına karar veren preator tarafından onaylanmak zorundaydı. Anılan prosedüre *venditiobonorum* denirdi. Bu terim aynı zamanda borçlunun malvarlığının açık artırmada satımı içinde kullanılırdı<sup>34</sup>. Borçlunun malvarlığının satımı için belirtilen yöntem alacaklılar için zararlıydı; çünkü tümüyle satılan mal gerçek değerini karşılamıyordu. Zamanla alacaklıların memnuniyetsizlikleri borçlunun malvarlığının tam karşılığının alacaklılara geçmesiyle sonuçlandı. Böylelikle müflis borçlunun malvarlığının satımı için yeni bir satış yolu *distractibonorum* ortaya çıktı. Bu yolda malların satımı için borçlunun mallarını en karlı şekilde satmak sorumluluğu altında olan bir koordinatör atanıyordu. En karlı şekilde satma sadece malları parçalar haline bölünmesi ile gerçekleşiyordu. Bu aşamaya kadar iflas prosedürü uygulanmasının en önemli konularından biri olan iflas idaresinin izlerini fark etmek mümkündür. Julius Caesar'ın hükümdarlığı zamanında yürürlüğe konan kanunların uygulama usullerinin daha olumlu şartlar içerdiği, borçlunun kişiliğinden borcun temininin uygulanmama imkanı doğması gibi müflis borçlunun pozisyonunun kolaylaştırıldığı görülmektedir. Buna ilaveten müflis borçluya her zaman uygulanan toplumsal kınamadan (*infamia*) kaçınma imkanı da oluşturulmuştur<sup>35</sup>. Bununla birlikte müflis borçlunun

<sup>33</sup> **Bartoshek**, M.; Roman Law. Understanding, Terms, Definitions., 1989, s. 102.

<sup>34</sup> **Girard**, P. F.; Roman Law. II Book, 1932, s. 50.

<sup>35</sup> **Sersenevich**, s. 32.

malvarlığının satılması borç ilişkisini bitirmemektedir. Mevcut malların satımından tatmin olmayan alacaklıların talepleri için borçlunun sorumluluğu devam etmektedir. Böylece, alacaklılar borçlunun gelecekte çalışmasıyla ya da başka yollara elde edebileceği malların haklarını kazanırlar<sup>36</sup>. Bu usule *cessio bonorum* denir.

Alacaklıların borçlunun tüm haklarını değil sadece bazı haklarını kazanmasının gelişmiş olarak kabul edilmesi doğaldır. Alacaklının borçlunun hayatta kalması için gerekli olan kişisel kullanımına ait eşyalarını alamayacağına ilişkin kanun borçluya *beneficium compensatio* hakkı tanımıştır<sup>37</sup>.

Devletin müflis borçlu ile alacaklı ilişkisine yönelik düzenlemelerin artırmasından ötürü daima sadece müflis borçlunun yükünün hafifletildiğinin düşünülmesi yanlış olurdu. Müflis borçluların devletin olumlu yaklaşımlarını hissetmeye başlamalarından itibaren değerli mallarının hepsini kaybetmeyi önlemek için yollar aramaya başlamışlardır. Bu amaçla değişik dürüst olmayan davranışlar, mülkiyetin üçüncü kişilere devredilmesi vb., yapılabilmıştır. Sık karşılaşılan hilelere tepki olarak, Pretor uygulaması alacaklıları dürüst olmayan borçlulardan korumak için iki yöntem oluşturmuştur; *interdictum fraudatorum* ve *actio Pauliana*. *Actio Pauliana* alacaklılara zarar veren (*fraus creditorum*) ve uygulamamın başlamasından önce yapılan borçlunun davranışlarına karşı kefilin itiraz etme hakkını sağlamıştır. Yine de kefiller borçlunun davranışların zarar verici, malın değerini düşürücü ve alacaklının zarar göreceğini bilerek yaptıklarını ispatlamalıydılar. Bu olgular ispat edilirse, üçüncü kişiler tarafından edinilen malların geri alınması söz konusu olabilirdi. Fakat üçüncü kişiler masum alıcı olduklarını (iyi niyetli) ispatlarsa, iade uygulanmıyordu<sup>38</sup>. *Actio Pauliana* kurumu modern iflas prosedüründe kendine uygun bir yer edinmiştir. İflas idaresi tarafından müflis şirketin iflas prosedürü başlamadan önceki işlemlerinin alacaklıların menfaatlerine aykırı olarak tamamlandığı ispatlanırsa, işlemlere itiraz edilip, kötü niyetli alıcılardan malları talep edilir.

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, s. 31-32.

<sup>37</sup> **Gecas**, s. 4.

<sup>38</sup> **Girard**, s. 50-51.

Daha sonraları imparatorlardan borç ödemelerinin ertelenmesine izin verilmesinin talep edilmesi imkanı tesis edildi. İmparatorlar, emirlerindeki-lerin desteğini güvence altına almak için, beş yıla kadar borçların ertelenmesine izin verdiler<sup>39</sup>. Borç ödenmesinin ertelenmesi imkanı borç ilişkilerinin gelişimine yardımcı olmadı. Iustinianus alacaklıların çoğunluğu borçlunun talebiyle borcun ödenmesinin ertelenmesini onayladıklarında, bu kararın geriye kalan alacaklılar içinde zorunlu hale gelmesini tesis etmiştir<sup>40</sup>. Bu uzlaşma kurumunun kökenini belirtmektedir.

Roma hukukunun gelişimi Roma imparatorluğunun IV. yüzyılda çöküşü ile durmuştur, fakat Roma hukuku Ortaçağ Avrupası'nın hukuk hayatının benzersiz ve anlamlı fenomeni haline gelmesiyle yeniden doğmuştur. Bahsedilen Roma hukukunda oluşan iflas hukuku çerçevesi daha sonraları kısmen, körü körüne Roma hukuku normlarına karşı durulmasına rağmen, ortaçağ İtalyan hukukuna aktarılmıştır.

## SONUÇ

Sonuç olarak, borçlu alacaklı ilişkisi ve uygulanan prosedürlere ilişkin gelişen Roma Hukuku kurumlarının analizi ile sadece iflas prosedürünün ilk belirtilerini değil aynı zamanda iflas prosedürünün bazı yerleşik önemli prensiplerinin ortaya çıkmasının da sağladığı ileri sürülebilir. Böylelikle, iflas prosedürünün Roma hukukunda oluşan bu ilkeleri evrensel iflas prosedürünün gelişiminde ana girdi olarak kendini göstermektedir:

1. Şahsi sorumluluğun maddi sorumlulukla değişimi;
2. Açık artırmaların borçlunun malvarlığını paraya çevirme şekli olarak bulunması
3. Borçlunun malvarlığının tümünden, bölünmüş parçaların paraya çevrilmesindeki bağlantı;
4. Borçlunun malının açık artırmada yemin altında çıkarıcı sebeplerle davranmadan kimin yöneteceğinin bulunması;

<sup>39</sup> Sersenevich, s. 34.

<sup>40</sup> *Ibid.*, s. 34.

5. 30 günlük süreler konulması, bu sürede borçlunun borcunu karşılması (iddiaların uyumsuzluğunun çözümü);
6. Başlamış borç temini prosedürüne ilişkin alacaklıların bilgilendirilmesi kurumunun oluşturulması ve bu prosedürlere teşvik edilmesi;
7. Mesken eşyalarından borcun karşılanmasını yasaklanması ilkesi,
8. Borçlu ile alacaklının anlaşması ilkesinin temellerinin oluşturulması<sup>41</sup>;
9. Actio Pauliana'nın oluşturulması- alacaklının haklarının korunması için yasal çare;

İflas bakımından birçok yabancı ülkede belirtilen bu kurallar, o ya da bu şekilde davalara ve hukuki ilişkilere dönüşmüştür.

---

<sup>41</sup> Kanaatimizce arabuluculuk kurumundan bahsedilmektedir.

### *Kaynakça*

- Baird, D. G./Rasmussen, R. K.;** The End of Bankruptcy University of Chicago. [2009-01-15]. <[http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs\\_151-175/173.dgb.bankruptcy.end.pdf](http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_151-175/173.dgb.bankruptcy.end.pdf)> [Bartoshek, M. Roman Law. Understanding, Terms, Definitions], 1989.
- Garbus, D.;** Out-of-Court Debt Restructuring Alternatives in the United States. Boston, 1991.
- Gecas, D.;** Insolvency and Bankruptcy of Debtors, 1929.
- Girard, P. F.;** Roman Law. II Book, 1932.
- Golmstein, A. Ch.;** Historic Study of Russian Competitive Procedure, 1888.
- Kipp, T.;** History of Roman Law Sources, 1939.
- LoPucki, L.;** Current Development in International and Comparative Corporate Insolvency Law. A System Approach to Comparing US and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies. Oxford, 1994.
- LoPucki, L. M.;** Courting Failure: How Competition for Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts. London, 2003.
- Maksimaitis, M.;** Foreign Law Theory, 2002.
- Malyshev, K. I.;** Historic Study of Competitive Procedure, 1871.
- Miseviciute, R. A.;** Manus Iniectio as an Expression of Personal (Physical) Responsibility, 2006.
- Nekrosius, I./Nekrosius, V./Velyvis, S.;** Roman Law, 1999.
- Pagano, G.;** Teorica del Fallimento, Rome, 1889.
- Monuments of Roman Law;** Law of the XII Tables. Institutes of Gaius. Digests of Justinianus, 1997.
- Stepanov, V. V.;** Insolvency (Bankruptcy) in Russia, France, England and Germany, 1999.
- Spersenevich, G. F.;** Competitive Procedure, 2000.
- Tamosaitis, A./Kairys, J.;** Hammurabi's Code, 1938.

**Teliukina**, M. V.; Basics of Competitive Law, 2004.

**Tkacpev**, V. N.; Insolvency (Bankruptcy) in the Russian Federation. Legal Regulation of Competitive Relations, 2002.

**Velyvis**, S./**Jonaitis**, M.; XII Tables of Law and their Commentary, 2007.

**Vitianskij**, V. V.; Peculiarities of Bankruptcy of Separate Categories of Debtors, 2001.

**Wagner**, L.; Procedura civile romana. Milano: Dott. A. Giuffre, 1938.