ROMA HUKUKU MESELELERİ

Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU
İ. Kültür Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ
Bilgi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Beşinci Basım

DER
YAYINLARI
İSTANBUL - 2010

Kitabın Adı
Roma Hukuku Meseleleri
Yazarlar
Bülent Tahiroğlu – Belgin Erdoğmuş
Yayıncı
Der Yayınları
Molla Fenari Sokak, Der Han 40-42, 34410 Cağaloğlu - İSTANBUL.
Tel: (0212) 527 01 65 - 511 51 90 Belgegeçer: (0212) 511 47 76
www.deryayinevi.com.tr
e-posta:der@deryayinevi.com.tr / info@deryayinevi.com.tr
Basım
Ada Ofset / Topkapı-İSTANBUL
Cilt
Kısmet Ciltevi / Topkapı-İSTANBUL
Yayın No 256
ISBN 975-353-179-6

© DER YAYINLARI - Mart 2010

Copyright © Bu kitabın, Türkiye'de yayın hakları *Der Yayınevi*'ne aittir. Her hakkı saklıdır. Yayınevimizden yazılı izni alınmadan kısmen veya tamamen alıntı yapılamaz. Hiçbir şekilde kopya edilemez; fotokopi, faksimile veya başka bir şekilde çoğaltılamaz ve yayınlanamaz.

Kapak Resmi: Supreme Court ana giriş kapısı Heykel Grubu

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ V
KISALTMALAR X

MESELELER

CEVAPLAR-METİNLER

1.Mesele: **Impubes** (baliğ olmayan küçük), tabiî borç 1
1.Meselenin cevapları 2
1.**Meselenin metinleri** 14
2.Mesele: Köle, *condictio* (sebepsiz iktisap davası) 15
2.Mesele cevapları 16
2.**Meselenin metinleri** 39
3.Mesele: Müşterek mülkiyet, **institor** 40
3.Meselenin cevapları 41
3.**Meselenin metinleri** 49
4.Mesele: Teslim, mülkiyetin devri, **actio Publiciana in rem** 50
4.Meselenin cevapları 51
4.**Meselenin metinleri** 59
5.Mesele: İstihkak davası, **usucapio** 60
5.Meselenin cevapları 61
5.**Meselenin metinleri** 76
6.Mesele: İntifa hakkı 77
6.Meselinin cevapları 78

6. **Meselenin metinleri**.....84
7. Mesele: Rehin akti, rehin hakkı (ipotek), **fiducia**.....86
7. Meselenin cevapları.....87
7. **Meselenin metinleri**.....100
8. Mesele: Birlikte kusur.....101
8. Meselenin cevapları.....102
8. **Meselenin metinleri**.....115
9. Mesele: Seçimlik borç.....117
9. Meselenin cevapları.....118
9. **Meselenin metinleri**.....129
10. Mesele: Karz akti.....131
10. Meselenin cevapları.....132
10. **Meselenin metinleri**.....138
11. Mesele: **Senatus Consultum Macedonianum**.....140
11. Meselenin cevapları.....141
11. **Meselenin metinleri**.....151
12. Mesele: Kira akdi.....152
12. Meselenin cevapları.....153
12. **Meselenin metinleri**.....164
13. Mesele: Şirket akti.....165
13. Meselenin cevapları.....166
13. **Meselenin metinleri**.....173
14. Mesele: Hakem, hükmen teslim.....175
14. Meselenin cevapları.....176
14. **Meselenin metinleri**.....181
15. Mesele: **Furtum**, zilyedlik, hukuki tağyir, semere.....183
15. Meselenin cevapları.....184
15. **Meselenin metinleri**.....190
16. Mesele: Vedia-istisna akitleri.....191
16. Meselenin cevapları.....192
16. **Meselenin metinleri**.....199
17. Mesele: **Stipulatio** akti-şart.....200

17. Meselenin cevapları 201
17. **Meselenin metinleri** 208
18. Mesele: Nişanlanma-evlenme-boşanma-cezai şart 209
18. Meselenin cevapları 210
18. **Meselenin metinleri** 228
19. Mesele: Bağışlama-irade uyuşmazlığı 230
19. Meselenin cevapları 231
19. **Meselenin metinleri** 240
20. Mesele: **Superficies solo cedit**, vekâletsiz iş görme 241
20. Meselenin cevapları 242
20. **Meselenin metinleri** 248
21. Mesele: Alım satım+kira 251
21. Meselenin cevapları 252
21. **Meselenin metinleri** 256
22. Mesele: Haksız fiil benzeri 257
22. Meselenin cevapları 258
22. Meselenin metinleri **261**
Roma Devletinin Para Birimleri 263
BİBLİYOGRAFYA 269
BAŞVURULAN ROMA KAYNAKLARINA İLİŞKİN ESERLER 273

ÖNSÖZ

Bu kitap, Roma Hukuk alanında yapılacak ilmî ve öğretici çalışmalara yardımcı olmak amacıyla hazırlanmıştır. Bu nedenle önce çözümü istenen hukuki meseleler ve bu meselelere ilişkin sorular tertip edilmiştir. Daha sonra cevaplara ve meselelerin incelendiği, sonuca bağlandığı Roma kaynaklarına yer verilmiştir. Bu şekilde, çözüm yollarının Roma Hukuku kaynaklarından alınması imkânı doğmuştur. Kitabın sonunda meselelerde geçen parayla ilgili terimler açıklanmış ve hukuki yapıdan ayrılması mümkün olmadığı için Roma iktisadi yapısı hakkında bu bağlamda bilgi verilmiştir.

Tertip edilen meselelerin çoğunluğu Digesta'da yer alan metinlere dayanmaktadır. Digesta, devrinin hukuk hayatında ortaya çıkan sorunlar hakkında karara varması yönünden, Anglo-Sakson eğitiminde esas alınan meseleler külliyatına (case-book) benzetilmektedir. Gerçekten, Digesta eşine rastlanmayacak şekilde zengin bir meseleler kitabı, hukuki olaylar derlemesidir (Prof. A. Schwarz).

Meselelerle ilgili Roma Hukuku kuralları ve prensipler incelenirken, bunların modern hukukları ve bilhassa İsviçre-Türk Hukukunu nasıl etkilediği açıklanmaya çalışılmıştır. Bu sebeple, Roma kaynaklarının çözüme bağlandığı hukuki meseleler yanında yeri geldikçe ve imkân nisbetinde modern hukukun prensiplerinden, İsviçre-Türk Yargıtay'larının ve Danıştay'ın verdiği kararlara değinilmiştir. Bu şekilde, Roma Hukukunun vardığı sonuçlarla, modern hukukumuzun sonuçları arasındaki hukuki kavram ve düşünce bakımından ortaya çıkan paralellik üzerinde durulmuştur. Bunun sonucunda, modern Türk Hukukunun Roma Hukukunun büyük etkisinde bulunduğu ve Roma Hukuku kurallarının modern hukukumuza hâkim olduğu görülmektedir.

Romalılar tarihteki ve hukuk tarihindeki ilk devleti kurmuş değildirler. Fakat, kendilerinden önceki ve çağdaşları olan diğer uygarlıklar üzerinde üç yönlü üstünlüğe erişmişlerdir: Coğrafi-idari, teknik ve tarihi. Hukuklarının çok geniş bir imparatorlukta uygulanması coğrafi-idari üstünlüklerini getirmiştir. Hukuk tekniği bakımından da üstündürler. Zira, ilk olarak Romalılar hukuk kavramlarını geliştirmişler ve bu kavramları ve kuralları açıklayan sistematik eserler yazmışlar ve genel prensipleri ortaya koymuşlardır. Bu prensiplerin birçoğu hiç değişmeden veya biraz değişerek modern hukuklara girmiştir. Bu nedenlerle Roma Hukuku tarihteki tek ilmi hukuk özelliğine sahiptir. Nihayet tarihi üstünlük: M.S. VI. yüzyılda İstanbul'da Iustinianus'un hazırlattığı Corpus Iuris Civilis'te biraraya toplanan Roma Hukuku, İlkçağ hukukları içinde en iyi muhafaza edileni, yüzyıllar boyunca bilineni ve uygulananı, bu şekilde de modern hukuklara intikal edeni olmuştur.

Roma, İlkçağ uygarlıkları arasında tarih bakımından bize daha yakın olduğu gibi, kaynak bolluğu dolayısıyla, en iyi tanınanıdır. Ayrıca, Batı kendi hukuk, kültür ve uygarlığının temellerinin Romadan geldiğini kabul etmekle yetinmemekte, ekonomik yapısının da Romanın gelişmesiyle oluştuğu görüşünü benimsemektedir.

Roma Hukuk sisteminin özelliği; devamlı olarak gelişebilme, değişen toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilme yeteneğini gösterebilmesi ve bu sebeplerle, canlılığını devamlı olarak koruyabilmesindedir. XIX. yüzyılda Cermen kaynaklı kurallarla bütünleşen ve tabii hukuktan gelen Roma Hukuku prensipleri, modern çağın doktrinlerine ve kanunlarına yerleşmiştir. Ayrıca, devrimizde, Roma Hukukunun etkisi, Romanist iktibasın yapılmadığı ülkelerde de göze çarpmaktadır. (Meselâ, bu durumda bulunan, günümüz Polonya Medeni Hukukunun izleri, iktisabın gerçekleşmiş olduğu Çekoslavakya'dan daha fazladır). Bütün bu sebeplerle, bugün birbirinden çok farklı hukuk sistemlerinin yürürlükte olduğu ülkelerde Roma Hukuku eğitimi yapılmaktadır. Bunlar arasında Roma Hukukunun hiç uygulanmamış olduğu Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Sovyetler Birliği, Japonya, Kuveyt, Brezilya gibi ülkeler de yer almaktadır.

Roma Hukukunun amacı, sadece genel hukuk kültürü vermek değildir. Her şeyden önce, geleceğin hukukçusunun modern hukuku, hukuk müesseselerinin doğuşu ve tarihi gelişimini bilmek suretiyle kendi milli hukukunu

ve mukayeseli hukuku anlamasını sağlamaktır. Sadece, uygulanan pozitif hukukun bilinmesi, garip bir sınırlamayla son bulmaya mahkûmdur. Zira, bu pozitif hukuk da, belirli bir tarihî gelişmenin sonucudur ve bir geçiş hukukudur. Zamanın akışı içinde, belirli bir toplumun hukuk hayatını aksettirmek ve açıklamak gerekmektedir. Günümüz hukukuna bu emellerden hareket edilerek gelinmiştir.

Roma Hukukunun başlangıcı geçmişte ise de, gelişmesi günümüz hukukuna ve aynı görüş açısından geleceğin hukukunu da kapsamaktadır. Birçok yerleşmiş değerin devamlı tartışma konusu olduğu bir dünyada Roma Hukuku, sağlam birkaç temelden birini teşkil etmektedir.

Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU

Prof. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ

KISALTMALAR

agm	:	adı geçen makale
BGE	:	Enstcheidungen des schweizerischen Bundesgericht: Amtliche Sammlung
BK	:	Borçlar Kanunu
Bkz.	:	bakınız
Cic.	:	Cicero
c.	:	cilt
C.	:	Codex
çev.	:	çeviren
D.	:	Digesta
dn.	:	dipnot
E.	:	Esas
Gai.	:	Gaius Institutiones
HD.	:	Hukuk Dairesi
H.G.K.	:	Hukuk Genel Kurulu
I.	:	Institutiones Iustiniani
İ.B.D.	:	İstanbul Baro Dergisi
İBK.	:	İçtihatı Birleştirme Kararı
İHFM.	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT I.	:	Journal des Tribunaux kamu hukuk ve medeni hukuk bölümü
K.	:	Karar
karş.	:	karşılaştırınız
m.	:	madde
MK.	:	Medeni Kanun
Mod.	:	Modestinus
Ner.	:	Neratius
s.	:	sahife
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
Top.	:	Topica
Ulp.	:	Ulpianus
vd.	:	ve devamı
zikr.	:	zikreden

1. MESELE

Vasisinin *(tutor) auctoritas*'ı (yardımı) olmadan bir *stipulatio* yapan *impubes* (baliğ olmayan küçük) taahhüt ettiğini ödemiştir. Daha sonra, ödediğini geri istemiştir.

SORULAR

1 – *Impubes* (ergen olmayan küçük) kime nedir? *Impubes*'in hak ve fiil ehliyetini anlatınız

2 – Vasi *(tutor)* tayin edilmesi ne ifade eder? Kimler vasi olabilir?

3 – Vasinin *auctoritas*'ı (yardımı) ne zaman gereklidir?

4 – Vasi *(tutor)* ile kayyım *(curator)* arasındaki farklar nelerdir?

5 – Bu olayda, *impubes* (ergen olmayan küçük) *stipulatio* akti ile taahhüt edip, sonra ödediğini geri isteyebilir mi? İsteyebilirse hangi davayı açması gerekir?

6 – Bu olayda *obligatio naturalis* (tabiî, eksik, davasız borç) söz konusu olabilir mi?

Tabiî borç nedir? Türk Hukukunda düzenlenmiş midir?

1. MESELENİN CEVAPLARI

I – Roma Hukukunda, günümüz hukuklarında olduğu gibi, hak ehliyetine sahip olduğu halde, fiil ehliyeti bulunmayan veya sınırlandırılmış kişiler vardır. Romalılar, hak ehliyeti olup, fiil ehliyeti bulunmayanları veya sınırlanmış olanları, her iki cinsteki *infantes* (yedi yaşına kadar olan çocuklar), *impubes* (çocukluk yaşını geçirmiş, fakat henüz ergen olmamış küçükler), ergen kadınlar, akıl hastaları, müsrifler ve nihayet imparatorluk devrinde, yirmibeş yaşından küçükler kabul ediyorlardı.

Roma Hukukunda, ancak *sui iuris* Roma vatandaşları, hak ehliyetine sahiptir[1]. Dolayısıyla, sadece bu kişiler hak iktisap edebilir ve borç altına girebilirler. Fakat, hak ehliyetine sahip Romalılardan bir kısmı, muteber bir hukukî muamele yapamazlardı. Meselâ, altı yaşında bir çocuk veya kırk yaşında bir akıl hastası *sui iuris* olabilir, yani hak ve malvarlığı sahibi olabilir. Bununla birlikte, bilerek ve anlayarak irade beyanında bulunamayacağı için, yapacağı muamelenin sonuçlarını kavrayamaz. Bu hukukî muamele geçerli olmaz. Bu sebeple, hak ehliyetine sahip olduğu halde, fiil ehliyetinin bulunmadığı görülür[2]. Buna karşılık, Roma toplumunda, hak ehliyeti bulunmayan köleler ve aile evlâtları, bazı şartlarla, muteber hukukî muameleler yapabilirler. Dolayısıyla, hak ehliyetleri olmadığı halde, fiil ehliyetleri olabilir.

Roma Hukukunda, hür vatandaşlar hak ehliyetine sahip olma bakımından, *sui iuris* ve *alieni iuris* şeklinde ayrılmaktadırlar. Hak ehliyeti olan bazı *sui iuris*'lerin ise, bu hakları kullanamaması, yani fiil ehliyetlerinin bulunmaması durumu ortaya çıkabilir. Bir kimsenin, fiil ehliyetinin tamamen olmaması veya sınırlanmış bulunması, *sui iuris* durumunu elde etmiş olması, yani hak sahibi olması halinde önem kazanacaktır. Hak sahibi olamayan *alieni iuris*'lerin, zaten kullanabilecekleri bir hakkı yoktur. Ayrıca, bir *sui iuris*'in fiil ehliyetinin bulunmaması meselesi, bir *alieni iuris*'in fiil ehliyetine sahip olmaması durumundan çok daha önemlidir. Zira, aile reisi *alieni iuris*'i himaye eder veya yerine hukukî muamele yapar. Aile reisi bu-

---

1) Bugünkü hukukumuzda ise, MK.'un 8.maddesine göre, her insanın hak ehliyeti vardır.

2) MK.'un 8. maddesinde hak ehliyeti konusunda öngörülen eşitlik prensibi, fiil ehliyeti bakımından söz konusu değildir. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk veya benzeri sebeplerle makul surette hareket edemeyen kişilerin fiil ehliyeti kısıtlıdır (MK. m. 13).

lunmayan *sui iuris*'in, mal varlığının dağılmasını önlemek ve fiil ehliyetinin olmaması haline bir çare bulmak gerekmiştir[3].

Fiil ehliyeti, bir kimsenin kendi fiilleriyle hukukî neticeler meydana getirebilmesi ehliyetidir. Modern hukukta fiil ehliyeti iki hususu kapsar: Hukukî muamele yapabilme ehliyeti ve haksız fiillerinden sorumlu tutulabilme ehliyeti. Fiil ehliyetinin şartlarından biri, belli bir yaşa erişmektir. Fiil ehliyeti yaşa göre aşamalı olarak kazanılır.

Impubes, doğumdan buluğ çağına kadar olan çocuklara denir. Bunlar da; a) *Infantes,* b) *Impubes infantia maiores,* olmak üzere ikiye ayrılır. *Infantes* çağında olanlar (0-7) hiçbir muameleyi yapamazlar. *Impubes infantia maiores (infantes* çağını aşmış küçükler) bazı hukukî muameleleri yapabilirler. Dolayısıyla, bu kişiler mahdut (sınırlı) ehliyet diyebileceğimiz bir fiil ehliyetinden yararlanırlar. Bu yaşlarda bulunan ve aile reisinin ölümü dolayısıyla, baba hâkimiyeti *(patria potestas)* altında bulunmayan bir *impubes*'in hak ehliyeti vardır, yani *sui iuris*'tir. Fakat belirttiğimiz gibi, fiil ehliyeti sınırlandırılmıştır.

Impubes, evlenme ve vasiyetname tanzimi gibi muameleleri yapamaz. Kendi malvarlığında bir azalmaya yol açacak muameleleri, meselâ tasarruf muameleleri ile (mülkiyet veya diğer bir hakkın devrini sağlayan muameleler) iltizamî (borçlandırıcı) muameleleri ancak vasisinin *auctoritas*'ı ile yapabilir. Mallarının mülkiyetini devredebilmesi veya bir borç altına girebilmesi vasisinin *auctoritas*'ı ile mümkündür. Bu şekilde; kendi zararına olabilecek, malvarlığında bir eksilmeye yol açacak muamelelerde vasinin *auctoritas*'ı gerekir[4]. Vasinin, küçüğün hukukî muamelelerine katılmasına *auctoritatis interpositio,* vasinin araya girmesi, müdahalesi deniyordu. Hukukî muamelenin yapılmasında vasi hazır bulunarak bunu uygun bulduğunu bildiriyor, dolayısıyla bu gibi muameleleri yalnız başına yapamayan küçüğe yardım ediyor, onun fiil ehliyetindeki noksanlığı tamamlıyordu. Bunun so-

---

3) *Impubes;* baba hâkimiyeti altında ise. *alieni iuris*'tir, yani malvarlığı yoktur. Bu sebeple. idare edilmesi gereken bir malvarlığı olan *sui iuris impubes*'e göre, fiil ehliyetinin sınırlanması önemli bir mesele ortaya çıkarmamaktadır. Aile reisi *(pater familias)* bu eksikliği karşılayabilmektedir. Aşağıdaki metinde olduğu gibi ergen olmamış, *patria potestas* altında olmayan erkek çocuğu ifade etmek için *pupillus* kelimesi de kullanılırdı.

4) Gai. 3, 107. *Pupillus omne negotium recte gerit ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, veluti, si ipse obligatur, nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest:* Vesayet altındaki küçük muteber olarak her hukukî muameleyi yapabilir. Bununla birlikte, *impubes*'in borç altına girmesi halinde olduğu gibi, vasinin *auctoritas*'ı gerekli olduğu zaman, vasi hazır bulunmalıdır. Zira, vasinin *auctoritas*'ı olmadan üçüncü kişiyi kendine karşı borç altına sokabilir. Ayrıca bkz. I. 3, 19, 9.

nucunda *impubes* (bulûğ yaşına varmamış olan küçük), vasinin yardımıyla, hukukî muameleleri yapmaya ehil bir duruma geliyordu.

Ergen olmayan küçük, kendisini borç altına sokmayan, malvarlığını sadece artıran, yani ivazsız muameleleri tek başına yapabilir. meselâ mülkiyet hakkını iktisap edebilir, alacaklı sıfatıyla bir *stipulatio* yapabilir veya bağışlama kabul edebilir. Burada *impubes*'in malvarlığı artmaktadır. Fakat, birçok hukukî muamele vardır ki, bunlar hem lehte, hem de aleyhte hukukî sonuçlar doğurur. Bu gibi muameleler sonucu bazı haklar kazanılmakla birlikte, birtakım borçlar altına da girilir. Meselâ alım satım ve kira akitleri bu şekildedir. Borç doğuran akitlerin iki taraflı olanlarında (sinallagmatik) durum böyledir. Ergen olmayan bir küçük, vasinin *auctoritas*'ı (yardımı) olmadan böyle bir akit yaptığı zaman alacak hakkını iktisap etmekle birlikte, borç altına girmezdi, yani muamele bir taraf için muteberdi (*negotium claudicans:* topal muamele).

Impubes'in bir mirası kabul etme *(aditio hereditatis)* konusunda ehliyeti yoktur. Bir mirası kabul etmesi de ancak vasinin *auctoritas*'ı ile olabilir. Zira: bu istisnaî durumda, mirasın aktifinin kazanılması ve ölen kimsenin borçlarından dolayı sorumlu olma, birbirinden ayrılmaz bir muamele olarak kabul edilmiştir[5]. Dolayısıyla, bir mirasın kabulü veya reddi için *impubes*, daima vasisinin *auctoritas*'ına muhtaçtır.

Baliğ olmayan küçük, vasinin *auctoritas*'ı olmadan ifa amacıyla kendisine verilen paranın mâliki olur, fakat borçlunun sona erdirmek istediği alacak hakkını muhafaza eder. Bu alacak hakkına dayanarak, *impubes* lehine dava açılması halinde, borçlu bir *exceptio doli* ileri sürebilir (Gai. 2,84). Tek başına yaptığı alım satım aktinde, *impubes*, satıcı ise, sattığı malı teslim borcu altına girmeden semenin alacaklısı olur. Bütün bu sebeplerle, hiç kimse, *impubes*'le vasisi olmadan hukukî bir muameleye girişmek, meselâ bir alım satım akti yapmak istemeyecektir.

İmparatorluk devrinde, hiç kimsenin başkasının zararına zenginleşmemesi gerektiği fikrine dayanarak, bu prensiplere bazı yumuşamalar getirilmiştir: Bir para karzı alan *impubes*, zenginleştiği oranda onu geri vermekle yükümlü olacak ve kendisine yapılan ifa aynı ölçüde muteber olacaktır[6] İmparator Antoninus Pius(2. yüzyıl ortası), bir hukukî ihtilâfa verdiği

5) MK.'un 599. maddesine göre de; miras, mirasçılara hakları ve borçları ile birlikte intikal eder. Bunun istisnası, devletin mirasçı olması halinde, hazinenin terekenin borcundan kendisine intikal eden mallar nisbetinde sorumlu olmasıdır (MK. m. 631).

6) Gai. 2. 84. *Itaque si debitor pecuniam pupillo solvat facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest et quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est: sed tamen si ex*

cevapta *(rescriptum),* vasinin *auctoritas*'ı olmadan yapılan bir hukukî muameleden dolayı ifada bulunmuş olan tarafa verdiğini geri almak için dava hakkı vermektedir. (D. 26, 8, 1 pr.). Diğer taraftan, Roma Hukukunun son devrinde bir *impubes,* kendi borcunu ifa etmeyi teklif etmeden, iki taraflı bir aktin ifasını isteyemezdi[7] . Bu değişiklere rağmen, ergen olmayan küçük, vasinin *auctoritas*'ı olmadan, sadece bağışlama kabul edebiliyordu.

Buna karşılık, *infans* çağını aşmış *impubes* önceleri, işlediği haksız fiiller dolayısıyla borç altına girerdi. Fakat, klasik devir sonunda yaşamış hukukçular sorumluluk için bulûğ çağını aramaya başlamışlardı[8]. Iustinianus ise, bulûğ çağına yaklaşmış olan çocukların, hırsızlıktan sorumlu

---

ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoveri potest: Bu şekilde, eğer bir borçlu vesayet altındaki küçüğe para öderse, para küçüğün olur, fakat borçlu borcundan kurtulmuş olmaz, zira, küçük, vasinin *auctoritas*'ı olmadan bir borcu sona erdiremez ve vasinin *auctoritas*'ı olmadan ona bir şey devri imkânı verilmemiştir. Bununla birlikte aldığı para onu zenginleştirmiştir ve ödenmesini talep ederse *excepto doli mali* ile karşılaşacaktır. Paulus D. 46, 3, 15: *Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest: .... si tamen solverit ei debitor et nummi salvi sint, petentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit.* Vesayet altındaki küçüğe vasisinin *auctoritas*'ı (yardımı) olmadan ifada bulunulamaz: .... Fakat buna rağmen, borçlu ona ifada bulunmuş ve para tüketilmemişse, borçlu kendisinden (bir daha) talepte bulunan küçüğe karşı *exceptio doli mali* ileri sürebilir.
Görüldüğü gibi, hukukçular, ifada bulunan borçluya, küçüğün borcu tek başına sona erdirememesi sebebiyle, ifa konusu kendisinden bir daha istenirse, bir *exceptio doli* tanımaktadır. Fakat vesayet altındaki küçüğün zenginleşmesi sınırları içindeki genel sorumluluğu, Iustinianus hukukundadır: I. 2. 8, 2. ...*Sin autem quam disposuimus solutio facta fuerit et pecuniam salvam habeat pupillus aut ex ea locupletior sit et adhuc eandem summam pecuniae petat, per exceptionem doli mali summoveri poterit: quod si aut male consumpserit aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilo minus damnabitur, quia temere sine tutoris auctoritate et non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillae solvere sine tutore auctore non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis, cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est:* Eğer, ödeme, uygun gördüğümüzden başka şekilde yapılmış olup, vesayet altındaki küçük, parayı muhafaza etmiş veya ondan faydalanmış bulunursa ve aynı miktar parayı bir daha talep ederse, ona karşı *exceptio doli mali* ileri sürebilir, fakat parayı boş yere harcamış veya *furtum* sonucunda kaybetmişse, borçlu hile defini ileri süremez ve vasinin *auctoritas*'ı olmadan ve emirnamemize uymadan tedbirsizce tediyede bulunduğu için, mahkûm edilir. Buna karşılık vesayet altında bulunan kız veya erkekler, vasinin *auctoritas*'ı olmadan tediyede bulunamazlar, zira vasinin *auctoritas*'ı olmadan bir şeyin mülkiyetini devretmek hakkı kendilerine verilmemiş olduğundan, ifa ettikleri şey, alanın mülkiyetine geçmez.

7) BK.'nun 81. maddesindeki genel kurala göre, iki taraflı (sinallagmatik) akitlerde, aksine anlaşma yoksa, taraflardan her biri ancak kendi edimini ifa ettikten veya ifayı teklif ettikten sonra, diğer taraftan edimini isteyebilir. Aksi halde ödemezlik defi *(exceptio non adimpleti contractus)* ile karşılaşırdı.

8) KASER M., Das Römische Privatrecht, erster Abschnitt, 2. neu bearbeitete Auflage, München, 1971, s. 276.

tutulmalarının tabiî olduğunu beyan etmektedir. *Impubes* (küçük) eğer bulûğ devresine yakın bir yaşta ise, yaptığını anlayacak kadar temyiz kudreti olduğundan, işlediği haksız fiillerden sorumlu tutulmuştur[9].

Roma Hukuku tarihinin son safhasında, fiil ehliyeti, 25 yaşında elde ediliyordu.

Roma Hukukunun fiil ehliyetine ait prensipleriyle modern hukuklarda bunlara ait olan prensipler arasında birçok benzer noktalar vardır. Ancak, 25 yaş sınırı, hiçbir yerde muhafaza edilmemiştir. Bundan başka, hukukların ekserisi, Roma Hukuku tarihinin son yüzyıllarında önemini kaybetmiş olmakla birlikte, Roma Hukuku için çok önemli olan ergen olmayan küçükler ve ergen küçükler arasındaki farkı tanımamaktadır. Rüşt yaşına varmamış bulunan bütün küçükler aynı hukukî durumda kabul edilmektedir. Ancak, çocukluk çağı fiil ehliyetinin hiç bulunmadığı bir devre sayılmıştır. Alman MK.'unda bu çağ, Roma Hukukunda olduğu gibi, 7 yaş ile sınırlandırılmıştır. Halbuki bizim MK.'umuzda bu çağ için belli bir yaş tespit edilmemiştir. Sadece «makul surette hareket etmek», yani «temyiz kudreti», çocukluk çağının tespitinde ölçü olarak alınmıştır (MK. m. 13)[10].

Roma Hukuku esaslarından hukukumuza gelen prensiplerden bir tanesi de, çocukluk çağını aşmış bulunan küçüklerin menfaatlerine olan hukukî muameleleri yapabilecekleri, fakat tasarruf muameleleriyle borçlandırıcı muameleler için «yasal temsilcilerinin rızalarına» muhtaç oldukları (MK. m. 16 ve 451/2) prensibidir[11].

2 – Olayda, vasi tayin edilmiş olması, söz konusu *impubes*'in *sui iuris* olduğunu (yani hak ehliyetinin varlığını) fakat henüz bulûğ yaşına erişmediğini gösterir.

9) I., 4, 1, 18. *In summa sciendum est quaesitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placet, quia furtum ex affectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit et ob id intellegat se delinquere:* Nihayet bilinmelidir ki, başkasına ait eşyayı alıp götüren baliğ olmayanın, *furtum* işleyip işlemediği meselesi ortaya çıkmıştır. *Furtum,* niyetle yapıldığına göre, baliğ olmayan, bulûğ çağına, dolayısıyla fiilinin haksızlığını anlayacak yaşa yakın ise, bu haksız fiilden dolayı borç altına girer (aynı bilgi Gai. 3, 208).

10) SCHWARZ A. B., Roma Hukuku Dersleri, çev. RADO T., 7. bası, İstanbul 1965, s. 243; UMUR Z., Roma Hukuku, İstanbul 1984, s. 465, ÇELEBİCAN Ö. K., Roma Hukuku, Ankara 1997, s. 211.

11) SCHWARZ A. B., Roma Hukuku, s. 243.

Tam fiil ehliyetinin elde edebilmek için insan hayatının belirli bir gelişme çağına varması gerekir. Bunun için gerekli fizik ve fikrî olgunluk, insanlarda hayatın farklı anlarında ortaya çıktığından, eski çağlarda, fiil ehliyeti bilhassa vücudun gelişmesinin belirtilerine, daha çok bulûğa bağlanmıştır. Meselâ, Roma Hukukunun ilk gelişme safhasında böyle idi. Eski Cermenlerde çok defa, gencin mızrağı savurmaya, düşmanı öldürmeye yeterli olup olmadığına bakılırdı. Ayrıca, bu gibi kıstasların esas alınmasına da gerek vardı. Çünkü o devirlerdeki insanların doğum günleri, dolayısıyla gerçek yaşları meçhuldü. Fakat, bu prensip, hukukî güvensizliğe yol açar ve bir insanın tam fiil ehliyetine sahip olup olmadığı meselesi ortaya çıkar. Bu sebeple, tam fiil ehliyetini belirli bir yaşa bağlamak eğilimini, erken bir çağda her yerde görüyoruz. İslâm Hukuku, Mecelle'de her iki ihtimali birleştirmiştir: Bunun başlangıcı erkeklerde 12, kadınlarda 9 yaşın tamamlanmasıdır. Bununla birlikte 15 yaşın tamamlanmasıyla her iki cinsteki kişiler, bulûğ gerçekleşmese bile reşit olurlar (Mecelle m. 985 vd.)[12].

Roma Hukukunda bulûğ yaşına gelmemiş *sui iuris*'lerin daima vasisi vardır. Başlangıçta, vesayetin amacı, *impubes*'in gelecekteki mirasçılarının zarara uğramasını engellemek için, küçüğün malvarlığını korumaktı. Küçüklerdeki belirli bir zayıflık sebebiyle, üçüncü kişilerle girişecekleri ilişkilerde, malvarlıklarında azalma olmamasını sağlamak gerektiği düşünülüyordu. Bu şekilde, vesayet, aile reisinin *alieni iuris* üzerindeki hâkimiyetine benzer bir kudretti. Fakat, eski hukuk devrinin sonlarından itibaren, vesayetin amacının yaşının küçüklüğü dolayısıyla fizikî veya psikolojik zayıflığından dolayı kendini savunamayacak *impubes*'i himaye etmek olduğu kabul edilmiştir.

En eski devirlerde; küçük doğuştan hür *(ingenuus)* ise, kanunen mirasçısı olan en yakın agnatik hısmı, azatlı *(libertinus)* ise, kanunen mirasçısı olan *patronus*'u (onu azat etmiş kimse) vasisi olurdu. Bu devirlerde, vasiyette bulunarak malvarlığını agnatik hısımlarının dışındakilere de bırakabilen aile reisi, aile malvarlığının idaresini, kanunun gösterdiğinden başka bir vasiye de bırakabiliyordu *(tutela testamentaria)*. M.Ö. II. yüzyılda, kanuna veya vasiyetnameye dayanan bir vasisi bulunmayan küçüğe, *plebs tribunus*'larının önünde ve *praetor* tarafından vasi tayin edilmeye başlan-

12) SCHWARZ A. B., Borçlar Hukuku Dersleri, çev. DAVRAN B., I. cilt, İstanbul 1948, s. 186-187.

dı[13]. M.S. II. yüzyılda, vasi tayin etmek üzere, vesayet *praetor*'u isimli bir *magistra*'lık kuruldu. İlk İmparatorluk devrinde aynı yetki eyalet valilerine de verilmişti.

Kanunî vasi ve vasiyetname ile gösterilen vasi, çeşitli şekillerde vesayetten vazgeçebilirdi. *Magistra*'nın tayin ettiği vasi ise, bu işi kamu menfaati için yapmak zorunda olduğundan[14], ancak önemli bir sebep varsa[15] veya hısımlık ve ehliyet bakımından kendisinden daha liyakatli birini göstererek, vesayetten ayrılabilirdi. Bu sebepleri takdir etmek yetkisi *magistra*'ya aitti.

3 - Yedi yaş ile (kızlarda 12, erkeklerde hakim fikre göre 14 yaşında varılan) bulûğ çağı arasındaki *sui iuris impubes*'lerin hukukî muamelelerine vasi *auctoritas*'ı ile yardım ederdi. *Auctoritas*, vasinin hukukî muameleyi yapan küçüğün irade beyanı sırasında yanında bulunarak, muameleye iştirak etmesi şeklinde verilir. *Auctoritas*'ın, önceleri belli şekillere uyularak verilmesi gerekliydi. Fakat; *auctoritas*, muameleden önce veya sonra verilemezdi. Bu şekilde, yalnız başına bu gibi hukukî muameleleri yapamayan küçüğün ehliyetindeki eksiklik giderilmektedir. Bunun sonucunda, baliğ olmayan *sui iuris* küçük, vasinin *auctoritas*'ının yardımıyla, vasiyetname yapma ve evlenme dışındaki, bütün hukukî muameleleri yapabilecek duruma gelmektedir. Meselâ, *impubes, ius civile*'nin şekle bağlı bir muamelesi olan *mancipatio*'yu, vasisinin *auctoritas*'ı ile yaparsa, bu muamele muteberdir ve mülkiyeti nakleder. Fakat, vasisinin *auctoritas*'ı yoksa, muamele muteber değildir, mülkiyet diğer tarafa geçmez ve küçükte kalmış olur.

Impubes, vasinin *auctoritas*'ı ile hukukî muamele yaptığı zaman, muameleden doğan alacak hakları veya borçlar, muameleyi yapmış sayılan kü-

---

13) Zira, vasi aracılığıyla, sadece ailenin ve malvarlığının değil, bizzat küçüğün de menfaatinin gözetilmesi gerektiği fikri hâkim olmaya başlamıştı.

14) MK.'nun 416. maddesine göre de, belirli bazı kişiler vasi olmayı kabul etmekle mükelleftir: küçüğün veya kısıtlının erkek hısımları, kocası ve vesayet bölgesi içinde oturan, medenî ve siyasî haklara sahip diğer erkekler vesayet görevini kabul etmek zorundadır.

15) MK. m. 417'de çekilebilecek kimseleri şu şekilde belirtmiştir:
1 – Altmış yaşını bitirenler.
2 – Bedensel özürleri veya sürekli hastalıkları sebebiyle bu görevi güçlükle yapacak olanlar.
3 – Dörtten çok çocuğun velisi olanlar.
4 – Üzerinde vasilik görevi olanlar.
5 – Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Bakanlar Kurulu üyeleri, hakimlik ve savcılık mesleği mensupları.

çük üzerinde doğar. Küçük hazır bulunmayacak olsaydı, doğrudan doğruya temsil olmadığı için, vasi, muameleyi kendi namına yapmış olacaktı. Vasi, *impubes*'in katılmadığı bir muamelenin sonuçlarının onun namına ve hesabına doğmasını isterse, bu muameleyi küçüğün kölesine yaptırabilirdi.

4 - Fiil ehliyetinde eksiklik olanların işlerini görmek ve iradelerini tamamlamak için iki müessese mevcuttur: Vesayet *(tutela)* ve kayyımlık (cura) vesayet vardı.

Roma Hukukunda; baliğ olmayan küçükler ve *sui iuris* kadınlar üzerinde vesayet vardı. Amacı, vesayet altında bulunan kimsenin mallarını idare etmek ve iradesini beyan etmek istediği zaman yanında bulunarak eksik olan iradesini tamamlamaktı. Akıl hastaları, müsrifler ve sonraki devirlerde 25 yaşından küçük olanlar üzerinde kayyımlık vardı. Kayyım, bu kişilerin temsilcisi gibi, mallarını idare ederdi. Vesayet çok eski devirlerden beri vardı. Kayyımlık, XII Levha Kanununda akıl hastaları ve müsrifler için ihdas edilmişti. Vasinin, henüz fiil ehliyetini hiç elde etmemiş bulunan kimselere, kayyımın ise, fiil ehliyetini sonradan kaybetmiş olanların mallarını idare etmek için verildiği anlaşılmaktadır. Bu farkı ifade etmek için, *tutor datur personae, curator rei:* Vasi şahıslara, kayyım mala verilir, denmiştir[16]. Fakat, bu ifade de şu noktaya dikkat etmek gerekir: Vasi de, vesayeti altındaki küçüğün veya kadının mallarını idare eder. Yalnız vasinin idaresi altında daima bir şahıs vardır, halbuki kayyım bazı hallerde, sahibi belli olmayan bir malvarlığının idaresi için de verilebilirdi. Vesayet ve kayyımlık arasındaki farklar gitgide azalmış, Iustinianus devrinde ise, birbirlerine çok yaklaşmışlardı[17].

Bu gelişmenin sonucu olarak, bugünkü hukukumuzda, Roma Hukukunun bu müesseselerinin başlangıçlarındaki vasi ile kayyım arasında ve görevlerindeki farkı tanımıyoruz. Zaten, belirttiğimiz gibi, bu fark, klasik devirden itibaren Roma Hukukunda da kaybolmaya başlamıştı.

---

16) Bugünkü hukukumuzda da, vasi vesayet altındaki küçüğün veya mahcurun (kısıtlının) şahsına ilgi ve ihtimam göstermek, mallarını idare ve hukukî muamelelerde onları temsil etmek üzere sulh mahkemesi tarafından tayin edilen bir vesayet organıdır (MK. m. 403/1). Kayyım ise, bir malın idaresi veya belli bir işin görülmesi için sulh mahkemesi tarafından tayin edilen bir vesayet organıdır (MK. m. 403/2). Ancak, kayyımlığın fonksiyonu ile vesayetinki arasında şu fark vardır: Vasi, vesayet altındakinin hem şahsını gözetmek, hem de mallarını idare etmek üzere tayin edildiği halde kayyım sadece, «belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek» için görevlendirilir (MK. m. 403/2). Dolayısıyla, kayyımın görev ve yetkileri, vasi kadar çeşitli ve geniş değildir. Bununla birlikte, kanunda aksi belirtilmedikçe, vasiye ait hükümler kayyım hakkında da uygulanır (MK. 403/3).

17) Iustinianus, bazı *interpolatio*'larla, vesayete ait hükümleri kayyımlığa da uygulayarak, vasinin *auctoritas*'ı ile kayyımın *consensus*'unun birbirinin aynı olmasını sağlamıştır.

5 – *Impubes*'in (ergen olmayan küçüklerin), kendi zararına olan, malvarlığında azalma meydana getiren muamelelerde fiil ehliyetinin olmadığını belirtmiştir. Bu gibi muameleler, ancak vasinin yardımı, muameleye katılması *(auctoritas*'ını vermesi) hallerinde muteber sonuç doğurur.

Olayda, *impubes* malvarlığını azaltan bir hukukî muamele yapmıştır. Vasisinin *auctoritas*'ı olmadan *stipulatio* yapmış, taahhütte bulunmuştur. *Stipulatio* tek taraflı bir sözlü akittir. Tek taraflı akitler, aktin taraflarından sadece birine borç yükler. *Impubes*, bu *stipulatio*'da vaad eden taraf olarak, malvarlığında azalma meydana getiren bir muamele yapmıştır. Ancak, söz konusu muamele, *impubes* tarafından *auctoritas* olmadan yapıldığı için muteber bir hukukî sonuç doğurmaz. Dolayısıyla, hukuk açısından muteber bir sonuç doğurmayan bir muameleye dayanarak yapılan ödeme de muteber olmayacaktır. Bu *stipulatio* ile taahhüt ettiğini ödeyen *impubes*'in, ifa ettiği geri istenebilir. Bu şekilde mevcut olmayan bir borcun ödenmesi halinde, ifa etmiş bulunan kimse, ödediğini geri almak için, sebepsiz iktisap davası *(condictio)* açmalıdır[18].

Buna paralel olarak, vasinin *auctoritas*'ı olmadan karz veren *impubes, condictio* açabiliyordu (D. 12, 1, 19, 1).

6 – Olayımıza esas teşkil eden metinde, burada tabiî bir borcun *(obligatio naturalis)* olmadığı belirtiliyor. Zira; tabiî (eksik, davasız) borç, bir dava ile takip edilemez, fakat ödendiği takdirde muteber sonuç doğurur ve geri istenemez. Halbuki; olayda, *impubes*'in *auctoritas* olmadan borçlandığını ödemesi eksik, tabiî bir borcun ifası demek değildir[19]. Her borcun *actio*'su (davası) vardır ve ilgili kişi, hakkını bu dava aracılığıyla, gerektiğinde icra yoluna başvurarak elde eder. Roma Hukukunda ve günümüz hukukunda Borçlar Hukukunun düzenlendiği borçlar, kural olarak, dava hakkı veren ve icrası kabil borçlardır. Fakat, bazı hallerde, borçlunun alacaklıya karşı herhangi bir mükellefiyeti olmakla birlikte, hukuk düzeni, alacaklıya dava yoluna başvurma imkânını vermemektedir. Bununla birlikte, bu mükellefiyetin varlığını da kabul etmektedir. O halde, burada esas olarak bir dava ile korunmamış borç ilişkileri söz konusudur. Roma Hukukunda bu gibi ilişkiler, *obligatio civilis*'in (tam borç) aksine, *obligatio naturalis* terimi ile ifade edilmiştir. Roma'dan gelen bu tabiî borçların esası, borçların çeşitli olmasına rağmen bir dava ile korunmamış bulunmaları, müeyyidesiz borç olmalarıdır. Fakat, böyle bir borç ödenirse, bu borcun ifası olarak kabul edilir. Bu borçlar dava edilemez, fakat ifa edilebilirler. Dolayısıyla, bir mükellefiyetin var olduğu sanılarak ödenen borç ve verilen şey, borcu olmadığı halde verilenden farklı olarak, bir *condictio indebiti* ile geri istenemez[20]. Diğer taraftan, borçlu böyle bir borcu yerine getirirse, bu bir bağışlama değil, bir ifa olarak kabul edilirdi *(ex causa donandi* değil, *ex causa solvendi).* Tabiî borçlar, bir yenileme *(novatio)* ile tam borç *(obligatio civilis)* haline getirilebilir, muteber şekilde teminat altına alınabilir, hüsnüniyet davalarında ileri sürülebilirdi. Takasa konu olabilirlerdi. İlk tabiî borçlar, kölelerin ve aile evlâtlarının hür kişilerle yaptıkları akitlerden doğan borçlardır. Köle azat edildikten sonra da, bu borç kendisinden bir dava ile istenemez. Aynı hâkimiyet altında bulunan kimselerin birbirlerine olan borçları da bu şekildedir (Gai. 4, 78). *Senatus consultum Macedonianum*'a aykırı olarak, para ödüncü alan aile evlâdının borcu da aynı durumdadır (D. 14, 6, 10).

Roma Hukukunun *obligatio naturalis* (tabiî borç) kavramı modern hukuklarda da yaşamaya devam etmiş, Fransız MK.'u *(Code Civil)* ve bu kanunu örnek alarak daha sonra yayınlanan kanunlar tabiî borçlardan *(obligations naturelles)* bahsetmişlerdir[21].

Türk Hukukunda da bu tür ilişkiler vardır. Bu borçlara da hâkim olan kıstas, aralarında bazı farklar bulunmasına rağmen, dava edilememeleri, fakat ifa edilebilmeleri şeklindedir. BK.'nun 504. maddesinde düzenlenen kumar ve bahis, bir alacak hakkı doğurmaz. Zira, hukuk düzeni bunları mutlaka ahlâka aykırı kabul etmemekle birlikte, tarafların malvarlıkları için tehlike teşkil eden bu akitleri, hukuken korunmaya lâyık görmemektedir. Dolayısıyla, bir kumar veya bahis borcu dava edilirse, bu dava hakim tara-

18) *Condictio indebiti*, mevcut olmayan bir borcun hata sonucu ödenmesi halinde *(indebiti solutio)* iyi niyetle alan kimseye karşı açılır: I., 3, 27, 6. *Item is cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur... Sed tamen proinde is qui accepit obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur:* Aynı şekilde bir kimse, başka bir kimseye, hata ile borç olmayanı ifa ederse, (alan) akit benzerlerinden dolayı borçlu sayılır ... Bununla birlikte ifayı kabul eden, kendisine karz verilmiş gibi, dolayısıyla *condictio*'dan sorumlu olur (aynı bilgi D. 44, 7, 5, 3).
Sebepsiz iktisap davalarının en eskisi olan *condictio indebiti*'nin açılması için mevcut olmayan bir borcun ifası, bu ifanın kendisini borçlu zanneden kimse tarafından hata sonucu yapılması ve alanın da iyi niyetli olması gerekir. Alan iyi niyetli olmayıp, borcun olmadığını biliyorsa, borç olmayan şeyin ifası, *(indebiti solutio)* değil, bir *furtum* söz konusu olur. Hata ile ifa eden ödediğini *condictio furtiva* ile geri isteyebilir.

19) Bununla beraber, Roma Hukuku kaynaklarında vasinin *auctoritas*'ı olmadan *impubes*'in yüklendiği borçları tabiî borç alarak gören metinler vardır (D. 46, 1, 2; D. 12, 6, 13 1) Ayrıca bu konuda bkz. KASER M., s.481.

20) BK. m. 62/2'ye göre; zamanaşımına uğramış bir borç ifa edilir veya ahlâkî bir görevi ifa etmek için bir şey verilirse, geri alınamaz. Justinianus hukukunda da ahlaki bir amaçla verilenlerin geri istenemeyeceği kabul edilmişti. SIBER H., Römisches Recht in Gründzügen für die Vorlesung, 2. Band, Darmstadt, 1968, s. 168.

21) Meselâ, Şili MK'unda, *obligations civiles* ve *obligations naturelles* ayrımı yapılmıştır. (SCHWARZ A. B., Borçlar Hukuku, s. 92).

fiilden görevi icabı (re'sen) reddedilir. BK.'nun 505. maddesine göre, kumar oynayan, bahse giren kimse tarafından imza edilmiş âdi borç veya kambiyo senedinde de (esas olarak mücerret niteliklerine rağmen) durum böyledir. Bu esas, kumar ve bahis vasfını haiz olduğu takdirde, borsaya dahil emtia ve kıymetli evrakın fiyat farkı esası üzerine yapılan vadeli alış verişlerde de (BK. m. 504) aynı şekildedir. Hükümet tarafından izin verilmedikçe, piyango da bir alacak hakkı vermez (BK. m. 506). Diğer taraftan, bahis ve kumar borcunun ödenmesi gerektiği konusunda, toplumda yerleşmiş görüş vardır. Hukuk bu muamelelere hiç bir hüküm bağlamasaydı, buna aykırı davranmış olurdu[22]. Bu sebeple, istenerek ödenen kumar ve bahis borcu bağışlama değil, borcun ifasıdır. Bu para, diğer tarafta kalır ve artık BK.'nun 62. maddesindeki, borç olmayan şeyin tediyesi olmaktan çıkar ve geri istenemez.

Benzer bir hal evlenme tellâllığında görülür. Tellâllık aktine göre (tellâl) simsar bir ücret karşılığında, bir aktin yapılması imkânını hazırlar veya aktin yerine getirilmesine aracı olur. Akit, tellâlın aracılığıyla yapılırsa, hukuk ücret için ona bir talep ve dava hakkı verir. Hayatta oldukça sık rastlanmakla birlikte, evlenme tellâl aracılığıyla yapılmışsa, bu ücrete hak vermez (BK. m. 408). Fakat, bu ücret verilmişse, borç olmayan şeyin tediyesi olarak geri istenemez[23].

Hukuka ve ahlâka aykırı anlaşmalardan doğan talep hakları, yapılan akitlerin hükümsüzlüğü sebebiyle dava edilemez. Bununla birlikte, böyle bir anlaşmadan doğan edim ifa edilmişse, BK. m. 65'e göre geri istenemez.

Zamanaşımına uğraşmış borcun da, tabii (eksik, davasız) borçlara benzediği kabul edilmektedir. Ancak, zamanaşımına uğramış borcun, eksik borçlardan ayrıldığı nokta, dava edilebilmesidir. Bir borç zamanaşımına uğrarsa, borçlu zamanaşımı def'ine dayanarak ifadan kaçınabilir. Zamanaşımına uğrayan bir borç, bilinmeyerek ifa edilirse geri istenemez (BK. m. 62/2). Bu ödeme, isteyerek yapılırsa, bağışlama değil, ifadır. Hukuk düzeni, bu muameleyi uygun görmekle birlikte, uzun bir süre geçmesi sebebiyle borçların kuvvetini kaybettiğini kabul etmekte ve bu sebeple, borçluya isterse, borcunu ödemekten kaçınmak imkânını vermektedir.

---

22) Roma'da paraya ilişkin talih oyunları yasaktı (D. 11, 5, 2, 1). Buna ait *stipulatio*'lar batıl olurdu. (SİBER H. Römisches Recht, in Grundzügen für die Vorlesung, 2. Band, Römisches Privatrecht, Darmstadt 1968, s.179).

23) Bu konuda, İsviçre ve Alman Hukuklarında da aynı durum söz konusudur.

Ahlâki bir görevi ifa için verilen şeyler de bu şekildedir[24]. Meselâ, bir kimse kanunî bir nafaka (MK. m. 364) ile yükümlü olmadığı halde, fakir bir akrabasına yardımda bulunursa, bu ahlâkî bir görevdir. Armağan ve bahşiş verilmesi hallerinin çoğu da bu şekildedir. Bu durumlarda verilen şey, BK.'nun 62. maddesine göre, borç olmayan şeyin tediyesi şeklinde, geri istenemez[25].

24) BK. m. 234/3'e göre, ahlâki bir görevin yerine getirilmesi bağışlama sayılmaz. Bağışlama hükümleri uygulanmadığı için de, meselâ bağışlanan malların geri alınmasına ait BK.'nun 244. maddesi uygulanmaz.

25) İhtilâflı olmakla birlikte, nişanlanma (evlenme vaadi) tabiî, davasız borç doğurur. Zira: kanun evlenmek istemeyen nişanlıyı zorlamak için dava hakkı vermemektedir (MK. m. 119). Fakat, nişanlılardan biri, önemli bir sebep yokken evlenmekten kaçınırsa, bazı hukukî sonuçlara katlanacaktır (MK. m. 119). Bkz. SCHWARZ A. B., Borçlar Hukuku, s. 95).

1. MESELENİN METİNLERİ

D. 12, 6, 41 (Neratius, libro sexto membranarum)

Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulandi promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet.

D. 12, 6, 41 (Neratius'un hukuk notlarının 6. kitabından)

Vesayet altındaki bir küçük, vasisinin *auctoritas*'ı (yardımı) olmadan *stipulatio* ile taahhüt ettiğini öderse, ödediğini geri isteyebilir. Zira, tabiî borç (bile) doğmamıştır.

D. 12, 1, 19, 1 (Iulianus libro decimo digestorum)

Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta condictionem habet.

D. 12, 1, 19, 1 (Iulianus'un *Digesta*'sının 10. kitabından)

Vesayet altındaki küçük vasisinin *auctoritas*'ı (yardımı) olmadan borç veya ifa maksadıyla para vermişse, paranın istihlâk edilmesiyle *condictio* açılabilir.

2. MESELE

Belirli bir süreden beri, kendisini köle zannederek, efendisine hizmet eden, fakat aslında hür olan A, kendisini azat etmesi için maliki sandığı kimseye bir miktar para veriyor. Azat edildikten sonra, daha önce, zaten hür olduğunu ispat ediyor.

SORULAR

1 – Köleliğin sebepleri, gelişmesi, kölelerin sosyal ve ekonomik durumları hakkında ne biliyorsunuz?

2 – Kölenin hak ve fiil ehliyeti bakımından durumu nedir?

3 – Kölelerin borçları ve haksız fiilleri nasıl düzenlenmiştir? Aile evlâdı *(filius familias)* ile farkı nedir?

4 – A, azat edilmeden önce, köle olmadığını öğrenseydi, durumu ispat edebilir miydi?

5 – A, ödediği parayı isteyebilir mi? İsteyebilirse hangi davayı açması gerekir ve ne tür borç kaynağı doğmuş olur? Bunun şartları nelerdir?

2. MESELENİN CEVAPLARI

I-Köle *(servus)* [1] hukuken bir şahıs değil, mal sayılan *status libertatis*'ten (hürriyet durumundan) mahrum olan insandır. *Res mancipi*'lerden sayılan bu insanlar, hak sahibi olamazlar, iktisapları maliklerine ait olur, kendileri bir mal olarak hakkın konusunu teşkil ederlerdi. Savaş esirliği *(captivitas)* sonucu, köle bir kadından doğmakla, bazen bir kamu cezası veya benzeri sebeplerle köle olunurdu. Mâlikin iradesiyle ve çeşitli yollardan azat edilerek *(manumisio)* hürriyet durumlarını kazanabilirlerdi[2]. Hürriyet durumu *(status libertatis)* bakımından insanlar iki gruba ayrılmaktadır: Hür veya köle. İnsanların bu şekilde dikkate alınması en önemli ayırımlardan biridir. Gaius'un *Insitutiones*'inin şahsın hukukuna ait kısmı şu hükümle başlar:

Gai. 1, 9 *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sonut aut servi.:* Şahsın hukukunda yapılan en esaslı ayırım, insanların hür veya köle olmalarına aittir.

Bugünkü uygarlığımız için tamamen yabancı olan bu ayırımın eski çağlarda çok büyük bir önemi vardı. Modern uygarlıkların insanların eşitliği hakkındaki temel prensibi Türk Medenî Kanununun 8. maddesinde açık bir şekilde ifade edilmiş bulunmaktadır. Fakat, bu prensibe, insanlığın her devrinde ve bütün hukuklarda rastlanılmamaktadır. Aksine, çeşitli devirlerin hukuk sistemleri bize, insan kategorileri arasında bazı farklar olduğunu göstermektedir. İşte Roma Hukuku için de durum böyleydi[3].

Eski çağın köleliğini Romalılar bulmuş veya yaratmış değildir. Bu, her şeyden önce, o devirlerde, bütün milletlerin hukuklarında rastlanan sosyal bir olaydır. Gaius, köleliğin *ius gentium*'a ait bir konu olduğunu, yani bütün hukuklarda ortak bir konu olduğunu söylemektedir.

Gai. 1, 52 *In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est, nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae ve necisque potestatem esse...:* Köleler sahiplerinin hâkimiyeti altında bulunurlar. Bu hâkimiyet *ius gentium*'a ait

1) Köle kadın, *serve* veya *ancilla* kelimeleriyle ifade edilir. Bazen aile içindeki kölelere *familia* denilmekteydi. (UMUR Z., Roma Hukuku Lügatı. İstanbul 1983, *Servus ve familia* kelimeleri). Köleler için, elle yakalama kavramını hatırlatan *mancipia* kelimesi de kullanılır (LEVY J.P., Cours d'histoire du droit Privé, Paris 1961-1962, s. 47).

2) Bkz. UMUR Z., Lügat, *Manumissio.*

3) SCHWARZ A. B., Roma Hukuku, s. 210.

bir hâkimiyettir; çünkü bütün kavimlerde köle sahiplerinin köleleri üzerinde hayat ve ölüm hakkına sahip olduklarını görebiliriz.

Buna rağmen, bütün insanların tabiat icabı eşit oldukları konusundaki gerçeği ifade eden şu metni de belirtmek gerekir:

D. 50, 17, 32 *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur; non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.: Ius civile*'ye göre, köleler bir hiç değerinde oldukları halde, tabiî hukuk bakımından durum öyle değildir: Tabiî hukuk bakımından bütün insanlar eşittir.

Fakat, bu gibi fikirler ancak düşünce alanında kalmıştır. Seneca gibi, bazı eski ahlâkçıların, kölenin de diğer insanlar gibi, bir insan olduğunu belirtmelerine rağmen, hukuk kölelerle hür insanlar arasında çok derin ayırım yapmıştır. Bunun bir sebebi de, köleliğin eski çağ ekonomisinin temellerinden birini teşkil etmesidir. Hattâ, kölelik modern devirlerin ekonomisinde de önemli bir rol oynayarak, çeşitli yoğunlukta olmak üzere XX. yüzyıla kadar varlığını sürdürmüştür.

Son derece ilginç bir konu olan köleliğin, eski çağ hayatındaki ekonomik ve sosyal önemi, modern insan tarafından yeteri kadar bilinmemektedir. Dolayısıyla, insanlık tarihinin, günümüzde biraz da karanlıkta kalan bu önemli kısmı üzerinde biraz bilgi vermek faydalı görülmüştür.

Köleliğin başlıca kaynağı, savaş esaretidir. Harpte esir düşen, *ius gentium*'a göre düşmanın kölesi olurdu (Gai. 1, 129; I. 1, 12, 5). Savaş esirlerini köle diye satmak, çağdaş insanı ürküten bir şeydir. Ama, aynı çağdaş insan, modern savaş esirlerinin temerküz kampları karşısında aynı ürküntüyü duysa da, engel olamamaktadır. Hattâ, İlkçağ ve Ortaçağ usulü bir esaret ve kölelik, bu temerküz kamplarına göre, daha hafif değil midir diye düşünülebilir. Zira, esaret süresi kısadır, ardından gelen kölelik hayatı ise, sadece İlkçağ Roma'sında değil, İslâm dünyasında da [4], azat edilme sonucu şerefli bir hürriyetle neticelenebilirdi. Ayrıca, modern dünyada, kölelik üzerindeki düşünceler gerçeğe, her zaman uymamaktadır. Herkesin hayalinde, belki de filmlerin etkisiyle, karanlık zindanlarda, zincire vurulmuş köleler canlanır. O zavallıların kaderi, açlık, sefalet ve ıstıraptır. Gün ışığı bile görmezler.

4) SAHİLLİOĞLU H., XVI. yüzyılın başlarında Bursa'da Kölelerin Sosyal ve Ekonomik Hayattaki Yerleri. Princeton Üniversitesinde 6.26.1974'de verilen Tebliğin Türkçesi, s. 3.

Kurtulmak için hiç umutları yoktur[5]. Halbuki, eski köleler, azat edildikten sonra bazen hem kudret, hem de servet sahibi oluyordu.

Roma Devletinin İlk İmparatorluk devri başlarında Augustus devrinde, hâkimiyet *princeps*'e (imparatora) geçmiş ve devlet, zaruri olarak, sarayda toplanmıştır. Sarayı ise, azatlılar ve köleler yönetiyordu. Eski köleler, yani azatlılar bu şekilde iktidara erişiyordu. Hattâ, azatlılar ve köleler, sarayda şövalyelere mahsus idare makamlarını elde etmişlerdir. İki nesil hürriyet şartını arayan eski bir kanuna rağmen, şövalye olmuşlardır. Claudius (imparatorluğu 41-54) bu unvanı bütün eski hizmetkârlarına dağıtmıştır[6]. Azatlılar *senatus*'a girmiş, vilâyetlerin, eyaletlerin idaresini almışlardır[7].

Aynı yöndeki gelişme, İslâm dünyasında da ortaya çıkmıştır. Esaret kölelik, çelişik bir kader sonucu, iktidar ve hâkimiyete götüren bir yol olarak da belirmiştir. Mâliklik yolu, Memlûk devletinde kölelikten (memlûk olma durumundan) geçiyordu. Osmanlılarda ise, Valide sultanların, hasekilerin çoğunluğu hareme câriye olarak giriyor ve imparatorluğun kaderinde söz sahibi olabiliyorlardı[8].

Köleliğin rolü, sadece Roma'da değil, bütün eski çağ medeniyetinde, hem önemli, hem de gizlidir. Önemlidir; zira, kölelik eskiçağ ekonomisinin temel taşlarından, maddî hayatının şartlarından biridir[9]. O zamanki toplumların iktisadî hayatı için faydalı ve vazgeçilmez bir unsurudur. Sanayide, makine yerine köle kullanılmıştır. «Mekik, kendiliğinden havada uçup dokuma işini yapmadıkça, efendinin köleye, ustanın kalfaya ihtiyacı olacaktır» diyen Aristo, makine eksikliğini sezmişe benzemektedir. Üretim kol gücüne ve köle emeğine dayandığı için, çalışmak, hattâ teknik ile uğraşmak İlkçağ insanı bakımından alçaltıcı, ayıp bir şey sayılıyordu[10]. Gizlidir; çünkü üzerinde hiç bir zaman durulmamış, politik bir problem teşkil etmemiştir.

5) TAKATS S., Macaristan Türk Aleminden Çizgiler, çev. KARATAY S., Ankara 1958, s. 56 vd.
6) TAHİROĞLU B., Roma Hukukunda Azat Etmenin Tahditleri, İHFM, c. XXXVIII, sayı 1-4. Ayrı Bası, s. 15.
7) İmparator Tiberius, Mısır'a vali olarak bir azatlıyı tayin etmiştir. Fakat, burada belirli bir korku ve çekinmenin de rolünü dikkate almak gerekir. İmparatorlar, Mısır gibi önemli bir eyaleti, kudretli bir şahsa teslim etmek istemiyorlardı (WALLON H., Histoire de l'Esclavage dans l'Antiquité, c. II, 2. bası. Paris 1879, s. 417, n.4). Cladius'un iktidarı, azatlıların zafere eriştiği bir devre olarak kabul edilebilir (GAUDEMET J., Institutions de l'Antiquité, Paris 1982, s. 566).
8) SAHİLLİOĞLU H., Bursa'da Köleler, s. 3.
9) TAHİROĞLU B., agm., s. 1.
10) SAHİLLİOĞLU H., İktisat Tarihi Ders Notları, s. 9.

Toplum ve düşünürler bunu tabiî bir olay olarak kabul ederler ve konu tartışma konusu olmaz. Müşahhas uygulamalara gitmeden, sadece ahlâkî fikirlere konu teşkil etmiştir. Yeni bir devlet sistemi teklif edenler için iyi bir idarenin konusudurlar, politikanın değil. Meselâ, Platon, Kanunlar'ında köle ayaklanmalarına engel olmak için, farklı dilleri bilen kölelerin seçilmesini tavsiye eder[11].

Sosyal kurumların, tabiî hukuka en aykırı olanı, meşru olmadığı en geç kabul edileni, kölelik veya insanın insanı mal edinmesidir. Fakat, durum o kadar normal karşılanıyordu ki, köleler tarafından bile kabul edilmişti[12]. Kölelik sosyal teşkilâtın ayrılmaz bir bütünüdür ve toplumla birlikte gelişmelere, değişikliklere uğramıştır[13].

Bu kadar önemli sosyal bir olay, basit ve kuru hukukî kavramlarla açığa kavuşturulamamaktadır. Bu sebeple, kölelerin hukukî durumlarının yanında, fiilî durumlarını da dikkate almak gerekmektedir. Bu noktada, göze çarpan ön önemli özellik, aynı devir veya birbirinden değişik devirlerdeki büyük farklılıklardır.

Esirsiz savaş, hiç bir devirde olmamaktadır. Çok eski kavimler hukuku *(ius gentium)* kurallarına göre, savaş esirleri öldürülebilirdi. Fakat, esirleri öldürmektense, hayatlarını koruyarak *(servare)* satmak ve kullanmak daha elverişli görülmüştür. Savaş esiri, askerî komutanın emriyle ve açık arttırma ile satışa çıkarılır ve onu satın alanın kölesi durumuna gelirdi. Yalnız, savaşta yakalanmış muharipler değil, galip tarafa teslim olmamış bütün düşmanın halkı savaş esiri sayılırdı. Düşmandan alınan diğer mallar arasında bunlar da ganimet sayılır[14] ve Devlet, bir kısmını kendine saklardı (devlet köleleri, *servi publici).* Aralarından çoğunluğu, kötü muameleler maruz kalarak, madenlerde, kanal açma gibi işlerde kullanılırdı[15]. Aksine, bazıları, devlet idaresinde veya nüfusunun çoğunluğu, kölelerden meydana gelen kasabalarda, alt derecede memur olmak gibi, fevkalâde bir şansa kavuşurdu[16]. Bununla birlikte, devlet kölelerin çoğunluğunu kendinde tutmaz, kişilere satardı.

11) TOUCHARD J., Histoire des Idées Politiques, c. 1, Paris 1971, s. 11.
12) POUAHER M., Essai sur l'histoire Générale de Droit, Paris 1849, s. 384.
13) MAILLET J., Histoire des Institutions et des Faits Sociaux, 1956, s. 269.
14) UMUR Z., Roma Hukuku, s. 350.
15) KASER M., s. 283 vd.
16) LEVY J. P., s. 121.

M.Ö. 167'de Makedonya fatihi Paulus Aemilius 150.000 kişiyi, yirmi bir yıl sonra oğlu Scipio Aemilianus yakın sayıda Kartacalıyı savaş esiri olarak getirmiştir. Marius'un 140.000, Caesar'ın 1.000.000 köleyi bir tek seferin sonunda sattırmış oldukları söylenmektedir. Sayılarının bu kadar artması, aile reislerinin kölelere ilgisini azaltmıştı, zira artık kendilerinden uzakta, bir tür sanayi kol emeği gibi çalışan köleleri ile bizzat meşgul olamamakta idi. M.Ö. II. yüzyıldan itibaren Romalıların hayatındaki lüks artmış, hürlerle kölelerin yaşayışları ayrılmış, köleler bir sefahat vasıtası olmuştu. Kölelerin de sosyal durumu aynı değildir. Durumları hukuken aynı kalmakla birlikte, sosyal açıdan farklıdır. Bu farklılaşmaya şehir hayatının gelişmesi yol açmıştır. Köylerde, çiftliklerde yaşayan, hattâ aile reisinin değil, bir tür kâhyanın idaresi altında olan kölelere çok fena muamele edilirdi[17]. M.Ö. 150 yılına doğru, büyük değirmen taşı gibi buluşlar, çalışma şartlarını ağırlaştırmıştır. Tarım, sanayi ve deniz işletmeleri alanlarında kullanılan köle yığınlarının durumu, hayvanlardan pek farklı değildi. Köylerde yığınlar halinde yaşayan bu köleler pek mutsuzdu. Zaten, köle ayaklanmaları da bu çevrelerden doğmuştur[18]. Şehirlerdeki köleler ise, genellikle mâlikin evinde yaşar, maddeten daha iyi bir hayat sürmekle birlikte, lükse dalmış efendilerinin eğlencelerine vasıta olurlardı. Fakat, bunlar arasından kabiliyetli ve bilgili olanlar, efendileri namına muamele yapar, onların işlerini görür ve kendilerine daha rahat bir hayat sağlarlardı. Bunlar arasında, eğitim görüp, bugün üstün meslek sayılan doktorluk, avukatlık, öğretmenlik gibi mesleklerde çalışanlar vardı[19].

Kölenin Roma Hukukunda hiç bir hakkı yoktur ve efendisinin bir malı durumundadır. Fakat, önceleri köle sayısı çok azdı. Köleler, komşu kavimlere karşı yapılan savaşlardan alınmış esirlerden ibaretti. Bunlarla Romalılar arasında büyük bir fark da yoktur. Ayrıca, önceleri, köle, sadece bir *res* (mal) değildi, sosyal ve dinî bakımından aileye katılırdı[20]. Dinî sebeplerden dolayı ve ilkel çiftçi toplulukları arasında bir çiftçi oldukları için, *filius familias* (aile evlâdından) farklı durumda değillerdi. Efendinin ailesine dahildi. *Puer* kelimesinin hem köle, hem çocuk olan anlamı da bu durumu göstermektedir. Köleler aile ile birlikte yaşıyor ve hür insanlarla aynı işlerde çalışıyorlardı. Büyük fetihlere, yani M.Ö. III. yüzyıla kadar köleler azdı ve topluma yayılmamıştı. Sadece zengin ailelerin köleleri vardı[21]. Zaten fiyatları

17) UMUR Z., Roma Hukuku, s. 348.
18) TAHİROĞLU B., agm., s. 2-3.
19) UMUR Z., Roma Hukuku, s. 347.
20) ELLUL J., Histoire des Institutions de l'Antiquité, Paris 1961, s. 229.
21) LEPOINTE G., Manuel d'Histoire des Institutions et des Faits Sociaux, Paris 1958, s. 162.

da çok yüksek olan bu kölelere aile reisleri iyi muamele eder, köle kendi ailesindeki bir fert gibi, aynı ailenin ilâhlarının himayesinde bulunurdu[22].

Kartaca'nın fethinden sonra, diğer zenginlikler gibi, bir köle akını doğmuştur. Fetihlerle sayıları arttı ve bütün aileler köle kullanmaya başladı. Kölelik de Roma toplumunun temellerinden biri oldu. Büyük fetihler sonucu Roma genişlediği zaman, büyük köle kitleleri uzak ve kitlenin bilmediği yerlerden gelen, dinleri, dilleri, görüşleri değişik kimselerdi. Bütün klasik devir boyunca, bir kölenin fiyatı, bir atın üçte veya dörtte biri olarak devam etmiştir. Tiberius Gracchus'un devrinden itibaren (M.Ö. II. yüzyıl) İtalya tarımı kölelerin ellerine geçmiştir[23]. Köleliğin bu yayılışı ise, insan şahsiyetinin gerçek bir değer kaybı ile sonuçlanacaktır[24].

Bu durumda üçlü bir tepkiyle karşılaşılmıştır: Önce: bizzat kölelerin şiddetli, fakat pek etkisi olmayan karşı koymaları görülür. Birçokları kaçar ve hukukçular «*servus fugitivus*»un (kaçak kölenin) durumunu incelerler. Fakat, bu kaçış, ücretle çalışmanın yerini aldığı için, çalışarak hayatlarını kazanma imkânları çok azdır. Şiddete dayanan tepkinin diğer bir şekli: köle ayaklanmalarında, ünlü köle savaşlarında görülür. M.Ö. I. yüzyılda birçok kere meydana gelenlerin en önemlisi 73-71 arasında Spartacus tarafından yönetilendir. Ayaklanma, Crassus tarafından bastırılmıştır. Fakat, bu mücadele tarihte derin bir iz bırakmış ve bu isim XX. yüzyıla kadar bazı siyasî hareketlerin sembolü olmuştur[25].

Bununla beraber daha etkilisi, iktisadî şartların zorlamasıdır. Birçok köle, faydalı mesleklerle uğraşıyordu. Geldikleri yer dolayısıyla, yabancı dil bildiklerinden tüccar olabiliyorlardı. Bir kısmı ise; memur, hekim, öğretmen, çiftlik kahyası olarak çalışıyordu. Efendileri uzakta olduğu için çiftliklerle meşgul olacak kişilere ihtiyaç duyuluyordu. İçlerinde artistler, müzisyenler vardı. Faaliyetleriyle topluma yararlı görevler yapıyorlardı.

Çoğu kere efendileri, kölelere *peculium* veriyor ve aile menfaatine iş yapabiliyorlardı. Bu malların mâliki efendi olmakta birlikte, örf ve âdetin etkisiyle onlarda kalıyor ve onu işletmesine imkân sağlanıyordu. *Peculium* idaresi ve ticarî mesleklerle uğraşmaları, *praetor*'un bu konuda yenilik yapmasına yol açmıştır[26]. Bu iktisadî zaruretler, kölelerin faaliyetinin yerini

22) SCHWARZ A. B., Roma Hukuku, s. 212; UMUR Z., Roma Hukuku, s. 348.

23) LEVY J. P., s. 121.

24) M. Ö. 184 yılında, *censor*'luk yapan Cato, Tarım Hakkındaki *(De agricultura)* eserinde kölelerin bu çok kötü, sefil durumlarını oldukça teferruatlı bir şekilde anlatmaktadır.

25) LEVY J. P., s. 122.

26) UMUR Z., Lügat, *Peculium.*

almaya yönelen azatlıların sayısının önemli oranda artışını da açıklamaktadır[27].

Nihayet, İmparatorluk başlarında daha önemli bir tepki, manevî bir gelişme şeklinde belirmiştir. Efendilerin zulümlerine karşı tedbir alınmaya başlanmıştır[28]. Haklarında «*humanitas*» (insanlık) terimi sık sık kullanılır olmuştur. Bu konuda, imparator emirnamelerini ve *senatus* meclisi kararlarını, felsefe ve Hıristiyanlık da etkilemiştir. Kölelik, yürürlükteki bir hukuk kurumu olarak tenkit edilmemekle birlikte, stoisyen filozoflar ve hıristiyanlar kölenin hukukî durumunu düzeltmeye çalışmışlar ve bunu başarmışlardır[29]. Bunlar arasında Seneca'dan bahsedilebilir. Hukukçu Florentinus, II. yüzyılda, köleliğin tabiata aykırı olduğunu yazmaktadır ve kölenin durumundan hareketle hukukçular, bütün insanların eşit olduğu faraziyesine dayanan tabiî hukuk nazariyesini kurmuşlardı[30]. Hıristiyan imparatorlar, kölenin hayat şartlarını yumuşatmışlardır. Constantinus zamanından itibaren, aile halinde yaşayan köleleri birbirinden ayırmak, kadın köleleri fuhuşa teşvik etmek yasaktı. Iustinianus azat etme muamelelerini kolaylaştırmış, Hıristiyanlığın etkisiyle ve kölenin hukukî durumunda büyük bir yenilik olmak üzere, mâlik tarafından terk edilmiş âciz bir kölenin derhal hür sayılacağı kuralını koymuştur. Aynı İmparator, azatlılar arasında, kölelik zamanında kurulmuş kan akrabalığı *(cognatio servilis)* esasına dayanan bir miras hukuku tesis etmiştir[31].

Fakat, kölelik kurumu sona ermemiştir. Nitekim, Son İmparatorluk devrinde köy köleleri, çalıştıkları arazilere bağlanmaya ve sanki çalıştıkları toprağın bir parçası imiş gibi, ondan ayrılmadan birlikte alınıp satılmaya başlanmıştı. Bu şekilde, imparatorluğun ilk yüzyıllarda devlete ait bir toprağı, hasılat kirası ile kiralayan çiftçi ve köylüler, hürriyet durumlarını koruyor ve istedikleri zaman oradan ayrılabiliyorlardı. IV. yüzyıldan itibaren, vergilerini ödemelerini teminat altına almak için, doğdukları topraktan ayrılmaları yasak edildi. Bunun sonucu, Son İmparatorluk devrinde *colonus*'lar çalış-

27) LEVY J. P., s. 123.

28) Meselâ Petronia kanunu (M.S. I. yüzyıl) *magistra*'dan izin alınmadan kölelerin vahşi hayvanlara atılmasını yasak etmiştir. Kötü hareket eden köleler hakkında ise, ceza olarak bu izin verilebilirdi.

29) MONIER R., Manuel Elémentaire de Droit Romain, c. I. Paris 1938, s. 275.

30) LEVY J. P., S. 123.

31) UMUR Z., Roma Hukuku, s. 356.

tıkları toprağa bağlı, nazarî olarak hür, fakat fiilen köle gibi yaşayan kimseler haline gelmişlerdir[32].

Kölelik Roma Devletinin yıkılışından sonra da devam etmiştir. Çok sonraları, meselâ, XV. ve XVI. yüzyıllarda da devam ediyordu. Osmanlı İmparatorluğunda da kaldırılmış değildi. Bunu yasaklamak konusunda, ne doğuda ne batıda herhangi bir teşebbüs yoktu. Olsa olsa Hıristiyan dünyada, hıristiyanın köleleştirilmesinin hoş görülmediği ve İslâm âleminde de müslümanların köle olmayacağının bir prensip olarak yaşadığı söylenebilir. Yoksa, Avrupalı, savaş esiri müslümanları ve başka ırk ve milletten insanları köle olarak kullanmakta henüz mahzur görmüyordu. Çağlarının icabı, devirlerinin zihniyetinde kölelik anlayışı bulunan Osmanlılardan da başka bir davranış beklenemezdi. Gerek doğudaki, gerek batıdaki dinlerin kaldırmak konusunda kesin bir tavır takınmadıkları kölelik kurumunu Osmanlılar ne yasaklayabilir, ne de kaldırabilirdi. Doğuştan müslüman olmayan, bir müslüman devlet uyruğu değilse, savaş veya korsanlık sonucu esir alınmış ise, köle yapılabilirdi. Fakat, doğuştan müslüman olan bir kimsenin, hangi sebeple olursa olsun, köle olarak kullanılmasına devlet, karşı idi. 1556 yıllarında Kazan dolaylarında, Rusların akınlarının da etkisi olması gereken bir kıtlıkta, göç ve yer değiştirme zorunda kalan kişilerin kendilerini köle diye satmaları, İstanbul'da büyük bir tepki yaratmış, idarî makamlar köleliğe razı olan Müslüman tatarların bırakılması için şiddetle müdahale etmiştir[33]. Milletlerarası antlaşmalarda karşılıklı hükümler varsa, barış zamanlarında korsanlıkla esir alınanlar köle diye satılınca mahkemeler tarafından bırakılıyor, hürriyetleri iade ediliyordu.

Osmanlılar iki rakip dünyanın sınırlarında yerleşmiş, devletini Hıristiyan ve Müslüman devletler arasında kurmuştu. Rumeli'nde yayılmak, tutunabilmek, burada bir müslüman çoğunluğu, sağlamakla mümkündü. Anadolu'da genişlemek ve tutunmak ise, hürriyetine düşkün, beylerine bağlı müslümanların her an beklenebilen ayaklanma teşebbüslerini önlemeye bağlı idi. Bu sebeple, Anadolu'da huzursuzluk yaratabilecek kitleleri, aşiretleri Rumeli'ye geçirmek, Rumeli'deki Hıristiyan yoğunluğu hafifletmek için, yine yığınları ayaklandırabilecekler başta olmak üzere, Anadolu'ya

32)*Colonus*'lar, imparatorluğun ilk yüzyıllarında, imparatorluğa ait bir toprağı çoğu kere ürün üzerinden ödenen senelik kira ile işlemek kiralayan, hürriyet durumlarını koruduklarını için istedikleri zaman oradan ayrılabilen çiftçi ve köylüler; köy gayrimenkullerinin kiracılarıdır. Arazinin mâliki değişse bile, yerlerinde kalabilirlerdi. IV. yüzyıldan itibaren, bu kimselerin vergilerini ödemelerini teminat altına almak için doğdukları topraktan ayrılmaları yasak edildi (UMUR Z., Lügat, s. 39).

33)SAHİLLİOĞLU H., Bursa'da Köleler, s.1.

geçirmek gerekiyordu. Yer değiştirme, göç ettirip iskân ve kolonizasyon politikası gütmek Osmanlı devlet anlayışının temelleri arasında sayılan zorunluluklardı. Ancak bu politikanın yürütülmesinde aynı yöntemlerin uygulanmasına gerek yoktu. Savaş esiri Karamanlı, İsfendiyarlı veya Germiyanlı yahut başkası köle olarak satılamazdı. Aşiretleri beylerinden, beyleri aşiretlerinden ayırarak Rumeli'ye yerleştirmek mümkündü. Fakat Rumeli'de Müslüman olmayan ulusların savaş esirlerini, devlet veya gaziler eliyle Anadolu'da köle olarak satmak mümkündü. Hür statüsünden ayırmadan da, Müslüman kitlelere yer değiştiriliyordu[34].

Osmanlılarda Roma *latifundium*'u gibi büyük çiftçiler olmadığı için, kölelerin tarım alanında, tarım işçisi olarak büyük ölçüde kullanılması sorunu yoktu. Zenci ticareti ile beslenen büyük tarım işletmeleri (plantasyonlar) yakın doğuda görülmüyordu. Köleleri, tarım işçisi olarak kullanmak ekonomik değildi. Fakat, XV. ve XVI. yüzyılda, şehirlerde köleye, ekonomik ve sosyal hayatın her safhasında rastlamak mümkündü[35]. Kölelik kurumunun kabul edildiği dönemlerde ekonomik bakımdan malları samit (konuşmaz) ve natık (konuşur) diye ayıran görüş gereği, insan herhangi bir mal gibi alınıp satılabiliyordu[36].

Yine, XVI. yüzyılda sınırlarındaki savaşlar, köle durumuna düşme olaylarını devam ettiriyordu. Meselâ, Macar kölesi bulunmayan Türk uç kalesi yoktu[37]. Köle, kibar evlerde, altın veya gümüş eşya gibiydi. Vasiyetnamelerde başka kıymetler gibi söz edilir, ticaret hayatında, diğer mallar gibi alınıp satılırdı. Kölelerin başlarından geçenleri öğrenmek, meraklı ve faydalıdır. Bu bilgileri o devirde yazılmış mektuplardan edinmek mümkündür. Bunun dışında, esir düşen savaşçının yaraları tehlikeli değilse, onu iyi etmek için çalışılmıştır. Zira, fidye alıp, onu hürriyetine kavuşturmak için, ortada büyük tutarlarda para dönüyordu. Onun için, yaralı savaşçılara en iyi hekimleri getirdiklerine şaşırmamak gerekir. Zaten, bu devirde, köle yapmanın amacı, çalıştırmaktan çok, hürriyetini vermek için fidye almak şeklini almıştı. İleri gelenlerin fidyeleri son derece yükseltildiği ve bir erin fidyesi bile ödeyemeyeceği kadar fazla olduğundan, bunu ödeyebilmek için, binlerce aile perişan olmuştur. Atalarından kalan malları satmaya, rehin vermeye, akrabalarının yardımına sığınmaya, yabancılardan yardım dilenmeye mecbur

34) SAHİLLİOĞLU H., Bursa'da Köleler, s. 2.

35) Osmanlı İmparatorluğu'nun mahkeme sicilleride, bu konudaki hukukî muamelelere ait pek çok örnek bulunmaktadır.

36) Bu şekilde, insanlık tarihinin pek çok safhasında, insan herhangi bir sebeple köle işlemi görünce, hür kişi olma durumundan çıkıp, eşya gibi alınıp satılmıştır.

37) TAKATS S., s. 56 vd.

oluyorlardı. Fakat Osmanlıların cebine giren büyük paraların önemli bir kısmı geriye giriyordu. Pazarda kazanılan, çarşıda kaybediliyordu. Fidye olarak güzel binek atları, nefis seccadeler, kürkler, şark kumaşları, sanat eşyaları vermeleri iktisadî bakımdan önem kazanmıştır. İstanbul'dan ender çiçekler, lâle, katmerli nergis getirenler de vardı[38]. Bu yoldan daha XVI. yüzyılda çeşitli doğu bitkileri Macaristan'a girmiştir. Macar kölelerin birçok mektubundan anlaşıldığına göre, aralarından müslümanlığa geçenler de oluyor ve hürriyetlerine kavuşturuluyordu. Satış, bağış, kurtarılma, azat etme olağan işlerdendi. Kaçanlar da oluyordu. XVI. yüzyılda yiğitlik şerefine ve insanlığa çok değer verildiği için, ileri gelen ve köle durumuna düşmüş savaşçılar, fidyelerini bulsun diye söz üzerine serbest bırakılırdı. Fidyesini sağlayamazsa, çok kederli bir halde umutları kaybolmuş gelir, gene köleliğe boyun eğerlerdi. Verilen sözde durulmamasına pek az rastlanırdı. Bu sebepler dolayısıyla, kölesi olan bir kimse (Romalılarda olduğu gibi), büyük zarara uğrardı. Böyle bir olay karşısında, kaderin para kesesini oldukça küçülttüğü söylenmektedir. Kölelerin, salıverilmelerini sağlamak için kilise önünde dilenmekte olduklarını, o devir eserleri yazmaktadır[39]. Hattâ o sıkıntılı zamanlarda da, geçim zorluğu olduğundan, bazı açıkgözler kendilerini köle olarak gösterir, hattâ ayaklarına zincir vurarak dilenirlerdi[40].

Kölelik, modern devirlerin ekonomisinde de önemli bir rol oynamıştır. Zenci ticareti, sömürge ahalisinin bu amaçla kaçırılması, esir alınması aynı düşünceye dayanmaktadır. Daha XIX. yüzyılın ikinci yarısında (1861-1865) Amerika Birleşik Devletlerinde, Abraham Lincoln'un başkanlığı sırasında büyük bir iç savaş yapılmıştır. XIX. yüzyılda, geniş çapta Avrupalıların göçü ile iskân edilen, Birleşik Amerika'da köy yerine bağımsız çiftlikler vardır. Makineli tarımdan önce, işgücünü Afrika'dan getirilen köleler oluşturur ve bunlar çiftlik - mâlikâne içinde barınırdı[41].

---

38) Macarlar, köleyi bırakmak için, Osmanlı İmparatorluğu'ndan çıkarılması yasaklanmış mallar, meselâ at istemektedir. Sultan ise, onları kölelerin trampasına zorlamak için, at ve para çıkarılmasını yasak etmiştir (TAKATS S., s. 139).

39) TAKATS S., s. 56 vd.

40) Roma Hukukunda da, benzer olayların sonucu, yaşı yirmiyi geçen hür bir Romalı kendisini köle gibi sattırırsa, köle durumuna düşerdi. Bu kararın sebebi şudur: Bazen bir Roma vatandaşı, arkadaşı ile anlaşarak, onun kölesi gibi kendisini sattırır, sonradan hukukî durumunu bir hürriyet davası ile tespit ettirerek, görünüşteki köleliğinden kurtulur. fakat alınan semeni arkadaşı ile birlikte sarfetmiş olurdu. bu yola başvuran kimsenin, gerçekten köle olacağı kabul edilmişti. Gerçekte, *ius civile*'ye göre köle haline gelmemekle birlikte *praetor* onun lehine hürriyet davasının açılmasını reddederek, fiilen köle kalmasına sebep olmaktaydı. *Senatus consultum*'lar ve Iustinianus da bu hükmü devam ettirmiştir.

41) Roma'da da, kölelerin bilhassa tarım alanındaki işgücünün önemi dolayısıyla arada benzerlik görülmektedir.

Osmanlı İmparatorluğunda Abdülmecit zamanında yasak edilmiş olduğu halde, kölelik ve cariyelik, yakın zamanlara kadar fiilen mevcut kalmıştı[42].

Görüldüğü gibi, kölelik ve bundan kurtuluş, kurumun yapısı icabı sadece Roma Hukukunun sorunu değildir. Mücadeleler, XX. yüzyıla kadar gelmiş, hattâ bazı ülkelerde hâlâ devam etmektedir. Zira, kölelik kurumu, ekonomik hayatın belirli bir ihtiyacından doğmuştur[43].

Kölelikle mücadele ancak XV. yüzyılda başlamıştır. Tek tanrılı dinlerin yayılması kölelik kurumunu kaldıramadı. Ortaçağda, Avrupa'nın çeşitli yerlerinde (Venedik, Cenova, Sicilya, Katalanya) insan pazarları vardı. Köle ticaretini yasaklayan ve köleliği kaldıran hukuk kuralları, daha sonra kabul edilmiştir.

Kölelik, genellikle Avrupa'da XVI. yüzyılda kaybolmaya başlamışsa da, Amerika'nın keşfi ile tekrar doğmuştur. Amerika'ya daha sonra ırk ve kültür alanlarında büyük etkileri görülecek üç milyon köle götürülmüştür. Bu köle kitlesi ağır çalışma şartlarına katlanmak zorunda kalmıştır. Fransa'da Colbert 1685'te «Code Noir» ismindeki emirname ile, siyah kölelerin hukukî durumunu Roma Hukuku prensiplerine göre düzenlemiştir. Fransa'da ihtilâlin kaldırdığı kurum, 1791'de tekrar tesis edilmiştir. Soruna, kurumu tekrar ilga eden 1848 ihtilâli çözüm yolu getirmiştir. İngiltere'de köle ticareti 1838'de yasaklanmıştır. Zaten, köle ticaretinin aşıra bir hal alışı, XVIII. yüzyıl sonunda felsefî, ekonomik ve siyasî kaynaklardan beslenen bir ilga hareketini ortaya çıkarmıştır[44].

Köleliğin hukuken kaldırılmasına rağmen, Amerika Birleşik Devletlerinde zenci meselesinin ortaya çıkardığı çeşitli güçlükler, aslında kölelik kurumunun sosyolojik etkilerinin günümüzde de devam ettiğini göstermektedir. Bu çatışma belki de, Amerikan toplumuna katılış açısından, zenciler ile Roma'daki azatlılar arasındaki benzerlikten doğmaktadır. Ayrıca, zenciler henüz Romalı azatlıların toplumda eriştikleri elverişli yerlere gelmiş değildir.

42) UMUR Z., Roma Hukuku, s. 348. Kölelik, İslâmiyetten önce de Arabistan'da geniş ölçüde vardı ve şartlar köleler için çok kötüydü. İslâm, köleliği kurum olarak kabul etmekle birlikte, öncesine oranla değiştirerek, daha insanî bir hale getirmiş ve uygulama alanını daraltmıştır (ÜÇOK C. - MUMCU A. - BOZKURT G., Türk Hukuk Tarihi, 8. bası, Ankara 1996, s. 85 vd).

43) TAHİROĞLU B., agm., s. 24.

44) Grand Larousse Encylopédique, c. IV, s. 671-672.

Kölelik kurumunu kabul eden sistem ve ideolojiler, uluslararası alanda da mahkûm edilmiştir[45]. Milletler Cemiyeti zamanında, 1926 tarihli antlaşma taraf devletler köleliği hemen değil, mümkün olan kısa sürede kaldırmak görevini yüklemiştir. Bu tip hareketlerin tekrarı ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunda kölelik hakkında bir dosyanın varlığı, kurumun Kızıldeniz, Basra Körfezi ve Hint Okyanusu gibi bazı bölgelerde tamamen kaybolmadığını göstermektedir[46]. Bu sebeplerle, basında ve bazı eserlerde zaman zaman Afrika'daki köle pazarlarına ait makale ve araştırmalara rastlanmaktadır. Dolayısıyla, bütün iyimser görüşlere ve gayretlere rağmen, XX. yüzyılın ikinci yarısında, kölelik ve bilhassa kurumun bazı toplumlarındaki sonuçları tamamen kaybolmuş değildir.

Uluslararası birçok antlaşmadan sonra, Birlemiş Milletlere bağlı bir komisyonun (1949) araştırmalarında, birçok devlette köleliğe benzer uygulamaların bulunduğu ve özellikle Arap yarımadasında köleliğin klasik biçimiyle sürdürüldüğü anlaşılmıştır. 1956 yılındaki «Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Müessese ve Uygulamanın Kaldırılması» isimli antlaşmayı Türkiye 1964'de onaylamıştır[47].

2 – Hukukî bakımdan köleliğin esası, kölenin hiçbir hakka sahip olamamasında görülür. Köle, medenî haklara ehil değildir, yani hukuk açısından bir şahıs değildir. Köle, bir hak sahibi olmayıp, aksine bir hakkın konusunu teşkil ediyordu. Sadece maddî bir mal, bir *res*'ti ve bu bakımdan *res mancipi*'ler grubuna dahildi. Nitekim köleler, gerek eşya hukukunda, gerek borçlar hukukunda, bir mal gibi işlem görürlerdi. Köle, mâlik, alacaklı olmadığı halde, mülkiyetin konusunu, irtifak, ipotek ve alacak hakkının konusunu teşkil edebilirdi, köleyi satabilir, bağışlayabilir, kira veya âriyet olarak verebilir, üzerinde rehin veya irtifak hakkı tesis edebilirdi.

İmparatorluk devrinin kanunlarında köleleri, efendilerinin zulmüne karşı himaye eden, efendilerin kölelerine zalimce davranmalarına sebepsiz öldürülmelerine engel olan ve gittikçe kuvvetlenen bir eğilim görülmekle

45) Bu konudaki uluslararası belgeler şunlardır:
1885 Berlin Antlaşması,
1890 Brüksel Sömürge Konferansı,
Milletler Cemiyeti Antlaşmasının 21-23 ve 42-61. maddeleri,
1919 Saint - Germain Antlaşması,
1926 yılında Cenevre'de kölelik konusunda antlaşma,
1948 yılında Cenevre'de kölelik konusunda antlaşma,
1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesinin4. maddesi.

46) Grand Larousse Encylopédique, c. IV, s. 672.

47) Meydan Larousse, c. VII, s. 532.

birlikte, bu akım, kölelerin hukukî durumunda bir değişiklik yapamamıştır. Gaius, köle sahiplerinin hâkimiyetlerine konulan bu kısıtlamada sebep olarak, «hakkımızı kötüye kullanmamamız gerekir»[48] demektedir. Bu metnin önemi, Roma kaynakları içinde, modern hususî hukukun gelişmesi dolayısıyla gitgide önem kazanan ve Türk Medenî Kanununun başında, ikinci maddenin ikinci fıkrasında, hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan prensibi, mâlikin köle üzerindeki mülkiyet hakkı dolayısıyla, açık bir şekilde ifade etmesindedir[49].

Mâlikin köle üzerindeki hâkimiyeti «*potestas*» terimi ile ifade ediliyordu. Aile evlâtları üzerindeki hâkimiyete baba hâkimiyeti *(patria potestas)* denmesine karşılık, köle üzerindeki hâkimiyet, *dominica potestas* (mâlikin hâkimiyeti) ismini taşırdı. Nitekim, gitgide bu iki hâkimiyet hakkı farklılaşmıştır: Köle üzerindeki hâkimiyet hakkının niteliği değişmediği halde, aile evlâdı üzerindeki hâkimiyet hakkı birçok bakımdan hafiflemiştir. Ancak, kölenin durumu, mâlikin *potestas*'ından bağımsız olarak, bir kölelik halidir. Üzerinde herhangi bir kimsenin mülkiyet hakkı veya *potestas*'ı bulunmayan bir köle yine köledir. Efendisi tarafından terk edilen kölenin durumu devam eder, köle hür olmaz, sahipsiz *(res nullius)* veya terkedilmiş *(res derelicta)* mal haline gelir. Halbuki aile reisinin hâkimiyetinden kurtulan aile evlâdı *sui iuris* (haklara ehil) olur. Terkedilmiş olması sebebiyle, sahipsiz kalan köleye isteyen herhangi bir kimse el koyup, onun mâliki olabilir *(occupatio:* İhraz). Kaçmış olan köle *(servus fugitivus)* fiilen mâlikinin tasarrufundan kurtulduğu halde, hukuken efendisinin hâkimiyeti *(potestas*'ı) altında kalır. Hattâ bu durumda, mâlik etme zilyetliği bile kaybetmemektedir[50]. Kölenin hür olabilmesi için, azat etme muamelelerinden *(manumissio)* birini yapmak gerekiyordu. Azat etmenin amacı, köleyi bir mal durumundan kurtararak, hukuk açısından bir şahıs durumuna getirmekti. Ancak, eski kölenin yani azatlının hak ehliyetinde, hür doğan kişilere göre yine bazı kısıtlamalar vardı. Hukuk açısından mal durumunda olması sebebiyle, kadın ve erkek kölenin birlikte yaşaması evlililik değil, *ius civile*'ye göre sonuç doğurmayan birleşmedir. Bu fiilî birleşmeye, hısımlık doğurmayan bir ilişki olarak *contubernium* denir[51].

---

48) Gai. 1, 53: *male enim nostro iure uti non debemus, qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio:* Hakkımızı kötüye kullanmamız gerekir, aynı düşünceye dayanarak, müsrife malların idaresi yasak edilmiştir.

49) SCHWARZ A. B., Roma Hukuku, s. 213.

50) UMUR Z., Lügat, *Servus Fugitivus.*

51) UMUR Z., Roma Hukuku, s. 352.

Ancak, hukuk açısından şahıs kabul edilmeyen köle, bir insandır; aklı ve iradesi vardır. Dolayısıyla, bazı hukukî muameleler yapabilirdi. Bunun sonucu, hak ehliyetine sahip olmayan köle, kısmen fiil ehliyetine sahipti. Fakat hak ehliyetine sahip olmadıklarından kölelerin iktisap ettikleri kendileri için değil, efendileri için iktisap edilmiş olurdu. Köle; bir *stipulatio,* bir *mancipatio,* bir *traditio* veya hak iktisabı ile sonuçlanan bir muamele yaptığı veya mirasçı, muayyen mal vasiyetlisi gibi başkasının muamelesiyle bir mal elde ettiği zaman, iktisaplar mâliki tarafından yapılmış olurdu. Bu, kölelik hukukunun esas prensiplerinden biridir. Gaius (1, 52) bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: *Quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur:* Köle tarafından iktisap edilen her şey, mâlik tarafından iktisap edilmiştir. Kölenin üçüncü kişilerle yaptığı bir muamelede mâlik alacak haklarını ve aynî hakları derhal ve *ipso iure,* başka bir hukukî muameleye gerek olmadan elde ederdi. Kölenin yaptığı hukukî muamelelerden doğan haklar, sanki muameleyi kendi yapmış gibi, mâlikin oluyordu. Kölenin hukukî muamele yapabilmesi onlardan, iktisadî hayatta yararlanılması imkânını getirmiştir. Köleler, efendileri için, bir zenginleşme ve iktisap vasıtası teşkil ediyorlardı.

Bu durum, Roma Hukukunda, günümüz hukukundakinin aksine doğrudan doğruya temsile ait[52] genel bir prensibin olmamasını da açıklamaya yardım etmektedir. İktisadî ve ticarî hayatın gelişmesiyle, bazı hukukî muamelelerin başkaları tarafından yapılmasına ihtiyaç hissedilmiş ise de, Iustinianus hukukunda bile, bugünkü anlamda bir temsil yoktur. Roma Hukuku bunu, yavaş yavaş ve sadece belirli haller için kabul etmiştir. Bununla birlikte Roma Hukuku, bilhassa bugün temsilin en çok gerekli olduğu alanda, yani borçlar hukuku akitleri alanında, doğrudan doğruya temsili kabul etmemiştir. Bu sahadaki akitler, diğer hür şahıslar tarafından ve ancak vasıtalı temsil yoluyla yapılabilirdi. Uygulamadaki mahzurları gidermek için, *magistra*'ların koydukları bazı hafifletici tedbirler ve Iustinianus hukukunda tanınan bir iki doğrudan doğruya temsil hali istisna edilirse, bu genel bir prensip halini almamıştır. Roma'nın çok ilerlemiş ve dünyaya yayılmış ticarî hayatında bu durumun yüzyıllarca devam edebilmesi, kölelerin ticaret hayatında oynadıkları büyük rol ile açıklanabilir. Zira, kölelerin yaptıkları işlemlerden (meselâ tahıl ve köle satışlarında) doğrudan doğruya hak iktisap eden köle değil, kölenin sahibi idi. Fakat bu durum, bir temsil ilişkisi değil-

52) BK.'nun 32. maddesine göre, yetkili bir mümessil tarafından diğer bir kimse namına yapılan aktin alacak ve borçları o kimseye intikal eder.

dir, zira köle zaten kendisi için çalışamazdı ve sonuç köle olma durumundan doğmaktaydı[53].

3 – Kölenin üçüncü kişilerle yaptığı hukukî muamelelerden doğan bütün haklar, mâlikin olduğu halde, bunlardan doğabilecek borçlarından, ilk devirlerde, mâlik sorumlu tutulamıyordu. Köle, aile evlâdı gibi, mâlikinin durumunu daha fena hale getiremez, yani bir hukukî muamele ile ona zarar veremezdi. Bir kimsenin kendisine mirasçı nasbettiği kölenin o mirası mâlik menfaatine kabul edebilmesi için bile, mâlikin iznine ihtiyaç vardı, zira terekenin pasif olması halinde mâlik zarara uğrayabilirdi[54].

Kölenin yaptığı hukukî muameleden borç altına giren, kölenin kendisidir. Fakat kölenin bu borcu *obligatio naturalis*'tir (tabiî, davasız borçtur). Bunun bir *actio* ile ifası istenemez, ancak köle azat edildikten sonra, artık azatlı olan eski kölenin kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından ifa edilebilirdi. Bu borcun bir kefil veya rehin ile teminat altına alınması da mümkündü[55]. Aile evlâtları da yaptıkları akitlerden dolayı doğrudan doğruya borç altına girerlerdi. Fakat bunların borcu, kölelerden farklı olarak *obligatio civilis* (tam borç) şeklindeydi ve bir *actio* ile takip edilebilirdi. Ancak, aile evlâtlarının şahsî malları, malvarlıkları olmadığı için, alacaklının bir şey elde etmesine pek imkân yoktu.

Köle bir davada taraf olamaz. Yani ne dava açabilir, ne de aleyhine dava açılabilir. Bu sebeple, yaptıkları hukukî muamelelerden doğan borçlar dolayısıyla, köleler aleyhine dava açılamıyordu. Böylece, *ius civile*'nin dava açma imkânı vermediği, yani hukuken müeyyidesi olmayan borç kavramı ortaya çıktı. *Prætor* hukuku da, bu tip borçları bir dava ile müeyyideye bağlamamıştı. Fakat, bu borçlara bazı hukukî sonuçlar da tanınmıştı. Nitekim, kölenin mâliki, kölesinin yaptığı hukukî muamelelerden doğan borçları kendi rızası ile öderse, bu ödeme muteberdi ve mâlik, ödediği parayı, sorumlu tutulamayacağı, bu sebeple de, hukuken mevcut sayılmayan bir borç için ödediği gerekçesiyle geri isteyemezdi. Yani burada da *condictio*

53) SCHWARZ A. B., Borçlar Hukuku, s. 380.

54) UMUR Z., Roma Hukuku, s. 352-353; ÇELEBİCAN Ö.K., s. 136.

55) D. 12, 6, 13, pr: *Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo si quis nomine eius solvat, vel ipse manumissus, repeti non poterit; et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur et pignus pro eo datum tenebitur:* Köle de, tabiî bir şekilde borç altına girer: eğer bir kimse onun namına veya azat olunduktan sonra bu borcu öderse, ödenen, tediyesi gerekmeyen bir eşya olarak geri istenemez. Bu sebepten dolayı, köle için gösterilen kefil veya kölenin borcu için verilen rehin muteberdir (Paulus'a ait metin burada bir sebepsiz iktisap halinin olmadığını belirtmektedir).

indebiti'ye yol açacak sebepsiz iktisap hali yoktur. Aynı durum, hukukî muameleyi yaptıktan sonra azat edilen kölenin, borcu ifa etmesi halinde söz konusuydu. O da ifa ettiğini geri isteyemezdi.

Bu şekilde, kölenin yaptığı hukukî muamelelerle, mâlikine hak kazandırabilmesi, onu alacaklı durumuna getirmesi, buna karşılık bu muamelelerden doğan borçlardan mâlikin sorumlu tutulamaması, kölenin ise dava edilememesi, kölelerle muamele yapılmasını güçleştirmekte idi. Zira, hiç bir güvenlik sağlamayan bu şartlarla, kimse kölelerle hukukî muamele yapmak istemiyordu. Köle ile hukukî muamele yaparak, kölenin mâlikine karşı borç altına giren bir kimsenin bu muamelelerden doğan kendi alacakları için teminat araması normaldi. Bu sebeple, *praetor* hukuku, bu kişilere bazı şartlarla, mâlike karşı dava açmak imkânı sağlayarak kölelerden ticaret hayatında yararlanılması imkânını sağladı[56]. Güvenilen kölelerin çalışmasından yararlanılmasını sağlayan, *peculium* iktisadî önem kazandı. Bu şekilde, *peculium* kölelere (ve aile evlâtlarına) aile menfaatine iş yapabilmek için imkân veriyordu. *Peculium*, önceleri, mâlikin rızası altında, kölenin (veya aile evlâdının) bazı işler yaparak veya aldığı hediyelerle sağladığı bir sermaye idi. Aile reisi, hukuken bu malların mâlik olmakla beraber, örf ve âdetin tesiriyle, *peculium* fiilen köle (veya aile evlâdına) kalırdı. Daha sonra, mâlik köleye (veya aile evlâdına) kendi malvarlığından ayırdığı bir *peculium* vererek, onu işletmesine imkân sağlamaya başladı. Hukuk ilmi ve *praetor*'lar *peculium*'u işleten köle (veya aile evlâdının) yüklendikleri borçların, *peculium* miktarını aşmayacak oranda, bir *actio de peculio* ile aile reisinden talep edilebileceğini kabul etmiştir[57]. Benzer durumlarda da, hakkaniyet gereği, *praetor*'lar mâliklere karşı yeni davalar tanımıştır. Kölelerin daha verimli olmalarını sağlayan bu davalara, Ortaçağ hukukçuları munzam mahiyette davalar *(actiones adiecticiae qualitatis)* ismini vermişlerdir. Bu gelişmelerin sonucu mâlikler, *ius civile*'ye göre borçlu olmadıkları halde, kölelerin ve aile evlâtlarının bazı borçları için belli durumlarda dava edilebiliyorlardı[58].

Köleler, insan olmaları sebebiyle, işledikleri kamu suçlarından yani devletin ve kamunun çıkarlarına zarar verdiği kabul edilen suçlardan dolayı, kamu kuvveti tarafından cezalandırılırdı. Cezayı *magistra* tayin eder, genellikle kölelere verilen cezalar onların hukuken şahıs olarak kabul edildikleri anlamını taşımaz. Zira bu cezaların amacı, kanun dışı davranışları önlemekti. Romalılara göre, hapis, dayak, idam gibi cezalar, toplumu korumak için

56) UMUR Z., Roma Hukuku, s. 352-353; ÇELEBİCAN Ö. K., s. 137; KASER M., s. 287.
57) UMUR Z., Lügat, *Peculium;* SIBER H., s. 309.
58) ÇELEBİCAN Ö. K., s. 138.

ve başkalarına ibret olsun diye verilirdi. Ayrıca, köleye verilen bu cezalar mâlikin malvarlığında bir eksilme meydana getirirdi[59].

Kölelerin, hususî hukuk alanına giren haksız fiilleri ile başkalarına zarar vermeleri halinde durum farklıydı. Haksız fiilden sorumluluk esas olarak şahsîdir ve herkesin kendi işlediği fiilden sorumlu tutulması gerekir. Hususî suçlar için, XII Levha Kanunu ile mecburî diyet usulü uygulanmaya başlanmıştı. Aile reisi, hâkimiyeti altındakilerin haksız fiillerinden prensip olarak sorumlu değildir, sorumlu olan hâkimiyet altında olandır. Kölenin haksız fiilden sorumluluğu, *obligatio naturalis* (tabiî borç) değil, *obligatio civilis*'tir (tam borç), yani para cezasını ödemek borcu altındadır. Ancak, haksız fiilden zarar görenin köleye karşı dava açabilmesi için, o kölenin azat edilmesini beklemek gerekiyordu. Halbuki bu durumun gerçekleşmemesi ihtimali de vardır. Mâlikin zarar veren köle üzerindeki hâkimiyeti dolayısıyla mağdur hakkını elde edemiyordu. Bu sebeple, haksız fiilden zarar görenin, kölenin efendisine karşı dava açabileceği kabul edildi. Ancak, kölenin, mâlikine karşı değerinden daha fazla zarar vermesi kabul edilmedi. Bu sebeple daha ilk devirlerden itibaren, mağdurun, mâlikten ya suçun karşılığı olan para cezasının ödemesi veya suçlu köleyi kendisine teslim etmesini isteyebileceği esası kondu. Böylece mâlik, haksız fiil işleyen kölesi dolayısıyla, kendisine karşı açılan «*actio noxalis*»[60] ismindeki bu dava ile, isterse suç için belirli para cezasını ödemek, isterse köleyi teslim etmek imkânları arasında seçim yapabilirdi (Bu sorumluluk, klasik hukukta aile evlâtlarının işledikleri haksız fiiller dolayısıyla, aile reisleri için de söz konusudur)[61].

Actio noxalis şeklinde açılan davaların *formula*'sının bir özelliği vardır: *Formula*'nın *demonstratio* kısmında haksız fiilin faili olarak hâkimiyet altındaki kimse (aile evlâdı veya köle) gösterildikten sonra, *intentio*'da borçlu olarak hâkimiyet sahibinin ismi zikredilir. *Formula*'nın *condemnatio* kısmında ise, hâkimiyet sahibine parayı ödemek veya suçluyu karşı tarafa teslim etmek bakımından bir seçim imkânı tanınır. Hattâ hâkimiyet sahibi, davadan önce ve dava sırasında suçluyu teslim ederek, davanın sonuçlarından kurtulabilirdi[62].

59) UMUR Z., Roma Hukuku, s. 355; ÇELEBİCAN Ö. K., s. 138.

60) RADOT., Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1997, s. 211 vd.
Gai. 4, 76. *Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris:* ... *Noxa* davalar, kanunlarla veya *praetor* beyannamesi ile ihdas edilmiştir.

61) UMUR Z., Roma Hukuku, s. 355; RADO T., s. 212-213; ÇELEBİCAN Ö. K., s. 139.

62) RADO T., s. 213.

Actio noxalis, dava açılacağı sırada, suçlu kimin hâkimiyeti altında ise, ona karşı açılır *(noxa caput sequitur)*[63].

Suç veya haksız fiillerden, esas olarak, bu fiilleri işleyenler sorumlu olmakla birlikte, bazı hallerde zarar görenleri korumak gerekmiştir. *Praetor*'lar XII Levhanın tanıdığı bir *ius civile* himaye vasıtasının alanını genişleterek, hâkimiyet sahibini sorumlu tutmuşlardır. Bugünkü hukukumuzda da, BK.'nun 55. maddesine göre başkalarını çalıştıran kimse, yanında çalıştırdıklarının ve işçilerin işlerini gördükleri sırada yaptıkları zarardan sorumludur[64].

4 – Fiilen köle durumunda bulunan hür bir kimsenin, hür olduğunun ispat edilmesi için, onun yerine bir *adsertor libertatis* tarafından *vindicatio in libertatem* ismini taşıyan davanın açılması gerekmekteydi. A'nın hür olduğunu kabul ettirmesi için bu davadan yararlanması gerekirdi. Bu konu ile ilgili olarak, *vindicatio in servitutem*, fiilen hür gibi yaşayan bir kimsenin kendi kölesi olduğunu ve yine o duruma dönmesini talep etmek üzere ilgili vatandaş tarafından açılan kölelik davasıdır.

Bir kişinin hür veya köle olmasına ait ihtilâf, daha XII Levha Kanunu tarafından hükme bağlanmıştı. Hukukî durumu hakkında ihtilâf olan bir kimse, dava sırasında geçici olarak hür kalmalıdır. Roma'da bir efsane, XII Levha Kanunu hazırlayan hükümetin düşmesini üyelerinden Appius Claudius'un bu kuralı çiğnemesine bağlamaktadır. Bu inanışa göre, adı geçen kişi *plebs* sınıfından Virginia'nın kendi kölesi olduğunu iddia etmiş, bu arada onu güvendiği adamlarından birinin yanına vermiştir. Babası, kızını öldürmüş, bu da halkın ayaklanmasına ve sonunda hükümetin istifasına yol açmıştır. Claudius hapse atılmış ve orada intihar etmiştir (M.Ö. 446)[65].

Bu olaydan bahsetmemizin sebebi bir kimsenin köle olduğuna dair ihtilâfın bir hükümeti düşürecek oranda siyasî sarsıntılara yol açabildiğine işaret etmek içindir.

---

63) Bkz. Gai. 4, 77; D. 47, 2, 41, 2.

64) BK. m. 55'e göre, ancak bu zararın doğmaması için durumun gerektirdiği bütün dikkat ve ihtimamı gösterdiğini veya dikkat ve ihtimamda bulunmuş olsa dahi, zararın doğmasına engel olamayacağını ispat ederse sorumlu olmaz. Çalıştıran kimsenin tazminat olarak ödediği şeyi, zarar veren şahıstan talep etme imkânı vardır.

65) Bu olaydan Titius Livius'dan başka, Pomponius, *Digesta*'ya *libro singulari enchiridii* isimli eserinden alınan metinde (D. 1, 2, 2, 24) bahsetmektedir.

Dava, kanunî davalar *(legis actiones)* usulünde, aynî dava şeklinde, bir *legis actio sacramento* ile başlıyordu. Bir tarafın *vindicatio*'su (iddiası) diğer tarafın *contravindicatio*'su (karşı iddiası) ile karşılaşıyordu. Davayı kazandığı takdirde, zilyet olmayana (burada mâlik olduğunu iddia edene) malın iadesi kefiller tarafından *(praedes litis et vindiciarum)* temin ediliyordu. Bu usulün, başlangıçtaki değişikliği köle olduğu iddia edilenin davada taraf olmamasıydı. Bu durumu, onun üçüncü kişi *(adsertor libertatis)* tarafından temsil edilmesini zorunlu kılmıştır[66]. Hürriyet durumu hakkında ihtilâf olanın *adsertor* tarafından iyi müdafaa edilmemesi, *sacramentum*'un kaybını göze alacak *adsertor*, kefil bulamaması ve bu yüzden daima köle olarak kalması tehlikesine karşı, bu usule mahsus olmak üzere hürriyeti lehine bazı kurallar konmuştur: Dava sırasında geçici hürriyet durumunda olması yahut *sacramentum*'un en düşük seviyede tutulması[67], hürriyet davalarını normal hakimlerin değil, *decemviri litibus iudicandis* mahkemesinin[68] görmesi ve bilhassa önemli olan hürriyet aleyhine sonuçlanan davanın

66) I., 4, 10, pr. *Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. Alieno veluti procuratorio tutorio curatorio, cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate pro tutela... Et quia hoc minimum inconmoditatem habebat, quod alieno nomine nequee agere excipere actionem licebat, copeerunt homines per procuratores litigare: nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio itemque aliae multae causas saepe impedimento sunt, quod minus rem suam ipsi exsequi possint:* Şimdi de bilmeyiz ki, bir kimse, gerek kendisi için, gerekse başkası namına dava açabilir. Başkası namına vekil olarak, vasi olarak ve kayyım olarak dava açabilir; fakat eskiden sadece halk *(populus)* için, hürriyet için ve vesayet sebebiyle başkası namına dava açılabilmekte idi... Başkası için dava açmamak ve müdafaada bulunamamak imkânının olmamasından doğan mahzur az değildir. Bu sebeple insanlar, vekil *(procurator)* vasıtası ile davalarını görebilmeye başladılar. Zira, bir çok defa, gerek hastalık ve yaş, gerek mecburî olarak yapılan seyahatler, gerekse başka birçok sebep, bir kimsenin kendi işini bizzat görebilmesine engel olabilir (Günümüz toplumunda da, temsil imkânı aynı sebepler dolayısıyla tanınmaktadır).

67) Gai. 4, 14. *Poena autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquageneria: nam de rebus mille aeris plurisve quingentis assibus, de minoris vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur; nam ita lege XII tabularum cautum erat. At si de libertate hominis controversia erat, etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderet, eadem lege cautum, est, favori scilicet libertatis, ne onerarentur adsertores: Sacramentum*'da para cezası 50 veya 500 (*as*)tı. 1.000 *as* veya daha fazla değerdeki davalar için 500 *as*, daha az değerdeki davalar için 50 *as*'tı. Bunun sebebi, aynı kanuna göre, hürriyet lehine olarak, *adsertor*'ların aşırı yük altına girmemesi idi.

68) Eski hukuk devrinin sonuna doğru, *centumviri* isimindeki hâkimler heyetinin iki tip meselede yetkisi vardı: Miras ihtilâfları ve İmparatorluk devrinde o zamana kadar hür kabul edilen bir kimsenin köle olduğunun iddia edildiği davalar, *vindicatio in servitutem*. Bu kadar önemli bir kararın tek bir hâkim tarafından alınmamasının gerektiği kabul edilmişti. M.Ö. III. yüzyıl sonunda itibaren, Romalılarla, Roma'ya bir antlaşma ile bağlı yabancı

yeni bir *adsetor* tarafından üç veya daha fazla sayıda olarak görülmesinin sağlanması[69] bunlar arasındadır.

Formula usulünde, hürriyet davaları hakime hür olup olmadığı sorusuna cevap vermesini isteyen bir *formula* aracılığı ile, ayni dava şekli yerine tespit davaları *(actiones praeiudiciales)* şeklinde açılıyordu[70]. *Adsertor*'un gerekmesi, geçici hürriyet lehindeki kararlar, davanın yeniden görülmesini sağlamak imkânı, sadece İlk İmparatorluk devrinde değil, Diocletianus'tan sonra da devam etmiştir. Metinler, *adsertor*'un müdahalesini sağlamakla meşgul olmaktadır. Nizam Harici Usulde, hürriyet davaları ile bu işle görevli *bir praetor (praetor de liberalibus causis)* meşgul olmuştur. Iustinianus bunu ve o zaman kadar kabul edilenin aksine kesin hüküm haline gelmiş kararın, hürriyet lehine değiştirilmesi imkânını kaldırdı. Geçici hürriyet hakkındaki kurallar ise, hiç bir zaman değişikliğe uğramamıştır[71].

5 – A'nın bu olayda ödediği parayı geri istemesi imkânı vardır. Zira burada bir sebepsiz iktisap söz konusudur. Yani zaten hür olduğu için, parayı alanın malvarlığında haksız ve muteber bir sebebe dayanmayan bir artış, zenginleşme meydana gelmiştir. Malvarlığının bu sebepsiz artışının iade edilmesi gerekir ve sebepsiz iktisap sonucu, iktisap edenle, malvarlığı bu yüzden zarara uğramış olan kimse arasında bir borç ilişkisi meydana gelir. Sebepsiz iktisaplar, ne bir akit, ne de bir haksız fiil oldukları halde bir borç kaynağı teşkil ettiklerinden, akitlere benzetilmek suretiyle *quasi contractus* sayılmışlardır[72].

Borçlar Kanunumuzda da akit ve haksız fiillerden doğan borçların yanında, haksız mal iktisabından doğan borçlar üçüncü bir borç kaynağı

devlet fertleri arasındaki ihtilâfları halleden hakemler *(recuperatores)*, hür bir kişi veya Roma vatandaşının hürriyet durumuna ait ihtilâflara da bakmıştır. Daha önceki yetkileri ise, savaşlar ve bunu sonucu doğan yağmalardan sonra. Roma ile antlaşma yapan devletin vatandaşları arasındaki malların geri alınabilmesi konusundaydı. *Centumviri*'lerden farklı olarak devamlı değillerdi, *iudex unus* (tek hâkim) gibi, bir dava için seçilirlerdi (LEVY J. P., s. 64. 148).

69) GIRARD P. F., Droit Romain, 4. bası, Paris 1906, s. 101.

70) L. 4, 6, 13. *Praeiudiciales actiones in reem esse videntur, quales sunt per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quaeritur, an aliquis liber sit: ceterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt:* Bir kimsenin hür veya azatlı olduğunu veya nesebini tayine yarayan tespit davaları ayni dava gibidir. Bunlar arasında sadece bir tanesi, yani bir kimsenin hür olup olmadığını tayine ait olanı kanundan doğmuştur. Diğerleri varlıklarını, *praetor*'un kaza yetkisinde bulur.

71) GIRARD P. F., s. 102.

72) RADO T., s. 178.

olarak ayrı bir fasıl içinde 61-66. maddelerinde sebepsiz iktisaplar adı altında kabul edilmiştir.

Klasik devirde, sebepsiz iktisaplar için iki şart gerekiyordu: Bir şeyin mülkiyetinin nakledilmiş olması *(datio)* ve bu mülkiyet naklinin sebepsiz olarak, var olmayan bir sebebe dayanarak yapılmış olması. *Condictio* ile bu şeyin geri verilmesi istenirdi. *Ius civile*'deki durum, *praetor*'ların yenilikleri ile genişletilmiş ise de, ancak Iustinianus hukukunda sebepsiz iktisaba dayanan *condictio*'lar belirli tiplere ayrılmışlardır.

Tabiî borçların ödenmesi halinde, *condictio* açılamaz. Zira, tabiî borcun ifası muteber bir ifadır.

BK. m. 62, zamanaşımına uğramış olan bir borcu eda veya ahlâkî bir görevi ifa için verilen şeyin geri alınamayacağını hükme bağlanmıştır.

Bu olayda, A'nın açması gereken, *condictio causa data causa non secuta*'dır. Zira, önce mevcut olan bir sebep, sonradan gerçekleşmemiş, ortadan kalkmıştır. *Condictio indebiti* söz konusu değildir. Zira, *condictio indebiti* mevcut olmayan bir borcun hataya düşülerek ödenmesi halinde açılabilir. A ise, gelecekteki bir sonucun elde edileceği ümidi ile bir malvarlığını devretmiştir. Bu sonuç meydana gelmediği için (zaten hür olduğu için hürriyetini bu devir sebebiyle elde etmiş değildir) malvarlığının devredilmesinin bir sebebi kalmamıştır.

İsimsiz akitlerde de bir şeyin mülkiyetini nakletmek suretiyle borcunu yerine getiren taraf, diğer tarafın karşı edimini ifa etmemesi halinde, verdiğini *condictio causa data causa non secuta* ile geri ister. Roma Hukukunda, şekle bağlı olmayan ve kapsamı bir tarafın vaat ettiği bir edime karşılık, diğer taraftan bir edim talep edilebilmesi, alım satım, kira gibi akitlerde mümkündü. Fakat, taraflardan biri, karşı bir edimi alacağı ümidiyle bir edada bulunmuşsa, o zaman karşı eda için bir dava açamazdı (İsimsiz akitlerde, *actio praescriptis verbis,* postklasik hukukta uygulama alanına girmiştir). İfa edilen edim, bir malın mülkiyetinin nakli *(dare)* şeklinde gerçekleşmişse, borcunu ifa eden akitten vazgeçmekte ve verdiğini sebepsiz iktisap esasına dayanarak geri istemektedir. Bir edim *(causa data)* ile erişilmek istenen amaç, yani karşı amaç gerçekleşmemiştir *(causa non secuta).* Fakat, bu dava bir akitten doğmamıştır. İfayı kabul eden kimsenin, kendine düşen yüküm-

lülüğü yerine getirmemesi, hukukî bir sebep olmadan zenginleşmiş olduğu görüşüne dayandırıldı[73]

73) KOSCHAKER P., AYİTER K., Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 223.
Codictio'daki sebepsiz kazanma taraflar arasındaki daha önceki bir hukuki ilişkiye dayanmalıdır. Bu sebeple; bir kimse başkasının arazisine ev inşa ettiği zaman, yaptığı masrafları talep etmek için *condictio* açamaz. Iulianus (D. 12. 6. 33), aralarında bir hukuki muamelenin olmadığını ve sadece hapis hakkının olduğunu söylüyor. Bir kimsenin, başkasının arsasına ev yapması, mülkiyetin aslen iktisap yollarından olan birleşmedir. Menkulün, gayrimenkulle birleşmesi hallerinden biridir. Bunlar ekme *(satio)*, ağaç dikme *(plantatio)*, inşa etme *(inaedificatio)* şekillerindedir. Bunların dayandıkları genel prensip, üstün toprağa tâbi olmasıdır *(superficies solo cedit)*.
Gai. 2. 73. *Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedet:* Bundan başka, arazimiz üzerinde bir inşaat yapılırsa, inşaatı yapan kendi adına yapmış olsa da, tabiî hukuka göre bize ait olur, zira üst toprağa tâbidir.
Aynı prensibin MK.'umuzun 718 ve 722. maddelerinde devam ettiğini görüyoruz. MK. m. 718/f.2 gereğince, arazinin mülkiyeti o arazideki inşaatı da kapsar. 722. maddeye göre, bir kimse, başkasının inşaat malzemesiyle kendi arsasına veya kendi malzemesiyle, başkasının arsası üzerine bina yaparsa, bu malzeme arsanın bütünleyici parçası olur. Roma Hukukunda, arazinin üstünde bulunan şey, arazi sahibine aittir. Bu şekilde, başkasının tarlasına ekilen şey *(satio)* yeşererek o araziye birleşirdi; başkasının gayrimenkulü üzerinde yapılan ağaç dikimi *(plantatio)*, arazisi üzerine inşaat yapılması halinde *(inaedificatio)*, arsanın mâliki inşaatın da mâliki olurdu (D. 41. 1. 7. 10 *omne quod inaedificatur solo cedit:* Her inşa edilen toprağa tabî olur). Fakat, her üç halde de, iyi niyetle başkasının arazisinin zilyedi olan orada iken ağaç diken veya inşaat yapan kimsenin, ekim, dikim, inşaat için yapmış olduğu masrafları tazmin ettirmek için bir hapis hakkı vardı. 1., 2. 1. 32 *Qua ratione autem plantae, quoque, quae sata sunt, solo quae terra coalescunt, solo cedunt eadem ratione frumenta cedere intelleguntur. Ceterum sicut is, qui in alieno solo aedificaverit, si ab eo dominus petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali secundum, ea, quae diximus, ita eiusdem exceptionis auxilio tutes esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit:* Ağaçlar kök saldıkları toprağa tâbi oldukları gibi, aynı sebeple, yeşermiş buğdaylar da toprağa tâbi olur. Diğer taraftan, nasıl başkasının arsası üzerine inşaat yapmış olan kimse, kendisinden binayı talep eden arsa mâlikine karşı, söylediğimiz gibi, hile def'i ileri sürerek kendisini savunursa, başkasının arazisi üzerinde masraf yaparak ve iyi niyetle ekin eken kimse de, aynı defi aracılığıyla kendisini korur).
Zaten, gayrimenkul sahibi, kendi arsası üzerinde inşaat yapan kimsenin malzemesini doğrudan doğruya iktisap edemezdi. XII Levha Kanununun bir maddesi (6.7) evlerin ve bağların bütünlüğünü korumak için, bir binanın içinde bulunan başkasına ait kirişlerin ve bir bağı tutan başkasına ait sırıkların yerlerinden ayrılmasını yasak etmişti. Hukuk ilmi, bu kuralı her türlü inşaat malzemesi *(omnis materia, ex qua aedificium constat:* Bir binayı teşkil eden bütün malzeme) için kabul etti. Malzemenin mâlik, binanın mâlikine karşı, kıymetin iki katına eşit bir ceza davasına sahipti *(actio de tigno iuncto:*Binaya bağlanmış kiriş davası). Malzeme üzerindeki mülkiyet hakkını ise, malzeme, herhangi bir sebeple binadan ayrıldıktan sonra, ileri sürebilirdi. Fakat, Iustinianus hukuku yeni bir kıstas getirdi: Buna göre, maddi bağımsızlığı olan malzeme binadan ayrılabilirdi. Yalnız, meselâ bir kapı veya bir heykel gibi, ayrıldıkları zaman kullanılabilmeleri ve binanın bütünlüğüne zarar gelmemesi gerekiyordu. Bu şekilde alıp götürme hakkı *(ius tollendi)* eski durumun değişmemesi ve ayrılan malzemenin işe yarayabilecek durumda kalması şartı ile kullanılabilirdi.

Condictio causa data causa non secuta (önce var olan sebebin sonradan gerçekleşmemesi, ortadan kalkması), BK.'muzun 61. maddesinin ikinci cümlesinde muteber olmayan veya gerçekleşmemiş bir sebebe dayanarak elde edilenin iade edilmesi gerektiği, şeklinde yer almıştır. *Condictio sine causa* (haklı bir sebep olmadan) ve *condictio ob causam finitam* (varlığ sona ermiş bir sebebe dayana iktisap) arasında yer almıştır.

Benzer bir olay gerek *Digesta*[74], gerekse Federal Mahkeminin bir kararında, aynı şekilde çözüm yoluna bağlanmıştır. *Digesta*'daki olayda, bir kimse, hataya düşerek, kendisini nişanlı bir kıza borçlu sanmaktadır. Kızın isteği üzerine bu mevcut olmayan borcu kızın evleneceği kimseye, cihaz olarak ödemiştir. Daha sonra, evlenme gerçekleşmediğinden, bu para cihaz olamamıştır. Mesele, bu parayı kimin ve hangi dava ile geri isteyeceği konusunda çıkmıştır. Mevcut olmayan borcu ödeyen, *condictio indebiti* ile geriye isteyebilir[75]. Fakat bu, cihaz sebebinin gerçekleşmesinden değil, var olmayan bir borcu ödediği içindir. Eğer evlenme gerçekleşse ve para cihaza katılsaydı, yine *condictio indebiti*'yi açabilirdi. Ödeyen, borçlu olmadığını bilerek ödemişse, nişanlı kız hesabına, erkeğe bir bağışta bulunmuş sayılır. Bu durumda, evlenme gerçekleşmezse, nişanlı kız, parayı alana *condictio causa data causa non secuta*'yı açabilir. Bu cihazın meydana gelmemesinden değil, fakat alacaklısına karşı borcundan kurtulamadığı içindir. Zira, buradaki *causa* borçlunun borcundan kurtulmasıdır.

Federal Mahkemenin bir kararına esas teşkil eden olayda bir kimse, kızının nişanlısına evlenmenin vukubulacağı kanaatiyle bir bağışta bulunmuş fakat bu evlenme sonradan gerçekleşmemişti. Federal Mahkeme, olayda «gerçekleşmeyen sebebe dayanan sebepsiz bir iktisap» maliyeti görmüştür[76].

Bugünkü hukukumuzda da benzer olay, sebepsiz iktisap hükümlerine değil, Eşya Hukuku kurallarına dayanarak çözüm yoluna bağlanır. Meselâ bir kimse kendi malzemesiyle, başkasının arsasına inşaat yapsa, bu inşaat arsanın mütemmim cüzü (bütünleyici parçası) olur ve arsa sahibinin mülkiyetine geçer. Fakat, inşaat yapan kimse, arsa sahibinin malvarlığında meydana getirdiği artış için tazminat isterken, sebepsiz iktisap kurallarına değil, MK.'un 723. maddesindeki özel kurula dayanmalıdır.

Bununla birlikte Federal Mahkemeye göre, haksız inşaata dayanan tazminat davalarında sebepsiz iktisap hükümleri yardımcı nitelikte uygulanabilir.

Bu hükümler, zilyedliğin iadesi hususunda da tamamlayıcı rol oynayabilir. TEKİNAY S. S. - AKMAN S. - BURCUOĞLU H. - ALTOP A., Borçlar Hukuku, 7.bası, İstanbul 1993, s. 730-731.

74) D. 12, 4, 7, pr. *Qui se debere pecuniam mulieri putabat, iussu dotis nomine promisit sponso et solvit: nuptiae deinde non interessesserunt; quaesitum est, utrum ipse potest repetere eam pecuniam qui dedisset, an mulier...* Kendisini bir kadına para borçlusu sanan kimse, (onun) emriyle bu parayı (kadının) nişanlısına cihaz amacıyla vaad etmiş ve ödemiştir. Daha sonra evlenme gerçekleşmemiştir. Münakaşalı olan: parayı, ödeyenin mi, yoksa kadının mı geri isteyeceğidir.

75) *Condictio* tabiî adalete dayanmaktaydı, bkz. D. 12, 1, 32.

76) TEKİNAY S. S. - AKMAN S. - BURCUOĞLU H. - ALTOPA A., s. 74, dipnotu 7 (BGE 82 II 420 = JdT 1957 I 145).

2. MESELENİN METİNLERİ

D. 12. 4, 3, 5 (Ulpiniaus libro vicensimo sexto ad edictum)

Si liber homo, qui bona fide serviebat, mihi pecunim dederit, ut eum manumittam, et fecero : postea liber probatus an mihi condicere possit, quaeritur, et Iulianus... scribit competere manumisso repetitionem...

D. 12. 4, 3, 5, (Ulpianus'un beyanname şerhinin 26. kitabından)

Kendisini köle zanneden, gerçekte ise hür olan kimse, azad edilmesi için bana para vermiş ve azad etmişsem, sonra hür olduğu ispat edilirse, benden bu parayı isteyip isteyemeyeceği münakaşalıdır. Iulianus, azat etme için verilen paranın geri istenebileceğini yazmaktadır.

D. 12, 6, 14 (Pomponius libro vicensimo primo ad Sabinum)

Nam hoc naturi aequum est neminem cum alterius detrimendo fieri locupletiorem.

D. 12, 6. 14 (Pomponius'un Sabinus şerhinin 21. kitabından)

Hiç kimsenin başkası zararına zenginleşmemesi gerektiği tabiata göre adildir.

3. MESELE

M ve B tahıl alıp satan bir dükkân açmış ve M'nin 2/3, B'nin 1/3 oranıyla sahip oldukları köle Titius'u bu dükkânın yönetimiyle görevlendirmişlerdir. Titius kendisine buğday satmış olan A'yı parasını istemesine kızarak ağır şekilde dövmüştür.

SORULAR

1 – M ve B'nin müştereken açtıkları dükkânı hangi aktin içine sokabiliriz? Kısaca açıklayınız.

2 – Köle üzerindeki mülkiyet durumunu açıklayınız.

3 – Bu mülkiyetin özelliklerini belirtiniz.

4 – Kölenin dükkânın yönetimiyle yetkili kılınması ona hangi niteliği vermektedir?

5 – Köle Titius'a 2 altın karşılığında 100 kg. buğday satmış olan A, paranın kendisine ödenmemesi halinde, kime hangi davayı açacaktır?

6 – *Institor*'un başkasına ait bir köle veya hür bir şahıs olmasının göstereceği özellikleri belirtiniz.

7 – *Institor* olan köle Titius'un A'ya olan 2 altın semen borcunu ödeyen M, B'ye rücu edebilir mi? Nasıl?

8 – Kendisine karşı semenin ödenmesi için açılan dava sırasında M'nin de A'dan 1 altınlık alacağı olduğunu ileri sürmesi hâkimin vereceği kararı etkiler mi?

9 – Titius'un A'yı dövmesi hukuken nasıl nitelendirilir ve bu fiile bağlanan sonuçlar nedir?

10 – Müşterek mülkiyet ve *actio institoria* Türk Hukukunda var mıdır?

3. MESELENİN CEVAPLARI

1 – M ve B'nin tahıl alıp satmak üzere bir şirket *(societas)* akdi yaptıkları anlaşılmaktadır. Dükkân bu şirketin gayesinin gerçekleştirilmesi için açılmıştır. Rızai akitler grubuna giren şirket akdi, iki veya daha fazla kişinin emek veya sermayelerini kazanç gayesiyle birleşmelerini ifade eder. Kâra yönelik bir amacın elde edilmesi için birden fazla kişi belli bir şekle bağlı olmadan anlaşmaya varmaktadır (Gai. 3, 135). Roma Hukukunda şirketin tüzel kişiliği yoktur, her ortağın şirketin gayesini gerçekleştirmek üzere yaptığı işlemlerden doğan sonuçlar, işlemi yapan ortağın şahsında doğar. Başka bir deyişle, bir ortağın yaptığı hukukî muamele diğer ortağı bağlamaz. Meselâ B üçüncü kişiden tahıl satın alsa, üçüncü şahıs sattığı malın semenini M'den isteyemez.

Tüzel kişiliği olmadığı için, -kural olarak- şirketin ayrı bir malvarlığı yoktur, ortakların şirketin amacına tahsis ettikleri kendi malları vardır.

2 – Köle Titius'a M 2/3, B ise 1/3 oranında müştereken mâliktir. Köle Titius müşterek mülkiyetin *(condominium, communio)*[1] konusunu teşkil etmektedir. Müşterek mülkiyet bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının paylı olarak birden fazla kimseye ait olmasıdır. Bu tanım, müşterek maliklerin paylarının mala değil, mal üzerindeki hakka ilişkin olduğunu göstermektedir. Müşterek mülkiyetin özelliği, mülkiyet hakkının malın tamamını kapsamasından doğmaktadır. Mal üzerinde tek bir mülkiyet hakkı vardır, fakat bu hak paylara bölünmüştür. İşte malın fiilen, maddî olarak bölünmüş olmaması dolayısıyla müşterek malikler dış dünyaya karşı bütün malın maliki olarak gözükmektedir. Her müşterek malikin hakkı, diğer müşterek maliklerin hakları ile sınırlanmıştır.

1) Günümüz hukukunda, eşya üzerindeki mülkiyet birden fazla kimseye aitse, toplu mülkiyet söz konusudur. Bu da, müşterek (paylı mülkiyet) veya iştirak halinde mülkiyet (elbirliği mülkiyeti) şekillerinde olur. İştirak halinde mülkiyete benzer bir durum Roma'nın ilk devirlerinde mevcut olmuştur. *Ercto non cito* adını taşıyan bu toplu mülkiyet şekli *paterfamilias*'ın vasiyetname bırakmadan ölmesi halinde ortaya çıkıyordu. Bu miras şirketinin (krş. MK. m. 640-645) ortakları malvarlığı üzerinde bağımsız paylara sahip olmadıkları halde, bu malvarlığına dahil mallar üzerinde diğerlerinden bağımsız olarak tasarrufa yetkiliydi (Gai. 3. 154 a). Bunun dışında her biri *actio familiae* ile miras şirketinin sona erdirilmesini talep edebiliyordu.

3 – Mülkiyet hakkı, sahibine *ius abutendi* yetkisi, yani mal üzerinde tasarruf etmek yetkisi vermektedir. M ve B'nin müşterek malı olan köle Titius da tasarruf muamelelerine konu olabilir[2]. Ancak burada hemen bir ayırım yapmak gerekecektir; şayet müşterek maliklerden sadece birisi kendi payını ilgilendiren tasarrufta bulunuyorsa, diğer malikler bunu engelleyemezler, meselâ M kendi payını satıp devredebilir, bağışlayabilir yahut rehnedebilir. Müşterek malın tamamını ilgilendiren tasarruf işlemleri ise bütün paydaşların katılmasıyla yapılmalıdır, meselâ kölenin başka birine devri veya azat[3] edilmesi isteniyorsa, bu muameleleri M ve B birlikte yapmalıdır. Bu konuda maliklerin müşterek iradesi sağlanamıyorsa yani müşterek malikler anlaşamıyorlarsa, maliklerden birinin *actio communi dividundo* (müşterek mülkiyetin taksimi davası, izale-i şüyu) ile müşterek mülkiyetin sona ermesini istemesinden başka çare yoktur[4].

4 – Köle bir *institor*'dur. *Institor*, bir ticarethane, mağaza veya dükkân gibi kâr gayesiyle kurulmuş teşebbüs sahibi tarafından, bu teşebbüsün idaresiyle görevli ve yetkili kılınmış kimsedir. Ulpinus D. 14, 3, 3'de şöyle bir tanım vermektedir.

D. 14, 3, 3: *Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet... (institor* bir işin başında olana denir...).

Institor'un faaliyet alanı çok geniştir. Çeşitli alanlardaki ticarî, sınaî ve esnaf teşebbüslerinin işleriyle meşgul olabilir. Ulpianus'un yukarıdaki tanımındaki *instare* kelimesinden hareketli, *institor*'un bir tüccarın (sarraf, zenaatkâr vs.) dükkânında durarak işleri gören kimse olduğunu söyleyebiliriz. *Institor* söz konusu teşebbüs için alım satıma, ev eşyalarının ve hayvanların kiraya verilmesine, hatta seyyar satıcılık yapmaya yetkili kılınabiliyordu.

---

2) Tasarruf muameleleri bir malvarlığını azaltan muamelelerdir. Bu muamelelerle bir hak veya hukukî ilişki doğrudan etkilenir. Tasarruf muameleleri bir hakkı devreden ona bir külfet yükleyen, değiştiren ve bir haktan feragata ilişkin olan işlemlerdir.

3) Azat etme muamelesini müşterek maliklerden sadece biri yaparsa, köle azat edilmiş olmaz, azat eden mülkiyet payını kaybeder ve kaybettiği pay diğer müşterek maliklerin payına ilâve edilirdi (Pauli Sententiae, 4, 12, 1/5). Iustinianus hürriyeti sağlamak için, maliklerden birisinin diğer malike payını ödemek şartı ile köleyi azat edebilmesini kabul etmiştir.

4) *Actio communi dividundo*, müşterek mülkiyet esnasında doğabilecek ihtilâfların, müşterek malları taksim ederek çözümlenmesi için, maliklerden biri tarafından açılan davadır. Bu davanın *formula*'sında bulunan *adiudicatio* kısmı hâkime, aynen taksimin mümkün olması halinde, her müşterek malik için bağımsız mülkiyeti tesis, aynen taksim mümkün olmadığı takdirde, malın mülkiyetini maliklerden birine tahsis ederek, diğer müşterek maliklere lehine alacak hakkı, irtifak hakkı tanımak yetkisi vermekteydi. (Gai. 4, 42). Hâkim uygun görürse, malı açık arttırma ile satışa çıkartarak, elde edilen parayı paydaşlar arasında bölüştürmek yetkisine de sahipti. Bütün paydaşların taraf olduğu bu dava sırasında, paydaşların birbirinden olan alacak ve borçları da hesaplanırdı.

Ulpianus D. 14, 3, 5'de hangi işler için *institor* tayin edilebileceğini etraflıca incelemektedir. Bu işlerde müşterek olan nokta, bir işin icrasının, yani bir işletmenin kâr gayesiyle idaresinin söz konusu olmasıdır, D. 14, 3, 20. *Institor* olarak, iş sahibinin müstahdemi veya yardımcısından ziyade, idaresinin tevdi edildiği şahıs anlaşılmalıdır, çünkü *institor*'un faaliyetinin temelini *praepositio*, yani iş sahibi tarafından işletmeyi bağımsız olarak idare ve bunun için de gerekli hukukî muameleleri yapma yetkisi teşkil etmektedir. (I. 4, 7, 2a)

Kaynaklar, işletme sahibinin mağazasının kapısına veya faaliyetin olduğu yere asılacak bir tabelâ ile *institor*'un faaliyet alanının belirtildiğini göstermektedir. Bu ilânın açık okunabilir ve o ülke dilinde olması aranıyordu. (D. 14, 3, 11, 3). D. 14, 3, 11, 2'de Ulpianus bir kimsenin *institor* olarak görevlendirilmesiyle -iş sahibinin- sorumluluk altına girdiğini, ancak umuma yapılacak ilan ile belli bir kimse ile iş yapılmasından sorumlu olunmayacağını bildirilebileceğini yazmaktadır. *Institor*, açıklanan yetki alanını aşmışsa, iş sahibi için munzam sorumluluk doğmuyordu.

İşletme sahibi, *institor*'un, söz konusu faaliyeti görürken, bu görevi sırasında işlediği haksız fiillerden de sorumludur (D. 14, 3, 5, 8 - 10; D. 14, 3, 11, 4)[5].

5 – Köle Titius *institor* sıfatıyla yaptığı alım satım muamelesiyle kendisini dükkânın başına getirmiş olan M ve B'yi ek sorumluluk altına sokmuştur[6]. Köleye sattığı buğdayın parasına alamayan A, dükkânı açmış olan M ve B'ye munzam bir dava olan *actio institoria*'yı açmalıdır[7]. Bu dava dükkânını veya ticarî işletmesini yönetmekle görevlendirdiği bir kimsenin yaptığı muamelelerden doğan borçlardan müessese sahibinin munzam olarak sorumlu tutulmasını sağlayan *praetor* davasıdır (Gai. 4, 71). *Actio institoria* ile müessese sahibi görevlendirdiği kimsenin bu iş çerçevesi içinde yaptığı borçlardan *in solidum* (sınırsız) bir şekilde mesul tutulacaktır

5) Bu sorunun cevabı Novissimo Digesto Italiano, c. VIII, s. 757'den ve Paulys Realencyclopaedie der klassischen Altertumswissenschaft, Stuttgart, 18. Halbband, sütun 1564'ten derlenmiştir.

6) Köleler yaptıkları hukukî muamelelerle kendilerini *ius civile*'ye göre borç altına sokamazlardı (Gai. 3, 104). Klasik devrin zirvesinden itibaren kölelerin borçlarının tabiî borç olduğu kabul edilmekteydi. Efendilerinin malvarlığı üzerindeki tasarruf muameleleri için sadece *traditio*'yu kullanabilirlerdi. Muamele *peculium*'larına ilişkin olsa veya efendi icazet verse bile, durum değişmezdi.

7) Papinianus, bir *procurator*'un vekili olduğu kişi için yaptığı borçlardan dolayı müvekkiline karşı *actio ad exemplum institoriae actionis* isimli bir dava tanımaktadır (D. 14, 3, 19 pr).

(I. 4, 7, 2)[8]. I. 4, 7, 8'de *actio institoria* açılabilen kimseye karşı bir sebepsiz iktisap davasının *(condictio)* da doğrudan açılabileceği yer almaktadır.

Olayda M ve B'nin müşterek malik bulundukları kölenin borçlarından eşit mi yoksa mülkiyet payları oranında mı, yoksa semenin bir kısmı için mi, yoksa müteselsil olarak mı sorumlu tutulacağı meselesi ortaya çıkar. Iulianus - Ulpianus D. 14, 3, 13, 2'de bu durumda müşterek maliklerin müteselsilen sorumlu tutulmasını daha doğru bulunmaktadır. Ancak A, M ve B'yi payları oranında dava edebilir. (Bkz. D. 35, 2, 62).

M ve B'nin müteselsil sorumluluğundan hareketle, semeni alamamış olan A, *actio institoria*'yı isterse M'ye, isterse B'ye yöneltebilecektir[9].

6 – *Institor* olarak bir kimse sadece kendi kölesini veya aile evladını değil, başkasına ait bir köleyi veya hür bir kimseyi görevlendirebilmekteydi (Gai. 4, 71)[10]. Aile dışından, *sui iuris* bir kimsenin görevlendirilmesi halinde Roma Hukukunun prensip olarak tanımadığı doğrudan temsile yaklaşan bir durum ortaya çıkmaktadır. Bununla beraber muamelenin hükümleri *institor*'un üzerinde doğduğu, ilk plânda sorumlu sayılan *institor* ve işletme sahibinin sorumluluğu munzam bir sorumluluk olduğu için, burada gerçek anlamda bir doğrudan temsilin bulunduğunu söylemek imkânı yoktur. D. 14, 1, 1, pr'da Ulpianus, alacaklının munzam davadan faydalanabilmesi için, *institor* olarak görev yapanın bir başkası tarafından bu göreve getirildiğinin alacaklı tarafından bilinmesini aramamaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, *institor*'un başkasının kölesi veya aile evladı olması durumunda, iktisap edilen hakkın işletmenin veya dükkânın sahibine değil, *institor*'un hâkimiyetinde bulunduğu şahsa ait olmasıdır. Eğer *institor sui iuris* ise, hakkı bu kimse iktisap etmektedir. D. 14, 3, 1'de Ulpianus dükkân sahibinin, *institor*'uyla akit yapmış kişiye bu akitten doğan haklar için dava açmayacağını, hür olan *institor*'a veya başkasına ait köle olan *institor*'un efendisine vekâlet *(mandatum)* veya vekâletsiz iş idaresinden *(negotiorum gestio)* doğan davayı açabileceğini belirtmektedir. Ama yine aynı parçada Marcellus'un başka görüşte olduğunu, bu hukukçu-

8) *Actio institoria*'da olduğu gibi diğer munzam davalar *actio exercitoria* ve *actio quod iussu*'da sınırsız sorumluluk *(in solidum)* mevcut olduğu halde, *actio de peculio*'da *peculium* miktarı ile sorumluluk, *actio de in rem verso*'da ise efendi veya aile reisinin zenginleşme oranı ile sınırlı sorumluluk mevcuttur. Bkz. KASER M, s. 607-608.

9) A isterse M ve B'yi paylarına göre de takip edebilir, yani müteselsil sorumluluk altında olanlardan birinin borcun tamamı için takip edilmesi emredici bir kural değildir (D. 45, 2, 3, 1).

10) *Institor* olarak görev ve yetki verilen köleler veya hürler erkek veya kadın olabilirdi (D. 14, 3, 7, 1). Nitekim D. 14, 3, 8'de Gaius birçok kimsenin dükkanlarının başına genç erkekler ve kızları getirdiğini ifade etmektedir. *(Pupillus* ile ilgili olmak üzere bkz. D. 14, 3, 7, 2 ve D. 14, 3, 9; D. 14, 3, 11 pr).

nın dükkân sahibinin *institor*'la akit yapmış olan kişiye dava açabileceği görüşünde olduğunu ilâve etmektedir. Nitekim D. 14, 3, 2'de Gaius aynı kanaati paylaşmakta, iş sahibinin -iktisap edileni başka bir türlü malvarlığına geçirmemişse- *institor*'un yaptığı akitten doğan davayı kullanabileceğine işaret etmektedir[11].

7 – Müteselsil olan borçlarda rücu, borcu ifa etmiş olan müteselsil borçlulardan birinin, kendisiyle birlikte borçlu olan diğer müteselsil borçluya payına düşen miktarı ödemesi için başvurmasını ifade eder. Böyle bir rücu hakkının bulunup bulunmadığı, müteselsil borçlular arasındaki mevcut iç münasebete göre tayin edilir.

M ile B arasında şirket ve müşterek mülkiyet ilişkisi vardır. Rücu hakkı buna göre belirlenecektir. M ile B'nin müşterek köle üzerindeki mülkiyet payları belli olduğu halde, şirketteki payları hakkında olayda bir açıklık yoktur. Bu paylar eşit olabileceği gibi eşit olmayan oranlarda da tespit edilmiş olabilir. Kanaatimizce buğday alım satımı şirket akdi çerçevesinde yapıldığından, rücu hakkı şirket akdine göre kullanılmalıdır. Bu durumda M *actio pro socio* ile B'den A'ya ödediği semen borcundan payına düşen miktarı talep etmelidir.

8 – Dava sırasında M'nin A'dan 1 altın para alacağını ileri sürmesi takas *(compensatio)* dermeyanıdır. Buradaki takas iddiasının özelliği farklı hukukî sebeplerden doğmuş olan iki alacağın takasının istenmesinden ileri gelmektedir. Alacaklı ve borçlunun, aynı cinsten ve muaccel olan karşılıklı alacaklarının birbirinden çıkarılmasını ifade eden takas, klasik devirde bir borcun sona erme sebebi olmaktan ziyade, bir usul hukuku müessesesi olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim, Gaius *compensatio*'yu borçların sukut sebepleri arasında değil, hüsnüniyet davalarında *(iudicia bonae fidei)* ele almaktadır (Gai. 4, 61-68), hatta muhakeme usulünün *cognitio extra ordinem* olduğu Iustinianus devrinde bile aynı tutumun sürdürüldüğünü görmekteyiz; *compensatio*'ya ilişkin hükümler Iustinianus *Institutiones*'inin dördüncü kitabında yer almaktadır (I. 4, 6, 30).

Klasik devirde takas, bütünlük gösteren bir müessese olmaktan uzaktır, bu dönem ancak istisnai hallerde takası caiz görmekteydi; hüsnüniyet davalarında [12], bankerlerin müşterilerinden olan alacaklarının dava edilme-

11) D. 46, 5, 5'de Paulus iş sahibine *institor*'un faaliyeti dolayısıyla elde ettiği davaların *praetor* tarafından *causa cognita* tanınacağını belirtmektedir. *Magistra;* durumu araştırdıktan sonra, davaları iş sahibine tanıyabilecek veya tanımayacaktır. Başka bir deyişle, dava edebilmek *praetor*'un takdirine kalmıştır. KASER M., s. 263., bu davaların *actio utilis* şeklinde açılacağını belirtmektedir.

12) Hüsnüniyet akitlerinden doğan davalar açıldığı zaman hâkim, iki tarafın aynı borç ilişkisinden *(ex eadem causa)* doğmuş olan karşılıklı alacak ve borçlarını takas edebilirdi (Gai.

sinde[13] tarafların kendi aralarında yaptıkları bir takas *pactum*'unda[14] ve nihayet bütün malları icra yoluyla satışa çıkarılmış bir borçlunun malvarlığını toptan satın almış olan *bonorum emptor*'un borçlunun alacaklarını dava etmesinde[15] takas söz konusu oluyordu.

Iustinianus, diğer müesseselerde olduğu gibi, klasik devirde bir birlik göstermeyen takastaki farklılıkları ortadan kaldırmaya gayret etmiştir. Bu devirde borçlunun takas dermeyanı için, karşı alacağın muaccel, yani talep edilebilir olması gerekiyordu. Talikî şart veya vadeye bağlı alacakların takası mümkün değildi (D. 16, 2, 7, pr). Muacceliyet şartı dışında, karşı alacak muteber olmalıdır. *Civilis* alacaklar gibi tabiî borçlar da takasa girebilir (D. 16, 2, 6). Ayrıca takası istenen borcun mevcudiyeti, niteliği ve miktarı belli olmalıdır. Hakim karar verirken takası yapmamışsa, takası istenen alacak ayrı bir dava ile istenilebilirdi. Ancak hakim takası istenen alacağın mevcut olmadığına karar vermişse, açılacak ayrı davaya karşı kesin hüküm def'i *(exceptio rei iudicatae)* ileri sürülebilir (D. 16, 2, 7, 1).

Iustinianus hukukunda takas, borçlunun karşı alacağı oranında borcundan kurtulmasını sağlamaktaydı. Dava sırasında davalı takas dermeyan etmişse, hâkim bir ifa varmış gibi bu takası nazara almak zorundaydı (C. 4, 31, 4... *ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet),* hatta nazara alması için davalının açık bir beyanına da ihtiyaç yoktur[16], bilgisine ulaşmış

4, 61). Hâkimin takası yapmak konusunda takdir hakkı bulunduğu (Gai. 4, 63) davalar alım satım, kira, vekâlet, vekâletsiz iş idaresi, vedia, *fiducia* (inançlı akit), şirket, vesayet ve cihaz'dan doğan davalardır (Gai. 4, 62). Meselâ vekâlet akdinde müvekkil vekilden para alacağı olduğu için *actio mandati directa* açmışsa, hâkim vekilin yapmış olduğu masrafları bu para alacağından indirerek davalıyı mahkûm edecektir. Ancak davayı uzatacağı gerekçesiyle, hâkim takası yapmazsa, o zaman vekil masraflarını *actio mandati contraria* ile talep edebilir.

13) Klasik devirde bir banker *(argentarius)* kendisinde cari hesabı olan müşterilerini borçları için dava etmeden önce, karşılıklı alacak ve borçların mahsubunu yaparak bakiye için dava açmalıydı. Takası yapılacak alacakların aynı cinsten olmaları lâzımdı, fakat aynı hukukî ilişkiden doğmuş olmaları gerekmiyordu (Gai. 4, 64; Gai. 4, 66-68). Bakiyeyi hesaplamak bankere aitti. Hesabı yanlış yapmış ve alacağından fazlasını dava etmişse, davası *plus petitio* sebebiyle reddedebilirdi, çünkü açtığı dava umumiyetle dar hukuk davasıdır (Gai. 4, 68), (Bkz. 17. mesele).

14) Taraflar kendi aralarında, alacak ve borçlarını bir anlaşma yolu ile de takas edebiliyorlardı. RADO T., s. 239. D. 16, 2, 1'de Modestinus takasın alacaklı ile borçlu arasında borcun denkleştirilmesi olduğunu belirtirken D. 16, 2, 18, 1'de Papinianus alacaklının takasa zorlanamayacağına işaret etmektedir.

15) Bütün malları satışa çıkarılmış olan borçlunun malvarlığını satın alarak külli halef durumuna gelmiş olan *bonorum emptor,* bu şahsın borçlularına karşı dava açarken, bu borçluların müflise karşı olan mütekabil alacaklarını mahsup etmek zorundaydı *(agere cum deductione),* Gai. 4, 65. Mahsubu yapılacak karşı alacakların aynı cinsten veya muaccel olmasına gerek yoktu, Gai. 4, 66-68.

16) Bu konuda modern kanunlar farklı çözümler getirmiştir; Fransız Medenî Kanunu (Code Civil) madde 1290 ve Avusturya Medenî Kanunu (ABGB) madde 1438, takası mümkün iki alacağın karşılaşması halinde, takasın kanun icabı, kendiliğinden cereyan edeceğini

karşı alacağı dava edilen alacakla takas etmeliydi. Takasın hükmü geçmişe etkilidir, yani her iki alacak -takas şartlarının mevcut olduğu anda- takas edilmiş sayılacaktır[17].

M'nin dava sırasında A'dan 1 altın alacağı olduğunu öne sürmesi üzerine, hâkim takasın şartlarının gerçekleştiğine kanaat getirirse, M'yi 2-1=1 altının ödenmesine mahkûm edecektir.

Hâkim takas iddiasının tetkikinin davayı uzatacağına kanaat getirirse, bunu nazara almazdı (C. 4, 31, 14... *si causa, ex qua compensatur, liquida sit).* Iustinianus bütün davalarda (aynî veya şahsi dava olsun, takasın kendiliğinden *(ipso iure)* cereyan edeceğini belirtmiştir[18].

9 – Titius'un A'yı dövmesi bir haksız fiilin *(delictum)* işlendiğini göstermektedir. Haksız fiil, kusurlu bir davranışla başkasının şahsına veya malına hukuka aykırı olarak yapılan tecavüzdür. Roma Hukukunda genel bir haksız fiil yok, muhtelif haksız fiil tipleri vardır. Titius'un A'yı dövmesinin bu haksız fiil tiplerinden hangisine gireceğini tespit etmek gerekir. Dövme fiili, Roma'nın şahsiyete tecavüz olarak niteleyebileceğimiz, *iniuria* haksız fiilini oluşturur[19]. Buradaki *iniuria*'nın özelliği, haksız fiilin M ve B'nin müşterek köleleri Titius tarafından ika edilmiş olmasından çıkmaktadır. Bu durumda kölenin malikleri *noxa* sorumluluk altına girmişlerdir. A kölenin haksız fiilinden müteselsilen sorumlu olan [20] M ve B'ye bir *(actio iniurarum noxalis)* açmalıdır. Bu davanın özelliği, davalının hakimin kararından önce, köleyi zarar görene dövülmek üzere teslim etmekle sorumluluktan kurtulabilmesiydi[21]. Hüküm, diğer *noxa* davalarda olduğu gibi davalının seçimlik olarak cezayı ödemek veya köleyi teslim etmek şeklinde olu-

---

kabul ettiği halde, Alman Medenî Kanunu (BGB) madde 388 ve Türk Borçlar Kanunu madde 118 takasın taraflardan birinin beyanıyla meydana geleceğini kabul etmektedir.

17) Iustinianus hukuk takası borcun sona erme sebepleri arasında saymaktadır (C. 4, 31, 4). UMUR Z., Roma Hukuku, Ders Notları, İstanbul 1987, s. 329.

18) SIBER H., takas hakkında s. 273-276; HAUSMANINGER H-SELB W., s. 402 vd

19) Gai. 3, 225: *Atrox autem iniuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus fustibusve caesus fuerit: vel ex loco, veluti si cui in theatro aut in foro iniuria facto sit; vel ex persona, veluti si magistratus iniuriam passus fuerit, vel senatoribus ab humili persona facta sit iniuria.*
Gai. 3, 225: *Iniuria*'nın ağır sayılması ya fiilin niteliğinden çıkar, bir kimsenin başkası tarafından yararlanması, dövülmesi veya sopalarla dövülmesi gibi ya işlendiği yer dolayısıyladır, *iniuria*'nın bir kimseye tiyatro veya *forum*'da ika edilmesi gibi, ya mağdurun şahsı dolayısıyladır, bir *magistra*'nın *iniuria*'ya uğraması veya bir *senatus* azasının aşağı sınıftan bir kimsenin *iniuria*'sına maruz kalması gibi.

20) D. 9, 4, 5 pr: Müşterek maliklerden birisi ile zarar gören arasında *litis contestatio* yapılmışsa, diğer müşterek malik dava edilemez (D. 11, 1, 20 pr).

21) Gai. 4, 76.

yordu. Davada mahkûm olan müşterek mâlik, ya cezanın tamamını ödeyecek veya köleyi *noxa* olarak davacıya verecekti, ancak kölenin teslimini seçerse, bunu diğer müşterek mâlik ile birlikte yapmalıdır, çünkü bu tasarruf müşterek malın tamamını ilgilendirir[22].

10 – Müşterek mülkiyet (paylı mülkiyet) MK. m. 688-699'de düzenlenmiştir [23]. "Paylı mülkiyette birden çok kimse maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir" (MK. m. 688/1).

Türk Hukukunda da müşterek mâliklerden her biri kendi payını başkasına devredebilir, rehnedebilir, alacaklılar onun payını haczettirebilirler (MK. m. 688/III). Müşterek malın tamamını temlik etmek veya üzerinde aynî hak tesis etmek veya müşterek maldan yararlanma şeklini değiştirmek ancak bütün müşterek maliklerin rızasıyla mümkündür (MK. m. 692/I). Türk Hukukunda *actio institoria* gibi munzam davalara lüzum yoktur, çünkü BK. m. 32'de doğrudan temsil kabul edilmiştir. Bu maddenin I. fıkrasına göre, yetkili bir temsilci tarafından yapılan akdin alacak ve borçları temsil olunan kimseye ait olur.

Türk Hukukunda takasın istenen neticelerin doğması için şu şartlar aranmaktadır:

– Taraflar karşılıklı olarak alacaklı olmalıdır,

– Bu alacaklar aynı cinsten olmalıdır,

– Takası yapılmak istenen alacağın istenebilir, borcun da ifa edilebilir olması gerekmektedir.

– Takastan feragat beyanı bulunmamalıdır[24].

---

22) D. 9, 4, 8. Müşterek köle haksız fiili müşterek maliklerin hepsinin bilgisiyle işlemişse, *noxa* sorumluluk doğmaz. Her müşterek malik, birden fazla kişinin haksız fiil işlemesi gibi, tek başına sorumlu olur, her birine ayrı ayrı dava açılabilir. Burada müteselsil sorumluluk değil, davaların yığılması söz konusudur. Birinin dava edilmesi, diğerinin kurtulmasına yol açmaz. Kölenin haksız fiilini müşterek maliklerden biri biliyor, diğeri bilmiyor ise, bilen malik köleyi, teslime hakkı olmadan dava edebilir. Bilmeyen malik için ise *noxa* sorumluluk doğmuştur (D. 9, 4, 5 pr).

23) Medenî Kanunumuz toplu mülkiyet tipi olarak, iştirak halinde mülkiyeti (elbirliği mülkiyeti) MK. m. 700-703'de düzenlenmiştir. İştirak halinde mülkiyet, kanundan veya akitten ötürü bir ortaklık ilişkisi ile bağlı bulunan kimselerin, bu ortaklıkları sebebiyle bir şeyin mülkiyetine ortak olarak malik olmaları halinde mevcuttur. Elbirliği ile ortaklık adı da verilen bu toplu mülkiyet şeklinde, mülkiyet müşterek mülkiyetin aksine, paylara ayrılmamıştır. İştirak halinde malik sayılanlar mal üzerinde ancak ittifakla tasarruf edebilirler. Roma Hukuku için bkz. yukarıda dipnotu 1.

24) OĞUZMAN M. K.-ÖZ M. T., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 43 f. vd.

3. MESELENİN METİNLERİ

D. 14, 3, 13, 2 (Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum)

Si duo pluresve tabernam exerceant et servum quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur an pro aequalibus an pro portione mercis an vero in solidum, Iulianus quaerit et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is praestiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur, quam sententiam et supra probavimus.

D. 14, 3, 13, 2 (Ulpianus'un beyanname şerhinin 28. kitabından)

Eğer iki veya daha fazla kimse bir dükkân işletiyorlar ve eşit olmayan paylarla sahip oldukları köleyi *institor* olarak işin başına getirmişlerse, bunların mülkiyet paylarına göre mi veya eşit olarak mı veya seminin bir bölümünden mi veya müteselsil olarak mı sorumlu tutulacağını Iulianus incelemektedir. *Actio exercitorii* ve *actio de peculio* örnek alınarak her birinin müteselsil olarak dava edilebileceğini daha doğru olarak söylemiştir. Dava edilen bunu ödemişse, şirketten doğan dava veya *actio communi dividudo*'yu açabilir. Biz bu görüşü yukarda kabul etmiştik.

D. 16, 2 7 (Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum)

Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari operteat. 1. Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest, aliud dicam, si reprobavit pensationem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio.

D. 16, 2, 7, pr-1 (Ulpianus'un beyanname şerhinin 28. kitabından)

Pr. Belli bir vadede ödenecek olan borç, ödenmesi gereken vadeden önce takas edilemez. 1. Hâkim takas sebebini nazara almamışsa, alacak talebi muteber olarak kalır. Buna karşı kesin hüküm defi ileri sürülemez. Hâkim borcun mevcut olmadığı gerekçesiyle takası reddetmişse, başka bir sonuca varacağım. Bu takdirde kesin hüküm def'i bana zarar verecektir.

4. MESELE

A, M'ye ait olan İtalya'daki bir araziyi B'den satın ve teslim almıştır.

SORULAR

1 – Teslim *(traditio)* kavramından ne anlıyorsunuz? Farazî teslim *(traditio ficta)* denilen halleri açıklayınız.

2 – *Traditio* ile *mancipatio* ve *in iure cessio* arasındaki farkları belirtiniz.

3 – A bu arazinin mülkiyetini devren iktisap etmiş midir?

4 – A bu arazi üzerinde herhangi bir hakka ve hakkı koruyan bir davaya sahip midir?

5 – Ölen M'nin mirasçısı olan B, A'dan bu araziyi talep edebilir mi? Hangi davayla? A'nın kullanabileceği bir savunma vasıtası mıdır?

6 – Yukardaki sorunun ışığı altında, B'nin söz konusu arazinin mülkiyetini miras yoluyla iktisabından sonra, A'nın hak durumunda bir değişiklik olmuş mudur?

7 – M'ye ait olan araziyi miras yoluyla iktisap eden B, aynı araziyi bu defa C'ye satmış ve devir muamelesini yapmıştır. İhtilâf çıkarsa, A ve C'den hangisi tercih edilecektir?

8 – *Actio Publiciana in rem* Türk Hukukunda mevcut mudur?

4. MESELENİN CEVAPLARI

1 – *Traditio* (teslim), eski ve klasik hukukta yalnız *res nec mancipi*'lerin, Iustinianus hukukunda her türlü malın mülkiyetini nakle yarayan ve *ius gentium*'a [1] giren şekilsiz bir muameledir. Romalılar klasik devirde kendi aralarında bir *res nec mancipi*'yi, yabancılarla olan ilişkilerinde her çeşit malı devretmek istediklerinde, *traditio* muamelesine başvururlardı. *Traditio,* taraf iradesine göre *detentio* (elde bulundurma), *possesio* (zilyetlik) veya *dominium*'un (mülkiyet) nakline yönelik olabilmekteydi. Malikin *traditio* ile mülkiyetin devren iktisabını sağlaması için, şu üç unsurun biraraya gelmesi şarttır:

a) İktisap edecek olana malın zilyetliğinin devri ve devralanın mala kendisi için zilyet olması *(corpus tradendi* unsuru).

b) Malı teslim edenle, teslim alanın mülkiyetin geçeceği konusunda anlaşmaları *(animus tradendi* unsuru). Malı teslim eden mülkiyete veya fiil ehliyetine ve tasarruf yetkisine sahip bulunmalıdır[2].

c) Mülkiyetin devrini hukuka uygun hale getirecek bir hukukî sebebin varlığı *(iusta causa traditionis* unsuru) [3], meselâ alım satım, bağışlama, karz, trampa vs. (Ulpiani Epitome 19, 7; Gai. 2, 20) [4].

---

1) *Ius gentium,* bütün kavimler nezdinde tabii aklın gereği olarak yürürlükte bulunan ve bütün kavimleri kapsayan kuralları içeren hukuktur. Daha dar manasıyla, Roma Devleti içinde yaşayan farklı vatandaşlığa sahip yabancılara *(peregrini)* ve bu yabancılarla olan ilişkilerinde Romalılara uygulanan hukuktur.

2) Üzerinde mülkiyet ihtilâfı bulunan bir malın *(res litigiosa)* devri yasak olduğu gibi (Gai. 4. 117a), koca cihaz malları arasında bulunan bir gayrimenkulü *(lex Iulia de fundo dotali,* M.Ö. 13-8) vasi, vesayet altındaki küçüğe ait olan bir gayrimenkulü *(oratio Severi,* M.S. 195) devredememekteydi.

3) Bir malın mülkiyetini devredenle devralanın hukuk düzeninin uygun gördüğü hukukî sebep üzerinde anlaşmaları gerektiği gibi, mülkiyetin geçeceği hususunda da bir irade uyuşması şarttır. Hukukî sebep üzerinde anlaşma olmadığı halde -meselâ taraflardan biri karz olarak veriyor diğeri bağışlama olarak kabul ediyor-, mülkiyetin geçeceği hususunda anlaşmış olsalar bile, *traditio* ile mülkiyet geçmez, çünkü *traditio* klasik devirde hukukî sebebin geçerli olmasına bağlı olan bir muameledir. Türk Hukukunda da gayrimenkuller ve menkullerin mülkiyetinin naklinin sebebe bağlı olduğu kabul edilmektedir. Gayrimenkuller bu hususta açık bir hükme bağlandığı halde (MK. m. 1024), bir kanunî hükmün eksikliği yüzünden menkullerdeki durum tartışmalıdır, ancak genellikle benimsenen görüş sebebe bağlılığın kabulü yönündedir. Alman Hukukunda ise mülkiyetin nakli mücerrettir, yani hukukî sebep üzerinde irade uyuşması bulunmasa bile, taraflar mülkiyetin geçeceğinde anlaşmışlarsa, mülkiyet geçer. Bu düzenlemenin mülkiyeti devredici muamelelere çabukluk ve elâstikiyet sağladığı söylenebilir.

4) UMUR Z., Ders Notları, s. 443-444; HONSELL H., Römisches Recht, vierte ergaenzte Auflage, Berlin 1997; s. 53.

Bazı hallerde fiilî bir teslim bulunmamakla beraber zilyetliğin (veya mülkiyetin) geçtiğinden bahsedilmektedir. Ortaçağ'dan gelen bir tabirle bu hallere *traditio ficta* (farazî teslim) adı verilmektedir;[5].

Kısa elden teslim *(traditio brevi manu)* halinde müktesip malı zaten fiilî hâkimiyetinde bulundurmaktadır; bu hâkimiyet kira, ariyet akdindeki *detentio* olabileceği gibi, rehin veya yediemine tevdi akdinde görüldüğü gibi zilyetlik şeklinde ortaya çıkabilir. Taraflar malın zilyetliğinin geçtiği hususunda anlaştıkları anda malı bulunduran müktesip bu mala kendisi için zilyet olur (I. 2, 1, 44; D. 12, 1, 9, 9).

Hükmen teslim'de *(constitutum possessorium)* ise taraflar malın zilyetliğinin (veya mülkiyetinin) müktesibe geçtiği konusunda anlaşırlar, ancak zilyetliği devreden kimse kira, rehin gibi bir hukukî sebeple malı hâkimiyetinde tutmağa devam eder (D. 41, 2, 18 pr). O zamana kadar, kendisi için zilyet iken, anlaşmadan sonra malı başkası için hâkimiyetinde tutan bir kimse haline gelir.

Kısa elden teslim ve hükmen teslimde zilyetliği (veya mülkiyeti) iktisap edilecek olan mal ile ilişki daha önce kurulmuştur.

Bazı hallerde zilyetlik, teslim edilecek malın değil, fakat onu belirten bir parçasının veya ilgili bir şeyin verilmesi ile geçmektedir, meselâ içinde malların bulunduğu deponun anahtarlarını teslim etmek malların teslimi yerine geçiyordu (D. 18, 1, 74; D. 41, 1, 9, 6)[6].

Uzun elden teslim *(traditio longa manu)* halinde ise mal müktesibin tasarrufuna bırakılmaktaydı[7]. Özellikle götürülmesi güç olan ağır menkul

5) SIBER H., s. 76.

6) Malların teslimi, yerini anahtar tesliminin tutması şöyle açıklanabilir: İmparatorluk devrinde imparatorlar Roma ve diğer büyük şehirlerde mülkiyeti devlete ait olan, kare şeklinde ve bir iç avlusu olan han ve depolar inşa ettirirlerdi. Bunların içindeki bölümler, odalar, hatta dolaplar fertlere ve esnafa kiraya verilirdi. Kiracılar kiraladıkları bölümlerin anahtarlarını aldıktan sonra burayı istedikleri gibi kullanırdı. *Horrearius* (D. 9, 3, 5, 3) adı verilen han amiri hana nezaret eder, kiralanmış bölümlerdeki mallarla ilgilenmezdi. Böylece kiraladığı bölümün anahtarına sahip olanın malları hâkimiyetinde tuttuğu anlaşılmaktadır. Malların bulunduğu deponun anahtarını teslimde zilyetliğin devrinin bulunduğu açıktır. Ancak anahtarın teslimi yoluyla malları devralmış olmayı kabul eden alıcının, depodaki malların niceliği ve niteliği hakkında daha önce bilgi edindiği düşünülmelidir. LIEBS D., Römisches Pecht, Gottingen 1975, s. 164.

7) D. 46, 3, 79 *(Iavolenus libro decimo epistularum)*
Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te iubeam efficitur, ut et tu statim libereris et mea esse incipiat: nam tum, quod a nullo corporaliter, eius rei possessio detinetur, adquisita mihi et quodammodo manu longa tradita existimanda est.
D. 46, 3, 79 (Iavolenus'un mektuplarının 10. kitabından)

mallarda zilyetliğin «göz ve irade» *(oculis et affectu)* ile elde edilebileceği kabul olunmaktaydı (D. 41, 2, 1, 21). Yine zilyetliği geçirilecek arazinin hudutlarının bir kule üzerinden gösterilmesi de *traditio* yerine geçmekteydi (D. 41, 2, 18, 2)[8].

Farazî teslim hallerinin tarihî kökeni klasik devir olmakla beraber, genel olarak zilyetliğin iktisabı için gerekli iki unsurdan manevî unsurun *(animus)* maddî unsura *(corpus)* hâkim olduğu bu teslim usulleri postklasik devirde gelişerek uygulamaya girmiş ve Ortaçağ hukukçuları tarafından etraflı olarak incelenmiştir.

2 – *Traditio*'nun klasik devrin diğer mülkiyeti nakil muameleleri olan *mancipatio* ve *in iure cessio*'dan farkları şöyle özetlenebilir:

a) *Traditio* zilyetliğin devrini öngören şekilsiz bir muamele olduğu halde, *mancipatio* ve *in iure cessio* belli bir merasime uyularak yapılan şekilci muamelelerdir. *Mancipatio* ve *in iure cessio*'da tarafların bizzat muamele sırasında hazır bulunmaları gerekir, halbuki iradenin ön plana çıktığı farazi teslim hallerinde tarafların karşı karşıya gelmelerine mutlaka gerek yoktur. *Traditio,* bir malın fiilen birisinden diğerine geçmesi *(trans-dare)* gerektirdiği halde gayrimenkullerin *mancipatio* ile devri gayrimenkullerin bulunmadığı bir yerde *(in absentia)* yapılabiliyordu, Gai. 1, 121.

b) *Mancipatio* ve *in iure cessio* mücerret muamele olduğu, yani hukukî sebep geçersiz olsa bile mülkiyeti naklettiği halde, *traditio* sebebe bağlı bir tasarruf muamelesidir[9].

Bana borçlu olduğundan parayı veya bir malı gözlerimin önüne getirmeni emretmişsem, hemen borçtan kurtulman ve malın benim olması sonucu doğar. Zira bu malın zilyetliğine kimse maddî olarak sahip olmadığından, onu iktisap etmiş olurum ve mal sanki uzun elden teslim edilmiş gibidir.

8) SIBER H, s. 138; UMUR Z. Ders Notları, s. 448.

9) Bkz. yukarıda dipnotu 3. Iustinianus hukukunda *mancipi - nec mancipi* şeklinde mal ayırımının ortadan kalkması neticesinde her çeşit malın mülkiyeti *traditio* ile devredilmekteydi. Buna parelel olarak Iustinianus klasik metinlerdeki *mancipatio* veya *in iure cessio*'nun yerine *traditio* kelimesini koymuştur. Böylece *Corpus Iuris Civilis*'te mücerret *traditio* ile sebebe bağlı *traditio* yan yana yer almaktadır. Bununla beraber I. 2, 1, 40/41'e bakıldığı zaman, Iustinianus'un mücerretlik yönünden bir eğilime sahip olduğu sonucuna varılabilir.

10) *Res nec mancipi*'lerin üzerindeki *ius civile* mülkiyetinin devri yanında *traditio* eyalet arazileri üzerindeki mülkiyetin devrinde de kullanılmaktaydı. Ayrıca Cumhuriyet devletlerinin sonlarından itibaren *res mancipi*'ler üzerindeki *praetor* mülkiyeti de *traditio* ile geçmekteydi.

c) *Traditio* ile *res nec mancipi*'ler üzerindeki *ius civile* mülkiyeti devredilir[10], buna karşılık diğer ikisi esas itibariyle *res mancipi*'ler üzerinde *ius civile* mülkiyetini nakletmeğe yarar[11].

ç) Aile evlâtları, köleler ve mâlikin yetki verdiği üçüncü kişiler *mancipatio* ve *in iure cessio* ile mallar üzerinde tasarrufta bulunamazlardı. Başka bir deyişle, bu muameleleri hak sahibi ancak bizzat yaparsa netice doğururdu: Aile evlâtları ve köleler, mal *peculium*'larına dahil olsa bile, ancak *traditio*'yu yapabiliyordu[12]. *Procurator* (umumî vekil) [13] ve rehinli alacaklı da mal üzerinde *traditio* ile tasarruf edebilirdi.

d) *Mancipatio* ve *in iure cessio* şart ve vadeye bağlanmayan muamelelerdir. Bağlandıkları takdirde hükümsüz olurlar. *Traditio* ise böyle bir kısıtlamaya tabi tutulmamıştır, vade ve şarta bağlı olarak yapılabilir[14].

3 – B'den başkasına ait bir araziyi devralan A, bu arazinin mülkiyetini iktisap edememiştir. D. 50, 17, 54'te Ulpianus tarafından belirtilen «*Nemo plus iuris ad alium tranferre potest quam ipse habet*» (kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez) kuralını uygulayan Romalılara göre, B bu arazinin mâliki olmadığından, mülkiyeti A'ya nakledemez. (Bu durum başkasına ait bir malın satışı ile karıştırılmamalıdır. Bir kimse başkasının mülkiyetinde olan bir malı sattığı zaman, rızaî bir akit olan alım satım akdi geçerli olarak meydana gelmiştir ve satıcı sattığı malı devretme borcu altına girmiştir; bu muteberdir, ancak yaptığı mülkiyeti nakil muamelesi Eşya Hukuku alanında değişiklik meydana getirmez). Roma Hukukunda devren iktisaplarda iyi niyet korunmadığından, A'nın iyi niyetli olup olmaması bu so-

---

11) Farazî bir dava *(lis imaginaria)* şeklinde yapıldığında *in iure cessio*'dan *res nec mancipi*'lerin mülkiyetinin nakli için de yararlanmak mümkündür. Ulpiani Epitome 19,9. Ancak Gai. 2, 25 de *praetor* veya eyalet valisi önünde gitmek gerektiğinden *in iure cessio*'nun pek kullanışlı olmadığı belirtilmektedir. *Mancipatio* mülkiyet naklinden başka intifa hakkı tesisi, vasiyetname düzenlenme *(mancipatio familiae)*, evli kadın üzerinde *manus* hâkimiyetinin tesisi *(coemptio)* veya bu hâkimiyetten çıkarma, baba hâkimiyetinden çıkarma *(emancipatio)* için kullanılıyordu.
In iure cessio'ya ise, mülkiyetin nakli dışında, irtifak tesisinde ve ortadan kaldırmasında, terekenin *(in iure cessio hereditatis)* ve vesayet hakkının devrinde, köle azat etmelerinde başvurulmaktaydı. Evlât edinme *(adoptio)* ise *mancipatio* ve *in iure cessio*'nun müşterek kullanıldığı bir müessesedir.

12) Aile evlâtları ve köleler *mancipatio* ile aile reisi için mal iktisap edebilmekteydi, Gai. 3, 167.

13) Iustinianus devrinde, *procurator*'un zilyetliği vekâlet veren adına iktisap edeceği kabul edilmişti, I. 2, 9, 5 (Gai. 2, 95 bu konudaki fikir ayrılığını nakletmektedir). Bu kabulün sebebi, *procurator*'un ekseriya vekâlet verenin azatlısı olarak eski efendisine sıkı bağlarla bağlı bulunuşu olmalıdır.

14) Klâsik devirde ibra *(acceptilatio)*, mirasın kabulü *(hereditatis aditio)*, *mancipatio*, *in iure cessio*, vasi tayini *(datio tutoris)*, *servi optio* (miras bırakanın ölüme bağlı iradesine göre, lehine muayyen mal vasiyetinde bulunulmuş olan kimse, iki köleden birini seçmek hakkına sahip oluyordu) muameleleri şart veya vadeye bağlandıklarında, bâtıl hale geliyordu. D. 50, 17, 77. UMUR Z., Ders Notları, s. 441-443.

nucu değiştirmez[15]. Şayet A iyi niyetli ise, kendisini «iyi niyetli zilyet» olarak niteleriz. Hak durumunda bir değişiklik olmadığından M mâlik kalır[16]. Ancak diğer şartları mevcut ise iyi niyetli zilyet başkasına ait malı zamanaşımı ile iktisap edebilirdi.

4 – Yukarıda belirtildiği gibi A bu arazi üzerinde mülkiyeti iktisap edememiştir. Bunun iki sebebi vardır: Birincisi devredenin mâlik olmadığı, ikincisi İtalya'daki arazi *res mancipi* olduğundan, *mancipatio* veya *in iure cessio* yapılmadığıdır[17]. Ancak A iyi niyetli ve zamanaşımıyla iktisabın *(usucapio)* diğer şartları mevcut ise, zamanaşımı ile iktisap süresi (olayda bir arazi söz konusu olduğundan, klasik hukukta bu süre iki yıldır) dolunca ya kadar *praetor*'ların tanımış olduğu *actio Publiciana*'yı kullanabilir[18], bu süre içinde araziye üçüncü bir kişi zilyet olduğu takdirde, bu aynî davayı bu kişiye (B de dahil) açabilirdi. Araziye mâlik M zilyet olmuşsa, *actio Publiciana* ona karşı da ikame edilebilir, fakat M bu davaya karşı *exceptio iusti dominii* (haklı mülkiyet def'i) ileri sürdüğü takdirde, A davayı kaybeder.

Zamanaşımı ile iktisap tamamlandıktan sonra A, *ius civile* mülkiyetini iktisap edeceğinden, artık herkese karşı (M de dahil) ileri sürebileceği bir aynî hakka ve bu hakkı koruyan aynî davaya (istihkak davası - *rei vindicatio)* sahiptir.

5 – Bu soruda kendine ait olmayan bir araziyi A'ya devretmiş olan B'nin M'ye, yani satılıp devredildiği sırada arazinin mâliki olan kimseye mirasçı (halef) olması sonunda ortaya çıkacak hukukî durum söz konusu edilmektedir. M'nin ölümüyle, onun arazi üzerindeki mülkiyet hakkına halef olan B'nin A'ya açacağı dava istihkak davasıdır. B bu araziyi A'ya yetkisiz olarak naklettiği zaman M, *ius civile*'ye göre mâlik kaldığı için, A'dan malı-

15) Roma Hukukunda iyi niyet zamanaşımı ile iktisabın şartlarından biridir. Bundan başka, istihkak davası sonunda malı iadeyle mükellef olan zilyedin iade borcunun kapsamı (semereler ve maldaki değişiklikler yönünden) talep edebileceği masraflar iyi niyetli olup olmadığına göre değişecektir.

16) Malik olmadığını zannettiği bir kişiden bir malı teslim alan kimse, gerçekte devreden malik ise, mülkiyeti devralmış kabul edilir (D. 22, 6, 9, 4).

17) Malın maliki olmayan kişi başkasına ait mal için *mancipatio* veya *in iure cessio* yapsa, *nemo plus iuris*... kuralı gereği malın mülkiyeti geçmez, ancak zapta karşı teminat gibi bu muamelelere bağlanan sonuçlar doğar.

18) *Actio Publiciana in rem* bir faraziyeye dayanmaktadır: Hâkim zamanaşımı ile iktisap için gerekli sürenin dolmuş olduğu faraziyesinden hareketle davacının lehine karar verecektir, ancak bu faraziyenin yürümesi için zamanaşımı ile iktisabın diğer şartları da davacıda bulunmalıdır, meselâ dava konusu olan mal çalınmış bir mal ise, sürenin tamamlanmış olduğu faraziyesi davacı lehine kullanılamaz.

nı *rei vindicatio* ile geri alabildiği gibi, onun ölümünden sonra haktaki halefi sıfatıyla B de aynı davayı açabilir. Ancak A'ya bu davayı M açtığı zaman, araziyi geri vermesi icap ettiği halde, M'nin halefi sıfatıyla B açmışsa, o zaman A, B'ye karşı bir *exceptio doli*[19] ileri sürebilir, çünkü B'nin bizzat satıp devrettiği bir malın iadesi için dava yoluna gitmesi iyi niyete, dürüstlüğe aykırıdır.

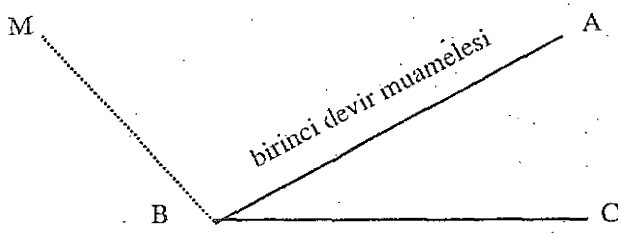
6 – D. 21, 3, 2'den (bkz. 4. meselenin metni) anlaşıldığı üzere, A, B'nin *rei vindicatio*'sunu *exceptio (rei venditae et traditae* veya *doli)* ile etkisiz hale getirebildiğine göre, A artık *ius civile* nazarında mâlik olan kişiye de ileri sürebileceği bir statüye kavuşmuş olmaktadır[20]. M'nin sağ olduğu sırada hükümsüz olan mülkiyeti nakil muamelesi, onun ölümüyle *praetor* hukukuna göre sıhhat kazanmış ve A *praetor* hukuk mülkiyetini *(in bonis habere)* iktisap etmiştir[21].

---

19) D. 44, 4, 32 (Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum).
Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit... deinde Titius Sempronio heres extiterit,... Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur.
D. 44, 4, 32 (Ulpianus'un beyanname şerhinin 76. kitabından).
Şayet Titius'dan Sempronius'a ait bir araziyi satın almış ve bu arazi sana devredilmiş sonradan Titius Sempronius'a mirasçı olmuşsa... *Iulianus* 'un fikrine göre, *praetor*'un seni himayesi daha adildir, çünkü aynı Titius araziyi senden talep ederse ona karşı vakialara dayanan bir def'i veya hile def'i ileri sürebilecektir. Paralel metin D. 21, 3, 2.

20) Beşinci soruda izah edilen durum, bir *ius civile* malikinin bir *res mancipi*'yi *traditio* ile nakletmesine bağlanan sonucu doğurmaktadır.meselâ M bu araziyi A'ya bizzat *traditio* ile devretmiş olsaydı, A yine yukarıda izah edilen *exceptio*'yu M'nin *rei vindictio* açması halinde ileri sürebilecekti. D. 21, 3, 1 pr-1'de Ulpianus, Marcellus'a dayanarak bu fikri öne sürmektedir. *Praetor* hukukuna göre malik olan A, malın elinden iradesi hilâfına çıkması halinde herkese karşı *(ius civile* malikine de) *actio Publiciana in rem*'i açarak malı geri alabilir. Bu davayı *ius civile* malikine karşı yöneltmesi halinde, kendisine davalı *exceptio iusti dominii* (haklı mülkiyet def'i) dermeyan edecek olursa, o da bir *replicatio rei venditae et traditae* (malın -kendisine- satılıp devredildiğine ilişkin def'i) ile cevap verir ve davayı kazanır. Malın tesliminin hukukî sebebi alım satımdan başka bir sebep (meselâ bağışlama) ise, o zaman def'i veya karşı def'i ad değiştirir (bağışlama halinde *exceptio* veya *replicatio rei donatae et traditae).* Ancak bu def'ilerin adı ne olursa olsun, hepsi geniş anlamda bir *exceptio doli generalis* kavramı içinde düşünülmelidir.

21) Yapıldığı sırada hükümsüz olan bir muamelenin sonra sıhhat kazanması *(convalescere)* Roma Hukukunda istisnaî bir durumdur ve olay bu istisnalardan biridir. SIBER H, s. 76, dipnotu 8'de *(res nec mancipi)*lerde de bu durumda *praetor* mülkiyetinin kazanılacağını ancak geçersizliğin hukuken ortadan kalkması hükmünü koymaya cesaret edemeyen Iustinianus'un müktesibi sadece zamanaşımı ve iktisap edecek zilyet konumuna getirdiğini söylemektedir. Buna paralel bir hal rehin hukukunda mevcuttur; bir kimse kendisine ait olmayan mal üzerinde rehin tesis muamelesi yapmışsa, rehinli alacaklı rehin hakkını kazanmaz. Bununla beraber rehin tesis eden, malın mülkiyetini sonradan iktisap ederse, rehinli alacaklı aynî rehin hakkını koruyan *actio Serviana in rem'i utilis* olarak açabilecektir (D. 20, 4, 9, 3).



ikinci devir muamelesi

7 – Ön mesele olarak, B'nin bir arazinin mülkiyetini devir için gerekli olan muameleyi şeklen kolaylıkla yapabileceğine işaret etmek isteriz. Klasik devirde *mancipatio*'nun arazinin bulunduğu yerde yapılmasına lüzum olmadığı gibi (Gai. 1, 121), *in iure cessio* sırasında araziyle ilgili bir parça toprak veya tuğla bulundurmak yetiyordu. Diğer taraftan farazî teslim *(traditio ficta)* denilen usullerinin ortaya çıkışı da zilyetliğin iktisabında *corpus* unsurunu zayıflatmıştı. Dolayısıyla, A veya C'den biri, devir muamelelerine rağmen malı fiilen hâkimiyetine almamış yahut malın zilyetliğini sonradan kaybederek B'nin aynı malı mükerrer olarak devrine zemin hazırlamış olabilir.

Araziye sonuçta kimin sahip olacağı hususunda A ile C arasında ihtilâfi, metinler (D. 21, 3, 2; D. 6, 1, 72; D. 44, 4, 4, 32) A lehine halletmektedir[22]. Nasıl ki A ile B karşılaştığı zaman *actio Publiciana* (eğer arazi B'nin zilyetliğinde ise) ve *exceptio (rei veditae et traditae* veya *doli)* ile hakkını ona kabul ettiriyorsa, C'ye B'den ancak *nudum ius Quiritium*'u, yani muhtevası olmayan bir *ius civile* mülkiyetini devraldığıdır[23], bu şıkta *Quirites* hukukuna göre mâlik olan ile *ius honorarium*'a göre mâlik sayılan kişi karşılaştığı vakit, ikincisi tercih edilmektedir.

22) Olayda hem A, hem de C'nin malı *usucapio* ile iktisap için gerekli olan şartları kendilerinde toplamış oldukları anlaşılmaktadır. Benzer bir ihtilâf aynı malı malik olmayan *(a non domino)* bir kimseden devralan ve zamanaşımıyla iktisabın şartları kendilerinde mevcut iki kişinin karşılaşmasında çıkar. Burada da zaman itibarıyla mal kendisine önce teslim edilmiş olan şahıs tercih edilir (D. 19, 1, 31, 2 ve D. 6, 2, 9, 4).

23) D. 44, 4, 4, 32: *... ac per hoc intellegeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet* (... ve bunun için artık malları arasında bulunmayan bir araziyi ikinci defa sattığı düşünülmelidir).

8 – Roma Hukukunda bir *res mahcipi'yi traditio* ile devralmış olan kimselerin himayesi için *praetor* tarafından ihdas edilmiş bulunan *actio Publiciana in rem* esas itibariyle *ius civile* nazarında mâlik olmamakla beraber hasmına nazaran malı zamanaşımı zilyetliğinde *(possessio ad usucapionem)* bulundurmakta haklı olan kimseleri koruyordu. İsviçre - Türk Hukukunun zilyetli ile ilgili hükümleri Roma ve Cermen Hukukunda gelmektedir. Zilyetliğin korunmasını düzenleyen MK. m. 989 ve m. 991'de *actio Publiciana*'nın izlerinin bulunduğu söylenebilir[24]. Menkul (taşınır) davası adı verilen bu dava, zilyetliği irade dışı kaybedilen mallarla, kaybedilme şekli nasıl olursa olsun, zilyetliği kötü niyetle elde edilmiş malların eski zilyede geri verilmesini sağlar. Kural olarak, menkul davasının konusunu menkul mallar meydana getirir. Ancak tapusuz gayrimenkuller yani özel mülkiyete konu teşkil ettiği halde tapu kütüğüne kaydolunmamış gayrimenkullerde de menkul davasının kıyasen açılabileceği gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir (HGK 12.6.1963, E. 8/30, K. 26; HGK 3.6. 1964, E. 8/270, K. 396). Bkz. ileride s. 68 dipnotu 18.

24) Aynı şekilde Alman Medenî Kanunu olan BGB'nin 1007. maddesi *actio Publiciana*'ya paralel hüküm ihtiva etmektedir.

4. MESELENİN METİNLERİ

D. 21, 3, 2 (Pomponius libro secundo ex Plautio)

Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse priorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summoveretur et si ipse Titius eum possideret, Publiciana peteres.

D. 21, 3, 2 (Pomponius'un Plautius şerhinin 2. kitabından)

Şayet Titius'tan Sempronius'a ait bir arazi satın almış ve bu arazi sana teslim edilmişse, semen ödendikten sonra Titius Sempronius'a mirasçı olmuş ve bu araziyi Maevius'a satmış ve teslim etmişse, Iulianus'un söylediğine göre, seni önceki olarak korumak daha âdildir, çünkü bizzat Titius araziyi senden talep etse, bir *exceptio in factum* veya *doli mali* ileri sürülebilecek ve Titius bunu zilyetliğinden bulundursaydı, *actio Publiciana ile talep* edebileceksin.

D. 6, 1, 72 (Ulpianus libro sexto decimo ad edictum)

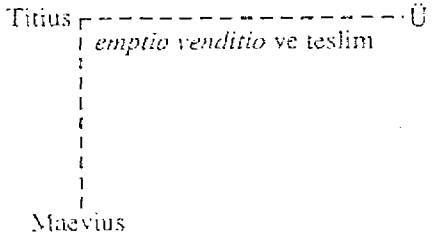
Si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit eet tradiderit, aequius est, ut tu potior sis, nam et si ipse vedito eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres, sed et si ipse possideret ét tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione utereris.

D. 6, 1, 72 (Ulpianus'un beyanname şerhinin 16. kitabından)

Şayet Titius'tan Sepronius'a ait bir arazi satın almışsan ve semen ödendikten sonra bu arazi sana teslim edilmiş, daha sonra Titius Sempronius'a mirasçı olmuş ve aynı -araziyi- başka birine satmış ve teslim etmişse, senin tercih edilmen daha âdil olur. Nitekim aynı satıcı bu malı senden talip ederse, ona bir defi dermeyan edebilirsin. Fakat o zilyet ise ve sen talep edersen *exceptio dominii*'ye karşı bir *replicatio* ileri sürebilirsin.

5. MESELE

Ulpianus, *Digesta*'da, Iulianus'un *Digesta*'sında şu olaydan bahsettiğini yazmaktadır: Titius, Maevius'un malik olduğu bir köleyi üçüncü kişiye (Ü'ye) satmış ve teslim etmiştir. Maevius, kölesini zilyedi olarak bildiği Titius'a karşı, kölesini geri almak için dava açmıştır. Titius, köle zilyetliğinde olmadığı halde, davayı kabul etmiş, fakat bu arada köle (Ü tarafından) öldürülmüştür.



SORULAR

1 – Iulianus kimdir ve Roma Hukuku tarihindeki rolü nedir? Iulianus'un *Digesta*'sı ne ifade etmektedir?

2 – Titius, Maevius'un malik olduğu bir köle üzerinde üçüncü bir kişi ile alım satım akti yapabilir mi?

3 – Ü, bu kölenin mülkiyetini kazanmış mıdır veya nasıl kazanabilir?

4 – Kölenin maliki Maevius, kölesini istemek için hangi davayı açmıştır ve dava sonucunda ne elde edecektir? Davayı, kölenin öldürülmesinden önce, Ü'ye karşı açmış olsaydı, kölesini geri alabilir miydi?

5 – Ü, bu dava karşısında ne yapabilirdi?

6 – Masraf nedir? Köleye yapılan masraflar geri istenebilir mi? Bu konuda, zilyed'in iyi veya kötü niyetli olması durumu değiştirir mi?

7 – Semere nedir? Köle kadın olsa ve ölmeden çocuk doğursaydı, bu semere sayılır mıydı? Semerelerin iadesi gerekir mi?

8 – Mala gelen zararlar bakımından durum nedir?

5. MESELENİN CEVAPLARI

1 – P. Salvius Iulianus, Kuzey Afrika'da, Hadrimentum şehrinde, M.S. 100 yılında İtalyan bir ailenin çocuğu olarak doğmuştur. Hukukçu Iavolenus'un talebesidir. Hadrianus, Antoninus, Marcus Aurelius gibi imparatorlar zamanında *consilium*'a (imparatorların danışması heyeti) üye idi. Birçok *magistra*'lıklarda bulunmuştur. Hadrianus, ona *quaestor* makamında bulunduğu sırada *propter insignam doctrinam* (üstün bilgisi dolayısıyla) çift maaş ödemiştir. Aynı imparator, Hadrianus ona M.S. 130 yılları civarında *praetor* beyannamesini değişmez hale getirme *(Edictum Perpetuum)* görevini vermiştir. Iulianus, Roma hukukçularının en önemlisi olarak kabul edilmektedir. Eserlerindeki fikir zenginliği, hukuk duygusu ve hukukî meselelere eğilişi ile birçok konuda hukukun gelişmesini etkilemiştir. Klasik devir hukukçuları en çok onun eserlerini zikretmişlerdir. Iustinianus derlemesinde de, en çok ismi geçen hukukçulardan bir tanesidir.

Digesta denildiği zaman, Iustinianus'un *Corpus Iuris Civilis* ismini taşıyan derlemesinde, bugünkü sıra içinde, ikinci kısmı teşkil eden toplama eser anlaşılmaktadır. Diğer adı *Pandectae* olan bu kısım 533 yılında kanun olarak yürürlüğe girmiştir. Klasik devir hukukçularının eserlerinden alınmış parçaları bir araya toplayan bu eser, gerek *ius civile*'yi, gerekse *praetor* hukukunu kapsamaktadır.

Fakat, *Digesta,* sadece Iustinianus derlemesinin bu kısmına verilen bir isim değildir. Daha önce de geniş çaptaki hukuk eserleri bu isimle anılmıştır. *Lex*'lerle birlikte, *ius civile*'yi, *praetor* hukukunun ve *senatus* kararlarını içinde bulunduran, bütün prensipleri ile birlikte hususî hukuku, ceza ve kamu hukukunu kapsayan eserlerdir.

Papinianus, Marcellus, Celsus adlı hukukçular gibi klasik hukukçuların en büyüklerinden biri sayılan, üslubu basit ve açık olan, diğer hukukçuları da zikreden Iulianus'un da *Digesta* niteliğinde ve isminde bir eseri vardır. Bu olay *Corpus Iuris Civilis*'e 450 kadar parça alınmış olan Iulianus'un *Digesta*'sında ele alınmıştır. 90 kitaplık bu *Digesta*'da hukukçunun yeni görüşlerde istişari faaliyetinin büyüklüğü göze çarpmaktadır. Yeni görüşlerde hocası ve çağdaşı Celsus'a nazaran daha ihtiyatlı idi[1].

1) UMUR Z., Roma Hukuku, s. 228-229, 236; SCHWARZ A. B. Roma Hukuku, s. 153; LIEBS D. s. 57.

2 – Titius, kendisinin mâlik olmadığı bir köleyi üçüncü kişiye satmıştır. Alım satım *(emptio venditio)* akti ile, taraflardan biri malı teslim etmek, diğeri de karşılığını para ile ödemek borcu altına girerdi. Roma Hukukunda alım satım akdi, bizim hukukumuzda da olduğu gibi[2], malın mülkiyetini alıcıya nakletmez, satıcı için teslim, alıcı için de semeni ödeme borçlarını yaratırdı. Hattâ, satıcı mülkiyetinin bile nakline mecbur olmayıp, sadece zilyetliği temin borcu altına girerdi. Sadece borç doğuran bir akit olarak alım satımın bu özel bünyesini açıklamak için, devletin kamu toprakları dolayısıyla yaptığı muameleler örnek gösterilmiştir[3].

Roma Hukukunda, alım satım aktinin başlıca özelliği, sadece borç doğurması, malın mülkiyetini nakletmemesi, fakat satıcıyı o malı devir yükümlülüğü altına sokmasıdır. Dolayısıyla, sadece borç doğuran alım satım akti ile bunun sonucu yapılması gereken mülkiyeti nakil muamelesini birbirinden ayırmak gerekir. Yalnız bu muameleler klâsik hukukla Iustinianus hukukunda birbirinden farklıdır. Klasik Roma Hukukunda *res mancipi* eşyanın mülkiyetinin nakli için *mancipatio* veya *in iure cessio* gibi şekilci muamelelere ihtiyaç vardı. Iustinianus hukukunda ise, bütün malların mülkiyeti teslim *(traditio)* ile nakledilmiştir. Hattâ, satıcı Roma Hukukunda, alıcıya karşı; yaptığı mülkiyeti nakil muamelesinin sonuçlarından sorumlu değildi. Yâni, mülkiyet hakkını geçirmekle yükümlü değildi. Alıcı da, kendisinden daha kuvvetli bir hakka sahip üçüncü kişi tarafından zilyetliğinde rahatsız edilmedikçe, kural olarak satıcı borcunu yerine getirmiş sayılırdı. Satıcı, alıcıya karşı «*habere, possidere licere*» den sorumluydu, yani alıcının satın aldığı mala zilyet olmasını, ondan yararlanacak durumda bulunmasını sağlamakla yükümlüydü. Bu bakımdan, satıcının alıcıya karşı verdiği teminat ancak zapta *(evictio)* karşı bir teminattı, hakkın sağlandığına dair bir teminat değildi. Fakat, Roma Hukukunun pek yeterli olmayan ve bazen alıcıyı kendisinin olmadığını bildiği bir malı kullanmak zorunda bırakan prensibi modern hukukumuzda değiştirilmiştir [4]. BK'nun 182. maddesinin 1. fıkrasına

2) BK. m. 182/1: «Satım bir akittir ki onunla satıcı malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder». DI MARZO S., s. 431.

3) DI MARZO S., s. 431.

4) RADO T., s. 126. Bugün, birçok modern hukukta hukukumuzda olduğu gibi, satıcıya mülkiyeti sağlama borcu yüklenmiştir.
Roma Hukukunda satıcı alıcıya *Quirites* mülkiyetini değil, rahat zilyetliği, maldan istifadeyi sağlamak zorundaydı.
Bu sistem: tarıma ait miras hukukuna tâbi şehir evleri için, İngiliz Hukukunda da uygulandığı gibi, 1274 tarihli arazi kanunnamesine göre, 1926 yılından önce devlet mülkiye-

göre, satıcı, satılan malın mülkiyetini alıcıya devretmek zorundadır. Bu yüzden satıcı mülkiyeti devir için gerekli işlemleri yapmalıdır.

Alım satım akti borç doğurduğu, mülkiyeti nakletmediği için, başkasına ait eşyayı satmak mümkündür[5]. Bu sebeple, Titius'un, Maevius'un kölesini üçüncü kişiye satması ve teslim etmesi muteberdir, ancak bu durumda mülkiyet geçmez.

Bugünkü hukukumuzda da, başkasının eşyasını satmak mümkündür. Zira, Roma Hukukundaki gibi, üzerinde alım satım akti yapılan eşyanın, aktin yapılması sırasında satıcının mülkiyetinde olması gerekli değildir. Bu esas, bilhassa nevi borcu doğuran alım satım akitlerinde (yani genel nitelikleriyle belirtilmiş bir eşyanın satımına) uygulama alanı bulmaktadır. Ticarette boş satım ismi verilen bu satım türü çok kullanılır ve kanuna uygundur. Fakat, parça borcu doğuran (yani özel nitelikleriyle belirtilmiş) bir eşyanın satımı da boş satım şeklinde yapılabilir. Meselâ, satıcı, satın aldığı fakat henüz mülkiyetine geçirmediği bir eşyayı satabilir. Bir tablo satıcısı, henüz kendisine teslim edilmemiş belirli bir tablo için müşterisi ile alım satım akti yapabilir[6].

3 – Ü, Titius'u kölenin mâliki sanmaktadır. Fakat, gerçek mâlik Maevius'tur. Ü, köleyi gerçek mâlikten mülkiyetini kazanacak şekilde devralmadığı için, mülkiyet hakkını kazanmamıştır. Gerçek mâlik Maevius'un kölesini istemek hakkı vardır. Zira; Ü, mülkiyet hakkını kazanmış değildir.

Ü, şartları gerçekleştirdiği zaman, olayımızda söz konusu olan kölenin mülkiyetini ancak, kazandırıcı zamanaşımı *(usucapio)* ile kazanabilirdi. *Usucapio* gayrimenkuller için iki, diğer şeyler için bir yıl süren devamlı zilyetlik vasıtasıyla mülkiyetin bir kazanılma yoludur: *dominii ademptio per continuationem possessionis anni vel bienni*[7] : Bir yıllık veya iki yıllık devamlı zilyetlikle mülkiyetin kazanılmasıdır. Daha XII Levha Kanunu (6,3), bir gayrimenkulün iki yıl zilyetlikle mülkiyetinin kazanıldığını ve nakledenin vermesi gereken teminatın *(auctoritas)* sona erdiğini, başka şeyler için

---

tindeki topraklarda (arazi-i emiriyede, mirî arazide de) uygulanmakta idi (TUNÇOMAĞ K., Borçlar Hukuku, II. cilt, Özel Borç İlişkileri, 3. bası, İstanbul 1977, s. 207).

5) D. 18, 1, 28 *rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est:* Başkasına ait şey'in satılabileceğinde hiç şüphe yoktur.

6) TUNÇOMAĞ K., s. 47; ZEVKLİLER A. - AYDOĞDU M. - PETEK H., Özel Borç İlişkileri, gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. Bası, Ankara 1998, s.27-28.

7) D. 41, 3, 3 *Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis «temporis lege definiti»:* Kazandırıcı zamanaşımı, kanun tarafından belirtilen zaman boyunca devam eden zilyetlikle mülkiyetin elde edilmesidir.

ise, bir yıl zilyetliğinin yeterli olduğunu belirtmektedir[8]. Bu hüküm, menkul-gayrimenkul ayırımının Roma Hukukunda, M.Ö. V. yüzyılda, mülkiyetin devri için değil, kazandırıcı zamanaşımı ile elde edilmesi için var olduğunu göstermektedir. Fakat, aynı kanun çalınmış şeylerin kazandırıcı zamanaşımı ile elde edilmesini yasak etmiştir[9].

Bu yasak, bazı müelliflerin görüşüne göre, *usucapio*'nun bir *res mancipi*'yi *mancipatio* yoluyla mâliki olmayan bir kimseden alanın mülkiyeti kazanması için bir vasıta olarak meydana çıktığını göstermektedir. Daha sonra sadece teslim *(traditio)* ile nakledilen bir *res mancipi*'yi de kapsamıştır. Klasik hukukta, malları arasında bulundurmayı *(in bonis habere). Quirites* hukuku mülkiyeti *(dominium ex iure Quiritium)* haline getirmek ve *res mancipi* ve *res nec mancipi*'lerin iyi niyetle, malik olmayandan *(a non domino)* veya temlike yetkili olmayan bir mâlikten iktisap etmiş bir kimseye, mülkiyeti sağlamak gibi, çift fonksiyonu vardı[10].

Usucapio, bir şeyin kime ait olduğuna ait ihtilâfın zamanla sınırlanmayacak şekilde uzamasını önlemek ihtiyacına cevap verirdi[11]. Modern hukuklardaki kazandırıcı zamanaşımı da, aynı sebebe dayanmaktadır[12].

Kazandırıcı zamanaşımı, mülkiyetin *Quirites* hukukuna göre, elde edilmesi yolu olduğu için, eyalet gayrimenkullerine uygulanamazdı. Bunlar için, M.S. II. yüzyılın son yarısında, imparator emirnameleri, *longi temporis* veya *longae possessionis praescriptio* (uzun zamanla veya uzun zilyetli zamanaşımı def'ini) tanıdı. Buna göre, bir eyalet arazisinin zilyedi, zilyetliğinin bir hukukî sebep *(iusta causa)* ve iyi niyetle başladığı ve tarafların aynı veya başka şehirlerde oturmalarına göre [13] bu durumun hazırlar arasında on, gaipler arasında yirmi yıl devam ettiği def'ini ileri sürerek, kendisini mâlike karşı müdafaa edebilirdi[14]. Bu müdafaa imkânı, mülkiyetin bir kazanma şekli olmakta gecikmedi. Daha sonra, İmparator Constantinus, bir gayrimenkulü kırk yıl zilyetliğinde bulunduran kimsenin artık rahatsız edi-

8) Cicero Top, 4, 23 *usus auctoritas fundi biennium est,... ceterarum rerum omnium... annuus est usus:* Gayrimenkulün kazandırıcı zamanaşımı teminatı borcu iki yıl, bütün diğer şeylerin bir yıl sürer.

9) Gai. 2, 45 «*furtivam (rem) lex XII tabularum usucapi prohibet*»: XII Levha Kanunu çalınmış malın zamanaşımı ile kazanılmasını yasak eder.
Bu sebeple, olayımızdaki kölenin mülkiyetinin Ü tarafından elde edilebilmesi için gerekli şartlardan biri, *furtum*'un konusunu teşkil etmemesidir.

10) DI MARZO S., s. 269; KASER M., s. 418-423.

11) D. 41, 10, 5 *Usucapio rerum... constituta est, ut, aliquis litium finis esset:* Malların zamanaşımı ile kazanılması ... davalardan kurtulmak için konuldu.

12) OĞUZMAN K. - SELİÇİ Ö., Eşya Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1997, s. 322-323.

13) Iustinianus, bunu aynı eyalet veya başka başka eyaletler haline getirmiştir (C. 7, 33, 12).

14) DI MARZO S., s. 270.

lemeyeceği hükmünü koydu. 424 yılında, II. Theodosius, otuz yıllık sürenin geçmesi ile, davaların sukut ettiği şeklindeki genel prensibi beyan etmekle, artık mâlikin, bu süre geçtikten sonra malını zilyetten isteyemeyeceği kuralını koydu (C. Th. 4, 14, 1: C. 7, 39, 3).

Iustinianus, *longi temporis praescriptio:* Uzun süreli zamanaşımı def'i ile mülkiyeti kazanmanın geçerli olduğunu kabulden sonra, otuz yıllık zilyetliğe de aynı sonucu tanıdı: Bir kimse, otuz yıl ve iyi niyetle çalınmış bile olsa, gasbedilmemiş bir malı zilyetliğinde bulundurur ve sonra zilyetliği kaybederse, o malı geri alabilirdi. Iustinianus döneminde daha geniş bir değişiklik de yapılması gerekmişti, zira artık, *Quirites* hukuku mülkiyeti ile *in bonis habere* ve İtalya arazisi ile eyalet arazisi arasındaki ayırımın esaslarını kaybolmuştu. Iustinianus da, *usucapio* ile *longi temporis praescriptio*'yu birbiriyle uyuşturdu. Bir kimse, İtalya veya İmparatorluğun başka bir yerinde, bir hukukî sebebe dayanarak, iyi niyetle menkul bir malın üç yıl süre ile zilyetliğine sahip olursa, o malın *usucapio* ile mülkiyetini kazanırdı. Hukukî sebep ve iyi niyetle bir gayrimenkulün hazırlar arasında on, gaipler arasında yirmi yıl zilyetliğine sahip olursa, *longi temporis praescriptio* ile o malın mâliki olurdu[15].

Bu kazandırıcı zamanaşımının şartları Ortaçağ hukukçuları tarafından şöyle özetlenmişti:

Res habilis, titulus, bona fides, possessio, tempus.

Res habilis (malın zamanaşımı ile iktisaba elverişli olması): Özel mülkiyete konu olamayacak mallar *(res extra commercium),* hazineye, hükümdara, dini amaçlara tahsis edilmiş mallar, çalınmış mallar *(res furiva)* ve buna paralel olarak zilyetliği cebren elde edilmiş mallar. Özellikle Roma'da *furtum* kavramının çok geniş olması, sadece mal hırsızlığını değil, kullanma hırsızlığını da kapsaması (meselâ ariyet veya vedia alınmış olan mal üçüncü kişiye devredilirse, mala çalınmış olma vasfı gelir, malı teslim alan kişi iyi niyetli de olsa zamanaşımı ile iktisap edememesi sonucu ortaya çıkar, Gai 2, 50) *usucapio a non domino* (malik olmayandan devralma sonucu gerçekleşen zamanaşımı) ile iktisabı iyice sınırlamaktadır[16].

Titulus (hukuki sebep): Klasik hukukta *iusta causa usucapionis* (zamanaşımı ile iktisabın hukuki sebebi) denilen bu unsur *usucapio*'nun objektif unsuruydu. Zamanaşımı ile iktisaba götüren zilyetliğin geçerli olması için bu unsura dayanması lâzımdı. Eski hukukta aranmayan bu şartın başlıca

15) C. 7, 31, 6 ; I. 2, 6 pr; SIBER H., s. 91-93.

16) Çalınmış mal malikinin zilyetliğine dönerse, *res furtiva* olmaktan çıkar. D. 50, 12, 215. Garbedilmiş mal da daha sonra malikin hakimiyetine dönmüşse, zilyetliği zorla iktisap edilmiş böyle bir malın zamanaşımı ile iktisabı mümkündür. İPEK N., Roma Hukukunda Gasp (Rapina), İstanbul, 2001.

halleri şunlardı; *pro emptore* (alım satım), *pro donato* (bağışlama), *pro legato* (muayyen mal vasiyeti), *pro soluto* (ifa). Bütün bu hallerde *iusta causa*, mülkiyetin zamanaşımı ile iktisabını hukuka uygun hale getiren bir muameledir.

Bona fides (iyiniyet): Kural olarak zilyetlik elde edildiği zaman mevcut olması gereken iyi niyet *usucapio*'nun subjektif unsurudur. Klasik dönem ve Iustinianus hukukunda kişinin iyi niyetinin *usucapio* tamamlanıncaya kadar sürmesi gerekli değildi *(mala fides superveniens non nocet* sonradan gelen kötü niyet zarar vermez) [17]. Bu unsur zilyetliğe sahip olunurken, başka bir kimsenin hakkının ihlal edildiğini bilmemek, devredeni malik veya tasarruf yetkisine sahip zannetmek, genellikle dürüst hareket etmekti. Alım satım akdi gereği zilyetlik elde edilmişse klasik hukukçuların bazıları, iyi niyetin hem akit sırasında hem de zilyetliğin elde edilişi sırasında bulunmasını aramaktaydı[18].

Başkasına ait ve malikin ihmali yahut uzun süre uzakta olması sebebiyle boş kalmış gayrimenkulün zilyetliğini ele geçiren kimse, bu gayrimenkulün başkasına ait olduğunu bildiği için iyi niyetli sayılmazdı, yani *usucapio*'dan yararlanamazdı.

Klasik dönemde *iusta causa* ve *bona fides* gerektirmeyen *usucapio* halleri vardı. *Usucapio pro herede*'de zilyetliği henüz mirasçı tarafından elde edilmemiş tereke mallarının zilyetliğini mirasçı sıfatı ile ele geçiren kimse bunların mülkiyetini zamanaşımı ile -mallar arasında gayrimenkuller bulunsa bile- 1 yıl içinde kazanırdı. Ancak Hadrianus zamanında bu yol kapatılmıştır, Gai. 2, 52; Gai. 2, 54. *Usureceptio*'da ise *fiducia* olarak vermiş olduğu malı zilyetliğinde tutan kimse, borcunu ödedikten sonra, zilyetliğin 1 yıl devam etmesiyle mülkiyeti iktisap etmiş olurdu, Gai. 2, 59-60.

Possessio (zilyetlik): Kazandırıcı zamanaşımı için, malın gerekli süre boyunca zilyedin fiilî hâkimiyetinde kalması gerekiyordu. Ancak zilyedin malı kendisi için zilyet sıfatıyla elinde tutması şarttı. Bu yüzden, rehinli alacaklı, *precarium* alan gibi kimselerin zilyetliği *usucapio*'yu sağlamazdı. Zilyetliğin kaybı kazandırıcı zamanaşımını durdururdu. Zilyetlik yeniden elde edilirse, *usucapio* süresi yeniden işlemeye başlardı. Zilyetliğin tekrar elde edilmesi sırasında, malın başkasına ait olduğu öğrenilmişse, iyi niyet unsuru kalkacağından *usucapio* gerçekleşemezdi.

17) Ortaçağda kilise hukukunun tesiriyle iyi niyetin bütün süre boyunca devam etmesi aranmaktaydı. Bkz. OĞUZMAN - SELİÇİ, s. 325.
18) D. 41, 3, 10 pr; D. 41, 4, 2 pr.

Tempus (zaman): Klasik devirde *usucapio* süresi menkuller için 1, gayrimenkuller için 2, Iustinianus hukukunda menkuller için 3, gayrimenkuller için ise 10 veya 20 yıldı. Özellikle klasik devirde zamanaşımı sürelerinin kısalığı, devren iktisaplarda üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunmamasından doğan sakıncaları giderebiliyordu.

4 – Gerçek malik Maevius, kölesini geri istemek için, Titius'a karşı *rei vindicatio* (istihkak davası) açmıştır.

İstihkak davası mülkiyet hakkını koruyan davalardan biridir. Mal üzerindeki mülkiyetin tam ihlaline karşı, zilyet olmayan *ius civile* malikinin malik olmayan zilyede karşı açtığı davadır. Bu dava ile mal üzerindeki hakkının tanınmasını ve bu sebepten dolayı malın geri verilmesinin veya değerinin ödenmesini talep eder[19]. Roma Hukukunda, *formula* usulü devrinde mahkûmiyet nakdî, belirli bir para miktarınadır. *Rei vindicatio*'da malın geri verilmesi, ancak hâkimin davalıya malın iadesi hakkında verdiği emrin *(clausula arbitraria)* yerine getirilmesi ile sağlanabilirdi. Davalı, ihtilâf konusu malın davacıya iadesi emrine uymazsa, yeminle davacıya takdir ettirilen para miktarına mahkûm edilir, malı *in bonis* muhafaza edebilirdi. Fakat, Nizam Harici Usulde, mahkûmiyetin mutlaka bir para miktarına ait olması gerekmiyordu. Fakat, bazen eski durumun iadesi, yani aynen tazmin imkânsız hale gelebilir. Bu gibi hallerde, zararın tazmini için nakten tazmin yoluna başvurmak gerekir. Aynen tazmin, amacı en iyi gerçekleştiren yoldur. Bununla birlikte, birçok olayda, eski hali aynen yerine getirme, kısmen imkânsız, kısmen maksada aykırı olabilir[20]. Meselâ olayımızda olduğu gibi ölümle sonuçlanan veya ağır cismanî zararlara yol açan olaylarda, şahsiyetin ihlâli gibi hallerde, aynen tazmin imkânsızdır: Ölüleri diriltmek, vücudun kaybedilen organlarını yerine koymak, ırza tasaddi suçlarını telâfi etmek mümkün değildir.

Bu sebeple, Maevius dava sonucunda, kölesini değil, ancak nakdî para tazminatı elde edebilecektir. Köle *litis contestatio*'dan önce ölmüşse, *actio in rem* olan *rei vindicatio* ile takip edilecek bir mal kalmadığından, Maevius şahsi bir dava olan *actio legis Aquiliae*'yi açmalıdır.[21].

Modern hukuklar da, her iki tazminat esasına yer vermiştir: İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna göre, hâkimin, zararın tazmininde geniş bir takdir yetkisi vardır. Hâkim, duruma, kusurun ağırlığına göre, tazminatın şeklini ve

19) DI MARZO S., s. 283.
20) SCHWARZ A. B., Borçlar Hukuku, s. 132-133.
21) SIBER H, s. 101; KASER M., s. 436.

kapsamını tespit eder (BK. 43/1). Bugünkü hukukumuzda, uygulamada, her iki tazmin şekli de (aynen ve para ile) yer almaktadır.

Roma Hukukunda, modern hukukumuzdan farklı olarak, gayrimenkul ve menkul malların istihkak davası aynıdır[22].

Rei vindicatio'da davalı, önceleri, davacının istihkak talebine karşı, mülkiyet iddia eden zilyetti. Fakat, sonraları *rei vindicatio*'nun, üçüncü kişi namına malı elinde bulundurup (âriyet veya vedia alan, yani *detentor)*, kimin namına elinde bulundurduğunu beyan eden kimseye karşı da açılabileceği kabul edildi. Bu kimse, ortaya çıkmazsa, Constantinus'un bir emirnamesine göre, zilyetlik davacıya verilirdi. Iustinianus hukukunda, *rei vindicatio,* zilyet ve *detentor* olmayan, fakat *fictus possessor* (farazî zilyet) olan kimseye karşı da açılabilirdi. Bu durum şu hallerde ortaya çıkabilir: Başkasına ait bir malın zilyedi olan kimsenin, mâlik olmadığını bildiği halde, o malı hileli bir malın zilyedi olan kimsenin, mâlik olmadığını bildiği halde, o malı hileli bir şekilde başkasına devretmek, tahrip etmek veya terketmek şeklinde elinden çıkarması *(qui dolo desiit possidere:* Hile sebebiyle zilyet olmaktan çıkar) veya bir kimsenin zilyetliği olmadığı halde davayı üstüne alarak davacıyı gerçek zilyet üzerinde hataya sevketmesi halinde olurdu. Davacı, *formula* usulünde malik olduğunu iddia eden kimsedir. Davacı mülkiyet hakkını ispat etmek zorundadır. Hâkim, davacının mâlik olduğunu tespit etmelidir.

Olayımızda, Titius, kölenin gerçekte zilyedi olmadığı halde, zilyedi imiş gibi, davayı kabul etmiştir. Fakat mal kendisinde değildir. O halde, *rei vindicatio* ile bu olayda kölenin geri verilmesi sağlanamaz. Bu sebeple, olayın alındığı Ulpianus'un metninde belirtildiği gibi, *rei vindicatio* burada bir tazminat davası niteliğini alacaktır, çünkü köle öldüğünde iadesi *(restitutio)* zaten mümkün değildir, hatta köle öldüğünden Maevius'un mülkiyetinden

22) MK.'un 683. maddesinde tanınan istihkak davası ile, zilyetliği elde edilmek istenen mal menkul ise, dava sonunda alınacak ilâmın icrası bunu sağlar. Buna karşılık tapuya kayıtlı gayrimenkullerde, istihkak davasının fonksiyonunu tapu kaydının tashihi davası yerine getirir. MK. m. 989'daki taşınır (menkul) davası ise, 683. maddedeki istihkak davasından farklıdır. İstihkak davası menkul ve gayrimenkullerde söz konusu olabilir. Menkul davasını, sadece menkul mallar için açmak mümkündür. Bununla birlikte, doktrinde, tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkulleri menkul mala benzer sayma eğiliminde olanlar, menkul davasının, bu gayrimenkuller için açılabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay da MK. m. Eski MK. m.902 (Yeni MK. da m. 989) ve Eski MK. m. 904 (Yeni MK. da m. 991)ün tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkuller için uygulanabileceğini kabul etmektedir (aksi fikir ve diğer farklar için bkz. OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö., s. 94-95, dipnotu 159).

söz edilmez. Durumu bildiği halde davada taraf olmayı kabul eden Titius'un belli bir miktar tazminata mahkumiyeti adil olacaktır[23].

Maevius, *rei vindicatio*'yu Ü'ye karşı kölenin öldürülmesinden önce açmış olsaydı, kölesini klasik devirde (*formula* usulünde), davalının ancak *clausula arbitraria* (muhayyerlik şartına) uyması sonucu geri alabilirdi. *Clausula arbitraria, intentio* ile *condemnatio* arasına, mahkûmiyeti bir şarta bağlayan bir hüküm gibi konurdu[24]. Bu emrin konması, bir malın geri verilmesi veya ortaya çıkarılması için davacıya malın sadece para ile ölçülen değeriyle yetinmemesini sağlamak içindi. Zira, davalı bu emre uymakta «muhayyer» bırakılırdı. Emre uymazsa, hâkim mahkûmiyet kararını yine para üzerinden verirdi. Fakat, bu emirle karşılaşan davalı, genellikle malı vermeği tercih ederdi. Zira, *clausula arbitraria*'nın özelliği şudur: Davalı emre uymazsa, hâkim malın değerini, bizzat davacıya takdir ettirirdi. Genellikle, davacı, malın kendisi için asıl değerinden daha fazla olduğunu iddia edeceğinden, davalının malı geri vererek, mahkûmiyetten kurtulması kendi menfaatine daha uygundu.

Iustinianus hukuku, malın kamu kuvvetinin *(manu militari)* yardımı ile geri alınmasına imkân vermişti[25]. Nizam Harici Usulde mahkûmiyet her hangi bir şey üzerinde olabilmektedir. Hâkim, davacıyı imkân varsa aynen tatmine çalışırdı. Meselâ, davalıyı istihkakı istenen bir malın aynen iadesine veya yapılması istenen bir şeyin yapılmasına mahkûm edebilmekte idi: *(Ad ipsam rem:* Bizzat davanın konusuna mahkûm etmek). Fakat, geri verilmesi istenen mal telef olmuşsa veya başka bir sebeple iadesi imkânsız bir hale gelmişse, hâkim, davalıyı davacıyı tatmin edecek kadar bir para miktarına mahkûm ederdi. Hattâ, o devirde, nakit para kıtlığı olduğundan mahkûmiyetin konusu, meselâ şu kadar miktar buğday gibi, paradan başka mislî bir eşya olabilirdi[26]. Gördüğümüz gibi, zamanımızda da, hâkim, aynen ifanın imkânsız olduğu yerlerde, davacıyı herhangi bir şekilde tatmin edecek mahkûmiyet kararı verebilmektedir.

---

23) LIEBS D. s. 180.

24) Bu *formula* şu şekildedir:
Iudex esto. Si paret rem qua de agitur, ex iure Quiritum Aulii Agerii esse neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito.
«Hâkim olsun. Söz konusu malın *Quirites* hukukuna göre Aulus Agerius'a ait olduğu sabit olursa ve o mal senin emrin üzerine *(arbitrium)* Aulus Agerius'a geri verilmezse, ey hâkim, Numerius Negidius'u o malın tutarı olan para miktarını Aulus Agerius'a ödemeğe mahkûm et, sabit olmazsa beraat ettir.»

25) DI MARZO S., s. 285; SIBER H., s. 102.

26) UMUR Z., Roma Hukuku, s. 615.

5 – Mâlik Maevius'un, Ü'ye karşı dava açması halinde, Titius'un Ü ile yaptığı alım satım aktindeki zapta karşı sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Ü'ye köle, *mancipatio* yoluyla nakledilseydi, Ü, malı zaptedildiği için, semeni ödemiş olması şartıyla, *actio auctoritatis*'i kullanabilirdi. Zaten, zapt ihtimaline karşı teminat olmak üzere, alım satıma özel *stipulatio*'lar eklenirdi: Satılan mal bir *res mancipi* iken, *mancipatio* yapılmamışsa, satıcı *stipulatio duplae (pecuniae)* yoluyla, alıcıya semenin iki misline çıkan bir ceza vermeği taahhüt ederdi. Daha sonraları, satıcının bir teminat vaad etmesinin mecburî olduğu kabul edildi ve nihayet malın tamamen veya kısmen zaptı halinde alıcının zararını tazmin etmek için, akitten doğan dava hakkından *(actio empti)* faydalanması esası kabul edildi[27]. Iustinianus, konunun miktarı veya cinsi belli olan bütün akitlerde, tazminatın semenin veya değerin iki katını aşmaması gerektiği prensibini kabul etti[28].

Ü, bu imkânlardan yararlanarak, kölenin mâliki Maevius tarafından zaptı *(evictio)* halinde, satıcısı Titius'a rücu ederek tazminat isteyecektir.

Bugünkü hukukumuzda ise, satıcı malın mülkiyetini nakletmekle yükümlü olduğu gibi, zapttan önce de, hukukî ayıplardan sorumludur (BK. m. 182,189-193). Fakat, hukukî ayıp meselesi, günümüzde, Roma Hukuku ve Müşterek Hukuka göre daha az önem taşımaktadır. İyi niyetle kazananın korunmasını sağlayan hükümler, bugün alıcının hakkına itiraz olunmasını geniş ölçüde engellemiştir[29]. Zira, satılan mal üzerinde, üçüncü kişilerin aynî hakkı olduğunu bilmeyen alıcının bu durumu (yani iyi niyeti) zilyetliğin devri veya tapu siciline tescil ile korunmaktadır[30]. Genel görüşe göre, haktaki bozukluk, ayıp, alıcının iyi niyeti ile giderilmişse, satıcı mülkiyeti sağlamak borcunu yerine getirmiş sayılır. Ancak, alıcının bu şekilde hak edinmeyi hoş karşılamadığı ve eşyayı eski sahibine geri vermeğe kendisini ahlâ-

27) GIRARD P. F., MAYR R. V., Geschichte und System des römischen Rechtes, Berlin, 1908, s. 602-611.

28) DI MARZO S., s. 439 (C. 7, 4, 47, 1).

29) TUNÇOMAĞ K., s. 209.

30) MK.'un 763. maddesine göre: Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir. Bir taşınırın zilyetliğini iyi niyetle ve mâlik olmak üzere davralan kimse, devreden mülkiyeti nakle yetkili olmasa bile, zilyetlik hükümlerine göre o şeydeki zilyetliği korunduğu andan itibaren mala mâlik olur.
MK. m. 988'e göre, bir menkulün emin sıfatı ile zilyedi olan kimseden iyi niyetle mülkiyeti veya aynî herhangi bir hakkı iktisap olunursa, o kimsede bu tasarrufları yapma yetkisi olmasa bile, iktisap geçerlidir (Fakat, taşınır davasının açılabileceği, malın çalınmış, kaybedilmiş veya diğer herhangi bir suretle rıza elden çıkmış olduğu hallerde, iyi niyetle iktisap korunmaz) (MK. m. 989).
Para ve hâmile muharrer senetlerin iktisabında iyi niyet daha geniş ölçüde korunmuştur. Zira, bunları devreden şahsın, emin sıfatıyla zilyet olması şart değildir (MK. m. 990). (Ayrıca, iyi niyetle iktisabın kısmen korunduğu haller için bkz. MK. m. 989/son).
MK.'nun 1023. maddesine göre, tapu sicilindeki kayda iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya diğer bir aynî hakkı iktisap eden kimsenin, bu iktisabı geçerlidir.

ken mecbur hissettiği durumlar olabilir. İşte bu gibi hallerde zapta karşı teminat hükümleri uygulanabilecektir. Bu hükümlerin uygulanmasını gerektirecek başka olaylar da ortaya çıkabilir: Menkul eşyanın çalınmış veya kaybolmuş olması ve zilyedin zilyetliğe dayanan menkul davası açtığı halde MK. m. 989 hukukî bir koruma sağlamamaktadır. Bu durum, menkul eşyada zapta karşı teminat hükümlerinin başlıca uygulama alanını meydana getirir. Gayrimenkul satımında ise, hukukî bozukluk, çoğu zaman, devir işleminin gerçekleştirmek imkânsızlığı biçiminde ortaya çıkar. Çünkü tapu sicili gerektiği şekilde değildir, meselâ tapu sicilinde satıcıdan bir başkası mâlik olarak görünmekte veya tarafların alım satım aktini yaparken gözönünde bulundurmadıkları tescil edilmiş bazı haklar bulunmaktadır. Bu ihtimal bizim hukukumuzda sık görülmektedir. Özellikle gayrimenkullerde, aktin yapıldığı sırada bir haktaki ayıp gizlenmiş devir muamelesinden önce ortaya çıkabilir ve iyi niyetle edinmeyi imkânsız bırakabilir. Bu durumda da, teminat hükümleri uygulanacaktır. Nihayet, bütün hallerde, aktin yapılması ile satıcının mülkiyeti kazanması arasındaki zaman içinde ortaya çıkan üçüncü kişi hakları söz konusu olabilir; meselâ, satılan eşya haczedilmiş veya üzerine ipotek konulmuştur. Bu hallere, alıcının kötü niyetli olduğu (yani zapt tehlikesini bildiği) durum da eklenebilir[31], ancak sonuncu halde satıcı teminatı özel şekilde taahhüt etmişse, sorumludur[32].

6 – Masraf, bir mal için harcanılan veya onun için kullanılan paradır. Masraflar; zarurî *(impensae necessariae)* faydalı *(impensae utiles)* ve lüks masraflar *(impensae voluptariae)* olarak ayrılır[33]. Zaruri masraflar, bu malın korunması muhafaza amacı ile yapılır[34]. Faydalı masraflar, malı daha yararlı hale getiren veya onu değiştirerek gelirinin artmasını sağlayan masraflardır. Hiç bir iktisadî fayda sağlamayıp, geliri arttırma amacı taşımayan, sadece süslemek güzelleştirmek için yapılan giderler lüks masraftır. Zarurî ve faydalı sayılmayan masrafların lüks masraflar olduğu söylenebilir.[35].

31) Bir menkule kötü niyetle zilyet olan kimse, her zaman, önceki zilyet tarafından geri vermeye zorlanabilir.

32) TUNÇOMAĞ K., s. 210.

33) Modern hukukumuzda da aynı ayırım söz konusudur. Bkz. OĞUZMAN K.- SELİÇİ Ö., s. 106.

34) DI MARZO S., s. 242.
«*Quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit.*» D. 50. 16. 79, 2.
Yapılmadıkları takdirde, eşya ya bozulacak veya telef olacaktır.

35) D. 50, 16, 79, 2 «*Quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent.*» semerelerini arttırmak için değil, sadece süslemek için.
Bu konuda günümüz hukukundan bir örnek vermek gerekirse, bir otomobilin parçalanan lastiği yerine yenisinin alınması zarurî masraf, eskiyen motorunun değiştirilmesi faydalı masraf, renginin değiştirilmesi ise, lüks masraf sayılabilir (OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö., s. 106).

Ancak bu ayırımın kesin bir değeri yoktur. Belirli bir olayda, masrafın mâlik için ortaya çıkardığı iktisadî değişiklik dikkate alınırdı. Meselâ, mâlikin korumakta hiç bir menfaatinin olmadığı bir mal üzerindeki masraflar zarurî olmadığı gibi, kendisine fazla ağır gelen masraf faydalı olmaz ve gerçekte eşyayı daha pahalı satabilmek için, mâlike bir menfaat sağlayan masraf lüks sayılmazdı[36].

Köleye yapılan masraflar istenebilir ve bu konuda, zilyedin iyi veya kötü niyetli olması durumu değiştirir:

İstihkak davası *(rei vindicatio)* açan mâlik, zilyedin mal üzerinde yapmış olduğu masrafları tazminle yükümlüdür. Masrafları talep etmede, masrafın türü ve zilyedin iyi veya kötü niyetli olması önem taşır. (Bu sebeple olayımızda, Ü, Titius'tan satın aldığı köle üzerinde Maevius'un mülkiyet hakkı olduğunu bilmiyorsa ve gerçekte Titius'u mâlik sanarak köleyi almışsa iyi niyetli zilyettir. Fakat, mâlikin Maevius'un olduğunu biliyorsa, Titius kendisine mülkiyeti kazandıramayacaktır. Buna rağmen, yani mülkiyet hakkını elde etmediğini bilmesine rağmen, köleyi kullanmakta devam etmişse, kötü niyetli zilyettir).

Klâsik hukukta, iyi niyetli zilyede mal için yaptığı

a) Zarurî masraflar tamamen,

b) Faydalı masraflar, mâlike sağladıkları menfaat oranında, fakat masraf toplamını geçmemek şartı ile ödenir,

c) Lüks masraflar ise ödenmezdi.

Eğer, mâlik zarurî ve faydalı masrafları ödemezse, davalı malın zilyetliğini muhafaza ederdi *(ius retentionis:* Hapis hakkı)[37].

Kötü niyetli zilyet, hiç bir tazminat iddiasında bulunamazdı. Fakat, Iustinianus hukukunda, zarurî masrafların, kötü niyetli zilyede de (hırsız hariç) tazmin edilmesi kabul edildi[38]. Faydalı masraflar üzerinde tazminat hakkının sadece, iyi niyet sahibi zilyede tanınması devam ettirilmiştir. İyi ve kötü niyetli zilyede, faydalı ve lüks masraflar için, mala zarar vermeyen ve kendilerine her hangi bir menfaat temin edebilen şeyleri alıp götürmek yet-

36) DI MARZO S., s. 242.

37) MK. m. 994. bu iadeden kaçınma yetkisi için «tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir» demekte ve bazı hukukçular bunu bir hapis hakkı olarak kabul etmektedir. Bu görüşü kabul etmeyen hukukçulara göre ise, bu eski MK. m. 864 anlamında (yeni MK.'da m. 950) bir hapis hakkı değil, iadeden kaçınma yetkisidir. Bu yetkinin hapis hakkından en önemli farkı, masraflarını tahsil edemeyen zilyedin malı sattırarak, karşılığını elde edememesidir.

38) MK. m. 995/2'ye göre, kötü niyetli zilyet, yapılması hak sahibi için de «zarurî» olan masraflar dışındaki masraflarını isteyemez.

kisi *(ius tollendi)* tanınmıştır. Bu sebeple, duvarda yapılmış bir resmi, kendisine bir menfaat sağlamadığı için silemezdi. Eğer, mâlik *ius tollendi*'ye engel olmak isterse, zilyede alıp götürmesi mümkün olan şeylerin parasını verirdi[39].

Medenî Kanunumuz da, zilyedin zilyet bulunduğu mala yaptığı masrafları, zilyedin ve masrafların durumu bakımından ayrı hükümlere tâbi tutulmuştur. Bu konudaki prensiplerin Roma Hukukundakilerle aynı olduğu görülmektedir:

Malı iade ile yükümlü iyi niyetli zilyet zarurî ve faydalı masrafların karşılığını talep edebilir. Bu zilyet, lüks masrafların karşılığını isteyemez. Fakat, yaptığı masraf sonucu, maldaki ilâveyi zarar vermeden ayırma imkânı varsa, bunları alabilir (MK. m. 994).

Zilyetliğinin haksız olduğunu bilen veya gerekli ihtimamı sarfetmiş olsaydı, bunu öğrenebilecek zilyet, kötü niyetli zilyettir. Meselâ, bir malı çalan hırsız, malı hırsızdan devralan ve gerekli dikkati gösterseydi, malın çalındığını anlayabilecek kimse, kötü niyetli zilyettir. Kötü niyetli zilyet, hak sahibi için yapılması zarurî masrafların karşılığını isteyebilir, faydalı ve lüks masrafları isteyemez (MK. m. 995). İsteyebileceği masraflar için de, masraf ödeninceye kadar malı iade etmeme hakkı yoktur.

7 – Semere *(fructus)*, bitki, maden, hayvan gibi mallardan sağlanan gelirlerdir. Semereler, henüz ürünü oldukları şeye ekli ve onun mütemmim cüzü sayılıyorlarsa *pendentes*[40], ayrılmış, kopmuş iseler *separati;* toplanmış iseler *percepti;* elde edilmesi veya toplanması mümkün olup da henüz toplanmamışlarsa *percipiendi*[41] isimlerini alırlardı. Tüketilmiş semerelere *fructus consumpti* denmektedir.

Gerçekten semere olmamakla birlikte, hukukî bir muamele sonucu bir maldan sağlanan gelir, bazı bakımlardan semere kabul edilirdi: (Ulp. D. 22, 1, 34 ve 36) *usurae vicem fructuum obtinent; praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur:* Faiz semerenin yerinedir, şehirlerdeki evle-

39) DI MARZO S., s. 264.

40) Gaius D. 6, 1, 44 *fructus pendestes pars fundi videntur:* Asılı (dalda) olan meyvalar arazinin bir parçası olarak kabul edilir.

41) DI MARZO S., s. 241, dn. 29'da Codex Theodosianus 4, 18, 1'e dayanarak *percipiendi* semereler şu şekilde açıklanmaktadır: İhtimamlı bir gayretle mâlikin istifadesine sunulabilecek olanlar *(quales per diligentem culturam consequi proprii domini utilitas potuisset).*

rin kira bedelleri semere olarak kabul edilir. Bu anlamda , bugün «tabiî semereler» karşılığı olan «medenî (hukukî) semereler»den söz edilir[42].

Hayvanların yavruları, yün ve süt gibi ürünleri semere olduğu halde, köle kadının çocuğu böyle değildi. Cumhuriyet devri hukukçuları arasında bu mesele münakaşa konusu olmuş ve genellikle köle kadınların başka çocuklar yetiştirmek için tutulmadıkları sebebine dayanarak, bu görüş hâkim olmuştur. Dolayısıyla, iktisadî bakımdan, kölelerin insan oldukları dikkate alınmıştır[43].

Mal, *rei vindicatio* (istihkak davasının) tesbiti anında, davacıya iade edilmiş olsaydı, eline ne geçecek idiyse, o şekilde iade edilmeliydi. Bu konuda davanın tespiti *(litis constestatio)* önem taşımaktadır. Ayrıca, iade borcu altında bulunan zilyedin, iyi veya kötü niyetli olması da iade borcunda değişiklik yapmaktadır. Zaten, *rei vindicatio*'nun amacı mülkiyet hakkının tesbiti ve ona bağlı diğer şeylerle geri verilmesidir. O halde, hem zilyet olunan mal iade edilecek, hem de ona bağlı semereler iade edilecektir. İyi niyetli zilyet, davanın tesbitinden önceki semerelerden sorumlu değildir[44]. Iustinianus hukukunda, iyi niyetli zilyet, davanın tesbiti anında önce kendisinde bulunan semereleri, davanın tesbitiyle geri vermek zorunda idi. Davanın tesbitinden sonra aldığı semereler için ise, ihmali yüzünden almadığı semerelerden de *(fructus percipiendi)* sorumlu olan kötü niyet sahibi zilyede eşit tutulmuştur. Davanın tespitinden sonra aldığı semereleri geri vermesi gerekir.

42) DI MARZO S., s. 241.

43) D. 5. 3, 27 pr.: «*quia non temere anciallae eius rei causa comparantur, ut pariant*»: köle kadınlar doğuracakları düşünülerek iktisap edilemez.
D. 7, 1, 66 pr.: «*Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret, sed Bruti sententia optinuit fructuarium, in eo locum non habere neque enim fructu hominis homo esse potest*» :Eski bir ihtilâftır. İntifa verilmiş olan kadın kölenin çocukları intifa sahibinin mülkiyetine geçer mi? Fakat, takip edilen Brutus'un görüşüne göre, intifa sahibinin böyle bir hakkı yoktur. Zira, bir insana başka bir insandan meydana gelmiş bir semere olarak bakılmaz.
Bu konuda, *interpolatio* iddiaları taşımakla birlikte, şu metin hâkim görüşü yansıtmaktadır: Gaius D. 22, 1, 28, 1: *absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia comparavit.* Zira, tabiatın, bütün semereleri kendisi için yaratmış olduğu insanı, bir semere kabul etmek anlamsızdır (I. 2, 1, 37).

44) MK. m. 993/1'e göre de, iyi niyetle zilyet bulunduğu maldan varlığına inandığı hakkına uygun olarak yararlanan kimse, o malı geri vermekle yükümlü tutulduğu kimseye karşı, bu yüzden tazminat ödemek zorunda değildir.
Yargıtay HGK., 23.1.1975 tarihli bir kararında (E. 971/T. 486, K. 1201) (İBD., c. 49, yıl 1975, s. 325'de yayınlanmıştır), iyi niyetli zilyedin tazminat borcu doğmayacağını belirtmektedir: «Tapulu gayrimenkulü haricen satın alan kimse, iyi niyetli sayıldığına göre, intifa ettiği semereleri tazmin ile mükellef değildir.»

Bu şekilde, davanın tespiti, davalı için iyi niyeti kaldıran bir durum yaratmaktadır. Davalı, artık zilyedi bulunduğu mal üzerinde başkasının da hak iddia ettiğini öğrenince, daha dikkatli davranmak zorundadır.

Kötü niyetli zilyet, davanın tesbitinden önce almış olduğu semerelerden de sorumludur[45]. Bunlar, kötü niyetli zilyetten, halen zilyetliğinde ise *(fructus extantes)* ayrı bir *rei vindicatio* ile istenir. Eğer semereler, kötü niyetli zilyet tarafından tüketilmişse *(consumpti)* bir *condictio* açılması gerekir[46]. Dolayısıyla, mevcut semereleri geri verecek, kullandıklarını tazmin edecek ve elde etmeği ihmal ettiği semereleri de tazmin edecektir[47].

8 – Mala gelen zararlar bakımından da, zilyedin iyi veya kötü niyetli olmasının rolü vardır. İyi niyet sahibi zilyet, davanın tesbitinden önceki zararlardan, kendi malı üzerinde ihmalkâr davranmış gibi, sorumlu tutulmazdı. Davanın tesbitinden sonra ise, kast ve ihmalinden dolayı meydana gelen zararlardan sorumlu idi[48].

Kötü niyetli zilyet, davanın tesbitinden önce mala gelen zararlardan kastı ve hafif de olsa ihmali sonucu sorumlu idi[49]. Davanın tesbitinden sonra ise, beklenmedik hallerden dahi (mâlikin de aynı zarara uğrayacağını isbat etmesi hali dışında) sorumlu idi[50].

Bugünkü hukukumuzda, kötü niyetli zilyedin iade borcunun kapsamının düzenleyen MK.'nun 995. maddesinde de aynı esaslar vardır. Bu tazminat borcu, haksız fiil esasına dayanmaktadır, fakat kusur aranmaz. Zilyedin kötü niyetli olması, tazminat yükümlülüğü için yeterlidir. Fakat, zarar ile kötü niyetli zilyetlik arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bu sebeple, kötü niyetli zilyet, maldaki zararın talep edenin zilyetliğinde de olacağını ispat ederse, bu zarardan sorumlu olmaz[51]. Kötü niyetli zilyedin evinde çıkan yangında mal yanarsa, zilyet bunun kıymetini tazmin edecektir. Fakat, mal bir hayvan olsa ve yaşlılığı sebebiyle ölse, zilyet bunun kıymetinin tazmin etmez[52].

45) MK. m. 995'e göre de, kötü niyetli zilyet, elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereler için tazminat vermek zorundadır.

46) Zira, kötü niyetli zilyedin malvarlığında haksız, geçerli bir sebebe dayanmayan bir artma meydana gelmiştir.

47) C. 4, 9, 3.

48) DI MARZO S., s. 286.

49) MK.'un 995. maddesine göre de, kötü niyetli zilyet, kendisinde bulunan malın kime geri verilmesi gerektiğini bilmediği süre içinde, ancak kendi kusuru yüzünden meydana gelen zararlardan sorumlu olur.

50) DI MARZO S., s. 286.

51) Meselâ, iadeyi talep edenle, kötü niyetli zilyedin oturdukları aynı binada çıkan yangında, her ikisinin de daireleri ve bu arada ihtilâf konusu mal yanarsa, sorumlu değildir.

52) OĞUZMAN K. - SELİÇİ Ö., s. 109.

5. MESELENİN METİNLERİ

D. 6, 1, 17 pr (Ulpianus libro sexto decimo ad edictum).

Iulianus libro sexto digestorum scribit, si hominem, qui Maevii erat, emero a Titio; deinde cum eum Maevius a me peteret, eundum vendidero eumque emptor occiderit, aequum esse me pretium Maevio restituere.

D. 6, 1, 17 pr.(Ulpianus'un beyanname şerhinin 16. kitabından)

Iulianus *Digesta*'sının altıncı kitabında şöyle yazmaktadır: Eğer Maevius'a ait bir köleyi Titius'dan satın alsam, daha sonra Maevius onu benden talep ettiği zaman, köleyi başkasına satmış olsam ve satın alan da köleyi öldürmüş olsa, benim Maevius'a (kölenin) semenini vermem hakkaniyete uygundur.

D. 50, 17, 136 (Paulus libro octavo ad edictum)

Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.

D. 50, 17, 136 (Paulus'un beyanname şerhinin 8. kitabından)

İyi niyet, zilyede gerçek hukuki durumla aynı olanı sağlar, meğer ki bu kanun tarafından yasaklanmış olmasın.

6. MESELE

H, üzerindeki İ'nin intifa hakkına sahip olduğu M'ye ait bahçedeki ağaçların üzerindeki olgunlaşmış elmaları gizlice koparark alıp götürmüştür.

SORULAR

1 – İ'nin bir elma bahçesi üzerinde intifa hakkına sahip olması ne demektir? İntifa hakkı nasıl tesis edilir?

2 – İntifa hakkının konusunu hangi mallar teşkil eder?

3 – İntifa hakkı başkasına devredilebilir mi?

4 – İntifa hakkı nasıl sona erer?

5 – H'nin fiili nasıl nitelendirilir? Genellikle bu fiil dolayısıyla hangi davalar açılır, ne istenir? Olayda kim hangi davayı açacak, ne isteyecektir?

6 – M'nin bahçesinin satıp devrettiği yeni malik Ü, İ'nin intifa hakkını tanımazsa, İ, kime karşı hangi davayla başvuracaktır? Bu davanın özelliklerini anlatınız

7 – İntifa hakkı Türk Hukukunda nasıl düzenlenmiştir?

6. MESELENİN CEVAPLARI

1 – İntifa *(ususfructus)* başkasına ait bir şeyi kullanmak ve onun özünü bozmadan semeresine malik olmak hakkıdır. (D. 7, 1, 1) İntifa hakkı semere veren bir mal üzerinde sınırlı bir ayni hak olduğundan[1], İ bu bahçeyi kullanacak ve elmalarından faydalanacaktır. İntifa hakkı sahibi olan İ, çıplak mülkiyeti *(nuda propriestas)* M'ye ait bu elma bahçesinin üzerinde kullanma *(usus)* semere iktisabı *(fructus)*[2] yetkilerine sahiptir. Ancak aynı bahçe üzerinde tasarruf yetkisi *(abusus)* M'de kalmıştır[3].

---

1) İntifa hakkı gibi, şahıs lehine tesis edilen irtifak hakları Roma Hukukunda *usus, habitatio* ve *operae servorum aut animalium*'dur.
Usus, başkasına ait bir malı kullanma hakkıdır. İntifa hakkından farklı olarak *usus*'da hak sahibinin semere iktisabı hakkı yoktu *(uti potest, frui non potest).* Bu sınırlı aynî hak genellikle intifa hakkı gibi evler ve araziler üzerinde muayyen mal vasiyeti yoluyla kurulmaktaydı. Klasik hukukçular hak sahibine kullanma dışında bazı faydalanma imkânları tanımak eğilimi göstermişlerdi; bir ev üzerinde *usus* hakkına sahip olanın ailesini, azatlılarını kölelerini ve dostlarını oraya alabileceği kabul edilmişti (D. 7, 8, 2, 1). Yine hak sahibi günlük ihtiyacı için arazinin sebze, meyva ve çiçek gibi ürününden yararlanabilmekteydi (D. 7, 8, 12, 1 vd.). Ancak hak sahibinin hakkını, gayrimenkulü kiraya vermek suretiyle kullanıp kullanamayacağı tartışmalıydı, çünkü kira ücreti almak -hukukî- semere iktisabı niteliğindedir. Bununla beraber D. 7, 8, 2, 1 bir evi kullanana, kendisi de evde oturmak şartıyla ihtiyaç fazlası odalarını kiraya vermek yetkisini tanımaktadır (Aksi görüşü Gaius D. 7, 8, 11'de belirtmektedir).
Habitatio, sükna hakkı, mülkiyeti başkasına ait olan bir evde hayat boyu oturmak hakkıdır, sınırlı bir aynî haktır. Klasik devirde sükna hakkının bir *usus* mu, yoksa *ususfructus* mu olduğu tartışmalıydı (D. 7, 8, 2, 1). *Corpus Iuris Civilis*'i hazırlarken klasik devrin tartışmalarını nihaî bir çözüme bağlamayı hedef almış olan Iustinianus,bu konudaki ihtilâfı, *habitatio*'nun kullanma ve intifa haklarından ayrı bir aynî hak olduğunu kabul ederek halletti.
Operae servorum aut animalium, başkasına ait köle veya hayvanların iş gücünden istifade hakkıdır. Burada da klasik devirde bir *usus* mu, yoksa *ususfructus* mu olduğu tartışmalıdır. Bu irtifakın hayvanların hizmetlerine de teşmilinin postklasik devirde ortaya çıktığı sanılmaktadır.
Bu üç hak intifa hakkı gibi tesis edilir, aynı dava ile himaye edilir ve aynı şekilde sona ererdi. SIBER H., s. 112 vd; UMUR Z., Ders Notları, s. 486-487.

2) İntifa hakkı sahibi semereleri zilyetliğine geçirdiği anda iktisap ediyordu.

3) Tasarruf yetkisi bir hakka doğrudan doğruya tesir eden muameleler yapmak yetkisidir. Bir malın mülkiyetini devretmek, rehin hakkı tesis etmek gibi. İşte bu yetki malın malikinde bulunur. Ancak malikin tasarrufu ile hak elde eden kişiler intifa hakkı sahibinin hakkına uymak zorundadır.

İ, intifa hakkını kullanırken malın özüne zarar verecek davranışlardan kaçınmalıdır, özellikle malın niteliğini değiştiren fiillerden kaçınacaktır[4] meselâ, İ elma bahçesini, ağaçlarını keserek bir tarla haline dönüştüremez, evin odalarının şeklini değiştiremez, hususî bir hamamı umumî hamam haline getiremez[5].

İntifa hakkı, *ius civile*'ye göre *in iure cessio* ile tesis edilirdi[6]. Ancak *ususfructus*'un tesisinde ekseriya kullanılan usul, bir muayyen mal vasiyeti tipi olan *legatum per vindicationem*'dir[7]. Bu şekilde kendisine intifa hakkı vasiyet edilen kişi, miras bırakanın ölümünden sonra aynî bir dava ile hakkına riayet edilmesini miraşçılardan (veya bu hakkını tanımak istemeyen her kişiden) isteyebilmekteydi[8]. *Mancipatio* veya *in iure cessio* ile bir mal üzerindeki çıplak mülkiyet devredilirken intifa hakkı devredende kalabilmekteydi *(deductio usufructus)* D. 8, 3, 30. Müşterek mülkiyetin taksimi sırasında hâkim, *adiudicatio*'nun kendisine verdiği yetkiye dayanarak paydaşlardan bazılarına bağımsız mülkiyeti tanırken diğerleri için intifa hakkı tesis edebilirdi.

---

4) İntifa hakkı sahibi malın kendisine tesliminden önce malın malikine *cautio usufructuaria* adı verilen bir teminat göstermek zorundaydı (D. 7, 5, 1). Bu teminatı veren intifa hakkı sahibi, intifa hakkını dürüst olarak *(arbitratu boni viri)* kullanmayı, hakkın sona ermesinden sonra malı malike iade etmeyi ve kasıtlı davranışlardan kaçınmayı taahhüt eder. İntifa hakkı sahibi bu tahhüdüne aykırı hareket edecek olursa, malike bir *praetor stipulatio*'su verilene kadar, *praetor,* intifa hakkı sahibine, dava hakkını vermez, çıplak mülkiyet hakkı sahibine, istihkak davasını açmak imkânını tanırdı.

5) Bununla birlikte, hukukçular intifa hakkı sahibine, meselâ bir gayrimenkulde yeni maden ocakları açmak veya bir eve yeni pencereler ilâve etmek suretiyle malın gelirini arttırmak imkânlarını tanıyarak yetkilerini artırmıştır. Ancak bu sırada intifa hakkı sahibinden iyi bir aile babası gibi davranması beklenmektedir, D. 7, 1 , 9, 2. UMUR Z., Ders Notları, s. 483.

6) Burada farazî dava olarak *actio confessoria* açılırdı. İntifa hakkı sahibi bu davayı açınca, malik *praetor* önünde onun intifa iddiasını kabul eder ve bu şekilde sadece sanki bir mahkeme kararı varmış gibi intifa hakkı kurulmuş olurdu. UMUR Z., Ders Notları, s. 484-485; KASER M., s. 451.

7) Roma Miras Hukukunda, günümüz hukukundan farklı olarak vasiyetname yoluyla mirasçılık ve kanunî mirasçılık birarada mevcut olamazdı *(Nemo pro parte testatus pro intestatus decedere potest).* Bu yüzden vasiyetname ile kendisine küllî halef tayin eden kimse, mirasçı olamayacak kişiler muayyen mal vasiyeti *(legatum)* ile bazı imkânlar sağlardı. Bu sebeple *legatum ususfructus* (intifa hakkına ilişkin muayyen mal vasiyeti) muhtemelen M.Ö. 3. yüzyılda ölenin terekesinden pay alamayacak olan dul eşin, evlenmemiş kız çocuğunun hayat boyunca gelire sahip olmaları gayesiyle getirilmiş bir çareydi. HONSELL H., s. 68.

8) Dava için bkz. aşağıda soru 6.

Şekilsiz bir anlaşma *(pactum)* ile tesis edilen intifa hakkı ancak *praetor* hukukuna göre hüküm ifade ediyordu. *Praetor,* bu durumda, mâlik bir *actio negatoria in rem* açtığı takdirde, davalıya bir *exceptio doli* ileri sürmek imkânı tanıyordu[9].

2 – İntifa hakkı, kural olarak, sadece tüketilmeyen mallar üzerinde[10] tesis edilebilir ve bu hakkın önceleri semere veren gayrimenkuller üzerinde uygulanmış olması kuvvetle muhtemeldir. Ancak Cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren bütün mallar üzerinde intifa hakkı tesis edilebildiği anlaşılmaktadır. Tabiî semere veren mallar dışında kalan mallar üzerinde, meselâ bina, köle, elbise gibi, intifa hakkı tesis edilmişse, hak sahibi bunlardan kullanma, özellikle kiraya verme yoluyla fayda temin ediyordu. D. 7, 1, 12, 2. Bir alacağın intifa hakkına konu olup olamayacağı meselesi *(usufructus nominis)* çok tartışılmıştır (D. 7, 5, 3). Üçüncü bir şahsa karşı mevcut olan alacak üzerinde, lehine intifa hakkı tesis edilen kimse, alacağın faizlerinden yararlanmak hakkını elde etmekteydi (D. 33, 2, 24 pr). İntifa hakkı borçlu lehine tesis edilmişse, intifa hakkı sona erene kadar, borçlu faiz ödememek yetkisine sahip oluyordu (D. 7, 5, 3).

3 – İntifa hakkı şahsa bağlı bir aynî hak olduğundan, başkasına devredilemez *(ususfructus alienari non gotest,* D. 27, 9, 3, 5) ve hak sahibinin ölümüyle de mirasçılarına geçmez (D. 7, 8, 21). Bununla beraber intifa hakkının devredilememesi ile bu hakkın kullanılmasının bırakılmasını karıştırmamak lâzımdır. İ, aynî olan intifa hakkını kendisinde tutarak elma bahçesini başka bir kimseye kiralayabilir ve bu suretle alacağı kira ücreti zaten semeredir (D. 7, 1, 12, 2).

4 – Tarafların anlaşmasıyla intifa hakkını *ius civile*'ye göre sona erdirmek için bir *in iure cessio* yapılmalıydı. Farazî bir dava olan *in iure cessio,* intifa hakkının sona erdirilmesi amacıyla bir *actio negatoria in rem* (müdahalenin men'i) tarzında düzenlenirdi: M, İ'ye *praetor* önünde bir *actio negatoria in rem* açmış olur, yani İ'nin intifa hakkına dayanarak malından

9) Eyalet arazilerindeki intifa hakkı tesisi için, diğer irtifak hakları gibi *pactiones et stipulationes* usulüne başvurulurdu (Bkz. UMUR Z., Lügat). Iustinianus hukukunda irtifakların şekilsiz, hatta örtülü bir anlaşma ile tesisi mümkün olmaktaydı.

10) İmparatorluğun başlarında tüketilebilen mallar üzerinde intifa hakkı kabul edilmişti. Bu mallar üzerinde intifa hakkı sahibi aslında tam bir mülkiyet hakkı iktisap ediyor ve kendisi lehine bu mallar üzerinde intifa hakkı tanınmış kimseye *cautio usufructuaria* ile aynı miktar ve neviden malı iade borcu altına giriyordu (D. 7, 5, 5, 1). *Quasi usurfructus* (intifa benzeri) denilen bu özel durum aslında aynî hak münasebeti olmaktan çok, karz münasebetiydi. Bu özel durum Türk Hukukunda MK. m. 819'da ifadesini bulmuştur.

yararlanmasının haksız olduğunu öne sürer, İ'de onun bu iddiasını kabul edince, *praetor* önünde İ'nin intifa hakkının bulunmadığı tespit edilmiş olurdu. İntifa hakkını ortadan kaldıran diğer haller şöyle sıralanabilir: İntifa hakkı sahibinin ölümü, hürriyet veya vatandaşlık durumlarının *(status libertatis* veya *status civitatis)* kaybı; mülkiyet ve intifa haklarının aynı kişide toplanması *(consolidatio).* İntifa hakkının konusunu teşkil eden gayrimenkulün (veya menkulün) telef olması veya intifa hakkının kullanılmasına imkân bırakmayacak şekilde değişmesi (meselâ üzerinde intifa hakkı bulunan ormanın yanması), belirli bir süreyle sınırlı olarak tesis edilmiş intifa hakkında sürenin sona ermesi, bkz, D. 7, 1, 2; D. 7, 4, 3, 3; D. 7, 2, 3, 2. Ayrıca belirli bir süre kullanmamak intifa hakkını sona erdirmekteydi. Bu süre klasik devirde gayrimenkuller için iki, menkuller için bir yıldı; Iustinianus devrinde ise aynı yerde bulunanlar arasında on, aynı yerde bulunmayanlar arasında yirmi yıl olmuştur[11].

5 – H elmaları çalmıştır, yani hırsızlık *(furtum)* haksız fiilini işlemiştir. *Furtum rei* (mal hırsızlığı), menkul bir malın kazanç gayesiyle -kural olarak- gizlice ve kasten ele geçirilmesidir *(contrectatio rei fraudulosa lucri faciendo gratia).* Hırsızlık fiili dolayısıyla biri ceza davası diğeri tazminat davası olan iki dava doğar. a) *Actio furti* ceza davasıdır, hırsız çaldığı malın iki veya (suçüstü yakalanırsa) dört misline mahkûm edilir ve bu mahkûmiyet sonucu *infamis* olur. Bu davayı ilk plânda malik açar, ancak Cumhuriyet devrinin sonlarından itibaren malın çalınmamasında menfaati olanların da *actio furti*'yi açacağı kabul edilmiştir[12], b) *Condictio furtiva* bir tazminat davasıdır, çalınan malın malik tarafından hırsıza karşı açılır ve diğer sebepsiz iktisap davaları gibi sadece malın değerinin verilmesine yöneliktir[13].

Olayda *actio furti*'yi hem malik M'nin, hem de intifa hakkı sahibi İ'nin açması mümkündü. Ağaçlar üzerindeki elmalar henüz M'nin mülkiyetinde olduğundan *(fructus pendentes)* [14] *actio furti*'yi M açacağı gibi, elmaların çalınmamasında İ'nin menfaati olduğundan, o da açabilir (D. 47, 2,

11) UMUR Z., Ders Notları, s. 485.

12) Özellikle, *custodia*'dan, yani malın çalınmasından dolayı sorumlu olanlar (ariyet alan kiracı, malı satmış, fakat teslim etmemiş olan satıcı, istisna akdinde müteahhit, hizmet akdinde işçi gibi) *actio furti*'yi açabiliyordu.

13) Malik malını geri almak için *rei vindicatio* da açabilir, ancak bu hırsızlıktan doğan bir dava değil, mülkiyet hakkından doğan bir davadır. Duruma göre malik için *rei vindicatio* veya *condictio furtiva* açmak daha uygundur, çünkü davacı bu takdirde malla birlikte semereleri ve mala verilen zararları da talep edebilir, halbuki *condictio furtiva* dar hukuk davası olduğundan bununla sadece malın değeri istenebilir. Eğer mal hırsızın zilyetliğinde değilse, klasik devirde hırsıza karşı istihkak davası açılamaz (mal telef olmuşsa veya elinden çıkmışsa) sadece *condictio furtiva* açılabilir.

14) *Fructus pendestes* (asılı semereler) için bkz. 15. mesele dipnotu 3.

46). Burada bir hususu da açıklığa kavuşturmak yerinde olur: Elmalar İ tarafından toplandıktan sonra çalınırsa, *actio furti*'yi sadece İ açabilir, çünkü İ elmaları (semere iktisabı yoluyla) zilyetliğine geçirerek mülkiyetini kazandığından, M'nin toplanmış elmalar üzerinde mülkiyeti kalmamıştır.

6 – İ'nin intifa hakkı aynî hak olduğundan, bu hakkını malın mülkiyetini kim elde ederse etsin, ileri sürebilir. Bu durumda, İ intifa hakkını koruyan aynî dava olan *actio confessoria*'yı Ü'ye açarak onun da intifa hakkını tanımasını sağlayabilir. Klasik devirde adı *vindicatio ususfructus* (D. 43, 16, 3, 14) olan bu aynî dava önceleri sadece malike karşı açılırken, sonradan üzerinde intifa hakkı bulunan malın bütün zilyetlerine karşı da açılabilmekteydi (D. 7, 6, 5, 1). Davanın gayesi, mal üzerinde intifa hakkının bulunduğunun tesbiti ve bu hakkın kapsamına uyan durumun tesisidir[15].

7 – Türk Hukukunda intifa hakkı, başkasına ait bir maldan yararlanma yetkisi veren aynî bir haktır, sınırlı aynî haklar gurubuna girer. MK. m. 794/1'e göre intifa hakkı menkul, gayrimenkul mallar, haklar ve bir malvarlığı üzerinde tesis edilebilir. İntifa hakkının konusu tüketimi kabil bir mal ise, Roma Hukukunda olduğu gibi malın mülkiyeti intifa hakkı sahibine geçer ve hak sahibi intifanın başladığı gündeki değerini borçlanır (MK. m. 819).

İntifa hakkı sahibi malın kullanılış biçimini değiştiremez. Ormanlar ve madenler üzerindeki intifa hakkının kullanılması malın cevherine zarar vermemelidir. Daha genel bir ifadeyle, intifa hakkı kullanırken, malın özünü tahrif edecek davranışlardan kaçınılmalıdır (MK. m. 816-818).

23. 11. 1990 tarihli 3678 sayılı kanunla değişiklik yapılıncaya kadar Medeni Kanun bazı mirasçılara (örneğin sağ kalan eşe) intifa hakkı tanımaktaydı.

İntifa hakkı, gayrimenkul mallarda tescil, menkullerde malın faydalanacak kimseye teslimi, alacaklarda ise alacağın devriyle kurulur. Malın yok olması, gayrimenkullerde intifa kaydının terkini ile sona erer (bkz. MK. m. 796).

İntifa hakkı konusu olan malın satılıp, mülkiyetinin devriyle intifa hakkı sona ermez. Malı satın ve devralan kimse, sadece çıplak mülkiyete sahip olur. İntifa hakkı kural olarak, sahibinin hayatı boyunca devam eder,

15) KASER M., s. 453.

fakat bir süre ile sınırlanması da mümkündür. Tüzel kişiler lehine intifa hakkı, en çok 100 yıl devam eder.

İntifa hakkı başkasına devredilemez, fakat kullanılması devredilebilir (Bu husus MK. m. 806. maddesinin mehazı olan İsviçre MK. m. 758 dikkate alındığı zaman ortaya çıkmaktadır), yani söz konusu mal, âriyet olarak veya kira ile başkasına bırakılabilir.

Malik, intifa olunan şeyin haksız veya niteliğine aykırı biçimde kullanılmasına karşı koyabilir. Haklarının tehlikede olduğunu ispat ederek, intifa hakkı sahibinden teminat isteyebilir (MK. m. 808).

Mal sahibi büsbütün harap olan malı tekrara haline getirmeye mecbur değildir, getirirse intifa hakkı tekrar canlanır (MK. m. 798).

6. MESELENİN METİNLERİ

D. 7, 1, 12, 5 (Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum).

Iulianus libro tringensimo quinto digestorum tractat, si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendestes, cui condictione teneatur, domino fundi an fructuario et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam, interfuit eius fructus non esse ablatos...

D. 7, 1, 12, 5 (Ulpianus'un Sabinus şerhinin 17. kitabından)

Iulianus *Digesta*'larının 35. kitabında, asılı olgun semereleri toplamış veya kesmiş hırsızın *condictio (furtiva)* ile gayrimenkulün malikine mi yoksa intifa hakkı sahibine mi karşı sorumlu olduğu meselesini incelemektedir. Onun fikrine göre, semereler intifa hakkı sahibi tarafından zilyetliğine geçirilmedikçe, onun mülkiyetinde sayılmadığından, hatta bir başkası tarafından topraktan ayrılsalar bile, *condictio*'yu açmak yetkisi malike aittir. Bununla beraber intifa hakkı sahibi *actio furti*'yi açabilir, çünkü, onun semerelerin götürülmemesinde menfaati vardır...

D. 7, 1, 1 (Paulus libro tertio ad Vitellium)

Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

D. 7, 1, 1 (Paulus'un Vitellus şerhinin 3. kitabından).

İntifa hakkı başkalarının mallarını, özünü muhafaza ederek, kullanmak ve onlardan yararlanmak hakkıdır.

D. 7, 1, 12, 2 (Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum).

Ususfructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti atque ideo retinere usum fructum...

D. 7, 1, 12, 2 (Ulpianus'un Sabinus şerhinin 17. kitabından)

İntifa hakkı sahibi hakkın konusu olan şeyden ya bizzat istifade eder veya istifadeyi bir başkasına bırakabilir veya kiralayabilir veya satabilir; zira kiralama veya satma halinde de intifa hakkı kullanılıyor demektir. Yine bir başkasına *precarium* (iğreti) olarak bırakırsa veya bağışlarsa, görüşüme göre onu kullanıyor ve bu sebeple intifa hakkını muhafaza ediyor demektir...

7. MESELE

Alacaklı A, borçlu B'den alacağına karşılık kendisine rehin olarak gösterilen ve zilyetliği B'de bırakılan, İtalya'daki araziyi alacağından daha yüksek bir semen karşılığı satmıştır.

SORULAR

1 – Bu arazinin mülkiyetinin devir muamelesi nasıl yapılmıştır? Neden?

2 – Bu olaydaki rehin konusunda hangi hukukî münasebet söz konusudur? Arazinin zilyetliği A'ya verilseydi, hangi hukukî münasebet söz konusu olurdu? Her iki durumu, farklarını ve davalarını açıklayınız.

3 – Borçlu B, aynî teminat olarak bu arazinin mülkiyetini alacaklı A'ya devredebilir miydi? Bu devrin Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku bakımından gösterdiği özellikleri ve doğurduğu sonuçları açıklayınız.

4 – Alacaklı A, bu araziyi satıp mülkiyetini devredebilir mi?

5 – Borçlu B, bu araziyi, üçüncü bir kişiye (C'ye) satıp mülkiyetini devredebilir mi? Bu durumda A, hakkını nasıl koruyabilir? Bu halde, C, B'ye karşı ne gibi tedbirler alabilir?

6 – Rehni, üçüncü kişi gösterebilir mi? Bu durumdan esas borçlunun bilgisinin olup olmaması veya sonradan öğrenmesi durumunda bir değişiklik meydana getirir mi?

7 – Borç, ödenmediği taktirde, alacaklı A, arazinin mülkiyetini elde edebilir mi? Roma Hukukunun bu prensibi, Türk Hukukunu etkilemiş midir?

8 – Alacaklı A, satış sonucu elde ettiği alacağından fazlasını;

a) Faize vermişse
b) Kendisi kullanmışsa
c) Vedia olarak saklamışsa
d) Vedia olarak sakladığı kısmı, geç geri vermişse
e) Bu kısmı, B'ye vermeği teklif ettiği halde, B, sebepsiz yere almamışsa, A'nın sorumluluk durumunda ne gibi değişikler olur?

7. MESELENİN CEVAPLARI

I. – Bu arazinin devri muamelesi, *mancipatio* veya *in iure cessio* ile yapılmıştır. Zira, Roma Hukukunda eşyanın *res mancipi* ve *res nec mancipi* olarak ayrılması sonucu, İtalya'daki arazi bir *res mancipi*'dir[1]. *Res mancipi*'ler büyük önemleri dolayısıyla, özel bir rejime tabi tutulmuşlar ve mülkiyetlerinin nakli için belirli şekillere lüzum görülmüştür. Bu ayırım, bütün klasik devir boyunca devam etmiş, İtalya toprağı ile eyalet toprağı arasında fark kalmayınca, yerini, yeni sosyal ve iktisadî hayata daha uygun başka bir ayırıma bırakmıştır. Iustinianus, eşyanın bu eski ayırımını açıkça kaldırmıştır (C: 7, 31, 1, 5)[2]. *Res mancipi - res nec mancipi* ayırımının önemi, mül-

---

1) *Res mancipi* eşyanın sayısı belirlidir: İtalya arazisi üzerindeki araziler ve dolayısıyla binalar, köleler, deve ve fiilden başka yük ve çeki hayvanları, köy irtifakları [yaya *(via)*, hayvanla *(iter)*, araba ile *(actus)*, geçme ve su geçirme, *(aquaeductus)]*. Sayıları sınırlanmamış olan diğer bütün eşya *res nec mancipi*'dir. Mülkiyetleri şekle bağlı olmayarak, sadece teslim *(traditio)* muamelesi ile devredilir.
Eşyanın bu ayırım şekli, Roma Hukukunda, hâkim görüşe göre iktisadî sebeplerle açıklanmaktadır. *Res mancipi*'ler, ilkel bir aile topluluğu, eski Roma köylüsü için en gerekli, en kıymetli mallardır. Bu yayılmış görüşe göre, *res mancipi*'ler, tarım işletmeleri için gerekli mallardır. Tarıma dayanan bir toplumdaki önemleri yüzünden, mülkiyetleri ancak belirli muamelelerle devredilir.

2) Menkul *(mobiles)* ve gayrimenkul *(immobiles)* ayırımı, *res mancipi* ve *res nec mancipi* ayırımının yerini almıştır. Bu yeni tasnifin, fiziki bir unsura dayanması bakımından, XII Levha Kanunundan mevcut bir kuralla ilişkisi vardı. Bu kanun, belirli bir süre devam eden zilyetlik vasıtasıyla kazanılan mülkiyet konusunda arazi (gayrimenkul) ve diğer eşyayı birbirinden ayırıyordu. Menkul ve gayrimenkul ayırımı, Roma Hukukuna postklasik hukukta yerleşmiş, fakat günümüz hukukundaki önemine erişmemiştir.
Gayrimenkullerin mülkiyetinin nakli için yine şekle tâbi muameleler gerekliydi. Bunlar eski şekillerinden farklı olmamakla birlikte aynı amaca yönelmişlerdi: Toplumda ve yeni iktisadî hayatta en fazla öneme sahip eşyayı daha etkili şekilde himaye ve kontrol etmek. Sicil, Cermen Hukuku menşeli olmakla birlikte, Roma Hukukunun postklasik devrinde, gayrimenkul devirlerinin ve bağışlamalarının kaydı için kullanılmaya başlanmıştır. Mısır'da tapu sicillerinin varlığını, papiroloji araştırmaları ortaya çıkarmıştır ve Cermen Hukuku ile bir ilgisi yoktur. Papirüslerin bilgi verdiği gayrimenkul rehni de, Roma Hukukuna göre, çok çeşitli şekiller ve paraya çevirme usulleri göstermektedir. Eyalet Hukukunun bu özellikleri, *Constitutio Antoniniana*'dan sonra, Roma vatandaşlığı hakkı kazanan eyaletlerde de az çok korunmuştur. Gayrimenkullerin mülkiyetinin devrinde benzer bir mesele, Türkiye'de hukukçuları meşgul etmektedir. Ülkemizde, tapuya henüz kaydı yapılmayan gayrimenkullerin çokluğu, bunların hukukî düzeni konusunda önemli sorunlar ortaya çıkarmaktadır. MK.'umuzun alındığı İsviçre'de tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkuller meselesi olmadığından dolayısıyla MK'da bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple, meseleye içtihat yoluyla çözüm getirilmiştir. 1946 tarihli (9. 10. 1946, 6/12) İBK.'na göre, tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkulün satımında resmî şekle uymaya gerek

kiyetin devren iktisabı konusunda görülür. *Res mancipi*'lerin mülkiyeti, ancak şekle tabi muamelelerle devredilir. Bu sebeple, tarlanın mülkiyeti, *mancipatio* veya *in iure cessio* muamelelerinden biri ile devredilmiştir[3].

2 – Bu olayda, arazinin zilyetliği B'de kaldığı için, A lehine aynî hak olan rehin (ipotek) hakkı doğmuştur. Bu teminat şekli, malın alacaklıya naklini gerektirmez ve bir tek malla bir kaç alacaklıyı temin edebilir. Bu teminata, şehir veya köy gayrimenkullerinin kiracıları ile kiraya verenler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi sonucu varılmıştır. Kiracının gayrimenkule getirdiği köleyi ve eşyayı, kirayı temin amacı ile rehin tutmak için bir anlaşma yapmak âdeti vardı[4].

Bir mal üzerinde muteber olarak rehin hakkı tesisi için üç şart vardı:

a – Malın, üzerinde aynî hak kurulması sırasında, ipotek (rehin) gösterenin mülkiyetinde olması. (Eğer aynı mal üzerinde, bir kimsenin *ius civile* mülkiyeti, diğer bir kimsenin *praetor* mülkiyeti varsa, o takdirde rehni (ipoteği) ancak, *praetor* hukuku mülkiyetine sahip olan gösterebilirdi).

b – Tarafların şekilsiz bir rehin anlaşması yapması.

c – Rehinle teminat alınacak bir alacağın varlığı[5]. Alacak yoksa, rehin hakkı doğmaz. Bu durum, rehin hakkının fer'î niteliğinden ileri gelmektedir.

---

yoktur, zira burada satımın amacı mülkiyetin değil, zilyetliğin devridir. Zilyetliğin devri ile ilgili akit ise, bir şekle tâbi değildir. Bununla birlikte Yargıtay'ın 1946 yılından sonraki kararlarında, İBK.'na uyulmadığı, şekilsiz satışın muteber olması için zilyetliğin devrinin aradığı görülmektedir. Bazı yeni kararlarda ise, HGK. tapusuz gayrimenkullerin, şekilsiz satışının muteber sayılması için zilyetliğin devrini aramamıştır. Bu konuda fazla bilgi için bkz. OĞUZMAN - SELİÇİ s. 302-306.

3) XII Levha kanunu bu iki muameleyi kabul ve tespit etmiştir. *Mancipatio*, beş baliğ Roma vatandaşı şahit, bir terazi tutan, malı devreden, devralan olmak üzere, sekiz kişinin hazır bulunması ile yapılan şekle tâbi muameledir. *In iure cessio, praetor* veya eyalet valisinin huzurunda yapılan bir farazi dava şeklidir.
Günümüz hukukundaki gayrimenkuller hakkındaki tapu sicilindeki muameleler yine şekilcidir ve amaç aynıdır: Toplumda değer taşıyan malların devrinde aleniyet ve güvenlik sağlamak.

4) Hukukumuzda ise, bu tür teminat kanundan doğmaktadır. BK. m. 267/1: «Bir gayrimenkulü kiraya veren, en fazla geçmiş bir senelik ve cereyan etmekte olan altı aylık kiranın temini için kiralananın tefrifatına ve tezyinatına ve ondan intifa temine mahsus olup kiralanan dahilinde bulunan menkul eşya üzerinde hapis hakkını haizdir».

5) KASER M., s. 464-465; HONSELL H., s. 71. MK. m. 881'e göre, halen mevcut veya ileride vücut bulacak yahut vücut bulması muhtemel olan herhangi bir alacağın temini için ipotek tesis olunabilir. MK. m. 851: ... Alacağın miktarı muayyen değilse, gayrimenkulün ne miktar için teminat teşkil edeceği, her iki tarafça tespit olunur.

Aynî hak sağlayan, rehin veya ipotek, şekilsiz bir anlaşma ile meydana gelirdi. Iustinianus hukukunda ipotek, ölüme bağlı bir tasarruf ile de tesis edilebilirdi. Ayrıca; rehin hakkı kararların infazı sırasında hâkimin hükmü ile meydana getirilebilirdi. Postklasik hukukta, *magistra*'nın bir cebir icra etmek için kullandığı *missio in possessionem*'e (zilyetliğe el koymaya) bir teminat fonksiyonu tanınmıştır. Klasik devirde, rehin (ipotek) sınırlı hallerde kanunen de meydana gelirdi. Meselâ, bir şehir gayrimenkulüne kiracının temelli olarak getirdiği şeyler (D. 20, 2, 4, pr.) [6] ve bir köy gayrimenkulünün semereleri, gayrimenkulü kiraya verenin menfaatine rehin edilmiş sayılırdı. Marcus Aurelius'un bir emirnamesine göre, bir binanın yeniden inşası için karz veren kimsenin, o bina üzerinde ipotek hakkı vardı[7]. Rehin hakkı, aynî bir hak olması dolayısıyla, *actio Serviana* veya *actio hypothecaria in rem* ile korunur.

İpotek, borçlu için önemli avantajlar sağlayan bir aynî teminat şeklidir. İpoteğin tesisi ve borcun vadesi arasında teminat göstermiş olan kimse, bu süre boyunca, maldan yararlanmak imkânına sahiptir. Ayrıca, ancak ipotek şeklindeki teminat, rehin gösteren için, teminat gösterme imkânının bir defada tüketilmemesini, başka borçlar için de teminat gösterebilmesini sağlamaktadır. Zira, aynı mal üzerinde, birden fazla ipotek tesis edilebilir[8]. Diğer taraftan, eğer borçlu, borcunu vadesinde öderse, teminat gösteren hiç bir tehlikeyle karşılaşmamış olur. Zira, malın hem mâliki, hem zilyedi olarak kalmıştır.

Modern hukukta ipotek sadece gayrimenkuller üzerinde olabilir[9]. Bu son yüzyıllardaki bir sınırlamadır. Roma Hukukunda ise, hiç bir kısıtlama olmadan, menkul mallar üzerinde de ipotek kurulmuştur[10]. Eski Fransız

---

6) BK.'nun 267. maddesinde öngörülen kiraya verenin hapis hakkının menşeini Klasik Hukukun bu kuralında görmek mümkündür.

7) MK. m. 893'de öngörülen kanunî ipotekte, bir gayrimenkul üzerinde inşaat yahut işlerde malzeme vererek veya vermeyerek çalışmaları sebebiyle alacakları için müteahhit ve işçilerin tescil isteyebilmeleri, benzer bir haktır.

8) MK.'nun 870. maddesine göre, gayrimenkul rehin edilirken hangi ipotek derecesine kaydedilirse, o derecenin sağladığı kuvvetle teminat teşkil eder. Rehin hakları, önceki dereceler için ayrılan miktarı kütükte gösterilmek şartıyla, ikince veya daha sonraki bir derecede kurulabilir.

9) Gayrimenkul rehni ancak ipotek, ipotekli borç senedi yahut irad senedi şeklinde tesis edilebilir. Başka bir şekilde gayrimenkul rehni yasaktır (MK. m. 850). Ancak, tapu siciline kayıtlı gayrimenkuller üzerinde gayrimenkul rehni kurulabilir (MK. m. 853).

10) MK.'nun 939. maddesinde, kanundaki istisnalar dışında, bir menkul ancak zilyetliğin alacaklıya devri yoluyla rehin edilebilir. MK.'nun 940. maddesine göre ise, hayvanlar üzerinde rehin ilgili sicile

Hukukunda da; menkuller, malvarlığının bütünü, maddî olmayan haklar üzerinde ipotek kurulması mümkün olmuştur. Roma Hukukundaki gibi, bir intifa hakkı veya diğer aynî hakların da ipotek edilmesi mümkündü. Romalılar bir alacağın ipotek edilmesini de kabul ediyorlardı *(pignus nominis).* Borcun vadesi gelince, alacaklı alacağını elde edemezse, borçlunun alacaklarını, alacağın temliki yoluyla satıyordu. Roma Hukukunda ipoteğin ipoteği de kabul ediliyordu[11]. Bu sadece, bir alacak ipotek edildiği zaman, ona teminat olan ipotek halinde değil, hattâ, alacağından ayrı olarak, bu ipotek, ipotekle temin edildiği zaman da olabiliyordu. Bir örnek verelim: Primus'un bir alacağı ve borçlusunun malı üzerinde bir ipoteği vardır. İpoteğini, Secundus'a ipotek eder. Vade gelince, Secundus, Primus'un *actio hypothecaria*'sını açacaktır. Fakat, alacaktan doğan bir davası yoktur. Şu noktaya da dikkat etmek gerekir ki, ipotek fer'î bir haktır, yani varlığı esas borca bağlıdır *(hypotheca est filia obligationis).* Eğer borçlu Primus'a borcunu öderse, Primus'un, dolayısıyla Secundus'un ipoteği düşer. Eski Fransız Hukuku, bu karmaşıklığa rağmen, ipoteğin ipoteğini kabul etmiştir. Bu kurum, Fransız Medenî Kanununda ise yer almamıştır[12].

Hukuk tarihinde, dört tip ipotek ortaya çıkmıştır: Bunlar gelişmesi boyunca bazılarının varlıklarını sürdürdükleri; anlaşma ile ipotek, kanunî ipotek, vesiyetnameye dayanan ipotek ve kazaî ipotektir: Roma'da ipotek, hiçbir şekle bağlı olmadan, anlaşmayla tesis ediliyordu. Bununla birlikte bu konuda, İmparator Leo'nun 469 yılında çıkardığı bir kanuna[13] işaret etmek gerekir: Bir levhaya kaydedilerek veya dürüst tanınmış üç şahidin katıldığı özel yazılı bir muamele ile yapılan ipotekler, daha önce de olsa, diğer bütün ipoteklerden önce yer alır. Bu hükmün amacı, tarih itibariyle yapılabilecek hileleri önlemekti. Bu şekilde, borçlu ile alacaklının anlaşarak, ipoteklerine üstün bir yer vermek için, muamelenin tarihini öne almaları engellenmiş oluyordu.

Bu konuda eski Fransız Hukuku önce, Roma Hukukunun kurallarını kabul etmiştir. Fakat, XVI. yüzyılda yerleşen örf ve âdete göre, ipotek tesisi için, muamelenin noterde yapılması gerekiyordu. Bu borçlunun bütün malları üzerinde genel bir ipotekti. XVII. yüzyılda, tarafların anlaşmasıyla aynî bir hak olan ipoteğin kurulamayacağı beyan edilmiştir. Bu, ipotek, kanunun otoritesine, noterdeki muamelenin icra kuvvetine dayanıyordu. Bu sebeple,

---

kaydedilmek ve icra memuruna bildirilerek, teslim edilmeden rehin tesis edilebilir (menkul ipoteği).

11) *Pignus pignori dari potest,* D. 13, 7, 40, 2.

12) LEVY J. P., s. 663-685.

13) C. 8, 17, 11.

ipoteğin, tarafların anlaşmasından değil, kralın otoritesi ile tesis edildiği beyan edilmiştir[14].

MK.'nun 856. maddesine göre, kanunî istisnalar dışında, gayrimenkul rehni tapu siciline kayıt ile ve resmî şekilde yapılabilir. Dolayısıyla günümüzde, ipotek resmî şekle tâbi bir muamele halini almıştır. Bu konuda dikkati çeken bir nokta, ipotekte modern hukukların, beklenenin aksine, Roma Hukukunda daha şekilci bir nitelik almasıdır. Ayrıca; MK.'nun 854. maddesine göre, ipotek tahsis edilmiş, belirli bir gayrimenkul üzerinde gerçekleştirilebilir.

Kanunî ipotek, Roma'da III. yüzyıldan itibaren ve Son İmparatorluk devrinde gelişmiştir. Bu konuda hazinenin ipotek hakkı, baliğ olmayan küçüğün *(impubes)* veya 25 yaşına varmamış baliğ küçüklerin *(puberes minores)* vasilerinin veya kayyımlarının malları üzerindeki, kadının cihazını geri alabilmesini sağlamak amacıyla kocasının malları üzerindeki kanunî ipotek hakları örnek olarak verilebilir.

Kanunî ipotek halleri, varlıklarını, yenilerinin de eklenmesiyle, modern hukuklarda devam ettirmektedirler. Bu konuda gayrimenkul satıcısına sağlanan imkân, XVI. yüzyıldan itibaren tanınmıştır[15]. MK.'nun 893. maddesinde düzenlenen kanunî ipotek hakkına, gayrimenkul satıcısı, taksim dolayısıyla alacakları için gayrimenkul üzerinde mirasçılar ve hissedarlar ve bir gayrimenkul üzerinde malzeme vererek veya çalışarak elde ettikleri alacakları için müteahhit ve işçiler sahiptir.

Vasiyetnameye dayanan ipotek hakkı, Roma Hukukuna ait bir şekildir. Vasiyetname yapan , muayyen mal vasiyetlerinin, bundan yararlanacak olanlara verilmesini sağlamak için, tereke malları üzerinde, bu ipotek şeklinden yararlanıyordu. Kazaî ipotek ise, XVI. yüzyılda ihdas edilmiştir.

MK.'umuzun da kabul ettiği gibi, ipoteğin alenî olması, ilgisi bulunanın bu hakkı öğrenebilmesi, önemli bir noktadır. Aksi takdirde bir gayrimenkulü iktisap eden ve ipotekli alacaklı, o zamana kadar varlığını bilmediği, daha önceki bir ipotekli alacaklı ile karşılaşmak tehlikesi altındadır. Müşterek Hukukta, bu durumun mahzurlarını gidermek için getirilen tedbirler yetersiz kalmıştır. Bir gayrimenkulü iktisap eden, aynı zamanda satıcısı olan ve daha önce ipotek tesis etmiş olana karşı, zapttan doğan davaları açabilir. Fakat, bu durumdaki bir satıcının, zaten çoğu kere borcunu ödemekten âciz

14) LEVY J.P., s. 686.
15) LEVY J. P., s. 687.

olabileceğini ve zapta karşı bu teminatın sonuç vermeyeceğini unutmamak gerekir. Roma Hukukunda, daha önce ipotek edilmiş bir malı, söz konusu durumu açıklamadan, satıp mülkiyetini devredenin veya ipotek edenin *stellionatus* suçunu da işlemiş olduğunu belirtmek gerekir[16].

Bununla birlikte, Roma Hukukunda, ipoteğin alenî olmasını sağlayan bir kuruluş yoktu. Fakat, aynı devrin Yunan dünyasında, bazı hallerde ipoteği, gerektiğinde herkesin öğrenmesi mümkün bir hale getirilmiştir. Roma hâkimiyetindeki Mısır'da I. yüzyıldan itibaren, kamu görevlileri tarafından tutulan bir iktisap listesi vardı. Bu listeye, gayrimenkul mülkiyetinin devirleri, ilgili akitler ve ipotek tesisleri kaydediliyordu. Roma Hukuku ise, bu örnekleri takip etmemiştir.

Borçlu kredi imkânını tek bir ipotekle tüketmemektedir ve bir mal üzerinde birden fazla ipotek olabilir. Fakat, alacaklılar eşit durumda değildir. Bir kısmı, alacaklarını diğerlerinden önce alır. Bu konuda temel kural, ipoteği, daha önce tesis edilmiş olanın, daha elverişli durumda olduğudur *(prior tempore, potior iure)*[17] ipotekli alacaklılar, ipoteğin kuruluş tarihine göre, sıraya girer. İpoteğin bir aynî hak oluşu bu kuralı açıklamaktadır: Bir ipotek tesis edip, başkası lehine aynî hak sağlayan kimse, daha sonra, ancak geride kalan kısım üzerinde tasarruf imkânına sahiptir. Daha önce tesis ettiği aynî hak, daha sonra tesis edeceği haklar tarafından azaltılamaz. Bu temel kuralın iki istisnası vardır: Birincisi, imtiyazlı ipotekler, ikincisi «*successio in locum creditoris*»dir[18]. Kanunî ipoteklerin çoğu, aynı zamanda imtiyazlı ipotektir[19]. Roma Hukukunda hazinenin alacak hakkından doğan ipotek bu şekildedir ve diğerlerinden önde yer alır. *Impubes* ve *puberes minores*'lerin de kanunî ipoteklerinde aynı durumu görüyoruz. Alacaklarından doğan ipotek, vesayet veya kayyımlığın başladığı gün sıraya girer ve vasi veya kayyım tarafından, bu tarihten sonra, yapılan ipoteklerden önde gelir. Kadının cihazının iadesi için sahip olduğu ipotek de, evlenme tarihinde sıraya girer. Iustinianus, evli kadı-

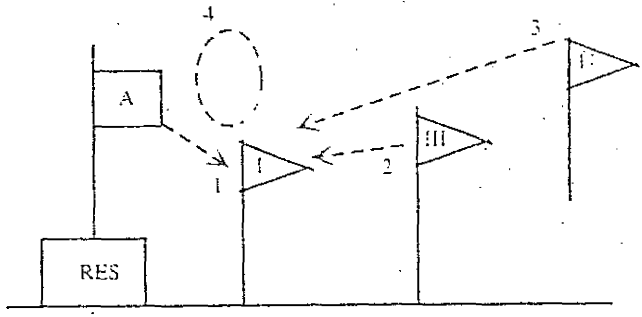
16) *Stellionatus:* Hile, aldatma, suistimal ile işlenmiş bir suçtur. Kaynaklarda bu suçun tarifi bulunmamakta, başka bir suç şekline uymayan, yani *furtum* ve sahtekârlık *(falsum)* suçları arasına girmeyen suçlara bu isim verilmekte idi. Hususî ihtilâflarda bir *actio*'ya yol açan haller *stellionatus* konusu olurdu. Tarif açık değildir. Amme suçu sayılmamakta, cezaları toplumun üst tabakasındaki *honestiores* için, geçici sürgün, alt tabakasındaki *humiliores* için kürek cezası olmakta idi (UMUR Z., Lügat, *Stellionatus*).

17) HONSELL H., s. 73.

18) C. 8, 17, 12.

19) Bu durum, ipotekli bir alacaklının, daha önceki bir ipotekli alacaklının yerine geçerek, bu hakkın sağladığı menfaatlerden istifade etmesidir. Aynı mal birden fazla kimseye ipotek edildiği zaman gerçekleşirdi. Bir ipotekli alacaklının, feragati veya alacağını elde etmesi sonucu, ikinci alacaklı onun yerini alırdı (UMUR Z., Lügat, *successio in locum creditoris*).

nin kanunî ipoteğine, kocasının, evlenmeden önce olsa bile, tesis ettiği bütün ipoteklerden önce, mutlak bir üstünlük tanımıştır (I. 4, 6, 29). Fakat, bu hükümlerin elverişsiz sonucu, rehin karşılığında kredi alma imkânlarını daraltması şeklinde ortaya çıkmıştır[20]. *Successio in locum creditoris*, ipotekli bir alacaklının, başka bir ipotekli alacaklının, genellikle birinci sıradakinin, alacağını ödeyerek onun yerini almasıdır. Bu Roma Hukukunun yarattığı bir usuldür. Durumu açıklamak için şu örnekler verilebilir:



Birinci durumda, bir malı iktisap eden A, ipotekli alacaklı I'nin borcunu ödeyerek onun yerini alabilir ve kendisinin diğerleri tarafından rahatsız edilmemesini sağlayabilir.

İkinci halde, 3. sıradaki alacaklı, 1. sıradakine alacağını ödeyerek, onun yerini alabilir. Bu örnekte, onun en elverişli durumda olan 1. sırayı alabilmesi görülmektedir.

Sonraki durumda, üçüncü kişi, ilk alacaklıya ödemesi için borçluya ödünç para vermektedir. Şemadan Ü harfi ile gösterilen bu kişiye borçlu ipotek tesis eder ve ipotek hepsinin önüne geçerek 1. sırayı alır. Borçlunun, aracılığıyla ilk alacaklı daha aşağı sırada olması gereken alacaklı sayesinde, alacağını elde etmiş olacaktır. Borçlunun, borcunu ödemek için neden tekrar başka bir kişiden borç alacağı düşünülebilir. Bu ihtimal şu şekilde gerçekleşir: Borçlu için yeni ödüncün şartları, ilk borcundan daha elverişli olabilir. Meselâ, daha düşük faizle bir borç almıştır veya vadesi daha sonradır yahut yeni alacaklı borçluya, öncekinden daha müsait davranacaktır.

Dördüncü halde, 1. sıradaki alacaklı, alacağını yenilemektedir *(novatio)*. Lehine tesis edilmiş ipotek, eski alacakla birlikte sona erecek, ipotekli

20) MK.'un 897. maddesi de kanunî ipotek hakkına sahip. işçilerin ve müteahhitlerin alacaklarına imtiyaz tanımaktadır.

de olsa yeni alacak, ilk sırayı kaybedecektir. Bunu önlemek için, *successio in locum*, alacaklının bizzat kendi ipotek sırasını almasına imkân verir.

Successio in locum'un niteliğini açıklamak için, XIX. yüzyılda, sadece alacaklının, sırasını, yerini almak şeklinde olduğu kabul edilmiştir. Zaten, «*successio in locum*» terimi de bunu belirtmektedir. Alacağın temliki veya sırasını aldığı alacaklının ipoteğine halefiyet değildir. Fakat, *Glossator*'lardan itibaren, alacağa alacaklının haklarına ve davalarına gerçek bir *successio* (halefiyet) olduğu kabul edilmiştir. Bu durum Fransız MK.'nun 1250-1251. maddelerinde düzenlenmiştir[21].

Eğer B, teminat olarak gösterdiği tarlanın zilyetliğinin A'ya vermiş olsaydı, aynî akitlerden rehin akdi *(pignus)* doğardı. Rehin akti, rehin veren tarafından, rehin verilen kimseye menkul veya gayrimenkul bir eşyanın zilyetliğinin geçirilmesi ile kurulur[22]. Rehin alan onu muhafaza ve borcun sona ermesi halinde de geri vermek borcu altına girerdi. Rehin akti de, bir alacağın bulunması şartına bağlıdır. Çünkü, bu akitle, borçlu olan kimse veya üçüncü bir kişi, bu borca teminat teşkil etmek üzere, bir eşyanın zilyetliğini alacaklıya geçirir. Bu akit ile rehinli alacaklı, geri verilecek rehin dolayısıyla, rehin verene karşı borçlu olurdu. Rehinli alacaklı klasik hukukta *custodia*'dan sorumluydu. Iustinianus hukukunda ise, iyi bir aile babasının kendi işlerinde gösterdiği ihtimamı göstermesi yeterliydi.

Rehin akti ile rehin hakkı (ipotek) arasında farklar vardır. Mahiyet bakımından, rehin akti bir borç aktidir. Bu akitle taraflar arasında Borçlar Hukukuna dayanan bir ilişki, yani bir borç ilişkisi doğar. Rehin hakkı ise, Eşya Hukukuna giren bir kavramdır. Aynî bir haktır. Bu bakımdan, gerektiği zaman üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Kuruluş bakımından da fark vardır. Rehin akti, aynî bir akit olduğu için, eşyanın zilyetliğinin rehin alana nakli gerekir. Rehin hakkı ise, esas olarak, anlaşma ile doğar. Alacaklı ile teminat olarak gösterilen eşyanın maliki arasında anlaşma, rehin hakkının meydana gelmesi için yeterlidir. Davalar bakımından da fark vardır: Rehin hakkının aynî bir hak olması itibariyle *actio Serviana* veya *actio hypothecaria in rem*, bu hakkı ihlâl eden herkese karşı açılabilen davalardandır. Rehin aktinde *(pignus)* doğan davalar ise, ancak akte taraf olan kimseler arasında açılabilir. Rehin alan, borcun sona ermesi halinde rehin aldığı

21) LEVY J.P., s. 693-695.

22) Bugünkü hukukumuzda, sadece menkul eşya, istisnalar dışında, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehin edilebilir (MK. m. 939).
MK.'un 940. maddesine göre ise, doktrinde menkul ipoteği denilen hayvan rehninde alacaklıya teslim şart değildir. MK.'un 856. maddesine göre, gayrimenkil rehni tapu siciline kayıtla kurulur.

eşyayı geri vermelidir. Bunun için kendisi *actio pigneraticia directa* açılır. *Actio pigneraticia contraria* ile, rehinli alacaklı rehin konusu maldan zarar görmüşse veya lüzumlu ve faydalı masraflarda bulunmuşsa, bunların tazminini ister.

3 – B İtalya'daki arazisinin mülkiyetini A'ya *fiducia* olarak verebilir *(fiducia cum creditore contracta)*[23].

Aynî teminatın tarih itibarıyle en eski şekli olan *fiducia*'da borçlu bir *res mancipi*'nin mülkiyetini alacaklısına *mancipatio* veya *in iure cessio* ile devredebiliyordu[24]. Devir muamelesine eklenen bir *pactum fiduciae* ile alacaklı, borç ödendiği takdirde malın mülkiyetini aynı devir muameleleriyle geri vermek mükellefiyetini yükleniyordu[25].

Bu teminat şekli alacaklı yönünden yararlı olduğu halde, borçlu bakımından birtakım sakıncalar yaratmaktaydı; alacaklı malın maliki haline geldiğinden, mülkiyetin kendisine verdiği bütün yetkilere sahip oluyordu, öyle ki malı satıp devredebilir, bağışlayabilir ve yine irtifak, rehin gibi sınırlı aynî haklarla takyit edebilirdi. Bu gibi tasarruflara borçlunun engel olması mümkün olmadığı gibi, malın *fiducia* olarak veren borçlu, hem malın iktisadî yararlarından mahrum kalıyor[26], hem de malı başka borçlar için teminat gösterme imkânını kaybediyordu.

Fiducia, Cumhuriyet devrinin sonlarında ve *Principatus* devrinde, alacaklının borç ifa edildiği takdirde, malın mülkiyetini iade etme mükellefiyetini yüklendiği eksik iki taraflı, hüsnüniyet davaları doğuran bir aynî akitti[27]. Borç ödendiği veya başka bir teminat gösterildiği halde mal iade edilmemişse, *fiducia* vermiş olan taraf, *actio fiduciae directa*'yı[28], buna karşılık maldan zarar görmüş veya mala masraf yapmış olan taraf *actio fiduciae contraria*'yı açabiliyordu.

Fiducia, praetor'ların faaliyetleriyle bir *ius honorarium* müessesesi olan rehnin *(pignus)* uygulamaya girmesiyle daha az uygulanır olmuş ve nihayet Iustinianus *Corpus Iuris Civilis*'te *fiducia*'ya yer vermemiştir.

23) *Fiducia* teminat dışında ariyet, vedia gibi amaçlarla da kullanılmaktaydı *(fiducia cum amico contracta)*, Gai. 2, 60.

24) Gai. 3, 201.

25) *Mancipatio* veya *in iure cessio* yapıldığı halde, malın zilyetliği mülkiyeti nakletmiş olanda kalmışsa, borçlu malı *usureceptio* denilen yolla da iktisap edebiliyordu. Bu iktisap yolu *iusta causa* ve *bona fides*'e ihtiyaç göstermeyen zamanaşımı ile iktisap usulüydü.

26) Borçlunun maldan mahrum kalmaması istenirse, mal tarafların anlaşmasıyla borçluda kira veya *precarium* olarak kalabiliyordu (Gai. 2, 60).

27) UMUR Z., Lügat, *Fiducia*.

28) *Actio fiduciae* sonunda mahkûm olan *infamis* oluyordu.

Digesta'ya . lınan metinlerde geçen *fiducia* kelimesi yerine bazen *pignus,* bazen *hypotheca* kelimesi konulmuştur.

4 – Alacaklı A'nın, alacağını elde edemezse, rehnedilen malı satmak *(ius distrahendi)* hakkı vardır. Bu şekilde, alacağını satış bedelinden elde eder[29] . Arazi, her ne kadar A'ya ait değilse de , satıp muteber olarak mülkiyetini devredebilir[30] . Zira, ona bu yetkiyi bizzat borçlu vermiştir[31] . Burada, hakların devren iktisabında, hiç kimse hakkından fazlasını devredemez *(nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet)* prensibinin bir istisnası görülmektedir.

5 – Üzerinde ipotek tesis edilmiş olan bu araziyi borçlu B, üçüncü kişiye (C'ye) satabilir ve mülkiyeti devir muamelesi yapabilir. Zira, arazinin mülkiyeti kendisindedir. Fakat, ipotek hakkı, aynî bir hak olduğu için, hak sahibi A, rehinli malı satmak için, mülkiyeti elde eden üçüncü kişiye (C'ye) rehin hakkını koruyan davayı *(actio Serviana* veya *actio hypothecaria in rem)* açabilir. Zira rehin hakkı aynî bir hak olduğu için malı takip eder. Mal kimde ise hakkını koruyan davayı ona karşı açar.

C'nin, B'den satın aldığı arazi üzerinde, başkası lehine bir aynî hak tesis edilmiş bulunduğu için, hukukî ayıp söz konusudur. Alıcı C'nin elde ettiği hukukî durum, tam ve mükemmel değildir. Mal zaptedilince, C, B'den *actio empti* ile uğradığı zararların tazminini ister[32] .

---

29) MK.'un 873. maddesi, borçlu borçlarını ödemediği takdirde, alacaklının gayrimenkulün semeninden alacağını sağlayacağını belirtmektedir. Menkul rehninde de, alacağını elde edemeyen rehinli alacaklı, alacağını rehinli malın paraya çevrilmesi ile elde eder (MK. m. 946).

30) Bu noktada, Roma Hukukunun şu özelliğine dikkat etmek gerekir: İtalya'daki arazi *res mancipi* bir mal olduğu için, rehinli alacaklının, *ius civile* mülkiyetini devredebilmek için *mancipatio* veya *in iure cessio* muamelelerinden birini yapması gerekir. Ancak, bu iki muamele sadece, mâlik tarafından yapılırsa, muteber hukukî sonuç doğurur. Bu sebeple, rehinli alacaklının, mal ister *res mancipi,* ister *res nec mancipi* olsun, elinde sadece *traditio* (teslim) muamelesi yapmak imkânı vardır. Bu durumda, alıcı mal *res nec mancipi* ise *ius civile* mülkiyetini, *res mancipi* ise *praetor* hukuku mülkiyetini elde eder. *Ius civile* mülkiyetini ise, ancak kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanacaktır.

31) Gai. 2, 64... *est item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. Sed hoc forsitan ideo videatur fieri quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari qui olim pactus est ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.*

.... Aynı şekilde, kendisine ait olmasa da, alacaklı, anlaşmaya dayanarak, rehinli malı satabilir. Fakat, bu durumda borçlunun iradesiyle rehinli malın mülkiyetini devre imkân verdiği farzedilebilir, zira daha önce yapılan anlaşma ile eğer borç ödenmezse, alacaklının rehinli malı satması imkânı kabul edilmiştir.

32) Zapta karşı teminat konusu ve diğer davalar için bkz. RADO T., s. 126 vd.

6 – Rehin hakkı, borçlu menfaatine üçüncü bir kişi tarafından da tesis edilebilir[33]. Esas borçlunun bu durumdan bilgisi varsa, aralarında bir vekâlet *(mandatum)* akti doğar. Bu rehinden bilgisi yoksa, vekâletsiz iş idaresi *(negotiorum gestio)* söz konusu olur. Zira, bu hukukî ilişki bir akitten doğmuş değildir, tarafların karşılıklı rızaları yoktur. Esas borçlunun, söz konusu muameleden haberi de yoktur. Esas borçlu, kendi yararına ipotek yapıldığını sonradan öğrenir ve muvafakat ederse, icazet verirse *(ratihabitio)*, klasik hukukçulara göre, vekâlet akti vardır. Bu durumda ortaya çıkan, alacak ve borçlarda vekâlet akti hükümlerine göre tayin edilir[34].

7 – Klasik devirden önce, hattâ klâsik devirde, rehin veya ipotek tesis edilirken, vade sonunda alacağını elde edemeyen alacaklının mala mâlik olacağı kaydı *(lex commissoria)* veya malı satıp semeni üzerinden alacağını alarak, geri kalanı borçluya iade edeceği şartı konurdu. M.S. 326 yılında, İmparator Constantinus, mâlik olmak anlaşmasının hükümsüz olacağını kabul etmiştir. Satma hakkı *(ius distrahendi)* ise, rehinin esaslı bir unsuru olmuştur[35]. Bu sebeple, borç ödenmediği takdirde, malın mutlaka satışı gerekliydi[36]. Alacağını elde eden alacaklı, rehini mâlikine iade etmekle mükellefti. Ödeme kısmî ise, rehin tamamen kalırdı.

Rehin hakkının sona ermesi, normal olarak, fer'îlik prensibi gereğince, teminat altındaki alacağın sona ermesiyle olur. Ayrıca rehinli malın telef olması, alacağını alamayan alacaklının malı satması, rehinli alacaklının aynı malın mâlik haline gelmesi *(confusio)* ile de sona erer. Alacaklının şekilsiz olarak vazgeçmesi sadece bir *exceptio (doli* veya *pacti)* imkânını verir (D. 20, 6, 7, 2).

---

33) MK.'muzun 881/2. maddesine göre de, ipotekle bağlanan gayrimenkulün borçlunun kendi malı olması gerekli değildir. Menkul rehninde de, gerek borçlu, gerekse borçla ilişkisi olmayan herhangi bir üçüncü kişi, rehin gösterebilir.

34) Bugünkü hukukumuzda da, BK. m. 415'te göre, iş sahibi yapılan işe icazet verirse, vekâlet kuralları uygulanır.

35) Iustinianus hukukunda, alacaklı bu hakkı, rehinin satılmaması hakkında yapılmış bir anlaşmaya rağmen ileri sürebilirdi. Yalnız borçluya ödemesini üç defa ihtar etmesi gerekiyordu.
MK.'nun 873. maddesine göre de, alacaklı, borçlu borcunu ödemezse, alacağını rehini paraya çevirerek sağlar. Bu şekilde alacaklı gayrimenkulün semeninden alacağını elde etmiş olur.

36) Hiçbir alıcı çıkmazsa, alacaklı, imparatorlardan malın mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilirdi. Fakat, malın kendisinin olması için belirli bir sürenin geçmesi gerekirdi. Iustinianus bu süreyi iki yıl olarak tespit etti. Bu süre içinde, borçlu semeni ödemeyerek, malını geri alabilirdi.

Borç ödenmediği takdirde, alacaklının rehin gösterilen mala malik olmaması yasağı *(lex commissoria)* Türk Hukukunda da, aynı şekilde devam etmektedir. MK. m. 873 bu yasağı gayrimenkuller için belirtmekte ve borçlunun borcunu ödememesi durumunda, alacaklıya gayrimenkulü kendisine maletmek için yetki veren her türlü aktin geçersiz olacağını belirtmektedir. MK.'nun aynı yasağı, menkul rehinde de kabul eden 949. maddesi, rehinli alacaklının, rehin gösterilen mala mâlik olamayacağını ve borcun vadesinde ödenmemesi halinde, rehinli alacaklının söz konusu mala mâlik olmasını öngören her şartın hükümsüz olacağını öngörmektedir.

8 – Olayda, A'nın satış sonunda elde ettiği satış bedeli, alacağından fazladır[37]. Alacaklı satış bedelinden alacağını tahsil edip kalanı *(superfluum)* rehnedene geri vermek borcu altındadır. Aralarında *pignus* akti olmamasına rağmen, bu fazla kısmın rehnedene geri verilmesi için, B'nin A'ya karşı açacağı dava *actio pigneraticia*'dır[38].

a – Alacaklı, satış sonunda alacağını elde ettikten sonra, kalan parayı faize vermişse, elde ettiği faizi de, alacak fazlası ile birlikte borçlusu B'ye geri vermek zorundadır.

b – Alacaklı, alacak fazlasını faize vermeyip, kendisi kullanmışsa, borçluya faiz vermek borcundadır.

c – Alacaklı, bu alacak fazlasını kullanmayıp, sadece saklamışsa, yani vedia olarak muhafaza etmişse, faiz borcu yoktur.

d – Alacaklı, vedia olarak sakladığı bu fazla kısmı, geç iade ederse, temerrüde düşmüş olur. Bu yüzden, temerrüt faizi ödemek zorunda kalacaktır[39]

37) Alacak fazlası hakkında ortaya çıkan meseleler. Pomponius (D. 13, 7, 6, 1) ve Paulus (D. 13, 7, 7) tarafından çözüm yoluna bağlanmıştır (Bkz. 7. meselenin metinleri).

38) KASER M., s. 471.

39) Borçlunun temerrüdü *(mora debitoris)* sonucu borçlunun sorumluluğu ağırlaşır. Borcun devam etmesi sonucu, temerrüt halindeki borçlu, borcun konusu, kendi kusuru olmadan telef olsa da, borcunu ifaya mecburdur. *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret* (D. 45, 1, 82, 1). Borçlunun temerrüdünden sonra köle ölmüşse, borçlu köle sanki ölmemiş gibi sorumlu olmakta devam eder. Vedia verenin istemesine rağmen, aldığını geri vermeyen, temerrüde düştüğünden, tesadüfen çıkan bir yangında, vedianın konusunu teşkil eden eşya yanarsa, kusuru olmadığı halde sorumlu tutulur ve o eşyanın bedelini ödemeye mecbur olur. (Halbuki, normal durumda vedia alan hafif ihmallerinden sorumlu değildir). Ayrıca, hüsnüniyet davası doğuran borçlarda, temerrüt faizleri de borcun konusu haline gelir (D. 22, 1, 32, 2). Bu kanunî bir faiz borcudur ve esas borcun, miktarı hâkim tarafından tayin edilen fer'î bir kısmıdır, esas borç ile birlikte talep edilebilir. Mütemerrit borçlu gerektiğinde, alacaklının bu gecikme yüzünden uğradığı bütün zararları da tazmin zorundadır.

e – Borçlu B, bu fazla kısmı almayı sebepsiz yere reddederse, alacaklı sıfatıyla, temerrüde düşmüş olur. Bunun sonucu olarak, A'nın sorumluluğu hafifler. A, söz konusu borcu için faiz ödüyorsa, alacaklının temerrüde düşmesinden itibaren, faiz ödeme borcundan kurtulur. Borç konusu olan malın muhafazası için yapacağı masrafları da, alacaklıdan alabilir. Malın hasarı da alacaklıya geçer[40].

Temerrüdün borçlunun sorumluluğunu ağırlaştırması, günümüz hukukunda da söz konusudur (BK. m. 101 vd.). BK. m. 102'ye göre, mütemerrit borçlu borcun geç ifasından doğan zararı ödemek zorunda olduğu gibi, kazara (kusuru olmadan) meydana gelecek zarardan da sorumludur. Borçlunun ödeyeceği, kanunî temerrüt faiz oranı % 30'dur (BK. m. 103).

40) Alacaklının temerrüdü halinde, borçlu ediminin konusunu tevdi ederek *(depositio)* borcundan kurtulabilirdi. Meselâ, borçlu resmî bir memura veya bir mabede yahut *magistra*'nın tayin edeceği hususî bir şahsa borcun konusunu tevdi ile sorumluluktan kurtulabilirdi. Bugünkü hukukumuzda da, alacaklı mütemerrit ise, borçlu hasar ve masrafları alacaklıya ait olmak üzere, vereceği şeyi tevdi ile borcundan kurtulabilir. Tevdi yerini hâkim tayin eder. Ticarî eşya söz konusu ise, hâkimin kararı olmadan da bir ardiyeye tevdi edilir (BK. m. 91)

Roma Hukukunda, borcun konusu bozulacak şeyler ise (meselâ, bağcının şarapçıya teslim edeceği üzümler) borçlu bunları alacaklının hesabına satabilirdi. BK.'muzun 92. maddesine göre de, aktin konusunu bozulacak mallar teşkil ediyorsa, borçlu, ihtarda bulunduktan sonra, hâkimin izniyle, malları alenen sattırarak bedelini tevdi edebilir.

7. MESELENİN METİNLERİ

D. 13, 7, 6, 1 (Pomponius libro trigensimo quinto ad Sabinum).

Si creditor pluris fundum pigneratum vendiderit, si id faeneret, usuram eius pecuniae praestare debet ei qui dederit pignus: sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet, quod si eam depositum habuerit, usuras non debet.

D. 13, 7, 6, 1 (Pomponius'un Sabinus şerhinin 35. kitabından)

Eğer, alacaklı rehinli araziyi, alacağından daha yüksek bir semen karşılığı satmış ve fazla kısmı faize vermişse, rehni verene faiz tutarını da vermek zorundadır. Kendisi kullanmışsa (fazla kısmı) faiz tutarını ödemelidir. Eğer, (kendisi) vedia olarak muhafaza etmişse, faiz borcu yoktur.

D. 13, 7, 7 (Paulus libro secundo Sententiarum)

Si autem tardius superfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.

D. 13, 7, 7 (Paulus'un Sententiae'sinin 2. kitabından)

Eğer alacaklı, vedia olarak muhafaza ettiği fazla (kısmı) geç iade ederse, temerrüt haline düşmüş olduğu için, faiz ödemek zorundadır.

8. MESELE

Bir meydanda top oynamakta olan ve aralarında kölelerin de bulunduğu topluluktakilerden biri, topu yakalamaya çalışan köle ile çarpışıyor, köle düşüyor ve bacağı kırılıyor. Daha sonra, oyun devam ederken, bir diğerinin kuvvetli vuruşu sonucu top, o sırada, meydanın kenarında bir köleyi traş eden berberin eline çarparak, kölenin boğazının kesilmesine yol açıyor.

SORULAR

1 – Burada berber ile köle arasında bir akit var mıdır? Bu akitten doğan borçlar, sorumluluk ve hasar meselesi hakkında ne biliyorsunuz? Köle bu hukukî muameleyi yapabilir mi?

2 – Bu olayda; kim hangi hareketinden dolayı neden sorumludur? Hangi kusur dereceleri söz konusu olabilir?

a) Köle ile çarpışarak, onun bacağının kırılmasına yol açan kişi,

b) Berber,

c) Topa vuran kimse,

d) Traş olan köle.

3 – Burada hangi haksız fiil işlenmiştir? Kim ne isteyebilir?

4 – Yukarıdaki akdî münasebetten doğan meseleler Türk Hukukunda nasıl düzenlenmiştir?

5 – Olayda söz konusu olan ve tarafların kusur durumundaki belirli bir özellik, modern hukukumuzda da devam etmekte midir?

8. MESELENİN CEVAPLARI

1 – Söz konusu olayda, berber ile köle arasında *locatio conductio operis* (istisna akti) vardır. Bu akitle berber, bir ücret karşılığında belirli bir sonucu meydana getirmek borcu altına girmiştir.

Rızaî bir akit olan *locatio conductio operis*, tam iki taraflı bir hüsnüniyet aktidir. Her iki taraf birbirlerine karşı borçlanmaktadır. Taraflardan biri her zaman bir ücret, yani bir miktar para *(merces)* verecektir, diğer taraf ise, buna karşılık bir iş yapacak, yani belirli bir sonucu meydana getirecektir. İstisna aktinde iş sahibi *(locator)*, yapılmak üzere bir iş veya şeyi başkasına tevdi eden taraftır.

Locator yapılacak işi tespit eder ve *conductor*'a meselâ taşınacak malları, evin yapılacağı malzemeleri, temizlenecek elbiseleri, bir sanat öğrenecek köleyi tevdi eder[1]. *Conductor* ise, işi yapmayı üzerine alan, yapacağı şeyi beraberinde götüren, işin yapılması yani belirli bir sonucu meydana getirmek borcu altına giren taraftır. *Locatio conductio operis*, tam iki taraflı (sinallagmatik) bir akit olduğu için, her iki taraf da, her zaman birbirlerine borçlanırlar ve birbirlerine karşı davaları vardır. *Locator*'un davası *actio locati*, *conductor*'un davası *actio conducti*'dir. Bu davalar hüsnüniyet davalarıdır. Tarafların yükümlülükleri iyi niyet prensiplerine göre *(ex bona fide)* tespit edilir ve akitten menfaatleri olduğu için tarafların sorumlulukları ağırdır. Iustinianus hukukunda, her iki taraf da, bütün kusurlarından *(omnis culpa)* sorumludur.

Malın hasara uğraması halinde, hasarın kime ait olacağı klasik devirde tartışmalıydı. Bir binanın veya bir su yolunun inşası halinde, işin tamamlanmasından önce, eserin yıkılmasından doğan hasarı, Labeo daima müteahhide *(conductor)* yüklüyordu. Daha sonra; hukukçular, hasarın toprağın veya eserin bozukluğundan doğması hallerine göre bir ayırım yapmışlar (D. 19, 2, 62) ve tabiî bir kuvvet sonucu evin yıkılması halinde tehlikeyi iş sahibine *(locator)* yüklemişlerdir. Menkul bir maldaki bozukluk halinde, malzemenin kötü kalitesi *(vitium)* veya işi yüklenenin meslekî tecrübesizliği *(imperitia)* konusunda bir ayırım yapılmıştır (D. 19, 2, 62'da Paulus'un fikri). Klasik

1) MONIER., Manuel de Droit Romain. Les Obligations, 5. bası. Paris 1954, s. 154. Buna karşılık bir hocanın ders vermesi halinde *locatio conductio* yoktur. Şeref ücretinin *(honorarium)* ödenmesini, imparatorluk devrinde bir imtiyaz olarak tanınan, *extra ordinem* (Nizam Harici Usul) aracılığıyla elde edebilir.

devirdeki hâkim fikre göre, beklenmeyen bir hal, müteahhidi *(conductor)* borçlarından kurtarırsa, iş sahibi *(locator)* parayı *(merces)* ödemekten kurtuluyordu[2]. Böylece hasar müteahhide ait oluyordu[3]. Iustinianus hukukunda ise, *conductor*'un borcunun kalkmasına rağmen, iş sahibinin ücreti ödeme borcu devam ediyordu. İş *locator* tarafından kabul edilmiş veya ona teslim edilmişse, müteahhit *(conductor)* hilesinin olduğu haller dışında hasarı yüklenmez[4].

Kölenin fiil ehliyeti meselesine gelince, daha önce de temas edildiği gibi, köle hak sahibi olamaz, hak iktisap edemez, fakat muteber hukukî muamele yapabilir. Dolayısıyla, olayımızdaki hukukî muameleyi yapabilir. Kölenin yaptığı muamelelerden doğan haklar ve iktisaplar *dominus* tarafından elde edilirdi. Fakat; mâlik kölenin borcundan sorumlu tutulmazdı. Köleler yaptıkları akitten dolayı borç altına girer. Fakat, bu davasız, tabiî borç *(obligatio naturalis)* olduğu için dava ile takip edilemezdi.

Praetor'lar bu durumun mahzurlarını gidermek için munzam, ek davaları *(actiones adiecticiae qualitatis)* tanımıştır. Fakat, bu bir temsil durumu değildir. Kölenin mâlikinin sorumluluğunun, kölenin sorumluluğuna ilâve edilmesidir[5]. Bunun sonucu olarak, kölenin yaptığı akit dolayısıyla, efendiye *(dominus)* karşı dava açılabilmektedir.

Olayımızdaki hukukî muameleyi kölenin efendisinin muvafakatiyle yani onun izni ve bilgisi içinde yaptığı düşünülebilir. Dolayısıyla, bu muameleden doğan borcun tamamından *(in solidum)* efendi, *praetor*'lar tarafından sorumlu tutulmuştur (Alacaklının bu durumda açacağı dava, *actio quod iussu*'dur). Fakat, köle bu muameleyi aile reisinin izniyle yaptığını söylemiş olsa da, hukukî muamelenin sonuçları kendi üzerinde doğar. Fakat, *praetor*'lar, hâkimiyet sahibi olana karşı bir dava açılmasını hakkaniyete uygun görmüşlerdir[6]. Zira, Gaius da, muameleyi yapanın köleden çok, mâlike güvendiğini belirtmektedir[7].

2) MONIER R., Les Obligations, s. 175.
3) RADO T., s. 141. Ancak D. 19, 2, 59'da Iavolenus deprem halinde hasarı ismarlayana yüklemektedir.
4) Bkz. aşağıdaki 16. meselenin 2. cevabı.
5) Bkz. RADO T., s. 208-211.
6) RADO T., s. 209-210.
7) Gai. 4, 70 *Inprimis itaque, si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve conparavit; et recte quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur*: Herşeyden önce, hukukî muamelenin aile reisinin veya efendinin emri ile yapılması halinde, *praetor*, bütünü için aile reisine veya efendisine karşı dava ihdas etmiştir. Bu konuda haklıdır; zira, böyle bir hukukî muameleyi yapan aile evlâdı veya köleden çok aile reisine veya efendiye güvenmiştir.

Modern hukukta, munzam davalar, doğrudan doğruya temsil kurumunun varlığı ve Roma Hukukundaki hâkimiyet münasebetinin ortadan kalkması sebebiyle, önemini kaybetmiş olup, artık mevcut değildir[8].

2 – Bir haksız fiilin varlığı için iki unsur gerekmektedir: Başkasına ait bir hakkın ihlâl edilerek ona zarar verilmesi ve fiilin faile yüklenebilmesi. Failin tutumunda hukuka aykırılık ve kusur *(culpa)* varsa, sorumlu tutularak, verdiği zarar ona tazmin ettirilir.

Failin sorumlu tutulabilmesi için üç şart gerekir: Failin sorumluluk ehliyetinin olması, başkasının hakkının ihlâlinin iradî olması ve işlenen fiille verilen zarar arasında illiyet ilişkisinin[9] bulunması[10].

---

8) KOSCHAKER P., - AYİTER K., s. 281.

9) İlliyet bağı modern hukukların da önemli bir konusunu teşkil eder. Bu ilişkiyi tespit etmek, yani verilmiş olan zararın, işlenen fiilden doğup doğmadığını tayin etmek, bazen zor olabilir ve bunu müşahhas olayı tetkik hâkim takdir eder. Bu sebep - sonuç ilişkisi konusunda, İsviçre-Türk doktrininde ve uygulamasında genellikle kabul edilen teori, uygun illiyet teorisidir. Buna göre, genel hayat deneylerine ve olayların alışılmış akışına göre, bir zarar belli bir fiilin normal bir sonucu gibi karşılanabiliyorsa, bu ikisi arasında hukukî illiyet gerçekleşmiş olur.
Failin sorumlu olması için illiyet ilişkisinin niteliği, gerek Roma hukukçularını, gerek modern hukukçuları devamlı olarak ilgilendiren bir konudur. İlliyet bağı, özellikle ceza hukuku alanında çok işlenmiş bir konudur.
Gerek Romalılar, gerek modern hukukçular bu ilişkinin mevcut sayılıp sayılmayacağını bazı ihtimaller içinde incelenmişlerdir: Bir fiilin zarar veren bir sonucu meydana getirmesi gerekirken, araya giren başka bir olayın aynı sonucu doğurması halinde, illiyetin kesilmesinden söz edilir. Meselâ, bir kimse yüzme bilmeyen hasmını denize itiyor, boğulmak üzere iken, başka bir düşmanı gelip, onu tabancayla öldürüyor. İlliyet bağı kesilmiştir. Fail, sadece kesilme anına kadar meydana gelen sonuçlardan sorumlu tutulur (AYBAY A., Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 85. A, B'nin atına -öldürme amacıyla- zehirli otlar yedirmiştir, fakat hemen sonra, C, ata tabancayla ateş etmiş ve at bu yüzden ölmüştür. Bu durumda, A atın ölmesinden sorumlu tutulamaz, zira onun fiili ile zarar veren sonuç arasındaki illiyet kesilmiştir (TEKİNAY S.S. - AKMAN S. - BURCUOĞLU H. - ALTOP A., s. 568).
Failin, illiyetin kesilmesine kadar sorumlu tutulması, Romalı hukukçular tarafından da kabul edilmişti: D. 9, 2, 11, 3 *(Ulpianus libro octova decimo ad edictum) Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit... videtur et est probabilius.* (Ulpianus'un beyanname şerhinin 18. kitabından). Celsus'un yazdığına göre, eğer biri (bir köleyi) ölüm derecesinde yaralarsa, sonradan diğeri de onu öldürürse, birincisi öldürmüş olmaktan değil, yaralamış olmaktan sorumlu tutulur, çünkü ikincisinin yarasından ölmüştür. İkinci de sorumludur, çünkü öldürmüştür...
Tamamlanmış illiyet, gerçekleşmiş illiyetle etkisiz kalamaz. Bir fiil zarar veren sonucu meydana getirince, artık illiyet bağı kurulmuş olur ve artık bu illiyet, aynı sonucun başka bir olay dolayısıyla nasıl olsa gerçekleşecek olduğu söylenerek etkisiz bırakılamaz. Mesela A, uçağa binmek üzere B'yi tabanca ile ateş ederek öldürmüştür. Burada, ateş etme olayı ile ölüm arasında illyet kurulmuştur. Gerçi biraz sonra B'nin binecek olduğu uçak havada yanmış ve yolcuların hiç biri kurtulmamıştır. Fakat A, B'nin nasıl olsa uçağa binerek ölecek olduğunu ileri süremez. A'nın böyle bir savunma ile sorumluluktan kurtulması

a – Köle ile çarpışarak onun bacağının kırılmasına yol açan kişinin tutumunda hukuka aykırılığın ve kusurun bulunmadığı sonucuna varmak gerekir. Zira metinde de, Alfenus'un belirttiği gibi, burada kusurdan çok tesadüf, beklenmedik bir durum söz konusudur. Köle de oyuna katılmakla, böyle bir tehlikeyi göze almış sayılır.

Bugünkü hukukumuzda da, bu tür bir oyuna katılan kimse, kendisine zarar verebilecek bir fiile oyun kuralları içinde kalması şartıyla razı olmuştur ve bu rıza, fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarır. Genellikle, spor faaliyetinin kurallarına aykırı olmayan davranışlar yüzünden, bir ölüm veya yaralama olayı gerçekleşirse, burada haksız fiil sözkonusu olmaz [11]. Spor karşılaşmalarında bu rıza, ancak o spor dalının kurallarına uygun olduğu ölçüde hukuka aykırılığı kaldırır. Meselâ; boksta, kurallara göre, yasak olan yerlere vurmada, böyle bir muvafakatten söz etmenin imkânı yoktur.

---

söz konusu değildir (TEKİNAY S.S. - AKMAN S. - BURCUOĞLU H. - ALTOP A., s. 569). Romalı hukukçulardan Iulianus da aynı şekilde düşünüyordu. D. 9. 2. 51. pr. *(Iulianus libro octagensimo sexto digestorum)... igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri:* (Iulianus *Digesta*'sının 86. kitabından). Nitekim bir kimse bir köleyi ölüm derecesinde yaralar ve sonra bir başkası onu tekrar yaralar ve köle de birinci yara yüzünden öleceği zamandan daha önce ölürse, her ikisinin de *Aquilia* kanununa göre sorumlu olduklarını tespit etmek gerekir.

Bazen zarar veren sonuç, birden çok fiile dayanabilir. Zararı bunlardan birinin meydana getirdiği muhakkaktır, fakat, hangisinin meydana getirdiği bilinmemektedir (alternatif illiyet). Birden çok kişi ortaklaşa bir tertip meydana getirmiş ve zarar bu tertip içinde cereyan eden faaliyetlerden birinin sonucu olarak gerçekleşmişse, artık sonucu meydana getiren fiilin kimin tarafından işlendiği anlaşılmasa bile, tertibe dahil olan şahıslardan her biri sorumlu olur. Meselâ, üç avcı birlikte sürek avı yapıyorlar. Bunlar, ormanda kendi başlarına avlanan kişiler gibi kabul edilemez. O halde sürek avı sonrasında birinin tüfeğinden çıkan kurşun ormandaki bir şahsı öldürürse, failin tespit edilememesi halinde her üç avcı, ortaya çıkan sonuçtan sorumlu olur (TEKİNAY S.S. - AKMAN S. - BURCUOĞLU H. - ALTOP A., s. 571). Romalı hukukçular da aynı fikir kabul etmişlerdi: D. 9. 2. 51. 1. *(Iulianus libro octagensimo sexto digestorum) Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum o pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt.:* (Iulianus'un *Digesta*'sının 86. kitabından). Bu da, köle birkaç kişi tarafından o şekilde yararlanır da, hangisinin darbesinden öldüğü belli olmazsa, hepsinin *Aquilia* kanununa göre, sorumlu sayılacakları kanaatinde olan eski hukukçuların fikrine uygundur.

D. 9. 2. 11. 2 *(Ulpianus libro octavo decimo ad edictum) Sed si plures servum percusserit, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus, et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occider i tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestiti, alium, non relevat, cum sit poena.:* (Ulpianus'un *praetor* beyannamesine ait 18. kitabından). Birkaç kişi köleyi vurmak suretiyle yaralarsa, hepsinin de öldürmüş gibi sorumlu tutulup tutulmayacağını inceleyelim: Eğer kimin darbesinden öldüğü belli olursa, o öldürmüş gibi sorumlu tutulur; fakat belli olmazsa, Iulianus hepsinin tıpkı öldürmüş gibi sorumlu olacağını söylüyor. Eğer birine karşı dava açılırsa diğerleri kurtulamaz, çünkü *Aquilia* kanununa göre, bir ceza söz konusu olduğundan, birinin ödediği diğerini yükümlülükten kurtarmaz.

10) Bkz. UMUR Z., Roma Hukuku, s. 489 vd.

11) TEKİNAY S.S. - AKMAN S. - BURCUOĞLU H. - ALTOP A., s. 491, dn. 13.

b – Olaydaki köleyi traş eden berberin tutumunda bir kusurun olduğu muhakkaktır. Zira, köleyi tehlikeli bir yerde traş ettiğinden dolayı, başkasının malına (köleye) zarar verme niyeti yani kastı olmasa da ihmali vardır. Mâlikine karşı, malına zarar verdiği için sorumludur. Roma'da bu gibi haksız fiillerin tazminine esas olan kanun M.Ö. 286 yılında çıkarılmış olan *Lex Aquilia* olduğundan, Romalılar bu nevi kusura, *culpa Aquiliana* demekte idiler. Berberin bu akit dışı kusurdan sorumluluğu daima bütün kusurları *(omnis culpa)* iledir. Fail sadece kastından değil, ağır ve hafif ihmallerinden de yükümlülük altına girer. Bu kural Roma hukukunda, *in lege Aquilia et levissima culpa venit (Aquilia* kanununda en hafif ihmal de dikkate alınır) şeklinde ifade edilmekte idi. Ayrıca, burada, berberin durumu, normal sayılamayacak bir tedbirsizliktir. Bu sebeple, ağır ihmali mevcuttur. Zira, en basit düşünceli bir kimsenin göstermesi gereken tedbir ve ihtimamı göstermemiş, bilmesi gereken bir hususa dikkat etmemiştir.

c – Topa vuran kimsenin sorumlu tutulabilmesi için, onun da kusurunun olması gerekir. Fakat, onun tutumunda, bir kasıt veya ihmal halinden çok, tesadüfün bir zarara yol açtığını kabul etmek gerekecektir. Bu sebeple, oyun kurallarına uygun olarak topa kuvvetli de olsa vuran kimsenin fiilinden sorumlu tutulmaması gerekir.

d – Olayda, Ulpianus'un da metinde belirttiği gibi, kölenin davranışında da, dikkatli bir insanın yapmaması gereken bir eksiklik vardır. Bu durumda tazmini gereken zararın meydana gelişinde, onun da kusuru vardır. Yalnız zarar, borçlunun kastı sonucu meydana gelmiş olsaydı, meselâ berber kölenin boynunu ustura ile kasten kesseydi, olayda, kölenin de ihmalinin bulunması, durum değiştirmezdi. Fakat, olayda, zarar borçlunun ihmali sonucu meydana gelmiş ve kölenin ihmali de zararın doğmasına yardımcı olmuştur. Bunun tazminat açısından önemli sonucu, zararı tazmin yükümlülüğünün kalkmasıdır.

Bu gibi hallerde, alacaklının ihmali yüzünden, borçlunun zararı tazmin mükellefiyeti bertaraf edilmiş olurdu. Burada, alacaklının müterafik, birlikte kusuru denilen durumu ortaya çıkmaktadır. Bu prensibe Roma Hukukunda *compensatio culparum,* ihmallerin mahsubu denmektedir. Bu prensibin büyük önemi vardır, zira, birçok halde, bir kimsenin maruz kaldığı zararda kendi şahsî ihmalinin de etkisi vardır[12].

12)RADO T., s. 50; D. 9. 2. 9. 4'te mızrak atma talimi yapılan bir yerden geçen kölenin yaralanması halinde *lex Aquilia*'nın uygulanmayacağı belirtilerek kölenin birlikte kusur nazara alınmaktadır.

3 – Burada, başkasının malına haksız olarak zarar veren bir haksız fiil işlenmiştir. Haksız olarak başkasının malına verilen zararlar *(damnum iniuria datum)*[13] ilk defa tarihi kat'î olarak bilinmemekle beraber M.Ö. III. asrın başlarında, muhtemelen 286 yılında, Aqulius adlı bir *tribunus* tarafından teklif edilen ve bir *plebiscitum* şeklinde yayınlanan *Lex Aquilia*[14] ile tanzim edilmiştir. Bu kanun üç fasla ayrılıyordu: Birinci fasılda başkasına ait bir kölenin veya bir sürü hayvanın öldürülmesinden, ikinci fasılda alacaklının zararına hileli bir şekilde borçluyu ibra etmiş olan *adstipulator*'dan ve nihayet üçüncü fasılda da köle ve hayvanların yaralanmasından ve mallara verilen her türlü zararlardan bahsediyordu.

Bu haksız fiilin unsurları şunlardır:

a – Zarar: *Lex Aquilia*'ya göre canlı varlıkları öldürmek ve cansız şeyleri yakmak veya kırmak, bozmak fiilleri zarar olarak nitelendirilmiştir. Hukukçular, davanın uygulama alanını tefsir yoluyla genişleterek, *Lex Aquilia*'nın metninin engellerini ortadan kaldırmışlardır[15]. Mala verilen zarar halinde, zararı verenin ödeyeceği ceza *(poena)*, zarar gören şeyin haksız fiilden evvelki belirli bir devre içindeki en yüksek değerinden ibarettir. Bu değer zararın, kanunun birinci veya üçüncü faslının uygulama alanına girmesine göre değeri istenirdi (D. 9, 2, 1, pr.). Son yıl içinde eriştiği en yüksek değerden maksat, meselâ, topal, bir gözü kör veya sakat bir durumda öldürülen köle son yıl içinde sağlam ve daha kıymetli idiyse, sorumluluğun o günkü değerine göre değil, o sene içindeki en yüksek değerine göre olacağıdır (I. 4, 3, 9). Bu şekilde failin, «öldürme anında kölenin veya hayvanın hiç bir değeri yoktur» şeklindeki iddiası dayanaksız hale gelirdi. Davacı, köle veya hayvanın öldüğü andaki değerini ispattan kurtulmuş, ayrıca piyasadaki değişmelerden korunmuş olur. Üçüncü fasılda ise zarar gören malın zarardan evvelki otuz gün içindeki değeri ödenirdi. Bu faslın lâfzına göre davacı başlangıçtan itibaren bütün menfaatlerinin tazminini ister. «*Quanti ea res erit*» buna imkân vermektedir[16].

b – Zararın haksız olarak verilmesi: Zararın haksız *(iniuria)*[17] olarak meydana gelmiş *(culpa in faciendo)* olması lâzımdır. Kanundaki haksız öl-

13) Bu konu hakkında bkz. SOMER P., Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar. İstanbul. 1999.
14) UMUR Z., Lügat. *Lex Aquilia*.- HONSELL H., s. 154.
15) MOMMSENT T., Le Droit Pénal Romain. çev. DUQUESNE J., c. III, Paris, 1907, s. 147.
16) HAUSMANINGER H., Das Schadenersatzrecht der Lex Aquilia. Wien 1976, s. 29, dn. 63.
17) *Iniuria* kelimesinin anlamı için bkz. TAHİROĞLU B., Roma Hukukunda Iniuria. İstanbul. 1969, s. 4-5.

dürmekten maksat hiçbir hukukî mesnedi olmadan öldürmektir. Ancak bir kimse kendi hakkını kullanırken başkasına zarar vermiş sayılmaz: «*Qui suo iure utitur neminem laedit*». Meselâ, bir irtifak hakkına dayanmadan başkasının gayrimenkulünden geçen su kanalını o gayrimenkulün mâliki tahrip edebilir. Aynı şekilde meşru müdafaa ve zaruret halinde bulunanlar da tazminatla sorumlu değildir[18]. Hukuk düzeninin yetki vermesi ve hak sahibinin zarara rıza göstermesi hallerinde de *iniuria*'dan bahsedilmez. D. 9, 2, 7, 4'te *iniuria*'nın olacağı veya olmayacağı hallerden söz edilmektedir. (Bkz. meselenin metinleri).

Romalı hukukçular ayrıca failin müsbet bir hareket yapmış olmasını da ararlar[19]. Gelecek zararı önleyebilecek hareketi yapmayan kimsenin cezaî sorumluluğu yoktur. Yangının çıktığını görüp söndürmeye çalışmayan veya bağları kesmeyi veya su kemerini tamir etmeyi ihmal eden intifa hakkı sahibini kimse takip edemez (D. 7, 1, 13, 2)[20].

c – Kanunun uygulanması için zararı verenin kusuru olmalıdır. *Lex Aquilia*'nın tanıdığı davanın açılabilmesi için, başkasının hakkına objektif olarak karşı ve zarar verene yüklenebilir kast veya ihmalin mevcut olması lâzımdır. İhmali veya kastı olmadan herhangi bir kaza neticesi başkasına zarar veren kimse ceza göremez: «...; *itaque inpunites est, qui sine culpa, et dolo malo casu quodam damnum committit*» (Gai. 3, 211). Beklenmedik hallerden de kimse sorumlu değildir. *Lex Aquilia* kaza sonucu öldüreni sorumlu tutmaz, ancak hiçbir ihmalin de bulunmaması lâzımdır, zira aksi takdirde, kast gibi ihmalinden de sorumludur (I. 4, 3, 3). İhmalden anlaşılacak olan hafif ihmaldir: *in lege Aquilia* çerçevesinde gelişmiş ve sonradan hukuken diğer alanlarına yayılmıştır. Beceriksizlik, kabiliyetsizlik de ihmal sayılır. Meselâ hekim hatalı ameliyat yaparak veya yanlış ilâç vererek başkasına ait bir köleyi öldürürse bundan sorumludur.

d – *Damnum corpore corpori datum: Lex Aquilia*'nın tanığı davanın açılabilmesi için, zararın «*corpore*» yani failin müspet bir hareketi, bir tanıması ile ve «*corpori*» doğrudan doğruya mal üzerinde verilmesi lâzımdır[21]. Kanun sadece, *damnum corpore corpori datum*'dan bahsetmektedir. Meselâ, bir kimse deniz kenarında gezen bir köle veya bir hayvanı denize iterek ölümüne sebep olmuşsa zarar *corpore corpori*'dir; doğrudan doğruya failin itme hareketinin sonucu meydana gelmiştir (I. 4, 3, 16). Zarar, *corpore* ol-

18) RADO T., s. 195; DI MARZO S., s. 487.

19) HUBRECHT G., Manuel de Droit Romain, Les Obligations, c. II, Paris, 1943, s. 176; WETTER P., VAN Pandectes, Tome Quatriréme, Les Obligations, Paris 1910, s. 372.

20) MONİER R., Les Obligations, s. 60.

21) RADO T., s. 196; DI MARZO S., s. 478.

madan verilmişse, *Lex Aquilia*'nın hükümleri uygulanmazdı. Meselâ, bir kimsenin kölesini ikne ederek kuyuya indirip ölmesine veya yaralanmasına sebep olmak. Diğer taraftan *corpori* olmayan zararlarda da aynı kural geçerlidir: Bir deliyi demir parçası vererek kendisini yaralamasına sebep olmak gibi. *Lex Aquilia*'nın tanıdığı dava ancak bu unsurların varlığı halinde açılabiliyordu. Klasik devrin ilmî içtihatları *corpore* olmayan zararlar için, bir *actio utilis* tanınacağını kabul etmekteydi (Gai. 3, 219). *Corpori* verilmeyen zararlar için de klasik devirden itibaren bir dava hakkı tanınmaya başlanmıştır[22]. Ayrıca *praetor*'lar bu davayı zarar görmüş olan mâlikten başka hüsnüniyet sahibi zilyede, intifa, kullanma, rehin hakkı sahiplerine ve hatta kiracıya da tanıyarak *Lex Aquilia*'nın uygulama alanını genişletmiştir. Bunun sonucu, Iustinianus hukukunda *Lex Aquilia*'nın verdiği dava, genel bir tazminat davası niteliğini taşır. BK.'muzun 41. maddesindeki genel hükmün menşei de, *Lex Aquili*'nın genişletilmiş hükümlerindedir[23].

Fakat olayımızda, *Aquilia* kanununu uygulama imkân yoktur. Zira, top oynarken köle ile çarpışarak bacağını kıran ve topa vuran kişilerin davranışlarında kusurları yoktur. Berberin durumuna gelince Ulpianus'un da ilgili metinde belirttiği gibi, (D. 9, 2, 11 pr.) berberin kusuru olmasına rağmen, kölenin de kusuru olduğu için (birlikte, müterafik kusur), berberin, kölenin mâlikine olan tazminat borcu kalkacaktır[24]. Kölenin kusurunun dikkate alınmasın kölenin insan olma vasfının gözden kaçırılmadığını göstermektedir.

4 – Bugünkü hukukumuzda da, eseri teslim borcu müteahhidin ana borçlarındandır. İş sahibi eserin teslîminden sona eserdeki kusurları müteahhide bildirmek zorundadır (BK. m. 359/1). BK. m. 362/1'e göre, yapılan şeyin açıkça veya zımnen kabulünden sonra, müteahhit her türlü sorumluluktan kurtulur. Ancak, müteahhidin kasıtlı olarak sakladığı ve normal muayenesinde anlaşılmayacak kusurlar hakkında sorumluluğu devam eder. (Eğer iş sahibi, kanunun tayin ettiği sürede eseri muayene etmez ve bozukluğu ihbar etmezse, zımnen kabul etmiş sayılır) (BK. m. 362/2). Ancak, BK. m. 362'nin koyduğu kabul karinesi teslim ve usulüne uygun muayenede görülemeyen gizli bozukluklarda uygulanmaz. BK. m. 362/3'e göre, yapılan eserdeki bozukluk sonradan ortaya çıkarsa iş sahibinin durumu öğrenince,

22) DI MARZO S., s. 478; HUBRECHT G., s. 178.

23) RADO T., s. 196.

24) D. 9, 2, 9, 4'ün son cümlesinde mızrak atışı yapılan bir yerden geçen köleye mızrağını kasten fırlatılması durumunda *Lex Aquilia*'nın açılacağı ifade verilerek failin kastı halinde mağdurun ihmalinin dikkate alınmayacağı belirtilmiş olmaktadır.

gecikmeden müteahhide haber vermelidir. Aksi halde işi kabul etmiş sayılır (Bu konudaki zamanaşımı süreleri için bkz. BK. m. 363).

İstisna aktinde hasarın kime ait olduğu konusunda BK.'muz, eserin tesliminden önce, mücbir sebeple, telef olması halinde, Klasik Roma Hukuku prensiplerine uyarak, hasarı müteahhide yüklemektedir.

Eserin tesliminden önce, kusursuz yok olması halinde, Borçlar Kanunu m. 368'e göre, iş sahibi mütemerrit değilse, müteahhit ücret ve masrafları isteyemez. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre, bir otomobil imalâtçısının, teslimden önce ısmarlayanla birlikte yaptığı bir deneme sürüşü sırasında otomobil yanmışsa, henüz teslim yapılmadığı için, tehlikeyi yüklenen müteahhittir[25]. Yargıtayımızın da kararları bu yöndedir. İstisna aktinde mücbir sebebe ait Yargıtay 15. H. D.'nin 1975 tarihli bir kararı şu şekildedir[26].

Yapılan eser, teslimden önce mücbir sebeple hasara uğramışsa, eseri yapan kimse Borçlar Kanunu m. 368/1 uyarınca yapılan iş için ücret, masraf ve tazminat isteyemez.

Davacı, Çubuk Karagöl mıntıkasında davalıya ait iki binanın çatısını söküp yeniden yaptığını, işin teslimine iki-üç gün kala büyük bir fırtına sonucu binanın ve yaptığı işlerin hasara uğraması sebebiyle ödenmeyen iş bedelinin davalıdan alınmasını istemiştir.

Yapılan çatı ve diğer onarım işlerinin tamamlanmak üzere iken teslimden önce hasara uğradığında bir uyuşmazlık yoktur. 27.9.1974 günlü bilirkişi raporunda ve mahkeme kararında kabul edildiği gibi, hasar mücbir sebep sayılacak fırtınadan dolayı meydana geldiği takdirde, davacı Borçlar Kanunu 368/1 gereğince yapılmış olan iş için ücret, masraf ve tazminat isteme hakkına sahip değildir. Kanunumuz, bu şekilde eserin tarafların kusuru sonucu olmadan, kazalara hasara uğraması veya ortadan kalkması yani tesadüf sonucu imkânsızlık halinde, eser henüz iş sahibine teslim edilmediğinden, zarara müteahhit tarafından katlanılması prensibini kabul etmiştir.

Eğer eser, iş sahibine yüklenebilecek bir sebeple (verdiği malzemenin bozuk, inşaat için gösterdiği arazinin elverişsiz veya eser konusundaki talimat ve emirlerin isabetsizliği) telef olmuşsa ve müteahhit de bu tehlikeleri zamanında bildirmişse, tehlikeli, iş sahibine ait olur (Borçlar Kanunu m. 368/3).

---

25) BGE 59 II 63 vd. (zikr. TUNÇOMAĞ K., s. 1045-1046).

26) Yargıtay 15. HD., 5. 11. 1975, 1975/3528, 1975/4314 (karar. İBD.,c. 50, sayı 7-8'de, s. 72-74 yayınlanmıştır).

5 – Olayda söz konusu olan ve tarafların her ikisinin de kusurlu olması şeklindeki özellik modern hukukta da, dikkate alınan bir hususdur. Bu durum zararın tazmininde azalmaya yol açar veya duruma göre tamamen kalkar. Bu çok rastlanılan bir olaydır, birçok tazminat davasında davalı, zarara uğrayanın gerekli dikkati göstermediğini, meselâ otomobilin hızla geldiğini gördüğü halde, yine yola çıktığını veya tramvay durmadan atladığını ileri sürerek, kendisini savunur[27]. Otomobilin otoyoldaki yayayı çiğnemesi, trafik kurallarına aykırı olarak fazla hızla giden şoförün, yayalara yasak yerden geçen yayaya çarpması gibi olaylarla her zaman karşılaşılır[28]. Şahsî menfaatin bu şekilde ihlâli, kasıtla veya ihmalle olur. Meselâ, bir kimse, hızla yaklaşan trenin önüne intihar amacıyla kendin atarsa, kastı vardır. Bir kimse, başkasının zarar veren fiiline razı olursa, meselâ köpeğini öldürmesi için izin verirse, yine kastı söz konusudur. Bu rıza, hukuka aykırılık unsurunu kaldırdığı için, haksız fiilden söz edilemez ve köpeği öldüren tazminat borcu altına girmez.

Bununla beraber bir kimsenin kendi şahsiyet haklarına tecavüz edilmesine muvafakatı, böyle bir fiildeki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Meselâ, bir kimsenin kendisinin öldürülmesine razı olmasında öldürenin fiili yine hukuka aykırıdır. Hastanın isteği üzerine kendisine öldürücü bir iğne yapılması, bu rızaya rağmen hukuka aykırıdır, fakat meydana gelen hukuka aykırı sonuca hastanın kastı, müterafık olarak, birlikte sebep olmuştur[29]. Bir kimsenin kendine karşı kusuru, ihtimalî kast *(dolus eventualis)*[30] şeklinde de olabilir, meselâ bir kimse düelloda veya -zararın tazmini davalarında

27) SCHWARZ A. B., Borçlar Hukuku, s. 85.

28) AYBAY A., Borçlar Hukuku Dersleri, 11. bası, İstanbul 1995, s. 92.

29) İsviçre'nin Zürih kantonunda bir süre önce, bu fiil (ötanazi) hukuka aykırı olmaktan çıkarılmıştır.

30) Hukuka aykırı sonuç, hukuka veya göreve aykırılık bilinerek istendiği zaman kasıt vardır. Meselâ, bir kimseyi vurmak, başkasının malını çalmak, âriyet alınan malı geri vermeyip alıkoymak. Bazen, fail tutumunda hukuka aykırı sonucu önceden görebilir ve gerçekleşmesini isteyebilir. Bazen ise, doğrudan istemese de, sonca razı olabilir veya kabul edebilir. Bu durum, sonucun doğrudan doğruya istenilmiş olmasını ifade eden *dolus directus*'un (vasıtasız kastın) aksine olarak *dolus eventualis* (ihtimali kast) şeklinde ifade edilir. Meselâ, bir şoför, hedefine çabuk varmak için kalabalık bir caddeden hızla geçer ve bu arada bazı kişilere çarpmayı, doğrudan istememekle birlikte, hesaba katarsa, ihtimalî kasttan bahsedilir. Bir lokantacının müşterilerine bozulmuş yemekleri verirken, bunların bu yüzden hastalanmalarını göze alması yine ihtimali kasttır (SCHWARZ A. B., Borçlar Hukuku, s. 109). Jandarmanın takibinden kaçan bir suçlu kendisine yol açmak için, etrafındakilere ateş ediyor. Amacı birini öldürmek değildir. Fakat rastgele ateş etmenin bir ölüm olayına yol açacağını görerek, bu sonuca razı olmaktadır. İhtimali kast ile normal kast arasında hukukî sonuç farkı yoktur (TEKİNAY S.S. - AKMAN S. - BURCUOĞLU H. - ALTOP A., s. 493).

önemi olan- kurtarma hareketlerinde (tehlikeli hayvanlara veya hırsızlara karşı) kendini kasten tehlikeye atarsa böyle bir durum vardır. Fakat, çoğu kere zarara uğrayanın kendi kusur ağır ihmalden hafif ihmale kadar gidebilen, ihmal şeklinde olacaktır.

Birlikte kusur olayı, aktin ihlâlinde de söz konusu olabilir. Meselâ bir kimse, başkasına götürülmek üzere kendisine verilen mektubu (vekâlet akdi) kaybetmiştir, fakat zarfın içinde para bulunduğu konusunda dikkati çekilmemiştir[31].

Zarara uğrayanın kendi kusuru, zarar veren olaydan önce veya sonra olabilir. Akdî ilişkide, borçlunun bilmediği veya bilmesi gerekmeyen önemli bir zararın doğmasına karşı borçlunun dikkatinin çekilmesi ihmal edilirse, zarardan önceki müterafik (birlikte) kusur vardır. Meselâ, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, bir kimseye tevdi edilen mektupta para bulunduğunun kendisine ihtar edilmiyor veya temizleyiciye, temizlenmek üzere verilen buzdaki düğmelerin gerçek inci olduğu söylenmiyor yahut jimnastik veya yüzme dersleri alacak çocuğunun kalbinin zayıf olduğu öğretmene bildirilmiyor. Aynı durum, haksiz fiilden doğan sorumluluk alanında da meydan gelebilir: Meselâ bir kimsenin evin kapısını kilitlemeyi ihmal ederek, hırsızlığın yapılmasına yol açması. Meydana gelen zarara engel olmak veya onu hafifletmek için, gerekli tedbirler zamanında alınmazsa, müterafik şahsî kusur, zarar veren olayı takip eder. Meselâ bir elbisede veya bir kumaşta ortaya çıkan lekenin giderilmesi için gerekli tedbir alınmazsa durum budur. Zarara uğrayanın birlikte kusurunun, zararı tazmin borcunu ortadan kaldıracağı şeklindeki Roma - müşterek hukuktaki görüş, bazen açık bir haksızlığa sebep olabilir. Bu sebeple, modern hukuklarda, zararı tazmin yükümlülüğünün azaltılması hakkaniyete daha uygun görülmüştür[32]. BK.'muzun 44. maddesine göre, hâkim durum uyarınca, tazminatı azaltır veya kaldırabilir.

Fakat, fail zarar kasıtla sebep olmuşsa, zarar uğrayanın birlikte ihmali söz konusu olmaz. Yukarıda bahsettiğimiz kişinin evin kapısını veya dolabını ihmal sonucu açık bırakmış olmasından yararlanan hırsızın onun eşyasını çalması halinde, tazminat borcu ortadan kalkmaz veya azalmaz. Diğer taraftan, zarar verenin kastına uyan bir niyet zarara uğrayanda mevcutsa, durum farklıdır. Bilhassa cismanî zararlara, bilerek zarar verilmesini ifade eden tıbbî müdahalelere muvafakat, tazminatın azaltılması sebebi sayılabilir. Bi-

31) SCHWARZ A. B., Borçlar Hukuku, s. 143.

32) Alman Medeni Kanunu § 254, İsviçre - Türk Hukukuna göre, zararı ilgililer arasında bölmek veya zarar failini tazmin yükümlülüğünden kurtulmak için, hâkime takdir yetkisi verilmiştir. Benzer prensip eski Prusya Umumî Kanunnamesinde, Polonya BK.'da ve İtalyan MK.'larında yer almıştır (SCHWARZ A. B., Borçlar Hukuku, s. 145 ve s. 145, n. 2).

rinin ihmali karşısında, diğerinin ihmali varsa, hâkim duruma göre, zararı bölecek, yani zararın tazminini yarı, üçte bir, dörtte bir oranında azaltacak hattâ gereğince, zarar veren faili tazminattan tamamen kurtaracaktır[33]. Trafik kazalarında zarar verenin ve zarara uğrayanın birlikte kusuru çok rastlanan olaylardandır. Meselâ şoförü sarhoş olan veya arızalı bir otomobile bunun bilmesine rağmen, kendi isteğiyle binip zarara uğrayan mağdurun birlikte kusuru vardır. Bu gibi, birlikte kusuru hallerine çok tesadüf edildiği için, zararın tazmini alanında hâkimin takdir serbestliğine bu hükümle çok geniş yer bırakılmaktadır.

Manevî tazminatta, kişilik hakkına tecavüz edilenin birlikte, ortak kusuru varsa, tazminat miktarı indirilir. Eğer, tecavüze uğrayanın bu kusuru çok ağırsa, manevî tazminat davasının reddi gerekir. Yargıtay'ın bu yönde verilmiş kararları vardır. Ancak Yüksek Mahkemenin birlikte, müterafik kusur halinde, manevî tazminatı daima reddeden kararları da vardır.

Birlikte kusur halinde, tazminatın indirilmesine ait Danıştay 12. Dairesinin şu kararı da zikredilebilir[34]. Yakacık Belediyesine ait bir sarnıç ağzının açık bırakılması sonucunda, gece (saat 22'de) sigara almak üzere anne ve babası tarafından sokağa gönderilen 9 yaşındaki bir çocuk bu sarnıca düşerek boğulmuştur. Belediye itfaiyesi, su alınak suretiyle bu sarnıçtan faydalanmaktadır. Sarnıcın üstünü kapatmaması dolayısıyla Belediyenin (hizmet) kusuru vardır. Ancak, bu yaşta bir çocuğun gece dışarıya gönderilmesi, ana ve babasının da gözetim ve denetim görevini gerektiği gibi yapmadığını göstermektedir. Bu sebeple, ana baba lehine bilirkişi incelemesi sonucu takdir edilen 20.000 TL.'lik maddî zarar, % 50 müterafik kusur dikkate alınarak 10.000 TL.'sına indirilmiştir.

Birlikte kusura ait birçok mahkeme kararı vardır. Bu durumun uygulama alanı, bilhassa trafik kazalarında ortaya çıkmaktadır. Aşağıdaki kararda ise (HGK. 9.4.1964) BK.'nun 44. maddesinin daha değişik bir uygulaması görülmektedir: Davalı erin ehliyeti, şehir içinde ancak kol halinde yürütülen araçlarda ve şehir dışında yanında bir üstü bulunmak şartıyla araç kullanması içindir. Buna rağmen, davalı, aldığı emir uyarınca, şehir içinde tek aracı,

33) SCHWARZ A. B., Borçlar Hukuku, s. 145.

34) 18.4.1974 tarihli bu kararda, İBD.'nin 1974 Eylül-Ekim sayısında (s. 555-557) yayınlanmıştır.

yanında üstü olduğu halde, kullanırken, başkasına çarpıp öldürmüştür. Aracın çarpması sonucu meydana gelen zarar, kullananın yeteneksizliğinin ve üstün verdiği emrin ortaklaşa sonucudur. Zararda, üstün verdiği emir şeklindeki kusura düşen indirme, BK. 44'e göre yapılmalıdır.

Bu kusur halinin akdî sorumluluk hallerinde de ortaya çıkabileceğinden yukarıda söz edilmiştir. Yargıtay Ticaret Dairesinin bir bozma kararında (11.12.1972, E. 1972/4549, K. 1972/5327) davalı yararına davacının birlikte kusuru dikkate alınmaktadır: Olayda, davalı şirket hangarlardaki kaynak işlerini üstlenmiş, fakat taahhüdü altındaki işlerin yapılabilmesi için, davacı idareyi yazı ile uyarmış ve hangarların boşaltılmasını istemiştir. İdarenin olumsuz davranışı ve barakaları tahliye etmemesi, içinde yanıcı ve parlayıcı maddeler bulundurması karşısında, davalı müteahhide ait kaynak makinasından çıkan kıvılcımlar yangına yol açmış ve hangar ve barakalarda saklanan malzemeler yanmış ve zarara uğramıştır. İdare de, bu zararın tazmini için dava açmıştır. İdare kendi kusuru ile de zarara yol açmıştır. Zarara uğrayan davacı taraf, kendi fiili ile zarara yol açmıştır. Zarara uğrayan davacı taraf, kendi fiili ile zararın çoğalmasına yardım etmiş ve zararı yapan davalının hal ve mevkiini ağırlaştırmıştır. Ticaret Dairesi, bozma kararında, BK. m. 44'e göre, gerekli inceleme yapılmak, davacının kusur oranı tespit edilmek ve tazminattan ne miktar indirme yapılması gerektiği düşünülmek gerekirken, bu hususun noksan bırakılmasını, doğru bulmamıştır. Davacının müterafik kusuru olduğu anlaşıldığından kusur nispetinin bilirkişiye tespit ettirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesinin gerektiği bu şekilde belirtilmiştir.

8. MESELENİN METİNLERİ

D. 9, 2, 52, 4 (Alfenus libro secundo digestorum)

Cum pila complures luderent, quidam, ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, servus cecidit et crus fregit: quaerebatur, an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cuius impulsu occiderat, agere potest respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum.

D. 9, 2, 52, 4 (Alfenus'un *Digesta*'sının 2. kitabından).

Birkaç kişi top oynarken, bunlardan bir tanesi topu yakalamaya çalışan köleyi itiyor, köle düşüyor ve bacağı kırılıyor. Sorulan şudur: Kölenin maliki, köleyi iterek, yaralanmasına sebep olan kimseye karşı *Aquilia* kanununa dayanarak dava açabilir mi? Burada kusurdan çok tesadüf olduğu için açamayacağı şeklinde cevap veriyorum.

D. 9, 2, 11, pr. (Ulpianus libro octavo decimo ad edictum)

Item Mela scribit, si cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam dejeceriit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

D. 9, 2, 11, pr. (Ulpianus'un beyanname şerhinin 18. kitabından).

Mela'nın yazdığına göre, birkaç kişi top oynarken, birinin topa kuvvetle vurmasıyla, top bir berberin eline çarpar ve berberin traş ettiği kölenin boğazı ustura ile kesilirse, bu olayda kimin kusuru varsa, *Aquilia* kanununa göre o sorumludur. Proculus, kusurun berberde olduğu kanaatindedir: Gerçekten eğer her zaman oyun oynanan bir yerde veya işlek bir yolda traş ediyor idiyse, kusur ona isnad edilebilir. Bununla birlikte tehlikeli bir yerde, sandalye koyan bir berbere kendini emniyet edenin de, ancak kendi kendinden şikâyet etmesi gerektiğini söylemek yersiz olmaz.

D. 9, 2, 7, 4 (Ulpianus libro 18 ad edictum)

Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datur. Hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare; in filio familias vulnerato procedit, plane si cedentem vulneravit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat.

D. 9, 2, 7, 4 (Ulpianus'un beyanname şerhinin 18. kitabından)

Eğer bir ring mücadelesinde veya müsabakada veya bir boks maçı sırasında birisi diğerini öldürmüşse, eğer bu öldürme aleni müsabakada vukubulmuş ise *Lex Aquilia* uygulanmaz, çünkü zarar hukuka aykırılık sebebiyle değil, ün ve beceriklilik sebebiyle verilmiştir. Ancak bu durum kölede meydana gelmez, çünkü müsabakaya hürler katılır: bir aile evladı yaralanmışsa, böyle bir durum meydana gelir. Tabiatıyla, müsabakadan çekilen birisi yaralanmışsa, *Lex Aquilia* uygulanır veya bunun gibi köleyi müsabaka dışında öldürmüşse. Ancak efendisinin izni varsa, *lex Aquilia* uygulanmaz.

9. MESELE

A, B'ye kölelerinden Stichus veya Pamphilus'u 3 altın karşılığında satmıştır. C, B'nin semen borcu için şahsî teminat göstermiştir.

SORULAR

1 – A ile B arasındaki bu muamele ne zaman meydana gelmiştir? Hangi akitler grubuna girer? Alım satım aktinde tarafların borçları nelerdir?

2 – A'nın «Stichus veya Pamphilus» şeklinde ifade edilen borcu nasıl vasıflandırılır? Alım satım dışında bu tip bir borç nasıl ortaya çıkarabilir?

3 – Hangi kölenin verileceğine ilişkin seçim hakkı kime aittir? Ne zamana kadar kullanılabilir?

4 – Köle Pamphilus seçildikten sonra, fakat ifa edilmeden önce ölecek olursa, B 3 altını ödemek zorunda mıdır?

5 – Stichus'un veya hem Stichus'un hem Pamphilus'un seçim hakkının kullanılmasından önce ölmesinin tarafların borçlarına etkisi nedir?

6 – Alım satım akdinin meydana gelmiş sayılması A'nın iradesine bırakılabilir mi? Taraflar B'nin köleleri beğenmemesi halinde, alım satım akdinin yapılmamış sayılmasını kararlaştırabilirler mi? Hukuk tekniği açısından bu kayıt nasıl düzenlenmelidir?

7 – Şahsî temînat ne demektedir? Böyle bir teminata niçin gerek vardır? Bunlardan en önemlisi olan kefaleti anlatınız.

8 – Alacaklıya borcu ödemiş olan kefil, esas borçluya rücu edebilir mi?

9 – *Obligatio alternativa* (seçimlik borç) ve *pactum displicentiae* Türk Hukukunda var mıdır? Kısaca anlatınız.

9. MESELENİN CEVAPLARI

1 – Olaydaki alım satım akdi A ile B'nin «Stichus veya Pamphilus» un 3 altına alınıp satıldığı konusunda anlaştıkları anda teşekkül etmiştir. Çünkü A ve B alım satım akdinin esaslı unsurları *(essentialia negotii)* olan semen ve mebi üzerinde irade birliğine varmışlardır[1]. İki taraflı hukukî muamele olan alım satım akdinin *(emptio venditio)* teşekkülü için A ve B'nin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekli ve yeterli olduğundan rızaî akitler grubuna girer *(consensu contrahitur)*. Tam iki taraflı (sinallagmatik) bir akit olduğundan, A ve B birbirlerinden karşılıklı olarak alacaklı ve borçludur[2]. A'nın borcu, sattığı köleyi devir ve bu köle üzerindeki rahat ziyetliği sağlamak, B'nin borcu ise, semen borcu olan 3 altını ödemektir.

Alım satım muamelesi aynı zamanda tarafları için bir kazandırıcı muamele teşkil eder; bu akit satıcı yönünden ve satılan malın devri açısından borçlandırıcı, satış bedeli alacağı açısından, kazandırıcıdır. Alıcı için ise, semen borcu yönünden borçlandırıcı, satılan malın devralınması yönünden ise kazandırıcıdır, çünkü satıcının semen alacağı, alıcının mal alacağı; malvarlıklarında artış meydana getirmektedir.

---

1) D. 18, 1, 9 (Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum)
In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipso emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperpecta est.
D. 18, 1, 9 (Ulpianus'un Sabinus şerhinin 28. kitabından)
Alım satımlarda irade uyuşmasının bulunması gerektiği açıktır eğer taraflar alım satımda semende veya diğer bir noktada anlaşamamışlarsa, alım satım geçerli olamaz.

2) Sinallagmatik akitlerde, tarafların karşılıklı olarak borçlandığı söylenir. Fakat, bu ifade her sinallagmatik akit için yerinde değildir. İsimsiz akitler de sinallagmatik, tam iki taraflı akitlerdir ama, akdin teşekkülünden sonra sadece bir taraf borçlanır: meselâ bir inek ile atın trampa edildiği akitte, trampa akdi taraf iradelerinin uyuşması yanında at veya ineğin verilmesiyle oluşur. Atı alan ineği devretmek borcu altına girer, borç altına sadece atı alan girmiştir. Bu bakımdan sinallagmatik, tam iki taraflı akitlerin karşılıklı iki edimin mübadelesini amaç edindiğini belirtmek daha doğru olacaktır.

2 – A olayda seçimlik edimin borçlusudur, çünkü A ve B, köle Stichus veya Pamphilus'un satılmış olacağı hususunda anlaşmaya varmıştır. Borcun ifa edilmiş olması için, ya Pamphilus ya da Stichus B'ye verilmelidir.

Seçimlik borç münasebetinde iki veya daha fazla edim gösterilmiştir[3]. Fakat alıcı bunlardan sadece bir tanesini elde edecektir. Bu yüzden seçimlik borç münasebetinde iki edimin borçlanılmış olduğu, fakat edimlerden birinin ifasının borç ilişkisini sona erdireceği söylenir *(duae res sunt in obligatione, sed altera in solutione)* borçlanılmış iki edim, fakat ifası gereken tek edim vardır[4].

Seçimlik borç *(obligatio alternativa)* [5] Roma Hukukunda akitten (alım satım, *stipulatio* gibi) muayyen mal vasiyetinden *(legatum per damnationem, legatum per vindicationem)* [6] veya haksız fiilden doğabilmekteydi.

---

3) Seçimlik edimlerinden ikisinin de parça borcu olması gerekmez, köle Stichus veya 3 altın şeklinde, biri parça diğeri nevi borcu olabilir. Bu durumda seçimlik borç bir nevî cezaî şart yerine geçer. SİBER H., s. 260. Cezaî şart, asıl edimi alamayan alacaklının, zararını ispatına lüzum kalmadan, belli bir miktar parayı borçludan elde etmesini sağlayan bir tedbirdir (Bu konuda bkz. RADO T., s. 101 ve ileride 18. mesele). Alacaklı seçme hakkını kendinde tutarak, asıl elde etmek istediği edim yanında belli bir miktar parayı borçlusuna taahhüt ettirir. Parça borcu olan edimin kusursuz olarak imkânsız hale gelmesi durumunda, alacaklı para olan edimi seçtiğini beyan ederek kendisinin zarara uğramasını önleyebilir. Para, kural olarak, nevi borcu doğurduğundan «nevi telef olmaz» *(genus non perit)* kuralı gereği imkânsız hale gelmez (Biri parça, diğeri nevi olan seçimlik borçlarda seçim hakkı borçluda olursa, ikisi de mümkün olan edimlerden, borçlunun, alacaklının esas itibarıyle düşünmediği parayı ifa ederek, borcundan kurtulma yolu açıktır).

4) Seçimlik borç *(obligatio alternativa)* ile seçimlik yetki *(facultas alternativa)* karıştırılmamalıdır. Bir borç münasebetinde seçimlik yetki varsa, anlamı şudur: Borçlu sadece bir tek edim borçlanmıştır, ancak borçlu asıl edim yerine -borç doğurucu muamelede açıkça belirtilmiş- başka bir şeyi ifa ederek borcundan kurtulabilir (D. 42. 1, 6, 1). Meselâ borçlu B, köle Stichus'u ifa ile mükelleftir ama, köle Pamphilus'u ifa ederek borcundan kurtulma yetkisine sahiptir. Alacaklı A sadece Stichus'un teslimi için dava açabilir, halbuki borçlu isterse Pamphilus'u teslim edebilir.
Seçimlik borçta birden fazla edim için borç altına girilmiştir, fakat, seçimlik yetkide sadece bir edim borçlanılmıştır. Seçimlik borçta edimlerden biri imkânsız hale gelirse, borçlu borcundan kurtulmaz, borç kalan edime inhisar ederken, seçimlik yetkide asıl edim imkânsızlaşırsa, borçlu borcundan kurtulur, yani alacaklı mümkün olan talî edimi talep edemez. Buna karşılık talî edim imkânsız hale gelirse, borçlu asıl edimi yerine getirmelidir. Seçimlik yetki, alacaklının iradesi hilâfına borçlanılmış edimden başka bir şeyi kabule zorlanamayacağı *(aliud pro alio invito creditori solvi non potest)* kuralına bir istisna teşkil etmektedir. UMUR Z., Ders Notları, s. 300.
Seçimlik yetki, bir borç münasebetinden doğabildiği gibi kanundan da doğabilir. Kanundan doğan seçimlik yetkiye örnek olarak fahiş gabin *(laesio enormis)* gösterilebilir: Iustinianus devrinde kabul edilen prensibe göre, malını gerçek değerinin yarısından fazlası kadar zarar ederek satan kimse, alım satım akdini iptal ederek malın kendisine iadesini isteyebilmekteydi. Ancak alıcı, ödenmiş semen ile âdil semen *(iustum pretium)* arasında kalan miktarı ödeyerek malı muhafaza etmek yetkisine sahipti.

5) Seçimlik borçların önce *stipulatio* akitlerinde ortaya çıktığı tahmin edilebilir. HONSELL H., s. 79.
D. 45, 1, 128: *...Qui Stichum aut Pamphilum stipulatur...* bir kimse Stichus veya Pamphilus'u taahhüt ettirmişse...

3 – İki edimden hangisinin ifa edileceğini seçmek hakkı kural olarak - bugünkü hukukumuzda olduğu gibi- borçluya aittir (D. 18, 1, 25 pr.; D. 18, 1, 34, 6; D. 13, 4, 2, 3). Ancak kural bu olmakla beraber seçimlik borcu doğuran hukukî muameleden seçme hakkının alacaklıya yahut üçüncü bir kişiye ait olduğu belirtilmiş olabilir.

Hangi edimin ifa edileceğine ilişkin olan seçme hakkı muhataba yöneltilmesi gerekli olan tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır. Seçme hakkı borçluda ise, borçlunun ilk seçtiği edimi ifadan vazgeçip geçemeyeceği konusunda kaynaklarda çelişkili ifadeler yer almaktadır. Bazı metinlere (D. 13, 5, 25 pr; D. 30, 84, 9 vs.) göre borçlu alacaklıya bildirdiği ilk kararından dönemez. Buna karşılık diğer bazı metinler (D. 45, 1, 138, 1; D. 45, 1, 2, 1) borçlunun seçme hakkının hangi edimi seçtiğini gösteren beyanıyla değil edimlerden birini ifa etmekle ortadan kalkacağını göstermektedir; borçlu seçtiği edimi henüz ifa etmemişse, ilk beyanından dönebilir ve diğer edimi yerine getirebilir[7]. Seçme hakkına alacaklı sahipse, klasik hukukta yürürlükte olan *formula* usulünde edimlerden biri için dava tesbiti *(litis constestatio)* yapıldığı anda seçme hakkı ortadan kalkardı. Çünkü *litis contestatio* ile eski borç münasebeti (seçimlik) borç sona erer, davalının borcu artık verilecek hükme uymak olur *(condemnari oportere)*. Alacaklı seçme hakkını edimlerden birini dava etmek suretiyle de kullanabilirdi. Seçimlik olarak borçlanılmış ve olaydaki gibi *certa* (muayyen) olan iki edim *stipulatio* veya muayyen mal vesayetinden doğmuşsa, seçim hakkının alacaklıda olması durumunda, *actio certi*, borçluda olması durumunda *actio incerti* açılacaktır[8]. Muayyen mal vasiyeti bir *legatum per vindicationem* ise, seçme hakkı-

6) Gerek bir hayvan, gerekse bir kölenin verdiği zararlardan dolayı *noxa* sorumluluğu bulunan kimse dava edildiğinde, mahkûmiyet kararı ya köle veya hayvanın teslimi *(noxae deditio)* veya takdir eden para miktarının ödenmesi şeklinde seçimlik olacağından, zarar veren seçim miktarının ödenmesi şeklinde seçimlik olarak borçlanmış demektir (D. 9, 4, 1). Borçlunun borcu, davalı olarak mahkûm olduğu seçimlik mahkûmiyeti ifa etmek olduğu için, seçimlik borcun, hâkimin kararından doğduğu da söylenebilir (Köle veya hayvan tutanın zarar veren hayvan ve köleyi teslim ederek, işin davaya dönüşmesini önlemek yetkisi de vardır).

7) Borçlu seçim hakkının kendisinde olduğunu bilmeden, edimlerden birini ifa etmişse bir *condictio indebiti* açabilir (D. 12, 6, 32, 3). D. 12, 6, 19, 3 bir kimsenin sadece köle Stichus'u borçlu olduğu halde, kendisini Stichus veya Pamphilus'tan birini borçlu olduğunu zannederek Pamphilus'u ifa etmiş olması halinde, borç olmayan bir şeyin ifası olduğundan hareketle *condictio indebiti* tanımaktadır. DI MARZO., s. 395.

8) RADO I., s. 25; KASER M., s. 494. Seçim hakkı borçluda halde, *actio certi* açılmışsa, alacaktan fazlası dava edildiği için *plus petitio* (fazla talep) ortaya çıkar (krş. I, 4, 6, 33 d). Bu durumda *actio certi* dar hukuk davası olduğundan, hâkim davalıyı (borçluyu) beraat

na daima lehine mal vasiyet edilen kimse sahiptir, seçilen maldan vazgeçilerek diğer mal için istihkak davası açmak mümkün değildir (D. 31, 19). Seçme hakkı üçüncü şahsa bırakılmışsa, onun seçtiği edim ifa edilmelidir, üçüncü şahıs seçmek istemediği veya seçemediği zaman, borç sona ererdi (D. 45, 1, 141, 1). Üçüncü şahsa bırakılmış seçme hakkı mirasçılarına intikal etmezdi. Bunun sebebi, seçim hakkının üçüncü şahsın kişiliği dikkate alınarak, kendisine verilmesidir[9].

Olayda kölelerden birini seçmek hakkı, borçlu olan satıcı A'dadır.

4 – Köle Pamphilus seçildikten sonra borcun tek konusu haline gelmiştir, diğer bir deyişle, ifa edilecek olan edim, seçme hakkının kullanılmasıyla somutlaşmıştır. Bundan sonraki durum, tek bir konusu olan alım satımdan farklı değildir. Satıcı A'nın borcu Pamphilus'u devretmektir. Eğer, bu Pamphilus ifa edilmeden önce ölürse, alım satım akdinin gayesi olan, belli bir miktar para karşılığında bir malın devredilmesi gerçekleşemeyecektir. İşte edimin taraflardan birinin kusuru olmadan, tamamen veya kısmen telef olması yüzünden mümkün olmayan köle - semen mübadelesinin rizikosu kime ait olacaktır? Burada hasarın *(periculum)* kime ait olacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Şayet satıcı A, alıcı B'den semeni isteyemiyorsa, hasar satıcıya ait demektir, çünkü olan kölenin değeri ölçüsünde malvarlığı azalmıştır. Fakat, alıcı B, satıcı A'dan köle Pamphilus'u alamadığı halde, borçlanmış olduğu semeni ödemek zorunda kalıyorsa, hasara alıcının katlandığı sonucuna varacağız.

Roma Hukukunda alım satım akdinde hasar, malın teslim edildiği anda değil, daha önce, alım satım akdinin inikat ettiği anda alıcıya geçer. Ancak akdin inikadı anında edim henüz somut, yani ifa edilebilir halde değilse, hasar edimin somut hale gelmesiyle birlikte alıcıya geçer[10]. Olayda hasar, köle Pamphilus ifa edilecek edim olarak alıcıya bildirildikten sonra alıcı B'ye intikal edecektir[11]. Hasarın akdin inikadıyla alıcıya geçtiği prensibini

ettirir. Ancak bu davada *litis contestatio* yapılması ile eski borç ilişkisi sona erdiğinden davacı, bir daha başka dava açamazdı. Bkz. 17. mesele, soru 7.

9) Alacaklı veya borçlunun mirasçıları küllî halef olduklarından, alacaklı veya borçluda bulunan seçim hakkı mirasçılarına intikal eder. DI MARZO, s. 354.

10) Seçimlik borçlarda olduğu gibi, hasarın akdin inikadı anında değil, daha sonraki bir anda intikalini gösteren diğer haller şunlardır: Alım satım talikî şart veya vadeye bağlı ise, hasar şart ve vadenin gerçekleşmesi anında alıcıya geçer, satılan mal imâl edilecekse, imalin bittiği anda hasar alıcıya ait olur.

11) *Periculum est emptoris* (hasar alıcıya aittir) kuralı alım satımın ilk devirlerde peşin alım satım olmasından gelmektedir. İlk devirlerde semenin ödenmesi ile malın teslimi aynı anda gerçekleşiyordu. Sonraki devirlerde de alım satımın peşin olması bir kaidedir, yani

uygulayabilmek için, akdin konusunun imkânsız hale gelmesinde, tarafların hiçbir kusuru olmamalıdır, yani olayımızdaki kölenin ölümü, tabiî bir olayın sonucu olmalıdır. Kölenin ölmesinde, taraflara kusur isnat ediliyorsa, o zaman hasar problemi değil, sorumluluk ve buna bağlı olarak kimin zararının tazmin edileceği meselesi ortaya çıkacaktır[12].

5 – Eğer, seçimlik olarak borçlanılmış edimlerden biri (Stichus veya Pamphilus) başlangıçtan itibaren imkânsız ise veya akit yapıldıktan sonra imkânsızlaşırsa, seçme hakkı yok demektir. Kölelerden birinin ölümünün, seçim hakkının konusunu ortadan kaldırdığını söyleyebiliriz. Alım satımda ifa edilecek edimin belirsiz olması bu defa seçimle değil, kölelerin birinin ölümüyle sona ermiş, edim somutlaşmıştır. Sağ kalan köle ifa edilmelidir. Bunun gibi bu kölelerden birisi zaten alacaklının mülkiyetinde ise, borç ilişkisinin konusunu sadece diğer köle oluşturur (D. 45, 1, 128).

İki köleden birinin ölmesiyle seçim hakkının sona ermesinden ve sağ kalan kölenin ifası lüzumundan, hasar problemine gelinmektedir. Nitekim Paulus[13] D. 18, 1, 34, 6'da satıcının ilk kölenin ölümüyle ortaya çıkan hasarı, alıcının ise ikinci kölenin de ölmesi halinde çıkacak hasarı yükleneceğini belirtmektedir. Satıcının ilk ölen kölenin malvarlığına vereceği değer kaybına katlanması, ikinci köleyi ifa etmesine rağmen semeni sadece bir defa alabileceğinden çıkmaktadır. Ancak ikinci kölede sonra ölecek olursa, *periculum est emptoris* kuralı uygulanacak ve kölelerden hiçbirini alamayan alacaklı semeni ödemek zorunda olduğundan, hasarı yüklenmiş olacaktır.

borçlanma ve ifa aynı anda oluyordu. Malın semeni karşılığında derhal kendisine teslîminde ısrar edebilecek olan alıcı bunu yapmadığı takdirde, doğacak hasara katlanmayı göze almış oluyordu. KASER M., s. 552.

12) Eğer kölenin telef olmasında veya değerinin düşmesinde satıcının kusuru varsa, alıcı *actio empti* ile zararının tazminini talep edebilir, hatta satıcının malı teslim edene kadar *custodia* (nezaret) sorumluluğu bulunduğundan, satılan mal çalınırsa, yine ortaya -dar anlamıyla- hasar problemi çıkmaz.

13) Klasik devrin sonlarına doğru yaşamış olan, Iulius Paulus, C. Scaevola'nın öğrencisiydi. Çağının diğer büyük hukukçuları gibi devletin yüksek makamlarında bulunmuştu. Önceleri Ulpianus ile birlikte, hukukçu Papinianus'un *praefectus praetorio*'luğu sırasında *adsessor* (müşaviri) olarak görevliydi. Daha sonra, birtakım kazaî yetkilere sahip içişleri bakanlığına tekabül eden *praefectus praetorio* (Bkz. UMUR Z., Lügat) makamına getirildi.
Güç ve vakit alan devlet görevlerine rağmen Paulus çok yazan bir hukukçu olarak temayüz etmiştir. Özellikle *ius civile* ve *praetor* hukukuna dair yazdığı şerhler çok önemlidir. *Praetor* beyannamesine yazdığı şerh 80, *ius civile*'ye ait olan şerh 16 kitaptan müteşekkildir. Bunların yanında monoğrafiler de kaleme almıştır. Iustinianus'un *Digesta*'nın 1/6 sı onun eserlerinden alınmıştır. UMUR Z., Ders Notları, s. 100; LIEBS D., s. 60.

Paulus D. 18, 1, 34, 6'da diğer bir ihtimali, iki kölenin de aynı anda ölmesi halini *(pariter)* incelemektedir. Klasik devrin hukukçusuna göre bu durumda alıcı semeni ödemekle mükellef olmalıdır, çünkü hiç olmazsa «kölelerden biri rizikosu alıcıya ait olmak üzere yaşamıştır».

Seçim hakkının alacaklıya (olayda alıcı B) tanınmış olması halinde yukarıdaki çözümlerin geçerli olduğunu Paulus yine aynı metinde dile getirmektedir; alıcı seçim hakkını kullanmadan önce kölelerden biri ölecek olursa, seçim hakkının konusu kalmaz ve sağ kalan kölenin kararlaştırılan semen karşılığında ifası gerekir[14]. İkisi birden ölürse, alıcı semen borcunu yine ifa etmelidir.

6 – Roma Hukuku muteberiyeti alacaklı veya borçlunun keyfine bırakılmış borç ilişkisini batıl saymaktaydı[15], özellikle edimin ifasının borçlunun isteğine bırakılmış olması, bir borç ilişkisinde mevcut bulunması gereken bağlayıcılığa aykırı görünmekteydi *(nulla obligatio est, quia non adstringit contrahentes necessitate).* Ancak yine Roma Hukukunda ifanın tarafların keyfine değil ama, insaflı olarak kullanılacak takdirine bırakılabileceğini gösteren metinler vardır (D. 18, 1, 7, pr.; D. 17, 2, 77; D. 34, 1, 5).

Alıcının satın aldığı malı beğenmediği takdirde, akitten dönme hakkını saklı tutması mümkündü. Buna hukukumuzdaki bir tabirle «tecrübe veya muayene şartiyle satım» *(pactum displicentiae)* adı verilebilir. Bu anlaşma akdin hükümlerinin borçlunun isteğine, keyfine bırakılamayacağının bir istisnasıdır[16]. İradî bir şarta bağlanan alım satımın bu özel türünde, alıcı malı beğenmediğini ileri sürerek semeni ödemekten kaçınabiliyordu.

Pactum displicentiae, in diem addictio (daha iyi teklif kaydı) ve *lex commissoria* (semenin belli bir süre içinde ödenmemesi halinde satıcıya dönme hakkı veren kayıt) alım satıma bağlı olarak yapılan tipik munzam an-

14) D. 46, 3, 95 pr.'da Papinianus *stipulatio* ile tesis edilen ve alacaklının seçim hakkına sahip olduğu seçimlik köle borcunda, kölelerin birinin ölmesi halinde, sağ kalan kölenin talep edileceğini belirtmektedir, fakat alacaklı tarafından seçilmiş köle öldüğü zaman, borçlu temerrütte ise, durumun değişik olduğu açıklanmıştır.

15) D. 45, 1, 46, 3: *Illam autem stipulationem «si volueris, dari?» inutilem esse constat* (Eğer, «istersen, verilecek midir?» şeklinde yapılmış bir *stipulatio*'nun muteber olmadığı sabittir).

16) I. 3, 23, 4:... *Sub condicione veluti «si Stichus intra certum diem tibi placuerit,erit tibi emptus aureis tot»* (Şartlı olarak meselâ şöyle yapılır: «Eğer şu belli süre içerisinde Stichus'u beğenirsen şu kadar altın karşılığında sana satılmış olsun»).

laşmalardır[17]. Bu kayıtlar alım satıma ya bir talikî şart şeklinde veya talikî şarta bağlı dönme anlaşması şeklinde ilâve edilirdi. Tabiatıyla bu kayıtların ilâvesi tarafların anlaşmasıyla mümkündü ve kayıtların hukukî niteliği, yani sadece bir talikî şart mı yoksa talikî şarta bağlı dönme anlaşması mı olduğu alıcı ve satıcının bu konudaki uygun irade beyanlarına göre tesbit edilirdi[18].

Alım satımın sonucunun, alıcının beğenip beğenmemesine bağlanmış olması halinde, satılan malın telef olması halinde uygulanacak hüküm, bu kaydın niteliğine göre değişik olacaktır. Alım satım şartsız olup, alıcının malı beğenmediği takdirde, akitten dönebileceği taraflar arasında kararlaştırılmışsa *(si displicuisset)*, alım satım şartsız olarak yapıldığından, hasar akdin inikadıyla alıcıya ait olur. Aksine, eğer alım satım malı beğenmesine tâlik edilmişse *(si placuerit)*, akit geciktirici şarta bağlanmış olduğundan, hasarın intikali de şartın gerçekleşmesinden sonra olurdu[19]. Nitekim olaya mesnet olarak alınan D. 18, 1, 34, 6'da Paulus, talikî şarta bağlı alım satım akdinin meydana gelmiş sayılıp sayılmamasını alıcının iradesinin tayin edeceği hallerde, bir önceki sorunun cevabından ayrılarak, hasarın satıcıya ait olduğunu belirtmektedir.

7 – Şahsî teminat, üçüncü bir kişinin alacaklı ile yaptığı bir muameleyle borçlunun borcunu ödemeyi taahhüt etmesidir.

Alacaklı borçlu ile ilişkiye girerken, esas itibarıyla borçlunun malvarlığını, çalışma, başarma gücünü ve dürüstlüğünü tartar, dikkate alır. Kısaca onun borcun ifa edeceğine güvenir. Bununla beraber ihtiyatlı, tedbirli davranmayı tercih eden alacaklılar, borçlularına güven duygusu besleseler bile, borcun ödenmemesi ihtimalini düşünerek, kendilerini korumak isterler, çünkü borçlunun alacağı ifa edememesi ihtimali her zaman mevcuttur. İflâs, iktisadî kriz gibi olaylar en dürüst borçluyu bile borcunu ifa etmekten alıkoyabilir. Özellikle sosyal - ekonomik gelişmeler sonunda mal ve hizmet mübadeleleri, kredi muameleleri artıp, birbirini kâfi derecede tanımayan kişiler

17) Alım satıma ilâve edilen diğer munzam anlaşmalar arasında *pactum de retrovendendo* veya *pactum de retroemendo*'yu da (vefa hakkı) (Bkz. BK. m. 213) sayabiliriz: Satıcı alıcıya semeni ödeyerek malını geri almak hakkının saklı tutabiliyordu. Alıcı aynı malı, aynı semen karşılığında satıcıya tekrar satmaktaydı. Diğer bir munzam anlaşma ise *pactum protimeseos* idi: Alıcı, malı tekrar satmak istediği takdirde, onu kendisine satmış olanla malı ona geri satacağına dair yaptığı anlaşmadır. (Her iki anlaşma için bkz. C. 4, 54, 2; D. 19, 1, 21, 5). Bu kavramlar için bkz. UMUR Z., Lügat.

18) D. 18, 2, 2 pr.; D. 18, 3, 1; D. 18, 1, 3. GIRARD P. F. - MAYR R. v., s. 783 vd.

19) D. 18, 2, 2 pr.; D. 18, 3, 4 pr.

arasındaki ilişkiler yoğunluk kazandıkça, alacağı garantiye, teminata bağlamak istek ve gereği giderek artmaktadır.

Roma Hukukunda kefalet, kredi vekâleti, *constitutum debiti alieni ve intercessio* şahsî teminatı[20] sağlayan müesseselerdi.

Şahsî teminatın en önemli şekli olan kefalet, esas borçlu yanında üçüncü şahsın, kefil, yani fer'i borçlu olarak borcun ifasını taahhüt etmesidir. Bu durumda alacaklı, borçludan başka, kefil adı verilen üçüncü bir şahıstan alacağını talep etmek konusunda şahsî bir hak elde eder ve kefile karşı kefalet akdinden doğan şahsî bir dava *(actio in personam)* açabilir.

Kefalet klasik devirde alacaklı ile kefil arasında yapılan bir *stipulatio* ile tesis edilmekteydi ve *sponsio, fidepromissio, fideiussio* olmak üzere üç türü mevcuttu[21].

Sponsio en eski kefalet şekliydi ve ancak Romalılar arasında mümkündü. *Sponsio* ile teminat altına alınacak borcun bir *stipulatio*'dan doğması

---

20) Modern hukuk sistemlerinin aksine, Romalılar bütün devirlerde şahsî teminatı ayni teminata tercih etmiştir. Bu tercihin sebepleri şöyle özetlenebilir: En önemli sebep, şahıs üzerindeki icranın sertliği, şiddeti, kesinliği ve teferruatlı bir şekilde düzenlenmiş olduğudur. Önceleri daima borçlunun fizikî varlığını, vücudunu hedef alan icra, daha sonraki devirlerde esas olarak borçlunun malvarlığının tümü üzerinde cereyan etmekteydi. Başka bir ifadeyle, önemsiz bir alacağın ifa edilmemesinde bile, borçlunun iflâsında olduğu gibi bütün malvarlığına el konmaktaydı. Borcu ödemeye yetecek kadar malların haczi İlk İmparatorluk Devrinde henüz bir istisnadır, ancak Son İmparatorluk Devrinde kural haline gelmiştir.
Aynî teminatın şahsî teminatın arkasında, ikinci plânda kalmasının diğer sebepleri Roma'daki rehin müessesesinin niteliği, zayıf noktaları ile ilgilidir. Aynî teminatın konusu olabilen en değerli nesneler olan gayrimenkul mallar üzerinde aynî hakların varlığına, yokluğuna karine teşkil eden sicillerin Roma Hukukunda bulunmaması, aynî olan teminatı olumsuz yönden etkilemiştir. Diğer taraftan aynî teminatın teslimsiz olarak dahi tesis edilebileceğinin kabulü, zilyetliğin temin ettiği aleniyeti de ortadan kaldırmaktaydı. Menkul ama, özellikle gayrimenkuller üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iktisap eden kimse, bu mallar üzerinde daha evvel tesis edilmiş aynî teminatın bulunup bulunmadığını kolayca anlamak imkânından mahrumdu. Aleniyet unsurunun bu eksikliği, eski Yunan hukukuna bakıldığında daha belirgin hale gelmektedir (Eski Yunan hukukunda mülkiyeti sınırlayan rehin hakları evlerin önüne konan ipoteğin kazılmış bulunduğu taşlarla, ilgililerin bilgisine sunulmaktaydı. Bu taşların üstüne ipotek haklarının tesisi ve sona ermesi, kazılarak bilgi vermekteydi. Mısır'da da, resmi ipotek kayıtlarının varlığı bilinmektedir).
Klâsik devrin sonlarına doğru ortaya çıkmaya başlayan kanunî rehin hakları gerçek durumun tesbitini daha da güçleştirdi. Nihayet aynı dönemde ama, özellikle post-klasik dönemde, kanundan doğan bazı rehin haklarına bütün malvarlığını kapsayacak şekilde sıra imtiyazının tanınması, mal karşılığında kredi alma kabiliyetine indirilen yeni bir darbe oldu. Sıra imtiyazı ile donatılan bu rehin hakları, tarih itibarıyla daha sonra doğmuş olsalar bile, hukukî muamele ile tesis edilmiş rehin haklarının önüne geçmekteydi. Bir kimseye aynî teminat karşılığında kredi açacak olanlar bu tip rehin haklarını da hesaba katmak zorundaydı.

21) DI MARZO, s. 375-376.

şarttı. Alacaklı ile kefil arasındaki *sponsio*, alacaklı ile borçlu arasındaki *stipulatio*'dan hemen sonra yapılırdı *(idem dari spondes?*, Gai. 3, 116). Sonraki dönemlerde *sponsio*'nun daha sonra ve asıl borçlunun yokluğunda yapılabileceği kabul olundu. Kefilin sorumluluğu mirasçılarına intikal etmiyordu (Gai. 3, 120). Kefalet *sponsio* ile yapılmışsa, alacaklı isterse önce kefilden alacağını isteyebilirdi (Müteselsil Kefalet).

Fidepromissio, *sponsio* tarzındaki kefaleti yapamayan yabancılar için getirilmiş olan şahsî teminat şekliydi. *Sponsio* gibi, yalnız sözlü akitlerden doğan borçlara teminat olabilir, alacaklı doğrudan kefile başvurabilirdi.

Fideiussio Milat sıralarında ortaya çıkan kefalet şekliydi. Bu kefalet akdini hem Romalılar hem de yabancılar yapabilmekteydi. İlk iki kefalet şeklinden farklı olarak, teminat altına alınan borcun bir *stipulatio*'dan doğmasına gerek yoktu. Kefilin borcu mirasçılarına geçerdi ve kefaletten doğan sorumluluk bir süreye bağlı değildi.

Kefaletin ana kuralları şunlardır:

a) Kefilin sorumlu olduğu miktar belirtilmiş olmalıdır. Bu sorumluluk asıl borçtan daha azına ilişkin olabilirdi (Gai. 3, 126). Kefil borçlunun şahsına bağlı olmadıkça, borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği bütün def'ileri alacaklıya karşı dermeyan edebilir (D. 44, 1, 7 pr-1; BK. m. 497).

b) *Formula* usulünde alacaklı, borçlu ve kefilden hangisini takip edeceğini *litis contestatio*'ya kadar seçmek zorundaydı. Alacaklı ile borçlu arasında dava tesbit edildikten sonra, alacağını alamayan alacaklı kefili takip edemezdi. Önce kefili takip etmişse, borçluya dönemezdi. Bunun sebebi, kefil veya borçluya açılan davanın aynı konuda açılmış dava *(de eadem res)* sayılmasıydı. Iustinianus bunu kaldırarak, borçlu veya kefilin sorumluluğunun ancak alacaklı tatmin edilirse sona ereceği esasını getirdi. Bu devirde borçludan önce kendisine dava açılan kefil bir *beneficium excussionis* (peşin dava def'i) ileri sürerek, önce borçluya dava açılmasını isteyebilmekteydi.

c) Hadrianus'un bir emirnamesine göre, bir borç için birden fazla kefilin bulunması halinde, alacaklı, bunlardan bir tanesine başvurarak alacağını istediği zaman, kefil bir *beneficium divisionis* ileri sürerek, borcun diğer kefiller arasında bölünmesini istiyebilmekteydi. Başka bir deyişle kendisine başvurulan kefil, sadece kendi payına düşen miktarı ödeyebilmekteydi. Bununla beraber diğer kefillerin ödeme kabiliyeti yoksa, bu imkândan faydalanamazdı. Bu konuda bkz. BK. m. 488.

Iustinianus kefaletin *sponsio* ve *fidepromissio* şekillerini kaldırarak sadece *fideiussio*'yu muhafaza etmiştir.

8 – Alacaklıya borcu ifa etmiş olan kefil normal borçluya dönecek, yani ona rücu ederek malvarlığında meydana gelmiş olan azalmayı gidermek isteyecektir. Bu rücu hakkı kanundan veya borçluyla kefil arasındaki iç münasebetten doğabilir. *Sponsio* şeklindeki kefalette, alacaklıya borcu ödemiş olan kefil, ödemiş olduğu miktar kendisine borçlu tarafından altı ay içinde ödenmezse, ona karşı bir *actio depensi* açarak ödediğinin iki mislini alabiliyordu (Gai. 4, 22). Diğer kefalet hallerinde kefil, borçlu ile aralarındaki özel münasebete dayanarak dava açmak zorunda kalıyordu: Kefil esas borçlunun isteği üzerine veya onun rızasıyla borca kefil olmuşsa, borçluya *actio mandati contraria* (Gai. 3, 127) ile, onun haberi olmadan kefil olmuşsa, *actio negotiorum gestorum contraria* ile, başvuracaktır[22]. Bu imkânlar dışında klasik hukukçular, kefilin borcu alacaklıya, ancak esas borçluya karşı olan alacağını kendisine devrederse, ifa edeceği şeklinde bir çare buldular. Alacağı devralmış olan kefil, borçluya dava açarak, ödediğini alabilmekteydi[23]. BK. m. 496 borcu ödeyen kefilin alacaklının haklarına halef olduğunu belirtmektedir.

Iustinianus kefile bir *beneficium cedendarum actionum* tanıdı. Bu imtiyaz ile kefil, alacaklının esas borçlu ve varsa, diğer kefillere karşı haiz olduğu dava haklarını devretmedikçe, borcu ifa etmeyeceğini bildirirdi[24].

9 – Borçlar Kanunu seçimlik borcu, borçların ifasına ayrılan fasılda ve 71. maddede «birden ziyade şeyler taallûk eden borçlar» kenar başlığı altında düzenlemiştir[25]. BK. m. 71'e göre, aksi kararlaştırılmamışsa, seçim hakkı borçluya aittir. Seçimlik borçların tek madde ile düzenlenmiş olması ortaya tartışmalı meseleler çıkarabilir. Bu durumda Borçlar Kanunu'nun genel prensipleri uygulanacaktır; belirli olmayan iki edimden biri kusursuz olarak imkânsız hale gelirse, kalan edim borcun tek konusu haline gelir[26]. Paulus'u ilgilendiren hasar problemi, hukukumuzda da Roma Hukukundaki gibi çözülecektir; iki edimden birinin telef olması halinde, ilk edimin hasarı satıcıya ait olacaktır, çünkü kalan edimi ifa etmek zorundadır. Buna karşılık

22) D. 17, 1, 20, 1; UMUR Z., Ders Notları, s. 317-318.

23) Davaların devri karşılığında alacaklıya yapılan ödeme, alacağın satın alınması niteliğinde görülmekteydi. Alacaklıya borcu ödeyen kefil, alacaklının borçlusuna karşı olan alacağını satın almış sayılıyordu. (D. 46, 1, 17); KASER M., s. 666.

24) RADO T., s. 108; SİBER H., s. 298.

25) Bununla birlikte, kanunun bu ifadesi, borç konusunun birden fazla edime ilişkin ve bunların hepsinin ifa edilmesi gerektiği gibi bir yanlış düşünce uyandırabilir.

26) Bu konuda fazla bilgi için bkz. SELİÇİ Ö., Seçimlik Borçların İfası, İHFM., c. XXXIV, sayı 1-4, s. 22 vd.

her iki edimin de telef olması halinde, hasarın alıcıya ait olacağı söylenebilir. zira edimlerden hiçbirini elde edememesine rağmen, semeni ödeyecektir'[27].

Pactum displicentiae BK. m. 219-222'de, tecrübe ve muayene şartıyle satım adıyla düzenlenmiştir. Tecrübe ve muayene şartıyla alım satım genellikle talikî şarta bağlı olarak yapılır, ancak infisahî olarak yapılmasında engel yoktur. Talikî şarta bağlı olarak yapılmış tecrübe ve muayene şartıyla alım satımda hasar ancak şartın gerçekleşmesinden sonra alıcıya geçecektir. Burada BK. m. 183/III'deki kural uygulanır.

27) Hasarın ifa ile alıcıya geçtiği Alman Medenî Kanununda (madde 446) hem edimlerden birisinin, hem de ikisinin ifadan önce telef olması halinde, hasar satıcıya ait olur. Diğer bir deyişle, satıcı, borcundan kurtulacaktır ama, alıcıdan karşı edimi yani semeni de talep edemeyecektir.

9. MESELENİN METİNLERİ

D. 18, 1, 34, 6 (Paulus libro trigensimo tertio ad edictum)

Si emptio ita facta fuerit: «est mihi emptus Stichus aut Pamphilus», in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est: et ideo prioris periculum ad venditorem posterioris ad emptorem respicit, sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur: unus enim utique periculo emptoris vixit, idem dicendum est etiam, si emptoris fuit arbitrium quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut quem voluisset emptum haberet, non et illud, an emptum haberet.

D. 18, 1, 34, 6 (Paulus'un beyanname şerhinin 33. kitabından)

Alım satım şu şekilde yapılmışsa, «Stichum veya Pamphilus'u bana satılmış olsun», bu takdirde *stipulatio*'larda olduğu gibi, hangisinin verileceğine karar vermek satıcının iktidarındadır. Bunlardan biri ölmüşse, hayatta kalan verilmelidir; bu yüzden ilk ölenin hasarı satıcıya ait olduğu halde, sonrakinin hasarı alıcıya ait olur. Fakat her ikisi de aynı anda ölmüşlerse, semen borçlanılacaktır, zira hiç olmazsa biri, hasarı alıcıya ait olmak üzere yaşamıştır. Kölelerden birini istemek alıcının takdirine bırakılmışsa, aynı esaslar geçerlidir, buna karşılık alım satımın geçerliliği alıcıya bırakılmışsa, aynı şey söylenemez.

D. 18, 2, 2 pr (Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum).

Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeretur, erit emptio condicionalis.

D. 18, 2, 2 pr (Ulpianus'un Sabinus şerhinin 28. kitabından)

Bir arazi daha iyi teklif kaydıyla satılmışsa, alım satımın şartsız olup, şarta bağlı olarak kabili rücu olduğu mu, yoksa şartlı bir alım satımın mı mevcut olduğu tartışmalıdır. Bana göre neyin kastedilmiş olduğuna bakmak

daha doğrudur. Eğer daha iyi teklif halinde rücu edilebileceği kararlaştırılmışsa, şartsız bir alım satım vardır ve bir şart altında bundan rücu edilebilir, fakat eğer şöyle karalaştırılmışsa, daha iyi teklif yapılmadığı takdirde, alım satım tam olacaktır, o zaman alım satım şartlıdır.

Gai. 3, 119a

Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sevi verbis sive itteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur;...

Gai. 3, 119a

Kefil ister aynî, ister sözlü, ister yazılı, ister rızai yapılmış olsun bütün borç ilişkilerine katılabilir. Hatta katıldığı borç ilişkisinin *civilis* (dava edilebilir) veya tabii (dava edilemeyen) borç ilişkisi olması fark yaratmaz;...

10. MESELE

B, A'dan 20 altın *(aureus)* ödünç istemiştir. B'nin bu isteğini olumlu karşılayan A, nakit parası olmadığından, B'ye altın kâse vererek satmasını ve elde edeceği semeni kullanmasını söylemiştir.

SORULAR

1 – A ile B aralarında hangi akdi yapmak istemişlerdir? Bu akit ne zaman teşekkül eder?

2 – B kâseyi sattığı zaman 30 altın elde ederse, A'ya ne kadar borçlanmış olur? B borcunu ödemediği takdirde A hangi davayı açmalıdır? Bu davanın usul hukuku yönünden gösterdiği özellikleri anlatınız.

3 – B henüz kâseyi satmadan önce, kâse kusuru olmadan çıkan bir yangında telef olursa, hangi problem ortaya çıkar?

4 – B kâseyi satmazsa, yahut sattığı halde semeni elde edemezse, A karzdan doğan davayı açabilir mi? Bu durumda hangi dava açılabilir?

5 – A altın kâseye 10 altın değer biçerek satılmak üzere B'ye vermiştir. B kâseyi satarsa 10 altını, satamazsa kâseyi geri verecektir. A ile B arasındaki akit, Roma Hukukunun hangi akitlerinin niteliklerini taşımaktadır?

6 – A arkadaşı C'den B'ye 20 altın vermesini rica eder ve C de bu ricayı kabul ederek B'ye 20 altın verirse, meydana gelen üçlü ilişkiyi ve tarafların birbirlerine karşı olan davalarını açıklayınız.

7 – Karz akdinin bu şekli ve *aestimatum* akdi hukukumuzda nasıl düzenlenmiştir?

10. MESELENİN CEVAPLARI

1 – Olayda A ile B arasında öngörülen akit karz *(mutuum)* akdidir. Bilindiği gibi, karz akdi *consensus* + *res* (irade uyuşması + mülkiyetin nakli) formülüne göre teşekkül ettiğinden bir aynî akittir. Konusunu misli eşya teşkil eder. Karz alan bu malın mâliki olur, isteği gibi kullanır, harcar, tüketebilir, yani karz akdinin konusu «istihlâk edilebilen (tüketilebilen) mallar»dan oluşur. Karz alan nevi ve miktarı borçlanmıştır. Aynı nevi ve aynı miktar malı iade edecektir. Olayın özelliği A'nın 20 altın *(aureus)*[1] yerine gayrı misli bir mal olan kâse vermesidir. Bu ise karz akdinin (tüketim ödüncünün) mahiyetine yabancıdır. Olayda ortaya çıkan problem, karz akdinin meydana gelip gelmediğidir. Buna olumlu cevap verecek olursak, hangi anda meydana gelmiştir? Bunun önemi özellikle kâsenin telef olması halinde, hasarı kimin yükleneceği meselesiyle ilgilidir. B kâseyi satıp satış bedelini aldığı zaman eline tüketimi mümkün bir mal geçmiş olacağından, karz akdinin teşekkül anı olarak kâsenin verildiği anı değil, kâsenin paraya çevrildiği anı kabul gerekir[2].

2 – B kâsenin semeni olarak 30 altın elde ederse, karz olarak ne kadar borçlanmış olduğu sorusuna, tarafların bu konuda somutlaşan anlaşmalarına bakılarak cevap vermek gerekecektir. A ve B'nin iradeleri elde edilen semenin tamamının karz olarak B'ye kalması hususunda uyuşmuşsa, B, 30 altını karz olarak borçlanmış demektir[3]. B bu 30 altını geri vermediği takdirde

---

1) *Aureus*, Caesar'dan itibaren basılmağa başlanmış olan ve imparatorluk devrinde *sestertius* ile birlikte kullanılan altın para ölçüsüdür. Önceleri 100, Iustinianus devrinde 1000 *sestertius*'u karşılamaktaydı. Bkz. 18. mesele.

2) Bu şekilde yapılan karz akdine Ortaçağ'da Arapça'da gelen bir tabirle *contractus mohatrae* adı verilmekteydi (Bkz. SCHULZ F., Classical Roman Law, Oxford 1951, s. 510). Gayri misli bir malın satışı yoluyla karz akdinin meydana gelmesi Romalı hukukçular tarafından hemen kabul edilmiş değildir. Nitekim D. 17, 1, pr'da Africanus (II. yüzyıl) karz akdinin bu şekilde teşekkül edemeyeceği görüşünü belirtirken, Ulpianus (III. yüzyıl) bu sorunu olumlu yönde halletmektedir.

3) Ulpianus D. 12, 1, 11, 1'de Proculus'un bir fikrine katılarak, tarafların uygun iradesine göre verilenden daha az miktarın iadesine ilişkin karz akdinin geçerli olduğunu belirtmektedir, meselâ karz alan ile veren alınan onbir altından sadece on altının iade edilmesi hususunda anlaşmışlarsa, karz akdi on altın üzerinde teşekkül etmiş demektir.

A'nın B'ye açacağı dava *actio certae creditae pecuniae*, diğer adıyla *condictio certi*'dir. Dar hukuk davaları *(iudicia stricti iuris)* gurubuna giren *actio certae creditae pecuniae* mücerret bir davadır, yani *intentio*'sunda borcun sebebi gösterilmemektedir. Hâkim borcun sebebini araştırmaksızın, davalının davacıya muayyen miktar parayı borçlu olduğuna kanaat getirirse, davalıyı bu miktarı ödemeye mahkûm edecektir. Diğer bir deyişle, davacı borcun sebebini ispat etmeye mecbur değildir. Hâkim, davacının 30 değil, 20 alacaklı olduğunu tespit ederse, fazla talep yönünden davanın tümünü reddetmek zorundadır, çünkü *condictio certi* dar hukuk davasıdır.

3 – B henüz kâseyi satmadan önce, kâse kusuru olmadan çıkan bir yangında telef olursa, hasarın kime ait olacağı problemi ortaya çıkar. Bu konuda, kâsenin telef olmasında B'nin bir kusuru olmadığından, A'nın malvarlığındaki bu kayba katlanması veya B'nin menfaati söz konusu olduğundan, onun hasarı yüklenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bu problemi çözmek, hasarın kime ait olacağını belirlemek için şöyle bir ölçü kullanılmaktadır: karz veren (olayda A) zaten bu altın kâseyi paraya çevirmek istiyor idiyse, kâsenin paraya çevrilmesinden önce telef olmasıyla meydana çıkan hasara katlanacaktır[4]. Onun böyle bir isteği olmayıp sırf karzı isteyen (olayda B) kişiye yardım amacıyla hareket etmişse, hasar, kâseyi paraya çevirmeği üzerine alan kimseye yüklenecektir[5]. Bu kıstaslara göre, olayımızda karz isteği B'den geldiği için, hasara da B'nin katlanması gerekecektir.

4 – B kâseyi satmazsa, yahut semen elde edememişse, karzdan doğan davanın açılması mümkün değildir, çünkü karz akdi teşekkül etmemiştir. Labeo[6] bu durumda kâseyi alanın bir *actio in factum* açabileceğini söyle-

4) Eğer kâseyi satmak üzere alan kimse, üçüncü bir kişi ile alım satım akdi yapmışsa, hasara alıcı katlanacaktır *(periculum est emptoris)*.

5) D. 17, 1, 34 pr.'da Africanus, bu şekilde karz akdinin meydana gelmeyeceği görüşünde olmasına rağmen, hasarın kâseyi satmak üzere almış olana yükleneceğini söylemektedir. Kâseyi verenin bu muamelede menfaati olmadığı için, hasarın ona ait olmaması menfaatler dengesi açısından yerindedir. A, B'ye kâsenin satılması için vekâlet vermiş değildir (aksi halde vekâlet akdinde hasar vekâlet verene ait olduğundan, kâsenin satıştan önce telef olması halinde bu kayba A katlanırdı), çünkü vekâlet akdi vekâlet verenin menfaatine, hiç olmazsa ikisinin menfaatine *(mandatum tua et mea gratia)* olabilir. A, B'ye bu durumda satış için sadece yetki vermiştir.

6) Augustus zamanında yaşamış olan Labeo politik yönden cumhuriyetçi idi, yani Augustus'tan önceki rejime bağlıydı. Hukukçu olarak ise yenilikler getirmişti. XII Levha Kanunu'na ve *praetor peregrinus*'un (yabancılar *praetoru)* beyannamesine birer şerh yazmıştı. İmparatorluk taraftarı, fakat hukukçu olarak eski fikirlere bağlı olan Capito ile olan fikir anlaşmazlıkları klasik devir boyunca farklı görüşlere sahip olan Sabinianus ve Proculianus mekteplerinin ortaya çıkışına sebep olmuştu. Labeo, Proculianus, Capito ise Sabinianus mektebinin kurucusu sayılmaktadır. UMUR Z., Ders Notları, s. 98.

mektedir (D. 19, 5, 19 pr)[7]. Bu dava bir dar hukuk davası olmadığından, kâseyi veren A, B'den uğradığı bütün zararı talep edebilecektir[8].

5 – A ile B arasındaki bu akitte alım satım ve *locatio conductio* akitlerinin unsurları mevcuttur. Ancak A ilk plânda, malı B'ye devir amacı gütmediğinden, alım satım yoktur (A ve B'nin malın değeri olarak 10 altın üzerinde anlaşmış olmaları, durumu alım satıma benzetmektedir). Diğer taraftan B, belirli bir sonuç için A'nın menfaatine çaba göstereceğinden, hizmetler göreceğinden olayda bir *locatio conductio* (istisna veya hizmet) akdinin varlığı da düşünülebilir. Fakat B belli bir sonucun elde edilmesi mükellefiyetini yüklenmediği gibi yapacağı hizmetlerin karşılığında ücret yerine geçecek bir meblağı elde edememesi de mümkündür. Bu bakımdan B, gereğinde malı geri vereceğinden, hatta kendisinin bu muameleden hiçbir fayda elde edemediği gibi zarara da girmesi mümkün bulunduğundan bir *locatio conductio* akdi var denemez. İşte taraflar arasında varılan anlaşmanın hangi akit tipine girdiği kesinlikle saptanamıyor, ancak bu anlaşmaya bir dava hakkı tanımamak hakkaniyete aykırı görülüyorsa, *praetor* bir *actio in factum* tanıyordu. Yukarıda anlatıldığı gibi birden fazla akdin özelliklerini toplamış bu anlaşmaya klasik devirde bir *formula* tanınmıştı, ancak bu davanın açılabilmesi için A'nın kâseyi B'ye teslim etmiş olması gerekliydi. Iustinianus hukukunda isimsiz akitler gurubuna giren bu akit *aestimatum* akdidir. *Aestimatum* akdinde taraflardan birisi diğerine satması için, değeri takdir edilmiş bir mal verir; diğer taraf, satabilirse, takdir edilmiş bu bedeli ödemek, aksi tekdirde malı geri vermek borcunu yüklenir[9]. Malı satılmak üzere teslim alanın bu akitten kazancı malı takdir edilen bedelin üzerinde satarak, aradaki farkı kâr olarak elde etmektir[10]. Bu akitte, malın üçüncü bir kişiye satılmadan önce telef olması halinde ortaya çıkacak hasarın kime ait olacağı hususunda,

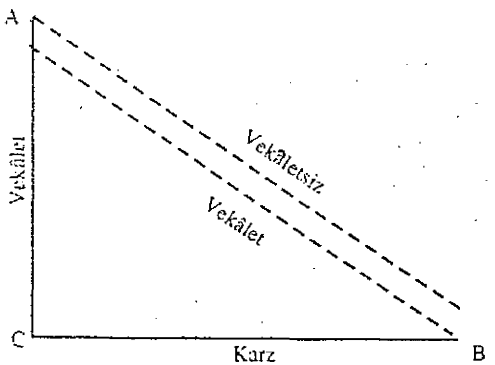
7) *Actio in factum, ius civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığından *ius civile*'ye göre davası olmayan, fakat *praetor*'un himaye edilmesini hakkaniyete uygun gördüğü vakıaya dayanan bir *intentio*'su olan *praetor* davasıdır.

8) D. 19, 5, 19, pr.'da Labeo'nun semenin kâsenin alıcısı tarafından satana ödenmesiyle karz akdinin meydana geldiği, kâsenin satılmasından önceki durumu ise bir isimsiz akde benzeterek, *actio in factum* açılması fikrinde bulunduğu anlaşılmaktadır.

9) D. 19, 5, 13, pr.'da Ulpianus bu durumda kaseyi verenin, vekâletten doğan dava ile şirketten doğan davadan yararlanamayacağını yazmaktadır. Buna sebep olarak vekâletin ücretsiz olduğunu (kâsenin kararlaştırılan bedel üstünde satılması halinde, B'de kalacak olan miktar ücret niteliğindedir) ve malı verenin satışa ortak olmadığını, fakat belli bir parayı alacağını belirtmiştir. KASER M., s. 581.

10) D. 19, 5, 13 pr; D. 19, 3, 1, 1 Bu muamelede kâseyi satılmak üzere alanın menfaatine borç almak değil, kâseyi takdir edilen bedelin üstünde satarak aradaki farkı malvarlığına katmaktır. HONSELL H, s. 141; UMUR Z., Ders Notları, s. 376-377.

aynen yukarıda karzla ilgili üçüncü soruda olduğu gibi, bir ayırım yapılmaktadır: eğer akit mal sahibinin menfaatine yapılmışsa, hasar malın sahibine (olayda A), ancak *aestimatum* aktinin meydana gelmesinde, malı satacak olan büyük rol oynamışsa, yani akit onun yararına yapılmışsa (olayda B) hasarı yüklenecektir[11]. *Aestimatum* akdinde malı satmak üzere alan kast ve ihmalinden sorumludur.



6 – Bu durumda, yukarıdaki şemada görüldüğü gibi, C ile B arasında karz, A ile C arasında ise vekâlet *(mandatum)* akdi teşekkül etmiştir. Bu vekâlet akdinin özelliği, üçüncü bir kişiye borç verilmesine ilişkin olduğu için, *mandatum qualificatum* (kredi vekâleti, itibar emri) adını almaktadır. C, A'nın vekili sıfatıyla B'ye borç vermiştir[12]. Bu üçlü muamele, C'nin verdiği karzı, gerekirse A'dan istemek imkânı sağladığından kefalete benzemektedir. Kefaletten farkı, öncelikle teşekkülündedir. Bir *stipulatio* ile kefil ve alacaklı arasında yapılan kefalet akdi ancak hazırlar arasında mümkün iken, *mandatum* bir rızaî akit olduğundan gaipler arasında yapılabilir. Diğer taraftan kefalette, esas borcun kaideten daha önce doğmuş olması şart iken, burada teminat gayesini güden vekâlet akdi karz akdinden önce yapıl-

11) D. 19, 3, 1, 1'de böyle bir ayırım yapılmamıştır. Muhtemelen bu metinde, *aestimatum* akdi malı satmak üzere alanın menfaatine yapılmıştır ve bu yüzden hasarın kendisine ait olacağı sonucuna varılmaktadır. D. 19, 5, 17, 1 de ise, kâsenin *aestimatum* olarak verilmesinden sonra çıkan hasar problemi, akdin kimin menfaatine yapılmış olduğundan hareketle çözülmektedir.

12) Gai. 3, 156 eskiden bunun bağlayıcı olmadığının kabul edildiğine, çünkü bu durumun bir kimseye verilen parasını faizle karz vermeye ilişkin genel tavsiyeye benzetildiğine, fakat açık vekalet üzerine karz verildiği şeklinde Sabinus'un fikrinin doğru olduğuna işaret etmektedir. RADO T., s. 156.

maktadır; öyle ki, vekâlet veren A bir *actio mandati directa* ile, aralarındaki vekâlet akdi gereği, C'yi karz vermeğe zorlayabilir. Kredi vekâleti BK. m. 400 ve devamında itibar emri olarak düzenlenmiştir.

Olayda vekâlet verene kefalet hükümleri değil, vekâlet hükümleri uygulanır. C parayı B'ye verene kadar, yani kendisine tevdi edilen işi yerine getirmeden önce, A vekâletini geri alabilir. A'nın borcunun muhtevası, B'ninki ile aynı değildir; A'nın borcu B'nin aldığı karzın ödenmesidir. İki borç arasında (B'nin karz akdinden doğan borcu ile A'nın vekâletten doğan borcu) sadece ekonomik bir bağlılık vardır; vekâlet verenin borcu ödemesiyle karz borçlusu *ipso iure* borcundan kurtulmaz, bir *exceptio doli generalis* dermeyan etmelidir. C, A'yı takip etmek isterse, *actio mandati contraria*'yı ikame edecektir[13]. Vekâlet verene karşı açılacak bu dava - gerçek kefaletten farklı olarak – iyi niyete tâbi davadır.

B'nin C'ye olan karz borcunu ödeyen A, daha önce B'nin kendisine verdiği vekâlet üzerine C'ye kredi için vekâlet vermişse, o takdirde -A ile B arasındaki- vekâlet akdine dayanarak *actio mandati contraria* ile uğradığı zararı isteyebilir, çünkü bu durumda A da B'nin vekili durumundadır ve B'nin borcunu ödemek suretiyle zarara uğramıştır. Şayet A ile B arasında bir vekâlet ilişkisi yoksa, o zaman vekâletsiz iş görmeden doğan dava, *actio negotiorum gestorum contraria* ile zararının tazminini, B'den talep edebilir.

7 – Karz akdi, BK. m. 306 vd., esas itibariyle Roma Hukukundaki gibi, para ve mislî malların mülkiyetini geçirmeği hedef almaktadır, ancak BK. m. 311, ödünç alana nakit yerine kıymetli evrak veya ticari mallar verildiği zaman borcun miktarının teslim zamanında ve yerinde bu evrak ve malların haiz oldukları borsa rayici veya cari fiyattan ibaret olduğunu belirtmektedir. Karz akdi -Roma Hukukunda farklı olarak- sadece rızaların uyuşmasıyla oluşur.

Borçlar Kanunu ikinci kısmında akdin muhtelif nevilerini düzenlerken ekonomik hayatta rastlanabilecek bütün akit tiplerini öngörmüş değildir. Zaten böyle bir şey de mümkün değildir. Borçlar Hukukunda akit serbestisi

13) Karz verenin (C) karz alanla (B) yaptığı *litis contestatio,* vekâlet verene karşı açılabilecek *actio mandati contraria*'yı sukut ettirmez. Bunun için alacaklı C, önce istediğini takip edebilir, tatmin olmazsa diğerine de başvurabilir. Ancak kredi için vekâlet etmiş olan A, C tarafından önce takip edilirse, C'nin B'ye karşı haiz olduğu karz davasını *(actio certae creditae pecuniae)* kendisine devretmesi şartıyla ödemede bulunur. (D: 46, 1, 13; D: 17, 1, 27). Buna davaların devri imtiyazı *(beneficium cedendarum actionum)* denir. Iustinianus kredi vekâletini kefalet hükümlerine tâbi tutmuştur. KASER M., s. 666.

ve tip serbestisi mevcut olduğundan taraflar kanunda öngörülmemiş bir akit tipini seçebildikleri gibi bu akdin hükümlerini de -emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla- istedikleri gibi saptayabilirler. İşte günümüz Türk hukuk uygulamasında koltukçu sözleşmesi adı verilen akit kanunda düzenlenmemiş olmakla beraber, günlük hayatta çok rastlanılan, özelliği kendisine has *(sui generis)* bir akit tipidir ve kökenini Roma Hukukunun *aestimatum* adlı akdi teşkil etmektedir.

Koltukçu (veya gezginci) mukavelesinde malın satıcısı bu malı başkasından almıştır. Mal belli bir süre onda kalır, bu süre bitince ya malı iade eder veya aralarında kararlaştırılan bedeli öder.

Malı satılmak üzere veren taraf, onu her zaman satmak üzere teslim alandan geri isteyebilir, zira koltukçu akdinde satılmak üzere tevdi ile mülkiyet geçmez. Satıcı malı iade etmezse, malı veren kararlaştırılan paranın ödenmesi veya malı iadesi için bir dava açabilir[14].

14) Köylerin, kasabaların pazar yerinde veya büyük şehirlerde kapıdan kapıya dolaşarak koltuğundaki bir bohça veya bavul ile mal satan kimseler çok defa koltukçu mukavelesi gereğince çalışırlar. Eşyayı satılmak üzere satıcıya veren kimse, aralarında kararlaştırdıkları süre sonunda, satılmamış malları geri isteyebilir, çünkü koltukçu akdinde tevdi ile mülkiyet satıcıya geçmez. Şayet mal haksız olarak üçüncü kişilerin eline geçmişse, malın maliki bu üçüncü kişilere de dava açabilir. Satılmak üzere malı teslim alan koltukçu, malın malikine avans mahiyetinde ödemede bulunabilir. Ancak satılmayan malı geri alan malik bu avansı geri vermelidir. Bu konuda bkz. ZEVKLİLER A. - AYDOĞDU M. - PETEK H., s. 14 vd.

10. MESELENİN METİNLERİ

D. 12, 1, 11 pr (Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum)

Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris, si vendideris, puto mutuam pecuniam factam, quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est, mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito, hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.

D. 12, 1, 11 pr (Ulpianus'un beyanname şerhinin 26. kitabından)

Benden ödünç para istemiştin: Param olmadığından sana satman ve semeni kullanman için altın bir kâse veya altın külçesi verdim. Şayet satmışsan, benim fikrime göre para karzı vücuda gelmiştir. Kâse veya külçe satıştan önce kusurun olmasızın zayi olmuşsa, hasarın bana mı yoksa sana mı ait olacağı meselesi ortaya çıkar. Burada Nerva'nın kâse veya külçenin daha önceden satılık olup olmadığı konusundaki tefrikini en isabetli buluyorum: ilk halde sanki başkasına satılmak üzere vermiş gibi hasar bana ait olur. Halbuki onu satmak niyetim olmadığı halde sırf senin -semeni- kullanman için satıyorsam, hasarı sen yüklenirsin ve bilhassa sana karzı faizsiz vermişsem.

D. 19, 5, 19 qr (Ulpianus libro tringesimo primo ad edictum)

Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem, ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris, si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.

D. 19, 5, 19 pr (Ulpianus'un beyanname şerhinin 31. kitabından)

Benden karz olarak para istemiştin; -param- olmadığından sana satılmak üzere bir mal verdim, öyle ki semeni kullanabilesin. Şayet satmamışsan veya sattığın halde karz parası eline geçmemişse, Labeo'nun söylediği gibi, aramızda özel bir niteliği olan akit yapılmış gibi, *actio praescriptis verbis* açmak daha emin olur.

D. 19, 3, 1 pr-1 (Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum)

Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati, melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide, quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus. 1 Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.

D. 19, 3, 1 pr-1 (Ulpianus'un beyanname şerhinin 32. kitabından)

pr. Aestimatum akdinin davası tereddütün giderilmesi için getirilmiştir; nitekim bir mal değeri biçildikten sonra satılmak üzere verilmişse, bu değer yüzünden *actio venditi*'nin mi, yoksa malın satışı üstlenilmiş gibi *actio locati*'nin mi, yoksa hizmetler görmeyi şart koşmuş gibi *actio conducti*'nin mi yoksa *actio mandati*'nin mi açılacağı hususunda büyük tereddüt mevcuttur. Bu yüzden bu davanın getirilmesi daha yerinde olmuştur; nitekim söz konusu akdin niteliği üzerinde tereddüt olduğu halde, bir davanın tanınması üzerinde fikir birliği bulunduğundan *actio aestimatoria praescriptis verbis* verilmektedir. Zira *civilis* bir muamele hem de hüsnüniyetle yapılmıştır. Bu sebeple burada hüsnüniyet akitlerinde söylediğimiz hususlar uygulama bulacaktır. 1. *Aestimatum* akdinde hasar malın satışını üstlenmiş olana aittir. Kendisi ya malı zarar görmemiş olarak geri verecek veya kararlaştırılmış olan bedeli ödeyecektir.

11. MESELE

D. 12, 6, 26, 9 (Ulpuianus'un beyanname şerhinin 26. kitabından)

Senatus consultum Macedonianum'a aykırı olarak karz alınış olan aile evlâdı bunu ifa etmiş ve babasına mirasçı olduktan sonra bu paraları talep ederse, paraların istihkakına karşı bir def'i ileri sürülebilir.

SORULAR

1 – Yukarıda rakamlar ve parantez içindeki kelimeler neyi göstermektedir?

2 – *Senatus consultum*'lar Roma siyasî devirlerinde nasıl rol oynamışlardır?

3 – Aile evlâdı *(filius familias)* kime denir?

4 – Yukarıdaki metinde geçen karz sözcüğünü açıklayınız.

5 – İfa ne demektir? Genel olarak, ifayı kim, kime, ne zaman ve nerede yapar?

6 – *Senatus consultum Macedonianum* ne zaman ve niçin çıkartılmıştır? Bunun müeyyidesi nedir?

7 – Metinde geçen istihkak talebinden ne anlıyorsunuz? Para istihkak davasıyla istenebilir mi? Bu talebe karşı hangi def'i, niçin söz konusu olur?

8 – Verdiği parayı geri almak hakkına sahip olduğuna inanan kimse bu parayı zorla geri alabilir mi?

9 – *Senatus consultum Macedonianum*'un getirdiği himayeden yararlanmanın şartları nedir?

10 – Bu *senatus* kararının getirdiği himayeden kim yararlanabilir?

11 – *Exceptio senatus consulti Macedoniani* ne zaman ileri sürülebilir ve etkisi ne olur?

12 – *Senatus consultum Macedonianum*'un tanıdığı himayeden yararlanılamayacağı haller var mıdır?

13 – *Senatus consultum Macedonianum* günümüz hukukunu etkilemiş midir?

11. MESELENİN CEVAPLARI

1 – D. 12, 6, 26, 9 Doğu İmparatoru Iustinianus'un 529-534 tarihinde hazırlatmış olduğu ve 16. yüzyılda *Corpus Iuris Civilis* adı verilen kanunnamesinin bir bölümü olan *Digesta*'nın 12. kitabı, 6. faslı (DE CONDICTIONE INDEBITI - BORÇ OLMAYAN ŞEYİN İFASINDAN DOLAYI AÇILACAK SEBEPSİZ İKTİSAP DAVASI HAKKINDA), 26. parçası, 9. paragrafı demektir.

Parantez ise metnin *inscriptio*'sudur. *Inscriptio* bir parçanın *(fragmentum) Digesta*'ya kimin hangi eserinden alındığını gösterir. Söz konusu parça Iustinianus'un *Digesta*'sına, Ulpianus'un [1] *praetor* beyannamesine yazdığı şerhin 36. kitabından alınmıştır.

2 – *Senatus consulta* (çoğul) *senatus* meclisinin aldığı kararlardır. Bu kararlar *senatus*'un bir danışma organı olarak görev yaptığı devirlerde hukuk kaynağı sayılmamaktaydı. Danışma işlevi, kanun tasarıları ve *magistra*'ların seçimi de dahil olmak üzere, halk meclislerinin varacağı kararlar hakkında önceden görüş bildirmek, karar alındıktan sonra ise tasdik etmeyi *(auctoritas patrum)* kapsardı. Cumhuriyet devrinde *patricius* ve *pleb*'lerin yer aldığı, *magistra*'lık görevini bitirmiş kişilerin oluşturduğu *senatus*, bünyesinde Roma'nın yetenekli ve devletin tecrübeli kişilerini topladığı için, Roma toplumunda büyük saygınlığa ve otoriteye sahipti.

---

1) Papinianus, Paulus ve Ulpianus klasik devrin sonlarında Severus imparatorluk sülalesinin hüküm sürdüğü yıllarda (193-235) yaşamış üç hukukçudur. Bu yıllarda hukukçular çoğunlukla şövalye sınıfından gelmekte ve devletin hiyerarşik yapısında önemli görevlerde bulunmakta ve yaptıkları memuriyetin gereği olarak maaş almaktadır.
Domitius Ulpianus, Paulus gibi, klasik dönemin sonlarında yaşamış olan en büyük hukukçu Papinianus'un öğrencisi ve devlet görevindeki yardımcısıdır. İmparatorluk *consilium*'unun üyesi olan Ulpianus İmparator Alexander Severus zamanında *praefectus praetorio* makamına getirilmişti (*Praefectus praetorio* imparatordan sonra da idari ve yargı işlerinin görülmesinde en büyük devlet memurudur). Ulpianus 223 yılında imparator muhafızlarının isyanı sırasında öldürülmüştü.
Ulpianus'un 83 kitaplık beyanname şerhi, kendinden önce yaşamış klasik hukukçuların fikirlerini geniş ölçüde aksettirmektedir. 51 kitaplık *ius civile*'ye dair olan eseri ise *rei vindicatio* hakkındaki açıklamalarla bitmektedir. Eserin tamamlanıp tamamlanmadığı veya bir bölümünün kaybolmuş olduğu hakkında kesin bilgi mevcut değildir. *Corpus Iuris Civilis*'i hazırlayanlar Ulpianus'un yazılarından geniş ölçüde faydalanmışlardır; *Digesta*'nın hemen 1/3 ü (2400 parça) Ulpianus'tan alınmış parçalardan meydana gelmiştir. UMUR Z., Lügat.

Coğrafi ve politik gelişmeler sonucu, Roma'nın imparatorluk sınırlarına ulaştığı dönemde *senatus*'un otorite ve nüfuzu daha arttı. Bunun sebebi, halk meclislerinin gerek toplanma gerekse karar alma bakımından yetersiz hale gelmeleridir. Kesin tarihi belli olmamakla beraber, *principatus* devrinde *senatus*'un aldığı kararlar kanun gücüne erişti[2]. Bu devirde *senatus* karar verdiği zaman, bu kararlar *ius civile*'ye dahil sayılırlar ve *praetor*'un bir *senatus consultum*'a dayanarak tanıdığı davalar birer *actio civilis*'tir (Gai. 4, 110 vd). Gaius (Gai. 1, 2) ve Papinianus (D. 1, 1, 7 pr) *ius civile*'nin kaynaklarını sayarken, *senatus consultum*'lara sondan bir önce, yani *constitutio principis*'ten (imparator emirnameleri) evvel bir yer vermektedir. Bundan *senatus consultum*'ların *principatus* devrinin başlarında kanun kuvvetini kazandıkları sonucuna varılabilir. Gai. 1, 4 tartışmalı olmakla beraber *senatus* kararlarının kanun gücünde olduğu belirtilmektedir. D. 1, 3, 9'da Ulpianus tereddütsüz şekilde *senatus*'un hukuk kuralları getirilebileceğini söylemektedir.

Senatus'un kanun koyma faaliyeti Roma'ya has eğilimin bir görüntüsü olarak özel hukuku daha az ilgilendirmiştir (Romalılar hukukun esas itibarıyla teamüller, *praetor* ve hukukçuların faaliyeti ile oluşacağını düşünürlerdi). Özel hukuku ilgilendiren *senatus* kararları arasında -*Senatus consultum Macedonianum* (M.S. 1. yüzyıl) dışında- *Senatus consultum Vellaenum* (M.S. 46, kadınların üçüncü kişiler için araya girmelerini-*intercessio*-yasaklamaktaydı), *Senatus consultum Trebellianum* ve *Senatus consultum Orfitianum* (M.S. 50 ve M.S.178, miras hukuku alanında değişiklikler yapmaktaydı)[3] sayılabilir.

---

2) D. 1, 2, 2, 9 (Pomponius libro singulari enchiridii)
Deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam rei publicae ad senatum deduxit: ita coepit senatus se interponere et quidquid constituisset observabatur, idque ius appellabatur senatus consultum.
D. 1, 2, 2, 9 (Pomponius'un el kitabından)
Sonradan *plebs*'in toplanması güç olmaya başladığından ve vatandaşların tümünün muazzam bir kalabalık halinde bir araya gelmesi daha da zor olduğundan, rejimin kaderini *senatus*'a tevdi etmek gerekti. Ve böylece *senatus* işe vaziyet etti ve onun vazettiği hukuk kuralı oldu, bu hukuka *senatus* kararı dendi. Bkz. UMUR Z., Ders Notları, s. 94.

3) Roma Hukukunun güncelliğini gösteren ve insanlardaki bazı eğilimlerin zaman ve mekân farklarına rağmen değişmediğini gösteren bir *senatus* kararı da *Senatus consultum Hosidianum*'dur (M.S. 44). Bu *senatus* kararı, yapıların güzelliğini korumak için, malzeme üzerinde kâr sağlamak amacıyla binaların yıkılmasını yasak etmiştir. Bu amaçla yapılan alım satımlar batıl olduğu gibi, alıcı ödediği semenin iki katını devlete ceza olarak ö-

3- Bir hukukî kavram olarak aile evladı *(filius familas)* -yine bir hukukî kavram olan- aile babasının *(pater familias)* hakimiyeti altındaki füruudur, ama özellikle *filius familias* ile *patria potestas* (baba hakimiyeti) altındaki erkek çocuk kastolunur. Aile evlâdı olmanın yaşla veya kamu görev ve yetkilerine sahip olmakla bir ilgisi yoktur. *Consul* veya *praetor* gibi yüksek mevkilere gelmekle beraber aile evlâdı statüsünde olunulabilir[4]. Baba hâkimiyeti herhangi bir sebeple sona ererse, *filius familias* durumu da sona erer. *Filius familias*'ın hak ehliyeti yoktur, iktisapları *pater familias*'a ait olur. Aile evlâdının borçları *obligatio civilis* olmakla beraber bu borçlar için icra yoluna başvurulmazdı, çünkü *filius familias*'ın malvarlığı yoktu ve tabi olduğu *patria potestas*, borcunu ödemediği takdirde alacaklının hakimiyetine girmeyi engelliyordu.

4 – Karz almak, bir miktar para veya para dışında kalan bir miktar misli malın ödünç alınmasını ifade eder. Karzı alan aynı miktar para veya malı vadesinde ödeme borcu altına girer. Dar hukuk akdi olan karzdan *(mutuum) condictio* denilen davalar doğar[5].

5 – Borçlunun borçlu olduğu edimi yerine getirmesine ifa *(solutio)* denir. Her borç ilişkisi normal olarak ifa ile *ipso iure* (hukuken) sona erer. (I. 3, 29 pr). Alacaklının borç ilişkisine göre talep etmeye haklı olduğu edimi ifa eden borçlu borcundan kurtulur (Gai. 3, 168). D. 50, 16, 176'da Ulpianus alacaklının herhangi bir şekilde tatminini (meselâ, yenileme, takas) *solutio* olarak tanımlamaktadır[6].

Edim borçlunun şahsına bağlı olmadıkça, alacaklı 3. kişinin ifasını kabule mecburdur. Başka deyişle, üçüncü kişi borçlunun yüklenmiş olduğu (meselâ para borcu) edimi muteber olarak ifa edebilir (D. 3, 5, 38). Ancak edimin niteliği borcun bizzat borçlu tarafından ifasını gerektiriyorsa, yani alacaklı borç ilişkisine girerken borçlunun şahsını nazara almışsa, o zaman borçlu edimi bizzat ifa edecektir. Genellikle yapma borçlarında durum böyledir, meselâ ressam Gellius'a Tiber nehrinin resmi ısmarlanmıştır (BK. m. 67).

---

derdi. Bugün de, eski yapıların, üzerinde bulundukları araziden daha fazla kâr sağlamak gayesiyle yıkıldığı sık görülmektedir. Bkz. UMUR Z., Lügat.

4) Aile evladının yüksek makamlarda olması *Senatus consultum Macedonianum*'un hükümlerinin uygulanmasını engelleyemez, D. 14, 6, 1, 3.

5) Bkz. 10. mesele. Krş. BK. m. 306 vd.

6) *Solutio solvere* fiilinden türetilmiştir. *Solvere* geniş anlamıyla borçlunun alacaklıyla olan bağını çözmek borçlunun sorumluluğunu kaldırmak anlamına gelir. İbra *(acceptilatio)* ve *litis contestatio* (davanın tesbiti) -ifa olmamasına rağmen- borçluyu borcundan kurtarır (D. 45, 2, 2).

Alacaklı kısmi ifayı kabule mecbur değildir (bkz. BK. m. 68)[7].

Kural olarak borç alacaklıya ifa edilir. Fakat alacaklı, üçüncü kişiyi edimi kabule yetkili kılabilir (mesela vekil, D. 46, 3, 49) veya borçlu ifanın üçüncü kişiye yapılacağı kararlaştırılmış olabilir (D. 46, 3, 12, 3). İfa yetkili olmayan bir kişiye yapılmış, alacaklı buna icazet vermişse ifa yapılmış olur (D. 46, 3, 12, 4).

Borcun ifa zamanı, borcu doğuran hukukî muamelenin içeriğine göre belirlenir. Genelde borç ilişkisinde edimin ifa zamanı belirtilir, yahut hal ve vaziyet veya edimin niteliğine göre borcun ifa anı saptanır.

Borcun nerede ifa edileceği yine çok defa borcu doğuran hukukî muameleden veya hal ve vaziyetten çıkar. Kaideten nevi borçları dava edilebilecekleri yerde, yani borçlunun ikametgâhında ifa edilirler: buna karşılık parça borçları (meselâ gayrimenkul) kural olarak edimin bulunduğu yerde yerine getirilirler.

Nihayet, borcun ifa edildiğini söylebilmek için, edimin ifasına yönelmiş kazandırıcı muamelenin ifa sebebiyle *(causa solvendi)* yapıldığı konusunda alacaklı ve borçlu arasında irade uyuşması bulunmalıdır. Örneğin alacaklı kendisine ödenen parayı semen borcunun ifası olarak düşünürken, borçlu bunu karz olarak vermekte ise, *causa solvendi* yoktur[8].

6 – *Senatus consultum Macedonianum* İmparator Vespasianus zamanında (M.S. 1. yüzyıl) aile evlâdına para karzı verilmesini yasaklamak için çıkartılmıştır. Bu *senatus* kararını içeren parçada, karara neden olarak Macedo isimli aile evlâdının, alacaklılarının sıkıştırmasından bunalarak babasını öldürmesi gösterilmektedir. Ancak bu kararı çeşitli yönlerden inceleyen metinlere bakıldığında, asıl amacın baba hâkimiyetinde bulunan aile evlâtlarının aşırı borçlanarak düşüncesiz hareket etmelerine hatta suç işlemelerine mani olmak değil, faizle borç veren kişilerin faaliyetini bu yönden engellemek olduğu anlaşılmaktadır[9]. Verdikleri borcun geri istenemeyeceğini düşünen kişiler, bundan vazgeçecekler ve dolayısıyla da çocukların babalarının -öldürmeye varacak kadar- taciz edilmeleri önlenmiş olacaktı. *Senatus* bu yasak kararını çıkarmış ama, işlerliğini yargı organlarına, özellikle *praetor*'a bırakmıştır. Yasak kararına aykırı hareket edildiğinin çok açık olduğu durumlarda, *praetor* ödünç para vermiş kimsenin dava talebini reddederdi *(denegatio actionis)*. Olayın derinlenmesine incelenmesi gerektiği durumlarda ise *praetor*, karz davasının *formula*'sına bir *exceptio Senatus consulti Macedoniani* ilave ederek, meselenin karara bağlanmasını hâkime havale ederdi. Bundan çıkan netice, *filius familias*'ın yaptığı karz akdinin batıl olmadığı, fakat def'i ileri sürülerek hükümsüz bırakılacağıdır. Bu nedenle, karzın geri ödenmesi tabii borcun ödenmesi gibidir. Ödenirse geri istenemez[10] Yenilemeye konu olabilir rehin veya kefalet de teminat altına alınabilir.

7 – Metinde söz konusu olan, ödenen parayı *rei vindicatio* ile geri istemektir. *Rei vindicatio* zilyet olmayan *ius civile* malikinin malik olmayan zilyede açtığı aynî davadır. Aile evladı karzı geri ödedikten sonra *pater familias*'ına mirasçı olarak küllî halefiyet yoluyla murisinin bütün hak ve borçlarına halef olduğundan, aile reisinin kullanabileceği bütün davaları *sui iuris* olduktan sonra -kural olarak- açabilir. *Senatus consultum Macedonianum* yasaklayıcı hükmüne dayanan mirasçı ödemenin muteber olmadığını düşünmekte ve *rei vindicatio* açmak istemektedir. Şayet para, alanın kendi paralarıyla karışmamışsa veya harcanmamışsa, başka bir deyişle verilen para aynen muhafaza edilmişse (meselâ kasada ayrıca saklanmaktadır), istihkak davasıyla geri istenebilir[11]. Ancak genelde para böyle muhafaza edilmeyeceğinden istihkak davası açmak imkânı olmaz. Somut olayda ise, paraları geri istemek olanağı yoktur, çünkü bir önceki cevapta belirtildiği üzere, aile evlâdının iradî olarak ödenen karz borcu geri istenemez. *Filius familias* iken ödenen karz borcunu, *sui iuris* olarak isteyen kişi dürüst davranmış olmaz. Bu durumda parayı geri almış tarafın isteği üzerine, *praetor formula*'ya bir

7) KASER M., s. 637.
8) İfa için bkz. UMUR Z., Ders Notları, s. 323 vd.; SIBER H., s.271; RADO T., s. 227.
9) D. 14, 6, 1 pr (Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum)
Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: «Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri».
D. 14, 6, 1 pr (Ulpianus'un beyanname şerhinin 29. kitabından)

Senatus consultum Macedonianum'un lafzı şöyledir: Macedo kendisini suça iten sebepler arasında ki bunlar onun tabiatında mevcuttu, para borcunu da göstermişti ve çok defa karakteri suç işlemeğe yatkın kişilere ödünç para verenler bu insanları suça teşvik etmektedir. Bu sebeple bir aile evladına karz olarak para vermiş olana, bu çocuğun hâkimiyetinde bulunduğu babanın ölümünden sonra da dava hakkı verilmez, böylelikle aile evladına en fahiş şekilde faizle borç verenler, bu borcun babanın beklenen ölümüyle düzelmeyeceğini bilmelidirler. Bkz. KASER M., s. 532.

10) D. 14, 6, 7, 15-16; D. 14, 6, 10; UMUR Z., Ders Notları, s. 342.

11) Para için *rei vindicatio* açıldığını D. 12, 6, 53; D. 15, 1, 37.1 göstermektedir.

exceptio doli generalis ilave ederek, davalının himaye edilmesini sağlardı, D. 12, 6, 40 pr.

8 – Hakların himayesi, ilerlemiş devrelerde kural olarak ancak hukuk düzeninin izin verdiği yollarla sağlanmaktaydı. Herkes hakkını yargı mercilerine başvurmak suretiyle aramak zorundaydı. İhkak-ı hak, yani bir kimsenin hakkını kuvvet kullanarak alması kamu düzenini ve devletin otoritesini sarsacağından caiz görülemez[12]. Bu konuda İmparator Marcus Aurelius bir emirname *(decretum divi Marci)* çıkarmıştı. Bu emirnameye göre alacaklı alacağını borçludan zorla alamazdı. Böyle bir yola başvurmuş olan alacaklı alacağını kaybeder ve aldığını geri vermek zorunda kalırdı. (D. 4, 2, 13) Bu durum ayrıca *lex Iulia de vi privata* kapsamına girer, fiil cezalandırılırdı (D. 48, 7, 7-8).

9 – Bir karz akdi muteber olarak oluşmalıdır. Karzın dışındaki borçlanmalar *senatus* kararının getirdiği yasağın dışında kalır[13]. Bu konuda yasak daha da daraltılmıştır, *Senatus consultum Macedonianum*'un getirdiği himaye sadece para karzında mevcuttur. Eğer aile evlâdının borcu başka bir hukukî muameleden doğmuş ise ve bu borç daha sonra tarafların anlaşmasıyla karz borcuna dönüştürülürse, yine *senatus consultum*'a dayanan hukukî himaye yoktur[14].

Buna karşılık yasağın tesirinden kaçmak için, görünüşte başka bir muamele yapılmışsa *(fraudem senatus consulti Macedoniani)* yine karara aykırı hareket edilmiş olur; bir kimse *senatus* kararından kaçmak için bir *filius familias*'a görünüşte mallar satmıştır. Asıl amaç *filius familias*'ın bu malları satarak para temin etmesidir. Aile evlâdının semeni ilerideki bir tarihte ödeyeceği kararlaştırılmışsa, *filius familias*'ın kendisine görünüşte satılmış malları bir başkasına satarak elde ettiği para dolaylı yoldan karz yerine geçecektir. İşte alacaklı *filius familias*'a satmış olduğu malların bedelini bir dava ile *(actio venditi)* talep edecek olursa, *exceptio senatus consulti Macedoniani* ileri sürülebilir[15].

---

12) Meşru müdafaa ve ıztırar hali kuvvet kullanmaya izin verilen iki haldir. *Vim vi repellere licet* (kuvveti kuvvetle defetmek caizdir) kuralı gereği bir kimse kendini tehdit eden bir tehlikeye karşı kuvvet kullanabilir; (meşru müdafaa) veya kendini tehdit eden bir tehlikeden korunmak için başkasına zarar verebilir (ıztırar). Meselâ bir kimse yangının kendisine ulaşmasını önlemek için komşu binayı yıkabilir. D. 9, 2, 49,1.

13) D. 14, 6, 3, 3.

14) Aile evlâdının alım satımdan doğan semen borcu, tarafların anlaşmasıyla karz borcu haline gelmişse (bu durumda eski satıcı, yeni karz alacaklısı alacağı için alım satımdan doğan *actio venditi*'yi değil, *condictio certi*'yi açacaktır), aile evladının eline sonradan ödenmesi gereken nakit para geçmesini önleme şeklinde özetlenebilecek olan bu yasağa aykırılık yoktur, D. 14, 6, 3, 3.

15) D. 14, 6, 7, 3.

Yasağın uygulanabilmesi için karz alan çocuğun baba hâkimiyetinde bulunması gerekmektedir. Çocuğun cinsiyeti ve aile reisine olan hısımlığının derecesi önemli değildir[16]. Diğer taraftan karz almış *filius familias*'ın yaşı da önemli değildir. 40 yaşındaki bir *filius familias* bile şartları varsa *senatus* kararına dayanabilir.

Karz akdinin meydana gelmesi için tarafların anlaşması yetmediğinden, yasağın uygulanabilmesi için paranın teslim alınmış olması gerekir. Para teslim alındığı zaman borçlu, baba hâkimiyeti altında ise *exceptio senatus consulti*'nin hukukî dayanağı var demektir[17].

10 – *Senatus* kararının tanıdığı himayeden sırasıyla şu kişiler yaralanabilir:

a) Parayı karz olarak almış olan aile evlâdı bu imkanı sürebilir. Kendisinin karzdan doğan dava sırasında hâlâ baba hâkimiyetinde olup olmadığı bir fark yaratmaz[18].

b) Aile reisi de bu *senatus* kararına dayanabilir. Dava açıldığı sırada hâkimiyet münasebeti devam ediyor olsa da olmasa da *pater familias* himayeden faydalanır[19].

c) Aile reisinin veya çocuğun mirasçılarına da bu hak verilmiştir[20].

ç) Çocuğun aldığı karz dolayısıyla kendilerine başvurulabilecek kimseler, kefiller ve vekalet verenler, bu borcu ödedikleri takdirde karz borçlusuna rücu edebilecek iseler, bu *senatus* kararına dayanabilirler[21]. Buna karşılık bağışlama amacıyla *(animo donandi)* teminat verilmişse, rücu imkânı olmayacağından, böyle bir kişi bu himayeden yararlanamaz[22].

Bir *filius familias* kendisi için değil, fakat başka birinin yetki vermesiyle, meselâ yetki verenin *institor*'u sıfatıyla ödünç para almışsa, kendisi

16) D. 14, 6, 9, 2; D. 14, 6, 14.

17) Paranın verileceği bir *stipulatio* ile *filius familias*'a vaadedilmiş, fakat para fiilen aile babasına verilmişse, *senatus* kararı uygulama alanı bulmaz. D. 14, 6, 3, 4; D. 14, 6, 4.

18) KASER M., s. 532.

19) D. 14, 6, 7, 10.

20) D. 14, 6, 7; 10.

21) Buradaki vekâlet kredi vekâletidir *(mandatum qualificatum)*. D. 14, 6, 9, 3'te böyle bir sonuca varılmasının sebebi, karz alan *filius familias*'ın parayı karz alacaklısına değil, fakat kefile ödemesi halinde *Senatus consultum Macedonianum*'un getirdiği himayenin etkisiz hale geleceğidir; çocuğun alacaklı yerine kefile ödemeğe mecbur tutulması ona sağlanmak istenen himayeyi dolaylı yoldan ortadan kaldıracaktır.

22) D. 14, 6, 9, 3.

exceptio senatus consulti Macedoniani'yi kullanabilir ama, kendisine bu yetkiyi veren üçüncü kişi kullanamaz[23].

11 – *Senatus consultum Macedonianum* ya *praetor*'un karza dayanılarak istenen davayı reddi *(denegatio actionis)* ya da davalıya bir *exceptio* tanınmasıyla etkisini göstermektedir[24].

Def'i borç ilişkisinin batıl sayılmasına sebep olmaz[25]. Bu sebeple, ödenen karz borcu bir *condictio* ile geri istenemez[26]. Böyle bir borcun ödenmesi, tabii borcun yerine getirilmesi gibidir. Ancak bu sonucun doğması için ödemenin muteber olması gerekir. Bu yüzden çocuk başkasına ait paralarla, paranın sahibinin rızası dışında ödemede bulunmuşsa, paranın sahibinin bunları geri isteme hakkı doğar. Para çocuğun aile reisine ait ise, baba da rızası olmadığını ileri sürerek, geri ödeme talebinde bulunabilir[27].

Bir karz akdine dayanılarak karz borcunun muteber olarak ifası halinde, paranın geri istenemeyeceği kuralının istisnasını D. 14, 6, 8 getirmiştir. Bu parçaya göre bir kayyım *(curator)*, kayyımı olduğu baliğ (ergen) küçüğün *filius familias* iken yüklendiği karz borcunu, gerçek durumu bilmeden ödemişse, ödeneni geri isteyebilir (Krş. D. 12, 6, 40 pr.).

12 – Bu konuda da bir ayırıma gitmek yerinde olacaktır. Bazı hallerde *senatus* kararının getirdiği himayeden ne *filius familias* ne de aile reisi faydalanabilir:

a) Karz veren, çocuğu *sui iuris* zannetmekte haklı sebeplere dayanmaktadır[28].

b) Aile reisi muameleye rıza göstermiştir. Bu rıza söz konusu olan karzla doğrudan ilişkili olabilir, ancak bu rızanın sarih olarak belirtilmiş olması şart değildir. Aile reisinin karz akdini bildiği halde sesini çıkarmamış olması, *senatus* kararının getirdiği himayeden yararlanamaması sonucunu doğurur. Karza sonradan icazet de aynı neticeye götürür. Babanın borcu geri

23) D. 14, 6, 7, 11.

24) D. 14, 6, 1; pr.; RADO T., s. 73.

25) Şayet karz akdi *ius civile*'ye göre batıl olarak kabul edilseydi, verilen para bir sebepsiz iktisap davası ile geri istenebilirdi. HAUSMANINGER H. - SELB W., Römisches Privatrecht, 8. verbesserte Aufluge, Wien 1997.

26) D. 12, 6, 40.

27) D. 14, 6, 9, 1.

28) D. 14, 6, 3, pr. *Filius familias* çoğunluk tarafından *pater familias* olarak tanınmaktadır veya kamu görevi ifa etmektedir.

ödemeye başlaması borcu kabul ettiğini gösterir (D. 14, 6, 7,15). Yine aile reisi çocuğun söz konusu olabilecek çeşitli hukuki işlemleri için genel anlamda izin vermiştir. Meselâ aile reisi *filius familias*'ı *institor* olarak görevlendirmişse, aile evlâdının bu aldığı karzda *senatus* kararı uygulanmaz. Bunun gibi aile evlâdının *peculium profecticium*'u ile ticaret yapmasına müsaade edilmişse ve karz bu işle ilgili olarak alınmışsa, yine himayeden yararlanmak imkânı yoktur[29]. *Pater familias* borcun bir kısmını ödemişse, bu himayeden yararlanamaz (D. 14, 6, 7, 16).

c) Karz alınan para aile reisinin yararına kullanılmıştır. Bu durumda karzın alınmasında aile reisinin rızası olmasa bile, *senatus* kararı uygulanmaz. *Digesta*'dan örnek verecek olursak; *filius familias* tahsil gayesiyle uzakta bulunuyor ve ihtiyacı dolayısıyla borç para almışsa, yine *senatus* kararı uygulanmaz. Bunun şartı alınan borcun tavanının çocuğun ailesinden beklediği miktarı aşmamasıdır[30].

ç) Başka bir akitten doğan borç, örneğin alım satımdan doğan semen borcu karz borcu haline getirilirse, *senatus consultum*'un hükümleri yine uygulanmaz, ancak bunun *senatus* kararından kaçmak için düşünülmüş olmaması lâzımdır[31].

d) *Filius familias* karzın alındığı sırada asker ise, bu normal bir karz akdi olur. Başka bir deyişle *senatus consultum*'un hükümleri tatbik sahasına girmez[32].

Öyle haller vardır ki, sadece çocuk *senatus consultum* himayesinin dışında tutulur.

a) Çocuk kendini *sui iuris* olarak tanıtmış ve karz veren de buna inanmıştır[33].

b) Karzın alındığı sırada çocuğun *peculium castrense*'si bulunmaktadır. Bu durumda *filius familias peculium*'un miktarıyla sorumludur. Aynı şey *peculium quasi castrense* ve *peculium adventicium irregulare* için ileri sürülebilir[34].

29) D. 14, 6, 2; D. 14, 6, 16; C. 4, 28, 10, 11.
30) D. 14, 6, 7, 12-13.
31) D. 14, 6, 3, 3.
32) D. 14, 6, 1, 3.
33) C. 4, 28, 1.
34) D. 14, 6, 1, 1.

c) Çocuk *sui iuris* hale geldikten sonra karzdan dolayı borçlu olduğunu açık veya örtülü olarak kabul etmiştir. Çocuk borcun bir kısmını ifa etmişse, zimnen borcun tamamını ödeyeceğini göstermiş olur (D. 14, 6, 7, 16). Borcun kalan kısmı için *exceptio senatus consulti Macedoniani* ileri süremez. Buna karşılık *patria potestas*'ın sona ermesinden sonra, karz alacaklısına rehin vermişse, bu def'i rehinle teminat altına alınan kısım için öne sürülemez[35] . D. 14, 6, 9, 2 bu *senatus* kararının kız çocuklarını *(filiae familiae)* da koruduğunu, kızın bu parayla mücevher almış olmasının önemli olmadığını belirtmektedir.

13 – *Senatus consultum Macedonianum* günümüz hukukuna intikal etmemiştir. Ancak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde -Romadaki gibi-taraflar başka bir borcu karz borcuna dönüştürebilirler. Nitekim BGB m. 607/2 bunu açık olarak belirtmektedir. Borcun en önemli sona erme sebebi olan ifa *(solutio)* BK. m. 67 ve devamında Roma Hukukuna benzer bir şekilde düzenlenmiştir.

35)D. 14, 6, 9, pr.

11. MESELENİN METİNLERİ

D. 46, 3, 61 (Ulpianus libro quinto ad Plautium)

In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio.

D. 46, 3, 61 (Ulpianus'un Plautus şerhinin 5. kitabından)

Sana borçlu olduğum daimi olarak sana geçmiş ise ve eksiğin yoksa ve ödenmiş olan geri istenemiyorsa, -borçtan- kurtulmuş olurum.

D. 14, 6, 3, 3 (Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum)

Is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuam pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est, et ideo etsi in creditum abii filio familiias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatus consultum, quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.

D. 14, 6, 3, 3 (Ulpianus'un beyanname şerhinin 29. kitabından)

Aile evladına sadece karz vermiş olan *senatus* kararına aykırı hareket etmiş olur, onunla alım satım, kira veya herhangi başka bir sözleşme yapmış olan ise -yasağa- aykırı davranmış olmaz. Zira para verilmesi ebeveyni için kötü olur. Ve bu yüzden aile evladının alım satım sebebiyle veya başka bir akitten doğan ve benim para ödemediğim bir borcunu *stipulatio* ile taahhüt ettirmiş olsam bile, karz oluşmasına rağmen para ödemediği için *senatus consultum*'un bu hükmü uygulanmaz. Ancak bunun söylenebilmesi için *senatus consultum*'un hükmünden hile yolu ile kaçmanın düşünülmemiş olması gerekir; çocuğa karz veremeyenin ona satması ve semeni karz yerine elde etmesi için imkan tanıması kabul edilemez.

12. MESELE

A, B'ye 5 yıl süreyle ve 2 altına kiralamış olduğu Roma'daki evini 2 yıl sonra 10 altına C'ye satmıştır.

SORULAR

1 – Bu meselenin dayandığı metinlerden birinin yazar olan Gaius ve eseri hakkında ne biliyorsunuz?

2 – *Institutiones* sistemi ve modern hukuklarda etkisi hakkında bilgi veriniz.

3 – A ile B arasındaki akit ne zaman meydana gelmiştir? Hangi akitler grubuna girer? A ve B'nin bu hukukî ilişkiden elde ettikleri hakların niteliği nedir? Bu akitte tarafların sorumluluğu nasıl düzenlenmiştir?

4 – Ev C'ye satılınca A ile B arasındaki kira akdi sona erer mi? Gerekçesiyle açıklayanız.

5 – C, B'yi evden çıkarabilir mi? Hangi davayla, ne zaman ve hangi hakka dayanarak, B'yi evden çıkarmaya çalışacaktır?

6 – B evden çıkmak zorunda kalırsa A'ya başvurabilir mi? Niçin, hangi davayla?

7 – B aynı evde bir sükna hakkına dayanarak otursaydı, durumda değişiklik olur muydu? Sükna hakkını anlatınız.

8 – C evi satın alırken B'nin daha üç yıl süreyle evde ikamet etmesine izin vereceğini A'ya taahhüt etmiş ve buna rağmen B'yi evden çıkarmak için harekete geçmişse B, A ve C arasındaki bu anlaşmayı savunma olarak ileri sürebilir mi?

9 – Yukarıdaki şıkta, C, B'yi evden çıkaracak olursa, A, C'ye dava açabilir mi? Hangi davayı ne için açar ve ne isteyebilir?

12. MESELENİN CEVAPLARI

1- Gaius, M.S. II. yüzyılda yaşamış, yaşadığı süre boyunca kendisi ve eseri fazla tanınmamış bir klasik hukukçudur. Kendi ifadesine göre Sabinus mektebine mensup olan Gaius büyük klasik hukukçular seviyesinde olmayan, fakat çok açık ve temiz uslûba sahip, uygulayıcıdan çok, büyük bir hoca idi. II. ve III. yüzyılın büyük klasik hukukçuları tarafından zikredilmez[1]. Bununla birlikte, Gaius çok yazmıştır, zira *Institutiones* isimli eserinden başka, parçaları *Digesta* aracılığıyla bize gelen başka eserleri de vardır.

Institutiones'i, ölümünden sonra büyük bir üne kavuşmuş, klasik sonrası devirde hukuk öğrencilerinin ders kitabı olmuş ve VI. yüzyılda Iustinianus'un aynı isimli eserine örnek teşkil etmiştir.

Institutiones, özel hukuk eğitimine başlamak isteyenler için yazılmış el kitabı niteliğindeki eserlere verilen isimdir. Hem *ius civile*, hem *praetor* hukuku kurumlarını sistematik bir şekilde ve sade bir özet olarak bir araya toplayan basit kitaplardır. Birçok klasik devir hukukçusunun (meselâ Gaius, Paulus, Ulpianus, Florentinus, Marcianus, Callistratus) bu nitelikte eserleri vardır.

Gaius'un eseri ününü ve hukuk tarihindeki rolünü iki olaya borçludur: Önce, Roma Hukuku eserlerinin çoğunluğu gibi, sadece özel hukuku kapsayan bu kitap, Roma Özel Hukukunu rasyonel bir sistem içinde (*Institutiones* sistemi) açıklayan bir eser olmuştur. Bu bakımdan, kısa, sistematik hukuk eserlerinin ilkidir. Yunan biliminin sistemleştirme metodu ilk defa bu eserle hukuk alanına uygulanmıştır. Eser, Roma İmparatorluğunun batı ve doğu kısımlarında herkes tarafından kabul edilen hukuk kitabı olmuş ve imparatorluğun çeşitli bölgelerindeki hukuk mekteplerinde hukuk eğitiminin başlangıcına konu teşkil etmiştir. Bu şekilde, Roma hukuk bilgisinin yayılmasına ve imparatorluğun özellikle doğu eyaletlerinin hukuk açısından Romalılaşmasına geniş ölçüde hizmet etmiştir. Bunların sonucu olarak, Gaius iki yüzyıl sonra, klâsik devrin büyük hukukçularına eşit bir etki ve otoriteye erişmiştir. Gaius'tan dört yüzyıl sonra, İmparator *Iustinianus* hukuk eğitimi-

1) Gaius'a imparator adına cevap vermek imtiyazı *(ius respondendi ex auctoritate principis)* verilmediğinden hukukun öğretici yanıyla meşgul olmayı seçmiş olabilir.

nin resmî temeli olmak üzere yeni bir *Institutiones* hazırlanmasını emrettiği zaman, bunun içeriği büyük ölçüde «bizim Gaius» un *(Gaius noster)* eserinden alınmıştır. Gerçekte; Iustinianus' un *Institutiones*'i, Gaius'un aynı isimli eserinin esaslı şekilde gözden geçirilmiş ve VI. yüzyılın hukuk durumuna uydurulmuş yeni bir baskısı sayılabilir. Bu yeni şekilde, *Institutiones* Bizans İmparatorluğunda olduğu kadar, Batı dünyasında da, her hukuk eğitiminin evrensel temeli, hattâ bir dereceye kadar da, modern dünyada özel hukukların medenî kanun'lar şeklinde sistemleştirilmesinin bir dayanağı olmuştur.

Gaius'un eserinin öneminin ikinci sebebi, hemen hemen tamamı ile devrimize intikal eden, klasik devre ait tek hukuk eseri olmasıdır. Alman tarihçisi Niebuhr, İtalya'da V. yüzyıl sonu veya VI. yüzyıl başında hazırlanmış bir elyazması nüshasını, Verona'da bulmuştur. Bu olayla, Romanist bilim, ilk defa, klasik bir hukuk eserinin orijinal metninin elde etmiş oldu. Bunun sonucu olarak, klasik Roma Hukukunun karanlıkta kalmış bazı kısımları aydınlandı. Yüzyılımızda, aynı eserin bazı parçaları, Mısır'da bazı papirüs ve parşömen parçaları üzerinde bulunmuştur. Bununla, Verona metni tamamlandı. Mısır'da bulunan metinler, Gaius'un kitabının bu eyalette de kullanıldığını göstermektedir.

Dört kitabın *(liber)* paragraflara ayrıldığı eserde, belli bir sistem *(Institutiones* sistemi) izlenerek, önce kişilere, sonra mallara, nihayet davalara ilişkin hukuk incelenmektedir.

Gaius, büyük bir hukuk hocasıdır. Geniş, karışık, dağınık bir konuyu kısa, iyi düzenlemesi ve açık bir özetini yapması, öğreticilik açısından büyük bir başarıdır. Zaten, iyi bir hocada aranan meziyetler de bunlardır. Eseri, bu özellikleri sayesinde yüzyıllardan beri yazılmış hukuk kitapları arasında, belki de en büyük ve devamlı başarılara sahip olmuştur[2].

2 – Sistem, bir bilim dalının konusunun rasyonel bir çerçeve içinde, yani bazı esas görüşlere göre düzenlenmesidir. Modern hukuk biliminde de, özellikle Alman Hukuk biliminde ve modern kodifikasyonlarda, bu sistematik eğilim vardır. İsviçre ve Türk Özel Hukuk Kodifasyonları, kendi sistemlerini, Almanya'da modern şekle sokularak yürürlüğe giren ve Pandekt bilim olarak nitelendirilen XIX. yüzyılın Romanist Alman biliminden almışlardır. Bu sisteme «Pandektler Sistemi» denir. Romanist Alman biliminin sahip olduğu büyük otoritenin sonucu olarak, bu hukuk sistemi, birçok kodifikasyo-

2) Gaius ve eseri hakkında daha geniş bilgi için bkz.: SCHWARZ A. B., Gaius Institutiones, Giriş, Borçlar Kısmı, çev. RADO T., 1953; LIEBS D., s. 68, HAUSMANINGER H. - SELB W., s. 80, 179.

nun, bu arada Alman ve İsviçre Medenî Kanun'larının sistemi olmuştur. Bu sistem, özel hukukun geniş konusunu bölümlere ayırmaktadır: Kişinin Hukuku, Eşya Hukuku, Borçlar Hukuku, Aile Hukuku ve Miras Hukuku. Alman Pandekt bilimi, bu kısımların başına, «genel hükümler» bölümü ekliyordu. Alman MK.'u ve diğer bazı kanunlar, bu usulü takip ettikleri halde, İsviçre ve Türk MK.'ları bunu kabul etmemişlerdir.

Genellikle, Roma Hukuku ders kitaplarında ve büyük eserlerde, konu bu sistem içinde incelenmektedir. Bununla birlikte, bu sistem tamamen Romalı değildir. Bizim hukuk bilimimiz için çok önemli olan sistematik eğilimi, genellikle Romalı hukukçularda göremiyoruz. Bunlar, daha çok uygulayıcı olup, bilhassa özel hukuk meseleleriyle meşgul oluyorlardı. Eserlerinin düzenlenmesindeki sıra, rasyonel bir sistem içinde incelenmesini ilk defa, en açık şekilde M.S. II. yüzyılda Gaius'un *Institutiones*'inde görüyoruz. Bu kitap, genel plan açısından olduğu kadar, ayrıntılar bakımından da, dört yüzyıl sonraki Iustinianus'un *Institutiones*'ine model olmuştur. Bu eserlerdeki *Institutiones* sistemi, İsviçre ve Türk MK ve BK.'ları tarafından kabul edilen ve devrimizde medenî hukuk eğitiminde ve eserlerinde izlenen Pandekt sisteminin esası olmuştur.

Bu sistemde üç büyük bölüm vardır:

a) Kişilere *(personae)* ilişkin hukuk.

Bu bölüm kişilerin tüm ilişkilerini kapsamakta ve insanların, insan olmak dolayısıyla sahip oldukları sıfatlarla (hür insanlar, köleler, vatandaşlar, yabancılar) onların kişisel nitelikte olan ilişkilerini düzenlemektedir (karı koca, ana baba ve çocuklar, vasi ve vesayet altında bulunanlar).

b) Eşyaya *(res)* ilişkin hukuk.

Bu konuda, malvarlığına ilişkin ve iktisadî niteliği olan ilişkiler üç büyük bölüm halinde incelenmektedir: Aynî haklar (Eşya Hukuku), Miras Hukuku ve Borçlar Hukuku.

c) Davalara *(actiones)* ilişkin hukuk.

Roma Hukukunun esas kavramlarından biri olan «*actio*» bir hakkı, adalet makamları önünde takip etmek yetkisidir. Roma Hukukunda her hakkın bir *actio*'su vardır ve bu hukuk *actio*'lar sisteminden oluşmaktadır. Bu bölümde çeşitli davalar *(actio*'lar) inceleniyordu. Günümüzde bu kısma Medenî Usul Hukuku denilmektedir.

Gaius, bu plan dahilinde kendi bilim dalının konusunu ve araçlarını anlatmaktadır. Bu ders kitabı, günümüzde de uygulanan çok basit bir plana sahiptir. Eğitime yönelik eserlerde Roma Hukukunun ne kadar yumuşak ve bütün yeniliklere açık olduğu görülür. Bu genel çizgiler içindeki kapsamda değişiklik yapmak imkanı devam etmektedir. Mesela, iktisadi değişiklikler, özel bir rejim isteyen yeni zenginlik türlerini ortaya çıkardığı zaman, malla-

rın listesini arttırmak gibi, yahut, daha sonraları, Roma tipi kölelik kalktığı zaman, toprak kölelerinin tarifini kölelerin tarifinden almak gibi.

Bu şekilde, Roma'nın *Institutiones* sistemi, modern medeni hukuk sistemlerinin esası olmuştur. Bu Roma'nın modern medeni kanunlar üzerindeki etkilerinden biridir. Bununla birlikte, Roma sistemi, tabii hukuk doktrinin ve modern hukuk ilminin etkisiyle bazı değişikliklere uğramış ve Roma hukukunun bu bölümleri yeni dallara ayrılmıştır:

a) Roma hukukundaki kişinin hukuku konusu, günümüzde de aynen, Fransız ve Avusturya MK.'larında bulunmaktadır. Alman MK.'u olan BGB'de kişinin hukuku ayrı bir kitap şeklinde düzenlenmiş olmayıp, genel hükümler içinde yer almıştır. Alman ve İsviçre kanunlarına esas olan Alman Pandekt ilmi, kişinin hukuku ile aile hukukunu birbirinden ayırmış ve bu şekilde eski kişinin hukuku konusundan iki bağımsız bölüm doğmuştur. Bu iki bölüm MK.'numuzun ilk iki kitabını oluşturmaktadır. Aile hukukunun da üç esas konusu vardır ve bunlar da Roma *Institutiones* sistemine uymaktadır: Evlenme, hısımlar, vesayet.

b) Roma'nın eşyaya ait hukukunu modern sistemde üç bölüm halinde görüyoruz:

aa) Eşya Hukuku, mülkiyet ve eşya üzerindeki diğer ayni haklara ilişkindir.

bb) Borçlar Hukuku, konusu bir kişinin (borçlu) diğer bir kişiye (alacaklı) borcun konusunu vermesi veya yapması, yani bir edimi ifa etmesi şeklinde olan hukuk ilişkilerini düzenler.

cc) Miras Hukuku, bir kimsenin ölümünden sonra malvarlığının durumunu düzenler. İnsanların menfaat ve ihtiraslarını yakından ilgilendiren bu konuya Romalılar, başlangıçtan beri hukuki faaliyetlerinin büyük kısmını ayırmışlardır.

Bunlar, *Institutiones* sistemine dayanan modern sistemin beş kısmıdır. Tabii hukuk bilimi alanında gelişmiş bir metoda göre, Pandekt biliminin baş tarafa koyduğu «genel hükümler» kısmı, temel kavramlar ve ilkeler nazariyesi açılarından, günümüzde büyük önem kazanmıştır. İsviçre ve Türk MK.'ları gibi bazı kanunlar, bu esasları kapsamasalar da, bugün hiçbir özel hukuk nazariyesi bu esaslardan vazgeçemez.

c) Davalar *(actiones)* hukuku. Davalar kısmı, Roma hukuku için büyük önem taşır ve bu kısım olmadan, Roma Özel Hukuku anlaşılamaz. Mo-

dern özel hukuklarda,usul hukuku ile asıl medeni hukuk kısmı (maddi medeni hukuk) birbirinden ayrılmıştır. Günümüzde, usul hukuk kuralları, özel, ayrı kanunlarla düzenlenmiştir ve ayrı bir hukuk dalı olarak eğitimin konusudur. Fakat Roma Hukukunda «*actio*»ların işgal ettiği özel yer dolayısıyla, Roma Hukukuna ilişkin eserler, davalar ve usul hukuku ilkelerini asıl (maddî medeni hukuk ilkeleriyle birlikte açıklamak durumundadır

Roma *Institutiones* sistemi ile Pandektler Sistemi arasındaki ilişki aşağıdaki şekilde gösterilebilir.

Institutiones sistemi	*Pandektler sistemi*
Ius quod ad personas pertinet (Kişilere ilişkin hukuk)	Genel hükümler Kişinin Hukuku Aile Hukuku
Ius quod ad res pertinet (Mallara ilişkin hukuk)	Eşya Hukuku (aynî haklar) Miras Hukuku Borçlar Hukuku
Ius quod ad actiones pertinet (Davalara ilişkin hukuk)	Medeni Usul Hukuku İcra - İflâs Hukuku

Yakın zamanlarda yapılan kanunların *Institutiones* sistemindeki sırayı değiştirerek düzenlediği görülmektedir. Pandekt İlminin Genel Hükümler, Kişinin Hukuku, Eşya Hukuku, Borçlar Hukuku ve Miras Hukuku şeklindeki sıralaması aşağıdaki kanunlarda şu şekilde yer almaktadır.

ABGB (Avusturya Medeni Kanunu)

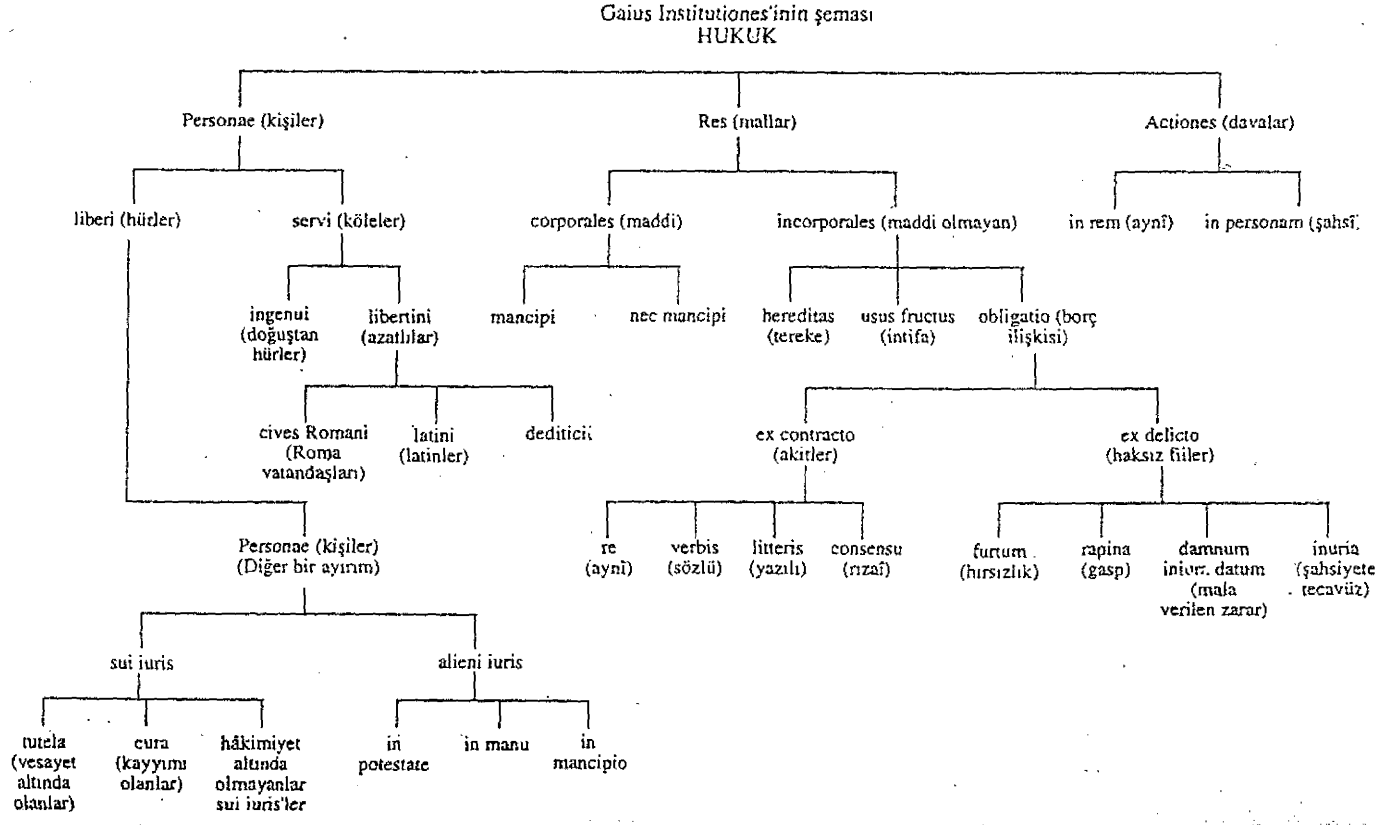
Giriş: Medeni Kanunlara Dair

1. Kısım : Kişinin Hukuku (kişinin vasıfları, kişisel özelliklerden doğan haklar, evlilik, velayet, vesayet, kayyımlık)

2. Kısım : Eşya Hukuku (Mallar ve malların hukukî ayırımları, zilyetlik, mülkiyet, rehin hakkı, irtifaklar, miras hukuku)

3. Kısım : Kişinin Hukuku ve Eşya Hukukunun ortak hükümleri (hakları ve borçların kaldırılması, iskatı ve iktisabî müruruzaman).

Gaius *Institutiones*'inin şeması



Code Civil (Fransız Medeni Kanunu)

Giriş: Genel olarak kanunların yayını, etkileri ve uygulaması.

1. Kitap : Kişinin Hukuku (evlilik, velayet, vesayet)
2. Kitap : Eşya Hukuku (Mülkiyet, sınırlı aynî haklar)
3. Kitap : Mülkiyetin iktisap yolları (Miras Hukuku, Borçlar Hukuku)

BGB (Alman Medeni Kanunu)

1. Kitap : Genel Bölüm
2. Kitap : Özel Borç İlişkileri
3. Kitap : Eşya Hukuku
4. Kitap : Aile Hukuku
5. Kitap : Miras Hukuku

ZGB (İsviçre Medeni Kanunu)

Giriş

1. Kısım : Kişinin Hukuku
2. Kısım : Aile Hukuku
3. Kısım : Miras Hukuku
4. Kısım : Eşya Hukuku

Ayrı bir kanun halinde Borçlar Hukuku.

Alman MK.'u Pandekt'leri takip etmekle birlikte, Borçlar Hukukuna, Eşya Hukukundan önce yer vermiştir. Buna karşılık, İsviçre ve Türk kanunları sırayı şu şekilde değiştirmişlerdir: Kişinin Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku ve beşinci kısım olarak ayrı bir kanunda düzenlenmiş bulunan Borçlar Hukuku[2].

2) Avusturya Medeni Kanunu (AGBG) hem sistemi hem de içeriği yönünden Roma Hukukunun tesiriyle hazırlanmış bir kodifikasyondur. Malların ayırımında sadece Gaius'ta görülen *res corporales-res in corporales* maddi mal-maddi olmayan mal) tasnifini esas almıştır.
1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) Fransız devriminin ve bir ölçüde Tabii Hukuk ekolünün bir ürünü olarak görülmektedir. Çalışmalarına Napoleon bizzat katıldığı için bu imparatorun adıyla da anılmaktadır. Dünyada en çok iktisab edilen kanun olma özelliğini taşır.
1900 tarihinde yürürlüğe giren Almanya Medeni Kanunu Pandekt ilminin etkisinde, Roma Hukukunun diğer milli kanunlara nazaran en geniş ölçüde iktibas edildiği bir ka-

3 – A ile B arasında kira akdi *(locatio conductio rei)*, evin 5 yıl süreyle 2 altın karşılığında kiralandığı konusunda karşılıklı iradelerin uyuştuğu anda teşekkül eder. Rızaî akitler *(consensu contrahitur)* grubuna girer; kira akdinin meydana gelmesi için tarafların birbirine uygun irade beyanları gerekli ve yeterlidir. Bu bir borçlandırıcı akit olduğundan A ve B karşılıklı şahsi haklar elde ederler. Kira akdi tam iki taraflı akittir. Kiraya veren A, 2 altını istemek konusunda B'ye karşı şahsi bir hakka sahiptir. Kiracı B'de buna karşılık, evin 5 yıl süreyle ikametine tahsis edilmesi hususunda A'ya ileri sürebileceği şahsi hakkı iktisap etmiştir[3].

Roma Hukukunda kiraya veren -günümüz hukuklarını aksine- kiracıya nazaran daha iyi durumdaydı. Kiraya veren zilyet, kiracı ise *detentor*'du. Zilyetlik korunma vasıtalarını ancak kiraya veren kullanabilirdi. Roma'da kiracıların kötü durumlarını dile getiren yazılar vardır[4].

Kiraya veren A ve kiracı B bütün kusurlarından *(omnis culpa)* sorumludur. Kiracı klasik devirde *custodia*'dan da sorumludur. Eğer kullanma (evde ikamet) mücbir sebepten *(vis cui resisti non potest* - kimsenin karşı koyamacağı kuvvet) imkânsız hale gelirse, hasar kiraya verene ait olur[5], A kira ücretini talep edemiyeceği gibi peşin ödenmiş olanı da iade edecektir (D. 19, 2, 15, 2).

Bugünkü hukukumuzda da, eşyanın normal kullanılmasından doğacak değer azalmalarını, kiraya veren yüklenmek zorundadır. O halde, bir mesken kirasında zorunlu yenilemeleri yapmalıdır (BK. m. 258).

Kiraya veren, eğer eşya, borçlunun kusuru olmadan, meselâ tabiî olaylar sonucu telef olmuşsa, kiraya verenin kira süresinde kullanılmaya elverişli tutma borcu ve dolayısıyla kira ilişkisi, imkânsızlık sebebiyle BK. m.

nundur. Çıkabilecek her türlü hukuki probleme önceden çözüm bulmak ana fikrinden hareket edilmiştir. Japonya ve Yunanistan Medeni kanunlarını etkilemiştir.
1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu da Pandekt ilminin izlerini taşır, ancak İsviçre halkının hukuk konusundaki muhafazakar ve millî görüşlerini de içermektedir. Dili sade olan bu kanun 1912'de yürürlüğe giren Borçlar Kanunu ile birlikte içinde Türkiye'nin de bulunduğu birçok ülkenin medeni kanununu etkilemiştir. Bu kanunlar hakkında geniş bilgi için bkz. HAUSMANINGER H. - SELB W., s. 112-117; KOSCHAKER P. - AYİTER K., s. 36-44; SCHWARZ A. B., Roma Hukuku, s. 12-13.

3) Yukarıda açıklanmış olan kira akdinden doğan ana hak ve borç yanında bu akitten ikinci derecede hak ve borçlar da doğar: kiracının kiralanmış malı özenle kullanması, kiralanmış malın süre sonunda iadesi, kiraya verenin mal için lüzumlu masrafları yapması gibi.

4) KASER M., s. 567.

5) D. 19, 2, 33.

117'ye göre son bulur. Bu yüzden kiraya veren, kusuru olmadan çıkan bir yangın sonucu harap olmuş kira konusunu (binayı) tekrar yapmakla yükümlü değildir. Buna karşılık, tabiî olay sonucu eşya kısmen zarara uğramış ve bu zararların kira süresi içinde aşırı harcama yapılmadan giderilmesi mümkünse kiracı o şeyin tamirini isteyebilir (BK. m. 250).

4 – A evi C'ye satınca, aslında kira akdi sona ermez, çünkü A ile B arasındaki kira akdi 5 yıl için yapılmıştır ve bu süre henüz dolmadığından, akit hükümlerini doğurmaya devam etmektedir. A ile C arasındaki alım satım akdi de hükümlerini sadece bu şahıslar arasında doğurur. Alım satım akdinin kendisine yüklediği, evin mülkiyetini nakletme borcunu A ifa ettiği, yani evin mülkiyetini C'ye geçirdiği zaman bile, kira akdinin akıbetinde değişiklik olmaz; kira akdi A ile B arasında mevcut olmaya devam eder. Bunun sebebi, iki taraf arasında yapılan muamelelerin sonuçlarının kural olarak yine iki taraf arasında doğmuş olmasıdır.

5 – Bu problem yukardakinden değişiktir; A ile B arasındaki kira akdinin yürürlükte olması C'nin B'yi evden çıkarmasına engel teşkil etmez, hatta C evi satın alırken, içinde kiracı bulunduğunu bilse bile, değişiklik olmaz. Bununla beraber, C'nin B'yi evden çıkarabilmesi için, evin üzerindeki mülkiyet hakkını iktisap etmiş olmalıdır. Ancak mülkiyet hakkını kazandıktan sonra, herkese karşı ileri sürebileceği -bu arada B'ye karşı da- aynî hakkı olacaktır[6]. Bu aynî hakkını açacağı bir *rei vindicatio* ile B'ye ileri sürecek ve onu evden çıkaracaktır. İşte yeni mâlikin kiracıyı evden çıkarabilmesi Müşterek Hukukta «bey ile icar infisah eder» (alım satım ile kira sona erer) şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifade yerinde değildir, ne A ile C arasında yapılan alım satım akdi, ne de C'nin ev üzerindeki mülkiyet hakkını

6) Üçüncü kişi bir irtifak hakkı veya rehin hakkı iktisap etmişse, bu hak yine kira ilişkisinin dışında kalır ve üçüncü kişi elde ettiği aynî hakkın muhtevasına giren yetkileri kiracıya karşı ileri sürer (krş. BK. m. 253, 256). Aynı şekilde kiralanmış mal üzerinde muayyen mal vasiyeti ile aynî hak elde etmiş olan kimse de kiracıyı engelleyebilir. Kiracı ile mal kendisine vasiyet edilmiş kimse arasında akdî ilişki yoktur ama, kiralayanın mirasçısı (küllî halef) bu kira akdinin tarafı olmuştur ve lehine mal vasiyet edilmiş olan kişi halen gayrimenkulü kullanan kiracının kullanmaya devam etmesine rıza göstermezse, o zaman kiralayanın mirasçısı akit süresince malı kiracının kullanmasına tahsis etmek borcunu ihlal etmiş olur. D. 19, 2, 32'de bu durum, satılmış, fakat mülkiyeti devredilmemiş bir malın, üçüncü bir kişiye vasiyet edilmesi halinde, mirasçının (küllî halefin) hem alıcıya hem de kendisine bu mal vasiyet edilmiş kişiye karşı sorumlu olmasına benzetilmektedir. Mirasçı alım satım akdinden dolayı alıcıya, vasiyetnameden ise muayyen mal vasiyet edilmiş kişiye karşı sorumlu olur.

kazanması A ile B arasındaki kira akdini sona erdirir. C ev üzerinde aynî hak iktisap ettiğinden B'yi evden çıkartmaktadır; C'nin aynî hakkı B'nin şahsi hakkına tercih edilmektedir.

BK.'nun 254. maddesinin başlığı, satımla kiranın sona ereceğini belirtmektedir. Fakat bu ifade bizi iki bakımdan tatmin etmemektedir : a - Kiranın sona erdiği söylenemez. Kira akti kiracı ile asıl kiraya veren arasında devam etmektedir ve yeni mâlik, kiracıya feshi ihbar ederse, kiracının zararını tazminle yükümlü olur. b - Satım değil, mülkiyetin iktisabı, yeni mâlike kiracıyı kiralanan yerden çıkarma imkânını vermektedir. Zaten, 6570 sayılı ve 1955 yılında yayınlanan Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. maddesinin d fıkrası da «Gayrimenkulü Medeni Kanun hükümlerine göre iktisab eden kimse kendisi veya eşi veya çocukları için tamamen veya kısman mesken olarak ve yine kendisi veya eşi veya çocukları için meslek veya sanatın icrası maksadıyla iş yeri olarak kullanmak ihtiyacında ise iktisap tarihinden itibaren bir ay zarfında kiracıyı keyfiyetten ihtarname ile haberdar etmek şartıyla altı ay sonra» tahliye davası açabilir demektir[7]. BK. m. 254'e tekabül eden mehaz İsviçre BK. m. 259 1. 7. 1900 yılında yapılan bir değişiklik ile yürürlükten kaldırılmıştır. (Bkz. GİRİTLİOĞLU N./ŞIPKA Ş./ÇİLİNGİROĞLU Ç. Notlu - İçtihadlı MEDENİ KANUN BORÇLAR KANUNU ve TATBİKAT KANUNU, İstanbul 1996). İsviçre'de artık *emptio tollit locatum* = alım satım kirayı ortadan kaldırır = bey ile icar infisah eder şeklinde ifade edilen kural geçerli değildir. Kira sözleşmesi kanun gereği kiralanmış malın yeni malikini bağlamaktadır. (Bkz. KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN PRIVATRECHT, Obligationenrecht I, Herausgeber HONSELL H. - VOGT N. P.-WIEGAND W., Zürich Bern und Basel 1992, s. 1320, 1374-1376) BGB. m. 571 alım satımın kirayı bozmayacağını ifade etmektedir.

6 – B evden çıkmak zorunda kalırsa A'ya başvurabilir. A ile B arasındaki 5 yıllık akdin henüz iki yılı dolmuştur, daha üç yıl A'nın bu evi B'nin oturmasına tahsis etmesi gerekmektedir. C, B'yi evden çıkarınca, A'nın bu borcuna riayeti imkânsız hale gelmektedir. B *actio conducti*'yi açarak evden çıkmak mecburiyetinde kalması sebebiyle, uğradığı zararın tazminini talep etmektedir[8] (D. 19, 2, 25, 1).

---

7) Bilhassa, II. Dünya Savaşından sonra, birçok ülkede mesken krizi dolayısıyla, özel hükümler getirilmiştir.

8) Tazmini gereken zararın kapsamı içine, başka yere taşınması masrafları, taşınılan yerin daha pahalı olmasıyla, ödenecek kira ücreti farkı vs. girer. Bu, akdin ifa edilmemesinden doğan zararın tazminini gerektiren, müsbet zarardır. *Locatio conductio rei* bir hüsnüniyet

7 – Eğer B'nin oturma hakkı sükna *(habitatio)* hakkına dayansaydı, durumda değişiklik olacaktı. Sükna hakkı aynî bir hak olduğundan, B bunu C'ye de devredemeyecek ve evden çıkmak zorunda kalmayacaktı. Klasik devirde sükna hakkı, *usus* (kullanma) denilen sınırlı aynî hak içinde mütalaa ediliyordu. Iustinianus hukukunda ise, müstakil bir karakter kazanarak, hak sahibine icabında ailesi ile birlikte bir evde oturmak yetkisini veren şahsi irtifak hakkı haline gelmiştir[9]. Kiraya vermek yetkisi de kabul edilmiştir. Bir evde oturmakla gelirini almanın aynı şey olduğu görüşü ileri sürülmüştür.

8 – C'nin kendisine açtığı *rei vindicatio*'da B, A ile C arasında yapılmış anlaşmayı savunma olarak ileri süremez, çünkü kendisi A ile C arasında yapılmış bu anlaşmaya taraf değildir, bu anlaşma ancak A ve C'nin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri şahsi haklar doğurur. Burada şu ihtimal akla gelebilir; kiraya veren kiralanmış mal üzerindeki hukukî ayıplardan sorumludur. C, B'ye istihkak davasını açınca, B bu davayı evi kendisine kiralamış A'ya ihbar etmek zorundadır. (Krş. BK. m. 256/III). A davaya katılınca aralarındaki bu anlaşmayı ileri sürebilir[10]. Nitekim C. 4, 65, 9 kiralanmış malın eski ve yeni malikleri arasında bu konuda sözlü bir anlaşma olsa dahi yeni malikin kiracıyı çıkarmasının engellenebileceğini söylemektedir.

9 – Eğer C, B'yi (A ile kiracıyı 5 yıl bitene kadar evden çıkarmayacağına dair yaptığı anlaşmaya rağmen) evden çıkarırsa, A'ya karşı sorumlu olur. C, A'ya B'yi evden çıkarmayacağını *stipulatio* ile taahhüt etmişse, o takdirde, A, C'ye *stipulatio*'dan doğan *actio ex stipulatu*'yu açar. Bu taahhüt *stipulatio* ile değil de, alım satım akdi sırasında yapılan bir *pactum* ile olmuşsa, hüsnüniyet akitlerine bağlı olarak yapılan *pactum*'ların muhtevası, asıl akdin davalarıyla takip edilebileceğinden, A, C'ye *actio venditi* ile baş vuracaktır. A'nın C'den talep edeceği tazminat, aralarındaki bu anlaşmaya uymaması dolayısıyla uğradığı zarardır, yani B'ye ödemek zorunda kaldığı miktardır.

---

akdi olduğu için, hâkim kiracının zarar miktarını tayin hususunda geniş bir hareket sahasına sahiptir.

9) Bkz. yukarıda 6. mesele dipnotu 1.

10) Kiraya veren kiracının evden çıkmasını istemiyorsa, kendisinin (A), B'ye karşı olan borcunu C'nin üstlenmesini sağlamalıdır. Bkz. SCHWARZ A. B., Roma Hukuku, s. 232.

12. MESELENİN METİNLERİ

D. 19, 2, 25, 1 (Gaius libro decimo ad edictum provinciale).

Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet ut apud emptorem quoque aedem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

D. 19, 2, 25, 1 (Gaius'un eyalet beyannamesi şerhinin 10. kitabından)

Bir gayrimenkulü semerelerinden faydalanılması veya ikamet edilmesi için başkasına kiralamış olan kimse herhangi bir sebeple bu arazi veya evi satarsa, alıcı nezdinde aynı şartla kiracının semerelerden istifadesini ve kiracının ikametini sağlamak zorundadır; aksi halde kendisine engel olunan -kiracı- ona karşı *actio conducti*'yi açabilir.

D. 19, 2, 32 (Iulianus libro quarto ex Minicio).

Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset, quod si colonus vellet colere et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere : et hoc detrimentum ad heredem pertinere : sicuti si qis rem, quam vendidisset nec dum tradidisset, alii legasset, heres eius emptori et legatario esset obligatus.

D. 19, 2, 32 (Iulianus'un Minicius şerhinin 9. kitabından)

Birkaç sene için gayrimenkulü işlemek üzere kiraya vermiş olan bir kimse ölür ve bu gayrimenkulü vasiyetnamesiyle başkasına bırakmıştır. Cassius'un kanaatine göre kiracının bu gayrimenkulü işlemeye zorlanması mümkün değildir, çünkü bu konuda mirasçının menfaati yoktur, şayet kiracı onu işlemek ister ve gayrimenkul kendisine vasiyet edilmiş olan tarafından engellenirse, mirasçıya karşı kiracı dava açabilir. Ve bu zarar mirasçıya ait olur. Meselâ bir kimse satmış, fakat teslim etmemiş olduğu bir malı bir başkasına vasiyet etmişse, onun mirasçısı hem alıcıya hem de lehine mal vasiyet edilmiş olan kimseye karşı sorumludur.

13. MESELE

A'nın üç atı, B'nin ise bir atı vardır. A ve B bu atları daha iyi bir semen elde etmek için dörtlü olarak satmak hususunda anlaşırlar. B bu amaçla atını A'ya verir. Aralarındaki anlaşmaya göre B atlar satıldıktan sonra A'dan semenin dörtte birini alacaktır.

SORULAR

1 – A ile B arasında hangi akit teşekkül etmiştir? Ne zaman? Bu akit için gerekli unsurları yazınız.

2 – Bu atlar üzerindeki mülkiyet durumunu izah ediniz.

3 – Atları dörtlü olarak satmadan önce, B'nin verdiği at ölürse, bunun A ile B arasındaki akde ne gibi tesiri olur? Olayı B'nin bu şirketteki hissesinin, atın ölümünden sonra da, mevcut olup olmadığı açısından inceleyiniz.

4 – A atları sattığı halde, B'nin payına düşen miktarı ödemezse, kendisine hangi davayı açmak gerekecektir? Bu dava hakkında bildiklerinizi yazınız.

5 – A ve B, satılan atlardan elde edilen para ile kumaş ticareti yapmağa karar vermişlerdir. A kumaş almak için yaptığı seyahat sırasında haydutların hücumuna uğrar, paranın bir kısmı kaybolur. Kalan parayla A kumaşları alır, B paralar A'nın nezdinde iken kaybolduğundan, bu zarara katlanmak istemez. B, bu iddiasında haklı mıdır?

6 – B'nin ortaklığından memnun olmayan A, bu ortaklığı tasfiye ettirmek isterse ne yapmalıdır?

7 – Şirket akdi, Türk Hukukunda nasıl düzenlenmiştir?

13. MESELENİN CEVAPLARI

1 – A ile B arasında şirket akdi teşekkül etmiştir. Şirket *(societas)* rızaî bir akit olduğu için, A ile B bu atları dörtlü bir şekilde satmak hususunda anlaştıkları anda teşekkül eder. Şirket birden fazla kişinin kazanç sağlamak amacıyla mal veya emeklerini bir araya getirmek için anlaşmalarıyla oluşan bir muameledir[1]. *Societas omnium bonorum*'da ortaklar şirket için tüm mallarını birleştirmektedir (Gai. 3, 148). *Societas unius negotionis* ise tek bir iş, mesela köle alım satımı yaparak kazanç sağlamak için kurulmuş ortaklıktı. (Gai. 3, 148; I. 3, 27 pr; D. 17, 2, 58 pr).

Unsurları:

a - Her ortağın şirketin gayesini gerçekleştirmek için katkıda bulunması şarttır. Bu katkı bir malın tahsisi (mülkiyet veya intifa hakkı vs.) şeklinde olabileceği gibi şirket için çalışmak (emek)[2] tarzında da olabilir. Bu sermaye payının niteliği her ortak için değişik olarak tespit edilebilir ve yine her ortağın sermaye payı da aynı oranda olmayabilir. Bir kimsenin şirkete hiç bir şey getirmediği halde, kâra ortak olacağı karalaştırılmışsa, bu şirket olmaktan çıkar, bağışlama olur[3].

b – Bir şirket kurma niyetinin *(affectio societatis)* bulunması. Tarafların müşterek gaye için belirli malları bir araya getirmelerine rağmen, şirket kurma niyeti yoksa, şirket yoktur, müşterek mülkiyet vardır. Meselâ iki kişi satmak üzere mallarını bir araya getirmişlerdir. Bunların niyetine göre şirket vardır veya yoktur[4].

c – Şirketin gayesi hukuka uygun olmalıdır. Meselâ kalpazanlık gayesiyle şirket kurulmaz (D. 17, 2, 57).

1) Şirket akti konusunda geniş bilgi için bkz. GÖNENÇ F.İ., Roma Hukukunda Şirket Akdi (Societas), Yayınlanmamış Doktora tezi. İstanbul, 2002.

2) D. 17. 2. 71 pr.: *Duo societatem coierunt ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri, in pacto convento societatis proscripserunt...*

3) D. 17. 2. 5, 1.

4) Bu ayırımın yapılmasının bazı pratik sonuçları vardır: Taraflar arasında, şirket varsa, gereğinde *actio pro socio*, müşterek mülkiyet varsa *actio communi dividundo* açılır. Ortakların birinin ölümüyle şirket sona erdiği halde, müşterek mülkiyette müşterek maliklerin birinin ölümü bu münasebeti sona erdirmez. Ölenin mirasçıları murisin müşterek mülkiyet payı üzerinde ve miras hisseleri oranında hak sahibi olurlar. Bu farkın sebebi, şirketin bir şahıs birliği olmasına karşılık, müşterek mülkiyetin mala ilişkin olmasıdır. Şirket akdi için bkz. UMUR Z., Ders Notları, s. 371-372; RADO T., s. 143 vd.; KOSCHAKER P. - AYİTER K., s. 239 vd.

2 – Dört at üzerindeki mülkiyet durumunu -B'nin atını A'ya verdikten sonra durumu- açıklayabilmek için ortaklar arasındaki şirket akdini yorumlamak gerekecektir. A ve B tarafından bir araya getirilen atlar müşterek mal *(res communes)*[5] haline dönüşmüş müdür? Bu soruya olumlu cevap verecek olursak, o zaman A ve B'nin dört ata müştereken malik oldukları sonucuna varacağız. Bu takdirde ortada Müşterek Hukuktaki adıyla *societas quoad sortem* vardır. Bu şirket tipinde şerikler arasında bir de müşterek mülkiyet ilişkisi ortaya çıkmaktadır[6].

A ve B şirket aktinde, atları müşterek mal haline getirmeyi değil, sadece ortakların atlar üzerinde fiilen tasarrufta bulunabileceklerini kararlaştırmışlarsa, bir *societas quoad usum*'dan bahsedilir. Bu halde şirketin meşru gayesini gerçekleştirmek için, şerikler sermaye koyacaklardır ama, her şerik kendi malı üzerinde mülkiyeti kaybetmeyecek, fakat diğer şerikin bu malı kullanmasına da engel olmayacaktır, aksi halde şirketin dayandığı *fides* (dürüstlük-sadakat) esasına aykırı hareket etmiş olur. Demek ki her şirket aktinde, şirket gayesini gerçekleştirmek için getirilen malları üzerinde müşterek mülkiyet doğması şart değildir, hatta bu müşterek mülkiyetin tesisindeki şeklî güçlükler, şirket akdinde müşterek mülkiyet teessüsünün istisna olduğu görüşüne kuvvet kazandırmaktadır[7].

5) Müşterek mülkiyet *(communio - condominum)*, birden fazla kişinin aynı mal üzerinde hisseler oranında malik olmasıdır. Ancak bu hisseler fiilen taksim edilmiş değildir; her müşterek malik müşterek malın bütünü üzerinde belirli bir hisseye sahiptir.

6) KRELLER H., Römisches Recht II. Wien 1950, s. 364. Şirketin gayesini gerçekleştirmek için müşterek malvarlığı teessüs etmişse, her ortağın bu müşterek mülkiyetteki hissesi üzerinde -şirketin gayesi dışında- tasarruf etmesini engelleyecek bir hüküm yoktur. Ancak bu halde böyle bir tasarruf *societas*'ın dayandığı *fides*'e (dürüstlük - sadakat) aykırı düştüğünden diğer şerikler *actio pro socio* ile tazminat talep edebilirler. Yine bu müşterek mülkiyetteki maliklerden biri, kendi hissesi üzerinde değil, malın tamamı üzerinde tasarruf ederse, diğer ortaklar üçüncü kişilere karşı mülkiyeti koruyan davaları (meselâ *rei vindicatio)* açabilir.

7) Bu konudaki problemin iki yönü vardır. Bunlardan biri şirketin gayesi icabı bir müşterek mülkiyetin tesisi şart ise, Roma Hukukunun bilinen mülkiyeti devir muameleleriyle hisseli mülkiyetin tesisi çok güçtür. Nitekim bu muamelenin nasıl yapıldığını gösteren bir metin yoktur. Aynı zorluk şirketin gayesi için yaptığı muameleyle bir mal iktisap eden ve bu mal üzerinde diğer ortakların şirket akdi icabı sahip olacakları hisseleri devretmek isteyen ortak için de varittir. Bkz. KOSCHAKER P. - AYİTER K., s. 240; KASER M., s. 573.
Ortakların mevcut ve istikbalde iktisap edecekleri bütün malları kapsayan *societas omnium bonorum*'da bu mesele şöyle halledilmiştir : D. 17. 2. 1, 1'den anlaşıldığına göre (birçok müellife göre bu parça *interpolatio* yoluyla değiştirilmiştir) ortaklar arasında müşterek mülkiyetin tesisi için ayrı bir muameleye ihtiyaç yoktur. ortaklar arasında yapılan şirket akdi aynı zamanda tarafların bütün malları üstünde müşterek mülkiyeti de sağlamaktadır.
Ortaklara ait müşterek bir köle *(servus communis)* varsa, kölelerin iktisabı efendinin olduğundan, şirkete ait muameleleri bu köle yaptığı takdirde ortaklar köle üzerinde sahip

3 – Atları dörtlü olarak satmadan önce, B'nin verdiği at ölürse, şirketin gayesinin gerçekleşmesi imkânsız hale gelmiş olur ve şirket akdi imkânsızlık sebebiyle sona erer (D. 17, 2, 63, 10).

B'nin bu şirketteki hissesinin, atın ölümünden sonra da mevcut olup olmadığı meselesinin halli ise, A ve B arasındaki şirket akdinin niteliğine bağlıdır. Bu akdin bir *societas quoad sortem* veya *societas quoad usum* olmasına göre değişik şekilde halledilecektir[8]. İki tarafın da şirkete koydukları atlar üzerinde bağımsız mülkiyeti kalmamış, müşterek mülkiyet kurulmuşsa *(societas quoad sortem),* B'nin getirdiği atın ölümü şirketin zarar kısmına kaydedilecek, yani zarara A ve B müşterek mülkiyetteki payları nisbetinde ortak olarak katlanacaklardır. Başka bir deyişle, B'nin -getirdiği at ölmesine rağmen- hissesi kalan mallar üzerinde devam etmektedir.

A ve B, şirkette getirdikleri mallar üzerinde bağımsız mülkiyetlerini devam ettiriyorlarsa, o takdirde B -her mâlik gibi- atın ölümüyle ortaya çıkan kayba bizzat katlanacaktır. Bu olaya mesnet olan D. 17, 2, 58 pr.'dan anlaşıldığı üzere taraflar bu atları sadece daha iyi bir fiyata satmak için -bağımsız mülkiyeti muhafaza edecek şekilde- bir araya getirdiklerinden, A bundan etkilenmeyecek ve B tek başına malvarlığındaki azalmaya katlanmak zorunda kalacaktır[9]. Aynı fikir D. 17, 2, 58, 1'de savunulmaktadır (Bkz. Meselenin metinleri).

C'ye satılan atlardan birinin ruamlı olması, maldaki maddî ayıp durumunu ortaya çıkarır. Satıcı alım satımın dayandığı *fides* (dürüstlük - sadakat) prensibi gereğince maldaki ayıplardan sorumludur; kendisine karşı alıcının açabileceği davaları iki grupta toplamak mümkündür[10].

A. a – Satıcı bildiği ayıpları alıcıya kasten *(dolo malo)* bildirmemişse,

b – Alım satım akdi yapılırken satıcının var olduğunu söylediği veya bulunmadığını bildirdiği *(dicta et promissa)* özellik ve ayıplar yoksa veya

8) Pandekt hukukçularına göre, şirketin *societas quoad sortem* veya *quoad usum* olduğu hakkında tereddüt edilirse, ortakların bir araya getirdiği malların niteliğine bakılmalıdır. Şayet bu mallar misilî ve tüketimi mümkün mallardan ise, o takdirde şirket yanında bir müşterek mülkiyet münasebetinin de var olduğu (yani tarafların bir *societas quoad sortem* akdettikleri) kabul edilecektir.

9) Tarafların anlaşmasından şirket akdinin bu dörtlüyü müştereken elde tutmak *(habere)* gayesiyle yapıldığı çıkıyorsa, bir atın ölümü, meselâ B'nin koyduğu atın ölümü, sadece şirketi ilgilendirir ve şirket kalan atlardan ibaret olmak üzere devam eder.

10) Satılan malın ayıplı olmadığı veya bazı vasıfları olduğu hususunda bir *stipulatio* yapılabiliyordu. Böyle bir taahhüte bulunan satıcı bu taahhütün doğru çıkmaması halinde, alıcının zararlarını tazmin edecektir.

varsa: Bu durumda hâkim açılacak *actio empti*'de satıcıyı alıcının malın ayıplı çıkmasıyla uğradığı bütün zararlara *(id quod interest)* mahkûm edecektir.

B – *Aedilis curulis*'lerin, çarşı pazar kontrol faaliyetleriyle ilgili olarak neşrettikleri beyannamede de köle ve koşum hayvanlarının alım satımı ile ilgili hükümler yer alıyordu. Satıcı, satılan köle veya hayvandan yararlanmaya tesir edecek ayıpların bulunmasından sorumlu tutuluyordu. Bu sorumluluğun en önemli noktası, bu ayıpların satıcı tarafından bilinmesinin şart olmayışı idi. Bu durumda satıcının kusurunun aranmayışı, sorumluluğun ağırlaşmasına yol açmaktadır.

Satılan malda böyle ayıplar varsa, alıcının elinde iki davadan birini seçmek imkânı vardı:

a – *Actio redhibitoria* : Alıcı satın aldığı malı geri vermek suretiyle ödediği semeni geri isteyebiliyordu. Alım satımı bozma anlamını taşıyan bu dava 6 aylık bir süre içinde açılmalıydı.

b – *Actio quanti minoris* : Alım satımın yapılmasından itibaren bir yıl içinde açılması gereken bu davayla alıcı, ödediği semenin, malın ayıplı olması dolayısıyla uğradığı değer düşüklüğü oranında indirilmesini isteyebiliyordu[11], D. 44, 2, 25, 1.

Atların alıcısı C, atlardan biri ruamlı çıktığı takdirde yukarıda belirtilen üç davadan birini kullanacak ve seçtiği davayı atları satan A'ya yöneltecektir. C, B ve A'nın ortak olduğu ve hatta ruamlı atın B tarafından bu ortaklığa getirildiğini bilse bile, maddî ayıptan doğan davayı B'ye tevcih edemez. Bunun sebebi, Roma'da şirketin tüzel kişiliğe sahip olmayışıdır. A'nın -şirketin gayesini gerçekleştirmek için yaptığı- hukuki muameleler sadece kendisi (A) ve diğer âkit taraf (C) için netice doğurur.

4 – A atları sattığı halde, B'ye semenin 1/4'ünü ödemezse, B A'ya şirket akdinden doğan *actio pro socio*'yu açmalıdır. Bu bir hüsnüniyet davasıdır. Bu dava, davayı açanla davalı arasındaki bütün borç ve alacağın hesaplanması ve çıkan miktara davalının mahkûm edilmesini temin eder, yani A herhangi bir sebeple B'den alacaklı ise (meselâ satışa kadar B'nin koyduğu at için yapılan yem masrafı vs.) bu alacak da bu dava sırasında hâkim tarafından nazara alınır ve bu alacak B'nin payına düşen semen miktarından indirilerek, çıkan miktarı ödemeye A mahkûm edilir. *Actio pro socio* ile mahkûm olan davalı *infamis* olur.

11) Maddi ayıp konusunda bkz: RADO T., s. 130; KASER M., s. 557 vd.; HAUSMANINGER H. - SELB W., s. 317 vd. *Actio redhibitoria* bir *actio arbitraria*'dır, D. 21, 1, 23, 9.

5 – A atları satıp semeni aldığı zaman, şirketin gayesi gerçekleşmiştir. Elde edilen semen geniş anlamıyla *res communis*'tir (müşterek maldır) çünkü A bu paranın 1/4'ünü B'ye vermekle mükelleftir.

A ve B parayı paylaşmak yerine kumaş ticareti yapmaya karar verince, ikisi arasında yeni bir *societas* kurulmuş olur. Ortaklar şirket akdinde birbirlerine karşı *dolus* (kast) ve ihmalden (müşterek mal zarar gördüğü takdirde) sorumludur. Ortaklardan biri şirketle ilgili malları işlemek üzere nezdinde bulunduruyorsa, *custodia*'dan da mesuliyeti vardır (D. 17, 2, 52). Kanaatimizce, paraların haydutlar tarafından çalınması beklenmeyen hal *(vis maior)* kavramına girmektedir (D. 50, 17, 23; I. 3, 14, 2). Bu tip zararları ortaklar müştereken yükleneceklerinden, B'nin bu iddiası yerinde değildir[12].

6 – *Societas* tek taraflı irade açıklamasıyla feshedilebilir *(renuntiatio)*. Bu beyan ileriye yöneliktir. Fakat fesihten sonra, ortakların birbirlerine karşı olan daha önce doğmuş bulunan mükellefiyetleri devam eder. Diğer taraftan bir ortak uygun olmayan bir zamanda şirketi feshedemez (D. 17, 2, 65, 5). Fesih hakkında karar verilirken, şirketin yararı, fesheden ortağın yararına tercih edilir. Ayrıca şirket akdi yapılırken fesih hakkında hükümler tespit edilmiş olabilir.

Şirket akdini fesheden ortak (olayda A) diğer ortaklara (olayda sadece B) karşı olarak hak ve borçlarının hesaplanması için *actio pro socio*'yu açmalıdır. Şayet şirket akdi dolayısıyla müşterek olan mallar varsa, o zaman açılacak olan dava *actio pro socio* değil, sadece *actio communi dividundo*'dur. Bu davada bütün müşterek malikler taraftır, hâkim, malların aynen taksimi kabil ise, her malik için müstakil mülkiyeti tesis edebiliyordu. Bu davanın *formula*'sında mevcut *adiudicatio* hâkime bu yetkiyi veriyordu. Yine hâkim müşterek malın tamamını tek bir kişiye verebilir ve eşitliğin sağlanması için, diğer taraf lehine alacak hakkı, intifa hakkı gibi haklar ihdas edebilirdi[13].

12) D. 17, 2, 58, 1 : *Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad mercem emendam et mea pecunia perisset, cui perierit ea, et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire, ut puta si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periit;* ...(Celsusu şu meseleyi de incelemektedir; eğer mal satın almak üzere bir araya getirmişsek ve benim param zayi olmuşsa, paranın -hasarı- kime ait olacaktır? Celsus'un fikrine göre para biraraya getirildikten sonra telef olmuşsa, yani şirket kurulmasaydı, telef olmayacak idiyse, hasar, her iki ortağa ait olur, paranın mal alımı için yapılan bir seyahat sırasında kaybolması gibi...)

13) Şirketin sona ermesiyle ilgili olarak bkz. UMUR Z., Ders Notları, s. 372.

7 – Roma Hukukundan gelen şekliyle şirket akdi BK. m. 520'de düzenlenmiştir. Bu şirkete âdi şirket adı verilir ve tüzel kişiliği yoktur. Ayrıca Ticaret Kanununda düzenlenen tüzel kişiliğe sahip muhtelif şirket tipleri hukukumuzda yer almıştır.

Borçlar Kanunumuzun 520. maddesindeki âdi şirket tarifi Roma Hukukundakine benzemektedir. Bu maddeye göre, âdi şirket akti ile iki veya daha fazla kişi emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek için birleştirmek borcu altına girerler. Âdi şirket, kişileri birbirine bağlayan en yumuşak ortaklık bağıdır. Taraflar, âdi şirketle genellikle uzun süre devam etmek ihtiyacında olmayan bir amacın elde edilmesi için çalışmalarını ve mallarını birleştirirler. Bu sebeple, âdi şirketin kurulması için (Roma Hukukunda olduğu gibi)[14] özel bir şekle uymaya gerek yoktur. Tarafların başvuracakları yazılı şekil, ortaklık bağının varlığını ispat açısından işe yarar, yoksa şirketin kurulması için gerekli değildir. Bu şirketin bir ticaret ünvanı edinmesine ve kendisini ticaret siciline kayıt ve tescil ettirmesine de gerek yoktur. (Bu hususlar Ticaret Kanununda yer alan ticaret şirketleri için gereklidir). Âdi şirket için, yine Roma Hukukunda olduğu gibi müşterek bir amaç ve ortaklardan her birinin para, alacak, emek şeklinde iştirak hissesi veya ortaklık payı getirmesi gerekir (BK. m. 521).

Societas'ın Roma Hukukundaki unsurlarından biri de, ortaklığın meşru bir kazanç, menfaat için kurulmuş olmasıydı. Bugünkü hukukumuzda da, âdi şirket aktinin ayırıcı özelliği tarafların emek, mal ve diğer edimlerini, meşru ve ortak amaç için birleştirmeleridir. Bu ortak amaç, âdi şirket aktini diğer iki taraflı akitlerden ayırır. Âdi ortaklıkta, tarafların edimlerinin mutlaka birbirine eşit olması gerekmez. Ortaklardan her biri, şirketin işletme kârından belirli bir pay almak hakkına sahiptir.

Roma Hukukunda ortaklardan birinin yalnız kâra, diğerinin veya diğerlerinin sadece zararlara iştirak edeceği kararlaştırılmışsa, bu şirket akti hükümsüzdü (arslan payı şirketi, *societas leonina).* Borçlar Kanununda ortakların kendi ilişkilerini diledikleri gibi düzenlemelerini sınırlamıştır : Ortaklar mahiyeti icabı şirkete ait olması gereken kazancın, ortaklardan birine veya bir kısmına ait olacağını kararlaştıramazlar (BK. m. 522). Yine, şirket aktinde, kâr ve zararın nasıl paylaştırılacağına dair açıklık yoksa, Roma Hukukundaki gibi, eşit (D. 17, 2, 20) olarak yapılır. Bu konuda, ortağın hissesinin kıymet ve niteliği dikkate alınmaz (BK. m. 523).

14) Tarafların ortak olma niyet ve iradelerinin *(affectio societatis)* şirketin devamı süresinde olması gerekir. Durum Roma Hukukunda da aynı şekildeydi : Gai. 3, 151, *Manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseverant; at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur...* Şirket, taraflar bu konuda rızalarını sürdürdükçe devam eder, fakat birisi şirketten vazgeçerse, şirket de sona erer.

Iustinianus hukukunda, ortaklar için kast yerine *omnis culpa* sorumluluk getirilmiş, fakat ihmalin takdirinde daha hafif bir ölçü kullanılmıştı. Her ortak şirket işlerinde mutaden kendi şahsî işlerinde gösterdiği dikkat ve ihtimamı göstermekle mükellef tutulmuştu. İhtimamın derecesinden bahseden BK.'nun 528. maddesi de, şeriklerden her birinin şirket işlerinde kendi gösterdiği dikkat ve ihtimamı göstermesinin gerektiğini belirtmektedir.

Şirket aktini sona erdiren sebepler Gaius (Gai. 3, 151-153) tarafından ayrıntılı olarak sayılmıştır. Bu sebeple, BK.'muzda şirketin son bulması hallerini sayan 535. madde arasında büyük benzerlik vardır.

13. MESELENİN METİNLERİ

D. 17, 2, 58 pr (Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum).

Si id, quod quis in societatem contulit: exstinctum sit. videndum, an pro socio agere, possit. Tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis: Cum tres equos haberes, et ego unum societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.

D. 17, 2, 58 pr (Ulpianus'un beyanname şerhinin 31. kitabından)

Bir kimse tarafından şirkete getirilmiş olan telef olursa, *actio pro socio*'nun açılıp açılamayacağı incelenmektedir. Celsus'un *Digesta*'sının 7. kitabında Cornelius Felix'in bir mektubu dolayısıyla bu mesele ele alınmıştır : Senin üç atın ve benim bir -atım- vardı, bir şirket kurduk, öyle ki, sen benim atımı alacak, dörtlü olarak satacak ve semenin dörtte birini bana ödeyecektin. Şimdi benim -koyduğum- at satıştan önce ölmüşse, Celsus'un fikrine göre şirket devam etmez ve senin atlarının semeninden bana pay borçlanmazsın; zira şirket atların dörtlü olarak muhafazası *(habere)* için değil, bir satış için kurulmuştur. Halbuki bir dörtlü teşkili ve bunun üzerinde senin dörtte üç ve benim dörtte bir payım olacak şekilde müşterek mülkiyetin -varlığı- kabul edilecek olursa, bizim hâlâ ortak olduğumuz şüphesizdir.

D. 17, 2, 52, 4 (Ulpianus libro trigesimo primo ad edictum)

Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecunim perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. dicit Iulianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam socium adgnoscere debere tam tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi_ ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed et si quid in medicos impensum est, pro parte

socium agnoscere debere rectissime Iulianus probat. proinde et si naufragio, quid periit, cum non alias merces quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient: nam sicuti lucrum ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit.

D. 17, 2, 52, 4 (Ulpianus'un beyanname şerhinin 31. kitabından)

İki kişi kumaş işi yapmak için birleşmiştir: Bunlardan bir tanesi mal almak üzere yolculuğa çıkmış, haydutların arasına düşmüş, parasını kaybetmiş, köleleri yaralanmış ve kendisine ait eşyayı da kaybetmiştir. Bu konuda Iulianus zararın müşterek olduğunu ve bu yüzden *actio pro socio* ile diğer ortaktan hem paranın, hem de ortak bu yolculuğa çıkmasaydı yanında bulunmayacak eşyanın yarısını zararın yarısı olarak istenebileceğini söylemektedir. Iulianus'un haklı olarak belirttiği üzere kölelerin tedavi masraflarına ortaklar payları oranında katılmalıdır. Bunun gibi eğer eşyanın deniz yoluyla taşınması mutat ise, bir deniz kazası sırasında meydana gelecek olan kayıplar için de aynı durum söz konusudur. Zira ortaklar ortaklardan birisinin kusuru söz konusu olmadıkça da kâra ve zarara ortaktır.

14. MESELE

Bir fıçı zeytinyağın mülkiyeti üzerinde A ile B arasında ihtilâf vardır. A ve B, bu ihtilâfı bir hakeme hallettirmek konusunda anlaşırlar. Aralarındaki ihtilâf sonuçlanıncaya kadar, yağı C'ye teslim ederler.

SORULAR

1 – A ve B ile C arasında hangi akit yapılmıştır? Bu akdin özelliklerini anlatınız.

2 – C bu yağı satıp elde edilecek semeni muhafaza etmeye görevli ve yetkili kılınırsa, veya bu işler için ücret alacağı kararlaştırılırsa, akdin niteliği değişir mi?

3 – a) İhtilâfı hakeme hallettirmekten kaçınan B'ye karşı, A ne yapabilir?

b) Bu durumda A bir fıçı yağı C'den geri alabilir mi?

4 – Fıçıyı A'dan muhafaza etmek için almış olan C, ihtilâfın A lehine halledildiğini öğrenince, yağı karz olarak tutmağa karar verir. Bu durumda A'nın rızasının bulunup bulunmamasının sonuçlarını inceleyiniz.

5 – *Digesta*'daki bir metne (D. 41, 2, 21, 3) göre, «başkasına ait bir malı iğreti *(precarium)* olarak alan kimse, aynı malı malikten kiralarsa, zilyetlik malike döner». Buradaki hukukî durumu açıklayınız.

6 – Yediemine tevdi, hükmen teslim ve kısa elden teslim hukukumuzda düzenlenmiş midir?

14. MESELENİN CEVAPLARI

1 – A ve B ile C arasında bir aynî akit olan vedia *(depositum)* akdi yapılmıştır, fakat burada söz konusu olan âdi vedia değil, vedianın özel şekillerinden olan yediemine tevdidir *(sequestratio)*. Yediemine tevdi, ihtilaflı bir malın ihtilaf halledilinceye kadar saklanmak ve ihtilâf sonunda haklı çıkana verilmek üzere, üçüncü bir şahsa bırakılmasıyla meydana gelen aynî akittir. İhtilâflı malın üçüncü bir kişiye tevdiini praetor emredebilir *(sequestratio necessaria* - cebrî tevdi) veya taraflar kendi iradeleriyle malı yediemine bırakabilirler *(sequestratio voluntaria* - iradî tevdi).

Âdi vediada malı saklanması için veren bir veya birden fazla kişi olabildiği halde, *sequestratio*'da malın emin bir kişiye bırakılmasını en az iki kişi kabul etmiş olmalıdır. Bunun anlamı, yediemine tevdi ile ilgili akdin mutlaka aralarında ihtilâf bulunan iki kişi tarafından yapılması olmayıp, ihtilafa taraf olanlardan sadece birinin diğeri için de yediemin *(sequester)* ile vedia akdini yapabileceğidir[1]. Olaya dönecek olursak, sadece A ve B, C ile yediemine tevdi akdini yapmış olabilir (D. 16, 3, 17 pr).

Sequestratio'da taraflar müşterek bir malı tevdi etmiş değildir. Her birinin malın tamamını tevdi etmiş olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu şekilde haklı çıkan tarafın, malı yediemininden tek başına talep etmesi mümkün olacaktır (D. 16, 3, 6).

Âdi vediada vedia veren zilyet olarak kaldığı ve vediayı alan *detentor* olduğu halde, yediemine tevdide zilyet olan sadece yediemindir[2] ve zilyetliği koruyan *interdictum*'lardan sadece yediemin *(sequester)* faydalanır[3].

1) Âdi vedia ile yediemine tevdi arasındaki diğer bir fark, akdin konusuyla ilgilidir. Sadece menkuller, âdi vediaya konu olabildiği halde, *sequestratio*'ya gayrimenkuller de konu olabilir. UMUR Z., Ders Notları, s. 346; adi vedianın konusunun ancak menkulü alabileceğini gayrımenkulle ilgilenmenin vekalet olabileceğini ZIMMERMANN R., The Law of Obligations, Oxford, 1996, s. 215 belli etmektedir. BK'nın aksine BGB 688 akçıkça menkul bir malın vedia verilmesini düzenlemiştir.

2) D. 16, 3, 17, 1'den anlaşılacağı gibi, taraflarından birisinin söz konusu malı zamanaşımı ile iktisabı mümkün ise, mal yediemininde kaldığı sürece, zamanaşımı müddeti işlemez. Ancak ihtilâfın tarafları, malın yediemininde bulunduğu sürenin haklı çıkan taraf için işlemiş sayılacağını kararlaştırabilirler (bkz. D. 41, 2, 39). Bu durumda yediemininin sadece *detentor* olduğu kabul edilmelidir.

3) Bugünkü hukukumuzda aynı mal üzerinde birden fazla kişi farklı hukukî sebeplerle zilyet olabilmektedir. Malını ariyet veren kişi malik sıfatıyla aslî zilyet iken, ariyet alan bu sebebe dayanarak fer'î zilyettir. Bu durumda her ikisi de zilyetlik davalarından faydalanmaktadır (bkz. MK. m. 974, 983). *Sequestratio* için bkz. DI MARZO S., s. 419.

2 – C'ye yağı satıp, semeni saklaması için görev ve yetki verilmişse, bu akit vedia olmaktan çıkar. Eğer C bu hizmeti karşılığında ücret almıyorsa, vekâlet *(mandatum)* akdi, ücret alıyorsa, istisna *(locatio conductio operis)* akdi vardır. C her iki akitte de bir işin ifasını, neticeyi üstlenmektir.

3 – a) A ile B aralarındaki ihtilafı hakem önüne götürmek üzere bir anlaşma[4] yaptıkları halde B bu anlaşmaya uymuyor[5] veya hakemin verdiği karara uymuyor ise, klasik devirde anlaşmayı tayin eden karşılıklı *stipulatio*'larda genel olarak yer alan cezai şart muaccel olur ve B kararlaştırılmış para miktarını ödemek zorunda kalır.

b) Bu durumda D. 4, 3, 9, 3'te görülebileceği gibi (bkz. metinler kısmı) Labeo A ve B ile C arasında hangi akit yapılmış olursa olsun, C'den malın istenemiyeceğini söylemektedir. Bu hukukçunun gerekçesi, yediemine tevdi akdinin bağlandığı şartın (ihtilafın halli) gerçekleşmediğidir[6]. Daha sonra yaşamış olan Pomponius'a izafe edilen kısımda ise, yediemine *actio praescriptis verbis*'in açılacağı savunulmaktadır[7]. Bu hukukçuya göre, an-

4) Son İmparatorluk devrinde Roma akitler şemasına girmiş olan bu anlaşmaya tahkim anlaşması *(compromissum)* denmektedir. Iustinianus şekle uyulmadan, sadece bir *pactum* yoluyla yapılan tahkim anlaşmasının tarafları buna uymak borcu altına soktuğunu kabul etti; artık karşılıklı *stipulatio*'lara gerek göstermeyen bir *pactum legitimum*'a dayanarak kararı kabul etmeyen tarafa karşı bir *actio in factum* açılabiliyordu. DI MARZO, s. 458-459.

5) A ile B arasında yediemine tevdi edilen mala ilişkin ihtilâfın halli için yapılmış özel bir anlaşma yoksa, ihtilâfın *formula* usulüne göre halli gerekecekti. Bu durumda bir fıçı zeytinyağın mülkiyetinin kime ait olduğu istihkak davası *(rei vindicatio)* ile çözümlenecekti. B bu davada davalı tarafı teşkil etmeyi kabul etmediği takdirde, diğer aynî davalarda olduğu gibi istihkak davasında da onu buna doğrudan zorlayacak bir imkân mevcut değildi. Davalı *litis contestatio*'yu yapmaya yanaşmadığı takdirde, istihkak davası münasebeti kurulamıyordu. Bunun sebebi, Roma anlayışına göre zilyedi malike malı vermekle mükellef kılan ve kanundan doğan aynî talep ilişkisinin bulunmayışıdır. HAUSMANINGER H. - SELB N., s. 233. Gerek Alman Medenî Kanunu m. 985, gerekse MK. m. 683 zilyedin malı malike vermekle «borçlu» olduğunu hükme bağlamaktadır. Ancak *praetor*, malı davacıya başka himaye vasıtalarıyla sağlayabiliyordu. Menkullerde şahsî bir dava olan *actio ad exhibendum*, gayrimenkullerde *interdictum quem fundum* açıldığı takdirde, zilyet davaya katılmaya zorlanabiliyor ve hâkim davacının mülkiyet hakkını incelemeksizin; malın onun eline geçmesini temin edebiliyordu (Bu davalar için bkz. UMUR Z., Lügat, *Rei vindicatio, actio ad exhibendum*).

6) D. 4, 3, 9, 3'te Labeo ihtilâfın haline yardımcı olmayan B'ye karşı *actio de dolo*'nun açılabileceğini belirtmektedir. Verdiği söze bağlı kalmayan kötü niyetli kimseye karşı açılabilen bu dava, zararı başka bir şekilde telâfi ettirmek imkânı yoksa kullanılabilmekteydi. Başka bir deyişle, tâli, ikinci dereceden bir davadır.

7) Iustinianus devrinde isimsiz akitlerde *(contractus innominati)*, kendi borcunu ifa etmiş olan tarafın karşı edimi talep etmek istediği zaman kullandığı dava olan *actio praescriptis verbis*, aynı devirde genel bir talî dava niteliğini kazanmıştı, öyle ki, bir bağışlama veya muayyen mal vasiyeti bir *modus* (mükellefiyet) altında yapılmış ve bazı mallar geçici bir

cak C'nin ödeme kabiliyeti yoksa, ihtilafın halline engel olan B'ye karşı *actio doli* açılmalıdır.

4 – C'nin sırf kendi iradesi ile yağı A'ya teslimden kaçınması Roma Hukukunun önemli bir prensibine aykırıdır. «*Nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest*» (Kimse zilyetliğinin sebebi kendiliğinden değiştiremez).

Bu hukukî prensip, daha Cumhuriyet devrinin hukukçuları tarafından ifade edilmiş olup (D. 41, 2, 3, 19... *veteribus),* malı fiilen hâkimiyetinde bulunduran kişinin bu fiilî durumun temelini, hukukî sebebini keyfî olarak kendi lehine değiştiremeyeceğini belirtmektedir. Bir malın zilyetliğini iradesiyle elde ettiğini söyleyen kimsenin bu zilyetliğini *iusta causa*'sı yoktur, hukuka uygun bir zilyetliğin neticelerinden (örneğin zamanaşımıyla iktisap) yararlanamaz. Prensipte geçen zilyetlik sebebini *(causa possessionis)* teknik anlamda zilyetliğin hukukî sebebi olarak anlamamak gerekir, çünkü burada göz önüne alınan geniş anlamdaki fiilî hâkimiyettir, bunun içine bir mal üzerinde zilyetlik niyeti *(animus possidendi)* olmadan icra edilen fiilî hâkimiyet *(possessio naturalis)* de girmektedir. Bir malın tabiî zilyedi sayılan ve malı sadece elinde bulunduran *detentor* bile bu prensibin kapsamı içine girer, hatta esas itibarıyla *detentor*'ların prensibi konulmasında dikkate alındığı söylenebilir[8].

Causa possessionis mutlak değildir, değişebilir. Ariyet aldığı için *detentor* veya rehinli alacaklı olduğu için zilyet olan kişinin sonradan aynı mala «kendisi için zilyet» olması mümkündür. Ancak dışa yansımadan, sırf malı fiilen elinde bulunduran kimsenin iradesiyle *causa possessionis*'de meydana gelecek değişiklikler hukukî hayatta güvensizlik yaratacağından, hukukçular bahsettiğimiz prensibi koymuşlardır[9]. Nitekim MK. m. 766 hük-

gaye ile başkasına teslim edilmişlerse, iade için açılacak dava bir *actio praescriptis verbis*'tir. Klasik devirde aynı haller için *praetor* bir *actio in factum* tanımaktaydı. Bkz. KASER M., s. 382.

8) «Hiç kimse zilyetliğinin hukukî sebebini kendiliğinden değiştiremez» kuralı *detentor*'un bir malı kendi için zilyet sıfatıyla zamanaşımından yararlanarak iktisap etmesini önlemek üzere getirilmişti, özellikle, malı kendisine verenin ölümünden sonra bir *detentor*'un, mirasçı olmadığını bildiği halde, miras sebebiyle zamanaşımına dayanarak *(usucapio pro herede)* iktisabına engel oluyordu. KASER M., s. 386,422; SIBER H., s. 85-86.

9) Bir malı elinde tutanın isteği ile, mal üzerinde meydana gelmiş olan hâkimiyet durumunda değişiklik olmayacağını D. 41, 2, 32, 1'de Paulus şu olayla belirtmektedir: Bir kiracı kiralamış olduğu malı başka birine sattıktan sonra, ondan da kiralamıştır, yani mal yine kendisinde kalmıştır. Durumun ortaya çıkmaması için hem malı kendisine ilk defa kiraya vermiş olan kimseye, hem de malı sattıktan sonra kiraladığı kimseye kira ücreti ödemek-

men teslimin teminat hükümlerini ihlal kastıyla yapıldığında mülkiyet intikalinin 3. şahıslar hakkında hüküm ifade etmeyeceğini aynı gerekçeye dayanmaktadır.

Malı fiilî hâkimiyeti altında tutan kimse, dışa yansıyan bir fiille (malikin açtığı istihkak davasında davalı sıfatını kabul etmesi) veya malın maliki ile yaptığı bir hukuki işlemle fiili hâkimiyetinin sebebini değiştirebilir. Olayda yediemin sıfatıyla «başkası için zilyet» olan C'nin ihtilafın halli sonunda malik olduğuna karar verilen A ile anlaşması onu yediemin olmaktan çıkarıp karz alan sıfatını kazanmasını sağlar. Yağ tüketilmesi mümkün olan mallardan olduğu için, olayda bir karz akdinin meydana geldiği ve C'nin aynı nevi ve miktar yağı iade borcu altına girdiği söylenebilir[10].

Eşya hukuku açısından bakacak olursak; C bir fıçı yağın zilyetliğini ve mülkiyetini kısa elden teslim *(traditio brevi manu)* yoluyla iktisap etmiş olmaktadır. Malı devralacak olan kimse; malı ariyet, kira gibi sebeplerle zaten elinde bulunduruyorsa, onu iade edip tekrar almasına lüzum kalmadan, devredenin sırf zilyetliği nakletme iradesiyle ve kendisinde de zilyetliği kendisi için devralma iradesinin bulunmasıyla malı iktisap etmiş olur.

5 – Metinde söz konusu olan durumu şöyle açıklayabiliriz: C kendisinin olmayan bir malı *precarium* olarak A'ya veriyor. Sonradan, malın malikinin M olduğunu öğrenen A, bunu M'den kiralıyor.

Malı C'den *precarium* olarak teslim alan A mal üzerinde zilyetliği kazanmıştır, A «başkası için zilyet»tir. Aynı mal için malik M ile kira akdi yapılınca, A zilyetliği kaybedip *detentor* olmaktadır. Mal, A'da kalmasına rağmen zilyetlik M'ye intikal etmektedir. Olayda zilyetlik iktisabı için gerekli olan maddî unsur *(corpus)* değişikliğe uğramamakta, sadece A ile M'nin yaptığı anlaşma ile A'nın fiilî hâkimiyetinin niteliği değişmektedir. Ortaçağ'dan gelen bir tabirle *constitutum possessorium* (hükmen teslim) adı

tedir. Paulus ilk kira akdi sonunda ortaya çıkan mal üzerindeki fiilî hâkimiyet durumunun değişmediğini, malı ilk defa kiraya vermiş olan kimsenin zilyet kaldığını belirtmektedir. Ayrıca bkz. D. 41, 2, 30, 6.

10) Ancak klasik devrin hukukçuları arasında bu durum ihtilaflıydı. Daha doğru deyişle, zaman itibariyle önce yaşamış olan Africanus (D. 17, 1, 34 pr) bunu reddederken, Ulpianus karz akdinin bu şekilde meydana geldiğini kabul etmektedir (D. 12, 1, 15). Ulpianus, eski borcun ödenmiş veya aynı anda ödünç olarak geri alınmış olduğu faraziyesi ile olumlu sonuca varmaktadır.

verilmektedir. Hükmen teslim bir mal üzerinde zilyetliği devreden kimsenin aynı malı, başka bir sebeple elinde tutmaya devam etmesidir[11], D. 6, 1, 77.

Hükmen teslim, görünüşte «bir kimsenin zilyetliğinin hukukî sebebini kendiliğinden değiştiremeyeceği» kuralına aykırıdır. Celsus, D. 41, 2, 18 pr'da hükmen teslimi şöyle açıklamaktadır: «Kendim için zilyet olduğum malı başkası adına zilyetliğimde bulundurmaya başlayabilirim; zira ben zilyetliğin sebebini değiştirmiş olmuyor, fakat zilyet olmaktan çıkıyor ve benim vasıtamla bir başkasını zilyet haline getiriyorum. Kendisi için zilyet olmak ve başkası adına zilyetliğinde bulundurmak aynı şey değildir, çünkü namına zilyetlik icra edilen kimse, zilyettir....» Başka bir ifadeyle, bu metinde Celsus, malı elinde bulundurmanın zilyetlik olmadığını, *detentor*'un ise, zilyetliği kullanmaya yardım ettiğini belirtmektedir.

Soruda yer alan metne dönecek olursak; zilyetlik durumunda değişiklik olması için, M, A'nın malı kiracı olarak muhafaza etmesine razı olmalıdır, aksi halde hukukî sebepte istenilen değişiklik meydana gelmez.

6 – Yediemine tevdi vedianın hususi bir şekli olarak BK. m. 471'de düzenlenmiştir : «İki veya daha ziyade kimseler haklarını muhafaza için hukukî vaziyeti münazaalı veya şüpheli olan bir şeyi müstevda veya yediadile tevdi ederlerse müstevda veya yediadil bunları bütün alâkadarların mukavafakati veya hâkimin kararı olmadıkça hiçbirine iade edemez».

Hükmen teslim MK. m. 979 ve m. 766'da düzenlenmiştir. 766. madde hükmen teslimin menkul rehni (menkuller üzerinde rehin hakkının tesisi için kaideten malın rehinli alacaklıya teslimi şarttır) hükümlerinden kaçmak amacıyla yapıldığı hallerde -hâkimin takdirine göre- üçüncü kişilere karşı muteber olmadığını ifade etmektedir.

Kısa elden teslimin Medeni Kanun'da düzenlenip düzenlenmediği tartışmalıdır. Kanaatimizce MK. m. 977'nin -buna İsviçre Medeni Kanunu'nda tekabül eden 922. madde dikkate alınmak suretiyle- kısa elden teslime cevaz verdiği sonucuna ulaşılabilir. Açık bir kanun hükmü bulunmasa bile, kısa elden teslim yolunun açık olduğu hukuk mantığının bir gereğidir.

---

11) Beşinci sorudaki olaya benzeyen bir durum D. 41, 2, 19 pr.'un konusunu teşkil etmektedir : «Bir kimse başkasına ait bir araziyi iyi niyetle satın almış ve aynı araziyi malikinden kiralamıştır. Kendisinin zilyetliğinin sona erip ermediğini soruyorum. Cevap verdim: Zilyet olmaktan çıktığı açıktır.» UMUR Z., Ders Notları, s. 447- 449 hükmen teslimi *traditio*'da maddi unsurun zayıfladığı haller başlığı altında incelemektedir.

14. MESELENİN METİNLERİ

D. 4, 3, 9, 3 (Ulpianus libro undecimo ad edictum).

Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit,si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos deiudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo, quae distinctio vera esse videtur.

D. 4, 3, 9, 3 (Ulpianus'un beyanname şerhinin 11. kitabından)

Labeo Posteriora'nın 37. kitabında şöyle yazmaktadır: Eğer Titius sana ait zeytinyağın kendisinin olduğunu iddia etmiş ve sen de bu yağı satması ve semeni yağın aramızdan kime ait olduğuna karar verilene kadar muhafaza etmesi için Seius'a tevdi etmişsen ve Titius senin davamı kabul etmemekteyse, Seius'a karşı ne vekâletten ne de yediemine tevdiden doğan davayı açabilirsin, çünkü tevdiin şartı gerçekleşmemiştir; Titius'a karşı *actio de dolo*'yu açabilirsin. Fakat Pomponius 27. kitabından yediemine karşı *actio praescriptis verbis*'in açılabileceğini, onun aciz halinde olması durumunda, Titius'a karşı *actio de dolo*'yu ikame edebileceğini doğru olarak söylemektedir.

D. 16, 3, 17 pr.-1 (Florentinus libro septimo institutionum).

Licet deponere tam plures quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt: nam tum id fit, cum aliqua res in contreversiam deducitur. itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse: quod aliter est, cum rem communem plures deponunt. 1. Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

D. 16, 3, 17 pr.-1 (Florentinus'un Institutiones'inin 7. kitabından)

Hem bir kişi, hem de birden fazla kişi -bir malı- tevdi edebilir. Buna karşılık yediemine ancak birden fazla kişi tevdi edebilir, çünkü bir mal ihtilâflı ise, yediemine tevdi söz konusu olur. Bu yüzden bu durumda her birinin malı bir bütün olarak tevdi etmiş olduğu kabul edilmelidir. Birden fazla kişi bir müşterek malı tevdi etmişse, durum farklıdır. 1. Tevdi edilen malın mülkiyeti tevdi edende kalır, hatta mal yediemine tevdi edilmiş değilse, zilyetlik de onda kalır. Aksi halde zilyet olan kimse yediemindir. Nitekim böyle bir tevdi, bu sürenin taraflardan hiçbirinin zilyetliğine yaramaması sonucunu doğurur.

D. 41, 2, 3, 19-20 (Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum).

Illud quoque a veteribus praeceptum est neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse 20. Sed si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendident mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, cui ne possidebam quidem.

D. 41, 2, 3, 19-20 (Paulus'un beyanname şerhinin 54. kitabından)

Daha eski hukukçular bir kimsenin zilyetliğinin sebebini kendiliğinden değiştiremeyeceği kuralını koymuşlardır. 20. Fakat -bir malını- bana tevdi etmiş veya ariyet vermiş olan kimsenin, bu malı bana satması veya bağışlaması halinde, zilyetliğimin sebebini değiştirmiş sayılmam, çünkü ben onu zaten zilyetliğimde bulundurmuş değilim.

15. MESELE

H, M'den çaldığı dört koyundan ikisinin yünlerini kırpmış, iki koyunu ise iyi niyetli A'ya devretmiştir. Bu devrin gayesi, H'nın A'ya olan 2 altın tutarındaki karz borcunun ödenmesidir. A'nın devraldığı koyunlar iki kuzu doğurmuştur.

SORULAR

1 – H, çaldığı koyunların ve kırptığı yünlerin zilyetliğini ve mülkiyetini iktisap edebilir mi?

2 – A, devraldığı koyunların zilyetliğini ve mülkiyetini iktisap eder mi?

3 – A, koyunların mülkiyetini zamanaşımı ile kazanabilir mi? Zamanaşımı ile iktisap için gerekli şartlar nelerdir?

4 – A'daki koyunların doğurduğu kuzuların mülkiyetini kim, ne zaman ve hangi yolla iktisap edecektir? H'de kalan koyunların da kuzuları olursa mülkiyetini kim elde edecektir?

5 – H kırptığı yünlerden bir elbise dikerse, nasıl bir hukukî olay ile karşılaşılır? Elbisenin mülkiyeti Roma Hukukunda kime ait olur?

6 – Koyunların sahibi M, mallarını geri almak için hangi davayı kime açmalıdır? Bu davanın özelliklerini belirtiniz.

7 – H'nın 2 altınlık karz borcu yerine 2 koyun vermesi muteber midir? H'nın A'ya olan borcu sona erer mi? A koyunları M'ye iade etmek zorunda kalırsa H'ye başvurabilir mi? Nasıl?

8 – Hukukî tağyir Türk Hukukunda nasıl düzenlenmiştir?

15. MESELENİN CEVAPLARI

I – Hırsız H çaldığı koyunların ve kırptığı yünlerin zilyedliğini *animo et corpore* elde etmiştir. Zilyedliğin iktisabı için gerekli iki unsur *animus* (zilyetlik niyeti - manevi unsur) ve *corpus* (fiilî hâkimiyet - maddî unsur) H'nın şahsında toplanmıştır; zilyedliği koruyan *interdictum*'lardan [1] faydalanabilir. H kendisi için zilyed olmasına rağmen kötü niyetli zilyet durumundadır[2].

H, koyunların maliki olmaz, ancak -olayımızla ilgili- metinde (Paul.D. 41, 3, 4, 19) görüldüğü gibi kırpılan yünlerin mülkiyetini iktisap edip etmediği meselesi ortaya çıkar, çünkü yünler kırpılıp koyundan ayrıldığı zaman müstakil mülkiyete konu olur. Yine metinden yünlerin mülkiyetinin hangi yolla iktisap edileceği meselesinin klasik hukukçuları düşündürdüğü anlaşılmaktadır. Paulus'un belirttiği gibi, burada zamanaşımı ile iktisap değil, semere iktisabı söz konusudur. Ancak H kötü niyetli zilyet olduğundan ve Roma Hukukunda kötü niyetli zilyetler semereleri iktisap edemedikleri için H'nın yünlerin mülkiyetini iktisabı mümkün değildir[3].

---

1) Zilyet, bir şey üzerinde fiilen tasarruf sahibi olan kimsedir. Bu kimse eline geçirdiği malda ancak zilyet olma yani fiilî hâkimiyeti ele geçirme iradesine sahip olduğu takdirdedir ki, hâkimiyeti ele geçirmiş olur. Hakka dayanmayan zilyetlikte, zilyedin sözü geçen durumu bilip, bilmemesi ve bilecek durumda olup olmamasına göre de iyi niyetle zilyetlik veya kötü niyetli zilyetlik tarzında bir ayırım yapmak imkânı mevcuttur.

2) Roma Hukukunda zilyet sıfatını haiz kişileri iki grupta toplamak mümkündür.
a – Kendisi için zilyet olanlar; b – Başkası için zilyet olanlar.
a – Kendisi için zilyet olanlar bir malı, kendileri için fiili hâkimiyetlerinde tutarlar. Bu gruba, zilyet olan malik, iyi niyetli zilyet, kötü niyetli zilyet girmektedir.
b – Başkası için zilyet olanlar, zilyetliklerinde olan malı, bazı şartlar altında başka bir kimseye vermek zorunda olduklarını bilerek fiilî hâkimiyetlerinde tutarlar. Bu gruba, *precarium* olarak bir malı kullananlar, yediemin *(sequester)*, rehinli alacaklı, uzun vadeli kiracı *(emphyteuticarius)* girer.
İster başkası için zilyet olsun, isten kendi için zilyet olsun yukarıdaki bütün kişiler zilyetliği koruyan *interdictum*'lardan faydalanabilirler. KOSCHAKER P. - AYİTER K., s. 121-125.

3) Semere belirli zamanlarda, bir malın meydana getirdiği iktisadî değerlerdir.
Gerçekte semere olmamakla beraber, hukukî bir işlem sonucu bir maldan sağlanan gelir de semere olarak kabul edilirdi: adi kira ve hasılat kirasında kira bedelleri semeredir; D. 6, 1, 62. Bu anlamda bugünkü hukukta tabii semere ve hukuki semere ayırımı yapılmaktadır.

2 – A devraldığı koyunların zilyetliğini devren iktisap etmiştir, çünkü kendisinde zilyetlik iradesi bulunduğu gibi koyunları da fiilî hâkimiyeti altına geçirmiştir. A zilyetliği devralmakla kendisi için zilyet olmuştur ve koyunları iyi niyetli zilyet sıfatıyla elde tutmaktadır.

A teslim aldığı koyunların mülkiyetini devren iktisap edemez, çünkü H mâlik olmadığından mülkiyeti A'ya devredemez *(nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* -kimse hakkından fazlasını başkasına devredemez). A'nın iyi niyetli olması durumu değiştirmez. Roma Hukukunda devren diyebileceğimiz bu gibi iktisaplarda iyi niyet korunmamıştır. Kimsenin hakkından fazlasını başkasına devredemeyeceği bugün de hâkim olan bir hukuk prensibidir. Malik olmayandan iyi niyetle iktisap istisnai bir haldir[4].

3 – Bu sorunun önce, ikinci kısmına cevap verirsek; zamanaşımı ile iktisap için beş şartın bir araya gelmesi lâzımdır; zilyetlik *(possessio),* hukukî sebep *(iusta causa),* zaman *(tempus)* (klasik devirde menkuller için 1 yıl, gayrimenkuller için 2 yıl; Iustinianus devrinde menkuller için 3 yıl, gayrimenkuller için 10 veya 20 yıl), iyi niyet *(bona fides)* ve zamanaşımına elverişli bir mal *(res habilis).* Olayda A koyunları satın aldığı için hukukî sebep *(iusta causa pro emptore),* zilyetlik ve iyi niyet şartları mevcut olmakla beraber, koyunlar çalınmış bir mal olduğundan 1 yıllık süre geçse bile (yani *res habilis* şartı eksik olduğundan) zamanaşımı yoluyla da koyunların mâliki haline gelemeyecektir[5].

Tabii semere *(fructus naturales)* ya bir malın cevheri, özü azalmadan sağlanan organik yeni mallardır (toprak mahsülleri, hayvanın yünü, yavrusu, yumurtası vs.) veya bir maldan kullanım amacına uygun olarak elde edilen menfaatlerdir (taş ocağından elde edilen taşlar vs.). Tabii semereler ana mala olan bağlılıkları devam ettiği sürece mütemmim cüzü *(fructus pendestes)* niteliğindedir. Ancak esas maldan ayrıldıktan sonra *(fructus separati)* bağımsız mülkiyete konu olurlar.
Semere iktisabı bir aslen iktisap yoludur. Yukarıda anlatıldığı gibi semereler esas maldan ayrıldığı zaman müstakil mülkiyetin konusu olurlar. Bu müstakil mülkiyeti kim hangi anda iktisap eder? Malik, iyi niyetli zilyet ve uzun vadeli kirada kiracı, semere üzerindeki mülkiyeti *fructus* asıl maldan ayrıldığı *(separatio)* anda *ipso iure* iktisap ederler. Halbuki semere iktisabına hakkı olan intifa hakkı sahibi ve hasılat kirasında kiracı semerenin mülkiyetini zilyetliklerine geçirdikleri *(perceptio)* anda kazanırlar. UMUR Z., Ders Notları, s. 432-433; KASER M., s. 427.

4) Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin E. 1985/5644, K. 1985/5621 sayılı ve 20. 5. 1985 tarihli bir kararında şöyle denilmektedir: «... Hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez. Bu hukukta genel bir kuraldır. O halde, Ulvi'nin taşınmazın tümünü kendi adına tescil ettirmesi mümkün değil iken bunun Ulvi tarafından iki parçaya ayrılarak, ayrı ayrı tescilinin sağlanması yasaya aykırı sonuç doğurur...», bkz. Yargıtay Kararları Dergisi Ağustos 1985. Sayı 8. Cilt II/2, s. 1182-1183.

5) Bkz. yukarıda 5. meselenin 3. cevabı.

4 – Koyunlar A'da iken doğan kuzuların mülkiyetinin iktisabı aslen iktisap yolu olan semere iktisabı kavramı içine girmektedir. Kuzu, koyunun tabiî semeresidir. A koyunları iktisap edemez ama, iyi niyetli zilyet sıfatıyla kuzular anadan ayrıldığı anda A'nın malı olur[6]. Burada ayrılmayı doğmak anlamında almamak lâzımdır. Hayvan yavrusu doğduğu halde bir süre anasıyla birlikte yaşamak zorundadır, yavrunun anasından ayrılması doğumdan sonraki bir anda gerçekleşebilir ve bu anda müstakil mülkiyete konu olur. A kuzuları semere iktisabı yoluyla anadan ayrıldığı anda iktisap ettiği halde, H kötü niyetli olduğundan kendisinde kalan koyunların doğurduğu kuzuların mâliki haline gelemez. Çünkü kötü niyetli zilyet semereleri elde edemez[7].

5 – H'nın kırptığı yünlerden bir elbise meydana getirmesi o ana kadar var olmayan yeni bir ekonomik varlığın ortaya çıkmasıdır. Mesele bu varlık üzerindeki mülkiyetin kime ait olacağıdır. Bu hukukî olaya, hukukî tağyir *(specificatio)* adı verilmektedir. Hukukî tağyir başkasına ait bir malın şeklini değiştirmek, yeni bir mal üretmektir (Diğer örnekler Gai. 2, 79'da belirtilmiştir; üzüm, zeytin ve tohumdan şarap, zeytinyağı ve tahıl elde etmek; altın veya gümüşten bir kap, tahtadan kayık, dolap veya iskemle imal etmek). Bu «yeni mal»ın mülkiyeti kime ait olacaktır? Esas malın mâlikine mi, yoksa yeni malı işleyen kimseye mi? Bu soruyu meselemize uygulayacak olursak, mâliki M midir (H'nın semere iktisabı hakkı olmadığından kırpılan yünler üzerinde mülkiyet semere iktisabı suretiyle M için doğmuştur), yoksa elbiseyi imal eden H mıdır?

Specificatio konusunda klasik devirde Sabinianus mektebi ile Proculianus mektebi arasında görüş ayrılığı mevcuttu. Sabinianus'lar meydana getirilen malın mülkiyetini işlenen malın mâlikine veriyorlardı. Proculianus'lar ise emeğe değer vererek malı üretene mülkiyetini tanıyorlardı: Yeni ortaya çıkan mal sahipsiz maldır, üreten adeta ihraz ile yeni malın mülkiyetini elde etmektedir, maddenin maliki ise mülkiyeti kaybetmektedir. Iustinianus ise kaynağını klasik hukukta bulan ortalama bir çözüm tarzını kabul etmiştir: Eğer yeni mal (olayda elbise) eski haline dönebiliyorsa, işlenen malın sahibi,

6) Eğer H kırptığı yünleri A'ya devretmiş olsaydı, A bu yünlerin mülkiyetini devren iktisap edemeyeceği gibi, zamanaşımı yoluyla da iktisap edemezdi. Metinden anlaşıldığı gibi çalınmış koyunların kırpılan yünleri çalan kişide çalınmış mal niteliğini almaktadır. XII Levha Kanunu ve *lex Atinia* çalınmış malların *usucapio* ile iktisabını yasak etmiştir. Bugünkü hukukumuzda ise çalınmış mal için istihkak davası ancak 5 yıl içinde açılabilir (Bkz. MK. m. 989, m. 777). 5 yıl sonra kazandırıcı zamanaşımı mümkündür.

7) A, satın aldığı çalınmış koyunların yününü kırparsa, iyi niyetli olduğundan semere iktisabı yoluyla yünlerin mülkiyetini aslen iktisap etmiş olur.

dönemiyorsa işleyen, elde edilen malın mâliki oluyordu[8]. D. 41, 1, 7, 7; I. 2, 1, 25. Olayla ilgili metinde anlaşılacağı üzere yünden imal edilen elbisenin mülkiyeti koyunların sahibine verilmektedir. Bu metin Romalı hukukçuları adil davranmak için ana kuraldan ayrılabildiklerini, Roma Hukukunun esas itibariyle meselelerin haline yönelik bir sistem oluşturduğunu göstermektedir[9].

6 – M'nin H'ya koyun ve kuzuları geri almak için açacağı dava istihkak davasıdır *(rei vindicatio)*. M, mülkiyet hakkını koruyan bu aynî davayla, H'nın zilyetliğinde olan malların iadesini ister. Koyunlar için açılan istihkak davasında kuzuları birlikte talep edilebileceği gibi, kuzular için de ayrı *rei vindicatio* açılabilir. H koyunlarla birlikte elinde olan kuzuları iade ile mükellef olduktan başka, herhangi bir sebeple ortada bulunmayan kuzuları da tazminle yükümlüdür. Yine klâsik devirde davalı, davacının *litis contestatio*'dan itibaren elde edebileceği semereleri de tazmin edecektir. Diğer taraftan olayda M'ye ait yünlerden yapılan elbisenin mülkiyetinin M'ye ait olduğuna hükmedildiğinden M, bu elbisenin iadesi için de bir istihkak davası açabilir. A devraldığı koyunların mülkiyetini hiç bir şekilde kazanamadığı için, M, A'ya karşı da açacağı *rei vindicatio* ile iki koyunu geri alabilir.

A'ya istihkak davası açıldığı zaman, söz konusu olabilecek diğer bir mesele de, A'nın koyunlarla birlikte kuzuları iade edip etmeyeceğidir. Klasik devirde iyi niyetli zilyet semereleri iktisab ediyordu, yani elde ettiği semere ister elinde olsun, ister tüketilmiş olsun kendisinde kalıyordu. Iustinianus bu esastan ayrılmıştır, artık iyi niyetli zilyet elinde mevcut semereleri iadeyle mükellef tutuluyordu, tükettiği semereleri tazmin yükümlülüğü altında değildi. Bununla beraber iyi niyetli zilyet lüzumlu ve faydalı masraflar yapmış ve bunları talep ediyorsa, bu masraflarla tazmin etmesi gereken semerelerin mahsubu yapılıyordu. İstihkak davasının *(rei vindicatio)* özelliklerine gelince, zilyet olmayan mâlikin, mâlik olmayan zilyete açtığı davadır.

8) UMUR Z., Ders Notları, s. 429; SIBER H., s. 80-81. İşleyen malzeme sahibinin siparişi üzerine çalışmışsa, mal siparişi verenin olur. Diğer taraftan yeni bir mal ortaya çıkmamışsa, mesela başkasına ait elbise sadece ütülenmişse, *specificatio* yoktur.

9) Hukuki tağyirde iyi niyetin rolü tartışmalıdır. KASER M., s. 431 dipnotu 54. Şayet işleyen kendi malzemesini de kullanmışsa, yeni malın mülkiyetini iktisap ediyordu; kullanmamışsa o zaman malın eski haline dönüp dönmeyeceği sorunu ortaya çıkıyordu. Meselâ, eritilerek heykel imal edilmişse, eski hale dönme imkânı olduğu kabul edilirken, başkasına ait yün elbise haline getirilmişse eski hale dönme imkânsız kabul ediliyordu (D. 41, 1, 26 pr.). İşlem sırasında sarfedilen emek ve bu şekilde ortaya çıkan değer artışı dikkate alınmıyordu. Ayrıca bkz. D. 41, 1, 7, 7.

Aynî davalar grubuna girer. Usul hukuku yönünden bu davanın özelliği iki noktada toplanabilir. Bunlardan birincisi, aynî hakkın ihlâli nedeniyle açıldığından *intentio*'da davalının adı yer almamıştır. Borç münasebetinin aksine, aynî hakkı kimin ihlâl edeceği belli olmadığı için *rei vindicatio*'nun *formula*'sı bu şekilde düzenlenmiştir. Usul hukuku yönünden ikinci özelliği ise şudur: Klâsik devirde davalı daima bir miktar paraya mahkûm edilirdi. Dava ister şahsî bir dava olsun, ister aynî dava olsun mahkûmiyet daima bir miktar paradır. Ancak aynî davalar başta olmak üzere bazı davaların *formula*'sında aynen ifayı sağlayabilecek bir kısım bulunurdu *(clausula arbitraria)*. Buna göre, hâkim dava sırasında ihtilâf konusunun aynen ifa edilmesi hususunda davalıya bir emir verirdi. Eğer davalı bu emre uyarsa, dava sona ererdi. Aksi halde davacının malının değeri olarak yemin edeceği miktarı ödemek zorunda kalırdı[10].

7 – Kural olarak borçlu borç ilişkisinde neyi borçlanmışsa onu ifa edecektir. Alacaklı borç konusundan başka bir şeyi *(aliud pro alio)* kabul zorunda değildir. Bununla beraber alacaklı ve borçlu bu konuda anlaşabilir ve borç münasebeti borçlanılmış olandan başka bir şeyin ifa edilmesi suretiyle sona erebilir. Bu sonucu sağlayabilecek iki imkân vardır : İfa uğruna edim *(datio solutionis causa)* ve ifa makamına temlik *(datio in solutum)*.

a – İfa uğruna edim halinde, alacaklı borçlanılmış edimden başka bir şeyi kabul eder. Alacaklı bu malı alacağını almak amacıyla değerlendirecektir. Borç, alacaklının bu malı satıp bir bedel elde ettiği zaman ve bu bedel nisbetinde sona erecektir.

b – İfa makamına temlik halinde ise, alacaklı borcun ifası olarak, başka birşeyi kabul edip teslim aldığı zaman *datio in solutum* yoluyla borcun ifasından bahsedebilir.

Klasik devirde *datio in solutum* (ifa makamına temlik) halinde borcun *ipso iure* (kendiliğinden) veya *ope exceptionis* (def'i yoluyla) sona ereceği iki mektep arasındaki ihtilâflı konulardan birisiydi. Proculianus mektebi mensupları, borç münasebetinin sona ermediğini, ancak bu münasebetten (borç yerine başka birşey alınmasına rağmen) bir dava açılırsa, borçlunun bir *exceptio doli* dermeyan edeceği görüşündeydiler. Sabinianus mektebi taraftarları ise, bu halde borcun *ipso iure* sukut edeceğini, yani *datio in solutum*'dan sonra aynı borç münasebetine dayanarak dava açılamayacağını savunmuşlardı. Iustinianus da bu görüşü kabul etmiştir (I. 3, 29 pr).

10) İstihkak davasında davalı bir miktar paraya mahkûm edilmiş ve bunu ifa etmişse malı artık muhafaza ederdi. Davalı semen karşılığında mal satın almış bir alıcıya benzetilmektedir. KASER M., s. 437 ; HAUSMANINGER H. - SELB W., s. 234-235.

M aynî hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle A'ya istihkak davası açıp koyunları alırsa ortaya zapt *(evictio)* hadisesi çıkmış olur. H kendisine ait olmayan koyunları devretmiştir, hukukî ayıp vardır, H koyunlar üzerindeki rahat zilyetliği A'ya temin edememiştir. Klasik devirde bu halde eski borç münasebetinin canlandığı *(pristina manet obligatio)* kabul edildiğinden ifa makamına temlik yoluyla sona ermiş olan bu borç münasebetinden doğan davayla, A, H'dan zararlarının tazminini isteyebilir[11]. Olayda bir karz borcu sukut ettiği için, zapt halinde canlanan karz akdinden doğan *condictio certi* açılır. Klasik devrin sonlarından itibaren bu şekilde zarara uğrayan alacaklıya -durum alım satımdaki zapt hadisesine benzetilerek *-actio empti utilis-* açma imkânı tanınmıştır[12].

(Türk BK.'nunda *datio in solutum* açıkça düzenlenmemiştir. Yalnız, BK. m. 170'deki hüküm ve akit serbestisi kuralı içinde, *datio in solutum*'a gidilmektedir).

8 – İşleme (hukukî tağyir) Türk Hukukunda MK. m. 775'de düzenlenmiştir. Buna göre meydana getirilen yeni mal malzemeden daha kıymetli ise, işleyene, aksi takdirde malzeme sahibine ait olmaktadır. Ancak işleyen iyi niyetli olmadığı takdirde, yeni mal daha değerli olsa bile, hâkim bu malın mülkiyetini malzeme sahibine tanıyabilir. İsviçre - Türk Hukuku çalınmış mallarda zamanaşımı ile iktisabı kabul etmiştir. MK.'nun 989. maddesine göre, çalınan, gasbedilen veya rızası dışında elinden alınan bir menkulün zilyedi beş yıl içinde istihkak davası açabilir. Zilyedin rızası olmadan elinden alınan para ve hamiline yazılı senetleri iyi niyetle iktisab edene karşı ise, taşınır davası açılamaz (MK. m. 990). Mâlikin rızası olmadan elinden çıkmış menkul mallar, zamanaşımı ile iktisabın konusunu teşkil edecektir. Bunun için, başkasının menkul malını ihtilâfsız ve kesintisiz, iyi niyetle zilyetliğinde bulunduran kimse beş yılda o malın mâlik olur (MK. m. 777). Bu süre, mâlike rızasına aykırı olarak elinden çıkmış malı talep için tanınan beş yıllık süreye paraleldir.

11) D. 46, 3, 46 pr.
12) D. 13, 7, 24 pr.

15. MESELENİN METİNLERİ

D. 41, 3, 4, 19/20 (Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum).

(19). Lana ovium furtivarum si quidam apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. idem agnis dicendum, si consumpti sint, quod verum est (20). Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit.

D. 41. 3. 4. 19/20 (Paulus'un beyanname şerhinin 54. kitabından)

(19). Çalınmış koyunları yünü (koyunlar) hırsızın nezdinde iken kırpılırsa, zamanaşımıyla iktisap edilemez, halbuki iyi niyetli zilyetin nezdinde -durum- aksinedir : -Yün- semere olduğu için, zamanaşımıyla iktisabına gerek yoktur, dolayısıyla derhal alıcının olur. Aynı hal, istihlâk edildiği takdirde, kuzular için varittir ve bu doğrudur (20). Eğer, çalınmış yünden elbise yaparsan, maddeyi dikkate almamız ve bu yüzden elbisenin de çalınmış olduğunu -kabul etmek- daha doğrudur.

C. 8, 44, 4 (Imparator antoninus Aug. Georgio)

Si praedium tibi pro solutio datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit, nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet.

C. 8. 44. 4 (İmparator Antoninus'tan Aug. Georgius'a)

Daha önce başkalarına rehin gösterilmiş olan bina ifa yerine verilmiştir. Bu şekilde rehin durumda değişiklik olmamıştır. Bu nedenle bu bina senden zaptedilirse, borçluya karşı bir *actio utilis* açabilirsin. Böyle bir akit satımın yerine geçer.

16. MESELE

Hamam işleten B'ye müşteri A elbisesini teslim etmiştir. A elbiseyi geri alamadan B ölmüştür.

SORULAR

1 – B, A ile yaptığı anlaşmaya göre ücret almayacak ise, A ile B arasında hangi akit ne zaman oluşur? Bu akdin ve davalarının özelliklerini kısaca açıklayınız.

2 – B, A ile yaptığı anlaşmaya göre ücret alacak ise, A ile B arasında hangi akit ne zaman oluşur? Bu akdin özelliklerini kısaca açıklayınız.

3 – Bu hukuki ilişkiden doğan davalar B'nin mirasçılarına açılabilir mi? Gerekçesini belirtiniz.

4 – B'ye teslim ettiği elbisenin B'nin mirasçısı C'de olduğuna göre A bir aynî dava açabilir mi? Bu davası sonuçsuz kalan A, C'ye şahsi dava açabilir mi?

5 – İkinci dava, *bis de eadem re ne sit actio* (aynı şey hakkında ikinci bir dava açılamaz) kuralını ihlal eder mi?

6 – Ücretsiz olarak saklanan elbise dolayısıyla mirasçı C'yi dava eden A'nın bu davası reddedilirse, bu defa diğer mirasçı D'yi dava edebilir mi?

7 – Olaydaki hukuki meseleler Türk Hukukunda nasıl düzenlenmiştir?

16. MESELENİN CEVAPLARI

1 – Hamamcı[*] B elbiseyi ücret alınmadan muhafaza edecekse, müşteri A ile B arasında vedia akdi *(depositum)* yapılmıştır[1]. Vedia bir menkul malın ücretsiz olarak saklanması amacını güden, kökeni *ius honorarium*'da bulunan, vedia verenin menfaatine yapılan bir aynî akittir. *Consensus* + *res* formülü gereği vedia akdi, B elbiseyi teslim aldığı zaman meydana gelir. Eksik iki taraflı bir akit *(contractus inaequalis bilateralis)* olan vediada hamamcı B daima borç altına girer[2]; B bu elbiseyi muhafaza etmek ve akit sona erdiğinde iade etmek borcu altındadır[3]. Kastından *(dolus)* ve Iustinianus hukukunda kasta eşit kılınan ağır ihmalinden *(culpa lata)* sorumludur[4]. Vedia alan B muhafaza masrafları yapmışsa veya maldan zarar görmüşse, vedia veren A o zaman borç altına girer[5]. Bu itibarla vedia verenin borcu muhtemel bir borçtur. Vedia veren *dolus* ve *culpa*'dan sorumludur[6].

Vedia veren malın maliki olmasa bile, yapılan akit geçerlidir, hatta hırsız bile muteber bir şekilde vedia akdi yapabilir[7].

Vedia alan malı kullanamaz, kullanırsa bu bir *furtum usus* (Gai. 3, 196) sayılırdı. Bu durumda hem akitten doğan dava hem de hırsızlıktan doğan dava açılabilirdi[8].

Vedia alan B'ye açılacak dava *actio depositi directa*'dır. Bu davanın klasik dönemde biri *in ius*, diğeri *in factum* olmak üzere iki *formula*'sı vardı[9].

---

[*] Roma'da 856 hamamın bulunduğu nakledilmektedir. Bu hamamlar *balneator* denilen kimseler tarafından işletilirdi. Hamamcılar halktan düşük ücret alırlar, çocuklardan ücret almazlardı. Zaman zaman bir magistra'nın belli bir süre için hamama giriş ücretlerini kaldırdığını veya bir kimsenin kendi özel hamamını herkesin kullanımına açtığı görülmekteydi. Isınma odunla olurdu, odun temini zaman içinde kamu görevi haline gelmişti. Fazla bilgi için bkz. ZIMMERMANN B., s. 213 vd.

1) D. 16, 3, 1 pr. *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est...* D. 16, 3, 2, 1 pr. (Başkasına gözetilmesi için verilmişse, vedia vardır...)
2) Vedia alan malı emin bir yerde muhafaza etmeli, malın telef olmasını, çalınmasını veya herhangi bir şekilde zarar görmesini engellemelidir.
3) Vedia alan malı istendiğinde hemen iade etmeğe mecburdur, saklama süresinin bitmediğini ileri sürerek malı geri vermekten kaçınamaz.
4) D. 44, 7, 1, 5'in son cümlesinin yorumu: D. 50, 17, 23. Bkz. UMUR Z., Ders Notları, s. 345.
5) Mal vedia alındığı yerden başka bir yerde teslim edilecekse, vedia veren bundan çıkacak masrafları da ödemelidir.
6) BARON J., Institutionen und Civilprozess, Berlin 1884, s. 220.
7) BUCKLAND W. W., A Text-book of Roman Law, 3. edition revised by Stein P., Cambridge 1963, s. 446.
8) D. 16, 3, 29 pr; D. 16, 3, 1, 22
9) HAUSMANINGER H.- SELB W., s. 292, bunlardan *actio in factum* olanın daha eski olduğunu, vedia alanın ağır ihmali halinde *actio in ius concepta*'nın kullanıldığını belirtmektedir.

2 – Elbiseyi muhafaza etme karşılığında müşteri A, hamamcı B'ye ücret ödeyecekse, A ile B arasında rızai akitler ve *locatio conductio* akitleri grubuna giren istisna akdi *(locatio conductio operis)* oluşmuştur[10]. Tam iki taraflı *(contractus bilateralis), sinallagmatik* olan bu akitte B'nin borcu elbiseyi aldığı gibi muhafaza etmek, A'nın borcu ise kararlaştırılmış ücreti ödemektir. Başka bir deyişle A, B'nin bir neticeyi sağlaması karşılığında ücret ödeyecektir. İşte istisna akdi bu noktada yine bir *locatio conductio* akdi olan hizmet akdinden ayrılır; hizmet akdinde işi görecek olan sadece iş gücünü - belli bir neticeyi meydana getirmek söz konusu olmadan- iş verenin hizmetine tahsis eder[11].

İstisna akdinin konusuna örnek olarak bir evin yapımı, bir arazinin tarla haline getirilmesi, elbise dikilmesi veya temizlenmesi, resim veya heykel yapımı, hatta mal ve insanların nakliyesi gösterilebilir. Klasik dönemde hâkim olan görüşe göre, malzemeyi de işi gören temin ederse, istisna akdi değil, alım satım akdi söz konusu olur. Malzemeyi sipariş veren temin ederse, o zaman istisna akdi yapılmış sayılır[12].

İstisna akdinde işi görenin şahsı önemli değil ise, veya işi bizzat bitirmeyi yüklenmişse, işin yapılmasında yardımcı şahıs kullanabilir; ancak bu durumda yardımcı şahsın fiillerinden bizzat sorumludur[13].

A ve B istisna akdinde bütün kusurlarından sorumludur. Elbise için A'nın B'ye açacağı şahsi dava *actio locati*'dir. İşi bitiren B ise A'yı *actio conducti*'yi ücret için açabilir[14].

3 – Bir kimsenin ölümüyle terekesi, yani arkasında bıraktığı malvarlığı bütün hak ve borçlarla bir bütün halinde mirasçılarına geçer. (Gai. 2, 97) Külli intikal (veya külli halefiyet) denilen bu durum miras hukukunun özelliği dolayısıyla gerçekleşir[15] *(successio in universitatem).* Borçlunun ölümüne kadar alacağın bir teminatı olan ölenin malvarlığından borçlar ayrılmaz; alacaklının durumu borçlunun ölümü ile kötüleşmemelidir. Bu itibarla A ile B arasındaki hukuki ilişkiden doğan hak ve borçlar, B'nin ölümüyle hukuken mirasçılarına intikal ettiğinden, A B'ye karşı açabileceği davaları onun mirasçılarına karşı da açabilecektir.

---

10) Bu konuda bkz. SOMER P., Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis). Yayınlanmamış Doçentlik Tezi. İstanbul, 2001.
11) GIRARD P. F. - MAYR R. v., s. 619; HAUSMANINGER H. - SELB W., s. 325.
12) Gai. 3, 147.
13) D. 19, 2, 25, 7.
14) İstisna akdinin gösterdiği diğer özellikler için bkz. 8. mesele, cevap 1.
15) Ancak ölenin şahsına bağlı olan haller, meselâ şahsi irtifaklar, borçlunun şahsının önemli olduğu alacak hakları mirasçılara intikal etmez.

4 – B'ye saklamak üzere verilmiş elbisesinin B'nin mirasçısı C'de olduğunu gören A'nın elbise üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkına dayanarak istihkak davası açması mümkündür. İstihkak davasında davalı sıfatı önceleri sadece malın zilyetlerine aitti. Başka bir deyişle *detentor*'lara istihkak davası açılamıyordu. İlerleyen dönemlerde istihkak davasının *detentor*'lara da açılabileceği kabul edildi. İstihkak davasında davalı olmayı kabul eden *detentor* zilyet haline gelirdi[16]. Ancak C'nin murisi B ile A arasında bir akit mevcut olduğundan, ihtilafın bu hukuki ilişki çerçevesi içinde halli daha uygun olabilir.

5 – *Bis de eadem re ne sit actio* kuralı, aynı şey hakkında iki defa açılamayacağını ifade eden bir *regula iuris*[17] idi. Hem *legis actio*'lar hem *formula* usulü hem de *Cognitio Extra Ordinem*'de yürürlükte olan bu prensip, bir mahkemenin verdiği kararın bir daha tartışılmaması, usul ekonomisi, kamu vicdanının muhtemel değişik kararlarla yaralanmaması gibi fikirlere dayanır, çünkü Roma anlayışına göre kesinleşmiş hüküm gerçeği ifade eder *(res iudicata pro veritate accipitur)*[18].

Roma Hukukunda bu kural aynı şey hakkında birden fazla davayı engellemekteydi. Ancak bu sonuç *formula* usulünde *litis contestatio*'dan itibaren doğuyordu[19]. Klasik hukukta bir alacak konusunda *litis contestatio* yapıldığı zaman, dava hakkının ortadan kalktığı, sona erdiği söylenirdi *(actio consumitur, tollitur obligatio)*[20]. Bunun anlamı *litis contestatio* yapıldıktan sonra başka bir *actio* ile ilgili yeni bir *litis contestatio*'nun söz konusu olamayacağıdır. *Litis contestatio*'su yapılan dava herhangi bir nedenle hükümle sonuçlanmasa bile *bis de eadem....* kuralı yürürlüğe girer, aynı konudaki yeni davanın yürümesini engellerdi[21]. Yeni davanın engellenmesi ya *ius civile*'ye göre *(ipso iure)* ya da *praetor* hukukuna göre *(ope exceptionis)* gerçekleşiyordu[22]. Dava hakkının *ipso iure* ortadan kalkması için bir *formula*'sı *in ius concepta* olan şahsi hakkın *iudicium legitimum*'da dava edilmiş olması gerekiyordu[23]. Eğer davacı aynı şahsi hakkı dava etmek isterse, *praetor* ikinci davayı reddederdi *(denegatio actionis)*. Dava, her nasılsa hâkim önüne gelmişse, davalı ilk davadaki *litis contestatio*'nun *ipso iure* etkisine dayanarak *dare oportere*'nin, yani alacak hakkının ortadan kalkmış olduğunu öne sürebilirdi.

16) Bu konuda bkz. KASER M., s. 432; GIRARD P. F. - MAYR R. v., s. 368.
17) UMUR Z., Lügat, *regula iuris.*
18) D. 50, 17, 207; D. 1, 5, 25.
19) Gai. 4, 108.
20) Gai. 3, 180.
21) Bir *lex Iulia*'ya göre *litis contestatio*'su yapılan davalar 18 ayda bitirilmeliydi.
22) Gai. 3, 181.
23) *Iudicium legitimum* ve *iudicium imperio continens* için bkz. UMUR Z., Lügat.

Iudicium imperio continens ile talep edilmiş şahsi haklarla ilgili davalarda, *actiones in factum concepta*'da ve aynî davalarda yapılan *litis contestatio*, hakkı *ipso iure* ortadan kaldırmaz. Başka bir deyişle davanın tekrarı mümkündür, ancak burada *bis de eadem re...* kuralı bir *exceptio* ile dile getirilir. Bu def'inin adı *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*'dir (kesin hüküm veya *litis contestatio*'nun yapılmış olduğuna ilişkin def'i)[24]. Burada da davanın sonuçlanmış olması şart değildir, *litis contestatio*'nun yapılmış olduğu yeterlidir.

Iustinianus hukukunda *litis contestatio* klasik dönemdeki işlevini kaybettiğinden, ikinci davanın engellenmesi ancak bir davada kesin hüküm oluştuktan sonra mümkün oluyordu. Bu yüzden Iustinianus *Institutiones*'inde (I. 4, 13, 5) ve *Digesta*'sında (D. 44, 2) sadece *exceptio rei iudicatae*'den bahsedilmiştir.

Olayda A önce aynî dava, sonra şahsi dava açacağından, aynı davanın tekrarı söz konusu değildir. Bu hususta aşağıdaki cevapta bilgi verilmektedir.

6 – Böyle bir durum yukarıda açıkladığımız «aynı konuda iki defa dava açılmaz» kuralına aykırı gibi görünmektedir. A'nın C'ye karşı açtığı *actio depositi directa* ile netice alamayınca bu defa diğer mirasçı D'ye dönerek yine bir *actio depositi directa* açması aynı şeyin dava edildiği görünümünü vermektedir. Ancak bunu tespit edebilmek için ikinci davanın ne zaman aynı şeye ilişkin sayıldığını belirlemek gerekir. Bu konuda Iulianus - Ulpianus şöyle demektedir:

D. 44, 2, 3 *(Ulpianus libro quinto decimo ad edictum)*

Iulianus libro tertio digestorum respondit exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur:

D. 44, 2, 3 (Ulpianus beyanname şerhinin 15. kitabından)

Iulianus'un *Digesta*'sının 3. kitabından aynı mesele aynı şahıslar arasında tekrar ele alındığı zaman kesin hüküm def'inin ileri sürüleceğini yazmaktadır.

Görüldüğü gibi bu metin aynı taraflar arasında aynı hukukî mesele tartışılacaksa, davanın tekrarından söz edileceğini, bu durumda sonraki davaya karşı bir *exceptio rei iudicatae*'nin dermeyan edilebileceğini belirtmektedir. Ancak Ulpianus - Iulianus aynı meselenin unsurlarından bahset-

24) Gai. 4, 107 ve Gai. 3, 181. HAUSMANINGER H.- SELB W., s. 499. DI MARZO., s. 127, 132, 147.

memektedir. Bu metinle birlikte diğer metinler (D. 44, 2, 7 pr.; D. 44, 2, 12, D. 44, 2, 7 D. 44, 2, 27) incelendiğinde ikinci davanın ilk davanın tekrarı niteliğinde görülebilmesi için talebin konusunun aynı olması *(idem corpus)*, talebin hukuki niteliğinin aynı olması *(idem ius)* ve talebin hukuki sebebinin aynı olması *(eadem causa petendi)* gerektiği anlaşılmaktadır. Bu şartları didaktik yönüyle açıklayacak olursak tarafların aynı olması (subjektif benzerlik) ve konunun aynı olması (objektif benzerlik) halinde *bis de eadem re...* kuralının ihlal edilmiş olacağı sonucuna varılır. Başka bir deyişle taraf benzerliği ve konu benzerliği birlikte mevcut olduğu takdirde, kesin hüküm def'i ileri sürülebilecektir[25]. Aksi halde mahkeme kararlarının davaya taraf olmayan kişilere zarar vermeyeceği prensibi *(res iudicata alii non nocet)* geçerlidir.

a – Tarafların aynı olması (subjektif benzerlik)

İlk davada verilen hükmün tesiri kural olarak sadece davanın taraflarını bağlar *(res iudicata ius facit inter partes)*. Bu itibarla *rei vindicatio*'da malik olmadığı saptanmış olan kimse aynı şahsa tekrar *rei vindicatio* açamaz.

Taraf benzerliği fiili olmaktan ziyade hukukidir; ilk davada verilmiş olan karar davacı ve davalının küllî ve cüz'i haleflerini de bağlar[26]. *Exceptio rei iudicatae* davacı veya davalının hakkına halef olan kişilere de ileri sürülür. Buna karşılık vasi sıfatıyla dava açmış olan kimsenin sonraki davayı kendi adına açmasına engel yoktur[27].

Olaya dönecek olursak, meselenin metinlerinden olan D. 44, 2, 22'ye göre A'nın C'ye açtığı *actio depositi* reddedilmişse, bu defa diğer mirasçı D'ye *actio depositi* açması *bis de eadem re...*kuralına aykırı düşmez, dolayısıyla bu kuralın ana fikrine dayanan *exceptio rei iudicatae* ileri sürülemez[28]. Anılan metin, iki mirasçıya karşı açılan dava aynı hukuki meseleye ilişkin olmakla beraber davalıların değişmesinin başka bir ifadeyle tarafların aynı olmamasının ikinci davanın başka bir dava olarak görülmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

A, B'yi sağ iken dava etmiş ve bir netice alamamışsa, B'nin ölümünden sonra mirasçı C'yi veya D'yi dava ederse, *exceptio rei iudicatae* öne

25) UMUR Z., Roma Hukuku. s. 598.

26) D.44. 2, 4; D. 44, 2, 28.

27) BUCKLAND W. W. - STEIN, P., s. 698.

28) Aynı mirasçıya önce *actio depositi directa in ius concepta*, daha sonra *actio depositi directa in factum concepta* açılması halinde, davanın tekrarı söz konusu olur, bkz. BUCKLAND W. W. - STEIN P., s. 697.

sürülebilir, çünkü -yukarıda belirttiğimiz gibi- önceki davadaki hüküm külli halefleri de bağlamaktadır.

b – Konunun aynı olması (objektif benzerlik)

Aynı hukuki ihtilaf önceki bir davanın konusunu teşkil etmemiş olmalıdır. Başka bir deyişle her iki davanın *intentio*'su aynı olmamalıdır. Aksi halde *bis de eadem re...* kuralına aykırılık söz konusu olur. Romalıların bu konudaki görüşleri kısaca gözden geçirilecek olursa, bazı genellemeler mümkün olmakla beraber, kazuist eğilimlerine uygun olarak somut olaylara somut çözümler getirdikleri görülür.

Aynî davalarda mühim olan davanın dayanağını teşkil eden haktır. Bu aynî hakkın nasıl iktisap edildiği kural olarak önemli değildir. Davacı açtığı istihkak davasında mülkiyetini ispat etmelidir. Devren iktisabı *(traditio)* kanıtlayamadığı için davası reddedilen kimse, bu defa zamanaşımı ile iktisaba *(usucapio)* dayanarak yeni bir mülkiyet davası açarsa, *exceptio rei iudicatae* ile karşılaşır[29].

Şahsi davalarda ise her borç ilişkisinden ayrı bir dava hakkı doğar, örneğin alım satıma dayanarak 1000 *Sestertius* semen alacağını isteyen ve bu davası reddedilen davacının 1000 *Sestertius*'u karz akdinden doğan dava ile talep etmesine mani yoktur[30].

Digesta'da incelenmiş olaylardan bazı örnekler verilecek olursa; *interdictum*'u reddedilen davacının, daha sonra aynı kişiye karşı *rei vindicatio* açması engellenemez, zira *interdictum* zilyetliğe, *rei vindicatio* mülkiyet hakkına dayanır[31]. Yine önce *rei vindicatio* açan kimsenin, sonra *condictio* açması halinde *exceptio rei iudicatae* ileri sürülemez[32].

Maddi ayıba dayanarak *actio redhibitoria* açılmış ve davalı beraat etmişse, aynı maddi ayıba istinaden *actio quanti minoris* ikame edilemez[33].

Status davaları gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren davalarda verilen kararlar üçüncü kişileri de bağladığından, lehine *status* ile ilgili karar verilmiş olan kişi, ilk davada taraf olmayan bir kimse tarafından açılacak yeni bir davaya ilk davadaki hükme istinat edebiliyordu[34].

29)GIRARD P. F. - MAYR R. v.. s. 1137.
30)D. 44. 2. 14. 2.
31)D. 44. 2. 14. 3; D. 41. 2. 12. 1.
32)D. 44. 2. 31.
33)D. 44. 2. 25. 1.
34)D. 1. 5. 25.

7 – Bugünkü hukukumuzda vedia akdi Romanist ifadeyle rızai akittir. Yine vedia ücretli veya ücretsiz olabilir[35].

Yine hukukumuzda mirasçıların terekeyi külli halefiyet yoluyla iktisap ettikleri kabul edilmektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 237. maddesi «Kaziyei muhkeme ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir. Kaziyei muhkeme mevcuttur denilebilmek için iki tarafın ve müddeabihin ve istinat olunan sebebin müttehit olması lazımdır» demektedir. Görüldüğü gibi bu madde taraf ve konunun aynı olması halinde kesin hükmün ortaya çıktığını belirtmektedir. Bu durumda *bis de eadem re ne sit actio* kuralının günümüz hukukunda geçerli bir prensip olduğu sonucuna varılacaktır. Gaius'un dediği gibi (D. 50, 17, 57) dürüstlük aynı şeyin tekrar dava edilmesine cevaz vermez. *(Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur).*

35) İstisna akdinin hukukumuzda gösterdiği özellikler için bkz. yukarıda 8. meselenin 4. cevabı.

16. MESELENİN METİNLERİ

D. 16, 3, 1, 8 (Ulpianus libro tringensimo ad edictum)

Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto; quod si accepit ex conducto.

D. 16, 3, 1, 8 (Ulpianus'un beyanname şerhinin30. kitabından)

Hamamcıya muhafaza edilmek üzere verilmiş elbiseler kaybolmuşsa, benim fikrime göre, elbiselerin muhafazası için ücret almamışsa, kendisine vediadan doğan dava açılır ve sadece kastından sorumlu tutulur, ücret almışsa, istisna akdinden doğan dava açılır.

D. 44, 2, 22 (Paulus libro tringesimo primo ad edictum)

Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agetur nec exceptio rei iudicatae eis proderit: nam etsi eadem quaestio in omnibus iudiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit...

D. 44, 2, 22 (Paulus'un beyanname şerhinin 31. kitabından)

Tevdi edilmiş bir mal sebebiyle bir mirasçıya dava açıldıktan sonra, diğer mirasçılara da dava açılması hukuka uygundur ve bunlar kesin hüküm def'inden yararlanamaz, çünkü davalarda aynı konu ele alınmakla beraber, tarafların değişmesi, her birinin kendi adına dava edilmesi, meseleyi değiştirir...

17. MESELE

Asya'dan gemisinin 1 ay içinde gelmesi kaydıyla B, A'ya 1000 kg buğdayı Efes'te vermeği sözlü olarak taahhüt etmiştir.

SORULAR

1 – B ile A arasında hangi akit yapılmıştır? Bu akdin klasik devirde gösterdiği özellikleri belirtiniz.

2 – Geminin Asya'dan dönmesi kaydı hukuken nasıl nitelendirilir? Bu kayda bağlanan neticeler nelerdir?

3 – A'nın B'ye açabileceği davanın klasik devirde gösterdiği özellikleri açıklayınız.

4 – A, B'yi gemi Asya'dan dönmeden önce dava edebilir mi? Niçin? Ederse ne olur?

5 – Gemi Asya'dan döndükten sonra A, B'den 1000 kg buğdayı Roma'da isterse ne olur? Dava reddedilir mi? Davanın reddini önlemek mümkün müdür?

6 – Gemi Asya'dan döndükten sonra A, B'den taahhüt ettiği «2000» kg buğdayı içeren bir dava açar ve hâkim ancak 1000 kg buğday borçlanılmış olduğunu görürse, B'yi 1000 kg buğdaya ilişkin olarak mahkûm edebilir mi?

7 – A, B'yi en düşük kalitedeki 1000 kg buğdayı teslim etmesi için dava ederse, bu davayı kazanabilir mi?

8 – A, B'den 500 kg buğdayı dava ile talep ettikten sonra kalan 500 kg buğdayı ayrı bir dava ile isteyebilir mi?

9 – A, B'den 1000 kg buğday yerine 1000 kg arpa talep ederse, durum nedir?

10 – *Plus petitio* (fazla talep) halinin sonuçları klasik dönemde nedir? Bu durum post-klasik devirde değişmiş midir?

11 – Klasik devirde *plus petitio*'nun doğurduğu neticeleri önlemek veya ortadan kaldırmak mümkün müydü?

17. MESELENİN CEVAPLARI

I – B ile A arasında klasik Roma Hukukunun en önemli, verilen söze bağlılığı *(fides)* ifade eden *stipulatio* akdi yapılmıştır. *Stipulatio* akdi, belli kelimelerin soruda *(spondes - taahhüt* ediyor musun?, *promittes* - söz veriyor musun?) ve hemen soruyu takip etmesi gereken cevapta *(spondeo* - taahhüt ediyorum, *promitto* - söz veriyorum) kullanılmasıyla yapılan sözlü akittir *(verbis contrahitur).* Bu özellikleri yüzünden ancak hazırlar arasında (Gai. 3, 136), muameleye ara verilmeden yapılması gerekir (D. 45, 1, 37) *stipulatio*'ya sağır, dilsiz, akıl hastaları ve çocuklar taraf olamazdı. Bunun sebebi bu kişilerin gerekli kelimeleri söylememesi, duyamaması ve manâsını anlayamamasıdır (D. 45, 1, 1, pr)[1].

Stipulatio'nun konusu ilk zamanlarda belli bir miktar para *(certa pecunia),* belli mallar *(certae res)* olabiliyordu. Ancak ilerleyen devirlerle birlikte, akdin konusunun *incertum* (gayri muayyen) olabileceği kabul edilmiştir (D. 45, 1, 1, 7)[2].

Stipulatio iki taraflı bir hukuki muamele, tek taraflı bir akittir, yani sadece vaad eden (olayda B) borç altına girer, diğer taraf (olayda A) alacaklı olur. Borçlunun edimi, yukarıda belirtildiği gibi, bir miktar para, bir miktar misli mal *(res fungibiles)* veya bir gayrı misli mal (meselâ köle Stichus) olabilir. Bu tip *stipulatio*'lardan bir *actio certa* doğar. Konusu gayrı muayyen *stipulatio*'lara örnek olarak müstakbel şeylerin taahhüdü (D. 45, 1, 75, 4), bir irtifak hakkı tesisi (D. 45, 1, 75, 7) veya herhangi bir yapma *(facere)* veya yapmama *(non facere)* gösterilebilir. Böyle *stipulatio*'lardan ise bir *condictio incerti* açabilir[3].

Stipulatio da borcun sebebi gösterilmişse, sebebe bağlı (illi) bir *stipulatio*'dan bahsedilir (alım satım dolayısıyla bana borçlu olduğunu vermeği vaad ediyor musun?). Buna karşılık *stipulatio*'da borcun sebebi göste-

---

1) Klasik dönemin sonlarına doğru, *stipulatio* yapılırken Latince dışında bir dilin de kullanılabileceği kabul edilmişti. Bunun şartı, tarafların birbirlerini anlayabilmeleri veya bir tercümanın muamele sırasında hazır bulunmasıydı (D. 45, 1, 1, 6). Yine borçlunun sualde kullanılan kelimeye başka bir kelimeyle cevap vermesi halinde, *stipulatio* muteber olarak teşekkül ediyordu (D. 45, 1, 1, 2).

2) KASER M., s. 538 vd.

3) GIRARD P. F. - MAYR R. v., s. 536.

rilmemişse (bana 100 vermeği taahhüt ediyor musun?) sebebe bağlı olmayan, mücerret *stipulatio* söz konusudur[4].

Roma akitler şemasına göre dava edilemeyecek her borç *stipulatio* kalıbına sokularak yapıldığı takdirde dava edilebilir hale gelirdi. Önemi ve Roma'nın genel akdi olması dolayısıyla Romalı hukukçular akitler hukukunun genel kavramlarını (edimin vasıfları, edimin bölünebilirliği, şart ve vadeye bağlanması, müteselsil borçlar vs.) *stipulatio*'dan hareketle geliştirmişlerdir. *Stipulatio*'ya duyulan güven yüzünden Romalılar başka bir akitle yapılmış (meselâ rızai akit) anlaşmaları ayrıca *stipulatio* ile de taahhüt ettirirlerdi[5].

2 – Geminin Asya'dan dönmesi *(si navis ex Asia venerit)* kaydı *stipulatio*'nun bir şarta bağlanmış olduğunu gösterir. Şart *(condicio)*, bir hukuki muamelenin hükümlerinin gelecekte gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olguya bağlandığı hali ifade eder. Olayda taliki bir şart *(condicio suspensiva)* söz konusudur. Şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği süre zarfında muamelenin askıda olduğu *(condicio pendet)* söylenir. Tarafların iradesi dışında kalan bir hususa bağlı olduğu için bu şart tesadüfi şart *(condicio casualis)* niteliğindedir. Şart gerçekleşirse muamele hüküm doğurmağa başlar, başka bir deyişle muamele şartsız bir işlem gibi neticelerini meydana getirir. Şartın doğurduğu hükümler kural olarak geçmişe etkili değildir, yani şart gerçekleştiği anda hükümler işlemeğe başlar. Şart gerçekleşmezse, mu-

4) *Stipulatio*'da sebebin gösterilmemiş olması, sebebinin olmadığını ifade etmez. Meselâ böyle bir mücerret *stipulatio* ile kimse kendisine verilecek 1000 *Sestertius* karz için, önceden, parayı almadan *stipulatio* ile 1000 *Sestertius* vermeği taahhüt etmişse, karz kendisine verilmese dahi, bu *stipulatio* geçerlidir. Böyle bir *stipulatio*'ya dayanarak dava açan alacaklı karzı verdiğini ispat zorunda değildir, o sadece *stipulatio*'nun yapıldığını ispat etmelidir. *Stipulatio* borçlusu kendisine karşı açılan *condictio certi*'ye karşı bir *exceptio doli generalis* alt türü olan *exceptio non numeratae pecuniae* (ödenmemiş para def'i) ileri sürebilir. Bu durumda def'inin davalı tarafça ispat edilmesi *(reus excipiendo fit actor,* D. 22, 3, 19 pr) kuralına aykırı olarak davacı parayı verdiğini kanıtlamalıydı. İspat külfetinin yer değiştirmesinin sebebi, paranın alınmadığı gibi menfi bir durumun ispatının güçlüğü olabilir (D. 44, 4, 16). Fazla bilgi için bkz. KASER M., s. 542.

5) Bu durumda ya eski borç ilişkisi *stipulatio*'dan sonra da devam eder, yani alacaklı isterse ilk akitten doğan davayı açabilir, isterse davasını *stipulatio*'ya dayandırabilirdi. Ancak edimin ifası iki borç ilişkisini de ortadan kaldırırdı (D. 17, 2, 71 pr). Veya yapılan *stipulatio* ilk borç ilişkisini sona erdirir ve alacaklı sadece *stipulatio*'dan doğan davayı ikame edebilirdi. *Stipulatio*'nun ilk borç ilişkisini ortadan kaldırması halinde yenileme *(novatio)* vardır. Ancak bu sonuca varabilmek için taraflarda yenileme iradesinin *(animus novandi)* bulunması şarttı (D. 46, 2, 1 pr). Fazla bilgi için bkz. HAUSMANINGER H. - SELB W., s.279 vd.: UMUR Z., Ders Notları, s. 349 vd.

amele ortadan kalkar. Olayımızda A, B'den alacağını ancak geminin Asya'dan dönmesi ile talep edebilir[6]. Aleyhine şart konulmuş olan kimse bu şartın gerçekleşmesini engellerse, şart gerçekleşmiş sayılır (D. 40, 7, 3, 10 vd).

3 – A'nın B'ye bu *stipulatio*'dan dolayı açacağı dava *actiones certae* içinde yer alan *condictio triticaria*'dır (buğday *condictio*'su). Bu davanın *intentio*'su muayyen *(certa), condemnatio*'su gayrı muayyendir *(incerta),* çünkü Roma Usul Hukukunun özelliği icabı, hâkim davalıyı buğdaya değil, bir miktar paraya mahkûm edecektir[7]. Davanın sebebi, davanın *formula*'sının *intentio* kısmında gösterilmezdi. Bir dar hukuk davası *(actio stricti iuris)* olan bu davada hâkimin takdir hakkı sınırlandırılmıştır. Hâkim sadece alacak hakkının mevcut olup olmadığını inceleyerek, alacağın *intentio*'daki şekliyle mevcut olduğuna kanaat getirirse, davalıyı mahkûm edecek, getirmezse beraat ettirecektir. *Magistra*'nın verdiği *formula*'nın tanıdığı sınırlar içinde kalmaya mecbur olan hâkimin davalıyı mahkûm etmek veya beraat ettirmek dışında kalan başka bir seçeneği mevcut değildi.

4 – A, B'yi gemi Asya'dan dönmeden önce dava edemezdi. *Stipulatio*'dan doğan borç, ancak şart gerçekleştikten sonra muaccel (istenebilir) hale geleceğinden, davanın gemi Asya'dan döndükten sonra açılması lâzımdı. Buna rağmen A, B'yi dava etmişse, Iustinianus'a göre (I. 4, 6, 33b) zaman bakımından fazla talep *(plus petitio tempore)* vardır. Davacı fazla talebin neticelerine katlanmak zorundadır. Klasik devirde *plus petitio* (fazla talep) davanın reddini gerektirir, davacı dava hakkını kullanmış olduğundan yeni bir dava açamazdı[8].

5 – Gemi Asya'dan döndükten sonra, başka bir ifade ile, alacak muaccel olduktan sonra, *stipulatio*'da ifa yeri olarak gösterilmiş olan Efes'te dava açılmalıdır. A'nin *condictio triticaria*'yı Roma'da ikame etmesi *plus petitio loco* (yer bakımından fazla talep) halini ortaya çıkarır (Gai. 4, 53c) [9]. Bu

---

6) Gai. 4, 53 b'de *plus petitio tempore* için sadece borcun vadesinin henüz gelmemiş olduğu *(ante diem)* halde davanın açılmasına işaret edilmektedir. Kaynaklar (D. 21, 1, 43, 9; D. 46, 4, 9) şartın gerçekleşmesiyle yeniden dava açılabileceğini belirtmektedir. bkz. GIRARD P. F. - MAYR R. v., s. 1132 dn.2; BUCKLAND W. W. - STEIN P., s. 702.

7) *Stipulatio* ile bir miktar para borçlanılmışsa, açılacak dava *actio certae creditae pecuniae*'dir. Diğer adı *condictio certi* olan bu davanın hem *intentio*'su hem *condemnatio*'su muayyendir *(certa).*

8) Gai. 4, 53 b; Gai. 4, 106-108 ve Gai. 3, 181.

9) Iustinianus (I. 4, 6, 33c) yer belirtilmeden dava açılması halinde borçlunun (olayda B) edimini Efes'te yerine getirmek suretiyle elde edeceği yararları kaybedeceğini, değişik

durumda dava reddedilir, yani hâkim borçluyu beraat ettirir. Bu durumu önlemek isteyen alacaklı bir *praetor* davası olan *actio de eo quod certo loco* açmalıdır. Bu davada hâkim, ifanın *stipulatio*'da kararlaştırılmış yer olan Efes'te yapılmasının davalıya getireceği yararları hesaba katarak davalıyı mahkûm edecektir[10].

6 – Gemi Asya'dan geldikten sonra *stipulatio* alacaklısı A, B'den «2000» kg buğday talep ederse, *plus petitio re* (konu bakımından fazla talep) hali ortaya çıkar (I. 4, 6, 33a). Bir dar hukuk davası olan *condictio triticaria*'nın *intentio* bölümünde gösterilmiş olan 2000 kg buğdayın borçlanılmamış olduğunu tespit eden hâkim, *formula*'daki *non paret... absolvito* cümlesi gereği, davalıyı beraat ettirmek zorunda kalır. Davalının 2000 kg değil ama 1000 kg borçlu olduğuna kanaat getirse bile, *intentio*'da 2000 kg buğday yazılmış olduğundan davayı fazla talep yüzünden reddetmek zorundaydı. Hâkimin *formula*'yı düzeltmek, davalıyı istenenden aza mahkûm etmek yetkisi yoktur[11].

7 – A'nın en düşük kalitedeki buğdaya razı olarak bir *actio* açması halinde bile Gai. 4, 53d'ye göre fazla talep vardır. Bu fazla talebe *plus petito causa* (sebep bakımından fazla talep) denirdi. Bunun nedenini, Gaius, talep edilmeyen, seçimi borçluya ait olan malların ifasının borçlu için daha kolay olabileceği ile açıklamaktadır. Bilindiği üzere olayda olduğu gibi nevi borçlarında neyin ifa edileceğini seçmek borçluya aittir. Yine borçlunun seçme yetkisine sahip olduğu seçimlik borçlarda *(obligatio alternativa)*, alacaklı

yerlerde fiyatları farklı olan şarap, zeytinyağı, buğday gibi edimlerde bu yararın büyük olacağına işaret etmektedir.

10) UMUR Z., Lügat, *actio de eo quod certo loco dari oportet.* Bu dava Iustinianus'a (I. 4, 6, 33c) göre bir *actio arbitraria*'dır. Ancak burada *actio arbitraria* hâkimin davanın kararlaştırılmış ifa yerinden başka bir yerde açılması dolayısıyla davalının kaybettiği yararın nazara alınarak karar vermesini, yani bir *aestimatio* yapmasını ifade eder. Klasik devirde *actiones arbitrariae* için bkz. UMUR Z., Roma Hukuku, s. 590 ve 5. meselenin 4. cevabı GIRARD P. F. - MAYR R. v., s. 1132, dn. 2.

11) HAUSMANINGER H. - SELB W., s. 270. Diğer *plus petitio* ve örnekleri şunlar olabilir. Bir kimse üzerinde mülkiyet hakkı bulunan evi talep ederken bu hakka dahil olmayan bahçeyi de davanın içine sokmuştur; bir arazinin yarısı üzerinde intifa hakkına sahip olan kişi bahçenin tümü üzerindeki intifa hakkı için dava açmıştır (D. 44, 2, 21, 3). Bir banker *(argentarius)* müşterisini dava ederken müşterinin karşı alacağını mahsup etmemiştir (Gai. 4, 64-68).

borçlunun bu yetkisini dikkate almadan bir *actio certi* açarsa, *plus petitio causa* ortaya çıkar, hâkim davalıyı beraat ettirir (I. 4, 6, 33a)[12].

8 – Alacaklı A borçlu B'ye 500 kg buğday için dava açmışsa, Roma kaynaklarına göre bunda *minus petitio* (eksik talep) vardır. Bu durumda hakim davalıyı *formula*'daki miktarı göz önünde tutarak mahkûm ederdi. Geri kalan kısmı, ilk davanın *praetor*'u önünde ikinci bir dava ile takip edilirse, davalı bir *exceptio litis dividuae* (davanın bölünmüş olduğu def'i) ileri sürebilirdi. Böyle bir geciktirici def'i *(exceptio dilatoria)* ile karşılaşmak istemeyen davacı, ikinci davayı yeni *praetor* yeni göreve başladıktan sonra açmalıydı (Gai. 4, 56; Gai. 4, 122).

9 – A'nın açtığı davanın *formula*'sında 1000 kg buğday yerine 1000 kg arpa yer alıyorsa *(aliud pro alio), intentio* gerçeği aksettirmediği, başka bir ifadeyle davalının davacıya 1000 kg arpa borcu sabit olmadığından, hâkim davalıyı, bağlı olduğu *formula* gereği beraat ettirmek mecburiyetindeydi. Ancak dava edilmemiş durumda kalan 1000 kg buğday için davacı yeni bir dava açabiliyordu[13].

10 – *Intentio*'da fazla talep *(plus petitio)* davanın reddini, daha doğru ifadeyle davalının beraatini gerektirir[14]. Gaius'un açıklamalarından anlaşıldığı üzere, fazla talebi içeren *actio certi*'nin reddi yanında ilk davada yapılan *litis contestatio* ikinci davayı etkileyecek şekilde dava hakkı kullanılmış

12) Şayet davacı seçme yetkisinin borçluya ait olduğunu belirterek dava açarsa, *plus petitio causa* meydana gelmezdi, çünkü bu durumda davacı bir *actio certi* değil, *actio incerti* açacaktı. bkz. KASER M., s. 494.

13) *Aliud pro alio* hali için Gaius (Gai. 4, 55) davacının talep etmeğe haklı olduğu köle Stichus yerine köle Eros'un istemesini, alacağın *stipulatio*'dan doğduğu halde vasiyetnameye dayanarak dava açılması hallerini örnek göstermektedir.

14) Gerçek anlamıyla *plus petitio*, fazla talebin *formula*'nın *intentio* kısmında yer almasıyla ortaya çıkar. Gerçeğe uymayan bir durum *condemnatio* ve bazı davaların *formula*'larında bulunan *demonstratio* için de söz konusu olabilir. *Condemnatio*'daki miktar aslından yüksek gösterilmişse davalı bundan zarar göreceği için kendisine bir *in integrum restitutio* tanınabilirdi (Gai. 4, 57). *Demonstratio* kısmında olay yanlış tanımlanmışsa, dava reddedilir, ancak davacı *demonstratio*'su gerçeğe uyan yeni bir dava açabilirdi, başka ifadeyle yanlış niteleme dava hakkını ortadan kaldırmaz (Gai. 4, 58: *falsa demonstratione res non perimitur).* Ancak içinde Labeo'nun da bulunduğu bazı hukukçular, çok olanın içinde azın mevcut olduğunu ve bu sebeple hem köle Stichus hem köle Eros'u satın almış olan, *demonstratio*'da sadece bunlardan birini göstererek dava açması halinde gerçeğe aykırı bir durumun ortaya çıkmayacağını (iki köleyi satın almış olan, bunlardan her birini satın almış demektir), dolayısıyla davanın reddedilmemesi gerektiğini savunmuştu. İlk davanın konusu yapılmayan köle ikinci bir dava ile istenebilecektir. Buna karşılık yine bazı hukukçuların görüşüne göre, mahkûmiyet halinde davalının *infamis* olduğu davalarda (Bkz. UMUR Z., Lügat, *actiones famosae)* davacı *demonstratio*'da alacağından fazlasını bildirmişse (meselâ tek bir malı vedia verdiği halde *demonstratio*'da iki maldan bahsetmiştir) davayı kaybeder (Gai. 4, 59).

olduğundan, ikinci dava «*bis de eadem re ne sit actio*» kuralına aykırı olmaktadır[15].

Formula usulünün kaldırılmasından sonra *plus petitio*'ya ilişkin sert kurallar postklasik devrin usulü olan *Cognitio Extra Ordinem*'de (Nizam Harici Usul) terkedilmiş, daha yumuşak kurallar yürürlüğe girmiştir. Artık davacının fazla talepte bulunması, davalının beraatini ve davacının hakkını kaybetmesi sonucunu getirmemekteydi.

Postklasik dönemin başında davacının fazla talepte bulunması halinde davanın kaybedileceği esası muhafaza edilmekle beraber, bu sonuç bir *formula* hatası yüzünden değil, davacı düşüncesizce fazla talebe ilişkin dava açtığı için ortaya çıkıyordu.

İmparator Zeno, zaman bakımından fazla talepte *(plus petitio tempore)* davanın reddedileceğini, ancak davacının geçmesi gereken sürenin iki katının işlemesinden sonra yeni bir dava açabileceğini kabul etti. Bu durumda davalı davanın erken açılması yüzünden uğradığı zararları alabilecek ve dava masrafları da davacıya yüklenecekti (I. 4, 13, 10: C. 3, 10, 1, 5)[16].

Plus petitio re, loco, causa hallerinde ise davalı gerçekte neyi vermesi gerekiyorsa, ona mahkûm edilebilecekti. Davalı *plus petitio* sebebiyle uğradığı zararın üç mislini alabilecekti.

Plus petitio'nun sonuçlarından kurtulmak isteyen davacı bir *actio incerti* açabilir (I. 4, 6, 32).

11 – *Plus petitio*'nun özellikle davacı yönünden olumsuz sonuçlarını önleyecek veya ortadan kaldıracak vasıtalar mevcuttu:

a) *Interrogatio in iure: Magistra* önündeki safhada davacı sualler yönelterek davalının vereceği cevaba göre davayı açardı. Davalı ancak haklı sebeplerle cevap vermekten kaçınabilir, cevap vermemekte haksız ise, davacının iddiası gerçek olarak kabul edilebilirdi. Verdiği cevap davalıyı bağlardı. Özellikle aynî davalarda davalının zilyet olup olmaması, davanın tevcihi yönünden önemli olduğundan *interrogatio in iure*'ye sık başvurulurdu. Yine bir kimse borçlusunun mirasçısına dava açmak istiyor, fakat dava etmek istediği kişinin gerçekten mirasçı olduğuna emin değilse veya hangi oranda

15) *Bis de eadem re ne sit actio* kuralı için bkz. 16. meselenin 5. cevabı. *Plus petitio* halleri için bkz. DI MARZO, s. 131-132.

16) BARON J., s. 416.

mirasçı olduğunu öğrenmek istiyorsa, *magistra* önünde bu konuda soru sorabilirdi[17].

b) *Actio de eo quod certo loco dari oportet: Plus petitio loco* (yer bakımından fazla talep) önlemeye matuf bu dava için bkz. yukarıda 5. sorunun cevabı.

c) *Vindicatio incertae partis:* Gaius (Gai. 4, 54) davacının gayrimenkulün ne kadar hissesine malik olduğunu kesinlikle bilmediği gibi nadir hallerde bir *intentio incerta*'sı bulunan *vindicatio incertae partis (quantam paret in eo fundo de agitur)* açılabileceğini söylemektedir. *Intentio*'su *incerta* (gayrı muayyen) olan davalarda *plus petitio* ortaya çıkmadığına yukarıda işaret edilmişti.

d) *In integrum restitutio:* Seyrek hallerde bir *in integrum restitutio* verilebileceğinden Gaius (Gai. 4, 53) bahsetmektedir. *Institutiones*'inin ilişkin kısmı okunamadığından bu hallerin neler olduğu I. 4, 6, 33 lie belirlenmektedir. 25 yaş altında bulunan bir küçüğün davası *plus petitio* ile reddedilmişse. bu himaye vasıtası ona tanınabilir. Yine mazur görülebilen bir hata *(magna causa iusti erroris)* yüzünden fazla talepte bulunulmuşsa, davacıya *in integrum restitutio* verilmesi mümkündür[18].

17) *Interrogatio in iure* için bkz. UMUR Z., Roma Hukuku, s. 568; BARON J., s. 418.

18) D. 30, 85'de *plus petitio* halinde davacıya karşı ileri sürülebilecek bir *exceptio doli*'den bahsedilmektedir. Bundan çıkarılacak sonuç, hâkimin davayı *plus petitio* sebebiyle *ex officio* reddedemeyeceğidir. Veya bu metin, postklasik devirde *plus petitio*'ya klasik devirden farklı yaklaştıldığını gösteren bir kanıttır ve metinde *interpolatio* yapılmıştır.

17. MESELENİN METİNLERİ

I. 3, 15, 4

Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti «si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes....

I. 3, 15, 4.

Stipulatio, bir olayın vukua gelip gelmemesi gibi belirsiz bir vaktaya bağlanmışsa, şarta bağlı yapılmış demektir: Meselâ, eğer Titius konsul olacak olursa, beş altın vermeği taahhüt ediyor musun?

Gai. 4, 53a-c

Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa. Re, veluti si quis pro X milibus quae ei debentur XX milia petierit, aut si is cuius ex parte res esset, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit. Tempore, plus petitur veluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit. Loco, plus petitur veluti si, quod certo loco dari promissum est, id alio loco sine commemoratione eius loci petatur, velut si quis ita stipulatus fuerit: EPHESI DARE SPONDES? deinde Romae pure intendat DARI SIBI OPORTERE...

Gai. 4, 53a-c.

Fazla talep dört şekilde ortaya çıkar: Malda zamanda, yerde, sebepte. Meselâ, bir kimse kendisine borçlanılmış olan 10.000 yerine 20.000 talep ederse veya malın sadece bir kısmı kendisinin olduğu halde tamamını veya payından fazlasını istemişse, malda fazla talep vardır. Zaman bakımından fazla talep, vadeden önce dava açılması durumunda meydana gelir. Yer bakımından fazla talep, meselâ belli bir yerde verileceği taahhüt edilmiş -edimin- bu yer belirtilmeden başka bir yerde dava edilmesi halinde olur. Meselâ bir kimse kendisine Efes'te verileceği taahhüt edilmiş -edimi- çekincesiz *(pure)* Roma'da dava etmiştir...

18. MESELE

Romalı erkek A, Romalı kadın B ile nişanlanmıştır. Evlenme cezai şarta bağlandığı için nişanlılar muvaazalı bir evlilik yaparlar. Bu evlilik için A, B'ye bir halı hediye etmiştir. B de evliliğe değeri yüksek olan cihaz getirmiştir. Bir müddet sonra A ile B boşanırlar. B bu sırada 7 aylık hamiledir.

SORULAR

1 - Nişanlanma Roma'da şekle bağlı mıdır? Nişanlanmayı Türk Hukukuyla karşılaştırınız.

2 - Cezai şart nedir? Nişanlılar cezai şart ile evlenmeye zorlanabilir mi?

3 - A ile B'nin evlenmeden vazgeçmelerinin sebebi, aralarında evlenme engeli bulunduğunu düşünmeleridir. Bunlar neler olabilir?

4 - Evlenmenin Roma'da niteliği nedir ve evlilik nasıl meydana gelirdi?

5 - Evlilik nasıl sona ererdi?

6 - Muvazaa ve muvazaalı evlenme ne anlama gelir? Bunlara bağlanan neticeler nedir? Türk Hukuku ile kıyaslayınız.

7 - Hediye hukuken nasıl nitelenir? Evliliğin sona ermesiyle, A, B'den bu hediyeyi geri isteyebilir mi?

8 - Cihazın işlevi nedir? Kimin tarafından verilir? Verildiğinde mülkiyeti kime ait olur? Evlilik sona ererse, geri verilecek midir?

9 - B'nin 7 aylık hamile olmasına ne gibi sonuçlar bağlanır?

18. MESELENİN CEVAPLARI

I - Nişanlanma, bir erkek ve kadının birbirlerine evlilik sözü vermelerini ifade eder. Evlilikten önceki adım olan nişanlanma herşeyden önce toplumsal, ahlâki bir kurumdur. Hukuk da buna kayıtsız kalmamış, nişanlanmaya bağlanan önemli neticeleri düzenlemiştir.

Romalılar nişanlanmaya *sponsalia* derlerdi. Bu terimden hareketle nişanlanmanın *sponsio* denilen *stipulatio*'nun en eski şekliyle yakından ilgisi olduğu sonucuna varılmaktadır[1]. Nitekim hukukçu Ulpianus D. 23, 1, 2'e kendisinin «nişanlanmalar hakkında yazmış olduğu tek kitaplık» *(liber singularis de sponsalibus)* eserinde *sponsalia* teriminin *spondere* (taahhüd etmek, vaat etmek) kelimesinden geldiğini, atalarının zamanında müstakbel eşlerin karşılıklı *stipulatio*'lar vasıtasıyla evlenme taahhüdü altına girdiklerini belirtmektedir. Ulpianus'un bu açıklaması bize onun yaşadığı zamanda (M.S. 3. yüzyıl) nişanlanma için artık karşılıklı *stipulatio*'ların gerekmediğini de göstermektedir.

MK. m. 118/1: Nişanlanma, evlenme vaadiyle olur.

Kanunumuzun bu hükmü Florentinus'un aşağıdaki tanımından pek farklı değildir.

D. 23, 1, 1 Florentinus libro tertio Institutionum

Sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum.

«Nişanlanma müstakbel evliliğin soru ve vaadiyle meydana gelir».

Klasik devirden itibaren nişanlanma artık ileride gerçekleşmesi öngörülmüş olan evlilik birliği hususunda tarafların rızalarının uyuşmasını ifade

1) *Sponsio* zaman itibarıyla en eski kefalet muamelesiydi. Burada kefil bir başkasının borcunu - borçlu ödemediği takdirde - yerine getirmeyi şekilci bir muamele ile üstlenirdi (Gai. 3, 115-127). *Sponsio* ancak Romalıların yapabildiği, yani *ius civile*'ye giren bir muameleydi.
Sponsio ile yapılan nişanlanmada *pater familias*, müstakbel damada hâkimiyeti altındaki kadını eş olarak vermeyi taahhüt ederdi. Bu taahhüdün yerine getirilmesi için dava açılabiliyordu. Tabiatıyla nişanlananlar hâkimiyet altında bulunmuyorlarsa, muamele sadece bunlar arasında cereyan ederdi. HAUSMANINGER H. – SELB W., s. 149.

ediyordu[2]. Başka bir deyişle *sponsalia* terimi muhafaza edilmekle beraber nişanlanma şekle bağlılıktan kurtulmuştu. Nişanlanma iradesi herhangi bir şekilde karşılıklı olarak beyan edilebiliyordu; tanıkların imzaladığı bir belge düzenlenebildiği gibi sadece sözlü, sarih veya zımni irade açıklamasıyla taraflar nişanlanabiliyordu. Rızaları bulunmak şartıyla taraflar bulunmadan da veya aracılar vasıtasıyla nişanlanma mümkündü[3].

Nişanlanmanın geçerli olabilmesi için irade beyanları yanında tarafların kural olarak fiil ehliyeti ve evlenme ehliyeti de bulunmalıydı[4]. Bunun yanında evlenme için onayı alınması gereken kişilerin, yani *pater familias*'ın veya vasinin de nişanlanmayı kabul etmeleri gerekiyordu[5].

Klasik sonrası devirde nişanlanma ile birlikte Doğu hukuklarının tesiriyle nişanlanan erkeğin kız tarafına *arra sponsalicia* vermesi âdeti yerleşti. Eğer erkek haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozarsa, *arra*'yı kaybeder, kız tarafı bozarsa iki katı olarak geri vermek zorunda kalırdı (C. 5, 1, 5). Nişanda yüzük *(anulus sponsionis causa)* takılması usulü ilerlemiş devirlerde yerleşmişti. Nişan yüzüğü bugün tarafların nişanlı olduğunu göstermek işlevini yerine getirmektedir. Ancak yüzük ve nişan töreni olmasa da tarafların birbirlerine evlenme vaat ettiği başka durumlardan da çıkarılabilir; kadın ve erkeğin oturacakları evi birlikte seçmeleri, gelecek için planlar yapmaları, evlenildiği zaman eve döşenecek mobilyaların satın alınması, evlenme isteğinin açıklanması gibi emareler tarafların nişanlı olduklarının kanıtları olabilir.

---

2) D. 23, 1, 4 pr'da Ulpianus nişanlanma için sadece karşılıklı irade uygunluğunun bulunmasını yeterli görmektedir. D. 23, 1, 11 baba hâkimiyet altındaki kızın nişanlanmayı mutlaka kabulünü aramaktadır. Başka bir deyişle klasik devirde bir hâkimiyet altında bulunan kızı *(filia familia)* iradesi hilafına nişanlamak mümkün değildi. Bununla beraber babasının isteğine karşı çıkmayan kızda nişanlanmak iradesinin mevcut olduğu farzediliyordu. *Pater familias*'ın ahlaksız ve şerefsiz bir kişiyle kızını nişanlamak istemesi halinde, kızın karşı koyma hakkı vardı (bkz. D. 23, 1, 12; D. 23, 1, 13).

3) Nişanlı tarafların rızası önceden veya sonradan alınabiliyordu. (D. 23, 1, 4, 1; D. 23, 1, 5). D. 23, 1, 18'de Ulpianus nişanlanmaların aracılar yoluyla yapılmasının çok görüldüğünü vurgulamaktadır.

4) D. 23, 1, 8'de Gaius akıl hastalığının nişanlanmaya engel teşkil ettiğini açıkladıktan sonra nişanlanmadan sonra ortaya çıkan akıl hastalığının nişan bağını geçersiz kılmayacağını belirtmektedir. Hukukçu Modestinus nişanlanma için yaş sınırı konulmadığını, bu nedenle yaptıkları işi idrak edebilecek olan çok genç yaştaki insanların bile geçerli olarak nişanlanabileceğini ifade etmektedir. Modestinus'a ait bu metne (D. 23, 1, 14) bir ilave yapılarak asgari yaş olarak yedi yaşın bitirilmesi aranmıştır. Bu konuda bkz. D. 23, 1, 9; D. 23, 1, 16.

5) D. 23, 1, 7'de Paulus, hukukçu Iulianus'un kızının nişanlanmasına açık olarak karşı çıkmayan babanın onayının bulunduğundan söz ettiğini açıklamaktadır.

Taraflar serbest iradeyle nişanlanabildikleri gibi yine iradeleriyle nişanlılık durumuna son verebilirler. Roma Klasik Hukuku evlenmenin gerçekleştirilmesi için her türlü zorlamanın karşısındaydı. Nişanlı taraflardan biri veya ikisi karşılıklı iradeyle evlenmekten vazgeçtiğini açıklayabilirdi[6]. MK. m. 119'da evlenmekten kaçınan tarafa dava açılamayacağı belirtilmektedir. Bu nedenle nişanı bozan tarafa dava açılarak hâkim kararıyla evliliğin karar altına alınması mümkün olmadığı gibi evlilik meydana gelmediğinden dolayı uğranılan zararların tazmini de istenemez.

Nişan bozulduktan sonra verilen hediyelerin iadesi gerekiyordu. Bu konuda İmparator Constantinus'un bir emirnamesinde (C. 5, 3, 15) eski hukukçuların evlenme gerçekleşmese bile nişanlı kadına verilmiş hediyelerin geri alınmayacağı şeklindeki görüşün artık kabul edilmediği belirtildikten sonra nişanlılar arasındaki hediyeler (bağışlamalar) konusunda şöyle bir düzenleme getirildiği açıklanmaktadır; kurulacak evlilik dolayısıyla nişanlı erkek nişanlı kadına hediye vermiş ve nişanlı erkek artık nişanlısıyla evlenmek istemiyorsa, hediyeler geri alınmayacaktır. Buna karşılık evliliğin meydana gelmesine kadın veya babası sebep olmuşsa, hediyeler bir sebepsiz iktisap davası veya *actio in rem utilis* ile geri istenebilecektir[7]. Nişanlı kadın nişanlı erkeğe hediye vermişse, yine aynı esaslar uygulanacaktır. Bunun dışında yukarıda belirtildiği gibi nişanı bozmak dolayısıyla tazminat istenemiyordu. MK. m. 120 ise nişanlılardan biri «haklı sebep» yaratmışsa uygun tazminat ödenmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır[8]. Bu maddi tazminat diğer tarafa, ana babasına veya ana baba gibi hareket etmiş kimselere ödenmelidir. MK. m. 121 ise nişanın bozulmasında kusuru bulunması halinde hâkimin uygun bir manevi tazminata hükmedebileceğini düzenlemektedir[9].

6) D. 24, 2, 2, 2'de Gaius nişanın bozulmasında bir tür *fesih ihbarında* bulunulmasının usulden olduğunu belirttikten sonra bunun için şu sözlerin kullanıldığını belirtmektedir: «Seninle evlenmek istemiyorum *(Condicione tua non utor)*».

7) DI MARZO S., s. 180-181, BARON J., s. 59. MK. m. 122 nişanın bozulması, nişanlılardan birinin ölümü veya gaipliğine karar verilmesi durumunda verilmiş mutad dışı hediyelerin geri istenebileceğini düzenlemiştir. Hediye aynen mevcut değil ise, karşılığı için sebepsiz iktisap davası açılabilecektir. Krş. BGB m. 1301.

8) Neyin «haklı sebep» olduğunu hâkim belirler; maddi ve ailevi ilişkilerde aşılması mümkün olmayan güçlükler, diğer tarafın kötü mazisinin ve karakterinin sonradan öğrenilmesi, nişanlılardan birinin başkalarıyla ilişkiye girmesi, taraflardan birinin iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa tutulması gibi vakıalar nişanın bozulması için «haklı sebep» niteliğinde olabilir, ancak yukarıda değinildiği gibi bunun takdiri hâkime aittir.

9) BGB m. 1297 de nişanlanmadan dolayı evliliğe karar verilmesi için dava açılamayacağını belirtmektedir. Aynı kanun (m. 1298 ve 1299) nişanın bozulmasında kusurlu olan tarafın diğer tarafın zararını ödemesi lüzumundan söz etmektedir. Nişanlı erkekle yatmış olan kadın nişanın bozulmasında kusurlu değilse, erkekten uygun tazminat isteyebilmektedir (BGB m. 1300).

2 - Cezai şart, bir edinim (verme, yapma, yapmama şeklinde olabilir) yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödeyeceği bir miktar paradır. Borçlunun yüklendiği edimi ifa etmemesi veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda alacaklı açacağı tazminat davasıyla uğradığı zararı tazmin ettirebilir. Zararın ispatı güçlüğünden kaçınmak isteyen alacaklı borçlu ile yaptığı bir *stipulatio* ile edimin ifa edilmemesi durumunda kendisine bir miktar paranın ödenmesini garanti altına alır. Örnek: Borçlu B, alacaklı A'ya satmış olduğu atı bir ay içinde vermediği takdirde 1000 *As* (Roma parası) ödemeyi taahhüt ediyor. Bu örnekte A bir ay içinde satın aldığı at kendisine verilmediği takdirde, bu yüzden uğradığı zararı ispat etmeye lüzum kalmadan, sadece atın zamanında teslim edilmediğini ispat etmek suretiyle cezai şart olarak kararlaştırılmış olan 1000 *As*'ı almak için *stipulatio*'dan doğan *actio ex stipulatu*'yu açar. Bu tip cezai şarta «gerçek cezai şart» denmektedir. Cezai şartı konu alan borç ilişkisi asıl borç ilişkisinin yanında kurulmaktadır; asıl edimin yerine getirilmemesi durumunda belli bir miktar tazminatın ödeneceği konusunda bir *stipulatio* yapılmıştır. Bu *stipulatio* ise edimin yerine getirilmemesi veya gereği gibi yerine getirilmemesi şartına bağlanmıştır[10].

«Gerçek olmayan cezai şart»ta ise henüz borçlanılmamış bir edimi elde etmek veya yapmama borcunu teminat altına almak için *stipulatio* ile cezai şart kararlaştırılmaktadır: «Araziyi bana devretmezsen, 1000 vermeği taahhüt ediyor musun?» şeklinde *stipulatio* sorusuna olumlu cevap veren borçlu henüz araziyi devir borcu altına girmemiştir[11]. Bu tip cezai şart en

---

dın nişanın bozulmasında kusurlu değilse, erkekten uygun tazminat isteyebilmektedir (BGB m. 1300).

10) I. 3, 15, 7
Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. Et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit, itaque si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adici poena debet: «si ita factum non erit, tum poenae nomine decem aureos dare spondes?» Sed si quaedam fieri, quaedam non fieri una aedemque conceptione stipuletur, clausula erit huiusmodi adicienda: «si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes?»
Stipulatio'nun konusu sadece mal olmaz, fiiler de olabilir: Meselâ bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını taahhüt ettirebiliriz. Böyle *stipulatio*'larda, *stipulatio*'nun kapsamının belirsiz olmaması ve davacının zararını ispat mecburiyetinde kalmaması için bir cezanın ilavesi en iyisidir. Bu yüzden bir şeyin yapılmasına ilişkin *stipulatio* yapan kimse şöyle bir ceza koymalıdır: «Bu böyle yapılmazsa 10 altını ceza olarak vermeği taahhüt ediyor musun?». Buna karşılık aynı *stipulatio*'nun içerisinde kısmen yapmak, kısmen de yapmamak borçlanılmışsa, şöyle bir kayıt konulmalıdır: «Bu anlaşmalara aykırı olarak bir şey yapılmışsa veya yapılmamışsa, ceza olarak 10 altın vermeği taahhüt ediyor musun?».

11) D. 44, 7, 44, 5 (Paulus libro septuagensimo quarto ad edictum)
Si ita stipulatus sim: «si fundum non dederis, centum dare spondes?» sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.

çok maddi değeri olmayan yapmama şeklindeki davranışları zorlamak için getirilirdi. Meselâ B, A'ya hergün saat 14.00-17.000 arasında çalgı çalmamayı taahhüt ediyor. Aksine davrandığı hergün için 10 *As* ödeme borcu altına giriyor. Başka türlü dava edilemeyecek edimler *stipulatio*'ya konulan cezai şart sebebiyle dava edilebilirdi[12].

Cezai şart miktarı önceden tayin edilmiş götürü tazminat miktarı niteliğindedir. Sözleşmeye aykırılık hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı edimin ödenmemesi durumunda ya asıl borç ilişkisinden giderek zararını ispat suretiyle tazminat talep edebilir ya da sadece edimin ifa edilmediğini kanıtlayarak cezai şart olarak konulmuş miktarı ister[13]. Borçlunun cezai şartı ödeyerek akitten kurtulmak imkânı kural olarak yoktur, çünkü alacaklı cezai şartı almayıp esas borcu istemekte serbesttir[14]. Cezai şart edimin geç yerine getirilmesi için konulmuşsa, alacaklı hem asıl edimi talep edebilir hem de meselâ para borcunun geç ödenmesinden dolayı isteyebileceği faizler yerine kararlaştırılmış olan cezai şartı isteyebilir. Bu durumda asıl edim için açılacak dava ile cezai şart için açılacak dava yığılmaktadır[15]. BK. m. 158/II de aynı esası tekrarlamakta, açıkça hakkından feragat etmemişse veya

D. 44, 7, 44, 5 (Paulus'un beyanname şerhinin 74. kitabından).
Seninle şöyle bir *stipulatio* yapmışsam «araziyi vermemiş olursan, bana 100 vermeği taahhüt ediyor musun», *stipulatio*'dan sadece 100 borçlanılmıştır, ancak arazi ifa edilebilecektir.
Bu halde arazi ile ilgili bir sözleşme ortada yoktur. Ancak asıl istenen 100 değil, arazidir. Yapılan *stipulatio* sözleşmesiyle sadece 100 ödemek borcu altına girilmiştir. Arazi verilirse. 100'e ilişkin *stipulatio*'nun bir hükmü kalmayacaktır. Buradaki durum seçimlik yetkiye *(facultas alternativa)* benzemektedir. Seçimlik yetkide borcun konusu tektir, yani belli bir edim borçlanılmıştır, fakat borçlu başka bir edimi ifa etmek suretiyle borcunu yerine getirmiş olacaktır. Borçlu altın borçlanmıştır ama, araziyi vermek suretiyle borcunu yerine getirmiş olmak yetkisi kendisine tanınmıştır. 100 nevi borcu oluşturduğundan, bunun ifası imkânsız hale gelemeyecektir. Buna karşılık alınması asıl düşünülen edimin ifasının imkânsız hale gelmesi mümkündür (meselâ o arazinin düşman tarafından zaptedilmesi gibi). KRELLER H., s. 335, SIBER H., s. 260.

12) DI MARZO S., s. 374, D. 45, 1, 38, 1; D. 23, 4, 12, 2 ve D. 2, 14, 10, 1'e göre alacaklı şekilsiz bir anlaşma *(pactum de non petendo)* ile alacağını ibra ettiği halde alacağı istemek için dava açarsa, borçlu ya bir *exceptio doli* ileri sürebilir ya da -yapılmışsa- cezai şart sözleşmesine dayanarak *actio ex stipulatu* ile cezai şartı isteyebilirdi.

13) BK. m. 158/I. Roma Hukukunda böyle bir durumda asıl edim dolayısıyla dava açıldıktan sonra cezai şart da istenirse buna bir def'i ileri sürülebilirdi. D. 44, 4, 4, 7. İlk dava bir iyiniyet akdinden *(contractus bonae fidei)* doğmuşsa, ikinci davanın reddedilmesi için *formula*'da bir def'inin bulunması gerekli değildi. D. 19, 1, 28. KASER, M., s.519 dn. 8. D. 19, 1, 28 ve D. 17, 2, 71 pr. Zararı cezai şarttan fazla olan alacaklının asıl edimin bulunduğu sözleşmenin davasını açarak farkı isteyebileceğine ilişkin emareler taşımaktadır. BK. m. 159/II bu durumda alacaklının borçlunun edimin ifasındaki kusurunu ispat etmedikçe fazlayı isteyemeyeceğini belirtmektedir.

14) BK. m. 158/III borçlunun cezai şart ödemek suretiyle akitten dönebilmek hakkına sahip olduğunu kanıtlayabileceğinden söz etmektedir.

15) SIBER H., s. 261-262.

çekince koymuşsa, alacaklının asıl edim ile birlikte cezai şartı da talep edebileceğini düzenlemektedir. BK. m. 161 tarafların cezai şartın miktarını serbestçe belirleyebileceklerini, ancak çok aşırı cezai şartın hâkim kararıyla indirilebileceğini belirtmektedir.

Asıl edimin yerine getirilmesi başlangıçtan itibaren imkânsız idiyse, cezai şartı içeren *stipulatio* da geçersiz olurdu[16]. Başka deyişle cezai şarta bağlanmış edim borçlunun dışında kalan, sorumlu olmadığı sebeplerden ifa edilememişse, cezai şartın ödenmesi gerekmezdi[17]. Aynı hususu BK m. 163 düzenlemekte, borcu ifasının borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir nedenle mümkün olmaması durumunda cezai şartın tediyesinin talep edilemeyeceğini söylemektedir.

Cezai şart bir yapmama borcuna riayet için konulmuşsa, buna aykırı davranıldığı zaman cezai şart muaccel olurdu, yani ödenmesi gerekirdi[18]. Belli bir davranışta bulunma için vade saptanmış ve bu vade geçmişse, vadenin geçmesiyle cezai şartın ödenmesi gerekirdi[19].

Romalılar «zorla evlilik olmak» kuralına bağlı olduklarından nişanlıları dolayısıyla evlenmeğe zorlamaya yönelik bir cezai şartı da ahlâk ve adaba aykırı sayarlardı. Böyle bir cezai şarttan dolayı açılmış davaya karşı *exceptio doli* ileri sürülürdü[20]. MK m. 119'da evlenmeden kaçınılması halinde tazminat verilmesi şart kılınmış ise bu şartın muteber olmadığını söylemektedir (Aynı hükmü BGB m. 1297 tekrar etmektedir).

3 - Roma Hukukuna göre geçerli bir evlilik *(iustum matrimonium)* için eşler arasında *conubium* hakkının bulunması ön şarttı. *Conubium* hakkı esas

16) D. 45, 1, 69. Ancak bu durumu, yani imkansızlığı davalı ispat etmeliydi.

17) Cezai şartın muacceliyeti için borçlunun kusurunun gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. D. 22, 2, 9; D. 45, 1, 8, KASER M., s. 520.

18) D. 45, 1, 122, 6'da hukukçu Scaevola şöyle bir olayı ele almaktadır. İki kardeş kendilerine kalan mirası aralarında paylaşmışlar, bu paylaşmaya aykırı davranılması hali için karşılıklı *stipulatio*'larla cezai şart koymuşlardır. Kardeşlerden birisinin ölümünden sonra sağ kalan kardeş ölenin mirasçılarından diğer payı da -bu kısmın babası tarafından *fideicommissum* olarak kendisine bırakıldığı gerekçesiyle- talep etmiştir. Ancak bu konuda da taraflar arasında uzlaşma yapıldığından hukukçu bu durumda cezai şartı talep etmenin unsurlarının gerçekleştiğini belirtmektedir. Bu konudaki diğer bir metin D. 19, 2, 54, 1'dir. Bu metnin tercümesi için bu olayın metinler bölümüne bkz.

19) D. 2, 11, 10, 1. Borçlunun temerrüde düşmesi yüzünden muaccel olan cezai şart, temerrüdün sona ermesiyle ortadan kalkmazdı *(semel commissa poena non evanescit* - Muaccel (istenebilir) hale gelmiş olan ceza ortadan kalkmaz). Bu özdeyiş D. 4, 8, 23 pr'dan türetilmiştir.

20) D. 45, 1, 134 pr. Bu enteresan metnin tercümesi için meselenin metinleri bölümüne bkz.

itibariyle Roma vatandaşlarının bir hakkı, imtiyazı idi. *Lex Canuleia*'ya (M.Ö. 445) kadar *patricius*'larla *plebs* arasında evlenmek hakkı yoktu. Hür doğan Romalılarla azatlılar arasında da *conubium* mevcut değildi. Augustus döneminde çıkarılan evlenme kanunlarıyla azatlılar ile *senatus* sınıfı üyeleri arasında evlenme yasak edilmiştir. Yabancılarla *(peregrini)* muteber evlenme yapabilmek için bu yabancıya *conubium* hakkının tanınmış olması gerekliydi[21]. Evlenme için buluğa ermiş, yani ergen hale gelmiş olmak gerekiyordu. Iustinianus bu konuda klasik devirde Proculianus mektebi tarafından ileri sürülen, erkek için 14 yaşını bitirmiş olmayı esas aldığı gibi klasik devirde üzerinde tartışma olmayan, kadınlar için 12 yaşı esas kabul etmişti[22]. (I. 1, 22 pr).

Patria potestas altında bulunan tarafların evlenme için iradeleri yetmezdi, *pater familias*'ların da onayı gerekiyordu. Kadının *pater familias*'ının onay vermeğe zorlanabileceği kabul edildiği gibi, *pater familias*'ın kızını zorla evlendiremeyeceği belirtilmektedir (D. 23, 2, 19; D. 23, 2. 2)[23].

Roma'da tek evlilik prensibi (monogami) cari idi. Gaius (Gai. 1, 63). bir kadının iki kocası, bir kocanın iki karısı olamayacağını, yani çift evliliğin (bigami) mümkün olmadığını ifade etmektedir. MK m. 145/I evliliğin butlan sebepleri arasında bu durumu da saymaktadır.

---

21) Romalılar ile Latinler ve yabancılar *(peregrini)* arasında evlenme ancak bunlara *conubium* imtiyazı verilmiş olması halinde mümkündü. Bu durumda böyle bir evlilik *ius gentium*'a göre değil, *ius civile*'ye göre geçerlidir. Kölelerin *conubium*'u yoktu (Gai. 1, 56; Epitome Ulpiani 5, 4-5).

22) MK. m. 124/I «erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez». Ancak MK m. 124/II hâkimin önemli sebebin varlığı halinde ve fevkalade hallerde ana, baba veya vasiyi dinleyerek on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebileceğini açıklamaktadır.
Paulus Sententiae 2, 9, 7 akıl hastalarının da muteber evlenme yapamayacağından söz etmektedir. D. 1, 6, 8 pr'da Ulpianus akıl hastasının gerçi evlenemeyeceğini, fakat evliliği sürdürebileceğini, akıl hastası babanın çocukları üzerindeki hâkimiyetinin devam edeceğini, karının veya kocanın veya her ikisinin akıl hastası olmasının hâkimiyet durumunu etkilemeyeceğini anlattıktan sonra akıl hastası babanın çocuğunun elde ettiği iktisap etme imtiyazından da faydalanmaya devam edeceğini vurgulamaktadır (D. 1, 6, 8, 1). MK m. 125 sadece temyiz kudreti olanların evlenebileceğini, akıl hastalarının asla evlenemeyeceğini düzenlemekte, MK m. 145/2-3 akıl hastalığını ve temyiz kudretinin yokluğunu butları sebebi olarak saymaktadır. MK m. 165 ise boşanma sebebi olarak akıl hastalığının şartlarının belirlemektedir.

23) Erkek torun büyükbabasının hâkimiyetinde ise sadece *pater familias* olarak büyükbabanın izni yetmez, babanın da izni gerekirdi (D. 23, 2, 16, 1). MK m. 126 küçüğün, MK m. 127 kısıtlının yasal temsilcisinin izni olmadıkça evlenemeyeceklerini hükme bağlamıştır.

Belli bir dereceye kadar kan hısımlığı olan kişiler arasındaki evlenmeler batıl olurdu. Böyle kimselerin cinsel ilişkisi *incestum* suçunu oluşturur ve cezalandırılırdı. Usul ile füruu arasında evlenme yasağı olduğu gibi klasik devirde üçüncü dereceye kadar civar hısımları arasında da bu yasak mevcuttu. Sıhri hısımlık, yani eşlerden biri ile diğerinin akrabaları arasındaki hısımlık da belli bir dereceye kadar evlenme engeli teşkil ediyordu. Kaynana-kaynata, üvey ana ve baba, üvey evlatlar ile geçerli evlenme yapmak mümkün değildi[24]. MK m. 129 aralarında evlenme yasağı bulunan kimseleri belirledikten sonra MK m. 145/4 böyle bir evliliğin batıl olduğu hükmünü koymaktadır.

D. 23, 2, 59 devamında Paulus, vasinin vesayeti altındaki kişi ile evlenemeyeceğinden bahsetmektedir. Bu yasak İlk İmparatorluk döneminde getirilmişti.

Dul bir kadın kocasının ölümünden sonraki on ay içinde evlenemeyeceği şeklindeki eski hukuk ve klasik hukuk kuralı (D. 3, 2, 11, 1) daha sonra boşanmayı da içine alacak şekilde genişletilmiş ve süre de bir yıla çıkarılmıştı. Amaçlanan doğacak çocuğun nesebinin karışmaması, bu konuda tereddütün doğmamasıdır. (Buna *turbatio sanguinis* - kanın karışması denmekteydi). Klasik devirde evlilik geçerli kalmakla beraber kadın *infamis* oluyordu. On aylık sürenin hamileliğin devamı süresi kadar tutulduğu anlaşılmaktadır. MK m. 132 bu sürenin kocanın vefatından, boşanmadan veya evliliğin butlanından sonra üçyüz gün olduğunu belirterek kadının evlenemeyeceğini düzenlemektedir. Ancak kadının bu süre içinde evlenmiş olması evliliğin iptaline neden olmamaktadır (MK m. 162)[25].

4 - Evlilik Roma'da her şeyden önce ahlâki ve sosyal kurumdur. Bu konuda aile hukukunda evlenmenin ve boşanmanın serbestliği ilkesi geçerlidir.

Bir kadın ile erkek arasındaki evlilik ile oluşan aile insanlar arasındaki en önemli bağ olduğu aile, sağlıklı toplum yapısının da özünü teşkil eder.

Romalılar evlenmenin kadın ile erkek arasında özel bir ilişki yarattığını düşünerek prensipte devletin evliliğe müdahalesinden yana olmamışlar-

24) Pamponius D. 23, 4, 8'de bu azatlının azat edilmesi annesi veya kızkardeşi ile evlenemeyeceğini, çünkü bunun kanunlarla değil, geleneklerle düzenlenmiş olduğunu belirtmektedir. Evlat edinme ile kurulan hısımlık ilişkisi de evlat edinen ile evlat alınanın evlenmesini engelliyordu. Evlat edinme ilişkisi sona erse bile, meselâ evlat edinilen hâkimiyetten çıkarılsa bile, bu yasak devam ederdi. Ancak evlat edinme ile kurulan civar hısımlığı - evlat edinme ilişkisi bittikten sonra- evlenme engeli değildi (Gai. 1, 59-61). MK m. 129/3 de evlat edinme ile ortaya çıkan evlenme yasağını düzenlemiştir. (Bkz. SİBER H., s.37).

25) Evlenme manileri konusunda fazla bilgi için bkz. DI MARZO S., s. 184-191; AYİTER K., Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ankara 1960, s. 11-13.

dır. Ancak kadın ile erkeğin bu beraberliği çocuklar üzerindeki hâkimiyet, karı koca mal ilişkileri gibi çeşitli yönlerden önemli olduğu için hukukçular evlenmenin adetâ yansıması olan bu meseleler üzerinde dolayısıyla daha fazla durmuşlardır.

D. 23, 2, 1 (Modestinus libro primo Regularum)

Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani communicatio D. 23, 2, 1 (Modestinus'un hukuk kurallarına ait 1. Kitabından) Evlilik bir erkek ile kadının birleşmesi, tüm hayat ortaklığı, ilahi ve beşeri hukukun bir birliğidir[26].

Yukarıda belirtildiği üzere evlenme - bugünkünden farklı olarak - tarafların karşılıklı iradesiyle *(consensus)* oluşur[27]; bu iradelerin herhangi bir şekle bağlı olarak açıklanması gerekmez, taraflar evlenme niyetiyle *(affectio maritalis)* biraraya geldiklerinde evlenme iradesi objektifleşmiş olur, yani toplumun üyeleri artık bu çifte evli gözüyle bakarlar[28]. Bu *affectio maritalis,* yani evli olmak niyeti evlilik boyunca sürmelidir, ortadan kalkarsa evlilik de ortadan kalkar. Evli sayılmak için birlikte yatmak yetmez, tarafların hayat boyu sürmesi amacıyla evlilik içinde birlikte yaşamaları gerekir[29]. Evlilik için gerekli *consensus*'un oluşması ve devam etmesi şarttır.

Consensus facit nuptias (evlenmeyi irade uyuşması meydana getirir) özdeyişi günümüzden ziyade Roma Hukukuna uymaktadır. Karşılıklı evlenme iradeleri herhangi bir şekilde açıklanabilir. Bu konuda tarafların iradeleri yanında hâkimiyeti altında bulundukları kişilerin de rızası gerekiyordu

26) I, 1, 9, 1'de Iustinianus, evliliğin karı ile koca arasında bölünmez hayat arkadaşlığını içeren birlik olduğunu ifade etmektedir.

27) KRELLER H., s. 126. Günümüzde de evlilik için eşlerin iradesi ana şarttır, ancak bunun yanında devletin getirmiş olduğu çeşitli formalitelerin yerine getirilmesi gerektiği gibi eşler iradelerini kanunda öngörmüş şekillerde açıklamalıdırlar. MK. m. 134 vd. Evlenmenin şekle bağlanması Ortaçağ'da olmuştur. Roma Devletinin hiçbir döneminde evlenmenin muteberiyeti için devlet müdahale etmemiştir. Hıristiyanlığın Roma Devletinin resmî dini haline gelmesinden sonra da bu durumda bir değişiklik olmamıştır. Ortaçağ'da toplumun tek hâkimi olamayan, hâkimiyeti kilise ile paylaşan devlet evliliğin hükümlerinin düzenlenmesini kiliseye bırakmıştı. Kilise evliliği dini muamele olarak görmüştür. Devletin gücünü kiliseye de kabul ettirmesiyle evliliğin inikadı ve bozulması kontrola alınmıştır. Ancak bu konuda Hıristiyanlık dininin etkileri devam etmiştir. Modern kanunlardaki evlilik hukuku ile ilgili şekiller kanunlara Roma Hukukunun değil, Hıristiyanlığın etkisiyle girmiştir.

28) D. 24, 1, 32, 13: ... *non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*... zira evliliği cinsi münasebet değil, evlenme niyeti meydana getirir. *Affectio maritalis* için bkz. D. 39, 5, 31 pr; D. 24, 1, 31; AYİTER K., s. 9; KASER M., s. 321; HAUSMANINGER H. - SELB W., s. 153.

29) D. 50, 17, 30'da Ulpianus bir hukuk kuralı olarak «evliliğin birlikte yatmadan değil, karşılıklı iradeden doğduğunu» belirtmektedir.

(D. 23, 2, 2)[30]. Evlenmek isteyen erkeğin *pater familias*'ı dedesi ise, dedenin rızası yanında babasının da onayı aranıyordu. Baba temyiz kudretine sahip değilse, büyükbabanın iradesi yeterliydi (D. 23, 2, 9; D. 23, 2, 16, 1). Aile evladının evlenmeye zorlanamayacağı da belirtilmiştir. (D. 23, 2, 21). *Sui iuris* olduğu için vesayet altında olan kadının evlenmek için vasisinin *auctoritas*'ına (D. 23, 2, 20), *emancipatio* ile hakimiyetten çıkarılmış erkek evladın evlenmek için babasının rızasına ihtiyacı yoktu (D. 23, 2, 25).

Tarafların evlendiklerini gösteren en önemli bir kanıt *deductio in domum*'dur, yani kadının kocasının evine belli bir merasime uyularak götürülmesidir. Örf ve âdetlere dayanan bu usul, özellikle evlenmenin mektupla veya temsilciler vasıtasıyla yapıldığı hallerde evliliğe karinedir (D. 23, 2, 5).[31].

Honor matrimonii (evlilik şerefi) *ius civile*'ye göre evlilik olarak kabul edilmeyen *concubinatus*'tan ayıran en önemli unsurdu[32]. *Honor matrimonii* bir kadınla erkeğin toplumda karı koca olarak yerini almasını ifade ederdi[33]. Eşler birbirlerine toplum anlayışına göre gerekli saygı ve itibarı göstermeliydiler (D. 24, 1, 32, 13). Bununla beraber kadının koca ile eşitliği söz konusu değildi. *Alieni iuris* kadın *manus* altına girmişse, kocasının (veya kayınpederinin) *patria potestas*'ı, *manus* altına girmemişse, kendi *pater familias*'ının hâkimiyeti altında olurdu[34]. Evlenmeden önce *sui iuris* ise, *manus* altına girmezse, yine *sui iuris* kalırdı. Burada evlenme ile *manus* altına girmenin farklı olgular olduğu belirtilmelidir[35].

---

30) Boşanmış eşlerin birbirleriyle yeniden evlenmeleri durumunda bunun hukuken geçerli bir evlilik sayılması için babalarının buna razı olmaları gerekiyordu (D. 23. 2. 18).

31) AYİTER K., s. 11; UMUR Z., Lügat, *deductio in domum mariti*.

32) *Concubinatus*, evlilik birliğini kurmadan kadın ve erkeğin birlikte yaşamalarına denirdi. Bu evlilikte *honor matrimonii* unsuru ve *affectio maritalis* mevcut değildi. Klasik devirde özellikle Augustus'un bazı evlilikleri yasak eden kanunları sonra daha çok görülmeye başlanmıştı. Böyle bir beraberlikten doğan çocuklar evlilik dışı sayılırlardı. *Liberi naturales* denilen bu çocukların nesebi postklasik devirde ana babanın evlenmesiyle veya -bazı şartlarla- İmparatorun kararı ile düzeltilebilirdi. *Concubinatus* hakkında bkz. AYİTER K., s.14.

33) *Honor matrimonii* için bkz. KASER M., s. 322; DI MARZO S., s. 177, 201.

34) Evli kadının *pater familias*'ı, kocasının *manus*'u altına girmediği için, *interdictum de liberis exhibendis item ducendis* ile geri isterse, buna karşı bir def'i ileri sürülebiliyordu (Bu def'i ile uyum içinde süren evliliğin bozulmaması gerektiği ifade ediliyordu D. 43, 30, 1, 5).

35) *Manus* hâkimiyeti ifade etmektedir. Evlilik olduğu halde *manus* olmayabilirdi. Ancak hısımlık için *agnatio*'nun önemli olduğu eski ve klasik devrin başlarında evlenen kadının *confarreatio* veya *coemptio* ile kocasının (veya kocasının *pater familias*'ının) hâkimiyeti altına girdiği çok görülmektedir, çünkü ancak bu şekilde kadınla doğurduğu çocuklar arasında hısımlık ilişkisi ortaya çıkıyor ve kadın mirastan pay alabiliyordu. Bir yıl süreyle kocasının evinde yaşayan kadın zamanaşımı ile *manus* altına girmekteydi. Bunu, yani za-

Kadın *manus* altına girmemiş olsa bile kocasının sosyal durumunu iktisap ederdi. Evlenen kadın kocasının sosyal mevkiini ve yaşamındaki payesini paylaşırdı (D. 1, 9, 1, 1)[36]. Böyle bir evlilikten doğan çocuklar evlilik içi doğmuş olurlar, babalarının hâkimiyeti altına girerler ve Roma vatandaşı olurlardı[37].

Erkekten daha çok kadın kocasına sadakat göstermekle yükümlüydü. Zina sırasında yakalanan kadın öldürülebilir veya zina suçu *(adulterium)* ile dava edilebilirdi[38].

Eşler evliliğin devamı sırasında hırsızlık nedeniyle birbirlerini dava edemezlerdi[39]. Eşler birbirleri aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamazdı[40].

5 - Evlilik çeşitli sebeplerle sona erebilirdi. Bunlardan en tabii olanı eşlerden birinin ölümüdür. *Capitis deminutio maxima* (hürriyetin kaybı) ve *capitis deminutio media* (vatandaşlığın kaybı) da evliliğin artık geçerliliğini yitirmesi, yani *matrimonium iustum* denilen *ius civile*'ye göre evliliğin ortadan kalkması sonucunu doğururdu[41].

Boşanma *(divortium)* taraflar arasındaki evlilik niyetinin *(affectio maritalis)* sona ermesi halinde evlilik bağının ortadan kalkmasına denmek-

---

manaşımını engellemek için üç geceyi başka bir yerde geçirmeliydi. AYİTER K., s.8, *manus* evlenen kadının mal durumudur, demektedir. Ona göre *manus* sadece mal rejimlerini ilgilendirir. Bu konuda bkz. AYİTER K., s.10, 16-19; UMUR Z., Lügat, *conventio in manum*.

36) Kadının ikametgâhı kocasının ikametgâhı idi (D. 5, 1, 65).

37) Bir Romalı evlendiği kadını Romalı zannettiği takdirde, böyle bir evlilikten doğan çocuklar evlilik içi sayılmazdı, çünkü *conubium* (evlenme hakkı, *ius civile*'ye göre muteber evlilik yapmak hakkı) yoktur. Bu çocuklar ananın durumuna tâbi olurlar, yani babanın *patria potestas*'ı altına girmezlerdi. Ancak bu hata kanıtlanırsa, bir *senatus* kararına göre hem kadın hem çocuklar Roma vatandaşlığını elde ederler ve çocuklar da babalarının hâkimiyetine girerlerdi, Gai. 1, 65-67. UMUR Z., Lügat, *Erroris Causae Probatio*.

38) KASER, M., s.323; DI MARZO S., s.191-192; UMUR Z., Lügat, *adulterium*.

39) D. 25, 2, 1. KASER M., s.323, bu hususun tartışmalı olduğu belirtilmektedir.

40) D. 22, 5, 4.

41) D. 24, 2, 1 evliliğin ölüm, harpte esir düşme veya eşlerden birinin diğer bir sebeple köle durumuna düşmesi ile nihayete ereceğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. D. 49, 15, 12, 4. Romalılara tanınmış bir imtiyaz olan *ius postliminii* (Bkz. UMUR, Z., Lügat) evliliğin tekrar vücut bulmasını sağlayamazdı. D. 24, 2, 6'da Iulianus, kocası esir düşmüş kadınların kolayca yeniden evlenemeyecekleri için evli sayıldıklarını söyledikten sonra kocanın yaşadığı kesin olduğu sürece kadınların yeniden evlenemeyeceklerini, aksi halde *repudium*'a (bkz. aşağıda) sebep olacağını belirttikten sonra karının esir düşmesi halinde de bu esasların geçerli olacağına işaret etmektedir. Kadının evlenmesi için kocanın esir düşmesinden itibaren beş yıl geçmesini arayan hükmün Iustinianus'un yeniliği olduğunda fikir birliği mevcuttur, bkz. KASER M., s.325.

tedir[42]. Evlilik Roma Hukukunda karşılıklı rızaya, *consensus*'a dayandığından, evlilik konusundaki *consensus* sona erdiğinde eşler boşanmış olurdu[43]. Bu durum günümüzden farklıdır, taraflar arasında evlilik birliği sarsılmış olsa, hatta taraflar boşanmaya karar verseler bile evlilik bağı ancak hakimin kararıyla ortadan kalkar. Türk Hukukunda boşanma sebepleri MK. m. 161-166'da düzenlenmiştir.

Yine günümüzden farklı olarak klasik devirde boşanma sebepleri yoktur.

D. 24, 2, 2 pr (Gaius libro undecimo ad edictum provinciale)

Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium.

D. 24, 2, 2 pr (Gaius'un eyalet beyannamesine yazdığı şerhin 11. kitabından)

Boşanma *(divortium)* fikirlerin farklılığına veya evliliği sona erdirenlerin farklı olmalarına denir.

Hıristiyanlığın kabulüne kadar boşanmada tam serbestlik ana prensipti. Hatta Hıristiyanlığın tesiriyle getirilmek istenen kısıtlamalar Roma toplumunda tutmamıştır. Bu konudaki prensip *libera matrimonia esse antiquitus placuit* (eskiden beri evliliklerin serbest olmasına müsaade edilmiştir) kuralından çıkmaktadır: Evlenme serbest ise, boşanma da öyledir. Boşanmayı cezai şarta bağlamak netice vermezdi (C. 8, 38, 2).

D. 24, 2, 3'te Paulus, devamlı bir ayrılık meydana getirmek amacıyla yapılmadığı takdirde boşanmanın olmayacağını, öfkeli bir durumda belirtilen niyetin boşanma için yetmeyeceğine, ayrılık idaresinde ısrar edilmesi durumunda boşanmanın varlığından söz edileceğine işaret etmektedir. Ona

42) Evlilik niyetinin eşlerden birinde veya ikisinde ortadan kalkması mümkündü. *Repudium* denilen halde eşlerden sadece biri, eski devirlerde sadece koca, evlilik birliğini bozmak istediğini bildirirdi. Nişanın sona ermesinde «seninle bağlanmak istemiyorum» şeklindeki sözlerle açığa çıkan irade beyanına *repudium* dendiği gibi «malların sende kalabilir» veya «mallarını birlikte götürebilirsin» tarzındaki açıklamalarla, tek taraflı olarak evliliği bozmaya da *repudium* denmekteydi. D. 24, 2, 2, 1-2; D. 50, 16, 191. HAUSMANINGER H-SELB W, s. 157.

43) Uzun bir süre, *pater familias*'ın hâkimiyeti altındaki kişinin evliliğini istediği zaman bozabileceği esası geçerliydi. Erkek çocuklar *(filius familias)* hakkındaki bu yetkisini önce kaybeden *pater familias*'ların kızlara *(filia familia)* ilişkin bu yetkisi daha uzun sürmüştür. bkz. DI MARZO S., s. 198. Iustinianus hukukunda *pater familias* bu yetkisini büyük ve haklı sebep varsa kullanabiliyordu (C. 5, 17, 5 pr.).

göre, bir ayrılık mektubu yolladıktan sonra evine dönen kadın boşanmış sayılmayacaktır[44].

Boşanan kadın *manus* altında ise, *manus* altından çıkarma muamelelerı yapılmalıdır. Bunlar *manus* altına sokan muamelelerin zıddıdır[45].

6 - Muvazaa *(simulatio)* tarafların aslında istemedikleri bir muameleyi sadece görünüşte yapmalarını ifade eder. Başka bir deyişle taraflarda hukuki muamele yapmak iradesi yoktur, ancak irade beyanında bulunarak dış dünyada böyle bir görüntü yaratırlar. Meselâ taraflar görünüşte yaptıkları alım satım akdinin netice doğurmayacağını kararlaştırmışlardır, bu durumda tarafları bağlayan hukuki bağ meydana gelmemiştir (D. 44, 7, 54) [46]. Böyle muvazaaya mutlak muvazaa adı verilir, tarafların gerçek idaresine uygun olmadığından batıldır. Nisbi muvazaada ise iki muamele vardır: Bunlardan bir tanesi tarafların yapmış göründükleri muamele *(negotium simulatum)*, diğeri ise görünüşteki muamelenin arkasına gizlenmiş olan, tarafların iradesine uyan asıl muameledir *(negotium dissimulatum)*. Meselâ taraflar alım satım akdi yapmış görünürler, A, B'ye atını 1 altına satmıştır. Ancak satıcının (A) bu parayı alıcıdan (B) istemeyeceği kararlaştırılmıştır. Buradaki akit alım satım *(emptio venditio)*, arkasında saklanan akit ise bağışlamadır *(donatio)* [47]. Görünüşteki akit batıldır, çünkü taraflarda alım satım akdi yapma iradesi yoktur, B aldığı at karşılığında 1 altını ödemeyecektir, halbuki alım satım tam iki taraflı bir akittir, karşı edim verilmeyecekse karşılık bu-

---

44) D. 24, 2, 4'te Ulpianus, Iulianus'a gönderme yaparak akıl hastası bir kadından *repudium* yoluyla boşanmanın mümkün olduğunu, fakat akıl hastası kadının temyiz kudretinin yokluğu nedeniyle ve vasisinin de bunu yapamayacağını, fakat kadının babasının yapabileceğini söylemektedir.

45) AYİTER K., s.19. Boşanma için bkz. KOSCHAKER P. - AYİTER K., s.308.

46) *Simulatio* kelimesi aslında *simulare* fiilinden, yani gerçek duruma uygun olmayan şekilde davranmaktan türetilmiş bir isimdir, meselâ aile reisi gibi davranmak (D. 14, 5, 6), alacaklı gibi hareket etmek (D. 47, 2, 43), akıl hastası gibi hareket etmek durumunda da gerçeğe uygun olmayan bir görüntü verilmektedir (D. 1, 18, 13, 1; D. 1, 18, 14). Bkz. HEUMANN H. - SECKEL E., Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 10. Auflage, Graz 1958, s.542. D. 18, 2, 4, 5'te bir malın daha iyi teklif kaydı ile taliki şarta bağlı *(tibi sub condicione fit)* olarak veya şartsız, fakat geciktirici şarta bağlı dönme anlaşmasıyla *(recedatur ab emptione ubi pure contrahitur)* satılmış olması halinde yeni alıcının sadece görünüşte mevcut olması durumunda *(falsus emptor)* malın nihai olarak ilk alıcının olacağını, çünkü gerçekte mevcut olmayan bir alıcının daha iyi teklif yapmış sayılamayacağını belirtilmektedir. D. 18, 2, 14 pr ise daha iyi teklif varmış gibi davranıldığı durumda *(si venditor simulaverit meliorem allatam condicionem)*, satıcının hem ilk alıcıya hem de aynı veya daha düşük semenle alım satım yaptığı ikinci alıcıya bağlı olacağını düzenlemektedir. D. 18, 1, 55 ise hayali bir alım satımın yapılmış olmayacağını, bu yüzden malın devrinin gerekmediğini anlatmaktadır.

47) D. 18, 1, 36; D. 19, 2, 46 kira ücretinin gösterişelik olduğu durumlarda kira akdinin gerçekte oluşmayacağını, bu durumun bağışlamaya benzediğini ifade etmektedir.

lunmayacağından alım satım geçerli olmaz. Buna karşılık, eğer gizlenmiş muamele (olayda bağışlama) şekle tâbi veya kanunun emredici hükümlerine aykırı değilse, tarafların gerçek iradelerine uygun olduğundan geçerli olur[48]. Muvazaa BK m. 18'de düzenlenmiştir.

Taraflar aslında istemedikleri halde evlenmiş görünmüşlerse bu geçerli olmazdı. Gaius (D. 23, 2, 30) sadece görünüşte yapılmış evliliğin batıl *(nullius momenti)* olduğu söylemektedir. Burada da taraflar istemedikleri bir şey, yani evlilik için beyanda bulunmuşlardır. Görünüşte evlenmenin sebepleri arasında mesela Augustus'un getirdiği evlenme mecburiyeti koyan kanunlara riayet, olayda olduğu gibi cezai şart korkusu veya evlenme şartı koymuş olan bir vasiyetnameye uymak sayılabilir. Bunun gibi görünüşteki boşanmada geçerli değildir. D. 24, 2, 3'te Paulus, devamlı ayrılık tesisi için yapılmış olmadıkça boşanmanın geçerli olmayacağını belirtmektedir (Ayrıca bkz. D. 24, 1, 64).

Türk Hukukunda evlenme ve boşanmada muvazaa olamaz. Çünkü gerek evlenmede gerekse boşanmada taraf iradesi yetmez. Evlenme iradesine nikah memurunun iradesinin de katılması gerekir[49]. Taraflar evlenme memuru önünde evlenme konusundaki rızalarını beyan ettiklerinde, memur da bunu deftere geçirdiği zaman evlilik hukuk nazarında meydana gelir. Boşanma ise hâkim kararıyla olacağından, hâkim tarafından boşanmaya karar verilmişse, artık taraflarda boşanma iradesi olmasa bile, kanun nazarında evli değillerdir. Roma'da *stipulatio, mancipatio* gibi şekli muamelelerde muvazaa mümkün değildir. Şekle uyulduğu zaman irade ikinci planda kalır, muamele meydana gelirdi.

7 - Hediye etmek hukuk dilinde bağışlama (hibe) olarak ifade edilir. Bağışlama bir kimsenin, diğerine ivazsız kazandırmada bulunması anlamına gelir. Latince *donatio* denilen bağışlama ya bağışlama taahhüdü olarak iltizami muameledir (BK. m. 238) veya elden bağışlama (BK. m. 237) olarak

48) UMUR Z., Ders Notları, s. 206-207. KRELLER H., s. 275. ÇELEBİCAN Ö. K., s. 223-225 Günümüz hukukunda da aynı esas geçirlidir. Yargıtay 1.4.1974 tarih ve ½ sayılı İçtihadı Birleştirme kararında gayrimenkulle ilgili görünüşteki akit alım satım, arkasında gizlenen akit bağışlama ise, alım satımın tarafların gerçek iradesine uygun olmadığı, bağışlamanın ise gerekli şekil şartlarına uygun olmadığı için batıl olduğunu belirtmektedir. Bu konuda fazla bilgi için bkz. OĞUZMAN K., - SELİÇİ Ö., s. 351-353; TEKİNAY S.S. - AKMAN S. - BURCUOĞLU H. - ALTOP A., s. 407-420. Eğer muvazaalı menkul alım satımın arkasında gerçek iradeye uygun bağışlama varsa ve mal teslim edilmişse, alım satım batıl, fakat bağışlama geçerlidir, BK. m. 237-238.

49) Evliliğin butlanına karar verilmesine yol açan butlan sebepleri MK. m. 145'de sınırlı olarak sayılmıştır. Bunların dışındaki sebeplerle evliliğin butlanına hükmedilemez.

tasarruf muamelesidir. Bağışlamanın geçerli olması için karşılıklı irade uygunluğu şarttır[50].

Roma Hukukunda bağışlama klasik devirde ayrı bir akit *(contractus)* tipi olmayıp *stipulatio*'nun uygulanmasıyla gerçekleşirdi. Başka bir deyişle bağışlama *stipulatio*'nun sebebini oluşturur, *donandi causa* (bağışlama sebebi) ile yapılan bir *stipulatio*'dan bahsedilirdi. Mülkiyetin nakline yarayan *mancipatio, in iure cessio* veya *traditio* gibi tasarruf muamelelerinin sebebi bağışlama olabilirdi[51].

Bağışlama neticesinde bir kimsenin malvarlığında azalma meydana geldiği, çok defa mantığa aykırı karşılıksız kazandırmalar yapıldığı için diğer hukuk düzenlerinde de görüldüğü gibi Roma Hukukunda da bağışlama tahdit edilmek istenmiştir. M.Ö. 204 yılında çıkarılan *lex Cincia* adlı bir kanun ile belli bir miktarı, değeri aşan bağışlamaları yasak etmişti. Belli bir dereceye kadar olan yakın akrabalara yapılan bağışlamalar bu yasağın dışında bırakılmıştı. Ancak bu kanun bir *lex imperfecta* idi, yani müeyyidesiz kanundu. Bu kanuna aykırı olarak yapılan bağışlamalar geçersiz olmadığı gibi taraflar ceza da görmezdi. Ancak bağışlanan şey nihai olarak bağışlanan malvarlığına girmemiş ise, meselâ bağışlanan kendisine *stipulatio* ile bağışlanan şeyi dava etmişse, bu davaya karşı bir *exceptio legis Cinciae* ileri sürülebilirdi. Yine malın mülkiyeti devredilmiş, fakat zilyetliği muhafaza edilmişse, açılacak *rei vindicatio*'ya karşı yine bir def'i dermayen edilebilirdi. Fakat bağışlanan değer bağışlayanın malvarlığından çıkıp nihai olarak bağışlananın malvarlığına girmişse, tamamlanmış bir bağışlamadan *(donatio perfecta)* söz edilir, *lex Cincia*'ya dayanılarak geri isteme mümkün olmazdı. Klasik devrin sonlarından itibaren kanunun uygulama alanı biraz daraltılmıştı; bağışlayan ölmüş, dava bağışlayanın mirasçılarına açılmışsa, bağışlayanın mirasçıları kanuna dayanarak def'i ileri süremezlerdi, ölüm ile kanunun uygulanamayacağı *(morte Cincia removetur)* söylenirdi[52].

Olayda aile hukuku alanına giren bir bağışlama olan *donatio ante nuptias* söz konusudur. Son İmparatorluk döneminde *donatio propter nuptias* da denilen bu ivazsız kazandırma erkek tarafından kadına yapılırdı. Bu kazandırma evliliğin varlığı ile yakından ilgiliydi. Eşler arasında, yani

50) Bağışlamadan söz edebilmek için özellikle bağışlayanda bağışlama niyetinin bulunması gerekirdi. *Animus donandi* denilen bu bağışlama iradesi için bkz. UMUR Z., Lügat.

51) Şayet bir sınırlı aynî hakkın tesisi veya kaldırılması ivaz karşılığında yapılmazsa, bu tasarruflar da *causa donandi* yapılmış demektir. Bir borcun ibrası, başka birine ait borcun yerine getirilmesi de bağışlama sebebiyle olabilirdi. Alacağın temliki, başka bir kimseye ait borcun üstlenilmesi de ivazsız yapılabilirdi.

52) Fazla bilgi için bkz. KASER M, s.602 vd; DI MARZO S., s.435 vd; RADO T., s.170 vd.

evlilik meydana geldikten sonra bağışlama yasağı mevcut olduğundan[53], böyle bir bağışlamanın geçerli olabilmesi için evlilikten önce yapılması veya en azından taahhüt edilmesi gerekiyordu[54]. Bu bağışlama da cihaz *(dos)* gibi evlilik sona erdikten sonra kadının geçimini temin etmeye yarardı yani kadına kalırdı[55].

8 - Cihaz *(Dos)*, kadın tarafından erkeğe aile masraflarına katkıda bulunmak üzere verilen *(ad onera matrimonii ferenda)* maddi değeri olan mallardır[56]. *Manus*'lu evliliklerin kural olduğu eski dönemlerde gelenekler kadının *pater familias*'ının kocaya kazandırmada bulunmasını öngörüyordu[57]. Daha sonra *manus*'suz evlilik kural haline geldiğinde de cihaz verilmesi usulüne devam edildi, ancak cihazın yukarıdaki işlevi yanında evliliğin sona ermesi halinde kadının geçiminin sağlanması fikri de yerleşti.

Roma'da eşler arasında mal ayrılığı usulü mevcut olduğundan *dos* kocanın mülkiyetine giriyordu[58]. Maddi değeri olan her şey cihazın konusunu

---

53) Eşler arasındaki bağışlama yasağı örf ve adet hukuku ile uygulamaya girmiştir. Bu şekilde evliliğin maddi menfaatlere dayanmayan bir birlik olduğu vurgulanmış oluyordu (D. 24, 1, 1). Bağışlayanın bağışlananından önce ölmesi halinde bağışlama geçerli kabul ediliyordu. Avusturya, Almanya ve İsviçre - Türk kanunlarının aksine 1942 tarihli İtalyan Medeni Kanunu Roma Hukukunun bu düzenlemesini müdafa etmiştir.
D. 24, 1, 9, 2 ve D. 24, 1, 10'da eşler arasında ölüme bağlı bağışlamaların geçerli olduğu çünkü ölümden sonra karı-koca bağının, ortadan kalktığı belirtilmektedir. Bu durumda lehine bağışlama yapılanın hayatta olması öngörülmüştür. mülkiyet bağışlayanın ölümüyle bağışlananа geçmelidir (D. 24, 1, 11 pr).

54) Bu durum enteresan bir metin olan D. 24, 1, 5 pr'den açık olarak anlaşılmaktadır. Bu metindeki olayda nişanlı bir erkek nişanlısı olan kadına götürülecek bir hediyeyi Titius adlı bir kişiye verir, ancak Titius hediyeyi evlenme gerçekleştikten sonra teslim eder. Bu konuyu ele alan Ulpianus, Titius'u nişanlı erkek görevlendirmişse, bağışlamanın geçerli olmayacağını söylemekte, buna sebep olarak da bağışlamanın evlilikten sonra icra edilmesiyle, yani evlenmeden önce bağışlama meydana gelmiş olacağını, Titius'un hediyeyi evlenmeden sonra vermesinin geçerliliği etkilemeyeceği belirtilmektedir.

55) *Donatio ante nuptias (propter nuptias)* için bkz. AYİTER K., s.43; HAUSMANINGER H. - SELB N., s.163.

56) *Dos*'un konusunu mallar, alacak hakları, irtifaklar, hatta *acceptilatio* ile borçların ibrası teşkil edebilirdi. Kadın erkeğin kendisine verdiği evlilik hediyesini *(donatio propter nuptias)* cihaza çevirebilirdi *(donatio propter nuptias)* cihaza çevirebilirdi *(Donatio propter nuptias in dotem redacta)*. Bkz. KASER M., s.335; KOCSHAKER P. - AYİTER K., s.317 vd.

57) DI MARZO S., s. 203. Evlenen kadın baba hâkimiyetinde ise, malvarlığı olamayacağından evlendiği erkeğe bizzat kazandırmada bulunması mümkün değildi. *Sui iuris* ise ve *manus*'u tesis eden muameleler yapılmışsa, kocasının hâkimiyetine girmek suretiyle tüm malvarlığı kocasının olurdu. Buna karşılık *sui iuris* olarak evlenen kadın, *manus* altına girmezse, evlilik tarafların mal durumunu etkilemezdi.

58) KASER M., s.329. Koca sadece, *sui iuris* olarak evlenen karısının *dos* niteliğindeki mallarının maliki haline gelirdi. Buna karşılık kadının diğer şahsi mallarına *paraphrena* de-

teşkil edebiliyordu. *Dos*'un mülkiyeti kocaya geçtiğinden bunun idaresi de kocaya ait oluyordu. Ancak koca tasarruflarda bulunurken evliliğin sona ermesi halinde bunu iade edeceğini göz önünde tutmak zorundaydı. Augustus zamanında kocanın, *dos*'a giren gayrimenkulleri devredemeyeceği kuralı getirildi. Koca *dos*'u muhafaza etmek, bundan elde edilecek semereleri ailenin geçimi için kullanmak mecburiyetindeydi (D. 23, 3, 7 pr/1). Klasik hukukta bu konuda bütün kusurlarından sorumlu olan kocadan Iustinianus devrinden itibaren kendi işlerinde gösterdiği özeni *(diligentia quam suis rebus)* bekleniyordu. D. 23, 3, 17 pr.

Dos'u kadının *pater familias*'ı, kendisi veya üçüncü şahıs tesis edebilirdi.

Cihaz kocaya tasarruf muamelesiyle devrediliyorsa *dotis datio* söz konusu olurdu. Malın niteliğine göre mülkiyeti nakil muameleleri kullanılırdı.

Borçlar Hukukuna giren taahhüt muameleleriyle cihaz tesis edilirse *dotis promissio* ve *dotis dictio*'dan söz edilirdi.

Dos için muteber bir evlilik mevcut olmalıydı[59]. Eğer *dos*'un mülkiyeti geçirildiği halde evlilik meydana gelmemişse, bir sebepsiz iktisap davası ile *(condictio causa data causa non secuta)* geri istenirdi.

Evlilik sona ererse, *dos* aile masraflarını karşılamak işlevini yitirdiğinden ve kadının geçiminin sağlanması söz konusu olduğundan, geri verilmek gerekirdi. Zamanla *dos*'un kadının kocaya emanet ettiği mallar olduğu fikri de yerleşmiştir. Boşanma vaki olmuş veya evlilik kocanın ölümüyle sona ermişse, kadın *actio rei uxoriae* denilen davayı açar, hâkim erkek tarafından iade borcunun kapsamını belirlerdi. Bu bağlamda koca, lüzumlu ve faydalı masraflarını alırdı[60].

9 - B'nin boşanma sırasında yedi aylık hamile olmasına çeşitli neticeler bağlanır.

---

nir, bunlar kadının mülkiyetinde kalmaya devam eder, kadın isterse kocaya bunların idaresini tevdi ederdi, bkz. UMUR Z., Lügat, *parapherna.*

59) D. 23, 3, 3 (Ulpianus libro sexagesimo tertio ad edictum).
Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonio, quae consistere non possunt; neque enim dos sine matrimonio esse potest. ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.
D. 23, 3, 3, (Ulpianus'un beyanname şerhinin 63. kitabından)
Cihaz mevcut olması mümkün olmayan evliliklere ilişkin olamaz, zira evlilik olmadan cihaz olmaz. Bu nedenle evlilik isminin olmadığı yerde cihaz da olamaz.

60) *Dos* ile ilgili çeşitli meseleler hakkında bkz. AYİTER K., s.20-42.

Roma Hukukunda da esas itibarıyla hak ehliyeti doğumla başlar, ana rahminde bulunan çocuk, yani cenin *(nasciturus, venter)* sağ doğmak şartıyla bazı haklardan istifade edebilirdi. Kendisi ana rahminde *(in utero)* olduğu sırada babası öldüğü için *sui iuris* olarak doğan çocuk hak ehliyetini sağ, tam ve insan görünümünde olduğu takdirde doğumla kazanırdı[61]. Eğer ceninin menfaatine ise cenin doğmuş farzedilirdi *(nasciturus pro iam nato habetur)*[62]. Cenine müstakbel hakları için bir kayyım tayin edilebilirdi.

Doğan kişi *ius civile*'ye göre geçerli bir evlilik *(iustum matrimonium)* içinde doğmuşsa, hukuki durumu babasının durumuna göre belirlenirdi. Evliliğin boşanma, ölüm gibi bir sebeple sona ermesi halinde, evliliğin kurulmasından sonra en erken yedinci ayda, sona ermesinden sonra en geç onuncu ayda doğan çocuk evlilik içi sayılır ve babasının hukuki durumunu takip ederdi. Bu müddetler hukukçular tarafından (D. 1, 5, 12; D. 38, 16, 3, 11/12). M.Ö. 5. yüzyılda yaşamış olan Yunanlı doktor Hipokrates'in görüşüne dayandırılmaktadır. Medeni Kanun nesebin sıhhati için aynı sürelere uymaktadır, MK m. 285, 287, 288.

61) D. 50, 16, 129; D. 50, 16, 135. Proculianus mektebi hayat emaresi için çocuğun bağırmasını aradığı halde Sabinianus mektebi bunun her türlü ispat edilebileceğini ileri sürmekteydi. KASER M., s.272.

62) D. 1, 5, 7. Murisin ölümünden doğan çocuğu *(postumus)* mirasın dağılımında nazara alınırdı.

18. MESELENİN METİNLERİ

D. 45, 1, 134 pr (Paulus libro quinto decimo responsorum)

Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum noptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione, respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.

D. 45, 1, 134 pr (Paulus'un Cevaplarının 15. kitabından)

Başka birinden bir oğlu olan Titia, bir kızı olan Gaius Seius ile evlenmiştir. Evliliğin devamı sırasında taraflar Gaius Seius'un kızı ile Titia'nın oğlunun nişanlanmasını kararlaştırmışlardır. Bu hususta belge düzenlenmiş ve taraflardan birisinin bu evliliğe engel olması hali için ceza ilave edilmiştir. Sonradan, evlilik devam ederken Gaius Seius ölmüş ve kızı evlenmek istememiştir. Soruyorum: Gaius Seius'un mirasçıları *stipulatio*'dan sorumlu tutulabilir mi? Cevap şöyledir; taraflardan biri mevcut *stipulatio*dan dolayı dava açarsa ona karşı *exceptio doli* (hile def'i) ileri sürülebilir, çünkü *stipulatio* iyi ahlâk kurallarına göre yapılmamıştır: Mevcut veya müstakbel evliliklerin ceza bağına dayandırılması ahlâki değildir.

I. 1, 10, 6.

..... *duas uxores eodem tempore habere non licet.*

I. 1, 10, 6.

..... aynı zamanda iki kadınla evli olmak caiz değildir.

D. 19, 2, 54, 1 (Paulus libro quinto responsorum)

Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo invitus repelletur et, si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori: vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aeque decem Titio locatori praestare vellet: quod invicem de se stipulati sunt. quaero, cum Seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit. Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret: et ideo, si poenam petere coeperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.

D. 19, 2, 54, 1 (Paulus'un Cevaplarının 5. kitabından)

Bir arazinin kiracısı ile kiraya vereni arasında kiracı Seius'un iradesi hilafına araziden çıkarılamayacağı kararlaştırılmıştır; çıkarılırsa kiraya veren Titius kiracı Seius'a ceza olarak 10 ödeyecektir. Veya kira süresi içinde kiracı Seius oradan ayrılmak isterse, kiraya veren Titius'a aynı şekilde 10 ödeyecektir. Taraflar bunu karşılık olarak *stipulatio* ile taahhüt etmişlerdir. Soruyorum; kiracı Seius iki yıl peşpeşe kira bedelini ödemezse, kiraya veren, cezanın muaccel olmasından korkmadan onu araziden çıkarabilir mi? Paulus buna cevap vermektedir: Ceza *stipulatio*'sundan kiranın ödenmesiyle ilgili bir husus olmamasına rağmen, taraflar kiracının tespit edilmiş sürenin bitiminden önce çıkarılmamasını sadece kira ücretinin ödemesi ve araziyi gerektiği gibi işlemesi hali için kabul etmişlerdir. Bu yüzden kira ücreti ödeme borcunu yerine getirmeyen kimse cezayı talep ettiği takdirde kiraya veren bir *exceptio doli* (hile def'i) ileri sürebilecektir.

19. MESELE

A'nın B'ye bağışlama niyetiyle verdiği 10.000 *Sestertius*'u B göstermelik kullanmak ve geri vermek niyetiyle almıştır. Ancak bu para B'nin paralarıyla karışmıştır.

SORULAR

1 – "Göstermelik kullanmak" tan ne anlıyorsunuz? Bu hangi akit çerçevesinde mümkün olur? Bu akdin tipik özelliklerini anlatınız.

2 – A ile B arasında bir sözleşme meydana gelmiş midir? Neden?

3 – B bu paranın mülkiyetini devren iktisap etmiş midir?

4 – Kullanılmak üzere alınan 10.000 *Sestertius* B'nin kendi paralarıyla karışırsa, para üzerinde mülkiyet kime ait olur?

5 – Mülkiyetin geçmediği veya geçtiği kabul edilecek olursa, A B'ye parayı geri almak için hangi davayı açabilir?

6 – A aslında bağışlamada bulunmak istediğinden farklı bir kişiye bağışlama da bulunursa, bu geçerli olur mu?

7 – D. 12, 1, 18 pr'da Ulpianus bağışladığı paralar için sebepsiz iktisap davası açan kimseye karşı paraları bağışlayanın iradesine uygun olarak harcanması dolayısıyla bir *exceptio doli* açılacağını belirtmektedir. *Exceptio doli* nedir? Burada ileri sürülmesi hangi gerekçeye dayanmaktadır?

8 – Günümüz hukukuyla Roma hukuku arasında error (hata) ve *dissensus*'a (irade uyuşmazlığı) bağlanan hükümler açısından fark var mıdır? Açıklayınız.

19.MESELENİN CEVAPLARI

1 – Paranın ariyet gibi *(quasi)* göstermelik olarak alınmasından D. 12, 1, 18, 1'de Ulpianus bahsetmektedir. D. 13, 6, 3, 6'da Paulus tüketilecek nitelikteki eşyanın ancak fiyaka yapmak veya göstermelik *(ad pompam vel ostentationem)* olarak alınması halinde ariyetin mümkün olduğunu belirtmektedir. O halde para gibi misli ve tüketilebilir mal kategorisine giren şeylerin bu amaçla kullanılmak üzere alınması ariyet akdi çerçevesinde mümkündür[1].

Ariyet akdi *(commodatum)* bir malın ivazsız olarak kullanılmak üzere *(utendum dare)* ariyet alana geri alınmak üzere verilmesiyle oluşan bir aynî akittir *(re contrahitur)*. Eksik iki taraflı *(contractus bilaterales inaequales)* olan ariyet akdinde ariyet alan her zaman borç altına girer, kullanmak için aldığı ve sadece *detentor*'u olduğu malı geri vermekle yükümlüdür; ariyet veren ise, örneğin ariyet aldığı maldan zarar gördüğü durumlarda borç altına girer, yani ariyet verenin borcu muhtemel bir borçtur. İsviçre-Türk hukukunda ariyet Roma hukukundan farklı olarak rızai akit olarak düzenlendiği halde (BK. m. 299) akitten eksik iki taraflı borç doğduğu kabul edilmektedir[2].

Ariyetin konusu kural olarak gayri misli, tüketilemeyen mallardır. Yine esas itibarıyla ariyet akdine menkul mallar konu teşkil eder, ancak gayrimenkullerin de ariyete konu olduğunu gösteren kaynak vardır[3]. Ariyet alan parça borcu altına girer.

Ariyet alan kast, ağır ihmal, hafif ihmal ve *custodia*'dan (gözetim) sorumludur. Akitten menfaati olmadığı için ariyet veren sadece kast ve ağır ihmalinden sorumlu tutulur[4]. Malı belli bir amaçla kullanmak üzere alan kimse bunu bu amaca aykırı olarak veya malın özünü değiştirecek şekilde kullanamaz. Bu durumda ariyet alan, Roma Hukukuna göre hem kullanma hırsızlığı yapmış, hem akdi ihlal etmiş olur ve sorumluluğu ağırlaşır, mücbir sebeplerden bile sorumlu tutulur[5].

Ariyet akdi süresinin bitmesiyle, akitle izlenen amacın gerçekleşmesiyle son bulur (krş. BK. m. 303-305)

---

1) RADO T., s. 76; KASER M., s. 533.
2) HONSELL H., VOGT N. P., WIEGAND W., s. 1519 (Schaerer)
3) D. 13, 6, 1, 1. Türk Hukukunda aynı esas kabul edilmektedir, ZEVKLİLER A., AYDOĞDU M., PETEK H., s. 169.
4) BK. m. 98 gereği bu esas Türk hukukunda da geçerli olmalıdır, çünkü ariyet akdi sadece ariyet alanın menfaatine yapılır.
5) BK. m. 303/2 bu durumda verenin ariyet malı süresinin bitiminden önce geri isteyebileceğini belirtmektedir.

Olayda A parayı bağışlama olarak vermekle ivazsız kazandırmada bulunmak istemiştir. Ariyet de ivazsızdır, ancak ikisi arasında şu fark vardır: Bağışlamada mal nihai olarak bağışlananda kalacağı, mülkiyet geçeceği, bağışlananın malı geri verme borcu olmadığı halde ariyette ariyet alanın malı iade borcu vardır.

2 – A ile B arasında herhangi bir sözleşme meydana gelmemiştir, çünkü bir sözleşmenin oluşumu için gerekli irade uyuşması, yani *consensus* ortada yoktur. A parayı bağışlama niyetiyle *(animus donandi)* B ariyet olarak, yani geçici bir süre kullanmak için almaktadır. A'nın iradesi bağışlama üzerinde oluştuğu halde B'nin iradesi ariyete ilişkin olarak teşekkül etmiştir. Bu durumda *consensus*'tan değil, bunun tersini ifade eden *dissensus*'tan (irade uyuşmazlığı) bahsedilmektedir. Nitekim D. 12, 1, 18 pr'da Ulpianus, Iulianus'a gönderme yaparak, bağışlama olarak verilen paranın karz olarak teslim alınması halinde bağışlamanın -Iulianus'un fikrine göre de-meydana gelmediği gibi verilen para alanın mülkiyetine geçmediğinden karzın da oluşmayacağını ifade etmektedir. Hemen belirtilmelidir ki, Ulpianus'un katıldığı, Iulianus'tan çıkan bağışlamanın meydana gelmediği tarzındaki görüş, Iulianus'un *Digesta*'sından alınan D. 41, 1, 36'da yer almamaktadır. Iulianus'un D. 41, 1, 36'da tam aksini söylediğini ileri sürmek mümkündür (bkz. 19. meselenin metinleri kısmı). Ancak D. 41, 1, 36'da Iulianus'un meseleye sadece mülkiyetin intikali açısından yaklaştığı iddia edilebilir.

Dissensus'un, yani irade uyuşmazlığının akdin geçerliliğine etkisi Roma kaynaklarında incelenmiştir[6]. Bir kimsenin satmak istediği halde diğer taraf kiralamak istiyor veya vedia olarak verdiği parayı muhatabı karz olarak alıyor. Bu gibi hallerde irade uyuşmazlığı açıktır, gözden kaçması zordur[7]. Sözleşmenin meydana gelmediğini taraflar anlamıştır. Ancak bazı hallerde *dissensus* örtülü olabilir. Özellikle örtülü irade beyanlarıyla da oluşabilen iyi niyet akitlerinde taraflar anlaştıklarını zannettikleri halde *dissensus* ortaya çıkabilir. Mesela taraflar Stichus adlı kölenin alınıp satıldı-

6) D. 18, 19 pr-1, D. 19, 1, 21, 2.

7) Gaius (Gai. 3, 102) *stipulatio* sırasında sorulan soruya cevap verilmemesi veya "10 vermeyi taahhüt ediyor musun? sorusuna "5 vermeyi taahhüt ediyor şeklinde cevap verilmişse, *stipulatio*'nun geçersiz *(inutilis)* olduğunu söylemektedir. D. 45, 1, 83, 2'de Paulus, köle Stichus veya Pamphilus'tan birisinin verilmesi için yapılan *stipulatio*'da bu yönden sorulan soruya karşı tarafın sadece birisini zikrederek cevap vermesi durumunda sorulana cevap verilmediğinden bağlayıcılık olmayacağı belirtmektedir. Bu konuda bkz. BENKE N.- MEISSEL F. S., Übungsbuch zum römischen Schuldrecht, vierte Auflage WIEN 1998, s. 82; SIBER H., s. 409-411.

ğı konusunda anlaşmışlardır, fakat taraflardan her birisinin kastettiği Stichus başkadır, D. 45, 1, 83, 1[8].

3 – Olayda bağışlama niyetiyle verilen para ariyet olarak alınmaktadır. Bir başka deyişle parayı verende paranın mülkiyetinin nakli iradesi bulunması rağmen parayı göstermelik alanda sadece ariyet, Eşya Hukuku bakımından ifade edilecek olursa, paranın sadece *detentor*'u olma iradesi mevcuttur. Bu yüzden taraflar *traditio*'nun hukuki sebebi üzerinde anlaşmadıklarından B aldığı paranın mülkiyetini devren elde etmiş olmaz. Bu şıkta para B'de aynen durduğu sürece paranın mülkiyetinin iktisabına ilişkin bir sorun ortaya çıkmaz. Ancak taraflar farklı akitleri kastettikleri halde, bu akitlerin ikisi de mülkiyetin geçirilmesi ve iktisabını öngörüyorsa, kaynaklarda mülkiyetin geçip geçmediği tartışmalı bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Klasik devirde *traditio*'nun illi olduğu, yani mülkiyetin *traditio* ile geçmesi için muteber bir hukuki sebebe dayanması aranmaktaydı[9]. Klasik hukukun en önemli hukukçularından birisi olarak kabul edilen Iulianus (2. yüzyılın ikinci yarısı) D. 41, 1, 36'da açıkça bağışlama amacıyla verilen, karz amacıyla alınan paranın mülkiyetinin *iusta causa traditionis*'te anlaşma olmamasına rağmen alana geçtiğini kabul etmektedir. Yine aynı yerde Iulianus *tratidito*'nun konusunda (gayrimenkul) anlaşma olduğu halde A'nın bir gayrimenkulü bir vasiyetname gereği vermesi gerektiğini düşündüğü halde B'nin bir *stipulatio* gereği gayrimenkulü aldığı fikriyle hareket etmesi durumunda *traditio*' unun niçin geçersiz olacağını anlamadığını ifade etmektedir. Buna karşılık D. 12, 1, 18 pr'da 3. yüzyılda yaşamış olan ve Iustinianus'un *Digesta*'sında klasik devirde yazılmış eserlerinden alınmış en çok parçayla temsil edilen hukukçu Ulpianus dar bir yoruma giderek kazandırmanın hukuki sebebi, yani *iusta causa traditionis* üzerinde anlaşma olmadığı, *dissensus* bulunduğu hallerde paraların alanın mülkiyetine geçmemesi nedeniyle karz akdinin *(mutuum)* oluşmadığını belirtmektedir.

D. 41, 1, 36 ve D. 12, 1, 18 pr arasındaki çelişki yüzyıllar boyunca Romanistlerin ilgi odağı olmuş ve iki metin çeşitli yollarla telif edilmeye

---

8) SIBER H., s. 411 şekilsiz veya örtülü beyanların çoğunlukla birden fazla anlama geldiği hallerde, -şekli akitlerin aksine- sözleşmenin örtülü *dissensus* sebebiyle oluşmayacağını vurgulamaktadır.

9) D. 41, 1, 31 pr (Paulus libro tringesimo primo ad edictum)
Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequetur.
D. 41, 1, 31 pr (Paulus'un beyanname şerhinin 31. kitabından)
Sadece *traditio* mülkiyeti hiçbir zaman naklelmez, fakat daha önce yapılmış bir satım veya başka bir hukuki sebebe istinaden *traditio* yapılmışsa, -mülkiyet geçer-
Bu metin Gai. 2, 20 ile de doğrulanmaktadır.
Traditio'nun klasik devirde sebebe bağlı olduğu hakkında bkz. KOSCHAKER P.-AYİTER K., s. 141; UMUR Z., Ders Notları, s. 444-445; KASER M., s. 416.

çalışılmıştır. Ancak herkesi memnun edecek bir çözüme ulaşılamamıştır. Ancak Iulianus'tan bir asır kadar sonra yaşamış olan Ulpianus *iusta causa traditionis*, yani mülkiyetinin naklinin hukuki sebebi üzerinde daha dar bir yoruma gittiği anlaşılmaktadır, başka türlü ifade edilecek olursa, Ulpianus *traditio*'nun sebebe bağlılığından ayrılmak istememektedir. D. 41, 1, 36'nın yer aldığı Iustinianus'un *Digesta*'sındaki fasıl mülkiyetin iktisabına *(de adquirendo rerum domino)* ilişkin olduğu halde Ulpianus'a ait parçanın yer aldığı fasıl alacak haklarına *(de rebus creditis...)* ilişkindir. Bundan hareketle Iulianus'un soruna mülkiyetin nakli yönünden baktığı[10], geniş bir yorumla *traditio*'nun hukuki sebebi üzerinde anlaşıma olmasa bile iki tarafın da mülkiyetin naklini öngördükleri anlaşılmaktadır (gerek bağışlama gerek karz mülkiyetin geçmesine matuf akitlerdir). Bağışlama yoluyla başkasını zenginleştirmek isteyen kimse alanın aldığı misli malı iade etmek borcu altına girdiği karz akdine evleviyetle razı olur[11] hukuki işlemlerin farklı olması durumunda *traditio* ile mülkiyetin geçeceğini savunduğunu, buna karşılık Ulpianus'un meseleye sadece hukuki işlemin geçerliliği yönünden yaklaştığını bu itibarla mülkiyet geçmediği için karzın meydana gelmediği görüşünü ileri sürdüğü söylenebilir. Bir aynî akit olarak *consensus* (irade uyuşması) + *datio* (mülkiyetin nakli) formülüne göre oluşan karz bu formüldeki iki unusurun da gerçekleşmemesi sebebiyle meydana gelmiş olmaz. Diğer taraftan *iusta causa traditionis* hakkında görüşün zaman içinde değiştiğini, Iulianus'un yaşadığı dönemde *traditio* ile mülkiyetin nakli için subjektif bir sebebin yettiği halde, muhtemelen muameletta güveni sağlama amacıyla Ulpianus'un mülkiyetin naklinin dayandığı hukuki sebebin objektif olarak ortada olması gerektiği

10) Nitekim D. 41, 1, 36'da Iulianus bir gayrimenkulünü vasiyetname gereği verilmesi düşüncesiyle teslim ettiği halde alanın bunu kendisine *stipulatio* gereği verildiğini düşünerek teslim aldığı hali incelemekte ve burada mülkiyetin geçtiğini kabul etmektedir. Bazı müellifler metnin orjinalinde gayrimenkulün *mancipatio*'su veya *in iure cessio*'sunun söz konusu olduğunu, bu muamelelerin ise mücerret nitelikleriyle mülkiyeti geçireceğini, Iustinianus zamanında yapılan *interpolatio* ile metne *traditio*'nun yerleştirildiğini savunmuşlardır, bkz. MAYER MALY TH., Römisches Privatrecht Wien 1991, s.52; KASER M., s. 417 dipnotu 41. Kanaatimizce Iulianus metnin ilk meselesinde klasik devirde mücerret olan *mancipatio* (veya *in iure cessio)* ile bir *res mancipi* devrini ele aldığını kabul etmek zayıf bir ihtimaldir. Daha sonra *res nec mancipi*'lere ilişkin olarak *traditio*'nun hukuki sebebini incelemek isteseydi, bağışlanan paranın karz olarak alınması halini örnek almazdı, çünkü para *res nec mancipi*'lerin tipik bir örneği değildir. Kaldı ki, Iulianus'un döneminde artık mülkiyetin nakli muamelesi olarak *mancipatio* ve *in iure cessio*'ya pek rastlanmıyordu (bkz. HAUSMANINGER H. - SELB W., s. 216. Burada *traditio*'nun hukuki sebebinin vasiyetname mi yoksa *stipulatio* mu olduğu hususunda irade uyuşması yoktur ama, iki taraf arasında *traditio*'nun hukuki sebebinin *causa solvendi* olduğunda fikir birliği vardır.

11) SIBER H., s. 74.

fikrinde olduğu düşünülebilir[12]. Ancak bu iki fikrin telifi de mutlaka gerekmez, bu konuda Ulpianus ile Iulianus arasında fikir ayrılığı olduğu kabul edilebilir. Nitekim Ulpianus'a ait metinde *puto* (görüşme göre) kelimesinin bulunması böyle bir fikir ayrılığına işaret etmektedir[13].

4 – A'dan aldığı 10.000 Sestertius'u kendi paralarıyla karıştıran B, karışma yoluyla paranın maliki olmuştur. Karışmadan önce B malik değildir, çünkü ariyet gereği parça borcu altına girmiştir, parayı aynen geri vermek zorundadır. Ancak karışma yoluyla B paranın mülkiyetini aslen iktisap eder (D. 46, 3, 78)[14]. Karışmada B'nin iyi niyetli ya da kötü niyetli olması fark yaratmaz[15]. D. 12, 1, 18 pr'da Ulpianus bağışlama niyetiyle verilen parayı karz niyetiyle alan B'nin parayı tüketmesi durumunda B'ye karşı *condictio* açılabileceğini söylemesinden paranın mülkiyetinin başkasına geçtiği sonucuna varmak mümkündür. İyi niyetle başkasına ait parayı harcayan kimsenin bu parayı alanı malik yaptığı doktrinde ifade edilmektedir[16].

5 – Ulpianus'un D. 12, 1, 18 pr'daki mülkiyetin B'ye geçmediği görüşü kabul edilirse *(nummos accipientis non fieri)*, başka bir deyişle para aynen, tefrik edilmiş vaziyette duruyorsa, henüz harcanmamışsa, A B'ye istihkak davası açarak parayı geri isteyebilir, çünkü illi *traditio* gereği tarafların üzerinde anlaştıkları bir *iusta causa traditionis* olmadığından mülkiyetin intikali muteber değildir[17]. Buna karşılık D. 41, 1, 36'da Iulianus'un savunduğu görüşe göre mülkiyet parayı teslim alana geçtiğinden *rei vindicatio* açılması söz konusu olmaz, zira A'nın paralar üzerinde mülkiyet hakkı kal-

12) Nitekim Ulpianus ile aynı zamanlarda yaşamış olan Paulus da yukarıda dipnotu 9'da yer alan metninde açıkça *traditio*'nun illi olduğunu vurgulamaktadır. *Causa putativa* için bkz. SIBER H. s. 125; KASER M., s. 417; MAYER MALY TH., s. 52.

13) KOSCHAKER P.-AYİTER K., s. 141; UMUR Z., Ders Notları., s. 446. Kanunlaştırma hareketleri sırasında yapılan millî kanunlar Roma kaynaklarındaki farklı görüşlerden hareketle mülkiyetin intikalini illi veya mücerret olarak düzenlemişlerdir. İsviçre Medeni Kanunu ve Avusturya Medeni Kanunu illilikten yana tavır aldıkları halde Alman Medeni Kanunu mücerretliği kabul etmiştir. Fransız Medeni Kanunu ise *traditio* olmadan da sadece irade uyuşmasıyla mülkiyetin intikalini öngörmüştür. Bu konuda bkz. HONSELL H., s. 54; MAYER MALY TH., s. 52.

14) HONSELL H., s. 63; APATHY P.,- KLINGERBERG G.,-STIEGLER H., Einführung in das römische Recht Wien 1994, s. 93; SIBER H., s. 82.

15) KASER M., s. 430. Paraları karıştıran kötü niyetli ise, kendisine *condictio furtiva* açılabilir.

16) KASER M., s. 431. Bu kuralı paranın tedavül fonksiyonu ile izah etmek mümkündür, bkz. HAUSMANINGER H.-SELB W., s. 227-228.

17) Taraflar arasında bir akit, özellikle parayı alanın düşündüğü akit meydana gelmediğinden B A'ya karşı akitten doğan bir şahsi dava *(actio in personam)* açamaz.

mamıştır, o halde A mülkiyeti koruyan bir dava olan istihkak davasını B'ye açamaz[18].

D. 12, 1 18 pr'da Ulpianus geçerli olmayan hukuki sebebe dayanarak alınan paralar tüketilmişse, bir sebepsiz iktisap davasının açılacağını belirtmektedir. D. 41, 1, 36'da adeta mücerret *traditio*'yu, yani mülkiyet naklinin sebebe bağlı olmadığını savunan Iulianus ait metinde mülkiyetin geçmesi için bir engel bulunmadığı söylendiğine göre bu şıkta da paralar için açılacak dava bir *condictio sine causa*'dır.

6 – A koyununu B'ye bağışlamak istediği halde C ile sözleşmeyi yapmışsa, bu bağışlama geçerli değildir, çünkü şahısta hata ortaya çıkmıştır. Bu olayda şahısta hata önemlidir, çünkü A ivazsız kazandırmayla B'yi zenginleştirmek istediği halde iradesin B lehine açıklamıştır. Bağışlam ivazsız kazandırma olduğu için bu hata halini Romalılar *dissensus* içinde düşünmüşler. A ile C arasında yapılan muamelenin geçersiz olduğunu belirtmişlerdir. Şahısta hata daima esaslı hata mahiyetinde değildir, peşin satışlarda alıcının kim olduğu önem taşımaz, halbuki taksitli satışlarda borçlu olarak alıcının şahsı önem kazanır[19].

7 – Ulpianus D. 12, 1, 18 pr'de parayı bağışlama olarak veren A'nın açacağı sebepsiz iktisap davasına karşı parayı karz olarak alan B'nin ileri sürebileceğini belirttiği *exceptio doli generalis* geniş anlamda hile def'idir. Özellikle bir kimsenin dava açmasının hakkaniyete aykırı görüldüğü davalarda kullanılır. Sattığı bir *res mancipi*'yi *traditio* ile devrettiği için *ius civile* maliki kalan kimse bu *res mancipi* için istihkak davası açarsa, kendisine karşı *exceptio doli generalis*'in alt türü olan *exceptio rei venditae et traditae* ileri sürülür. Bir kimse daha önceki davranışlarıyla çelişecek davranışta bulunmamalıdır *(venire contra factum proprium). Res mancipi*'yi satan teslim eden kendisi olduğu halde teslim ettiğini geri istemek çelişkili bir davranıştır. Bağışladığı paranın karz olarak alındığını anlayan A, para için bir *condictio* açarsa, bu davranışı parayı vermesinin sebebi olan bağışlamaya ters düşer, çünkü A bağışlamayı paranın B'nin malvarlığına nihai olarak

18) Paranın dava konusu olması hakkında bkz. KASER M., s. 417 dipnotu 37.

19) D. 28, 5, 9 pr'da Ulpianus vasiyetname düzenleyenin düşündüğü kimsenin adını yanlış yazdığı durumda ne adı yazılanın ne de adı yazılmayanın mirasçı olacağını belirtmektedir, başka bir deyişle bu vasiyetname geçersizdir. D. 12, 1, 32'de hukukçu Celsus borç para verenin şahsında yanılma halinde, parayı verenle alan arasında karz akdinin meydana gelmeyeceğini, çünkü bunun ancak irade uyuşmasıyla olacağını, fakat paranın geri verilmesinin hakkaniyet gereği olduğunu yazmaktadır. Para iade edilmezse, veren bir sebepsiz iktisap davası *(condictio sine causa)* açmalıdır.

girmesi için yapmıştır. Bu nedenle davası dürüstlüğe, ilk niyetine aykırıdır, bir *exceptio doli generalis* öne sürülebilir[20].

8 – BK. m. 23 "akit yapılırkan esaslı bir hataya duçar olan taraf o akitle ilzam olunamaz" dedikten sonra BK. m. 24'te esaslı hata hallerini saymıştır. Hata bir hukuki işlem için beyanda bulunanın akdin esaslı unsurlarında yanılmasını ifade eder. Romalılar da *"error humanum est"* (hata insana özgüdür) prensibinden hareketle hatanın insanlar için yaratılmış olan hukuk düzeni tarafından dikkate alınacağını belirtmiştir. Ancak Roma Hukukunun hataya yaklaşımı ile İsviçre-Türk Hukukunun hataya bağladığı sonuçlarda farklılıklar mevcuttur. Romalılar hatayı *dissensus* (irade uyuşmazlığı kategorisinde ele almışlardır, ve "yanılanlar anlaşmış olmaz" demek suretiyle hata halinde taraf ve tarafların amaçladığı hukuki işlemin meydana gelmediği, geçersiz olduğunu vurgulamışlardır. Buna sebep Romalıların hukuki işlemlerde bizatihi iradenin önemli olduğunu -bu konuda herhangi bir teori kurmadan- kabul etmeleridir. Onlar için irade ve beyanı bir bütündür, beyan iradeyi anlamak için bir vasıtadır. Roma kaynaklarına dayanan Pandekt hukuk ilmi 19. yüzyıla kadar geçerli olan bu teoriyi esas almıştır. Fakat zamanla ortaya atılan beyan teorisi ve güven teorisi hata konusundaki hükümleri etkilemiştir. Beyan teorisine göre, iradeler arasında uyuşma olmasa bile, tarafların irade beyanlar uyuşmuşsa, muamele oluşmuştur. Güven teorisi ise, makul, dürüst bir kişinin o irade beyanına verdiği veya vermesi gerektiği anlamı önemli görmektedir[21]. İsviçre-Türk Hukuku esaslı hata, yani kural olarak beyan hatası halinde sözleşmenin oluştuğu ancak hataya düşen tarafın bu sözleşmeyi belirli bir süre içinde iptal edebileceğini kabul etmektedir[22].

Şimdi İsviçre-Türk Hukuku ile Roma Hukuku arasında sözleşmenin oluşumu ve hatanın dikkate alınmasını bir şema ile canlandıralım:

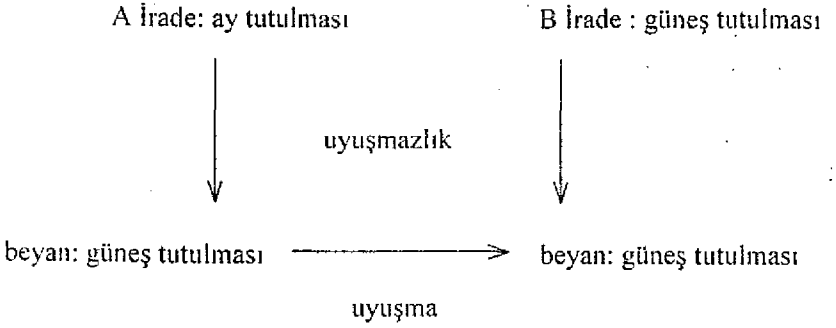
A ay tutulması adlı fotoğrafı satmayı düşündüğü, yani iradesi bu yönde oluştuğu halde B'ye güneş tutulması adlı tabloyu 100.000.000 TL karşılı-

20) Davayla alacağı şeyi başka bir sebeple geri vermek zorunda olan kimsenin bir dava açması da dürüstlük kuralına aykırı görülmekteydi (D. 50, 17, 173. 3 *"dolo facit, qui petit, quod redditurus est"*) Bir malın maliki *rei vindicatio* açtığı zaman davalının mala yaptığı zaruri masrafları vermezse, davalı bu masrafları almak sahip olduğu hapis hakkını *exceptio doli generalis* öne sürerek kullanırdı. *Exceptio doli specialis* ise davadan önce, özellikle hukuki muamelenin yapılması sırasında başvurulan hileden ileri sürülen def'idir.

21) Sözleşmelerin oluşmasına ilişkin teoriler için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N., Borçlar Hukuku Dersleri 2. Bası İstanbul 1985, s. 121 vd; APATHY P.-KLINGENSBERG G.-STIEGLER H., s. 176.

22) OĞUZMAN M. K.-ÖZ M. T., s. 77 vd.

ğında satma beyanında bulunur. B ise zaten güneş tutulması adlı fotoğrafı satın almak istemektedir beyanı da bu yönde olur, yani A'nin kendisine ulaşan teklifini kabul eder.



Burada teşekkül eden iradeler bakımından A'nın iradesi ile B'nin iradesi arasında uyuşma mevcut değildir. Fakat A'nın irade beyanı ile B'nin irade beyanı alım satım akdinin esas unsuru olan semen ve satılan mala ilişkin olarak uygunluk göstermektedir. Sözleşmelerin oluşmasında iradeye üstünlük veren Roma Hukukuna göre burada alım satım oluşmamıştır, *dissensus* (irade uyuşmazlığı mevcuttur). İrade beyanlarının uyuşmasına üstünlük tanıyan İsviçre-Türk Hukukuna göre ise alım satım sözleşmesi meydana gelmiştir, ancak iradesi ile beyanı arasında farklılık bulunan A beyan hatasına dayanarak akdi iptal edebilir.

İsviçre-Türk Hukukunda hata düzenlemesi kabul edildiğinden *dissensus*'a çok sık rastlanmaz. Ancak bugün de açık veya gizli irade uyuşmazlığı, yani *dissensus*'un söz konusu olabileceği haller görülebilir. Özellikle kullanılan kelimelerin farklı olarak anlaşılabileceği hallerde uyuşmazlık ortaya çıkabilir. Mesela kasap A, telefonla terazi satıcısı B'ye piyasa fiyatı üzerinden ev terazisi siparişi veriyor. A'nın kasap olduğunu bilen B et terazisini düşünerek teraziyi on gün içinde göndereceğini söylüyor. Burada gizli (örtülü) bir beyan uyuşmazlığı söz konusudur. Taraflar anlaşmış zannettikleri halde bu anlaşma oluşmamıştır[23]. Hatada beyanlar arasında uyuşma olduğu halde *dissensus*'ta beyanlar uyuşmamıştır[24].

23) Uyuşmazlık *(dissensus)* için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N., s. 159-160; BUCHER B., Schweizerisches OBLIGATIONENRECHT. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 143 vd.

24) MAYER MALY TH., s. 92.

19. MESELENİN METİNLERİ

D. 41, 1, 36 (Iuslianus libro tertio decimo digestorum)

Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi, nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad et transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

D. 41, 1, 36 (Iulianus'un *Digesta*'sının 13. kitabından)

Teslim edilecek madde üzerinde uyuştuğumuz halde, sebepler konusunda farklı düşünüyorsak, teslimin niçin hükümsüz olması gerektiğini anlayamam. Meselâ ben sana vasiyetname dolayısıyla borçlu olduğuma inanarak araziyi devretmiş, halbuki sen bir *stipulatio* dolayısıyla borçlu olduğumu zannetmişsen. Nitekim sayılmış parayı sana bağışlama gayesiyle vermişsem, fakat sen onu karz gibi kabul etmişsen, mülkiyetin sana geçtiği ve verme ile alma sebebi üzerinde uyuşmamış olmamızın bunu engelleyemeyeceği muhakkaktır.

D. 12, 1, 18 pr (Ulpianus libro septimo disputationum)

Si ego pecuniam tibi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum, et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit, quare si eros consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi, sunt consumpti.

D. 12, 1, 18 pr (Ulpianus'un *disputationes*'inin -münakaşalı meseleler- 7. kitabından)

Eğer ben sana parayı bağışlama olarak verir, sen karz olarak alırsan, Iulianus, bağışlamanın olmadığını yazmaktadır: Karz olup olmadığı incelenmelidir. Kanaatime göre, başka bir düşünceyle almışsa, karz yoktur ve paralar alanın olmamıştır. Eğer paraları tüketmişse, ona bir sebepsiz iktisap davası açılabilir, fakat o bir *exceptio doli* dermeyan edebilir, çünkü paralar verenin iradesine uygun olarak tüketilmiştir.

Gai. 220.

Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.

Gai. 220

Bu nedenle sana satış veya hibe veya herhangi başka bir sebeple elbise veya altın veya gümüş teslim edersem, bunların maliki isem, bunlar hemen senin olur.

20. MESELE

A acele ile Yunanistan'a giderken komşusu B'ye tablosunu muhafaza için bırakmış. B de A'ya arkadaşı Titius için hayati önemi olduğunu belirttiği bir ilacın siparişini vermiştir.

A ülke dışında bulunduğu sırada B A'nın satın almak istediği şimşir ağaçlarını kendi bahçesinden sökerek A'nın bahçesine dikmiş, metruk (kullanılmayan) bir kulübeyi tamir ettirmiştir. Bu kulübe sonra yanmıştır.

A Roma'ya döndüğünde ilacı getiremeyeceğini bildirdiğini söylemiş. B de A'nın bahçesi için yaptıklarının bedelini istemiş, karşılık alamayınca şimşir ağaçlarını sökmeğe kalkmış, fakat A bunların kendisine ait olduğu gerekçesiyle mani olmuştur.

SORULAR

1) A ile B arasında tabloya ilişkin hangi akit yapılmıştır? Bu akdin özelliklerini belirtiniz, günümüz hukukuyla karşılaştırınız.

2) İlaç getirilmesi konusunda B ile A arasında bir sözleşme olmuş mudur? Anlatınız.

3) Titius A'yı ilacı getirmediği için dava edebilir mi? A vekillikten istifa ettiği için ilacı getirmediğini öne sürmüştür, bu savunma geçerli midir?

4) A şimşir ağaçlarını söktürmemekte haklı mıdır?

5) B A'dan şimşir ağaçlarının bedelini isteyebilir mi? Niçin ve nasıl?

6) B A'dan metruk evin tamir masraflarını isteyebilir mi?

7) Tablo kendisinden geri istendiğinde B) a) çalındığını, b) evine işleyen yağmur suyu dolayısıyla bozulduğunu öne sürmüştür. Bu hallerde B sorumluluktan kurtulur muydu?

8) B tabloyu satmış ve tablo satın alan kimsede yanmış olsa. A B'den satış bedelini isteyebilir mi?

20. MESELENİN CEVAPLARI

1) A ve B tablonun A'nın ülke dışında olduğu sürece B'de kalması hususunda anlaşmışlar ve tablo A'ya verildiğinde vedia akdi *(depositum)* oluşmuştur. Tablo B'de emanet olarak duracak. A döndüğünde tabloyu geri alacaktır.

Aynî akitler, yani *consensus+res* formülüne göre oluşan akitler grubuna giren vedia akdi eksik iki taraflı bir sözleşmedir: vedia alan her zaman borç altına girer. vedia veren ise vedia alanın aldığı mal dolayısıyla zarara girdiği hallerde borç altına girer. Vedia alanın geri verme borcu parça borcudur. Vedia alan malın *detentor*'udur, vedia veren ise zilyet kalmıştır[1].

Vedia hukukumuzda-Roma'dan farklı olarak-rızai akittir, vedia veren ve alanın bu konuda anlaşmaları akdin oluşması için gerekli ve yeterlidir, malın verilmesi gerekmez (BK m. 463/I). Roma hukukunda vedia ücretsiz olduğu halde hukukumuzda ücretli veya ücretsiz olabilir (BK m. 463/II). İsviçre-Türk hukukunda ücretsiz vedia halinde malın verilmesiyle birlikte-Roma hukukunda olduğu gibi-taraflar arasında eksik iki taraflı borç ilişkisinin başlayacağı kabul edilmektedir. Nihayet hukukumuzun zilyetlik anlayışına uygun olarak hem vedia veren hem vedia alan zilyettir. Vedia alan muhafaza ilgili masrafları hem İsviçre-Türk hukukunda (BK m. 464) hem de Roma hukukunda (D. 16, 3, 23) isteyebilmektedir. İsviçre-Türk Hukukunda vedia veren malı artmalarıyla birlikte her zaman talep edebilir (BK m. 466), bu hüküm Roma hukuku kaynaklıdır (D. 16, 3, 1, 24). Tevdi edilmiş mal, bulunduğu yerde iade edilmelidir, BK. m. 468; D. 16, 3, 12, 1. Nihayet mal birden fazla kişiye vedia olarak verilmişse, vedia alanlar müteselsilen sorumlu olurlar, BK m. 469; D. 16, 2, 1, 43).

2) A ile B arasında bir işgörme sözleşmesi meydana gelmiştir. A B'ye istediği ilacı getirmeyi kabul ettiği anda vekalet akdi *(mandatum)* doğmuştur. Dostların birbirlerinin işlerini görmeleri Roma toplumunda egemen bir anlayış olduğundan vekalet sözleşmesi ivazsız bir akittir (İsviçre-Türk hukukunda ivazlı, ivazsız olabilir. BK m. 386/III)[2]. Vekalet Romada -günümüz hukukunda olduğu gibi-rızai bir akittir, tarafların iradeleri uyuştuğu anda oluşur (D. 17, 1, 1 pr).

Vekalet akdinde vekil (A), üzerine aldığı ve kural olarak vekalet verenin bir işi olması[3] gereken faaliyeti yerine getirmek borcu altındadır, huku-

---

1) UMUR Z. Ders Notları, s. 344; KOSCHAKER P-AYİTER K. s. 221; APATHY P.-KLINGENBERG G-STIEGLER H, s. 114. Ayrıca bkz. 14. ve 16. meseleler.

2) Alman hukukunda vekalet Roma hukukundaki gibi ücretsizdir. BGB 662; HONSELL, s. 140-141.

3) Vekaletin konusunun başkasına ait bir iş *(negotium alienum)* olması, vekaletin sadece vekilin menfaatine olamayacağı *(mandatum tua gratia)* prensibi hakimdi, bir kimseye e-

ki işleri dolayısıyla temsil yoluyla ifa eder. Vekil bu akitte her zaman borç altına giren taraftır, kendisine *actio mandati directa* açılır; vekalet veren (B), vekil vekaletten zarar görürse borç altına girerdi, vekalet verene açılacak dava *actio mandati contraria*'dır. Eğer A ilacı getirmiş olsaydı, B'den ilacın parasını *contraria* dava ile talep edecekti[4]. Buna karşılık B çok önemli olduğunu belirttiği ilacı getirmeyi ihmal eden A'ya *directa* davayı açmalıydı.

A ile B tablonun muhafazası karşılığında A'nın ilacı getirmesi şeklinde anlaşmışlar ve tablo B'ye teslim edilmişse ikisi arasında "yapıyorum, yapman için" *(facio, ut facias)* grubuna giren bir isimsiz akit *(contractus innominati)* yapılmış olurdu. Bu akit sinallagmatik, yani edim mübadelesini öngören sözleşmedir[5].

3) Olaydaki vekalet akti Titius lehine yapılmıştır. Fakat Roma hukukunda gerçek anlamda üçüncü şahıs lehine akit kabul edilmiş değildi. Borç ilişkisinin *(obligatio)* ancak taraflarını bağladığı, tarafların birbirlerine karşı hak elde ettikleri ve borç altına girdikleri Roma hukukunun ana prensiplerinden birisidir, Roma hukukunda doğrudan doğruya temsil kabul edilmemişti. Bu nedenle Titius'un A'yı dava etmesi mümkün değildir. Yukarıda belirtildiği üzere A'ya davayı sadece B açabilir[6].

Sorunun ikinci kısmına gelince; vekalet akdinde vekalet veren vekaletini tek taraflı geri alabileceği *(revocatio)* gibi vekil de yine tek taraflı olarak üzerine aldığı işten vazgeçebilirdi *(renuntiatio)*. Ancak bunun için, vekaletin ifasına henüz başlanılmadığı için akitten geri dönmenin hâlâ mümkün olması gerekiyordu *(res integra)*; eğer vekil işin icrasına başlamış ve azledildiğinden haberi yoksa, zararlarını isteyebilirdi, buna karşılık vekil uygun ol-

---

vinde duran parasını faize vermesi veya gayrimenkule yatırmasını söylemek bağlayıcı olmayan bir tavsiyeden ibaretti. Buna karşılık, üçüncü kişi menfaatine vekalet verilebilirdi (Mesela kredi vekaleti), vekalet verenle üçüncü bir kişinin müşterek işi, vekalet veren ile vekilin müşterek bir işi için vekalet verilebiliyordu, D. 17, 1, 2, 1-5.

4) D. 17, 1, 27, 4'te Gaius vekaletin yerine getirilmesi için iyi niyetle yapılmış masrafların ödenmesi gerektiğini, vekaleti verenin işi bizzat yapsaydı, daha az masraf gideceğini itirazının dinlenmeyeceğini belirtmektedir. BK m. 394 da vekilin faiziyle birlikte masraflarını isteyebileceğini düzenlemektedir.

5) İsimsiz akitler için bkz. UMUR, Ders Notları, s. 374 vd.; HONSELL, s. 141. D. 2, 14, 7, 2; D. 19, 4, 1, 4.

6) I. 3, 19, 19. *Nemo alteri stipulari potest* (başkası hesabına borçlanmak mümkün değildir). Buna karşılık olayda olduğu gerçek olmayan üçüncü kişi lehine akit mümkündü, özellikle üçüncü kişiye ifada bulunulmasında menfaati olan taraflardan biri diğerini dava edebilirdi, bu durumda üçüncü kişi alacaklı değildir, kendisine sadece ifayı kabul yetkisi verilmiştir, KASER M., s. 491. Günümüz hukukunda üçüncü şahıs lehine akit mümkündür, BK m. 111.

mayan zamanda işi bırakamazdı, özellikle vekalet veren vekiline güvenerek işi başkasına gördürmek imkanın kaybetmişse, vekil sorumlu hale gelirdi[7].

4) A şimşir ağaçlarını söktürmemekte haklıdır. Şimşir ağaçları A'nın bahçesine dikilip kök salınca, A'nın mülkiyetine aslen iktisap yoluyla geçmiştir. *Superficies solo cedit*-üzerindekiler araziye tabidir-kuralı gereği bir gayrımenkulle birleştirilen şeyler gayrımenkul sahibinin olur[8]. Kural olarak gayrımenkul ve üstündekiler farklı kimselere ait olamaz. B şimşir ağaçlarının mülkiyetini kaybetmiştir, ağaçlar A'ya ait bahçenin mütemmim cüzü haline gelmiştir[9]. Bu nedenle A'ya karşı istihkak davası da açamaz[10].

5) Hukukun genel bir kuralı "hiç kimsenin başkasının aleyhine haksız olarak zenginleşmemesi"ni ifade eder. Halbuki burada A'nın malvarlığı B'nin diktiği ağaçlar oranında artmıştır: B'nin ağaçlarının dikmesinin sebebi, bu ağaçları A'nın kendisinden satın almak istediğini bilmesidir. B ile A arasında vekaletsiz iş görme ilişkisi *(negotiorum gestio)* doğmuştur. B ağaçları bedellerine alacağını düşünerek dikmiştir, ağaçları geri alamadığından bedellerini alması gerekir.

Iustinianus hukukunda bir akit benzeri *(quasi contractus)* kabul edilen vekaletsiz iş idaresi bir kimsenin başkasına ait işleri kendisine verilmiş yetki olmadan görmesidir[11]. Roma'da geniş uygulama alanı olan *negotiorum*

---

7) Gai. 3, 160; D. 17, 1, 26 pr. BK m. 396 vekaletten azil ve istifanın her zaman mümkün olduğunu, ancak istifa ve azlin uygun olmayan zamanda yapılması durumunda tazminat ödeneceğini düzenlemektedir.

8) Gai. 2, 73-74: (73) *Praetarea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedicaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit. (74) Multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit.*
Gai. 2, 73-74: Bundan başka tabii hukuka göre, arazimizde başka biri kendi adına inşaat yapmış olsa bile, bu bizim olur, çünkü bina araziye tabi olur. (74) Bu durum bir şey dikilmesi halinde böyledir, arazimizde dikilen bitkiler köklendiği zaman bizim olur. Bu konuda bkz. D. 41, 1, 7, 13; D. 39, 2, 9, 2.

9) *Accessio cedit principali* (mütemmim cüz asla tabidir).

10) Bitkileri dikene karşı istihkak davası açıldığı takdirde, bu kişi masrafları kendisine ödeninceye kadar bir hapis hakkı kullanır ve bunu bir *exceptio doli generalis* ileri sürerdi. KASER M., s. 431.

11) Günümüz hukukunda vekaletsiz iş görme kanunundan doğan borç ilişkisi olarak kabul edilmektedir. ZEVKLİLER – AYDOĞDU - PETEK, s. 380, caiz olmayan vekaletsiz iş görmeyi Roma hukukunda olduğu gibi hukuki işlem benzeri olarak vasıflandırmaktadır. Vekaletsiz iş görme BK, BGB'de ve AGBG'de vekaletten sonra Fransız ve İtalyan Medeni Kanunlarında akit benzeri başlığı altında düzenlenmiştir, Honsell, s. 146.

gestio vekalet ve vesayet dışında kalan, başkasının işini görmeye ilişkin faaliyetleri içine alırdı[12].

Roma'da akit benzerleri grubu içinde yer alan vekaletsiz iş idaresinin varlığı için aranan şartlar şunlardır:

- İş gören başkasının işini görmelidir.
- İş, işi görülen için faydalı olmalıdır.
- İş gören masraflarını almak gayesiyle davranmalıdır.

İş gören başkasına ait fiili veya hukuki bir işi icra etmelidir, vekalet akdinin konusu olabilen başkasına ait tüm işler, başkasının borcunu ödemek, evini tamir ettirmek gibi, vekaletsiz olarak da görülebilir[13]. Eğer bir kimse kendisine vekalet verildiğini düşünerek başkasının işini görmüşse, vekaletten değil, vekaletsiz iş görmeden dava açılır[14].

Görülen iş objektif ve subjektif yönden iş görenin hukuk alanına dahil olmayan bir iş olmalıdır, öyle ki, iş gören bu işi yapmak suretiyle başkasının işlerine karışmış olmaktadır[15]. Eğer bir kimse başkasının işini yaptığını zannettiği halde kendi işini yapıyorsa, vekaletsiz iş idaresi doğmazdı. Buna karşılık iş gören işin sahibinin kimliğinde yanılmışsa, vekaletsiz iş görme ilişkisi yine doğarda, örnek; B, A'nın koyununu tedavi ettirdiğini düşünüyor, halbuki koyun C'ye aittir[16].

Vekaletsiz olarak yapılan iş, iş sahibinin yararına olmalıdır, bu yarar yoksa iş gören masraflarını isteyemezdi. Yararın bulunup bulunmadığı iş sahibinin subjektif durumuna göre belirlenirdi, ancak beklenen yararın gerçekleşmesi şart olmayıp bu yararın başlangıçta bulunması *(utiliter coeptum)* yeterliydi, fakat sadece iş görenin yaptığı işten iş sahibinin fayda sağlayacağını düşünmesi yetmezdi.

---

12) APATHY P-KLINGENBERG G-STIEGLER H., s. 142. I. 3, 27, 1 bu ilişkinin aceleyle ülke dışına çıkmak zorunda olduklarından işlerinin görülmesini başkalarına bırakamayanların işlerinin görülmesi için getirildiğini, eğer vekaletsiz iş görenlere masraflarını almaları için dava verilmezse, bu gibi işlerin başkaları tarafından görülmeyeceğini belirtmektedir.

13) Vekalette olduğu gibi vekaletsiz iş görme için iş sahibinin ve iş görenin ortak menfaati yeterliydi. D. 3, 526 pr'da Modestinus müşterek maliklerden birisinin müşterek mala yaptığı masraflardan lüks masraflar dışında kalanları diğer müşterek malikten isteyebileceğini belirtmektedir.

14) D. 3, 5, 5 pr.

15) Bu konuda bir Roma özdeyişi vardır: *culpa est inmiscere se rei ad se non pertinenti*= bir kimsenin kendisini ilgilendirmeyen işlere karışması bizatihi kusurdur, D. 50, 17, 36. Ancak karıştığı zaman tüm kusurlarından *(omnis culpa)* sorumlu tutulurdu, yani bu ilişkiden menfaati olmamasına rağmen ağır bir sorumluluk altına girmiş olurdu, BENKE N-MEISSEL F.S, s. 249.

16) DI MARZO S, s. 462.

Vekaleti varmış gibi davranın, iş gören *(negotiorum gestor)* yaptığı masrafları iş sahibinde *(dominus negotii)* istemek niyetiyle *(animus recipiendi)* hareket etmelidir. İş görenin böyle bir niyeti yoksa, vekaletsiz iş idaresi ilişkisi kurulmuş olmaz, iş sahibi borç altına girmezdi.

İş gören bağışlama niyetiyle veya ahlaki borçların ifası niyetiyle hareket etmişse, başkası hesabına iş görmek niyeti *(animus rem alteri gerendi)* ve yapacağı masrafları istemek iradesi bulunmadığından masraflar talep edilemezdi[17].

B, A'nın şimşir ağaçlarını bahçesinde görmek niyetine uygun olarak ağaçları diktiğinin faydalı masraflar *(impensae utiles)*, yani değer arttırıcı masraflar kategorisine giren ağaç bedellerini vekaletsiz iş görmeye dayanarak talep edebilir[18].

6) B'nin A'nın arazisindeki metruk, kullanılmayan kulübeyi tamir ettirmesi A'nın muhtemel iradesiyle çelişmektedir. A'nın kulübeyi bakımsız halde bırakmış olması, kulübeyle ilgilenmediğini, tamir edilmesini istemediğini göstermektedir. O halde kulübeye yapılmış masraflar istenemez.

Eğer bu tamirat, A'nın iradesine uygun olsa idi, kulübenin sonradan yanması, masrafların istenmesine engel olmazdı, çünkü tamirat başladığı zaman fayda da *(ulititer coeptum)* mevcuttu. Roma kaynaklarında tedavi ettirilen başkasına ait kölenin ölmesi, kirişlerle desteklenen evin yanması durumunda, yani başarının ortaya çıkmaması halinde de işi görenin masraflarını alabileceği kabul ediliyordu[19].

7) A'nın emanet ettiği tablo B'den çalınmışsa, B sorumlu olmaz, çünkü B vedia akdinde vedia alan olarak *custodia* (gözetim) sorumluluğu altında değildir. Bunun sebebi, vedia alanın sözleşmeden menfaati olmayışıdır. Yağmurun tabloyu bozmasında ağır ihmali bulunmadıkça B yine sorumlu olmaz; vedia alan hafif ihmal veya mücbir sebep halinde zarardan sorumlu tutulamaz. Ancak taraflar anlaşmayla malı muhafaza için alanın hafif veya beklenmedik hallerde sorumlu tutulacağını kararlaştırabilirler[20]. Malı mu-

---

17) Özellikle yakın akrabaların ahlaki duygularla birbirlerine yaptığı yardımlar vekaletsiz iş idaresine dayanılarak istenemedi, BENKE N-MEISSEL F.S, s. 246.

18) Şimşir ağaçlarının lüks masrafları *(impensae voluptariae)*, yani bir malı süslemek için masrafı yapanın idaresine dayanan masraflar kategorisine girdiği kabul edilirse, bunlar işin sahibinden istenemezdi.

19) D. 3, 5, 9 (10), 1.

20) Bu konunun ele alındığı D. 16, 3, 1, 36'te Ulpianus bu akit vedia alanın ısrarı üzerine olmuşsa, vedia alanın sadece beklenmedik hal *(casus fortuitus)* durumunda sorumlu ol-

hafaza için almış olana kasıt ve ağır ihmali aşan ölçüde sorumluluk yüklenmişse, akdin vekalet akdine dönüştüğünün kabul edilmesi gerektiğini Ulpianus D. 16, 3, 1, 12'de söylenmektedir.

8) Zamanımızın tabiriyle burada "gerçek olmayan vekaletsiz iş idaresi" mevcuttur; iş sahibi objektif olarak başkasına ait bir işi kendisine maletmekte, kendisine menfaat sağlamak için icra etmektedir. A tabloyu muhafaza için verdiği halde B tabloyu satarak kendisine yarar sağlamıştır. Tabloyu satmak mülkiyetin verdiği bir yetkidir, bu yetki A'nındır. B A'nın iradesine aykırı bir davranış içine girmiş, kasti davranmıştır.

B A'nın tablosunu satıp devretmek suretiyle vedia akdinden doğan tabloyu iade borcunun ifasını bilerek imkansız hale sokmuştur, kendisine *actio depositi directa* açılarak tazminat istenir. Bununu yanında vedia alınan menkul malı sadece saklayacağı, tasarruf edemeyeceği halde satmak suretiyle *furtum* (hırsızlık-güveni kötüye kullanma) haksız fiilini işlediği için, kendisine bir ceza davası olan *actio furti* da açılabilir.

Roma kaynakları bir dayı da gerçek olmayan vekaletsiz iş idaresi halinde tanımaktadır:

Olayla olduğu gibi bir kimse başkasının menfaatini düşünerek değil, kendisine kazanç sağlamak üzere bir iş görmüşse, iş sahibine vekaletsiz iş idaresinden doğan dava tanınmaktaydı. Burada B kötü niyetle başkasının işini kendi işi olarak görmüş, kasten davranmıştır, tabloyu satmaya yetkili olmadığı halde başkasına satıp devretmiştir[27].

Roma hukukunun bu çözüm tarzı ifadesini BK m. 414'de bulmuştur. Bu maddeye göre bir kimse kendi menfaati için yapılmamış olan işten doğan faydaları istemek hakkına sahiptir[28].

---

mayacağını, buna karşılık hem kasıt hem ihmal hem de gözetim sorumluluğu altında olduğunu vurgulamaktadır.

27 Gerçek olmayan vekaletsiz iş idaresi iyi niyetle de ortay çıkabilir, bir kimse kendi işini gördüğü halde başkasının işini yapmış olabilir, mesela tabloyu alan B'nin -mirasçısı tabloyu A'ya ait olduğunu bilmeden- satmışsa böyle bir durum vardır. D. 3. 5. 45 malın sahibine vekaletsiz iş idaresinden doğan davayı tanıdığı halde D. 12, 1. 23 malın sahibinin satıcıya açacağı *condictio*'dan söz etmektedir. Eğer bir kimse iş sahibinin yapmayacağı bir işi yapmış ve bundan bir zarar doğmuşsa, bu zarar beklenmedik halde doğmuş olsa bile, zarar bu kişinin üzerinde kalmaktaydı... Eğer böle bir işten kazanç elde edilmişse bu kazanç iş sahibine ait oluyordu. D. 3. 5. 10(11).

28 Aynı madde iş sahibinin zenginleştiği oranda iş görenin zarını ödeyeceği hükme bağlanmıştır. D. 3. 5. 5. 5 de iş görenin bu halde iş sahibinden sadece zenginleşmişse ve o oranda talepte bulunabileceğini ifade etmektedir.

20. MESELENİN METİNLERİ

I. 3, 14, 3:

Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea requam accepit restituenda tenetur...

I. 3, 14, 3:

Bundan başka nezdinde herhangi bir şey tevdi edilmiş *(deponitur)* olan kimse de ayni olarak (re) borçlanır ve vedia davası *(actio depositi)* mucibince aldığı şeyi aynen iade etmekle mükellef tutulur... (Umur tercümesi)

Gai. 4, 47:

Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argentam deposuit, qua de agitur...

Gai. 4, 47:

Aulus Agerius (davacı) Numerius Negidius'a (davalıya) dava konusu olan gümüş masayı tevdi etmişse...

BK m. 463/1

Vedia, vedia alanın vedia verene karşı onun kendisine tevdi ettiği şeyi almayı ve bunu emin yerde muhafaza etmeyi borçlandığı bir akittir.

Gai. 3, 155:

Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandeverim, contrahitur mandati obligatio...

Gai. 3, 155:

Vekalet sözleşmesi ya kendimiz ya başkası için bir kimseye vekalet verdiğimiz zaman oluşur. Bu nedenle ya benim ya da başkasının işlerini görmek üzere vekalet vermişsem, vekalet ilişkisi kurulmuş olur...

BK m. 386/I

Vekalet bir akittir ki, onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabbül eylediğini hizmetin ifasını iltizam eyler.

D. 41, 1, 26, 1 (Paulus libro quarto decimo ad Sabinum)

Arbor radicis eruta et in alio posita priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factum.

D. 41, 1, 26, 1 (Paulus'un Sabinus şehrinin 14. kitabından)

Kökleriyle çıkarılmış ve başkasının-arazisine-dikilmiş olan ağaç kök salmadan önce eski malikindir. Ancak kök salmakla birlikte araziye tabi olur. Öyle ise tekrar yerinden çıkarılırsa eski malike dönmez; başkasının toprağından beslenmek suretiyle başka bir şey olduğuna inanılmalıdır.

MK m. 729

Bir kimse başkasının fidanını kendi arazisine ya da kendisinin veya üçüncü bir kişinin fidanını başkasının arazisine dikerse, başkasının malzemesini kullanarak yapılan yapılara veya taşınır yapılara ilişkin hükümler bunlar hakkında da uygulanır.

D. 3, 5, 10 (Pomponius libro vicensimo primo ad Qu. Mucium)

Si negotia absentis et ignorantis geras, et dolum et culpam praestare debes...

D. 3, 5, 10 (Pomponius'un Qu. Mucus şehrinin 21. Kitabından)

Orada bulunmayan ve haberi olmayan bir kimsenin işlerini görürsen, kastından ve ihmalden sorumlu olursun...

BK m. 411/I

Başkası namına tasarrufta bulunan kimse her türlü ihmal ve ihtiyatsızlıktan mesuldür.

21. MESELE

OLAY

B, M'den içinde bir villa bulunan üzüm bağını satın almıştır. Aralarındaki anlaşmaya göre semen bir yıl sonra ödenecek, fakat semenin tamamı ödeninceye kadar B, M'ye her ay kira ücreti ödeyecektir.

SORULAR

1) B ile M arasında hangi sözleşmeler vardır? Bunlar ne zaman oluşmuştur, hangi akit grubuna girerler? Niçin? Belirgin özelliklerini yazınız.

2) B aylık kira ücretlerini ne zamana kadar ödemek zorundadır?

3) B ile M arasında B'nin üzüm bağından uzaklaştırılması durumunda B'ye 10 altın ödenmesi, B'nin bağı terketmesi durumunda M'ye 10 altın ödemesine ilişkin bir anlaşma yapılmıştır. Bu anlaşmanın niteliği nedir? Buna ne gibi sonuçlar bağlanır?

4) M, B'nin üzüm bağı ile meşgul olmasını engellerse, B ne yapabilir?

5) İzinsiz bağa giren H üzüm çalacağı gerekçesiyle öldürülebilir mi? H gerçekten üzüm hırsızlığı için bağa girmiş ve yakalanmışsa, hangi davalar açılabilir? H'nin kopardığı üzümler kimindir? Niçin?

6) Bağ çubuklarının yetiştirildiği serada yakılan ateşi kontrol etmekle görevlendirilmiş olan B'ye ait köle T uyuya kalınca, arazide bulunan eve sıçrayan ateş evi tutuşturur. M hangi gerekçeyle ne isteyebilir? B'nin tuttuğu F ateşi yakar. Ancak kontrolle görevlendirilen T yetersiz kaldığı için bina yanar. Kim sorumlu tutulabilir?

7) Aylık ücret istemeye gelen M'yi oradaki at çiftelemiştir. M kimden hangi davayla ne isteyebilir?

8) Karga sürülerinin olgunlaşan üzümleri yemesi dolayısıyla B beklediği geliri elde edemezse ne yapabilir?

9) Evin tutuştuğunu gören komşu N, yangının kendi evine sirayet etmesini önlemek üzere yanan evi adamlarıyla birlikte yıkarsa, sorumlu tutulabilir mi?

21. MESELENİN CEVAPLARI

1) Taraflar arasında rızai akitler grubuna giren alım satım ve kira akitleri aynı zamanda yapılmıştır. İyiniyete tabi olan alım satım sözleşmesi *(emptio venditio)* tam iki taraflı bir sözleşmedir. Satıcı sattığı malın rahat zilyetliğini devretmek, alıcı ise semeni ödemek borcu altındadır. Bu akde bağlı olarak yapılan kira akdi *(locatio conductio rei)* de iyiniyet akdidir, kiraya verilen malı kira süresi boyunca kiracının faydalanmasına bırakmak, kiracının da kira ücretini ödemekle yükümlü olduğu iyiniyete tabi sinallagmatik bir sözleşmedir. Buradaki kira akdinin konusunu semere alınan bir arazi teşkil ettiğinden bir hasılat kirasından söz edilebilir.

Romalı hukukçular zaman zaman birden fazla akdi kombine etmişlerdir. Alım satım ile kira olayda kombine edilmiştir. Bunun sebebi, satıcının semeni almadan malın mülkiyetini vermek istememesidir[1]. Alıcı da malın *detentio*'sunu kiraya dayanarak aldığından, maldan hemen yararlanmaya başlamaktadır. Bazı hallerde ise satıcı mülkiyeti muhafaza kaydıyla teslim etmekte veya semen tamamen ödeninceye kadar malı alıcıya *precarium* (iğreti) olarak bırakmaktadır[2]. Günümüzde tacirler çok defa vergi kolaylıkları sebebiyle kombine akit niteliğinde olan leasing (finansal kiralama) yoluna gitmektedir: Türkiye'de bu konu ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. İsviçre ise OR'da değişikliğe gitmiştir. Bu tip anlaşmalarla taksitli satış hükümlerinin ihlâl edilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

2) Olayın dayandığı metne göre, semen tamamen ödeninceye kadar B, M'ye kira ücreti ödemelidir.

3) B ile M arasında bir *pactum*'la cezai şart kararlaştırılmıştır. Cezai şart prensipte *stipulatio*'nun uygulama alanına giren bir haldir, fakat kira gibi iyiniyet akitlerinde şekilsiz anlaşmayla da hükme bağlanabilmekteydi (D. 19, 254, 1).

Lehine böyle bir kayıt bulunan kimse zararını ispat etmeye lüzum kalmadan cezai şart olarak konulan miktarı bir nevi tazminat olarak isteyebiliyordu. Normal olarak *stipulatio*'nun uygulama alanına giren cezai şart *(stipulatio duplae)* iyiniyet akitlerinde *pactum* ile kararlaştırılabiliyordu. Cezai şart öngörülen dava gerçekleşirse, taraflar birbirlerine karşı dava açabilirdi. Taraflar zararlarını ispat zorunda kalmaksızın, bir nevi götürü tazminat olan, kararlaştırılan miktarı isteyebilirlerdi.

1) Zimmermann R., The Law of Obligation Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996, s. 530, 531.

2) Kunkel-Mayer-Maly, s. 163; Apathy P-Klinberg G. -Stiegler H., Einführung in das Römische Recht, Wien 1994, s. 87, 122.

4) Burada kiraya veren M'nin elinde akdin ihlalinden doğan *actio locati*'yi açarak tazminat istemek imkanı mevcuttur.

5) H bağa hırsızlık için girmiş olabilir. Ancak Roma'da *furtum* haksız fiilinin oluşması için çalınan malın mal sahibinin hakimiyet alanından çıkarılması lazımdı *(contrectatio)*. Eski devirlerde suçüstü yakalanan veya silah kullanan hırsızın öldürülmesi mümkündü. Ancak günümüz hukukundan farklı olarak suça (hırsızlığa) teşebbüs cezalandırılmıyordu[3]. H'ın topladığı üzümler semere iktisabi yoluyla henüz malik durumda olan M tarafından iktisap edilir, çünkü malikler semereleri asıl maldan ayrıldığı zaman iktisap eder. Hırsız'a bir ceza davası olan *actio furti*, birer tazminat davası olan *rei vindicatio* ve *condictio furtiva* açabilirlerdi. Semereler malik tarafından asıl mala ilişkin açılacak *rei vindicatio* çerçevesinde istenebileceği gibi malik M bunları ayrı bir *rei vindicatio* ile de talep edebilirdi. Hasılat kiracısı hırsıza semereler için doğrudan istihkak davası açamazdı, zira semereler kiracının zilyetliğine geçtiği anda mülkiyeti girerdi, bu sebepten B'nin M'ye başvurması gerekiyordu[4].

Kira akdine göre sorumlu tutulanın yardımcı şahıs seçmede kusurlu olduğu ifade edilmektedir[5]. Bununla beraber mala verilen haksız fiilleri düzenleyen *lex Aquilae*'ye dayanmak imkanı da vardır. Eğer ikinci yola gidilirse B'nin *noxa* sorumluluğu söz konusu olur. B ister (deneyimsiz yahut aşırı yorgun olduğu için olaya sebep olan) köleyi M'yi teslim eder isterse tazminatı öder[6].

6) Burada ateşi kontrol etmek, icabında yangın çıkmasını önlemekle görevli olan T sorumludur, özensiz davranmıştır, ihmali vardır. Uymanın

3) D. 47,2,21,7: *Qui furti faciendi causae conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intavit. quit ergo? qua actione tenebitur? utique iniurarum. aut de vi accusabitur, si Per vim introivit* (Hırsızlık maksadı ile bir yere giden kimse hırsız olarak görülmemelidir. Öyleyse doğru olan nedir? Hangi dava ile sorumlu olacaktır? Her halde kişiliğe tecavüz davası açılmalıdır. Yahut cebir kullanarak girmişse, kuvvet kullanmaktan dolayı dava açılabilir).

4) Apathy-Klingenberg-Siegler, s.91.

5) D. 9. 2. 27, 9: *Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta. Nertius scribit ex locato conventum praetare debere, si neglens in eligendis ministerius fuit...* (Kiracının sobayı kontrol etmekle görevli kölesi sobanın başında uyuya kalır ve ev yanarsa Neratius'un yazdığına göre kiracı adam seçmede özensiz ise, zararı gidermekle yükümlü olur).

6) Zimmermann, s. 983; Kolbert C.F. Justinian, the Digest of Roman Law, London 1979, s.83.

doğal ve insanlara özgü olduğunu öne süremez. Buna karşılık ateşi yakmış olan F kusurlu değildir[7].

7) Burada hayvan tutanın sorumluluğu ortaya çıkabilir; ehli bir hayvan tabiatına aykırı olarak başkasına zarar verirse, hayvanın malikine *actio de paperie* açılır, malik isterse hayvanı zarar görene *noxa* olarak teslim eder yahut tazminat öderdi[8]. 12 Levha Kanunu tarafından öngörülmüş olan bu dava zamanla her türlü evcil hayvan için uygulanır olmuştu. Bu sorumluluğun esası tehlike sorumluluğudur. Nitekim BK 56'da böyle bir sorumluluk halini düzenlemektedir. Roma Hukukunda eğer hayvan başkası tarafından ürkütülmüşse, o zaman ürkütene mala verilen zarar davası açılırdı[9].

8) Hasılat kirasında kiracı beklenen ürünü elde edemezse, kiradan indirim yapılmasını isteyebilirdi *(remissio mercedis).* Fakat ürünün bol olduğu dönemlerde bu indirim telafi edilmeliydi[10]. Tabiatıyla kiracı karga sürülerini engelleyebilecek durumda olmamalıdır.

9) Burada ıztırar hali söz konusudur. Bir kimse kendisini tehdit eden bir tehlikeden korumak için üçüncü kişiye zarar vermektedir. Bu bir hukuka uygunluk sebebidir. Bu şekilde aslında mala verilen zarar *(damnum iniuria datum)* haksız fiil olabilecek bir davranıştan dolayı dava açılamamaktadır[11]. Ancak üçüncü kişinin zararı tazmin edilmek zorundadır[12]. Hukukçu Celsus

---

7) D. 9,2.27,9'da F'nin hata yapmadığı belirtilmektedir *(...non peccavit).* Bkz. 4. olup metindeki yazarlar.

8) Zararın hayvanın içindeki şeytanı tarafından verildiğine ilişkin bir düşünce vardır. Honsell H., Römisches Recht 4. ergaenzte Auflage, Berlin 1997, s.150. Kaser M., Das Römiche Privat techt, 2. Abschnitt, München 1959, s.313. Hayvan tutanın sorumluluğunun postklasik devirde genelleştirildiğini, hayvanın tabiatına aykırı zarar verme *(contra suam naturam)* şartının bu devirde geldiğini savunmaktadır.

9) Kaser I. s.633634; Apathy-Klingenberg-Stiegler, s.64; Zimmermann, s.1096. Hayvan tutanın sorumluluğu hakkındaki teferruat için bkz. Windscheid B-Kipp T., Lehrbuch des Pandektenrechts, Aalen 1984, Band 2, s.984 vd.

10) Apathy-Klingenberg-Stiegler, s.136; Zimmermann, s.371.

11) D. 9,2,49, Metin ve tercümesi için bkz. Metinler Bölümü. D. 43,24,7,4: de Ulpianus tarafından fikri nakledilen Servius Cumhuriyet devrinde yaşadığı halde önceki görüşün sahibi Celsus ilk imparatorluk devrinde yaşamıştır. Zaman içinde görüşlerde farklılık ortaya çıktığı düşünülebilir.

12) D. 9,2,45.45,4; *...si defendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tanebor lege Aquilia, illum enim solum qui vim interfert ferire conceditur, et hoc, si tuendi dum taxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.* (Kendimi korumak için düşmanıma bir taş atmış, fakat ona değil, yoldan geçen birisine isabet etmişse, *lex Aquilia*'ya göre sorumlu olurum. Çünkü ancak güç kullanarı yaralayabilirim ve bu da ancak kendini ko-

D. 9, 2, 49, 1'de komşunun evi haklı korku sebebiyle yıkmış olmasını aramaktadır. Buna karşılık D. 43, 24, 7, 4'te hukukçu Servius yanan ev magistra kararıyla yıkılmışsa sorun olmayacağını, ama bunu bir fert yaptırırsa, objektif yönden zorunluğun bulunması gerektiğini, ancak yangın yıktıranın arazisinin bir parçasına gerçekten erişmişse, o zaman sorumluluğun ortaya çıkmayacağı görüşünü öne sürmektedir. Iztırar halinin kabulü için bazı şartların biraraya gelmesi lazımdır; kaçınmak istenen tehlikenin ortaya çıkmasında ıztırar haline dayanan kimsenin kusuru olmamalıdır. Tehlikeden kaçmak için başka çare olmamalıdır. Alınan tedbirin tehlikeyi önlemeye objektif olarak uygun olması lazımdır. Mesela kurtarılan değerin verilen zarardan daha yüksek olması gerekirdi[13]. Bk 52/II: Kendini veya diğerini zarardan yahut derhal vukubulacak bir tehlikeden vikaye için başkasının mallarına halel iras eden kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hakim, hakkaniyete tevfikan tayin eder. Bir Pandekt hukukçusu olan von Tuhr/Peter (Allgeminer Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1979, s.423) bu madde için hemen hemen aynı şartları aramaktadır, bu konuda bkz. Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2000, s.490 vd. Günümüz hukukunun Roma Hukuku'ndan farkı, malvarlığına zarar verilene tazminat ödenmesidir.

rumak için olabilir, intikam almak için olmaz. Iztırar için bkz. Zimmermann, s.1000.

13) Honsell, s.155.

21. MESELENİN METİNLERİ

D. 19, 2, 21 (Iavolenus libro undecimo epistularum)

Cum venderem fundum, convenit, ut donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberat: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.

D. 19, 2, 21 (Iavolenus'un mektuplarının 11. kitabından)

Bir gayrimenkul sattığım sırada alıcının bunu semenin hepsi ödeninceye kadar belli bir kira ücreti karşılığında kiralamış olduğu kararlaştırılmıştır? Semen ödenmişse kira ücretinden vazgeçilmeli midir? O şöyle cevap vermiştir: Dürüstlük kuralı anlaşmaya uymayı emreder: O (yani alıcı); kira ücretini, sadece semenin henüz ödenmemiş olduğu zaman bölümü için satıcıya ödemelidir).

D. 9, 2, 49, 1 (Ulpianus libro non disputationum)

Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod Cum damno iniuriam attulerit. Nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas eades intercidit: et sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare.

D. 9, 2, 49, 1 (Ulpianus'u Tartışmalı Meseleleri'nin 9. kitabından)

Hukuka aykırı zararın *lex Aquilia*'dan doğan dava ile takip edileceği söyleniyorsa, bundan failin başkasına hukuka aykırı zarar verdiği anlaşılmalıdır, ancak bu zararın mücbir sebeple verilmesi hali hariçtir. Celsus bir yangını önlemek üzere komşu evleri yıkandan söz etmektedir, ona göre bu durumda *lex Aquilia*'dan doğan dava açılamaz. Zira bu kimse yangının kendisine ulaşacağı korkusuyla komşu evleri yıkmıştır. Celsus yangının ona kadar gelmesi veya daha önce söndürülmesinin fark yaratmayacağını, dava açılmayacağı görüşündedir.

22. MESELE

OLAY

M'nin maliki olduğu Roma'daki çok işlek bir yolun kenarındaki evin üst katında oturan K pencerenin önüne ağır saksılar koymuştur. Bir gün sokaktan geçen A'da evden dökülen sıcak bulaşık suyunun kendisine isabet etmesiyle yanıklar oluşmuştur.

SORULAR

1) Devamlı o sokağı kullanan C saksıların düşebileceğini düşünerek dava açabilir mi? Kime hangi davayı açabilir? Burada bir haksız fiil var mıdır?
2) Özgür bir kimse olan A suyu kimin döktüğünü saptayamasa bile dava açabilir mi? Burada bir haksız fiil var mıdır? Açılacak dava hangisidir?
3) Evde oturan birden fazla kimse varsa, dava kime açılır?
4) Suyu döken bir konuk ise, dava ona mı açılmalıdır? Niçin?
5) Suyu döken K'nın *peculium*'u olan aile evladı ise *peculium* dolayısıyla aile reisine açılabilen *actio de peculio* K'ya açılabilir mi?
6) Açılacak davada hakim neye karar verir?
7) Mahkeme kararına uyan K, ödediği miktar için suyu döken konuğuna rücu edebilir mi?
8) K, gerçek faile bir dava açabilir miydi?
9) Bu himaye vasıtaları niçin tanınmıştır?
10) Herkesin gelip geçtiği bir yolun civarındaki bir kulübede beslenen köpek oradan geçmekte olan bir Romalı'yı ısırırsa, köpeğin sahibini hakim neye mahkum eder? Hayvanların verdiği zararlardan dolayı açılabilen *actio de pauperie* de bu olavda açılabilir mi?
11) Roma Hukukunun düzenlenmesi modern hukukları etkilemiş midir?

22. MESELENİN CEVAPLARI

1) C Burada bir tehlike sorumluluğu hali mevcuttur. Iustinianus hukukunda borç kaynağı kabul edilen ve haksız fiil benzerleri *(quasi delictum)* kategorisine giren bu durumda o genel yolu kullananlardan herhangi birisi olan C evi kullanana, oturana *actio de positis vel suspensis* açabilirdi. Bir *actio* popularis olan bu dava ilk defa praetor Edictum'u ile tanınmıştı ve hakim davalıyı 10 altın ödemeye mahkum ederdi. Bu evde kim oturuyorsa dava ona yöneltilirdi. Bu dava aynı zamanda Romalıların kamusal yerlere verdikleri önemi göstermektedir, insanlar kamuya ait bir yoldan serbestçe ve tehlikeye düşmeden yararlanmalıydılar. Haksız fiilin bütün şartlarını toplanmadığından, haksız fiile gitmek mümkün değildir, çünkü saksılar düşmemiş, zarar oluşmamıştır.

2) A suyu kimin döktüğünü saptarsa, haksız fiilden dava açabilir. Bu mümkün olmazsa, haksız fiil benzerleri içine girdiği kabul edilen, kusurun aranmadığı *actio de iectis vel defusis* davasını suyun atıldığı binada oturan malike, kiracıya veya ücretsiz oturana açar. Bu dava bir *actio in factum*'dur ve zarar görme halinde hakim davalıyı zararın iki misli tazminat ödemeye mahkum eder. Bu dava oturanın mirasçılarına karşı açılamazdı, ancak zarar görenin mirasçıları tarafından açılabilirdi[1].

3) Burada birden fazla ihtimali göz önünde tutmak gerekir; binada birden fazla kişi oturuyorsa, *actio de deiectis vel effusis* bunlardan herhangi birisine açılabilir, çünkü bunlardan kimin attığını veya döktüğünü bilmek mümkün değildir[2]. Bunlardan biri tüm zararı öderse, diğeri kurtulur[3].

4) Suyu döken bir konuk ise, dava yine konuğun ziyarete geldiği evde oturana açılırdı. İlgili metin, konuğun meskeninin orada olmamasını gerekçe göstermektedir[4].

5) Bu fiilden dolayı evladına *peculim* vermiş olan *pater familiast'a* munzam dava olan *actio de peculio* açılamaz, çünkü burada evladın bir hukuki işlemi yoktur, ancak bu durumda dava orada kira ile oturan aile evladı-

1) D.9,3,5,5.
2) D.9,3,1,10;D.9,3,2.
3) D.9,3,3.
4) D.9,3,1,9.

na açılmalıdır[5]. Tabiatıyla oğul babası ile orada oturuyorsa bu dava babaya açılabilir.

6) *Actio de deiectis vel effusis* bir özgürün yaralandığı için açılmışsa, hakim ödenecek hakkaniyete uygun *(aequum et bonum)* tazminatı belirlerdi. Bu bağlamda hakim doktorlara ödenen muayene ücretlerini ve diğer tedavi giderlerini, zarara uğrayanın yerine getiremediği için kaçırdığı ücretleri ve iş göremez duruma gelmesinden dolayı uğrayacağı zararları dikkate alır, fakat yara izleri dikkate alamazdı, çünkü Roma anlayışına göre bir özgürün vücudunun takdiri mümkün değildi[6]. Bu dava yaralı yaşadığı müddetçe açılabilirdi. Özgür bir kimse ölürse, yaptırımı Iustinianus hukukunda 50 altındı[7].

7) Bu dava bir actio popularis[8] olduğundan, herkes tarafından açılabilirdi, birden fazla dava açmak isteyen varsa, ölenle ilgisi en yakın olan tercih edilirdi[9].

8) Mahkum edildiği miktarı ödeyen K'ya praetor gerçek faile açması için bir *actio in factum* tanıyabilirdi. Eğer K o yeri atana kiraya vermişse, bu akitten doğan davayı açabilirdi[10]. K kendisine *actio de iectis vel efusis* açılmak istendiğinde atamı göstererek davadan kurtulamazdı[11].

9) Bu davaların yollar, caddeler gibi kamusal yerlerin tehlike olmadan kullanılması için getirilmiş olduğu ifade edilmektedir[12].

---

5) D.9,3,1,7.
6) D.9,3,7.
7) I.4,5,1.
8) *Actiones populares* herhangi bir Romalı tarafından açılabilecek davaların genel adıdır. Praetor kökenli bu davalar kamu yararını korumak üzere tanınırdı, bunlar ceza davalarıydı. Para cezası davayı açana, devlete veya kısmen devlete kısmen davacıya gelirdi. Bkz. Umur, Z., Roma Hukuku Lügatı, İstanbul: Berger H., Encyclopedic dictionary of Roman Law., New York 1953.
9) D.9,3,5,5.
10) D.9,3,5,4.
11) Windscheid B.-Kipp Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, Aalen 1984, s. 984, dipnotu 2.
12) D.9,3,1,1 (Ulpianus)
Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: publicum utile est sine metu et priculo per itinera commeari.
D.9,3,1,1.
Praetor'un bunu amaca çok uygun düzenlemiş olduğunu reddeden kimse yoktur, çünkü sokaklarda korkusuzca ve tehlike olmadan dolaşabilmekte kamu yararı vardır. D.9,3,1,9'da da tehlike yaratacak şekilde konulan, asılan şeylere ilişkin olarak da aynı gerekçe gösterilmektedir. 4,5,1.

10) I.4,9,1'de Iustinianus, *aedilis curulis*'lerin beyannamesine atıf yaparak herkesin geçtiği yerlere köpeklerin, domuzların, ayıların, arslanların konulamayacağını, buna aykırı davranma yüzünden özgür bir kimseye zarar gelmesi durumunda hakimin hakkaniyete uygun bir tazminata hükmolunacağını belirtmekte, diğer hallerde ise zararın iki katına mahkumiyet kararı verileceğini söylemektedir. Bunun dışında *actio de pauperie*'nin de açılabileceği vurgulanmaktadır[13]. Ancak bu isabetli değildir, çünkü bu dava klasik esas itibarıyla dört ayaklı hayvanların verdiği zararlar için açılırdı[14].

11) *Actio de iectis vel effusis* sadece modern medeni kanunlardan tabii hukuk doktrinin etkisinde hazırlanmış olan Avusturya Medeni Kanununa girmiştir[15].

(1.3.1926 tarih ve 320 sayılı Ceza Kanunu Kabahatler bölümünde iki maddeye yer vermişti:

Madde 558

Halkın gelip geçeceği yerler veya birkaç ailenin müşterek avlusuna insanı yaralayacak veya üstünü kirletecek bir şey atan veya döken kimse on güne kadar hafif hapis veya bin sekizyüz liraya kadar hafif cezayı nakdi ile cezalandırılır.

Madde 559

Her kim lazım olan ihtiyatı ifa etmeksizin halkın geçtiği caddeler ve sokaklar üzerindeki pencerelere, damlara, taraçalara veya buna benzer yerlere düştüğü halde geçenleri yaralayacak veya kirletecek şeyler koyar veya asarsa binsekizyüz liraya kadar hafif cezayı nakdi hükmolunur.

Failin malum olmadığı takdirde ceza, fiili manedecek iktidarda bulunmak şartıyla binanın müdürüne veya zilyedine hükmedilir.)

5237 no.lu, 25611 sayılı Resmi Gazete'de 12.10.2004 tarihinde yayınlanan yeni TCK'nın 181 ve 182. maddeleri çevrenin kasden ve taksirle kirletilmesi sonucu insan ve hayvanlara zarar verme suçunu düzenlemektedir.

5326 no.lu, 25772 mükerrer sayılı, 31.03.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Kabahatler Kanunu'nun 41. maddesinde atık ve artıkların atılmasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

---

13) D.9,1,1 pr (Ulpianus)
Si quadrupes paperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id es animal quod noxaum commsitaut aesstimationem noxiae offerrit.
D.9,1,1 pr.
Dört ayaklı bir ev hayvanı bir zarar vermişse, 12 Levha Kanununa göre bir dava hakkı doğar. Bu kanun zarar veren malın, yani zarar veren hayvanın teslim edilmesini yahut zararın tazminat olarak teklif edilmesini isterdi.

14) D.9,1,1,2.

15) ABGB 1318: Bir kimse tehlikeli bir şekilde asılmış veya konulmuş veya bir meskenden atılan veya dökülenlerle zarar görmüşse, atılanın, dökülenin veya şeyin düştüğü meskende oturan sorumlu olur.

22. MESELENİN METİNLERİ

D. 9,3,5,68 (Ulpianus libro vicensimo tertio ed edictum)

Praetor ait. "ne quis in suuggrunda protectove supra eum locum, qui vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possi...t.

D. 9,3,5,6 (Ulpianus'un beyanname şerhinin 23. kitabından)

Preator şöyle der: "Bir kimse aşağıda kamu yolunun geçtiği veya insanları dolaştığı bir yerde balkona veya sundurmaya düşmesi halinde zarar verebilecek bir şey koymuşsa...

I.4,5,1

Item is, ex cuius cenaculo vel proprio ipsius vel conducto vel in quo habitabat deiectum effusum ve aliquid est, ita ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatuus intelligitur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi.....

I.4,5,1

Yine bir kimsenin malik veya kiracı olarak veya ücretsiz oturduğu meskenden bir şey atılmış, dökülmüş ve bu şekilde başka birine zarar gelmişse, bu kimse haksız fiil benzerinden dolayı borçlanmış kabul edilir, çünkü ekseriya başka birisinin, ya kölesinin ya çocuğunun kusurundan sorumlu tutulmaktadır.....

ROMA DEVLETİ'NİN PARA BİRİMLERİ

Paranın bir malın iktisadî değerini ölçmek ve mübadele aracı olmak gibi iki rolü vardır. Para toplumlarda, mübadelelerin artması sonucu bulunmuştur. Gasp, bağış, değiş tokuş, tahıl, kaba veya şekil verilmiş madenden sonra, tartı ve sayı ile olan para dönemine geçilmiştir. Sayı ile tedavül eden para M.Ö. VIII yüzyılda, Yunanistan ve Lidya'da bulunmuştur. Babil, gelişmiş bir ticaret hayatı olmasına rağmen, sayı parayı bilmiyordu. Meselâ, bankacılar hesaplarında, parayı tartarak kullanıyordu. Paranın bulunuşu, eşyanın kıymetini ölçmek için, elverişli bir ortak birim olmuştur. Fakat, bu kullanışlı araç, her yerde birden yayılmadı. M.Ö. 515'de Darius, darik adıyla bilinen altın paralarını Yunanistan'la ticaret yapabilmek için basmıştı. Bu para, ülkesinde de yaygın olarak kullanılmıştır. Kartaca, M.Ö. V., Roma M.Ö. IV. yüzyılda, sayı ile tedavül eden parayı basabilmiştir[1].

Roma'da, mübadele aracı olarak sırasıyla, hayvan (öküz, koyun)[2], tartılan maden, bakır, daha sonra devlet tarafından basılan tunç, gümüş ve altın para kullanılmıştır. *Pecunia* (para) teriminin, sürü hayvanını ifade eden *pecus* kelimesinden gelmesi, ilk mübadele aracının hayvan olduğunu göstermektedir (İngilizce ve Hintçe'de de aynı durum söz konusudur). Ayrıca; eski Roma kanunları cezaları; 2 koyundan 30 öküze kadar giden, hayvan sayısı olarak tespit ediliyordu. (Cezalar paraya çevrildiği zaman öküz 100 *as*, koyun 10 *as* olarak değerlendirilmiştir)[3]. Para cezalarının hayvan sayısı ile ödettirilmesinin terki, M.Ö. V. yüzyıl ortalarındaki bir *Aeternia Tarpeia* kanununa bağlıdır. Hayvan sayısının mübadele aracı olmasının yanında, XII Levha Kanunundan, belki de Roma'nın kuruluşundan önce, işlenmemiş kaba haldeki bakır-tunç maden *(aes rude)* de kullanılmıştır. Bu külçeler, her ödemede tartılıyor, gerekirse küçültülüyordu. Tartılan bakır külçeler, ilk para ile ödeme araçları olmuştur (XII Levha Kanunu - 3, 17 - bu *aes rude*'den bahsetmektedir). Zaten daha önceleri, ticari ilişkilerin azlığı paraya pek ihtiyaç göstermiyordu. Yabancılarla ilişkilerden önce, Roma dışında basılmış paralar kullanılmıştır. Para ihtiyacı M.Ö. IV. yüzyılda belirmiştir (yabancılarla

1) SALİHOĞLU H., İktisat Tarihi, s.10.
2) GAUDEMET'ye göre de s. 293, n. 3 V. yüzyıl başlarında Roma parası yoktu. Muhtemelen, İzlanda'da olduğu gibi, öküzle koyun arasında belirli bir değer oranı vardı. Bir öküz, on koyun (İzlanda'da oniki) ediyordu (GIRARD P.F., s.233-244).
3) GIRARD P.F., s.244, dn. 1.

daha faal bir ticaret, o bölgede daha fazla satın almaları gerektiren Samnit savaşları vs.). Romalılar, IV. yüzyıl ortalarından itibaren, Napoli ve Capua atölyelerinde basılan paraları da kullanmış olabilirler[4].

Roma, kapalı ve kendine yeten bir ekonomik hayattan sonra, mübadele ekonomisine geçtikçe, paraya olan ihtiyacı artmıştır. Romalılar, ilk para birimlerini *aes* (bakır, tunç) kelimesinden gelen «*As*» terimi ile ifade etmişlerdir. *As* bir libre ağırlığında tunç bir külçe olup oniki onsa ayrılıyordu. Bir libre 327 gram olduğuna göre, ilk paraları olan *as* ağır bir para olmalıdır. Ancak, alış veriş alanında kullanılma imkânı pek fazla değildi. Zira, bu kaba paranın *(as rude)* hem ayarı kontrol ediliyor, hem de tartılıyordu. Bu sebeple, önemli ödemelerde, kullanılması güçlükler yaratıyordu[5]. Romalılar, modern paraya benzeyen, devlet tarafından damgalanan veya eritilen maden parayı kullanmaya başlamakta gecikmemişlerdir. Romalılar, ilk damgalı maden parayı *(ac signatum)* Kral Servius Tullius'un çıkarttığını belirtilmekte ise de, bunun daha sonra (XII Levha Kanunu devrinde) olduğu kabul edilmektedir. Fakat, bu damga madenin ağırlığı değil, saflığını gösteriyordu. Bu şekilde, alış veriş hayatında, ayar kontrolü kalkmış, sadece tartı işlemi kalmıştı. Dolayısıyla, kaba paradan, işaret para düzeyine geçilmiştir. Roma'nın ilk sayı parası dökme tunçtan yuvarlak bir para olan «*as grave*»dir. Üç kişilik bir komisyon tarafından *(tras viri monetales)* Iuno Moneta tapınağında basılıyordu (yabancı dillerdeki *monnaie* ve benzeri kelimeler buradan gelmektedir)[6]. Bu para 273 gram ağırlığında idi. Daha sonra 327 gram ağırlığında piyasaya çıkarılan «*as libralis*» 12 onsa bölünüyordu[7]. Bu gelişme sonucu *as* gerçek bir para niteliğine kavuşmuş, yâni damgası madenin hem cinsini, hem de ağırlığını garanti etmiştir. Bu devirlerde, bir öküzün değeri 100 *as*, bir koyununki 10 *as* civarındadır. Gaius'un belirttiği gibi «o büyük fakirlik devirlerinde» bunlar önemli tutarlardır.

M.Ö. III. yüzyılda Romalılar Yunanlıların kendilerinden çok daha ileri iktisadî dünyasını tanıdılar. Kendilerine ticaret alanında gerekli malzemeleri sağladılar, büyük yollar inşa ettiler. Dış ödemelerinde, genellikle yabancı paraları kullanan Romalılar, ticaretin gelişmesiyle birlikte, gümüş para bastırdılar. Zaten Yunan dünyasında gümüş para hâkimdi. Tunç paraya gelince, devamlı devalüasyonlara uğradı ve sadece ülke içinde kullanılabildi. *As*, Pön

4) GAUDEMET J., s.293, n. 3.
5) SAHİLLİOĞLU H., İktisat Tarihi, s.14.
6) SAHİLLİOĞLU H., İktisat Tarihi, s. 20.
7) IMBERT J., Histoire Economique (Des origines à 1789), Paris 1965, s.64; SAHİLLİOĞLU H., İktisat Tarihi, s. 20.

savaşları sırasında, savaş finansmanı dolayısıyla, değer kaybına uğradı ve söz konusu olay, bu savaşların bitmesiyle sona ermişti. Pön savaşlarının olduğu yüzyılda, fiyatlar 10 misli artmıştır. *As*, M.Ö. 89'da yarım ons geldiğine göre, ağırlığının 23-24'ünü kaybetmiş ve küçük ödemelerde kullanılan ufaklık para durumuna gelmiştir[8].

Romalılar Elen dünyasının gümüş paralarını model alarak gümüş paralar bastırdı. Bunlardan «*denarius*»un anlamı, on *as* değerinde olduğu belirtmektedir. Fakat, *as* devalüe edildiğinden, *denarius*, 16 *as*'lık bir değere erişti. Elen parası drahmi 4,25 gram ağırlığında basılırken, *denarius* 4,55 gramdı. *Denarius* da, Pön savaşları sırasında, ağırlık kaybına, dolayısıyla değer kaybına uğrayarak, ağırlığı 4 gramın altına düşmüştü. Bu şekilde, Roma, Cumhuriyet devrinde «mono metalist gümüş para» rejimine girdi. M.Ö. 216'daki altın para basımı başarılı olmadı. Roma'nın «bi-metalist altın-gümüş para rejimi»ne geçmesi imparatorluk devrinde olmuştur[9].

Denarius'un birimleri arasındaki *sestertius*, H.S. harfleriyle[10] belirtilmektedir. Bu da, 2,5 *as* değerinde olduğunu gösterir. Fakat, *as*'ın devalüasyonu sonucu, değeri çabucak 4 *as*'a yükselmiştir. *Sestertius* da ayarının bozulması sonucu, tunç para halini almıştır.

Altın para henüz çok azdır. Milâdın ilk iki yüzyılındaki *Pax Romana* (Roma Barışı) döneminde, Roma Devleti iktisadi gelişmesinin üst seviyesine varmıştır. Tarım, ticaret va sanayi alanlarında önemli gelişmeler olmuştur. Caesar'ın ölüm yılında (M.Ö. 44) ağırlığı 7-8 gram olan altın para basılmıştır. «*Aureus*» ismindeki bu para 25 gümüş *denarius* veya 100 tunç *sestertius* değerindedir.

M.S. III. yüzyıldaki iktisadî hayattaki gerilemeyi, en açık şekilde paranın değer kaybetmesi gösterir. Caracalla'dan itibaren hassas bir hale gelen para, diğerleri arasında Valerius zamanında büyük değer kaybeder. Bunun sebepleri arasında, dış ticaret ve bütçe açıkları sayılabilir. Bütçe ve ithalât açıklarını, ek gelirleriyle karşılayacak fetihler olmadığından, aksine savunma savaşları hazine için yük teşkil ettiğinden, bütçe açıkları, gelecekteki malî krizlerin kaynağı olacaktır. Fetihlerin Roma ekonomisi bakımından önemini kavrayan Traianus, Avrupa'daki doğal sınırı aşarak Dacia'yı (Romanya) fethetmiştir. Dacia'nın, zengin altın ve gümüş maden ocakları vardı (Fetihte 160 ton altın ve 300 ton gümüş ele geçirilmiştir). Devamlı devalüasyonlar sonucu gümüş parada sonunda % 1 oranında gümüş kalmıştır. Pa-

8) GAUDEMET J., s.429, n. 5; SAHİLLİOĞLU H., İktisat Tarihi, s.21.

9) IMBERT J., s.64 ve 85; SAHİLLİOĞLU H., İktisat Tarihi, s.21.

10) H.S.: Libra Libra Semis'i (2, 5) ifade eden kısaltma daha önce kullanılan LLS ve IIS şeklindeki kısaltmalar HS. halini almıştır.

ranın ayarlanması, genellikle değerinin düşürülmesi şeklinde olmuyor ve devletin kısa sürede borç yükünü bir bakıma hafifletiyordu. Fakat, uzun sürede nakit para olarak tespit edilen vergi etkinliğini azaltıyordu. Paranın ağırlık ve ayarının düşmesi değerinin düşmesi ile sonuçlanıyor, satın alma gücü azalıyordu. Eşya fiyatları ve bu arada ayar olarak katılan madenin fiyatı da yükseliyordu. Paranın kendi madeni, paranın değerinden daha fazlaya yükseldiği için, bakır olarak kullanılan ayar içine kurşun, kalay, çinko karıştırılmıştır. Meselâ, bronzun kendisi çok pahalı geldiğinden kurşun veya daha değersiz paralar yerini almıştır. Roma İmparatorluğu topraklarında, para kolleksiyoncuları veya uzmanlarını bile ilgilendirmeyen çok miktarda değersiz paralar bulunmuştur[11].

Son İmparatorluk devri başlangıcında, para krizi zaten vardı.

Diocletianus ve Constantinus durumu düzeltmek için çok gayret sarfetti. Bu çalışmalar ikili para türünün ortaya çıkışı ile sonuçlandı: Kıymetli madenden paralar sağlam duruma erişti, tunç paralar için ise, enflâsyon devam etti. Gümüş, bilhassa altın Constantinus devrinde sağlamlaştı. Resmî sistemin parası sadece altın paradır. Diocletianus para birimi için, altın para *aureus*'u 60'a böldü. Constantinus beşte bir oranında devalüasyon yaparak, yani 72'ye bölerek ağırlığı 4,55 gram olan (bu ağırlık Augustus'un devrinde 7.27 gramdı) *solidus*'u çıkardı. Kelime anlamı bütün, sağlam olan, bu para birimi, Fransızca'ya *sou* olarak geçmiştir. Constantinus'un bastırttığı *solidus*, XI. yüzyıl ortalarına kadar, Doğu İmparatorluğunda değişmeden kalır. Ortaçağda Fransızca'da «*besant*», Bizans parası olarak isimlendirilmiştir. Doğu İmparatorluğu, bu altın parasının sağlamlığından gurur duymuştur. Bununla birlikte, bu para birimi tedavülde, çok az görülmüş ve para cezaları veya vergiler altın ve gümüş tartılarak ödenmiştir[12].

Tedavülde kullanılan para ise, bakır veya tunçtandır. Fakat, bunlar devamlı devalüasyona uğramış ve bazı zamanlarda, bilhassa Mısır'da başdöndürücü bir hızla değer kaybetmiştir. IV. yüzyıl boyunca imparatorlar, başarısızlıkla sonuçlanan kısmî revalüasyonlar yapmıştır.

Bu enflâsyonun, paranın değer kaybının sonucu, fiyatlarda aşırı yükselişler olmuştur. Bu aşırı artışlar daha önce de görülmüştü. 255 ve 294 yılları arasında tahıl fiyatları yirmi kat artmıştır. Augustus devrinde 3 *denarius* ödenen buğday miktarına 255 yıllarına doğru 16, 294 yılında ise 300

11) IMBERT J., s.85; SAHİLLİOĞLU H., İktisat Tarihi, s.27.
12) IMBERT J., s.90.

denarius ödeniyordu[13]. İki defa, 301 ve 362 yıllarında, imparatorlar fiyatlara narh koymaya çalışmışlar, fakat bunlar başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bu konudaki en meşhur tecrübe, Diocletianus'un «*De pretiis rerum venalium*» (satılık malların fiyatları) isimli emirnamesidir. Bu imparatorluktaki krizleri takip eden kıtlığın ve fiyat yükselişlerinin, devletin sert bir müdahalesiyle önlenebileceğini zanneden bir zihniyetin ifadesidir. Devamlı savaşlar, malların azalmasına, paranın değer kaybetmesine yol açmış, buna karşılık büyüyen devlet bürokrasisi vergi yükünü son derece ağırlaştırmıştı. Ölüm cezasına kadar giden ağır cezalar öngören bu tedbirin sonucunda, ticaret güçleştirildiği için mallar tamamen ortadan kalkmış, fiyatlar daha çok yükselmiş ve bir süre sonra emirname terk edilmiştir[14]. Paranın değer kaybının ve fiyat yükselişlerinin sonucu değiş tokuş, tabiat ekonomisine dönmek olmuştur. Para artık görevini yapamadığından, ekonomi yapay yollara sapmıştır. Mübadele aracı olarak eşya, paranın yerini almıştır. Devlet, ordu, memurlar ve *pleb* zümresi (bunlara yüzyıllardan beri yiyecek ve benzeri maddeler çok ucuza veya bedava olarak dağıtılıyordu) için yapılacak harcamaları aynı düzeyde tutabilmek için, vergilerin bir kısmını aynî olarak (eşya ve erzak) toplamaya ve maaş yerine bunlar verilmeye başlanmıştır. Dolayısıyla bu durumun diğer bir sonucu, tabiata bağlı bir iktisat hayatına (aynî mübadele) ve kendi kendine yeten bir beylik sistemine dönüş olmuştur[15].

Aurelius, (M.S. 270-275) Palmir'den elde ettiği ganimetlerle yeniden sağlam bir para bastırmıştı. Kontrolden uzak kalan darphaneleri kapattı. Para yeniden tedavüle başladı. Ancak, devletle vergi yükümlüleri ve devletle memurları arasındaki ilişkilerde tabiat ekonomisinin izleri tamamen silinmedi[16].

Her devirde ve her ülkede görüldüğü gibi, Roma Devletinde de iktisat, para sorunları, özellikle bunalım devrelerinde, vatandaşları ve idare edenleri devamlı meşgul etmiş, bu alanda, bazı denemeler girişmelerine yol açmıştır. XIX ve XX. yüzyılın da, benzer sorunlardan çok uzak olmadığını belirtmeye gerek yoktur.

13) IMBERT J., s.85.
14) Bkz. UMUR Z., Roma Hukuku, s. 131-132.
15) SAHİLLİOĞLU H., İktisat Tarihi, s.28; IMBERT J., s.91.
16) SAHİLLİOĞLU H., İktisat Tarihi, s.28.

BİBLİYOGRAFYA

APATHY P.-KLINGENBERG G.-STEIEGLER H. Emführungin das römsche Rech, Wıen 1994.

AYBAY A.: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1995.

AYBAY A., HATEMÎ H.: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1996.

AYİTER K., Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, İstanbul 1981.

BUCHER E., SCPWEIZERİSCHES OBLIGATİONENRECHT, Allegemeıner Teilohne Delıktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988.

BUCKLAND W. W.: A Text-Book of Roman Law, 3 edition, revised by Stein P., Cambridge 1963.

BARON J., Institutionen und Civilprozes, Berlin, 1884.

BENKE N.-MEISSEL F. S., Ubungerbunih aum römischen schuldrecht, werte Auflage, wien 1998.

ÇELEBİCAN Ö. K.: Roma Hukuku, Ankara 1997.

DI MARZO S.: Roma Hukuku, çev. UMUR Z., İstanbul 1959.

ELLUL J.: Histoire des Institutiones de l'Antiquité, Paris 1961.

GAUDEMET J.: Institutions de l'Antiquité, Deuxiémé édit'on Paris 1982.

GIRARD P. F.: Droit Romain, 4. bası, Paris 1906.

GIRARD P. F.: Geschichte und System des römischen Rechtes (Manuel elémentair de droit romain) ....übersetzt und mit Zusaetzen versehen von Mayr R. v., Berlin 1908.

GİRİTLİOĞLU N., ŞIPKAŞ., ÇİLİNGİROĞLU C.: Notlu-İçtihadlı Medeni Kanunu Borçlar Kanunu ve Tabiat Kanunu, İstanbul 1996.

GÖNENÇ F.İ., Roma Hukukunda Şirket Akti (Societas), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2002.

HAUSMANINGER H.: Das Schadenersatzrecht der Lex Aquilia, Wien 1976.

HAUSMANINGER H.-SELB W., Römisches Privatrecht, 8. verbesserte Auflage wien 1997.

HEUMANN H.-SECKEL E., Handleexikon zu den Quellen des römischen Recht, 10. Auflage, Graz 1958.

HONSEEL H., Römısches Reeht, Berlin werte ergaente Auflage, Berlin 1997.

HONSEEL H.-VOGT N. P.-WIEGAND W., Kommentazum schweizerıschen Privatrecht, Oblıgationenrecht, Zürich, Basel, Berin 1997.

HUBRECHT G.: Manuel de Droit Romain, Les Obligations, c. II, Paris 1943.

IMBERT J.: Histoire Economique (Des origines á 1789), Paris 1965.

İPEK N., Roma Hukukunda Gasp (Rapina), İstanbul, 2001.

KASER M.: Das römische Privatrecht, erster Abschnitt, 2. neubearbeitete Auflage, München 1971.

KOSCHAKER P., AYİTER K.: Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Ro ma Hususî Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.

KRELLER H., Römisches Recht, II, Grundlehren des Gemeinen Rechts, Romanistische-Einführung in olas geltende Pnvatrecht, Wien 1950.

LEVY J. P.: Cours d'Histoire du Droit Privé, Paris 1961-1962.

LEPOINTE G.: Manuel d'Histoire des Institutions des Faits Sociaux, Paris 1958.

LIEBS D.: Römisches Recht, Göttingen 1975.

MAILLET J.: Histoire des Institutiones et des Faits Sociaux, Paris 1956.

MAYER MALY TH., Römisches Privat recht, wien 1991.

MOMMSEN T.: Le Droit Pénal Romain, çev. DUQUESNE J., c. III, Paris 1907.

MONIER R.: Manuel Elémentaire de Droit Romain, c. I, Paris 1938.

MONIER R.: Manuel de Droit Romain, Les Obligations, 5. bası, Paris 1954, (Les Obligations).

OĞUZMAN M. K.-SELİÇİ Ö.: Eşya Hukuku, 7. bası, İstanbul 1997.

OĞUZMAN M.K-ÖZ M. T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, s. 1995.

POUAHER M.: Essai sur l'Histoire Générale de Droit, Paris 1849.

RADO T.: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1997.

SAHİLLİOĞLU H.: XV. yüzyılın sonu ve XVI. yüzyılın başlarında Bur sa'da Kölelerin Sosyal ve Ekonomik Hayattaki Yerleri, Princeton Üniversitesinde 26.6.1976'da verilen Tebliğ'in Türkçesi, (Bursa'da Köleler).

SAHİLLİOĞLU H.: İktisat Tarihi Ders Notları, (İktisat Tarihi).

SCHULZ F.: Classical Roman Law, Oxford 1951.

SCHWARZ A. B.: Borçlar Hukuku Dersleri, çev. DAVRAN B., I. cilt, İstanbul 1948 (Borçlar Hukuku).

SCHWARZ A. B.: Roma Hukuku Dersleri, çev. RADO T., 7. bası, İstanbul 1965, (Roma Hukuku).

SELİÇİ H.: Seçimlik Borçların İfası, İHFM., c. XXXIV, sayı 1-4.

SIBER H.: Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, 2. Band, Römisches Pnvatrecht, Darmstadt 1968.

SOMER P., Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İstanbul, 1999.

SOMER P., Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis), Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 2001.

TAHİROĞLU B.: Roma Hukukunda Azat Etmenin Tahditleri İHFAM., c. XXXVIII, sayı 1-4'ten Ayrı Bası

TAHİROĞLU B.: Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969.

TAKATS S.: Macaristan Türk Aleminden Çizgiler, çev. KARATAY, S., Ankara 1958.

TEKİNAY S.S.-AKMAN S.-BURCUOĞLU H.-ALTOP A.: Borçlar Hukuku, 7. bası, İstanbul 1993.

TOUCHARD J.: Histoire des Idées Politiques, c. 1,4 édition Paris 1971.

TUNÇOMAĞ K.: Borçlar Hukuku, II. cilt, Özel Borç İlişkileri, (8. bası, İstanbul 1977).

UMUR Z.: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987.

UMUR Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983.

UMUR Z.: Roma Hukuku, İstanbul 1984.

ÜÇOK C.-MUMCU A.-BOZKURT G. yeniden düzenlenip gözden geçirilmiş, Türk Hukuk Tarihi, 8. Baskı, Ankara, 1996.

WALLON H.: Histoire de l'Esclavage dans l'Antiqité, c. II, 2. bası, Paris 1879.

WETTER P. VAN: Pandectus, Toma Quatrième, Les Obligations, Paris 1910.

ZEVKLİLER A.-AYDOĞDU M.-PETEK H.: Özel Borç İlişkileri, Ankara 1998.

ZIMMERMANN B, The Low of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition, Oxford 1996.

BAŞVURULAN ROMA KAYNAKLARINA İLİŞKİN ESERLER

Corpus Iuris Civilis:

Institutiones, KRUEGER P., Berolini 1963.

Digesta, MOMMSEN T., KRUEGER P., Berolini 1965.

Codex, KRUEGER P., Berolini 1965.

Novellae, SCHOELL - KROLL, Berolini, 1954.

Gaius Institutiones, Borçlar Kısmı, çev. RADO T., İstanbul 1953.

Grand Larousse Encylopédique, c. IV, Paris 1961.

Iustinianus, Intstitutiones, çev. UMUR Z., İstanbul 1968.

Meydan Larousse, c. VII, İstanbul.

Novissimo Digesto Italiano, c. VII, Torino 1968.

Paulys Realencyclopaedie der klassichen Altertumswissenchaft, Stuttgart, 18. Halband.

BAŞVURULAN ROMA KAYNAKLARINA İLİŞKİN ESERLER

Corpus Iuris Civilis:

Institutiones, KRUEGER P., Berolini 1963.

Digesta, MOMMSEN T., KRUEGER P., Berolini 1965.

Codex, KRUEGER P., Berolini 1965.

Novellae, SCHOELL - KROLL, Berolini, 1954.

Gaius Institutiones, Borçlar Kısmı, çev. RADO T., İstanbul 1953.

Grand Larousse Encylopédique, c. IV, Paris 1961.

Iustinianus, Intstitutiones, çev. UMUR Z., İstanbul 1968.

Meydan Larousse, c. VII, İstanbul.

Novissimo Digesto Italiano, c. VII, Torino 1968.

Paulys Realencyclopaedie der klassichen Altertumswissenchaft, Stuttgart, 18. Halband.