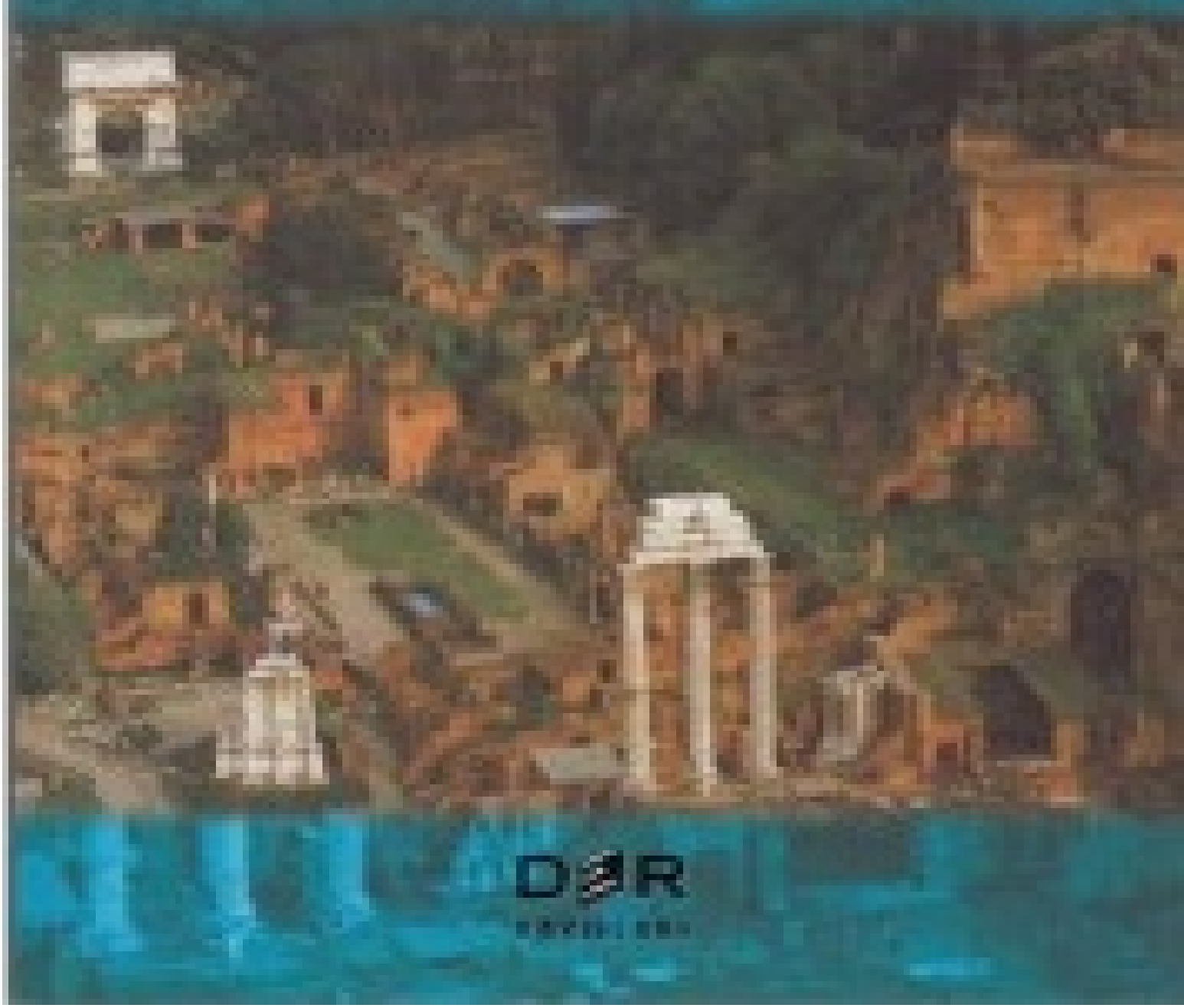
ROMA BORÇLAR HUKUKU

[1.07.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Düzenlenmiş Yeni Baskı]

Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU



DER

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

Romanın hukuk düşüncesi en fazla borçlar hukuku sahasında kendisini göstermiş ve bu hukuk dalı, modern hukuklara doğrudan doğruya tesir etmiştir. Bu sebeple; hem olayları hukukçu olarak değerlendirmesi açısından hukukçunun yetişmesi için, hem de ilkeleri doğrudan doğruya Roma Hukukundan esinlenen modern hukukun anlaşılabilmesi için, son derece elverişli bir bilgi kaynağıdır.

1. BORÇLAR HUKUKUNUN ÖNEMİ

Borçlar Hukuku, özel hukukun borç ilişkilerini düzenleyen kısmıdır. Borçlar hukuku, eşya hukuku ile birlikte, “yaşayanlar arasındaki malvarlığı hukuku”dur. Ölüm sebebiyle malvarlığına ilişkin hukuk, mirasta söz konusu olur.

Yaşayanlar arasındaki malvarlığı hukuku sistematiğinin bu iki kısmı birbirinden farklıdır:

Eşya hukuku, mallar üzerindeki haklardır; hakkı ihlâl eden ilgili herkese karşı ileri sürülebilirler.

Borçlar hukuku ise, taraflar arasında, sadece borçluya karşı ileri sürülebilen haklardır.

Malvarlığı hukukundaki bu ayrım, iktisadî ve pratik bakımdan değil, sadece hukuk açısından yapılır. Günlük hayatta ve iktisadî bakımdan birbirine çok yakından bağlı ilişkiler, sadece hukuk bakımından birbirinden ayrılırlar.

Meselâ alım satımla mülkiyetin nakli, iktisadî bakımdan birbirine yakın muamelelerdir; her ikisinde de bir mal elde edilmek istenmektedir. Fakat alım satım, gerek Roma Hukukunda gerekse Türk-İsviçre hukuklarında bir "alacak hakkı” doğurur, mülkiyetin nakli ise mal üzerinde bir "aynî hak” kazandırır.

Kiraya ilişkin akitlerle, kullanma, sükna, hattâ intifa hakları arasında, amaç bakımından bir yakınlık vardır: başkasına ait bir maldan yararlanmak. Fakat birincileri alacak hakkı, ikincileri ise aynî hak oluştururlar. Aynı şekilde, ipotek ve kefalet, teminat için başvurulan muamelelerdir; fakat birincisi aynî hak, ikincisi ise alacak hakkı yaratmaktadır.

Günlük hayatta borçların yeri önemlidir. Her gün oluşturulan borç alacak ilişkileri ile yürütülen ticaret hayatı, bazen önemli, bazen önemsiz bir çok faaliyet, Borçlar Hukuku alanına girer.

Borç ilişkilerinin sayısı çok olduğundan, tümünün teker teker Borçlar Kanunu içinde düzenlenmesi mümkün değildir. Aynî hakların sayısı belirlidir (*numerus clausus*). Borçlar Kanununda ise, genel ilkeler vardır. Tek tek borç ilişkileri bu genel ilkelerin ışığı altında düzenlenir. Bu ise,

borçlar hukukuna ilişkin prensiplerin, olaylara uygulanması sırasında, çeşitli zorluklar yaratır[1].

2. ROMA HUKUKUNUN MODERN HUKUKLARI ETKİLEME SÜRECİ

Yer yüzündeki devlet sayısı kadar (federal yapıdaki devletlerdeki bazı özel durumlar dikkate alındığında ise, daha da fazla sayıda) ulusal hukuk düzenlemeleri bir arada yaşamaktadır. Birbirinden az çok ölçüde farklı olmakla birlikte, bu ulusal hukukların bir kısmı, bazı yönlerden birbirine yakın veya benzer özellikler taşımaktadır. Bu duruma bakılarak, çok sayıdaki ulusal hukuk, birkaç ana gruba ayrılabilmektedir, Ancak; bu hukuk sistemleri ayrımının, çok genel bir takım benzerliklere dayandığı, aynı gruba giren ulusal hukuk sistemleri arasında da içerik ve uygulamalar açısından önemli farklılıklar bulunabileceğini unutmamak gerekir. Ayrıca, belli bir sisteme bağlı görünen devletlerin her zaman coğrafi bakımdan yakın oldukları da söylenemez. Bir örnek verilirse, aslında İngiltere'nin hukuk sistemi olarak ortaya çıkmış olan Common Law, İngiltere'den çok uzak ülkelere de yayılmıştır.

Öte yandan, bu ayrımın, ilke olarak, özel hukuk alanını kapsadığı, kamu hukuku konularının daha bölgesel özellikler taşıdığına da dikkat edilmelidir.

Dünyada en belirgin iki hukuk sistemi olduğu, genellikle kabul edilmektedir: Roma Hukuku geleneğine bağlı sistem (Kara Avrupası veya Roma-Cermen Hukuku) ve Anglosakson sistemi "Common Law". Ayrıca, İslam Hukuku sistemi vardır.

Sovyet Birliğinin dağılması sonucunda ortaya çıkan durumda, Sosyalist Hukuk artık hiçbir devlette temel, yönlendirici bir sistem değildir. Eski "sosyalist" cumhuriyetlerin yerine kurulan yeni devletlerin anayasaları "liberal” ekonomi ilkesine dayanan hukuk düzenleri öngörmektedir. Ancak, yeni bir hukuk düzeninin kurulmasında, eski kuralların ve uygulamaların etkisi, belli alanlarda hissedilmektedir[2].

Öte yandan, Batı Avrupa devletleri arasında gerçekleştirilen Avrupa Topluluğu da, bazı alanlarda, her iki belirgin sistemden esinlenen yeni bir hukuk sistemi yaratmış görünmektedir.

Borçlar Hukukundaki gelişme üç düşünceye bağlanabilir:

- XIX. yüzyıldaki başlayan kanunlaştırma hareketleri ile birlikte ahlâk ilkelerinin, maddeler halinde kanunlarda yer almaya başlaması: verilen söze saygı, başkasına verilen zararın tazmini
- Siyasal ve iktisadi Gelişme: giderek liberal ekonomiden karma ekonomiye geçişin borçlar hukukundaki serbestlik alanını kısıtlaması
- Avrupa Unsuru: Avrupa Birliği'nin oluşturduğu hukuk kuralların bir kısmı borçlar hukukuna ilişkindir. Avrupa birliğinin tüm ülkelerini kapsayacak bir Avrupa Borçlar Kanunu hazırlanması yönündeki fikir güçlenmektedir.

Roma Hukuku geleneğine bağlı sistemin coğrafi beşiği Kara Avrupası ülkeleridir. Esas olarak, uygulanmasını bu bölgede sürdürmektedir. İngiltere bu sistemin dışında kalmış olduğundan, sisteme “Kara Avrupası” adı verilmiştir. Ancak, Roma Hukuku geleneğine dayanan bu sistem, dünyanın başka bölgelerinde de, şu veya bu şekilde etkili olmuştur. Meselâ, Türkiye ve Japonya, çağdaşlaşma hedeflerinin bir kesimi olarak, hukuklarını Kara Avrupa ülkelerinin kanunlarını örnek alarak değiştirmişler veya yenilemişlerdir. Güney Amerika ülkeleri, İspanyol ve Portekiz egemenliği etkisiyle, belli ölçüde Roma Hukuku geleneğinin etkisinde kalmışlardır. Hollandalılar aracılığıyla, Güney Afrika'da da Roma Hukuku etkili olmuştur. “Common Law” sistemine bağlı ABD'nde de, Luiziana (Louisiana) Eyaleti hukukunda, belirli bir ölçüde Roma Hukukunun etkisi görülmektedir. Bunun nedeni, Luiziana'nın 1803 yılına kadar Fransız egemenliğinde kalmış olmasıdır.

XX. yüzyıl başlarından itibaren, kara Avrupası hukuk sistemi Japonya'yı etkilemeye başlamış ve bu etki II. Dünya Savaşından Alman MK (BGB) ve Alman Ceza Kanunu aracılığıyla, artarak devam etmiştir. İskoçya, Kanada'nın doğusundaki (fransızca konuşulan) eyaletleri, Roma Hukukunu benimsemiştir.

M.Ö. VIII. yüzyılda kurulan ve M.S.395 yılında Doğu ve Batı Roma olarak ikiye ayrılan Roma İmparatorluğu yüzyıllar boyunca sağlam ve tutarlı bir hukuk sistemi oluşturmayı ve geliştirmeyi başarmıştır. İmparatorluğun ikiye ayrılmasından sonra, Bizans İmparatorluğu, Roma Hukuku geleneğini sürdürmüştür. Bizans'ın güçlü imparatorlarından Iustinianus (M.S. 482-565), kendi döneminde çok dağınık bir hal almış olan

hukuk kurallarını, büyük bir derleme biçiminde toplamış ve kanun kuvvetinde yayınlatmıştır. 529 ile 534 yılları arasında, o zamanki adı Bizans olan bugünkü İstanbul'da yapılan çalışmalar sonucunda ortaya çıkan bu derlemeye, yüzyıllar sonra *Corpus Iuris Civilis 3* adı verilmiştir[3]. Avrupa Ülkelerinin ulusal hukukları, genellikle Roma İmparatorluğu zamanında gelişen, Bizans İmparatorluğu döneminde de yeniden gözden geçirilip, bu eserde derlenen, kanun kuvvetinde yayınlanan temel kurallara dayanmaktadır.

Corpus Iuris Civilis, derlenişinden sonraki beş yüzyıl boyunca, Bizans İmparatorluğu dışında özel bir ilgi uyandırmamıştır. Ancak XI. yüzyılda İtalya'nın Bolonya (Bologna) şehrinde eğitime başlayan Hukuk Mektebinde bu derleme üzerinde başlatılan incelemeler ve çalışmalar, sonraki yüzyıllarda hukuk alanındaki gelişmeler üzerinde çok etkili olmuştur. Ayrıca, dört büyük kısımdan oluşan bu derleme yüzyıllarca, Hukuk Mekteplerinde, hukuk eğitiminde ders kitabı olarak kullanılmıştır. Kaynakların olaylara dayanması, hukuk eğitimine canlılık getirmiştir (*Exempla trahunt*: Örnekler öğretir).

Roma Hukukunun “İkinci Hayatı” diye adlandırılan bu gelişmeler sonunda, Avrupa ülkelerinin bir çoğunda, hukuk düşüncesi ve hukuk terminolojisi terimleri, Roma Hukuku kavramlarının açık etkisi altında kalmıştır.

XI. yüzyılın sonu ve XII. yüzyıl başlarında doğru, Roma Hukukuna karşı olan ilginin birden bire artmasının görünür sebebi, çok önce, VI. yüzyılda yazılmış ve Pisa şehrinin bir kütüphanesinde kalmış olan el yazması bir *Digesta* metninin yeniden bulunmasıdır. *Digesta*'nın yeniden incelenmesi, Roma Hukuk ilminin, zamanımıza kadar sürecek olan parlak gelişiminin başlangıcı olarak kabul edilir. Ancak asıl sebep ise, bu devirlerde Avrupa topluluğunda görülen canlanma hareketidir. O zamana kadar kendi içlerine kapanmış yaşayan insan grupları, XI. yüzyıl sonlarına doğru hareketlenmeye başlamışlardır. Hindistan yolunun aranması, Haçlı seferleri gibi hareketler, yeni hayat imkânları ve yeni ticaret ufukları bulmak isteyen Avrupalıların, birbirleri ile ilişkiler kurmasına yol açmış, bu ilişkiler yeni ihtiyaçlar doğurmuştur. Aynı hareketlerin sonucu olarak daha sonraları, Amerika kıtası keşfedilecek, deniz yolu ile Afrika'nın güneyinden dolaşılacaktır. Böylece bir canlılık ortamı içinde yeniden bulunan *Digesta*

metni, büyük bir şöhret yaptı ve toplumun en seçkin kişileri, bu hukukun incelenmesi ile uğraşmaya başladılar[4].

XI. yüzyılda Bolonya'da başlayan Roma Hukuku incelemeleri ve çalışmaları, XII. yüzyılda ve XIII. yüzyılın ilk yarısında, Avrupa'nın çeşitli yörelerinde artan bir ilgi toplamış ve Fransa, İspanya, Almanya gibi ülkelerden pek çok öğrenci, hukuk öğrenimi için İtalya'ya gelmiştir. Bu öğrenciler aracılığıyla, Roma Hukuku bilgisi ve deneyimi Avrupa'ya yayılmış, başka ülkelerin üniversitelerinde de benzeri çalışmalar yaygınlaşmıştır.

Bolonya'da başlayan Roma Hukuku çalışmaları, genellikle, eski Roma Hukuku metinlerinin yazılı olduğu sayfaların kenarlarına ve metinlerin satır aralarına el yazısıyla eklenen açıklamalar ve notlar aracılığıyla yürütülmüştür. Bu notlara “glossa” adı verildiğinden, bunları yazanlara da “glossator” denilmiştir. Glossatorların açıklamalarının ve notlarının, daha sonraki yüzyıllarda yapılan sistematik hukuk araştırmaları ve yayınları üzerinde büyük etkisi olmuştur.

Roma Hukukunun temel özelliklerinden biri de, kamu hukuku (*ius publicum*) - özel hukuk (*ius privatum*) ayrımına dayanmasıdır. Kamu hukuku, Roma Devletinin örgütlenmesine ve işleyişine ilişkin kurallardan oluşuyordu. Bireyler arasındaki özel ilişkilerle ve çıkarlarla ilgili kurallar da özel hukuk alanını oluşturuyordu. Bu alanda, hak, mülkiyet, sorumluluk, borç (yükümlülük) gibi temel hukuk kavramları vardı. Roma Hukukunun, özellikle Borçlar Hukuku alanındaki, zamanına göre son derece de incelikle işlenmiş kavramları, daha sonraki yüzyıllarda, ticarî ilişkilerin düzenlenmesi için çok elverişli kaynaklar olarak kullanılmıştır.

Bu sebeplerin dışında Roma Hukukunun çok değişik koşullardaki bir çok ülkede kolaylıkla benimsenip uygulanmasında, kutsal bir temele dayanmamış olması da rol oynamıştır.

Roma Hukukunun “İkinci Hayatı”nın, kamu hukukundan çok, özel hukuk yönü etkili olmuştur. Daha sonraki yüzyıllarda hukuk alanındaki gelişmeleri etkileyen biçimiyle, Roma Hukukunun temel kaynağı olan *Corpus Iuris Civilis* esas olarak, özel hukuk alanına ilişkin kurallardan oluşmuştur. Bu derlemenin adındaki “*civilis*” sözünden dolayı, özellikle Anglo-Amerikan hukuk dilinde, Roma Hukuku geleneğine bağlı ülkelere “civil law” ülkeleri de denilmektedir[5].

Roma Hukukunun genel olarak modern Medeni Hukuklar ve dolayısıyla Türk Medeni Hukuku üzerinde en fazla etkisi görülen ve bu nedenle de en fazla önemi olan kısmı Borçlar Hukuku kısmıdır.

Çağdaş dünyanın kodifikasyonlarında ve bu arada İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında kanunlaştırılmış olan Borçlar Hukuku uzun bir tarihi gelişmenin ürünüdür. Roma hukuk düşüncesinin etkisi, bu alanda, diğerlerinden daha fazladır. Bunun sebebi, önce Borçlar Hukuku dalının, diğer hukuk kurallarına göre, yapısının çok fazla değişmemesidir. Hukukun bu alanı yüzyılların geçmesiyle, nispeten az değişir. Meselâ; aile hukukunda, hayat şartlarının, dinî inançların, iktisadî durumun, genellikle o topluluğa hâkim düşünce ve görüşlerin rolü çoktur. Kişinin hukukunda, miras hukukunda da durum aynıdır; bu alanların hukuk kuralları yeni şartlara göre önemli değişiklikler gösterirler. Halbuki borçların konusu olan, özellikle ticaret ilişkileri, zamanın geçmesiyle fazla bir değişiklik göstermezler. Alım-satım, kira, ödünç ve diğer akitler her zaman aynı kalır veya çok az değişir.

Borçlar hukuku, özel hukukun borç ilişkilerini düzenleyen kısmıdır. Özel hukukun; kişinin hukuku, aile hukuku, miras hukuku ve hatta eşya hukuku gibi diğer kısımlarında her ülke, Roma Hukukunun düzeyine erişmemekle beraber, az çok kendi ihtiyaçlarını karşılayacak sistemler meydana getirmiştir. Fakat borçlar hukuku alanında hiçbir hukuk düzenlemesi, Roma Hukukunun düzeyine yaklaşamamıştır. Devrimiz medeni hukukunun, herhangi başka bir kısmına göre, borçlar hukukunun temelleri çok daha geniş ölçüde Roma Hukukuna aittir. Borçlar hukuku alanında Roma Hukuku en kuvvetli etkisini gerçekleştirmiştir. Borçlar hukuku ilkelerini, Roma hukukçuları büyük bir maharetle çözüm yoluna kavuşturmuşlar, daha sonra, fazla bir değişiklik göstermeden, o şekilde kalmışlardır.

Hukukun diğer dalları, eski çağın başka topluluklarında da oldukça gelişmişti. Halbuki borçlar sahasında Romalılar, diğerlerine nispetle çok ileride idiler.

Diğer hukuk düzenlemelerinden farklı olarak, sadece Romalı hukukçularda, daha II. yüzyılda Gaius'un *Institutiones*'inde, *Obligatio*'lara (borçlara) ait hukuk, tüm hukuk düzenlemesi içinde ayrı bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmıştır. Borç (*obligatio*) kavramı Romalı hukukçulardan geldiği gibi, bu esas kavrama bağlanan hukuk kavramlarının ve hukuk ilkelerinin büyük bir kısmı da, ileride ayrıntılarıyla görüleceği gibi, Roma hukukundan gelmektedir[6].

Roma Hukuku, Borçlar hukuku alanında olağanüstü bir gelişme göstermiştir.

Borçların bir çok ilkesi, kavramı, sözleşme (akit), haksız fiil, borcun sona erme sebepleri, çeşitli akit tipleri, temerrüt, hata, hile, tehdit, sebepsiz zenginleşme ve diğerleri inceden inceye işlenmişti.

Eski Çağlarda; ticaret faaliyetlerinin merkezi devrinin güçlü devleti olan Roma idi. Önemli tutarlara erişen sermayeler birikmiş, büyük araziler (*latifundium*) biraraya getirilmiş, imparatorluk sınırlarının genişlemesiyle son derece geniş imkânlar sağlayan bir ulaştırma sistemi (kara ve deniz nakliyatı) kurulmuştu. Büyük çaptaki ticaretin oluşturduğu güç meseleleri çözmek zorunluluğu vardı. Bu zorunluluğu karşılayacak pratik zekâlı büyük hukukçular, bu devirde yetişmişti[7]. Romalı hukukçular grubu, bütün bu ilişkileri kavramak ve hukuk açısından düzenlemek gücünü göstermişlerdir[8].

M.S. ilk iki yüzyıl devam eden *Pax Romana* (barış ve sükûn) devri tüm sosyal kurumların oluşup gelişmesine imkân sağlamıştır. Bu devrede, geniş Roma imparatorluğunun sınırları içinde karışıklık çıkmamış, ilkçağ kültürünün Akdeniz havzasında yerleşmesine uygun ortam hazırlanmıştı. Bu kültür; Rönesans aracılığı ile günümüz Avrupa Birliği'nin ortak temellerinden birini teşkil etmektedir.

Roma Hukukunun her şeyden önce ticaret hayatını kapsayan bu üstünlüğü, modern zamanların başında, Batı Avrupa ülkelerinin hukukî hayatının Roma Hukukuna doğru yönelmesinin sebeplerini açıklar. Gerçekten, Orta Çağın sonunda ve modern çağın başında, yeni ve karmaşık ekonomik şekiller gelişince, Orta Çağ Batı Avrupasında meydana gelmiş olan ulusal, bölgesel hukuk düzenlemeleri, devrin ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak kalmıştır. Borçlar hukukları yeterli değildi. Bu yüzden Roma Hukukundan yardım arandı ve bunun üzerine Roma Hukukunun benimsenmesi (iktibası) dediğimiz olay meydana geldi. Benimsemenin esas sebeplerinden biri budur. Dünya çapında bir ticaret hayatının ihtiyaçlarını karşılamış bulunan Roma Borçlar Hukuku, Orta Çağın hukuk düzenlemelerinde görülen boşlukları doldurabilecek durumdaydı. Şunu unutmamak gerekir ki, borçlar hukukunun düzenlediği ticarî ilişkilerin alanı, çeşitli devirlerde, siyasal ve sosyal rejimlerin en az etkisi altında kalmış olan bir alandır. Ticaret hayatının, iş hayatının ihtiyaçları, işaret edildiği gibi, her devirde ve her yerde aşağı yukarı aynı şekilde ortaya

çıkmaktadır[9]. Sistem, birçok değişikliğe rağmen tüm siyasal rejimlerde yaşamını sürdürmektedir.

Borçlar hukukunun ilk büyük gelişmesi, Iustinianus hukukuna kadar, tamamlanmıştı. Iustinianus'tan sonra, Orta Çağda, büyük bir imparatorluğa değil, daha küçük devlet gruplarına hitap eden bölgesel hukuklar vardı. Bunların ticarî meseleleri, eskisine göre, daha az, borçlar hukuku da aynı ölçüde geri idi.

Orta Çağda, imparatorluklar, krallıkların yavaş yavaş parçalanıp tarih sahnesinden çekilmiş, yerlerine çeşitli eyaletler, derebeylikler kurulmuştur. Bu eyaletlerin başına geçen Dükler, Kontlar, Senyörlerin uyguladıkları müdahaleci iktisat politikaları başarılı olmamıştır. Dış güçler, yani istilâcılar karşısında tarım alanında yaşayanlar kendilerini kurtarmak için derebeylerin himayesine sığınmak zorunda kalmıştır. Ancak bunun bedeli olarak da ellerindeki toprakları derebeylerine bırakmışlardır. Bu basit tarım ve hayvancılığa dayanan, ürettiğini tüketen, yaşadıkları dar çevrenin dışına çıkamayan kişilerden oluşan toplulukların ulusal ve uluslararası ticari ilişkileri düzenleyen gelişmiş bir hukuk düzenlemesine ihtiyaçları yoktu. Olsa da uygulama hayati olmayacak, hatta anlaşılamayacaktı.

Fakat Ortaçağın sonlarında ve yeni çağda gelişen ticaret hayatı, yeni sorunların doğmasına sebebiyet verdiğinden, bölgesel hukukların basit kapsamları bunlara çözüm yolu getirmekte yetersiz kalmıştır.

Ancak; özel hukuk veya idare hukukunun karmaşık sorunları karşısında tereddüte düşen görevliler ünlü hukukçulardan özellikle de Üniversitelerdeki hukuk doktorlarından görüş almaya başladılar. Bu şekilde borçlar hukuku büyük ölçüde Roma kökenli bilgilerden oluşmaya başladı[10].

Roma Hukukunun bir “Ana Hukuk” veya “Müşterek Hukuk” (*Ius Commune*) haline gelmesi, özellikle, bu alanda uygulama alanına girmiştir. Bologna mektebinde başlayan yoğun bilimsel faaliyet, bütün Avrupa'ya yayıldı ve Roma Hukuku, üstün bir araç olarak, devletler tarafından, benimsendi (iktibas edildi)[11].

İşte bu sebeplerle, XI. yüzyıldan itibaren İtalya'da Bologna Üniversitesi'nde başlayarak, daha sonra diğer İtalyan üniversitelerinde de gelişen Roma Hukuku öğretimi yoluyla, bu önceki hukuk yeniden canlanarak, Batı Avrupa ülkelerinde gitgide daha geniş bir uygulama alanı kazandı. Hattâ, Almanya'da XX. yüzyıl başına kadar, “Ana Hukuk” veya

“Müşterek Hukuk” adı altında yürürlükteki hukuk olarak devam etti. Roma Hukukunun Alman Orta Çağ hukukuna üstünlüğü o kadar açık bir gerçektir ki, uzun ömrü boyunca Roma Hukukuna karşı, millî Cermen hukukuna ait fikirleri savunmuş olan Alman hukukçusu Otto von Gierke “Alman Özel Hukuku” isimli eserinin Borçlar Hukuku cildinin başında şöyle demektedir: “Roma Borçlar Hukuku geldi. Başka bir alana göre, yabancı hukukun bu alandaki zaferi tartışılmayacak şekilde tamdı. Gerçekten, Borçlar Hukuku, Roma Hukuk dehâsının en heybetli ve kendi bünyesi içinde en mükemmel eseriydi. Çok gelişmişti, evrensel ulaştırma hayatına ve hukukî işlemlerine uyum gösteriyordu. En ince noktalara kadar mantıkî bir şekilde geliştirilmişti. Alman hukukunun kendisi için o zamana kadar hemen hemen hiç ortaya koymadığı, hiç olmazsa, nazarî ifadesine ulaşmadığı meselelere, en ince ayrıntılarına kadar çözüm yolları getiriyordu. Böylece bu hukuk tahta çıktı ve hâkim durumunu bugüne kadar korudu”[12].

Otto von Gierke (1841-1921)

Romalı hukukçular teknik çözüm yollarını oluşturmayı başardılar, hukuk kurallarını kesin gerçek bir bilim ve düşünce sistemine dönüştürerek, hukukta kesin bir ilerleme sağladılar ve hukuku teori nazariye haline getirdiler[13].

Şu noktayı da belirtmek gerekir ki; Borçlar Hukukunun genel ilkeleri hâkim kalmakla beraber, modern borçlar hukukumuzun pek çok unsuru

doğrudan doğruya Roma'dan değil, Orta Çağ sonlarındaki Roma Hukukundan gelmektedir: Şirket, poliçe, senet, çek genellikle bankacılık, yani ticaret hukuku, eski Roma'da gelişmemişti.

Hâkim kalan Roma Borçlar Hukukunun genel ilkeleri, değiştirilmeden doğrudan doğruya Iustinianus'un derlemesinden alınarak günümüz hukuku ile uyumlu hale getirilmiş değildir. Bunlar da Orta Çağın Ana Hukukundan, Müşterek Hukuktan ve hukuk ilminden süzülerek geçmiştir. *Glossa*, *Postglossa*, Roma Hukukunu kendi devrinin ihtiyaçlarını karşılamaya gayret etmişti. Roma'da tohum halinde olan bir çok kurum, Orta Çağ'da oluşmuştur.

Bu şekilde; modern hukukumuza hâkim olan, Roma Hukuku temeli üzerinde kurulmuş "Müşterek Hukuk İlmi" ve onun, yüzyıllar boyunca süren uygulama hayatına getirdiği yeniliklerdir.

Modern hukuk; borçların Roma tariflerini, klasik devrin sözleşmeler (akitler) ve haksız fiiller (suçlar) arasındaki ayrımı tekrar aldı, hattâ Roma'da, basit bir şekilde belirlenen borçların genel teorisi modern devirde genişletildi ve kavramlar açıklığa kavuşturuldu[14].

Roma Borçlar Hukukunun Türkiye üzerindeki etkisi, İsviçre Hukuku dolayısıyladır. Bu etki tek tek meselelerde görülürse de, özellikle sistemde kendisini hissettirir: Borçlar hukukumuzun sistemi, Roma borçlar sisteminin hemen hemen aynıdır.

Borçlar hukuku iki kısımda incelenmektedir:

1) Borçların Genel Kısmında; borç kavramı, borç bağının kurulması, borç ilişkisinin tarafları, konusu, borcun ifa edilmemesi, sorumluluk, zararın tazmini, borcun sona erme sebepleri, borçların kaynakları gibi borç ilişkilerinin tümünü kapsayan genel meseleler yer almaktadır.

2) Borçların Özel Kısmında ise, akitler, haksız fiiller, akit benzerleri ve haksız fiil benzerleri inceleme konusu olmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

BORÇLARIN GENEL KISMI

3. BORÇ KAVRAMI VE BORCUN YAPISI

Borçlar hukukunun esas kavramı olan ve Türkçe'de borç diye isimlendirdiğimiz *obligatio* kavramı bize tamamen Roma Hukukundan gelmiş bir kavramdır.

Borç, sadece şimdiki zamanı değil, fakat geleceğin de dikkate alındığı bir düşünce, bir uygarlık düzeyi gerektirir. Borç kavramı, bir öngörme, güvenme, kredi fikrini kapsar. Kişiler ve mallar üzerinde hemen uygulanan güçleri tanıyan ve sadece hemen sonuç doğuran hukukî muameleleri uygulayan ilkel kavimlerde görülmez. Meselâ, malın malla değişimi olan trampada borç kavramı yoktur.

Borç kavramının başlangıcı ise, çok eski devirlere ait tarihî belgelerin bulunmayışı sebebiyle, kesinlikle bilinmemektedir. Bazı romanistler borcun başlangıcını suç ve haksız fiillerden sorumlulukta görmekte, bazıları ise, bunu tarafların anlaşmasında (akitte) bulmaktadır.

Borcun başlangıcı suç ve haksız fiil sorumluluğunda görülürse, suçun sonucu olan intikam hakkından (kısastan) kurtulmak isteyen suçlu veya grubu, bir karşılık, tazminat (diyet) verme yükümlülüğü altına girmiş oluyordu. Başlangıçta suç ve haksız fiil hallerinde başvurulan bu usul (bir karşılık, para verme), sonra her türlü uzlaşma, anlaşma hallerinde de kullanılmıştır.

Kökeninde suçun sonucunda intikam hakkını veya kısası önlemek için başvurulan para tazminatı (ihtiyarî diyet), sonuç olarak tarafların anlaşmasına dayanmaktadır. Borç bu anlaşmadan, bu akitten doğmuştur, suç ise bu aktin, uzlaşmanın yapılmasına yol açmıştır.

Başka hukuk bilginlerine göre ise, Roma şehir devletinin başlangıcındaki *nexum* muamelesi borcun, borçtan doğan sorumluluğun temelidir.
Bu görüşe göre, borç başka şey, borca karşı sorumluluk başka şeydir. Bunlar, ayrı muameleler ile kurulur. İlk zamanlarda borç ödenmediği takdirde alacaklının bunu nasıl elde edeceğine dair bir teminat yoktu. Bunu sağlamak, daha doğrusu, borcu kurabilmek için, borçlu aldığı borca karşılık kendisini *mancipatio* yoluyla alacaklısına devreder ve borcunu ödeyinceye kadar da onun hâkimiyeti altında *nexus* denilen ve köleninkine benzer bir

durumda kalırdı. Borcunu öderse, bu durumdan kurtulurdu, ödeyemezse alacaklı ona karşı istediği şekilde hareket etmekte serbestti. Bu; borçluyu, alacaklıya maddeten bağlayan, daha borç ilişkisinin başlangıcından itibaren alacaklının hâkimiyetine sokan bir muameledir. Daha sonraları ise, borçlunun alacaklının hâkimiyeti altına girmesi, ancak borcun ödenmemesi halinde kabul edilmiş, borçlu borcun vadesi gelinceye kadar serbest kalmıştır. Alacaklı ise, ancak borç ödenmediği takdirde, borçlusu üzerinde el koyma hakkı kazanmıştır[1].

Roma hukukunda borç, devletlerarası ilişkilerde olduğu gibi, birini diğerine bağımlı hale getirir.

Ürünlerinin Digesta'da toplandığı uzun bir gelişme sonucu, Roma hukukçuları, modern hukukumuzu önemli şekilde etkileyen, soyut borç kavramını oluşturdular. Günümüzde olduğu gibi, borç taraflar arasında, birinin (borçlu) diğerine (alacaklı) para ile değerlendirilmeye elverişli bir edimi yerine getirmeye yönelen geçici bir hukuk ilişkisidir[2].

Dolayısıyla; hak, hukuk (*ius*) kavramı gibi, borcun tarifi de, Roma Hukuku kaynaklarından gelmektedir.

Uzun süre romalı hukukçular tariflerle ve hukuk kurallarını sınıflandırmakla pek ilgilenmemişlerdir. Hukuku formüllerle sınırlamayacak kadar pragmatik, olayları göz önünde bulunduran bir görüşleri vardı. Dolayısıyla, borç tarifinin unsurları geç devrededir ve bunu III. yüzyıl hukukçusu Ulpianus'ta görüyoruz.

Roma hukukçuları tarafından işlenmiş ve ortaya konmuş borç kavramı günümüzde de devam etmektedir. İsviçre-Türk Borçlar Kanunları, modern hukuk dünyasında da oldukça tartışmalı bir konu olan borç kavramını vermekten kaçınmışlardır. Fakat Alman Medeni Kanununda borcun tanımı verilmiştir: “Borç ilişkisine göre, alacaklı borçludan bir edimi istemek hakkına sahiptir”.

Modern hukuk eserlerinde; genel olarak, borç ilişkisindeki bir tarafın (borçlu) bir başkası (alacaklı) yararına, bir edimi ifa ile yükümlü olduğu hukuk bağı olarak tarif edilir. Bu tarif, daha önce Iustinianus'un *Iustitutiones*'inde bulunan basit bir formülü daha kapsamlı olarak tekrarlamaktadır.

I. 3, 13 pr.: Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adsffingimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

“Borcun (*obligatio*) oluşturduğu hukukî bağ ile, devletimizde geçerli olan hukuk gereğince, bir kimseye karşı bir konuyu ifa ile yükümlü tutuluruz”.

Obligatio (borç) kavramı hukukî ilişkinin taraflarını birbirine bağlayan, dolayısıyla borçluyu alacaklısına bağımlı kılan, borçlunun ekonomik hayatını olumsuz etkileyen bir bağa, zincire benzetilmiştir[3].

Iustinianus'un tarifinde, borcun yapısında açık olmayan, borç bağına ilişkin nitelik vurgulanmaktadır[4].

Hukukî bağa ilişkin bu nitelik temel unsurdur. Alacaklının hakkı olan alacak, ancak borçlunun borcuna ilişkin olarak mevcuttur.

“Bu kitabın maliki benim” şeklindeki beyan tam ve açık bir hukukî anlama sahiptir. Halbuki “5.000-TL. alacaklıyım” cümlesi, ekonomik bir anlam taşımakla birlikte, hukukî değeri ancak “belirli bir kişinin” alacaklısı olmakla hukukî bir anlama kavuşabilir. Bu şekilde; ancak, hukukî değerini, ancak herhangi bir kimse borçlu olduğu zaman bulmaktadır.

Borcun (*obligatio*) oluşturduğu hukukî ilişki sonucu, biri alacaklı diğeri borçlu olan iki taraftan alacaklı, borçlusunun belirli bir konuyu yerine getirmesini veya belirli bir şekilde hareket etmesini istemek hakkına sahip olur.

Bu hareket olumlu olabilir; meselâ, bir malın verilmesi veya bir işin yapılması gibi. Olumsuz da olabilir; meselâ (B), aynı ticarî faaliyeti yapan (A)'ya, belirli bir bölge içinde rekabet etmemeyi taahhüt eder. Burada borcun konusu bir sakınmadır.

Digesta'da borç kavramına ilişkin başka parça da vardır: Bu metin, Paulus'un *Institutiones*'inden gelmektedir ve Iustinianus'un *Institutiones*'inden daha açık ve ayrıntılı bir kapsama sahiptir[5].

Institutiones'deki tarif, borcun konusunu basit bir ifaya, ödemeye indirgediği için eksik görülmüş ve Paulus'un *Digesta*'ya alınan metni tamamlanmıştır[6].

Paulus D. 44, 7,3 pr.: *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstrİngat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

“Borç ilişkilerinin özü, bunların bize bir mal üzerinde bir mülkiyet veya irtifak hakkı temin etmelerinde değil, fakat bir kimseyi bize karşı bir mal vermeye veya yapmaya veya bir edimi ifaya mecbur edişlerinde görülür”.

Hukukçu; borçların esasını, temelini (*substantia*) borçla, mallar üzerindeki haklar (aynî haklar) arasında bir karşılaştırma yaparak açıklamaktadır. Felsefeye ilişkin bir kelime olan "*substantia*", bu tarifin bütün borç türleri için geçerli olduğunu belirtir. Zira, "*substantia*" bir borcu kapsayan tüm özel durumlarda, değişmez olanı, ifade etmektedir.

Bir borç ilişkisinin aksine, mal üzerinde bir aynî hak sahibi olan kişi, kendisine ait mal üzerinde aktif bir yetkiye sahiptir. Yetkisi, serbestçe kullanılacağı mal üzerinde doğrudan doğruya uygulanır ve üçüncü kişiler tarafından her türlü müdahaleyi engelleyebilir. Bu tekelci yapı, mal üzerindeki hakkın doğrudan doğruya bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır; Mal; benim, senin, bizim olmaktadır.

Bu tespit sınırlı aynî hak için de geçerlidir ve metin bunu *servitus* (irtifak) kelimesiyle ifade etmektedir.

Paulus; aynî hakkın karşısına, borç kavramını çıkartmaktadır. Borç, belirli iki taraf arasında gerçekleştirilir. Borç daima kişiseldir ve alacaklı ve borçlu arasında bir ilişki yaratır. Bu şekilde borçlu pasif durumda bulunur ve bu da onu alacaklı yararına bir edimde bulunmaya mecbur eder (*datio*). Buna karşılık; alacak sahibi olan alacaklı, aktif durumdadır. Fakat bu durum, edimin konusu üzerinde, ona doğrudan doğruya hiçbir yararlanma sağlamaz. Zira, edim borçlunun bir faaliyetine, ifasına bağlıdır. İfa ise borcu sona erdirdiği için, alacaklının alacağını elde etme anı, her zaman borç ilişkisinin bağlayıcı süresinden sonradır.

Bu metinde borcun hukukî niteliği, aynî haklarla karşılaştırılarak belirtilmiştir. Metin, borç ilişkisinden doğan hakkı mülkiyet ve irtifak hakkıyla karşılaştırmaktadır. Mülkiyet ve irtifak gibi aynî haklar bir kimseye bir şey üzerinde bir hakimiyet hakkı, mutlak bir hak temin ettikleri halde, borçlar, alacaklı ile ona karşı bir yükümlülük altına girmiş olan borçlu arasında şahsî ve dolayısıyla nisbî bir hukukî ilişki tesis ederler. Bir aynî hakka sahip olan kimse bu hakkını, hakkı ihlâl eden herkese karşı ileri sürebildiği halde, alacaklı borç ilişkisinden doğan ve nisbî bir hak olan alacak hakkını yalnız borçlusuna karşı ileri sürebilir. Bu sebeple aynî haklardan doğan davalarda, davalı taraf mutlaka önceden belli olmadığı halde, nisbî haklardan doğan davalarda bellidir. Borç ilişkisinden doğan davalar belirli bir kişiye, yani, sadece borç ilişkisinin borçlusuna, karşı açılabilir. Bu nokta, Roma Hukukunda davaların *actio in rem* (aynî dava) ve *actio in personam* (şahsî dava) biçimindeki ayrımında daha açık olarak göze çarpmaktadır. Gaius da *Institutiones*'ini davalara ilişkin dördüncü

kitabının baş kısmında şahsî ve aynî davaları, Paulus'un borç tanımına benzer bir şekilde, şöyle tanımlamıştır: "*Actio in personam* (şahsî dava) ile bize karşı bir akitten veya haksız fiilden dolayı borçlu olanı, yani bize bir şey vermeye, yapmaya veya bir edimi ifaya yükümlü olduğunu iddia ettiğimiz kişiyi takip ederiz. *Actio in rem* (aynî dava) ile maddî bir şeyin bize ait olduğunu ya da üzerinde bir intifa, kullanma, geçme, su geçirme veya belirli bir yüksekliğe kadar inşaat yapma haklarını iddia ederiz. Bu dava, davalıya karşı olumsuzdur"[7].

Borçlar, aynî haklardan şu şekilde ayrılmaktadır:

Aynî haklar, eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet temin eder. Halbuki, borcun konusu bir malın ifası ise, alacaklının bu mal ile bir ilişkisi yoktur. Ancak, söz konusu aynî hakkı, o hakkı kuran bir fiille kendisine temin etmesini borçludan talep edebilir. Meselâ, teslim ile malın mülkiyetinin teminini isteyebilir. Aynî hak, eşya ile doğrudan doğruya bir ilişkiyi ifade ettiği için, hakkı ihlâl eden her üçüncü kişiye (*erga omnes*) karşı etkili olabileceği halde, nisbî hakkı talep hakkı yalnız borçluya karşı ileri sürülebilir. Meselâ, borçlu, borçlu olduğu malı alacaklı yerine başka birine devretmişse, alacaklı, malı devralan kişiden bir şey talep edemez. Borçludan ise, artık o malı isteyemez, fakat borçlanılan mal yerine tazminat isteyebilir.

Aynî hak ile şahsî hak arasında, özellikle pratik sonuçları bakımından en önemli fark, birincisinin mutlak, ikincisinin nisbî nitelik taşımasında görülür.

Aynî hak, sahibine malı takip hakkı verir. Şahsî hak ise, her zaman malı takip hakkına sahip değildir. Malı takip edemediği zaman tazminat isteyebilir.

Aynî hak, mutlak karakteri dolayısıyla sahibine bir tercih hakkı verir. Bunun ifade ettiği anlam şudur: Bir aynî hak sahibi daima imtiyazlı durumdadır. Günümüz hukukundan bir örnek verirsek, içlerinden yalnız birisi ipotekli olmak üzere, dört alacaklısından her birine yüz milyar lira borçlu olan (B), yüz milyar liralık malvarlığı ile iflas ederse, ipotekli alacaklı yüz milyar liralık alacağının tamamını alabilecek, diğer adi alacaklıların eline hiçbir şey geçmeyecektir.

Actio in rem eşyayı hedef alan davadır ve modern terimlerimizden daha açıktır.

Borç ilişkilerini koruyan *actio in personam*'lar çok sayıdadır. Zira Roma Hukukunda her borç ilişkisi, özel ve birbirinden ayrı, kendisine özgü ismi

olan davalarla korunmuştur. Bütün şahsî hakları koruyacak genel nitelikte tek bir *actio* yoktur. Bu sebeple, Roma Hukuku, yüzyıllar boyunca sayıları gitgide çoğalan, tek tek davalardan oluşan bir sistem görünümü taşır.

Şahsî hak, sadece belirli bir yönde, yani belirli bir kişiye karşı ileri sürülebilen bir haktır. Hak sahibinin eşya veya bir mal ile doğrudan doğruya bir ilişkisi yoktur. Zarar gören, kural olarak yalnız zararı veren kişiden tazminat isteyebilir. Meselâ; alım satım aktinin davaları, alıcı ve satıcı arasındadır.

Bu ayrım, Usul Hukukunda da açıkça görülür: Bir arazinin veya bir atın maliki olduğum ve başka bir kişi bunları ele geçirdiği zaman, istihkak davası (*rei vindicatio*) açabilirim. Bu arazinin veya atın bana ait olduğunu iddia ederim. Buna karşılık; başka biri bana araziyi satmış ve atı devretmeyi vaad etmişse, yani alacaklı isem, malik olduğumu ileri süremem. Sadece, davalının bana, söz konusu malı devretmesi gerektiğini ileri sürebilirim.

Eğer, bana ait bir malı elinde bulunduran, malı üçüncü kişiye verirse, bu kişiye karşı istihkak davası açabilirim. Fakat, bana bir malı devretmeyi vaad eden, üçüncü kişiye, malın mülkiyetini devrederse, mal üzerinde hiçbir dava hakkım yoktur. Ancak borçluyu tazminata mahkûm ettirebilirim, zira edimini ifa etmemiştir[8].

4. BORCUN UNSURLARI

Romalı hukukçuların *obligatio* tanımlarını incelediğimiz zaman, her borç ilişkisinin, üç temel unsuru olduğunu görürüz:

1) Borç ilişkisinin tarafları (veya süjeleri); alacaklı ve borçlu 2) Borçlunun ifa ile yükümlü olduğu borcun konusu (edim) 3) Alacaklının alacağını elde etmek için borçlusuna karşı kullanacağı zorlama unsuru[9].

Borcun konusu olan alacak, ödenecek para veya teslim edilecek mal üzerinde doğrudan doğruya bir yetki vermediği için, alacaklı bunu ancak borçlu aracılığıyla elde edebilir. Bu şekilde alacaklının yetkisi sadece borçlu üzerindedir ve öngörülen ifayı gerçekleştirerek, yükümlülüğünü yerine getirmesi için, onun üzerinde baskı yapabilir. Fakat alacaklı, kendisine ait olmadığı için, borca konu olan malı doğrudan doğruya, kendisi elde edemez.

Alacaklının borçlu üzerindeki baskı aracı, aynı zamanda borca müeyyide getiren *actio* (dava) dır. Alacaklı dava aracılığıyla borcun tanınmasını talep edebilir ve bu karar ona sonunda icra imkânı getirir. İstisnai olarak; eğer borç, ihtilafsız ve herkesin bildiği para tutarı ise, alacaklıya doğrudan icra yolu açılır[10].

Celsus'un bilinen tarifine göre; dava, alacaklı olduğumuzu, yargı makamları önünde takip etmektir.

Diğer taraftan; dava, borçlu üzerinde bir baskı aracıdır. Zira, borçluya karşı alınacak bir kararın sonuçları ve özellikle icrası, borçlunun yükümlü olduğu ifayı kendiliğinden yerine getirmesi için katlanacağı fedakârlıktan, genellikle, daha ağır olacaktır. Diğer taraftan, dava ifanın yerine getirilmemesi ile hakkından yoksun olan alacaklıyı bir tatmin etme yoludur. Bununla birlikte, normal olarak alacaklının elde edeceği edimin ifası olmayacaktır. Edimi elde etmek için, alacaklının borçlu üzerinde doğrudan doğruya bir güce sahip olduğu düşünülemez.

Orta Çağ hukuk dilinde bu zıtlık, *ius in re* (mal üzerinde hak) ve *ius ad rem* (mala hak) arasında yapılan ünlü ayrımla ifade ediliyordu. Mala hak (*ius ad rem*) dava kavramı ile uyuşur ve ancak dava ile maddî bir hale gelir.

Borçlunun yükümlülüğüne doğru yönelen borcun bu yapısı hukuk diline de yansımıştır. *Obligatio* kelimesi “bağ” anlamındadır ve alacaklıya

bağlı, tâbi olan (*obligatus* = bağlı) borçlunun durumuna ilişkindir. Bu paralellik tarafların rollerini ifade eden kelimeler dikkate alınırsa, daha da açık gözükür: borçlu (*debitor*) yükümlü olandır, alacaklı (*creditor*) kredi veren, başkasına, bu arada, borçluya güvenen kişidir. Diğer taraftan borç ve alacağın, malvarlığının bir kısmını oluşturduğunu ve iktisadi bir değer temsil ettiğini gözden uzak tutmamak gerekir.

Bu terim, *Pomponius*'un ünlü miras tarifinde de belirir:

D. 29.2.37: Her es in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, Cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

“Mirasçı, müteveffanın bütün haklarının mirasçısı olur. Her malın mülkiyetine sahip olduğu gibi, borçlar da mirasçıya geçer”[11].

İktisadî açıdan, alacak, mal varlığının bir kısmını oluşturur. Ancak; ele geçen bir tutar olmadan alacaklıyı, somut olarak, zenginleştirmez. Bu anlamda, Pomponius (D. 46, 6, 9), bir kimsenin servetinde gerçekten yer alan malları (*in patrimonio*), alacaklardan oluşanlarla (*quae in nominibus sunt*) karşılaştırır[12].

Modern hukuk borçların Roma tariflerini, klasik devrin akitler ve haksız fiiller (suçlar) arasındaki ayrımını tekrar almıştır. Hattâ, Roma'da basit bir şekilde belirlenen, borçların genel teorisi modern devirde genişletilmiş ve kavramlar açıklığa kavuşturulmuştur[13].

I. Borç İlişkisinin Tarafları

Gerek Roma Hukukunda, gerek modern hukukta esas itibariyle iki taraf vardır: Borçlu ve alacaklı. Bunlara borcun tarafları denir.

Borçlu, borç ilişkisinin pasif süjesidir (*debitor*) [14]. Borcu olan *debitum*, *malvarlığında pasif tarafı* gösterir. *Debitor*, borçlu olanı, yükümlü olanı ifade eder.

Modestinus borçluyu şu şekilde tanımlamıştır:

D. 50, 16, 108: *Debitor intellegitur is a quo invito exigi pecunia potest.*

“Borçlu diye kendisinden rızasının aksine, para talep edilen kimseye denir”.

Borçlu ifadesi malvarlığı içinde pasif tarafı gösterir. Pasif taraf bir yükümlülük altındadır.

Türkçede “borç” kelimesi hem borç ilişkisi anlamına *obligatio* gelir, hem de pasif tarafın yükümlülüğü olan borcun konusunu (*debitum*'u) ifade eder. Borcun türkçede, asıl anlamı ise, faizli veya faizsiz iade edilmek üzere alınan para, yani ödünçtür. Latince'deki *credere* de, ilk zamanlar bu anlamda idi. Her iki dilde de anlam genişleyerek genelleşti. Bundan anlaşılıyor ki, ilk borç türü ödünç olmuştu[15].

Borç ilişkilerinde diğer taraf alacaklıdır (*creditor*)[16]. Borcun aktif tarafıdır. İlk borç ilişkileri, ödünç aktinde olduğu gibi, güvene dayanırdı. Daha sonra, kelimenin anlamı genişleyerek, herhangi bir borç ilişkisinin aktif tarafı olmuştur. Fakat, türkçede borcun bu tarafına daha isabetli olarak “alacaklı” yani bir şey alacak olan denmektedir. Herhangi bir şeyi yaptıracak olan anlamını da kabul etmek gerekir. Malvarlığı içinde bir aktifi ifade eder. Zira, alacaklı sadece kredi veren değildir. *Digesta*, terimi bu geniş anlamda kullanır. Gaius (D. 50, 16, 11); “*Creditor* ile sadece kredi ile para verenler değil, kendilerine herhangi bir sebepten dolayı, bir şeyin ifası gereken kimseler kastedilir” demektedir[17].

II. Borcun Konusu

Her *obligatio*'da niteliği gereği bir konu, bir edim vardır. Edim, alacaklının borç ilişkisine dayanarak hukukî bir zorlama istemek hakkına sahip olduğu ve borçlunun, yerine getirmekle yükümlü olduğu belirli bir hareket tarzı, belirli bir tutumdur. Bir borç ilişkisinin var olabilmesi için, alacaklının “hukuken talep etme hakkı”, borçlunun ise, “hukuken mecbur olduğu bir davranışı, tutumu” olmalıdır. Edim, borç ilişkisinin konusudur. Her borcun bir konusu vardır. Borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu bu hareket şekli olumlu veya olumsuz olabilir (*praestare*)[18].

Edimin geçerli şekilde borçlanılması için dört şart gerekiyordu:

Birincisi; bir borcun doğması için, edimin imkân dahilinde olmasıdır. Eğer borç ilişkisinin kurulduğu sırada, borcun ifası imkânsız ise, bu borç ilişkisi geçersizdir. Romalılara göre, imkânsız bir konu üzerinde borç oluşmaz[19] (*Impossibilium nulla obligatio* est. D. 50, 17, 185)[20]. Bu satımdan önce malın telef olmasını kapsar: Meselâ; ölmüş bir yarış atının, yanmış bir evin, durumu bilmeyen taraflar arasında satımının yapılması. TBK. m.27/1'e göre de, bir aktin konusunun gerçekleşmesi mümkün

değilse, o akit geçersizdir[21]. Ancak; bu kavram, borcun meydana geldiği anda, başlangıçta mevcut olan imkânsızlıkları kapsar. Bu imkânsızlık da, iki şekilde, maddî veya hukukî olabilir[22]. Meselâ bir İngiliz tayının teslimi taahhüt ediliyor. Fakat borç vaadi sırasında tay ölmüş bulunuyorsa maddî imkânsızlık vardır ve akit geçerli değildir. Yahut hukukî imkânsızlık söz konusu olabilir. Meselâ, kişisel malvarlığı dışında kalan kutsal bir eşyanın (*res extra commercium*) veya kamu emlâkına ait bir malın taahhüt edilmesi. Ayrıca, imkânsızlığın objektif bakımdan, yani edimin sadece borçlusu için değil, herkes için mevcut olması gerekir. Bir kimsenin, kendi malı üzerinde, yine kendisi için hak doğurmak amacıyla yaptığı anlaşmalar da geçersiz olur[23]. Dolayısıyla başkasına ait bir malın teslim edileceğine ilişkin taahhütte imkânsızlık yoktur. Objektif olarak mümkün, fakat borçlu açısından imkânsız veya borçluyu zora sokacak ise, işlem geçerlidir. Meselâ, S, A'ya Ü'nün malik olduğu yarış için satış anlaşması yapmıştır. S; vadesinde bu atın, Ü'den mülkiyetini devralamadığı için, A'ya devredemezse, S borcundan kurtulmaz, A'ya tazminat ödemek zorunda kalır. Bu durumda, Türk Hukukunda da satıcı (TBK m. 112'ye göre) alıcıya tazminat ödemekle yükümlü olacaktır[24]. Nihayet, imkânsızlık sürekli olmalıdır. Bu durumda haczin kaldırılması mümkünse, haczedilmiş malın satılmasında imkânsızlık yoktur.

İmkânsızlık; ileride açıklanacak olan, ancak parça borçlarında söz konusu olur.

İkincisi; edim hukuka (*contra leges*) veya ahlaka aykırı *(contra bonos mores*) olmamalıdır.

Konusu, hukuk düzenlemesine, ahlâka aykırı olan edim de geçersizdir. Meselâ, rüşvet olarak, adam öldürülmesi, hırsızlık, yalan tanıklık için para vermeyi taahhüt etmek[25]. Vasinin; vesayeti altındaki küçüğün mallarını bağışlaması yasak olduğundan, böyle bir bağışlama akti hukuken geçerli değildir.

Üçüncüsü; edim tayin edilmiş veya edilebilir olmalıdır. Ferden şu ev, şu köle, şu otomobil veya on tane kuzu, beş yüz kilo Afrika buğdayı gibi. Edimin tayin edilebilir olması ise gelecekte tespitine imkân verecek objektif unsurların gösterilmesi demektir. Bu şekilde; bazen borcun konusunu gelecekte oluşacak mallar oluşturabilir: Meselâ, bir tarlanın veya bağın yazın elde edilecek ürününün kışın satılması.

Dördüncüsü; edimin para ile ölçülebilir olması, yani maddî bir değer taşıması gerekirdi. Roma Hukuku, ancak değeri para ile ölçülebilir edimleri hukukî bir borcun konusu olarak kabul etmiştir. Bu durum, klâsik devir muhakeme usulüne hâkim olan mahkûmiyetin ancak paraya dair olabileceği, kuralının sonucudur. Ulpianus'a göre (D. 40, 7, 9, 2) "borcun konusunu, para ile tazmini mümkün konular teşkil eder"[26].

Başka bir deyişle, konusu ne olursa olsun, bir akti ifa etmeyen, bir haksız fiil ile başkasına zarar veren borçlu, bir miktar para ödemeye mahkûm edilirdi. Meselâ, bir kimse kullanmak (âriyet) veya muhafaza etmek (vedia) için aldığı bir malı geri vermemişse, malı aynen iadeye mahkûm edilmez, geri vermemekten dolayı, malı verenin uğradığı zararı tazmine mahkûm olurdu (Aynen iade, formula usulünde, eğer geri verme mümkünse, *clausula arbitraria* ile sağlanabilirdi).

Günümüz İngiliz hukukunda da bir alacağa dayanan alacaklının yalnız para şeklinde tazminat elde edebileceği, borçlanılmış edimin kendisini alamayacağı kuralı vardır. İngiliz hukukunda da doğrudan doğruya icra bir istisnadır. Roma Hukukunda, klasik devirden sonra, sistem dışı (*extra ordinem*) muhakeme usulünde, nakdî mahkûmiyetin yanında fevkalâde edimin aynen ifasına da mahkûmiyet mümkündür. Fakat, borcun konusunun maddî değeri olması ilkesi, dolayısıyla edimin para ile belirlenmesi esası yine devam etmiştir.

1. Kavramı ve Tipleri

Paulus (D. 44, 7, 3 pr.), borç ilişkisinin temelinin, bir kimsenin bize karşı bir şey vermeye veya yapmaya veya bir edimi ifaya mecbur edilmesinde görüldüğünü, belirtmektedir.

Borçlunun alacaklıya sağlamak zorunda olduğu bu avantaj, borcun konusunu teşkil eder ve genel olarak "*prestatio*"[27] olarak isimlendirilir.

Praestare, mülkiyeti nakletmeden maddî bir malın verilmesini kapsar. Bu şekilde; roma alım satımında, başlangıçta satıcı, alıcının satılan mala rahatça zilyet olmasını, ondan yararlanacak durumda bulunmasını sağlamalıdır[28]. Satıcı, mülkiyeti nakil işlemini yapmakla yükümlü idi, ancak bu işlemin sonuçlarından sorumlu değildi, yani mülkiyet hakkını geçirmekle yükümlü değildi. Alıcı da, kendisinden daha kuvvetli bir hakka sahip üçüncü kişi tarafından, zilyetliğinde rahatsız edilmedikçe satıcı

borcunu yerine getirmiş sayılırdı. Roma Hukukunun, son devirlerinde ise, satıcıya üçüncü kişinin talebi olmadan da, dava açılmaya başlandı. Modern hukukumuzda, satıcı malın mülkiyetini devretmekle yükümlü olduğu gibi, üçüncü kişinin talebinden önce de sorumlu tutulabilir (TBK m. 207, 214-218).

Borç, daima alacaklı ve borçlunun karşılıklı güvenini kapsayan bir bağdır. Borçlanmak, birşeyi ödemek, yapmak veya yapmamaktır[29].

Paulus'un konuya ilişkin metnindeki (D. 4.7.3 *pr.*) borç, borçluyu, alacaklı yararına mülkiyeti nakletmeye (*dare*), herhangi bir şey yapmaya (*facere*) veya bir yükümlülüğü yerine getirmeye (*praestare*) zorlar. Roma hukuk dili, *prestatio* kelimesini, genel anlamda kullanmakla birlikte, bunu bir yükümlülüğü yerine getirmek şeklinde ifade edebiliriz. *Paulus*'un metnindeki *dare*, *facere*, *praestare* fiillerinin, üç tip ifayı işaret ettiği açıktır. Bu şekilde, *Praestare* daha da hukuki bir anlam kazanmaktadır. Aynı gözlem *dare* ve *facere* için de yapılabilir ve bu üç terim teknik gelişmeden kaynaklanan özel bir anlam kazanmıştır[30].

Dare hukukî anlam olarak “bir malın mülkiyetini nakletmeyi, bir aynî hak tesis etmeyi” ifade eder. İfanın konusu bir arsa gibi, başka örneği bulunmayan bir mal parça *(species*) borcu veya çeşit (nevi) (*genus*) borcu olarak belirlenen bir miktar mal veya belirli bir para tutarı olabilir. Meselâ, arsanın tapu sicilinde mülkiyetini nakletmek veya teslim sonucu alacaklının mâlik olacağı para tutarını, 40.000 lirayı ödemek. Gaius'un belirttiği gibi, bir mal bizim olacak şekilde bize devredilirse, *dare* söz konusudur. *Dare* borcu, malın naklinin sonuçlarını yarattığı zaman tamamlanmıştır ve kendisine ifa yapılan borçlunun ona sağlamak zorunda olduğu konuyu elde etmiştir.

Gai. 1.4.4

... cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur ut nostrum fiat;...

“Bizim olacak şekilde devredildiği zaman, bize verildiği kabul edilir”.

Edimin konusu alacaklının olmadıkça, *dare*'den (mülkiyeti nakletmekten) ibaret olan ifanın borçlusu, borcundan kurtulmamıştır.

Paulus D. 50.17.167 *pr.*

Non videntur data, quae eo tempore quo dentur occipientis non fiunt.

“Bir mal, eğer verildiği sırada, alanın olmuyorsa, bu mal verilmemiştir”.

Dare (vermek) *ius civile*'ye göre aynî hakkın, meselâ, bir malın mülkiyetinin nakledilmesinden başka, bir irtifak hakkının temin edilmesini

de kapsar. *Dare* borcu; özellikle bir mülkiyet (*ius civile* veya *Praetor* mülkiyeti) veya zilyetliği nakil borcunu belirtir.

Bazı akitlerde borçlu sadece zilyetliği (*possessio*) hatta elde bulundurmayı (*detentio*) sağlamak borcunu yüklenmiş olabilir. O zaman, *dare*, genellikle yükümlülüğe açıklık getiren bir nitelendirme ile birlikte ifade edilir. Rehin vermek, âriyet vermek. Meselâ; bir kira sözleşmesinde, aktinde kiracı, malın mülkiyetinin verilmesini değil, ancak kullanılmasının sağlanmasını talep edebilir[31].

Buna karşı *facere*'nin anlamı daha geniştir. Bu terim, herşeyden önce, her tür işin yerine getirilmesini, *dare*, borcu olmayan her edimi kapsayan genel bir davranışı belirtir. Alacaklı yararına bir edimi yerine getirmektir[32]. Borç, borcun konusunu oluşturan "yapmak" üzerinde yoğunlaşır. Bir elbise dikilmesi, bir bina yapılması, emanet edilen bir paltonun veya mücevherin saklanması gibi her türlü işin yapılmasını ifade eder. *Dare* borcu olarak kabul edilemeyen her borç gereğinde, *facere*, yapma borcu olarak sayılabilir.

Facere; yapmamak (*non facere*), yapmaktan kaçınmak gibi olumsuz şekilde de olabilir. Bir yerde inşaat yapmamak, belirli yükseklikten yukarı inşaat yapmamak, rekabet etmemek gibi. Ancak, romalı hukukçular yapmaktan kaçınmak, yapmamak (*non facere*) için ayrı bir kategori geliştirmemişlerdir. *Non facere* maddî olarak bir kapsamı bulunmamakla birlikte, yine de bir yükümlülüğün konusu olabilecek açık, kesin bir davranıştan oluşur: Bir hareketten, bir eylemden kaçınmak, sakınmak veya müdahale etmeden üçüncü kişinin hareketine katlanmak (yapmasına engel olmamak). Talep edilebilir bir davranış olarak, *non facere* bir borcun konusu olabilir ve kesin olarak *facere* kategorisine girer. Ancak, bir *facere* borcunun varlığı söz konusu olmadan istenmeyen ve beklenmeyen, sadece hareket etmemek, yapmamak hiçbir borç kategorisine girmez[33].

Dare ve *facere* arasında bu iki farklılık, hukukçuların *dare* ve *facere* vaatleri arasında yaptıkları ayrımda açıkça ortaya çıkmaktadır.

Stipulationum quaedam in dando, quadem in faciendo consistunt.

"Sözlü akitle yapılan vaadlerin (*stipulatio*), bazıları "*dare*"den, bazıları "*facere*"den oluşur".

Paulus (D. 45.1.9) özel bir durum için bunun pratik sonuçlarını şu şekilde göstermektedir:

Malik (M), (Ü)ye, kölesi (S)nin mülkiyetini devretmeyi (*dare*) sözlü akit (*stipulatio*) ile vaad etmiştir. Borçlu bu yükümlülük altına girdikten, fakat şekilci muamele (*mancipatio*) ile kölenin mülkiyetini devretmeden önce, borcunun ifasında gecikmemekle birlikte, köle hastalanmıştır. Köle, malik M'in tedavi ettirmekte ihmali sonucu ölmüştür.

Hukukçuya sorulan soru şudur:

(M), kölenin ölümünden sorumlu mudur ve bu sebeple (Ü)'ye kölenin değerini ödemek yükümlülüğünde midir? Cevap, olumsuzdur. (M)'nin borcu, mülkiyeti devretmek (*dare*) idi. Halbuki kölenin tedavisini yaptırmak bir *facere* borcudur ve *dare*'nin kapsamında değildir.

Paulus D. 45, 1, 91 pr.

Quia qui dari promisit ad dandum, non faciendum tenetur.

"*Dare* borcu ile vaad eden kişi, mülkiyeti nakletmekle yükümlüdür, *facere* ile yükümlü değildir".

Bu nedenle (M)'nin borcu, ifanın imkânsızlığı sebebiyle sona ermiştir[34].

Praestare, genellikle *dare*'yi kapsar. Geniş bir kapsamı vardır. Anlamı tartışmalı olan bu terimi, Roma hukukçuları özellikle tazminat için kullanırlardı. Bir şeyden dolayı sorumlu olmak, bir zararı ödeme yükümlülüğü altına girmek, bir borcun ifasına dair teminat vermek.

Praestare'nin tam anlamını belirlemek daha zordur. Kelime, himaye, garanti fikrini çağrıştırır. *Praestare custodiam* (bir malın muhafazasını sağlamak) *Praestare culpam, dolum* (ihmalinden, kastından sorumlu olmak) *praestare periculum* (tehlikeden sorumlu olmak)[35].

Praestare, bizi ilgilendiren dar anlamıyla, ifası istenebilen hiçbir edimi belirtmez. "*Praestat*" kelimesi borçlunun bazı eylemlerin varlığı veya yokluğu hakkındaki yahut bazı davranışların sonucu hakkındaki sorumluluğunu ifade eder. *Praestare* borcu bu şekilde *dare* veya *facere* borcunun yanında, ikinci derecede bir borçtur: Satıcı satılmış olan malı teslim etmek yükümlülüğündedir (*facere*), bu malda bazı niteliklerin olduğunu garanti etmek (*praestare*) yükümlülüğü altındadır. Nakliyeci, kırılabilir bir malın taşınmasını (*facere*) gerçekleştirmek yükümlülüğü altındadır ve özenle hareket etmek (*diligentiam praestare*) zorunluluğundadır. Bir malı muhafaza etmek üzere (vedia olarak) alan malı geri vermek borcu altındadır (*facere*) ve malı bırakan kişiye karşı malı kasten tahrip etmemek, bu şekilde geri verilmesini imkânsız duruma

getirmemek yükümlülüğündedir. *Dolum praestare*, terimi; kötü niyetle hiçbir hareket yapmamak yükümlülüğünü belirtir.

Esas borçlar olan *dare* ve *facere* borçlarının ikinci derecede yükümlülüğü olan *praestare*, bazı davranışları açıklığa kavuşturmaya yarar. Bu şekilde, ifanın veya ifa edilmemesinin hukukî sonuçları hakkında karara varmaya imkân verir. Gerçekten; eğer ifa, o hukukî ilişkideki *praestare* yükümlülükleri yerine getirilerek gerçekleştirilmişse, bu ifa, borçluyu borcundan kurtarır. Diğer taraftan; borçlu borcunu ifa etmemişse, bu durum *praestare* yükümlülüğünün ihlâlinden ileri geliyorsa, ifa etmemekten dolayı sorumlu olacaktır.

Meselâ, bir atın satıcısı, atın sağlıklı olduğunu taahhüt ettiği zaman, (*equum sanum esse praestare*) alıcıya hasta bir atı vermişse, esas borcundan kurtulmayacaktır. Buna karşılık, bir vazoyu saklamak için *depositum* (saklama, vedia sözleşmesi ile) alan kişi, vazoyu ihmali sonucu kırdığı için iade edemiyorsa, sorumlu tutulmayacaktır. Zira o sadece kasıtla hareket etmemek yükümlülüğü altına girmiştir (*dolum praestare*).

Bu şekilde, *praestare* "belirli bir hususta dolayı yükümlü olmak" kavramını kapsar. Dolayısıyla atın satıcısı atın sağlıklı olmasından sorumludur, vedia alan kastından sorumludur[36].

Bu edim tipleri arasında, *dare* ve *facere* borçları açısından kapsamlarının açıklığı bakımından önemli bir fark vardır. Verme borcunun kapsamı, yapma borcuna göre çok daha açıktır. Bir mülkiyeti nakil borcu ancak tek şekilde ifa edilebilir. Halbuki bir bina yapmak, bir yabancı dil öğretmek, bir elbise dikmek borçları çeşitli şekilde yerine getirilebilir. Bu fark, klâsik devirde, usul hukukunda dava *formula*'larında ortaya çıkmıştır. Vermeye ait *stipulatio formula*'ları belirli (*certa*), yapmaya ait *stipulatio formula*'ları belirli olmayan (*incerta*)[37] kapsamdadır.

2. Parça (*species*) Borcu — Çeşit, Nevi (*genus*) Borcu

Dare borçları arasında da, kesinlik ve açıklık bakımından farklar bulunabilir. Bu açıdan; parça borcu ve nevi borcunu birbirinden ayırmak gerekir. Parça borcu (*species*) yeryüzünde tek olan belirli bir malın taahhüt edilmesidir. Eğer borçlunun vermekle yükümlü olduğu mal, şu ev, şu araba, Picasso'nun Guernica isimli tablosu, olarak belirtilmişse, parça borcu vardır. Meselâ, bir taşınmaz malın, satıcının harasındaki Kartal isimli yarış atının,

yapımı ve özellikleri sipariş edilen belirli bir model yatın, Titius ismindeki kölenin mülkiyetini devir borcu, parça borcudur.

Borçlanılan mal, geniş bir eşya kategorisi içinden her hangi bir miktar ise, türünün özellikleri ile belli olan bir mal ise, çeşit (nevi) (TBK m. 86) borcundan (*genus*) bahsedilir. İki fıçı şarap, bir çuval kahve, 150.000 lira para, 100 adet yumurta, 200 kg. buğday, 10 m. kumaş söz konusu olduğunda, buradaki borç, çeşit (nevi) (*genus*) borcudur.

Bir kimse, araba çekmeye alıştırılmış iki araba beygiri satın aldığı zaman da, çeşit (nevi) ile belirli bir borç vardır[38].

Çeşit (nevi) borçları, parça borçları kadar açık değildir. Zira borçlunun ifa sırasında vereceği parçalar önceden belli değildir.

Çeşit (nevi) borçlarına (*genus*) en çok mislî eşyada rastlanır: *res fungibiles*. Mislî eşya, ölçü, sayı veya tartı ile belirli hale gelen eşyadır. Para, buğday, pirinç, portakal, zeytinyağı, kumaş mislî eşyadır.

Bu mallarda bir malın yerini, aynı cinsten bir diğeri alabilir. Bu Roma Hukuku kavramı, BGB § 91'de bir kanun hükmü olarak ifade edilmiştir.

Bunun karşıtı, ferden tayin edilmesi gereken eşyadır. Bunlara mislî olmayan eşya, *res nec fungibiles*, denir. Taşınmaz bir mal, bir ev, bir arsa gibi.

Bu ayrım parça-çeşit (nevi) borcu ile karıştırılmamalıdır. Mislî eşya-mislî olmayan eşya ayrımı belirli bir borç ilişkisi düşünülmeden, eşyanın niteliği icabı, objektif olarak yapılan bir ayrımdır. Çeşit (nevi) borcu-parça borcu ise, bir borç ilişkisinde tarafların kararlaştırdıkları edim açısından yapılan bir ayrımdır. Eşyanın mislî olan ve mislî olmayan olarak ayrımı, eşyanın niteliği gereğidir. Halbuki parça borcu çeşit (nevi) borcu ayrımı, tarafların iradesine bağlıdır.

Çoğu zaman mislî eşya çeşit (nevi) borcuna, mislî olmayan eşya parça borcuna konu olursa da, bunda bir zorunluluk yoktur. Niteliği itibariyle mislî eşya vasfı taşıyan bir mal (meselâ on portakal), ayrılarak, belirlenerek bir sözleşmeye (akde) konu olabilir. Burada da portakallar yine mislî eşyadır. Fakat bir parça borcunun konusu olmuştur.

Mislî eşya-mislî olmayan eşya ayrımı esas itibariyle BK. bakımından (TBK 227, 386, 555, 570) önem taşıyan bir ayrımdır. Bununla birlikte aynî haklar bakımından şu önemi taşır: Mislî eşya çoğu kere miktar olarak oluşan yığın itibariyle bir bütün halinde aynî hakkın konusunu teşkil eder. Bir kilo pirinç üzerindeki mülkiyet, bunun içindeki pirinçlerin her biri

üzerindeki mülkiyetin toplamı değil, bütün halinde dikkate alınan o pirinç yığını üzerindeki tek mülkiyettir.

Çeşit (nevi) borcunda, bir eşya kategorisi içinden bir miktarı seçmek söz konusudur.

Çeşit (nevi) borcunda, borcun konusunu oluşturan malları, kural olarak borçlu seçer. Seçim hakkı ona bir kolaylık sağlar. Fakat genellikle, taraflar seçimi kimin yapacağını kararlaştırırlar (TBK m. 86). Ancak, taraflar seçim hakkının alacaklıya ait olduğunu da kararlaştırabilirler.

Iustinianus hukukunda çeşit (nevi) borcu konusu olan malın orta kalitede olması borçluyu borcundan kurtarır. Alacaklı orta kalitenin üstünde bir kaliteyi isteyemez. Aynı esas TBK m. 86'da da yer almaktadır: Borçlanılan mal nevi olarak belirlenmiş ise, işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, bu malın seçimi borçluya aittir. Bununla birlikte, borçlu orta kaliteden aşağı kalitede bir şey veremez[39].

Çeşit (nevi) borcu ile parça borcu arasındaki önem, edimin imkânsızlığı durumunda ortaya çıkar. Parça borcunun konusu, borçlunun sorumlu olmadığı bir sebepten dolayı telef olursa, borçlu borcundan kurtulur[40]. Parça borcu, o malın alacaklısı olan kimse zararına telef olur. Hasar alıcıya aittir.

TBK m. 136/I'e göre borçluya yüklenemeyen durumda, borcun ifası mümkün olmazsa borç sona erer. Halbuki çeşit (nevi) borcu telef olmaz: *genus non perit*. Borçlunun çeşit (nevi) borcunu ifa için tahsis ettiği mallar, borçlunun kusuru olmadan telef olursa, borçlu borcundan kurtulmaz. Çünkü, borçlu, o malları değil, belirli bir neviden malları borçlanmıştır. O türdeki malların tamamının ortadan kalkması mümkün değildir. Meselâ, bir borcun konusu 10 ton kömür ise ve 10 ton kömür borçlunun kusuru olmadan, teslimden önce tutuşup yanarsa; borçlu başka bir 10 ton kömür bularak borcunu ödeyebilir. Halbuki borcun konusu, şu ressamın belirli bir tablosu olsa veya belirlenmiş bir bina olsa, o mallar deprem sonucu telef olmuşsa borçlunun kusuru söz konusu değildir, borçlu borcundan kurtulur[41].

Fakat çeşit (nevi) borçlusu, bu malı başka bir yere göndermek için ayırmış, meselâ, gemiye veya trene yüklemişse, borç parça borcu olur. Bu şeyler, nakliye sırasında telef olursa, borçlu borcundan kurtulur. Çünkü, borçlu ifa için yapması makul şekilde ondan beklenilen her şeyi yapmıştır. TBK.m.208/I'e göre yarar ve hasar taşınır satışlarında zilyetliğin devri,

taşınmaz tescile kadar satıcıya aittir. Bununla beraber, yalnız çeşit (nevi) olarak tayin edilen satılanın ayırdedilmiş olması gereklidir. Satılan mal başka bir yere gönderilecek ise, satıcının bu amaçla hâkimiyetinin kaldırılması şarttır.

3. Seçimlik Borçlar

Dare borçları arasında, diğer bir belirli olmama olayı seçimlik borçlarda ortaya çıkar. Bu gibi borç ilişkilerinde iki veya daha fazla edim gösterilmiştir. Bunlardan yalnız birinin ifası gerekmektedir. Bu durumda, borçlu, belirlenmiş iki veya daha fazla maldan birini vererek borcundan kurtulur. Buna, Orta Çağ terimi ile *obligatio alternativa* (seçimlik borç) denir. Borçlu: şu konulu veya bu konulu borcu eda etmeye borçlu ise, seçimlik borç vardır. Meselâ, bir kimse arabasını veya arsasını, saatini veya elbisesini, atını veya 1000 kg. buğdayı yahut iki arabasından birini vermeyi taahhüt etmiştir. Borçluya ait şu isimli yarış atı veya yirmi altın, bir daire yahut 20.000 TL borçlanılmış olabilir. Seçimlik borçlarda iki veya daha fazla edim borçlanılmıştır, fakat ifanın konusu bunlardan sadece biri olacaktır.

Edimlerden biri, parça borcu ise ve borçlunun kusuru olmadan, yani beklenmedik hal veya mücbir sebepten imkânsızlaşırsa, diğer edim kendiliğinden borcun konusunu oluşturur[42].

Seçim hakkı, kural olarak, borçluya aittir[43].

Seçim hakkına sahip olan borçlu, bu hakkını ifa zamanına kadar geciktirebilir. Borç birden çok şeylerin yapılmasını veya verilmesini kapsayıp, borçlu bunlardan yalnız birini yerine getirmekle yükümlü ise, işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, seçim hakkı borçluya aittir. TBK m. 87'de aynı niteliktedir. Fakat seçim hakkının alacaklıya veya üçüncü kişiye ait olacağı akitle kararlaştırılabilir.

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 geçmeyeceği konuşunda 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. Seçme hakkına alacaklı sahipse, klasik hukukta yürürlükte olan *formula* usulünde edimlerden biri için dava tespiti (*litis contestatio*) yapıldığı anda seçme hakkı ortadan kalkar[44]. Çünkü *litis contestatio* ile eski borç münasebeti (seçimlik borç) sona erer, davalının borcu artık verilecek hükme uymak olur (*condemnari opertere*). Alacaklı seçme hakkını edimlerden birini dava etmek suretiyle de kullanabilirdi. Seçimlik olarak borçlanılmış ve olaydaki gibi *certa* (muayyen) iki edim *stipulatio* veya muayyen mal vasiyetinden doğmuşsa, seçim hakkının alacaklıda olması durumunda *actio incerti* açılacaktır. Muayyen mal vasiyeti bir *legatum per vindicationem* ise seçme hakkına 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). Alacaklıya veya borçluya ait seçme yetkisi mirasçılarına geçer. Üçüncü şahsa bırakılmış seçme yetkisi mirasçılara intikal etmezdi. Bunun sebebi, seçim hakkının üçüncü şahsın kişiliği dikkate alınarak, kendisine verilmesidir.

TBK.m.87'ye göre, aksi kararlaştırılmamışsa, seçim hakkı borçluya aittir. Seçimlik borçların tek madde ile düzenlenmiş olması ortaya tartışmalı meseleler çıkarabilir. Bu durumda Borçlar Kanunu'nun genel ilkeleri uygulanacaktır; belirli olmayan iki edimden biri kusursuz olarak imkânsız hale gelirse, kalan edim borcun tek konusu haline gelir. Paulus'u ilgilendiren alım satımda 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 her iki edimin de telef olması halinde, hasarın alıcıya ait olacağı söylenebilir, zira edimlerden hiçbirini elde edememesine rağmen, semeni ödeyecektir[45].

4. Bölünebilen Borçlar — Bölünemeyen Borçlar

Eğer borç; borcun bütünlüğü bozulmadan, değeri azalmadan, kısım kısım, bölümlere ayrılarak ifa edilebiliyorsa, borç bölünebilen bir borçtur.

Aksi halde, bölünemeyen borçtur. Bu genellikle edim konusunun bölünebilen bir mal veya hak olup olmamasına bağlıdır. Genelde, para borçları ve diğer mislî mallara ilişkin borçlar, bölünerek ifa edilebilir.

Kural olarak, *dare* borçları, edimin konusu uygunsa bölünebilir, niteliktedir.

Eşya üzerindeki haklar, genellikle, semerelerden, alışveriş değerlerinden istifadeyi ihtiva ederler ve hisselere ayrılabilirler.

Dare'ye, mülkiyet nakletmeye ait borçlar, konularının bölünebilir mallar olup olmamasına veya devredilecek mal üzerinde kurulacak veya nakledilecek aynî hakkın bölünüp bölünmemesine göre, borç da bölünebilir veya bölünemez. Meselâ, para veya 500 kg. buğdayın ifasına (mislî eşya) ait borçlar nitelikleri icabı bölünebilen borçlardır. Ancak, hakkın bölünebilirliği ile malın bölünebilirliğini karıştırmamak gerekir. Yine; bir arabayı verme borcu, arabanın bölünemez bir mal olmasına rağmen, araba üzerindeki mülkiyetin hisseli olabilmesi sebebiyle, bölünebilir bir borç sayılmıştır. Aksine, konusu kullanma ve sükna hakkı gibi şahsî bir irtifak hakkının veya toprağa bağlı irtifak hakkının kurulması olan borçlar ise, bölünemez olarak kabul edilir. Zira irtifak hakları, mal üzerinde sınırlı bir istifade sağlayıp, alış veriş değerleri olmadığından, bölünemez. İntifa hakkı bu ilkenin dışındadır[46].

Facere borçları, kural olarak bölünemez. Yapmak yükümlülüğü çoğu kez, bir işi tamamlamakla son bulacağından *opus*'un (eserin, işin) tamamı, bölüm bölüm, hisse hisse yerine getirilemez. Meselâ, bir irtifak tesisi, rekabet etmemek borçları bölünemez. Bir binanın, bir heykelin veya tablonun yapılması gibi, bir eserin (*opus*) meydana getirilmesine ait borç bölünemez. Bununla birlikte yapılacak işin niteliği icabı, bölünebilen borçlar da bulunabilir. Aynı şekilde yapılmaya devam edecek işler, devamlı olarak çalışmaya bağlı edimler (hizmet akdi) bölünebilir. Aksine, bir malın yapılmasına ait edimler kural olarak bölünemez.

Bu ayrımın önemi, alacaklı ve borçlular birden fazla olduğu zaman görülür (TBK.m. 85). Bazen, aynı borç konusu için birkaç alacaklı veya birkaç borçlu olabilir; o zaman borç konusunun da bölünmesi söz konusu olur. Yoksa, tek alacaklı, tek borçlu olduğu zaman, alacaklı, taksitle almaya zorlanamaz (TBK. m.84).

Bölünemeyen borç karşısında birkaç borçlu veya birkaç alacaklı hali, genellikle mirasta görülür. Bir tek alacaklı veya bir tek borçlunun ölümünde mirasçısı olan birkaç kişinin hepsi birden, alacaklı veya borçlu olarak onun

yerini alırlar. Eğer borç konusu bölünebiliyorsa, miras hisselere ayrılır; fakat bölme imkânsız ise, o zaman müteselsil borç durumu meydana gelir.

TBK. m. 85, bölünemeyen borcun, birden fazla borçlusu varsa, her birinin borcun tamamından sorumlu olduğunu belirtmektedir. Kural olarak, borçlu neyi borçlanmışsa, onu tam olarak ifa etmek zorundadır. Alacaklı, edimin kısmî edimler halinde yerine getirilmesini kabule mecbur değildir. Iulianus, 10 isteyene 5, arazinin tamamını isteyene bir kısmının verilemeyeceğini, ifade etmektedir[47]. TBK. m. 84 borcun miktarının belli ve muaccel (istenebilir, talep edilebilir) olması halinde, alacaklının kısmî ifayı kabule mecbur olmadığını, belirtmektedir. Bu şekilde, borçlu veya alacaklının ölümü halinde, ölenin yerine borçlu veya alacaklı sıfatıyla birden fazla mirasçı geçebilir. Nitekim XII Levha Kanunu'na göre ölenin alacakları ve borçları, bölünebilir olmak şartıyla, hisseleri oranında bölünürler. Bölünemeyen borçların, müteselsil borç hükümlerine tâbi olması ilkesi Iustinianus hukukunda hafifletilmiştir.

5. Tabiî Borç (Davasız veya Eksik Borç) : Obligatio Naturalis

Klâsik devirden itibaren Romalı hukukçular, üç tip borcu birbirinden ayırmıştır: Dava ile müeyyidesi olan tam borçlar (*obligatio civilis*), davası olmayan fakat hukukî sonuçlar yaratan tabiî borçlar (*obligatio naturalis*) ve davası olmayan ve hukukî sonuçlar yaratmayan manevî borçlar. Bu sonuncular, vicdanî borçlardır ve hukuk alanının dışında kalır. Tabiî borçların ise, hukukî sonuçları vardır.

Kural olarak; her borcun, sorumlusu olan borçluya yöneltilmiş bir davası (*actio in personam*) vardır ve alacaklı hakkını cebri icra yolu ile elde edebilir. Bu anlamda borç, *ius civile*'ye göre geçerli bir borçtur. Tam borç veya *obligatio civilis*'tir.

Obligatio'yu Romalı hukukçular, *obligatio civilis* ve *obligatio naturalis* şeklinde ikiye ayırmaktadırlar. *Obligatio civilis*, davası olan borç ilişkisi olduğundan, buna “tam borç” denir. Halbuki tabiî borç anlamına gelen *obligatio naturalis*'in, davası olmadığı için, buna, “davasız borç” veya “eksik borç” da denir. Hukuk düzenlemesi bazen bir kimsenin borçlanmış olduğunu kabul eder, fakat bu borçluya karşı, *actio*'ya dayanan bir zorlama kullanılması gerektiğini kabul etmez.

Bununla birlikte, tabiî borçlar, hukuk alanına girer, zira başlıca sonucu, borçlunun ifasının, gerçek bir ödeme olarak kabul edilmesidir. Bir bağış

veya sebepsiz zenginleşme dolayısıyla geri istenebilecek bir ifa, hata ile bir ifanın gerçekleştirilmesi değildir[48].

Bir borç, zorlama ile yerine getirilemediği takdirde, bunun ifası borçlunun isteğine bırakılmış olmaktadır. Bu şekilde, dava hakkından yoksun olan tabiî (davasız, eksik) borç, *obligatio naturalis*, gerek Roma Hukukunda, gerekse modern hukuklarda vardır. Bu borcun hukuk açısından özelliği, bir zor unsurunun olmaması, yani bir dava ve icra imkânı tanınmamasıdır. Fakat, hukuk açısından önemi, hukukî sonuçları vardır. Dava edilmemekle birlikte tabiî borçların ifası, normal borçların ifası gibidir. *Ius Civile* (medenî hukuk, vatandaşlar hukuku) açısından, borçluya karşı dava açılamaz, fakat borç ifa edilebilir. Zira, her şeyden önce davasız borcun ifası, bir borcun ifasıdır. Bağışlama niteliğinde değildir ve geri istenemez. Dava edilemeyeceğini bilmediği için ifada bulunan borçlu da, verdiğini geri alamaz. Borç olmadığı halde, hata sonucu yapılan bir ödemede, sebepsiz zenginleşmeye dayanan dava (*condictio indebiti*) ile ifa edilen geri istenebildiği halde, tabiî borçlarda buna imkân yoktur. Kefalet, rehin veya ipotek vasıtasıyla geçerli olarak teminat altına alınabilir, bir yenileme işlemi (*novatio*) ile tam borç haline getirilebilir[49].

Roma Hukukunda; davasız, eksik borçlar bir bütünlük göstermezler, bir sistem oluşturmazlar. Bu borçlar, bazı pratik örneklerden hareket edilerek hazırlanmıştır. Davasız borçlar, uyumlu bir grup halinde değildir. Bir dava hakkının verilmesinin doğru olmadığı, fakat bir borcun varlığının inkâr edilmesinin edilmesinin istenmediği ve ödenmiş borç konusunun geri alınmasına imkân verilmek istenmediği hallerde tabiî borcun varlığı kabul edilir. Bu borçların ortak tarafları, *actio*'larının olmamasıdır[50].

Davasız borç, bir hukuk bağı (*vinculum iuris*) değil, bir hakkaniyet bağı (*vinculum aequitatis*) oluşturur[51]. Ancak hukuk düzenlemesi borcun yerine getirilmesini, borcun ifası olarak kabul etmektedir[52].

Davasız borçlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

A) Roma'da tabiî borç kavramı, kölelerin borçları dolayısıyla çıkmıştır. En eski tabiî borç türü, kölenin akitlerinden doğan borcudur. Bilindiği gibi, kölenin hak ehliyeti yoktur, elde ettikleri, kazandıkları mâliki içindir. Borçlarına gelince, mâlik ancak *praetor* hukukunda tanınan ek nitelikteki davalar (*actiones adiecticiae qualitatis*) çerçevesinde sorumlu tutulmuştur. Köle, hukukî kişiliği bulunmadığından, hukukî bir borçtan da sorumlu

olamazdı[53]. Bir köleye karşı, yaptığı akit dolayısıyla dava açılamazdı. Köle borç altına girer, fakat borcu *obligatio naturalis*, davasız borçtur.

Köleler, gerek kendi aralarında, gerek başkaları ile, borç ilişkisi kuramazlardı. Bu da, o devrin kölesine tanınmış hukukî durumun bir sonucudur. Unutulmamalıdır ki, köle alacaklı duruma geçtiği zaman bu alacak mâlikinin oluyordu; ancak borçlandığı zaman borç mâliki bağlamıyordu.

Kölenin haksız fiillerinden doğan borçları, belli bir oran içinde, geçerliydi ve mâlik bunlardan *actio noxalis* ile sorumlu idi.

Mal durumunda olduğu için, köleye karşı dava açılamaz.

Kölenin akitten doğan borçları davasızdır, demek, azad edilse bile, kendisine dava açılamaz demektir; yoksa, kölelik sırasında ona dava açılamayacağı hukukî durumunun sonucudur. Bu şekilde, köle azad edildikten sonra, kendi arzusu ile, alacaklıya olan borcunu öderse, bu ödeme muteberdir. Borç, üçüncü kişi tarafından da geçerli şekilde ifa edilebilir. Ayrıca, kölenin borcuna teminat olarak, kendisine kefil olunabilirdi.

B) Aynı hâkimiyete tâbi kimselerin kendi aralarında, veya hâkimiyete sahip kimseye olan borçları da davasız borçtur. Meselâ, aile reisi ile evlâdı veya aynı hâkimiyet altındaki iki aile evlâdı arasındaki borçlar için hâkimiyet ilişkisi dolayısıyla dava açılamaz, zaten davaya gerek de yoktur. Bu durum malvarlığının tek kişiye, sadece aile reisine ait olmasının normal bir sonucudur. Aile evlatları malvarlığı sahibi olmaya başladıkları zaman, durum değişti. Buna karşılık, aile evlatlarının başkaları ile akdettiği borçlar, tam borç (*ius civile* borcu, *obligatio civilis*) idi, yani dava ile takip olunabilirlerdi. Fakat, aile evlatlarının malvarlığı olmadığından, bu davalardan fiilî bir sonuç almak mümkün olamazdı. Ancak, hak ehliyetine sahip olup (*sui iuris*) bağımsız malvarlığı elde ettiği zaman bir değer ifade eder.

Corpus Iuris Civilis'te davasız borçlar arasında gösterilen bir diğer borç da, ödünç aktinde görülecek olan *Senatus Consultum Macedonianum*'a aykırı olarak aile evlatlarına verilen para ödünçlerinden doğan borçlardır.

C) Ayrıca, birbirine benzemeyen, fakat ortak özellikleri, davası olmayan veya davası olup da, bir *exceptio* ile reddedilen çeşitli haller, Roma Hukukunda davasız borç olarak görülmektedir[54].

Aşağıdaki örnekler bunlar arasındadır:

Ahlâki bir yükümlülüğü karşılayanlar (evlenmesine imkân sağlamak için) kız kardeşe *dos*[55] (cihaz) sağlanması, muhtaç teyzesine besin maddeleri verilmesi, esaslı bozukluk veya şekil bozukluğu sonucu kurala aykırı yükümlülüklerden oluşan borçlar (zamanaşımını veya anlaşmanın bir kurala aykırılığını ileri sürmekten kaçınan borçlu) veya gerekli ehliyetin eksikliğinin ileri sürülmemesi (yaş küçüklüğünü ileri sürmeyip, edimi ifa eden ergen küçük)[56].

Kavram, Iustinianus hukukunda genişletilmiştir. *Litis contestatio* veya *capitis deminutio* ile sona eren borçlar, *pactum*'la tesis edilen faiz, nafaka vermek zorunda olmayan kimselerin ödediği nafaka gibi.

Davasız borçlar müşterek hukuk yoluyla modern borçlar kanunlarına da girmiştir. Fransız MK. (m. 1235) ve bunu kaynak alan Medenî Kanunlar *obligations naturelles*'den söz etmiştir. Şili Medenî Kanunu'nda (m. 1470) *obligations civiles* ve *obligations naturelles* ayrımı açıkça yapılmıştı. Bu borçlar dava edilemez, fakat ifa edilebilir[57]. BGB, İsviçre Borçlar Kanunu, Türk Borçlar Kanunu davasız borcun varlığını kabul eder, fakat davasız borç terimini kullanmazlar. TBK. m.604'e göre kumar ve bahis borcu[58]; TBK. m.524'te evlenme simsarlığı[59]; davasız borçtur.

TBK m. 606, hükümet tarafından izin verilmedikçe, piyangonun alacak hakkı doğurmayacağını ve dava edilemeyeceğini düzenlemektedir. TBK m. 72, zamanaşımına uğramış borçların yahut ahlakî bir görevi ifa için verilenin geri istenemeyeceğini öngörmektedir. Roma Hukukunda ise, kumar, davasız borç dahi doğurmazdı. Eğer kumar borcu bir *stipulatio* ile tespit edilmiş olursa, tam borç haline gelir, fakat o zaman, kumar borcu değil, bir *stipulatio* borcu olurdu.

Gerek Roma Hukukunda, gerek modern hukukumuzda, önemli ve sık sık karşılaşılan tabiî borç niteliği, zamanaşımına (müruruzaman) uğramış borçlarda görülür. Ancak, zamanaşımına uğramış bir borç, dava ile istenecek olursa, davalının zamanaşımı def'i ile davanın sonuçlanması önlenir.

modern tıp biliminin organ nakli, hukuk evrenine davasız, tabiî borç olarak da yansımıştır. 01.01.2002 tarihli TMK m. 23/2 şu şekildedir: "Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunamaz".

III. Borçluya Karşı Zorlama

1. Zorlamanın Niteliği

Gerektiği zaman alacaklı edimi zorlama sonucu elde edebilmelidir. Zaten, her tam borcun (*obligatio civilis*) esaslı bir unsuru da alacaklının borçlusuna karşı, borcunu ifaya zorlamak için başvurduğu baskıdır. Hukukî borçları, ahlakî nitelikteki borçlardan ayıran nokta da, borçluyu zorlayabilmektir. Tam borç (*obligatio civilis*), böyle bir zorlama imkânı, yani bir müeyyide ile tamamlanmış olan borç ilişkisini ifade eder.

Bu zorlama, önce alacaklının borçlusuna karşı kullanabileceği dava (*actio*) hakkında kendini gösterir. Her tam borcun bir *actio*'su vardır. Bir *actio* ile müeyyidelendirilmiş tam borçlara Roma hukukunda *obligatio civilis* denir. Borç ilişkisinden doğan davaları Romalı hukukçular *actio in personam* (şahsi dava) şeklinde ifade etmişlerdir.

Borcunu kendi arzusuyla yerine getirmeyen borçluya karşı, alacaklı *actio*'sunu kullanır ve hâkim kararıyla borçlunun, borcunu ifaya mahkum edilmesini ister. Fakat, hâkimin vereceği kararla da, alacaklı hakkını elde etmeyebilir. Hâkim kararında, borçluya mahkûmiyetin tutarı olan parayı alacaklısına ödemesini bildirir (zira, *formula* usulünde mahkûmiyet mutlaka paraya ilişkindir)[60].

Bugün, İngiliz hukukunda da, bir alacağa dayanan alacaklının sadece para şeklinde tazminat elde edebileceği, borçlanılmış edimi alamayacağı kuralı vardır. İngiliz hukukunda da aynen tazmin bir istisnadır.

TBK.m.51'e göre ise, hâkim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini durumun gereğine ve özellikle kusurun ağırlığına göre belirler[61].

Borçlu, hâkimin kararına rağmen, borcunu yerine getirmeyebilir[62]. O zaman karar icraya konur ve borçluya karşı kullanılacak zor unsuru ortaya çıkar. Davanın açılması borçluya karşı bir zorlamadır, fakat bu baskıya rağmen borç ifa edilmezse, hâkimin kararı icra yoluyla zorla yerine getirilir. Demek ki, hâkimin verdiği kararın zorla icrası, alacaklıyı tam anlamıyla tatmin etmektedir. Borca gerçek kuvvetini veren, sadece borç ilişkisinden doğan dava değil, fakat dava sonucu elde edilen kararın zorla yerine getirilmesidir. Borçluya karşı, gerçek zor unsuru icra aracılığıyla gerçekleşmekte ve alacaklı da bu sayede alacağını elde etmektedir. Dolayısıyla borçlar hukuku ile icra hukuku birbirlerine sıkı şekilde bağlıdır.

2. Roma Hukukunda İcra Usullerinin Gelişimi

Roma usul hukuku tarihinde icra usullerinin gelişmesi ile çeşitli hukuk düzenlemelerinde ve çeşitli devirlerdeki icra usulleri arasında önemli farklar vardır. Bugünkü hukukta icra, borçlunun malları üzerinde icradır. Alacaklı alacağını borçlusunun malvarlığı üzerinden elde eder. Devlet organı olan mahkemenin kararı, borçlu tarafından yerine getirilmezse, alacaklı kararın devlet organı olan icra daireleri tarafından yerine getirilmesini ister. İcra makamları tarafından borçlunun malları haczedilir ve alacaklı alacağını bunların satış bedeli üzerinden sağlar. Yani, cebri icranın amacı borçlunun mallarıdır. Fakat bu duruma icra usullerinin uzun gelişmesi sonucu varılmıştır.

Borçlunun fizik varlığı üzerinde bu icra usulünün başlangıcı çok eskidir.

XII Levha Kanununun icraya ait hükümleri, borçlunun vücudunu hedef tutuyordu. Bu ağır ve zalim bir icra usulü gösterir.

Hukuk tarihinin gelişmesinde iki icra şekli birbirinden ayrılabilir: Borçlunun fizik varlığı üzerinde icra ve borçlunun malvarlığı üzerinde icra.

Roma Hukukundaki bu gelişme üç evrede belirir: Eski *ius civile* devri, *praetor* hukuku devri, imparatorluk hukuku devri.

A) Eski *ius civile* devrinde icra usulü, başlangıçta sert bir şekilde gerçekleşen şahıs üzerinde icra usulüdür. XII Levha'ya göre, *manus iniectio* yoluyla borçlusuna el koyan alacaklı onu altmış gün zincire vurup hapsedebilir, borç yine ödenmezse, öldürebilir veya Roma dışında köle olarak satabilirdi. Bu sert usulü 1.5 yüzyıl kadar sonra *Lex Poetelia* ile hafifletilmiştir (M.Ö.326 civarı). Alacaklının borçluyu öldürmesi veya köle olarak satması, kaldırılmışsa da, icra usulü yine şahıs üzerindedir, fakat daha yumuşamıştır.

B) Praetorların, Roma Hukukunun diğer alanlarında olduğu gibi, icra alanlarında da getirdikleri yenilikler vardır. Borçlunun sadece mallarının hedef alınmasını sağlamışlardır. Ancak, bazı durumlarda uygulanan mallar üzerinde icra usulü, M.Ö. II. yüzyıl sonlarına doğru ortaya çıkmıştır. Borçlunun gaipliği veya gizlenmesi hallerinde bu icra usulüne ihtiyaç duyuluyordu. Zira, borçlunun şahsı ele geçirilemiyordu. Mal üzerindeki icra usulü gitgide önem kazandı. Fakat, şahıs üzerindeki icrayı tamamen kaldıramadı.

Praetorların getirdiği bu icra usulünün özelliği, icranın borçlunun bütün malvarlığı üzerinde olmasındadır. Günümüzde, icra, borçlunun borcunu

sağlayacak mallar üzerinde uygulanır. Halbuki, praetor hukukundaki icra, bütün mallar üzerinde toptan bir icra usulüdür. Dolayısıyla, alacaklıyı tatmin edecek kadar mal değil, fakat borçlunun mallarının tamamı haczedilirdi. Bu usul, bugünkü hukukta borçlunun iflası hali gibidir. Praetorların getirdiği, bu mallar üzerinde icra usulü, borçlunun bir tür iflası niteliği taşıyordu[63].

Alacaklılardan birinin talebi üzerine, borçlunun mallarının zilyetliği praetor tarafından alacaklıya verilirdi. Bu durum, borçlunun bütün malları üzerinde haciz anlamına gelir. Hacizden diğer bütün alacaklıların da haberdar olması ve katılabilmeleri için ilânla halka bildirilir. Otuz günlük bir süreden sonra, alacaklılar, bu malları satmak üzere aralarından birini seçerler. Mallar, toptan, arttırma yoluyla, alacakları en yüksek oranda ödemeyi teklif edene satılırdı. Bu satışta semen, alacakların belirli bir oranıdır. Meselâ, malları almak isteyenlerden biri, alacakların %60, diğeri %65, başka biri %70'ini ödemeyi teklif etmişse, mallar, en yüksek teklif yapana, yani (%70'e) satılırdı. Malları bu şekilde satın alan kimse (*bonorum emptor*) borçlunun malvarlığının tamamını elde etmiştir ve küllî halef durumundadır. Durumu, mirasçıya benzer. Bütün hakları kazanır, ancak borçlardan alacaklılara taahhüt ettiği orana göre sorumlu olur.

Bu icra usulü, borçluyu bütün mallarından yoksun bırakır ve borçlunun şerefsizliği (*infamis*) sonucunu doğurur. Dolayısıyla, borçlu için oldukça ağırdır. Bununla birlikte borçlunun durumu daha eski devirlere göre, daha elverişliydi. Öldürülmek ve köle olmak ortadan kalkmıştı, şahsı bakımından serbestti, yeniden mal elde edebilir, hatta alacaklıları *bonorum emptor* tarafından ödenmemiş kısmı için kendisini takip edebilirlerdi. Fakat, borçlu, mallarının satışını takip eden yıl içinde ancak imkânı, iktidarı oranında mahkum edilebilirdi. Borçluya tanınan bu imtiyaza ve imkâna *beneficium competentiae* denir.

Daha sonra, Augustus zamanında yapılan bir kanunla, borçlunun durumu daha da düzeldi. Borçlu kendi isteğiyle, bütün mallarını alacaklısına terk ederse (*cessio bonorum*) şerefsizliğin ağır sonuçlarından kurtulduğu gibi, gelecekte de *beneficium competentiae* hakkından yararlanabiliyordu.

C) İmparatorluk hukuku devrinde ise, artık mallar üzerinde yeni bir icra usulü yerleşmeye başlamıştır. Bu yeni usulde, borçlunun mallarının ancak alacaklıya yetecek miktarına haciz konuluyordu. Başlangıçta, ancak özel bazı hallerde uygulanan bu usul, *extra ordinem* muhakeme usulünde normal icra yolu oldu. İcra usulü, artık alacağını alamayan alacaklının intikam

hislerini tatmin eden ve borçluyu cezalandırmak amacını güden bir usul değil; alacaklının, sadece elde edemediği alacağını elde etmesini sağlamaya yönelen bir yoldur.

Bu devirde, borçlunun borcu kadar malı haczedilirdi. Bunlar da, belirli süreler sonunda arttırma yoluyla satılırdı. Elde edilen tutar borcun miktarından fazla ise, borçluya geri verilirdi. *Extra ordinem* (nizam harici, sistem dışı) usulde, yargılamada yerleşen bu icra usulü, günümüz hukukunda da aynı şekildedir[64].

5. BORÇLUNUN SORUMLULUĞU

Her borçlu, borcunu, gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür. Hattâ borcunu, gereken şekilde ifa etmelidir; bu şekilde alacaklının lehine olan bir sonucu yaratır. Eğer borçlu, ifada bulunamıyorsa, ortaya bir takım meseleler çıkacaktır.

Borçlu borcunu yerine getirmezse, hattâ yerine getirme imkânını bulamazsa, kural olarak, borcundan kurtulmuş olmaz. O zaman sorumluluğundan söz edilir. Yani, ifa etmediği borç yüzünden alacaklının zararını telâfi edip etmeyeceği meselesi ortaya çıkar. Eğer borcunu ödemeyen borçlu, borcundan kurtulsa idi, sorumluluğunun olmadığını, kabul etmek gerekirdi.

Hukuk ihtilâfları, bir kimsenin yükümlülüğünü yerine getirmemesinden doğar ve o zaman, borçlu sorumlu tutulacak mı, tutulmayacak mı meselesi ortaya çıkar.

Bu itibarla sorumluluk, hukukun ana meselelerinden birisi olmuştur. Borçlunun sorumlu olup olmayacağı meselesi ise, çeşitli temel ilkelerle çözüm yoluna kavuşturulmak istenmiştir.

Konu; borcunu ödemeyen kişinin, ne zaman sorumlu olacağı veya sorumlu olmadığı bazı hallerin bulunup bulunmayacağı şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

I. Kusursuz (Objektif) - Kusura Dayanan (Sübjektif) Sorumluluk İlkeleri

Hukukî sorumluluk ilkeleri zamanın akışı içinde sosyal ekonomik ve kültürel değişmelere uygun olarak çeşitli değişiklikler göstermiştir. Bu alanda özellikle birbirinden tamamen farklı nitelikte, ancak devirlere ve yerine göre, bazen biri bazen diğeri hâkim olan iki sorumluluk ilkesi önem taşır.

Bu alanda başlangıçtan beri, zamanına ve yerine göre biri veya diğeri, bazı devirlerde her ikisi de birlikte uygulanan iki ilke vardır; Kusursuz

(Objektif) sorumluluk — Kusura dayanan (subjektif) sorumluluk ilkeleri.

Kusursuz (objektif) sorumluluk temel olarak, zarara sebep olma düşüncesine dayanır. Bu tür sorumluluğun gerçekleşmesi için, sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı yeterlidir. Sonucun meydana gelmemesine veya zarara sebep olan kimse bundan sorumlu tutulur.

Eğer borcunu ödemeyen borçlu, ne olursa olsun, mutlaka sorumlu tutulursa (yani alacaklının uğradığı zararı telâfi etmek zorunda bırakılırsa), kusursuz (objektif) sorumluluk ilkesi vardır. Meselâ, bir kimse bir mal vermeği taahhüt ettikten sonra, vermemiştir. Eğer, bu malı vermeyişinin, yani ifa etmemesinin, neden ileri geldiği asla düşünülmez ve sadece, beklenen sonuç meydana gelmediği için, sorumlu tutulabilirse, kusursuz (objektif) sorumluluk ilkesi uygulanmış olur. Burada sırf sonucun meydana gelmiş olup olmadığına bakıldığından, buna, aynı zamanda, "sonuç sorumluluğu" da denmektedir.

Bu ilke, sadece, objektif olayları dikkate alır. Borçlu, bir sonucu yerine getirmekle, meselâ bir malı geri vermekle veya teslim etmekle yükümlüdür. Eğer bu sonucu sağlamamışsa, borcu ifa etmemiş demektir ve borçlu bu durumda sorumludur.

Kusura dayanan (sübjektif) sorumluluk ilkesi ise, borcun ifa edilmemesinin sübjektif sebeplerini araştırır. Bu sebepler de çeşitli olabilir. Kullanılmak (âriyet) veya saklanmak için alınan mal (vedia), depremde veya borçlunun kusuru olmadan çıkan bir yangında tahrip olmuş olabilir veya borçlunun tüm dikkatine veya aldığı tedbirlere rağmen çalınmış olabilir. Veya bu mallar, borçlunun ihmali sonucu kaybolmuştur veya borçlu bu malları satıp teslim etmiştir. Görülüyor ki, borcun ifa edilmemesine yol açan sebepler arasında büyük farklar vardır. Sübjektif sorumluluk ilkesine göre, borçlu, sadece kusurlu ise (kastı ve ihmali varsa) sorumlu tutulur[65]. Dolayısıyla; kusura dayanan (sübjektif) sorumluluk ilkesi uygulanırsa, zararı vermiş veya borcu ifa etmemiş kişinin bir kusurunun bulunup bulunmadığını araştırmak ve kusuru olmadığı zaman da o kimseyi sorumlu tutmamak gerekir.

Bu şekilde; taahhüdünü yerine getirmeyen borçlunun, taahhüdünü neden yerine getirmediği araştırılırsa, yani ifa etmemenin sebepleri incelenirse, kusura dayanan (sübjektif) sorumluluk ilkesi uygulanmış olur.

Bu ikinci durumda, borçlunun, içinde bulunduğu şartların incelenerek, borcu ödememekte bir "kusuru" olup olmadığına bakılır, sorumluluğu ona

göre tayin edilir: “Kusuru” varsa sorumlu olacak, aksi takdirde, borcu ödememekten doğan zararı tazmin etmeyecektir.

Kusuru olup olmadığına bakıldığı için, sübjektif sorumluluğa “kusur sorumluluğu” da denmektedir.

Kusursuz (objektif) sorumluluk ilkesinin uygulanması kolaydır; borçlunun sübjektif durumları göz önünde tutulmaz; borcunu ödemeyen borçlu sorumlu olur.

Kusur sorumluluğu, daha âdil görünür, ancak, uygulanması zordur. Borçlunun, neden ifada bulunmadığını araştırmak, sebep ve şartları değerlendirerek sorumluluk tayin etmek, o kadar kolay olmaz[66].

Sadece dış olayları dikkate alan objektif sorumluluk ilkesi, daha basit olmakla beraber çok daha ilkel bir ilkedir. Sübjektif sorumluluk ilkesi ise, çok daha elastiki ve daha psikolojik bir ilkedir. Sorumluluğu söz konusu olan kimsenin durumunu dikkate alarak, onun sorumlu tutulup tutulmayacağını araştırır.

İlkel hukuklarda daha çok, basit bir ilke olan objektif sorumluluk ilkesi vardır. Roma Hukuku için de durum böyledir. Objektif sorumluluk ilkesi[67] muhakkak ki Roma Hukukunun en eski devirlerinde, Klâsik Hukuk ve Bizans Hukuku devirlerine göre çok daha geniş bir yer işgal ediyordu. Klasik devirde, kusur sorumluluğuna doğru hızlı bir gidiş görülmektedir. Iustinianus hukukunda ise, hâkim olan sübjektif sorumluluk, yani kusur sorumluluğu ilkesidir. Borçlunun kusuru olmadığı halde sorumlu tutulması gitgide haksız görülmüş ve kusur aranmadan kusursuz (objektif) sorumluluk ilkesinin uygulanması, Roma Hukukunun son devrinde ancak birer istisna teşkil etmiştir[68].

Her iki sorumluluk ilkesi, daima uygulanmıştır. Ama, bazen biri, bazen öteki diğerine hâkim olmuştur. Ancak; istisnasız olarak, tek bir sorumluluk ilkesinin uygulandığı vâki değildir.

XIX. ve XX. yüzyıl kanunlarında ve İsviçre-Türk hukukunda, esas olarak kusur ilkesi hakimdir. Ancak, buna karşı XIX. yüzyıl sonundan beri artan ölçüde aksi eğilimler belirmiş ve kusur bulunmadan da, ilgili kişinin zarardan sorumlu olması istenmiştir. Bu akımlar bazı temellere dayanır. Kusursuz sorumluluk halleri, zarar görenlere tazminat ödenmesi, bazen tehlike sorumluluğuna, bazen hakkaniyet düşüncesine dayanır.

Sigortalar ve sosyal güvenlik kurallarıyla toplumun korunması temel amaç halini almıştır. Sanayi ve makineye dayanan toplumda kazalar, yapanı

bilinmeyen olaylar şekline bürünmüştür. XIX. yüzyıl sonlarından itibaren sanayi devrimi, makineleşme ve teknik gelişmelerden kaynaklanan birçok kaza karşısında kusur sorumluluğu ilkesinin yetersiz kaldığı anlaşılmıştır[69].

Tehlike sorumluluğu alanındaki gelişmenin başlangıcını demir yolları teşkil etmiştir. Zira; sanayi ihtilâli; buharın makineye uygulanması, dünyanın ve iktisadi hayatın yapısını önemli oranda değiştirmiştir. Demiryolları hızlı ve rahat ulaşım olanaklarıyla, taşımacılık alanında önemli gelişmelere yol açmıştır.

Bununla birlikte, daha önce bilinmeyen bazı tehlikeler de bu işletmeye bağlıdır. Çarpışma, yoldan çıkma, kıvılcım çıkarma vs. gibi bütün dikkat ve özenle dahi önlenemeyecek zararlar daima meydana gelebilir. Bu gibi zararlardan sorumluluğu kusur hallerine bağlı tutmamak konusunda bir ihtiyaç belirdi. İşletmenin kârından yararlanan demiryollarını, bu işletmenin kaçınılmaz zarar veren sonuçlarından sorumlu tutmamak, sosyal düşüncelere aykırı görüldü. Bu, yeni bir düşünceye dayanıyordu: Kusurdan dolayı sorumluluk değil, zorunlu olarak bağlı bulunan tehlikeler bakımından sorumluluk. Şiddetlendirilen demiryolu sorumluluğu yükümlülüğün başlangıcında, Münih Yüksek İstinaf Mahkemesinin 1861 tarihli ünlü bir kararı vardır: Bu kararda bir demiryolunun lokomotiflerle işletilmesi kusurlu ve bu sebeple zararın tazminini doğuran bir fiil olarak nitelendirilmesi önceleri, duyulan yeni ihtiyacın eski ilkeye dayanmak suretiyle karşılandığını göstermektedir: Demiryollarının lokomotiflerle işletilmesinin, esas olarak ihmal olduğu, kabul ediliyordu[70].

XIX. yüzyıl sonunda, fen bilimleri, önemli ilerlemeler gösterir: Devir; deney devrine dönüşür[71]. Sosyal bilimler alanında ise; tarih, sosyoloji, felsefe ilk sırayı alır.

Aynı zamanda, toplum da değişir[72]. Sosyal “ihtilâl”, kişiler arasındaki ilişkilerde de değişiklikler, geleneksel iktisadî çerçeveleri kırar. Birçok reform ve çalışma dünyasında, iktisadî ve sosyal ilişkilerde temel değişiklikler yapılır. Hukuka hâkim olacak bir gelişmenin iki unsuru belirir: Büyük alanda kanunlar dışında gelişmesi ve kişisel hukuktan kollektif bir hukuka geçişin oluşmaya başlaması.

Hukuk gelişirken, mutlu bir oluşum sonucu, başarılı bir hukukçu nesli de yetişir. Bu nesil dikkat çekicidir, genel fikir hareketi ile tam anlamıyla uyum göstermiştir ve eserleri devirlerine damgasını vurmuştur. 1880-1885 yılları arasında yirmi beş, otuz yaşlarındadırlar. Yüzyıl sonunda olgunluk çağına

gelirler ve yirmi yıl boyunca, kendilerinden on veya on beş yaş genç hukukçuları yetiştirmişlerdir. Onlar da, XX. yüzyıl ortalarına kadar tüm dünya hukukunu etkileyecektir[73].

Bu yeni hukukçu neslini, ortak yetişme tarzı birleştirir: Formasyonlarında, bir özelliğin üstünlüğü görülür: Hepsi Roma Hukuku ve hukuk tarihi kavramlarıyla yetişmiştir. Sosyolojiye dayalıdırlar. Tümünde, felsefî bir düşünce de vardır.

Bu yetişme tarzı, onları dar hukukî kalıplar içinde kalmaktan kurtarmıştır. Aynı zamanda, medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku gibi hem özel hem kamu hukuku hem de hukuk teorisiyle ilgilenmişlerdir. Zira; her şeyden önce, onlar hukukçudur. Tüm bu oluşum Borçlar hukuku tarihinde önemlidir: Eserlerde borçların genel teorisi, sorumluluk, akitler tekrar gözden geçirilir. Kanun koyucu ve içtihatlar gelişmeye katılır. Bu devrede oluşan genel görüş birliğine daha sonra rastlanmayacaktır[74].

Devrimizde hâkim olan ilke kusur sorumluluğudur, fakat kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulandığı haller de az değildir. Modern dünyanın şartları (hız, taşıt araçları, sanayi…), objektif sorumluluğun uygulama alanını gittikçe genişletmektedir.

Çağımızda, çeşitli faaliyetler nitelikleri gereği sürekli ve büyük tehlikeler yaratmaktadır. Ulaşım, enerji ve üretim araçlarında kullanılan makinaların, teknik araç ve gereçlerin, yeni kimyasal ve biyolojik buluşların toplum için yarattığı tehlikeler karşısında, kusur sorumluluğu yetersiz kalmış, kusursuz sorumluluk ilkesini kabul eğilimi güçlenmiştir.

Hukukun teknik gelişme ile uyumlu hale getirilmesi; söz konusu Borçlar hukukunun gelişmesinin özelliği, düz çizgi değil, kırık çizgi halinde olmasıdır. Bu, varılan sonuçları ve yeniden doğuşları açıklamaktadır. Meselâ, XIX. yüzyıl sonları ve XX. yüzyıl başlarında bir gelişme düşüncesi oluşmuştur. Hukukçuların çoğunluğu, hukukun gelişmesini, mükemmelliğe doğru giden bir yürüyüş olarak kabul etmiştir. Bu şekilde, aynî akitlerin modasının geçtiği düşünülüyordu. II. Dünya Savaşının sonrasında (meselâ, Fransız M.K. reform çalışmalarında) aynî akitlerin canlılıklardan bir şey kaybetmediği, savaş öncesi ilerici teorinin modasının geçtiği kabul edilmiştir. Verilen söze uymayı sağlamak amacındaki, fakat sonra hâkime yetki verilen cezaî şartta da durum aynıdır. Kanun koyucunun kökendeki gerekçelere döndüğü ve modern kanunlarda, aynı gerekçelerin bulunduğu görülmektedir.

Kısmen Roma Hukukunun mirası olan ve bu şekilde iyi vatandaşı, kötüsünden ayıran bu görüş Medeni Kanunlar ve Borçlar Kanunlarında yer almıştır[75].

Aslında, akitlerin teknik gelişme ile uyumlu hale getirilmesi olayı, oldukça eskidir. Akdeniz havzasına hâkim olan Roma devletinde, ticarî ilişkilerin gelişmesi, akitlere değişme ve geniş uygulama alanları açmıştır. Romalı hukukçular da, ticarî ilişkilerin artışının yarattığı yeni ihtiyaçlara cevap vermek için, akit ilişkilerinin şekillerini basit hale getirmişlerdi.

Tek, kişisel, roma vatandaşları arasında yapılan akit, artık daha modern bir ekonomik hayatın ihtiyaçlarına uyum gösteremiyordu. Bu şekilde romalı hukukçuların oluşturduğu tipler basitleştirilmiş ve yazılı şekil uygulaması yavaş yavaş yayılmıştır[76].

Iustinianus Hukukunda geçerli olan kusur sorumluluğu ilkesi devrimize kadar gelmiştir. Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukuku, bu alanda da, Roma Hukukunun derin etkisinde kalmıştır.

Iustinianus derlemesinde, (*Corpus Iuris Civilis*) modern hukuklarda akdî sorumluluk sistemini kuran unsurlar bulunmaktadır[77]. Modern hukuklarda, kusursuz sorumluluk hallerini arttırmak eğilimine rağmen, esas ilke kusur sorumluluğudur. Kusursuz, netice sorumluluğu, ancak hukuk düzenlenmesi tarafından belirlenmiş hallerde söz konusudur.

Türk hukukundaki kusursuz sorumluluk halleri aşağıdaki şekilde özetlenebilir[78]:

- Ev başkanı; gözetimi altında bulundurmak zorunda olduğu ergin (reşit) olmayan, kısıtlı, akıl hastası veya akıl zayıfı kişilerin üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumludur (TMK m. 369). Bu sorumluluktan, ancak alışılmış durum ve şartların gerektirdiği tüm tedbirleri aldığını kanıtlamak suretiyle kurtulabilir. Ev başkanı gerekiyorsa gerekli önlemlerin yetkili makam tarafından alınmasını isteyebilir. Tam bir paralellik olmasa da Roma hukukunda aile reislerinin kölelerin ve aile evlâtlarının haksız fiillerinden sorumlu tutuldukları hatırlatılmalıdır.

- Bir işveren için çalışan kişiler üçüncü kişilere zarar verirlerse, işveren bu zararı ödemek zorundadır. Örnek: A, başka bir eve taşınan B'nin eşyasını taşımaktadır. Taşıma sırasında A'nın işçileri B'nin eşyasına zarar verirse, B zararının ödenmesi için A'ya ve A'nın işçilerine başvurur. Bundan kurtulabilmesi ancak gerekli bütün özeni gösterdiğini veya gösterse bile zararın yine meydana geleceğini kanıtlamak zorundadır (TBK m. 66

adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğunu düzenlemektedir). İşçiler üçüncü kişilere haksız fiil ile zarar vermişlerse, işverenin kusursuzluğunu ispat imkanı yoktur. (TBK 116 borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunu düzenlemektedir. Meselâ, eşya nakliyesi sırasında sürücü bir yayaya çarpıyor).

Roma hukukunda da ifaya yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olunacağını gösteren metinler mevcuttur. D. 19,2,25,7'de Gaius bir sütunun naklini üstlenmiş olan kişinin kendisi veya yardımcıları yükleme veya nakliye sırasında sütunun kırılmasına sebep olmuşlarsa, kusurları olması halinde sorumluluğun doğacağını belirtmektedi[79]. Bu metinden hareket eden XIX. yüzyıl hukukçuları borçlunun borcunu ifa ederken kullandığı şahısların kusurlarından kendi kusuru varmış gibi sorumlu olacağı esasını kabul etmişlerdir. Diğer taraftan hancılar, gemi, ahır işletenler, yanlarında çalıştırdıkları kişilerin müşterilere haksız fiiller ile verdikleri zararlardan sorumlu tutuluyorlardı. Gaius D.44,7,5,6'da bu işverenlerin yeteneksiz kişileri (adam seçmede kusur) yardımcı olarak kullanmalarıyla açıklamaktadır.

- TBK'nın 67. maddesi bir hayvanın (sürü hayvanı, evdeki veya körlere yardımcı olan köpek) zarardaki sorumluluğunu düzenlemekte ve hayvanı kimin bakımında veya yönetiminde ise bu kişinin hayvan tarafından verilen zararları tazmin etmesi gerektiğini ifade etmektedir; bu sorumluluktan kurtulabilmek için hal ve şartların gerektirdiği bütün özeni gösterdiğini, tedbirleri aldığını veya tüm özeni gösterse bile, zararın yine meydana geleceğini ispatlamak zorundadır. Eğer hayvan bir diğer hayvan ve kişi tarafından ürkütülmüşse, rücu imkânı mevcuttur. Roma hukukunda da dört ayaklı hayvanların verdiği zararlardan dolayı *actio de pauperie* açılırdı. Bunun için hayvan tabiatına aykırı bir zarar vermiş olmalıydı. Hayvanın sahibi ya zararı öder ya da hayvanı zarar görene teslim ederdi[80].

- Binanın sahibinin, binadaki yapım veya bozukluğu nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zararı tazmin sorumluluğu mevcuttur. Bu zarar için kendisine karşı sorumlu olan kişilere rücu edilebilir (TBK m. 69). Roma hukukunda kendisine bir binanın yıkılması dolayısıyla zarar geleceğinden korkan komşu, kendisine verilmesi muhtemel bir zararı *cautio damni infecti* (henüz gerçekleşmemiş zarar teminatı) ile garanti altına aldırabilirdi (Gai 4,31). Bu bir praetor *stipulatio*'su ile olurdu. Bir arazide bina veya benzeri bir şey yapılıyorsa, bundan kendisi için bir tehlike doğabileceğini düşünen

kişi, hak sahiplerinden zarar gelmemesi için gerekli tedbirlerin almasını isteyebilir (TBK m. 70). Roma'da bir kimse komşu arazide yapılan hukuka aykırı, tehlike doğurmaya müsait yapıyı *operis novi muntiatio* (yeni bir yapının ihbarı) ile yasak edebilirdi. Praetor gerekli teminatın verilmesi şartıyla inşaatın devamına izin verebilirdi. Böyle bir izin yoksa, yapının yapılmaması uyarısında bulunan kişi *interdictum demolitorium* ile inşaatı yıktırabilirdi[81].

- Karayolları Trafik Kanunu (m. 85 vd.) araç işletenin sorumluluğunu düzenlemektedir. Bunun için işletenin ve sürücünün kusuru şart değildir. İşleten sorumluluktan ancak zararın mücbir sebep, mağdurun kendi kusuru veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile meydana geldiğini ispat suretiyle kurtulurdu.

- Nihayet TBK.'nın 65. maddesi aslında haksız fiillerinden sorumlu tutulmayan, ayırt etme gücü (temyiz kudreti) olmayan bir kişinin hakkaniyet gereği tazminata mahkûm edilebileceğini düzenlemektedir.

Sosyal tehlikelerin tazmini amacıyla, kimliği tespit edilemeyen veya sigortasız sürücünün yol açtığı kazalar yahut çalınmış veya gasp edilmiş bir aracın yol açtığı kazada, kişinin uğradığı bedensel zararlar ve zikredilen hallerde, 26.07.2007 tarihinde "Güvence Hesabı" yürürlüğe konmuştur. Terör ve kan naklinde hastalık bulaşan mağdurlara, tüketicinin korunmasına ilişkin kanuni düzenlemeler yapılmıştır.

II. Kusur Kavramı

Kusura ilişkin, TBK'nın 112. ve 49. maddelerinin kapsamından anlaşılan şudur: Borçluya bir kusur isnat edilebiliyorsa, 112. maddeye göre, borcunu ifa etmediği için; 49. maddeye göre, haksız fiil işlediği için, sorumlu olacak ve verdiği zararı tazmin edecektir[82].

Borçluya kusur isnad etmek; ona bir kusur yüklemek, ne zaman söz konusu olacak, kendisi ne zaman kusurlu sayılacaktır?

Eğer borçlu, borcunu ödemek için gerekli dikkati, gayreti göstermemiş, gerekli tedbirleri almamışsa, kusurludur. İfada bulunmak için gerekli dikkat ve tedbirde kusur göstermiştir.

Bir hususu istemek, borcun yerine getirilmesi için gereken her şeyi yapmak gerekir. Eğer irade buna aykırı ise, gerekenin aksi isteniyorsa veya irade, hukuken ifası gerekeni gerçekleştirecek kadar kuvvetli değilse, bu

irade eksikliğine veya irade bozukluğuna kusur denir. Meselâ, belirli bir yere gidip gelmek için ücretsiz olarak alınan (âriyet akti) bir otomobil geri verilmesi gerektiği halde iade edilmemiştir veya saklamak için kendisine bırakılan mücevherleri (vedia akti) borçlu geri vermemiştir. Aksine araç hasara uğramış yahut gerekli dikkat ve ihtimamla muhafaza edilmemişse, irade gerektiği kadar kuvvetli ve yoğun değildir. Bütün bu hallerde borçlunun kusuru vardır. Ancak, bu kusur bazı hallerde daha ağır, bazı hallerde ise daha hafif olabilir[83].

Sorumluluk için kusurlu bir davranışın arandığı hallerde sorumluluğu söz konusu olan kişinin ruhî, psikolojik yapısı incelenir. Kusur, iradedeki bir noksan ve eksikliktir. Kişinin iradesi gerekeni yapacak veya yapamayacak kuvvette değil ise, o kişinin kusurlu davranmış olduğundan söz edilir. Kusur göreceli bir kavramdır, söz konusu sözleşmede edimin ifası olarak somut olarak gerekli olanları yapmayan borçlunun kusurlu olduğu söylenir. Zarar veren şahsın içinde bulunduğu durum incelenir, değerlendirmeye tabi tutulur, kusurlu olduğu kanaatine varılırsa sorumluluğu ortaya çıkar, tazmin ettirici veya cezai yaptırım uygulanır. *Culpa tenet suum autorem*=kusur, kusurlu davrananı sorumlu kılar. Ancak D.50,17,50'de Paulus, *culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest*=durumu bildiği halde engelleyemeyen kimse kusurlu sayılmaz, demek suretiyle bir sınırlama yapmaktadır. Mesela bir haksız fiili gördüğü halde -korktuğu için- buna mani olmayan kimseye kusur izafesi doğru değildir[84].

Bu şekilde; bu kusurun az veya çok, büyük veya küçük, olması mümkündür. Meselâ, bir kitabı okumak için kullanım ödüncü (âriyet) alan kimse, onu satmış, parasını harcamış ve bunun için iade edemiyorsa, kusuru ağırdır. Çaldırmış olduğu için geri veremiyorsa, kusuru hafiftir. Bu sebeple, kusurun ağır veya hafif olmasına göre dereceleri var. Ağırlık derecesine göre, kusur özellikle "kasıt" ve "ihmal" şeklinde ayrılır.

Derecelenmenin önemi şuradadır: Borçlu, hafif olan kusur halinde de sorumlu tutulacak mı, yoksa, sorumlu tutulabilmesi için, kusurun ağır olması mı lâzım gelecektir? Göreceğiz ki, borçlu, normal olarak hafif kusur halinde de sorumlu tutulur, fakat bazı hallerde, sadece ağır olan kusurundan sorumlu tutulması mümkündür[85].

Malvarlığı zarar gören kimsenin kendisi bu zararda bizzat kusurlu ise, bu zarara kendisi katlanacaktır. Bu zararı başkasına yüklemek imkânı yoktur.

Bunu D.50,17,203'te Pomponius "kendi kusuruyla zarara uğramış olan kimse zarar görmüş sayılmaz" demek suretiyle ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle zarar görene karşı sorumlu tutulabilecek hiç kimse yoksa, herkes malvarlığındaki azalmaya katlanmak zorundadır. (*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*=Kendi kusuru neticesinde zarar görmüş olanın kaybı zarar olarak görülmez). Yine zarar tesadüfi, beklenmedik bir hal, bir kaza sonucu olmuşsa, bu zarara malvarlığında azalma olan mâlik, kendisi katlanmalıdır (*casum sentit dominus*=beklenmedik halden mâlik etkilenir)[86]. Haklı savunma, meşru müdafaada (*defensio necesseraria*) zarar verenin tazminat borcu doğmaz TBK m.64/1; TCK m.25/1.

Romalılar sorumluluğun esas itibarıyla subjektif bir unsuru olan kusur kavramını karşılamak için *culpa* kelimesini kullanırlardı. Geniş anlamıyla kusur kavramına kasıt (*dolus*) ve ihmal (dar anlamıyla *culpa*) girmektedir[87].

1. Kasıt (Dolus)

Bu terim haksız, kötü davranışı ifade etmektedir. Bu kelimenin latincesi *dolus*, haksız fiillerde hile anlamına gelmektedir; burada ise kasıt demektir. Latincede "kötü niyeti" ifade eder (*Bona fides*'in, iyiniyetin, dürüstlüğün zıddı).

Kasıt, borçlunun, borcunu ifa etmemek için, bilerek ve isteyerek, hukuka aykırı, haksız şekilde hareket etmesi, zarar verici belli bir sonucu istemesidir. Meselâ bir kimse, kasabaya gitmek için aldığı (âriyet akti), dolayısıyla başkasına ait olduğunu bildiği bir atı, onu geri verilemeyecek hale getirmek için bilerek ve isteyerek öldürürse, kasıt vardır. Satıcı, sattığı malı teslim etmemek için, malı bozar veya kırarsa, kastı vardır. Kötülük etme niyeti olmasa bile, alacaklısına zarar vereceğini bile bile hareket eden kimsenin kastı olduğu söylenir.

Eğer borçlu, isteyerek borcun ifasını imkânsız hale getiriyor veya bilerek kötü şekilde ifa ediyorsa, kasıttan sorumludur. Meselâ, vedia alan geri vermeden önce kendisine emanet edilen malı bilerek tahrip ederse kasıtla hareket etmiştir. Veya müvekkilin parasını bankaya yatıracak olan vekil onu iflas tehlikesindeki bir arkadaşına verirse hileli bir şekilde hareket etmiştir[88].

Bir kimse borç aldığı parayı geri vermezse, âriyet alan, aldığı sofra takımını geri vermek istemezse veya bunu satarsa, kiraladığı bisikleti satıp teslim ederse, âriyet aldığı atı aç bırakarak ölmesine sebep olursa, ya da bir kimse başkasının hayvanını veya kölesini çalar, öldürür veya yaralarsa, başkasına küfür ederse, komşusunun bahçesindeki ağaçları keserse, kapısını veya camını kırarsa… Bütün bu hallerde Roma Hukukuna göre, *dolus*, kasıt söz konusudur.

Kasıtlı hareketler toplum düzenini, kamu barışını bozduğundan mutlaka yaptırımla karşılaşır. Zaten; borçlu kastından her zaman sorumludur. Bu, akit ile bertaraf edilemeyen emredici bir ilkedir[89]. Kasıt halinde sorumlu olunmayacağına dair yapılan her anlaşma ahlâka ve dürüstlüğe (iyiniyete) aykırıdır ve bu nedenle geçersizdir (krş. TBK m. 115/1) [90]. *Dolus* zamanla hile de dahil olmak üzere dürüstlüğe aykırı her türlü davranışı içermeye başlamıştır.

Dolus eventualis (ihtimalî kasıt) denilen durumda fail neticeyi istememekle beraber[91], bu neticenin de doğabileceğini göze alarak hareket etmektedir; toplanan kişileri korkutmak için havaya ateş eden hırsız balkonda çamaşır asan bir kadını vuruyor.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 8.7.1966 tarihli bir kararında “kasıt, hukuka aykırı bir sonucun doğmasını düşünme ve isteme olarak gerçekleşmelidir” demektedir[92].

Kastın varlığını kabul için, hukuka aykırı sonucun istenilmiş olması yeter. Fiilin doğuracağı diğer sonuçların da, meselâ, zararın da istenilmiş olması kural olarak aranmaz. Tek istisnası TBK.m.49/2’de yer alır. Bu fıkraya göre; zarar da istenilmiş olmalıdır. Bir kimseyi, ahlâka aykırı olarak, bilerek zarara uğratan kişi, bu zararı tazminle yükümlüdür.

Eğer, borçlu, başlıca borçları olan *dare* (vermek) ve *facere* (yapmak) borçlarını ifa etmiyorsa veya kötü bir şekilde ifa ediyorsa, akitten doğan sorumluluk borcu oluşmaktadır. İfa borcu; dürüstlük (iyiniyet) ilkesine de bağlıydı. Bu ilke başlıca borçların sadece kapsamını belirlemiyor, fakat borçlu tarafın kendisine yüklenebilecek zararların kıstaslarını da belirlemeye yarıyordu. Bu dürüstlük kuralına göre borçlu kasıt veya ihmal hallerinde *praestare* borcundan sorumlu tutuluyordu[93].

2. İhmal (Culpa)

İhmal, dar anlamda (*culpa*) özensizliği, dikkatsizliği, tedbirsizliği ifade eder. Kişi kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermemişse, gerekli tedbirleri almamışsa ihmal vardır. Borçlu yanlış hareket etmemeğe, hareketinin muhtemel kötü, zarar verici sonuçlarını hesaba katmağa, bunlardan kaçınmağa mecburdur.

Kanunlarımızda çeşitli tâbirler vardır. İhmâl, teseyyüp, (özensizlik), dikkatsizlik, tedbirsizlik, ağır kusur, bazen kusur (Ceza Hukukunda bu kavram için taksir terimi kullanılmaktadır).

İhmal halinde, bir haksızlık, hukuka aykırılık niyeti ve kastı yoktur. Fakat yeteri kadar dikkat ve itina gösterilmemiş, haksız sonucun meydana gelmesini önlemek için gerekli önlem ve özen sarfedilmemiştir. Meselâ, borçlu bir düğünde takmak (yani kullanmak) için (âriyet olarak), aldığı mücevheri kaybetmiştir veya arkadaşı ile oynamak için aldığı satranç takımına yeteri kadar dikkat etmemiş, taşınırken kaybetmiş yahut çalınmasına fırsat vermiştir veya iade etmek için götürürken vapurda unutmuş veya kaybetmiştir. Âriyet aldığı ata yem vermeği unutan, vedia aldığı kıymetli malı kilitli kasada muhafaza etmeyen, sattığı atı otlatmak üzere vahşi hayvanların bulunduğu ormanın yakınına bağlayan, ameliyat ettiği kişiye ameliyat sonrası gerekli bakımı göstermeyen kimsenin ihmalkar davrandığı söylenir[94]. Kullanmak için aldığı malın geri verilmesi imkânsızlaşmıştır. Yani yeteri kadar dikkat ve itina göstermemiş, hukuka aykırı neticenin, zararın meydana gelmesini önlemek için gereken tedbirler alınmamıştır, ortada bir ihmal vardır. Dikkatli bir kimse tarafından önlenmesi mümkün olan önlenmemiştir.

Kelimenin Romalı anlamıyla; ihmal, ifanın imkânsızlığını veya kötü ifayı oluşturabilecek, her türlü kınanabilecek davranışı ifade etmektedir. Bu sebeple, eğer bir zarara yol açıyorsa, borçlu yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Ancak, bilerek, isteyerek davranış (kasıtla) hareket edenlerden farklı olarak, borçlu; doğrudan doğruya zararlı sonucu istemeden, dikkatsiz (ihmalle) davranmış olabilir. Bu şekilde ihmal çeşitli şekiller almaktadır. Zira, borçlunun somut olaylarda göstermek istediği dikkat, akitlerin niteliğine göre farklılaşabilir. *Praestare*, başlıca borçlar ve bunların sonuçlarıyla belirlenen yükümlülüklere bağlı idi.

Klasik devirden itibaren *culpa* (kusur) kavramı normal sorumluluğun ölçütü, akdî sorumluluğun hukukî yapısının temel taşıdır[95].

TBK. m. 114/1 ‘deki “Borçlu, genel olarak, her türlü kusurdan sorumludur” şeklinde ifade bir tür özet vermektedir ve örtülü olarak, farklı türde ihmal çeşitleri olduğunu belirtmektedir. İhmale dayanan tipik hareket dikkatsizlik veya değişik bir şekli olan tedbirsizlikle ortaya çıkabilir. Bu sorumluluk kriteri hiçbir teknik veya mesleki niteliği olmayan ifalara özgüdür ve borçluyu özenle hareket etmek ve kayıtsızlığından sorumlu olmak borcu altına sokar.

Bu genel ihmal tipinin yanında, aynı nitelikte özel bir kriter de bulunur: Mesleğine ilişkin olarak bir akit yapan ve teknik nitelikteki bir edimin borçlusu, ifasının teknik eksikliklerinden sorumludur. İfanın teknik gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Gerekli bilgilere sahip olması veya bu bilgileri dürüstlüğe aykırı şekilde kullanmaması, aşırı aceleciliği veya kayıtsızlığı olmaması gerekir. Bu konuda hukukçular yeteneği bulunmamaktan söz ederler ve borçlunun yetenekli olmakla (*imperitiam praestare*) yükümlü olduğunu kabul ederler[96].

Celsus, *Digesta*‘larının sekizinci kitabında, acemiliğin, yeteneksizliğin de bir ihmal olarak kabul edilmesi gerektiğini yazmıştır:

Eğer bir kimse sürüyü otlatmak için veya elbiseleri örmek veya çamaşırları yıkamak için istisna akti (*locatio conductio operis*) yapmışsa, ihmalinden sorumludur. Mahareti olmadan (acemice) iş yapmak bir ihmal teşkil eder. Zira; söz konusu akti bu işleri, o konuda yetenekli bir kişi olarak yapmıştır[97].

İhmal, borçlunun bir anlaşmada öngörülen veya kamu makamının gerektirdiği özel durumlara ve belirli bir şekilde davranılmasını gerektiren kurallara aykırı davranışlarından da oluşabilir[98].

Bu konuda, Digesta’dan şu örnek de verilebilir:

Bir kimse, taşınacak yüklerin azamî ağırlığını belirleyerek katırları kiraya vermiştir. Kiracı ise, fazla yükle katırların ölümüne sebebiyet vermiştir. Kiraya veren hangi davayı açabileceği konusunda Alfenus’a danıştı. Hukukçu, *Aquilia* kanununa göre veya kira aktine göre dava açabileceği cevabını verdi[99].

Kasıtta hukuka aykırı davranma bilinci olduğu halde, ihmalde böyle istek ve bilinç yoktur, ancak zararın meydana gelmemesi için yeterli dikkat gösterilmemiş, tedbirlere başvurulmamıştır. Özensizlik, tedbir eksikliği (*negligentia*) söz konusudur. D.9,2,31’de Paulus, dikkatli ve tedbirli bir kişinin tarafından öngörülmesi mümkün zarar önlenmemişse, ihmalin

mevcut olduğunu söylemektedir. Bu metinde ağaç budayan kişinin aşağıya attığı dallarla oradan geçen birinin yaralanması halinde, atanın, orada bir yol olmaması durumunda sorumlu tutulamayacağına, çünkü orada birisinin geçeceğini öngörmesinin gerekmediğine işaret edilmektedir[100].

Dolus kelimesi belirli bir hareket biçiminin ve irade yönünün var olup, olmamasını ifade ettiği halde *culpa*, ihmalin çeşitli derecelerini ifade etmektedir. Meselâ, giymek için alınan palto (âriyet) sinemada unutulmuş veya film arasında koltukta bırakılıp dışarı çıkıldığı için çaldırılmış veya kapı açık olduğu halde, evin girişine bırakılmıştır. Bütün bu hallerde, ihmal vardır, fakat ağırlık dereceleri farklıdır. Iustinianus hukukunda ihmal, *culpa* iki dereceye ayrılmıştır: Ağır ihmal ve hafif ihmal. Bu ayrım modern hukuk doktrini ve mevzuat tarafından da kabul edilmiş bulunmaktadır.

A) Ağır İhmal (Culpa Lata):

Ağır ihmali daha hafif ihmal hallerinden ayıracak kesin bir ölçü yoktur. Bununla beraber, ağır ihmalden maksat, herkesin anladığını anlamamak, herkesin bildiği ve yaptığı şeyi bilmemek ve yapmamak, yani herhangi bir kimsenin alacağı bir tedbiri almayı düşünmemektir[101]. Meselâ, kiralanmış bir bisikleti meydanda bırakıp sinemaya gitmek. Bisikletin orada kaybolması ihtimalinin yüksek olduğunu herkes bilir.

Ağır ihmal, açıklanamaz, affedilemez bir düşüncesizliktir. Dikkatsiz, hatta ihmalkâr bir kişinin yapmayacağı hatadır. O kadar ağırdır ki, sanki *bilerek* yapılmıştır. Ancak, irade unsuru (akti ihlâl etmek veya haksız fiili veya suçu işlemek) bulunmadığından ağır ihmal, kasıttan ayrılır. Bununla birlikte sonuçları benzetilir. Bu benzetme, kolayca açıklanabilir: Borçlunun, “bilerek yapmadığını” ileri sürerek, ağır ihmalden dolayı mahkûmiyetten kurtulması hukuk güvenliğine aykırı olacaktır. Bu güvenlik sebebinin yanında; en küçük bir dikkatin önleyebileceği bir ağır ihmal derecesine müeyyide getirmemek haklı gösterilemezdi[102].

Ameliyatlı hastaya gerektiği anda lüzumlu ilacı vermeyen, hasta köleyi zamanında tedavi ettirmeyen, ameliyatta gerekli tedbirleri almayan kişinin ağır ihmali söz konusu olur. Herkes tarafından daha ilk algılandığı zaman, “böyle bir şeyi nasıl yaptı?” tepkisiyle karşılaşan kimsenin ağır ihmali vardır. Gaius D.44,7,1,15’de -üzerinde *interpolatio* olduğu genellikle kabul

edilen bir metinde- ağır ihmalin (*neglentia culpa*)- kasta eşit olduğunu belirtmektedir.

Bu şekilde, Romalı hukukçular hafif ihmali ağır ihmalden ayırmışlar ve ağır ihmali, kastın belirli bir haline benzetmişlerdir. Ağır ihmal (*culpa lata*) lustinianus hukukunda kasıt (*dolus*) hükümlerine tâbi tutulmuş, eşit ağırlıkta kabul edilmiştir[103].

Bu durum D.50,16,226'da *magna culpa dolus est*=ağır ihmal kasıttır, şeklinde ifade edilmiştir. Klasik devirde sadece kasıttan sorumlu olan vedia veya *precarium* alan (bkz. D.50,17,23, Gai 4,47'deki vediadan doğan davanın formula'sı) Iustinianus döneminde ağır ihmalden de sorumlu olmuşlardır[104].

Bu kural, modern hukukta da geçerlidir. Bu ilke, BK.da da yaşamaktadır: TBK. m. 115/1'de kasıt ve ağır ihmal eşit derecede sayılmıştır. Bu maddeye göre borçlunun ağır kusurundan (kasıt veya ağır ihmalinden) ileri gelen sorumluluktan kurtulacağı konusunda, önceden yapılan her anlaşma geçersizdir.

Ağır kusur (ağır ihmal), bir Federal Mahkeme kararında (27.11.1962) hal ve şartların veya bir sözleşmenin getirdiği özenli davranma vecibesi bulunmasına karşılık kişinin tam bir kayıtsızlık içinde davranması olarak ifade edilmiştir. Ağır ihmal halinde olağanüstü dikkatsizlik ve tedbirsizlik mevcuttur[105].

Ağır ihmal, Federal Mahkemenin devamlı kullandığı formüle göre; her makûl insanın aynı durum ve şartlar altında gerekli sayacağı en basit tedbirlerin alınmaması veya dikkatin gösterilmemesidir.

Kamu Hukukunda da, taksirin (Ceza Hukukunda ihmalin karşılığı) belirli halleri, ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmiştir ve belirtildiği gibi, 5237 sayılı TCK.'nın 22/2 maddesi şu şekildedir:

Kişinin (failin) öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte bir oranında artırılır.

Bununla beraber Ceza hukukunda ağır ihmal kavramı, kasta eşit tutulmamıştır. Nitekim D.48,8,7'de bu durum *lex Cornelia* ile ilgili olmak üzere açık bir şekilde açıklanmaktadır[106].

B) Hafif İhmal (Culpa Levİs):

Hafif ihmal (*culpa levis*) ise, dikkatli bir insanın da gösterebileceği tedbirsizlik halidir. Normal seviyede dikkatli bir insanın alacağı tedbiri almamak; muhafaza etmek için alınmış bir bisikleti (vedia akti) kapalı bahçe içinde bırakmak veyahut apartmanın antresinde bırakmak. Daha özenli davranılabilirdi.

Bu iki çeşit ihmal arasındaki sınırı tespit etmek nazik bir iştir. Yerine ve şartlara göre değerlendirmek lâzımdır.

Belirli bir davranışın ağır ihmal mi yoksa hafif ihmâl mi kabul edilmesi gerektiği tamamen takdiri bir meseledir. Bu hususta, düzenli, dürüst orta zekâda, yükümlülüklerinin bilincinde ve dikkatli bir kimsenin hareket tarzı soyut bir ölçü olarak kullanılır. Eğer tedbirli ve dikkatli bir kimsenin bu gibi hallerde göstereceği dikkat ve itina gösterilmemiş ise, ihmal vardır. Özellikle hafif ihmalin bulunup bulunmadığını belirlemek için bazı ölçütlere başvurulur. Hafif ihmalden doğan sorumluluğun derecesini tayin eden iki kıstas vardır:

Çoğu kez bu kıstas, soyut olarak "dürüst bir insanın, iyi bir aile reisinin özeni" (*diligentia bonus pater familias*) şeklinde ifade olunur. İyi bir aile reisi, namuslu, dikkatli, dürüst, iyi bir vatandaş tipidir ve onun gösterdiği özeni göstermiş olan kimsenin ihmali olmadığı söylenir. Romalılar, genellikle iyi bir aile reisinin, kişisel malvarlığı olan ve kendi işlerini idare eden tedbirli ve bağımsız bir Roma vatandaşının, davranışlarında göstermesi gereken her zamanki dikkat ve özeni bu hususta kıstas olarak kabul ederlerdi. Bu kıstasa göre hareket edilmemişse, ortada bir ihmal vardır. Bu, objektif bir kıstastır; iyi bir aile reisi, dürüst, namuslu bir insanı temsil eden soyut anlamda alınmış bir "model"dir.

Kusurlu bir davranışın hangi kusur derecesine girdiği somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından belirlenir. Uzaktan gökgürültülerinin duyulduğu, şimşeklerin çaktığı bir havada, âriyet aldığı atı otlatmak üzere çayıra çıkaran kişinin en azından hafif ihmali vardır[107].

Soyut kusurdaki (*culpa in abstracto*) bu kıstas, model bir aile reisidir (*bonus pater familias*). Bu model; ne bir dehâ, ne bir aptal, ne bir pısırık, ne bir dengesiz, ne bir Harpagon[108], ne bir müsrif, ne bir savurgan, ne de bir *Crésus*[109]'tur. Kısaca; işlerini gerektiği gibi idare eden, paranın değerini, ne güçlükle kazanıldığını bilen, tedbirli ve düzenli bir hayatı olan orta halli bir Romalıdır[110].

Bununla birlikte, bazı hallerde Romalılar ihmalin mevcut olup olmadığını anlamak için soyut bir kıstas değil, fakat somut bir kıstas kullanırlardı. Söz konusu kimsenin kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve ihtimama bakılırdı (*diligentia quam suis adhibere soleti*). Bu dürüst bir aile reisinin (*bonus pater familias*) göstereceği gibi objektif bir ölçü değildir, aksine sübjektif ve göreceli bir ölçüdür. Bu; borçlunun kendi işlerinde, her zaman gösterdiği dikkat ve özendir. Bu son halde, söz konusu olan somut, kişisel bir ihmaldir, soyut bir ihmal değildir.

Borçlunun ihmalinin olup olmadığını anlamak için, bizzat kendi işlerindeki hareket tarzına bakılmaktadır. Eğer, normal olarak kendi işlerinde gösterdiği özeni, alacaklısı için de göstermişse, ihmalinin olmadığı, kabul edilir. Burada bizzat, borçlunun kişisel davranışları, ölçü olarak alınmış olduğu için, eğer çok dikkatli bir kimse ise, borcun ifasında da öyle olmalıdır; değilse, kendi işlerindeki özeni göstermiş olması yeterlidir.

Bu kıstas diğerine göre daha hafif, borçlunun lehine bir ölçüdür: İhmale düşmemek için normal bir şekilde hareket etmesi kâfidir. Halbuki diğerinde, kendisi ihmalkâr olsa bile, başkasının işlerinde dürüst bir kişi olarak (iyi bir aile reisi gibi) hareket etmelidir[111].

Müşterek Hukuk doktrini de, klâsik devri sonrası şerhlere (kısa notlara, açıklamalara, *glossa*'lara) veya Digesta'daki lustinianus *interpolatio*'larına dayanılarak borçların ifasında gösterilecek özen, ihtimam (*diligentia quam in suis*) kavramını geliştirmiştir.

Kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen, daha çok, uygulama alanını, muhafaza edilmesi, saklanması için bırakılan mal (saklama sözleşmesi, vedia, *depositum*) konusunda bulmuştur[112]

Kişinin kendi işinde gösterdiği özen (*diligentia quam in suis*), kavramı ile, modern hukukta da ortakların davranışlarını düzenleyen adi ortaklık (şirket) sözleşmesinde karşılaşılır:

TBK. m.628/1: Her ortak, ortaklık (şirket) işlerinde, kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özeni göstermekle yükümlüdür.

Borçlunun sorumluluğunun ölçüsü, işin özel niteliğine göre, geniş veya dar olabilir: özellikle iş, borçlu için yararlı değilse, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.

Romalı hukukçulara göre, borçlunun sorumluluğu, borç ilişkisinden istifadesi, yararı olduğu zaman, yararı olmadığı ilişkiye göre daha ağır

olmalıdır (fayda ve menfaat, *utilitas* ilkesi). Bu sebeple, kullanma ödüncü ile (âriyet) aldığı malı kullandığı için menfaati olan âriyet alanın sorumluluğu, saklama ödüncü (vedia) ile, malı ücretsiz olarak, yalnız muhafaza etmek yükümlülüğü altına girmiş olan vedia alanınkinden daha ağırdır: Aldığı malı kullanan âriyet alan bütün kusurlarından (*omnis culpa*): kasıt, ağır ihmal ve hafif ihmal sorumludur. Buna karşılık vedia alan, istisnaî hallerde borç altına girdiği gibi, sorumluluğu da hafifti. Aldığı malı ücretsiz saklamak yükümlülüğünde olan vedia alan sadece kastından (ağır ihmalin kasta eşit sayıldığı Iustinianus hukukunda ağır ihmalinden de) sorumludur[113].

Akitlerde dürüstlük kuralı uygulandığından, her iki taraf, hukukî ilişkiden bir yarar sağladığı zaman, bütün kusurlarından sorumludur, ancak eğer, işten sadece bir tarafın yararı varsa, diğer taraf, sadece kasıttan sorumludur.

Buna rağmen Iustinianus hukuku, yarar prensibi mutlak olarak uygulamamıştır. Roma'da daima ücretsiz olan vekâlet akdinde vekil, vekâletsiz iş idaresinde işgören[114] ve vesayette vasi ihmallerinden de sorumlu tutulmuştu[115]. Buna karşılık alım satım, kira akitlerinde olduğu gibi her iki tarafın da sözleşmeden yararı (*utriusque contrahentis utilitas*) varsa, tüm kusurlarından sorumluydular[116].

Borçlu, Iustinianus hukukunda bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumludur. Yani borçlu, kast (*dolus*), ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmalden (*culpa levis*) sorumludur.

Modern hukukumuzda, hukukî ilişkiden menfaati olmayan bir malı bağışlayan, kasıt veya ağır ihmal (ağır dikkatsizlik) dışındaki hallerde bağışlamadan doğan zararlardan bağışlanana karşı sorumlu değildir. Bu ayrım, bir malı bağışlayanın da, ağır kusurundan (kasıt ve ağır ihmalden) sorumluluğunun söz konusu olduğu, TBK. m.294'te de dikkate alınmaktadır.

TBK. m.396'ya göre; işçi, kasıt veya ihmal veya dikkatsizlik ile işverene verdiği zararlardan, sorumlu olur. Buna karşılık, İş Hukukunun karakteri, işçinin ağır ihmal dışında, hafif ihmalinden sorumlu tutularak işverene tazminat ödemeye mahkûm edilmesi ile bağdaşmaz. Bu gelişim, en açık şekilde Fransız Hukukunda görülmüştür. Başlangıçta işçinin makine, âlet ve hammadde üzerinde Fransız Medeni Kanunu 1137 gereğince dürüst bir kimse, iyi bir aile reisi sıfatı ile gereken ihtimamı göstermesi gerektiğini

belirtmekteydi. Fakat sonradan Fransız içtihadı, Borçlar hukukunun klâsik tazminat sistemini terk ederek, işçinin işverene karşı verdiği zarardan ancak kasıt ve ağır ihmali halinde sorumlu olacağını kabul etmiştir.

3. Çeşitli Borçlarda Sorumluluk Kıstasları:

Kusur sorumluluğu ilkesinin uygulanmasında, borçlu hangi kusur derecesinden sorumlu tutulacaktır? Ağır ihmalinden mi, hafif ihmalinden mi yoksa sadece kastından mı?

Genel kural, borçlunun, hafif ihmalinden de, yani derecesi ne olursa olsun, tüm kusur derecelerinden sorumlu tutulmasıdır (TBK. m.49; m.112). Fakat, bazı borçlarda sorumluluk ölçüsü daha yumuşak; diğer bazılarında ise, daha serttir. Bazı hallerde ise, borçlu kusurlu olmasa bile, sorumlu tutulabilir. Eğer borçlunun hafif ihmaline göz yumulur, sadece ağır ihmali veya kastı olduğu zaman sorumlu olduğu kabul edilirse, sorumluluğunun "hafif" olduğu, aksine hafif ihmali yüzünden dahi sorumlu tutulursa, sorumluluğunun ağır olduğu anlaşılır. Eğer kusuru yok iken bile sorumlu tutulursa, sorumluluğu "çok ağır" olur.

Klâsik devirde sorumluluk ilkesi objektif olduğundan, yani borçlu, kusuru olmasa bile ifa edemediği borcun zararını tazmin etmekle yükümlü bulunduğundan sorumluluk derecesi çok ağırdı. Iustinianus hukukunda ise, hiç olmazsa hafif ihmali olması arandığından, sorumluluk derecesi daha hafif idi.

Tüm kusur derecelerinden (*omnis culpa*) sorumluluğun Iustinianus hukukunda bazı sözleşmelerin arzettiği özellik nedeniyle yeniden gözden geçirildiği görülmektedir[117].

Taraflarca tesis edilmesi mümkün olan bütün borç ilişkilerindeki sorumluluk ölçüsünü, önceden tâyin etmek, imkânsızdır. Onun için, borçlunun, borç ilişkisindeki durumuna bakılır, yukarıda belirtildiği gibi meselâ, fayda ve menfaat (*utilitas*) ilkesi, göz önünde tutulurdu: Roma Hukukunda sorumluluk konusunda "fayda veya menfaat" şeklindeki bir ölçü de uygulanmıştır. Bu ilkeye göre, borçlunun sorumluluğu, borç ilişkisindeki menfaati dikkate alınarak tayin edilir. Yani borçlunun sorumluluğu, borç ilişkisinden istifadesi olduğu zaman, istifadesi olmadığı zamana göre, daha ağır olmalıdır.

Fayda ve menfaat ilkesine göre, genellikle, borç ilişkilerinde menfaati olan kimsenin sorumluluğu ağırdır; yani, hafif ihmalinden de sorumlu

olması istenirdi. Meselâ, vedia alan, malı ücretsiz olarak muhafaza edeceğinden bir menfaati yoktur. Mala bir zarar gelirse bakılır; eğer kastı veya ağır ihmali varsa, sorumlu tutulur. Halbuki âriyet aktinde, malı alıp, ücret ödemeden kullananın menfaati vardır; bu itibarla sorumluluğu ağırdır. Yani mala gelen zarara, hafif ihmali ile de sebep olmuşsa, sorumlu tutulur; hatta klâsik devirde, kusurlu olup olmadığına bile bakılmadan tazminatla yükümlü olurdu.

TBK. m. 114 ile Borçlar Hukukumuz menfaat ilkesini kabul etmektedir: Borçlu, genel olarak, her türlü kusurundan sorumludur. Bu sorumluluğun kapsamı işin özel niteliğine göre değişebilir: özellikle işin borçluya faydası az ise, sorumluluk daha az şiddetle değerlendirilir.

Yine TBK m. 294 bağışlayanın sadece kastından ve ağır ihmalinden sorumlu olduğunu düzenlemektedir.

Ancak, bu ilkenin uygulanması mutlak değildir. Meselâ, Roma hukukunda, vekâlet akti (*mandatum*), ücretsiz olduğundan, işi görenin, vekilin menfaati olmamasına rağmen sorumluluğu ağırdır (vekil hafif kusurundan da sorumludur).

Bu ilke, istifadesi olan borçludan daha fazla dikkat ve itina, özen beklenebileceği düşüncesine dayanmaktadır. Bu şekilde: işi için bir yere gidip gelmek amacıyla, ücretsiz, kullanma ödüncü olarak (âriyet) aldığı otomobilden yararlanan kimsenin bu akti yapmakta menfaati olduğu açıktır. Akit onun menfaatine yapılmıştır. Dolayısıyla sorumluluğunun da ağır olması gerekir. Halbuki, söz konusu otomobil sadece muhafaza edilmek için alınsa, yani vedia akti yapılsaydı, sorumluluğu daha hafif olacaktı. Bu otomobili muhafaza, saklamak için (depositum) alması durumunda sadece kasıt ve ağır ihmalden sorumlu tutulacaktı. Kullanmak için, âriyet olarak aldığı durumda ise, hafif ihmallerinden ve hatta klâsik hukuka göre, bazı beklenmedik olaylardan da sorumlu tutulmaktaydı.

Bir malı âriyet olarak alan borçlu, bunları iade edemiyorsa, Iustinianus hukukunda bütün kusurlarından sorumludur. Yani kastından, ağır ve hafif ihmalinden sorumludur. Aldığı mala, dürüst bir kişinin (iyi bir aile reisinin) gösterdiği dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür, fakat beklenmedik olaylardan meydana gelen zarardan sorumlu tutulmazdı. *Bonus pata familias*, işlerini kendisi idare eden tedbirli ve bağımsız bir vatandaş, dürüst bir insan olarak anlaşılmaktadır. İngilizler, makul bir insanın özeninden söz ederler[118]. Borçlu ilke olarak, bütün kusurlarından, yani kastından, ağır ve hafif ihmallerinden sorumludur.

Çeşitli borç ilişkilerine göre ve genellikle fayda ve menfaat ilkesine göre, kusur sorumluluğunun dereceleri aşağıdaki şekilde ayrılır:

A) Kasıt (Dolus) Dolayısı İle Sorumluluk

Bir borçlunun, borcunu ödememek hususunda kastı varsa, sorumlu tutulması gerekir. Bu, kanunun emredici bir hükmüdür, istisnası yoktur. "(TBK. m.115/1): Ağır kusur (*dolus*: kasıt, *culpa lata*; ağır ihmal) halinde ileri gelen sorumluluktan borçlunun kurtulacağı konusunda önceden yapılan her anlaşma, hükümsüzdür"[119]. Yani, tarafların, akti yaparken, ileride, borçlunun kastından sorumlu tutulmaması hususunda yapacakları anlaşmalar geçerli değildir: Böyle bir anlaşma, ahlâka ve dürüstlüğe aykırıdır. Bilerek hukuka aykırı bir harekete, taraflar razı olsa bile, hukuk düzenlemesi izin vermez. Bu sağlam bir temeldir[120].

Bu maddede, ayrıca, ağır ihmal, kasta eşit tutulmaktadır. Bu, Iustinianus hukukunun kabul ettiği bir ilkeydi: Hiç kimsenin davranamayacağı kadar ağır bir ihmalle hareket etmek, kasıtlı hareket etmekten farksız sayılmıştı[121].

B) İhmal (Culpa) Dolayısı İle Sorumluluk

İhmal halinde sorumluluğu, kanunumuz, emredici hüküm olarak değil, genel ilke olarak kabul etmektedir. Yani, ağır ihmal (*culpa lata*) dışında tarafların aksine anlaşma yapabilecekleri bir "yedek" kuraldır (TBK. m. 114)[122].

Hafif ihmal dolayısı ile sorumlu olmak demek, her hangi bir kusur, yani, hafif ihmali varsa, borçlu sorumlu olacak demektir (*omnis culpaz*=her hangi bir kusur); ihmali olup olmadığı da, dürüst bir insan (iyi bir aile reisi) gibi hareket edip etmediğine göre tayin edilecektir (*diligentia bonus pater familias*).

Genel ilke bu olmakla beraber, Roma'da olduğu gibi, hukukumuzda da, bazen, sorumluluk hafifletilir. İşaret edildiği gibi, borçlu menfaatinin olmadığı bazı hukukî ilişkilerde, yalnız ağır ihmal ve kastından sorumlu tutulur, bazı hallerde de, dürüst bir kişi (iyi bir aile reisi) (*bonus pater*

familias) ölçüsü yerine, daha hafif olarak, kendi işlerinde gösterdiği ihtimam (*diligentia quam suis...*) ölçütü uygulanır.

Somut, ferdileşmiş bir hareket tarzını (*culpa in concreto*) esas alan bu ölçüt uygulanınca kendi işlerinde savruk, dikkatsiz ve özensiz olan bu borçlu alacaklıya karşı sorumlu olmaktan kurtulmaktadır[123]. Bu ölçüt, vasinin vesayeti altındaki küçüğün mallarını idaresinde[124], kocanın karısının evliliğe getirdiği cihazın idaresinde[125], müşterek maliklerinin birbirlerine karşı olan ilişkilerinde (D.10,2,25,16) uygulanmaktaydı.

Meselâ, daha önce işaret edildiği gibi, şirket (*societas*) aktindeki bu sorumluluk ölçüsü uygulanır[126]. TBK. m.628'de de aynı ölçüt kabul edilmiştir. Ortaklardan her biri, şirket işlerinde kendi kişisel işlerinde gösterdiği çaba ve özeni göstermek zorundadır.

Aynı ölçüt önceki TMK.'da düzenlenmiş ev reisinin kendisiyle aynı evde yaşayanların mallarının muhafazasında yer alıyordu: Kendi eşyasına karşı göstereceği aynı ihtimam, TMK m.368/2'de ise “ev başkanı, birlikte yaşayanların evdeki eşyasını özenle korumak ve güvenlik altında bulundurmakla yükümlüdür” şeklinde ağırlaştırılmıştır. Kendi işlerindeki özenin yerini, dikkatli bir kişinin davranışı (*bonus pater familias*) almıştır.

4- Borçlunun Davranışı Dışındaki Sebepler

A) Beklenmedik Olay (Casus Fortuitus)

Bu konudaki ana ilke beklenmedik hallerden kimsenin sorumlu olmayacağıdır (*casus a nullo praestatur*). Beklenmedik olay (*casus*) yükümlülük altında olana yüklenemeyecek bir durumdur[127].

Beklenmedik olaylar (*casus*), bir insanın kolaylıkla öngöremeyeceği ihtimaller demektir. Bir kimsenin, kusuru olmadan, beklemediği bir olay yüzünden borcunu ifa edememesi mümkündür. Meselâ, bir kimse, takmak için aldığı yüzük çalındığı için, yüzüğü iade edemiyorsa, ancak malın muhafazası için gerekli ihtimamı göstermişse dolayısıyla bir kusuru yoksa, sorumlu olacak mıdır?

Kusursuz sorumluluk, (objektif veya sonuç sorumluluğu) ilkesi uygulanıyorsa, sorumlu tutulacaktır. Kusura dayanan, (sübjektif sorumluluk) ilkesi uygulanıyorsa, kural olarak sorumlu değildir, fakat bazı

istisnaî hallerde sorumlu olacaktır. Bu gerek Iustinianus hukukunda, gerekse bizim hukukumuz, da kabul edilmektedir. Meselâ, otel, tatil köyü, garaj işletenlerin kusursuz sorumluluğu, gibi (TBK. m.576-579)[128].

Klâsik devirde, bu tür sorumluluk halleri çok fazla olduğundan, kusursuz sorumluluk ilkesinin hâkim olduğunu görüyoruz. Buna, Roma Hukuku kaynaklarında *custodia* (nezaret, gözetim) sorumluluğu da denmektedir.

Bu şekilde; borçlu, klâsik devirde, beklenmedik olaylardan da (*casus fortuitus*) sorumlu idi. Sorumluluğu, nezaret (*custodia*) sorumluluğu idi. Borçlu, beklenmedik hallerden, yani kendi kusuru olmadan meydana gelen zararlardan da sorumluydu. Bu görüşe göre, borçlu, âriyet aldığı gümüş sofra takımının özel ve devamlı bir nezaretle önlenmesi mümkün kaybından yani beklenmedik olaylardan da sorumluydu. Meselâ, âriyet alan hiçbir kusuru olmadığı halde, gümüş sofra takımının çalınmasından sorumludur. [Dolayısıyla, sofra takımını çalan hırsıza karşı hırsızlıktan doğan *actio furti*'yi (hırsızlık davasını) açabilir]. Hattâ, gümüş sofra takımı, borçlunun bir kusuru olmadan bir yangın veya gemi batması gibi beklenmedik bir olaydan telef olmuşsa veya devamlı tedbirle sofra takımını kurtarmak mümkün ise, borçlu klâsik devirde sorumlu tutuluyordu. Gaius, âriyet alanın sorumluluğunun ağırlığını, menfaatinin olmasıyla açıklamaktadır (zira olayda aldığı sofra takımını ücretsiz kullanacaktır). Ancak klâsik devirde kusursuz (objektif) sorumluluk ilkesi geçerli olduğu halde, Iustinianus hukukunda, bu görüşün yerini kusur sorumluluğu ilkesi almıştır[129].

Deniz taşımacılığında, armatörün aldığı para ödüncünden sorumluluğu Augustus devrinde, hukukçu Labeo'nun teklif ettiği bir def'i (*exceptio*) sayesinde biraz hafifletilmiştir. Bu def'i (*exceptio*) armatöre, zararın korsanlık veya geminin batması (*custodia*), beklenmedik hal sonucu meydana geldiğini ispat etmesi şartıyla, sorumluluktan kurtulmak imkanını sağlamıştır[130].

Nezaret (*custodia*) borcu, facere (yapmak) borçlarına özgü ek bir borçtu. Aktin konusu olan malı vermek veya iade etmek yükümlülüğü getiren aktin bazı tarafları, geri verilmesi için nezaret edilmesinden veya saklanmasından sorumlu değildi. Borçlunun, malın telef olmamasından yükümlü olduğu bir borçta malın muhafaza edilmesinden ibaretti. Yapmak (*facere*) borcu olarak kabul edilmemişti. Malı, zora dayanmayan hırsızlıktan (*furtum*) korumak zorundaydı, fakat gasptan (*rapina*) veya üçüncü kişi tarafından veya bir

hayvan tarafından tahrip edilmesinden sorumlu değildi. *Custodia* (nezaret) yükümlülüğünde borçlu, tüm hallerde malın telefinden tam olarak sorumlu idi.

Bu şekilde, malı tam bir özenle saklaması onu sorumluluktan kurtarmıyordu.

Praestare borçları olumsuz bir kıstasla sınırlamıştır. Hiç kimse ne beklenmedik halden, ne de mücbir sebepten sorumlu değildir. Gerçekten bu iki kavram *vis maior* ve *casus* (mücbir sebep, karşı konulamayan güç, beklenmedik hal ve öngörülemeyen olay) birbiriyle karışmaktadır ve zarara yol açan sonuçları farklı değildir. Bu hallerde borçludan bu tip olaylara karşı koyması beklenemezdi, zira nitelikleri, bunları kaçınılmaz bir hale getirmiştir.

Hiç kimse, kusur (*culpa*) söz konusu olmadan bir hayvanın uçuruma düşmesinden veya ölümünden, hiçbir nezaret gerektirmeyen kölelerin kaçmasından, silahlı soygundan, ayaklanmadan, yangından, su baskınından veya yağmacıların saldırısından sorumlu değildir[131].

Satılan, fakat devredilmeyen malın, satıcının kusuru olmadan telef olması, kiraya verilen tarlaları su basması, vedia olarak bırakılan malın, saklama sözleşmesi ile bırakılan malın (vedia), saklamak için alanın kusuru olmadan çalınması birer beklenmedik hal örneğidir[132].

Bir sözleşmede borçlunun hafif ihmal ve beklenmedik hallerden sorumlu olacağı veya olmayacağı geçerli bir şekilde kararlaştırılabilir. Aynı imkân TBK 114 ve 115'teki sınırlamalar çerçevesinde Türk hukukunda da mevcuttur[133].

B) Mücbir Sebep (Vis Maior)

Bununla beraber, bazı öngörülemeyen olaylardan dolayı sorumluluk, hiçbir zaman söz konusu olmaz. Bazı durumlarda, hiçbir insan gücüyle önlenemeyecek kadar kuvvetli, önüne geçilmez olaylarla karşılaşılır. Bunların borçlunun davranışları ile hiçbir ilgisi yoktur. Metinler, mücbir sebep örneklerini sıralamaktadır: Meselâ, deprem, sel baskını, bir binanın çökmesi, düşman işgali, isyan, iç savaş, yıldırım düşmesi, kasırga, geminin batması, soygun, korsanlık, hastalık, hayvanların doğal sebeple veya kaza sonucu ölmesi[134], büyük yangınlar. Bu gibi hallerde, mücbir sebep (*vis maior* = en büyük kuvvet) söz konusu olur. Bu hallerde, zarardan doğan

sorumluluğun borçluya yüklenmesine hiçbir suretle imkân yoktur. Borçlu sorumlu olmaz. Meselâ, âriyet alanın gümüş sofra takımı, deprem veya sel baskını yüzünden, borçlunun evinin yıkılması sonucu telef olmuşsa, borçlu hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz. Klâsik hukuk devrinde, nezaret (*custodia*) sorumluluğunun uygulandığı hallerde dahi bu gibi mücbir sebeplerden doğan zararlardan, borçlu sorumluluk altına girmezdi.

Beklenmedik hal, mücbir sebep ayrımı modern hayatta da sık sık karşımıza çıkar. Bu kavramlarla taşımacılık alanında da karşılaşılır[135].

Bununla birlikte; istisna olarak borçlunun mücbir sebepten veya beklenmedik halden sorumlu olması söz konusu olabilir. Meselâ, bir *dare* (vermek) borcunun borçlusu temerrüt halindeyse, bu kural yapma borçlarına da uygulanır. Eğer borçlu, kusurlu davranışı ile bir malı beklenmedik hal veya mücbir sebep sonucu telef olma tehlikesiyle karşı karşıya bırakmış ve mal telef olmuşsa.

Meselâ, kullanım ödüncü (âriyet) *commodatum* ile alınan bir atın, çiftlik yerine savaşa götürülmesi (Ulpianus, D. 13,6,5,7).

Eğer borcun ifası, borçlunun kusuru olmadan imkânsız hale gelmişse, Iustinianus hukukunda borçlu kural olarak sorumlu olmaz. Nezaret sorumluluğunda ise bazı beklenmedik olaylardan da sorumlu olur.

Bu kavramlar modern kanunlara da intikal etmiştir. TBK. m. 112'ye göre, borçlu borcun ifa edilmemesinin, beklenmedik olaydan ve mücbir sebepten ileri geldiğini ispat ederse, kusuru bulunmadığını ispat etmiş olur ve borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulmaz. (Burada, Iustinianus hukukundaki gibi sübjektif sorumluluk, kusur sorumluluğu ilkesini görüyoruz.)

Borçlar Kanunumuza göre beklenmedik hadise ve mücbir sebep, farklı kavramlar olmakla beraber, kusursuzluğun ispatı bakımından farkın önemi yoktur. Ancak, tarafların anlaşması veya kanun icabı, borçlunun fevkalâde halden de (beklenmeyen olaydan da) sorumlu olduğu ve borcun ifa edilmemesinin mücbir sebepten ileri geldiğini ispatla sorumluluktan kurtulabildiği hallerde, beklenmeyen olay ve mücbir sebep ayrımı önem taşır. TBK.m. 118/1 'e göre mütemerrit olan borçlu, borcun geç ödenmesinden dolayı zararı ödemekten başka kazara (beklenmedik olaydan) meydana gelen zarardan da sorumludur.

Açıklandığı gibi, beklenmeyen olay (*casus fortuitus*) borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcu ihlâl etmesine sebep olan olaydır.

Mücbir sebep (*vis maior*), borçlunun borcu ihlâl etmesine mutlak olarak kaçınılmaz şekilde sebep olan dış olaydır.

Görüldüğü gibi, mücbir sebep dış bir olay iken, beklenmedik hal için böyle bir şart aranmamaktadır. Meselâ, bir fabrikada kazan patlaması sonucu çıkan yangın ancak beklenmedik olay sayılıp, mücbir sebep teşkil etmez. Ama, yıldırım düşmesi sonucu, gerekli tedbirlerin alınmış olmasına rağmen (meselâ paratoner bulunması) çıkan yangın mücbir sebep teşkil eder.

Beklenmeyen olay, borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcun ihlaline yol açar. Mücbir sebepte, borcun ihlalinden kaçınamama, herkes için söz konusu olacak niteliktedir. Yani, beklenmeyen olay, borçlunun kendisinden beklenen tedbirleri almakla borcun ihlalini önleyemeyeceği bir olaydır. Mücbir sebep, hiç kimsenin alacağı tedbirlerle borcun ihlalini önleyemeyeceği (çoğu kez doğal) bir oluştur[136].

Mücbir sebep, beklenmedik olay ayrımı, belirtildiği gibi Karayollar Trafik Kanunu'nda da büyük önem taşır (m.85). İşletilen aracın dışında, beklenmeyen ve önüne geçilemeyen bir olay trafik kazasına yol açmışsa, meselâ bir deprem veya köprünün yıkılması, yıldırım düşmesi kazaya sebebiyet vermişse, zarar mücbir sebepten ileri gelmiş demektir. İşleten, zikredilen maddeye göre oluşan zararı tazmin etmekle yükümlü değildir. Buna karşılık, aracın lastiğinin patlaması, rotunun çıkması gibi teknik arızalardan (beklenmedik olaylardan) kaynaklanan zararlardan işleten tazminatla sorumludur[137].

Bununla beraber, beklenmedik olay ve mücbir sebep kavramları üzerinde, doktrin ve mahkeme içtihatlarında görüş birliği bulunduğu söylenemez.

TBK. m. 112'nin uygulanması açısından, beklenmedik olay ve mücbir sebep eşit durumdadır. Bunlardan söz konusu olan olaylar, doğal olaylar veya insanlara bağlı olan fiillerdir. Doğal olaylar içinden şunları örnek olarak gösterebiliriz. Olağanüstü yağan karın yolları kapatması, işletmenin çözülmesi ile sonuçlanan salgın hastalık (yalnız bu salgın hastalığın o yerde zaman zaman görülen ve dolayısıyla önceden tahmin olunabilir cinsten olmaması gerekir), su kuvveti ile çalışan bir fabrikanın suyun olağanüstü derecede alçalması sebebiyle işi tatil etmesi gibi. İnsana bağlı olaylara gelince, şunları örnek verebiliriz: Savaş, iç savaş, isyan, hükümetin koyduğu bir yasak.

Bu sebepten dolayıdır ki, şiddetli yağmur, sis, don olayı, buz tutması, fırtına veya göz kamaştıran güneş ışıkları gibi etkenler, mücbir sebep sayılmamaktadır.

Mücbir sebep işletme dışında meydana gelen bir olaydır. Olayın sebebi, hiçbir şekilde aracın işletilmesi olayı ile ilgili olmamaktadır. Bundan dolayı, trafik olaylarında şoförün ansızın ölmesi, uyuya kalması veya birden bire baygınlık geçirmesinin mücbir sebep sayılması mümkün değildir. Direksiyonun kırılması, rotun çıkması, farların bozulması, araçta bir yangın başlangıcı veya lastiğin patlaması mücbir sebep sayılamaz.

Eğer zarar görenin kusuru “aracın işletilmesi olgusu” ile “zarar” arasındaki sebep sonuç ilişkisini kesecek derecede bir yoğunluğa sahip bulunuyorsa, o zaman işleten sorumluluktan kurtulur. Bu sebeple, zarar görenin ağır taksirinde, işleten sorumluluktan kurtulur. Çeşitli kararlarında “ağır ihmal” kavramını ele alan Federal Mahkeme'ye göre, aynı durumda bulunan makul bir insanın aynı hal ve şartlar içinde aşikâr sayacağı en temel özen ve dikkatin gösterilmemesi “ağır ihmal” (faute grave) olarak nitelenmelidir.

Trafik hukuku açısından mücbir sebep olarak en sık rastlanan olaylar özellikle doğal olaylardır. Deprem, yıldırım düşmesi, yanardağı püskürmesi, toprak kayması, olağanüstü şiddetle kasırga, göktaşı düşmesi gibi durumlarda aracın işletmesi olayı ile zarar arasında sebep-sonuç bağı kesildiğinden, işletmenin sorumluluktan kurtulacağı muhakkaktır.

Kaya yuvarlanması halinde, bunun bir mücbir sebep teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Bir düşünceye göre mücbir sebep yoktur. Sadece beklenmedik olaydır. Bu konuda bir ayrım da yapılmaktadır: Kaza bir kayanın yuvarlanması sonucu meydana gelmişse, mücbir sebeptir. Buna karşı önceden yola yuvarlanmış bir kaya parçasının kazaya yol açması halinde, mücbir sebebin varlığı kabul edilmemelidir. Mücbir sebebin diğer bir niteliği de, olağanüstü bir özellik göstermesidir. Meselâ, beklenmeyen bir şekilde, ansızın ve büyük bir şiddetle patlama.

6. ZARAR KAVRAMI VE TAZMİN EDİLMESİ

I. Zararı Tazmin Borçlarının Sebepleri:

İnsanın hayatı boyunca zarara uğraması, yani iktisadî, manevî veya şahsî varlıkları bakımlarından bir azalmaya maruz kalması, hayatın normal akışında karşılaşılan olaylardandır. İnsanlar; başkalarının eylemleri, davranışları veya dikkatsizliği, tedbirsizliği, beceriksizliği, akılsızlığı, hukuk kurallarına aykırı hareketleri yahut tabiat olaylarından (fırtına, su baskını, şimşek), yangın, çeşitli hastalıklardan veya karışıklıklardan zarar görür. Bu hallerin çoğunda zarara kendisi katlanır (kumar oynaması, fırtınalı havada balığa çıkıp sandalın batması, topladığı zehirli mantarlardan zehirlenmesi v.s. gibi). Fakat zararı, üçüncü bir kişi, kusurlu bir hareketi ile meydana getirirse, malvarlığındaki azalmanın, zararların giderilmesi, malvarlığının zarardan önceki eski haline getirilmesi gerekir. Buna, zararın tazmini borcu denir. Hukuk düzenlemesi, (B)'yi (A)'nın zararını tazmin yükümlülüğünde tutarsa, (A) ile (B) arasında bir borç ilişkisi doğar ve (A) zararının tazminini isteyebilir.

Zararı tazmin borçlarının sebepleri çok çeşitlidir: Borçlunun borcunu yerine getirmemesi (akit), bir kişinin diğerine kasıt veya ihmalle zarar vermesi (haksız fiil) gibi. Borcun konusu ifa edilemiyorsa (meselâ verilecek mal telef olmuşsa) borçlunun kusuru olması şartıyla yerine değeri tazmin edilir. Âriyet, vedia veya rehin aldığı malı borçlu kaybetmiş veya satmışsa tazmin etme zorunda kalacaktır[138].

Bu şekilde, borçlu borcunu ifa edemediği ve sorumlu olduğu anlaşıldığı zaman, borcu, zararı tazmin borcu haline gelir. Meselâ, borçlu Tufan isimli yarış atını teslim etmek borcu aktinde iken, bu at borçlunun kusuru yüzünden atı, üçüncü kişiye satarak mülkiyetini devretmişse artık atı teslim ederek borcunu ifa etmek imkânı kalmamıştır; fakat, yükümlülüğünden de kurtulmamıştır (Borçlu kusur derecelerinde kasıtlı davranmıştır). Atı vermemekle alacaklısına sebep olduğu zararı tazmin etmek zorundadır.

Bazen, borcun konusu zaten bir tazminat borcu olabilir. Başka bazı hallerde ise, esas borç, tazminat borcu olmadığı halde, ifa etmeme ve sorumluluk halinde, bir tazminat borcu haline gelir[139].

Bütün borçlar, gereğinde zararı tazmin borcu haline gelebilir. Ancak, belirli hallerde tazmin borcu, borç ilişkisinin, birinci derecede asıl konusunu oluşturduğu halde, bunların dışındaki, diğer sayısız hallerde, tazmin borcu, borç ilişkisinin ikinci derecede konusu haline gelebilir.

1) Aşağıdaki hallerde, zararı tazmin borcu, borç ilişkisinin, birinci derecede, asıl konusudur. Bir zararı tazmin yükümlülüğü, hukuk düzenlemesinin belirli bir olaya, bu yükümlülüğü bağlamasını gerektirir.

a) Haksız fiiller (TBK. m.49)

Haksız fiillerde borç, zaten bir tazminat borcudur. TBK.'nın 49. maddesinin ifadesinde de görüldüğü gibi, kasıt veya ihmalle haksız fiil işleyen kişi, diğerine zarar vermiştir; borcu o zararı telâfi etmek, tazmin etmektir[140].

Roma'da, çok defa, haksız fiillerden doğan borç, zarar gören lehine bir ceza idi. Ceza, zarar miktarından yüksek olduğu için, zarar gören, tazminatı elde etmekle kalmaz, daha fazla paraya kavuşurdu. Bu kavram borç dışında kalan ve hukuka aykırı bütün kusurlu fiiller ve hukuk düzenlemesinin bir kimseyi, kendi fiili olmadan sorumlu tuttuğu haller (haksız fiil benzerleri) dahildir. Haksız fiil sonunda zarar görene bir para cezası ödenir. Dolayısıyla zararından fazlasını elde edebilir. Bazen ise, haksız fiilden sadece zararın tazmini borcu da doğabilir. Meselâ, borçlunun ölmesi halinde mirasçıya ancak maruz kalınan zarar için, tazminat davası açılır. Ayrıca klâsik devirde ceza davası niteliğinde bazı haksız fiil davaları, Iustinianus hukukunda tazmin davası veya muhtelif dava ismindeki hem ceza hem tazmin davası karakterini kazanmışlardır.

b) Bir kimsenin maruz kalacağı zararın tazmin edileceğine ilişkin yapılan akitlerden doğan borçlar, birinci derecede, zararın tazmin borçlarıdır. Buraya, modern hukuklarda, yangına, hırsızlığa, kazaya karşı yapılan, sigorta akitleri veya deniz sigortaları girer. (Garanti akitleri, TBK. m. 128). Roma Hukukunda tazmin veya teminat amacıyla *stipulatio* yapılmaktaydı.

2) Bundan başka akitten doğan borca veya diğer bir sebeple doğan borca aykırı davranışlarda da, zararın tazmini gerekir. Borcun esas konusunun yerini zararı tazmin yükümü alır. Bu durumda, zararı tazmin borcu, borç

ilişkisinin ikinci derecede kapsamıdır. Tazmin borcunun bu gibi hallerde, tamamlayıcı bir işlevi vardır. Tazmin borcunun bu tamamlayıcı işlevi Roma Hukukunda, günümüz hukukuna göre daha önemlidir. Bunun sebebi, klâsik roma usul hukukunda mahkûmiyetin her zaman paraya dönüşmesidir. Konusu paradan başka bir ödeme olan davalar da, *litis contestatio* ile tazmin borcuna dönüşür. Borcun ifası mümkünse, borçlu aynen ifa edebilir, kusuru ile imkânsız hale gelmişse tazmin etmek zorundadır.

Akitlerde, borcun konusu aslında tazminat değildir; bir malın verilmesi, bir işin yapılması gibi, bir edimdir. Fakat bu borç ifa edilmezse, alacaklı bundan zarar görür; o zaman asıl borcunu ifa etmemiş olan borçlu, bu zararı tazmin etmek borcu altına girer. Demek ki, tazminat borcu, tamamlayıcı bir rol oynar: Esas borç ifa edilmediği veya edilemediği için onun yerini alır.

Tazminat meselesi, özel hukukta, önemli bir rol oynar. Hukuk davalarının çoğu tazminata ilişkindir.

II. Zararı Tazmin Şekilleri

Zarar-ziyan, mal olarak (aynen) veya para olarak (nakden) tazmin edilir.

Aynen tazmin, zararı, bir mal ile telafi etmektir. Meselâ, bir kimse bir kitap verecekti; o kitap kaybolmuşsa, yenisini verir. Kırılan otomobil camının yerine yenisi taktırılır, hasara uğrayan aracın parçası değiştirilir. Bu şekilde, meydana gelen bir zararın tazmini konusunda iki imkân vardır: Zarar ya bir miktar para ile giderilir (nakden tazminat) veya zarar verici olaydan önceki durum zarar verici olay olmamış gibi, yeniden kurulur (aynen tazminat). Nakden-aynen tazminat ayrımı konusunda ilk bakışta aynen tazminatın hakkaniyete daha uygun yol olduğu sanılırsa da, bu her zaman uygulanamaz. Nitekim, aynen tazminat bir çok olayda imkânsızdır: Meselâ, bir ölüm olayı veya yaralama sonucu bir organın görevini yerine getiremez hale gelmesi. Bazen zordur veya zararın sınırları aşılmış olur. Patlatılan araç lastiğinin, kırılan ön camının, kırılan gözlüğün yerine, yenisinin verilmesi halinde, bu parçalar yenilenmiş olacağından malvarlığında artış söz konusudur. Bazen, değer kaybı ile de karşılaşılır.

Meselâ, bir otomobilin çarpma sonucu hasara uğrayan kesiminin tamir edilerek eski durumuna getirilmesi halinde, eski değerini kazanmadığı muhakkaktır. Bazen, durumun yeniden kurulması zaman gerektirir. Hatalı ameliyatta, hastanın psikolojik durumu da bozulmuştur.

Aynen tazminat mümkün olmadığı zaman, nakden tazminat yoluna gidilir. Roma'da tazminat özellikle, her menfaat için müşterek ölçü olabilen, para idi. *Formula* usulünde mahkûmiyet, sadece bir para miktarı üzerinde verilebiliyor, bu şekilde nakden tazmin usulü kullanılıyordu. Sistem Dışı Yargılamada, fevkalâde (Nizam Harici) Usulde (Cognitio Extra Ordinem) ise, modern hukuklarda olduğu gibi, her iki usul de uygulanmakta idi.

Nakden tazminat daha kolay olduğundan, çoğu Medeni Kanun onu esas kabul ederler. Alman Medeni Kanunu (BGB), aksine aynî tazminatı esas olarak kabul etmişse de, nakden tazminatı öngören istisnalar oldukça fazladır. Fransız ve İngiliz hukuk sistemlerinde, daha çok nakden tazmin esası hâkimdir. İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku, tazmin şeklini belirleme konuşunda, hâkime geniş yetki vermiştir. Borçlar Kanunumuzda genel bir kural konmamış, tazminatın para mı, mal mı ve ne kadar olacağının takdiri, hâkime bırakılmıştır (TBK. m.51/1).

III. Zararın Takdirinin Unsurları

Zarar-ziyanın (*damnum*) para olarak takdiri nazik ve zor bir iştir.

Önce, ifa edilmemiş borcun karşılığı tespit edilir. Gerekiyorsa buna, borcun ifa edilmemesi yüzünden, alacaklının menfaat kayıpları varsa, onlar da eklenir. Roma Hukukunda, zararın tutarını, yani ödenecek tazminatın belirlenmesinde, çeşitli *actio*'ların *formula*'larının yapısına uygun olarak, iki usul vardır.

a) Bazı durumlarda tutar, zarar gören malın maddî değeridir. Hâkim davalıyı o malın tutarına, "*quanti ea res erit*" mahkûm edecektir. Bu durum, *intentio*'su belirli olan dar hukuk davalarında görülür. Hâkim, verilmeyen veya zarara uğrayan malın değerini dikkate alarak mahkûmiyet kararı verir.

b) Fakat, bir çok başka durumda, meselâ *actio ex stipulatu* gibi, belirli olmayan davalarla, özellikle iyiniyet davalarında, hâkim zararı takdir ederken, davacının "menfaati neyi gerektiriyorsa" ve "verilmesi veya yapılması gereken her şey" gibi gayet geniş ölçüler kullanır. Alacaklının borcun ifa edilmemesinden dolayı uğradığı zarar, hem fiilî zarar, hem de mahrum kaldığı kâr olabilir. Fiilî zarar (*damnum emergens*) mevcut mallar çerçevesinde meydana gelen azalmayı ifade eder. Meselâ, alacaklıya bir mal teslim edilecek iken edilmemişse, önce malın değeri olan fiilî zarar (*damnum emergens*) hesap edilir. Sonra, alacaklının, o maldan elde edecek olduğu kâr, yani mahrum kalınan kâr (*lucrum cessans*) yapılması zorunlu

masraflar hesap edilir. Veya üzerinde aynî bir hak bulunan bir malın çalınması, imhası, tahribi, verilen cismanî zarar sebebiyle gereken tedavi masrafları, geciken bir ifa yüzünden gereken masraflar. Mahrum kalınan kâr (*lucrum cessans*) bir kârın, malvarlığında bir artışın eksik kalmasını, gerçekleşmemesini ifade eder. Meselâ bir kimse, başkası tarafından yaralandığı için, işini yapamıyor ve kazancından mahrum kalıyor. Trafik kazasında yaralanan bakkal, dükkanını açamıyor. Yahut üçüncü kişinin kusuru ile çıkan bir yangın yüzünden işler bir süre duruyor yahut aksıyor veya ısmarlanan malın zamanında teslim edilmemesinden, malı alacak bir tüccar malı, zamanında veremiyor ve sağlayacağı kârdan yoksun kalıyor. Belirli bir tarihte taahhüt edilen bir bina veya otelin inşaatı öngörülen tarihte bitirilmezse, müteahhitten istenecek tazminat belirlenmesinde, ödenen veya alınamayan kiralar, Otel işletmeye açılamadığından mahrum kalınan kârlar da dikkate alınır.

Ödenecek tazminat, birlikte kusur (*compensatio culparum*) halinde, ortadan kalkmakta veya azalmaktadır. Yine tazminatı etkileyen diğer bir olgu da, zarar görenin, zarar verici fiil neticesinde -gördüğü zarar yanında- kazanç elde etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Mesela bir kamyonun ezdiği koyunların derilerini satan kimse, koyunların ölmesi ile zarara uğramıştır ama, satılan derilerden gelir elde etmiştir. İşte tazminatın hesabında alacaklıya (koyunların sahibi) koyunların ezilmesinden dolayı borçlunun (sürücü veya araç sahibi) ödeyeceği tazminatın hesabında uğranılan zarar ile elde edilen kazancın mahsubu (*compensatio lucri cum damno*) yapılmaktadır. D.3,5,10'da Pomponius, vekâletsiz iş idaresinde işgörenin yaptığı işlerden bazıları kazanç, bazıları zarar doğurmuşsa, iş sahibinin kazanç ile kaybın mahsubunu yapması gerektiğini belirtmektedir[141] .

Alacaklı menfaatinin tutarı, çoğu kere fiilen maruz kaldığı zararı, söz konusu değeri aşabilir. Fakat Iustinianus hukukunda, ödenecek tazminat tutarı, zarar gören malın değerinin iki katını aşamaz (C.7.47.1)

Bazen taraflar, ileride zararın tespitindeki güçlükleri önlemek için, borç ifa edilmezse, ödenecek para miktarını verilecek bir malı sözlü akitle (*stipulatio*) kararlaştırabilir. Cezaî şart, ek akitten doğar. Asıl akitten doğmaz, onun ifa edilmemesi halinde bir tazminat borcudur. Ferî borçtur. Esas borç geçerli değilse, fer'î borç da geçerli olmaz.

Cezaî şartın ilave edildiği esas borç, iyiniyet davası doğuran bir akitle oluşmuş ise, bir anlaşmanın (*pactum*) yapılması yeterli idi.

Hukukumuzda şekle tâbi olmayan cezaî şart, bizzat borçlunun verdiği bir teminat olduktan başka, mahkemeye intikal eden bir ihtilaf halinde, hâkimin zarar ziyan takdirinde bir ölçü teşkil eder (TBK. m. 179).

IV. Alacaklının Birlikte Kusuru (Compensatio culparum)

Bazen, kusur karşılıklı olur. Zararın oluşmasında, hem borçlu, hem de alacaklının kusurlu olduğu haller bulunabilir. Meselâ, temizleyiciye gönderilen bir gömlekte, altın kol düğmelerinin unutulması ve bunların kaybolması. Bu durumda, Romalılara göre temizleyici tazminat ödemez, beraat eder; günümüz hukukuna göre hâkim, takdir hakkını kullanarak karar verir. Tazminatı kaldırır veya indirir (TBK.m.52).

Modern hukukumuzda alacaklının zararın meydana gelmesinde, kendisinin de kusuru olması, bu şekilde zararın tazmininde indirim sebeplerinden biridir. Roma Hukukunda ise, alacaklının ihmali ile borçlunun ihmali zarara karşılıklı olarak yol açarsa, borçlunun tazminat yükümlülüğü kalkar. Bu durumda, modern hukukta zararın tazmini borcu, duruma göre, iner veya tamamen ortadan kalkar. Bu çok sık rastlanan bir olaydır: Gerçekten, bir çok tazminat davasında davalı, zarar görenin gerekli dikkati göstermediğini, tedbirsiz davrandığını meselâ otomobilin hızla yaklaştığını gördüğü halde, yayanın caddenin karşı tarafına geçmek için yola girdiğini, adetâ kendisinin otomobile çarptığını veya tramvay durmadan atladığını ileri sürerek kendisini savunur. Bu örneklerde, haksız fiilin meydana getirdiği zarara, zarar görenin kusurlu hareketi de sebep olmuştur. Bu birlikte sebep olma (veya birlikte kusur) hem tazminat sebebi karşısında, hem de akdin ihlâli veya haksız fiil olayında söz konusu olabilir: Meselâ, bir kimse başkasına götürülmek üzere kendisine verilen mektubu (Roma hukukuna göre aralarında vekâlet akdi vardır) kaybetmiştir, fakat zarfın içinde para bulunduğu konusu da dikkati çekilmemiştir. Bu gibi hallerde, zarar görenin de kusuru vardır. Başka bir örnek; Temizleyiciye, temizlenmek üzere verilen bluzdaki düğmelerin hakiki inci olduğu söylenmemiştir. Yahut, beden eğitimi veya yüzme dersleri alacak olan çocuğun, ara sıra kalp krampları geçirdiği öğretmene bildirilmemiştir.

Ancak; Roma Hukukunda, borçlu kasıt ile zarar vermişse, alacaklının ihmali ile tazminat yükümlülüğü ortadan kalkmaz. D.9,2,9,4'te Ulpianus bir

kölenin oyun sırasında atılan mızrakla ölmesi halinde mala verilen zararları düzenleyen *lex Aquilia*'nın uygulanacağını belirttikten sonra kölenin mızrak atma talimine ayrılmış bir yere girdikten sonra kendisine rastlayan mızrağın saplanması sonunda ölmesi durumunda *lex Aquilia*'nın uygulanmayacağını, çünkü kölenin mızrak atma alanına müsait olmayan bir zamanda girmemesi gerektiğini, ancak bu köleye mızrağı kasten atan kimseye karşı, bu davanın açılabileceğini belirtmektedir. O halde zarar verenin kastı bulunması halinde zarar görenin ihmali, tazminat ödeme borcunun doğmasına engel değildir. Bunu zamanımıza uygulayacak olursak, atış talim alanı olduğu belirtilmiş ve dikenli tellerle çevrilmiş bir yere mantar toplamak için giren bir kimseyi gördüğü halde atışa devam eden kimsenin ihmali olduğu gibi, kendisini uyaran levha ve tellere rağmen oraya giren mağdurun da ihmali söz konusudur. Burada, ihmallerin mahsubu (*compensatio culparum*) yapılabilir, fakat mantar toplamaya giren kişiye ona bir ders vermek amacıyla ateş eden kimsenin kastı vardır, bu durumda mağdurun ihmali dikkate alınmaz. O halde zarar verenin kastı bulunması halinde, zarar görenin ihmali önemli olmaktan çıkmaktadır.

Bir damdan aşağı kiremit atıldığını gördüğü halde o evin yakınından geçen ve yaralanan kimse de kusurludur, ancak oradan geçenin üzerine kiremit bilerek atılmışsa, yaralananın zararı tazmin edilmelidir, çünkü failin hareketi kasıt içine girmektedir, krş, D.9,2,31. Bu gibi hallerde çakışan sebepler (*culpa concurrens*) zararı doğurmaktadır[142]. Meselâ, eşyası çalınan kimsenin, evinin kapısını veya kilitli olması gereken dolabını ağır ihmali sonucu açık bırakmış olmasından hırsız yararlanamaz. Evin kapısı açık bırakıldı diye, kasıtla hareket eden hırsızın tazminat borcu ortadan kalkmaz. Diğer yandan, zarar veren failin, yani tazminat davasındaki borçlunun kastına karşılık zarar görenin davranışında da kasıt varsa, durum farklıdır. Meselâ, cismanî zararlara, özellikle bilerek zarar verilmesi sonucunu doğuran tıbbî müdahalelere razı olma, birlikte kusur olmamasına rağmen zararın indirilmesi sebebi sayılabilir. Fakat, bir yaralama olayında hekim çağırılması ihmal edilirse veya mutlaka gerekli olan bir ameliyat yaptırılmazsa, birlikte kusur vardır. Ancak; bu bakımdan alacaklının kendi işlerinde göstereceği ihtimamın bir sınırı vardır. Meselâ, bir kişi, başından mermi ile yaralandıktan sonra, hayatının kurtarılması için zorunlu olduğu halde, ameliyatla bir gözünün alınmasına razı olmazsa, kendisinin birlikte kusurundan bahsedilemez.

Roma Hukukunda, alacaklının kendi ihmali ile borçlunun ihmali birleştiğinde, bu iki ihmalin birbirini götüreceğinin kabul edildiğini, belirtmiştik. Bu ilkeye Roma Hukukunda *compensatio culparum* (ihmallerin birbirinden indirilmesi, mahsubu) denilmektedir. Bu şekilde, zararın tazmin yükümlülüğü ortadan kalkıyordu. Bununla beraber, zarar görenin, yani alacaklının kendi kusuru dolayısıyla hiçbir şey talep edememesi açık bir haksızlığa yol açmaktadır. Modern hukukumuzda, kavram daha âdil bir kapsama kavuşmuştur: Bu gibi olaylarda zararın ilgililer arasında paylaştırılması, yani zararı tazmin yükümlülüğünün indirilmesi hakkaniyete daha uygun görülmüştür. Meselâ, bu ilke gün geçtikçe önemi artan trafik kazalarındaki ceza ve tazminat davalarında rol oynamaktadır. Zira, trafik kazalarına, çok defa, her iki taraf birlikte kusurları ile sebep olmaktadır. Kazadan sonra verilen tazminat davası bilirkişi raporunda, meselâ birinin kusurunun % 25, diğerinin % 75 olduğu belirtilir. Bu ilke gerek tazminat, gerek sigorta, gerekse ceza hukuku alanlarında dikkate alınmaktadır.

Sürücü belgesinin bulunmadığı veya alkollü olduğunu bildiği sürücünün kullandığı otomobilin yoldan çıkması sonucu yaralanan kişinin olayda birlikte kusuru vardır. İyi aydınlatılmamış ve basamakların bazılarının kırık olduğunu bildiği halde merdivenleri koşarak çıkan kiracının, kaynak yapmak üzere işverenin kendisine verdiği gaz tüpünün gaz kaçırdığını bildiği halde, itiraz etmeyen ve tüpün patlaması sonunda yaralanan işçinin de, birlikte, müterafık kusuru söz konusudur. Zarar görenin zararı veya devamını önlemek yahut azaltmak için gerekli tedbirleri almaması da birlikte kusur kavramı içinde düşünülmektedir. Kiracı akan damı kiraya verene bildirmiş, fakat uzun bir süre geçmesine rağmen dam tamir edilmemiş, çok şiddetli bir yağmurdan sonra evi su basmışsa, kiracının da olayda kusuru olduğunu, çünkü kiracının damı bizzat tamir ettirmek suretiyle eşyasının zarar görmesini önlemesi mümkündü[143].

Mahkeme tazminatın indirilmesini TBK. m.52'ye dayanarak[144] uygular. Bir tarafın ihmali karşısında, diğerinin de ihmali varsa, duruma göre, bilhassa tarafların kusurunun ağırlığına göre zararı taraflar arasında böler. Yani, zararın tazmini %50'sine veya %75'ine indirilir. Hatta, zarar veren, kusursuz ise tazminat ödemekten kurtulur. Bu gibi birlikte kusur hallerine çok tesadüf edildiği için, zararın tazmini alanında hâkimin takdir serbestisine bu hükümle geniş yer bırakılmaktadır.

Manevî tazminatta, kişilik hakkına tecavüz edilenin birlikte hafif ihmali varsa, tazminat miktarı indirilir. Eğer, birlikte kusuru çok ağırsa, manevî tazminat davasının reddi gerekir[145]. Yargıtay'ın aynı yönde verilmiş kararları vardır. Ancak, Yüksek Mahkemenin birlikte kusur halinde, manevî tazminatı reddeden kararları da vardır.

Bir kimse tehlikeden sakınmak imkanına sahip olduğu halde yapmamış ve zarar görmüşse, açacağı tazminat davası reddedilebilir[146]. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 1980 tarihli bir kararında "birlikte kusur, aklı başında bir kimsenin kendi çıkarı için sakınacağı ya da sakınması gerekli olan düşüncesiz bir harekettir" denmektedir. Ancak yine Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 1978 tarihli bir kararında, davacının yanmakta olan dükkanına girerek eşyayı kurtarmamasının birlikte kusur sayılamayacağı belirtilmiştir. Bu fikir Roma hukukunun D.50,17,50'de ifade edilmiş olan "bilen, fakat önleyemeyen kimsenin kusuru yoktur" kuralını hatırlatmaktadır.

Birlikte kusur D.50,17,203'te ifade edilmiş olan "kendi kusuruyla zarara uğramış olan kimse, zarar görmüş sayılmaz" kuralının tabii bir neticesi olarak ortaya çıkmaktadır[147].

Trafik kazalarında araç malikinin kusursuz sorumluluğu söz konusu olduğu için, sorumluluğunun tesisi için kusurunu ispat etmeye gerek yoktur[148].

7. BORÇ İLİŞKİLERİNDE DEVİR: ALACAĞIN TEMLİKİ (DEVRİ) VE BORCUN NAKLİ (ÜSTLENİLMESİ)

Bir mal üzerindeki haklar bir kişiden bir kişiye devredilebildikleri gibi, alacak haklarının da bir kişiden bir kişiye geçirilebilmeleri gerekir. Roma'da aynî haklar, *mancipatio*, *in iure cessio* ve *traditio* muameleleri ile devredilirdi.

Fakat Gaius, mülkiyetin devir şekillerinden bahsettikten sonra, borçların bu muamelelerle devredilemeyeceklerini yazıyor (Gai. I. II, 38 - 39). Gerçekten Roma'da, borç ilişkisi, iki kişiyi bir hâkimiyet bağı ile birbirine bağlamakta idi. Tamamen kişisel olan bu bağı başka bir kimseye intikal ettirmek söz konusu olamazdı.

Ticarî ilişkilerde borç ve alacakları devretmek zorunluluğu başka yollarla karşılanmıştı[149].

Bir kimse alacağını başkasına devretmek isterse, borçlusuna, borcu o başka kişiye vermeyi vaadetmesini emrederdi. Bu, aktif havaledir, alacağın temlikidir.

Aksine, bir borçlu, borcunu başkasına devretmek isterse, o kimseye, aynı borcu alacaklısına vaadetmesini emrederdi. Bu şekilde; bir kişinin diğerine olan borcunu başkası ödemeği taahhüt etmiş olurdu. Bu; pasif havaledir ve borcun naklidir.

Görüldüğü gibi, bu muamelelerle, aslında bir borç veya alacak nakledilmiş olmamaktadır: Eski borç sona ermekte, onun yerini yeni borç almaktadır. Sonuç olarak, *novatio* (tecdit, yenileme) yapılmaktadır. Alacak veya borç nakledilmiş ise de, hukuken yapılmış olan, aynı borcun nakledilmesi değil, bir borcun kaldırılıp yerine başkasının konmasıdır. Bunun birinci sakıncası, alacağı dahi nakledeken, borçlunun rızasını aramak şartıdır, zira akit onunla yapılmaktadır. İkinci bir sakınca, yeni bir

borç oluşturulduğundan, eskisine bağlı fer'î teminat borçlarının sona ermesidir.

l. Alacağın Temliki (Devri)

Alacaklı (A) (havale eden), borçlu (B)'ye (havale borçlusu) kendisine olan borcunu (A2)'ye (havale alacaklısı) vaad etmesini söylüyor. Bu istek üzerine (B), (A2) ile bir *stipulatio* yapıyor.

Bu hukukî işlemin niteliği, alacağın temliki olmasıdır.

Roma Hukukunda, alacağın temliki *novatio* (yenileme) ile yapılıyordu (TBK. m. 133, buna yenileme demektedir). *Novatio* borçları sona erdiren sebeplerden biridir.

Stipulatio, (A2) ile (B) arasında yapılır.

(A2): "Şimdiye kadar (A)'ya borçlu olduğun (borç konusunu) bana vermeği taahhüt ediyor musun?

(B): "Taahhüt ediyorum".

Borç ilişkisinde alacaklı taraf değişmiştir. Hukukumuzda buna alacağın temliki diyoruz. Böyle bir temlik muamelesi alım satım, bağışlama, cihaz tesisi, mevcut bir borcun ifası gibi çeşitli sebeplerle yapılabilir.

Bu sayılan sebeplerden biriyle bir alacaklı (A), borçlusu (B)'ye karşı sahip olduğu alacak hakkını bir başkasına (ikinci alacaklı) (A2)'ye devretmektedir.

XIII. yüzyılda İtalya kökenli hamiline senet yayılmıştır.

Modern hukukta alacağın devri (temliki) güçlük yaratmamaktır. TBK.'nın 183. maddesinin I. fıkrasına göre, kanun, akit veya işin niteliği engel olmadıkça, alacaklı, alacağını borçlunun iznini aramadan, üçüncü kişiye temlik edebilir.

Borçlar Kanunumuzun 183 vd. maddelerine göre: Şartlı, vadeli, gelecekteki her nevi alacak, çok sebeplerle devredilmek istenebilir. Bugün, yazılı şekle tâbi olan bu muamele ile, (TBK m. 184) bir kimse, borcunu ödemek gayesiyle veya karşılıksız olarak bağış sebebiyle, alacağını başkasına devredebilir. Muamelede sebebin yer alması gerekli olmadığından, soyut muamelelerdendir.

Görüldüğü gibi, modern hukukumuzda alacağın devri işlemine borçlunun hiçbir şekilde katılması söz konusu değildir. Bu işlem borçlunun haberi ve rızası olmadan, hattâ bazen rızasının aksine, eski alacaklı ile alacağı devralan yeni alacaklı arasında bir akit yolu ile cereyan eder.

Yukarıdaki örnekte, bu hukukî muamele ile (A)‘nın (B)‘den olan alacak hakkı sona ermiştir. (B) ise (A2)‘nin borçlusu olmuştur. Bu şekilde (B)‘nin durumu kötüleşmiyordu. Çünkü *stipulatio* ile (A)‘ya borçlu olduğu şeyi vaadetmişti. Bu sebeple borçtan dolayı, (A)‘ya karşı ileri sürebileceği bütün itirazları (A2)‘ye karşı da ileri sürebilir.

Bu şekilde iktisadî açıdan alacağını temlik sonucu elde etmiştir. Fakat hukuken elde edilmemiştir. Çünkü, (A2), *stipulatio*‘ya dayanarak (B)‘ye karşı yeni bir alacak elde etmiştir. (A)‘nın alacağı sona ermiştir. Bundan dolayı (A)‘nın alacağına dair kefalet, rehin gibi fer’î haklar varsa, bunların sona ermesi gerekiyordu. Bunun dışında borçlu (B)‘nin rızasına ihtiyaç vardı ve nihayet *stipulatio* yapılması sebebiyle (B) ve (A2)‘nin birarada hazır bulunması gerekiyordu

Roma Hukukunun bu usulü ile, bugünkü alacağın devrinden (temlikinden) ayıran en büyük fark, muamelenin yapılmasında borçlunun birinci derecede rol oynamasıdır. Ayrıca, alacağın temliki yenileme yoluyla yapıldığı için, eski borca bağlı fer’î haklar sona erdiğinden yeni alacaklı bu nevi teminatlardan yararlanamıyordu. Teminatların devamı isteniyorsa, bunların da yeni alacaklı ile yenilenmeleri gerekiyordu ve bu sebeple kurumun değeri çok azalmakta idi.

Bu sakıncaların ortadan kaldırılması için, *formula* davasının gelişmesinden beri, “dava vekâleti” yoluna başvurulurdu. (A), yeni alacaklı olan (A2)‘yi alacağını *procurator* (vekil) olarak dava etmesi için tevkil ediyordu. Doğrudan doğruya temsilin olmaması sebebiyle *procurator* normal olarak alacağı kendi namına, fakat başkasının menfaatine dava ettiği halde, burada kendi işlerinin *procurator*‘u olarak bu işi kendi menfaatine yapar. Burada bir *mandatum tua gratia* söz konusudur.

Alacağın temliki için borçlunun işleme katılması gerekir. Halbuki burada borçlunun muameleye katılmasına gerek yoktur. Alacak hakkının fer’î hakları devam eder.

Buna rağmen bu muamele bir alacağın devri değildir. Çünkü alacak hakkı eski alacaklı (A)‘da kalıyordu. (A2)‘nin durumu doğrudan doğruya vekâlete dayanır. (A)‘nın veya (A2)‘nin ölümü ile veya (A)‘nın rücu etmesi ile sona erer. (A2), ancak, davanın *litis contestatio*‘su ile (B)‘ye karşı teminat elde eder. Çünkü bu muameleye dayanarak (A2) “davanın sahibi” olur. Bu durum, artık, (A)‘nın rücu etmesiyle, elinden alınamaz. Buna dayanarak (B)‘de, (A)‘ya değil, (A2)‘ye ödemeye mahkûm edilir.

Bu durumda, alacağın devri aslında davanın tespiti, *litis contestatio* anında cereyan etmiş oluyordu. Yani, *litis contestatio* ile eski alacaklının hakkı düşüyor ve davayı vekil sıfatı açmış olan yeni alacaklı *litis contestatio*‘dan dolayı alacaklı durumuna geçiyordu.

Böyle bir davanın *formula*‘sının *intentio* kısmında davacı olarak, birinci alacaklının ismi gösterilir, fakat *condemnatio* kısmında hâkime borçluyu *procurator*‘a ödemeye mahkûm etmesi emri verilirdi.

Vekâlet yolunun da mahzurları vardı: *Litis contestatio* yapılıncaya kadar alacaklı verdiği vekâletten rücu edilebileceği gibi, o arada alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun yaptığı ödemeyi kabul etmesi gibi ihtimaller de gerçekleşebilirdi. Bu durumlarda, alacağı devralmış olan vekilin dava açmak imkânları da kalkardı. Bu sebeple, Iustinianus hukukunda, vekâletin feshi veya vekâlet verenin ölümü halinde vekil sıfatıyla alacağı devralmış olanın kendi adına *actio utilis* şeklinde dava açabileceği kabul edilirdi. Bu dava “dava vekâletine” bakılmadan alacak hakkına dayanarak veriliyordu[150].

Alacağı devralan kimseye *actio utilis* tanındığından beri alacağın devri, şekle tâbi olmayan bir devir anlaşması (sözleşmesi) ile yapılırdı. Alman MK.‘da (§ 398) aynı hükmü ihtiva eder. Buna karşılık İsviçre BK. m. 165 ve TBK. m. 184 yazılı şekli şart koşmuşlardır.

Roma Hukukunda bazı alacakların devri mümkün değildir. Iustinianus zamanında üzerinde ihtilaf bulunan bir alacak devredilemezdi. Sosyal mevkii yüksek olan nüfuzlu kimseye alacak devredilemezdi. Yine, aynı sebeple vasiye, kayyıma devirde bulunulamazdı. Ayrıca, nafaka gibi, alacaklının şahsına bağlı olan alacaklar da devredilemezlerdi.

Anlaşıldığına göre, Son İmparatorluk devrinde, alacak devirleri (temlikleri) bir takım kötüye kullanmalara sebebiyet vermekte idi. Bazı meslek sahipleri para sıkıntısı içinde bulunan kimselerin vadeli alacaklarını, düşük fiyatlarla satın almakta ve sonra tamamını borçludan isteyebilmekte idiler (Cumhuriyetten önce memur maaşlarının Galata sarraflarına kırdırılması; 1960’lı yıllarda tasarruf bonolarının ucuz fiyatlarla satılması gibi). Buna mâni olmak için çıkarılan emirname hükmüne göre, (M.S. 505) bir kimse, alacağı hangi fiyata almışsa ondan fazlasını borçludan isteyememekte idi. Fakat, ispat külfeti borçluya ait olduğu için ve bu gibi muamelelerde satış fiyatının ispatı çok zor olduğundan, emirnamenin fazla bir uygulama alanı bulmuş olması çok şüphelidir[151].

Modern hukukta, yukarıda belirtildiği gibi, alacağın devri (temliki) kolayca yapılabilir.

TBK. m. 183/1: Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça, alacaklı alacağını, borçlunun rızasını aramadan, başka bir kişiye devredebilir.

Orta Çağ'dan itibaren, kıymetli evrakın uygulama alanına girmesi, özellikle, ciro niteliğini değiştirmeden, alacakların devrini, önemli oranda, kolaylaştırmıştır.

Önce, bu nakil için, borçluya karşı, bir dava sağlamak amaç edinilmiştir. Tabiî hukukun etkisi ve modern kanunlaştırmalar sonucu (özelikle 1804 tarihli Fransız MK.) ile alacak, devredilebilir, bağımsız bir hak olarak edinilmiş ve alacaklıya, kanunun koruduğu hukukî bir imkân sağlamıştır[152].

II. Borcun Üstlenilmesi (Nakli)

Borcun üstlenilmesi (nakli)ne (krş. TBK. m. 195 vd.), Roma hukukunda *novatio* (tecdid, yenileme) yoluyla yapılmaya devam edilmiştir.

Alacaklı (A), eski borçlunun (B1)'in borcunu üzerine alacak olan yeni borçluya (B2) *stipulatio* ile sorusunu sorar:

(A): "(B1)'in bana olan borcunu, sen bana ödemeyi taahhüt ediyor musun?"

(B2): "Taahhüt ediyorum".

Bu şekilde alacaklı ile eski borçlu (B1) arasındaki borç sona erer ve yerine yeni borçlu (B2) ile alacaklı (A) arasındaki *stipulatio*'dan doğan borç geçer.

Bu şekilde, borcun naklinde, borç ilişkisinin pasif süjesi borçlu değişmekte ve eski borçlunun yerine yeni bir borçlu geçmektedir.

Borcun nakli için, Roma Hukukunda alacaklının rızası gerekir. Yalnız, burada, alacaklı yeni borçluyu, önceki kadar sağlam olmadığı düşüncesiyle, kabul etmeyebilir. Alacaklı kabul etmedikçe, eski borçlunun yerine yeni borçlu geçemez. Bugünkü hukukumuzda da, durum aynıdır (TBK. m. 195-196). Eğer yeni borçlu, teminat gösterebiliyorsa, kabul eder.

Alacağın naklinde borçlunun rızasının alınmasına lüzum yoktur, çünkü bir borçlunun ödemeyi şu kişiye veya bu kişiye yapması arasında, kendisi bakımından, bir fark yoktur.

Borcun naklinde de, eski borcun sona ermesine bağlı olan teminatlar doğrudan doğruya sona eriyordu. Ayrıca birinci borçlunun alacaklısına karşı ileri sürebileceği def'iler de, eski borçla beraber kalktıklarından, *novatio* (yenileme) yoluyla borcun nakli usulünün gerek alacaklı gerekse borçlu bakımından çeşitli sakıncaları vardı.

Daha sonraları bu sakıncaları önlemek için borcun naklinde de vekâlet yoluna gidilmiştir.

8. BORÇLARIN SONA ERME SEBEPLERİ

Bir hukuk bağı olan borcun aslında, sınırlı bir hayatı vardır. Bir edimin ifa edileceğine ilişkin olan işlevi, belirli bir süre sonra sona ereceğine işaret eder. İlke olarak, borçlunun durumu, alacaklı gibi geçicidir. Bunu da; esas olarak, devamlı nitelikte olan mülkiyetin, geçici nitelikteki borçtan farklı yapısı, açıkça ortaya çıkmaktadır[153].

Borç kaynaklarından akitlerin ve haksız fiillerin bazıları *ius civile* (vatandaşlar hukuku, medeni hukuk), diğer bazıları ise, *ius honorarium* (*praetor* hukuku) tarafından tanınmıştır. Bu şekilde, başlangıçta sayıları az olan *ius civile* akitlerine ve haksız fiillerine, *praetor*'ların faaliyetleri sayesinde zamanla bir takım yeni akitler ve haksız fiiller eklenmiştir. *Praetor*ların bu genişletici faaliyetlerinin izlerini borçların sona erme sebepleri alanında da görmek mümkündür.

Ius civile tarafından borçların sona erme sebebi olarak tanınan haller sınırlıydı; daha sonraları *praetor*lar da, borçları sona erdiren bazı yeni sebepleri kabul etmişlerdir[154].

Bir borç ilişkisini, oluşturduğu alacak ve borçlarla birlikte ortadan kaldıran hukuki olaylara, "borcun sona erme sebepleri" denir. Borcun sona erme sebepleri iki türlü olur: *Ipso iure* (hukuk açısından) veya *ope exceptionis* (def'i yolu ile).

Borçları ortadan kaldıran bu iki tür sebep arasında, oluşturdukları sonuçlar bakımından bazı farklar vardır. *Ius civile* tarafından borcun sona erme sebebi olarak tanınan hallerde borç ilişkisi, tamamen, borca bağlı teminat gibi fer'î ilişkileri ile, hukuken ortadan kalkar. Bu durumda, borcun *ipso iure* (hukuk açısından) sona erdiğinden söz edilir. Praetorlar tarafından tanınmış olan hallerde ise, borç sona ermez, hatta, *ius civile*'ye göre devam ederdi. Ancak, alacaklıya borcun ifası için dava açıldığı zaman, *praetor*, borçluya tanıdığı bir *exceptio* (def'i) ile borçlunun beraat etmesini sağlar. Bu gibi hallerde borcun *ope exceptionis* yani def'i yolu ile sona erdiğinden bahsedilir.

Borçlu, alacaklısının kendisine karşı açtığı davaya, kendisine tanınmış olan def'i yoluyla itiraz ettiği zaman, dava düşer, fakat dava karşısında borçlu bu def'i hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir; hakkından feragat ederse, borcu yerine getirmek mecburiyetindedir ve ifası bir hibe (bağış) değildir. *Ope exceptionis* sona erme hallerinde, def'i ileri sürülene kadar, borç sona ermiş değildir ve müşterek birkaç borçlu varsa, birisi nezdinde def'i yoluyla sona ermiş olan borcun, diğeri nezdinden devam etmesi mümkündür. Ayrıca fer'î borçlar ve teminatlar da, def'i dermeyen edilene kadar devam ederler.

Ope exceptionis sona erme sebepleri, *praetor* tarafından (*exceptio*) def'ilerin ihdasından sonra, formula usulü ile ortaya çıkmıştır. Formula usulü zamanında, *ipso iure* sona erme sebepleri her zaman ileri sürülebildikleri halde, def'i (*exceptio*) yoluyla sona erme sebepleri ancak formulaya konulmak suretiyle, ileri sürülebilmekteydiler[155].

İfa (*solutio*), ibra (*acceptilatio*), yenileme (*novatio*), *confusio*, ifanın imkânsızlığı, takas (*compensatio*), *ius civile* tarafından; ibra anlaşması (*pactum de non petendo*) , uzun zaman aşımı def'i (*praescriptio langi temporis*) *praetor* hukuku tarafından tanınmıştır veya klasik sonrası devirde borcu *ope exceptionis* sona erdirdikleri kabul edilmiştir. Bunlardan başka önce *praetor* hukuku ile öngörülüp, tıpkı akitlerde olduğu gibi, sonradan *ius civile* tarafından kabul edilen borcu sona erdiren sebepler de vardır.

I. *Ipso lure* (Hukuken) Borçların Sona Erme Sebepleri

1. İfa: Solutio (TBK. m. 83-111)

Borç, her şeyden önce, borç olan konunun ifa edilmesi ile ortadan kalkar. *Solutio* burada ifa anlamındadır, fakat ilk anlamı bundan çok farklı idi. Borçlunun kendisini alacaklıya bağlayan bağdan (*iuris vinculum*) kurtulması anlamına gelirdi. Borçlu, yükümlü olduğu edimi ifa ederek, bağını çözmekte ve bu şekilde, alacaklısının etkisinden kurtulmaktadır[156].

İfa ile borç *ipso iure* ile sona erer. İfa, ödeme, borcun tabiî sona erme şeklidir.

İfanın geçerli bir şekilde yapılabilmesi için gerekli şartlar şunlardır:

A) Taraflar bakımından:

İfa, kural olarak borçlu tarafından yapılır. Ancak, onun hesabına olmak şartı ile üçüncü bir kişi tarafından da yapılabilirdi. Haberi olmadan veya rızası aksine bir kimsenin durumunu düzeltmek daima mümkün olduğundan, borçlunun bunu bilmesinin veya yasaklamasının bir önemi yoktur. Fakat, bu nitelikleri açısından, sadece belirli bir şahıs tarafından ifa edilebilecek borçlar için mümkün değildi. TBK.m.83'e göre borcun borçlunun kendisi tarafından ödenmesinde alacaklının yararı bulunmadıkça, borçlu borcunu kendisi yerine getirmek zorunda değildir.

Borç ilişkisindeki iktisadi gaye ne ise, onun yerine getirilmesi ile, meselâ *dare* borcu ise, bir malın mülkiyetinin devri ile borç ifa edilir. Bu sebeple, klasik devirde malın *res mancipi* veya *res nec mancipi* olmasına göre, (meselâ bir binanın) *mancipatio*, *in iure cessio* veya (meselâ bir miktar paranın) *traditio* muamelelerinden birinin yapılması ile; *facere* ise, taahhüt edilen işin yapılması (meselâ malların taşınması) veya yapılmaması ile, ifa yerine getirilmiş olur.

Borcun sona ermesi sorunu *dare* ve *facere* borçları için ortaya çıkmaktadır. Zira *praestare*'nin ek yükümlülükleri ifa ile değil, ifa etmemeye ilişkindir. Borcun sona ermesinin normal şekli, borçlu olunan edimin ifasıdır. Bunu hukukçular *solutio* terimi ile ifade etmektedir.

İfa, büyük hukukî sorunlar oluşturmamaktadır. Borcu, feri borçlarla birlikte hukuken (*ipso iure*) sona erdirir. Bu şekilde borçlunun, yükümlülüklerine uyacağını garanti eden, kefillerinin de borcu sona erer[157].

Stipulatio formülünde: "Bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun? Gemi inşa etmeyi, ev yapmayı veya bir kuyu kazmayı taahhüt ediyor musun? sorularına, "Bunu taahhüt ediyorum" şeklinde olumlu cevap veren *stipulatio* borçlusu bunları kişisel olarak ifa etmek taahhüdünde bulunmuşa benzemektedir. Fakat; ifadelerin açık anlamıyla, bu edimlerin ifa edileceği vaadetmektedir (Bu anlamda borcu ifa edecek olan, mutlaka kendisi olmayabilir).

TBK. m. 83/I'deki borçlunun şahsen ifa zorunluluğunda bulunmaması, şeklindeki günümüz kuralı kökenini *stipulatio*'nun bu eski şeklinde bulmaktadır[158]. Ancak, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde, alacaklının menfaatinin olması bunun dışındadır. Borçlunun özelliğinin, ifanın niteliğini etkilememesi durumunda bu kural uygulanır. Bu sebeple,

meselâ piyano çalma yükümlülüğü altına giren bir piyanist, alacaklı aksini kabul etmezse, bu borcunu kişisel olarak yerine getirmek zorundadır. Zira sanatkârların yeteneği, formasyonu ve metotları arasında büyük farklar mevcuttur.

Hattâ, ifa borçludan habersiz bile olabilir. Bu şekilde bir ifa, hibe (bağış) değildir; borcu ödeyen kişi asıl borçluya rücu edilebilir: Borçlunun bilgisi içinde ödemişse, ödediği vekâlet aktinden doğan *actio mandati contraria* ile; habersiz ödemişse, vekâletsiz iş idaresinden doğan *actio negotiorum gestorum contraria* ile ister.

Borcun ifası, alacaklıya yapılır. Ancak, başka bir kimseye de ifa yapılabilir: genel veya özel vekile, kanuni mümessile, vasiye, yahut edimi kabule izin verilmiş başka bir kimseye de ifa yapılabilir. Bu son durumda, alacaklının rızası ile alacaklının alacaklısına ifa yapılmışsa, havale (*delegatio*) vardır.

B) Konu bakımından:

Borcun konusu, başka türlü bir anlaşma yoksa, tamamen ve bir defada ödenir; alacaklı kısmen, parça parça ifayı kabule zorlanamaz. Borç konusu neyse onun ifası gerekir[159] ve alacaklı kısmî bir ödemeyi kabule zorlanamaz[160] Yalnız ihtilaflı alacaklarda, ihtilafsız olan kısım ayrıca ödenebilir. Iustinianus hukukunda, borçlu borcun yalnız bir kısmını kabul eder ve onun ödenmesini isterse *magistra* ihtilafın, yalnız geri kalan kısma ait olması için, alacaklıyı o kısmı almaya zorlardı (zira, ihtilâfları azaltmak *magistra*'nın görevidir)[161].

İfa yeri:

İfanın nerede yapılacağı, genellikle anlaşma içerisinde belirtilir. O zaman, borçlu, ifasını o yerde gerçekleştirir[162]. İfa yeri olarak çeşitli yerler gösterilmişse seçim hakkı borçluya aittir.

İfanın yeri, taraflarca tayin edilmemiş ve borcun niteliğinden çıkmıyorsa, bazen malın bulunduğu yer, bazen aktin yapıldığı yer ve eğer alacaklı, dava açmışsa, davanın görüldüğü yerdi. Iustinianus hukuku, yerin seçilmesi hakkını borçluya vermek eğilimindeydi.

İfa yeri anlaşmada belirtilmemişse, borcun niteliğine göre ifa yeri değişir:

Borcun konusu taşınır mal ise, ifa sırasında mal nerede bulunuyorsa, ifa da orada yapılır, yeter ki borçlu, malı oraya, alacaklıyı zarara uğratmak için getirmiş olmasın.

Borcun konusu taşınmaz ise, malın bulunduğu yer ifa yeridir.

Bir malın iadesi söz konusu ise, mal, alındığı yerde iade edilir.

Çeşit (nevi) borcu ise, genellikle alacaklının dava açabileceği yerde ifada bulunulur. *Facere* borçları için ekonomik bakımdan neresi olmalı ise, orası seçilir.

İfanın yeri hakkında bir anlaşma yok ise ve alacaklı ifayı belirli bir yerde isterse, gerekli masrafları öder (krş. TBK. m. 89)[163].

İfanın zamanı:

Eğer borç anlaşmasında borcun ifa edileceği zaman tespit edilmiş, yani vâde varsa, vâdenin geldiği anda borç, talep edilebilir muacceliyet kazanır[164]. Bu durumda; bir vâde yahut tarih konduğu zaman, alacaklı o süreden önce alacağını talep edemez. Yoksa, eğer borçlu isterse borcunu daha önce ifa edebilir (krş. TBK. m. 96)[165]. Eğer, ifa zamanı tespit edilmemişse, bir vade yoksa, alacaklı alacağını, istediği zaman talep edebilir (krş. TBK. m.90)[166]. Yalnız ifanın mümkün bir hale gelip gelmediğini belirtmek gerekir. İfa zamanı tespit edilmemişse, borç niteliği icabı, mümkün olduğu anda derhal ifa edilmeli idi. Bir vade varsa, kural olarak, alacaklı o vade gelmeden edimi talep edemez. Fakat, borçlu isterse, edimi daha önce ifa etmesine engel olamazdı. Ayrıca vadesiz olan alacaklarda, alacağın muacceliyet kazanabilmesi için, borçluya ihtarda *Interpellatio* bulunmak gerekir: Hiçbir ihtarda bulunmadan, alacağı istemek caiz değildir. Vadeli borçlarda ise, vâde ihtar yerine geçerdi: *Dies interpellat pro homine*: vade alacaklı yerine ihtarda bulunur. Bununla birlikte, ihtardan sonra dahi, eğer hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkim bir süre verebilirdi[167].

İfa; ya alacaklının verdiği makbuz ile veya şahitlerle ispat edilirdi[168]. Klasik devirde tanınan ispat serbestliğini sınırlayan Iustinianus hukukunda, eğer borç yazıdan doğmuşsa ödeme ancak makbuz (*securitas in scriptis*; emniyet yazılardadır) veya beş tanıkla ispat edilebilir. Hatta, ödenen borcun tutarı fazla ise, üç şahit tarafından imzalanmış bir makbuz gerekirdi[169].

A. Temerrüt: Mora

Borç ödenmesi gereken tarihte ifa edilmezse, bir gecikme, mora vardır. Bu duruma hukukumuzda temerrüt denir. Bu gecikmeye bazen borçlu,

bazen alacaklı sebebiyet verebileceği için, borçlunun temerrüdü ve alacaklının temerrüdü şeklinde iki tür temerrüt vardır.

Temerrüt (*mora*), borcun ifasının taraflardan birinin, alacaklının veya borçlunun, kusuru yüzünden gecikmesidir. Temerrüdün bulunması için, borcun geçerli bir borç olmasından başka, borcun muaccel (talep edilebilir olması), yani şarta bağlı ise, şartın gerçekleşmiş olması veya vadeye bağlı ise, vade gelmiş olması gerekir. Tabiî borçlarda (*obligatio naturalis*) temerrüt olmaz.

a) Borçlunun Temerrüdü (*Mora Debitoris*): (TBK. m. 117 vd).

Borçlunun temerrüdü için, borcunu zamanında ifa etmemesi gerekir[170]. Bu sebeple, alacaklı edimin ifasını talep edemiyorsa veya borçlu devlet görevi ile uzakta bulunmak gibi haklı bir sebeple ifa imkânsızlığı içinde ise, temerrüt yoktu[171]. Digesta'daki bir kurala göre; "talebin hükümsüz olduğu yerde, temerrüt (*mora*) olmaz". Başka bir metne göre; bir def'i sebebiyle, para borcu talep edilemeyen bir kimse, temerrüt (*mora*) halinde değildir. Fakat, bazen borçlu, sırf ifada bulunmamak fiilinden dolayı temerrüt halinde idi. Malı geri vermeye mecbur olduğu halde, iade etmeyen hırsız bu durumda idi. Hırsız (*fur*), daima temerrüt halinde (mütemerrit) kabul edilir[172].

Borçlu beklenmedik hal (*carus fortuitus*) veya mücbir sebeple (*vis maior*) gecikmişse sorumlu değildir.

Klâsik hukuka göre, bazı hallerde, alacaklının ifa talebinde bulunması gerekiyordu. Fakat, alacaklının borçluyu ihtar (*interpellatio*) denilen bir işlem ile ifaya davet etmesi usulünü ancak Iustinianus hukuku koymuştur (bkz. TBK. m.117)[173]. İhtar bir şekle bağlı olmadığı gibi, sözlü de olabilir. Vâdeli borçlar için gerekli değildi. Bundan, Orta Çağ glossatörleri, ünlü "vâde alacaklı yerine ihtarda bulunur", (*dies interpellat pro homine*) özdeyişini oluşturmuştur (krş.: TBK. m. 124)[174]. Bu durum, modern hukuklarda da (TBK. m.117/2; İsviçre BK. m. 102) öngörülmektedir. Mütemerrit borçlu, edim imkânsız hale gelse bile, borcu sona ermez. Ancak, Iustinianus hukukunda, günümüz hukukunda da olduğu gibi, eğer temerrüt hali olmasa idi, malın yine telef olacağını ispat eden borçlu borcundan kurtulur (krş.TBK. m. 119/2)[175]. Bu şekilde, bu sorumluluk artık, kusursuz, sonuç (*casus*) sorumluluğu haline gelir. Ayrıca mütemerrit

borçlu, yerine getirmediği borç konusuna ilişkin bir temerrüt faizi de ödemek zorundadır (krş.TBK. m.117,119)[176].

Temerrüt halinde borç devam ettiği için[177], borçlunun sorumluluğu ağırlaşır[178]. Borçlu, borcun konusu kendi kusuru olmadan telef olsa da, borcunu ifaya mecburdu. Meselâ, borçlunun, mülkiyeti devretmediği için temerrüde düşmesinden sonra satılan yük hayvanı ölmüşse, borçlu sanki hayvan ölmemiş gibi sorumlu olmakta devam eder[179]. Ayrıca, iyiniyet davası doğuran borçlarda, borçlunun temerrüdünden sonra (*post moram*) malın semereleri ve para söz konusu ise, hâkimin takdir edeceği faizler de borç konusu olurdu (krş. TBK. m.120)[180].

Alacaklının ifayı reddetmesi için haklı bir sebep yoksa, borcun tamamını ifa teklifi ile temerrüdün hükümleri ortadan kalkar.

b) Alacaklının Temerrüdü (*Mora Creditoris*) : (TBK. m. 106-111).

Borçlu, borcunu tam olarak, uygun zaman ve şekilde yerine getirmelidir. Ancak, borçlunun borcunu ifa teklifi karşısında, haklı bir sebep olmadan alacaklının ifayı kabul etmemesi halinde, alacaklının temerrüdünden bahsedilir[181]. Alacaklı, zamanında ve uygun yerde sunulan ödemeyi veya malı teslim almaktan kaçınırsa, kendisi mütemerrit hale düşer.

Ancak, bunun sonucu, borçlu borcundan kurtulmaz. Sorumluluk derecesi hafifler: Alacaklının temerrüdünden itibaren, sadece kastından ve ağır ihmalinden sorumlu tutulur. O andan itibaren, borçlunun kusuru olmadan borç konusu üzerinde gerçekleşebilecek hasar, alacaklıya geçer. Hasar alacaklıya yüklendiği gibi, alacaklı ifayı kabul etmemekle sebep olduğu zararı tazmine mecbur tutulabilirdi. Eğer, borçlu faiz veriyorsa, bundan kurtulur. Hiç kimse; ne borçlu, ne de alacaklı kendi gecikmesinden fayda sağlamamalıdır; (*"neutri eorum frustratio sua prodesse"*)[182]

D. 19,1,38,1'de eski hukukçuların (*veteres*) (M.Ö. III. yüzyıl) fikri şu şekilde belirtilmektedir:

"Eğer alacaklı kendisine satılan kölenin mülkiyetini devralmakta temerrüde düşmüşse, bu dava hakkında karar verecek olan hakim, satıcının sağladığı besin maddelerinin tutarını da tazmin ettirmelidir. Bu görüş bana haklı gelmektedir."

Fakat, düşünceler daha da ileri gitti. Borçlunun sorumluluğu sadece kasıtla sınırlanıyordu. Beklenmedik halden dolayı malın telef olması borçluyu tamamen sorumluluktan kurtarıyordu. Ayrıca borçlu malı kamuya

açık bir yere (meselâ bir tapınağa) tevdi etmek imkânına sahipti ve bu da onu borcundan kurtarıyordu[183].

Bu şekilde; alacaklı temerrüt halinde iken, borçlu, ifada bulunarak borcundan kurtulabilir. Borç konusu resmî veya özel bir yere tevdi edilir: *Deposito* (TBK. m. 107). Malı, *magistra*'nın tayin ettiği bir yere, veya korunan, güvenli bir mahalle bırakabilir. Mal bozulabilecek bir şeyse, hâkim izni ile, alacaklı hesabına satılabilir (TBK. m. 108).

Ancak, uygulamada, alacaklının temerrüdüne (*mora creditoris*) daha az rastlanır. İlk imparatorluk devrinden itibaren borçluların, borçlu oldukları eşyayı bir tapınağa koymaları âdeti başlamıştır (günümüzde, alacaklı - meselâ kiraya veren- alacağını almaktan kaçınırsa, borçlunun, para, kira tutarını bankaya yatırması, yatırmak istemesi gibi).

Iustinianus hukukunda, alacaklının temerrüdü, malı açıkça tevdi edip, alacaklının emrine koymuş olan borçluyu borçtan kurtarırdı (bkz. TBK. m. 106-107)[184]. Alacaklı temerrüdü, alacaklının, ifayı kabul ve borçlunun uğradığı zararı tazmine hazır olduğunu beyan etmesiyle ortadan kalkar.

2. Datio in solutum (İfa Yerine Temlik)

Borç ilişkisinin ortadan kalkması için, borcun konusu yani edim ne ise onun ifası gerekir. Meselâ, para borcunu nakit olarak ödemek. Alacaklı razı değilse, öngörülenden başka bir şey verilemez.

Paulus, D. 12,1,2,1;

... alacaklının rızasına aykırı olarak, edim yerine başka bir şey verilemez (… *quia aliud pro alio invito creditor; solvi non potest.*)

Bazen borçlu, alacaklının rızası ile, borç konusu yerine başka bir konuyu yerine getirmekle de, borcundan kurtulabilir. Borçlu, ancak alacaklının rızası ile kararlaştırılan konudan başka bir konuyu ifa edebilir. Borçlu, borçlandığından başka bir şey vermek isterse, meselâ, yediyüzelli milyon liralık borcu yerine, evindeki değerli bir tablosunu vermek isterse, alacaklı bunu kabule zorlanamaz. Ancak, alacaklı kendi isteğiyle, esas edimin yerine başka bir malın verilmesini kabul ederse, bu takdirde, borçlu borcundan kurtulur. Alacaklı bu tablonun maliki olur ve borç sona erer.

Borç; bu halde *datio in solutum* (ifa yerine başka bir şeyin verilmesiyle) ortadan kalkmıştır. Bu duruma hukukumuzda, "ifa makamına temlik" denilmektedir[185].

Datio in solutum halinde borcun, hukuken, doğrudan doğruya (*ipso iure*) sona erip ermediği konusu, *Sabiniani* ve *Proculiani* mektepleri arasında ihtilaflı idi. *Sabiniani*'ler, borç münasebetinin *ipso iure*, hukuken ortadan kalktığı kanısında idi. *Proculiani*'lere göre ise, aksine borç münasebeti, hukuk açısından devam eder, fakat alacaklı her hangi bir talepte bulunursa, borçlu kendisini bir *exceptio doli* (hile def'i) ile savunabileceğinden, borç münasebeti ancak def'i yolu ile (*ope exceptionis*) sona ererdi.

Iustinianus hukukunda, *Sabiniani* mektebinin görüşü kabul edilmiştir. Yani borç hukuk açısından ortadan kalkar.

Ayrıca, Iustinianus bazı zorunlu hallerde, alacaklının *datio in solutum*'u kabule mecbur olduğunu kararlaştırdı: Nakit paranın kıt olduğu o devirlerde, borçlu, para yerine bir taşınmaz malı vermeyi teklif ediyorsa, alacaklı bunu kabul etmeye mecburdu (mecburî ifa makamına temlik). Taşınmazın değeri takdir edilir (*aestimatio*) ve tutarı üzerinden borç sona ermiş sayılırdı[186].

Günümüz hukukunda ifa yerine temlik bütün hukuk düzenlemeleri tarafından kabul edilmiştir. Fakat, bazı kanunlar bunu açıkça ifade etmemiştir. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunları bundan açıkça söz etmez. Fransız Medeni Kanunu bunu dolaylı bir şekilde tanır. Alman BGB ve İtalyan MK.'unda bu konuya özel maddelerle düzenlenmiştir (BGB 1364 ve İtalyan MK. 1197)[187].

3. Yenileme: Novatio (TBK. m. 133)

Yenileme (*novatio*[188], tecdit), eski bir hukuki ilişkinin yerini almak üzere, yeni bir hukukî ilişki üzerinde anlaşmayı ifade eder[189].

Ulpianus *Novatio*'yu (yenilemeyi) önceki borcun yeni borca dönüşmesi olarak kabul eder.

Novatio (yenileme) ile de borç sona ererdi. *Novatio*, aynı konuda yeni bir borcun, *stipulatio* yoluyla, eski borcun yerini almasıdır.

Roma hukukunda, yenileme, sadece *stipulatio* ile yapılabilirdi. Modern hukuklarda ise, *novatio* bir borcu kaldırıp yerine yenisini koymak üzere yapılan her türlü anlaşmadır. Fakat, bir *novatio*'nun söz konusu olabilmesi için, eski borca mutlaka yeni bir konu eklemek gerekirdi. Bu şekilde, ya eski borcun kapsamında bir değişiklik olur veya taraflardan birisi, yani alacaklı veya borçlu değişir. Bu şekilde, yenileme için önceden mevcut bir

borcun bulunması -bu tabiî, davasız borç da olabilir- ve yeni borcun da şekil açısından geçerli olması gerekir.

Yeni borç içinde, gerçekten yeni olan bir unsurun bulunması gerekir. Bu yeni unsur, borcun kapsamında yer alabileceği gibi, taraflar bakımından da olabilir.

Borcun kapsamındaki değişiklik, meselâ, vadenin değiştirilmesi, tediye yerinin değiştirilmesi, teminat ilavesi veyahut borcun sebebinin başka hale getirilmesidir: Meselâ, alım satımdan doğan bir borç, *stipulatio* borcu haline getirilebilir. Bu takdirde, tarafları aynı olan yeni bir borç, eskisinin yerini maktadır.

Tarafların değiştirilmesi ile de, yenileme olabilirdi. Eski alacaklının yerini, aynı borç için, yeni bir alacaklı alabilir.

Novatio eski borcu ortadan kaldırıp, yeni bir borç yarattığı için, sona eren eski borçla birlikte, ona bağlı olan fer'î (yan) borçlar da sona erer.

Klâsik hukukta, yenileyici *stipulatio* (*novatio*) önceki borcu *ipso iure* sona erdirirdi. Iustinianus hukukunda ise, tarafların, eski borç yerine yenisini getirmek niyetlerini (*animus novandi*) açıkça ortaya koymuş olmaları şart koşuldu. Ancak, açıkça kararlaştırıldığı zaman, *novatio* vardı. Aksi takdirde, birinci borç geçerli olmakta devam eder ve ikinci borçla birleşirdi[190]. Modern hukuklarda, yenileme (*novatio*) bir borcu kaldırıp, yerine yenisini koymak üzere yapılan her türlü anlaşmadır.

4. İbra: Acceptilato

İbra, alacaklı ile borçlu arasında alacağı ortadan kaldırmak için yapılan bir anlaşmadır[191].

Alacaklı ile borçlu, borcun ödenmeyeceği konusunda anlaşırlarsa, borç hukuk açısından (*ipso iure*) sona erer. Buna ibra denir. İbra, borçlunun rızası ile, alacaklının alacağından feragat etmesidir. Mutlaka bağış olması gerekmez, yani alacaklı alacağından vazgeçerse, borçlusunu ibra ederse (borçluyu berî kılarsa), borç ilişkisi sona erer. Ancak, alacaklının bu konuda fiil ehliyetinin olması gerekir. Bu sebeple ergen küçük (*puberes minores*, 14-25 yaş arası) ibra işlemini yapamaz, ancak yararlanabilir.

İbrada her iki tarafın da rızası gerekir[192].

Roma hukukunun eski devirlerinde ibra, sıkı şekil şartlarına bağlıydı.

Acceptilatio, hayalî bir ifadır ve sözlü şekilde *stipulatio* ile yapılır. Yalnız soruyu soran borçludur; "Sana vadettiğimi, almış olarak kabul ediyor musun?" diye sorar; alacaklı da, "aldığımı kabul ediyorum" diye cevap verirdi.

Önceleri, yalnız *stipulatio*'dan doğan borçlar, bu şekilde ibra edilebilirdi. Cumhuriyet devrinin sonlarından itibaren, (M.Ö. I. yüzyıl) her çeşit borcun bu şekilde ibra edilebilmesi mümkün hale geldi. Öncelikle, mevcut borçlar, *novatio*, yoluyla bir *stipulatio* borcu haline getiriliyor, sonra da *acceptilatio* ile sona erdiriliyordu. Iustinianus hukukunda bu sözlü şekil zorunluluğu da kalktı. Zaten, hukukî işlemlerde tarafların irade unsuruna daha çok önem verilmeye başlandığı zaman, eski şekilcilik gevşemiş, *acceptilatio*'nun kendisine özgü sıkı sınırları aşabileceği kabul edilmişti.

Acceptilatio şeklindeki ibra ile borç hukuken, *ipso iure* sona erer. Esas borca bağlı, fer'î (yan) borçların borçluları da; meselâ, kefiller de borçtan kurtulur.

Praetor hukukunda ibra şekli; ileride göreceğimiz gibi *pactum de non petendo*'dur (borcun istenmeyeceği anlaşması).

5. Davanın Tespiti: Litis contestatio

Davanın tespiti (*litis contestatio*), usul hukukunda borcu sona erdiren sebepler arasındadır. Özel Mahkemeler Düzenlemesinde (*Ordo Oudiciorum Privatorum*) *litis contestatio* ile *magistra* önündeki aşama bitmekte ve hakim önündeki aşama başlamaktadır. Davacının praetordan aldığı *formula*'yı davalıya tebliğ etmesi ve davalının *formula*'nın kapsamını kabul etmesinden ibarettir. Bu anda, önceki mevcut borç sona ererdi. Alacaklı artık o borç ilişkisinden yararlanamaz ve borçlunun borcunu verme mecburiyeti, mahkûmiyete uyma mecburiyetine dönüşürdü[193].

Davanın tespiti demek olan *litis contestatio*'nun da borcun sona erme sebeplerinden olduğunu Gaius yazmaktadır. Bir ihtilaf *litis contestatio* aşamasına gelince, davaya sebebiyet vermiş olan borç ilişkisi, artık bir "usul hukuku ilişkisi" haline gelmiştir. O ana kadar borçlu borcunu ödeyecekti; bu andan itibaren başka bir borcu oluşmuştur: Bu da, hâkimin kararına uymak yükümlülüğüdür. Bu açıdan borcu, adeta yenilenmiş, önceki borcu sona erip, yerini yenisi almış gibidir. Bu da; *formula* usulünde, *litis contescatio*'dan sonra davanın neden bir daha görülemediğini açıklar[194].

Litis contestatio, Iustinianus hukukunda eski niteliğini kaybetmiştir. Bu sebeple, artık borcun sona ermesi sebepleri arasında sayılmamıştır.

6. Birleşme: Confusio

"Alacaklının hakkı ve borçlunun borcu aynı kişide birleştiği zaman borç sona erer"[195]

Pomponius'un (D. 46,3,107) *stipulatio*'ya uyguladığı bu kural zaten kendisini kabul ettiren genel bir kapsama sahipti[196]. TBK.m. 135/1, hemen hemen, bu kuralı tekrarlamaktadır: Alacaklılık ve borçluluk nitelikleri aynı kişide birleşirse borç sona erer.

Confusio, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birbirine karışmasıdır. Gerçekten borçlu ve alacaklı aynı kişi olursa, borcun varlığı imkânsız hale gelir. Diğer taraftan borçlu ile alacaklı aynı kişi haline gelirse, alacaklı, alacağını almış gibi olur.

Confusio, yani alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, genellikle miras yolu ile halefiyet neticesi meydana gelir. Borçlu ile alacaklı sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer. Meselâ, borçlu kendi alacaklısının mirasçısı olursa, alacaklı olduğu malın maliki olur. Kölenin işlediği suçtan dolayı *actio noxalis* açabilecek kimse, kölenin maliki durumuna gelirse, *confusio* (birleşme) gerçekleşir.

Birleşme (*confusio*) ile kefalet borcu da sona erer: Kefil ile alacaklı aynı şahıs olurlarsa, kefalet düşer, çünkü esas borç kalmamaktadır; kefalet ise fer'î (yan) borçtur.

Borçlu ile kefil aynı kişi haline gelirse kefalet yine düşer. Zira; borçlu kendi kendisinin kefili haline gelmektedir[197].

7. Takas: Compensatio

Takas (*compensatio*), iki kişi arasında karşılıklı borç ve alacak münasebetleri mevcut olduğu zaman karşılıklı talep haklarının birbirinden mahsup edilmesi, çıkarılmasıdır. Yani, bir borç, benzeri diğer borcu ortadan kaldırır (bkz. TBK. m.139/1)[198].

Mesela, Primus'un aldığı ödünç para için Secundus'a 5.000 € (EUR), Secundus'un ise, teslim ettiği mallar için ona 4.000 € (EUR) borcu olsun. Normal olarak, her birinin diğerine borcunu ödemesi gerekir, ancak bu

çözüm yolu pratik değildir. Paranın götürülmesi sırasında kaybedilmesi ve çalınması tehlikelerinin yanında, ilk ödeyen diğerinin ödeme güçlüğü, hatta imkânsızlığı ile karşılaşabilir. Bu sakıncaları önlemek için daha düşük borcun sona ermesi olan takas (*compensatio*) borcun bir sona erme sebebi olarak düşünülmüştür. Örneğimizde, daha az olan Secundus'un borcu (4.000 €) ortadan kalkar. Primus'un borcu 1.000 € (EUR)'ya iner[199].

Takas ancak Iustinianus hukukunda borcu *ipso iure* (hukuken) sona erdiren genel bir şekil haline gelmiştir.

Klâsik devirde, tanınan takas imkanı, tarafların kendi aralarında anlaşarak *pactum* yolu ile yaptıkları takastır. Bu anlaşmaya rağmen, taraflardan biri dava açarsa, diğeri bir def'i (*exceptio*) ileri sürerek borçtan kurtulurdu.

Iustinianus, bu sona erme sebebinin hukuk açısından (*ipso iure*) olduğunu belirtmektedir. Şu halde mahsup yapılacak hallerde borç, kendiliğinden o tutarda sona ermekte, hâkim mahkûmiyet kararını aradaki fark üzerinden vermekteydi. Klâsik hukukta ve eski hukukta ise, takasın def'i yoluyla (*ope exceptionis*) sona erme sebeplerinden olduğu anlaşılmaktadır. Iustinianus devrinde, borcun hukuk açısından (*ipso iure*) sona erme sebebi olduğu ve takas halinde faiz vs. gibi fer'î (yan) borçların da sona erdiği kabul edilebilir. Ancak bu konu, romanistler arasında münakaşalıdır.

Takasın mümkün olabilmesi için aşağıdaki şartlar gereklidir:

1- Karşılıklı borçların tarafları aynı olmalıdır. Ayrıca, mirasçı müteveffanın; kefil esas borçlunun; müteselsil borçlular birbirlerinin alacaklarını, takas konusu olarak ileri sürebilirler.

2- Takası istenen borçların ikisi de muaccel (talep edilebilir), durumda olmalıdır[200].

3- Alacak konuları aynı neviden mislî mallar olmalıdır. (Meselâ, her iki tarafın da para borcu olmalıdır).

En fazla takas konusu olarak karşılaşılan mal, paradır[201].

Klâsik devirde takas, yalnız iyiniyet davalarında ileri sürülebilir, hâkim mahkûmiyet tutarını indirebilirdi. Muameleye ilk defa, dar hukuk davalarında, banker işlemleri için başvurulmuştur. Takas, bankerlerle olan cari hesaplarda uygulanmıştır. Bankerlik işleriyle meşgul olanlar, alacaklarını talep ettikleri zaman, aynı neviden olan borçlarının da mahsubunu yapmak zorundaydılar. Bankerin; hesabın borcunu ve kredisini

hesaplamak ve ancak para talep etmek yükümlülüğü vardı. Bu kanuni yükümlülük, her hesap sahibinin, her gün hesabının tutulması gerektiğinin bir sonucuydu. İmparator Marcus Aurelius'un bir emirnamesi hukukî takası ihdas etmiştir. Alacaklı, kendisi de borçlu olduğu halde alacağının tamamını talep edemez. Davacının; kendisinin davalıya olan borç tutarını düşmeden, alacağını talep etmesinin, dürüst bir hareket olmadığı, kötü niyetle hareket ettiği, kabul edilmiştir[202]. Kendisine karşı *exceptio doli* ileri sürülürdü.

Nihayet, Iustinianus hukukunda, genel olarak dava edilen borçlu, aynı zamanda alacaklıysa, karşı dava ile takas istemeye başlamıştır[203].

II. Ope Exceptionis (def'i Yoluyla) Borçların Sona Erme Sebepleri:

Def'i yoluyla sona erme sebepleri çeşitlidir. Bunlar, praetor hukuku ile birlikte uygulama alanına girmiştir.

Exceptio'nun başlıca işlevi, dava yoluyla istenen bir borcu hükümsüz bırakmak, davalının beraat etmesi olduğuna göre, hile (*exceptio doli*), tehdit (korkutma) (*exceptio metus*), *Macedoniani*, *Vellaeani*, *legis plaetoriae* def'ileri ile, *exceptio longi temporis*; (uzun zamanaşımı def'î) (TBK. m. 146 vd.) gibi bütün def'iler birer borcun sona erme halini teşkil ederler.

1. Pactum de non petendo: Borcun İstenmeyeceği Anlaşması

Pactum de non petendo, borcun istenmeyeceğine dair alacaklı ve borçlu arasında yapılan bir anlaşmadır. Borcun bir *ope exceptionis* (def'i yoluyla) sona erme şeklidir.

Alacaklı ile yapılan borçludan ifayı talep etmeyeceğine dair, şekilsiz anlaşma *pactum de non petendo* (talep etmeme anlaşması), *acceptilatio* (borcun ius civile'ye göre ibrası) borçtan kurtarmakla beraber, *acceptilatio* borcu *ipso iure* (hukuken) sona erdirir. *Pactum de non petendo* ise, anlaşma def'ine yol açardı. Bununla borçlu, borcu inkâr etmez, fakat yapmış olduğu talep etmeme taahhüdüne rağmen, alacağını elde etmek için dava açan alacaklıya karşı def'i olarak, yapmış oldukları anlaşmayı ileri sürerdi. Anlaşma hükmü yalnız tarafları bağlardı. İstisnaen, ferî (yan) borçlu olması bakımından kefili de kurtarırdı[204].

Praetor hukuku, *ius civile*'nin *acceptilatio*'suna (ibra) paralel olarak bir *pactum de non petendo*, yani alacağın istenmeyeceğine dair, alacaklı borçlu arasında yapılan bir *pactum* kabul etmiştir. *Pactum*'lar borç doğurmadığından, böyle bir anlaşmadan sonra alacaklı *ius civile*'ye göre alacağını yine bir dava ile takip edebiliyordu. Praetor, bu taktirde borçluya bir *exceptio pacti conventi* (yapılan anlaşma def'i) tanımış, bu suretle şekilsiz bir ibra anlaşması olan *pactum de non petendo*'dan sonra alacaklının açtığı davanın sonuçlarını ortadan kaldırmıştı[205].

2. Praescriptio longi temporis: Uzun Zamanaşımı Defi

Uzun zaman aşımı def'i, borcu *ope exceptionis* sona erdiren bir sebeptir. İmparator II. Theodosius'un M.S. 424 yılında çıkardığı bir emirname ile öngördüğü ve vadesi geldiği halde, otuz yıl boyunca takip edilmemiş olan borç için, dava hakkının sona erdiğini öngören bu kural, borç ilişkilerinden doğan bütün davalara uygulanmıştır.

3. Borçların Diğer Sona Erme Sebepleri

Bazen, parça borçlarında, borcun ifası borçluya yüklenemeyen bir sebepten, borçlunun kusuru olmadan (beklenmedik olay: *casus fortuitus*, mücbir sebep: *vis maior* dolayı) imkânsız hale gelebilir. O zaman, borçlu borcundan kurtulur.

Hukuk özdeyişi, "imkânsızlıktan dolayı hiç kimse sorumlu değildir" demektedir. *Impossibilium nulla obligatio*: İmkânsız bir konu üzerinde borç ilişkisi kurulamaz.

Yalnız bu imkânsızlık parça borcu içindir. Nevi borcu, meselâ, 100.000 lira para borcu, yahut 50 torba çimento veya 200 yumurta borcu, hiçbir zaman imkânsız hale gelmez.

Parça borcu olan edim, beklenmedik olay (*casus fortuitus*) veya mücbir sebep (*vis maior*) sonucu imkânsız hale gelmelidir. Borcun konusu kısmen telef olmuşsa veya kısmen ifa mümkünse, edim bölünebilir ise, borçlu geri kalan kısmı ifa ile yükümlüdür[206].

Bazen, edim imkânsız hale gelince, borçlu başka bir yükümlülük altına girer. Meselâ, Iustinianus hukukunda, satıcının sattığı mal, üçüncü kişinin

haksız fiili ile telef olursa, satıcı haksız fiilden doğan davalarını alıcıya devretmek zorundadır.

Bazı hallerde borçlunun ölümü borcun sona erme sebebi olur: Şirket ve vekâlet akitlerinde bu şekildedir. *Facere* borçlarında da, borçlunun şahsı önemli olduğundan, borç ölümle sona erer.

Haksız fiillerden doğan borçlarda, Roma hukukunda, ceza niteliğinde olanlar failin ölümüyle sona erer: tazminat borcu niteliğinde olanlar mirasçılara intikal ederek devam eder[207].

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORÇLARIN ÖZEL KISMI

§ 9.BORÇLARIN OLUŞUMU

Borçları oluşum sebeplerine göre sınıflandırmak Romalı hukukçulardan gelmektedir. II. yüzyılda yazılan ve gerek daha sonraki Roma Hukuk ilmi, gerek modern kanunlaştırma hareketlerinin sistematiğinde önemli etkileri olan Gaius'un *Institutiones* isimli ders kitabında Borçlar Hukukuna ait kısmın başında "bir borcun ya akitten yahut haksız fiilden" doğduğu cümlesi yer almaktadır. Bu görüş şekli, o devirden beri doktrin ve mevzuatta borçlar hukukunun sistematiğine hâkim bulunmakta ve bütün modern kodifikasyonlara temel teşkil etmektedir. İngilizler de, bizim Borçlar Hukuku dediğimiz alanı, iki büyük kısımda incelemektedir; Law of Contracts (akitler hukuku) ve Law of Torts (haksız fiiller hukuku).

Borçlar Kanununun birinci bölümü Borç İlişkisinin Kaynaklarını, ikinci bölümü Borç İlişkisinin Hükümlerini, üçüncü bölümü Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesini, Zamanaşımını düzenlemektedir. Konunun bu ayrıma göre incelenmesi de Roma Hukukundan gelmektedir.

Borçların kaynakları açısından borçların akitten veya haksız fiilden doğması şeklindeki ikili ayrım, bütün borç meydana getiren olayları kapsamamaktadır. Örneğin, vekâletsiz iş görme (TBK. m. 526 vd.) ne akde, ne de haksız fiile dayanır. Hısımlar arası nafaka yükümlülüğü (TMK. m. 364), vasi ile vesayet altındaki kişi arasındaki yükümlülükler de bu şekildedir.

Bunu, Romalılar da anlamışlardı: Gaius Institutiones'ini tamamlayan başka bir eserinde "*Res Cottidinae*" ve *Digesta*'da, borçların meydana gelişine ait üçüncü bir büyük kategori olarak akitlerin ve haksız fiillerin yanına renksiz bir grup olan "diğer çeşitli sebepler" eklenmiştir. Gaius, D. 44,7,1, pr.: Borçlar ya bir akitten, ya bir haksız fiilden veya diğer çeşitli sebeplerden doğar.

Bu tasnif şeklini İtalyan Medeni Kanunu benimsemiştir: Bu kanuna göre borçlar, akitten, haksız fiilden ve hukuka göre bir borç oluşturmaya uygun herhangi başka bir fiil veya olaydan doğarlar.

Iustinianus'un *Institutiones*'inde bu üçüncü kategori iki gruba ayrılıyor: Akit benzerleri ve haksız fiil benzerleri.

Bu şekilde, Iustinianus hukukunda dörtlü ayrım oluşmuştur: Akit (*contractus*), 2. Akit Benzeri (*quasi contractus*), 3- Haksız Fiil (*delictum*),

4. Haksız Fiil Benzeri (*quasi delictum*).

Ancak, *Iustinianus*'un bu ayrımı da yeterli değildir. Akit benzerlerinden doğan borçların akit olmadığı belirtilmekle beraber, haksız fiil benzerlerinden doğan borçların kökenleri belirtilmemektedir. Bunlar *praetor* hukuku tarafından hukuka aykırı kabul edilerek, haksız fiili işleyene karşı dava açılan fiillerdir. Bundan başka hiçbir ortak unsur belirtilmemektedir[1].

Akit benzerleri: vekâletsiz iş idaresi (*negotiorum gestio*) , müşterek mülkiyet (*communio*) , muayyen mal vasiyeti (*legatum*) , vesayet (*tutela*) ve sebepsiz zenginleşmelerdir.

Kuvvetli bir ihtimale göre, Bizans biliminin meydana getirdiği bu benzer kategoriler için ortak kıstaslar koymaya imkân yoktur. Bununla birlikte, Bizans kökenli bu düşünce şekilleri modern mevzuat üzerinde etkili olmuştur. Fransız Medeni Kanunu; akitler ve taraflar arasında akit olmadan oluşan yükümlülükler arasında bir ayrım yapar ve bu sonuncuları akit benzeri, haksız fiil ve haksız fiil benzeri şeklinde ayırır. Esas hatları itibariyle Fransız Code Civil'in tercümesi olan Baden Land Hukukunda "akit benzerleri" için "yarım akit" ifadesi kullanılıyordu. Bu konuda; Avusturya'lı bir hukukçu, aynı derecede isabetle, "bekâr bir adama yarı evli" denebileceğini yazmaktadır.

Hindistan'a mahsus Akitler Kanununda "akitle meydana gelen ilişkilere benzeyen ilişkiler" ifadesi kullanılmıştır. Bunun dışında, "akit benzeri" kategorisine, başka bir anlamda olmakla birlikte, İngiliz ve Amerikan hukuk biliminde de rastlanmaktadır.

Bu dörtlü ayrım Ortaçağda devam etmiş, ve Pothier tarafından kabul edilmiş ve Fransız medeni kanununda yeralmıştır.

Sözleşmelerin ayrımı uygulama alanındaki hukukçuların değil hukuk bilginlerinin eseridir.

Türk Borçlar Kanunu "benzeri" kategorilerini kullanmamıştır.

Türk Borçlar Kanununun genel kısmında, Roma Hukukunun ayrımına uyularak, önce akitten doğan borçların hükümleri (TBK. m. 1-48), sonra haksız fiilden doğan borçların hükümleri (TBK. m.49-76) düzenlenmiştir. TBK.'nın 77 vd. maddelerinde haksız bir fiil ile mal edinmeden doğan borçlar sebep olmadan, başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşme (sebepsiz zenginleşme) üçüncü grup olarak eklenmiştir. Diğer sebeplerden doğan başka borçlar ise, kanunun çeşitli kısımlarına dağılmıştır.

Borçlar Kanunu'ndaki akitler ve haksız fiiller şeklindeki ayrım da çok açık değildir. Zira borçlar, sadece akitlerden değil, fakat tek taraflı hukukî muamelelerden de meydana gelirler. Haksız fiiller arasında düzenlenen olayların hepsi de, kelimenin sözlük anlamında haksız fiil olmayıp, sorumluluk doğuran başka tür zararları da ifade eder (meselâ, hayvanlar, binalar, inşaat eserleri nedeniyle sebep olunan zararlar).

I. Borçların Kaynakları

Ortaya bir borç ilişkisi çıkaran hukukî olaylara "Borcun Kaynakları" denir. Romalılar buna, borçların doğuş sebepleri anlamında *Causae Obligationum* (Borçların Sebepleri) derlerdi.

Roma Hukuku metinlerinde, borcun hangi kaynaklardan doğduğunu gösteren birkaç parça vardır.

Belirtildiği gibi, hukukçu Gaius'a göre (I. 3. 88), borçlar, ya akitten veya haksız fiilden doğarlar.

Sözleşme ile, iki taraf, birbirine uygun olan rızalarını beyan ettikleri için borç doğmaktadır. Haksız fiilde ise, taraflardan birisi hukuka aykırı bir harekette bulunmuş olduğu için borç doğar. Meselâ, çalma, yaralama vs. gibi hallerde meydana gelen zararı ödemek mecburiyetine düşmek, tazmin etmek bir borçtur.

Bu ayrım, doğru ve sağlam bir ayrımdır. Zamanımızda, bütün hukuk sistemlerinde, İngiliz Hukuku dahil, mevcuttur. Bizim Borçlar Kanunumuz da borçların akitlerden ve haksız fiillerden doğduğunu söylemektedir. Yalnız, bu tasnif eksik kalmaktadır, çünkü akit veya haksız fiil olmayan bazı olaylar da, borç oluşturmaktadır. Bu sebeple, TBK.'u borç kaynağı olarak "sebepsiz zenginleşmeyi" de, üçüncü kaynak olarak eklemiştir.

Belirtildiği gibi, Romalılar bunu hissetmişlerdi. Digesta'da Gaius'dan alınan bir parçada (D. 44, 7, 1 pr. Gai. *Res cottidianae*) , borçların "akitlerin, haksız fiillerden veya diğer çeşitli sebeplerden" doğduğu yazılıdır. Buradaki çeşitli sebepler (*variarum causae*) muğlak bir ifade olduktan başka, Gaius'a, birbirinden farklı iki açıklama şekli izafe etmek gariptir. Muhtemelen, Iustinianus'tan önceki yüzyıllarda ders kitabı olarak kullanılan Gaius'un Institutiones'inde, ihtiyaç duyulduğu için, böyle bir değişiklik yapılmış, IustİnianUs, değişik metni aynen almıştı[2].

Nihayet, **Iustinianus'un Institutiones**'indeki bir paragrafta (I. 13,3,2), borçların "akitten, haksız fiilden, akit benzerinden ve haksız fiil benzerinden" doğdukları ifade edilmektedir: *Contractus*, *delictum* (veya *maleficium*), *quasi contractus* ve *quasi delictum*, yani akit ve haksız fiil benzerleri olarak vasıflandırılan haller, herhalde daha önceki metinde "çeşitli sebepler" diye anılanlardır. Son İmparatorluk devrinde ortaya çıkmışlardı. Fransız Medeni Kanunu (Code Civil), bu dörtlü ayrımı aynen benimsemektedir.

Burada değişik sebepler oldukça dağınık bir şekilde biraraya getirilmiştir. Vekâletsiz iş idaresi, bir mirasçının ifa etmekle yükümlü olduğu belirli mal bırakma (*legatum*)[3] hata sonucu yapılan ödeme, kasıt veya ihmalle hukuka aykırı olarak yanlış karar veren hâkimin (hakemin) ödeyeceği tazminat, bir binadan kamuya ait yola düşen eşya, armatör, hancı ve ahır sahiplerinin, kendilerine bırakılan malların çalınması ve zarar verilmesinden sorumluluğu[4].

Akit benzeri ve haksız fiil benzeri kategorileri pek açık değildir. Akit benzerleri, niteliklerinde, akitlere göre eksiklik gösteren fakat yine de borç doğuran çeşitli ilişkilerdir. Rızanın eksikliği akit benzerlerinin akitler kategorisinde yer almasını engeller. Haksız fiil benzeri altında ise, özellikle, praetor'un haksız fiil olarak kabul ettiği bir takım ilişkiler toplanmıştır; bunların ortak yanı; hepsinin praetor hukuku tarafından tanınmış olmalarından ibarettir.

Borçlar Kanunumuz, akit ve haksız fiilleri borç kaynağı olarak kabul ettikten sonra, bunlara, "haksız mal iktisabından doğan borçlar"ı da ilâve etmektedir. Bunlar sebepsiz zenginleşmelerdir ve Roma'da akit benzerleri arasında tasnif edilmişlerdi.

Diğer akit ve haksız fiil benzerleri, kanunumuzun çeşitli yerlerine dağılmışlardır. Biz sırasıyla, akitler, haksız fiiller, akit benzerleri ve haksız fiil benzerlerini göreceğiz. Bu arada, uzun yüzyılları kapsayan borçların oluşumuna, tarihî gelişmesi içinde değinilecektir.

Bu şekilde, borçları oluşturan fiiller veya eylemler "borçların kaynakları" olarak ifade edilir. TBK.nın birinci bölümü, borçların oluşmasında üç tip öngörür: akitten doğan borçlar (m. 1-48), haksız fiilden doğan borçlar (m.49•76), sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar (m. 77-82).

Bu üç tipin dışında, doğrudan doğruya kanun tarafından öngörülen diğer borç kaynakları da vardır. Meselâ, akit olmamasına rağmen, akitlere ilişkin

hükümlerden sonra düzenlenen vekâletsiz iş idaresi (TBK. m.526 vd.). Aynı şekilde, meselâ, mirasçıya veya kendisine belirli bir mal bırakılan kişiye, belirli bir mal vasiyetini yerine getirme borcu yüklenebilir (TMK. m.517).

Borç kaynakları sorunu, hukukî muamelelerin iç gelişmesine bağlıdır. Bu durum da, bizi somut olarak borçların ayrımına dayanan tarihî ve iktisadî gelişmeyi dikkate almaya götürür.

1. Borç Kaynakları Konusunda XII Levha Kanununun Şekilci Rejimi

XII Levha Kanununun uygulandığı eski hukuk devrinde borç kaynakları, usul hukukunun ilkel şekilciliğine sıkı bir şekilde bağlı idi. Usul kuralları, hem maddî temeli, hem de borcun sebebini kapsıyordu. Usul kuralları, karara ve icraya götürüyordu. Bu dava sırasında bir borç sebebinin varlığının belirlenmesi için ve borçluya karşı icranın uygulanabilmesi için, kanunlar tarafından ayrıntılarıyla düzenlenmiş ve muhtemelen bu sebeple kanunî davalar (*legis actiones*) adını alan bazı şekilci muamelelere başvurmak gerekiyordu. O davalar sırasında, alacaklı — davacı, sebebini belirterek, iddiasının dayandığı borcun kaynağını ileri sürmek zorundaydı. Meselâ, vaad etme sebebiyle bana 100 borçlusun[5].

Alacaklı hakkını elde etmek için öngörülen dava şekline uymak zorundaydı.

M.Ö. III. yüzyıla kadar süren XII Levha Kanunu devrindeki tarım toplumunun eski hayatı, borç kaynağı oluşturan çok az sayıda hukukî muamele tanıyordu. Bu sebeple, bu devirde, çok gelişmiş bir borç kaynağı sistemi beklememek gerekir. Birkaç basit hukukî muamele, iş hayatı için yeterli oluyordu. Bu durum, ürettiğini tüketen bir şekilde yaşamaya alışık aileler arasındaki değişimlere ve o devrin ticaret hayatına yetiyordu. *Mancipatio*'ya benzer bir şekilci muamele olan *nexum*,[6] ödünç olarak erzak, tohum veya para alınmasını mümkün kılıyordu. Bunun geri verilmesi (tutarı ve faizleri) bizzat borçlunun şahsı ile temin ediliyordu.

Şekilci sözlerin karşılıklı söylenmesiyle oluşan *sponsio* (*Spondes mihi centum dari-Spondes*: Bana 100 vermeyi, taahhüt ediyor musun? — Taahhüt ediyorum) belirli malların ve belirli miktar paranın ifasını vaad etmeye yarıyordu.

Muayyen mal vasiyeti de (*legatum per damnationem*) , mirasçıyı, bir kimseye bir mal veya bir miktar para bırakmak isteyen müteveffanın

arzusunu yerine getirmeye, mecbur ediyordu[7].

Sonraları bu tip muameleler yanında, özellikle XII Levha Kanunu tarafından düzenlenen birkaç özel hukuk suçu buluyoruz: *Furtum* (hırsızlık, sonraları emniyeti kötüye kullanma, dolandırıcılığı da kapsamıştır), *iniuria* (kişinin fizik ve manevî varlığına tecavüzler). *Iniuria*'yı oluşturan müessir fiiller, yaralama ile sonuçlanabilir veya ilk anda iz bırakmaz. Kanun, bu özel hukuk suçlarına para cezasıyla müeyyide getiriyordu. Bu şekilde, hukuk düzenlemesi, borç kaynaklarının bir listesini oluşturuyordu. Belirli bir fiilin borç yaratıp yaratmadığını belirlemek için, hâkimin bu sıralamada öngörülen hallerle karşılaştırması gerekiyordu[8].

2. M.Ö. III. Yüzyıldan İtibaren Meydana Gelen Değişiklik ve M.S. I. Yüzyıla Kadar Borçlar Sistemi: Re (mal ile) - Verbis (söz ile) - Litteris (yazı ile) - Consensu (rıza ile).

M.Ö. III. yüzyıldan itibaren Roma toplumunda gelişmeye başlayan ticarî faaliyet, Pön savaşlarının hem sebebi, hem de sonucudur. Bu değişiklik; XII Levha Kanununa bağlı olan borç sisteminin sertliğini ve yetersizliğini ortaya çıkarmaya başlamıştır. Esas olarak; bir taraftan düzeltme çalışmaları, diğer taraftan *Praetor* hukukunun uygulamalarına dayanan yeni bir sistemin oluşumu görülmektedir. Tüm bu gelişme, başlangıcından itibaren yeni hukuk biliminin bir ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.

XII Levha sisteminin reformu; *re* (mal ile) — *verbis* (söz ile) — *litteris* (yazı ile) oluşan borçlar ayrımı ile sonuçlanmıştır[9].

Her şeyden önce, hukukçular para tutarları veya belirli mal borçlarının müeyyidesi için daha yumuşak bir düzenleme yapmışlardır. Bu reform, kanunî davalar (*legis actiones*) sistemi içinde ve bu sebeplerle kanunlarla gerçekleştirilmiştir. *Silia* ve *Calpurnia* kanunları, M.Ö.III. yüzyılın ikinci yarısında *legis actio per condictionem*'i[10] ihdas etmiştir. Bu dava hukukçuların yaratıcı yorumuna dayanmıştır. Bu davanın uygulama alanına girmesi, kısa sürede, ihtilâlci bir yenilik olarak ortaya çıkmıştır. Bu iki kanunun getirdiği reform, daha önce kabul edilmiş olan borç kaynaklarını dolayısıyla ilgilendirmektedir.

Bu dava; konusu belirli para ve mal olan borç ilişkilerini kapsar. Soyut bir işlemdir, derhal bir hâkim seçilmesini ihtar eden, şekilciliği az olan bir dava usulüdür.

Bu *legis actio per condictionem*, gerçekten büyük bir yeniliği kapsıyordu. Sadece talebin konusunu belirtiyordu: Konusu belirli para tutarı veya belirli bir mal olan borç ilişkilerini kapsıyordu. Bu şekilde; borcun dayanağı olan sebebinden söz edilmiyordu. Zikredilmeyen borç kaynağını, konu dışında bırakıyordu. Dava; borcun sebebinden soyut olarak açılıyordu. Borcun kaynağı daha sonra, özel bir şekle bağlı olmadan, hâkim önündeki incelemede ileri sürülüyordu[11].

Bununla birlikte; hâkim, kaynağı, dayanağı olan bir borçla, kaynağı, dayanağı olmayan bir borç arasında ayrım yapmaya imkân veren takdir kıstaslarına başvurmadan, borcun varlığını tespit edemezdi. İşte burada hukukçular müdahale ettiler ve XII Levhanın katı yapısına artık bağlı olmayan borç kaynaklarında yeni bir tasnif hazırladılar.

Hukukçuların bu çalışması, en geç, M.Ö. I. yüzyılda tamamlanmıştır ve bir daha (*condictio*)[12] açılmasına elverişli borç kaynaklarının, tam bir listesi yer alıyor ve buna göre dava açma imkanları belirleniyordu. Bu ayrım, borç kaynaklarını, birbirinden farklı tiplere bölerek yeni bir sistemleştirme getiriyordu. Her türün birliği, üzerinde o türden borcun oluşturduğu yapıya dayanıyordu. Borçların türleri; akte dayanan veya akit dışı borcun amacıyla uyuşmaktaydı.

Hukukçular üç tür kaynağı birbirinden ayırmışlardır: Zira; borçlar, aşağıdaki kurallara göre, sözle (*verbis*), yazı ile (*litteris*), mal ile (*re*) oluşuyorlardı.

Söz ile oluşan borç (*verbis obligari*), beyan edilen sözlerle, borç altına girilmesini, ifade eder. Eğer bir kişi, başka bir kimseden, kendisine bir edimi vaad etmesini ister ve o da hemen, olumlu bir şekilde cevap verirse, borç altına girer.

Yazı ile oluşan borç (*litteris obligari*) yazılı kelimelerle, yani yazılı şekle dayanan hukukî muameleyi yaparak, borç altına girilmesini, ifade eder.

Mal ile borçlanmak (*re obligari*) ifadesi, bize biraz değişik gelmektedir. Fakat, Romalı hukukçularının dilinde, kesin bir şekilde, borç kaynağını belirler. Bir kimsede bir malın haksız olarak bulunmasıyla belirlenen bu borç türü, Borçlar Hukukunda önemli yeri olan kesin bir yapıya dayanır[13]. Bu sebeple, temelindeki düşünceyi açık şekilde analiz etmek gerekir: Meselâ, eğer, borç altına giren 100 *sesterius*[14] almışsa, bu paranın maliki olur. Parayı veren, o an için, geri isteyemez. Bu para kendisine verildiği zaman malvarlığı artmıştır. Bununla birlikte; bu tutardaki para malvarlığında pasif bir yer oluşturur. Zira parayı verene karşı bir borç

oluşmuştur. Bu anlamda, alınan para, başkasının parası olarak (*eas alienum*) olarak belirtilebilir. Parayı verenin aynî bir davası yoktur, parasını geri almak için şahsî bir dava açmak zorundadır.

Bu mal ile (*re*) borç durumlarında, başvurulan dava daima *condictio* idi. Muhtemelen; şekilsiz olarak verilen para ödüncüne (*mutuum*) müeyyide getirmek amacıyla ihdas edilmiştir. Bir miktar para veya diğer tüketilen malları, geri almaya olanak sağlamaktadır[15].

Aynı ilkeler ve aynı mekanizma başka durumlarda da uygulanır. Bu önce borç olmayan bir şeyin ödenmesinde (*solutio indebiti*) görülebilir. Meselâ; A (alacaklı) B'ye (borçlu) belirli bir tutarda para veya tüketilebilen bir miktar mal verir. Bu belirli miktardaki para veya mal B'ye, A tarafından borçlu olduğunu sandığı, ancak, gerçekte var olmayan bir borcu ödemek için verilmiştir. Eğer; ödeme veya malın devri ifa sebebiyle (*solvendi causa*) geçerli ise (zira A bir borçtan kurtulmak istemektedir). B malın mülkiyetini kazanır. Fakat; Borçlar Hukuku açısından, borcun gerçekte var olmaması, A açısından mülkiyetin devrinin sürekli olmasını engeller ve B'nin varlığında haksız bir zenginleşme oluşturur.

Mal ile oluşturulan borç tipi (*re obligari*) başka türleri de kapsamaktadır. Meselâ; gerçekleşmeyen bir amaç için, borçlunun malvarlığına bir malın devredilmesi. Eğer bu devir, bir akit çerçevesi içinde yapılmıyorsa — zira o zaman aktin davası açılabilir — alacaklı, borçluya karşı *condictio*'ya (sebepsiz zenginleşme davasına) sahip olacaktı. Bu durumda *condictio causa data causa non secuta* (mevcut olan sebebin daha sonra gerşkleşmemesi) söz konusudur. Bununla birlikte; Romalı hukukçular bu teorik terimi geliştirmemişler, fakat meseleye, olaya dayanan bir şekilde çözüm yolu getirmişlerdir: Günümüzde de, ders kitaplarında sık sık yer alan örnekler bunu gösterir:

A, B'ye seyahat etmesi için bir miktar para vermiş, fakat B seyahat etmemiştir (*Ulp*.D. 12.4.5 pr.).

A, B'ye belirli bir süre sonra azad etmesi için bir kölenin mülkiyetini devretmiştir, fakat sürenin bitiminde borçlu B, köleyi azad etmemiştir (*Ulp*.D.12.4.5.1).

Condictio'nun bu özel gelişmesi, sadece *condictio* denilen yeni davanın uygulanabileceği, kurala uygun bir olaydan doğan borçlara ilişkindir. Kanun tarafından bir müeyyide getirilen özel hukuk suçlarının listesi yeterli durumda görülmeye devam etmiştir. Bir para cezası elde etmek için doğrudan doğruya kanuna ve özel davasına başvurmak gerekiyordu. XII

Levha kanununda öngörülen kanunî suç tipine *furtum* türleri, *iniuria* (müessir fiil), M.Ö.III. yüzyılda *lex Aquilia*'nın hükmü, başkasının malına haksız olarak verilen zararların müeyyidesi, eklenmiştir. Ayrıca, *praetor* hukuku, beyannamede, açık bir şekilde öngörülen bir çok suçun davasını tanımıştır.

3. Yeni Sistem: Rızaî Akitler

Roma'da rızaî akitler M.Ö. III. yüzyıldan itibaren oluşmuştur ve hukukçular M.S.I. yüzyıla kadar rızaî akitlerin sistemleştirilmesini mükemmel hale getirmek amacıyla çalışmışlardır.

Aktin rızaya dayanması kavramı, Roma kökenli değildir. Borç düzenlemesine bu tür borç kaynağı, tüm Akdeniz ticaretinde uygulanan borç yapısı sebebiyle, katılmıştır. Taraflar arasında bir değişimi gerçekleştiren hukukî muameleler, tarafların dürüst bir şekilde hareket etmesini hedef alan hukukî bir disipline tâbi tutulmuşlardır. Hukukçular; rızaî akitleri iyiniyet, dürüstlük -*bona fides*- fikri ile özdeşleştirmişlerdir. Bu objektif dürüstlük yükümlülüğü herkesten beklenmektedir (Aynı görüş, dürüstlük kurallarına yollama yapan TMK.m.2'de yer almaktadır)[16]. Bu doğruluk kuralı, Roma geleneğinde de yer alan, sosyal ahlâk değerine dayanmaktadır. Hukukçular, bu ilkede rızaya dayanan borçları oluşturmaya uygun bir yapı bulmuşlardır ve bu akitleri vatandaşlar hukukunun, Medenî hukukun (*ius civile*) bir kurumu olarak kabul etmişlerdir. *Praetor* hukukunun, onlara müeyyide getirdiği davalar, başlangıcından itibaren *ius civile* davası olarak kabul edilmiş ve iyiniyet davaları (*iudicia bonae fidei*) olarak isimlendirilmiştir. Diğer taraftan, bu akitlerin kökeni uluslararası ticaret uygulamasına dayandığı için, yabancıların da yapabileceği *ius gentium* (evrensel hukuk) akitleri olarak kabul edilmiştir.

Bu yeni akit görüşü; *Cicero*'nun[17] düşüncesine göre, bütün insanları (vatandaş veya yabancıları) birbirine bağlayan âdil ve hakkaniyete uygun ahlâk sisteminin başlangıcını oluşturmuştur.

Bona fides, iyiniyet, dürüstlük kuralının uygulama alanı vesayet, şirket, inançlı akit, vekâlet, alım satım, istisna, hizmet ve iş akitlerine yayılmıştır ve hâkimi, tarafların birbirine karşı olan sorumluluklarını dikkate almasına yöneltmiştir.

Bu rızaî akit tipi, aynı kurallara tabi belirli akitleri kapsayan borç kaynağını oluşturmuştur.

İyiniyet akitlerinin yapılması, her iki tarafa da yükümlülükler getirmektedir. Bu akitler iki taraflıdır, yani bir tarafın borcu, diğer tarafın borcu ile doğrudan doğruya veya dolayısıyla ilişki halindedir. Bu tip aktin ortaya çıkması, kapsamı geniş olan bir yenilik oluşturmuştur. Daha önce; sadece maddi bir değişim (*mancipatio*) veya sadece bir tarafın diğer tarafa borcunu oluşturan tek taraflı borç kaynakları varken, bu akit tipi ile karşılıklı borç kavramı Roma Hukukuna yerleşmiştir.

Tarafların basit anlaşmalarına, rızaya dayanan akitlerin uygulama alanına girmesi büyük öneme sahiptir. Klâsik devir sonuna kadar gelişen bu yeni akit tipleri, borçlar hukukunun bütününü ve bunun da ötesinde tüm hukuk evrenini etkilemiştir. Mallarda değişim ve anlaşma kavramları, bu yeni akit tipi kavramının maymuncuk terimleri olmuştur. Değişimin analizi, hukukî muamele teorisine varmıştır. Anlaşmanın incelenmesi, hukuk modern doktrinine, irade beyanı kavramını hazırlama imkânını sağlamıştır[18].

Anlaşmalar; tarafları, kendi iradeleriyle ve iradelerine göre borç altına sokmaktadır. Anlaşmalar sonuçlarını, şekil ve kanunî dayanak gerektirmeden, dürüstlük ilkesine dayanan yabancılar hukukunun (*ius gentium*) evrensel düzeyine yaymaktadır. Bu ilke; kişileri, sadece iradelerine göre yükümlülük altına sokmaktadır Cicero (De Officium, 2) tarafların anlaşmaları ile yükümlülük altına girmesi kuralının, toplumlarda iyiniyet kurallarına saygı duyan dürüst insanlara dayandığını, tüm uygar milletler tarafından kabul edildiğini, yazmaktadır. “Anlaşma” teriminin kapsamı tüm uyuşmaları kapsamaktadır ve akte dayanan borçlar alanında somut bir hale gelmiştir.

Ulpianus, bu anlaşmaları ayrıntılı bir şekilde anlatmaktadır (D. 2,14,7 pr.): Evrensel hukukun (*ius gentium*) bazı anlaşmalarında davalar, bazılarında def’iler doğar.

1- Kendilerinden dava oluşan akitler, genel bir şekilde, anlaşma olarak isimlendirilir ve aktin kendisine özgü ismini taşırlar: Alım satım, locatio conductio, şirket, âriyet, vedia ve benzer akitler bu şekildedir.

2- Fakat, eğer anlaşma, isimli bir akte dönüşmezse yine de bir sebep ve borç devam etmektedir. Meselâ, ben sana, bana başka bir mal vermen için bir mal verirsem veya bir şey yapman için bir mal verirsem burada bir değişim vardır (*synallagma*) ve buradan bir medenî hukuk borcu doğar.

3- Fakat, hiçbir sebep yoksa, anlaşmadan bir borç doğmaz. Çıplak anlaşma (*pactum*) bir borç yaratmaz, fakat bundan bir def’i oluşur.

Ulpianus'un bu ünlü metni iki tip anlaşmayı ayırmaktadır: Bir taraftan bir dava ile himaye edilen ve akit oluşturan anlaşmalar (bunlar isimli ve isimsiz akitler olarak kendi aralarında ayrılır). Diğer taraftan bir dava ile himaye edilmeyen, ancak bir def'i yaratan anlaşmalar (*pactum*).

Pactum'ların (anlaşmaların) bağımsız ve özerk bir varlıkları yoktur. Zorunlu olarak daha önceki bir borca eklenirler ve bu şekilde adı geçen borcun tamamlayıcısı olarak varlık sebeplerini bulurlar. Pactum'lardan (anlaşmalardan) bir dava değil, bir def'i doğar[19].

Bu durum, anlaşmaların ikinci derecedeki niteliğini belirleyen temel kuraldır.

Rızaî Aktin Yapılması

Romalı hukukçular, akitlerin yapılması konusunda genel bir nazariyeyi hiçbir zaman önermemiştir. Bu konuda; karşılıklı anlaşma ile aktin oluşmasını, aynı yerde kesişen iki varlığın buluşma noktası gibi, iki iradenin hareketine benzeten Ulpianus'un ünlü metni (D. 2,14,7) zikredilebilir. Bu mukayesede; hukukçunun dikkati, hareketlerin daha önce izlediği yol üzerinde değil, fakat sonuç üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu özellik; aktin oluşmasının, ne yazı ne söz, ne de herhangi bir mal gerektirmediğini, fakat sadece tarafların anlaşmasına dayandığını ısrarla belirten, yukarıda zikredilen metinde açıkça görülür.

Rızaların uyuşması ayrılmaz bir bütün olarak gerçekleştiği zaman, akit hemen oluşmaktadır[20].

Aktin meydana gelmesi, sadece rızaların uyuşmasına dayandığından, akitten doğan borçların oluşması için aktin hangi unsurlarının gerekli olduğunu belirlemek gerekiyordu. Belirli tipteki akitlere göre oluşum, cevabı kolaylaştırıyordu. Rıza sadece aktin temel unsurlarını kapsamalıydı. Meselâ, alım satım akdinde, tarafların bu aktin iki temel elemanı üzerinde uyuşmaları yeterliydi: Mal ve malın bedeli. Hattâ, Gaius sadece bedelden söz etmekle yetinmektedir[21]. Malın bedeli üzerinde anlaşılırsa, alım satım akdi yapılmıştır. Zira, bedelin belirlenmesi, satılacak bir malın varlığını gerektirmektedir.

Bununla birlikte, alım satım aktinin karmaşık bir yapısı vardı. Zira; zapta karşı garantiler veya maldaki ayıplar gibi ek borçları da kapsıyordu. Fakat, bu ek borçlar alım satımın akdî yapısı içinde yer alan unsurlardaki anlaşma ile oluşuyordu. Tarafların bunu düşünmelerine veya öngörmelerine gerek yoktu.

Bu görüş TBK. m.2/1'de, kökenine sadık olarak, belirtilmiştir: İki taraf aktin temel noktalarında, uyuşursa, ikinci derecedeki noktalar belirlenmemiş olsa bile, akte meydana gelmiş olarak bakılır.

Kuşkusuz; taraflar akit tipinin belirlediği çerçevenin dışına çıkarak ikinci, talî derecedeki bir unsuru, temel unsur düzeyine çıkararak, değiştirebilirler: Meselâ, bir sürenin belirlenmesi veya teslimin hemen gerektirilmesi. Bu durumda; uyuşma, aktin oluşmasına yeterli olacak noktaları da kapsamalıdır.

Malı geri verme borcunu öngören kullanma (âriyet) ve saklama (vedia) gibi sözleşmelerde iki taraflı oluş bir hapis hakkı yaratır. Diğer taraf edimini ifa etmezse, taraflardan birine malı tutmak imkânını verir. Bu sonuç bir kez daha, iki edimi bağlayan ilişkiyi gösterir. Roma Hukukunda, tüm rızaî akitler iki taraflı niteliktedir ve bu da onların ortak özelliğidir.

Akitlerdeki dürüstlük kuralı, borçların evrensel bir şeref kavramı ile değerlendirilmesine imkân verir. Elbette, ilk bakışta bu kıstas son derece geniş ve belirsizdir. Hâkim; kişiler arasındaki tüm taahhütler için geçerli evrensel bir düşünce karşısındadır. Bu anlamda, *bona fides* (iyiniyet), TMK.m.2/1'deki, dürüstlük, sadakat, güveni ifade eder. Bu şekilde; bu kıstasa göre hâkim, edimde karşılıklılık kadar, evrensellik üzerinde de durur[22].

4. MS. II. Yüzyılın İkinci Yarısından İtibaren Borç Kaynaklarının Genel Tasnifi:

Gaius'tan *Iustinianus*'a kadar, *Institutiones* sistemi oluşmuştur. İmparator *Hadrianus* devrindeki klâsik devir hukukçuları, borç kaynaklarının tablosunu tamamlamışlardır. Borç gruplandırmaları birbiriyle uyumlu kuralların yumuşak bir bütününü oluşturuyordu ve yeni oluşumlara açıktı. Ancak; hukukçular, onları simetrik ve tam bir şemada düzenleme konusunda titiz davranmamışlardır.

Bu karmaşık sistemin açık bir tablosunu ortaya çıkarmak hukuk eğitiminin eseri olmuştur. İlk defa bunu *Gaius* denemiştir (M.S. 151'e doğru). Borçlar konusundaki eserinde, borç kaynakları aşağıdaki şekilde oluşturulmuştur: (*Gaius*, 1.111.88.89; 182).

Gaius I.III.88: *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*: "Her borç ya bir akitten veya bir haksız fiilden doğar".

Bu sınıflandırma; ilk kez haksız fiilleri, akitlerden ayırır. Haksız fiiller ve akitler iki büyük borç kaynağını oluşturur.

Haksız fiiller için hiçbir ayrım yapılmamıştır. Gaius sadece çeşitli tipleri sıralamıştır. Sıralanan şekiller *Ius Civile'*de (Medenî Hukukta) tanınmış olanlardır.

Akitlere gelince, ayrımları *Pedius*[23] tarafından teklif edilen görüşe dayanır. Buna göre; tarafların anlaşmasını kapsayan her borç kaynağı, bir akittir. Eğer, sadece anlaşma borçları oluşturmaya yeterli ise, bunun rızaî akit olduğu sonucuna varılır. Eğer anlaşmaya bir malın verilmesinin eklenmesi gerekiyorsa, aynî akit yaratılmıştır. Eğer, akte ilişkin irade; yazılı veya sözlü belirli bir şekilde belirmesi gerekiyorsa, akitler sözlü veya yazılıdır. Bu şekilde; bir mal verilmesinin yanında, sözlü veya yazılı şekil, bazı akit tiplerinin oluşması için özel bir şart olarak düşünülmüştür. (*Gaius* I, III, 135, 136.)

Borç olmayan bir konunun ödenmesi, akte dayanmayan bir hukukî fiil olarak kabul ediliyor, fakat bu durum bir aktin sonuçlarını oluşturuyordu. Bu durum; kendi sistemi ile aykırılık göstermekle birlikte, *Gaius*'da da yer alır.

Gerçekten *Gaius*'un *Institutiones'*inde (III.90) aynî akitleri sadece ödünç akti (*mutuum*) oluşmaktadır. Borç olmayanın ödenmesinde; borç, mal ile (*re*) doğmaktadır. Sonuçları ödüncün (*mutuum*) sonuçları gibidir. Fakat, akit iradesi olmadığından, akit yoktur. (*Gai*. I.III.91.)

Bu şekilde, haklı bir sebep olmadan, başkasının zararına mal edinen kimse, onu geri vermek zorundadır.

Sistemin gözden geçirilmesi, adı bilinmeyen bir yazarın eseri olmuştur. III. yüzyıl sonlarına doğru, hukukçuların uygulamada kullanması için *Gaius*'un *Institutiones'*inin, *Libri rerum cottidianarum sive auremum* (Her Günün Kitabı veya Altın Kitap) ismiyle geniş bir açıklaması yazılmıştır. *Digesta*, bu kitabın borç kaynakları problemine ilişkin kısımları nakletmektedir. Yazar, *Institutiones'*in şemasını, klâsik sonrası devrin hukuk biliminin zayıflamış nazarî kavramları aracılığıyla, derin bir şekilde değiştirmektedir. Bununla birlikte, devrin hukukî hayatının ihtiyaçları göz önüne alınırsa, bu görüşler, dikkat çekici bir mahareti sergilemektedir. Yazar; *Gaius* gibi, borç kaynaklarının bir akit veya bir suç (buna *maleficium*, hukuka aykırı fiil denmektedir) olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, her biri kendine özgü kurallara göre oluşan, tek bir ayrıma girmeyen bir seri borç kaynağına yer vermiştir.

II. Modern Hukukta Borç Kaynakları

Orta Çağın Müşterek Hukukçuları ve modern hukukçular borç kaynakları tasnifinin gizlediği sorunları ortaya çıkarmayı başarmışlardır. Hollandalı hukukçu Johann Voet'in (ölümü 1714) *Digesta* şerhinden alınan aşağıdaki parça bu yoruma iyi bir örnektir[24]:

"Institutiones III.27'de belirtildiği gibi bütün akit benzerlerini beş adet ile sınırlandırmak bir hatadır. Zira *condictio causa data data causa non secuta* (sonradan gerçekleşmemiş sebebe dayanan) sebepsiz zenginleşme davası da bir akit benzerinden doğmaktadır ve genellikle D. 13,3,12,2'de belirtildiği gibi iradenin beyan edilmediği ve öngörülen işin dışındaki bir borcun oluşmasında da durum aynıdır".

Digesta'nın bu metninde; akte dayanmamakla birlikte, akit sonuçları oluşturan borç ilişkilerinin birkaç özel durumu incelenmektedir.

Johann Voet'in zikrettiği metin açıkça göstermektedir ki; akit benzeri formülü altında, çözümü, olaylara dayanan hazırlık çalışması gerektiren bir problem, gizlenmektedir.

XIX. yüzyılın büyük kanunlaştırma hareketleri, sisteme uygun olmayan bütün bu tartışmaları durdurmuştur. Daha önce Iustinianus'un düşündüğü gibi, kanun koyucular da, açık ve sınırlayıcı bir kanunun, kesin olmayan, tehlikeli ve dağınık içtihat çalışmalarının yerini tutabileceğini kabul etmiştir. Bu sebeple; borç kaynaklarını kesin kurallar içinde belirlemişlerdir. Bütün kanunlaştırmalarda; borçların, ancak kanun tarafından öngörülen hallerde oluşacağı fikri yer almıştır. Bu fikir; aynı kapsama sahip, çeşitli formüller halinde karşımıza çıkmaktadır[25].

1804 Fransız MK (m. 1370) *Iustinianus*'un *Institutiones*'indeki ayrımını tekrarlamakta (akit, akit benzeri, haksız fiil, haksız fiil benzeri) ve bunu *ex lege*, yani kişinin iradesi söz konusu olmadan "sadece kanun hükmünden doğan" borçlar türü ile tamamlamaktadır. Akit benzeri, hukuka uygun bir kaynak olarak kendisine karşı borçlu olunan kişi, (m. 1370/4) tamamen iradeye dayanan bir hukukî fiil olarak (m. 1371) görülmektedir. Fakat bu tür, serbest oluşumlara imkân vermemektedir. Zira; kanun, sadece vekâletsiz iş idaresi ve borç olmayanın ödenmesini öngörmektedir.

Aynı şema, 1865 tarihli İtalyan MK tarafından da kabul edilmiştir (m. 1097). Alman doktrini tarafından etkilenen, fakat hukukî uslûbunda çok geleneksel olan ve 1942'de bunun yerini alan yeni İtalyan, Medenî

Kanunun modeli *Libri aeureorum*'daki (Altın Kitap) tasnifte olan bir formül kullanmıştır (m.1173): "Borçlar; akitten veya haksız fiilden veya her türlü başka fiilden veya hukuki düzenlemeye uygun sonuçlar yaratacak fiilden doğarlar". Kanun tasarısını hazırlayanlara göre, cümlenin son kısmı, akit benzeri ve haksız fiil benzerini ayırmadan kanun tarafından öngörülen tüm başka halleri, ifade etmektedir.

1838 Hollanda Medeni Kanunu (Burgerlijk Vetboek) hukuka aykırı fiillerin, kanunun öngördüğü kaynaklar olduğunu belirtmektedir (m. 1269).

Daha modern görüşlü kanunlar, yani 1900 Alman Medeni Kanunu (BGB) ve İsviçre Borçlar Kanunu, kaynakların normatif bir ayrımını kabul etmemiştir. Akit, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme şeklindeki üç kavrama dayanan sistemleri, hiç olmazsa belirli bir oranda, açık ve yumuşak bir şekil göstermektedir.

Özellikle sebepsiz zenginleşme kavramı, Müşterek Hukuk devrinde *Corpus Iuris*'in metinlerinin yorumu yardımıyla, *condictio*'nun akte dayanmayan uygulamalarına ilişkin şekilde oluşmuştur. Bu durum TBK.'nın 77. ve 78. maddelerinin analizlerinde açıkça ortaya çıkmaktadır.

TBK. m.77/2'de; başkasının zararına mal edinilmesi, sebepsiz zenginleşme halleri öngörülmektedir. Özellikle geçerli bir sebep olmadan (bu *condictio sine causa* durumudur: D. 12.7; C. 4.9) veya gerçekleşmemiş, sebepsiz olarak, başkasının malının mülkiyetinin kazanılması (*condictio causa data causa non secuta*: D. 12.4) veya sonradan ortadan kalkmış bir sebebe dayanarak (D. 12.7.12'de öngörülen durum: *fruit causa promittendi quae finita est*: sona ermiş bir sebebe dayanarak alınmış olan bir malın geri verilmesi gereklidir).

TBK. m. 78/1'ye göre; borçlu olmadığı bir malı kendi isteği ile veren kimse, hataya düşerek, kendisini borçlu sanarak verdiğini ispat etmedikçe onu geri isteyemez (Bu *condictio indebiti* durumudur. D. 1.6; C. 4.5, özellikle TBK. nın ifade şekli için C. 4.5.9 pr.).

Modern doktrin ve içtihat — özellikle Alman — akit sonuçlarını yaratan, ancak akte dayanmayan hukukî fiiller sorununu, tekrar incelemiştir. "Fiilî akit" olarak çevrilebilecek kavramı geliştirerek, *Celsus*'un işaret ettiği yolu tekrar katetmek gerektiğini belirtmiştir (D. 13.6.13.2). Gerçekten, modern iktisadî hayatın yarattığı bir çok problem için sebepsiz zenginleşme kavramı yetersiz kalmaktadır. Özellikle, sadece basit zenginleşme olayına indirgenemeyen fakat karşılıklı değişimlere yol açan, bilhassa belirli bir

süre devam eden fiilî ilişkiler söz konusu olduğu zaman, sebepsiz zenginleşme kavramı yetersiz kalmaktadır.

Bu özel durumların karşısında, sebepsiz zenginleşmenin hukukî düzenlemesi ispat güçlükleriyle karşılaşmaktadır ve çoğu kere tüm ilişkiyi kapsamamaktadır. Zira, geri verme talebinin dar kapsamdaki tek taraflı yapısı, sadece kaybettiğini değerlendiren tarafın menfaatlerini dikkate almaktadır. Nihayet bu dava, çok sınırlı bir dava modelini, *actio de in rem verso*[26] dikkate alarak oluşturulmuştur. Bu dava, bu kadar geniş ve temel bir işlev için hiçbir zaman öngörülmemiştir[27].

Haksız fiillere gelince; durum çok daha basit olarak çözüm yoluna kavuşturulmuştur. Müşterek Hukukta, Roma haksız fiil sistemi muhafaza edilmiştir. Her şeyden önce, haksız fiil ve haksız fiil benzerleri arasındaki farkı belirlemeye yönelmişlerdir. Ancak, bu gayretler, faydasız kalmış ve sadece nazari bir anlam taşımıştır. Zira kanun (*Corpus Iuris Civilis*), modern kanunlar gibi, sadece şekli tarif etmemiş, fakat doğrudan doğruya sonuçlarını da belirtmiştir.

Fransız MK.dan itibaren hukuka aykırı fiillerin, haksız fiiller ve haksız fiil benzerleri şeklindeki ayrımın yerini, hukuki sorumluluk hakkındaki genel bir kural almıştır. (Fransız MK. 1312, TBK. m. 49)[28]. Her ne kadar Fransız MK. eski ifadeyi tekrarlıyorsa da, hukuki sorumluluk, en önemli suçu (başkasının malına verilen zararları), düzenleyen *Aquilia* kanunu temel alınarak düzenlenmiştir. Kavram Roma içtihatlarının başarılı yorumu sayesinde, haksız bir şekilde veri. len tüm zararları kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bu sebeple, haksız fiilden doğan hukuki sorumluluğa, hâlâ, "*Aquilia* sorumluluğu" denmektedir.

Meselâ borç olmayan konunun ödenmesinin *Gaius*'un şemasında bulunmadığı açıkça görülmektedir.

Klâsik sonrası devirde, hukukçuların eserleri, klâsik hukukçularının eserlerinin yerini aldığı zaman, *Gaius*'un eseri, mümkün olduğu kadar basit çözüm yolları arayan, uygulamadaki hukukçuların kullandığı bir tür cep kitabı halini almıştır. Ancak bu kitaptaki borç kaynaklarının boşluklar gösterdiği ve tam olmadığı da anlaşılmıştır.

§ 10. AKİTTEN DOĞAN BORÇLAR

I. Roma Hukukunda Akit Kavramı ve Akitler Sistemi

Bir aktin konusu -oluşturulması ve iktisadi amacı- bir hukuk bağı olarak kabul edilen borcun meydana getirilmesidir. Bunun sonucu; bir kişi, aktin diğer tarafı yararına karşı, olumlu ve olumsuz bir yükümlülük altına girer. Esas olarak, aktin yapısı, sadece yapıldığı anı değil geleceği de kapsar ve bugün oluşturulan aktin yarın uygulanacağını belirtir. Sigorta anlaşması ile, şu sıralardaki ödemelerimle, yarın belirli bir tutarda para elde edeceğimi, ümit edebilirim. İş akti ile, çalışma gücümü, yıllara yayarak düzenli gelir elde etmeyi sağlayabilirim. Satım anlaşmasında kararlaştırılan ve malı daha sonra devralacağım bir satım akti ile daha sonra ihtiyacım olacak malı almak için bugünden alacaklı duruma geçebilirim.

Roma hukukunun mirası olan sözleşme kavramı, hukuk sisteminin zamana hâkim olabilmek iradesinin belki de en iyi temsilcisidir. Hukuk; hayatın geçici boyutuna hâkim olmak için gerekli, fakat daima boş bir teşebbüs olsa da, sözleşme kuşkusuz bu iradenin en açık ortaya çıktığı kurumdur[29].

Romalılara göre, “sözleşme” (*contractus*) bir borç ilişkisi kuran hukukî muameledir.

Sözleşme taraflar arasında iradelerin uyuşması (*consensus*) sonucu meydana gelen anlaşmayı ifade eder. Uyuşma yoksa, akit de yoktur. 10 vermeyi taahhüt ediyor musun? sorusuna cevap olarak, 5 vermeyi taahhüt ediyorum, cevabı verilmişse, *stipulatio* meydana gelmez. Bu uyuşmanın açık veya örtülü irade beyanıyla olması arasında fark yoktur[30]. Bu uyuşmanın veya anlaşmanın amacı, belirli bir hukukî sonucu elde etmektir[31]. Modern hukukta, istenilen herhangi bir borç ilişkisinin, kanunda aksine hüküm olmadıkça, taraflar arasında akitle kurulabileceği,

değiştirilebileceği, ortadan kaldırılabileceği kuralı vardır. Çeşitli hayat olayları, bu genel nitelikteki akit kavramı altında toplanabilir.

Modern hukukumuzun, bütün kısımlarında sözleşmeler mevcuttur. Evlenme, evlât edinme, miras mukaveleleri vb. bütün akitleri kapsayan genel kurallar Borçlar Hukukunda toplanmıştır.

Roma Hukukunda akite *contractus* denir. Türkçede en yaygını sözleşme olmak üzere, kontrat, mukavele, bağıt gibi terimler de kullanılmaktadır. Akit, *contractus* gibi, düğüm anlamına gelir.

Sözleşme, kuşkusuz en çok karşılaşılan borç kaynağı olmakla birlikte, tek kaynak değildir. Ancak; borç oluşturan kaynakların en önemli kısmını akitler teşkil eder. Hukukî muameleler dolayısıyla sözleşmelerin, iki taraflı hukukî muameleler oldukları belirtilmişti. Belli ve arzulanan hukukî neticenin oluşması için, tarafların anlaşmalarından ibarettir. Bu şekilde, hukukumuzda sözleşme, "tarafların birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelen iki taraflı bir hukukî muameledir". Türk Borçlar Kanununun 1. maddesinden de bu anlam çıkmaktadır. Şu halde modern hukukta iki taraf birbirine uygun olarak irade beyan edince ortaya akit çıkmakta ve borç doğmaktadır. Karşılıklı rıza beyanına *consensus* veya *conventio* denmektedir[32].

Roma Hukukunda akit kavramı, modern hukuktan farklıdır. *Contractus*, sadece *Ius Civile* tarafından borç meydana getiren akit olarak tanınan anlaşmaları ifade eder. *Ius civile*'nin tanıdığı ve borç oluşturduğunu kabul ettiği belirli sayıdaki akit tiplerinin dışında kalan anlaşmalara *pactum* ismi verilmiştir. Praetor hukuku veya imparatorluk hukuku yani *ius civile* dışında kalan anlaşmalar için (ki bunların da borçlandırıcı nitelikleri vardır) *pactum* terimi kullanılır. Dolayısıyla Roma Hukukunda bir yanda dar anlamda, akitlerden yani *contractus*'lardan doğan borçlar, diğer yandan da anlaşmalardan, *pactum*'lardan doğan borçlar vardır. *Contractus* ile *pactum* arasında nitelik farkı yoktur. Her ikisi de, akittir. Fakat, *contractus*'a *ius civile* tarafından bir *actio* ile müeyyide getirilir. *Ius civile*'ye göre *pactum*'lar borç doğurmaz, bu sebeple bir dava ile korunmamıştı. Fakat, bu anlaşmaları *praetor* veya imparatorluk hukuku himaye etmiş, yani dava hakkı tanımışlardır.

Türk hukukunda; kural, irade serbestisi ilkesidir, taraflar kanun ve ahlâk kurallarına aykırı olmamak şartıyla her türlü anlaşmayı yapabilir, buna dayanarak dava açabilir.

Sonraki devirlerde bazı *pactum*'lara, *praetor*'lar veya imparatorlar dava hakkı tanımış, böylece, bunlar da birer *contractus* gibi geçerli borç doğuran anlaşmalar haline gelmiştir. Fakat görülüyor ki Romalıların *contractus* terimi, modern akit terimine göre daha dar, daha mutlak bir ifade tarzıdır; *pactum* ise, daha genel olarak "anlaşma" anlamına gelmektedir. Ancak, gelişmenin sonunda kendilerine dava hakkı tanınmış *pactum*'larla, *contractus*'lar arasında bir fark kalmamaktadır.

Bu şekilde akit (*contractus*) ve anlaşma (*pactum*) arasındaki farklar ortaya çıkmaktadır. Modern hukuklarda her anlaşma, her akit borç doğurur (ahlâk ve kanun kurallarına aykırı olmamak şartı ile). Roma hukukunda ise; borç ancak *ius civile* tarafından kendilerine borç ilişkisi kurabilme kuvveti tanınmış olan belirli bazı muameleler vasıtası ile oluşur. Bunun dışındaki anlaşma ve akitlerden borç doğmaz. Fakat, sonraları, belirli bazı sebeplerden dolayı yapılan anlaşmaların da borç oluşturduğu kabul edilmiştir. Bu ilişkinin belirtici özelliği, tarafların bir anlaşma sonucu karşılıklı borç altına girmeleridir. Bu görüş, rıza unsuruna özel bir önem vermektedir[33]. Böylece, bütün muamelelerde bu unsur dikkate alınmaya başlandı ve bu yolda *praetor* hukukunun geniş etkisi oldu. Fakat anlaşmanın üstün nitelik haline gelmesi ve aktin iki veya daha fazla kimse arasında bir borç ilişkisi kurması ve birisi diğerine borçlu olmak için bu kimselerin karşılıklı rızalarını bildirmeleri için, *ius civile* şekillerini kullanmaktan uzaklaşmak gerekti. Gerçekten; Iustinianus hukuku akit sistemini önemli oranda genişletmekle birlikte, eski anlayışı tamamen söküp atmamıştır. Bu anlayıştan uzak, genel bir akit serbestisi sistemini kurmayı başaramamıştır.

Halbuki modern hukukta, her aktin konusu dava edilebilir, yani her anlaşma borçlandırır. Roma hukukunun boşluğu bu şekilde doldurulmuştur. Roma akitler hukuku, tek tek belirli akitlerden oluşan birer sistem şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Bu şekilde, Roma Hukuku ve modern hukuklar arasındaki, borçlarla ilgili en büyük sistem farkı ortaya çıkmaktadır. Zamanımızda, ahlâka ve hukuk düzenlemesine aykırı değilse, her anlaşma bir akittir, borç doğurur ve dava ile himaye edilir. Roma'da ise, anlaşmanın bir dava ile korunması için *ius civile* tarafından tanınmış belirli akit tiplerinden birisine dahil olması gerekirdi. Yalnız onların bir dava hakkı vardı. Dolayısıyla, Roma Hukukunda akitler, belli, sınırlı sayıdadırlar. Zamanla, yeni *pactum*'lara dava hakkı verilerek bu sayı arttırılmıştır, fakat hiçbir zaman modern

hukuktaki gibi, genel bir duruma gelmemiştir. Gerçi Borçlar Kanunumuzda bazı akit tipleri zikredilmiştir, ama bunlar sınırlanmış değildir; onların dışında akitler yapmak da mümkündür. Devrimizde "akit serbestisi" geçerlidir. Roma'da ise "akitler sistemi" olduğu söylenir.

Modern "Borçlar Hukuku"muzla Roma Borçlar Hukuku arasında diğer bir önemli fark, yine Borçlar Kanunumuzun 1. maddesinden çıkmaktadır: "İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını açıkladıkları takdirde, sözleşme kurulur". Bu madde, bir taraftan sözü edilen akit serbestisini belirttiği gibi; diğer taraftan sözleşmenin oluşumu için esas unsurun "rıza" (*consensus*) olduğunu da gösteriyor: Rıza, aktin oluşumu için, genel ilkedir; yalnız istisnaî bazı hallerde sözleşmenin oluşması için, rızadan başka bir unsur, şekil, aranabilir. Buna "*rızaîlik ilkesi*" denir.

Yalnız rıza ile bir aktin tamamlanıp borç oluşturacağını kabul etmek için hukuk düşüncesinin ve hukuk sisteminin ileri bir düzeye erişmiş olması gerekir. İlkel anlayışa göre de, karşılıklı rıza kuşkusuz olmalıdır. Fakat bu rızanın, dava ile takip edilebilecek bir borç oluşturması için belli bir şekilde beyan edilmesi de gerekir. Her anlaşmada bir "şekilcilik" vardır. Alelâde "konuşma" ile "borç oluşturan konuşma" arasında, en azından, bir derece, bir "nüans" farkı bulunur.

Eski *ius civile*, bu farkın, bir şekil ile belirtilmesinin zorunlu olduğunu kabul etmiştir.

Zihniyet ilerledikçe, önce istisnaî olarak, şekilsiz bir tarzda beyan edilen rızanın borç doğurmaya yeteceği kabul edildi ve zamanla bu istisnalar arttı: Rızaî akitler doğdu. Fakat Roma Hukukunda "rızaîlik" genel bir ilke haline gelmedi[34].

II. Akitlerin Ayrımı

1. Akitlerin Oluşumları Açısından Ayrımı:

Bir taraftan, akitlerin belli sayıda olmaları (sınırlanmış, *numerus clausus*), diğer taraftan sadece rızanın her zaman yeterli olmaması yüzünden, Roma hukukunda akitler, oluşumları bakımından belli bir takım gruplara ayrılırlar. Gerek Gaius'un, gerekse Iustinianus'un Institutiones'lerinde akitler, oluşumları açısından dört gruba ayrılmaktadırlar.

a-) Sözlü Akitler (Contractus Verbalis)

Bu akitlerin oluşumu için karşılıklı rıza, belli bir şekle uyularak beyan edilmelidir. Sözlü şekil olması demek, akti alelâde sözler söyleyerek yapmak değil, önceden tespit edilmiş belli bir takım sözlerin, yine belirli bir şekilde söylenmesidir. Bu şekle uyulmamışsa, akit geçerli değildir.

Şekilcilik, kısmen tarihî sebeplerle açıklanabilir. Roma hukuku, başlangıçta dinî temeli olan kuralların laik niteliğe getirilmesi ile oluşturulmuştur. Roma toplumu, hukuk (*ius*) ve dini kurallarını (*fas*) birbirinden ayırdığı zaman, hukukun, din gibi belirli şekillere uymayı gerektirdiği fikrinden hemen ayrılmamştır[35].

Modern hukukta da, şeklin hem faydaları, hem sakıncaları vardır:

Hukukî muamelelerin hüküm ifade etmeleri için, bir şekle bağlanmasına lüzum olup olmadığı meselesi, bütün hukuk kültürlerinde ortaya çıkar. Şeklin belirli faydaları vardır: Şekil, bir hukuki muamelenin yapılıp yapılmadığı konusunda açıklık getirir. İkinci faydası, akdi yapanı düşünmeye sevketmesidir. Şekil, ispatı kolaylaştırır. Bilhassa, ölüme bağlı hukukî muamelelerde yazılı şeklin büyük önemi vardır. Şeklin mahzurları ise, hukukî muamelenin yapılmasını güçleştirmesi ve ağırlaştırmasıdır. Meselâ, her alım-satım aktinin hukuken geçerli olması için belirli bir şekle uyulması gerekseydi, bu tahammül edilmez bir durum yaratırdı. Diğer mahzuru, alelade bir şekil eksikliğinin bile muameleyi sakatlamasıdır. (Meselâ; el yazılı vasiyetname TMK.m.538)

Roma'da şekil genellikle sözlü idi. Modern Hukukumuzda, evlenme dışında, sözlü şekle tâbi akit yoktur; şekle başvurulacağı zaman, yazılı şekil aranır.

Klâsik devirde en önemli sözlü akit ve akitlerin en genel, model olanı, *stipulatio* bir dar hukuk aktidir. Diğer sözlü akitlerin (*dotis dictio*) cihaz vaadi, önemi daha azdı. Iustinianus Hukukunda sözlü akit olarak yalnız *stipulatio* vardır; onun da şekilciliği bir hayli hafifletilmiştir.

b-) Aynî Akitler (Contractus Realis)

Bunların oluşumu için, tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması (*assentio mentium*) yeterli değildir. Rızadan başka, bir malın verilmesi veya bir işin yapılması gerekir. O zaman, diğer taraf bir borç altına girmiş olur. Burada verilen mal veya yapılan iş, bir *res* olduğundan *re contrahitur*, aynî akit denmektedir. Şu halde burada *contractus* olabilmesi için, normal olarak, *consensus*, fakat buna ek olarak *res* (*consensus* + *res*) gerekmektedir. Dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki, *res* mutlaka bir

malın mülkiyetinin nakli olmadığı gibi, mutlaka bir mal da değildir: *Res*, bir malın mülkiyetinin, zilyetliğinin veya *detentio*'sunun nakli olabileceği gibi, bir işin yapılması da, yine, *res*'tir.

En eski aynî akit: *Mutuum*'dur (tüketim ödüncü). Oluşumu için rıza yetmez, malın mülkiyetinin de nakledilmesi gerekir. Gaius, aynî akit olarak yalnız *mutuum*'u belirtmektedir. Halbuki, *ius civile*'nin kabul ettiği üç aynî akit daha vardır: *Commodatum* (kullanma ödüncü), *depositum* (saklama, vedia sözleşmesi) (bu iki aktin oluşumu için bir malın *detentio*'sunun devredilmesi lâzımdır), ve *pignus* (rehin akti) ki, oluşması için malın zilyetliğinin devri gerekir: Bu dört akte, Iustinianus Hukukunda ortadan kalkmış olan *fiducia*'yı da eklemek gerekir.

Aynî akitlerin sayısı zamanla daha da genişlemiş ve "İsimsiz Akitler" ismi altında bir grup da, aynî akitlere dahil edilmişti.

Aynî akitler içinden, *mutuum* dar hukuk davaları doğurur, diğerleri ise, iyiniyet davaları doğurur.

c-) Yazılı Akitler (Contractus Litteralis)

Bu akitler de şekle tâbidir; bu şekil ise, yazıdır. Zamanımızda yazılı şekil önemlidir, yani bizde akitler kural olarak şekle tâbi olmamakla beraber, şekle başvurulacağı zaman yazılı şekil tercih olunur (bkz. TBK. m. 13 vd.). Roma'daki yazılı akitler günümüzdekinden tamamen farklıdır ve nitelikleri de pek aydınlatılamamıştır. Klâsik devrin yazılı akitlerinden Iustinianus söz etmez. Iustinianus Hukukunun yazılı belgeleri; aktin geçerliliğine değil, ispatına yarar.

d-) Rızaî Akitler (Consensus Contrahitur)

Sadece tarafların rızası (*solo consensu*) ile oluşup, şekle ihtiyaç göstermeyen akitlerdir. Pön savaşları sırasında, *ius gentium* (evrensel hukuk) içinde doğup sonra *ius civile*'ye dahil oldular. Bu grubun akitleri: *emptio venditio* (alım satım akti), *locatio conductio rei* (kira akti), *locatio conductio operis* (istisna akti), *locatio conductio operarum* (hizmet akti), *societas* (şirket akti) ve *mandatum* (vekâlet akti)dur. Hepsi iyiniyet davası doğurur.

Rızaî akitlerin sayıları artmıştır: Bazı *pactum*'lara *praetor*'lar veya imparatorlar, hukukî geçerlik verecek şekilde dava hakkı tanıdıkları zaman şekle tâbi olmadıkları için rızaî akitler grubuna girmiş oluyorlardı. Demek ki; isimsiz akitler aynî akitlerin sayısını arttırdığı gibi, *pactum*'lar da, rızaî akitleri genişletmiştir.

Ius civile'nin dolayısıyla Roma Hukuku'nun, akitler sistemi, oluşumları açısından bu şekilde bir ayrıma tâbi tutulmuşlardır. Şekil açısından bakacak olursak; yazılı ve sözlü akitler şekle tâbi, aynî ve rızaî akitler ise şekle tâbi değildirler[36].

2. Akitlerin Hükümleri Açısından Ayrımı

Akitler, daima en az iki taraflı hukukî muameledir. Tarafların her ikisinin veya yalnız birinin borç altına girmesi bakımından tek taraflı ve iki taraflı olmak üzere ayrılırlar. Dar hukuk davası doğuran akitler, daima tek taraflıdır; taraflardan birisi borçlu diğeri alacaklı olur. İyiniyet davası doğuran akitlerde, tarafların her ikisi de hem borçlu hem alacaklı olabilirler.

Yalnız bazı akitlerde taraflar mutlak suretle hem alacaklı hem borçlu olmaktadır ki, bunlara "sinallagmatik" (tam iki taraflı) akitler denir. Diğer bazılarında ise, taraflardan birisi mutlaka borçlu, diğeri muhtemelen borçlu olur. Bunlar eksik iki taraflı akitlerdir.

Sinallagmatik akitler, alım satım, kira gibi, tarafların her ikisinin de ayrı ayrı dava hakkına sahip oldukları akitlerdir. Alıcının davası *actio empti*; satıcınınki, *actio venditi*, gibi. Kullanma ödüncü (âriyet), saklama ödüncü (vedia) gibi eksik iki taraflı akitlerde tarafların birisi daima borçlu, diğeri ise bazen borçlu olur; bu hallerde, daima borçlu olana karşı, akitten doğan davanın *directa* şekli, bazen borçlu olana, *contraria* şekli açılır. Meselâ kullanma (âriyet) aktinde, âriyet alana (daima borçlu) *actio commodati directa*, âriyet verene (bazen borçlu, yani mala bir masraf yapmış veya maldan bir zarar görmüşse) *actio commodati contraria* açılır. *Stipulatio* ve *mutuum* (ödünç akti) ise tek taraflı akitlerdir.

Akitlerin tarafları ayrımı ile, hukukî muamelenin tarafları bakımından ayrımını karıştırmamak gerekir. Akitlerin hepsi iki taraflı hukukî muameledir. Burada taraf; borç yüklemek bakımındandır; halbuki hukukî muamelede taraf, irade beyanı bakımındandır.

Aktin tarafları dolayısıyla doğurdukları hükümler bakımından, dikkate alınması gereken bir ayrım da, akitlerin "ivazlı veya ivazsız" olmalarıdır.

Sinallagmatik akitlerde; alacaklı, aynı zamanda borçlu olduğundan, bunlar ivazlı akitlerdir. Bazen tek taraflı bir akit de ivazlı olabilir: Meselâ ödünç aktinde, alacaklı taraf kural olarak borçlu değildir, fakat bir faiz *stipulatio*'su ile borçlanması mümkündür.

İvazsız olan akitler, daima tek taraflı veya eksik iki taraflıdır. Meselâ vekâlet aktinde, yalnız vekil borçlu durumdadır, (Roma Hukukunda vekâlet akti ücretsizdir, vekil bir ücret talebinde bulunamaz). Aynı şekilde, *stipulatio*'da vaad eden taraf borçlu durumundadır. Vediada da durum aynı şekildedir. Bunlara "ücretsiz" akitler denir.

Yalnız, eksik iki taraflı dediğimiz akitler, bazı hallerde ivazlı olabilmektedirler. Meselâ, vedia yahut âriyet ücretsiz akitlerdir; fakat alacaklı, işaret edildiği gibi, bazı hallerde borçlu olabilmektedir: Meselâ borçlu, aldığı mal üzerinde masraflar yapmak zorunda kalmış veya o mal yüzünden bir takım zararlara katlanmışsa, belirtildiği gibi, akitten doğan davanın *contraria*'sı ile bunları isteyebilmektedir. Bunlar aktin ücreti niteliğinde olmamakla beraber, alacaklıya da bir yükümlülük yükledikleri için, akit ivazlı hale gelmektedir[37].

III. Akit Modeli Olarak Stipulatio

1. Kavram

Sözlü akitler, sözlü ve şekle tâbi akitlerdir. Tarafların iradelerini sözlü bir şekilde, yani belirli sözleri kullanarak beyan etmeleriyle meydana gelir. *Stipulatio*, Roma Hukukunda genel akit tipidir, her türlü anlaşmanın kalıbı haline gelebilir.

Roma akitleri kapalı bir sistem oluşturur. *Iustinianus* hukukunda da, akitlerin özelliğine ve özel davaların müeyyidelerine sadık kalınmıştır. Klasik hukukta ihtiyaçların çoğunu karşılamak için geniş bir akit yelpazesi oluşturulmuştur. Üstelik, onlardan biri olan *stipulatio* göreceğimiz gibi, hemen hemen tüm borçların meydana getirilmesine ve hatta oldukça karmaşık hukuk ilişkilerin yaratılmasına imkân verir[38].

Stipulatio'nun gerçekleştirilmesine imkân verdiği işlemlerin çokluğu ve farklılığı, Roma hukuku uygulamalarındaki önemini açıklar. Ayrıca, bu aktin borçlar hukuku genel teorisinin gelişmesinde önemli katkısı olmuştur. Zira, *stipulatio*'nun bazı özel uygulamalarından hareket eden klasik hukukçular bir seri meselenin farkına varmışlar ve özellikle bir vadeye veya şarta bağlı borçlar, yenileme (*novatio*), müteselsil borçlar, kefalet ve üçüncü kişinin borcunu taahhüt gibi işlemler için sonraki doktrinin temellerini atmışlardır[39].

Stipulatio, belirli bir soru: *Centum mihi dare spondes*: Bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?, belirli bir cevap: *Spondeo!*: Taahhüt ediyorum, şeklinde yapılırdı.

Soru, herhangi bir talebin tümünü kapsayabilecek kadar uzun olabilirdi, içine şart, vade konması mümkündü. Buna karşılık cevap, kayıtsız şartsız olmalı idi. Hattâ bu cevap sorudaki kelimenin aynısı olmalıdır. *Stipulatio*'da en çok kullanılan kelime *spondes?*" (taahhüt ediyor musun?) olduğundan, cevabı "*spondeo*" (taahhüt ediyorum.) olmalı idi[40].

Bir edimin şekle bağlı olarak vaad edilmesini ifade eden *stipulatio*, *verborum obligatio* (beyan edilen sözlerden doğan borç) olarak da isimlendiriliyordu. Zira, yarattığı borç, sözlü şeklin yerine getirilmesinden doğuyordu[41].

Her ne kadar; kökeni eski olsa da, bu şekilci hukukî işlem bağlayıcı veya büyülü bir yapı taşımaktadır. Sözlü, basit ve açık şekli, tamamen hukukî amaç için kullanılmaktadır. Hazır bulunan borçluya, alacaklının yönelttiği soru ile gerçekleşiyordu: "Bana belirli bir şeyi vermeyi veya yapmayı vaad ediyor musun?" Borçlu da bunu kabul etmekle yetiniyordu ve "Vaad ediyorum", şeklinde cevap veriyordu. Günümüz hukuk ifadesi ile, alacaklının sorusunu "icap", borçlunun cevabını "kabul" olarak anlamak gerekir[42]. Tamamen şekle bağlı bu akti, *Ius civile*'ye ait bir işlem olması sebebiyle önceleri sadece Roma vatandaşları kullanabiliyordu. Soru ve cevabın *spondere* terimini ihtiva etmesi gerekirdi. *Stipulatio*, kısa sürede, evrensel hukuka, yabancılar hukukuna (*ius gentium*'a) girdi ve Roma vatandaşı olmayanlar tarafından da kullanıldı. Hattâ, tarafların anlaması şartı ile, yabancı bir dilin kullanılması da kabul edilmişti[43].

Alacaklı olan; vaad edenden veya borçludan bir edimi vaad etmesini istiyordu.

Stipulatio; borçluyu, alacaklıya vaad ettiği edimi yerine getirmeye borçlandırıyordu. Eğer borç belirli bir miktar para veya belirli bir malı vermekten ibaretse, ifa edilmemesi halinde alacaklı, *condictio* açardı. Buna karşılık, eğer borç belirli olmayan bir edimi kapsıyorsa, *actio ex stipulatu incerti*, açılıyordu.

Sözlü akit, tarafların iradelerini belirli sözleri kullanarak beyan etmeleriyle meydana gelir. Sözlü aktin ifade ettiği şudur: Aktin meydana gelmesi için şekil şartı vardır ve bu da, belirli sözlerin söylenmesidir: Modern hukukta sözle yapılan birçok akit, bunlar Roma hukukundaki

anlamda değildir. Günümüz hukukunda sadece, aile hukuku akitlerinden evlenme aktinin sözlü olarak yapılması gerekir.

Roma'da ise, *stipulatio* belli ve çok önemli bir akit tipidir. Zira, herhangi bir borç vaadini hukuken geçerli hale getirdiği için, en geniş ve çeşitli uygulamalara imkân veriyordu. *Stipulatio* müstakbel alacaklının belirli şekildeki bir sorusu ve müstakbel borçlunun uygun bir cevabı ile meydana gelirdi. Aktin temeli bu noktadadır[44]: Önemli hukuk oluşumlarına kaynak olmuş borçlar hukuku teorisinin gelişmesini etkilemiştir[45]. Dolayısıyla, soru bir parşömen kağıdı üzerine yazılamaz. Vaad eden başını eğerek veya başka bir olumlu işaretle cevap veremez. Cevap, bir aracı ile verilemez. Soru ile cevap arasında bir süre olmaması ve cevabın derhal sorudan sonra gelmesi gerekirdi. Bundan dolayı alacaklı ile borçlunun aynı anda hazır bulunmaları gerekir. Tarafların hazır olması, muamelenin şekle dayanan yapısının gerektirdiği bir özellikti. Sağır ve dilsizler *stipulatio* yapmaya ehil değildir. Zira şekle uygun olarak söylenen sözleri duymak ve telâffuz edebilmek imkânına sahip değildi. Yaptıklarını bilmediklerinden, temyiz kudretleri olmadığından dolayı akıl hastaları ve çocuklar da *stipulatio* yapamazdı.

Eski dönemlerden Iustinianus dönemine kadar dar hukuk akdi karakterini muhafaza etmiş olan *stipulatio* tek taraflı akittir, bu akitte bir alacaklı, bir de borçlu vardır.

Stipulatio sebebe bağlı (illî) veya soyut (mücerret) yapılabilirdi. Şayet akdin içeriğinden borçlanmanın sebebi anlaşılıyorsa (alım satımdan doğan semen borcunun ödeneceği taahhüt edilmektedir) *stipulatio* sebebe bağlıdır. Buna dayanarak dava açan alacaklı, hem *stipulatio*'nun yapıldığı hem de sebebinin geçerli olduğunu ispat etmeliydi. Buna karşılık *stipulatio*'nun sebebi olmasına rağmen bu sebep akdin içeriğinden çıkarılamıyorsa, *stipulatio* soyuttur. Aktin amacı gösterilmez. Alacaklı sadece *stipulatio*'nun yapıldığını kanıtlayacak, borçlu sebebin gerçekleşmediğini veya ortadan kalktığını (D.44,4,2,3) ancak bir *exceptio doli generalis* ile öne sürecek ve kanıtlamak zorunda kalacaktı (Gai. 4, 116).

Iustinianus hukukunda şekil yumuşatılmış, hazır olması gereken taraflar arasında karşılıklı soru ve cevap neticesinde oluşan irade uyuşması yeterli görülmüştür. Tarafların, yazılı şekle güven duyan Doğu hukukunun tesiriyle, *stipulatio*'nun yapıldığına dair bir belgenin (*cautio discreta* = illî senet, *cautio indiscreta* = soyut (mücerret) senet) düzenlenmekteydi. Böyle bir senet varsa, bunun, dolayısıyla bu senette somutlaşmış *stipulatio*'nun

yapılmadığı ancak taraflardan en az birisinin o tarihte o yerlerde bulunmadığının kanıtlanmasıyla mümkündü, (I.3,19,23). Bunun dışında Iustinianus mücerret, soyut muamelenin sağladığı faydaları ortadan kaldıracak şekilde, *stipulatio* mücerret, soyut dahi olsa, alacaklının sebebi kanıtlamak zorunda olduğunu kabul etmişti.

Müşterek hukukta -Iustinianus hukukundaki değişikliğe paralel olarak- uygulama alanı bulamayan soyut (mücerret) borç vaadi 19. yüzyılda Pandekt ilminin tesiriyle kanunlara girmiştir. TBK 18 "Borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanıması geçerlidir" demektedir. Yine Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş olan ve kıymetli evrak olarak adlandırılan, para gibi tedavül eden çek, poliçe ve emre muharrer senet de mücerret (soyut) muamelelerdir[46].

Stipulatio çok çeşitli uygulama alanları bulmuş ve hukuk hayatında, model akit haline gelmiştir. Bu akitle: açıklık ve kesinlik temin edilmektedir. Soru içinde, borcun bütün unsurları, şartları teker teker söylenir, kesin bir vaad alınırdı. Aslında bu soru ve cevap, uzun uzun yapılmış müzakerelerin bir sonucudur. Âdeta, konuşmalar sonunda varılan anlaşmanın bir formül halinde tasdik edilmesi gibidir. Zaten şekil, işleri bir taraftan uzatırsa da, diğer taraftan, daima açıklık ve berraklık getirir.

Durum, günümüz için değişik olsa da, *stipulatio*'nun, uygulama alanında büyük faydaları vardı: Tarafların ne üzerinde anlaştıkları bellidir. Arzu edilen her türlü borç konusunu kapsayabilir. Meselâ, bir *stipulatio* ile bir ödüncün iadesini, semenin tediyesini taahhüt etmek veya bir bağışlama veya cihaz taahhüdünde bulunmak mümkündü. Dolayısıyla, *stipulatio* her türlü hukukî amacın gerçekleşmesine hizmet eder. Bu durumu, şu şekilde açıklamak mümkündür: *Stipulatio* aslında sorumluluk doğuran bir muameledir: Böyle bir muamele olarak, istenilen her türlü borca, her zaman eklenebilirdi[47].

Son yıllarda, tüm dünyada yayılan, bazı uygulamalarında tamamen güvene, itimada dayanan kredi kartları aynı düşünceye dayanmaktadır.

Günümüz dilinde vaad etmek terimi oldukça yaygın bir şekilde kullanılıyorsa da, modern hukuk *stipulatio*'yu bir borç kaynağı olarak kabul etmemektedir. Ancak, modern hukuk bu kavramın, önemli bir şekilde etkisinde kalmıştır. Zira, *stipulatio* akte dayanan borçların en basit şeklini oluşturmaktadır ve bu basitlik sayesinde, Roma özel hukukunun ve daha sonra modern özel hukukun, temel yapısı olarak kendisini kabul ettirmiştir. Bundan başka, Romalı hukukçulara, akitler hukukunun büyük bir kısmını

geliştirmek ve mükemmelleştirmek imkânını sağlamıştır. Nihayet kıymetli evrakın hukukî rejiminin Orta Çağ ve modern hukukta düzenlenmesi, *Corpus Iuris* kapsamındaki *stipulatio*'nun hukukî düzenlenmesine ilişkin birçok kaynaktan esinlenmiştir.

Roma hukukunda bu akdin çeşitli amaçlarla kullanıldığı görülmekteydi; Roma Borçlar hukukundaki tipe bağlılık ilkesi gereğince, başka türlü yapıldığında borç doğurmayacak ve dolayısıyla dava edilemeyecek anlaşmalar *stipulatio* ile yapıldığında geçerli oluyordu. Ödünç ariyet verileceğine ilişkin ön anlaşmalar, bağışlama vaadi, kefalet, müteselsil borçlar ve alacaklar, yenileme, alacağın temliki ve borcun nakli, faiz *stipulatio*'su, cezai şart gibi.

2. Stipulatio'nun Konusu

Stipulatio, çeşitli edimlerin vaadinde kullanılmıştır. Özellikle, hukukçular konu dışında bırakmadan, *dare*, *facere* ve *praestare stipulatio*'larını geliştirmişlerdir. *Stipulatio*'nun kapsamı, belirli bir miktar paranın ödenmesi gibi basit bir edimden, bir eserin meydana getirilmesi, bir binanın inşa edilmesi, malların sağlanması, büyük miktarlarda buğday teslimi gibi çok karmaşık edimlerin taahhüdünü kapsamıştır. Gerçekten, Roma şehrinin besin ihtiyaçlarını karşılayan akitler için, esas olarak *stipulatio*'ya başvurulmuştur[48].

Yapmak (*facere*) veya yapmamak (*non facere*) için yükümlülük altına girenin, belirli olmayan bir edim vaad ettiği kabul edilmektedir. Yapmak (*facere*) edimleri arasında, meselâ, bir çukur veya kuyu kazmak, bir ev inşa etmek veya zilyetliği nakletmek bulunmaktadır. Yapmamak borçları arasında, benim tarladan geçmeme engel olan her türlü anlaşma veya benim (belirli bir malı) elde etmemi engellememek zikredilebilir.

3. Stipulatio'nun Şartları

A — *Stipulatio*'nun konusu belirli olmalıdır.

Stipulatio, yeterli şekilde belirli bir konuya sahip olmalıdır. Bunun da amacı; ihtilaf halinde hâkime borçlunun edimini gerekli, uygun şekilde ifa edip etmediğine karar vermesini sağlamaktır. Eğer, belirli olmasını sağlayan unsurlardan biri eksikse, *stipulatio* tamamlanmamıştır ve bu sebeple

geçersizdir. Ancak, konunun yorum yoluyla belirlenebilmesi durumu, bunun dışındadır.

Bu sebeple aşağıdaki şekiller kabul edilemez. “Bana 1 milyar vermeyi taahhüd ediyor musun? - Sana 800 milyon vermeyi taahhüd ediyorum” veya “Bana 1 haziranda teslimi taahhüd ediyor musun? - Sana 1 temmuz için taahhüd ediyorum”. Bu iki durumda da, hiçbir hukuki yükümlülük yoktur[49].

Bu aktin yapısı, birbirinden çok farklı iktisadî ve hukukî amaçlara cevap verebilmiştir: Meselâ “Bana 10 milyar ödemeyi taahhüt ediyor musun?” sorusu bir ödünç vaadi (kredi açılması), bir bağış reddi veya daha önceki bir taahhüdün şekle bağlı teyidi, olabilir[50].

Borcun konusu üzerinde de soru ile cevap arasında tam bir uygunluk olması gerekirdi. Dolayısıyla 100 taahhüt etmeye davet edilen kimse, 200 taahhüt ederse veya 50 taahhüt ederse borç meydana gelmez. Fakat, alacaklının “Bana Uçar isimli yarış atını vermeyi taahhüt ediyor musun?” sorusuna karşı, borçlu “Uçar isimli yarış atını veya Fırtına isimli yarış atını vermeyi taahhüt ediyorum” diye cevap verirse, Fırtına’dan söz etmesi gereksiz sayılırdı. Çünkü; parça borcu söz konusu olduğu için *stipulatio*, biri geçerli, diğeri geçersiz iki tane farzedilir ve geçerli olanın diğerini geçersiz hale getirmediği kabul edilirdi[51].

Stipulatio’nun yapılışındaki şekilci formül, bu hukukî muameleye çok açık bir hukukî görünüş vermektedir. Vaad edenin borcunun, telaffuz ettiği sözlerden doğması kuralı sadece bu muameleye katılanların *stipulatio* ile bağlı olduğunu gösteriyordu. Üçüncü kişinin bu akit ilişkisine girme teşebbüsü boşuna idi. İlke olarak, üçüncü kişi lehine yapılan her türlü vaad ve üçüncü kişinin edimini kapsayan her vaad yetersizdi. Bu şekilde; başkası yararına şart (TBK. m. 129) Roma hukukunda kabul edilmemişti.

Ulpianus D. 45.1.38.17:

Alteri stipulati nemo potest: “Hiç kimse başkası için taahhütte bulunamaz”.

TBK. m.128’de yer alan, üçüncü kişinin fiilini taahhüt (üstlenme) de, Roma hukukunda kabul edilmemişti[52].

Ulpianus D. 45.1.38 pr.:

Nemo autem alienum factum promittendo obligatur: “Üçüncü kişinin fiilini vaad ederek hiç kimse borçlanamaz”.

Eğer bir kimse, *stipulatio* ile buğday vermeyi taahhüt etmişse, ortaya çıkan problem hukukî değil, olaya dayanan bir problemdir. Bu sebeple, eğer

belirli cinste ve miktarda buğdayı düşünmüşse, borç yükümlülüğü altına girmiştir. Buna karşılık, bunları daha sonra belirlemek istiyorsa, *stipulatio* ile hiçbir yükümlülük altına girmemiştir. Zira; temel unsur olan buğdayın miktarı belirtilmemişse, belirlilik söz konusu değildir.

B — *Stipulatio*'nun konusu mümkün ve kanuna uygun olmalıdır.

Ayrıca, edim mümkün ve kanuna uygun olmalıdır. Bir aktin konusu, imkânsız veya ahlâka aykırı olursa, akit geçersizdir. TBK.m.27/1'de yer alan, bir aktin konusu imkânsız, kanuna veya ahlâka aykırı olursa, o akit geçersizdir, şeklindeki kural, meselelere dayanan çözüm yollarından hareket ederek hazırlanmıştır ve TBK. m. 136/1'in bilinen ilkesine temel oluşturmuştur: Borçluya yüklenemeyen sebepler yüzünden borcun ifası mümkün olmazsa, borç sona erer.

Bununla birlikte; bu kurallar edimin mutlak ve kesin şekilde mümkün olmadığı faraziyelerini öngörüyordu. Meselâ; vaad sırasında mevcut olmayan bir malın sağlanması veya vaad edilen yük hayvanının ölmüş olması gibi, vaadin kesin olarak mümkün olmaması. Buna karşılık, eğer imkânsızlık geçici ise, *stipulatio* ne geçersizdi ne de sona eriyordu. Fakat, ifanın mümkün olmadığı devrede, sonuçlarını askıya alıyordu. Bu süre boyunca, alacaklı borçludan hiçbir şey talep edemezdi ve sahip olduğu davayı açamazdı.

Üçüncü kişinin alacaklı olmadığı durum aşağıdaki metinde gösterilmiştir:

Ulpianus D. 46.3.9 pr.

Stipulatus sum mihi aut Sticho servo Sempronii solvi: Sempronio solvi non potest, quamvis servi sit: "Bana veya *Sempronius*'un kölesi *Stichus*'a ödenmesini vaad ettirdim, bu tutar kölenin mâliki olsa da *Sempronius*'a ödenemez".

Başkası için vaadin kabul edilmemesi, bütün akit türlerini kapsamaktadır. Bununla birlikte, "kendi adına akit yapan bir kişi yararına bir borç kabul ettirmişse, o borcun bu üçüncü kişiye ödenmesini isteyebilir" şeklindeki TBK. m. 129/1'deki hüküm kökenini Roma hukukunda bulmaktadır. Zira, bu hüküm kendisine üçüncü kişi için vaadde bulunduranın, bunun ifasında kendi menfaatinin de olması, temel fikrine dayanır.

Bazı modern mevzuatta, bu menfaatin somut varlığı, aktin geçerlilik şartı olarak, açık bir şekilde öngörülmüştür (Meselâ, İtalyan MK.'u m.1411'deki durum bu şekildedir).

Bu görüş aşağıdaki Digesta metninde açıkça ortaya çıkmaktadır (Paulus, D. 45,1,83,5):

Pedius, şunu yazmıştır: “Eğer; bana belirli bir bağın yüz testi şarabı *stipulatio* ile taahhüt edilirse, hazır olmasını beklemek zorundayım. Eğer, ürün elde edilmiş, fakat borçlunun kusuru olmadan tüketilmişse, yeniden oluşmasını ve bana verilmesini beklemek zorundayım. *Stipulatio* sonuçlarını bu olaylara göre meydana getirecek veya getirmeyecektir.”

Bir *stipulatio* birden fazla konuya sahip olabilir, seçilebilir ve seçimlik bir borç yaratır. O zaman seçme hakkının kime ait olduğu sorunu ortaya çıkar.

TBK. m.87’nin, seçimlik borçlara ilişkin kuralı aşağıdaki şekildedir: Borç birkaç edimi kapsamakta ve borçlu, bunlardan yalnız birini yerine getirmekle yükümlü bulunuyorsa, işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir.

Seçimlik borçlara ilişkin bu kural ancak Roma kökeni olan *stipulatio* ile açıklanabilir. Zira, aşağıdaki şekilde oluşturulan bir vaatle gerçekleşmiştir:

A : *Stichum aut Pamphilum mihi dari spondes?*

B : *Spondeo*

A : Bana köle Stichus veya köle Pamphilus’u vermeyi taahhüt ediyor musun?

B : Taahhüt ediyorum.

Bu formüle göre adı geçen iki köleden birini vermek hakkı borçluya ait oluyordu. Eğer alacaklı bu hakka sahip olmak isterse, sorusunda açıkça bu durumu belirtmek zorundaydı.

A : *Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dari spondes?*

B : *Spondeo*

A : Bana köleler Stichus veya Pamphilus arasında, benim seçeceğimi vermeyi taahhüt ediyor musun?

B : Bunu taahhüt ediyorum.

Stipulatio’nun tanık önünde yapılmasına gerek yoktur. Romalıların kendi aralarında söyledikleri sözler yeterli olur. Bununla birlikte, *stipulatio*’nun en zayıf tarafı da, ispatındaki güçlüktür. Roma, kuruluşunun ilk yüzyıllarında pek yayılmamıştı ve bir kimse diğer vatandaşların gözünde saygınlığını kaybetmek istemezdi. Şahitler önünde kendisine duyulan güveni, dürüstlüğü (*fides*) ihlâl eden kişi, sadece güveni kaybetmez, herkesin hor görmesine ve düşmanlığına maruz kalırdı. Kapalı bir çevrede sosyal kınama korkusu, en güçlü zorlamalardan biridir. Kuşkusuz bu hukukî

bir müeyyide değildir. Ancak bu müeyyidenin varlığı, hukukun yükümlülüklere uyulması işlevine yardımcı olur[53]. Eski Roma'da söze itimat büyük rol oynamakla beraber, daha klâsik hukuk devrinde, sözlü olan bu şekli ispat edebilmek için, yazılı belgeye başvurulmaya başlandığı görülür: Bu şekilde *stipulatio*'nun yapıldığı hakkında senet veya belgeler de düzenlenmeye başlanmıştır. Ancak bu senet, Roma hukukuna göre yalnız bir ispat vasıtasıdır. *Stipulatio*'nun borç doğuran kuvveti, aktin geçerliliği bakımından hiçbir önemi yoktur. Bu kuvvet için, sözlü muamele esastır. Roma imparatorluğunun doğu eyaletleri ise, eskiden beri yazılı aktilere değer veriyordu. Doğu hukukları ile sıkı ilişki ve bu hukukların yazının çok önemli olması, *stipulatio* yanında bir ispat belgesinin bulundurulmasını âdet haline getirdi.

Stipulatio'daki şekil, doğu hukukunun etkisiyle gittikçe azaldı. Daha M.S. III. yüzyılda soru ile cevabın, aynı kelimeden olmasına bakılmıyordu. M.S. 472 yılında çıkan bir emirname, *stipulatio*'nun belirli sözlerle yapılmasına gerek olmadığını da bildirmektedir. Bu şekilde *stipulatio*'nun özelliği ve sağladığı açıklık ortadan kalkmış oldu.

Daha da ileri gidildi: Doğu eyaletlerinde akitler, genellikle noterler önünde senetlerle yapılmakta idi. Onların zihniyeti, Romalıların söze verilen itibarını kabul edemezdi. Romalılara göre ise, yazılı şeklin bir anlamı olamazdı.

Zaten, Roma devleti sınırları içinde yaşayan herkes *Constitutio Antoniniana* ile roma vatandaşlar hukukuna (*ius civile*'ye) tâbi olunca, doğu eyaletlerinde yaşayan kişiler *stipulatio*'nun borç doğurucu kuvvetini pek anlamadılar. Fakat, yaptıkları bir akti, Roma hukukuna göre borçlandırıcı bir şekle sokmak için *stipulatio* kullanmaları gerekiyordu. Zira, doğu eyaletlerinde akitler yazılı olarak senet veya noterde düzenlenen resmî senet şeklinde yapılıyordu. Roma hukukunda ise, bu tür akitler geçerli sayılmıyordu. Bu sakıncayı önlemek için III. yüzyıldan itibaren, bu tür yazılı akitlere, bunların kapsamının *stipulatio* ile de taahhüt edildiğine dair kayıt ekleniyordu. Senedin sonuna, "sorulduğunda tasvip ettim" kaydı ekleniyordu. Ancak, bu *stipulatio* kaydı, roma hukukunun geçerli sözlü şekle uygun *stipulatio*'sunun yapıldığına delil olabilirdi. Bu sebeple, birçok halde, *stipulatio*'nun gerçekte yapılmadığı ileri sürülüyor, bu iddialar da bitmez tükenmez ihtilâflara yol açıyordu. *Stipulatio*'nun yapılmadığı ispat edilirse, belge de geçersiz oluyordu. Ancak, eldeki belge, sözlü akit *stipulatio*'nun yapıldığına karine sayılıyordu. Aksini, *stipulatio*'nun

yapılmadığını ispat yükü davalıya aitti. Bu ise, son derecede güç oluyordu. Böylece, *stipulatio* yazılı akte yaklaştı. Gerçekte ise, Roma'nın doğusundaki insanlar için borçlandırıcı unsur senetti. Böylece, *stipulatio* gittikçe daha çok yazılı akte yaklaştı[54].

*Stipulatio'*yu yazılı şekle sokan *Iustinianus* olmuştur. *Iustinianus*, üzerinde tarih bulunan bir *stipulatio* senedine karşı ancak, tarafların akit gününde, aynı şehirde, aynı anda hazır olmadıkları ve bu sebeple *stipulatio'*nun yapılmasına imkân olmadığını ispat şartıyla geçersiz olacağı esasını koydu. Zira hazır olmayanlar, *stipulatio* yapamazlar. Tarafların o tarihte aynı yerde bulunmadıklarının ispatı ile, hazır bulunanlar arasında yapılması gereken *stipulatio'*nun yapılmamış olduğu açığa vuruluyordu. Diğer hallerde, senet olduğu gibi kabul edilirdi.

Iustinianus derlemesinde, *stipulatio* eski önemini kaybetmiştir. Diğer taraftan, şekle bağlı muamelenin sertliği zamanla yumuşatıldı. Daha çok yazılı şekle dönüştü. Bu aşamada artık yazılı şekil hâkim olmuştur. Gerçi Iustinianus, Digesta'sında, *stipulatio'*dan uzun uzun bahsederek açıklamaktadır ama, uygulamada yeri çok azdı. Doğu eyaletleri halkı için, karşılıklı iki kişi arasında verilmiş bir söze, önemli hukukî sonuçlar bağlanması fikri yerleşmedi. M.S.472'de İmparator *Leo*, soru ve cevaba gerek kalmadığını, tarafların rızalarını sözlü şekilde beyan etmelerinin *stipulatio*, için yeterli olacağını beyan etmişti. Bu şekilde ise, *stipulatio*, fiilen rızaî bir akit halini aldı. Ancak rızaların aynı anda hazır olan taraflar arasında sözlü olarak beyan edilmesi gerekiyordu.

Şekle bağlı olmayan her aktin; bir borcun doğumu için, kural olarak, yeterli olduğu şeklinde modern kural, bu şekilde geniş ölçüde kabul edilmiş oluyordu.

4. *Stipulatio'*dan Doğan Borçlar ve Davalar

Stipulatio tamamen tek taraflı olan bir dar hukuk aktidir. Bu sebeple *stipulatio'*dan yalnız lehine vaad edilen hak sahibi olur.

Stipulatio'nun konusu, hem *dare* hem *facere* borçlarını kapsar. Borç, nevi veya parça borcu olabilir. Davalılarının ismi, konusu *dare* veya *facere* olmasına göre değişir. *Dare* borcu doğduğu zaman, edim belirlidir: Halbuki *facere*, meselâ bir ev yapmak, bir ders vermek, gibi borç konuları daima muğlaktır[55].

1) Belirli bir malın verilmesine ait *stipulatio'*dan iki tür dava doğar.

a) Eğer *stipulatio* davası belirli bir miktar paraya aitse, borçluya açılacak dava para ödüncünün aynı olan *actio certae creditae pecuniae*'dır. Buna *condictio certi* de denir.

b) *Stipulatio* ile paradan başka bir malın, bir miktar mislî mal veya parça olarak belli bir malın verileceği vaad edilmiş ise, *condictio certae rei (condictio triticaria)* açılır.

Görüldüğü gibi; bu iki davada da takip edilen edim belirlidir: Alacaklı borçlusundan belirli bir malın verilmesini ister. Ya nevi olarak tespit edilen bir miktar mislî mal (meselâ, 100 kg. buğday) veya ferden tayin edilen bir mal talep edilir. Meselâ, bir çift öküzün verileceğine dair *stipulatio*.

2) Borcun konusunu, bir *facere* (yapmak) teşkil ediyorsa, davaların konusunu *dare* borçlarında olduğu gibi, kesin şekilde tespit etmek imkânı yoktur. Davanın da kapsamı daha az katıdır. Bu dava *actio ex stipulatu*'dur. Borcun konusu, *non facere* (yapmamak) borcu da olabilir. Borcun kapsamı kesin değildir. Konusu daha muğlak olduğundan, hâkime daha geniş bir takdir alanı tanınmaktadır.

Daha sonraları *actio ex stipulatu* verme borçları için de kullanıldı. Genel bir *stipulatio* davası oldu[56].

5. Soyut ve Sebepli Stipulatio'lar

Stipulatio, sebepli veya soyut (sebep belirtilmeden) olarak yani, sebep belirtilerek veya belirtilmeden yapılabilir. Meselâ:

Bir kimsenin diğer birisine 1000 bağışlamak istediği farzedelim. Bu bağışı geçerli bir şekilde vaad edebilmek ve vaadinden dolayı dava ile takip edilebilmek için, bir *stipulatio* yapılması gerekir.

Bu *stipulatio* iki şekilde yapılabilir. Müstakbel alacaklı ya: bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun? sorusunu sorar. Veya; bana, bağış olarak, 100 vermeyi taahhüt ediyor musun? denir. Bu ikinci halde, paranın ne için yapıldığı belirtilmektedir, yani sebep (*causa*) gösterilmektedir. Diğerinde ise, sebep gösterilmemiş, soyut olarak yapılmıştır. Bütün *stipulatio*'lar böyledir ve sebep gösterilsin veya gösterilmesin geçerlidirler.

Sebebin gösterilmemiş olması sebebin bulunmadığı anlamına gelmez. Bir kimsenin, bir malın mülkiyetini nakletmesinin sebebi ne olabilir? Eğer bir borçlu borcunu ödemek için bir malın mülkiyetini nakletmeği vaad ediyorsa, ifa sebebi (*causa solvendi*); ödünç olarak, geri verilmek üzere bir mislî eşyanın mülkiyetini nakletmek istiyorsa, alacak sebebi (*causa*

credendi) vardır. Roma'da bir de cihaz vermek niyetiyle vaadde bulunabilirdi ki bu da, cihaz sebebi (*causa dotis*) olurdu.

Bu şekilde konusunun 100 olduğunu söylediğimiz *stipulatio* soyut olarak yapılmışsa, bu sebeplerden biri söz konusu olabilir. Çoğu kere *stipulatio* yapılırken sebep de gösterilir, fakat bir sebep gösterilmeden de *stipulatio* yapılmaktadır. Geçerli olan bu *stipulatio*'ların pratik faydaları vardı: Alacaklı bu takdirde, alacağını talep ettiği zaman, sebebin ne olduğunu ispat etmek mecburiyetinde değildir, sadece aktin yapılmış olduğunu ispat etmesi yeterlidir. Bu kolaylık yüzünden bugünkü hukukumuzda da, sebep gösterilmeden yapılan vaadler geçerlidir (TBK.m. 18: "Borcun sebebini içermemiş olsa bile, borç tanıması geçerlidir").

Ancak, sebep gösterilmemesinin büyük bir sakıncası da vardır. Çünkü, soyut muamelelerde aslında yine de bir sebebin bulunması gerekli olduğu halde, sebep hiç yoksa muamele yine geçerli olarak kalmaktadır. Bu konuda Gaius'un bir örneği vardır: Bir kimse, kendisine *pactum* ile vaad edilmiş olan bir ödüncü henüz almadan, zamanı gelince ödeyeceğini bir *stipulatio* ile taahhüt ediyor. Ödünç vereceğini taahhüt eden kimse, daha ödüncü vermeden bir *stipulatio* alacaklısı haline gelmiştir. Tabiî bu *stipulatio* soyut olarak yapılmıştır: Söylenmemiş olmakla beraber gerçekte sebep, verilecek olan ödüncün iadesi, yani bir *causa solvendi*'dir. Şimdi bu durumda ödüncü verecek olan kimse, her hangi bir sebeple, ödüncü vermezse, ne yapılabilecektir? Ödünç taahhüdünü *pactum* ile yaptığından kendisine dava açılamaz. Fakat, *stipulatio* ile alacaklı olduğundan, vermediği ödüncü geri isteyebilmektedir. Durum, günümüzde de aynıdır: Bir kimse, henüz ödünç almadan onu geri vereceğine dair bir senet imza etse (sebep gösterilmez), sonradan ödüncü alamamış bile olsa, senetten dolayı borçlu durumundadır; buradaki borcun da gerçekte bir sebebi yoktur.

Ödünç vermesi gerekirken vermemiş olan kimse, sebepsiz olarak zenginleşme, bir kazanç durumu sağlamıştır, diğer tarafın himaye edilmesi doğrudur. Bu himaye iki şekilde olur: Eğer sebepsiz zenginleşen alacaklı dava açarsa, diğer taraf buna karşı bir *exceptio doli* (hile def'i) ileri sürer; veyahut kendisi, davanın açılmasını beklemeden *condictio sine causa* (sebepsiz iktisap davası) açar.

Klâsik devrin bu kavramları modern hukuklarda aynen devam etmiştir. Gerek sebepten soyut muamele, gerekse sakıncalarına karşı alınan tedbirler, Klâsik Roma Hukuku dehâsının yarattığı kavramlardır.

Iustinianus Hukuku, soyut muamele anlayışını değiştirmiştir: Bu imparatorun çıkardığı bir emirnameye göre, bir borçlu soyut bir *stipulatio* ile kendisinden alacak talep edildiği zaman, sebebin ispat edilmesini talep edebilmekte idi. Bu, soyut muameleyi ortadan kaldırmak demektir, zira maksat alacaklıyı bu ispat külfetinden kurtarmaktır. Bütün Ortaçağ boyunca ve XIX. yüzyıla kadar Iustinianus Hukukunun bu kuralı geçerli kaldığından, soyut muameleler terk edilmişti. XIX. yüzyılda, zaruret yeniden göründü ve Alman Medeni Kanunu (BGB), İsviçre-Türk hukukları (TBK. md.18) soyut muameleyi kabul ettiler[57].

Uzun süredir unutulduğu sanılan bazı Borçlar Hukuku şekilleri tekrar ortaya çıkmıştır: Kredi kartı sahibi ile şekilsiz anlaşma sonucu, güven üzerine, alacaklının kredi kartı hesabından para çekmesini sağlayan yeni malî uygulamalar *stipulatio*'yu hatırlatmaktadır.

6. Stipulatio'nun En Önemli Uygulama Şekilleri ve Kefalet Akdi

Yukarıda belirtildiği gibi, *stipulatio* Roma hukukunda en geniş uygulama alanı bulunan bir akittir. Bu şekilde, *ius civile* tarafından borç doğurucu bir akit olarak kabul edilmeyen tüm anlaşmalar, sözlü şekilde yani *stipulatio* olarak yapılırsa, geçerli bir borç olurlar. Bu sebeple, *stipulatio*'dan, bir çok pratik amacın elde edilmesi için yararlanılmıştır.

a) Bütün borç vaadleri, *stipulatio* yapılırsa, geçerli olurlar.

b) Fer'î (yan) borçlar: faiz, cezaî şart, kefalet vs. *stipulatio* ile tesis edilirler.

c) *Praetor stipulatio*'ları.

d) Müteselsil borçlar.

e) Tecdit (yenileme), *novatio* borcun nakli, alacağın temliki...

Kefalet Akti

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

Alacaklı borçlu ile ilişkiye girerken, esas itibariyle borçlunun malvarlığını, çalışma, başarı gücünü ve dürüstlüğünü tartar, dikkate alır. Kısaca onun borcunu 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 yeteri kadar tanımayan kişiler arasındaki ilişkiler yoğunluk kazandıkça, alacağı garantiye, teminata bağlamak ister ve gereği giderek artmaktadır.

Roma hukukunda kefalet, şahsî teminatı sağlayan kurumlardandır.

Modern hukuk sistemlerinin aksine, Romalılar bütün devirlerde şahsî teminatı, aynî teminata tercih etmiştir. Bu tercihin sebepleri şöyle özetlenebilir: En önemli sebep, kişi üzerindeki icranın sertliği, kesinliği ve teferruatlı bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır. 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 sanki borçlu iflâs etmiş gibi, bütün malvarlığına el konulmaktaydı. Borcu ödemeye yetecek kadar malların haczi ilk imparatorluk devrinde henüz istisnaî bir durumdur, ancak son imparatorluk devrinde kural haline gelmiştir.

Aynî teminatın şahsî teminatın arkasında, ikinci plânda kalmasının diğer sebepleri Roma'daki rehin kurumunun niteliği, zayıf noktaları ile ilgilidir: Aynî teminatın konusu olabilen en değerli nesneler olan taşınmaz mallar üzerinde aynî hakların varlığını veya yokluğunu tespit eden sicillerin Roma hukukunda bulunmaması, aynî olan teminatı olumsuz yönde etkilemiştir. Diğer taraftan aynî teminatın teslimsiz olarak dahi tesis edilebileceğinin kabulü, zilyetliğin temin ettiği alenîyeti de ortadan kaldırmaktaydı. Taşınır ama, özellikle taşınmazlar üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iktisap eden kimse, bu mallar üzerinde daha evvel tesis edilmiş aynî teminatın bulunup bulunmadığını kolayca anlamak imkânından mahrumdu. Alenîyet 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, taş üzerine yazılarak bilgi verilmekteydi. Mısır'da ise, aksine resmî ipotek kayıtlarının varlığı bilinmektedir)[58].

Klâsik devrin sonlarına doğru ortaya çıkmaya başlayan kanunî rehin hakları gerçek durumun tespitini daha da güçleştirdi. Nihayet aynı dönemde

ama, özellikle post-klâsik 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 aynı teminat karşılığında kredi açacak olanlar bu tip rehin haklarını da hesaba katmak zorundaydı.

Şahsî teminatın en önemli şekli olan kefalet, esas borçlu yanında üçüncü bir şahıs, kefil, yani fer'î 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 ile *stipulatio* arasında sıkı bir bağ mevcuttur. Zira, *stipulatio* kefalet düşüncesinden doğmuştur.

Roma Hukukunun sözlü akti olan *stipulatio* yapılırken, alacaklının "Bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?" şeklindeki sorusuna, borçlu "Taahhüt ediyorum" (*spondeo*) cevabını vermektedir. Aslında *stipulatio*'nun hukukî işlevi, borçlunun kendisi için kefil olmasıdır.

Roma Hukukunda, sonraları, sözlü akitle yapılanlardan başka kefalet şekilleri meydana çıkmışsa da, Iustinianus devrine kadar en önemli yeri işgal eden normal kefalet şekli *stipulatio* ile yapılandır.

Sözlü akit ile yapılan en eski kefalet şekli *sponsio*'dur. Sonra, *fidepromissio* ve *fideiussio* isimlerini taşıyan ve yine *stipulatio* ile yapılan kefalet şekilleri görülüyor Iustinianus hukukunda bunlardan yalnız *fideiussio* kalmış diğerleri zamanla kaybolmuştur. Zaten, modern hukukları etkileyen kefalet müessesesi de, Iustinianus hukukundaki *fideiussio*'dur.

Kefalet klâsik devirde alacaklı ile kefil arasında yapılan bir *stipulatio* ile tesis edilmekteydi ve *sponsio*, *fidepromissia*, *fideiussio* olmak üzere üç türü mevcuttur:

Sponsio en eski kefalet şekliydi ve ancak Romalılar arasında mümkündü. *Sponsio* ile teminat altına alınacak borcun bir *stipulatio*'dan doğması şarttı. Alacaklı ile kefil arasındaki *sponsio*, alacaklı ile borçlu arasındaki *stipulatio*'dan hemen sonra yapılırdı. Sorulan soru "aynı şeyi bana vermeyi taahhüt ediyor musun?" şeklinde idi (*idem dari spondesne*, Gai. I. 3, 116). Sonraki dönemlerde *sponsio*'nun daha sonra ve asıl borçlunun yokluğunda yapılabileceği kabul olundu. Kefilin sorumluluğu, mirasçılarına intikal etmiyordu (Gai. I. 3,120).

Fidepromissio, *sponsio* tarzındaki kefaleti yapamayan yabancılar için getirilmiş olan şahsî teminat şekliydi. *Sponsio* gibi, yalnız sözlü akitlerden doğan borçlara teminat olabilir, alacaklı doğrudan kefile başvurabilir.

Kefaletin en eski şekli olan *sponsio'*da, esas borçlunun da, *stipulatio'*dan doğan bir borcunun olması, yani onun da kendisi için kefil, sponsor olması gerekiyordu. *Sponsio* aracılığıyla yalnız sözlü borçların teminat altına alınabileceği şeklindeki hükmü de bu şekilde açıklamak mümkündür. *Sponsio*, ancak daha sonraki devrelerde, ikinci derecede bir borç haline gelmiştir.

Sponsio'da alacaklı kefile: "Aynı şeyi vermeyi taahhüt ediyor musun?" (*idem dari spondes*) diye sorar, kefil (*sponsor*) taahhüt ediyorum (*spondeo*) , diye cevap verirdi. Bu formülle sadece Roma vatandaşları borç altına girebiliyordu. Dolayısıyla, *sponsio* usulü, ancak onlara mahsustur. Fakat, *sponsio* çok eski devirlerde kullanılan bir formülle evrensel hukuka (*ius gentium*'a) girmiştir. Yabancı kimselerle yapılan hukukî muamelelerde kefalete ihtiyaç duyuluyordu. Dolayısıyla, Roma devletindeki yabancıların da kefalet yapmasına imkân sağlamak gerekti. *Fidepromissio* ismini alan bu kefalet şekli, M.Ö. 242 yılından sonra uygulanmaya başlanmıştır. *Fidepromissio*'da *spondere* değil, *fide promittere* terimi kullanılıyordu. Alacaklı kefile: "*idem fidepromittis*": aynı şeyi şerefin üzerine vaad ediyor musun diye sorar, kefil de (*fidepromissor*) "*fideprommitto*" (şerefim üzerine vaad ediyorum), diye cevap verirdi (Gai. I. 3,115-116; 118).

Bir çok bakımdan birbirine benzeyen *sponsio* ve *promissio* sıkı şekil şartlarına bağlı idi. Uygulama alanları da dardı. Zira sadece sözlü borçları, yani belirli sözlü şekillerle meydana getirilen borçları teminat altına alırdı (Gai. I. 3,119).

Diğer taraftan *sponsio* ve *fidepromissio*'nun asıl borçtan hemen sonra yapılmaları gerekiyordu. Aksi halde, yani esas borçlu ile alacaklının taahhütleri henüz hafızalarda canlı olmadan, "aynı şeyi vaad ediyor musun?" şeklindeki sorunun anlamını açıklamak zor olacaktır.

Sponsor veya *fidepromissor*'un taahhüdünden mirasçıları sorumlu olamazdı.

Kefilin borcunun ölümü ile sona ermesi, sadece sözlü akitten doğan borçlarda teminat teşkil etmesi, asıl aktin yanında yapılması ve sözünü ettiğimiz kanunların uygulamaları sonucu, artık alacaklılar için yeterli bir teminat olmaktan çıkmıştı. Değişen günlük hayatın ihtiyaçları, daha serbest bir kefaletin eksikliğini duyuruyordu. Gelişen ticaret hayatının sonucu

olarak, önemli işler için krediye ihtiyaç vardı. Büyük ticarî işlere girişen kimselere, elverişli teminatlar göstermek gerekiyordu. İşte bütün bu sebeplerle, hukukçular, yeni bir teminat *stipulatio*'su şekli buldular. Bu teminat şekli *fideiussio*'dur. Bu usul, öncekilerden çok daha geniş ve elâstikiydi.

Fideiussio, Miladın son yıllarında 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.

Her üç kefalet şeklinde ortak olan hususlar şunlardır:

a) Kefilin borcu asıl borçtan fazla olamaz[59] ama, az olabilir (Gai.I.3,126). Kefil borçlunun şahsına bağlı olmadıkça, borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği bütün defileri alacaklıya karşı dermeyan edebilir. (D. 44,1,7 pr.-1).

b) 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 isteyebilmekteydi. Başka bir deyişle kendisine başvurulan kefil, sadece kendi payına düşen miktarı ödeyebilmekteydi. Bununla beraber diğer kefillerin ödeme kabiliyeti yoksa, bu imkândan faydalanamazdı.

c) Klâsik devirde alacaklı, borçlu ve kefilden hangisini takip edeceğini *litis contestatio*'ya kadar seçmek zorundaydı. Alacaklı ile borçlu arasında dava tespit edildikten sonra, alacağını alamayan alacaklı kefili takip edemezdi. Önce kefili takip etmişse, sonra 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 defi) ileri sürerek, önce borçluya dava açılmasını isteyebilmekteydi.

Iustinianus kefaletin *sponsio* ve *fidepromissio* şekillerini kaldırarak sadece *fideiussio*'yu muhafaza etmiştir.

Fideiussio, alacaklı ile kefil arasında *stipulatio* yoluyla yapılır. Meselâ, alacaklı esas borçlunun borcunu kastederek, "aynı şeyi şerefinle bana temin ediyor musun?" diye sorar, borçlu da "taahhüt ediyorum" (*fideiubeo*) diye

cevap verir. Veya, “aynı şeyi vereceğini şerefinle bana vaad ediyor musun?” “şerefimle vaad ediyorum” şeklindeki soru ve cevapla yapılır.

TBK.m. 581’de kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme olarak tarif edilmiştir.

Kefilin borcu fer’î, ikinci derecede bir borçtur. Yani, esas borçlu herhangi bir sebeple borcundan kurtulursa, fer’î borçlu olan kefil de borcundan kurtulur, bir dava ile takip edilemez.

Bununla birlikte, bazı hallerde dava ile takip edilemeyen bazı tabiî (eksik, davasız) borçlar, bu arada kölelerin borçları bir kefilin taahhüdü ile teminat altına alınabilirdi[60].

Kefilin taahhüdü devamlıdır ve mirasçılara geçer.

Alacaklının, kefillerle ilişkisi şu şekildedir: Bir borç için birden fazla kefilin bulunması halinde, eskiden sorumlulukları müteselsildi. Yani, her kefil, borcun tamamı için takip edilebilir, alacaklı hangisine isterse başvurabilirdi. Kefillerin birden fazla olması halinde, imparator *Hadrianus*’un koyduğu esasa göre (M.S. II. yüzyıl), kendisinden borcun tamamı talep edilen kefil, *beneficium divisionis*’i (borcun bölünmesini istemek imtiyazını) ileri sürebilirdi.

Kefalette en önemli sorunlardan biri de kefilin borcunun birinci derecede bir borç mu yoksa ikinci derecede bir borç mu olduğudur. Esas borç ödenmediği zaman eğer alacaklı, esas borçluya karşı bir talepte bulunmadan kefile müracaat edebiliyorsa kefilin borcu birinci derecede bir borçtur. Fakat alacaklının önce esas borçluyu takip etmesi ve ondan bir şey elde edemediği takdirde kefile müracaat etmesi gerekiyorsa, bu halde kefilin borcunun ikinci derecede bir borç olduğu söylenir.

Roma Hukukunda bütün klâsik devir boyunca ve hatta Iustinianus’un hükümdarlığının ilk yıllarına kadar kefilin borcu birinci derecede bir borçtu. Alacaklı isterse esas borçluyu, isterse kefili takip etmekte serbestti, yani esas borçluya müracaat etmeden doğrudan doğruya kefile müracaat edebilirdi[61]. Fakat Iustinianus’un 535 yılında yayınladığı meşhur 4. Novella ile kefilin durumu düzeldi. Alacaklının önce kefile başvurması önlendi. Bu kanuna göre, esas borçluya müracaat etmeden kendisini takip etmiş olan alacaklıya karşı kefil, *beneficium excussionis* denen bir def’i ileri sürerek, önce esas borçluya müracaat edilmesini talep etmek hakkını elde etmişti. Iustinianus’un bu yeniliği ile kefilin borcu artık ikinci derecede bir borç olmuştu. Böylece alacaklı bakımından kefalet kurumu eski kuvvetini

biraz kaybetmiş bulunuyordu. Alacaklının her zaman, hatta bir şey elde edemeyeceğini bilmesine rağmen önce esas borçluyu takip etmesi gerekiyordu.

Iustinianus'un koyduğu ve kefili himaye eden bu ilke günümüz hukukunda da yaşamaktadır. Borçlar Kanunumuzun 585. maddesine göre, âdi kefalet halinde alacaklının önce borçluyu takip etmesi gerekir. Bununla beraber, taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler; bu halde de hukukumuzda müteselsil kefaletten bahsedilir[62] (TBK.m.586). Demek oluyor ki, Roma Hukukunda Iustinianus'a kadar kefilin borcu bakımından kefalet, müteselsil kefalet hükmünde idi. Iustinianus'un getirdiği yenilikle bugünkü âdi kefalet kurumu durumuna gelmiştir.

Roma hukukunda, klâsik devirde ve Iustinianus'un ilk yıllarına kadar, kefilin borcu birinci derecedeydi. Alacaklı ister kefili, isterse esas borçluyu takipte serbestti.

Bununla birlikte, klâsik hukukta, örf ve âdetin, esas borçlu ödemeye hazırken, kefili takip eden alacaklının, borçlunun şerefine tecavüz ettiğinin kabul edildiğine dikkat etmek gerekir. Zira, onun aciz halinden şüphe etmiştir.

Diocletianus'un bir emirnamesi (M.S. III. yüzyıl sonu), alacaklının seçim hakkını kaldıran anlaşmaların varlığını göstermektedir. Bu anlaşmalara göre, alacaklı önce esas borçluya başvuracaktır.

Alacaklıya borcu ifa etmiş olan kefil, normal olarak 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. 3,127;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* ile, onun haberi olmadan kefil olmuşsa, *actio negotiorum contraria* ile, başvuracaktır[63]. Bu imkânlar dışında klâsik 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[64].

Iustinianus kefile bir *beneficium cedendarum actionum* tanıdı (Nov. 4,1). Bu imtiyaz ile kefil, alacaklının esas borçlu ve varsa, diğer kefillere karşı haiz olduğu dava haklarını devretmedikçe, borcu ifa etmeyeceğini bildirirdi. Kefil, asıl borçluya karşı olan davaları devrettiği takdirde, alacaklıyı tatmine mecburdur. Alacaklı devir etmezse, kefil ödemeyi reddedebilir[65].

Alacaklının haklarına halef olan kefil, aynı borç için, alacaklıya gösterilmiş diğer teminatlardan, meselâ varsa, ipotek veya başka kefaletten faydalanır. Roma hukukunda, alacaklının davalarını borcu ödemiş olan kefile devretmesi, özel bir devir muamelesi ile meydana geliyordu. Zira, bu devir, hukuken bazı güçlükler ihtiva ediyordu. Çünkü kefilin borcu ödemesiyle, alacaklının alacak hakkı sona eriyor ve bu sebeple temlik edilmesine imkân kalmıyordu. Dolayısıyla, temlik ödemeden önce yapılmalıydı. Bu zorluklardan kaçınmak için, Romalı hukukçular, kefilin ödemesini, alacağın itibarî kıymetine göre satımı şeklinde kabul etmişlerdir. Bununla birlikte, bu hüküm, muhtemelen, klâsik sonrası devreye aittir. Modern hukukçular, bu fikri sadeleştirmiş ve tatmin edilmiş olan alacaklının alacağının kanunen kefile intikali esasını, kefilin borcu ödemesine bağlamışlardır.

Bugünkü hukukumuzda da kefil, rücu hakkını kullanabilir. Ancak, borcu ödeyen kefil, alacaklının haklarına doğrudan doğruya halef olur, ayrıca bir devir muamelesinin yapılmasına gerek yoktur. (TBK. m.596). Bu şekilde, Borçlar Kanunumuzun 596. maddesinde yaşayan ilkenin temelini de, Roma hukukunda bulmaktayız.

IV. Aynî Akitler

Aynî akitler, tarafların rızalarına ihtiyaç gösterir, fakat sadece bu rıza ile dava edilebilir hale gelmezler. Dava edilebilmeleri için tarafların rızasına fiilî bir olayın eklenmesine (*res*) ihtiyaç olan borç akitleridir. Bu fiilî olay, alacaklının borçluya yaptığı edimdedir (*consensus* + *res*). Bu edimle borçlu aldığı edimi geriye vermek veya onun yerine başka bir edimde bulunmak taahhüdü altına girer.

Aynî akitlerin bir kısmı, daha önce alınmış bir edimin geri verilmesini (ödünç, âriyet, vedia, rehin) kapsar. Bir kısmı ise, önceki bir edim dolayısıyla, karşı bir edimin yapılmasına yönelmiştir (isimsiz akitler).

1. Tüketim Ödüncü (Karz, Mutuum) (TBK. m. 386-392)

A. Kavram

Tüketim ödüncü (karz, *mutuum*), bir kimsenin (ödünç verenin) belirli miktarda mislî eşyanın mülkiyetini, aynı nevi veya aynı cinsten aynı miktarı iade borcu altına giren başka bir kimseye devri ile meydana gelir.

Ödünç aktinde, tarafların rızası gerekli olmakla birlikte, yeterli değildir. Ödünç akti; malın mülkiyeti ödünç alana devredildiği zaman, (*consensus+res*) meydana gelir ve bu sebeple *mutuum* aynî akittir.

Bu görüşler, Roma Hukukunun aynî ödünç aktini ifade etmektedir. modern hukukumuzda ödünç akti rızaî akit olduğundan, Borçlar Kanunumuzun m.386'daki tarif bundan biraz farklıdır: TBK.'nın 386. maddesine göre, tüketim ödüncü sözleşmesi ile ödünç veren, bir miktar paranın veya diğer tüketilebilen bir malın mülkiyetini ödünç alan kimseye devretmeyi ve ödünç alan da buna karşı miktar ve nitelikte eşit aynı neviden malları geri vermeyi üstlenir.

Bu tariften anlaşıldığına göre, TBK.'ya göre hem ödünç alan, hem ödünç veren, anlaşmaya göre borçlu duruma girmektedir. Halbuki Roma Hukukunda, ödünç aktinin oluşabilmesi için, ödünç verenin malın mülkiyetini nakletmesi gerekirdi ve bunun sonucunda yalnız ödünç alan onu iade borcu altına giriyordu.

Ödüncün yapısında şu hususa dikkat etmek gerekir:

Roma hukukunda sadece *mutuum* tam anlamıyla aynî akit şekline sahipti. Aktin oluşması, mislî bir malın mülkiyetinin devrini gerektiriyordu. Hukukçular bunu "alacak sebebiyle devir" olarak *traditio credendi causa* nitelendirmişlerdir. Alacaklı malın mülkiyetini kazanıyordu ve bu olay dolayısıyla aynı değerdeki malı geri vermek borcu altına giriyordu. Burada, ödüncün yapısal zayıflığı ve dengesizliği ortaya çıkmaktadır. Zira alacaklı devrettiği mülkiyete karşılık, sadece borçludan (malın mülkiyetini kazanandan) aldığını geri vermek vaadini elde ediyordu.

Tüketim ödüncü; kökenlerinde dostlar, tanıdıklar arasında bir ilişki olduğundan karşılıksızdır. *Mutuum* faizsiz ödünçtür. Alacaklı, ancak *stipulatio* (sözlü akit) yapılmışsa faiz talep edebilirdi[66]. Bu tip ödünç bir arkadaşa verilen küçük tutardaki para veya günlük tüketim malları için kullanılıyordu. Ticari alandaki ödünç önemli tutardaki paraya ilişkindi ve

ödünç veren genellikle meslekten bir kişiydi (banker veya faizle para veren kişi). Bu kişi parasını kâr amacıyla borç veriyordu ve bu da daha karmaşık bir yapıya sahipti. Ödünç alan, ilke olarak, faizleri ödemek ve süre gibi geri verme şartlarını belirlemek zorunda idi. Ticari alandaki para ödünçleri için Romalılar *mutuum* ve *stipulatio'*dan oluşan bir bileşim kullanıyorlardı. Ödünç veren, önce faiz tutarı ile ödemeyi borçlusuna vaad ettiriyor ve geri verme şartlarını düzenliyordu. Sonra para tutarını teslim ediyordu.

Aktin oluşması için iki unsur gerekir:

Tarafların rızası (*consensus*) ve ödünç verilen malın (*res*) mülkiyetinin nakli. Ödüncün meydana gelmesi için, mutlaka malın mülkiyetinin devri gerekir.

Ödüncün konusunu, mislî mallar oluşturur ve nevi (*genus*) borcu doğar. Mislî mallar; tartı, sayı veya ölçü ile belirlenen mallardır. Mal mislî değilse ödünçten söz edilemez. Ödünç aktinin bu niteliği klâsik hukuk metinlerinde belirtilmiştir. Gaius I. 3,90: Ödünç nakit para, şarap, zeytinyağı, tahıl, bakır, gümüş ve altın gibi tartı, sayı ve ölçü ile ifa edilen mallarla olur... Bu malları; sayarak veya ölçerek yahut tartarak, alanın mülkiyetine geçmesi için ve bize aynı malları değil, fakat aynı neviden başka malları geri versin diye, veririz.

Malın mülkiyetinin devri gerekir: BGB 607 aynı kavramı ifade eder. Fakat İsviçre BK. ve Türk BK. m.386[67] vd. ödünç ile ödünç vaadini yani ön akti bir tutmaktadır. Bu şekilde, Roma Hukukunun aynî ödünç akti, modern hukukumuzda rızaî akit olmuştur. Yani; TBK. m. 386'ya göre, taraflar ödünç verileceği ve alınacağı konusunda anlaşırsa, ödünç akti meydana gelir, para veya mislî malın verilmesi sözleşmenin oluşumu için şart değildir[68]. Ödünç konusu tutarın verilmesi ödüncün meydana gelmesi değil, ifadır. Bu, doğruluğu şüpheli yeniliktir. Halbuki, Roma Hukukunda, alacaklının borçluya bir malı ödünç olarak vermek isteyeceğini bildirmesi ve borçlu tarafından kabulü henüz bir ödünç, karz aktini meydana getirmez. Ancak ön anlaşma olur. *Stipulatio* şeklinde yapılmazsa, bir *pactum* olarak dava imkânı yoktur.

Ödünç para vermek vaadine ilişkin dava, ancak vaad *stipulatio* ile yapılmışsa, açılabilir.

Ödünç aktinde iki taraf vardır: Ödünç veren ve alacaklı duruma, ödünç alan ve borçlu duruma geçen taraf.

Mislî mallar genellikle, iş hayatında nitelikleri dolayısıyla, ferden değil, sayı, ölçü ve tartı ile belirlenen taşınır eşyadır: Para, yumurta, buğday,

şarap, maden, kömür, zeytin yağı gibi.

Ödünç; iktisadi açıdan, kredi fikrini en iyi gerçekleştiren akittir. Günümüzde, iş hayatında özellikle para ödünçleri (kredi ödünçleri) büyük yer tutmaktadır. Eski Roma'da başta buğday olmak üzere diğer mislî eşya ödünçlerinin uygulamada büyük önemi vardır[69]. Mısır papirüslerinde, buğday ödünçlerine ait belgeler yer almaktadır.

Ödünç konusunun teslimi ile mülkiyet ödünç alana geçer. Demek ki, ödüncü veren malın mülkiyetini devretmektedir ve bunu bir *traditio* ile yapar. Dolayısıyla; mülkiyeti devredenin, devretmeye ehliyeti yoksa ödünç meydana gelmez. Dolayısıyla, ödünç verenin malik olması ve devir ehliyetine sahip olması gerekir[70].

Ancak; giderek, ödünç verenin malın maliki olması veya teslim edilen *res*'in mislî mal olması niteliği değişmiştir. Buna iki örnek verilirse[71].

- Başkasına ait, mesela saklanmak üzere alınan paranın ödünç olarak verilmesi durumunda irade uyuşması bulunmasına rağmen ödünç akti meydana gelmez, çünkü "kimse hakkından fazlasını devredemez" kuralı gereği alan malik olmamıştır. Fakat bu kişi parayı iyiniyetle harcarsa veya kendi paralarıyla karıştırırsa, kaynaklar bir *condictio*'nun açılabileceğini söylemektedir. Ancak bu *condictio*'nun ödünçten mi yoksa sebepsiz zenginleşmeden mi doğduğu tartışmalıdır (bkz. bu konuda D.12,1,13,pr-l;D.46,1,56,2)[72].

- Yine ergen olmayan küçük, yani bir *impubes*, vasisinin *auctoritas*'ı olmadan ödünç verirse, mülkiyet geçmeyeceğinden ödünç akdi meydana gelmezdi, ancak paraların tüketilmesi durumunda bir *condictio* açılabilirdi (bkz. D.12,1,19,1 ve D.14,6,3,2)[73].

Ödüncün konusu tüketilebilen mallardır. Bu bakımdan ödüncü alan malı kullanır, harcar veya tüketir. Nevi (*genus*) borcu doğar. Ödünç alan, onun yerine aynı miktar ve aynı kalitede bir mal verir.

Çoğu kere, tüketilebilen mallar, ödünç olarak verilse de, uygulamada sözleşmenin, aktin konusunun, tüketilmeyen mallar olmasına bir engel yoktur. Meselâ, şişeler, tahta kasalar gibi. Zira; bu sözleşme için temel olan, mâlik duruma geçenin, ödünç olarak aldığı malda istediğini yapması, tüketmesi, başkasına devretmesi veya muhafaza etmesidir. Sadece, aynı miktarı geri vermek yükümlülüğü altındadır. Ancak, aktin konusu, zorunlu olarak misli sayılan, tartılan, ölçülen mallar olacaktır[74].

Ödünç alanın, ödünç olarak verilen tutarın mülkiyetini kazanması şarttır. Başkasına ait bir miktar para verilmişse ve iktisap eden bu parayı sonra

kendi parası ile karıştırarak, onun üzerinde mülkiyet iktisap etmişse, ödünç doğmaz. Fakat, iyiniyetle harcanmışsa, yine ödünç, karz aktinin davaları açılabilir. Tüketme veya karışma ile mülkiyet geçmiş farzedilir. Zaten, iktisap eden kimse, malike karşı, hukukî bir sebep olmadan aldığı para miktarınca zenginleşmiştir. Bundan dolayı *condictio* sebepsiz zenginleşme davası ile sorumlu olur.

Ödünç aktinde *res*, farazî teslimle de (*traditio ficta*) yapılabilir. Yani mal maddî olarak ve doğrudan doğruya teslim edilmeden de akit meydana gelir.

(Bu konuda farazî teslim hakkında bilgi vermek gerekir: Önceleri malın teslimi maddî bir muamele idi: Taşınır malın bir elden diğer ele geçmesi; taşınmazın ise içine girmek. Fakat kısa sürede bu sert görüş kayboldu ve içinde manevî unsurun maddî unsura hâkim olduğu teslim usulleri meydana geldi. Ortaçağ yorumcuları ise fizik ilişki unsurunu ihmal ederek, bu şekilleri *traditio ficta*: farazî teslim terimi ile özetlediler. Bu terime göre teslim, maddî teslim yapılmadan, fakat gerçek teslimin sonuçları doğacak şekilde gerçekleştirdi. Bu şekiller, teslim alanın aldığı mal üzerinde tasarrufta bulunmasını imkân vermektedir. Yorumcuların tasnifine göre, şu *traditio*'lar vardı: *Traditio symbolica* (temsilî teslim) malın bir sembolünün teslimi. Meselâ, içinde mevcut malların zilyetliğini ve dolayısıyla mülkiyetini nakletmek için bir deponun anahtarlarının teslimi. *Traditio longa manu* (uzun elden teslim) uzakta bulunan bir malın meselâ bir miktar paranın yerini göstererek ve mülkiyeti kazananın tasarrufuna bırakılarak teslim edilmesi veya bitişik taşınmazda bulunan bir kule üzerinden, taşınmazın sınırlarını göstererek, mülkiyeti kazanana, teslim edilmesi. (Komşu bir taşınmazı bana satan kimse, bana ait bir kule üzerinden o taşınmazı bana gösterir ve teslim ettiğini söylerse, içine ayağımı koymuş gibi taşınmazın zilyetliğini kazanırım. D. 41,2,18,2). *Traditio brevi manu* (kısa elden teslim): Malik; vedia, ariyet veya kira olarak verdiği malı, vedia alana, ariyet alana satar veya bağışlarsa veyahut mâlik muhafaza etmesi için bıraktığı belirli bir miktar parayı vedia alana borç verirse bu hallerde teslim bir anlaşmaya göre yapılmış sayılır. *Constitutum possessorium* (hükmen teslim) ise; aksi halde, yani bir malın zilyetliğine kendi adına sahip olan mâlik, malı kazanan adına elinde bulundurmaya devam ettiği zaman gerçekleşirdi. (Zilyet olmamak istememekle, zilyetlik elden çıkar). (Hükmen teslim TMK.m.766'da düzenlenmiştir).

Klâsik hukuk, ilk iki hal için bazı özel unsurları şart koşmuştu. Meselâ *traditio symbolica*'da depo içindeki malların, derhal, kazananın tasarruffuna

geçebilmesi için, anahtarların depo yakınında teslim edilmesi ve *traditio longa manu*'da malın gözönüne konması veya özel şartlar içinde gerçekleşmesi gerekirdi.

Bunlar manevî unsuru, maddî unsura hâkim kılan ve malı fiilen teslim etmek şartını kapsayan fiili durumlardı. Fakat; post-klasik hukukta bu teslim şekilleri gittikçe daha fazla maddî unsurdan kurtuldu ve çok daha geniş bir uygulama alanı buldular.

Iustinianus hukukunda mülkiyetin akitle geçmediği ilkesi hâlâ mevcuttu. Fakat hükmen teslim (*consitutum possessorium*) geniş ölçüde uygulanmaktaydı. Diğer taraftan artık taşınmazların mülkiyetini nakletmek için yazılı belge (*scriptura*) ve gerçekleşen teslimin tapu sicillerine kaydı gerekmekteydi).

Meselâ, şöyle bir olayı düşünelim:

(A), (B)'ye borç para vermek istiyor. Ancak, elinde parası yoktur. Fakat, borçlusu (C)'nin borcunun vadesi gelmiştir ve (C) borcunu ödemeye hazırdır. (A) borçlusu (C)'ye, "(B)'ye öde" diyor. (C), (B)'ye ödüyor ve (B), (A)'nın borçlusu oluyor. Paralar; alacaklıdan doğrudan doğruya borç alana verilmeden, ödünç, akti meydana gelmiştir[75]. (D.12.1.15).

İkinci olay: (A), bir işini görmesi için (B)'ye vekâlet vermiştir. Vekili (B), işi tamamlamıştır ve bu işten elde ettiği parayı (A)'ya vermesi gerekmektedir. (A)'ya şöyle diyor: "Size 1.000 *sestenius*[76] borcum var. Fakat, paraya ihtiyacım var. İzin verirseniz, size vekâlet aktinden dolayı borçlu olduğumu ödünç olarak saklayayım". Eğer, (A) razı olursa, (B), yani vekili, *mutuum*'dan dolayı, borçlu olacaktır. Borç, paralar, ödünç verenden, alana geçmeden doğmuş olacaktır.

Eğer vasi, muameleye iştirak etmemişse, çocukluk devrini geçirmiş olan küçük (*impubes*) hukuki muamele ile bir mal iktisap edebilir, fakat, taahhüt altına giremez. Bundan dolayı, bir bağış kabul edebilir. Kendisine ödünç para verilirse, menfaatine uyduğu için paranın maliki olur. Fakat, ödünçten, karzdan dolayı borç altına girmez. Yalnız, ödünç akdi meydana gelmemiştir, bu yüzden, hukukî bir sebep olmadan zenginleşmiştir. Bu sebeple, borç altındadır. Fakat, bu borç, ödünç akitten dolayı değildir. Sebepsiz zenginleşme dolayısıyladır. Parayı kaybetmişse, veya bu parayı düşüncesizce israf etmişse, yiyecek alıp tüketmişse, hiçbir borcu kalmamış olur. Roma hukukunda, *condictio* ancak, elinde kalan tutar için açılır[77].

Impubes, vasinin *auctoritas*'ı olmadan ödünç verirse, verilen malın mülkiyeti ödünç alana geçmeyeceğinden *mutuum* meydana gelemez. Ödünç

alana zilyetlik geçer. Fakat, malı alan iyiniyetle tüketmişse, borçluya karşı, *mutuum*'dan dava açılabileceği kaynaklarda kabul edilmiştir.

Res'ten başka, *consensus*, ödünç akti niyetinde anlaştıklarını gösterir. Verilen mal aynen iade edilecekse (parça borcu) aralarındaki akit âriyet veya vedia olur. Başka neviden mal iade edilecekse, (meselâ; buğday yerine kereste) ödünç olmaz, trampa olur.

B. Faizli Ödünçler

Günlük hayatta; tüketim ödüncü belirli tutardaki paradan, bir süre faydalanmasının başkasına bırakılmasını ifade eder. Bu karşılıksız veya belli bir karşılık için yapılır (faizli ödünç). Karşılıksız verilen ödünç ücretsizdir. Fakat, ticaret hayatında önemli rolü olan bu akit, çoğu kere ücret karşılığı verilir ki, bu da "faizdir". Faizli ödünç, iktisadî hayatın en önemli işlemlerinden birini oluşturmuştur[78]. Ulusal ve Uluslararası alanda ödünç akti, kredi işlemlerinin hukuk açısından temel tipidir ve onsuz modern kredi hayatı düşünülemez.

Aktin dar hukuk davası doğurmasının bir sonucu burada görülür: Faizle ödünç verilecekse, faiz konusunda *stipulatio* ile ayrı bir anlaşma yapılması gerekir. Ödüncün niteliği, ödünç alanın aldığından daha fazla bir tutarda bir şey geri verme şeklinde borçlanmasını imkânsız kılar. *Res* ile ancak verilen oranında bir borç doğabilir. Ödünç alanın borcu dar hukuk borcudur. Dolayısıyla Roma Hukuku ödüncünde (*mutuum*), faiz borcu doğmaz. *Mutuum* aslında bir kredi muamelesidir. Ödünç veren, bir karşılık için verir. Faiz; ödünç vererek sermayesini elden çıkaran kimseye ödenen bedeldir[79]. Dolayısıyla, dostluğa dayalı faizsiz ödünçlerle, iş hayatındaki faizli ödünçleri birbirinden ayırmak gerekir. Zaten klasik devirde *mutuum*, esas olarak, bir malî işlem haline gelmiş ve faize gerek duyulmamıştır.

Devrimizde, faiz oranı seneye göre, sermayenin yüzdesi olarak hesap edilir; Roma'da aya göre ölçerlerdi. Değişik oranlara tâbi tutulmuştu.

Faizli ödünç Roma'da pek tavsiye edilen bir işlem değildir. Zaten, iş adamları bu akti kullanmazdı. Tüccarlar veya finansla uğraşan kişiler paraya ihtiyacı olduğu zaman, ödünç almaz, sermaye bulmalarına imkân veren şirket kurarlardı. Faizli ödünçler, çoğu kez fakir kişilere, şehrin "büyüsü" tarafından çekilen köylülere, şehir *plebs*'ine verilirdi. Cumhuriyet devrinde, borçların birikmesi, toprak sorunu ile birlikte servete sahip bir

azınlığı halk kitlesi ile karşı karşıya bırakarak, çözümü en güç sosyal sorunu yaratmıştır[80].

Para ödüncünde faiz, istismara elverişli bir kurum olduğundan, faiz üzerinde devamlı tartışma mevcut olmuştur. Bir çok devirde faiz oranını sınırlamaya doğru bir eğilim vardır. Bu eğilim, bazı defalar, son haddine kadar varılarak faiz yasak edilmek istenmiştir. Kilise Hukuku, faizi tamamen yasak etmek istemişti. Aynı yol daha sonra, İslam Hukukunda da takip edilmiştir. Fakat, faizin yasak edilmesi anti -ekonomik, hattâ uygulanması imkânsız olan bir yoldur; onun için faizi sınırlayarak bir tavan koymak, en uygun çare olarak görülmüştür.

Zaten, bu sınırlamalar, Kilise ve İslam Hukuklarından çok daha önce, Roma Hukukunda vardı. Zaman zaman sosyal bir sorun haline gelen faiz borçları için kanunlar çıkarılmıştır (*lex Marcia* gibi)[81]. Hattâ, M.Ö. IV. yüzyılın ortalarında, bir kanunla (*Lex Genucia*) faiz tamamen yasak edilmişti. Fakat bu yasak çok sürmemiş, Cumhuriyet ve *Principatus* devirlerinde, yılda %12 faiz haddi (ayda %1) azamî sınır olarak kabul edilmişti. Bir görüşe göre yılda %8,5 veya %12 oranında faiz aşırı gözükmüyor ve faizle ödünç verenlere yapılan ithamları haklı göstermiyor. Gerçekte; tarihçiler Romalıların faizi yıllık değil, aylık hesapladıklarını, bunun da her şeyi değiştirdiğini belirtmiştir. O zaman faiz yıllık %100 olmaktadır. XII Levha Kanunu zamanında faizin %100 olduğuna ilişkin belirtiler mevcuttur[82]. (Başka yüzyıllarda, başka ülkelerde de görüldüğü gibi, modern dünya dahil, kanunların sınırladığı oranlara pek uyulmamış, oranlar aşılmıştır.) Ayrıca mevzuat sadece Roma vatandaşlarına uygulandığı için, yabancı sahte isimler kullanarak faiz sınırlamalarından sıyrılma imkânı bulunmuştur[83].

Normal oran bunun da altında idi. Iustinianus oranı yarı yarıya indirdi: %6. Yalnız ticaret işlerinde faiz, yılda %8 olarak kabul edildi[84]. Tanınmış ve yüksek mevki sahibi kimseler ise, % 4'ten fazla faiz alamazlardı[85].

Roma Hukukunda faiz istenebilmesi için, ayrıca kararlaştırılması gerekir. TBK. m.387'ye göre de, ödünçte faiz kararlaştırılmamış ise, adi işlemlerde faiz gerekmez.

Görüldüğü gibi, modern hukukumuzda da ödünç akti, adi işlemlerde faizsizdir. Bu özelliği ile, ödünç akti de, tıpkı âriyet ve vedia akitleri gibi, iyilik ve yardım amacı taşıyan akitler arasındadır. Gerçekten günümüzde de, komşular, tanıdıklar, dostlar bir miktar para, yumurta, süt, tereyağ ve benzeri şeyleri, yardım amacıyla, birbirlerine ödünç verirler.

Önceki hukukta ise, fıkıh esasları ile düzenlenen ödünç akti, ancak faizsiz ise, geçerli sayılırdı.

Belirtildiği gibi; *mutuum* bir dar hukuk akti olduğu için, faiz istenirse, şekilsiz anlaşma olan *pactum* yapılması yeterli değildir. Faizin; *stipulatio* ile ayrı bir akitte kararlaştırılması gerekir. Alacaklı; ödüncün geri verilmesini ve kararlaştırılan faizi ayrı ayrı davalarla takip etmek durumundadır. Karz akdi bir dar hukuk akdi olduğundan bu akitten iki tane dar hukuk davası doğardı. Ödünç verilen para için açılacak davaya, ödünç olarak verilmiş belli miktar para davası olarak tercüme edilebilecek olan *actio certae creditae pecuniae* (=*condictio certi*), ödünç verilen diğer mislî mallar için ise açılacak davaya *condictio certae rei* denirdi. (D.12,1,9 pr: D. 13,3 pr.). Ödünç verilen para için açılan davada hâkim borcun olduğuna kanaat getirirse, borçluyu aynı miktarı geri ödemeye mahkûm eder, diğer mislî şeyler verilmişse, bunların parasal değerini takdir ederek mahkûmiyet kararı verirdi. Bu davalarda sadece borçlanılmış miktarın ödenmesine karar verilir, faiz dikkate alınmazdı, çünkü *mutuum* dar hukuk akdi olduğundan sadece alacaklıdan borçluya geçmiş olan miktar dikkate alınabilirdi. Faizin ayrı bir *stipulatio* ile kararlaştırılmış olması durumunda, faiz için bu *stipulatio*'dan doğan davanın kullanılması gerekirdi (faiz *pactum* ile kararlaştırılmışsa, -ödünç akdinin bir dar hukuk akdi olması sebebiyle- dava ile istenebilmesi olanaksızdı. D.19,5,34)[86]. İyiniyete dayanan borç ilişkisinde ise, faiz *pactum* ile şart edilebilir. Ancak, bir dar hukuk akti olan *mutuum*'da, şekilsiz *pactum*'la faiz şart edilemezdi. Borçlanılmamış olduğu halde faiz ödenmişse, bu borç alınan ana paradan düşülürdü (D.46,3,102,3). Iustinianus hukukunda, *pactum* ile yapılan faiz anlaşması tabiî borç olarak kabul edilmişti[87]. Dolayısıyla; bu faiz borçlu tarafından ödenirse, borçlu ödediği faizleri geri isteyemezdi.

Bu sakıncayı önlemek için, sermaye ve faizi kapsayan tek bir *stipulatio* (*stipulatio sortis et usuram*) yapılabilir, sermaye ve faiz birlikte, *stipulatio*'dan doğan dava ile istenebilirdi.

Romalılar faizi sermaye üzerinden ve aylık olarak hesaplamışlardır. TBK. m.387/2'ye göre, ticaret işlemlerinde şart edilmese de, faiz istenebilir.

Gerçek ve tüzel kişiler faiz yüksekliğini sınırlayan hükümlerden kurtulmak amacıyla faizi çok değişik biçimlerde tespit ve tayine çalışmıştır. Faiz miktarını, mevzuat sınırlar.

Faizli ödünç aktine, küçük ticarette ve iş ilişkilerinde, tanıdıklar arasında yapılan ödünçlerde de rastlanır. Sonra, büyük ticarette ve özellikle taşınmaz

kredisinde bu akit, ipotekli ödünç biçiminde ortaya çıkmıştır. İnşaat sahibine, inşaatta kullanması için ödünç vermeye ait inşaat kredisi, taşınmaz kredisinin özel bir biçimidir. Taşınır kredisi alanında, büyük ticaretin bir kalıbı olarak çeşitli banka kredileri, anonim şirketlerin çıkarttıkları menkul kıymetler (pay senetleri, intifa senetleri, tahviller de) ödünç akti niteliğini taşır (TTK. 484 vd.). Bugünkü önemi de, çok çeşitli uygulama alanlarında ortaya çıkmaktadır.

Ödünce ait özel bir alan, deniz ticareti ile ilgili ödünçlerdir. Deniz aşırı yerlerde ticaret yapacak olan armatörlere verilen ödünçler, büyük tehlikelere maruz olduğundan, faiz oranı bu sınırların üzerindedir.

Yunan Hukukundan alınmış olması muhtemel kurala göre, deniz ödüncünde *foenus nauticum* daha yüksek faiz imkânı tanınmıştır. Bu faiz klâsik devirde sınırlanmamıştır. Iustinianus hukukunda ise %12'dir. Alacaklı; bir gemi kaptanına, gemi veya gemi ile yükü için borç para verirdi. Bu para, gemi veya gemiyle yükü gerekli limana ulaştığı zaman geri verilecektir. Bu faiz, şekilsiz *pactum*'la da kararlaştırılabilir. Bu ödünçle, gemi sahibi veya kaptan, deniz aşırı ülkelerden aldıkları malların bedellerini öder. Paranın geri ödenmemesi riski, ödüncün (*mutuum*) aksine, parayı verene ait olurdu. Faiz, ticari nakliyenin tamamlanmasıyla istenirdi. Gemi yolda batarsa, borçlu donatan borcunu ödemekten kurtulur[88]. Bu bozucu şarta bağlı ödünçtür. Tehlike dolayısıyla faiz yüksek tutulmuştur.

Alacaklı önemli bir faiz tutarı beklemektedir[89], ancak büyük bir tehlike ile de karşı karşıyadır. Bu sebeple, bu akte çoğu kez, "büyük macera ödüncü" de denmektedir.

Görünüşe aykırı olarak, işlemin başlıca amacı, geçici olarak nakit sıkıntısındaki armatörlere veya tüccarlara malî imkânlar sağlamak değildir. Özellikle geminin batması halinde amaç, maruz kalınan zararı azaltmaktır. Bu sebeple, deniz ödüncü, bir tür deniz sigortası olarak belirmektedir.

Iustinianus'un deniz ödüncü faizini %12'ye indirdiğinden söz edilmiştir. Fakat; en iyi, iyinin düşmanıdır. Bu faiz oranının yetersiz olduğu açıktır ve tarihçiler bunu, Bizans imparatorluğunda, deniz ticaretinin çöküşünün sebeplerinden biri olarak kabul ederler[90].

Borçlar Kanunumuzda, faizin sınırlarına ilişkin hükümler vardır (bkz. TBK. m. 88, m.388/3).

Modern zamanların Medeni Kanunları, XIX. yüzyılda, XX. yüzyıl başlarında kaleme alınmışlardır. Bu yüzyıl, liberalizmin en fazla revaçta olduğu devir olduğundan, bazı Medeni Kanunlarda azamî faiz miktarı

gösterilmiş değildir. İsviçre - Türk Borçlar Kanunları da bunlar arasındadır. (krş. TBK m.88). Bu sahadaki kötüye kullanmaların aşırı yararlanmaya ilişkin, genel bir hüküm getiren 28. madde ile önleneceği düşünülmüştür. Fakat özel kanunlar faiz miktarını sınırlamaktadırlar. Yalnız Borçlar Kanunumuzun 388. maddesi bir sınırlama koyar ki, o da faizin faizinin yasak edilmesidir (Faizden faiz almaya *anathocismus* denir)[91].

Ancak, bankalardaki cari hesaplar, ticarî faiz hesapları ve tasarruf sandıklarındaki hesaplar bu hükmün dışında bırakılmıştır[92].

C. Senatus Consultum Macedonianum

M.S. I. yüzyılda çıkarılan bir *Senatus* kararına göre (*Senatus Consultum Macedonianum*) aile evlatlarına ödünç para verilmesi yasaklanmıştır. Bu *Senatus Consultum*'un ismi rivayete göre Macedo isimli bir aile evladından gelir. Alacaklıları tarafından sıkıştırılan Macedo, borçlarını ödeyebilmek için babasını öldürmüştü. Bu olay, söz konusu yasağın konmasına sebep oldu. Bu gibi, ahlâka aykırı ümitleri önlemek için çıkarılan *Senatus* kararının amacı, aile evlatlarına bağış yapılmasını değil, onlara ödünç verilmesini önlemektir. Bilindiği gibi, aile evlâdının hak ehliyeti, malvarlığı bulunmamaktadır. Ancak, borçları, davasız tabiî borç (*obligatio naturalis*) değil, davalı borçtur (*obligatio civilis*). Fakat icraya karşılık malı yoktur. Aile reisinin ölümünden sonra malvarlığı olacaktır. Bu *senatus consultum*'a göre aile evlâtlarına verilen para ödünçleri, aile reisinin ölümünden sonra dahi istenemez. Dolayısıyla, bu Senato kararı ile, aile evlâdının ödünçten doğan borçları tabii borç (*obligatio naturalis*) sayılmıştı. Ödünç paradan başka mislî mala ilişkin ise, yasağın içine girmezdi. Bu yasağın aile evlatlarını kandıran tefecilerin faaliyetlerini engellemek için getirildiği görülmektedir. D.14,6,1 pr'da, Ulpianus, tefecilerin karakteri zayıf kimselere borç para vermek suretiyle onları suça ittiklerini belirtmektedir[93].

Alacaklı dava açmak isterse, *praetor*, davayı reddeder. Fakat, *praetor*, herhangi bir sebeple davanın açılmasına imkân vermişse, aile evlâdı, aile reisinin ölümünden sonra yani, *sui iuris* olduktan, hak ehliyeti sahibi olduktan sonra bile, *exceptio senatus consultum Macedoniani*'yi ileri sürebilir[94].

Ancak, aile evlâdı, hak ehliyeti sahibi, *sui iuris* olduktan sonra, aldığı para ödüncünü öderse, ödeme geçerlidir. Ödenen *condictio* ile sebepsiz zenginleşmeden dolayı geri alınamaz[95]. Bazı metinlerde; *senatus consultum Macedonianum*'a aykırı olarak verilen ödünçlerden bir tabiî borcun doğduğu yazılır.

Senatus Consultum Macedonianum yalnız para ödünçlerinde uygulanır. Başka mislî eşya ödünçlerine ve alım satım gibi diğer akitlerden doğan borçlara uygulanmaz. Verilen para borcu için aile reisinin izni varsa malvarlığı artmışsa ne aile evladı ne de aile reisi tarafından *exceptio senatus consultum Macedoniani* ileri sürülemez. Ek (munzam) davalar da aile reisine karşı açılabilir.

D. *Mutuum*'dan Doğan Alacak ve Borçlar

Mutuum tek taraflı akittir. Sadece ödünç alan borç altına girer. Ödünç veren alacaklı, ödünç alan borçludur. *Mutuum* dar hukuk aktidir. Konusu her zaman *dare* borcu olduğundan, davası da *actio certa*'dır (belirli).

Doğan borç, *genus* (nevi) cins borcu olduğundan, *genus non perit* (nevi, cins telef olmaz) kuralı uygulanır. Bu sebeple ödünç alan hiçbir zaman, beklenmedik hal veya mücbir sebepten dolayı borcundan kurtulamaz. Borçlu aynı neviden, aynı miktarı geri ödemekle yükümlüdür[96].

Ödünç, tek taraflı bir akit olduğundan yalnız ödünç verenin dava açmak hakkı vardır.

Konunun para veya başka mislî mal olmasına göre, birbirinden farklı iki *actio*'su vardır:

a) Ödünç konusu para ise *actio certae creditae pecuniae* (ödünç verilen belirli miktardaki paranın davası) açılır. *Formula*'sı şu şekildedir: "Borçlunun, alacaklıya 100 borçlu olduğu sabit olursa, ey hâkim, borçluyu, alacaklıya 100 vermeye mahkûm et, sabit olmazsa beraat denir. *Formula*'sında borcun sebebi, yani hangi akitten doğduğu gösterilmez. Bu tür dar hukuk davalarına, çoğu zaman *condictio* ismi verildiğinden, bu davaya bazen *condictio certi* deniyordu.

b) Borcun konusu, para değil de, başka mislî eşya ise, davaya, *condictio certae rei* (belirli malın davası) ismi verilirdi. Bu davaya *condictio triticaria* yani buğday ödüncü davası da denir.

2. Kullanım Ödüncü (âriyet) Sözleşmesi (*Commodatum*) (TBK. m.379-387)

A. Kavram

Romalı hukukçular kullanım ödüncü (âriyet), saklama ödüncü (vedia) ve rehin sözleşmelerini özel ve bağımsız akitler olarak düzenlemiştir. Ancak; vekâlet, istisna, hizmet, iş akitleri benzeri hukukî ilişkileri kapsamıyor muydu? Kullanım (âriyet), saklama (vedia) ve rehin sözleşmelerindeki, ortak özelliği dikkate alarak Romalı hukukçular âriyet, vedia ve rehin akitlerini bir araya getirmiştir. Bu son üç akitteki ekonomik olay, temel borç; aktin sonunda, malı geri vermek borcu idi. Borcun doğması için malın daha önceden verilmesi gerekir. Bu sebeple tarafların rızası bu akitlerin oluşması için yeterli değildi ve malın verilmesi bununla birlikte olmalıydı. Bu akitlerin *consensus + res* formülü ile oluşması özelliği bu üç tip akti ayırmış ve onları birbirine yaklaştırmıştır. Ancak, bu akitler, aynî akitler kavramına geç girmişlerdir.

Kullanım ödüncü (âriyet) sözleşmesi, âriyet verenin, ücretsiz[97] olarak yapılan anlaşmaya uygun kullanması ve sonra geri vermesi için, malı kullanmak için alana tüketilmeyecek bir malı, belirli bir süre için vermesidir. Bir kimsenin arkadaşına kışın giymesi için paltosunu, okuması için kitabını vermesi, kullanma ödüncü (âriyet) örnekleridir. Kullanma, aktin yapısı gereği karşılıksızdır.

Kullanma için para alınırsa, âriyet değil, kira akti söz konusu olur. Halbuki; bir kimse, bir evini, karşılık almadan arkadaşının oturmasına tahsis ederse, bu kullanma ödüncüdür (âriyet)[98].

Roma Hukukunda aynî akit olan kullanma ödüncü (âriyet) (*commodatum*), malın *detentio*'su[99] âriyet alana devredildikten sonra, tamamlanır ve âriyet alanı borç altına sokar. Ariyet verileceğine ilişkin şekilsiz anlaşmadan hukuki sonuç doğmazdı. Modern hukukumuzda âriyet rızaî akit olduğundan, rızaların uyuşmasıyla oluşur. Anlaşma yapıldığı zaman, âriyet veren malı âriyet alana vermek borcu altına girmiş olur: Âriyet akti ile âriyet veren, bir malın bedava kullanılmasını âriyet alana bırakmak ve malı alan da o malı kullandıktan sonra geri vermekle yükümlü olur (TBK. m.379).

TBK’nın 379. maddesi, kullanma ödüncüne (âriyet aktine), Roma Hukukunun ön akti şeklini vermiştir.

TBK. kullanma ödüncünü (âriyet), bir kimsenin diğer kişiye, bir malın kullanma hakkını, alanın ücretsiz olarak kullanması için vermeyi taahhüt ettiği bir akit, olarak kabul etmiştir. Sözleşme, tarafların rızasıyla meydana gelir ve tarafları önce malı teslim etmek, sonra geri vermek borçları altına sokar. Alman Avusturya hukukları ise; kullanma ödüncü (âriyeti), Roma hukukunda olduğu gibi, aynî akit olarak düzenlenmiştir.

Kullanım ödüncü (âriyet); Roma Hukukunda ise, aynî akitti. Yani kullanmak için verilen malın teslimi ile meydana gelir. Önceki hukukumuzda da, aynî akitlerdendi.

Kullanım ödüncü (âriyet) akti, *consensus* + *res* formülüne göre oluşan bir akittir, ancak burada *res*, *detentio*’yu yani elde bulundurmanın geçirilmesini ifade eder. Başka bir deyişle, âriyet alan *detentor* olup, veren zilyet veya mâlik kalır.

Malın verilmesi ile yalnız elde bulundurma (*detentio*) nakledildiğinden, kullanım ödüncü (âriyet) verenin mâlik olması şart değildir. Bu sebeple, meselâ, bir malı kullanmak için alan (âriyet akti), muhafaza için alan saklama sözleşmesi (vedia akti) veya çalan (hırsız) da çalmış olduğu malı, âriyet olarak verebilir ve taraflar arasında âriyet akti oluşur, karşılıklı yükümlülükler doğar. Âriyet alan, saklamak için vedia alan, hırsız veya bir malı zorla ele geçiren (gasıp) mâlik olmamalarına rağmen, âriyetten doğan davaları açabilirler. Bu şekilde; bir kimsenin başkasına ait bir malı da âriyet olarak verebildiği görülmektedir.

Kullanım ödüncünün (âriyet) geçerli olmasının, âriyet verenin mâlik olmasına bağlı olmadığını belirttik. O halde, intifa hakkı sahibi de malı âriyet olarak verebilir. Kamu hizmetine ayrılmış yerler de, kamu hizmetinin görülmesini sekteye uğratmadığı ölçüde, üçüncü kişilere âriyet verilebilir. Meselâ, bir meydan, spor sahası yahut belediyeye ait bir salonun bir dernek toplantısı için âriyet verilmesi.

Kullanım ödüncünde (âriyet) tüketilmeyecek[100] türden bir mal, bir taşınır veya taşınmaz mal, belirli bir şekilde kullanılmak için verilir.

Ücretsiz olması âriyet aktinin esaslı unsurudur. Malın kullanılması ücretli olarak bırakılırsa, kira akti veya isimsiz akitlerden biri olur.

Bu aktin Roma sosyal hayatından önemli bir rolü vardır. Meselâ, iki komşu olan tarla sahibinden birinin, diğerine bir su kanalı açmak için yardım etmesi. Eğer bizzat yardım ederse, durum başka, yardıma kölelerini

gönderirse durum başkadır. Kölelerini veya su kanalı açmak için gerekli âletleri gönderirse kullanım ödüncü (âriyet) meydana gelir[101].

Bir kimsenin komşusu olan tarla sahibine tarlayı sürmesi veya ürünü taşıması için atını veya başka bir hayvanı, komşusunun kullanması için ücretsiz vermesi halinde kullanım ödüncü sözleşmesi (âriyet) söz konusu olur. Yahut komşusuna geçici bir çardak kurması için 10-15 tane kalas vermesi halinde, bu kalaslar kullanıldıktan sonra iade edilirse, aynı sözleşme söz konusu olur (ücretsiz olarak verilmesi halinde).

Görülüyor ki, kullanım ödüncü (âriyet), kökeninde tarım toplumunda komşular arasındaki ihtiyaçlara cevap vermiştir. Bu aktin karşılıklı olarak yapıldığını, ihtiyacı olan komşunun, gereğinde diğerinden bazı mallar aldığını, komşusunun bir mala ihtiyacı olduğu zaman, kendisinin verdiğini eklemeye gerek yoktur. Zaten bir çiftçinin, çiftliğinin işletilmesi için gerekli bütün malzemeyi devamlı olarak bulunduramaması veya sahip olamaması ihtimalleri söz konusudur. O halde, komşularının bazı yardımlarına ihtiyaç duyabilir. Zaten komşu tarladakiler de aynı durumdadır. Zorunluluk, dayanışmayı meydana getirmiştir. Bu dayanışmayı da âriyet akti gerçekleştirmektedir (bu dayanışma, tarla komşularının birbirlerini hırsızlardan, tecavüzlerden korumalarında da görülür).

Ama, modern bir çiftliği dikkate alırsak, bu tip ihtiyaçlar daha azalabilir. Üretim ve ticaretin gelişmesi, sanayileşme ücretsiz, ivazsız akitlerin önemini azaltmıştır. Buna rağmen bir çiftçinin traktörünü ücretsiz olarak vermesi, diğerinin de iki ay sonra komşusunun ihtiyaç duyduğu su motorunu vermesi her zaman mümkündür.

Âriyet alan; malı anlaşma sınırları içinde kullanmak zorundadır. Çiftliğine gidip gelmek için aldığı bir atı sadece bu amaçla kullanabilir (meselâ, başka bir ülkeye gidemez) veya aldığı malı uygulamadaki ekonomik amacına uygun olarak kullanmalıdır. (Halbuki vedia (*depositum*) aktinde malı saklamak, muhafaza etmek için alan, bu hakların hiç birinden yararlanamaz).

Kullanım ödüncü sözleşmesi (âriyet), ilk bakışta ödünç aktine benzer. Bu da bir ödünç olup, bir kimsenin, başkasına ait bir maldan faydalanıp sonra iade etmesidir.

TBK. kullanım ödüncü sözleşmesini (âriyet aktini) tüketim ödüncü sözleşmesi ile aynı, ödünç sözleşmeleri bölümünde düzenlemiştir. Fransız MK.da da görüldüğü gibi, âriyet ile ödünç akitleri arasında büyük benzerlik vardır. Pratik amaçları açısından bir malı tüketme ve kullanma, çok

yakındır. Fakat hukukî nitelikleri ve sonuçları oldukça farklıdır. Bu farklar aşağıdaki şekildedir:

a) Âriyet (*commodatum*) aktinden doğan borç, parça (*species*) borcudur. Zira, âriyet alan aldığı malın kendisini aynen geri vermek yükümlülüğündedir.

Tüketim ödüncünde (*mutuum*) ise, cins, nevi (*genus*) borcu doğar. Borç aynı mal olarak değil, aynı nevi olarak iade edilir. Bu nedenle edimin imkânsızlığı söz konusu değildir.

b) Ödünçte (*mutuum*) malın mülkiyeti geçer. Âriyet alan Roma hukukunda zilyet dahi değil, *detentor* (elde bulundurandır). Modern hukukumuzda *detentio* (elde bulundurma) yoktur. Âriyet alan fer'î zilyet, veren ise aslî zilyettir[102]. Âriyet alan, Roma Hukukunda zilyetlik davalarını açamaz. Mâlik açar. Fakat, âriyet alan klâsik hukukta, âriyet verene karşı, malın çalınmasından sorumlu olduğu, çalınmamasında menfaati olduğu için, hırsıza karşı *actio furti* açabilir.

c) Konuları farklıdır: Ödüncün konusu misli eşyadır, daima nevi olarak tayin olunur.

Âriyetin konusu ise misli olmayan eşya, ferden belirlenen eşyadır. Kitap, palto, araba, makine, köle gibi mallar âriyetin konusudur. Hattâ taşınmaz mallar da âriyete konu olabilir. Meselâ bazı malların konulması için bir bodrumun âriyet olarak verilmesi.

Fakat istisna olarak, aynen iadesi şartıyla mislî bir mal da âriyete konu olabilir. Anlaşılan kullanma şekli, normal şekil değilse, tüketilebilecek bir mal da âriyet olarak verilebilir. Kaynakların zikrettiği bir hal, fiyaka ve gösteriş için yapılan, yani sırf o para veya tahıla malikmiş gibi görünmek isteyen kimsenin yaptığı âriyet halidir. Bu durumda alınan parça aynen geri verilir: Meselâ, göstermek amacıyla banknotların öğrencilere verilmesi veya 500 €'luk banknotu gösteriş yapmak için alıp, aynen iade etmek, çeşitli tutardaki bozuk paraların bir sergide gösterilmek için alınması.

Ayrıca, âriyetin konusu, tüketilemez eşyadır. Ödünç alınan mal ise tüketilmek üzere alınır.

d) Âriyet daima bir dostluk akti olduğundan, malın kullanılması ücretsizdir. Ücretli (para karşılığı) ise kira akti olur. Ücret bir mal ise, isimsiz akitlerden biri olur. Tüketim ödüncü sözleşmesi ise faizli (ücretli) olabilir ve ödünç aktinin niteliği değişmez.

e) Âriyet iyiniyet aktidir. Halbuki tüketim sözleşmesinin dar hukuk akti niteliği hep devam etmiştir. Dolayısıyla; âriyet aktine bağlı olarak yapılan

şekilsiz anlaşmaların, âriyet davası ile takibi mümkündür.

f) Tüketim ödüncü tek taraflı bir akittir. Âriyet ise; eksik iki taraflı akittir[103].

3. Kullanım Ödüncü, Ariyetten (*Commodatum*) Doğan Borçlar ve Davalar

Kullanım ödüncü, âriyet akti eksik iki taraflı iyiniyet aktidir. Dolayısıyla taraflardan biri her zaman borçludur. Diğeri ise bazı hallerde borç altına girer.

Âriyet alan her zaman borç altına girer. Esas borç, âriyet alanın borcudur. Bu borç aldığı malı aynen geri vermesinden ibarettir. Ne zaman geri vereceğine gelince; bu duruma göre değişir:

Âriyet aktinde, süre taraflarca kararlaştırılır. Fakat, halin icabından da belli olabilir. Meselâ, kalın bir kitabın incelemek ve çalışmak için verilmesiyle, bu kitabın birkaç sayfasına bakmak üzere âriyet verilmesi halinde süre başka başkadır. Âriyet alan, her zaman borçlu olduğu için âriyet veren ona karşı *actio commodati directa* açar[104].

Âriyet alan, aldığı malı geri veremiyorsa, sorumludur ve kusuru olup olmadığı araştırılır. Sorumluluğu, Iustinianus hukukunda bütün kusurlarındandır (*omnis culpa*). Modern hukukumuzda olduğu gibi, herhangi bir kusurundan, yani hafif ihmalinden de sorumlu idi. Bunun anlamı âriyet alanın, malı kullanırken kusuru, ihmali veya herhangi bir beceriksizliği söz konusu olmuşsa malın telef olmasından veya mala gelen zararlardan sorumlu olmasıdır[105]. Aldığı malın korunmasında dürüst bir insanın (*bonus pater familias*) dikkat ve özenini göstermekle yükümlüdür. Beklenmedik olaylardan ise sorumlu değildir. Sorumluluğu, klâsik hukukta daha ağırdı, *casus* veya *custodia*, yani beklenmedik olaylardan da sorumlu idi. Devamlı nezaretle önlenmesi mümkün olan her türlü zarardan sorumlu idi. Meselâ, hiçbir kusuru olmadığı halde, âriyet aldığı malın çalınmasından sorumludur. Dolayısıyla, hırsıza karşı *actio furti* açabilir.

Sorumluluğun ağırlığı, akitten kendisinin menfaati olmasıyla açıklanır (bedava kullanıyor)[106].

Custodia'nın yerini Iustinianus Hukukunda kusur sorumluluğu ilkesi almıştır. Fakat, menfaat sadece âriyet verenin ise, meselâ, koca, kendi sosyal durumuna uygun bir şıklık ve zarafetle eve gelebilmesi için, geline,

gelinliği, âriyet olarak vermişse, âriyet alanın (gelinin) sorumluluğu sadece kasıttan (*dolus*'tandır) (yani daha hafiftir)[107]. Yahut mal, müşterek bir menfaat için âriyet verilmişse: Ortak bir arkadaşa verilecek ziyafet külfetini yüklenen kimseye, âriyet verilen gümüş yemek takımlarında, kusur ölçüsü, bir kimsenin kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsündedir. Dürüst bir kişinin (iyi bir aile babasının) sorumluluğu değil. Bu şekilde sorumluluğu kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsündedir. Dürüst, soyut, vicdan sahibi bir kişinin sorumluluğu değil. Bu şekilde sorumluluğu hafiflemiş olur.

Âriyet alan, aldığı maldan anlaşma sınırları içinde yararlanır. Bu sınırlar içinde kullanmışsa, o malın bozulmasından sorumlu değildir. Kaynaklara göre, zararın gerçek sebebi, âriyet verenin durumundan kaynaklanır: D. 13,6,23; D. 50,17,203. Sana belirli bir yere gitmen için bir at versem, fakat senin hiçbir kusurun olmadan yolda ata bir zarar gelse, *actio commodati*'den sorumlu olmazsın, zira bu kadar büyük bir yorgunluğa dayanamayacak atı sana vermekle kabahatli olan benim. Bu da şu kuralın bir uygulanışıdır: Kendi kusuru ile zarar gören başkasından şikayet edemez.

Fakat, âriyet alan, malı anlaşma dışında kullanırsa sorumluluğu artar, *actio commodati directa* ile sorumlu tutulduğu gibi, eğer kastı varsa veya malı amacından farklı kullanmışsa (kullanma hırsızlığı (*furtum usus*) işlemişse) *actio furti* ile cezalandırılması istenir. Meselâ, bir kişi ziyafette kullanmak üzere, âriyet aldığı gümüş yemek takımlarını yolculukta yanına alırsa veya âriyet aldığı malı rehin olarak verirse veya oturduğu köyde su taşımak için aldığı ata binerek uzun bir yolculuğa çıkmışsa, bir saatlik yola gitmek için âriyet aldığı atı iki günlük yola götürmüş veya gezmek yerine savaşa götürmüşse. Bu son durumlarda, atın ölmesinden de sorumludur.

Ayrıca, bu kullanış şekilleri, aktin ihlâli demektir (D. 13,6,23) TBK m. 360/2 de aynı hükmü içermektedir[108].

Âriyet verenin ise, bazı hallerde borç altına girmesi mümkündür. Ancak, bu muhtemel bir borçtur. Âriyet alanın mal üzerinde yaptığı fevkalâde masrafları veya âriyet alan o mal yüzünden beklenmedik bir zarara uğramışsa âriyet veren, bu zararı tazmin etmek zorundadır: Mesela; âriyet olarak verilen fıçının eski olması ve sızdırmasından dolayı, alanın içine koyduğu zeytinyağının akması. Âriyet verilen ve hastalanan hayvanın tedavi masraflarını veya âriyet verilen hayvanın bulaşıcı hastalığı, alanın hayvanlarına geçmişse, âriyet veren zararları tazmin etmek zorundadır. Zira, bu zararlara kusuru ile yol açmıştır. Âriyet alanın masraflar veya zararlar

ödenene kadar, hapis hakkı (*ius retentionis*) vardır. Gerekirse; *actio commodati directa*'ya karşı *exceptio doli generalis* ileri sürebilir.

TBK.'da da aynı hüküm yer almaktadır: m.381/2: Ödünç alan, ödünç verenin yararına yapmak zorunda kaldığı olağanüstü giderlerin ödenmesini isteyebilir.

Âriyet verenin sorumluluğu daha azdır: Kasıt veya ağır ihmallerinden sorumludur, hafif ihmallerinden sorumlu değildir. Kendisine karşı *actio commodati contraria* açılır. Bu davalar iyiniyet davalarıdır.

Hukukumuzda da, âriyet verenin sorumluluğu TBK. m. 112'ye göre, tayin edilirken, âriyet ücretsiz bir akit oluşu dikkate alınarak sorumluluk TBK. m. 114/1'e göre, hafifletilmelidir.

Şu halde, âriyet veren atın tekme atan cinsten olduğunu söylemeyi kusuru ile ihmal etmiş veya aktığını bildiği bir fıçıyı su veya zeytinyağı koyması için bir kimseye âriyet olarak vermiş ise, doğan zarardan sorumludur.

4. Saklama Sözleşmesi (Vedia Akti) (*Depositum*) (TBK. m.561-570)

A. Saklama Sözleşmesi (Vedia) Kavramı

Saklama sözleşmesi (vedia akti) (*depositum*) bir taşınır malın ücretsiz olarak saklanması ve muhafaza edilmesi için, başka bir kişiye verilmesiyle meydana gelir. Malı alanın, normal olarak kullanamaması, saklamayı (vediayı) kullanım ödüncü (âriyet) aktinden, açıkça ayırır[109]. Saklamak için (vedia) alan da, malı geri vermek borcu altına girer. Roma hukukunda eşyanın para karşılığında, meselâ, tiyatro vestiyerinde veya bir depoda muhafaza edilmesi saklama sözleşmesi (vedia akti) değil, eser sözleşmesi (istisna akti) olurdu[110].

Roma'da aynî olan bu akit, modern hukukta rızaî akittir (TBK. m.561).

Burada da, kullanım ödüncünde (âriyette) olduğu gibi aktin oluşumu için, tüketim ödüncünden farklı olarak, malın mülkiyeti değil, sadece *detentio*'nun (elde bulundurma) nakli gereklidir. TMK.'nun 974. m. sine göre bir malda mâlik sıfatıyla zilyet olan aslî zilyet, diğeri fer'î zilyetir. Ariyet aktinde olduğu gibi, burada da, malı verenin malik olması şart değildir; başkasının malı da âriyet veya vedia olarak verilebilir. Modern

hukukumuzda, saklamak için (vedia alan) ferî zilyettir (malı mâlik adına elinde bulunduran)[111].

Hayatın günlük ihtiyaçlarını karşılayan bu akit, Roma hukukunda aynî akittir. *Consensus* + *res* formülüne göre oluşur. Bir kimsenin yazlığa giderken, mücevherlerini bir dostuna bırakması veya bir valizin tren garında bırakılması sık sık karşılaşılan durumlardır.

Saklama sözleşmesinde (vedia aktinde) muhafaza edilecek mal, mülkiyeti nakledilmeden, teslimle (*traditio*) verilir.

Başkasına ait bir mal da vedia olarak verilebilir ve akit geçerlidir. Malı saklanması için (vedia olarak) veren verdiği malın geri verilmesini gerekirse dava açarak, ister. Bu arada, hırsız da, çaldığı malı vedia olarak verebilir ve bu akte dayanarak geri isteyebilir.

Depositum'un konusunu yalnız taşınır eşya oluşturur. Bunun sebebi, vedianın yalnız taşınır eşyayı korumak için doğmasıdır. Bir kimse tehlikeli bir çevrede, taşınır bir malının güvenle korunmasını isterse, o malı daha iyi koruyup tehlike geçtikten sonra geri vermesi için bir arkadaşına verebilir. Mücevher, kıymetli eşya, vesika, kürk gibi her türlü taşınır mal vedianın konusu olur. Diğer, mislî mallar; özelikle para, vedia olarak ayırdedilmiş olarak, meselâ mühürlü bir torba içinde verilirse, bu durum normal bir vedia olur. Aksi halde, para ayırdedilmeden verilirse, alan maliki olur ve yalnız aynı nevi ve miktarı geri vermeye mecbur olur. Taşınmaz mal vedia aktinin konusu olmaz (TBK. m.561). Taşınmaz malla ücretsiz olarak ilgilenmek işi, *mandatum* (vekâlet) aktinin konusu olur.

Malı saklamak için (vedia) alan, elde bulunduran (*detentor*) olur. Bu sebeple zilyetlik davası, zilyetlik *interdictum*'ları açamaz. Modern hukukumuzda ise belirtildiği gibi, fer'i zilyet olur.

Ücretsiz olması saklama sözleşmesinin (vedia aktinin) esaslı unsurlarındandır. Malı saklama ücret karşılığı olursa, *locatio conductio operis* (istisna) akti söz konusu olur. Günümüzde ise vedia kural olarak ücretsiz olup, ücret alınması da mümkündür. Ancak, muhafaza edilmek üzere bir eşya bırakıldığı zaman, ücretli veya ücretsiz, daima saklama sözleşmesi (vedia akti) hükümlerine girer. Modern hukukumuzda TBK. m.561/2'ye göre, açık veya örtülü olarak ücret alınabilir: Vestiyere palto, gar emanetine valiz bırakılmasında ücret alınması.

B. *Depositum*'dan Doğan Borçlar ve Davalar:

Saklama sözleşmesi (vedia akti) de, kullanım ödüncü (âriyet) gibi, eksik iki taraflı bir iyiniyet aktidir. Daima borçlu olan vedia alan, malı kullanamaz (TBK. m.563/1)[112]. Malı muhafaza etmek ve istendiği zaman geri vermek borcu vardır.

Mal, istendiğinde geri verilecektir. TBK m. 564, süre belirlenmiş olsa bile, vedia alanın malı, istendiğinde, artış varsa onlarla iade edeceğini düzenlemiştir.

Malı saklamak için (vedia) alan her zaman borçludur. Saklama sözleşmesinden (vediadan) doğan borç parça borcudur. Malda artış meydana gelirse onları da iade etmek zorundadır.

Daha XII Levha kanunu devrinde; vedia alan muhafaza etmek için aldığı malı geri vermezse, *furtum* işlemiş gibi, malın değerinin iki katına mahkûm edilir. Bu; emniyeti, güveni kötüye kullanmış, sözünde durmamış kimseye verilen cezadır. Ancak, bu devirde saklama sözleşmesi, vedia (*depositum*) henüz bir akit değildi. İade etmemek fiili, *furtum*'a eşit sayılırdı. Praetor hukuku, malın muhafaza edilmek üzere bırakılması hali için bir dava hakkı tanımış, bu dava hakkı *ius civile*'ye dahil edilince ayrı bir akit halinde, *depositum* doğmuştu[113].

Praetor Edictum'unda, saklamak için (vedia) alana karşı *actio depositi directa* verilmiştir. Malı (vedia) alan, sadece o malın bedelini öder. Fakat; mahkûmiyetin *infamia* ile sonuçlanması davanın cezaî kökenden gelmesi ile belirtilmektedir[114].

(A)'nın, (B)'ye antika vazosunu ücretsiz olarak saklaması için vermesi halinde, saklama sözleşmesi (vedia akti) oluşur.

(B)'nin borcu, saklanması için (vedia) verilen malı saklamak ve gerektiği zaman aynen iade etmektir, geri veremezse sorumlu olur.

TBK. md.561'e göre de, vedia alan malı güvenli bir yerde koruma borcu altına girer.

Dikkat edilecek olursa vedia aktini yapmakta (B)'nin bir menfaati yoktur. Vedia (A) yararına yapılmıştır.

Demek ki, vedia alanın sorumluluk derecesinin hafif olması gerekir.

Klâsik hukukta, bu sebeple vedia alan, sadece kastından (*dolus*) sorumludur.

Iustinianus hukukunda ağır ihmal, kasta (*dolus*'a) eşit sayıldığından, ağır ihmalden de sorumludur. (B)'nin sorumluluğu, Iustinianus hukukunda *dolus + culpa lata*'dır. Ancak, vedia alan malı kullanmışsa, sorumluluk derecesi artar, hafif ihmalinden de sorumlu olur[115]. Vedia alan malı iade etmez ve

sorumlu olduğu kabul edilirse, kendisine karşı *actio depositi directa* açılırdı. Vediadan mahkûmiyet, şerefsizlik (*infamia*) ile sonuçlanırdı.

Malı saklamak için (vedia) alan, verenin rızası olmadan malı kullanırsa, *Iustinianus* hukukunda kullanma hırsızlığı (*furtum usus*) işlenmiş olur.

TBK m. 563'de, vedia alanın, verenden izin almadıkça, vediayı kullanamayacağını belirtmektedir.

Fakat, (B), malı kendi arzusu ile saklamışsa, yani saklamayı kendisi teklif etmişse, beklenmedik hallerden de (*casus*) sorumludur. Vedianın hasarını üzerine almış olur.

Vedia verilirken de, vedia alanın sorumluluğunun ağırlaştırılması kararlaştırılabilir. Yani, vedia alanın sadece kasıt (*dolus*), ağır ihmal (*culpa lata*) değil, hafif ihmalden de (*culpa levis*) sorumlu olacağı kararlaştırılabilir. Yani anlaşma ile vedia alanın sorumluluğu ağırlaştırılabilir.

Ancak, anlaşma ile vedia alanın sorumluluğu ağırlaştırılabildiği halde, sorumluluğu kaldırılamaz. Yani taraflar, yaptıkları bir anlaşma ile vedia alanın kastından da sorumluluğu olmayacağını kararlaştırmış olsalar bile, böyle bir anlaşma hüküm doğurmaz. Vedia alan her zaman kastından sorumludur[116]. Zira, her türlü kasıtlı davranışların yasak edilmesi kamu menfaati gereğidir.

Malı saklamak için (vedia) alanın ihmalden sorumlu olması konusunda anlaşmaya varılmışsa, vedia aktinde bu anlaşma geçerlidir. Fakat, tarafların kasıttan dolayı sorumluluğu kaldırmaları uygun bulunmamaktadır. Zira böyle bir anlaşma sorumluluk düşüncesine ve örf ve âdetlere aykırıdır ve bu sebeple buna bir sonuç tanımamak gerekir (mevzuatımızda bu konuda kanunun sınırlarından söz edilmiştir) (TBK. m.26 ve 27)[117].

Vedia verenin de sorumluluğu söz konusu olabilir: *Depositum*'da esas borç, muhafaza edenindir. Fakat, bazı hallerde, malı muhafaza eden de, borç altına girebilir. Kendi kusuru ile zarara sebep olursa, meselâ vedia olarak verilen hayvan hastalıklı ise ve vedia alan bu sebeple zarara uğramışsa, vedia veren sorumludur. Meselâ saklanmak üzere verilen valizde patlayıcı madde olması.

Vedia akti, saklatanın yani vedia verenin menfaatine yapılan bir akit olduğundan, vedia verenin sorumluluğunun ağır olması gerekir.

Bu halde, vedia veren bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumludur. Hafif ihmali de sorumluluğunu gerektirir. Tüm zararları tazminle

yükümlüdür (TBK. m.562/1)[118]. Kullanım ödüncü olarak (âriyet) verenin ise akitten istifadesi yoktur ve bu sebeple sorumluluğu daha hafiftir.

Vedia veren, ayrıca vedia alanın mala yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları da ödemek zorundadır. Vedia verenin akitten menfaati olduğu için masrafların da, sadece zorunlu olmasına gerek yoktur (TBK. m.562/1) [119]. Ödemezse, vedia alan klâsik hukukta, hapis hakkından (*ius retentio*) faydalanır, yani masrafları ödeninceye kadar malı iadeden kaçınabilir. *Iustinianus* hukukunda *ius retentio* kaldırılmıştır. Malı geri vermek zorundadır. Masrafları istemek için, *actio depositi contraria*'sı kalmıştır. Kendisine karşı açılan davaya karşı *exceptio* ileri sürülebilir.

Görülüyor ki, vedia veren zorunlu ve faydalı masrafları öder. Âriyet veren ise, ancak, fevkalade gerekli masrafları öder. Meselâ, köle hastalanırsa tedavi masraflarını ödemek zorundadır. Fakat, kölenin bakım masraflarını ödemez. Zira, kullanılmasından yararlanan, âriyet alan bunları yüklenir. Vedia farklıdır. Zira, menfaat malı saklamak için verenindir.

Bu yüzden, vedia veren, vedia alanın yaptığı bütün masrafları ve uğradığı zararları karşılamak zorundadır. Malı muhafaza ettiren, aktin yerine getirilmesiyle bağlantısı olan bütün masrafları ödemekle yükümlüdür, şeklindeki TBK. m.562'de aynı düşünceyi ifade etmektedir.

C. Özel Vedia Halleri

Vedianın bazı özel tipleri vardır: Zorunlu (sefil) vedia, usulsüz (düzensiz) vedia ve yediemine tevdi.

a-) *Depositium Necessarium* veya *Miserabile* (zorunlu vedia veya sefil vedia)

Bazı fevkalâde durumlarda, kime verildiğine bakmadan, bir malın muhafaza edilmek üzere, tevdii mümkündür.

Zorunlu veya sefil vedia (*depositum necessarium* veya *miserabile*) zorunlu hallerde, meselâ, karışıklık, yangın, kasırga, gemi batması, binanın çökmesi sebebiyle zorunlu olarak, yani güvenilecek kişiyi seçme serbestliği olmayan durumlarda yapılan vedia aktidir. Bu durumlarda; vedia verilen kişinin karakteri hakkında bilgi edinilememektedir. Bu vedia için, *praetor*, dürüst hareket etmek istemeyen kimseleri engellemek amacıyla, *Edictum*'da özel bir *in duplum* = iki katına ilişkin bir dava hakkı vermiştir. Bu takdirde, vedia alan malı iade etmezse ve sorumlu tutulursa, kendisinden malın

değerinin iki katı alınırdı. Halbuki, normal hallerde dava, sadece o malın bedeli içindi.

b-) *Depositum Irregulare* (Usulsüz veya düzensiz vedia)

Bu tür vedia mislî malların saklanmasını ifade eder. Meselâ belirli tutardaki paranın bankaya attırılması veya bankere verilmesi, buğdayın veya benzeri tahıl ürünlerinin bir depoya konulması açık olarak, nev'i olarak belirlenerek, tevdi edilmesi halidir (TBK.m.570).

Usulsüz vediada; mislî eşya özellikle para, alanı nevi borcu altına sokacak şekilde verilmektedir. Bu durumda; alan paranın maliki haline geliyor, aldığı parayı istediği şekilde kullanabiliyordu. Başka bir deyişle para vedia alana açık olarak bırakılıyor (adi vediada ağzı mühürlenmiş bir para kesesinde verildiği çok görülmekteydi), yani alınan parayı kullanabileceği şekilde teslim ediliyordu. Bu durumda alanın kusurunu incelemeye gerek yoktur, çünkü borcu nevi borcudur, hasar kendisine aittir[120].

Adi vediada parça borcu doğar; çünkü tevdi edilen mal ferden tayin edilmiştir ve aynen geri istenecektir. Halbuki burada mal, nevi borcu doğuracak şekilde tevdi edilmektedir.

Bunun en önemli hali, para vediasıdır. Para, kapalı bir kutu veya bir zarf içinde, aynı kutunun veya zarfın, olduğu gibi geri alınması şeklinde vedia verilmişse, âdi vedia vardır, çünkü bir mislî eşya olan para ile, parça borcu tesis edilmiştir; mülkiyet hakkı, verende kalmıştır. Fakat bu para açık olarak, sadece miktarı tayin edilerek verilmişse, o zaman bir nevi borcu vardır ve vediayı alan, o paranın mâliki haline gelir. İade edeceği para, aldığı paranın aynı değil, aynı miktar paradır.

Usulsüz veya düzensiz vedia vedianın (*depositum irregulare*) konusu para veya diğer mislî eşyadır. Alınan mal değil, aynı nevi ve miktar malı geri verme borcu altına girilir. Meselâ; 10 ton 1. nevi pamuk bir depoya konulursa, mevsim sonunda aynı pamukları istemek mümkün değildir. Zira aynı depoda başkalarının da aynı cins pamuğu da depolanmıştır. Bu tür muamelede, mal vedia alan tarafından kullanılabilir ve klâsik hukukta tam anlamıyla ödünç sayılırdı. Doğan borç parça borcu değil, cins, nevi borcudur. Gerçi, bazı klâsik metinlerde, bankacılara sadece muhafaza edilmek için tevdi edilen para ile, faiz getirmek için verilen para arasında açık bir fark görülür. Birinci halde vedia, ikinci halde ödünç vardır. Zira,

faiz, vedia verenin, parasının vedia alan tarafından kullanılmasına razı olduğunu, dolayısıyla mülkiyetin de vedia alana geçtiğini gösterir.

Usulsüz veya düzensiz (*irregulare*) dediğimiz bu vediada, *genus non perit* (nevi telef olmaz) prensibi cari olur. Bu akit, ödünç aktine benzemektedir. Fakat arada farklar vardır.

Ödünç aktinde, akde konu olan malın mülkiyeti geçer. Usulsüz vediada da mülkiyet geçer, vedia alan aldığı malları kullanır, tüketir. Fakat, usulsüz vediayı ödünçten ayıran farklar vardır:

Bunlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

aa) Ödünçte menfaat alanındır; usulsüz vediada ise, esas menfaat parasını muhafaza ettirmek isteyen vedia verendedir.

bb) Ödünç bir dar hukuk aktidir; halbuki, vedia iyiniyet aktidir. Vedia akti, esas itibariyle, ücretsiz olmakla beraber, usulsüz vedia hallerinde faiz şart edilebilirdi ve bunun için de ödünçte olduğu gibi, ayrı bir *stipulatio*'ya gerek yoktu. Sadece bir *pactum*, bir anlaşma kâfi idi.

cc) Diğer taraftan, usulsüz vedia halinde, *Senatus Consultum Macedonianum* hükümleri uygulanmaz, takasa da izin verilmemişti.

Iustinianus hukukunda saklanmak amacıyla verilen para, ödünçten ayrılmıştır. *Depositum irregulare* terimi, bu akte, daha sonra Orta Çağ'da verilmiştir[121].

Adi vedia ile usulsüz vedia arasındaki fark, usulsüz vediada bırakılan malın mülkiyetinin geçmesi ve vedia alanın nevi borcu altına girmesidir. Bu farkın hasar bakımından önemi, alınan malın telef olmasında, usulsüz vediadaki nevi borcunun devam etmesidir.

Usulsüz vedia (*depositum irregulare*) akti TBK. 570. maddesinde misli şeylerin saklanması başlığı altında (önceki TBK m. 472 usulsüz tevdi) düzenlenmiş bulunmaktadır[122]. Bugün bu aktin bilhassa uygulamada çok büyük önemi vardır. Tasarruf sandıklarına ve bankalara yapılan tüm tevdiat bu esasa dayanmaktadır.

c-) *Sequestratio* (Yediemine, güvenilir kişiye tevdi)

Yediemine tevdi (*sequestratio*) iki veya daha fazla kişinin aralarında hiç birisinin tasarrufunda bulunmasını istemedikleri, ihtilâflı bir malı, muhafaza etmesi için, üçüncü bir şahsa vermeleridir. Yediemin (*sequester*) ihtilaf halledilince, malı haklı çıkana geri vermek borcu altındadır.

Yediemine tevdinin, adi vediadan farkı, önce, konusunun sadece taşınır değil, taşınmaz mal da olabilmesidir. Ayrıca; yediemin, aldığı malın zilyedi olur. Malın gerçek maliki geçici olarak belli olmadığından karşılığında ücret alabilir ve bazen yedieminlik mesleki bir faaliyet kapsamı alır. Yediemine kuvvetli bir durum tanınmıştır. Bunun sebebi mülkiyet ihtilaflı olduğu için, o malı koruyacak kişinin belli olmamasıdır. Ancak, belirli şartların gerçekleşmesinden sonra, hâkim tarafından belirlenecek tarafa geri vermek zorundadır[123].

Güvenilir kişiye bırakma (Yediemine tevdi), saklama sözleşmesinin (vedianın) özel bir şekli olarak TBK. m. 569'da düzenlenmiştir[124].

Postklâsik hukukta, hâkim tarafından emredilen "yargı yoluyla güvenilir kişiye bırakma" (kazaî yediemine tevdi) kurumu geniş oranda uygulanmıştır. *Iustinianus* evli kadının akıl hastalığına tutulması halinde, eğer koca, kötü niyetle boşanmıyor ve kadının mallarını israf ve heba ediyorsa, kadının kayyımı veya akrabaları tarafından yapılan müracaat üzerine, hâkim tarafından cihazın, yediemine tevdi edilebileceğini, kabul etmiştir[125].

5. Rehin Akti (Pignus):

A. Kavram

Rehin akti ile borçlu veya üçüncü kişi, borca teminat olmak üzere, taşınır veya taşınmaz bir malın zilyetliğini alacaklıya (rehin alana) nakleder[126]. Amacı, bir borcun ifasını garanti etmek için, bir malın alacaklıya verilmesidir[127]. Alacaklı da, malı muhafaza ve borcun sona ermesi halinde iade etmek borcu altına girer. Rehini alan alacaklı, borç ödenmezse, rehini satmak ve satış bedeli üzerinden alacağını elde etmek hakkına sahiptir. Rehin akti ile malı almış olan, âriyet alandan ve vedia alandan farklı olarak, malın zilyedi (*possessor*) olur. Bu zilyetlik *interdictum*'larından yararlanmasına imkân verir. *Usucapio*'dan (kazandırıcı zamanaşımından) yararlanmasına imkân vermez[128].

Herhangi bir mal değil, üzerinde teminat gösterilmiş bir mal, diyoruz. Malın üzerinde teminat göstermek "rehin hakkı"dır (*hypotheca*), aynî haktır; eşya hukukunun konusudur; bir anlaşma ile oluşur (*conventio*

pignoris). Üzerinde rehin hakkı tesis edilmiş olan mal, teminat gösterene aittir[129].

Şimdi bu malı, alacaklı kendi nezdinde bulundurmak isterse, rehin akti (*pignus*) yapılır. Rehin "hakkı" (*hypotheca*) ile rehin "akti"ni (*pignus*) birbirinden ayırmak gerekir.

Rehin akti, bir borç ilişkisidir. Aynî akit olduğu için kuruluşu malın verilmesi ile olur [130]. Zilyetlik, rehini alan alacaklıya geçer[131]. Modern hukukumuzda rızaî akittir.

Aktin konusu taşınır veya taşınmaz olabilir. Modern hukukta, taşınmaz rehnine ipotek denir. Roma'da ise kelimeler arasında bu bakımdan bir fark yoktu[132].

Bir kimse bazı mallarını borcuna teminat olarak göstermek isterse, fakat elinden çıkarmak istemezse rehin anlaşması yapması gerekir ve burada rehin hakkı (*hypoteca*) anlaşması söz konusu olur[133]. Bu özellikle; tarım işletmelerinde görülür. Çiftçi borcunu ödemek istemekle birlikte, eğer tarım araçlarını sabanını, kölelerini, atlarını veya öküzlerini alacaklısına teslim ederse borcunu ödemeyecek duruma düşer. Fakat, taraflar teminat olarak gösterilen malın rehin anlaşması veya ipotek (*hypoteca*) teşkil edeceğine dair anlaştıkları andan itibaren, mallar borçluda kalır ve alacaklı aynî bir hakka sahip olurdu. Yani bu hakkını, gerektiğinde üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilirdi. Roma'da ipotek için tarafların anlaşmaları yeterlidir. Şekil veya aliniyet gerekmez. Açık veya gizli olabilir. Bazı alacaklara kanun tarafından tanınan kanuni veya örtülü ipotekte bulunmaktadır: Hazinenin alacakları ve evli kadının dos (drahoma) iadesi için. Bunlar aynı zamanda imtiyazlı alacaklardır. Tarih bakımından öncekilere üstünlükleri vardır.

Rehin anlaşması (*hypoteca*) bir aynî hak temin eder ve bu anlaşmanın meydana gelmesi için gösterilen rehinin teslim edilmesi şart değildir. Bu taşınır veya taşınmaz üzerinde de, o mal alacaklıya teslim edilmeden rehin hakkı (*hypoteca*) tesis edilebilir. Fakat teminat gösterilen mal, alacaklının durumunu daha sağlamlaştırmak için, alacaklıya teslim edilmişse, o zaman, alacaklı ile rehini veren arasında rehin akti (*pignus*) meydana gelir.

Küçük bir çiftçinin, bir bağın veya zeytinliğin ürününü taksitle satın aldığını düşünelim. Roma'da, bu çiftçinin ürünü toplamak için kullanacağı araçların toprak sahibine bir teminat olarak gösterilmesi âdettir. Ürünü satanın yani toprak sahibinin tarlasına bu araçların getirilmesi, âdeta teminat teşkil eden malın alacaklıya teslim edilmesi gibi kabul edilmişti. *Hypoteca*'nın başlangıçtaki bu durumu, rehin anlaşmasının, teminatın

teslim edilmemesinin sebebini açıklar. Bu araçların toprak sahibinin haberi olmadan götürülmesi tehlikesine karşı, aralarında yaptıkları bir anlaşma ile bu mallar kaçırıldığı takdirde, arazi sahibinin bu rehin olarak gösterilen araçların da maliki olacağı belirtiliyordu. Fakat, bu tip anlaşmalar imparator *Constantinus* tarafından yasaklanmıştır (*lex commissoria*)[134]. Zira, gösterilen rehinin değerinin alacaktan üstün olması halinde, bu borçlu aleyhine açık bir haksızlık oluşturuyordu.

Bir çiftliği kiralayan kimse için de benzer bir rejim düşünülmüştür: Çiftlik kiracısının çiftlikte kullandığı araçları, normal olarak, tek malvarlığı idi ve çiftlik mâlikine karşı, çiftlik kirası için gösterebileceği tek teminattı. Dolayısıyla, kiraladığı çiftliğe getirdiği bütün taşınır mallar, bu arada hayvanlar, köleler, çiftlik mâliki zilyet olmadan, alacağına karşı bir teminat meydana getiriyordu. İmparatorluk devrinin başlarından itibaren bu tip anlaşmalar büyük oranda uygulanmıştır.

Bir ev veya daire kiralandığı zaman da; Cumhuriyet devrinin sonlarında, kiralanmış yerlere getirilmiş mobilyaların kiranın ödenmesi için teminat teşkil etmesi âdet olmuştu.

Cumhuriyet devrinin sonlarında veya imparatorluk başlarında çiftlik kiralarında, kiraya verene, gerçek bir aynî hak veren *actio Serviana* tanındı. Bu dava, çiftlik kiracısına ve üçüncü kişiye karşı açılabilirdi.

Başlangıcında sadece çiftlik kiracısı ile toprak mâliki arasındaki ilişkilerde açılan bu davanın uygulama alanı genişlemiştir. Bu şekilde, mal teslim edilmeden, alacaklıya teminat teşkil eden malın, alacaklıya yeteri kadar güven vermesi imkânı ortaya çıkmıştır. *Hypoteca*'da alacaklının durumu zayıftır. Zira mal hâkimiyetinde değildir. *Pignus*'da (rehin aktinde) ise, alacaklı mala zilyettir.

Rehin; vadeli, şartlı veya gelecekteki bir alacağın varlığını gerektirir. Borçlu menfaatine borcu garanti etmeyi kabul eden üçüncü bir kişi tarafından da tesis edilebilir.

Rehinli malı verenin, devretme yetkisine sahip olması gerekir. Zira, *pignus* malın mülkiyetinin kaybı ile sonuçlanabilir. Rehin verilen malın, devredilebilir durumda olması gerekir. Rehni veren, mâlik değilse, alacaklı zilyedi olduğu malın, mâlikinin açacağı istihkak davası (*rei vindicatio*) sonucu, zapt (*evictio*) tehlikesi ile karşı karşıyadır. Rehin akti (*pignus*) kurulmuştur, ancak rehni veren maldaki hukukî ayıp sebebiyle sorumlu olacaktır[135].

Rehin anlaşması veya ipotek, hiçbir şekle uyma zorunluluğu olmadan, anlaşma ile meydana gelir. *Iustinianus* hukukunda, ipotek ölüme bağlı bir tasarruf ile de tesis edilebilirdi. Anlaşma esnasında malın, rehin tesis etmiş olan borçlunun veya üçüncü kişinin malları arasında bulunması gerekirdi.

Rehin tesis edilirken, vade sonunda tatmin edilmeyen alacaklının, mala mâlik olacağı kaydı (*lex commissoria*) , yahut malı satıp semen üzerinden alacağını alarak, geri kalanını borçluya iade edeceği şartı konurdu. Bu tür bir şartın ise, borçlu için çok ağır sonuçları olacaktır. Zira, rehinli mal, genellikle, borç tutarından, daha fazla değerdedir. Borçlunun ödeme güçlüğünden yararlanan alacaklı, aşırı bir menfaat elde edecektir[136]. Fakat, imparator *Constantinus*, mâlik olmak anlaşmasının geçersiz olacağını kabul etti. Satmak hakkı ise, rehinin esaslı bir unsuru oldu[137].

B. Rehinden Doğan Borçlar ve Davalar

Rehin akti, eksik iki taraflı bir akittir. Rehin alan daima borçludur. Malı kullanamaz; iyi muhafaza etmeye mecburdur. Eğer rehin verenle bir anlaşma yapmışa, malın semerelerini faiz olarak muhafaza edebilir: *Antichresis* anlaşması.

Alacağını almışsa, rehin (*pignus*) olarak teslim aldığı malı, alacağını alamamış ve rehini satmışsa, satış fazlasını borçluya iade etmek zorundadır; aksi halde kendisine *actio pigneraticia directa* açılır. Bu şahsî davadır (*actio in personam*).

Rehinden parça borcu doğar. Rehin alanın sorumluluğu, klâsik devir, de kusursuz, sonuç sorumluluğu (*casus*) olup, kusuru olmasa dahi, beklenmedik hallerden de tazminat borcu altına girer. *Iustinianus* hukukunda ve modern hukukumuzda ise, rehin alan bütün kusurlarından sorumlu tutulur: *Omnis culpa*.

Aksi kararlaştırılmamışsa, rehinli alacaklı malı kullanamazdı. Kullanırsa, malın malikinin iradesine aykırı davranmış olacağından akde aykırı hareket etmiş olacağı gibi kullanma hırsızlığı (*furtum usus*) haksız fiilini de işlemiş sayılırdı (Gai.3,95)[138].

Rehin veren bazen borçlu durumuna düşebilir. Alan rehinli mal üzerinde zorunlu ve faydalı masraflar yapmış veya mal yüzünden bir zarara uğramışsa, bunların tazminini *actio pigneraticia contraria* ile rehin verenden isteyebilir, alamadığı takdirde hapis hakkını (*ius retentionis*)

kullanırdı. Rehin alan gibi, rehini verenin de akitten menfaati olduğu için, sorumluluk dereceleri aynıdır: Klâsik devirde beklenmedik hallerden (*casus*) , *Iustinianus* hukukunda ise *omnis culpa*, yani her türlü kusurundan sorumludur[139].

Rehinli alacaklının zilyetlik davası açmak imkânı vardı. Ancak, zilyet olması malı kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetini elde etmesini sağlamıyordu. Zilyetliğin sağlam bir şekilde korunmasının gerekli olduğu anlaşılmıştır. Zilyetliğin himayesi gerekliydi. Yavaş yavaş rehin anlaşması taşınmazları da kapsamıştır ve TMK.'nun ipotek olarak nitelendirdiği, bu terimi Romalı hukukçular da kullanmıştır. TMK.m.850'ye göre "taşınmaz rehini, ipotek,... olarak kurulabilir".

C. Rehinin Sona Ermesi

Rehinin normal sona erme sebebi, temin etmekte olduğu borcun ödenmesidir. Fakat bu ödeme eğer kısmî ise, rehinin tamamı devam ederdi. Aynı miktar için birden fazla mal teminat gösterilmişse, borcun tamamen sona ermesine kadar hepsi bağlı kalırdı.

Rehin akti, alacaklının gerekirse üzerinde alacağını elde etmek amacıyla ve teminat olarak bir malın bizzat borçlu veya üçüncü bir kişi tarafından alacaklıya verilmesiyle meydana gelirdi. Rehini alan alacaklı da borç ödendiği veya sona erdiği zaman teminat olarak aldığı malı rehin verene iade etmek borcu altına girer.

Alacağını elde etmiş olan alacaklı rehini mâlikine iade etmekle yükümlü idi. Borç ödenmezse, alacaklı rehini satmak ve satış bedeli üzerinden alacağını almak hakkına sahiptir.

Rehin (veya ipotek), konusunun, teminat gösterilen malın telef olması ile sona ererdi[140]. Fakat, rehin konusu bir ev ise bu ev yıkılarak arsasına başka bir ev yapılmışsa, ipotek hakkı var olmakta devam ederdi. Zira, toprağın üstü, o toprağın hukukî durumuna bağlı idi (*superificies solo cedit*) [141].

Bundan başka, *confusio* ile, yani rehinli alacaklı sıfatı ile rehin konusu malın mâliki olmak sıfatlarının bir tek şahısta birleşmeleri ile sona ererdi.

Rehinli alacaklı, rehinli mal üzerindeki zilyetliğini ve rehinli malı elinde bulunduran üçüncü kişiden talep yetkisini kaybedince, rehin sona erer.

Romalı hukukçular âriyet, vedia ve rehin akitlerini özel ve bağımsız akitler olarak düzenlemiştir. Ariyet, vedia ve rehin akitlerindeki, ekonomik olay, temel borç, aktin sonunda, malı geri vermek borcu idi. Borcun doğması için malın daha önceden verilmesi gerekir. Bu sebeple tarafların rızası bu akitlerin oluşması için yeterli değildi ve malın verilmesi bununla birlikte olmalıydı. Bu özellik bu üç tip akdi ayırmış ve onları birbirine yaklaştırmıştır. Ancak, bu akitler, aynî akitler kavramına geç girmişlerdir.

6. Modern Hukuklarda Aynî Akit Kavramı

Günümüzde, genellikle kabul edilen tarife göre, aynî bir aktin oluşması için tarafların anlaşması yeterli değildir ve bir malın verilmesi gerekir. Klâsik devir Roma hukukçuları için de, tarafların anlaşmasından başka, bir malın mülkiyetinin geçirilmesi gerekiyordu. Bununla birlikte III. yüzyıl sonlarından itibaren aynî akit kavramı için malın elde bulundurulmasının (vedia ve âriyette *detentio*) veya zilyetliğinin verilmesi (rehin akti — *pignus*'da *possessio*) yeterli oldu. Bundan sonra, aynî akitler kategorisi kesin olarak oluştu.

İsviçre ve Türk BK.ları hiçbir aynî akti öngörmemektedir. Zira bütün akit tiplerini TBK.m.1'de tarif edilen rızaî akitle birleştirmiştir. Bu maddeye göre, tüm akitler için zorunlu unsurlar olan, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun rızaları ile, akit meydana gelir. Sadece TMK. m. 939 vd. maddelerde düzenlenen ve Roma hukukunun etkilediği taşınır bir malın ancak teslimi ile oluşan menkul rehni, aynî akit yapısını korumuştur. Fakat, kanun koyucu ödünce dayanan sözleşmeleri (tüketim ödüncü TBK. m.386 vd., kullanım ödüncü (âriyet) TBK. m.379 vd., saklama sözleşmesi (vedia) TBK. m.561 vd.) rızaî akitlere dönüştürmekte tereddüt etmemiştir. Bu şekilde; malın verilmesi, akitten doğan borcun konusu, yerine getirilmemesi ifası olmaktadır. Tüketim ve kullanım ödüncü sözleşmeleri malı teslim etmek borcunu yaratmaktadır. Vedia akti, vedia alanın malı almak borcunu oluşturmaktadır. Farkı daha iyi anlamak için; İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu ile, Roma modeline sadık kalan Fransız Medeni Kanunu mukayese etmek gerekir.

Tüketim Ödüncü

Fransız MK.m.1892

Ödünç akti ile taraflardan biri kullanma ile tüketilen mallardan belirli bir miktarı teslim eder. Teslim alan, aynı cins ve kalitede malı ona iade etmek

yükümlülüğü altına girer.

TBK. m.386 (İsviçre BK.m.312)

Ödünç akti ile ödünç veren, bir miktar paranın veya başka misli bir malın mülkiyetini ödünç alan kişiye devirle ve ödünç alan da buna karşı, eşit miktar ve nitelikte, aynı nevi malı geri vermekle yükümlü olur.

Kullanım Ödüncü (âriyet)

Fransız MK.m. 1875

Kullanım ödüncü (âriyet) akti ile taraflardan biri kullanması için bir malı diğerine teslim eder. Alan da kullandıktan sonra, onu iade etme borcu altına girer.

TBK. m.379 (İsviçre BK.m.305).

Âriyet akti ile, âriyet veren, bir malın karşılıksız kullanılmasını, âriyet alana bırakmak ve alan da, o malı kullandıktan sonra geri vermekle yükümlü olur.

Saklama Sözleşmesi (Vedia)

Fransız MK.m. 1915

Genel olarak; vedia, başkasının malının alındığı bir akittir. Alan, onu muhafaza etmek ve aynen geri vermek borcu altına girer.

Fransız MK.m. 1917.

Vedia akti, esas olarak, karşılıksız bir akittir.

Fransız MK.m. 1919.

Verilen malın gerçek veya farazi teslimi ile tamamlanır.

TBK. m.561/1 (İsviçre BK. m.472/1).

Saklama sözleşmesi (vedia akti) ile, malı muhafaza edecek olan, vedia veren tarafından kendisine bırakılan malı kabul etme ve onu güvenli bir saklama borcu altına girer.

Fransız hukukundaki akit yapısı aynî akit modelini takip etmektedir ve alınan malın geri verilmesi borcu üzerine kurulmaktadır. Geri verme şeklindeki temel borç, malın tesliminden sonra doğmaktadır. Bu sebeple, arada borçlunun hiçbir yükümlülüğü yoktur.

İsviçre Borçlar Kanunu bu görüşü tamamen değiştirmiştir ve rızaî nitelikteki temel akte uymayı aramıştır. Seçilen çözüm yolu, sürekli eleştirilerin konusu olmuştur ve olmaya devam etmektedir: Gerçekten ödünç ve vedia akitlerinin temelinde dostluğa dayanan serbest bir nitelik vardır. Bu unsur ihmal edilmiştir. Akitten doğan zorlama unsuru, malın verilmesinden kaynaklanan geri verme yükümlülüğüne ilişkindir.

Ancak, ticarî karz durumunda, aradaki dostluk niteliği söz konusu değildir ve İsviçre kanun koyucusunun bu durumu temel aldığı anlaşılmaktadır. Ticarî nitelikteki para ödüncü için meselâ, bir müteahhidin bir bankadan kredi alması halinde, bir ödünç ön aktinin bulunması uygun olmaktadır. Zira, banka, müşterisine belirli bir miktardaki parayı ödünç vermeye girişmektedir. Roma Hukukunda bu ön akit; bir *stipulatio* ile gerçekleştirilecektir. Fakat modern hukuk düzenlemeleri, artık borç kaynağının bu sözlü şeklini kabul etmemektedir. Ön aktin genel yapısını kabul etmek zorundadırlar. Bu da TBK. m.29/2'deki kurala[142] benzer şekilde tüm hukuk düzenlerinde yer almaktadır. Bu şekle ilişkin yapı, örtülü olarak hangi nitelikte olursa olsun, aktin yapısını kapsamaktadır. Bundan çıkan sonuç; bir aynî aktin ön aktinin de, aynî olmasını gerektirmektedir. Bunun sonucu olarak da ön akit ve akit aynı şekle göre yapılmak durumundadır. Karzı bir aynî akit olarak kabul eden Avrupa hukuk düzenlemeleri bu problemi ancak dolambaçlı bir yol ile çözmektedirler. (Genellikle kapsamını doğrudan doğruya şekille sınırlayarak, zikredilen kuralın dar yorumuna başvurmaktadırlar: Bu da, ilkenin esasına aykırıdır). Buna karşılık İsviçre Hukuku daha uyumlu bir çözüm yolu sunmaktadır. Zira; tüketim ödüncünü, ödünç verme vaadi ve doğrudan doğruya tüketim ödüncünün bir bileşimi olarak kabul etmiştir[143].

V. Yazılı Akitler

Şekle bağlı yazılı akitler (*litteris contrahitur*) konusunda Roma Hukukunda, üç devri birbirinden ayırmak gerekir[144]. Ancak, Roma Hukukundaki yazılı akit anlayışı ile devrimizdeki, bu sebeple bize yabancı olmayan yazılı akit kavramı birbirinden tamamen farklıdır. Modern hukukta, yazılı akit denince, tarafların metnini yazdıkları ve imzaladıkları bir akti anlarız. Bu da, sözlü akit gibi şekle tâbidir (şekli meydana getiren yazılardır). Hukuk düzenlemesinde bir şekil zorunluluğu arandığı zaman genellikle yazılı şekil söz konusudur. Ya taraflar kendi aralarında düzenleyip özel senet imzalar veya resmî bir makam meselâ noter önünde resmî senet yapılır. Roma hukukunda ise, bu anlamda bir yazılı akit yoktur. *Stipulatio*'nun yazılı belgelere bağlanması bu nitelikte bir yazılı akit değildir. Bu belgeler, yapılmış olan sözlü muamelenin ispatını kolaylaştırmak için düzenlenir.

Bugün, esnaf nasıl defterler tutar, alacak ve borçlarını bu defterlere işlerlerse, Roma hukukunda da aile reisinin, ailesinin masraflarını, alacak ve borçlarını bir deftere yazması usulü vardı. Bu usulün, Doğu bölgelerdeki uygulamalardan geldiği tahmin edilmektedir. Defterin bir sayfasına gelir, diğer sayfasına giderler kaydedilirdi.

Özenli aile reislerinin Roma'da malvarlığı ve özellikle paraya ilişkin muameleleriyle ilgili olarak bir defter tutması âdeti vardı. Bu bir saygınlık meselesi olduğundan bu defterdeki kayıtların doğruluğuna inanılır, gereğinde taraflar alacak ve borçlarını ispat için bu defterdeki kayıtlara dayanabilirdi (Bugün de tacirler arasındaki ihtilaflarda kanunen tutulması mecbur olan defterlerin ispat yönü önemlidir)[145].

M.Ö. III. yüzyıldan itibaren Romalılar, gelir-giderleri konusunda oldukça açık kavramlara sahipti. Her aile reisi, en az ileri gelenleri, gelir ve giderlerini defterlerine yazıyordu. Edebî kaynaklara göre, her *pater familias* beş yılda bir yapılan sayımlar sırasında, *censor*'lara, hesaplarının dürüst tutulduğunu ve doğru olduğunu yeminle beyan ediyordu. Anlaşıldığı üzere; hesapların düzenli ve doğru tutulması, yazı ile oluşan borcun (*expensilatio*), hukuki bakımdan işlevini, gerektiği gibi yerine getirmesi için zorunlu bir unsurdu[146].

1. Klâsik Hukuk Devri

Gaius'tan bu akitlerin niteliği hakkında açık bir fikir edinmek mümkün olmamaktadır. Gaius'un *Institutiones* metninin bulunmasından önce hâkim kanaate göre, yazılı akitler, her aile reisinin tuttuğu gelir-gider defterlerine yazılan kayıtlardan doğardı.

Nomina transscripticia (alacakların kaydedilmesi) denilen yazılı akitler, alacaklının kendi defteri üzerinde yaptığı bazı alacak kayıtları ve onun karşısına kaydedilen borçlunun ismi ile oluşmaktadır. Borçlu olarak ismi yazılan kişi için borç doğmaktadır. Fakat, borçlunun rızasının gerekip gerekmediği borçlunun defterinde de böyle kaydın olup olmadığı meselesi aydınlatılamamıştır.

Gaius, alacakların kaydının iki şekilde yapıldığını yazıyor:

Transciptio a re in personam (bir şeyden bir kişiye kayıt); meselâ, kira, şirket veya alım satımdan doğan borç, yazılı akitten doğmuş bir borç haline sokulur.

Transciptio a persona in personam (belli bir kişiden bir kişiye kayıt); belli bir kimseye ait borç, başka bir kimse üzerinde kaydedilir. Bu şekilde borçlunun değişmesi yazılı akitle gerçekleştirilmiş olurdu.

Bu borcun konusunun para borcu olması muhtemeldir. Bu borçlar soyuttur. Yani kayıtta borcun sebebi gösterilmez. Dolayısıyla açılacak dava *actio certae creditae pecuniae*'dır (belirli para borcu davası).

Bu tip yazılı akitler klâsik devir sonlarından itibaren kalktığından, *Iustinianus* hukukunda, *Corpus Iuris Civilis*'te bu akitler, yer almamıştır[147].

2. Eyaletlerde Yazdı Akitler

Gaius, bir kimsenin borçlu olduğunun bir belge üzerinde tespiti ile de yazılı borç doğacağını, fakat bunların yabancılara ait olduğunu söylüyor.

Günümüzdeki anlamında, yazılı akitlerin yapılması Roma'da çok daha sonraları gelişmiştir. Özellikle Yunan eyaletlerinde, gelişmiş noterlik kurumunun olduğunu Mısır'da bulunan belgeler göstermiştir. Mısır, Anadolu, Suriye ve İsrail bölgelerinde yazılı akitler eskiden beri yapılıyordu. *Gaius*, yabancılara mahsus yazılı akit tipinden söz etmektedir. Bu; el ile yazılan ve bir kimsenin borçlu olduğunu bir kâğıt üzerinde tespit eden bir belgedir. Yunan eyaletleri noterlerinde, özellikle resmî senetler düzenleniyordu. Yazılı şekil, bu doğu eyaletlerinde ilk akla gelen ve her zaman uygulanan şekildir. Bu yazılı şekil, bizim, günümüzde kullandığımız şekillere, Roma'daki *stipulatio*'dan daha yakındır. Resmî senetler; noterler, bazı mahkemelerde, kamu görevi olan bankerlerde düzenlenirdi[148]. Taşınmaz mallar hattâ köleler üzerinde tasarruf muameleleri resmî senetle yapılmıştır. Resmî senet yanında tarafların kendi aralarında yaptıkları âdi senetler de vardır. Uygulamada çok kullanılan bu yazılı şekiller, *Iustinianus* devrinde mevcuttur, fakat metinlerde yer almamıştır.

3. Son İmparatorluk Devrinde Yazılı Şekil

M.S. 212'de imparator *Caracalla* tarafından eyalet halklarına Roma vatandaşlığı verilince, onlara da Roma medeni hukuku, vatandaşlar hukuku (*ius civile*) uygulanmaya başlanmıştır. Ancak, herkes Roma vatandaşı olunca, Roma'da da yazılı şekil büyük oranda, uygulanmaya başladı. Bu, Roma hukukunun Doğu eyaletlerinde benimsenmesi veya benimsenmemesi

sorunudur. Ancak, *stipulatio* Doğu eyaletlerinde uygulama alanı bulamadı. *Stipulatio*'lar daha önce belirtildiği gibi yazılı bir belge ile teyid edilmeye başlandı. Yazılı şekle alışık eyalet halkı, *stipulatio*'yu benimseyemedi ve *stipulatio* yazılı akitlerle kaynaşarak yerini, yazılı akitlere, belge ve senetlere bıraktı.

Yazının kabulü, akit tarihinde önemli bir noktadır. Önce, elverişli bir imkân olarak görülen yazı, kısa sürede zorunlu hale gelir. Yavaş yavaş, yazının gerektirdikleri belirir. Şekiller basitleştirilir ve hattâ akitte özellikle tarafların iradelerinin beyanı basitleştirilir. İrade, serbestçe beyan edilir: Rızaların basit bir şekilde beyanına geçirir ve bu da, günümüzde telgraf, telefon ve faks'ın irade beyanında kullanılmasını kolaylaştırır. Ancak, bu beyanlar ne olursa olsun, şekil temel olarak kalmaktadır. Yazı; hem aktin oluşumunun unsuru, hem de ispat şekli olarak, gücünü korumuştur.

Dolayısıyla, şekilciliğin terk edilmesi söz konusu değildir. Zira, aktin taraflarını ve özellikle bir profesyonelle karşı karşıya bulunanları himaye etmek gerekmiştir.

Ayrıca, profesyonel kişi de, şekiller aracılığı ile himaye edilir.

Devrimizde, artık, akitlerin büyük kısmı eşit olmayan kişiler arasında yapılmaktadır. Çoğu kez, aktin taraflarından biri konuya ve bilgiye hâkim bir profesyoneldir. Sigortalı; bir sigorta şirketinin, işçi işverenin, kredi alan bir bankanın karşısındadır. Profesyonel, kişi de, çoğu kez teknisyen olmuş ve uzmanlaşmıştır. Bu şekilde güven ve iyiniyete dayanan akdî ilişki, konunun hukuki kapsamını tam anlamıyla bilmeyen kişi ile teknisyen arasındaki anlaşmaya dönüşmüştür. Haklı olarak belirtildiği gibi, iyi ve kötü niyetin yerini, konuya hâkim olmak ve olmamak almıştır[149].

Şekle bağlı akitler, zorunluluğu, güveni sağlamakla birlikte, sakıncalar da yaratmaktadır: Her şekil; bir güçlük, bir gecikmeyi kapsamaktadır. İmparatorluk devrinde; çabuk gerçekleşmesi gereken çoğalan anlaşmalar, uzlaşmaların şekilden doğan, az veya çok zaman kaybı ile karşılaştı.

Bu sakınca karşısında, Romalı hukukçular, hiçbir şekle bağlı olmayan "rızaî" denilen akitleri kabul etmeye yöneldiler. Bu şekilde; Orta Çağ ve modern zamanlar hukukçuları, taraflar arasındaki rızanın uyuşmasına geçmek için, yavaş yavaş, eski şekilcilikleri kaldırdılar.

O zaman da, akit ve anlaşma kavramları birbiriyle karışmaya başladı[150].

VI. Rızaî Akitler

Karşılıklı iradelerin uyuşması, yani karşı tarafa bir şey vermeden veya şekli muamele yapmadan, sadece dışarıya bir bütün teşkil eden irade uyuşmasından, *consensus*'dan borç doğmasının kabulü Roma hukuk hayatında bir yeniliktir, belli bir hukuk olgunluğunu ifade eder. Bu aşamaya bir taraftan Romalıların yabancılarla olan ilişkilerinden (*ius gentium*), diğer taraftan Romalıların özellikle *res nec mancipi*'leri konu alan günlük muamelelerinden hareketle gelinmiştir. Verilen söze olan bağlılığı ve güveni belirten *fides*'in bir gereği olarak alım satım, *locatio conductio* akitleri (kira, hizmet, istisna akitleri), şirket ve vekâlet çerçevesinde Borçlar hukukunun en önemli, günümüze kadar gelmiş ilkeleri ortaya konulmuş, rızaî akitler grubu içinde varılmış esasların Romanın diğer akitlerine de uygulanması yolu açılmıştır. Rızaî akitler dürüstlük (*bona fides*) kuralının büyük ölçüde dikkate alınmasını sağlamıştır, bu akitlerden doğan davalar iyiniyet davalarıdır. Bu akitlerin oluşması, yani irade uyuşmasının doğması için akit yapma teklifinin taraflardan hangisinden geldiği önemli değildir. Önemli olan, yapılan müzakereler sonunda *consensus*'un meydana geldiği sonucuna varmaktır[151]. Rıza uyuşması açık, örtülü irade beyanlarının kullanılması ve habercilerin devreye girmesiyle oluşabilir[152].

Rızaya dayanan sözleşmelerin avantajı hazır olmayanlar arasında ve mektupla da yapılabilmesidir.

Rızaî akitler, alım satım, *locatio conductio* (kira, iş, istisna), şirket ve vekâlet akitlerinden oluşur. Bu akitler tam iki taraflı, iyiniyet akitleridir.

Cumhuriyet devrinin son üç yüzyılında akitlerin gelişmesi, tüm Akdeniz havzasına Roma'nın yayılmasının yarattığı, Roma toplumunun tümüyle değişmesi ile bağlantılıdır. Bu fetihler, sosyal âdetleri derin şekilde değiştirdi. Nüfusu arttırdı ve ekonomiyi yeni hedeflere yöneltti. Ticaretin gelişmesi, denizcilik ve bankacılık ilişkisi, taşınır servetin önem kazanması ve kredinin yayılması, yeni hukukî şemaların oluşturulmasını zorunlu hale getirdi[153].

Uluslararası ticaretin uygulamaları veya Roma'da bulunan yabancıların hukukî gelenekleri gibi yabancı etkilerin de, mutlaka rolü olmuştur. Yabancıların sayısındaki artışın M.Ö. 242'de, özel bir *magistra*'lığın kuruluşuna, yabancılar *praetor*'una (*praetor peregrinus*) yol açtığı biliniyor. Bu *praetor* da, onlar için *ius gentium*'u (evrensel hukuku) geliştirdi.

Eyaletlerde bulunan ve oralardan dönen Romalıların da belirli örnekler getirdiğine işaret etmek gerekir[154].

1. Emptio - venditio (Satış sözleşmesi, alım satım akti) (TBK. m.207 vd.)

A. Kavram

Her devirde uygulamada çok sık karşılaşılan alım satım akti, para karşılığı bir malın el değiştirmesini[155] öngören rızaî akittir.

Alım satıma latince, iki taraflı bir terimle *emptio venditio* denir[156]. Borçlar Kanunumuzda satış tâbiri vardır; eskiden "bey'i" denirdi. Diğer Avrupa dillerinde de tek taraflı olarak ifade edilir (ingilizce, fransızca, almancada: alım). Alıcı *emptor*, satıcı *venditor*'dur.

Alım satım (*emptio venditio*), satıcının bir malı teslim etmeyi, müşterisinin, alıcısının satış bedeli (semen) [157] olan bir miktar parayı vermeyi taahhüt ettiği bir akittir. Satıcı için malı teslim etmek, alıcı için karşılığını para olarak ödemek yükümlülüğü oluşur. Bu akitle taraflar karşılıklı borç altına girerdi.

Alım satım akti mülkiyeti geçirmez. Satıcı, satılan mal üzerindeki mülkiyeti alıcıya sağlamayı taahhüt eder. Bu husus, TBK. m.207/1'de açıkça ifade edilmiştir[158].

Eski Yunan Hukukunda taşınmaz alım satımları yazılı şekle tâbi idi. *Iustinianus* taşınmaz alım satımlarına yazılı bir belge eklenebileceğini kabul etti, fakat bu, aktin geçerliliğini sağlayan bir şekil değildir; akit yine rızaîdir. Taraflar isterlerse, yazılı anlaşma yapabilirlerdi.

Roma Hukuku alım satımının özelliği bu aktin borçlandırıcı (iltizamî) bir niteliğe sahip olmasıdır. Alım satım Roma'da devredici (tasarrufî) bir muamele değil, sadece borç yükleyicidir. Mülkiyeti nakletmez, mülkiyeti nakil borcu yükler. Alım satımla ne malın, ne de karşılığı olan paranın mülkiyeti geçmez, sadece bir taraftan malın, diğer taraftan paranın mülkiyetini nakletmek için gerekli muameleyi yapmak borcu doğurur. Alım satım aktinden ayrı bir muamele ile mülkiyet nakledilir[159].

Modern hukukların bir kısmı, bu arada bizim kanunumuz, bu esası kabul etmektedir.

Diğer eski hukuklarda durum böyle değildi (meselâ, Asur, Suriye vs. hukukları gibi). Orada alım satımın tamam olabilmesi için semenin ödenmiş olması, yani muamelenin peşin olması şarttı. Aktin tamamlanması ile, malın mülkiyeti de alıcıya geçmiş olurdu. Bu şekilde alım satım aynî bir akit olmaktadır. İsviçre ve Türk hukuklarında, Roma'da olduğu gibi, satım borçlandırıcı (iltizamî) bir akittir (TBK. m.207 vd.).

Modern kanunların bir kısmı farklıdır. Fransız, İngiliz, İtalyan hukuklarında, alım satım ile, malın mülkiyeti nakledilmiş olur. Bu kadar önemli bir meselede, bir farklılık bulunmaması daha doğru olurdu.

Kanunumuzda alım satım aktinden ayrı, mülkiyetin nakli muamelesine lüzum görülmüş olmasının sebebi mülkiyetin nakli gibi önemli bir muamelenin, ayrıca yapılarak açıklığı (aleniyeti) sağlamaktır[160].

Yukarıda belirtildiği gibi, alım satım borçlandırıcı bir işlemdir, sadece, borç oluşturur. Alım satım, malın mülkiyetini alıcıya nakletmez. Satıcı için malı teslim etmek, alıcı için de malın bedelini ödemek borçlarını yaratır. Hattâ, göreceğimiz gibi, Roma Hukukunda satıcı malın mülkiyetini bile nakle mecbur olmayıp, sadece zilyetliği sağlama borcu altına girer. Alım satımın bu özel yapısı şu şekilde açıklanabilir: *Emptio venditio*, sadece borç doğuran bir akit olarak, devletin kamu toprakları dolayısıyla akdettiği, yani mülkiyeti devretmediği muameleler örnek alınarak oluşturulmuştur[161]

Sadece borç doğuran alım satım akti ile bunun sonucu yapılması gereken mülkiyeti devir işlemini birbirinden kesin olarak ayırmak gerekir.

Dolayısıyla; Roma Hukukunun çeşitli devirlerinde, satıcı, sattığı malın mülkiyetini nakletmek için gerekli olan işlemlerden birini de yapmak zorunda idi.

Alım satımın sadece borçlandırıcı işlem olması, özellikle hukukçu olmayanlara garip bile gelebilir. Eski hukukların çoğunda alım satım, peşin bir alım satımdı ve mülkiyetin nakli de aynı anda cereyan ediyordu. Bu devirlerde peşin bir alım satım olan *mancipatio* aynı zamanda mülkiyeti de naklederdi. *Ius civile*'nin şekilci muamelelerini yalnız Roma vatandaşları kullanabildikleri ve yabancılar bu muamelelere taraf olamadıkları için Roma'daki ticari ilişkilerin artmasıyla alım satım aktinin satıcı ve alıcının rızalarının birleşmesiyle meydana geleceğini kabul etmek zorunluluğu kendini gösterdi. Bu suretle Roma hukukunda daha klâsik devirden itibaren borçlandırıcı alım satım akti ile mülkiyeti nakil muamelesi arasındaki ayrım gayet açık olarak ortaya çıkmıştır[162].

B. Alım Satımın Oluşması ve Pey Akçesi

Alım satım, tam iki taraflı (*sinallagmatik*), rızaî bir akittir. Taraflar satılacak mal ile semen (para) konusunda ve aktin kapsamını teşkil eden diğer noktalarda uyuşunca, alım satım akti tamam olur ve taraflar borç altına girerler. Taraflardan birisinin daha önce bir edimde bulunması gerekmez. Malın

195 sonu, öncesi düzeltildi ve okundu, devamı düzeltilmedi, okunmadı

malla değişimi olan trampa ile alım satım arasındaki fark buradan ileri gelir. Alım satım rızaî, trampa ise aynî bir akittir, isimsiz akitler arasındadır. Tarafların rızası ile borç meydana gelmez, ancak taraflardan birisinin edimini ifası, malı devretmesi ile borç doğar. Diğer bir fark, trampada her iki taraf için bir mal borcu doğmasıdır. Alım satımda ise, alacaklı bir miktar para yani nevi ile belirli bir edim borçlanmıştır. Yoksa belirli paralar değil.

Bu ayrım modern hukuklarda da vardır. Para da, yabancı bir devlet parasının satın alınmasında olduğu gibi, alım satımın konusu olabilir (ilgili kanunlar çerçevesinde). Buna karşılık alıcı, para ile ifade edilen değeri (semeni) borçlanmış demektir.

Alım-satım sadece tarafların, mal ve bedeli üzerindeki rızaları ile oluşup, şekle ihtiyaç göstermez[163]. Rıza; sözlü, basit bir işaret, mektup veya bir aracı ile bildirilebilir. Rıza, açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir. Bir tüccar fiyatını göstererek mallarını satışa sunar[164] ve alıcı tek kelime

söyleme, den, parayı verir ve malı alıp götürürse, akit hem meydana gelmiş, hem de ifa edilmiştir. Akit, ödemenin sebebini ve mülkiyeti alıcıya devreden teslim işleminin, *iusta causa*'sını (hukukî sebebini) oluşturmuştur. Bazen, örtülü rıza, daha ince bir şekilde de olabilir. Meselâ, diğer mirasçıların bilgisi dahilinde, mirasçılardan birinin miras malının satışını gerçekleştirmesi ve diğerlerinin itiraz etmemesi ve hisselerini almaları[165].

Alım satım akti yapılınca bunu sağlamlaştırmak için, alıcı tarafından satıcıya bir miktar para veya bir mal (meselâ, bir yüzük) verilebilir. Bu, aktin yapıldığına dair bir delil teşkil eder. Buna pey akçesi, *arra* veya *arrabo* denir. (Fransızca'da *arrhes* şeklinde yaşayan bu terim, eski yunanca'dan gelmektedir). Klâsik Roma hukukunda, pey akçesinin verilmesi tarafların anlaştıklarını, borçlanmak istediklerini doğrulayan, yani aktin yapıldığını belirten bir delil sayılır.

TBK. m. 177'de de, durum aynıdır. Bir kimsenin verdiği bir miktar para (pey akçesi), cayma akçesi değil, aktin yapıldığına delil olarak verilmiş sayılır. Bu suretle ödenen bağlanma parası (pey akçesi) ileride semene mahsup edilir veya gerekirse iade edilir (teyid edici pey akçesi).

Bazen pey akçesine daha geniş sonuçlar bağlanır. Yeni TBK'nın cayma parası dediği tutarı alan taraf, eğer diğer taraf kendisine düşen edimi yerine getirmezse, tutarı saklayabilir (TBK m. 178). Bu şekilde; cayma parası, aktin ifa edilmemesinin müeyyidesi olmaktadır. Akti kuvvetlendiriyor, borcunu yerine getirmeyen taraf için bir tür ceza oluyordu.

Pey akçesi Romalılardan önce oluşmuştur. Akdeniz dünyasında bu ceza akçesi işlevini yapıyordu.

Iustinianus hukukunda pey akçesinin başka bir işlevi daha ortaya çıkmıştır: Pey akçesini veren, akitten vazgeçerse, verdiğini kaybeder, borcu ifadan da kurtulur. Alan taraf ise aldığının iki katını vererek, borcunu ifadan kurtulur. Böylece, pey akçesi taraflara aktin yükümlülüğünden kurtulmak imkânını vermiştir. Klâsik devire göre, akti zayıflatmış oluyor. Buna pişmanlık veya cayma parası (*arra poenitentialis*) denir. Bu kavram, TBK. m. 178'de "cayma parası" terimi ile ifade edilerek yer almaktadır. Bir cayma veya pişmanlık akçesi kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri akitten caymaya yetkili sayılır. Bu durumda; akçeyi vermiş olan cayarsa, verdiğini bırakır, almış olan cayarsa, aldığının iki katını geri verir[166].

C. Alım Satımdan Doğan Borç ve Alacaklar

Alım satım akti, karşılıklı borç doğuran, tam iki taraflı (*sinallagmatik*) bir iyiniyet aktidir. Alıcının borcu, semeni ödemek, satıcının borcu ise satılan malı nakledilinceye kadar muhafaza edip, sonra da mülkiyeti nakil için gereken muameleyi yapmaktır. Satıcının alıcıya açabileceği dava *actio venditi*, alıcınınki *actio empti*'dir. Her ikisi de iyiniyet davasıdır.

Satıcının borçları:

Satıcının borcu malı (*merx*) alıcıya devretmek için gerekli muameleyi yapmaktır. Hattâ, Roma Hukukuna göre satıcının borcu, alıcının maldan istifade etmesini sağlamaktan ibarettir. Eğer alıcı, rahatsız edilmeden maldan istifade edebiliyorsa, satıcı borcunu yerine getirmiş demektir. Şu halde satıcının borcu, bir mülkiyetin nakli değil, bir *habere*, *possidere*, *licere*, yani: elde bulundurmak, zilyet olmak, kullanabilmektir. Alıcı, maldan rahatça istifade ettiği sürece malik olmamış olsa bile, satıcıya karşı bir iddiada bulunamaz[167].

Malı devredecek olan satıcı, edimini dürüst olarak ifa etmelidir. Duruma göre, söz konusu malın mülkiyetini kazanmak, rahat zilyetliğini devretmeye engel yükümlülükleri kaldırmak ve malı teslim edilecek duruma getirmektir (ambalaj yapmak, taşınacak hale getirmek).

Teslim hemen gerçekleşmediği zaman, satıcı malı muhafaza etmek borcu altındadır. Dürüst bir kişinin (*bonus pater families*) yapacağı gibi, mala özen göstermeli, korumalıdır. "Kusur" derecesi burada, *culpa levis in abstracto*'dur (soyut hafif ihmal). Yani acemilik, ihmal, unutma gibi dikkatli birinin kaçınacağı bütün kusurları kapsar[168]. Bu şekilde satıcı, malı henüz teslim etme. den önce, mala bir zarar gelirse, hafif ihmali dahil, bütün kusurları dolayısıyla sorumlu tutulur. Klâsik hukukta bu sorumluluk derecesi daha da ağır olup, *custodia*'dan, yani kusuru olmadığı halde bile, meselâ, malın çalınmasından sorumlu idi.

Satıcı malı teslim ederken, her türlü hileli hareketten kaçınmalıdır. Meselâ, satıcı devredilen arazi üzerinde bir ipotek veya irtifak hakkı olduğunu biliyor ve alıcıdan gizlemişse, hile yapmıştır. Roma hukukunda, başkasının malı üzerinde satış geçerli ise de satıcının başkasına ait malı alıcıyı aldatmak için satmasına imkân verilmemiştir[169].

Alıcının borçları:

Alıcı semeni (malın bedelini) ödemekle yükümlüdür. *Actio venditi* ile takip olunur. Eğer satış vade ile yapılmışsa, semen üzerinden bir faiz alınabilir ve bu faiz, -*actio venditi* bir iyiniyet davası olduğundan (*iudicium*

bonae fide)-, bir *pactum* ile şart koşulabilir. Alıcının borcu nevi, para borcu olduğundan *genus non perit* (nevi telef olmaz) ilkesi uygulanır.

Alıcı ile satıcının edimlerinin ifa sırası:

Alım satımın iyiniyete tabi bir akit olmasından çıkan bir sonuç da, -bütün tam iki taraflı (*sinallagmatik*) akitlerde olduğu gibi- kendi edimini yerine getirmemiş veya edimlerin aynı anda ifasını teklif etmemiş olan kişinin karşı edimi talep edemeyeceğine ilişkin prensiptir.

Taraflar semenin, malın tesliminden önce mi, sonra mı ödeneceğini kararlaştırabilirler. Taraflar arasında bu konuda anlaşma yoksa, aksi kararlaştırılmadıkça, her iki edim de aynı anda yerine getirilir (TBK. m.207/2). Bir tarafın diğerini borcu ifaya zorlayabilmesi için, kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olması gerekir. Kendi edimini ifa etmeyi teklif etmeden diğer tarafın edimini yerine getirmesini isteyen kimseye karşı, dürüst davranmadığı gerekçesine dayanarak bir *exceptio doli generalis* (genel hile def'i) dermeyan edilebilirdi. Alım satım iyiniyete tabi akit olduğundan, hakim bunu re'sen, yeni görevi icabı (*ex officio*) da dikkate alabilirdi. (D.19,13,8). Müşterek Hukuk'ta bu def'i *exceptio non adimpleti contractus* (aktin ifa edilmediği def'i) adını almıştır[170]. Modern hukukta aktin ifa edilmediği def'i; ödemezlik def'i denmektedir. Modern hukukta, bu def'i bütün iki taraflı (sinalagmatik) akitlerde ileri sürülebilir. Borçlar Kanunu'nun 113. maddesinde bu esas genel bir kural olarak yer almaktadır. TBK.m.113'e göre: Karşılıklı borçları kapsayan bir aktin yerine getirilmesini isteyen tarafın, aktin gereklerine veya niteliğine göre bir süreden yararlanma hakkı olmadıkça, kendi borcunu ödemiş veya ödemeyi teklif etmiş olması gerekir.

Bununla beraber bu emredici bir kural olmadığından, aksi kararlaştırılabilirdi. Başka deyişle, alıcının veya satıcının önce ifa edeceğinde anlaşılabilirdi. Alıcı mal kendisine devredildikten bir müddet sonra semeni ödeyecekse, o zaman alım satımın kredili satış akdi olduğu söylenir[171].

Alım satımda hem alıcının, hem satıcının hakları ve borçları vardır. Belirtildiği gibi, tarafların aktin kapsamında anlaşmalarıyla alım satım tamam olur. Bu özellikle mal (*merx*) ve bedeldir. Kişisel malvarlığına giren her türlü taşınır (masa, tablo) ve taşınmaz (ev, arazi) maddî mallar veya maddî olmayan mallar (meselâ alacak hakları, terekenin tümü, araziye ilişkin hakları ve şahsî irtifak hakları) mevcut veya gelecekte oluşabilecek mallar satılabilirdi[172]. Mal, alışverişte kullanılan ve devredilebilen her

hangi bir mal olabilir. Maddi olmayan mallar, haklar da alım satımın konusu olabilir. Meselâ, Roma Hukukunda alacak hakkı, miras hakları, bir irtifak hakkı veya intifa hakkı veya bir malvarlığının tümü satılabilir[173]; arazi irtifaklarından geçit irtifakı, mirasçı tarafından kazanılmış tereke. Mal parça borcuna konu olabileceği gibi, çeşit (nevi) borcuna da konu olabilir. Bu ayrım Borçlar Kanunu tarafından da dikkate alınmıştır (TBK m.86).

Alım satımın konusunu teşkil eden mal, gelecekteki bir mal da (*emtio rei futurae* veya *speretae*) olabilir. Anlaşma sırasında malın ne orada bulunması, ne de var olması gerekli değildir. İmâl edilmekte olan bir araçta, dalından koparılmamış meyvalarda, biçilmemiş buğdayda, kesilmemiş otta, satış aktinin geçerliliği hiçbir sorun çıkarmıyordu. Önümüzdeki yaz elde edilecek 100 kg. kirazın, nisan ayında satılması, henüz ürün alınmadan üzüm rekoltesinin veya bir otlağın kurutulacak otunun, doğacak bir hayvanın satılması, bir gazeteye, dergiye abone olunması, gelecekteki, beklenen bir malın alım satımıdır. Tarafların malın var olacağı, hiç olmazsa, var olabileceği konusunda, uygun bir görüşe sahip olmaları yeterlidir[174].

Yukarıdaki örneklerde, alım satım üzüm veya otun elde edilmesi şartına bağlanmıştır. Toprak kayması sonucu üzümler veya ot çamur altında kalırsa alıcı talepte bulunmayacaktır.

Alım satım şarta ve vadeye bağlanabilir. Bunlar gerçekleşince alacaklı, alacağını isteyebilir.

Ancak, gelecekte oluşacak bir malın satılması ile, bir “ümit” ve “şans” alım satımını (*emptio spei*) karıştırmamak, ayırmak gerekir. Bu satışta, alım satım akti şarta bağlanmış değildir, hiçbir şey elde edilmese de, kararlaştırılan semen ödenecektir. Meselâ, yazın elde edilecek üzüm rekoltesi kıştan veya bir otlakta yetişen ve kurutulacak tüm ot önceden satılabilir. Toprak kayması sonucu üzümler veya ot çamur altında kalsa da, alıcı bir şey elde edememesine rağmen semeni ödeyecektir. Taraflar daha da ileri gidebilirdi ve bir balık veya kara avında avlanacak hayvanlar[175], kuşlar da satılabilirdi. Alıcının, balıkçının ağından çıkacak balıkları belirli bir bedel karşılığı satın alması mümkündür. Ancak bu satımın varlığı tesadüfe, şansa bağlı idi. Bu durumda alıcı bir şey elde edememe tehlikesiyle karşı karşıyaydı. Zira; “bir şans” satın alıyordu ve kesinlik olmadan onun gerçekleşeceğini ümit ediyordu (şans alım satımı, *emptio spei*). Balıkçı, ne getirirse getirsin, hattâ hiç bir şey tutmasa da o para ödenecektir[176].

Eğer satıcı, bilerek aktin konusunun gerçekleşmesini sağlamak için alıcıyı aldatırsa, başvurduğu hilenin yargı önündeki müeyyidesi ile karşılaşacaktır. Gelecekte oluşacak malın satımı ise, bozucu şarta bağlıdır. Meselâ avlanacak balığın kilosu 20 lira. Eğer balık avından bir şey elde edilmezse, alıcının borcu yoktur.

Bu tip akit, loto oyunları ve benzeri oyunlar için modern hukukta da geçerlidir. Üstelik sigorta akitlerinin bütün sigorta sektöründe temel şeklini temsil eder[177]. Gelecekteki malın alım satımı ise, geciktirici şarta (*condicio suspensiva*) bağlı şartlı bir muameledir; halbuki *emptio spei* halinde, bir şans satın alınmaktadır. Meselâ bir balıkçıya, ertesi gün tutacağı balıklar için 75 lira verilirse, balık hiç tutulmamış da olsa, alım satım geçerlidir. Kumara benzediği halde, bu çeşit alım satımlar geçerli sayılmıştır.

Roma'da bir kimse ile halk arasında atılacak hediyenin belli bir bedel karşılığında satın alınacağı kararlaştırılmışsa ve bu ihtimal gerçekleşmemiş olsa bile semenin hepsi ödenecektir. Bu alım satım türünü inceleyen Pomponius D.18,I,8,1'de halk arasına atılan hediyenin (*iactus missilium*) [178] zapt edilmesi durumunda bile semenin ödenmesi gerektiğini, çünkü bu ihtimalin de taraflar tarafından öngörüldüğünü belirtmektedir[179]. Tabiatıyla şansın ve ümidin az olması durumunda semen de düşük kararlaştırılacaktır. Bu tip alım satımlar bugün hakim olan akit serbestisi ilkesine değinildiği gibi, anlaşmalara konu olabilir. Devlet tarafından düzenlenmesine izin verilen piyango da (TBK m.606) bir ümit ve şans alımı olarak nitelenebilir[180].

Gelecekteki malın satımında, bazen edimin imkânı bakımından şüpheli bir durum vardır. O zaman alım satımın şartları aktin konusu olan mal var olmaya başladığı andan itibaren tamam olur. Zira satılan malın hiçbir zaman var olmaması tehlikesi varsa, durum karmaşık bir hale geliyordu. Meselâ, henüz ekilmemiş buğday, henüz ağaçlarda çiçek halindeki meyvalar veya henüz doğmamış bir kuzu. Roma hukukçuları bunun geciktirici şarta bağlı bir akit olduğunu kabul etmişler ve bu tehlikeye alıcının katlanacağını belirtmişlerdir. Bu gelecekte oluşması beklenen bir malın satımıdır. Bu şekildeki alım satım sonuçlarını, söz konusu mal var olduğu, şart gerçekleştiği zaman yaratmaktadır.

Malvarlığı dışındaki mallar, (hukuki işlemlere konu teşkil etmeyen, kamu malı, kutsal mal gibi) (*res exra commercium*) için satış geçerli değildir. Ancak, başkasına ait bir mal üzerinde alım satım aktinin yapılması

geçerlidir. Bu şekilde; henüz başkasının mülkiyetinde bulunan, ancak henüz alıcının mülkiyetine geçmemiş olan mal üzerinde satım akti yapılması geçerlidir ve tarafları borç altına sokar (D. 18, 1, 28).

Bu şekilde; başkasına ait malın satışı muteberdir. D. 18,1,28'de Ulpianus, başkasına ait malın satışında herhangi bir tereddütün olmadığını, fakat malın alıcıdan zaptedilebileceğini belirtmektedir. Tabiatıyla; başkasına ait bir malı satmış, fakat bunu teslim edememiş veya sattığı mal üçüncü kişi tarafından bir aynî hakka dayanarak zaptedilmiş olan satıcı bunun sonuçlarına katılacak, tazminat ödemek zorunda kalacaktır[181].

Alım satımın konusunu oluşturan mal konusunda önemli bir mesele, alım satımın bir parça veya nevi borcu doğurmasında görülür. Alım satımdan her iki çeşit borcun doğması mümkündür: Eğer mal ferden tayin edilmişse, parça borcu, çeşit olarak, nevi tayin edilmişse, çeşit (nevi) borcu doğar. Genellikle mislî olmayan eşya parça borcu satımını oluşturur. Fakat bazen mislî eşya ile parça borcu tesisi mümkündür: Meselâ üzerinde belirli bir marka bulunan beş çuval kahve satın alınmışsa. Diğer taraftan; genellikle mislî eşya, çeşit (nevi) borcu doğurur, fakat bunun da aksi mümkündür: Meselâ; 20 koyun, sayı ile belirlenerek satın alınmışsa.

Borçlar Kanunumuz, iki tür alım satım ayrımı yaparak, bazı hüküm farkları koymuştur (TBK. m.86).

Roma'da genellikle, uygulamada görülen alım satım, parça alım satımı idi. Çeşit (nevi) borcu doğuran alım satımlar, daha ziyade, *stipulatio* ile yapılırdı.

Bu ayrımın önemi, satıcının sorumluluğu söz konusu olduğu zaman ortaya çıkar. Çeşit (nevi) alım satımında *genus non perit* kuralı uygulanır. Parça alım satımında ise, mal, satıcının kusuru olmadan telef olacak olursa, sorumluluk kalkar. Buna bağlı olarak "malda hasar" hali de yalnız parça borçları için söz konusudur.

Satıcının borcu satılan malı devretmek, alıcının borcu bedeli (semen, *merx*) ödemektir. Bedel (semen) belirli bir miktar paradır. Alıcı, bu belirli miktar paranın mülkiyetini satıcıya devretmekle yükümlüdür.

Bedelin (semenin) Roma Hukukunda bazı özellikleri vardır:

a) Semen *para* olarak kararlaştırılmalıdır: Semenin para ile belirlenmesi gerektiği, aktin iki tarafı kapsayacak biçimde ifadesi (*emptio-venditio*) ve davaların alıcı ve satıcı açısından ikili (*actio empti* ve *actio venditi*) oluşunun mantıki sonucudur. Tarafların, alıcı ve satıcının rolleri birbirinden ayrılmalıdır. Hukukçu Paulus, tarafların farklı rolleri ve farklı borçları

üzerinde durarak, açık ayrımı belirler: Satıcı malın zilyetliğini sağlamak, alıcı paranın mülkiyetini devretmek yükümlülüğündedir. *Iustinianus* hukukunda semen (bedel) konusu üzerinde tekrar ısrar edilmiştir.

Satıcı, malın sadece zilyetliğini devretmek, alıcı paranın mülkiyetini devretmek, yükümlülüğündedir. Bu oluşum, malın malla değişimi olan trampa'dan (*permutatio*) tamamen farklıdır. Trampa, isimsiz akittir ve sadece tarafların rızası ile değil, ona eklenen taraflardan birinin edimini ifa etmesiyle borç yaratır.

b) Semen belirli olmalıdır: *Pretium certum*. Semen olan para tutarı tayin edilmiş, belirli olmalı, hiç olmazsa objektif kıstaslara göre tayin edilebilir olmalıdır (meselâ, sen onu kaça satın almışsan; D. 18,1,7,1). Yalnız semeni tayin yetkisi üçüncü kişiye verilmişse ve semeni üçüncü kişi belirlerse, *Iustinianus* hukukunda akit geçerlidir. Üçüncü kişi semeni belirlememiş veya belirlemek istememişse, akit geçersizdir.

c) Semen gerçek olmalıdır: *Pretium verum*. Romalı hukukçular, aktin alım satım olarak nitelendirilmesi için bedelin gerçek (*verum*) olmasını aramışlardır. Semenin gerçek olması, bir muvazaanın bulunmaması demektir. Çok az veya sembolik olmamalıdır. Mala karşılık kararlaştırılmış olan para miktarı, bir alım satım için tespit edilmiş para olmalıdır. Aksi halde, alım satım değil, bağış olur. Bir satışta bedel istenmemiş veya çok küçük bir bedel ödeneceği konusunda anlaşma yapılmışsa bu geçersizdir, zira bir bağışlamayı yani muvazaayı gizlemektedir[182].

Satıcı; satış aktinin bedelini, bağış yapma düşüncesiyle istemeyeceğini beyan etmişse, bunun bir satış akti olmadığı sonucuna varılır[183].

Semen âdil; malın değeri ile uyumlu olmalı mıdır? (Pretium iustum)

Klasik hukukta, malın bedelinin âdil, malın gerçek değerine uygun olmasının (*pretium iustum*) kıstaslarını belirlemek konusu ile pek uğraşılmamıştır. Malların serbest ticareti için zorunlu olan rekabet, herkesin kendi yararını aramasına imkân veriyordu[184]. Ticaret hayatında belirli bir kurnazlık (*dolus bonus*) yasaklanmış değildir.

Paulus D. 19,2,22,3: *Quem ad modum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere etita invicem se circumscribere...*

"Alım satımda pazarlık kurallarına göre değerli malı en düşük fiyata satın almak ve malı değerinden fazlaya satmak, normal (bir olaydır)..."

Semenin hakkaniyete uygun, malın gerçek değeri ile uyum için olması konusu, rejimlerin liberal olup olmaması ile ilgilidir. Liberal sistemler;

tarafları kendi hallerinde serbest bıraktığı için, hukuk düzenlemesi bu mesele ile ilgilenmez, tarafların, kendi rızaları ile yaptıkları anlaşmalara uyar. Klâsik devrin Roma Hukuku böyle idi. Genellikle, piyasadaki mal fiyatları ile hukuk kuralları ilgilenmezdi.

Bu şekilde, Klâsik Hukuka göre, semenin malın gerçek değerine uyması, âdil (*iustum*) olması gerekmezdi. Dolayısıyla; alım satımda, çok değerlinin aza alınmasına, az değerlinin çoğa satılmasında, böylece tarafların para konusunda işi aralarında halletmelerine izin verilmiştir. Dolayısıyla, Klâsik hukukta malların fiyatları istenildiği gibi tespit edilebilirdi. Fakat klasik sonrası devirde, ekonominin kötüleşmesi nedeniyle, devlet fertler arasındaki ilişkilere çeşitli şekillerde müdahale etmiştir. Son İmparatorluk devrinde, devlet fiyatları denetlemek zorunda kalmış, fiyatlar sınırlandırılmıştır. İmparator Diocletianus bütün mallar, hattâ işçi ücretleri için resmi fiyat listeleri yayınlanmış "bir nal çivisinden öğretmenin maaşına kadar" her türlü mal ve hizmetin ücretini tayin eden narh kanununu çıkartmış, fakat ekonominin kendi kuralları olduğundan bu kanun işlememişti[185]. Bunun amacı da, fiyat yükselmelerini ve paranın değer kaybını, enflasyonu önlemekti.

Bu eğilim içinde, semenin âdil (*iustum*) olması lâzım geldiği fikrinden hareketle *laesio enormis* (fahiş gabin) denilen bir ilke oluşturulmuştur. Eğer bir kimse, malını, gerçek değerinin yarısından az bir bedele satmak zorunda kalmışsa, *laesio enorms* (fahiş gabin) hali vardır. Bu gibi durumlarda, *Iustinianus* Codex'inde bulunan bazı kurallara göre, satıcı akti bozabilirdi; eğer alıcı malı muhafaza etmek isterse, gerçek fiyata oranla eksik verdiği kısmı ödemek zorunda idi.

Bu şekilde İmparator Diocletianus devrinde (M.S. 285 yılındaki C. 4.44.2) aşırı yararlanma, fahiş gabin (*laesio enormis*) ilkesi belirmiştir. Buna göre; bir malın bedeli değerinin yarısından düşük ise ve alıcı aradaki farkı ödemek istemiyorsa satıcı akti bozabilirdi[186].

Dolayısıyla, semenin doğru ve âdil olması gerekmiştir. Bir taşınmaz malın satıcısı bu taşınmazı, gerçek değerinin yarısından aşağı bir fiyata sattığını ispat ederse, akti bozabilir ve malın geri verilmesi için dava açabilir. Ancak alıcı, o malı muhafaza etmek istiyorsa, gerçek değere varmak için gereken fazlayı ekleyebilir (âdil semene erişmek için ne kadar borçlu ise).

Akit serbestliğini sınırlayan bu hüküm, bir kimsenin müzayaka (zor durumundan) veya hiffetinden (düşüncesizliğinden, deneyimsizliğinden)

istifade ederek malı elinden alınmışsa, uygulanırdı.

Bu ilke, *Codex*'e *interpolatio*'lar ile dahil edilmiş *Iustinianus* hukukunda genel bir kapsam almış ve yalnız satıcı lehine ve taşınmazlar için[187] uygulanmıştır. *Laesio enormis* terimi ise, Orta Çağ doktrininden gelmektedir[188]. Zaruret haline düşmüş satıcılar lehine kullanılan bu ilkenin uygulamalarına sık sık rastlanmaktadır. *Pandekt* hukukunda önemini korumuş, hattâ alıcıyı da kapsamıştı: Alıcı, bir malın değerinin iki mislinden fazlasını ödemişse, akti bozabiliyordu. Fransız Medenî Kanunu, fahiş gabin kurumunu, sadece taşınmazların satımını kapsamak üzere ve yalnız satıcı lehine muhafaza etti: Oran 5/12'dir, yani 100.000 liralık bir mal, 40.375'ten veya daha aşağı bir bedelle satılmışsa taşınmaz alım satımı iptal edilebilir.

XIX. yüzyılın liberal zihniyeti içinde, daha sonraki bazı kanunlar, bu arada bizim kanunumuz, bu ilkeyi terketmiştir. Bundan doğan antisosyal sonuçların önlenmesi için tedbir olarak Borçlar Kanunumuzun 28. maddesindeki genel hüküm uygulanmaktadır. Maddenin hükmü yalnız alım satımı değil, tam iki taraflı (*sinallagmatik*) akitlerin tümünü kapsar[189].

Hukukumuzda, Borçlar Kanunu'nun aşırı yararlanma başlıklı 28. maddesindeki genel ilke uygulanır: Bu maddeye göre, bir akitte edim ve karşı edim arasında açık bir oransızlık bulunur ve bu oransızlık, zarar gören tarafın zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden yahut deneyimsizliğinden yararlanarak oluşturulmuşsa, zarar gören, bir yıl içinde bu akti bozduğunu bildirerek, verdiğini geri isteyebilir (Bu süre, düşüncesizliği veya deneyimsizliği öğrendiği, zor durumda ise bu durumun kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanılabilir).

İvazlar arasındaki oransızlığın sınırı kanun tarafından belirlenmemiş, hâkime bırakılmıştır. Bu durum akit serbestisinin kısıtlanması olmakla birlikte, düştüğü güç durumda malını satmak zorunda kalan kimselerin uğrayabileceği zararları önlemek amacındadır[190].

Semenin Ödenmesi ve Mülkiyetin Kazanılması Meselesi

Iustinianus Derlemesindeki (*Corpus Iuris Civilis*) metinlere göre alıcının, teslim aldığı malın mülkiyetini kazanabilmesi için, bedelin ödenmiş olması veya teminat (rehin, kefalet) vermiş olması gerekir. Ancak; satıcı, alıcıya itimat ettiğini bildirirse mülkiyeti kazanır. *Iustinianus* hukukunda da bağış veya cihaz sebebiyle mülkiyet derhal geçtiği halde, alım satımda mülkiyetin geçmesi için, semenin ödenmesi gerekiyordu. Bu

şekilde, *Iustinianus* hukukunda, bedeli ödeme zorunluluğu, satıcının alıcıya itimat etmesi halinde, mülkiyetin geçeceğine ilişkin hükümle hafifletilmiştir. Klâsik Roma Hukukunda mülkiyetin kazanılması için malın bedelinin ödenmesi şartı yoktu. Doğu Akdeniz ticaret geleneklerinin etkisiyle *Iustinianus* hukukuna giren bu kuralın uygulama alanının kısıtlı olması gerekir[191].

Modern hukukumuzda da, alım satım sonucu mülkiyetin geçmesi için bedelin ödenmesi gerekmez. Taşınır mallarda teslim, taşınmaz mallarda tescil ile, mülkiyet bedel ödensin veya ödenmesin, alacaklıya geçer. Ancak bazı hallerde satıcıya teminat sağlamak için, mülkiyetin alacaklıya sonra geçebileceği anlaşma ile kararlaştırılabilir. TMK. 764. maddesinde mülkiyetin saklı tutulması anlaşmasına (*pactum reservati dominii*) yer verilmiştir[192]. Bu; malikin zilyetliğini başkasına verdiği bir taşınır malın mülkiyetini, kendisinde tutmak için yapılan anlaşmadır. Ancak taşınır malı alan kişinin konutundaki noter tarafından onanıp, özel kütüğe kaydedilmekle geçerli olur (hayvanlar için bu tür anlaşma yapılması yasaktır). Bununla birlikte; bu genel bir kural değildir. Tarafların anlaşmasına bağlı bir şarttır.

Taşınmaz malda ise, satıcının kanunî ipotek hakkı vardır. TMK.m.893'e göre, satıcı sattığı taşınmaz mal üzerinde bedeli (semeni) sağlamak için kanuni ipoteğin tescilini isteyebilir.

D. Hasar Konusu (*Periculum*)

Alım satımın konusu parça borcu ise, alım satım tamamlanmış fakat mal henüz satıcı tarafından alıcıya teslim edilmemişken, satıcının kusuru olmadan, telef olursa, zarar kime ait olacaktır? Hasar meselesi budur.

Meselâ bir kimse atını satar, henüz, devir işlemini yapmadan teslim etmeden (klasik hukuk devrinde *mancipatio* veya *in iure cessio* işlemlerini yapmadan) bu at hastalanarak ölürse, satıcı, hiçbir kusuru yoksa, borcundan kurtulur. *Iustinianus* hukukunda kusuru olsaydı sorumlu tutulacaktı (*omnis culpa*). Satıcı borcundan kurtulacak, demek, alıcı, atın mülkiyetini devralmadığı halde semenini ödeyecek demektir. Hasar; satılan mal henüz satıcıda iken, satıcının kusuru olmadan meselâ, bir kaza (beklenmedik olay) sonucu telef olursa, bu zararı kimin, alıcının mı, yoksa satıcının mı yükleneceği meselesidir. Eğer, satıcının bu hususta bir kusuru varsa, zarar kendi kusurundan, kastından, ihmalinden (dikkatsizliğinden,

tedbirsizliğinden, kurallara aykırı hareket etmesinden veya meslekte acemiliğinden) ileri gelmişse bundan sorumludur. Zira; *Iustinianus* hukukunda, satıcı bütün kusurlarından dolayı sorumlu tutulurdu.

Hattâ, Klâsik devirde bu sorumluluk, muhtemelen daha da ağırdı. Satıcının bazı beklenmedik olaylardan da (*casus*) sorumlu tutulduğu ve bu sebeple de sorumluluğun nezaret sorumluluğu (*custodia*) derecesinde olduğu tahmin edilmektedir.

Eğer; satıcı sattığı malda meydana gelen zararlardan sorumlu değilse, meselâ, bunlar bir beklenmedik olay yüzünden ileri gelmişse, ortaya edimin imkânsızlığı hali çıkar. Borç da, parça borcu ise, satıcı borcundan kurtulur. Romalılar bu sonucu "beklenmedik olaydan kimse yükümlü tutulmaz" (*casu a nullo praestantur*) şeklinde ifade etmişlerdir. TBK. m. 136/1'de de aynı ilkenin geçerli olduğunu görüyoruz: "Borçluya yüklenemeyen durumlar, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebepler yüzünden borcun ifası imkânsızlaşırsa borç sona erer".

Bu şekilde; alım satımda hasar; alıcının, satın aldığı mal eline geçmediği halde, meselâ, satılan hayvan, alıcıya devredilmeden ölmüşse, semeni ödemeye mecbur olup olmadığı konusudur. Eğer; alıcı, malı elde edememesine rağmen malın bedelini ödemeye mecbur ise, hasar alıcıya aittir. Aksine satıcı borcundan kurtulduğu gibi, alıcı da borcundan kurtuluyorsa, hasar satıcıya aittir.

Hasarın kime, alıcıya mı, satıcıya mı ait olacağı meselesi Roma Hukukunda satıcı lehine çözüm yoluna bağlanmıştır. Yani malın zararını alıcı çekmektedir: *Periculum emptoris est* (Hasar alıcıya aittir). Bu ilkeye uygun olarak, satıcının kusuru olmadan, her hangi bir şekilde mal telef olmuş veya malın değeri azalmış da olsa, alıcı yine semenin tamamını ödemek zorundadır. Buna karşılık malda gerçekleşebilecek çoğalmalar da alıcınındır: Meselâ malın semereleri meydana gelmişse, (hayvanın yavrusu, bahçenin mevyaları) bunların da alıcıya teslim olunması gerekir.

Bu şekilde, Roma Hukukuna göre, malın alım satımdan itibaren teslim edilinceye kadar geçen süre boyunca, hasarı alıcıya aittir. Hasar alıcıya aittir (*periculum emptoris est*)[193].

Ancak; bu konudaki önemli olan nokra, söz konusu ilkenin alım satımdaki nevi borçlarına değil, sadece parça borçlarına ait olmasıdır.

Bu kurala göre, alıcı, malı elde edemeyeceği halde bedeli ödemek zorundadır. Eğer, bedeli daha önce ödemiş bulunuyorsa, bunu geri isteyemez. Bu ilke bir şey elde edemeyen alıcı için ağırdır. Ancak,

Romalılar bunun ağırlığını giderecek karşı bir kural koymuşlardır. “Hasar kime ait ise, menfaatler de ona aittir”. Meselâ, alım satım aktinden sonra, mal henüz alıcıya devredilmeden bunda bazı artışlar meydana gelmişse, meselâ, hayvanın yavrusu doğmuş, satılan tarlanın ürünü elde edilmiş ise, bunlar da alıcıya aittir. Zararları yüklenen alıcı, gereğinde menfaatlerden de yararlanacaktır[194].

Bu şekilde, satımda hasar ve artış birbirinden ayrılmıştır.

Rızaî alım satıma ait bir özellik de bir taraftan aktin yapılmasıyla (verilecek malın ve ödenecek bedelin belirlenmesi) ve diğer taraftan karşılıklı borçların ifası (bedelin ödenmesi ve malın teslimi) şeklindeki ayrımda bulunmaktadır. Eğer taraflar, henüz malı teslime veya bedeli ödemeye hazır değillerse veya borçların ifasını geciktirmek için anlaşmışlarsa, bu iki kısım arasında oldukça fazla bir zaman dilimi de bulunabilirdi. Bu süre boyunca satın alınan mal hala satıcıda kalıyordu. Satıcı, dürüstlük ilkesine göre, malı teslime kadar en iyi şekilde saklamak zorundaydı. Fakat, gerek karşı konulamaz, mücbir sebep olayları (fırtına, sel baskını, savaş vs.) veya öngörülemez ya da kaçınılamaz mücbir sebep olayları (müsadere, grev vs.) veya bir kaza, beklenmedik hal sonucu mal telef olursa veya tahrip olursa, durum ne olacaktır? Cevap, özel bir kuralda verilmiştir: Bunu Romalı hukukçular hazırlamışlardır. *Periculum est emptoris perfecta emptione* (alım satım tamamlanınca hasar alıcıya aittir). Sonuç alıcı için ağır, satıcı için avantajlı gözükmektedir. Zira malın telef olması halinde, satıcı teslim borcundan kurtulmaktadır. Alıcı ise, karşı edimi talep edemeden, bedeli ödemek borcu altındadır. Kuşkusuz aktin oluşmasından itibaren malın yararlarını ve varsa kârlarını elde eder. Ancak zarara katlanır. Kural bu anlamda genişletilmiştir[195].

TBK ise şu şekildedir:

TBK. m.208/1- Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık halleri dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarından zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında tescil anına kadar satıcıya aittir.

Hasarın alıcıya geçmesi için, aktin ifasının hemen gerçekleştirebileceği şekilde tamamlanması gerekir. Alım satımın konusu olan mal satıcının malvarlığında bir kenara konulmuş ve sadece onu teslim alacak olan alıcının malvarlığına yönelmiş durumda olmalıdır. Bununla birlikte, bu durumun istisnaları var. Özellikle, bu durumları dikkate almak gerekir:

- Eğer taraflar bir geciktirici şart koymuşlarsa ve malın alım satım aktini malın denenmesi veya malın bir limana gelmesi şartına bağlamışlarsa (*Ulp. D. 18.6.10*).

- Eğer ağırlık, parça veya ölçü ile satılan maldaki ağırlık, para veya ölçü birimi, henüz açıkça belirlenmemişse (*Gai. D. 18.6.5*).

- Eğer mal henüz teslime hazır değilse ve satıcının mallarına karışmış olarak bulunuyorsa (*D. 18.1.35.7*).

TBK'da şu hüküm yer almaktadır:

Madde 208/2- Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişcesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.

Roma Hukukunda hasarı düzenleme şeklinin sebeplerini açıkça tespit etmek güçtür. Romalı hukukçular, rızaya dayanan alım satımı, o devirde en fazla kullanılan şekil olan, peşin satışa benzetmeye çalışmışlardır. Bu bir model olabilirdi, zira rızaî akitten çok daha basitti.

Gerçekten; bu halde, peşin alım satımlarda edimlerin karşılıklı ifası, yani malın teslimi ve bedelin ödemesi hemen gerçekleştiriliyordu. Bu durumda ne satıcının ne de alıcının, çekineceği bir tehlike yoktu. Bu tespitten hareket eden Romalı hukukçular, *periculum est emptoris* (hasar alıcıya aittir) kuralına varmışlardır. Bu kurala göre, hasar, ifayı, karşılıklı olarak ve hemen gerçekleştirilmemiş olan, gecikmiş olan tarafa (alıcıya) aittir. Mal teslime hazır olduğundan itibaren, malın yok olması veya tahrip olması şeklindeki sonraki sonuçlar alıcının malvarlığına ilişkindir, zira devir aşaması, malın teslime hazır olduğu andan itibaren başlamaktadır.

Iustinianus, kuralı, maldaki hasar ve yararın bir tür birbirini karşılaması ile açıklanmaktadır.

Gerçek sebep ise tarihîdir. Basit rızaî alım satımı kabul etmeden önce, romalılar, peşin satışı uygulamıştır. Burada, semeni ödeme borcu, devir işleminin yapılması ile doğuyordu. Alıcının, aldığı maldaki hasara katlanması ve semeni ödemekle yükümlü olması normaldir. Rızai satış, peşin satışın yerini aldığı zaman hasar konusundaki kural muhafaza edilmiştir[196].

Modern hukukta bu kural gitgide daha fazla engelle karşılaşmaktadır. Modern akitler çoğu kere başka bir çözüm yoluna gitmektedir: Hasar malı elinde bulundurana, bu sebeple, ona daha yakın olana aittir. Beklenmedik bir halden doğan bir kaza, malda hasar meydana getirirse, onun sonuçlarına katlanır.

Ayrıca, *periculum est emptoris* (hasar alıcıya aittir) kuralı aktin iki taraflı yapısı ile çelişmektedir. Eğer satıcı malı teslimden kurtuluyorsa, alıcı da bedeli ödemekten kurtulmalıdır. Bu da, TBK. m. 136/2'ye daha uygun olur:

Karşılıklı borçlanmayı kapsayan akitlerde, borcundan kurtulan borçlu, aldıklarını, sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca geri vermekle yükümlü olur ve kendisine henüz ödenmemiş alacağı isteme hakkından da yoksun olur.

Bununla birlikte satıcı için çok avantajlı bu kural karşısında satıcının, malın muhafazasında *custodia* (nezaret) borcu vardı[197]. *Custodia*'nın (nezaretin) sınırları, mücbir sebebe kadar gitmektedir. Gerçekten; satıcının, malı silahla savunması istenemezse de, mala tüm özeni göstermesi ve ondan her şeyden önce hırsızlıktan koruması istenir. Bu şekilde; satıcının *custodia* (nezaret) yükümlülüğü durumu dengelemektedir[198].

Roma Hukukunda çözümün böyle olmasının sebebi, orada kuralların mutlak olarak uygulanmasındandır: Kusuru olmayan satıcı borcundan kurtulmaktadır. Borcundan kurtulan satıcının, hasardan sorumlu tutulması doğru görülmemiştir. Zaten Roma'da satıcı, malın mülkiyetini değil, rahat zilyetliğini devretmek borcu altındadır; hasarın, malın tesliminden sonra alıcıya intikal etmesi, hukukî bakımdan büyük bir fark yaratmaz.

Esasen mesele, ne alıcının ne satıcının, hiç kimsenin kusuru olmadan ortaya çıkan bir zararın kime yükleneceğidir. Genel zihniyete ve eğilime bakarak, hukuk düzenlemesi, bu gibi meseleleri şu veya bu şekilde çözüm yoluna kavuşturur[199].

Roma Hukukunun alıcı için ağır olan bu ilkesi tartışma konusu olmuştur. Türk Borçlar Kanunu ve bu arada Alman ve Avusturya, Belçika Medenî Kanunları bu ilkeyi terk etmişlerdir. Alman Medenî Kanununa göre, hasar alıcıya malın teslimi ile geçer (§ 466). Alman Hukukunda da, Türk hukukundaki gibi, satılan malın mülkiyeti alım satımla değil, teslimle geçer. Hasar da, malın tesliminden sonra alıcıya geçer. Fransız Hukukunda ise, meselenin ayrı bir özelliği vardır. Her ne kadar bu hukukta Roma Hukukunun hasar ilkesi geçerli ise de, satılan malın mülkiyeti alım satım akti ile geçtiği için, alıcı akit ile malik durumuna geçmiştir. Hasarı da yüklenmiş olur.

Uygulama alanı

İşaret edildiği gibi, hasarın alıcıya ait olduğu ilkesi, çeşit (nevi) alım satımlarına değil, fakat sadece parça alım satımlarına ilişkindir. Zira; çeşit

(nevi) alım satımlarında, satıcı açısından bir edim imkânsızlığı söz konusu olamaz (*genus non perit*).

Mal, alıcı zararına telef olur (*res perit emptori*), kuralına klâsik hukukçuların karşı çıkmamasının bir sebebi de, bütün şartların bir araya gelmesinin gerekmesi sebebiyle, kuralın çok az uygulanmasıdır[200].

Kuralın uygulanabilmesinin birincisi şartı satışın kesin olmasıdır. Eğer bir geciktirici şart (*condicio suspensiva*) öngörülmüş ise, satış, ancak şartın gerçekleşmesi ile kesinleşecektir. Eğer hasar, şartın gerçekleşmesinden önce meydana gelirse, sonuçlara satıcı katlanacaktır, zira konusu olmadığından aktin sonuçları doğmayacaktır. Taraflar, *Iustinianus* hukukunun imkân verdiği gibi, bir yazılı anlaşma öngörmüşlerse, satış anlaşmasının yazılması ve imzalanması anından itibaren kesin olacaktır.

İkinci olarak, aktin konusunun telef olması, yok olması gerekir. Parça borcunda, malın tahribi veya kaybı, satıcıyı borcundan kurtarır.

Üçüncüsü, hasarın, satıcının dışındaki bir sebepten, yani beklenmedik halden (*casus fortuitus*) veya mücbir sebepten (*vis maior*) kaynaklanması gerekir. Eğer, hasar satıcının kusurunun sonucu ise, hasara ilişkin kurallar değil, akdî sorumluluk kuralları uygulanacaktır. Satıcı, hafif ihmal dahil bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu olduğu için, malın muhafazasını sağlamak zorundadır. Bu sebeple, malın çalınmasından sorumludur. Zira gerekli tedbirlerle hırsızlık önlenebilirdi. Bu şekilde, hasarın uygulama alanı daralmaktadır.

Nihayet, dördüncü olarak, satıcının, malı teslimde, temerrüde düşmemesi gerekir. Eğer; satıcı malı teslimde gecikmişse, dış bir sebep, beklenmedik bir hal (*casus fortuitus*) zarara sebep olmuşsa, sorumlu olacaktır.

Bu kuralın yedek nitelikte olması da önemlidir. Satış aktine konulacak bir şart, teslime kadar, hasarı satıcıya yükleyebilir[201].

Alım satım aktinde hasarı alıcıya yükleyen Roma Hukuku diğer *sinallagmatik* akitlerde, meselâ, kira aktinde, farklı hükümler kabul etmiştir. Kira aktinde hasar ilkesi alım satımdaki hasar ilkesinin aksinedir; alım satımda hasar alıcıya ait olduğu halde, kirada, kiraya verene (*locator*) aittir. Ayrıca, kiralanan mal telef olmayıp da, tarafların kusuru olmadan onu kullanma veya ondan faydalanma imkânları azalmışsa, kira ücreti de o ölçüde kaldırılır veya indirilir: Meselâ, kiralanan dükkânın kiracının veya kiraya verenin kusuru olmadan yanması. Bir tarlayı kiralayan kiracının; su baskını yüzünden kiraladığı tarladan faydalanamaması.

E. Satıcının Maldaki Maddi Ayıplardan (Bozukluklardan) Sorumluluğu

Maddî ayıp (bozukluk) satılan maldaki eksikliktir. Yararlanmayı güçleştirir veya değerini azaltır. Bir malın sakat, çürük, kusurlu olması gibi. Roma Hukuku, maldaki ayıplardan sorumluluk konusunda, son aşamasına kadar, gelişmeler göstermiştir.

Alıcı satın aldığı malın iyi ve kusursuz olmasını ister. Eğer satın aldığı mal ayıplı ise, portakallar çürük, satın aldığı elbise kumaşı lekeli ise, satıcı bundan sorumlu olacak mıdır?

Bu durum; günümüzde olduğu gibi, eski devirlerde de, her alışverişte ortaya çıkabilen önemli bir sorundur.

Liberal bir ekonomiyi düzenleyen Roma hukuku, alım satım müzakeresi sırasında alıcının satın aldığı malı inceleyeceğinden hareket etmiştir. Satıcının hileye girmeyecek şekilde malını övmesi, bugünkü deyimle tezgâhtarlık yapması normal karşılanıyordu (D.4,3,37). Buna karşılık alıcıdan da gözünü açması bekleniyordu. Alıcı satın alacağı malı incelemeli, gözden geçirmeliydi. Sadece peşin alım satımın mevcut olduğu eski devirde mal kural olarak ortada olduğundan alıcının malı incelemesi normaldi. Alıcı, açık ayıplara karşı himaye edilmemiştir. Satın almaz veya bedelin indirilmesini isteyebilir[202]. Satıcı örneğin satmak istediği kölenin terbiyeli, becerikli, söz dinleyen bir kimse olduğunu söylemişse, bunu olağan satış sözleri olarak kabul etmek mümkündür, fakat satıcı sattığı kölenin kumarbaz, hırsız, namussuz olmadığını taahhüt etmişse, bu taahhüdü yüzünden sorumlu tutulurdu (D.21,1,19). Yine normal bir inceleme ile anlaşılamayacak sonradan ortaya çıkan, alıcının satın aldığı maldan normal olarak faydalanmasını engelleyen maldaki eksiklikler ve bozukluklar, gizli ayıplar, alıcının malı alırken beklediği kullanmayı mümkün kılmayan maddi ayıplar (örneğin bakar kör olan bir at), sonradan fark edildiğinde alıcı satıcıya başvurabilirdi[203].

Alım satım hukuku alanında ünlü Romalı görüş, satılan malın ayıplı olması halinde garantidir (krş. TBK. m.219 vd.). Bu konudaki Romalı kural İsviçre'ye daha Orta Çağ'ın sonlarına doğru girmiştir. Buradaki ilkeler, *aedilis curulis*'lerin beyannamelerine konulmuş, Klâsik hukuk ve *Iustinianus* Hukukunda da geliştirilmiştir. Modern Medenî Kanunlarda ve Ticaret Kanunlarında, ayrıntılara ait bir takım değişiklerle de olsa, kabul edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda malın gizli ayıbı bulunması halinde,

alıcı Roma'daki *actio redhibitoria*'yı karşılayan akti bozma talebi ile, *actio quanti minoris*'e uyan bedelin indirilmesi talebi arasında seçim yapabilir (TBK. m. 227). Bu durum, satıcıyı ancak belirli bazı hallerde sorumlu tutan Cermen hukuku prensiplerine göre, alıcının çok elverişli duruma konması demektir. "Gözünü aç, satış kesindir; gözünü açmayan kesesini açsın" şeklindeki eski Cermen özdeyişleri eski İsviçre hukukunda da geçerli olmuştur. Bugün, İngiliz hukukunda da *caveat emptor* (alıcı gözünü aç) özdeyişi hâkim bulunmaktadır. Borçlar Kanunu'nda da Roma hukukunun ağır sorumluluğu alıcının muayene ve ihbar yükümlülükleri genelleştirilerek hafifletilmiştir (TBK. m.223).

Praetor beyannamesindeki davalar çerçevesinde, modern hukuk, "gizli ayıplara karşı garantiden" söz eder. Zira satıcı "alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıptan ancak böyle bir ayıp bulunmadığını, temin etmişse sorumlu olur" (TBK. m.222/2).

Aktin bozulması (*actio redhibitoria*) veya semenin indirilmesi (*actio quanti minoris*) davalarına başvurma, alıcının tazminat istemesine (*actio empti*) Roma Hukukunda ve modern hukukta engel olmaz.

Satıcının bir borcu da, satıcının maldaki her türlü ayıptan sorumlu olması şeklindeki genel bir borçtur (*purgali dolo malo*). Meselâ, bazı anlaşmalar, malın zaptı veya maddi ayıplardan sorumluğu kaldırabilirse de bu borç satıcının üçüncü bir kişiye ait olan bir hakkı bilerek gizlemesi halinde garanti yükümlülüğünü veya sorumluluğunu kaldırma veya sınırlama yolunda yapılmış anlaşmaları geçersiz sayar (TBK.m.214/3 ve Florentinus D. 18.1.43.3).

İkinci derecede borçlar, alım satım aktinin sonucunun, gerektiği şekilde olmasını sağlıyordu. Temel borçlardan doğuyorlardı. Gerçekten, akti yapan taraflar açıkça ifade etmek şartıyla bu hükümlerde yapılacak değişiklikler için anlaşabilirlerdi. Zapta karşı garanti, kısmî zaptı da kapsıyordu. Meselâ, malda sınırlı bir aynî hak olması veya üçüncü bir kişinin müşterek malik olması.

TBK. m.219'a göre, "Satıcı, satılan malda bulunduğunu alıcıya karşı vaad ettiği nitelikleri garanti etmiş olduğu gibi, maddî veya hukukî bir sebeple satılanın değerini veya ondan beklenen yararı ortadan kaldırıcı veya önemli derecede azaltıcı ayıbı bulunmadığını garanti etmiş olur. Satıcı bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur".

Modern hukukumuzdaki maddî ayıplardan sorumluluk kavramı, esaslı olarak Roma hukukunun etkisi altında kalmıştır. Roma hukukunda satıcının

maldaki ayıplardan dolayı sorumluluğu uzun bir gelişmeden sonra son şeklini almıştır (satılan maldaki maddi bozukluk TBK. m.219 vd.) Bunu üç aşamada görmekteyiz:

a) *Ius civile* devri

Ius civile devrinde, satıcının bu konudaki sorumluluğu yok denecek kadar hafifti. Satıcının maldaki belirli niteliklerin varlığına veya belirli ayıpların yokluğuna dair verdiği özel teminat hallerine aitti. Meselâ, kölenin belirli işleri yapmasını bildiği (hekim veya marangoz olduğu, iyi aşçı olduğu) yahut hastalıklı olmadığı konularında teminat vermişse, bu teminat da *mancipatio* yapılırken verilmişse, bu vaatlerden satıcı sorumlu tutulurdu. Zamanla satıcının malda ayıp bulunmadığını *stipulatio* ile taahhüt etmesi usulü yerleşti. Beyanlar doğru çıkmazsa *actio ex stipulatu* açılırdı. Bundan başka satıcı, maldaki bir bozukluğu bile bile saklamış, veya alıcıyı aldatacak şekilde hareket etmişse, malın bozukluklarından sorumlu tutulurdu.

b) *Ius honorarium* devri

Alıcı ile satıcı, hukukî teminat hakkında *stipulatio* yaparken, maldaki maddî ayıplar dolayısıyla bir *stipulatio* yapabilmekte idiler.

Bu konuda, çarşı ve pazarların denetimi ile görevli *magistra*'lar olan *aedilis curulis*'ler önemli yenilikler getirmişlerdir. Ancak, bu kurallar sadece hayvan[204] ve köle satımlarına uygulanıyordu. Satıcılar sattıkları bu malların ayıplarından halkı haberdar etmeye mecbur tutuldu[205]. Etmemişlerse, *aedilis curulis*'ler satıcıları, ayıp önemli ise bilmedikleri, gizli, saklı ayıplardan sorumlu tutuyordu[206]. Amaçları, roma ticaret hayatına zarar verme tehlikesi taşıyan satıcıların hileli hareketlerini cezalandırmaktı.

Bu gibi hallerde, alıcının iki davadan birini seçmek hakkı vardı:

1- Ya altı ay içinde *actio redhibitoria* (aktin feshi davası) denilen davayı aktin bozulması için açar, aldığı malı iade eder, verdiği bedeli geri isteyerek alım-satım aktini bozar.

2- Veya bir yıl içinde *actio quanti minoris* veya *aestimatoria* (semenin tenzili) denilen bedelin indirimi için dava açar. Bedelin maldaki ayıp nispetinde indirilmesini ister. Bu şekilde, satıcının sorumluluğu ağırlaştırılmıştır. Zira, malda bilmediği, yani gizli ayıplardan da sorumlu tutulmuştur.

c) *Iustinianus* devri

Actio empti ile *accio redhibitoria-actio quanti minoris Iustinianus* zamanında birbirine karışmıştır[207].

Iustinianus hukuku, iki sistemi birleştirmiş ve gerçek bir garanti borcunun temellerini atmıştır. *Aedilis curulis*'lerin sadece köle ve hayvan satımlarındaki iki davası, konusu ne olursa olsun, gizli ayıplarda, taşınmazlar dahil, tüm alım-satımları kapsadı. Ayrıca *actio empti* ile alıcı, uğradığı zararların tazminini de isteyebilirdi.

Zamanla alım-satım sırasında bu beyanların şekilsiz yapılması halinde de, kapsamlarının *actio empti* ile takip edilebileceği görüşü yerleşti. Satıcı; maldaki ayıplar hakkında susmuşsa, hileli hareketinden sorumlu tutulur, *actio empti* ile süreye bağlı olmadan[208] alıcının maruz kaldığı zararları tazmin etmeye mecbur olurdu. Bu şekilde satıcı, genel ilke olarak sattığı malın her türlü, hattâ bilmediği (gizli) ayıplarından da sorumlu olmaya başladı.

Roma Hukukunun bu sistemi, hukukumuzda yer almıştır. TBK. 227. maddeye göre, alıcı isterse, satılan malı geri vererek aktin bozulmasını, isterse değerdeki eksikliğin indirilmesini dava eder. Meselâ, satın ve devralınan evin çatısı akıyor, yağmur yağınca otomobilin içi su doluyor veya buz dolabı buz yapmıyor, çamaşır makinesi çamaşırı sıkmıyor. Bu ilkelerden başka, modern hukukumuzda, bir de, alıcı isterse mislî bir mal alım satımında, malın ayıpsız olanı ile aynı miktarda değiştirilmesini talep edebilir (TBK.m.227).

Roma hukukunda olduğu gibi, hukukumuzda da satıcının maldaki ayıplardan sorumluluğu emredici bir kural değildir, aksi kararlaştırılabilir. Ancak satıcı ayıpları bildiği halde söylememişse böyle bir anlaşma geçersiz hale gelir. Hayvan alım satımlarında satıcının ayıptan sorumlu olması için bunun satıcı tarafından yazılı olarak taahhüt edilmiş olması veya alıcıyı kandırmış olması gerekir. TBK.'nun 220. maddesine göre, hayvan alım satımında, satıcı yazılı olarak kefalet etmemiş, yahut alıcıyı aldatmamışsa, ayıptan sorumlu değildir. Borçlar Kanununda hayvan alım satımları için özel hüküm sevkedilmiş olması, Roma hukukunun bugünkü hukukumuzu etkileyen maddi ayıplarla ilgili düzenlemesinin önce köle ve hayvan alım satımlarında ortaya çıkmış olduğunu hatırlatmaktadır.

Son olarak, 4077 sayılı 23.2.1995 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4.maddesinin 2. fıkrasında, tüketicilerin yaptıkları sözleşmelerden dolayı satıcı ve hizmet sunanların sorumluluğu konusunda; "ayıplı maldan ve/veya ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı

tüketiciye karşı satıcı, bayii, acenta, imalatçı-üretici ve ithalatçı müştereken ve müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz" denilmek suretiyle, müteselsil ve kusursuz sorumluluk düzenlenmiştir.

F. Satıcının Maldaki Hukukî Ayıplardan (Zapttan) (*Evictio*) Sorumlu Tutulması

Hukukî ayıp, malın hukukî durumunda mevcut olan bir düzensizlik yüzünden, üçüncü kişinin o mal üzerinde bir aynî hak iddia etmesidir. Hukukî ayıbın karşıtı olan "maddî ayıp" halinde ise, malın kendi yapısında bir bozukluk vardır[209].

Alıcı, satın aldığı malda hukukî bozukluk da olmamasını ister. Eğer satıcının temin ettiği durumda, yani hak durumunda bir bozukluk varsa, o alım satımda bir hukukî ayıbın, hakta ayıbın, mevcut olduğu söylenir.

Hukukî ayıp şu şekilde somut hale gelir: Roma'da "hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez" (*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*) kuralı vardır.[210] Meselâ, bir malı âriyet olarak elinde bulunduran kimse, mâlik olmadığı için onun mülkiyetini başkasına devredemez. Veyahut bir kimse, üzerinde ipotek hakkı tesis edilmiş bir taşınmazın tam mülkiyetini başkasına devredemez. Aksi halde malda hukukî ayıp olduğu söylenir. Bu mesele, yalnız alım satımla ilgili olmayıp, her türlü aynî hak devri ile ilgilidir.

Modern hukukumuzda, Roma Hukukundan farklı olarak, bir kimse iyiniyet sahibi ise, malik olmayandan iktisab ettiği taşınır malın maliki olabilir, (TMK.m.763)[211]. Mesele şudur: Başkasına ait bir mal geçerli olarak satılabilir, fakat mülkiyeti devredilirse, ortaya bir menfaat ihtilâfı çıkar: Ya malın asıl maliki zarar görecek veya malın iyiniyet sahibi alıcısı zarar görecektir. Hangisinin menfaati korunacak? Malikin mi, alıcının mı?

Meselenin çözümü, hukuk düzenlemelerinin takdirine kalmıştır. Roma Hukukunda, "malik olmayan mülkiyet devredemez", kuralıyla malik himaye edilmiş, bugünkü hukukumuzda ise, malın alıcısının iyiniyeti bir dereceye kadar tercih edilmiştir. Bir dereceye kadar diyoruz: Malikin malı çalınmışsa veya kendi iradesi dışında elinden çıkmışsa, o zaman, modern hukukta da malikin menfaati tercih edilir.

Meselâ, satıcı V, üçüncü bir kişiye, D'ye, ait olan bir malı alıcı E'ye satmış ve hattâ mülkiyeti nakil için gereken muameleleri de, teslim veya yerine göre *mancipatio* veya *traditio*'yu da yapmıştır. Roma hukukunda malın mülkiyetinin devren kazanılması konusunda geçerli olan "hiç kimse hakkından fazlasını devredemez" (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*) kuralına göre alıcı malik olamazdı, dolayısıyla malik olan D, her zaman istihkak davasıyla (*rei vindicatio*) malını geri isteyecek durumda idi. Burada, alıcı E'nin iktisabında bir bozukluk, bir ayıp vardır, bu hakta bozukluk, hukukî bozukluktur.

Hukukî ayıp yalnız mülkiyet üzerinde değil, diğer bir aynî hak sebebiyle de mevcut olabilir. Üzerinde ipotek hakkı bulunan bir taşınmazı satıp mülkiyetini devretmek mümkündür. Bugün malı alan, ipotek hakkını tapu kayıtlarında görür ve malı o şartla almış olur. Roma'da tapu kütüğü olmadığından, alıcı, bu aynî hakkın mevcut olduğunu bilmeden, taşınmazı devralabilirdi ve bu yüzden ortaya bir hukukî ayıp çıkardı. İpotek sahibi, aynî hak olan ipotek hakkına dayanarak yeni malike karşı bir *actio Serviana* açabilir. Alıcı taşınmazın maliki olmuştur ama, taşınmaz üzerindeki aynî haktan dolayı borç altında kalmaktadır.

Üçüncü kişinin, alıcının satın aldığı mal üzerinde intifa gibi sınırlı bir aynî hakkı bulunabilir.

Özetle, satın ve devralınan mal üzerinde üçüncü şahıs bir aynî hak talebinde bulunabiliyorsa, hukukî ayıp vardır. Meselâ, satıcı V üzerinde alacaklısı C lehine bir ipotek tesis ettiği taşınmazını E'ye satıyor ve mülkiyeti nakil muamelesini yapıyor. İpotek hakkı, bir aynî hak olduğu için gereğinde (meselâ, satmak için) C, artık alıcının (E'nin) malik olduğu o malı, ipotek hakkını koruyan *actio Serviana* veya *hypothecaria in rem* davasıyla satışa çıkarabilecek durumdadır. Bu halde de satılan mal üzerinde başkası lehine bir aynî hak tesis edilmiş bulunduğundan, ortada bir hukukî ayıp mevcuttur. Alıcının elde ettiği durum tam ve mükemmel değildir[212].

Bu gibi hallerde, aynî hak sahibi korunduğu gibi, alıcının da korunması doğru olur. Gerçekten alıcı, iyiniyet sahibi ise, yani o malda başkasına ait bir aynî hakkın bulunduğunu bilmiyor ve bilecek durumda değilse, gördüğü zararların tazminini satıcıdan isteyebilecektir.

Roma Hukuku bu gibi hukukî ayıplar halinde satıcıyı sorumlu tutmuştur. Ancak, satıcının sorumluluğu ayıbın ortaya çıkmasından itibaren değil de, malın asıl sahibi tarafından zaptı (*evictio*)[213] anından itibaren başlardı. Zira belirtildiği gibi, satıcı mülkiyeti değil, rahat zilyetliği sağlamak

zorundadır. Alıcı satın aldığı malın rahat zilyedi bulundukça satıcısına karşı bir *actio* açamazdı. Satıcı, alıcıya karşı, mülkiyeti devir işlemini yapmakla yükümlü idi. Ancak, bu işlemin sonuçlarından sorumlu değildi, yani mülkiyet hakkını geçirmekle yükümlü değildi. Alıcı da kendisinden daha kuvvetli bir hakka sahip üçüncü kişi tarafından zilyetliğinde rahatsız edilmedikçe, satıcı borcunu yerine getirmiş sayılırdı. Satıcı, alıcının satın aldığı mala zilyet olmasını sağlamakla yükümlü idi. Bu bakımdan satıcının alıcıya karşı verdiği teminat ancak zapta karşı bir teminattı, yoksa hakkın intikaline ilişkin bir teminat değildi[214].

Aynî hak sahibi, fiilen müdahale etmedikçe, rahat zilyetlik bozulmuş değildir. Müktesip olan alıcı, malın başkasına ait olduğunu öğrense dahi, kendisine karşı harekete geçilmeden önce bir şey isteyemez.

Üçüncü şahsın aynî hakkını talep etmesine, meselâ kendisine ait olan malı bir *rei vindicatio* (istihkak davası) ile alıcıdan talep edip almasına *evictio* (*e + vincere*; galip gelmek), türkçede "zapt" denmektedir. Zapt anına kadar alıcı, rahat zilyettir.

Modern hukukumuz farklıdır: Satıcı rahat zilyetliği değil, mülkiyeti nakletmek borcu altında olduğundan, alıcı, durumu öğrenir öğrenmez harekete geçebilir (TBK. m.214; m.218).

Roma hukukunda zapta karşı teminatın gelişimi üç aşamada olmuştur:

a) *Actio auctoritatis*

Satılan mal bir *res mancipi* ise, alıcıya *mancipatio* ile devredilmesi halinde, semenin tamamı alınmışsa mal üçüncü bir şahıs tarafından talep edildiğinde alıcı, satıcıdan üçüncü şahsın açtığı davada kendisini savunmasını isterdi. Satıcı yardım etmeyi reddeder veya yardımına rağmen alıcı mahkûm olursa, alıcı satıcıdan *actio auctoritas* ile ödemiş olduğu semenin iki katını isterdi.

Bu usul yalnız *res mancipi*'lerin *mancipatio* ile devrine ve semenin tamamen ödenmiş olmasına bağlı olduğundan, eksik bir teminattır. Zaten *mancipatio* ile birlikte ortadan kalkmıştır.

b) *Actio empti*

Stipulatio duplae'yi yapmak mecburî hale geldikten sonra, yapılmamış bile olsa, sanki yapılmış gibi teminat var, farzedildi. Fakat; o zaman yapılmamış bir *stipulatio*'nun davası açılamayacağından, alıcının davası olan *actio empti* ile tazminat istenmeye başlandı. Bu şekilde, iyiniyete tâbi rızaî alım satım aktinin yerleşmesiyle, alıcının *actio empti* davası ile satıcıyı hukukî ayıplardan dolayı takip edebileceği kabul edildi. Satıcı, alıcının

malın zapt edilmemesinde ne gibi menfaatleri varsa, bunların hepsini tazmin ile yükümlü olurdu.

Bu kural; her ne kadar, satılan malın fiilen zaptı durumlarında uygulanıyorsa da, Roma hukukunun son devirlerinde, durumun açıkça dürüstlük kuralına aykırı olması hallerinde de uygulanmaya başlandı. Özellikle; *Iustinianus* hukukunda çalınmış bir malı bilerek, kötü niyetle satmış olan kimseye karşı zaptın (*evictio*) gerçekleşmesi beklenmeden *actio empti* açılabiliyordu. Bu şekilde, yerleşen uygulama, zaptın gerçekleşmesini gerektirmiyordu.

Diğer taraftan alım satım akdi yapılırken taraflar satıcının zapttan sorumlu olmayacağını da kararlaştırabilirlerdi (D. 19, 1,11,18).

Alıcı maldaki hukuki ayıbı (mesela satın alınan arazi üzerinde irtifak hakkı bulunduğunu) bilerek alım satım sözleşmesini yapmışsa, satıcı zapttan sorumlu olmazdı (D.19,1,1,1).

Bir alacak hakkı satılmışsa, satıcı ancak alacağın varlığından sorumluydu, borçlunun ödeme kabiliyeti olmamasından sorumlu tutulmuyordu (D.21,2,74,3)[215].

Modern hukukumuzda; satıcı malın zilyetliğini ve mülkiyetini devirle yükümlü olduğu gibi (TBK. m.207), zapttan önceki hukukî ayıplardan da sorumludur.

Borçlar Kanunu'nun 214. maddesi, malın satıcının elinden alınmasına karşı garanti borcunu düzenler: Satımın yapıldığı zamanda var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tümü veya bir bölümü üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa, satıcı bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu ve tazminat ile yükümlü olur.

Alıcı, elinden alınma tehlikesini, satımın yapıldığı sırada biliyorsa, satıcı ancak özellikle yüklendiği teminat uyarınca sorumlu ve tazminat ile yükümlü olur.

Satıcı, üçüncü kişinin hakkını bilerek gizlemiş ise, teminat yükümlülüğünü ve sorumluluğunu kaldırmak veya sınırlamak için yapılmış olan anlaşma geçersizdir.

Roma Hukukunda ise; alıcı, satın aldığı malın rahat zilyetliğine sahip oldukça satıcısına *actio* açamaz. Satıcının sorumluluğu ayıbın ortaya çıkmasıyla değil, asıl hak sahibinin zaptı anında başlar. Zapt olayının gerçekleşmesi için İsviçre Hukukunda dava açılması bile gerekmez.

G. Alım Satıma Bağlı Anlaşmalar

Alım satım bir iyiniyet akti olduğu için, taraflar satılan mal ve bedeli üzerinde anlaştıktan sonra, bu alım satıma şekilsiz anlaşma (pactum)'larla bazı şartlar ekleyebilirlerdi. Bu ek anlaşmaların kapsamları alım satım aktinin davaları ile, *actio empti* ve *actio venditi* ile takip edilirdi.

Bu anlaşmalarla, alım satım aktine, muamelenin tipine özgü hükümleri değiştirmeye yönelen bazı şartlar eklenirdi. Bu anlaşmalar aşağıdaki örneklerde görülmektedir.

Lex commissoria: Burada *lex*, kanun anlamında değildir. Anlaşmayı ifade eder. Bedel belirli bir süre içinde ödenmediği takdirde, satıcının isteği ile alım satımın bozulması anlaşmasıdır. "Vade sonunda, bedel ödenmemişse alım satım yapılmamış olsun". Bu şart eklenmemiş ise, satıcı bedelin ödenmemesi gerekçesiyle akti bozamaz. Ancak, *actio venditi* ile bedelin ödenmesini isteyebilir. Roma Hukukunun alım satım akti için, özel anlaşma ile koydukları bu esas, modern hukuklarda bütün iki taraflı akitlerde uygulanan genel bir ilke haline gelmiştir. Nitekim Borçlar Kanunumuzun 106.maddesine göre, karşılıklı borçlanmayı karşılayan bir akitte, iki taraftan biri borcunu yerine getirmekte gecikirse (mütemerrit duruma düşerse) diğer taraf borcun ödenmesi için uygun bir süre verebilir veya bunun verilmesini mahkemeden isteyebilir.

In diem addictio: Bu anlaşmaya göre; belirli bir süre içinde, başka bir kişi tarafından daha elverişli bir teklif yapılırsa, satıcı akti bozabilir. Bu anlaşma satıcı lehine yapılmıştır. "Şu arsa, yüz karşılığında sana satılmış olsun, yeter ki bu andan itibaren, ocak ayının ilk gününe kadar daha elverişli bir teklif almamış olayım"[216].

Pactum displicentiae: Bu anlaşma ise alıcı lehinedir. Alıcı mal arzu ettiği gibi çıkmadığı, vazgeçtiği takdirde, akti bozabilir. Şarta bağlı olarak yapılmıştır. Satılan malın belirli bir süre içinde kendisi için elverişli olmadığı sonucuna varırsa geri verir, bedeli ister. TBK.m.250'de deneme ve muayene şartıyla satımdan söz edilmektedir. Deneme veya muayene şartıyla satımda, alıcı satılanı kabul edip etmemekte serbesttir. Satılan mal alıcının zilyetliğine geçmiş olsa bile kabul edilinceye kadar satıcının mülkiyetinde kalır.

Pactum De Retro Emendo (İştira, Alım Hakkı)[217]: Satıcı, belli bir sürede veya belli şartların gerçekleşmesi halinde, malı geri almak imkânını saklar. Bu anlaşmaya göre, bir malı satmak durumunda kalan kimse, onu ileride tekrar satın almak imkânına sahiptir. Para ihtiyacı için bir malı

satmak durumunda kalan kimse, işleri düzelirse onu ileride tekrar satın almak imkânına sahiptir.

Bu anlaşma, satıcıya para sıkıntısı yüzünden elinden çıkardığı malı, durumu düzeldiği zaman, geri almak imkânını sağlar[218].

Eşler arasındaki evliliğin sona ermesi halinde ve koca isterse, kadının satın aldığı taşınmazı, aynı bedelle geri vermek zorunda kalacağı konusunda bir anlaşma yapılabilir.

2. Locatio Conductio

A. Kavram

Çok geniş bir imparatorluğun siyasal ve ticaret merkezi, başkenti olarak parlayan Roma'daki ticaretin gelişmesi göz önüne alınırsa, iş dünyası akitlerinin basit yapısı yetersiz görülebilir.

Modern hukukta bu akit birbirinden farklı tiplere bölünmüştür. *Locatio conductio*'yu sadece Fransız hukuku tek tip olarak muhafaza etmiş ve ikiye bölmüştür: Kira akti ve istisna akti (Fransız MK.'u m.1708). Bu aktin üçe ayrılması ise müşterek hukuka gitmektedir. Bununla birlikte, Romalı hukukçuların *locatio conductio*'nun kapsamı içindeki hukukî ilişkiler modern hukuktakinden daha çok sayıdadır. Borçlar Kanunu; kira, iş, istisna, nakil ve komisyonu saymaktadır. Bu liste, müşterek hukukun kısır tiplemesinden daha çok Roma Hukuku düşüncesine uymaktadır.

Hukukçular, basit şekliyle, *stipulatio*'ya geniş uygulama alanı vermişler ve onu, mümkün olduğu kadar çeşitli alanlarda kullanmışlardır. *Locatio conductio* ve vekâlete (*mandatum*) verdikleri rol de aynı şekildeydi. Bu akitler, bir malın her türlü kullanılışını ve ücret karşılığı (locati) veya ücretsiz (vekâlet) bir hizmetin yapılmasını karşılıyordu. Alım satım, şirket, vedia, âriyet gibi daha özel yapıdaki akitlerin temelini oluşturuyorlardı[219].

Romalılar *locatio conductio* kavramı altında, bugün birbirinden ayırdığımız akitleri biraraya toplamışlardı. *Locatio conductio rei*, günümüz taşınmaz veya taşınır mal kirası ve ürün kirasını, *locatio conductio operarum*, hizmet aktini, *locatio conductio operis*, istisna aktini karşılar. Her üç *locatio conductio* aktinde de, ortak olan taraf, âkitlerden birinin edimine karşılık (bir malın kullanılmasını sağlamak, bir iş veya eser meydana getirmek veya hizmet etmek) aktin diğer tarafından para ile ifade

edilen bir karşılık, bir ücret elde etmesidir. *Locatio conductio* rızaî ve tam iki taraflı bir akittir. Her iki âkidin yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülükleri dürüstlük kuralına, iyiniyete (*bona fides*'e) göre dikkate alınır. Akitten menfaatleri olduğu için sorumlulukları da ağırdır. Kira aktinin amacı bir şeyden istifade hakkının devredilmesidir. Zilyetliğin himayesi, korunması hakkındaki hükümler (TMK.m.981-983) kira aktinde de uygulanır. Fakat, istifade hakkının kullanılabilmesi için eşyanın zilyetliğinin de nakli gerekir.

Roma Hukukunda, kira hizmet ve istisna (eser) akitleri aynı *locatio conductio* kavramı içindedir. Medenî Kanun'dan önce kira aktini düzenleyen Mecelle'de de hizmet ve kira akitleri aynı kavram içindedir. Modern hukukta ise, konusu emek olan akitler ayrı bir bölüm teşkil eder.

Borçlar Kanunu'nun dördüncü bölümünün birinci ayrımı kira sözleşmesini (m.299-338), ikinci ayrımı konut ve çatılı işyeri kiralarını (m.339-356) üçüncü ayrımı ürün kirasını (m.357-378) düzenler.

Locatio conductio ismi altında bir araya toplanmış olan bu akitler, günümüzde büyük bir önem kazanmışlardır. Devrimizde, özellikle büyük şehirlerde, halkın bir kısmının kendi evlerinde oturmadıklarının, kirada oturduklarının dikkate alınması, kira aktinin (*locatio conductio rei*) önemini göstermeye yeter.

İstisna aktinin (*locatio conductio operis*) konusunu teşkil eden, ücret karşılığı bir eser meydana getirme, her devirde insanlar arasında önem taşıyan bir akittir. Hizmet akti, (*locatio conductio operarum*) la bir kimse belirli bir ücret karşılığında hizmet etmeyi taahhüt eder (TBK. m.393). Günümüz dünyasında bu aktin önemi çok daha fazla artmıştır. Zira Roma'da hür roma vatandaşları, önceleri, ücret için çalışmazdı. Günümüzde ise insanlar, hayatlarını hizmet akti şeklindeki hukukî ilişkilere bağlı olarak kazanmaktadır. Hizmet aktini düzenleyen hukuk ilkeleri, günümüzde taşıdıkları büyük önem dolayısıyla İş Hukuku denilen bağımsız bir hukuk dalını oluşturmuştur ve onun konusu içinde yer almaktadır.

B. Kira (kira sözleşmesi ve ürün kirası) (TBK. m. 299 vd.; 357 vd.): *Locatio conductio rei*

1) *Locatio conductio rei*, kira aktinin konusu, tüketilmeyecek olması şartıyla, herhangi bir mal olabilirdi (taşınır, taşınmaz eşya, hattâ bazen intifa hakkı gibi maddî olmayan bir şey). Kiraya veren, kiracının yararlanmasını

sağlamaya ve bu amaçla gerekli masrafları görmeye, kiracı ise kira bedelini ödemeye ve kiralanan malı, anlaşmaya uygun olarak kullanmaya mecburdu[220].

Locatio conductio rei, özellikle taşınmaz mallara ait olduğu zaman önem taşır. Roma'da taşınmaz malların kira akitleri zamanla önem kazandı, fakat kirada oturanlar nispeten halkın fakir kısmı idi. Bunlar ucuz ve kötü inşa edilmiş büyük kira evlerinde (*insulae*), dar dairelerde oturuyorlardı. Yalnız binalar değil, araziler de kiraya verilir. Ayrıca; Roma'da, yük ve çeki hayvanlarının [günümüzde taşınmazların, taşınırların özellikle taşıt araçlarının (rent a car)] kiralanmasına çok sık rastlanıyordu. Bir kimse kendi malını kiraya verebileceği gibi, başka bir kimsenin malı için de kira akti yapabilir, kiraya verebilir. Akit geçerlidir[221].

Mal; mâlik, uzun süreli kiracı, intifa hakkı sahibi, hatta zilyet tarafından kiraya verilebilir. Kiracı aynî bir hakka sahip olamaz. Zira, kira *detentor* (elde bulunduran) olan kiracıya mal üzerinde aynî bir hak sağlamamaktadır.

Kiraya verilen mal maddî bir mal, taşınır veya taşınmaz olabilir. Kiralanan bir tarım arazisi ise çiftlik kirasından söz edilir ve kiracıya *colonus* (çiftçi) denir[222].

Roma Hukukunda kiracı (*conductor*), zilyet (*possessor*) değil, elde bulundurandır (*detentor*). (Modern hukukumuzda ise fer'i zilyettir. (TMK. m.974/2)[223]. Bu sebeple, Roma hukukunda, zilyetlik *interdictum*'larından, ancak kiraya veren (*locator*) yararlanabilir, kiracı değil[224].

Kira aktinin oluşması için, tarafların kira bedeli üzerinde anlaşmaları ve bu kira bedelinin belirli bir miktar para olması gerekir. Paradan başka bir konu kira bedeli olarak kararlaştırılırsa, bu kira akti olmaktan çıkar, isimsiz akit olur[225]. Yalnız, taraflar kiralanan malın ürününün bir kısmının kira bedeli olarak ödenmesini kararlaştırabilirler. Bir tarlanın ürününün bir kısmı, bir ineğin sütü gibi (Modern hukuk buna ürün kirası demektedir TBK. m.357 vd.) Ürün kirasında kiracı, malı kullanmanın dışında, semerelerden de istifade eder[226].

Meselâ bir tarla veya meyva bahçesi kiralanırsa, kiracı semereleri (tahıl ürününü, meyvaları) toplar, bir kısmını mal sahibine kira olarak verir. Bir tarla yarıcıya verilebilir. Elde edilen ürünün bir kısmını, kiraya verene kira olarak verir. Roma Hukukunda da bu ayrım vardı.

Kira, diğer akitler gibi, bir şahsî hak doğurur: kiracı kiraladığı maldan faydalanır. Bugün kira aktini tapuya şerh vermek suretiyle kuvvetlendirmek

mümkündür (TBK. m.312). Roma'da tapu kütüğü olmadığından, genellikle zayıf durumda olan kiracıların durumu, istisnaî kanunlarla desteklenmiştir.

Ancak; kanunlarla bu destek, devrimizde de devam etmektedir.

Kiraya veren, malı bir başkasına devrederse, kiracının yalnız borçlar hukukuna dayanan nisbî bir hakkı vardır. Yeni mâlik, *rei vindicatio* açarak, kiracıyı çıkarabilir. Kiracı, ancak *actio conducti* ile kiraya verenden tazminat isteyebilir.

TBK. m.310 başlığı, "Kiraların el değiştirmesidir" şeklinde ise de, 351. madde, yeni malikin gereksinimini şart koşarak kiracının tahliyesi konusunda, kiracı yararına önemli kısıtlamalar devam ettirmiştir.

TBK. m.312'ye göre, tapu siciline şerh, kira aktinin taşınmazın sonraki maliklerine ve o taşınmazda şerhten sonra hak iktisap eden diğer şahıslara ileri sürülmesi imkânı sağlar.

Kiranın süresi

Kira, belirli bir süre veya süresiz olarak yapılabilir. Ancak, bu unsur, aktin geçerliliği için aranmamıştır[227].

M.S. 214 yılında *Caracalla*'nın bir emirnamesi, kira bedelini düzenli ödeyen kiracıyı mal sahibinin çıkaramayacağını beyan etmiştir. Ancak, yeni mâlik veya mal sahibi taşınmaz malı bizzat kullanmak zorunda olduğunu ispat ederse yahut evi tamir ettirecek ise veya kiracı kiralanan malı fena kullanıyorsa, çıkartma hakkını *Iustinianus* tanımıştır. 6570 sayılı kanunda yer alan, yeni TBK'da da devam ettirilen kiracıyı tahliye sebepleri ile *Caracalla* ve *Iustinianus*'un düzenlemeleri arasında büyük benzerlikler vardır[228].

Kirada, tarafların borçlarını yerine getirdiği durumda, aktin tarafı olan kişinin dikkate alınması (*intuitu personae*) söz konusu olmadığından kira akti taraflardan birinin ölümü ile sona ermez. Kiracının veya kiraya verenin mirasçıları aktin hükümlerine uymak zorundadır[229].

Bu konuda TBK ilgili maddesi aynı niteliktedir: Madde 356- Ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları ve ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydukları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilirler[230].

Tarafların ikisinin de akitten menfaatleri olduğu için, her ikisinin sorumluluk dereceleri aynıdır: *Omnis culpa*, yani hafif ihmallerinden doğan zararları da tazmin etmek zorundadırlar. Klâsik devirde bazı beklenmedik hallerden de sorumlu idiler (*custodia*). Kiracının kira borcu nevi (para)

borcudur, dolayısıyla *genus non perit* (çeşit (nevi) telef olmaz) kuralı yürürlüktedir. Kiracı; kiraladığı mala bir zarar vermemeli, kira sonunda onu, iyi şekilde iade etmelidir; aksi takdirde sorumluluğu söz konusu olur.

2) Kiracı, *conductor*, kira bedelini ödemezse, kendisine karşı, *actio locati* açılır. Kira ücretinin hangi vadelerle ödeneceği, genellikle kira akti yapılırken taraflarca kararlaştırılır. Aksi kararlaştırılmadıkça, ödeme kira süresinin sonunda yapılır. Hasarın, kiraya verene ait olacağı ilkesi de buna bağlıdır. Kiralanan mal, kiracının veya kiraya verenin bir kusuru olmadan tamamen telef olmuşsa, kiracı borcundan kurtulur. O tarihten itibaren kira bedelini ödemekle yükümlü değildir. Ödemişse, söz konusu tarihten sonrakilerinin geri verilmesini *actio conducti* ile ister. Bu şekilde kira aktinde hasar ilkesi alım satım aktinin aksinedir. Hasar, alım satımda alıcıya; kirada, kiraya verene aittir[231]. Fakat, kiralanan mal telef olmayıp, tarafların kusuru olmadan, kullanma ve yararlanma imkânı azalmışsa, kira ücreti de o oranda indirilir.

Kiracı, malı kullanmasa bile, kira ücretini ödeyecektir.

Kiraya verenin kendisine ait, kiralanmış malı kira süresi içinde satmasına, mülkiyetini devretmesine veya intifa hakkı tesisine engel yoktur. Bu gibi aynî hak sahipleri, kira akdine taraf olmadıkları için kira akdiyle bağlı değildir, aynî haklarına dayanarak kiracının malı kullanmasına mani olabilirler, örneğin oturduğu evden çıkarabilirler. Bu durumda; kiracı, kiraya verenden kira akdinden doğan şahsî hakkına dayanarak tazminat talep edebilir. Başka bir deyişle; ayni hak, kira akdini ortadan kaldırmamaktadır ve buna dayanarak kiracı, kararlaştırılan süre içinde malı kira akdine uygun olarak kullanamamasından dolayı uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir, (D.19,2,25,1) TBK m.351/1 bu konuyu düzenlemektedir: Kiralananı sonradan edinen kişi, onu kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir.

Kiraya veren kira müddetinin sonunda kiracının malı kullanmaya devam etmesine ses çıkarmazsa, kira akdi örtülü olarak uzamış (*relocita tacita*) olur, D.19,2,13,11. Bu konuda TBK m.327/2 kira, TBK m.367/I ürün kirası için benzer bir hüküm sevketmiştir[232]. Romada süresiz yapılmış kira akitlerinde kiraya veren de, kiracı da daha önce haber vermeden akdi

bozabilirdi. Bazı haller, kiracıya akdi feshetmek yetkisi veriyordu[233]. Ödenmemiş kira bedeli için kiracının kiralanmış olan taşınmaza getirdiği mallar üzerinde kiraya verenin kanuni rehin hakkı mevcuttu, kiracının bunları götürmesine izin vermez ve kira ücreti ödenmezse satabilirdi, D.20,2,2-4. TBK 336 kiraya verenin kiracının taşınmaza getirmiş olduğu taşınır mallar üzerindeki hapis hakkını getirmiştir.

Kira sözleşmesinin bir türü olan **ürün kirası**nda, ürün (semere) veren bir taşınmaz söz konusudur ve kira bedelinin bir kısmının ürün olarak da ödeneceği (*colonia partiaria*) kararlaştırılabilir[234]. Kira ücretinin tamamı para olarak belirlenmişse, ürünün az olduğu dönemlerde kira ücretinden indirim yapılması (*remissio mercedis*) istenebilirdi, ancak ürünün bol olduğu dönemlerde ise bu telafi edilmeliydi. Hasılat kirası TBK 357-378. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir ve TBK m.363 olağanüstü felaket veya tabii hadiseler dolayısıyla gayrimenkulün hasılatı önemli ölçüde azalırsa, kiracının kiradan indirim isteyebileceğini belirtmektedir.

Roma hukukunda, kiracı, kira süresinin sonunda, kiraladığı malı iyi durumda kiraya verene devretmek zorundadır. Kira süresi bittiği halde, kiracı taşınmazda kalmaya devam ediyor ve kiraya veren de, itiraz etmiyorsa, kira aktinin, köy arazilerinde bir yıl, şehirde bulunan taşınmazlar bakımından da belirsiz bir süre uzatıldığı kabul ediliyordu[235].

Klasik hukuka göre kiracı, malı, akitte tespit edilen süreden önce ve hukukî bir sebep göstermeden terk ederse, klâsik hukukta geri kalan anlaşma süresinin tamamının kirasını öderdi. *Iustinianus* hukukunda ise sadece, kiraya verenin bu yüzden uğradığı fiilî zararı ve faizini öderdi.

Kiraya veren; malın *detentio*'sunu (elde bulundurulmasını) kiracıya nakletmek, kullanma ve yararlanması için gerekli tamirleri yapmakla yükümlüdür. Zorunlu masraflar (meselâ dam tamiri) kiraya verene aittir (D.19,2,19,4). Bu tamirleri kiracı yaptırmışsa, kiracının bu zorunlu masraflarını kiraya veren ödemek zorundadır[236]. Kiracı, bir tamirat dolayısıyla veya maldaki maddî ayıplardan (meselâ, hasta bir köle veya hayvan kiralanması halinde) zarara uğrarsa, kiraya veren, kiracının zararlarını tazmin etmek zorundadır. *Evictio* (zapt) halinde de (başkasına ait bir malın, çalınmış veya ariyet alınmış bir malın kiralanması, üçüncü kişinin o ev üzerinde intifa hakkına sahip olduğunu iddia etmesi ve sonra aynî hak sahibi tarafından zaptedilmesi) aynı kural geçerlidir. Klâsik hukuka göre, kiracı mala yaptığı zorunlu masrafları isteyebilir. *Iustinianus*

hukukunda ise, taşınmazı daha iyi hale getirmek için yaptığı faydalı masrafları da isteyebilir.

Kiralanan bir malın satılıp başkasına devredilmesi, akti sona erdirmez. Yeni malik kiracıyı tahliye ettirebilir, fakat eski malikle yapılan kira akti devam ettiği için, *actio conducti* ile ondan tazminat ister.

Roma hukuku kiracının, kiraladığı malı başka birisine kiraya verebileceğini, yani alt kirayı (*sublocatio*) kabul etmişti, D. 19,2,30 pr; D.19,2,58 pr. Tabiatıyla ilk kira sözleşmesi bundan etkilenmezdi. TBK m. 366, m.322 ve konut ve çatılı işyeri ve ürün kiralarında buna ancak özel durumda, kiraya verenin yazılı rızası ile izin vermektedir.

Kiraya verenin kira bedelinin teminatı olarak, kiralanan mala kiracının getirdiği eşya üzerinde kanunî rehin hakkı vardır. Bu hakkı ilk defa *praetorlar*, taraflar arasındaki rehin anlaşmasına dayanarak tanımışlardır. Bu hak daha sonra örtülü ve kanunî rehin hakkı haline gelmiştir[237]. Ürün kirasında, malı kiraya verenin taşınmazın semerelerinde kanunî rehin hakkı vardır.

Modern hukukumuzda da kiraya verenin, kiralanan maldaki taşınır mallar üzerinde (bkz. TBK. m.336-338) hapis (alıkoyma) hakkı vardır.

C. Eser Sözleşmesi (İstisna akdi): *Locatio Conductio operis* (TBK. m.470-486)

Bir kimsenin başkasına verdiği bir malzeme üzerinde, bir işin yapılması, bir eserin meydana getirilmesi ve karşılığında bir ücret ödenmesidir.

İstisna Arapça kökenli bir kelime olup, sanat ve maharet emeği sarfederek bir eseri meydana getirmek demektir.

İstisna aktinde, bir kimse iş sahibinin vereceği bir ücret karşılığında, bir eseri (*opus*), bir sonucu meydana getirmek borcu altına girer. İstisna aktinin konusu çeşitli olabilir. Burada, bir işin yapılması söz konusudur: Meselâ, bir elbisenin dikilmesi veya temizlenmesi, ayakkabı imâl edilmesi, altından yüzük yapılması, eşyanın kara veya deniz yolu ile taşınması, bir evin inşası, bir tablonun yapılması, heykel yapılması, kuyu kazılması, bir damın veya bir saatin tamiri[238], hattâ, bir çocuğun eğitiminin bir dadıya bırakılması. [239] Hekimin hastayı tedavi etmesinin, operatörün ameliyat yapmasının ise bir tür vekâlet (*mandatum*) olduğu görüşü mevcuttur[240].

Borçlar Kanununda şu şekilde tarif edilmiştir: m.470- Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir[241].

Tarafların sorumluluğu bakımından, *Iustinianus* hukukunda, her iki tarafın menfaati olduğundan bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumludurlar. Ayrıca, *conductor* (işi yapan) meslekî tecrübesizliği dolayısıyla verdiği zararlardan, kusuru olmasa da, sorumludur[242]. Klâsik hukukta sorumluluğu daha da ağırdı: bir nezaret (*custodia*) sorumluluğu idi. Kusuru olmasa dahi, bazı beklenmedik hallerden sorumlu idi. Yani bir işi yapmak üzere, malzemeyi alan müteahhit, kumaşı alan terzi, elbiseyi alan temizleyici veya ütücü kusuru olmadan bunları çaldırmış ise, sorumlu tutulur, zararı tazmine mahkûm edilirdi. Bu kişiler, işlemek için aldıkları malların çalınmamasında menfaatleri olduğu için, hırsıza karşı *actio furti* açabilirler (Gai. I. 3,205).

Eser sözleşmesinde (istisna aktinde) hasar konusu Romalı hukukçular arasında ihtilaflıdır: Klâsik devirde eser mücbir sebep sonucu telef olmuş ve henüz iş sahibine (*locator*) teslim edilmemişse veya kabul edilmemişse, işi üstlenmiş taraf ücret isteyemez, yani iş sahibi borcundan kurtulur. Hasar, müteahhite (*conductor*) aittir. *Iustinianus* hukukunda ise, mücbir sebepten doğan zararlar müteahhite değil, iş sahibine aittir. Meselâ inşaat halindeki ev deprem sonucu yıkılırsa, ısmarlayan ücreti ödemek zorundadır (D.19,2,27,29; D. 19,2,36; D. 19,2,36)[243]. Müteahhitin (*conductor*) borcunun ortadan kalkmasına karşılık, iş sahibinin (*locator*) ücret ödeme borcu devam ediyordu.

Eseri yapacak olan kimseye, çalışması için lüzumlu olan maddeyi vermek gerekirdi; yıkanacak çamaşır veya üzerinde çalışarak heykel yapılacak mermer[244]. Arsası verilerek bina inşa edilmesi. Malzemeyi eseri meydana getirecek kimse vermişse, Roma hukukçuları arasında ihtilaf vardır.

Gai. I. 3,147'de bu ihtilâftan bahsediyor. Bu metinden anlaşıldığına göre, malzeme eseri yapacak kimse tarafından verilmişse, Roma'daki hâkim fikre göre, bir alım satım akti söz konusudur[245].

Bu görüş *Iustinianus* tarafından I. 3,24,4'de kesin bir şekilde belirtilmiş ve kabul edilmiştir.

Bir evi inşa edecek müteahhit malzemeleri kendisi getirirse bu bir alım satım aktidir (D. 18,1,65; D. 18,1,20). Malzemeleri evi yaptıracak kimse verirse, istisna akti söz konusu olacaktır.

Modern hukukumuzda ise, durum biraz farklıdır. Malzeme müteahhit tarafından verilmiş olsa da, söz konusu, bir eser sözleşmesidir. (bkz. TBK. m.472).

Eserin yapılmasında şahsı önemli olmadıkça, işi yapmayı üstlenen kimse yardımcı şahıs kullanabilirdi. Bu durumda bunların fiillerinden de sorumlu olurdu (D.19,2,25,7).

İşi yapan, normal olarak üzerinde çalışmak üzere aldığı malın *detentor*'u olduğu halde, *locatio conduccio irregularis* adı verilen sözleşmede aldığı malların maliki haline gelmektedir; bir nakliye mukavelesinde nakliyeyi üstlenmiş olan kişi farklı kişilere ait malları, mesela buğdayı aynı depoya koymuşsa, tümünün maliki haline gelir, borcu nevi borcudur, nakliye tamamlanınca, aynı miktarda malı, taşımak üzere kendisine veren kişiye verir (D.19,2,31)[246].

Taşıma Sözleşmeleri

Roma Hukukunda, nakliye ve taşımacılık konusundaki, anlaşmalar, istisna akti (*locatio conductio operis*) olarak kabul edilmiştir. Bazı durumlarda, aktin gerçek niteliği üzerinde tereddüt edilebilir: Meselâ; malların gemi ile naklinde, çoğu kez bir nakliye mukavelesi söz konusudur (*locatio conductio operis*). Ancak, gemiyi kiralaması ve kiraladığı gemi ile eşyasını taşıması kira anlaşması (*locatio conductio rei*) olarak düşünülebilir. Buna günümüzde çarter mukavelesi denilmektedir[247]. Aynı şekilde, su borusunu tamir etmek için bir tesisatçı çağırılırsa, romalı hukukçular saat ve gün hesabıyla çalışırsa hizmet aktini (*locatio conductio operarum*) kabul ederler. Buna karşılık, belirli bir ücret karşılığında çalışırlarsa, eser sözleşmesi (istisna akti) (*locatio conductio operis*) olacaktır[248]. Roma'da özellikle tahıl naklinde kullanılan deniz taşımacılığının büyük önemi vardır[249].

Nakliye konusu "Taşıma İşleri" başlığı altında Türk Ticaret Kanunu'nun 850-930 maddeleri ve navlun sözleşmesi 1138-1246 maddeleri ile düzenlenmiştir.

Locatio conductio'dan doğan *actio locati* ve *actio conducti* isimli davalar sayesinde, Roma hukuk bilimi deniz taşımacılığında, Akdeniz'de yerleşmiş olan avaryaya ilişkin Rodos Kanunu'nu, (*Lex Rhodia de iactu*: atılmış mallara ilişkin Rodos kanunu), kendi deniz nakliye anlaşmalarında da uygulamıştır.

Ücreti vererek malı naklettiren iş sahibi (*locator*); nakliyeci ise *conductor*, yani müteahhitti; kendisine emanet edilen malı bir yerden bir

yere nakletmekle, belirli bir sonuca ulaşıyordu.

Bu uygulama, Roma'da son derece büyük önemi olan deniz nakliyeciliğinde rol oynamıştır. Bu kanunun hükümlerine göre, korsan baskınına uğrayıp malların bir kısmını zayi eden veya fırtına tehlikesi karşısında, geminin batmaması için malların bir kısmını denize atan kaptan (*magister* veya *exercitor navis*) gemideki zararları, gemide malı bulunan herkes arasında taksim ederdi.

Fırtına karşısında tehlikede olan gemiyi kurtarmak veya korsanların takibinden kurtulmak için, malların bir kısmı denize atılmışsa, zararı, aynı gemide mal taşıtanların bir tehlike birliği içine girdikleri kabul edilerek kurtarılan malların sahipleri arasında eşit oranda bölmek gerekirdi. Bu eşitliği sağlamak için mal sahipleri gördükleri zararı tazmin ettirmek için, kaptan veya gemi sahibine (armatöre) karşı *actio locati*'yi açarlardı. Buna karşılık, kaptan veya armatör de malları kurtulanlara karşı, zararın kurtarılan mallar hesabına bölünmesini ve zarara katılmalarını sağlamak için, kurtulan malları oranında, *actio conducti* açardı. Bu zararlar tazmin edilinceye kadar, kurtulan mallar üzerinde hapis hakkını (*ius retentionis*) kullanabilirdi. Yani bu malları sahiplerine vermekten kaçınabilirdi.

Avaryalar hakkındaki bu hükümler, bugünkü deniz ticareti ilkeleri arasında yer almıştır[250].

D. Hizmet Sözleşmesi (TBK. m.393-447): *Locatio Conductio Operarum*

Bir işin ücret karşılığında ifa edilmesi hakkındaki akittir. Günümüzde bu akte, hizmet sözleşmesi denilmektedir[251].

Hizmet sözleşmesinde hizmeti üzerine alan işçi *locator*, işveren ise *conductor*'dur. İşveren işin yapılmasını *actio conducti* ile ister, çalışan da *actio locati* ile ücretini ister.

Bu akitte her iki tarafın da menfaati vardır. Taraflar, bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumludur. Hattâ, Klâsik hukukta *custodia* (nezaret) sorumluluğunun olması muhtemeldir.

İşçi, kabul ettiği hizmeti, tam olarak, anlaşmaya uygun şekilde yapmalı; iş sahibi, onun çalışma imkânlarını sağlayarak, ücretini ödemelidir.

Hizmet, iş sözleşmesi belirli bir süre için yapılmışsa, o sürenin veya işlerin bitmesiyle yahut işçinin (*locator*) ölümüyle sona erer.

Roma'da ise, köleler ve azatlılar ile iş görülmesi sebebiyle, günümüz hukuklarının aksine, hizmet akti hiçbir zaman önemli bir akit haline gelmemiştir. Kölelerin çalışması bir akit çerçevesi içine girmiyordu. Köleler, bilindiği gibi, kişi değil, mal sayıldıklarından, bunlarla iş akti yapılması veya ücret ödenmesi söz konusu olamazdı. Ancak, malikleri, kendi kölelerini bir mal olarak başkasına kiraya verebilirdi. Roma'daki görüşe göre, hizmet aktinin konusu yalnız kas gücü ile yapılan işlerdir[252]. Bir ücret karşılığı yapılan fikir çalışmaları hizmet aktine girmezdi. Bunlara karşılık verilen, bir hediye gibi, şeref ücreti (*honorarium*) sayılıyordu ve dava ile istenemezdi. Hür bir kişinin, para karşılığı hizmet edecek duruma gelmesini kabul edemiyorlardı[253].

Roma hukukunda hizmet akdine ancak *operae illiberales* denilen alt düzeydeki işler söz konusu olurdu. Mesela bir kunduracı ustası ile çırağı arasındaki ilişki hizmet ilişkisidir (D. 19,2,13,4; TBK da aynı görüşten hareket etmiştir). Bir çatıyı tamir eden usta saat veya gün hesabı ile çalışıyorsa, Romalı hukukçular hizmet (*locatio operarum*), buna karşılık belirli götürü (belirli) bir ücret karşılığı çalışıyorsa, eser (istisna) (*locatio operis*) anlaşması olduğu görüşündedir[254]. Yüksek düzeydeki işler (*operae liberales*), yani hür bir kimsenin toplum içindeki itibarına uygun görülen doktorluk, öğretmenlik, hitabet, arazi ölçme, mimarlık, avukatlık[255], ebelik hattâ sütannelik gibi işlerin icrası için alınacak ücretler için *actio locati* açılamazdı. Bu gibi faaliyetler için şeref ücreti (*honorarium*) ancak fevkalâde usul (*cognitio extra ordinem*) ile talep edilirdi[256]. Bununla birlikte, bu meslek sahiplerine karşı, işin iyi görülmemesinden dolayı *locatio conductio*'dan doğan dava açılabiliyordu[257].

Hür kişilerin çalışmaları istisna akti çerçevesinde gerçekleştiriliyordu. Güvene dayanan edimler -meselâ hekimlerin, avukatların faaliyetleri-, bir tür vekâlet (*mandatum*) olarak kabul ediliyordu ve bir ücret istenemiyordu[258].

Son İmparatorluk devrinde ise bu görüş değişti. Meslekler gelişmeğe başlamış, bugün itibarlı meslek denilen işler de bir ücret karşılığında yapılmaya başlanmıştır. Zira, Roma'da ve başka büyük şehirlerde, birçok insan fikir çalışmalarının geliri ile yaşamaya başlamıştı. Çoğu kere yine bir akit yapılmaz, işi gören kimse ücret almak isterse, normal muhakeme yoluna başvurmazdı. Son İmparatorluk devrinde bu işlerde ücret, *extra ordinem* (sistemdışı yargılama) talep edilebilirdi ve yapılan işin karşılığı

elde edilirdi. Asıl hizmet aktinin uygulama alanı çok dardı[259]. Devrimizde ise; bu tür çalışmalar da, hizmet aktinin konusunu teşkil etmektedir.

Fransız ihtilalinden sonraki iktisatçıların gözde kavramı çalışma özgürlüğü yeni düzenlemenin temellerinden biri olmuştur. Kişinin enerjisi insan faaliyetlerinin önemli bir alanı halini alır ve karşılığı olan ücret arz ve talep kanunu ile belirlenir. Fransız ihtilalinin I. yılındaki İnsan ve vatandaş hakları beyannamesinin 18. maddesi bu anlamdadır: "Kişi çalışmasını, zamanını hizmete sunabilir. Fakat ne kendisini satabilir, ne de satılabilir..."[260]

İş akti günümüz iş hayatında ve hukukunda büyük bir role sahiptir. Ayrı bir hukuk dalının konusudur ve sosyal bakımdan en önemli akittir. Nitekim İş Kanunu, Grev ve Lokavt Kanunu gibi kanunlar bu alanı düzenlenmektedir. Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 318-354. maddeleri hizmet akdine ilişkin ayrıntılı hükümler içermektedir. İnsanların pek çoğu bu akte dayanan bir ilişki içinde çalışırlar. İş aktinin yaygın uygulaması, bunun ayrı bir hukuk dalı haline gelmesine sebep olmuştur: İş ve sosyal güvenlik hukuku.

3. Adi Ortaklık Sözleşmesi, (Şirket) (Societas) (TBK. m.620-645)

A. Kavram

Roma'nın şirket akti, TBK. m. 620 vd. maddelerinde yer alan ve tüzel kişiliği bulunmayan âdi ortaklığın, şirketin kökenidir. Roma'da şirketin, TBK'daki âdi ortaklık sözleşmesindeki gibi, tüzel kişiliği yoktur.

Şirket aktini, modern hukukların ticaret hukuklarındaki, tüzel kişiliğe sahip şirketlerden ayırt etmek gerekir. Buradaki şirket aktinin tüzel kişiliği yoktur, ortaklar arasındaki hukukî ilişkileri düzenler. Üçüncü kişiler, hukukî sorunlar söz konusu olduğu zaman şirketle değil, ortaklarla karşı karşıyadır.

Roma hukuku, tüzel kişiliğe sahip ticarî şirketleri de tanımıştır. M.Ö. II. yüzyıldan itibaren, özellikle vergi tahsilatı için devletle işlemler yapan, işadamları şirketleri kuruldu. İyi örgütlenmiş bu şirketler önemli sermayeler topluyor ve gelir elde ediyorlardı. Bu şirketler, günümüz hisse senetli şirketler gibi, ortaklarından ayrı, malvarlıklarına sahipti. Hamiline senetler çıkarıyordu ve yatırımcılar değişen bedelle, alıp satabiliyordu. Bir yönetim

kurulu (*corpus publicanorum*) tarafından idare ediliyorlardı. Fakat bu işadamları şirketleri, özel hukuktakinden farklı bir yapıya sahiptir[261].

Şirket veya ortaklık akti ile iki veya daha fazla kimse, müşterek ve meşru bir gaye için, mal ve faaliyetlerini biraraya getirmek yükümlülüğü altına girerler. Şirkete dahil kimselere *socius* (şerik, ortak) denir.

Roma'nın çok eski devirlerinde şirket akti bilinmiyordu. Nasıl doğduğu hakkında da yakın zamanlara kadar bir bilgi yoktu[262].

Gaius Institutiones'ine ait bazı parşömenlerin, 1933 yılında Mısır'da bulunması bu konuya bir dereceye kadar aydınlık getirmiştir:

Kaynakların bahsettiği en eski *societas* miras şirketidir. Aile reisinin ölümünden sonra, çocuklar miras taksim edilmeden, birarada yaşamaya devam ederdi. Mallar bugünkü ifade ile, iştirak halinde, bölünmemiş mülkiyet olarak kalmaktadır (bu durum, *consortium* olarak isimlendirilmiştir). Yakın aile ilişkilerinin olduğu geleneksel bir toplumda bu devamlıdır. Taraflar, isterlerse, malvarlığını, bir izalei şuyu (hisselerin taksimi) ile bölebilmeye başladılar. Bunu örnek alarak Romalılar, bir çok malı biraraya getirerek, kazanç sağlama yoluna gittiler ki, *societas* budur[263]. Böyle bir *consortium*, bir evin mirasçıları olmayan kişiler arasında da akit ile meydana gelmiştir. Fakat, bu durum gelişen ticaret hayatına yetmemiştir. Böylece, şekle bağlı olmayan akit ile kurulan malvarlığı birlikleri, ortaklıkları doğdu. Çok eski devirlerde, muhtemelen ailenin mallarını, bölmeden mirasçılar arasında muhafaza etmek hukukî bir zorunluluktu. Şirket akti, Pön savaşları sırasında, (M.Ö. III, II. yüzyıl) müteahhitlerin, Roma ordularının silâh ve yiyecek ihtiyaçlarını karşıladığı zamanlar gelişmiştir. Daha sonra, eyaletlerde çeşitli, bu arada tahıl üretimi vergilerinin, harçların, gümrük vergilerinin toplanmasında, kötü hatıralar bırakan müteahhit şirketleri tarafından kullanıldı[264]. M.Ö. II.yüzyıldan itibaren, tarım işletmelerinin genişlemesi, yabancılarla olan ilişkilerin artması, ticaret hayatının gelişmesi, kazanç amaçlı şirketleri ortaya çıkarmıştır. İş adamları, büyük sermayeler karşılığında, önemli tarım faaliyetleri için ortaklıklar kurmaya başladı.

Ius gentium'un (evrensel hukukun) etkisiyle, aralarında aile bağları olmayan kişiler de, kazanç amacıyla bütün mallarını biraraya koyarak, ortaklıklar kurmaya başlamışlardır. Bunlar, önce hissedarların bütün mallarını içine alıyordu (*societas omnium bonoyum*). Sonra, sınırlı amaçlar için de şirket kuruldu. Meselâ, tarım araçları alım-satımı veya tahıl, şarap (veya sirke) ticareti yapmak için kurulan şirketler gibi. Ortaklar bütün

mallarını değil, fakat o iş için gerekli sermaye ve emeği biraraya getirirler. Ayrıca, tek bir iş için şirket vardır: Meselâ, ortak bir bina yaptırmak için birkaç kişinin birleşmesi.

TBK. m.620/I'de verilen şirketin tarifi Roma hukukunun hazırladığı kavramı özetler: TBK m. 620- Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.

Şirket; tarafların açık veya örtülü olarak beyan ettikleri anlaşmasına dayanır. Bu da, dayanağını teşkil ettiği için şirketin varlığı boyunca devam etmelidir. Bu şekilde; ortak ekonomik bir amaçla malların ve faaliyetlerin birlikte kullanılması, bir şirket olarak kabul edilir. Roma toplumunda miras birliği veya müşterek mülkiyet çoğu kere bu şekli almıştır.

Şirketin tüzel kişiliği olmadığı için; alacak ve borçlar, şirketin şahsına değil, ortaklara aittir. Kurulan şirketin malvarlığının oluşmamasının sebebi, şirketin tüzel kişiliğinin olmamasıdır. Diğer taraftan, şirkete yeni ortakların girmesi, eski ve yeni ortaklar arasında yeni bir şirket anlaşmasının yapılmasına bağlıydı[265]. Zamanımızda, ticaret hayatının gelişmesiyle, âdi şirketler dışında, Ticaret hukukunda tüzel kişiliği olan şirketler çok farklı nitelikler kazanmıştır (kollektif, anonim şirketler gibi). Roma'da bu yoktu[266].

Şirketle derneği birbirinden ayırmak gerekir: Şirkette malların mülkiyeti ortaklara aittir, herkes kendi hissesi nispetinde mâliktir. Halbuki bazı topluluklar vardır ki, orada mallar, fertlerinkinden ayrı bir varlığa sahip olurlar: Bunlar derneklerdir. Derneklerin hayatı, onları kuranların hayatına bağlı değildir; kendilerine özgü kişilikleri vardır: Tüzel kişi. Her üyenin dernek malvarlığından farklı bir malvarlığı vardır ve dernek, bir kişi gibi alacaklı ve borçlu olur. Dernekler ve tüzel kişilikleri, devrimizde olduğu gibi, Roma'da da vardı.

B. Şirket Aktinden Doğan Borçlar ve Alacaklar

Şirket, tam iki taraflı (*sinallagmatik*) ve rızaî bir akittir. Ortaklardan her biri için ticarî kökeni olan bir iyiniyet davası olan *actio pro socio* vardır. Ortak, ancak malvarlığı nispetinde mahkûm edilebilir (Bu bir tür mirasçılık, kardeşlik olma vasfının etkisidir). Şirket akti, Roma'da, daima aileye dayanan kökeninin hatırasını korumuştur). Şirket aktine ilişkin davadan (*actio pro socio*) mahkûmiyet *infamia* ile sonuçlanır. *Iustinianus* hukukunda

şirketin kökenindeki *consortium* ortağının sorumluluğu *omnis culpa* olmakla birlikte, ihmalin takdirinde hafif bir ölçü kullanılmıştır. Her ortak, şirket işlerinin idaresinde, kendi kişisel işlerinde gösterdiği dikkat ve ihtimamı göstermek zorundadır (krş. TBK. m.628/I)[267]. Sorumluluk ölçüsünün hafif tutulmasının sebebi, bir kimsenin kendi ortağını seçerken, ne kadar dikkatli olması gerektiğine kendisinin karar vermiş olduğu, düşünüldüğü içindir. Şirket ortakları yetenekleri ve güven verdikleri için seçilir. Şirket; ortakların kişiliği dikkate alınarak kurulduğundan, ortakların birinin ölümü veya ortaklıktan çekilmesiyle (*renuntiatio*) sona erer[268]. *Gaius*'a göre ihmalkâr bir kişi ile ortak olan, ancak kendisinden şikayet etmelidir. Şirketin ortağı klâsik hukukta ise, sadece kasıttan sorumludur. Sorumluluk ölçüsü hafif olduğu halde, mahkûmiyetin *infamia* ile sonuçlanması, itimada dayanan akdî yükümlülüğün ihlâl edilmesindendir.

Romalılar için şirkette dürüstlüğe aykırı davranış, şerefsizliğin tipik bir örneğidir[269]. Bu sebeple; ortağın sorumluluğu, birkaç istisna dışında, kasıtla sınırlanmıştır.

Ulpianus'un bir metnine göre (D. 17,2,52,2) genel sorumluluk kasıtla sınırlanmasına rağmen, bir ortağın sağlayacağı özel edimler, en yakın aktin kurallarına tâbi tutulmuştur. Meselâ, bir ortak belirli özellikleri olan bir faaliyette bulunacaksa veya çalışacaksa sorumluluğu bütün kusurlarındandır ve *locatio conductio* akti kurallarıyla düzenlenir. Meselâ, bir ortağa sürünün otlatılması veya müşterek menfaat için, bir çiftlikteki meyvaların toplanması işi verilmesi.

Şirketin müşterek malına verilen zararda, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kanun (*Aquilia* kanunu) uygulanır.

TBK.m.628'deki kuralların kökeninde, yukarıdaki metinde teklif edilen sistem kolayca bulunmaktadır.

Her ortak, şirkete bir hisse getirir. Hisselerin eşit olması gerekmez: Bu, para veya çalışma, faaliyet olabilir. Çalışma, paranın yerini alır.

Her ortağın hissesi, miktar ve nitelik olarak farklı olabilirdi. Şirkette bir kimsenin çalışması, diğer bir kimsenin de malı ile katılması mümkündü. Hukukçular, bu ilişkiye "ekseriya birisinin çalışması para yerine geçer" demekteydi. Bazen bir ortak; hem malını, hem faaliyetini getirebilirdi.

Hisselerin niteliği birbirinden çok farklı olabilir: Sermaye, malzeme, binalar veya mallar olabilir. Faaliyet; ortağın çalışması, tavsiyeleri, bilgisi, hatta çevresi olabilir. Bu şekilde, için gerçek bir faydası varsa, bir ortağın desteği de, çalışması, faaliyeti, yani hissesi olarak nitelendirilir.

Genelde şirket kurulduğunda, amacı gerçekleştirmek için bir şirket malvarlığı, daha doğru ifadeyle şeriklerin ortak mülkiyetine tabi bir malvarlığının ortaya çıkması doğaldır. Fakat şart değildir[270]. İpek ticaretinden anlayan bir kimse olan A ile bu işe para yatırabilecek bir diğer kişi olan B ipek ticareti yaparak para kazanmak üzere şirket kurabilir. Burada şirkete ilişkin müşterek mülkiyet söz konusu olmaz. Ne B'nin A'ya ipek satın alınması için verdiği para, ne de satın alınan ipekler üzerinde müşterek mülkiyet doğar. Teslim aldığı ipek üzerinde B'nin bağımsız mülkiyeti söz konusudur. Bu ipeğin satışından elde edilen kazanç A ile B arasında paylaşılır.

Bir fikre göre[271]; Roma hukuku komandit şirketi tanımıştır: Ortaklardan biri sermaye getirir, diğeri ise ticarî veya sanayî işletmesi için faaliyetlerini ve yeteneklerini ortaya koyar.

Şirket malları üzerinde, ortakların müşterek mülkiyeti doğardı. Dolayısıyla, ortakların getirdikleri malların türüne göre, *res mancipi*, *res nec mancipi* oluşlarına göre, gerekli devir muamelesi yapılır. Malda hukukî veya maddî ayıp çıkarsa, o ortak, diğerlerine karşı sorumludur.

Şirket aktinde üç unsur gerekir:

a) Tarafların ortak olma niyet ve iradeleri (*affectio societatis*). Bu niyetin şirketin devamında var olması gerekir. Bu niyet ortaklardan birinde ortadan kalkarsa, artık şirketten söz etmek mümkün değildir[272].

Taraflar ortak gaye için, meselâ işlerini daha iyi görmek için bir araba satın almışlarsa, müşterek mülkiyet doğar, fakat şirket kurma niyeti (*affectio societatis*) yoksa, *societas* kurulmamıştır. (D.17,2,31).

b) Ortakların iştirak hisselerini (mal veya emeklerini) biraraya getirmeleri,

c) Şirketin amacının meşru, kanunlara, örf ve adete uygun kazanç olması. Şirket aktinin konusu hukuk düzenlemesine uygun olmalıdır: Meselâ, bir mağaza veya bir bankerlik işletmesi veya belirli bir iş: Müteahhitlerin bir şantiye oluşturmak veya bir yol yapımı için, işin süresine bağlı, bir şirket kurmaları. Bir haydut veya kaçakçılık çetesi, şirket değildir[273]. Sahte para basmak veya hırsızlık yapmak için şirket kurulamazdı (D. 17,2,57). Bu kamu düzenine ilişkin bir kuraldır.

Şirkette her ortağın hakları ve yükümlülükleri vardır. Ortakların yükümlülükleri akte göre tespit olunur. Bu her şeyden önce, sermaye hissesinin yerine getirilmesidir. Fakat, bu bir emek, bir iş, bir faaliyet de olabilir: Meselâ, sermaye koyanla mucit arasında, icadın kullanılması için

yapılan akit. Kâr ve zararlar şirket aktine göre bölüştürülür. Açıklık yoksa, bu bölme eşit olarak yapılır. Ancak, ortaklardan birinin sadece kâra, diğerinin yalnız zararları yüklenmesi şeklinde yapılan anlaşma hükümsüzdür[274] (*societas leonina*; aslan payı şirketi). Bu ifade Phèdre'in[275] (I,V) bir masalından gelmektedir: Burada bir inek, bir keçi, bir koyun ve bir aslandan oluşan ve yiyecek peşindeki bir hayvan topluluğu anlatılmaktadır: Sonuç kolayca tahmin edilebilir. Şirkette temin edilen tüm yiyeceği aslan almaktadır. (Daha sonraları, *La Fontaine* aynı konuyu işleyecektir)[276].

Her ortak, şirketin amacına varmaya yönelen işlemi tek başına ifa edebilir. Fakat, Roma'da temsil kurumu yeteri kadar gelişmediğinden, üçüncü kişilerle bir iş gören ortak, kendi namına alacaklı ve borçlu olur. Doğrudan doğruya temsil olmadığı için, bu muamelenin hükümleri o ortağı ilgilendirir. Yani o borç altına girer veya alacaklı olur. Muamelenin sonuçlarının diğer ortaklara, ayrı ayrı devri gerekir. Eğer, bu yükümlülüğü yerine getirmezse, kendisine karşı *actio pro socio* açılır. Meselâ, şirket için satın aldığı mal, buğday kendisine teslim edilmişse, diğer ortaklara payları oranında bu mülkiyeti devir zorundadır. Üçüncü kişilere karşı borç altına girmişse (o malın bedelini ödemek için) üçüncü kişiler, o ortakla yaptıkları muameleden dolayı diğer ortaklara başvuramaz. Ancak, *Iustinianus* hukukunda, ortağın aldığını müşterek kasaya yatırması hali bunun istisnasıdır. O zaman, üçüncü kişiler diğer ortaklara başvurabilir. Ancak, şirketin borcunu ödeyen ortak, ödediğini, diğer ortaklardan payları oranında ister. Diğer ortaklara rücu hakkı vardır. Diğer ortaklara ayrı ayrı dava açması gerekir.

C. Şirket Aktinin Sona Ermesi

Şirket akti bir zamanla sınırlıdır. M.Ö. V. Yüzyılda oluşan "hiçbir malvarlığı bölünmeden devam etmek durumunda değildir", kuralı şirket akti için de uygulandı. Zaten hiçbir şirket süresiz bir birleşme değildir (*nulla societas in aeternum coitio*)[277]. Şirketin varlığı için belirli bir zaman kararlaştırılmışsa, bu sürenin bitmesiyle, amacın elde edilmesiyle, şirket sona erer. Mallarının tükenmesi, yok olması, mallara el konulması, telef olması, şirket amacının imkânsız hale gelmesiyle şirket akti sona erer.

Hileli olmayan bir şekilde bir ortağın çekilmesiyle (*renuntiatio*), şirketin *stipulatio* ile başka şekle sokulması ile de şirket sona erer.

Tarafların şirketi fesih (bozma) anlaşmasıyla da şirket sona erer. Şirket belirli bir süre için kurulmuş olsa bile fesih edilebilir. Ancak, bu durumda, şirketi, sona erdiren ortak, şirketin vaktinden önce sona ermesi sebebiyle diğer ortaklara karşı sorumludur. Roma hukukuna göre, *actio pro socio*'yı açmak da şirketi sona erdirir. Zira şirket devam ettiği süre içinde dava açılamaz. Şirketin sona ermesi sonrasında her bir ortağın sorumluluğu belirleniyor, borçlar ve alacaklar tasfiye ediliyordu. Mahkûmiyetin sonucu *infamia* olduğu için böyle bir mahkûmiyetten kaçınmak gerekiyordu. Kalan ortaklar tarafından şirketin devam ettirilmesi için yeni bir şirket kurulması gerekir.

Bundan dolayı şirket, bir ortağın ölümü veya *capitis deminutio*'ya uğraması ile sona erer. Ölen ortağın mirasçısı, onun yerine geçmez[278].

Şirket sona erince, ortaklar birbirlerine karşı yükümlülüklerin yerine getirilmesi için, *actio pro socio* açarlar. Müşterek mülkiyet halindeki şirket malvarlığının ortaklar arasında paylaştırılması, taksim davası (*actio communi dividundo*) ile istenir.

4. Vekâlet Sözleşmesi, Akti (*Mandatum*) (TBK. m-502-519)

A. Kavram

Rızaî bir akit olan vekâlet akti (*mandatum*) ile taraflardan vekil denilen bir kimse, müvekkil (vekâlet veren) denilen kişinin tevdi ettiği işi ücretsiz olarak ifa etme yükümlülüğüne girer.

Bu akitle bir kimse, kendisine ait bir işin yapılmasını başkasına havale etmektedir: Dava görülmesi, bir işin idaresi, gibi.

Roma'da; vekâletin konusu, bir hukukî işlemin yapılması olabileceği gibi, hukuken hiçbir özellik göstermeyen bir fiil, meselâ, bir haberin diğerine ulaştırılması olabilir[279]. Roma hukukunda vekâlet akti, maddî, fikrî veya hukukî fiilleri konu olarak alabilir. Roma'da; vekâlet, çoğu kez hukukî işlemlerin yapılmasını kapsar: Vekâlet verenin malını satmak, alacağını tahsil etmek, kefil olmak, belirli tutarda bir parayı faize vermek gibi[280]. Fakat, ücretsiz yapılıyorsa, maddî bir çalışmaya da ilişkin olabilir: bir camı değiştirmek, bir elbiseyi temizlemek, bir hayvanı tedavi etmek,

vekâlet verenin veya üçüncü kişinin evini tamir etmek, hayvanlarına bakmak, mallarını nakletmek. *Gaius*'a göre para karşılığı olduğundan bir *locatio conductio* kapsamına girmeye elverişli bir faaliyet ücretsiz yapılıyorsa, vekâlet konusu olabilir. Bu şekilde, vekâletin konusu belirli bir iş veya bir çiftliğin veya bir malvarlığının idaresi gibi karmaşık işleri kapsayabilir. Roma toplumunda vekâlet, yargı makamları önünde temsil veya kefalet gibi farklı hukukî işlemleri gerçekleştirmek için de kullanılmıştır[281].

Vekâletin konusu, maddeten ve hukuken mümkün olmalıdır. Artık var olmayan bir hayvanın ve bir kamu malının satın alınmasına ilişkin, vekâlet geçersizdir. Eğer vekil, konunun mümkün olduğuna inanarak bazı masraflar yapmışsa, durum ne olacaktır? Sonucu kuşkulu bir faaliyette de bulunmuşsa, vekâlet çerçevesinde hareket ettiği açıktır ve müvekkiline karşı dava hakkı vardır[282].

Konu meşru olmalı, yani kanunlara ve örf âdete aykırı olmamalıdır. Meselâ, bir suç işlenmesi için vekâlet verilirse, akit geçersizdir[283]. Vekil, bu faaliyeti yerine getirmeye zorlanamaz, eğer yerine getirmişse, müvekkile karşı hiçbir dava hakkı yoktur[284].

Modern hukukta da hukukî işlemlerin dışında, maddi fiiller de vekâletin konusunu teşkil edebilir[285]. Demek oluyor ki, vekâlet akti ile bir kimse bir işin görülmesi için, kendi yerine başka birini koymaktadır.

Vekâlet kurumuna; Roma'da eskiden beri rastlanmaktadır. Bununla beraber, *mandatum*'un rızaî akit olarak kabulünde evrensel hukukun, (*ius gentium*), diğer rızaî akitlerdeki gibi etkisi olduğu kabul edilir. Vekâlet akti, uluslararası ticaret uygulamalarından doğmuştur. Roma'nın genişlemesiyle bilhassa dış ticaret alanında romalı iş adamları kendi menfaatlerine bazı muamelelerin yapılması işleri için yabancılara da vekâlet vermek zorunda kalıyorlardı.

Bir tüccar uzak bir ülkeye gittiği zaman, yabancı işadamları ile iş ilişkileri kurmaktadır. Normal olarak, karşılıklı hizmetler istenir: Malların alınması, yazışmanın gönderilmesi, yararlı ilişkilerin sağlanması, güven ve şerefe dayanan bu anlaşmalar, yavaş yavaş yabancılar *praetor*'u tarafından kabul edilmiş ve zamanla *ius gentium*'dan (evrensel hukuktan), *ius civile*'ye (vatandaşlar hukuku) geçmişlerdir.

Zamanımızda, özel vekâlet ve genel vekâlet şekilleri vardır: Vekile, ya belirli bir iş verilir veya bütün işlerin görülmesi vekile tevdi edilir. Birincisi özel vekâlet, ikincisi genel vekâlet olur.

Roma Hukukunun ilk vekâleti, özel vekâletti: *Mandatum* budur. Fakat o zamanlar bir de *procuratio* kurumu vardı. *Procuratio* bir akit değil, tek taraflı yetki verilmesinden ibaretti: Zengin ve nüfuzlu Romalılar işlerinin idaresini bir *procurator*'a bırakırlardı; itimada lâyık bir kimse olan *procurator*, genel vekil gibi hareket ederdi.

Klâsik devirde, *mandatum*, bugünkü anlamıyla, sadece belirli bir işin görülmesi için yetki verilen özel vekâlet durumudur. *Procuratio* ise, genellikle *patronus* olan ve izni alınan bir kimsenin bütün işlerinin görülmesini kapsar. İmparatorluk devrinden itibaren, devamlı olarak bütün malvarlığını idare etmekle görevli *procurator* (*procurator omnium bonorum*) iş sahibinden vekâlet almış gibi kabul edilmekte idi. Yine imparatorluk devrinde, bir tek işin yapılması konusunda, vekâlet almış kişi de, *procurator* (*procurator unius rei*) sayılmakta idi[286]. Tek taraflı yetki vermedir. *Procurator*, iş sahibi gibi olup, iş sahibi hazır bulunmadığı zaman ve uzun süre boyunca, malvarlığı naklinden adalet önünde temsile kadar, en geniş yetkilere sahip kimsedir. Çoğu kere, itimat edilen bir azatlıdır. *Iustinianus* hukukunda ise iki şekil, özel ve genel olabilen vekâlet içinde birleşmiştir.

Ücretsiz olma bakımından vekâlet aktinin özelliği vardır.

Romalılarda bu akdin kökeni dostluktur. Dostlar birbirlerinin işlerini görür ve bunun için karşılık almazlar. Romalılar, dostların işlerini görmenin bir görev olduğunu düşünmüşlerdir ve belki de bu yüzden vekâlet ve vekâletsiz iş idaresi, hizmet ve istisna akdine nazaran ön plana çıkmıştır. Başka bir deyişle vekâlet, *fides*'in (sadakat, dürüstlük, verilen söze bağlılık) gereğidir[287], diğer rızaî akitler gibi vekâlet akdi Milattan önce borçlandırıcı bir sözleşme olarak akitler şemasındaki yerini almıştı[288].

Roma Hukukunda, vekâlet akti rızaî ve ücretsizdir. Hukukumuzda, vekâlet akti, ücret karşılığında veya ücretsiz olur (TBK. m. 502/3)[289]. Roma'da ise, ücret kararlaştırılırsa vekâlet değil, yerine göre *locatio conductio operis* veya *locatio conductio operarum*, olurdu.

Digesta ve *Codex*'te 12 kadar metinde vekâlet aktinin ücretsiz oluşundan bahsedilir. Diğer akitlerde, ücretsiz olma konusunda, bu kadar kaynak yoktur.

Formula usulünde ücretsiz olma vekâlet aktinin önemli bir özelliğidir. Fakat yüksek düzeydeki işler için şeref ücreti kararlaştırılmışsa, sistem dışı yargılama (fevkalâde usul) ile talep edilebilir[290].

Vekâlet akti, bir dostluk ilişkisine dayanır. Vekil, bir kazanç peşinde koşmamalı, adetâ kendi menfaatini takip eder gibi vekâlet aktini ifa etmelidir. İşini gereği gibi yapmayan vekil dostluğa ve itimada ihanet etmiştir. Klâsik devirde yalnız kastından sorumlu olan vekil, *Iustinianus* hukukunda vekâlet aktinden bir istifadesi olmadığı, bir ücret alamadığı halde, bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutulmuştur. Vekilin bu ağır sorumluluğu, diğer iki taraflı akitlerde geçerli olan menfaat ve istifade prensibinin bir istisnasını teşkil etmektedir. Vekilin bu ağır sorumluluğa tâbi tutulmasının sebebi de, vekâlet aktinin dostluğa ve itimada dayanan bir akit olmasıdır. Bu sebeple de, *actio mandati directa* ile mahkûm olan şerefsiz (*infamis*) olur.

Dostluk ve her durumda, güven ilişkisine dayanan vekâlet, belirli bir sosyal ihtiyaca cevap verir ve *praetor*, hukuki açıdan müeyyide getirmek durumundadır. Bir dostun, ücretsiz de olsa, bir işinin yapılması olan vekâlet, her türlü hukukî zorlamanın dışında gelişmiş ve bu hukuk düzenlemesi tarafından tanınmıştır. Zira; karşılıksız, ücretsiz olma demek, ihtilaf olmaması demek değildir[291].

Belirli bir düzeydeki Romalının yaptığı iş için ücret alması, karşısındaki kişiye karşı bir tür tâbi, bağlı olmasıdır. O zamanların anlayışına göre kendisine saygısı olan hür bir vatandaş ücret almazdı. İşleri köleler yaptığı için, hürler para karşılığı çalışmazlardı[292].

Serbest meslek sahipleri; özellikle avukatlar, hekimler vekâlet aktine göre çalışıyordu. Burada da ücret yoktu, fakat bu durum *extra ordinem* usulde şeref ücreti istenmesine engel değildi. İngiliz “barrister” gibi, Romalı avukatın da bunu elde etmek için, müvekkiline karşı açacağı bir *ius civile* (medenî hukuk, vatandaşlar hukuku) veya *praetor* hukuku davası yoktu. Ancak, imparatorluk idaresinin mahkemelerinde fevkalâde, nizam harici usule (*cognitio extra ordinem*) göre, ona bir başvuru imkânı tanınmıştı. Bütün bunlar hukukçunun faaliyetini ilgilendirmiyordu. Bir istişarede bulunduğu zaman, görüşünü topluluğuna sunulmuş bir hizmet olarak görüyordu. Bu hizmeti; hiçbir şeref ücretinin karşılayamayacağı, adalet adına sunmaktan onur duyuyordu.

Vekâlet tüm faaliyetleri kapsamaktadır. Bir veya bir çok işi idare etmek, hukukî muameleler yapmak, malları idare etmek, bir başkası için teşebbüslerde bulunmak. Serbest meslek türündeki faaliyetler için, kişisel ve güven ilişkilerinin olduğu bu akit tipi tercih edilmektedir. Vekâletin ücretsiz olması bunu *locatio conductio*’dan ayırmaktadır. Avukatın

fevkalâde, nizam harici usule göre şeref ücreti istemesi, bu aktin ücretsiz olma niteliğini zayıflatmıştır[293].

Modern hukukumuzda vekâlet aktinde ücret şart edilirse ve aksine örf ve âdet yoksa, vekil ücrete hak kazanır[294]. Bu şekilde, vekâlet akti ivazlı akitlerden olabilir, fakat anlaşma veya ivaz gerekmediği sürece, vekâletin ücretsiz akitlerden sayılması karine ile kabul olunur. Buna karşılık, iş ve ticaret hayatında aksine sözleşme veya âdet mevcut olmadıkça, vekâletin ücretli olduğu kabul edilir.

Vekâlet, Fransız MK. ve daha sonraki kanunlardaki roma kökenli güven niteliğini (*depositum*, saklama sözleşmesi gibi) korumakla birlikte yeni bir nitelik almış, profesyonel şeref sözleşmelerine dönüşmüştür[295].

B. Vekâlet Aktinden Doğan Borçlar ve Alacaklar

Vekâlet, eksik iki taraflı bir iyiniyet aktidir. Taraflardan biri her zaman, diğeri bazen borçlanır.

Esas borç vekilin borcudur ve vekil her zaman borçludur. Vekil yapmayı kabul ettiği işi, gereken şekilde yapmalıdır[296] ve sonra da iktisap ettiklerini müvekkile devretmelidir; aksi taktirde, kendisine açılacak olan dava, *actio mandati directa*'dır.

Vekilin akitten bir menfaati olmadığı halde, sorumluluk derecesi ağırdır. *Iustinianus* devrinde *omnis culpa*, yani herhangi bir kusurundan dolayı sorumlu tutulurdu; klâsik devirde ise sadece kastından sorumlu idi. Her iki devirde de, belirtildiği gibi, mahkûmiyet halinde, şerefsiz (*infamis*) olurdu.

Bazen, müvekkil de borç altına girebilir. Vekâlet verene karşı, bazı hallerde *actio mandati contraria* açılır. Bu dava ile vekil, vekâlet verenden vekâleti icabı yaptığı masrafların ve gördüğü zararların tazminini ve yüklendiği borçların üzerine alınmasını isterdi. Bu dava ile ücret istenemezdi. Çünkü, ilke olarak, vekâlet ücretsizdi. Eğer istenecekse, akitten doğan dava ile değil, sistem dışı yargılama, fevkalâde usulle (*cognitio extra ordinem*) şeref ücreti takip edilebilirdi.

Böylece, şekilsiz bir akit olan evrensel hukuk (*ius gentium*) vekâleti ortaya çıkmış oluyor ki, bu da *ius civile*'nin rızaî akti *mandatum*'u etkilemiştir.

Mandatum karşılıklı rızaların uyuşması ile meydana gelir. Ne yazılı şekil, ne sembolik hareketler, ne de belirli sözler, hiçbir şekil gerekmez.

Vekil iradesini, basit bir işaretle veya isteneni yaparak, örtülü şekilde beyan edebilir. Tarafların aynı yerde bulunmaları gerekmez. Vekâlet, mektup veya bir aracı ile verilebilir veya kabul edilebilir[297].

Modern hukukumuzda ise vekâlet sıkı şekil şartlarına tâbidir ve akit sadece rıza ile meydana gelmez. Şekil zorunluluğu vardır. TBK. m.502'nin son fıkrasına göre vekil ücret alabilir. Roma hukukunda ücret alınırsa, istisna veya hizmet akti olur. Daha sonra, vekil *extra ordinem* usulde (sistem dışı yargılamada) ücret talep etme imkânına kavuşmuştur.

Aktin ücretsiz oluşu

Bir hekimin, bir avukatın, bir profesörün çalışmaları gibi fikrî hizmetler vekâlet (*mandatum*) akti kabul ediliyordu. Bu çalışmalar hizmet aktinin konusunu oluşturmazdı. Şeref ücreti (*honorarium*) ancak sistem dışı yargılamada (fevkalâde usulle) (*extra ordinem*) takip edilebilirdi.

Vekâlet, hekimlere veya mimarlara da ilişkin olabilir. Onlar; hizmetlerini kiraya veren ücretliler gibi görünmek istememekte, işi görülenin bağımsız, üstün olmadığını ifade eden *honorarium* (şeref ücreti) talep etmektedir[298].

Fakat son imparatorluk devrinde fevkalâde, *extra ordinem* usulün normal muhakeme usulü haline gelmesiyle ayrım ortadan kalkmıştır.

Hukukî temsil

Roma Hukukunda, doğrudan doğruya temsil olmadığından, vekâletin bir özelliği vardır: Vekil, yaptığı işlerden bizzat kendi hesabına alacaklı ve borçlu durumuna gelir; bunları namına hareket ettiği müvekkiline nakletmek borcu altına girerdi.

Modern hukukumuzda doğrudan temsil olduğundan, yetkili bir mümessil tarafından, diğer kimse namına yapılan aktin alacak ve borçları o kimseye intikal eder (TBK. m.40).

Vekâletin bir özelliği; müvekkilin (vekâlet verenin) veya üçüncü şahsın menfaatine verilebilmesidir. Bunların menfaatine vekilinki katılabilir. Vekilin menfaatine vekâlet verilemez. Bizzat vekil lehine bir işin yapılmasını istemek, vekâlet değil, tavsiye veya nasihattir (*consilium*) ve bir borç doğurmaz. Bir kimse kendi menfaatine bir iş yapmaya zorlanamaz. Fakat, bir kimseyi, sırf kendi menfaatine olmak üzere, meselâ, faiz almadığı, evde tuttuğu parasını faizle ödünç olarak vermeye veya bir mal almaya yahut ticaret yapmaya teşvik etmek alelâde bir nasihatten ibarettir. Nasihat ise, nasihat vereni borç altına sokmaz[299]. Yani zarara girse, zararları vekâlet aktinden doğan bir dava ile isteyemez. Bu tavsiye

dolayısıyla zarara uğrama halinde, kural olarak, şartları varsa, sadece *actio doli* açılabilir[300].

Burada yine vekâlet akdinin tarafları arasındaki ilişkiyi kurduğunu, temsil yetkisini içermedikçe üçüncü kişilere etkisinin olmayacağı belirtilmelidir. Temsil yetkisi (*iussum*) varsa, bu ancak dolaylı temsildir. Bu bağlamda ölümden sonra işlerlik kazanacak şekilde vekâlet vermenin (*mandatum post mortem*) klasik devirde geçerli olmadığı belirtilmelidir (örneğin oğluma ölümümden sonra ev al), bkz. Gai. 3,158[301].

Vekil; vekâleti ifa ederken anlaşma, sınırları içinde kalmalıdır, verilen yetkileri aşamaz[302].

Kuralın sert bir uygulaması vardır: Vekile, bir araziyi 25.000 €'ya almak talimatı verilmişse, kuşkusuz 20.000'e alabilir, zira belirlenen bedelin, en fazla olduğu kabul edilir. Fakat 26.000 € öderse, vekâletin sınırlarını aşmıştır. Hatta, klasik hukukçulara göre, müvekkili, farkı kendisi ödeyerek, 25.000 €'ya kabule zorlayamaz. İşlem, vekile ait kalır. Fakat, vekil için oldukça ağır olan bu sonuç, tüm klasik hukukçular tarafından paylaşılmamıştır.

Vekâletin konusunda hata yapılmışsa ifa yoktur. Belirli fiyata belirli bir evin alınması istenmiş daha değerli, hattâ daha ucuza başka bir ev satın alınmışsa, vekil borcunu ifa etmemiştir[303].

Müvekkil, vekilin yaptığı işleri kabul etmek zorundaydı, meselâ, vekilin kendisi için aldığı taşınmaz malı reddedemez. Vekâletsiz iş idaresi (*negotiorum gestio*) ve TBK. m.516'daki kredi emri denilen kredi vekâleti (*mandatum qualificatum*) bu açılardan düzenlenmiştir.

Hiç kimse; bir felaket yerinde bulunan kişiye yardım etmeyi, işlerine haksız karışma veya hukuka aykırı fiil olarak ileri sürmez. Aksine bir çok halde bu yardım hoş karşılanır ve yardım edenin de iradesine uyar. Taraflar arasında önceden bir anlaşma olmasa da, orada bulunmayanın menfaatine idare edenin faaliyeti bir vekâlet varmış gibi kabul edilmelidir. Akdî sonuçlar rızadan değil, fakat, işleri idare etmek olayından doğar. Bu sebeple; *negotiorum gestio*, vekâletsiz iş idaresi, *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde bir akit benzeri olarak kabul edilmiştir ve buna vekâlet rejimi uygulanır (krş. TBK. m.526). Vekâletsiz iş idare edenin sorumluluğu vekilden daha ağırdır. Romalı hukukçular bunu vekâlette olduğu gibi kasıt değil, ihmali de kapsayan rejime sokmuşlardır (bkz. TBK. m.527/1, TBK. m.531)[304].

C. Vekâletin Sona Ermesi

Vekâlet akti de, şirket akti gibi karşılıklı güvene dayanan bir akit olduğundan, tarafların kişiliklerinin önemi dolayısıyla kolayca sona erdirilebilir.

Özel vekâlet halinde, verilmiş işin tamamlanmasından başka, süre konmuşsa sürenin sona ermesi ile, tarafların müşterek iradesi ile, müvekkilin vekâleti feshetmesi ile, veya vekilin çekilmesiyle sona erer[305]. Fakat, eğer ifa başlamışsa, akti fesheden müvekkil, vekilin o zamana kadar yaptığı işleri tanımak zorundadır. Vekâlet verenin öldüğünü veya vekâletin geri alındığını bilmeden faaliyetine devam eden vekil masraflarını ve zararlarını talep edebilirdi (Gai. 3,158-160; I.3,26,9-11)[306]. Vekil; çekilse bile, müvekkiline zarar vermemek zorundadır. Zamansız bırakma yüzünden vekâlet veren zarara uğrarsa, vekil bu zararı tazmin zorundaydı.

Vekâlet taraflar arasındaki güvene dayandığından, birinin ölümü (veya ona eşit sayılan *capitis deminutio*'ya uğraması) ile sona erer. Bununla beraber, müvekkilin ölümünü bilmediği için, vekâleti ifa eden vekilin, bu arada yaptığı muameleler, geçerlidir[307]. Bu durumda, vekil, müvekkilin mirasçılarına karşı dava açabilir. Bir kimseye, kendi ölümünden, sonra ifa edilmek üzere verilen vekâlet (*mandatum post mortem*), klâsik hukukta mirasçı hesabına doğacak bir borç ilişkisi olamayacağından, geçerli değildir. Bu "borç ilişkisi mirasçının şahsında doğamaz" (*obligatio ab heredis persona incipere non potest*) (Gai. I. 3.158) ilkesi gereğidir[308]. Ancak, *Iustinianus* hukukunda bu tür vekâletler geçerli sayıldı.

D. Kredi Vekâleti veya Kredi Emri (*Mandatum Qualificatum*)

Vekâlet akdi, vekâlet verenin menfaatine, üçüncü kişi yararına yapılabilir. Vekilin kendisine verilen vekâlet üzerine üçüncü şahıs lehine vekâlete *mandatum qualificatum* (kredi vekâleti veya itibar emri) denir ki, bir kimsenin kendi kefaleti altında üçüncü şahsa kredi verilmesini vekilden talep etmesidir (bkz. TBK. m.516-519).

Bir kimseye, üçüncü şahsa kredi açması için verilen bir emir veya talimattır. Bu itibarla vekâletin bir şekli olmaktadır.

Bir kimse (vekil), müvekkilden aldığı talimat üzerine, başka bir kimseye, ödünç olarak bir miktar para verir; ödünç alan bu parayı vekile iade

etmezse, müvekkil onun kefili durumundadır. Ödünç parayı veren vekil, ödünç alandan parayı alamadığı takdirde, müvekkiline *actio mandati contraria* açarak ödediğini paranın geri verilmesini, müvekkilinden ister. Kredi vekâleti, başkasının borcunu teminat altına alan bir vasıtadır. Bir kimseye, üçüncü kişiye kredi açması emridir. Para ancak, emrin verilmesinden sonra ödünç olarak verilir. Kredi vekâleti özellikle hazır bulunmayanlar arasında kullanılmak imkânına sahipti.

Meselâ, (A), kendi sorumluluğu altında (C)'ye 100 milyon lira ödünç vermesi için (B)'ye vekâlet verir. (B), bu vekâlete dayanarak (C)'ye bu ödüncü verince, ortada, iki akit, iki borç ilişkisi oluşur. Ödüncü veren (B) ile (C) arasında bir *mutuum* (ödünç akti) vardır. Fakat bu, (A)'nın (B)'ye verdiği vekâlet aktine dayanmaktadır.

Bu ilişkiye, sonraları kabul edilen bir terimle kredi vekâleti (*mandatum qualificatum*) denilmiştir. Burada, menfaat kredi alan (C)'nindir. Vekâleti veren (A)'nın hiçbir menfaati yoktur. Aksine sorumluluk altına girmiştir. Zira, ödünç alan (C), borcunu (B)'ye ödemezse, (A) sorumludur. (B), karz aktinin davası olan *actio certae creditae pecuniae* açarak, (C)'den alacağını sağlayamazsa, (B), vekâlet akdi dolayısıyla (A)'ya bir *actio mandati contraria* açarak bu parayı ister.

Bu şekilde, kredi vekâleti vekâletin hususî bir şekli, itibar emri olmaktadır. (B), vekâleti yerine getirerek, kredi vermekle yükümlü değildir. Bu sebeple, (A)'nın ona karşı açabileceği *actio mandati directa* yoktur. Fakat, (B), meselâ (C)'nin aciz halinde olması sebebiyle, zarar görmüşse, (A)'ya karşı *actio mandati contraria* açabilir.

İktisadî bakımdan itibar emri, kefalet fonksiyonunu görür. Burada, vekâletin müvekkilin menfaatine olmaması, hukukçuların, itibar emrini tanımaları konusunda tereddüte düşürmüştür. Fakat, sonraları, vekâletin bu anormal şeklini kabul etmişlerdir. Mevcut kefalet kurumu gözönünde tutularak, eğer bu vekâlet olmasa idi, (B)'nin (C)'ye kredi vermeyeceği düşünülerek, *actio contraria*'yı tanımışlardır. Bu hukukî yapı sayesinde, müvekkil, üçüncü kişiye ödünç verdiği paranın kendisine ödenmesini sağlıyordu. *Iustinianus* hukukunda, bu kurum her bakımdan, kefalete eşit hale getirilmiştir.

TBK. m.516 vd. maddeleri itibar emrinin uygulanmasını kabul etmişlerdir.

Ancak, sonraları ortaya çıkan bu kefalet akti ile sözlü şeklide (*stipulatio*) yapılan kefalet akti arasında önemli farklar vardır:

a) Esas borç olan *mutuum* (tüketim ödüncü sözleşmesi) fer'î borçtan sonra doğmaktadır. İlk teşebbüsü müvekkil yaparak kendisini kefil gibi gösteriyor, esas borç, bunun neticesi olarak vekilin ödünç vermesi ile meydana geliyor. Kefalette önce borç ilişkisi kurulur, sonradan bu borç için bir kimse kefil olur. Kredi vekâletinde ilk teşebbüs kefil durumundaki kimseden (vekâlet verenden) gelir. Bu şekilde esas borç ilişkisi kurulmadan kefalet akdedilmektedir.

b) Kefalet şekle tâbi *stipulatio* ile yapılır. *Mandatum qualificatum* ise, şekle tâbi değildir, rızaîdir. Daha kolay yapılır. Sağır ve dilsizler de yapabilir. Aynı yerde bulunmayan kimseler arasında da meselâ, mektupla veya haberci ile yapılabilir.

c) Klâsik hukukta kefaletteki teselsül yoktur.

Modern hukukumuzda kredi emri, kefalet gibi, yazılı şekle tâbidir. Kefalet hükümlerinin burada da yürürlükte olduğu belirtilmiştir (TBK. m.516 ve 519).

§ 11. AYNÎ AKİTLER SİSTEMİNİN GENİŞLEMESİ: İSİMSİZ AKİTLER (*CONTRACTUS INNOMATI*)

I. İsimsiz Akitlerin Oluşumu

Bu konuya kadar, Roma Hukukunun akitler sistemine dahil olan, sözlü, aynî, yazılı, rızaî olarak nitelendirilen dört gruptaki akitler görüldü. *Actio* ile himaye edilmiş olmaları bakımından bir alacak hakkı doğuran bu akitlerin dışında kalan anlaşmalar, ilke olarak bir *actio* ile himaye edilmiş değildiler. Devrimizdeki akit serbestisi ile bunun bir zıtlık oluşturduğu da belirtilmişti.

Ancak; bu dar sistem ticarî ihtiyaçlar karşısında yetersiz kaldığından, *praetor* hukuku ve imparatorluk hukuku, bazı anlaşmalara dava hakkı tanıyarak, yeni akit tipleri yaratmıştır. Bu gelişme bir taraftan aynî akitlerin, diğer taraftan rızaî akitlerin sayılarının artması sonucunu doğurdu.

Iustinianus hukukunda isimsiz akitler (*contractus innominati*) başlığı altında toplanan bir grup aktin bu terimle ifade edilmesinin sebebi, her birinin ayrı bir ismi olmamasındandır. Son aşamasını *Iustinianus* hukukunda bulan bu gelişmede görülen ilkeye göre: Taraflar bir husus üzerinde anlaşırlar ve birisi edimini kendiliğinden yerine getirirse, diğeri dava ile takip edilebilecek bir borçlu haline gelirdi.

Dolayısıyla, isimsiz akitlerin birinci özelliği tam iki taraflı (*sinallagmatik*) olmalarıdır. İkincisi, bir tarafın borçlanabilmesi için diğer tarafın edimini yerine getirmiş olması gerektiğine göre, hepsi aynî akit niteliğindedir.

Bu tür akitler, bir sistem haline getirilmemiş olmakla beraber, daha Klâsik hukuk zamanında da bir *actio in factum* ile geçerli hale getirilmiş idiler: Taraflardan birisi edimini yerine getirdiği zaman, diğerine dava hakkı veriliyordu; hattâ, birisi karşı edimin ifası diğeri verilen malın iadesi olmak üzere, iki davaları vardı. Bunlar; daha sonra *ius civile* davası olmuşlardı.

Karşı tarafın da edimini yerine getirmesini isteyen davaya *actio praescriptis verbis*, deniyordu ve tazminat niteliğinde idi. İfada bulunan taraf, verdiğini geri istiyorsa, bir *condictio* açarak akitten vazgeçmiş olurdu: *Condictio causa data causa non secuta* (mevcut sebebin sonradan gerçekleşmemesi davası). Bu bir *condictio sine causa*'dır (sebepsiz zenginleşme davası). Eğer ifa edilen edim, bir işin yapılması (*facere* borcu) ise, *actio doli* ile zararın tazmini de istenebilmekte idi[309].

İsimsiz akitler, *ius civile* akitler sisteminin genişlemesinin sonucudur.

M.S. II. yüzyıl başlangıcında, akitten doğan borçlar özel bir gelişme göstermiştir. Rızaî akitler belirli sayıda borç kaynağı oluşturduklarından, bu akitlerin kapsamı dışındaki bir konu üzerinde anlaşmaya dayanan işler için, herhangi bir rızaî akte dayanan dava açılamazdı.

M.S. 100 civarında, hukukçular bu ilkeyi daha ince bir analize tâbi tuttular.

Ulp. D. 2.14.7.2: *Dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittes...*

Kölen (P)'yi azad etmek için, sana köle (S)'nin mülkiyetini devrettim.

Bu durumda; eğer, sen (P)'yi azad etmezsen, azad etme borcunu ifa etmediğin için sana karşı hiçbir dava açamayacağım. Gerçekten bu konu, öngörülen hiçbir rızaî akit tipine uymamaktadır. Hiçbir borç oluşmamıştır. Sadece, *condictio* davası ile (*condictio causa data causa non secuta*) köle S'nin geri verilmesi talep edilebilir.

Bu olayın devamı olabilecek aşağıdaki faraziyede sonuç daha da ağır olabilir:

(*Manumisisci: evictus est Stichus*)

Sen, köle (P'yi) azad ettin, fakat (mülkiyetini sana devrettiğim) köle (S) daha sonra hukukî ayıp sebebiyle zaptedildi.

Bu şekilde daha sonra üçüncü kişi, mülkiyetini benden aldığın köle S'yi hukukî ayıp sebebiyle talep ederek istihkak davası açtı. Bu üçüncü kişi gerçek malik olduğundan, onu senden geri aldı (Yani sen köle S'nin, hukukî ayıp sebebiyle zaptı olayıyla karşılaştın). Bu durumda, bana karşı açabileceğin hiçbir dava bulunmamaktadır. Bu da açıkça haksız bir sonuçtur.

Bu sonucu düzeltmek için, hukukçu *Iulianus*, *praetor*'un bu somut durumun unsurları üzerine hakkında hazırlanmış bir dava tanımasını teklif etti (*actio in factum*)[310]. Başka bir hukukçu, *praetor*'un müdahalesinin gerekli olmadığını ileri sürerek itiraz etti. Zira, malvarlıklarında değişim gerçekleştirildiği için, bu konu bir akit olarak dikkate alınmalıydı. Bir rızaî

dava doğmuştu. Kuşkusuz; bu dava, praetor beyannamesinde farklı akit tipleri için öngörülenlerden biri olamazdı ve *formula*'sında dava sebebi olarak somut olayın yer alması gerekiyordu. Bu durum, itiraz eden hukukçunun gözünden kaçmadı: Mallarda karşılıklı değişim sağlayan rızaî akitlerin genel kurallarına dayanabileceğini ileri sürdü. *Praetor* beyannamelerinde öngörülen özel davalardan birine dayanmaya gerek yoktu, fakat oluşan durumdan somut olarak söz edilmesi gerekirdi[311].

Bu şekilde; önce *praetor*'un *in factum* (olaya dayanan) bir dava vermesi gerektiği ileri sürüldü. Buna karşı *formula*'da somut olayın belirtilmesiyle, *incertum* borçlar için bir *ius civile* davasının kullanılması gerektiği itirazı yapıldı. Gerçekten söz konusu durum, yunanca *sinallagma* kelimesi ile ifade edilen, mallardaki değişimi gerçekleştiren bir akittir. Bu ilişkiden de dava açılır. Hukukçu Aristo (ölümü MS. 105) daha da ileri gitti ve bu fikri genelleştirdi. Eğer bir taraf, diğer tarafın bir mal vermesi veya bir hizmette bulunması konusunda anlaşarak ona bir malın mülkiyetini devretmişse, bir değişim gerçekleştirilmiştir. Bu sebeple de, akdin hukukî şemasının uygulanmasına imkân vardır.

Aristo'nun bu fikri sınırlı sayıdaki akitlerin satış veya kiradaki değişime benzer durumlara genişlemesini sağlamıştır. Ancak, bu yeni akitler belirli isimlere sahip önceki akit tiplerinden farklıydı.

Bütün bu durumlarda, başlıca karşılıklı iki edimin öngörülmesi gerekiyordu ve o zaman borç oluşuyordu. Taraflardan birinin ifayı yerine getirmesi şartına bağlıydı. Bu durumların çoğunda, gerçekleştirilen bu edim bir *dare*'den (bir malın mülkiyetini nakletmek) ibaret olmalıydı[312].

MS. I. ve II. yüzyıllarda yerleşik akit kavramının değişimini görüyoruz.

Hukukçu Pedius (M.S. I. yüzyıl sonu) borcun hukukî yapısının dayandığı karşılıklı uyuşma (*conventio*) fikrinin, rızaî akitlerin kapsamını aştığına işaret etmiştir. Meselâ, sözlü akitlere, vaatlere de uygulanabilirdi. Bir *stipulatio* yapılması için zorunlu olarak beyan edilen kelimeler, borcun oluşması için, şekil şartı olsalar da, anlaşmayı (*conventio*) gösteriyordu. Zira, taraflar bu kelimelerle borcun oluşmasına ilişkin rızalarını ifade ediyorlardı.

Ulpianus D. 2.14.1.3: *Nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est.*

"...Zira, beyan edilen sözlerle oluşan *stipulatio*, eğer taraflar arasında anlaşma yoksa geçersizdir".

Durum ödünç (karz) (*mutuum*) için de aynı niteliktedir. *Mutuum*'da malın mülkiyetinin devri, ödünç veren ve alanın anlaşmasıyla, borcun oluşmasını sağlar. Bu şekilde *mutuum*, *stipulatio*, *expensilatio*[313], alım satım, kira, şirket ve diğerleri gibi akit olarak kabul edilmelidir.

Bu şekilde *mutuum*, *stipulatio*, yazılı akitlerde; alım satım, kira, şirket ve diğerlerindeki gibi *conventio* (anlaşmanın) önem kazanması, akit kavramındaki büyük değişikliği göstermektedir[314].

Aktin yapısına *conventio* (anlaşma) kavramının hâkim olması, akte yeni yapı vermesi, aynî akitlerin kapsamının genişlemesi, anlaşmaya dayalı yeni akitlerin ve davaların kabul edilmesiyle sonuçlanmıştır.

Ius civile, aynî akitler, sözlü akitler, yazılı akitler ve rızaî akitler dışındaki anlaşmalara, akitlere borçlandırıcı kuvvet ve *actio* tanımamıştı. Dava (*actio*) yoksa, hak da yoktur. Modern hukukumuzun akitler sistemi ile Roma Hukukunun akitler sistemi arasında en büyük fark da burada kendini göstermektedir. TBK.m.1'e göre, taraflar karşılıklı ve birbirine uygun rızalarını beyan edince akit tamam olur. Roma hukukunda böyle genel bir ilke yoktur. Ancak, belirli akit tipleri vardır[315]. Günümüz hukukunda, Borçlar hukuku alanında, Eşya hukukunun aksine olarak akit tipleri sınırlandırılmamıştır. Eşya hukukunda ise, *numerus clausus* (belirli sayı) ilkesi yer almaktadır.

Ticaret ve iktisadî hayatın gelişmesiyle, sayıları sınırlı olan, *ius civile*'nin akit tipleri, ihtiyaçları karşılayamaz olmuştur. Roma hukukunun gelişmesinde en önemli rolü olan, *praetor* faaliyetleriyle, klâsik devirden imparatorluk hukukunun ve Doğu'daki hukuk mekteplerinin etkisiyle yeni akit tipleri ortaya çıktı ve bunlara da *actio* tanındı. Belirli akitlerden oluşan sistemi gösteren, *ius civile* akitler sistemi iki açıdan gelişti:

İsimsiz akitlerin kabulü ile; aynî akitlerin alanı, rızaî anlaşmalardan (*pactum*'lardan) doğan borçlara dava (*actio*) tanınması ile rızaî akitlerin alanı genişledi.

Belirli ismi olan akitler yanında, Bizans doktrininin "isimsiz akitler" diye sıfatlandırdığı, bu tür anlaşmaların bir borç ilişkisi doğurmaya elverişli olduğu kabul edildi. Yani, bazı hukukî muameleler, eski isimli akit tiplerine uygun olmasa da, borç ilişkisinin varlığı kabul edildi. Zaten, klâsik hukukta bu işlemlerden birisine borç yükleyici kuvvet tanımak istenirse belirli tiplerden biri olarak kabul edilir ve bir *actio in factum* verilirdi. Aksi halde, edimde bulunan tarafa, verdiğini geri alması için bir *condictio* tanınır veya bir *actio doli* verilirdi.

Klâsik hukukta, ancak belirli işlemler bir borç ilişkisi yaratabilirdi ve bunların dışında borç ilişkisinin doğacağı henüz kabul edilmemekteydi. Fakat, *Iustinianus* derlemesinde, belirli bir borç ilişkisi yaratma imkânı, hukuka uygun bir edim ve karşı edime ait anlaşmalara da tanınmıştı. Şu anlamdaki, bir taraf karşı edimi elde etmek amacı ile bir edimde bulunmuşsa, diğer taraf da edim ile yükümlü tutulurdu. Bu şekilde, *Iustinianus* hukuku her biri bir isme sahip, dört akit grubunun yanında, isimsiz akitler denilen yeni bir akit grubu oluşturdu.

Iustinianus hukukunda, *actio praescriptis* ismindeki genel nitelikteki dava ile (bu bir *actio civilis* olup, aynı zamanda *in factum* davalardan biridir), edimin yerine getirilmesi istenebilir. Bu gelişmenin özellikle iki sebebi vardır: Birincisi, *ius civile* şekillerinin değişmesiyle, *conventio* = anlaşma unsurunun daha fazla önem kazanmasıdır. İkincisi ise, *ius civile* ile *praetor* hukuku arasındaki ikiliğin kalkmış olmasıdır. Bundan dolayı, hem *civilis*, hem *factum* bir dava tanınması artık mantıksız bir şey gibi görünmüyordu.

Ne aynî akitlere, ne rızaî akitlere girmeyen veya isimli bir aktin uygulama alanında kabulü tereddütlü olan her anlaşma, bir isimsiz akit oluşturmuştur. Taraflardan biri edimini ifa ettiği zaman, diğeri için bir borç doğar. Anlaşmaya dayanarak edimini ifa eden, maldaki hukukî ayıp, bozukluktan (zapt) veya maddî bozukluktan sorumlu tutulabilir. Edimi alan, kendi edimini ifaya zorlanabilir. Dolayısıyla, isimsiz akit oluşması için iki unsur gerekir: 1) Bir anlaşma ve 2) Bir edimin ifasından ibaret olan sebep.

İsimsiz akitler, aynî akitlerdir. Edim; daha önce bir akit bulunmadığı için *solvendi causa* (ifa sebebi) ile yapılmış değildir.

Edim; karşı edimin oluşması için *obligandi causa* (borç sebebi) ile yapılır.

Bu akitler isimli aynî akitlerden şu şekilde ayrılır: İsimli aynî akitlerde alınmış olan bir edimin geri verilmesi, iadesi söz konusudur. Bir edim, ancak daha önce alındığı zaman geri verilebileceğine göre, isimli aynî akitler, yapıları icabı bu şekildedir. İsimsiz akitlerde ise, daha önce bir edimin kabulü sebebiyle, karşı edim istenmektedir.

Roma hukukunun isimsiz akitleri, devrimizde ayrı bir kategori olarak mevcut değildir. Belirli isimlere sahip akitler olarak mevzuatta yer almıştır.

İsimsiz akit çerçevesine giren ve klasik devirden intikal eden bu tür akitler *Iustinianus* hukukunda, dört gruba ayrılmıştır.

Do ut des: Veriyorum, vermen için. Bu kategoride, yerine getirilen edim ve yerine getirilmesi beklenen karşı edim vardır. Her ikisinin de borcu bir malın mülkiyetinin devrinden ibarettir. Taraflardan biri malın mülkiyetini devretmekte, karşı taraf da yine başka bir malın mülkiyetini devretme borcu altına girmektedir; ineğimi veriyorum, karşılığında üç koyun vereceksin. Bu kategorinin en önemli akdi trampadır (*permutatio*). Trampa aktinde olduğu gibi bir daire ile bir arsanın, bir otomobilin; bir köle ile bir atın değiştirilmesi. Tarafların her ikisinin de edimi, bir malın mülkiyetini devretmek (*dare*) borcudur.

Do ut facias: Veriyorum, yapman için. Taraflardan birisi *dare*, diğeri *facere* borcu üzerinde anlaşıp; birisi malını verdiği zaman diğeri, *facere* borcu altına girerdi. Burada yerine getirilen edim, bir malın mülkiyetinin devrinden, yerine getirilmesi beklenen karşı edim ise, bir faaliyetten ibarettir. Meselâ, bir kimseye kendi kölesini azat etmek için bir miktar para vermek gibi. Veya, belirli bir işi yapmasını isteyerek bağışlama (ölünceye kadar bakma akti)[316]. Sana evimi veriyorum, bana ölünceye kadar bakacaksın. Sana arsamı veriyorum, bir yıl süreyle beni tedavi edeceksin. İki daire ve bir dükkân vermesi için inşaat yapana arsanın veya yıkılacak evin verilmesi (inşaat konusunda, müteahhitle ayrı bir istisna akti yapılması bunun dışındadır).

Facio ut des: Yapıyorum, vermen için. Yukarıdakinin aksine, taraflardan birisi yapma edimini yerine getirdiğinden, diğeri verme borcu altına girmiş olurdu. Burada yerine getirilen edim bir faaliyettir. Yerine getirilmesi beklenen karşı edim ise, bir malın mülkiyetinin naklinden ibarettir. Evini tamir ediyorum, karşılığında bir çift yük hayvanı vereceksin. Meselâ, kaybolan bir köpeğin yerini malikine haber vererek, malikin vaad ettiği mükâfatı almak gibi. Sen benim çalınmış otomobilimin yerini bildireceksin, ben sana belirli bir miktar para vereceğim. Kaybolan evrakı, pasaportu bulacaksın, 500 lira vereceğim[317]. Ben senin hastalığını tedavi edeceğim, sen de bana pul koleksiyonunu vereceksin.

Facio ut facias: Yapıyorum, yapman için. Taraflardan her ikisinin de edimi bir *facere* olup, birisi kendi edimini ifa ettiği zaman, diğeri karşı edim olarak, borcunu yerine getirmek zorunda idi. Burada yerine getirilen edim ile yerine getirilmesi beklenen karşı edimin her ikisi de bir faaliyetten ibarettir. Mesela, bir kimse diğerinin evini tamir edecek, o da bir yıl süreyle tedavi edecektir. Yahut; (B) benim arsamın üzerine ev yapsın diye, ben

onun arsasında kuyu kazıyorum veya duvarlarını yapıyorum. Evimde oturacaksın, fakat bahçemi, tarlamı işleyeceksin.

Bu tiplerde *consensus* + *res*, formülündeki *res*'in her zaman bir mal vermek değil, bazen bir iş yapmanın da olduğu açıkça görülmektedir.

İsimsiz akitler, tam iki taraflı, *sinallagmatik* (D.2,14,7,2), karşılıklı olarak edim mübadelesini öngören iyiniyete tabi sözleşmelerdir. *Iustinianus* döneminde karşı edimi isteyen taraf *actio praescriptis verbis*'i, yerine getirdiği kendi edimi geri almak için *condictio causa data causa data* denilen sebepsiz iktisap davasını açardı. Yerine getirdiği edimi yapma borcu ise, zararını tazmin için açacağı dava *actio doli* idi[318].

İsimsiz akit, taraflardan birinin edimini yerine getirmesiyle oluşur. Diğeri karşı edimi ifa etmiyorsa, borcunu yerine getirenin elinde iki imkân vardır.

1) *Actio praescriptis verbis*, *formula*'sında kullanması zorunlu olan kelimeleri kapsayan bir davadır. Muhtemelen davacı, davanın *formulası*'nın başında olayı bildirmek zorundaydı. Bununla, diğer tarafın edimini yerine getirmesini veya yerine getirmiyorsa, uğradığı zararın tazminini ister. Bu dava bir *actio civilis in factum*'dur ve bir iyiniyet davasıdır.

2) *Condictio*, sebepsiz iktisap davası ile borcunu yerine getiren taraf, karşı tarafın borcunu ifa etmemesi halinde, akitten vazgeçer ve ifa ettiği edimi, meselâ, verdiği malı ister. Eğer bir faaliyette bulunmuşsa, bu faaliyetin karşılığının tazminini ister. Taraflardan birinin ödemezliği sebebiyle akit bozulmaktadır. Açılan dava, genellikle sebepsiz iktisapta kullanılan *condictio sine causa*'dır. Mülkiyetin nakli şeklinde edim ifa edilmişse, verilen malın iadesi için *condictio causa data causa non secuta* (mevcut sebebin sonradan gerçekleşmemesi davası) açılır. İfa edilen edim bir işin yapılması veya bir faaliyetin icrası (*facere*) ise, *actio doli* ile zararın tazminini isterdi.

Bu davaların her ikisi de iyiniyet davalarıdır.

Bu akitlere "isimsiz akitler" denmesinin sebebi, Roma akitler sisteminde yer alan akitlerin hiçbirisinin içine girmemesi, karşılıklı edimlerin çok farklı karaktere sahip olmasından ileri gelmektedir. Ancak Ortaçağ doktrini bazılarını isimlendirmiştir.

Bu dört grup anlaşma tipinin içine pek çok akit girebilir. Aşağıda bunların en önemlileri yer alacaktır:

II. En Önemli İsimsiz Akitler

1. Mal değişim sözleşmesi, Trampa (*Permutatio* (TBK m. 282-284))

Do ut des tipine giren en önemli isimsiz ve aynî akittir. Bu akitle, tarafların anlaşmalarına göre, taraflardan biri bir malın mülkiyetini diğerine devreder, karşı taraf da başka bir malın mülkiyetini devretmek borcu altına girer.

Trampa, belirli bir borç düşüncesinden, malların karşılıklı değiş tokuş edildiği, paranın kullanılmasından önceki devrede, en ilkel devirdeki insanların ihtiyaçlarım karşılayan bir akittir. Alım satımdan farkı, mala karşılık para değil, başka bir mal verilmesidir. (İki hayvanat bahçesi, dört file karşı iki gergedanın verilmesi konusunda anlaşıyorlar ve hayvanların mülkiyetini devrediyorlar).

Bu konuda hukukçular arasında ihtilaf olduğuna değinilmişti. *Sabinianus*'lar mala karşı mal verilmesini bir nevi alım satım olduğunu, alım-satımla arasında fark olmadığını, kabul ediyordu[319]. *Proculianus*'lar ise, kimin alıcı, kimin satıcı olduğunun belli olmaması sebebiyle trampayı bağımsız bir akit olarak kabul ediyordu. Roma Hukukunun son devrinde, trampa bağımsız bir akit olarak kabul edilmiştir[320].

Trampa akti, taraflardan birinin ediminin konusu olan malın mülkiyetini devretmesi ile meydana gelir. Bu bakımdan trampa aynî bir akittir. Alım-satım ile arasındaki fark da buradan gelir. Alım-satım akti sadece tarafların rızası ile meydana gelir. Belirtildiği gibi, satıcı hattâ, sattığı malın mülkiyetini devretmek mecburiyetinde değildir, zilyetliğini geçirmesi yeter. Trampa'daki borç ise, mülkiyeti nakil borcudur. Semenin mevcut olmamasından başka, bir malın mülkiyetini devretmek mecburiyeti de, trampa'yı alım-satımdan ayırır. Nitekim D. 19,4,1,2'de Paulus trampa'nın -alım satımdan farklı olarak- sadece iradelerin uyuşmasıyla meydana gelmediğini, borç ilişkisinin doğması için başlangıçta malın devrinin gerektiğine, işaret eder. Üçüncü kişiye ait bir mal verildiği takdirde, mülkiyeti devredilemeyeceği için trampa akti meydana gelmez.

Iustinianus hukukunda, kendi edimini ifa etmiş olan taraf diğerinin de edimini yerine getirmesini *actio praescriptis verbis* davası ile ister. Yahut, *condictio* ile (*condictio causa data causa non secuta*) karşı tarafın kendi edimini yerine getirmeden verileni kendisinde bulundurmasının bir sebepsiz iktisap olduğunu ileri sürerek, verdiğinin iadesini ister[321].

Halbuki, alım-satımda, açıkça belirtilmedikçe, taraflar aktin ifa edilmemesi sebebiyle, alım-satımın bozulmasını isteyemez. Halbuki, kendi edimini ifa eden trampa aktinin tarafı, diğerinin edimini vermesini *actio praescriptis verbis* davası ile ister.

Modern hukukumuzda trampa, alım satım hükümlerine tâbidir (TBK. m.283, 284).

2. Aestimatum

Bu aktin, özel bir önemi vardır. Zira, Roma'da sık sık kullanılırdı. Bu akitle, taraflardan birisi, diğerine, satması için kıymeti takdir edilmiş bir mal verir, diğer taraf da onu satabilirse, bedelini ödemeye, satamazsa malı iade etmeye mecbur olurdu. Meselâ, bir imalâtçı veya toptancı, malını perakende satıcıya veya işportacıya satılması için verir. Aralarındaki anlaşmaya göre, belirli bir süre sonunda, malların hepsi satılmazsa, toptancı satılmayanları geri alır. Alan ise sattığı mallarda, takdir edilen miktarı ödemek borcu altına girer. Perakende satıcı veya işportacı, takdir edilen kıymet ile sattığı semen arasındaki farkı kâr olarak alır (Klâsik devirde, *praetor*'lar hak sahibine *actio de aestimatio* denilen *in factum* dava vermiştir. *Iustinianus* hukukunda bu akit de *actio praescriptis verbis* ile korunmuştur).

Günümüzde koltukçu, gezginci akdi, konsinye satış olarak anılan bu sözleşmede satışı üstlenen kimse de malı kendisi satın alabiliyordu. Alım satım, vekâlet, *locatio conductio* ve başka sözleşmelerin özelliğini taşıdığı halde bunların hiçbirine tek başına girmediği için, bu sözleşme *Iustinianus* döneminde isimsiz akitlerden biri olarak kabul edilmişti[322].

3. İğreti Akli: Precarium

Bu akit, uzun süre akitlerin dışında kalmıştır. *Prex*, rica kelimesinden gelmektedir. Bu akitle, taraflardan birisi, ücretsiz olarak bir malın veya bir hakkın kullanılmasını verir, diğer taraf da veren istediği zaman malı iade eder veya kullanmaktan vazgeçerdi. *Precarium*'un konusu genellikle taşınmaz mallardı ve alan da o malın zilyetliğini elde ederdi. *Precarium*'un başlangıcı uygulamada soylu (*patricius*) kişilerin arazilerini, tarlalarını ücretsiz olarak *clientes*'lerine (korudukları, kendilerine bağlı kişilere) vermeleri şeklindeydi. Bu ilişki her an sona erdirilebilirdi[323]. Daha sonra,

klâsik devirde, bir malı *fiducia*[324] akti ile alan kimse, söz konusu malı, istediği zaman malı verene iade etmek için alıyordu. Veya semeni (malın bedeli) henüz kendisine ödenmemiş olan satıcı, alıcıya satılmış malı, yine istediği zaman geri almak şartıyla verir. Bu işlemi *praetor interdictum de precario* vasıtası ile korumuştur. Bununla, *precarium* veren verdiği malı derhal geri alır.

Kullanım ödüncüne (âriyete) benzer amaçla daha ziyade taşınmazlar olmak üzere malların iğreti denilen *precarium* şeklinde de verildiği görülmektedir. Önce fertlere devlet tarafından verilen kamu arazileri *precarium* olarak nitelendiriliyor ve gerektiğinde devlet tarafından istendiğinde geri alınabiliyordu. Daha sonra *precarium*'un özel mülkiyet rejimine tabi arazilerde de kullanmaya başlanıldığı ve *precarium* gibi önce kamu hukuku alanında çıkmış bir himaye aracı olan *interdictum* ile korunduğu görülmektedir. *Precarium* sözleşme olmaktan ziyade, fiilî bir durumun geçirilmesini ifade eder, malı alan zilyet olur ve zilyetlik himayesinden yararlanır. Malı istendiğinde geri verecektir[325].

Precarium, ancak Postklâsik (Klâsik sonrası) hukukta akit niteliğini kazanmıştır. Böylece, *precarium* veren *Iustinianus* hukukunda, verilen malın iadesini talep etmek için *actio praescriptis verbis* davasını açardı. Eğer âriyet veren, âriyet olarak verdiği malı, her zaman geri isteyebilirse, Roma Hukukuna göre, âriyet değil, *precarium* (iğreti akti) var demektir. Zamanla âriyete (*commodatum*) benzetilmiş ise de, konusunun taşınmaz olması ve *detentio* değil, zilyetliğin geçmesi dolayısıyla farklıdır. İğreti akti ile bir malı almış olan zilyet (*possessor*) olur. *Detentor* (elde bulunduran) olan âriyet alandan farklıdır.

Precarium klâsik devirde *ius civile* tarafından bir akit olarak tanınmamıştı, fakat o devirde *praetor*'un tanıdığı, *interdictum de precario* aracılığı ile veren, malı her an geri isteyebiliyordu. Bu tarihî sebeplerle açıklanabilir. İğreti akti, âriyetten çok daha eskidir ve tarihî bir kalıntı olarak, âriyetin yanında varlığı devam etmiştir. Yalnız, *precarium* alanın, zilyetliği hiçbir zaman kazandırıcı zamanaşımı (*usucapio*) ile iktisabı sonuçlandıran bir zilyetlik değildir.

4. Uzlaşma: Transactio

Bu akit ile iki taraf karşılıklı olarak bazı haklarından vazgeçerek aralarında mevcut bir ihtilâfı ortadan kaldırır veya çıkacak bir ihtilâfı

önlerdi. Bu tip anlaşma klâsik devirde, henüz isimsiz akitler tanınmadığı için, ancak *stipulatio* şeklinde yapılırsa geçerliydi ve *actio ex stipulatu* ile takip edilirdi. Çoğu kez, bir kimse kendisine söz verilen edim karşılığında davasından vazgeçmekteydi. Meselâ tarafların aralarında çeşitli sebeplerden mevcut bütün borçları *stipulatio* yoluyla yenilerler, sonra artık *stipulatio* borcu haline gelen borçlarından da, uzlaşmalarında tespit ettikleri esaslara göre, *acceptilatio* denen şekli ibra işlemi ile kısmen veya tamamen vazgeçerlerdi. *Iustinianus* hukukunda ise, *transactio* bir isimsiz akit olarak kabul edilmiş ve isimsiz akitleri koruyan *actio praescriptis verbis* ile himaye edilmişti. Eğer, taraflardan biri kendi hakkından tamamen veya kısmen vazgeçtiği halde, diğeri anlaşılan şekilde, hareket etmemiş ise, ona karşı *actio praescriptis verbis* açılırdı.

Modern hukuk dili, bu akitleri "isimsiz akitler" olarak nitelendirmiştir ve gerek Roma hukukuna ve gerekse yürürlükteki hukuka bakarak onları "isimli" akitlerle mukayese etmiştir. Bu şekilde; bunların kendisine özgü ismi olmayan, Roma hukukunun *praetor* beyannamesinde öngörülen tipik bir davası bulunmayan, Orta Çağ Müşterek Hukuku kaynaklarında (*libri legales*) kendine özgü bir ismi bulunmayan veya yürürlükteki hukukta kanunda özel olarak öngörülen bir konusu bulunmayan akitler olduğunu belirtir. Ancak, terimin kesin bir kapsamı yoktur. Modern hukukta olduğu gibi, Roma hukukunda da bazı tiplerin kendine özgü isimleri vardır: Trampa olarak nitelendirilen *permutatio*'nun, yani bir malın başka bir malla değişiminin[326] özel bir ismi olmasına rağmen, beyannamede özel bir davası yoktu. (Paulus D. 19.4.1 pr.)

Bir malın, belirli bir değer tespit edilerek satılmak üzere üçüncü kişiye verilmesi, TBK tarafından bir akit olarak öngörülmemiştir. Roma hukukunda ise *aestimatum*[327] olarak isimlendirilmişti. Her ne kadar oldukça geç bir devirde, özel davası olmuşsa da Roma hukuku onu isimsiz akit olarak nitelendirmiştir[328].

§ 12. RIZAÎ AKİTLER SİSTEMİNİN GENİŞLEMESİ: ANLAŞMALAR (*Pactum*'lar)

I. Anlaşmaların (*Pactum*'ların) Niteliği

Ius civile akitler sisteminin aynî akitler grubu, isimsiz akitlerin yerleşmesiyle genişlemiştir. Rızaî akitler grubunun alanı da, *pactum*'ların (anlaşmaların) tanınması suretiyle genişlemiştir. İki veya daha fazla kişinin, bir ihtilâftan sonraki anlaşmalarına *pactum* denirdi. Terimin barış, uyuşma demek olan kökenindeki *pax* kelimesinin anlamı da bunu göstermektedir. *Pactum* terimi önceleri iki devlet arasındaki anlaşmaları ifade etmiştir. Daha sonra, özel hukuk alanında, *ius civile* tarafından tanınan akit tiplerinden birine girmeyen bütün anlaşmalar için kullanıldı. Nitelik itibariyle *contractus* ile *pactum* arasında bir fark yoktur. Fakat; *pactum*'lar, *ius civile*'ce tanınmadıkları için, bir dava ile takip edilemezdi. XII Levha Kanunu'nda, sulh olma, anlaşma, uyuşma, affetme anlamında bu kelime kullanılmıştır. Bir şeyden feragat etmeye veya bir davayı önlemeye yönelen anlam taşır. Nitekim, *iniuria* (müessir fiil) suçunun maddi tecavüz şeklinde işlenmesi, meselâ, birinin yaralanması ve benzeri hallerde suçlu zarar verdiği kimse ile belirli bir para karşılığı (diyet) uyuşabilir, anlaşamazsa, kısas usulü uygulanır. Uyuşurlarsa, davacı davasından feragat eder ve davalı mahkûmiyetten kurtulur. XII Levha Kanunu'nda *pactum*'un, görüldüğü gibi, borç oluşturan bir niteliği yoktur. Ancak; haksız fiillerden doğan davaları önleyen durumu vardır. Yine XII Levha Kanunu'nda mahkûm olan borçlu, icra usullerinin ağır sonuçlarından kurtulmak için alacaklı ile anlaşabilir, uzlaşabilir[329].

Zamanla, *praetor*'lar XII Levha Kanunu'nun düşüncesinden yararlanarak, tarafların ihtilaflarından vazgeçmek için anlaşmalarını geçerli saymaya başladılar. *Praetor*; *Edictum*'unda, kanunlara aykırı olmamak ve taraflardan birini aldatmamak şartıyla, anlaşmaları dikkate alacağını bildirmiştir. Yalnız, *pactum* henüz borç doğurmuyor, *actio* ile takviye

edilemiyordu. Ancak, yaptığı anlaşmaya aykırı iddialar ileri sürerse, *praetor* onu himaye etmeyeceğini ilân ediyordu. Meselâ, davacı kendisine borçlu olunan edimi istemeyeceğine dair yaptığı şekilsiz anlaşmaya rağmen, dava açmışsa, *praetor* davalıya yapılmış anlaşma def'i (*exceptio pacti conventi*) tanıyordu.

Bu şekilde; *praetor*, anlaşmayı ancak yapılmış veya yapılmakta olan esas aktin bir kısmı olarak dikkate almıştır.

Bu yüzden aktin oluşması ile birlikte yapılan anlaşmalar ve bir süre sonra yapılan anlaşmaların hükümleri şeklinde bir ayrım doğmuştur. İyi niyet akti ile birlikte yapılan anlaşma, iyiniyet aktinin bir kısmı sayılıyordu. O aktin davalarıyla takip edilebilirdi. Halbuki; sonra yapılan anlaşma, ancak davalı menfaatine olduğu takdirde, hüküm ifade ederdi. *Exceptio* yoluyla ileri sürülebilir. Davacı lehine yeni borç doğuyorsa, geçersizdi.

Nihayet, *praetor* doğrudan doğruya davalar tanıyarak bazı *pactum*'ları himaye etmiştir. Bu şekilde, *pactum*'la *contractus* arasında fark kalmamıştır.

Pactum'lar hiçbir şekle tâbi değildi ve rızaî akitlerin alanını genişletmişlerdir.

Bu konuda üç aşama görülmektedir:

a) *Ius civile*'nin bazı ek anlaşmaları tanıması,

b) *Praetor*'ların bazı *pactum*'ları kendi himaye vasıtaları ile koruması,

c) İmparator hukukunda yeni bazı anlaşmalara akit kuvveti tanınması.

Dolayısıyla, bütün bu anlaşmaların kapsamları dava ile takip edilir hale gelmiştir.

Glossator'lar *pactum*'ları, akitlere eklenmiş anlaşmalar, *praetor* tarafından dava tanınmış olanlar ve davası imparator tarafından verilmiş olan anlaşmalar şeklinde ayırmıştır.

II. *Ius Civile*'nin Tanıdığı Ek Anlaşmalar: *Pacta Adiecta*

Ius civile'nin geçerlilik tanıdığı *pactum*'lara, *pacta adiecta* (ek anlaşmalar) denir. Bunlar iyiniyet davası doğuran akitlere ilave edilir ve kapsamları o aktin davası ile takip olunurdu. Eğer anlaşma akitle birlikte yapılmışsa, o aktin davası ile talep olunur, anlaşma akte daha sonra ilave

edilmişse borçlunun lehine ise, borçlu tarafından bir def'i şeklinde ileri sürülürdü.

Önce, iyiniyet akitlerine bağlı ek anlaşmalar *ius civile* tarafından tanınmıştır. Ancak, yine, dar hukuk akitlerinde, *pactum* hüküm ifade etmez. Yapılan anlaşmaların, meselâ verilen para ödüncünün faizi için *stipulatio* yapılması gerekiyordu.

Ius civile tarafından kabul edilen yeni esasa göre, bir iyiniyet aktine meselâ bir alım satıma bağlı ek anlaşma, *actio empti* veya *actio venditi* ile takip edilmeye başlanmıştır. Ya durum ağırlaştırılır, meselâ, semen borcuna faiz eklenir veya borçlunun sorumluluğu ağırlaştırılır (vedia alan hafif ihmalinden sorumlu tutulabilir) yahut borçlunun durumu daha elverişli hale getirilir (borca vade konur, bu şekilde borçlunun sorumluluğu hafifletilir).

Bu tip ek anlaşmalara bilhassa alım-satım aktinde rastlanır. Alanın malı beğenmediği takdirde akti bozarak malı iade edeceğine dair *pactum displicentiae*; semen belirli bir tarihe kadar ödenmediği takdirde satıcıya ödenmiş taksitleri muhafaza ederek, akti bozmak ve malını geri istemek imkânını veren *lex commissoria*; daha uygun bir fiyat teklifi ile karşılaştığı takdirde, satıcıya, akitten dönmek imkânını tanıyan *in diem addictio*.

III. *Praetor*'ların Tanıdıkları Anlaşmalar: *Pacta Praetoria*

Praetor beyannamesinde, bir iyiniyet aktine bağlanmadan yapılan bağımsız anlaşmalar da geçerli sayılmıştır. Davalarının *formula*'ları olaya dayanmaktadır (*in factum*).

Bu anlaşmalar aşağıdaki şekildedir:

1. Constitutum Anlaşması

Doğmuş, mevcut edimin ifa edileceği yer veya vade gibi hususlarda taraflar anlaşma yapmaktadır[330].

Praetor'un dava hakkı ile himaye ettiği anlaşmalar arasındaki *constitutum*, belirli bir günde (ve çoğu kere belirli bir yerde) paraya veya başka mislî mallara ait bir borcun yerine getirileceğine dair bir vaattir. Bir borçlu, kendi borcunu ödemek üzere taahhütte bulunuyordu (*constitutum debiti proprii*). Bu anlaşma ile *Constitutum* başkasının borcunu ödeme

taahhüdü de yapılabilir (*constitutum debiti alieni*). Bu son durumda; bir tür kefaleti hedefleyen anlaşma yapılmış olmaktadır.

Bu anlaşmanın müeyyidesi için olan *actio de pecunia constituta*, kendisi veya başkası tarafından oluşturulmuş borcu, belli bir süre içinde ödeme vaadinde bulunana karşı açılan davadır.

2. Hakeme Tevdi: Receptum Arbitri

Hukukî ihtilafların halledilmesi için, tarafların işi hakeme (*arbiter*) götürmeleri ve hakemin de bu işi kabul etmesiyle meydana gelir. Hakem ile yapılan anlaşma gereğince, hakem, ihtilâfı çözmeyi üzerine alır. Hakemin şekle bağlı olmayan kabulüne dayanarak, *praetor*, hakemliği üzerine alması için, onu para cezası ile zorlardı. Bundan dolayı, burada bir *praetor* hukuku anlaşması vardır.

Bu şekilde; hakem; anlaşma ile üstlendiği bu görevi yerine getirmemişse, *praetor* hakeme para cezası verebilmekteydi (D.4,8,3,2). O halde bu şekilsiz anlaşmanın bir tarafında aralarında ihtilâfı anlaşmazlığı halledecek olan hakem bulunmaktaydı[331].

Modern hukukumuzda hakem aktinde, açıklık yoksa, bu konuda TBK.'nın genel hükümleri uygulanacak demektir. HMK'nın 407-444. maddeleri tahkim ve hakeme ilişkin sorunları düzenler. Tahkim akti, hakeme tevdide, hakem taraflarla bu akitle (bugünkü hukukta) bağlı olduğu için, ihtilâfı haklı bir sebebe dayanmadan görevini yerine getirmekten kaçınırsa (HMK m.419), akte aykırı hareket etmiş olur ve bu sebeple, TBK. m. 112 gereğince, tazminat vermekle yükümlüdür.

Hakemin vereceği kararın icra edilebilmesi için gerekli usul muameleleri "hakem kararının tenfizi usulü" konusu olarak Medenî Usul Hukuku dalının konusudur.

3. Gemicilere, Hancılara ve Ahırcılara Tevdi: Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum

Gemiciler, hancılar ve ahırcılar yolcuların beraberinde getirdikleri malların kaybından veya uğradıkları zarardan sorumludur. Gemiciler, gemilerine yüklenen mallara, hancılar, yolcuların bagajlarına, ahırcılar, bırakılan hayvanlara zarar verilmesinden veya çalınmasından sorumludur. Bu şekilde, yanlarında çalışan personelin verdiği zarardan veya

hırsızlıklardan sorumludurlar ve bu haksız fiil benzeri, kusursuz sorumluluktur. Klâsik devirde, sorumlulukları malların muhafazası için yapmaları âdet olan anlaşmadan, *pactum*'dan doğuyordu[332]. Kusurları olmadan, beklenmedik hallerden (*casus*) dahi meydana gelen zarardan sorumlu idiler. Mücbir sebepten (*vis*) sorumlulukları yoktu. O halde işletenlerin sorumluluğu nezaret sorumluluğu (*custodia*) olarak vasıflandırılabilir. Bu sorumluluğun anlaşma ile kaldırılması mümkündü (D.4,9,7 pr). *Iustinianus* hukukunda bu, kanunî sorumluluk haline gelmiştir. Yani, anlaşma yapılmasa da, yine malları muhafaza mecburiyeti getirmiştir. Anlaşmanın, örtülü olarak yapıldığı kabul edilmiştir[333].

Bu meslekleri icra edenlerin sorumluğunun ağırlaştırılması, bu alanlarda çalışan kimselerin, bazen, güvenilmez kişiler olması ve hırsızlarla işbirliği yaparak müşterilere zarar vermesiyle izah ediliyordu (D.4,9,1 pr). Müşteriler tevdi ettikleri malların çalınması veya zarar görmesi durumunda tazminat almak üzere *actio ex recepto* açabiliyordu[334].

4. Receptum argentarii

Bir bankacı ile müşterisi arasında yapılan bu anlaşmaya göre, banka muameleleri yapan kimse, müşterisinin üçüncü şahıslara karşı olan borçlarını ödemeyi taahhüt eder. Bu yükümlülük, müşterinin bankacı nezdinde, parası olmasa bile geçerliydi[335]. Bir kefalet gibi, nezdinde, müşterinin parası bulunduğuna teminat vermiş olurdu. Ancak müşterinin o sırada fiilen parası olmasa da, taahhüt yine muteber olurdu: Bugünkü ifade ile "kredi" veya "açık kredi".

Receptum argentarii, bir bankerin, bir başkası (çoğu kere bankerin müşterisi) hesabına yaptığı soyut bir ödeme vaadi idi. *Praetor* tarafından dava edilebilir hale konmuş, şekle bağlı olmayan, bir anlaşmadır. Müşterilerin, bankerde karşılıkları bulunmasa dahi, bankerin bu vaadi geçerliydi. Yani, banker, üçüncü kişilerle iş yapacak müşterisine kredi açmıştı. Bu anlaşma sadece, bankerle müşterisi arasında hüküm ifade eder. Ancak, müşterilerinin alacaklıları bankere başvuramaz. Zira aralarında bir anlaşma yoktur. Borçlu olan müşteri alacaklılarını bu bankere yollar.

Burada, *constitutum* anlaşmasından farklı olarak, önceden akdedilmiş bir borca gerek yoktur. Anlaşmanın konusu her türlü borç olabilir. Banker vaadini tutmazsa, müşteri bankere karşı, *praetor* tarafından verilen, bu olaya dayanan *in factum* dava (*actio recepticia*) açar.

IV. İmparator Hukukunun Tanıdığı Anlaşmalar: *Pacta Legitima*

Klâsik sonrası devirde, imparator hukukunun dava ile müeyyide getirdiği yeni anlaşmalar kabul edilmiştir. *Compromissum* (tahkim anlaşması), cihaz ve hibe vaatleri bunlar arasındadır.

1. Tahkim:

Compromissum denilen tahkim anlaşması ile iki kişi, aralarındaki hukukî ihtilâfı bir hakeme hallettirmek için bir anlaşma yapabilir. Hakemin vereceği karara uymazlarsa, bir ceza öderler. Klâsik devirde, borç doğurması için bu cezaî şartın *stipulatio* ile teminat altına alınması gerekiyordu. İmparatorluk hukukunda, bu anlaşmaya dava hakkı tanındı. İhtilâflı taraflar, *compromissum* anlaşmasını yaptıktan sonra, ihtilâfı hakeme tevdi ederlerdi (*receptum arbitrii*). *Iustinianus* hukukunda şekle uymadan, *pactum* ile yapılan tahkim anlaşmasının, tarafları yükümlülük altına soktuğu, dolayısıyla dava açılabileceği kabul edilmiştir.

Tarafların ihtilâfı hakemin çözümüne sunmak için yaptıkları anlaşma *compromissum*'dur. Ancak, bu tahkim anlaşması sonucu işi hakeme vermeleri ve hakemle taraflar arasındaki anlaşma *receptum arbitrii*'dir (*praetor* hukukunun tanıdığı anlaşmalardan).

2. Cihaz (dos drahoma) tesisi vaadleri:

Bunlar klâsik hukukta sözlü şekilde yapılırdı. Sözlü şekilde iki cihaz (dos) vaadi vardı: *Stipulatio* ile *dotis promissio* ve sadece vaad edenin konuşmasıyla meydana gelen *dotis dictio*.

II. Theodosius'un 428 yılında yayınlanan emirnamesi ile[336] şekilsiz bir anlaşma ile (*pactum*) yapılan cihaz (*dos*) vaadi geçerli sayılmış ve önceki iki şekil kaldırılmıştır. Bu vaad tarafları borç altına sokar ve gereğinde dava ile takip edilebilir.

Dos (cihaz, drahoma) kadının veya onun yerine başka birisinin, evlenme sebebiyle kocanın mülkiyetine getirdiği, bir ev, dükkan, değirmen gibi gelir sağlayan malların tutarıdır. Amacı, kadının da ev masraflarına katılmasını

sağlamaktı. Zamanla kocanın bu mallar üzerinde tasarruf yetkisi azaltılmıştı.

3. Hibe (Bağışlama) Vaadi:

Pactum yoluyla yapılan bağışlama (hibe) vaadinin de geçerli borç doğuracağı, *Iustinianus*'un 530 tarihli bir emirnamesi ile (C.8,53,45; I. 2, 7,2) kabul edildi. Şekilsiz (*pactum*) ile yapılan bağışlama vaadinin yerine getirilmesi, bağışlamanın fiilen yapılması *pactum*'dan doğan dava ile istenebiliyordu.

Hibe, bağışlama (*donatio*) bağışlayan tarafından, bağışlanana yapılan bir ivazsız kazandırmadır. Bir kimsenin malvarlığını azaltan, diğerinin malvarlığını ivazsız olarak arttıran her muamele hibedir[337].

TBK m. 285/1'e göre, bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Kazandırıcı muamele ile bağışlayanın mal varlığında azalma meydana gelmekte, buna karşılık bağışlananın malvarlığı artmaktadır. Bağışlama tasarruf muamelesiyle yapılabileceği gibi, borçlandırıcı (iltizamî) muamele ile de yapılabilir. Bir malın mülkiyetinin devri, intifa gibi sınırlı ayni hakkın tesisinde tasarruf muameleleri söz konusudur. Buna karşılık bağışlama vaadi, ibra sözleşmesi gibi hallerde hibe, borçlandırıcı karakterdeki muamelelerle yapılmaktadır. TBK m. 289 "Elden bağışlama, bağışlayanın bir taşınırın bağışlanana teslim etmesiyle kurulur" demek suretiyle tasarruf muamelesiyle yapılan hibeleri belirtmektedir. Buna karşılık TBK m. 288 bağışlama taahhüdünün geçerliliği için yazılı olmasını aramaktadır. BGB 518 daha sıkı şekil şartları arayarak, hibe vaadinin geçerliği için noter veya hâkim önünde yazılı olarak (resmi şekilde) yapılmasını şart koşmuştur. Şekilsizliği ilke olarak kabul etmiş olan bu kanunların bağışlamayı şekle bağlı kılmalarının en önemli sebebi, bağışlamanın ivazsız kazandırma olması, bağışlayanın malvarlığından çıkan değer karşılığında bir karşılık elde edemeyişidir. Bu nedenle kanunlar bağışlayanın konuyu bir defa daha düşünmesini istemiş, bağışlamaları zorlaştırmış veya çeşitli sınırlamalara tabi tutmuştur[338].

Roma Hukukunda bağış, ayrı bir akit değil, bir iktisap sebebi olarak gözönünde bulundurulur: *Causa donandi*. Kuruluşu, bağış şeklinde veya vaad ile olur.

Elden bağış halinde, bağışlanacak olan malın mülkiyeti, bağış alana nakledilir ve derhal aynî hak doğar. Bağışlama vaadinde ise, bir tasarrufî muamele yapmak vaadi vardır.

Klâsik hukuk devrinde bu vaadin *stipulatio* ile yapılması gerekir.

Bağışlama niyetiyle mülkiyetin geçilmesi, sınırlı aynî hak tesisi için *ius civile* tarafından görülmüş olan tasarruf muamelelerinin (*stipulatio*) yapılması lâzımdı[339].

Iustinianus hukukunda, şekilsiz *pactum* yoluyla yapılan bağışlama vaadinin geçerli olacağı kabul edilmiştir. Bu *pactum*'dan doğan borcun sorumluluğu hafiftir. Borçlu, kasıt ve ağır ihmalinden sorumlu tutulur, temerrüt faizi ödemezdi. Yalnız bağışlama 500 solidus[340]'u geçerse, resmî senet, tescil gerekiyordu. Verenin arzusuna göre, bir malın veya hakkın kullanılmasını sağlayan *precarium* (iğreti akti) bir bağışlama değildi. *Precarium*, genellikle taşınmaz bir malın zilyetliğinin veya hakkın kullanılmasının verilmesidir. Postklâsik devirde isimsiz akitler grubuna giren bir aynî akittir. *Precarium* alan zilyet sayılır, fakat bu zilyetlik kazandırıcı zamanaşımı ile iktisaba götürmezdi. Cumhuriyet sonlarından itibaren *precarium* vereni koruyan ve malın zilyetliğini geri almasını sağlayan bir dava vardı. Aksine, bir mali bağışlayan, onu geri almayacak şekilde verir. Kiracıya kira bedelini kazandırdığı için, ücretsiz olarak bir kimsenin bir evde oturmasına izin vermek, bir bağıştır.

Bağışlama, onu iktisab edecek olan kimsenin zenginleşmesi için yapılmış ve cömertliğe dayanan bir mal devridir. Bağışlama, bağışlayanın malvarlığında bir azalma[341] ve kendisine mal bağışlananın malvarlığında bir çoğalma meydana getirmelidir. İktisap etme imkânından feragat etmek, meselâ, gelecekte gerçekleşecek bir mirası reddetmek bağışlama değildir. Zira, malvarlığında bir azalma yoktur. Ayrıca, reddedilmeden önce, miras, henüz onu reddedene ait değildi. Aynı şekilde, bir rehin hakkının kurulması bir bağışlama değildir. Çünkü, alacaklı rehin hakkı ile, alacağının miktarından, yani kendisine ait olan miktardan fazlasını elde etmeyecektir.

Bağışlama aktinin oluşması, kendisine mal bağışlananın kabulüne muhtaçtır. Bundan dolayı, vasiyetname ile bir kimseye, tek taraflı olarak, diğerinin zenginleşmesi için bir mal bırakmak, bağışlama değildir[342].

Meselâ; (A), (B)'nin, (C)'ye olan borcunu öderse, (B)'nin malvarlığı çoğalmış olur. (A), bunu (B)'nin bilgisi ve iradesi olmadan da yapabilir. Yalnız (B) bu bağışlamayı reddederse, malvarlığındaki çoğalmayı ortadan kaldırmış olmaz. Ancak, bundan sonra, malvarlığındaki çoğalmanın hukukî

sebebi kalmamış olur. Çünkü hukukî sebebi teşkil eden bağışlama meydana gelmemiştir. (B), (A)'ya karşı bir sebepsiz iktisap davası ile (*condictio sine causa*) bu zenginleşmeyi geri verme konusunda sorumludur.

Bağışlamada bulunan kimsenin malvarlığında, kendi iradesi ile bir azalma, bağış alanın malvarlığında, karşılıksız bir çoğalma oluşur. Ancak; mal devredildiği zaman aynî hak meydana gelir[343]. Bir malın mülkiyetini nakil vaadinde, borç, bağışlama vaadinden doğar.

Klâsik hukukta, bağışlama vaadi özel bir akit değildir. Geçerli olması için *stipulatio* yapılması gerekirdi. *Iustinianus* hukukunda şekilsiz bağışlama vaadi geçerli sayılınca, borç oluşturan bir *pactum* halini almıştır[344].

İvazlı borçlara göre, bağışlayanın sorumluluğu daha hafif hükümlere tâbidir. Bağışlama vaadi yapan ancak kasıt ve ağır ihmalinden sorumludur[345]. Bağışlama vaadinde bulunan, ancak imkânları nispetinde ödeyeceği kadarına, mahkûm edilir (*beneficium competentiae*).

Eski ve klâsik Roma Hukukunda bağışlamalar, aile malvarlığı için fakirleşme sebebi sayıldığından, bağış serbestisine bazı sınırlamalar konulmuştur. Bağışlama gayri iktisadî bir muamele olması sebebiyle hukuken pek kolaylık görmemiştir[346]. Bu kısıtlamaların en eskisi M.Ö. 204'de yayınlanan *Lex Cincia* (*Cincia* kanunu) ile konulmuştur. Belirli bir sınırı aşan bağış yasaklanmıştır[347]. Bu kanun; genellikle hediye koparmak için yapılan baskıları önlemek amacıyla, belirli bir sınırdan fazla bağışlamayı ve ayrıca kabul etmeyi, belirli bazı şahıslar dışında, yasak etmiştir. Bu istisnalar arasında beşinci dereceye kadar kan, birinci dereceye sıhrî hısımlar ve eş vardır. Zira; bu takdirde bağışlanan mal, aile dışına çıkmıyordu.

Ancak belirli bir sınırı aşan bağışlamayı ne iptal ne de yasak ettiği için *Cincia* kanunu bir *lex imperfecta*[348] idi. Bağışlamayı yasak etmişti ama, bir kimse fiilen hibede bulunmuşsa, geri alınamamakta idi. İhlâl edilmesi hukukî sonuç doğurmazdı. *Cincia* kanununun uygulanması *praetor*'a bırakılmıştı. Fakat bağış konusu mal bir *res mancipi* ise ve *mancipatio* veya *in iure cessio* yapılmamışsa, *traditio* ile bağışlanana verilmişse, mülkiyet geçmemiştir. Bağışlama yapan *lex Cincia*'ya dayanarak *rei vindicatio* ile malını geri isteyebilirdi. Karşı taraf o şeyin bağışlandığını ve teslim edildiği def'ini (*exceptio rei donatae et traditae*) ileri sürerse, onun bu def'ine karşı *Cincia* kanununa dayanan def'i (*replicatio legis Cinciae*) ileri sürerek, davasını kazanırdı.

Mal, *mancipatio* veya *in iure cessio* ile verilmişse tam bağış (*donatio perfecta*) olur ve artık geri istenemezdi.

Stipulatio ile yapılması gerekli bağışlama vaadi söz konusu ise vaadin alacaklısının davasına karşı, *praetor* bağışlayana *exceptio legis Cinciae* tanırdı. Bu şekilde; *praetor*'lar *lex imperfecta*'ya müeyyide getiriyorlardı. Fakat, bağışlamayı yapan ölmüşse, mirasçıları bu def'iyi ileri süremez. Ölüm ile *Cincia* kanunu uygulanamaz hale gelir. Bu kanun IV. yüzyılda artık uygulamadan kalkmıştır.

Cincia kanunu, eşleri istisnalar arasında saymışken, klâsik hukukta karı koca arasında bağışlama da yasak edildi. Kaynaklar bu yasağın tamamen Roma'ya özgü olduğunu belirtmektedir. Bu durum; karı koca arasında şefkatin bir para ölçüsüne dönüşmesi ve sevgi sonucu, duygusal tarafın diğer taraf menfaatine mallarını kaybetmesi tehlikelerini önleme gerekçesiyle açıklanmaktadır.

Digesta ve *Novella*'da şu nokta belirtilmektedir: Uyumlu bir müşterek hayat para ile elde edilemediği gibi, eşler arasında daha iyi olanın diğerini sefalete düşürecek şekilde onun hesabına zenginleşmesi kabul edilemez.

Bu yasağın Augustus kanunları tarafından kabul edildiği anlaşılmaktadır. Başka bir açıklama; çoğalan boşanmalarla, aile servetinin dağılmasını önlemek amacıdır[349]. Bu yasağın incelenmesi, hukukçuların, bağış kavramını inceleyip, başlıca unsurlarını belirtmelerine yol açmıştır[350].

Bu yasağa rağmen, bağış yapılmışsa geçersizdir. Malın mülkiyeti geçmez, verilen mal geri istenebilir. Bağış vaadi varsa, vaad eden için borç doğmaz.

Eşler arasında bağış tamamen yasak olduğundan, elden verilen hibe halinde mülkiyet geçmez, iadesi istenebilirdi. Bağış vaadleri de geçerli olmadığından talepte bulunulamazdı.

İmparator *Caracalla* devrinde (MS. 206), eşler arasındaki bu bağış yasağı bir dereceye kadar hafifletildi. Bağışta bulunan eş, bağışın geçersizliğini ileri sürmeden ölürse, hayatta kalan eş, bağışlanan malları artık muhafaza edebilir.

III. yüzyıldan itibaren, bağışın belirli makamlara, özellikle mahkemelere, zapta geçirilmek suretiyle beyan edilmesi usulü yerleşti[351]. Muhtemelen, doğu eyaletlerindeki yazılı şekillerin etkisiyle, ayrıca gelişi güzel bağışları engellemek ve aleniyeti sağlamak amacıyla yazılı belge yerleşmeye başlamıştır[352]. *Iustinianus* hukukunda da 500 altın *solidus*'dan az bağışlar, bu şekil şartından kurtarıldı. Daha az miktardaki bağışlar için yazılı şekle

ihtiyaç yoktu. Daha fazla miktardaki bağışlamalar için yazılı şekil ve bunun da bir sicile tescili gerekiyordu. *Iustinianus* hukukunda; daha önceki gelişme sonuçlandırılarak bağışı alanın, bağışlayana karşı kötü davranması, nankörlüğü (meselâ, cana kastı ve ağır hakareti) sebebiyle özellikle bağışlamaya bağlanmış olan mükellefiyetin (*modus*) yerine getirmemesi halinde, bağışı yapan, bağıştan dönebilirdi (TBK. m.295) benzer hükümleri içermektedir[353].

Ancak, daha önce yapılan bir hizmete (meselâ can kurtarılmasına) karşılık armağan olarak yapılan bağıştan dönülemezdi.

Iustinianus 500 *Solidus*'a kadar olan bağışlama vaadinin sadece şekilsiz bir anlaşma ile yapılabileceğini kabul etmek, bağışlamayı *stipulatio*'dan soyutlamak ve bağışlama anlaşmasını (*pactum donationis*) Roma akitler şemasına almak suretiyle (I.2,7,2) günümüzdeki bağışlama sözleşmesinin temelini atmıştır[354].

§ 13. AKİT BENZERLERİ: *Quasi Contractus*

Borç doğuran kaynaklardan, akit benzerleri, *quasi contractus*, akitlerin bazı niteliklerinden mahrum olmakla beraber, borç doğuran hukukî ilişkilerdir. Ancak; bu ilişkilerde, "karşılıklı anlaşma" (*consensus*) yoktur.

Bu borç ilişkilerinde taraflar arasında amacına uygun yapılmış bir akit olmadığı halde bir aktin hükümlerine benzer hükümler bağlanmaktadır. Taraflar arasında bir akit yapılmış gibi bazı olgulara kanunen sonuç bağlanmakta, taraflar birbirine karşı alacaklı ve borçlu gibi davranabilmektedir. Daha önce belirtildiği üzere bu kategori *Iustinianus* tarafından oluşturulmuştur (I.3,27).

Akit benzeri ismi altında toplanan ilişkiler, birbirine benzemezler.

Iustinianus derlemesinde borç kaynakları dörde ayrılmıştır. *Iustinianus* hukukuna göre, akit benzerlerinin belirtici özelliği, bunların ne akit, ne de haksız fiil olmadığı halde, bir borç oluşturmasıdır. Akit benzeri kavramının böyle belirsiz kalması, bir borç bağı meydana getiren çeşitli olayların bu kategoriye girmesine sebep olmuştur. Kaynaklarda (D. 44,7,5 pr.; I. 3,27,1-6). Vekâletsiz İş İdaresi, Vesayet, Muayyen Mal Vasiyeti ve Borç Olmayan Konunun Ödenmesi, Müşterek Mülkiyet (*Communio*), Magistra Önünde Yemin Tevcihi, akit benzerleri arasında yer almaktadır.

Akit olmayan bu borç ilişkilerinden ayrı ayrı bahsetmek gerekir.

I. Sebepsiz Zenginleşmeler: *Condictio*'lar

Sebepsiz zenginleşme "hukuken geçerli bir sebep" (*iusta causa*) olmadan bir tarafın, diğer tarafın zararına malvarlığında oluşan artıştır. Böyle bir durumda malvarlığında azalma olan tarafın, malını diğer taraftan alabilme hakkı olmalıdır; fakat mülkiyet nakledilmiş olduğundan, malını elinden çıkarmış kimse, artık mâlik değildir ve bu itibarla *rei vindicatio* açarak malı geri isteyemez. Kendisine bir şahsî hak gerekecektir. İşte bu tür şahsî davaya *condictio* denmektedir.

Temeli, basit bir ilkeye dayanır: hiç kimse başkasının zararına zenginleşmemelidir.

Burada bir kimsenin malvarlığından çıkan bir değer (para, mal) diğerinin malvarlığına gitmektedir. Bu değerin nakline yeten hukuki sebep, son olarak, bu değerin iktisap edende kalmasına yetmemekte, bir haksız iktisap davası (*condictio*) açılarak iadesi istenmektedir[355].

Borçlar Kanunumuza göre, hukukî bir sebep (*iusta causa*) olmadan, başkasının zararına zenginleşmede bulunan kimse, o malı iade zorundadır (TBK. m.77). Aynı madde bazı sebepsiz zenginleşmeleri belirliyor: Geçerli olmayan sebep, gerçekleşmemiş olan sebep veyahut sona ermiş olan sebeple elde edilen mallar. TBK.m.78 ise "Borçlanılmamış edimin ifası" başlığı ile, diğer bir sebepsiz zenginleşme halini düzenliyor.

Sebepsiz zenginleşme, bir kimsenin malvarlığında haklı ve geçerli bir sebebe dayanmayan bir artışın, zenginleşmenin meydana gelmesidir[356].

Haksız iktisabın en fazla görüldüğü alan soyut (mücerret) hukuki muamelelerdir. *Mancipatio* ve *in iure cessio* klasik devirde mülkiyeti nakleden mücerret, soyut tasarruf muameleleridir. Bu muamelelerin dayandığı hukukî sebep geçersiz (mesela alım satım akdi herhangi bir nedenle bâtıl, geçersizdir) olsa bile, mülkiyet geçer, fakat alana karşı bir haksız iktisap davası açılarak iade istenir[357].

(B), hile sebebi ile geçersiz bir alım-satım akti sonucu, (A)'ya klasik devirde arazisini devretmiştir. (A)'nın malvarlığında sebepsiz zenginleşme meydana gelmiştir. Burada (B)'nin (A)'ya karşı açabileceği dava hangisidir? Bu; *condictio* sebepsiz zenginleşme davasıdır ve (A) ile (B) arasında yapılmış bir akte dayanmamaktadır. Bu sebeple, (A)'nın sebepsiz iktisabı, ne bir akittir, ne de bir haksız fiildir. Fakat, görüyoruz ki, bir borç kaynağı teşkil etmektedir. Bu duruma da, akitlere benzetilmek suretiyle "akit benzeri" (*quasi contractus*) denmiştir.

Borçlar Kanunumuz, akitlerden ve haksız fiillerden doğan borçların yanında, haksız mal iktisabından doğan borçları, üçüncü bir kaynak olarak, ayrı bir ayrımda düzenlemiştir (ayrım 3, m.61 vd.).

Sebepsiz zenginleşme halleri çeşitlidir. Sebepsiz iktisap; hukukî sebebi olmayan bir malvarlığının kazanılmasını gerektirir. Böyle bir iktisap, bir aynî hakta, özellikle bir mülkiyette de olabilir.

Sebepsiz zenginleşme, soyut bir alacak hakkının iktisabına da bağlı olabilir. Meselâ, (B), soyut (mücerret) bir *stipulatio* ile (A)'ya cihaz vaad ediyor. (A), evlenmiyor. Sebebe bağlı bir *stipulatio*'da, cihaz (*dos*) vaadine

dayanarak (B)'nin bir alacak hakkı doğmamış olurdu. Buradaki *stipulatio* soyut olduğu için, (B), evlenmeye bağlı olan cihazı, yani sebep mevcut olmadığı halde, alacağı elde etmiştir. Fakat, (B), bu alacağa hukukî bir sebep bulunmadan sahiptir ve bu alacaktan vazgeçmesi (geri vermesi) lâzımdır. Bunu borçluyu ibra etmekle yapacaktır.

Zilyetlikten doğan sebepsiz iktisap davası da olabilir. Meselâ, (A), başkasına ait bir para ile (B)'ye, mevcut olmayan bir borcu ödüyor. (B), paranın maliki olmamıştır. Fakat, mevcut olmayan bir borç ödendiği için, hukukî sebep olmadan, zilyet olmuştur. Zilyetlikteki değişiklikler, ne cebirle ne gizlice ne de *precario* (iğreti) ile olmadığı ve bu sebeple zilyetlik davalarının bulunmadığı hallerde, zilyetlik *condictio*'su söz konusu olur.

Meselâ, başka bir örnek: (A)'ya bir malı evime götürmesi için vekâlet veriyorum. (A), o malı yanlışlıkla (B)'nin evine bırakıyor. (B) de o malı geri vermiyor.

Bütün bu örneklerde, bir tarafın malvarlığında, diğerinin zararına olmak üzere bir artış vardır. Bu artış, zenginleşme de, ne bir akte, ne de bir haksız fiile dayanmaktadır. Bunun sebebi yoktur. *Condictio* için, malvarlıkları arasında bir değişiklik meydana gelmiş olmalıdır. Sebepsiz zenginleşme ilişkisindeki borçlunun, hukukî iktisabı gerekir. Bu sebeple, *condictio*; sebepsiz zenginleşmenin ortadan kaldırılmasına yönelen bir borç davasıdır. Eğer mal onu alanın malvarlığına girmemişse, malın mülkiyetini kazanmamışsa, malı veren kendisine ait mal üzerinde istihkak iddiasında bulunabilir. *Rei vindicatio* (istihkak davası) açabilir. O zaman, sebepsiz iktisap davasına gerek yoktur. İstihkak davası var oldukça, sebepsiz iktisap davası yoktur. Fakat, sebepsiz iktisaptan bir taraf zarar gördüğü zaman, iktisabın konusu üzerinde bir aynî hakkı kalmamıştır, bu sebeple, geri verilmesi için bir istihkak davası açamaz. Ancak, karşı tarafın malvarlığındaki söz konusu artış sebepsiz olduğundan geri isteyecektir. Ancak, bu iktisabın iadesinin, bir akitten veya haksız fiilden doğan dava ile istenememesi gerekir. İstenemezse, sebepsiz iktisaba dayanarak dava açılır. Bu dava da *condictio* ismini alır.

Sebepsiz (haksız) iktisap bir malın mülkiyetinin iktisabı tarzında, bir mücerret, soyut alacak hakkının elde edilmesi (sebepsiz yere bir mücerret, soyut *stipulatio* yapılması) veya lüzumlu masraflardan kurtulma şeklinde ortaya çıkabilir.

Bugün hukukumuzda böyle bir durumda sebepsiz zenginleşme davası (TBK 77 vd.) açılmaktadır, yani müktesip malvarlığı arttığı oranda, mevcut

zenginleşmeyi iadeyle yükümlüdür, halbuki Roma hukukunda klasik devirde *condictio* dar hukuk davasıdır, bununla zenginleşme değil, ancak haksız elde edilen belli bir mal (*certa res*) veya belli miktar para (*certa pecunia*) geri istenir. Başka bir deyişle zenginleşme, iktisap oranından fazla olsa bile istenemez. Meselâ borç olmayan bir miktar para hataen ödenmişse, ancak para geri istenebilir, faiz istenemezdi. Sebepsiz iktisap ödünç akdine benzetilerek akit benzeri sayılmıştır. Nitekim verilen ödüncü geri almak için açılan dava da *condictio*'dur[358].

Roma Hukukunun eski devirlerinde, sebepsiz zenginleşmelerin takibine dair özel bir usul yoktu. Zamanla, sebepsiz zenginleşme hallerinde, konuları gayrı mislî mal da olsa, birer *condictio* açma imkânı verilirdi. İlk sebepsiz zenginleşme, borç olmayan konunun ödenmesidir.

Daha klasik devirde *praetor* haksız yere başkasının malvarlığına giren değerler için *condictio* dışında kalan çeşitli himaye vasıtaları vermekteydi; süresi geçtiğinden haksız fiil işleyen kimsenin elde ettiği değer için kendisine dava açılamadığı haller veya miras bırakanın haksız fiilden dolayı kendilerine ceza davası açılmayan mirasçılarına karşı sebepsiz zenginleşme fikrine dayanan (*in id quod ad eum pervenit*) davalar verilebilmekteydi[359].

Romalıların başkalarının aleyhine zenginleşmenin tabii hukuka, dürüstlüğe aykırı olduğunu gerekçe gösterdikleri[360] sebepsiz zenginleşmenin mevcut olması için, klâsik devirde iki şart aranıyordu: 1) Bir malın mülkiyetinin nakledilmesi, 2) Bu mülkiyet naklinin sebepsiz olarak, mevcut olmayan bir sebebe dayanarak yapılmış olması. *Condictio* ile de malın geri verilmesi istenirdi.

Praetor hukuku getirdiği yeniliklerle, *ius civile*'deki durumu düzeltmiştir. Fakat, ancak *Iustinianus* hukukunda, sebepsiz iktisaplara dayanan *condictio*'lar belirli tiplere göre tasnif edilerek aşağıdaki son şekillerini almışlardır.

1) *Condictio indebiti* (borç olmayanın ifası).

Borç olmayan konunun ödenmesi veya mevcut olmayan bir borcun hata sonucu ödenmesi halinde açılır. Bu durum; sebepsiz zenginleşmelerin birincisi ve klâsik hukukta incelenmiş olanı idi. *Gaius*, aynî akitlerden bahsederken, yalnız tüketim ödüncü sözleşmesini (*mutuum*) zikrediyor ve "borç olmayan konunun ödenmesinin de (*solutio indebiti*) aynî borç doğurduğunu, fakat burada bir akit bulunmadığını, zira, borç doğurmak niyetinin değil; bir borcu, aksine sona erdirmek niyetinin" var olduğunu söylüyor.

Borç olmayan konunun ödenmesi, bir kimsenin, kendisini, verme (*dare*) borcu ile bağlı zannederek, hata sonucu, alacaklısı sandığı bir kimseye, bir miktar para veya bir malın mülkiyetini devretmiş olmasıdır.

Mülkiyet, gerekli muamelelerden birisi yapılarak nakledilmiş olduğundan (*mancipatio*; *in iure cessio* veya *traditio*) , artık alan tarafa geçmiştir. Yanlışın öğrenilmesi *rei vindicatio* açılmasını mümkün hale getiremez: Malı temlik eden kimse artık o mala malik olmadığına göre bir mülkiyet davasına sahip değildir. Fakat verdiğini geri alması da hakkaniyete uygun olacağından, kendisine bir şahsî dava hakkı verilir. Bu dava *condictio indebiti* ismini alır (borç olmayan konunun davası)[361].

Meselâ bir kimse, borçlu olduğu bir miktar parayı, aylarca önce alacaklısına vermiş olduğu halde, bunu unutarak tekrar vermişse; veya mirasçı, müteveffanın ödediği bir parayı, ödendiğini bilmediği için, bir daha ödemişse, durum böyledir.

Teslimde, hukukî sebebin (*iusta causa*), hukukî muamelenin uzak sebebine değil, yakın sebebine ait olduğunu unutmamak gerekir. Bunu dikkate alarak, mevcut olmayan bir borçta, yanlış olarak bir kimsenin o borcu ödemeye mecbur olduğunu sandığı durumu düşünelim: Bu zan, ödemenin hukukî sebebini kaldırmaz ve verilen malın mülkiyetinin geçmesini engellemez. Yani, bu ödemenin yakın sebebi vardır, dolayısıyla, hukukî sebep mevcuttur ve verilen malın mülkiyeti geçmiştir. Buna karşılık, eğer muamele belirli bir kanuna göre, mülkiyeti nakledemiyorsa, sebep hukukî değildir. Meselâ, eşler arasında bağış gibi.

Condictio indebiti'nin açılabilmesi için, hem veren, hem de alan tarafın hata etmiş olmaları gerekir: (Miras bırakanın, babasının ödemiş olduğu semen borcunu, mirasçı oğlunun (ve alanın) durumu fark etmeden tekrar ödemesi). Malı veren kimse borçlu olmadığını bilseydi, *condictio indebiti* açamazdı, çünkü bağışta bulunmuş sayılırdı[362]. Diğer taraftan alanın da iyiniyetli olması, yani kendisini alacaklı zannetmesi gerekiyordu. Alan taraf alacaklı olmadığını veya alacağını almış olduğunu bilerek ifayı kabul etseydi, kötü niyetle almış olacaktı ve kendisine, *condictio indebiti* değil, emniyeti kötüye kullanmak olan *furtum*'u işlediği için, bu haksız fiilden doğan dava (*condictio furti*) açılacaktı. [(D.13,1,18. . . *furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit* = ... borçlanılmamış paraları bilerek alan kimse *furtum* (hırsızlık) yapmış olur)].

Ayrıca, borcun gerçekten olmaması gerekirdi. Bazı hallerde bir dava ile takip edilemedikleri için ödenmemesi mümkün olan borçların mevcut

olduğunu ve bunlara tabiî borç (*obligatio naturalis*) dendiğini biliyoruz. Davasız bir borcu hata sonucu ödemiş olan, yani ödemese idi dava açılamazdı, düşüncesiyle hareket etmek isteyen kimse, *condictio indebiti* açamazdı (Meselâ zamanaşımına uğramış borç) (krş.: TBK. m. 78/2).

Bu şekilde; tabiî, davasız (*obligatio naturalis*) borçların ödenmesi halinde, verilen geri istenemeyeceği için böyle bir *condictio* açılamaz, zira tabiî borcun ifası geçerli bir ifadır. Vadeye bağlanmış borçta da durum aynıdır (bkz.I.,3,27,7).

TBK'da bu konu borçlanılmamış edimin ifası, başlığı altında 78. maddede düzenlenmiştir[363].

Condictio indebiti'de, hatanın bulunması önemlidir. Mevcut olmayan bir borcu bile bile ödemek, bağıştır. Buna karşılık, borç mevcut olmadığı halde, ödenen paranın mülkiyeti iktisap edilir.

Postklâsik devirde, *solutio indebiti*'den (borç olmayan konunun ödenmesinden) hareketle çeşitli *condictio* türleri oluşturulmuştur:

2) *Condictio causa data causa non secuta* (Önceden mevcut olan bir sebebin sonradan gerçekleşmemesi davası).

Mevcut bir sebebin, sonradan gerçekleşmemesi halinde, *condictio causa data causa non secuta* açılır. Burada; gelecekteki bir sonucun elde edileceği ümidi ile bir mal devredilmiştir. Ancak; bu sonuç, meydana gelmezse, malvarlığı devrinin sebebi kalmaz. Meselâ, (A), (B)'ye, kızı ile evleneceği ümidiyle cihaz (*dos*) olarak bir dükkan devrediyor. Fakat, evlenme gerçekleşmiyor. (B)'nin dükkanı iktisabı, (A) tarafından bu dava, *condictio* ile geri istenir.

Trampa (*permutatio*) yapmak üzere arsasını veren kimse, diğer tarafın kamyonetini vermemesi durumunda arsayı bu dava ile ister, zira arsanın verilme sebebi gerçekleşmemiştir.

Cihazı verme edimi yerine getirilirken bir sebep vardı, fakat sonradan bu sebep ortadan kalkmıştır, çünkü evlenme yoksa, cihaz diye bir şey olamazdı.

Bu durum: Borçlar Kanunumuzun 77. maddesinde, geçerli olmayan yahut gerçekleşmemiş veya sona ermiş malın geri verilmesi gerekir şeklinde ifade edilmiştir.

İsimsiz akitlerde, taraflardan biri edimde bulunmuşsa, karşı edim için dava açamazdı. Fakat *condictio causa data causa non secuta* ile verdiğini geri ister. (Diğer tarafın edimini yerine getirmesi için *Iustinianus* hukukunda *actio praescriptis verbis* tanınmıştır).

Bağışlanan malın, nankörlük sebebiyle, bağıştan caymadan sonra geri istenmesi için de bu *condictio* açılır. Zira, önce gerçekleşmiş sebep, bağıştan dönme ile ortadan kalkmış olur.

3) *Condictio ob turpem vel iniustam causam*. Ahlâka veya hukuka aykırı sebebe dayanan dava.

Bir kimseye, ahlâka veya hukuka aykırı bir işi yapmaması için para veya başka bir mal veren kimse, bunu geri isteyebilir. Bu *condictio* ile kabul edilmesi hukuka, ahlâka aykırı sebebe dayanan iktisapların iadesi istenir. Meselâ; eşkiyaya ödenen fidye, bir suçun işlenmesine engel olmak için ödenen para, görevine uygun şekilde hareket etmesi için memura verilen rüşvet. Malı muhafaza etmek için alan kişiye, (saklama sözleşmesi) malı geri vermesi için para verilmesi, bir kimseye hırsızlık yapmaması için verilen para[364] veya kanunî sınırdan fazla faiz alınması. Bir kimse, kendisine kötülük yapmasın diye birisine para vermişse, bunu sebepsiz zenginleşme davası ile (*condictio*) geri isteyebilir[365]. Fakat, hukuka, ahlâka aykırılık veren tarafta da varsa, bu *condictio*'ya dayanarak dava açılamaz. Meselâ, görevine aykırı hareket etmesi için memura verilen rüşvet veya bir suçu bilenlere susması için verilen para geri istenemez. Yalancı tanıklık yapılması için veya birisinin öldürülmesi için para veren kimse, beklediği faaliyetler yapılmamışsa verdiği parayı geri isteyemez[366], çünkü kendisi de hukuka aykırı bir iş yapmıştır. Bu gibi hallerde zilyedin durumunun daha iyi olduğu söylenir[367].

4) *Condictio furtiva*. Bu dava, malı haksız yere elinde bulunduran hırsıza veya mirasçılarına karşı açılır. Hırsız, çaldığı malın mülkiyetini kazanamamıştır. Ancak; zilyedi olmakla, malında artış olmuştur. Bu *condictio* ile çalınan malın iadesi veya zararın tazmini istenir. Bu durum, *rei vindicatio* ile *condictio*'nun bir arada bulunmayacağı hükmünün istisnasıdır. Zira, malikin mülkiyet hakkından doğan davası da (*rei vindicatio*) vardır. *Gaius*, bu durumu, hırsıza karşı duyulan nefretle (*odio furum*) açıklıyorsa da, tarihî sebeplerle açıklamak daha doğru olur. *Gaius*'un ifadesine göre, hırsıza karşı öyle bir nefret duyulmaktadır ki, ona bütün davaların açılabilmesinde bir mahzur görülmemiştir. Ancak, *condictio furtiva*, hırsızın mirasçılarına açıldığı zaman, normal bir dava sayılmalıdır. Bu *condictio* özellikle, istihkak davasının açılamadığı, çalınan malın telef olması halinde önem kazanır[368]. Mirasçıya karşı da açılabilir. Halbuki, istihkak davası (*rei vindicatio*) sadece zilyede karşı açılabilirdi. Eğer, çalınmış mal, hırsızın elinden çıkmışsa, mağdurun hırsıza veya mirasçısına karşı zilyet olmasa

bile, *condictio* açmak imkânı vardır. Çalınan para, hırsızın paralarıyla karışırsa, yine istihkak davası ile istenemez.

5) *Condictio ob causam finitam* mülkiyetin geçirilmesi sırasında geçerli olan sebebin sonradan ortadan kalkması halinde açılırdı. Sözleşme ifa edilmişse, pey akçesi olarak verilen yüzük işlevini tamamladığından bu dava ile geri istenebilirdi (D.19,1,11,6 ve TBK 77: "...ortadan kalkmış bir sebebe dayanarak alınmış malın iadesi gerekir"). C.4,9,2'de olduğu gibi, TBK 104'te borcun ödenmesinden sonra senedin iadesinin istenebileceği düzenlenmiştir[369].

6) *Condictio sine causa*. *Iustinianus* hukukunda, tasavvur edilebilecek bütün sebepsiz zenginleşme hallerinde kullanılmak üzere, genel nitelikte bir *condictio sine causa* (sebepsiz zenginleşme davası) oluşturulmuştur. Belirli sebepsiz zenginleşmeler içine girmediği için öngörülemeyecek olan tek tek hallerin hepsini kapsayan bir dava idi. Meselâ, hür bir kimseyi para alarak azat etmek, ölmüş bir kadına cihaz (*dos*) vermek, gibi hallerde uygulanırdı[370].

Eğer bir kimse, kendi elbisesine başkasının ipliklerini örmüşse, bunlar elbiseden daha da kıymetli olsalar, iplikler elbise malikinin olur. İpliklerin maliki, bunların elbiseden ayrılmasını, *rei vindicatio* ile isteyemez. Zira, artık ipliklerin bağımsız bir varlığı kalmamıştır. Ancak, *condictio sine causa* ile değeri istenir.

Hukukî bir sebep olmadan yapılan iktisabın bütün diğer halleri için *condictio sine causa* açılır. Meselâ, iktisap muamelesinin sebepli değil, soyut olması dolayısıyla, iktisap meydana gelmiştir, fakat sebebe bağlı muamele meydana gelmemiştir. Meselâ, (B), işleme (hukukî tağyir) TMK m. 775 ile başkasına ait olan malzemenin mülkiyetini elde ediyor, başkasına ait parayı ödünç olarak alan kimse, bu paranın kendi parasıyla karışması sonucunda onun mülkiyetini elde ediyor.

Başkasına ait para karz alana verilmişse ve iktisap eden bu parayı sonra kendi parası ile karıştırarak onun üzerinde mülkiyet hakkını kazanmışsa, ödünç akti doğmaz. Fakat, iktisap eden kimse, malike karşı, hukukî bir sebep olmadan aldığı para miktarınca zenginleşmiştir. Bu sebeple *condictio* ile sorumludur.

Bir kimsenin sebep olmadan vaatte bulunması halinde, henüz haksız yere ödenmiş bir meblağın olmadığı, fakat borçtan kurtulmasının istenebileceğini belirtilmektedir[371].

Klâsik sonrası hukukta ve *Iustinianus* hukukunda, malı iyiniyetle kazanan, sonuç olarak, elinde kalan zenginleşme miktarını geri vermeye mecburdur. Meselâ, (A), borcu olmadığı halde, (B)'ye hata sonucu borç ödüyor. Borcun mevcut olduğuna inanan (B), beklemediği bu ödemenin sevinci ile aldığı 100'ün 50'sini arkadaşı (C)'ye hibe ediyor. Burada (B)'nin *condictio indebiti* ile yalnız 50'yi geri vermesi gerekir. Diğer 50 tutarında zenginleşmemiştir. Yani, artık elde ettiğini değil, elinde kalanı geri vermek zorundadır[372].

TBK m. 79/1'e göre, sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür.

II. Vesayet: *Tutela*

Ergen olmayan küçükler üzerindeki vesayet, borç doğurması bakımından bir akit benzeridir. Küçükle (*pupillus*) vasi (*tutor*) arasında borç anlaşması aktedilmemiştir, ama borç ilişkisi vardır. Vasi, yaptığı işler dolayısıyla; vesayet altındaki küçük ise kendi menfaatine yapılan işlerden dolayı masraflar olmuşsa, borç altına girerler. Vesayet kısmen başkası hesabına bir tasarruftur. Klâsik hukuk ilmi devrinde, masraf yaparak küçükten alacaklı duruma geçen vasi, *actio negotiorum gestorum contraria* açarak, alacağını isteyebilirdi[373]. *Iustinianus* hukukunda ise, vesayet bir akit benzeri olarak kabul edilmiştir.

Dolayısıyla, vesayet, vasi ile vesayeti altındaki küçüğü birbirlerine karşı borç altına sokmaktadır. Ancak aralarında bir akit yoktur ve ilişki bir akte benzetilerek düzenlenmiştir. Vasi, vesayeti altındaki küçüğe hesap vermek zorundadır. Nispeten hafif bir özen ölçüsü uygulanır: Vasi, şirket aktindeki gibi kendi işlerindeki dikkat ve özeni (*diligentia quam suis rebus adhibere solet*), göstermek zorundadır. Hafif ihmal ölçüsü, somut bir ölçüdür. Karşılıklı davaların doğması ilişkinin akit benzeri olmasına dayanır.

Iustinianus devrinde, her zaman borçlu durumunda olan vasiye karşı *actio tutelae directa* açılır. Vasi de yaptığı masraflar için *actio tutelae contraria* açar. Her iki dava da iyiniyet davasıdır.

Klâsik devirde kayyımlık halinde de *actio negotiorum gestorum* açılırdı. *Iustinianus* hukukunda ise, gerek kayyımlık (*cura*) gerekse vesayet (*tutela*) hallerinde *actio tutela*e açılmakta idi. Daima borçlu olan taraf vasi

olduğundan, ona açılan dava *actio tutelae directa*; vasinin masraf yapması gibi bazı hallerde borçlu olabilen küçüğe karşı açılan dava ise, *actio tutelae contraria* idi.

III. Vekâletsiz İşgörme (İş İdaresi): *Negotiorum Gestio* (TBK. m.526-531)

1. Kavram

Vekâletsiz iş idaresi, akit benzerlerinin en açık örneğidir[374]. Bir kimsenin, vekâletini almadığı başka bir kimseye ait bir işi veya muhtelif işleri idare etmesidir. Böyle bir hizmetin görülmesi, bir taraftan vekâletsiz iş gören kimseyi, üzerine aldığı işi bitirmeye, diğer taraftan işi görülen kimsenin, faydalı olarak yapılan hizmeti kabul etmeye ve vekâletsiz iş görenin, o andaki ve gelecekteki masraf ve zararlarını ödemeye mecbur ederdi.

Demek ki, bir kimse, vekâleti olmadan başkasının işlerini idare ederse, işi idare edenin ve iş sahibinin borçları doğmaktadır.

Burada da, akitlerde olduğu gibi, iki taraf vardır. Fakat bunların arasında karşılıklı bir anlaşma bulunmadıktan başka, iş sahibi denilen tarafın (*dominus negotii*), kendi işinin yapıldığından haberi dahi yoktur.

Kurumun ortaya çıkışı vekâletteki gibi olmuştur;

Başlangıçta; işi idare eden, devletin görevlendirdiği memur veya asker olarak Roma'dan ayrılmak zorunda kalan yurttaşın, daha sonraları işleri dolayısıyla İtalya'dan ayrılan tüccarın malvarlığının başına bıraktığı genel bir *procurator*, vekildir. Bütün işleri yönetir. Cumhuriyet devrinin sonlarında ise, malikin yokluğunda belirli bir araziyi veya ticarî işletmeyi sadece yönetmekle görevli vekillerle (*procurator*'larla) karşılaşılır. Ancak; bu güvenilir bir kişi, bir dost veya daha sonraları aile reisinin işlerin yönetimini bıraktığı bir azatlıdır. Bu tip *procurator*'a, vekile karşı *ius civile*'ye dayanan bir iyiniyet davası açılırdı. *Praetor* da, beyannamesinde gaip veya belirli mirasçılar bırakmadan ölmüş bir kimsenin işlerinin idaresi için *in factum* davalar vermiştir.

Her iki halde de, ilgili kimse, çıkarlarını savunabilmek için, orada hazır değildir. Dolayısıyla bu işleri idare eden kimsenin, kötü idaresinden sorumlu tutulması zorunlu gözüktü. Bununla birlikte, işleri idare edene, o

konuda faydalı olan işler dolayısıyla yaptığı masrafların tazmin edilmesi kabul edildi.

D.50,17,36'da Pomponius "bir kimsenin kendisini ilgilendirmeyen bir işe karışması kusurdur" (*Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*) demek suretiyle Roma hukukundaki ana ilkeyi ifade etmektedir[375]. Fakat *Iustinianus*'un (1.3,27,1) işaret ettiği gibi "acele ile ülke dışına çıkmak mecburiyetinde olduklarından işlerinin idaresini belli bir kimseye tevdi edemeyen kişilerin bu işlerinin görülmesi menfaatleri icabı olduğundan" klasik devirden itibaren Roma toplumunda geçerli, birbirine yardımı emreden ahlak kuralı gereği başkaların işlerinin görülmesi halleri (*negotia gesta*) hukuki düzenlemeye bağlanmıştır[376].

Burada bir kimse (*negotiorum gestor*) kendisine verilmiş vekâlet veya temsil yetkisi olmadan, başkasına ait (*dominus negotii*) fiilî veya hukukî işleri görmektedir[377]. Vekâlete benzetilen vekâletsiz iş idaresine örnek olarak bir kimsenin, askerlik dolayısıyla Roma dışında bulunan arkadaşının evini tamir ettirmesi, doğan hayvan yavrularına bakması, tarladaki ürününü kaldırması, alacağını tahsil etmesi, borcunu ödeyerek malını rehinden kurtarması gösterilebilir[378].

Vekâletsiz iş idaresinin iki özelliği vardır: Birincisi; iş sahibi ile iş gören arasında bir anlaşma yoktur. Eğer iş sahibi, kendi işinin yapıldığından haberdar olsa, açık veya örtülü iradesini beyan etse, o zaman vekâlet akti olurdu; buna karşılık vekâlet vermiş olduğunu zannetse, fakat gerçekte böyle olmasa yine vekâletsiz iş idaresi vardır.

İkinci özellik, başka bir kimsenin işi görülmelidir. İş yapan, başkasının zannederek kendi işini görüyorsa, vekâletsiz iş idaresi yoktur: Demek ki, başkasının işini görme niyeti kâfi değildir; başkasına ait bir işin fiilen yapılması gerekir. İşi görürken yapacağı masrafı iş sahibinden almayı düşünmüş olmalıdır; yoksa, eğer sırf iyilik ve dostluk olsun diye yapmışsa, o zaman hibe (bağış) vardır.

Meselâ, tatile çıkan bir kimsenin bahçesinde patlayan su borusunu komşusu tamir ettiriyor veya yıkılan bahçe duvarını tamir ettiriyor, gelen su ve elektrik tahsildarlarına parayı ödüyor yahut telefon faturasının tutarını yatırıyor. Mirasçılar, ortaya çıkana kadar, vefat edenin, mallarına ait işleri yapıyor, masraf ediyor, para harcıyor. Bu hallerde başkasına ait işler yapılmaktadır. İş sahibinin ne vekâleti, ne de haberi vardır. İşleri idare eden, bunu komşusu adına, onu zor durumdan kurtarmak için, tıpkı vekâleti varmış gibi yapmaktadır ve işlere de, komşusu döndüğü zaman yaptığı

masrafları ondan almak niyeti ile girişmektedir. Bu hareketi ile işi idare edilen ile idare eden arasında bir borç ilişkisi doğmuştur. Lehine masraflar yapılmış olan kimse yolculuktan döndüğü zaman bu masrafları ödemekle yükümlü olacağı gibi, borçlusunun yaptığı ödeme sonucu elde edilen mal ve paranın da kendisine verilmesini istemeye hakkı vardır. Bu konuda, iş sahibine bir dava hakkı tanınmıştır.

Buradaki borç ilişkisi bir akitten doğmuş değildir. Zira akitten bahsedebilmek için her iki tarafın da karşılıklı rızalarının bulunması lâzımdır. Halbuki burada, iş sahibinin ne rızası, hattâ ne de haberi vardır. Bu durum, vekâlet aktine benzetilerek bir akit benzeri sayılmış ve buna da vekâletsiz iş idaresi denmiştir.

TBK. m.526 vekâleti olmadan başkasının hesabına işgörmeden söz eder.

Türk Borçlar Kanunu'nun 526. maddesi onuncu bölümünde, bir kimsenin, vekâleti olmadan, başkasının işini görmesi dikkate alınarak, vekâletsiz iş idaresi düzenlenmiştir.

Alman M.K.'da bu kısım için doğru olarak "münferit borç ilişkileri" terimi kullanılmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun başlığını da bu yönde anlamak gerekir.

2. Vekâletsiz İş İdaresinin Şartları

A) Bir kimse vekâleti olmadan başkasının işlerine karışmış olmalıdır. Vekâlet verilmemiş olması başlıca şartlardan biridir. Eğer, iş sahibi, görülen işten haberdar olmuş ve itiraz etmemişse, vekâlet akti söz konusu olurdu. Halbuki iş gören, yanlış olarak vekâletle iş gördüğünü zannetmiş olsa bile, yine vekâletsiz iş idaresi mevcut olurdu. İş sahibinin istememesi ve açıkça yasaklanmasına rağmen, iş yapılırsa, *Iustinianus* hukukunda, iş görenin hiçbir hakkı olmaz.

B) İdare edilen iş başka bir kimseye ait olmalı idi. Yani, kendisine ait olduğu halde, başkasının zannedilerek bir iş yapılmışsa, bu vekâletsiz iş idaresi sayılmazdı. İş sahibinin şahsına ait hatanın bu bakımdan bir önemi yoktu. Buna karşılık işin sahibi, işi yapanın düşündüğü kişi değil de, bir başkası ise yine vekâletsiz iş görme söz konusu olurdu (D.3,5,5,1)[379].

C) Bu işi yaparken, iş sahibini borç altına sokmak, yaptığı masrafları ondan almak niyeti ile hareket etmiş bulunması gerekir. Eğer, başkasının işleri bir iyilik amacı ile yapılmış ise, meselâ, bir borçlunun borcu, haberi

olmadan ona iyilik olsun diye ödenmiş ise, vekâletsiz iş görme söz konusu olamaz.

D) Girişilen iş, esasen iş sahibi tarafından da yapılacak bir iş olmalıdır.

Faydasız olarak veya iş sahibinin yasaklamasına rağmen görülen işe, iş sahibi sonra icazet verebilirdi. Ortaya bir vekâlet akti çıkar. Alacak ve borçlar vekâlet akti hükmüne göre tayin edilir[380]. TBK. m.531'de aynı hüküm görülür: "İcazet vekâlet demektir" kuralı[381]. Vekâleti olmadan bir cenaze merasimi düzenleyen kimse, bunu merhamet sebebiyle değil de, merasimi yapmakla görevli olan bir kimsenin yerine yapmışsa, özel tipte bir vekâletsiz iş idaresinde bulunmuş olurdu. Bu kimse, gerçekte bu işle yükümlü olan kişiden ölenin sosyal ve iktisadî durumuna uygun miktarda, yaptığı masrafları geri alabilir.

3. Vekâletsiz İş İdaresinden Doğan Davalar

Vekâletsiz iş idaresinden; eksik iki taraflı, iyiniyete tâbi bir borç ilişkişi doğar. İşi idare eden her zaman borç altına girer; iş sahibine hesap vererek elde ettiklerini ona devretmek zorundadır. Başladığı işi yarım bırakamaz. İş sahibi ise, bazı hallerde borçlanır. Bu sebeple, açılacak davalar *directa* ve *contraria* şeklindedir. Vekâletsiz iş idare edene karşı *actio negotiorum gestorum directa* [382] açılır. İşin, gerektiği şekilde sonuçlandırılmasını ister. İşi yapan, iş sahibine karşı *actio negotiorum gestorum contraria*'yı açar. Krş. TBK m. 530. İşin idaresi amacıyla yapmış olduğu masrafların ödenmesi ve yüklendiği borçları üzerine almasını ister. Meselâ, uzun bir süre evinden ayrılmış olan komşusunun evinin çökmek üzere olan direklerinden ikisini tamir ettirmiş veya değiştirmiş yahut hastalanan kölesini veya atını tedavi ettirmiş, ilaç ve yiyecek masraflarını ödemişse, işleri idare eden bu masrafların tazminini iş sahibinden isteyebilir. Yahut, (A), (B)'nin bulunmadığı zamanda, hasta atı için veteriner getiriyor. Tedavi fayda vermiyor ve at ölüyor. (A), veteriner için yaptığı masrafları isteyebilir. Ancak, iş sahibi, yapılan masraflar arasından lüzumlu ve faydalı olanlarını öder, lüks masrafları ödemek zorunda değildir.

TBK. m.529/1'de işi yapan, zorunlu ve faydalı masrafları faizi ile ister, şeklindedir.

Vekil, dürüstlük kuralına (*bona fides*'e) göre yapılmasını haklı bulduğu, bütün masrafların tazminini isteyebildiği halde, vekâletsiz iş gören, sadece lehine işlemi yaptığı kimsenin görüşüne göre uygun olan masrafları

isteyebilir. Dolayısıyla, (B)'nin, yerine yeni bir ev yaptırmak için yıktırmak istediği harap evini tamir ettiren kimse, yaptığı masrafları (B)'den isteyemez.

Vekâleti olmadan başkasının işini idare etmeye teşebbüs eden kimse, bu işe kendiliğinden giriştiği için, işin idaresinde bütün dikkat ve özeni göstermek ve başladığı işi sona erdirmekle yükümlüdür. Bu borç ilişkisinden hiçbir menfaati olmadığı halde, vekâlet aktinde olduğu gibi, bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumludur. Hafif ihmali yönünden, kendi işlerini görürken gösterdiği mutad özeni gösterdiğini savunma olarak ileri süremezdi (I.3,27,1). Fakat, iş sahibi için, ağır bir zararın söz konusu olduğu âni bir tehlike halinde (meselâ, inşaatın yanında çöken toprağı engellemek için, inşaat sahibi gelene kadar, duvar yaptırması) vekâletsiz iş idare edilmişse, idare edenin sorumluluğu daha hafif olarak takdir edilirdi. İşi idare eden sadece kasıt ve ağır ihmalinden sorumlu tutulur.

TBK. m.527'de aynı kıstas yer almaktadır[383].

İş sahibinin istemediği veya yasak ettiği bir işi yapılmışsa, işi yapanın sorumluluğu aksine çok daha ağırdı, bazı beklenmedik olaylardan (*casus*) da sorumlu tutulurdu.

TBK. m.527/2'de de aynı hüküm vardır: İş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamasına rağmen, o kimse bu işi yapmış ise, beklenmedik halden de sorumlu olur.

Vekâletsiz iş idare eden giriştiği işi bitirdiği zaman, iş sahibine hesap vermek ve bu iş dolayısıyla elde ettiklerini devretmekle yükümlüdür.

IV. Tesadüfi Müşterek Mülkiyet: *Communio Incidens*

Tesadüfî müşterek mülkiyet; belirli bir mala, birden fazla kişinin kendi iradeleri bulunmadan, bir akit oluşmadan, meselâ, o malın muayyen mal vasiyeti ile veya bağış yoluyla meydana gelen müşterek mülkiyette, müşterek malik oldukları zaman meydana gelirdi. Müşterek mülkiyet; miras veya farklı maliklere ait malların karışması (aynı depoda birkaç kişiye ait buğdayların karışması veya aynı arsanın birden fazla kişiye vasiyet edilmesi) (*confusio* veya *commixtio*) gibi bir olaydan da doğabilirdi. Burada şirket gibi bir akit yoktur. Meselâ, aynı müteveffaya birlikte mirasçı olan birkaç kişi, miras mallarında ortaktırlar, fakat bu ortaklık kendi rızaları ile

olmamıştır. Bu, müşterek mülkiyet durumu, tarafların iradesi dışında, bazı tesadüfi olaylarla oluşmuştur. Bu hukukî durum da, şirket aktine benzetilerek, akit benzeri olarak düzenlenmiştir[384]. Bu şekilde ortak duruma gelenler arasındaki ilişkileri, zarar veya kârın bölünmesinde olsun, masraflardan hisseye düşen olsun, malın taksimi davası, düzenlerdi. Sorumluluk da, şirket aktine benzetilerek düzenlenmiştir. Her malik "kendi işlerindeki özeni" göstermek zorundadır[385]. Taraflar; her zaman müşterek mülkiyeti sona erdirmek aralarındaki malları taksim etmek için müşterek mirasın mallarının taksimi davasından[386] veya müşterek malların bölünmesinde kullanılan davadan[387] yararlanabilirler. (I. 3,27,3) Taraflar aynı zamanda, hem davacı, hem de davalı olurlar.

V. Belirli Mal Bırakma (Muayyen Mal Vasiyeti): *Legatum* (TMK. m. 517)

Muayyen mal vasiyetinde bir kimse ölümünden sonra geçerli olmak üzere belli malını veya mallarını -mirasçı tayini olmadan- belli bir kimseye vasiyet etmektedir.

Klâsik hukukta, mirasçı ile lehine mal vasiyet edilmiş kimse arasında *per damnationem* mal vasiyeti ile *sinendi modo* mal vasiyeti, bir borç ilişkisi doğururdu. *Per damnationem* mal vasiyeti ile vasiyetçi, mirasçısına, lehine mal vasiyet ettiği kimse için edimde bulunmasını emrederdi. Meselâ; "Mirasçım, şu evi versin". Böylece bu kimse, mirasçıya karşı alacaklı duruma geçerdi. Vasiyetçinin ölümü ile mirasçı, lehine mal vasiyet edilen kimseye karşı o malı devretmek borcu altına girer. Mirasçı ile lehine muayyen mal vasiyet edilen kimse arasında, ölenin iradesiyle sanki akit varmış gibi bir borç ilişkisi oluşurdu. Mirasçıya karşı alacak hakkı vardır. Vasiyetten doğan *actio ex testamento* ile şahsî dava açabilirdi[388].

Sinendi modo mal vasiyeti ile, vasiyetçi mirasçıya lehine vasiyette bulunduğu kimsenin, kendisine bırakılan malı almasına izin vermesini emrederdi. "Mirasçım, *Titius*'un şu evi almasına izin vermeye mahkûm olsun". O zaman mirasçı sadece kabul etmek tahammül etmekle (*pati*) yükümlü idi.

Görüldüğü gibi, lehine mal vasiyet edilmiş kişinin, ne mirasçı ile, ne de ölen kişi ile bir akit yapmış olduğu söylenemez[389].

§ 14. HAKSIZ FİİLLER: *DELICTUM*

I. Genel Bilgiler

Borç doğuran kaynaklar arasında haksız fiiller, önemli bir yer işgal ederler. Roma Hukukunun haksız fiil kavramı ile modern hukuk arasında fark bulunduğundan, önce modern hukuktaki haksız fiil kavramını ana çizgileri ile gözden geçirmek gerekir.

Modern hukukta, cezaî ve hukukî sorumluluk arasında kesin bir ayrım vardır. Eski Çağ hukuklarında ise durum, bu şekilde değildi.

Modern hukuktaki haksız fiil veya suç söz konusu olduğu zaman toplumun ortak menfaatini himaye eden bir kuralın ihlâl edilmiş olduğu anlaşılır. Böyle bir olay zamanımızda, birbirinden ayrı, biri özel hukuka, diğeri kamu hukukuna ait olmak üzere, iki sonuç doğurur.

Kamu hukuku bakımından: Devrimizde suç fikri, devlet adına ve bir devlet makamı olan savcılık tarafından açılan ceza davasından ayrılamaz. Savcının açtığı kamu davası neticesinde ya, suçlunun hürriyetini tehdit eden bir ceza veya devlete ödenen bir para cezası verilir. Bu ceza devlete, yani bütün topluma karşı çekilir[390]. Bugün tek tek şahıslar arasında ceza verilmesi mağdurun veya grubun zarar verene ceza vermesi kavramı ortadan kalkmıştır: Bir şahsın maruz kalmış olduğu zarara karşılık, suçluyu, zarar gören hesabına cezalandırmak, sadece zarar görenin intikam hisselerini tatmin etmeye yarayabilir; zamanımızda böyle bir şeye müsaade edilmez.

Haksız fiilin, özel hukuk bakımından doğurduğu sonuca gelince: Haksız fiile maruz kalan kimse, bir zarar görmüştür; malvarlığında bir eksilme olmuştur. Özel hukukta haksız fiil, bozulan bu durumun yerine getirilmesini gerektiren fiildir.

Şu halde haksız fiil işleyen kimse, bir taraftan kamu ceza davası ile devlete karşı bir cezaya mahkûm olur; diğer taraftan özel hukuk davası ile sebebiyet verdiği zararı tazmin etmeye mahkûm olur.

Haksız fiilin özel hukuku ilgilendiren sonucu, Borçlar Kanunumuzun 49. maddesiyle, genel olarak, düzenlenmektedir: “Kusurlu, gerek kasten, gerek ihmal (dikkatsizlik, tedbirsizlik) ile, hukuka aykırı bir fiille diğer kişiyi zarara uğratan kişi, o zararı tazminle yükümlüdür”. Bu ikiliğin bir sonucu olarak, kamu davasının konusu olan ceza talebi, suçlunun mirasçılarına karşı ileri sürülemez; zira burada kastolunan failin şahsını devletin cezalandırmasıdır; mirasçılarının bir suçu yoktur[391]. Zaten, ceza davası suçlunun ölümü ile sona erer.

Zarar görenin zararının telâfisine yarayan tazminat veya özel hukuk davası ise, mirasçılara intikal eder. Özel hukuk davasındaki para cezası, giderek tazminat niteliği almıştır.

Eski Çağ hukuklarında ve bu arada Roma Hukukunda devlet, fertlerin birbirine karşı işledikleri haksız fiillerle görevi icabı (res’en) ilgilenmez, yani kendi organları ile faaliyete geçmezdi: Suçluyu bizzat zarar görenin takip etmesi lâzımdı. Eğer takip edecek olursa, suçluya, zarar gören hesabına olmak üzere bir ceza verilirdi veyahut suçlu zarar görenin hâkimiyetine teslim edilirdi.

Tek taraflı hukuka aykırı fiil, suç (*delictum*, *maleficium*) bir kişiye haksız olarak zarar verir ve failden bir tazminat talep etme hakkı oluşturur.

Roma Hukukunda, suçların çoğunun müeyyidesi para cezalarıdır. Fail bunu mağdura veya ailesine ödeyecektir. Temel fikir, suçun yol açtığı zararı telafi etmek değil, fakat maruz kalınan zararla ilişkisi olmadan, bir müeyyide, bir ceza uygulamaktadır. Ceza; çoğu kere, basit bir tazminattan daha ağırdır. Mesela; suçüstü olmayan hırsızlığın müeyyidesi, çalınan malın değerinin iki katıdır[392].

Klâsik devirde; haksız fiil, suçluyu, zarar gören mağdur karşısında borçlu konumuna getiren ve bir hukuk bağı (*vinculum iuris*) oluşturan suç (*delictum*) olarak kabul edilecektir.

Bununla beraber Roma Hukuku, eski devirlerden beri iki tür haksız fiili birbirinden ayırmakta idi: Bu; aynı haksız fiile iki ayrı netice tanımak değildir. Bunlar ayrı ayrı tipte haksız fiillerdir[393].

Bugün devlet tarafından kovuşturulan birçok suçun (mesela hırsızlık) takibi suçların mağdurları tarafından yapılırdı ve uğranılan zararı, genelde, aşan para cezaları, suçun mağduruna ödenirdi. Buna rağmen eski devirlerden itibaren Roma’da kamu yararını ihlal eden suçlar (*crimina*) ile sadece fertlerin yararına aykırı olan fiiller (*delicta*) ayrımı yapıldığı gözlenmektedir.

Bunlardan birisi özel hukukla ilgili, fertlere zarar veren *delictum*'lar (haksız fiiller); diğeri, kamu yararını devletin sağladığı güvenliği veya tamamlığını ihlâl eden *crimen*'lerdir (kamu suçları).

Bu ikinciler az sayıdaki sosyal düzeni bozan ve bütün devlete (*civitas*'a) zarar veren eylemlerdi: Vatana ihanet; insan öldürmek, yangın çıkarmak gibi. Bunların cezası çok ağır, genellikle idam idi.

Bizi burada ilgilendirecek olan haksız fiiller, özel hukuk alanındaki haksız fiillerdir. Bunlar, belirli bir ferde karşı işlenirler ve o ferdin haklı bir tepkisine maruz kalırlar. Modern hukukumuzda, özel hukuk alanında kaldıkları sürece bu fiiller, sadece bir tazminatı gerektirirler.

Medenî hukukta sorumluluk fikri, yani verilen zararı tazmin borcu, kuşkusuz hukukun ilk kavramlarından biridir[394].

Roma'da ise hırsızlık, gasp, şahsa veya mala tecavüz gibi olan bu fiiller, özellikle ilk zamanlarda, bunlara maruz kalanların sınırsız bir intikamı ile karşılaşırlardı. Sonraları, bu intikamın tatmin şekli, bazı kurallarla düzenlenerek sınırlandı.

Eski devirlerde kısas usulü vardı: Göze göz, dişe diş. Ancak; kısas çok ilkel, vahşî bir ceza olduğu gibi, hukuk düşüncesine de aykırıdır. Zira; uygulanması çok zor olduğu gibi, zararla sonuçlanan olayda çok önemli olan kusur unsurunda, kasıt ve ihmal (taksir) ayrımı dikkate alınamaz[395].

Daha sonra; belirli bir miktar para, yani diyet vermek suretiyle uzlaşmalara ve nihayet haksız fiillerin cezası, kanunî müeyyideler altında, hâkim tarafından tayin edilen, bu itibarla mahkemede bir davanın görülmesinden sonra belirlenen para cezalarına dönüştü. Ceza olma niteliği daima vardı, çünkü güdülen gaye sadece verilen zararın tazmininden ibaret olmayıp, daha fazla bir miktar paranın da ödenmesi gerekiyordu.

Dolayısıyla; haksız fiilden doğan borç, zarar gören ile fail arasında bir para cezasının ödenmesini zorunlu kılan bir bağdır.

Bugün artık Ceza hukuku alanına giren fiiller ile haksız fiil olarak nitelendirilen fiiller birbirinden ayrılmıştır. Hukuka aykırı bir fiil işleyene verilecek ceza, ceza kanunları tarafından önceden belirlenmiştir. Modern hukuklarda, *nulla poena sine lege* (=kanunsuz ceza olmaz) ilkesi geçerlidir. Ceza hukuku -esas itibarıyla- kasten hareket eden faili cezalandırmayı öngörür[396], buna karşılık Özel hukukta amaç; zararın giderilmesi, eski durumun sağlanmasıdır. Bu bakımdan, zarar verenin kasıtlı davranışının yanında, ihmali de dikkate alınır. Ama; aynı fiilin hem Ceza hukuku alanına hem de Özel hukuk alanına, girmesine engel yoktur. Hırsızlık için Ceza

hukuku hapis cezası öngörmüştür. Bunun dışında hırsızlık aynı zamanda haksız fiil olduğu için, malı çalınan kimse hırsıza karşı tazminat davası açabilir[397].

Bir kimsenin menfaatlerinin, hukuka aykırı olarak ihlâl edilmesi haksız fiildir. Haksız fiil, şahsa veya mala karşı olabilir[398].

Haksız fiilin dört şartı vardır:

1) Fiil hukuka aykırı olmalıdır.

Bir hukuk kuralını ihlal eden her fiil, kanuna aykırı ve haksızdır. Bununla birlikte, bazı hallerde meşru müdafaa (savunma) veya zaruret (zorunluluk)[399] hallerinde, kasıtla işlenen haksız fiilde tazminat borcunu kaldırır veya indirir. Haklı savunmada suça ceza verilmesini engeller. Ayrıca;

Bir kanun hükmünün uygulanması, görevin yapılması[400] veya bazı hallerde mağdurun rızası sonucu[401], bir kişiye verilen zarar, haksız fiil oluşturmaz. Bunlar hukuka uygunluk sebeplerini oluşturur.

Eğer bir kimse kendisine silahla saldıran birini öldürürse, onu haksız yere öldürmemiştir[402]. Ancak; meşru müdafaa da saldırı ile orantılı olmak şartına tabi tutulmuştur. Bu gereğe uymamak, hukuka uygunluk sebebini ortadan kaldırır.

Aynı şekilde bir kimse öldürüleceği korkusuyla bir hırsızı öldürürse (*Aquilia* kanununa göre) kesin olarak sorumlu değildir. Fakat onu hareketsiz hale getirebileceği halde öldürmeyi tercih etmişse, haksız olarak hareket ettiği düşünülür (Ulpianus D. 9.2.5 pr). İzin verilen bir spor gösterisi sırasında, oyun kuralları içindeki yaralama, hatta ölüm, diğer bir hukuka uygunluk sebebini teşkil etmektedir. Zira mağdur, söz konusu musabakanın kurallarına uygun olarak, önceden bir zarara maruz kalmayı kabul etmiştir.

Eğer bir kimse rakibini güreşte veya boksta sakatlamış veya öldürmüşse *Aquilia* kanunu uygulanmaz. Ancak geri çekilen rakibini yaralarsa, *Aquilia* kanunu uygulanır. Fakat, bu musabakanın kamuya açık bir spor gösterisi olması gerekir (Ulpianus D.9.2.7.4) [403].

2) Failin kusuru olmalıdır. Bu kusur hafif de olabilir, fakat hiç kusuru olmayan, zararla sonuçlanan olayda kusursuz olan kimse için, haksız fil işlemiş, denemez.

Bu sebeple, haksız fiil, bir faile isnad edilebilmeli; yani o kimseye fiilin sorumluluğu yüklenebilmelidir[404]. Bunun anlamı, fiili işleyenin o olaydan doğacak sonuçların farkında olmasıdır[405]. Roma hukukunda, yedi

yaşından küçükler veya akıl hastaları temyiz kudretinden (ayırt etme gücünden) mahrum oldukları için, kendilerine haksız fiil isnad edilemez.

3) Haksız fiil ile meydana gelen sonuç arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Bunun tespiti bazen hayli zor olabilir.

Fiil ile zarar arasındaki sebep, illiyet bağı, zararın kökenindeki davranışla, hareketle bir kimseyi suçlayabilmek için zarar verenin kimliğini tespit etmek ve davranışı ile meselâ bir malın tahribi veya telef edilmesi arasında maddî ilişkiyi kurmaktır. Mala verilen zararlara ilişkin *Aquilia* Kanununun metni bedenen, fizikî, doğrudan doğruya haksız davranışla verilen zarar arasında, (*corpore corpori*) bir illiyet bağı arıyordu.

4) Haksız fiil sonucu, bir zarar meydana gelmelidir. Bu manevî bir zarar da olabilir. Kişinin manevî varlığına bir tecavüz durumunda da, haksız fiilin bu şartı oluşmuştur.

Haksız fiil davaları, ceza davalarıdır: *Actiones poenales*. Ceza davalarının özellikleri, mağdurun zarardan fazla bir miktara mahkûm edilmesi, davalının mirasçısına intikal etmemesi, suçlular birden fazla ise, her birine karşı ceza davasının ayrı ayrı açılabilmesidir.

Bazen haksız fiilden dolayı, ayrıca, bir de tazminat davası açılabilir. Meselâ hırsızlık halinde, *condictio furtiva* açılmaktadır. Bu davaların bazıları *actio mixta* (muhtelit dava) niteliğinde olup, içlerinde hem ceza, hem tazminat unsurlarını taşırlar.

Haksız fiil davalarından mahkûm olanlar “şerefsiz” (*infamis*) olurlar.

§ 15. IUS CİVİLE (MEDENÎ HUKUK) TARAFINDAN TANINAN HAKSIZ FİİLLER

Bunlar dört tanedir:

Furtum (taşınır mal hırsızlığı, emniyeti kötüye kullanma, dolandırıcılık); *Rapina* (gasp); *Damnum Iniuria Datum* (haksız olarak başkasının malına verilen zarar); *Iniuria* (kişinin maddî — sonraları manevî — varlığına verilen zarar).

I. *Furtum*

Roma hukukunun en eski haksız fiillerinden biri olan *furtum* kavramı, modern hırsızlık kavramından çok daha geniştir.

Hırsızlık başkasına ait taşınır bir malı malikinin veya zilyedinin iradesine aykırı olarak[406] kasten[407] bir yarar, menfaat sağlamak için ve kural olarak gizlice bulunduğu yerden götürmektedir. Ancak hemen belirtilmelidir ki *furtum* kavramı sadece taşınır bir malın alınıp götürülmesi değildir, mallara karşı işlenen başka bazı suçları da kapsar. Modern hukuklardaki, güveni kötüye kullanma, zimmete geçirme, faili ve çaldığı malı saklamak, dolandırıcılık, başkasının malından kötü niyetle yararlanma fiillerini de kapsamaktadır[408].

Gaius, *furtum* kavramını açıklamak için, yalnız başkasının malını götürmek üzere alandan başka, başkasının malı üzerinde, mâlikin iradesine aykırı olarak, mal kendisininmiş gibi hareket edenin de *furtum* yaptığını söylemektedir. Bu şekilde; *furtum* sadece başkasının malını alıp götürme şeklinde bir kavram olmaktan çıkmış ve bir malı sanki maliki imiş gibi kullanmayı da kapsamıştır. Dolayısıyla malı sadece alıp götürmek değil, mal üzerinde zilyetliği kendi menfaatine çevirmek veya *detentor*'u bulunulan bir malı hakkı olmadan veya kullanılması gereken şekilden farklı kullanmakla da *furtum* yapılmış olurdu.

Roma'da malikin arzusuna aykırı olarak (*invito domino*) bir mala herhangi bir şekilde el koyan *furtum* işlemiştir. Meselâ rehinli alacaklı veya vedia alan, o malı, malikin rızası yok iken kullanacak olursa, *furtum* işlemiş olur. Hattâ, meselâ âriyet aldığı bir atı, şehirde kullanmak üzere almış iken, onu uzağa, meselâ savaşa götürürse *furtum* yapmış olur. Şu halde genel olarak, malikin rızasına aykırı olarak ve özellikle müsaade etmeyeceği bir şekilde kullanan kimse *furtum* işlemiş olur. Mâlikin rızası olduğunu düşünmüşse *furtum* yoktur, çünkü *furtum* niyetinin bulunması şarttır: *Animus furandi*.

Furtum kavramı, malın alınıp götürülmesi (*amotio rei*) yanında, malın ele geçirilmesi, sahibinin hâkimiyet alanının dışına çıkarılması (*contrectatio*) hallerini de kapsayınca, *furtum* kavramı genişledi, bir çok olayda uygulanmaya başlandı[409].

Iustinianus hukuku bunları üçe ayırarak düzenlemiştir: *Furtum rei* (malın *furtum*'u, hırsızlık), *furtum usus* (kullanma hırsızlığı), *furtum possessionis* (zilyetlik hırsızlığı). I.4,1,1[410]. Kiracının, âriyet alanın, vedia olarak muhafaza edenin, malı söz konusu amacın dışında kullanarak emniyeti kötüye kullanması ile *furtum usus* söz konusu olur[411]. *Furtum possessionis* (zilyetlik hırsızlığı) malikin kendi malını, zilyetlik hakkı olan kimseden, meselâ *pignus* akti ile rehin alandan kendi malını almasıdır. Bu sebeple, bazen malikin kendi malını çalması da mümkündür. XII Levha Kanunu, emniyeti kötüye kullanana karşı, malın değerinin iki katı için bir dava tanıyordu. *Furtum usus* sonraları bunun yerine geçmiştir.

Furtum, yalnız malın malikine karşı değil, malın elinden çıkması ile menfaati bozulan kimselere karşı da yapılmış olabilirdi: Rehinli alacaklıya, kiracı veya âriyet alana karşı. Bizzat mâlik, malını teminat olarak verdiği rehinli alacaklıdan (I.4,1,10) yahut kendisine karşı hapis hakkı olan bir kimseden veya iyiniyetli zilyetten, kendi malını gizlice almakla *furtum* yapmış olurdu.

Mala karşı işlenen bu suçlarda, Türk Ceza Kanunu'nun 141. maddesinde, başkasının taşınır malını, rızası olmadan, faydalanmak için, bulunduğu yerden alması şeklindeki suç yer aldığı gibi, *furtum* kavramı, başkasının malının ele geçirilmesi şeklinde anlaşılarak, uygulama alanı genişletilmiştir.

Mala karşı takınılan bu hareket, malikin rızasına aykırı *invito domino* olmalıydı. Bu konuda kasıt (*dolus*) olmalı ve hırsız bir menfaat elde etmek (*lucrandi causa*) maksadıyla *furtum* işlemelidir.

Bir malı malikinin iradesi hilafına zilyetliğine geçirme *contrectatio*'dur, Gai.3,195[412]. Hırsızın bir davranışı olmalıdır, sadece çalmayı düşünmek hırsızlık suçunu oluşturmaz (D.47,2,1,1). Bunun gibi bir eve hırsızlık niyetiyle giren kimsenin, henüz malı çalmadan yakalanması halinde hırsız sayılamayacağı ifade edilmiştir, başka bir deyişle hırsızlığa teşebbüs *furtum* için yetmemekteydi[413].

- Kasıt (*dolus*); Hırsızlığı söz konusu olan kasten, çalma niyetiyle hareket etmiş olmalıdır, taksir (ihmal, *culpa*) ile hırsızlık oluşmaz. Başkasına ait malı sahipsiz veya kendisine ait zannederek kullanan, zilyetliğine geçiren kişi hırsız sayılmaz[414]; çalma niyeti olmadan hırsızlık suçu işlenmez = *furtum sine affectu furandi non committitur*, Gai.2,50; Gai.3,I 97; I.4,1,7. Fail kendisine kazanç sağlamak niyeti (*animus lucri faciendi*) ile hareket etmiş olmalıdır, aksi halde hırsızlık suçu oluşmaz; sadece zarar verme varsa, bu başka bir haksız fiil olabilir. *Gaius*, bir başkasının yakalaması için sığırları ürküten kişinin hırsızlıktan sorumlu olduğunu, fakat çalma niyeti, kastı yoksa *furtum* olmayacağını belirtmektedir, (Gai.3,202).

Furtum'dan doğan ceza davası, esas olarak malik tarafından açılır. Bunun dışında, daha cumhuriyet devrindeki düşünceyle "hırsızlığın yapılmamasında hukukî menfaati bulunan herkes" tarafından da açılabilir. Rehinli alacaklı (zilyet), âriyet alan, terzi, temizleyici (*detentor*) klâsik devirde, kusursuz sorumlu olduklarından, nezaret (*custodia*) ile yükümlü olduklarından, *furtum*'dan doğan ceza davalarını hırsıza karşı açabilirlerdi. Bu şekilde, hırsızlık davası (*actio furti*) malikten başkası tarafından da açılabilir. Meselâ; rehinli alacaklı mal çalınacak olursa, o malı elinde bulundurmakta menfaati de olduğundan *actio furti*'yi açabilir. Bir alıcının satın aldığı mal, henüz kendisine teslim edilmeden önce çalınacak olsa, malik olmadığı halde *actio furti*'yi açabilir; çünkü bu davanın açılması, satıcıyı takip etmekten daha faydalı olabilir. Aynı şekilde, temizlemek üzere bir kimseye elbise verilse ve bu elbise çalınsa, *actio furti*'yi temizleyici açar; çünkü klâsik devirde mal sahibine karşı kusuru olmadan malın çalınmasından da sorumlu tutulur; şu halde davayı açmak onun menfaatinedir. Halbuki, meselâ vedia halinde böyle değildi, çünkü vedia alan, sırf ağır ihmalinden sorumlu tutulduğu için çalınan malı tazmin etmek zorunda değildi. Ancak, çalınmış olan malı satın alan alıcı veya *stipulatio* alacaklısı, alacaklı olduğu mal çalınırsa, *furtum*'dan doğan davayı açamaz, zira sorumlulukları yoktur.

Furtum iki türe ayrılırdı: Suçüstü (*furtum manifestum*) ve suçüstü olmayan (*furtum nec manifestum*). Hırsız, hırsızlığı yaptığı yerde veya çaldığı malı götürmeyi tasarladığı yere varmadan yakalanırsa hırsızlık suçüstüdür[415].

Suçüstü hırsızlıkta XII Levha Kanunu'na göre; hırsız hür ise kamçılanır ve malını çaldığı kimseye teslim edilirdi. Köle ise, yine kamçılanır ve Tarpeium kayasına[416] atılırdı. Hırsızlığa maruz kalan kimse, hırsızı gece yakalamışsa veya gündüz olmakla birlikte, hırsız kendisini silahla savunmuşsa, onu öldürebilirdi[417]. (Bu durumu, hırsızlık, eğer can güvenliğine yönelmişse TCK'nun 25. maddesinde yer alan ve beraat sebebi olan meşru müdafaaya benzetmek gerekir). Ancak daha önce yardım istemesi gerekirdi. *Iustinianus* hukukunda gece yapılan hırsızlık için de yardım istenmelidir. Fakat, hırsız hür bir kimse ise, mağdurun belirli bir para karşılığı anlaşması her zaman kabul edilmiştir.

Suçüstü olmayan hırsızlıkta, malın değerinin iki katı talep edilir. Taraflar arasında uzlaşma olmazsa, *Praetor* hukukunda, suçüstü yakalanan hırsız (*fur manifestus*) için, ceza olarak çaldığı malın değerinin dört katına ait *actio furti manifesti* kabul edilmiştir. Suçüstü olmayan hırsızlık (*furtum nec manifestum*) için, XII Levha Kanununda belirlenmiş olduğu gibi, malın değerinin iki katı ceza muhafaza edildi. Suçüstü olmayan hırsızlıkta, mağdurun hiddetinin daha az olduğu kabul edilir. Çalınmış malın aranmasına engel olana karşı yine malın değerinin dört katı ödetilirdi[418]. XII Levha Kanununda da mal arama sonucu bulunursa, hırsız suçüstü yakalanmış gibi çaldığı malın dört katı ile sorumlu olurdu[419].

Çalınmış eşyayı başkası nezdinde saklayanla, arama sonucu çalınmış eşya nezdinde bulunan kimseye, yataklık edene karşı, malın değerinin üç katına ait dava açılabilirdi[420].

Hırsızlığı tavsiye etmek, sorumluluğu gerektirmez. Fakat, tavsiye ile yetinmeyip hırsıza yardım eden veya onu teşvik eden kimse, suç ortağı olarak kasıt (*dolus*), mâlikin rızasına aykırılık (*invito domino*), yarar sağlama (*lucrandi causa*) unsurları bulunduğundan, *actio furti nec manifesti* (suçüstü olmayan hırsızlık davası) ile sorumlu tutulurdu. Burada, yardım etme niyetinin bulunması gerekir.

Çalma kastı, niyeti yoksa *furtum* suçu işlenmiş değildir.

Gaius, *Institutiones*'te güzel bir örnek vermektedir. (Buradaki kasıt (*dolus*) unsuru, akdî sorumlulukta da aynıdır): Bir kişi, bir kumaş parçasını sallayarak sığırların kaçmasına, dağılmasına yol açmıştır. Bu kişi, suç

ortağının hayvanları çalması için hareket etmişse kasıtla (*dolus*) hareket etmiştir, zira *furtum* niyeti mevcuttur. Aksi halde, yani basit bir şaka yapmışsa ve hayvanlardan biri kaybolmuşsa veya düşerek yaralanmışsa, ağır ihmalle (*culpa lata*) hareket etmiştir ve müeyyidesi daha hafif olacaktır[421].

Furtum'dan doğan ceza davaları süre açısından devamlıdır. Şerefsizlikle sonuçlanan *actio furti*'yi malın çalınmamasında menfaati olan kimseler de açabilir[422]. Malı çalınan malik ise, mal hırsızın elinde bulunuyorsa hırsıza, mal mirasçıların veya üçüncü kişilerin elinde ise, onlara karşı *rei vindicatio* (istihkak davası) ve *condictio furtiva*'dan yararlanabilirdi.

Diğer taraftan, sadece hırsıza değil, onu bu fiile yönlendiren veya yardım edenlere de davayı açtırmak mümkündü[423]. *Actio furti* ceza davası olduğundan malın çalınmasına katkısı, iştiraki olan herkese ayrı ayrı dava açılabiliyordu. Bu davada mahkum olan *infamis* (şerefsiz) hale geliyordu, (Gai.3,202).

Condictio furtiva bir tazminat davası olduğu için, gerekirse hırsızın mirasçılarına karşı da açılabilir. Zaten hırsız ölmüşse, ceza davası olan *actio furti* açılamaz[424].

Condictio furtiva sadece malı çalınan mâlikin (D.13,1,1) sadece hırsıza veya mirasçısına açtığı, malın değerini istediği tazminat davasıdır, bu dava *actio furti* ile aynı zamanda açılabilmekteydi. Diğer *condictio*'lardan farklı olarak malı çalınan malik kaldığı, hırsız çaldığı malın maliki olamadığı halde açılabilmektedir. Tabiatıyla malın malikinin çalınan malı zilyetliğinde bulunduran hırsıza karşı istihkak davası açmasına engel yoktur. Fakat çalınan mal telef olduğu takdirde, istihkak davası açmak imkanı ortadan kalktığı halde, mal kusuru olmadan telef olmuş olsa dahi hırsız malın değerini ödemeğe mahkûm edilebilmekteydi; bu durumu Roma hukukçuları hırsızın temerrüdeki borçluya benzediğini, bu yüzden malın değerini, her durumda, ödemek zorunda olduğu ile açıklamışlardır, D.13,1,18,1[425].

Bu davaların birlikte olmasının sebebi olarak, *Gaius* tarafından hırsızlara karşı duyulan nefret duygusu ileri sürülmektedir.

Çalınmış mala *res furtiva* denir. Bu tür mallar, tekrar malikin eline geçene kadar, hukuken ayıplı, kusurlu mal sayılırlar ve hiçbir şekilde kazandırıcı zamanaşımı (*usucapio*) ile iktisaba elverişli olmazlar.

Aynı hâkimiyet altında bulunanlar ve eşler birbirlerinin malını çalacak olurlarsa mal, *res furtiva* olur, fakat dava açılamaz; aynı hâkimiyet altında bulunanların birbirlerine karşı dava açmak hakları yoktur[426].

II. Gasp (*Rapina*):

Önceleri malın güç ve şiddet yani zor kullanarak alınması nedeniyle *rapina*'nın, ağırlatıcı sebepleri olan *furtum*'un bir şekli olduğu kabul ediliyordu[427].

Cebir ve şiddet yani zor kullanarak bir kimsenin malının alınması veya gasb edilmesi olan *rapina* kavramının içinde eşkiyalık, yağmacılık, soygunculuk, yol kesme suçları yer alıyordu. *Rapina*, önceleri, *furtum*'un ceza davaları ile takip edilmekteydi.

M.Ö. I. yüzyılda cumhuriyet sonlarındaki karışık devirlerde gittikçe artan yağma suçları, iç savaşlarda çetelerin yağmalama hareketleri yüzünden gasp M.Ö. 1. yüzyılda ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. M.Ö. 76'da, *praetor* özel bir dava olan *actio vi bonorum raptorum*'u tanımıştır. Bu, bir malın silâhlı haydutlar tarafından zorla alınmasında, malın değerinin dört katının istenebileceği bir davadır[428]. Silâhlı kişilerin veya kişinin, iş yerlerine veya evlere girmesi ve hiçbir şeye aldırmadan eşyayı çalması hallerine müeyyide getirilmiştir. Yalnız dava, gasptan bir yıl sonra açılmışsa, o malın değeri istenebilirdi. Gasp eden kişi, korku ve dehşet de yarattığından başkasının malını gasbedene "*improbus fur*" (namussuz hırsız) denirdi.

Klâsik devirde bir çok hukukçu, bu dört katın tamamını ceza kabul ederek, ayrıca *rei vindicatio* ve *conductio furtiva* ile malın veya zararın tazmininin istenebileceğini kabul ediyordu. *Iustinianus* hukukunda bu ceza davası, karma dava (*actio mixta*) niteliğini almıştır. Bir katı tazminat, üç katı ceza davası olarak kabul edilir.

Gasptan dolayı mahkûm olan kimse *infamis*, şerefsiz olurdu.

III. Haksız Olarak Başkasının Malına Verilen Zararlar (*Damnum Iniuria Datum*)

Başkasının malına verilen zararlara müeyyide getiren *Aquilia* kanunu (*lex Aquilia de damno*) M.Ö. 286 yılında halk oylamasıyla (*plebiscitum*), kabul edilmiştir. Kanunun kapsamı ve uygulama alanının hukukçular tarafından genişletilmesi özel hukuk suçunun hukukî rejimini tamamen

değiştirmiştir ve haksız fiillerden doğan borçların modern teorisine varan sorumluluk kavramını başlatmıştır.

Rızaî akitlerin; hukukî muamelelerin kapsamını önemli bir şekilde değiştirmesine benzer şekilde, *Aquilia* kanununa dayanan içtihatlar da haksız fiiller alanını değiştirmiştir. Rızaî akitler ve haksız fiiller alanlarının gelişmesinin aynı devirde başlaması tesadüf değildir. *Damnum iniuria datum*, *Aquilia* kanunu (*lex Aquilia*) ile doğan bir haksız fiil şeklidir. Daha önceleri, XII Levha Kanunu'nda, genel bir düzenleme yoktu, başkasının malına verilen zararlar için tek tek hükümler vardır. Meselâ, başkasının ekininde, ürününde, harmanında, evinde yangın çıkarmak, başkasının tarlasındaki ürünü biçmek, bir kimseye ait hayvanın başkasına zarar vermesi[429], başkasının arazisinde hayvan otlatmak, başka bir kişinin tarlasında otlaması, başkasının ağaçlarını kesmek, ağaçlarına zarar vermek gibi. *Lex Aquilia* tazminat fikrine dayanmaktadır.

M.Ö. III. yüzyıla ait nispeten eski bir kanun olan *lex Aquilia*, mallarda meydana gelen zararlar için genel kavramlar ortaya koymuştur. Bu kanun, mallara verilen zararlarda genel sorumluluğu getirmiş ve bu fiillerin hepsini tek bir haksız fiil haline sokmuştur.

Böylece, *Aquilia* kanunu, hukuk düşüncesinin gelişmesini gösterdi. Bu kanun suçları üç bölümde toplamıştır. Birinci bölümde başkasına ait bir köle veya sürü hayvanının öldürülmesi, ikinci bölümde alacaklının zararına borçlunun ibrası, üçüncü bölümde köle ve hayvanların yaralanması ve mallara verilen her türlü zararlardan söz ediliyordu.

Kanun, birinci bölümünde, başkasına ait bir kölenin veya sürü hayvanının haksız şekilde öldürülmesinden bahsediyordu. Kanun, sürü hayvanlarını öngörüyor: Bunlar arasında yabani hayvanlar ve köpekler yoktur. Haksız olarak öldürmek, denmesinin sebebi, hukukî bir dayanağın bulunmamasıdır: Fail, meselâ, bir kimse, kendisine zarar vermekte olan bir hayvanı öldürmüşse, tazminatla yükümlü değildir. Ancak, durumu ispat etmek zorundadır.

Kaza sonucu öldürmenin sorumluluğu yoktur, fakat en küçük bir ihmalin dahi bulunmaması lazımdır. *Iustinianus Institutiones*'inde şöyle bir örnek bulunmaktadır: Ağaç budayan bir kimse, budadığı dalı yere düşürürken oradan geçen bir kölenin ölümüne sebebiyet verse, ihmali olup olmadığını anlamak için bakılır: Eğer ağaç bir sokak kenarında ise ve oradan insanların gelip geçmesi âdetse, budayanın, dalı düşürmeden önce seslenmiş olması

lâzımdır; seslenmemişse sorumlu olur. Eğer ağaç bir çayırın ortasında ise, seslenmesine gerek yoktur (I. 4.3.5).

Ayrıca, beceriksizlik de ihmal sayılır. Meselâ, diyor *Iustinianus*, bir katır çobanı, beceriksizlik yüzünden katırın azgınlığına mâni olamamış ve bir sürü hayvanının ölümüne sebebiyet vermişse, sorumludur. Hattâ kuvvetsizliği ve takatsizliği yüzünden hayvanı zaptedememiş, fakat başkaları zaptedebiliyorsa, yine sorumludur (I.4,3,8)[430]. Bu hayvanlara sadece *res mancipi* olan mallar değil, koyun, keçi, domuz gibi *res mancipi* olmayanlar da dahildi.

Bu görüşün sonucu modern hukukta belirli bir faaliyette, meslekte kusurlu davranan kişi sorumlu olur: araç sürücüsü, hekim, operatör, dadı[431].

Zarar gören malın, son yıl içinde eriştiği en yüksek piyasa değeri ödenir. Yıl içindeki en yüksek değerden kastedilen şudur: Öldüğü sırada kör, topal, sakat olan bir hayvan, o yıl içinde sakatlanmışsa, bu değer eksiklikleri dikkate alınmaz. Bu sebeple *actio legis Aquiliae* bir ceza davasıdır. Bu sebeple mahkûmiyet tutarı, o günkü değerinden fazla olabilir. Ayrıca; ceza davası olduğu için, birden fazla kişi zarar vermişse, her birine ayrı ayrı dava açılabileceği gibi, malın maddî değeri ile de yetinilmez, ölen köle veya hayvan yüzünden uğranılan diğer zararlar da gözönüne alınır. Bu değer, meselâ öldürülen bir hayvansa, öldürüldüğü andaki değerinden çok fazla olabilirdi. Meselâ, bir köle öldürüldüğü zaman hastadır. Fakat bir yıl önce sağlıklıydı. Bu durumda sağlıklı olan kölenin değeri ödenir. Ayrıca mâlikin yanındaki özel değeri de dikkate alınırdı. Meselâ, köle ise, grup halinde çalgı çalan bir çalgıcı olması. Hayvansa, bir çiftin teki olması gibi. Köle, başkası tarafından mirasçı seçilmiş (kölenin elde ettiği miras malikin olur), daha efendisinin izniyle mirası kabul etmeden öldürülmüşse, yalnız kölenin değil, kaybedilen terekenin kıymeti de zarara dahil edilir.

Lex Aqulia'nın en yüksek değeri düzenlemesi objektif değerin ödenmesinin istendiğini göstermektedir. Zamanla hukukçular zarar görenin subjektif durumunu (*in id quod interest*) da dikkate almağa başladı, başka bir deyişle tazminat, sadece zarara uğrayan mal yönünden değil, zarar görenin malvarlığının tümü itibarıyla zarar verici olay olmasaydı, alabileceği hal yönünden de hesaplanıyordu. Artık sadece fiilî zarar değil, fakat mahrum kalınan kâr (*lucrum cessans*) da hesaba katılıyordu. Meselâ mirasçı tayin edilmiş köle öldürülmüşse, köle artık yaşamadığı için malikinin elde edemeyeceği miras da tazminata dahil ediliyordu

(I.4,3,10;D.9,2,23). Bunun gibi iki katırdan biri, kölelerden oluşan bir orkestranın önemli bir elemanı öldürülmüşe, kalanların işlevlerinde meydana gelen eksilme nedeniyle ortaya çıkan değer azalması da dikkate alınıyordu (D.9,2,22)[432].

Kanunun ikinci bölümünde, alacaklıya karşı hile sözkonusudur. Borçlu, alacaklısına zarar vermek için malvarlığını azaltabilir, pasifini çoğaltabilir veya malını saklayabilir, tahrip edebilir, alacaklının zararına, hileli şekilde borçluyu ibra edebilir (*adstipulatio*). Bu hüküm *Iustinianus* devrinde tüm önemini kaybetmiştir. Haksız fiiller konusunda, bizi ilgilendirmemektedir.

Kanunun, üçüncü bölümü zamanla büyük önem kazanmıştır. Bu bölüm hükmüne göre, mala verilen zararın, ölüm dışında her türlü sonuçları tazmin edilmektedir.

Kanunun, üçüncü bölümüne göre, başka birisine ait bir malı yaralayan, yakan, koparan, kıran kimse, o malın olaydan otuz gün önceki en yüksek değerini, mâlike ödemek zorundadır.

Bu kanundan doğan *actio legis Aquilia*, bir ceza davasıdır. Haksız fiili birkaç kişi işlerse, dava her birine karşı ayrı ayrı açılabilir[433]. Dava devamlıdır. Haksız fiili aile evladı veya köle işlerse, dava aile reisine veya kölenin efendisine karşı *noxalis* şeklinde açılabilir. Ayrıca, cezaî yönü yanında, tazminatı da hedeflediği için *Iustinianus* hukukunda karma (*mixta*) dava olarak nitelendirilmiştir[434].

Bu haksız fiilden doğan dava; önceleri, sadece mâlike tanınıyordu, zamanla bu davayı, intifa hakkı sahibinin ve iyiniyetli zilyedin de açabileceği kabul olundu (D.9,2,11,6; D.9,2,11,10) Fail kendisine açılan davada fiilini ikrar ederse, dava ödeyeceği para cezasını belirlemek için devam ederdi. İnkâr eden, fakat dava sonunda bu haksız fiili işlediği tespit edilirse, cezanın iki misline mahkûm edilirdi (*lis infitiando crescit in duplum*).

Praetor, kanunun uygulama alanını yabancılara da genişletmiştir[435].

Klasik sonrası devirde hürlerin zarar görmesi durumunda, bu haksız fiilden doğan dava verilmeğe başlanmıştı (D.9,2,13 pr)[436].

Lex Aquilia davasının üç unsuru vardır:

A — Haksız fiil sonucu bir zarar meydana gelmelidir.

B — Zarar haksız, hukuka aykırı olmalıdır. Meşru müdafaa veya ıztırar halinde başkasının malına zarar verenler, sorumlu değildir[437]. Zararı veren

kusurlu olmalıdır. Kusurun her derecesi sorumluluk bakımından yeterlidir. *Lex Aquilia*'da en hafif ihmal bile dikkate alınır[438].

C — Zarar *corpore corpori* (bedenen) verilmelidir. Yani haksız fiil doğrudan doğruya fail tarafından ve doğrudan doğruya mal üzerinde gerçekleştirilmelidir. Meselâ, bir köleyi veya hayvanı iterek denizde boğulmasına yol açan sorumlu olur. *Corpore corpori* için verilen klâsik örnek, bağırışlarla ürkütülen bir hayvanın uçuruma düşerek ölmesi halinde, suçun oluşmamasıdır. Aynı şekilde, bir kimse, başkasının kölesini kuyuya inmeye ikna ederek, kuyuda boğulmasına sebep olmuşsa zarar doğrudan doğruya, bedenen (*corpore corpori*) verilmiş değildir. Bu şekilde, bir köleyi aldatıp veya uzaktan korkutup düşüren sorumlu olmazdı. Aynı şekilde başkasının köpeğine zehirli et yediren sorumlu tutulmaz. Başkasının kayığının ipini keserek, kayığın açık denizde batmasına neden olan kimse, sadece ipi kesmekten olayı sorumlu tutulabilir. İpi kesmemiş, çözmüş veya kuşların kafesinin kapısını açmış ise sorumlu değildir.

Daha sonra ise, *praetor*'lar *actio utilis*[439] (kıyas yoluyla verilen dava) ve *actio in factum*[440] veya faraziye (*fictio*) gibi hukuk tekniklerinden yararlanacak, *lex Aquilia*'nın bu dar şartını hafifletilecektir. Sorumluluk konusunda, kanunun uygulama alanını genişletmişlerdir. Bu şekilde, Borçlar hukukunun gelişmesini sağlamışlardır. Yalnız mâlik bu davayı açabilirdi. Yine *actio utilis*'lerle, *lex Aquiliae*'dan doğan davayı açma hakkı, rehin alan, intifa hakkı sahibi, iyiniyetli zilyete hattâ kiracıya da tanınmıştır.

Davalı söz konusu olan fiili işlediğini inkâr eder, fakat dava sonucunda işlediği sabit olursa, mahkûmiyeti, iki katına yükselirdi (*in duplum*) (Gai. IV.171).

Praetor hukukunun tedbirleri ve hukukçuların içtihatları ile Roma hukukunun son devirlerinde *lex Aquilia* hükümleri son derece genişledi. Kusurlu bir hareket sonucu mala verilen her türlü zararı kapsadı. Klâsik sonrası gelişme, bu davayı, başkasının malvarlığına verilen bütün zararlarda kullanılabilir hale getirdi. Hattâ hür bir insanın yaralanmasında da *actio utilis* olarak tanındı. Bu gelişmeler sonucu, haksız fiilin kapsamı mala verilen zararı aşmıştır, zira insan vücudu mal değildir. Tazminata, tedavi masrafları, kâr mahrumiyeti dahil edildi. İçtihatlar sonucu ihmale dayanan hallerde, elde edilemeyen menfaatler için de *actio utilis* kullanıldı. Meselâ, bir kimse başkasının atını yaralarsa ve atın sahibi, bu nedenle atı, kazancını temin eden arabaya koşamazsa, atın tedavi masraflarından başka, (maruz

kaldığı zarardan, *damnum emergens*), klâsik sonrası (post klâsik) hukukta kâr mahrumiyetinin de (*lucrum cessans*) tazminini isteyebilirdi.

Iustinianus hukuku, bu davayı, adetâ akit dışı verilen zararların genel tazminat davası şekline getirmiştir.

Aquilia Kanununun uygulanmasında kusurun her derecesinin, kasıt (*dolus*), ağır ihmal (*culpa lata*), hattâ en hafif ihmalin (*culpa levis*) sorumluluk için yeterli olduğuna işaret edilmiştir (“*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”, D. 9.2.44, pr)[441].

Haklı olmayan, haksız yere verilen zarar, tam anlamıyla kusurun kasıt unsuru ile verilen zarardır. Ancak, kusurun her derecesinin dikkate alınması kıstası, kasıtlı olmayan, ihmalle, fakat haksız olarak verilen zararları da kapsamaktadır.

Lex Aquilia’nın kusur kavramı, akitten doğan kusur kavramına benzemektedir. Bununla birlikte tarihî gelişme ters yöndedir. Kusur kavramı kaynağını, *Aquilia* kanununda bulur ve daha sonra akitler alanına yayılmıştır. Haksız fiil failinin, mala verdiği zarar, mağdurun mal varlığında bir azalma meydana getiriyordu. *Aquilia* kanununun işlevi, malın kaybedilen değerini ödeterek, malın zarar veren olaydan önceki durumu, tazmin ettirerek sağlamaktı.

Klâsik devir hukukçuları, zarar veren failin, davacının menfaatini kapsayan bir tutara mahkûm edilmesi gerektiği sonucuna vardılar. Bu da, akit sorumluluğundaki rejimle eş değerlidir.

Glossator’lar *Aquilia* kanunu şerhlerinde ve Orta Çağ Hukukçuları kusuru haksız fiilin, sorumluluğunun zorunlu şartı olarak kabul etmiştir[442].

TBK.nın 49. maddesine göre gerek kasten, gerek ihmalle hukuka aykırı, diğer kişiyi zarara uğratan kimse, bu zararı tazminle yükümlüdür.

Romalıların *Aquilia* sorumluluğu ile Borçlar Kanunumuz arasındaki tek fark, Borçlar Kanununun “diğer kişiye” zarar verme ifadesinde bulunmaktadır. Halbuki Romalı hukukçular başkasının malına zarar vermeyi öngörmüşlerdir. Bu fark, mülkiyeti himaye eden kurumu, malvarlığının genel bir korunmasına dönüştüren uzun bir gelişmenin sonucudur. Teknik açıdan, tek bir genel kural, özel hukukun farklı haksız fiil tiplerinin yerini yavaş yavaş almıştır. *Aquilia* sorumluluğu, herhangi bir haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun, ortak şekli haline gelmiştir.

Roma Hukukuna dayanan Kara Avrupa’sı hukukları bu konuda, Common Law ülkelerinden farklıdır.

Common Law ülkeleri, “torts” terimi ile ifade edilen, belirli tiplerdeki haksız fiil sistemini devam ettirmişlerdir.

Aquilia sorumluluğun ceza karakteri Romalılarla da zayıflamıştı. *Gaius* (I., IV,9) bu davaya, ceza davaları arasında artık yer vermemektedir. Bunu; hem ceza, hem tazminat olan karma dava şeklinde kabul etmektedir. *Gaius*’a göre, bu davanın ceza niteliği, kanundaki cezadan ileri gelmiyordu. Ceza niteliğini, davalının olayları değil, fakat davayı kabul etmediği zaman, mahkûmiyetin iki katına olmasına bağlıyordu[443].

Roma Kanunları, hekimlerin ihmal ve meslekte acemiliklerinden dolayı sorumlu olacaklarını belirtmiştir. Babasını zehirle öldüren oğlu cezalandıran kanun, bu fiile iştirak eden hekime de ölüm cezası verilmesini öngörüyordu. Hekimin bu derece ağır cezalandırılmasının sebebi, zehirin miktarını, etkisini, en iyi bilen kimse olması idi. (Bilindiği gibi Roma’da köleler tıpla uğraşır, hekimlik yaparlardı.)

Lex Aquilia; hekimin faaliyetleri sonucu, Roma vatandaşının malvarlığında meydana gelen eksilme halinde de uygulanıyordu. Hekimin ihmali veya bilgisizliği sonucu kölenin ölmesi, sakat kalması (yani değerinin azalması) halinde de uygulanıyordu. Bu şekilde kanunun, tazminat sağlama niteliği beliriyordu.

Köleyi ameliyat eden hekim, tedaviyi tamamlamaz ve bu yüzden köle ölürse, hekim ihmalden sorumludur. Aynı kanuna göre, meslekte acemilik beceriksizlik de ihmal sayılır. Meselâ, hekim kusurlu davranışla ameliyat yaparak veya yanlış ilaç vererek köleyi öldürürse, durum böyledir.

Bu kurallar sayesinde, kölenin tedavisini bitirmeyen veya hatalı tedavi sonucunda ölümüne yol açan hekim sorumlu tutuluyordu. Hekimin sorumluluk tutarı, kölenin değeri ile ölçülüyordu. Eğer köle ölmüşse, bir yıl önceki en yüksek değeri üzerinden hekimin mahkûm olacağı tazminat tutarı tespit ediliyordu.

Lex Aquilia’nın alanı, *praetor*’ların uygulamalarıyla, vatandaşların ölümü veya yaralanması durumlarına da genişletilmiş, böylece bu uygulamada köle-vatandaş ayrımı kaldırılmıştı.

Lex Aquilia’nın hekimin sorumluluğu yönünden en önemli özelliği, hukukta ağır ihmal kavramının meydana çıkmasıdır. Meslekte acemilik, bilgisizlik, dikkatsizlik şeklindeki kusurlu davranışlar ağır ihmal olarak nitelendirilmiştir. Roma Hukukunun oluşturduğu, kusurun derecelendirilmesindeki bu kavramlar yüzyıllar boyunca tıbbî sorumluluğun önemli temellerini teşkil etmiştir.

Hekimin cezaî sorumluluğu *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis'*de düzenlenmişti. Bu kanuna göre, insan öldürmeye yönelen, insanlara zarar vermek için zehir veren, kötü sanatlarla yani gerek zehir, gerekse büyülerle insan öldürmeye uğraşan veya zararlı ilaçlar satan ölüme mahkûm edilir. Ayrıca, çocuk düşürme, kısırlaştırma fiillerinde de hekim, bu Kanuna göre cezalandırılır.

Lex Cornelia kasıtla işlenen suçlar için uygulanır. Hastanın ölümü kasıtla değil, ihmal sonucu meydana gelmişse, meselâ, ihmal ve bilgisizlikle yanlış veya çok kuvvetli ilaç verilmesi durumunda, *Cornelia* Kanununun uygulanmayacağı kabul edilmiştir. *Lex Cornelia'*nın uygulanışı, hekimin sorumluluğunda, hukukun kusursuz sorumluluktan bir parça ayrılmasını sağlamıştır. Böylece, kusurla meydana getirilmeyen zararlı sonuçlardan dolayı, sadece hekimler için olsa bile, cezalandırılmaya gidilmiyordu.

Bu konuda, kusur kavramı içinde kasıt ayrılmış, ayrı bir cezalandırma anlayışı uygulanmaya başlanmıştır. İhmal de yoksa, sorumluluk da söz konusu olmamaktadır[444].

Roma hukuku bu şekilde, kastın dışında ihmal ile de verilen tüm malvarlığı zararlarının tazmini gerektiği sonucuna varmış oldu. Bu esas, Fransız Medenî Kanunu ve onun etkisi altında kalan kanunlara, İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesine intikal etmiştir[445]. Alman Medenî Kanunu ise, malvarlığına verilen zararlardan dolayı genel bir haksız fiil davasını sadece *dolus*'ta tanımaktadır.

IV. Maddî ve Manevî Kişiliğe Tecavüz: Iniuria

Kişiliğe tecavüz (iniuria) kişiye ve kişiliğe zarar verme suçudur. Bu haksız fiil, XII Levha Kanunu devrinden itibaren düzenlenmiştir. Bu kanunda, *iniuria*, sadece vücut bütünlüğüne, fizik kişiliğe karşı yapılan saldırıları[446] kapsıyordu. XII Levha Kanununda, sadece bazı maddî tecavüzlere, müessir fiillere karşı hükümler vardı. Meselâ; bir kişinin yaralanması, bacağının veya kolunun çıkması, kırılması, sakatlanması, gözünün çıkarılması, gibi. Bu gibi hallerde, taraflar uyuşmazlarsa, cezası kısastır[447]. Ama taraflar kendi aralarında belirli bir para tutarının (diyetin) ödenmesi konusunda anlaşabilirler.

Daha hafif zararlarda[448], meselâ, bir kemiğin çatlaması halinde kısasın uygulanması hem zor, hem de gereksizdir. Kanun; kişisel öç yerine, para

cezası getirmiştir. Bir kemiğin çatlamasında, para cezası, hür kişi için 300 *as*[449], köle için 150 *as* olarak belirlenmiştir. Daha hafif saldırılarda, meselâ bir tokat için 25 *as* para cezası öngörülmüştür[450].

Sınırsız intikam hakkının kişisel öçün yerini sabit para cezaları almıştır. Kamu düzenini bozmayan suçlarda kamu cezası yerine mağdurun tazmini yoluna gidilmiştir.

Bu şekilde; ilk ilerleme, ihtiyarî diyetin genelleşmesiyle gerçekleştirilmiştir. Kişisel öç, iki tarafın aile reisleri arasındaki ortak bir anlaşmayla, paktla (*pax* ve *pactum*'un barış ve anlaşmanın ortak kökü vardır) durdurulabilir[451].

Paranın büyük oranda değer kaybetmesi, sâbit cezaların anlamsız hale gelmesi[452] sonucu, değişen ekonomik şartları dikkate alan *praetor*, hafif maddî tecavüzler, kişiliğe saldırı halinde sabit 25 *as* para cezası yerine, takdirî para cezası ölçütünü cezanın hâkim tarafından belirlenmesi esasını getirdi. Artık mağdur da kısasın uygulanmasını isteyemeyecekti. *Iniuria,* başkasının kişiliğine kasten ve hukuka aykırı olarak yapılan saldırı anlamını almıştı. Eğer mağdur bu saldırıya razı olmuşsa (*volenti non fit iniuria* = razı olana haksızlık yapılmış olmaz) veya açtığı davayı bırakmışsa, failin cezalandırılmasını isteyemezdi (I.4,4,12).

Iniuria kavramı zamanla çok daha geniş bir anlam kazanmıştır. *Praetor* hukuku, yenilikler getirdi, bu kavramı çok genişletti ve bir kişiye yapılması mümkün olan her türlü tecavüzü uygulama alanı içine soktu. *Praetor* hukuku, hakaret şeklinde bir şahsa karşı yapılan maddî ve manevî tecavüzleri kapsayan doktrinin esasları koydu. Hakaret, kadın veya erkeğe[453] laf atmak, şeref ve kişiliğe tecavüzler, *praetor* beyannamesinde yer almış ve bu şekilde *iniuria* kavramını genişlemiştir.

Bu konuda şekilde, maddi tecavüzler yanında sözle yapılan saldırılar, kişinin toplumdaki sosyo-ekonomik durumunu aşağılayıcı, kadın ve genç erkeklerin saygınlığını yaralayıcı laf atmalar, takipler, vatandaşların haklarını kullanmasını engelleyici bütün fiiller kişiliğe tecavüz kavramı içine alındı[454]. Evli kadına, aile evlâdına, hatta köleye karşı yapılan saldırılar aile reisine yapılmış sayılıyordu.

Iustinianus hukukunda da hakaret etmek, bir kimseye karşı şerefine tecavüz eden ağır, ölçülü olmayan hiciv ve şarkılar söylemek, büyü yapmak, bir kadını takip etmek gibi hareketler de *iniuria* sayılmakta idi. Hattâ bir kimse, yalnız kendi şahsı ile değil, hâkimiyeti altında bulundurduğu bir kimse dolayısıyla da *iniuria*'ya maruz kalmış olabilirdi.

Meselâ, karısına yapılan hakaret kendisine yapılmış sayılırdı (kocaya yapılan hakaret ise, karısına yapılmış sayılmaz; çünkü, diyor *Iustinianus*, savunma hakkı kocaya aittir).

Köleye karşı *iniuria* haksız fiili işlenemez, fakat fiil malike yönelmiş sayılabilirdi; ancak malike hakaret kastı olduğu belirmelidir[455]. Hukuk bilimi, *iniuria* kavramı kapsamına, kamu yararına tahsis edilen yerlerden geçişi engellemeye kadar olan haksız filleri de içine aldı. Bir kimsenin yoldan geçmesine, tiyatroya gitmesine, balık tutmasına engel olmak da *iniuria* suçu olarak kabul edildi.

Iniuria, ağırlaştırıcı sebeplerle yapılmış olabilirdi. Bu ağırlaştırıcı sebepler *Iniuria* davası konusu olan ve hâkim tarafından takdir edilen para tutarının arttırılmasına sebep olurdu. *Iniuria*, yaralama ve müessir fiil, fizik saldırı hallerinde olduğu gibi, fiilin maddî ağırlığından, tiyatro veya çarşıda, meydanda yapılmış olması gibi suçun işlendiği yerin öneminden, bir *magistra* veya bir senato üyesine hakaret edilmesi gibi o kimsenin sosyal mevkiinden, failin kimliğinden dolayı ağırlaştırıcı sebeplerle yapılmış olabilirdi. Oğulun babasına, azatlının, eski malikine (*patronus*) hakaret etmesi ağır *iniuria* suçu (*iniuria atrox*) olarak nitelendirilmiştir[456].

Tecavüzün takdirini bizzat davacı yapar, yani tazminat miktarını kendisi takdir eder, fakat hâkim daha az bir tutara mahkûm edebilirdi.

Gaius (Gai.3,224) *praetor*'un, kişiliğine saldırılan kimsenin zararını bizzat belirleyebileceği esasını getirdiğini, hâkimin davalıyı bu bedele veya daha azına mahkum edebileceğini açıklamaktadır.

Eğer; kişiliğe tecavüz (*iniuria*) ağırsa, takdiri *praetor* yapar, hâkimin her ne kadar daha hafif para cezasına mahkûm etmek yetkisi varsa da, *praetor*'un otoritesine hürmeten bu yetkisini kullanmaya cesaret edemezdi.

Iniuria suçu ağırsa, davaya tek hâkim değil, mahkeme heyeti (*recuperatores*) bakardı.

Iniuria'dan doğan dava *actio iniuriarum*'dur. Dava sonucu hâkim, hakkaniyet gereği, tecavüzün kim tarafından, kime, nerede yapıldığını dikkate almak suretiyle davalıyı cezaya mahkum ediyordu.

Bu suçun davası olan *actio iniuriarum*'dan dolayı mahkûmiyet, şerefsizliği (*infamia*) neticelendirdi[457]. Dava haksız fiilden itibaren bir yıl içinde açılmalıdır. Mirasçılara intikal etmez. Diğer ceza davalarından farklı olarak bu dava tecavüze uğrayanın mirasçıları tarafından açılamadığı gibi, failin mirasçılarına karşı da açılamıyordu. Bunun sebebi, ana amacın sadece

saldırıya maruz kalanın intikam hislerini tatmin etmek ve sadece failden intikam alınması gerektiğidir.

Cumhuriyet devri sonunda, esas olarak, iç savaşın yarattığı karışıklıklar sebebiyle, *iniuria* bir kamu suçu niteliği almıştır.

M.Ö. 81 yılında çıkarılan *Iniuria*'lar hakkında Cornelia kanunu çok ağır bazı haller *iniuria* için bir kamu davası açılabileceğini kabul etti. *Iniuria* eyleminin kamu hukuku yolu ile cezalandırılması, imparatorluk hukukunda gitgide kuvvetlenerek, nihayet tecavüze maruz kalanın *iniuria* suçu için, isterse kamu ve isterse özel hukuka dayanan tazminat davası açabilmesi ilkesi kabul edildi. Bu şekilde, suçluya uygulanacak müeyyide ile mağdura ödenecek tazminat birbirinden ayrılmıştır.

Roma hukukunda esas itibarıyla manevî zararın tazmini söz konusu olmamakla beraber, *iniuria* haksız fiilinde ödenen para, bir tür manevî zararın karşılanması anlamını taşımaktadır[458].

Iniuria haksız fiilinin uygulama alanı genişlemiş ve TMK'nun 24 ve 25. maddelerinde öngörülen kişilik haklarına, haksız yere, yapılan saldırıları ve (maddî ve) manevi tazminat istemlerini kapsamıştır.

§16. PRAETOR HUKUKUNUN TANIDIĞI HAKSIZ FİİLLER

I. Haksız Fiil Benzerleri *Quasi Delictum*

Ius civile'nin tanımış olduğu bu dört haksız fiilden başka, *Praetor* hukukunun tanıdığı bazı haksız fillere *Quasi Delictum*'lar, "Haksız Fiil Benzerleri" denmektedir. *Praetor*, bu fiillere karşı tazminat davası tanımak suretiyle bunları haksız fiil haline getirmiştir.

Haksız fiil benzerleri, bir zarar vermeleri, mal varlığına ait bir kayba yol açmaları açısından, haksız fiillere benzer. Ancak, zarar vermek kastı yoktur. Bunların haksız fiil oluşturmasının sebebi, haksız fiil için aranan tüm unsurların bulunmayışıdır. Ancak; ortaya çıkan zarar veya zarar tehlikesi yüzünden haksız fiile benzer sonuçlar doğmaktadır. Meselâ, aşırı hızlı bir araç sürücüsü, ihmal unsuru ile bir kazaya yol açtığı zaman, ceza sorumluluğunun dışında (zarar verdiği için TBK m.49 öngörülen haksız fiil kapsamında tazminat borcu doğuran) bir haksız fiil benzeri işlemiştir[459].

Burada, haksız fiil olmadıkları halde, haksız fiile benzer ceza borçları meydana getiren olaylar söz konusudur. Ortada bir zarar vardır ve bu zarardan dolayı bir kimseye karşı dava açılabilmektedir. Faile ceza verilir veya zarar ödettirilir. Burada, kasıt değil, sadece ihmal yeter, hatta ihmale bile gerek yoktur. Bu olaylarda kusursuz sorumluluk ilkesi uygulama alanı bulur. Diğer *praetor* davaları gibi bir yıllık sürede açılmaları gerekir. Ceza davası olduğu için, davalının mirasçılarına karşı açılamaz.

Iustinianus, esasen *praetor* hukuku tarafından haksız fiil olarak takip edilmiş olan bu fiilleri toplayarak "haksız fiil benzerleri" kategorisini tespit etmiştir[460].

Praetor'lar tarafından dava verilen bu olayların en önemlileri şunlardır:

1) *Si iudex litem suam fecit* (Hâkimin; davaya bakarken tarafsız davranmaması, usulsüzlük yapması, Bir hâkim (hakem), davanın görülmesi sırasında, görevinde yetersizlik gösterirse, davayı uygun olmayan bir tarihe ertelerse, davanın görüleceği tarihte görevine gitmezse *praetor*'un koyduğu *in factum* dava ile hakkaniyete uygun bir para cezasına mahkûm

ettirilmekte idi. Taraflardan biri, davada hâkimin (hakemin) yanılması veya ihmaliyle, özellikle usul kurallarının ihlâli sebebiyle zarar görürse, hâkime (hakeme) karşı tazminat davası açabilir. Meselâ, hâkim (hakem) karar verirken hata yapar veya davalıyı *formula'*da gösterilen miktardan azına veya çoğuna mahkûm ederse, (Gai. 4,52) *praetor* hâkime (hakeme) karşı bir *in factum* dava tanırdı. Tazminat tutarı, hakkaniyete uygun bir tutardır. Hâkimin, hafif ihmali, dikkatsizliği yeterlidir.

Iustinianus hukukunda, bu sorumluluk, ihmal sonucu yanlış karar verme halini de kapsamıştır. Hâkim ihmali halinde, kötüniyeti olmadan dahi, yanlış bir karar vermişse, bu davaya maruz kalır, dürüst olmadığı anlaşılırsa, davanın değerini ödemeye mecbur tutulurdu (Daha, XII Levha Kanununda ise rüşvet alan hâkim idam edilmekte idi).

Hâkimin sorumluluk derecesi çok ağırdır. Kusuru olmasa dahi sorumlu tutulurdu (kusursuz sorumludur) (*casus* sorumluluğu).

Hâkimin işi kasıtla yapmasına gerek yoktu. Hafif dikkatsizliği, yani ihmali yeterli idi. Meselâ, söz konusu davanın delillerini incelemeyi unutması.

Ancak, dava hâkimin kusurunun veya beklenmedik halin ispatı halinde açılabilir. Her türlü kusur derecesi yeterli olduğundan bir haksız fiil olarak kabul edilmiştir.

2) *Actio de deiectis vel effusis*. Geçilen bir yere, bir binadan bir şeyler dökülür veya atılırsa ve bundan bir kimse zarar görürse, zarar gören, -gerçek failin tespiti zor olduğundan- binada oturana karşı bir ceza davası açardı: Atılan veya dökülenlerle hür bir kişi ölmüşse 50 altın, yaralanmışsa hâkimin takdirine göre tazminata mahkum edilirdi (I. 4,5,1)[461]. Bir binadan geçilen yola bir şey dökülmesi veya atılması halinde, -yukarıdaki haller dışında- zarar gören o binada veya dairede oturandan zararın iki mislini ister. Ölen varsa, her hangi bir vatandaş, dava açarak para cezasını ödenmesini isteyebilirdi. Burada, *lex Aquilia'*yı uygulamak zordur, zira, bu kanuna göre, zararı verenin tespiti gerekir. Davalıyı o binada oturan (*habitator*) teşkil eder (D.9,3,1,9). Binada; devamlı olarak, kira vermeden oturan kişi, kiracı veya malik sorumlu tutulur. Sorumluluk ölçüsü *casus'*tur, kusursuz sorumluluktur. Malikin kusurlu olup olmamasının önemi yoktur. Ancak, zarardan sorumlu tutulan, suçluya rücu edebilir.

Haksız fiil benzerleri kategorisine girmesinin sebebi, fiili işleyen evin maliki olmasa bile, sorumluluğun o binada oturana (*habitator'*a) ait

olmasındandır. Binada oturan, aile fertlerinden birisinin, hattâ misafirlerinin kusutundan sorumlu tutulur.

3) *Actio de posito et suspenso*. Konulmuş ve asılmış şeyin davası. Bir binadan herkesin geçtiği bir yere, yola düşerek bir kimseye zarar verecek şekilde bir şey koyan veya asan kimseye karşı, her hangi bir vatandaş tarafından, 10 altın tutarında ceza davası açılabilir. *Praetor* hukuku tarafından tanınan bu dava *actio popularis*[462] niteliğinde idi. Asılı şeyi oraya ev sahibinin koyup koymadığına veya binada oturanın bir kusuru olup olmamasına bakılmaz[463]. Davanın açılması için zarar tehlikesi yeterlidir (D.9,3,5,2)[464].

4) Gemi donatanı, hancılar veya ahır işletenler, çalıştırdıkları hizmetliler tarafından yapılan hırsızlık (*furtum*) ve verilen zararlardan (*damnum iniuria datum*) sorumlu tutuluyorlardı. *Praetor Edictum*'una göre, gemi donatanı ile han veya ahır işleten müşterilerinin eşyasını sağlam olarak iade etmeyi taahhüt etmişlerse, bunların telef olması ve bozulmasından, mücbir sebep hali dışında, sorumludurlar[465]. Bu şekilde eşyayı iade etme taahhüdüne *receptum* denir. Bu kimseler, gemi, otel ve ahırda, hizmetlerindeki kişiler tarafından yapılan hırsızlık ve verilen zararlar dolayısıyla eşya kendilerine teslim edilmese de, iki misli ile sorumluydular.

Anlaşma (*receptum*) yapılmışsa, *actio in factum* olan ve zararın iki misline mahkûmiyeti öngören *praetor* davaları mevcuttu (D.47,5,1,2). Bu yerleri işletenlerin kendilerinin haksız fiil işlemediği, ancak yanında çalışmak üzere kötü kimseleri yardımcı olarak seçtikleri, yani seçmede kusurları olduğu için, bir haksız fiil işlemiş gibi sorumlu tutuldukları ifade edilmiştir (D.44,7,5,6). Böyle bir sorumluluğun doğması için haksız fiilin, işin ifası sırasında ikna edilmiş olması gerekliydi[466].

Bu sorumluluğun temeli, çalıştırdıkları personeli iyi seçememiş olmalarıdır (*culpa in eligendo*)[467]. *Iustinianus*, bu sorumluluğu müstahdemin seçilmesinde (*culpa in eligendo*) işlenmiş kusurdan doğmuş sayarak, haksız fiil benzerlerinden saydı. Dava zarar görenin mirasçıları tarafından da açılabilir fakat hancı, gemici ve ahırcının mirasçılarına karşı açılamaz. Bu şekilde, bu *actio in factum*, *receptum*, anlaşma (*pactum*) olmayan hallerde önem kazanır.

Daha çok; kusursuz, objektif diye nitelendirebileceğimiz bir sorumluluk hali söz konusudur. Adam çalıştıran (TBK. m.66) veya yapı maliki (TBK. m.69) zararı kendisi vermediği ve bir kusuru olmadığı halde, sadece zararın

varlığından dolayı bir suç işlemiş gibi sorumlu tutulmaktadır. *Quasi delictum* sayılmalarının nedeni de budur.

İngiliz Hukukunda "belirli olmayan kişilere hizmet veren" (*public at large*) meslek icra edenlerin sorumluluğu XIII. yüzyıldan itibaren daha sert olarak uygulama alanına girmiştir. Otelci, ahır işleten, gemici ve benzeri meslektekilerin ağırlaştırılmış sorumlulukları söz konusudur[468].

5) *Fraus creditorum*: Alacaklılardan Mal Kaçırma; Alacaklılara Karşı Yapılan Hileli Hareketler

Praetor tarafından haksız fiil olarak kabul edilen diğer bir olay, borçlunun alacaklı zararına hileli şekilde mal kaçırmasıdır.

Bazen bir borçlu, alacaklılarını zarara uğratmak için hileli olarak mallarını kaçırabilir, saklayabilir, tahrip edebilir, alacağını zaman aşımı veya borçlusunu ibra yoluyla, irtifak hakkını sona erdirebilir veya üçüncü kişilere devredebilir. Meselâ, aciz haline düşeceğini bildiği halde, mallarını muvazaalı olarak satar veya bağışlar, kölelerini azad eder.

Günümüzde İcra İflas hukukunda düzenlenen bu durum için, *praetor*'lar klâsik hukukta, iki tedbir getirmiştir: hileli satışlar sonucu, zarar görenlere muamelelerin eski hale iadesini talep (*in integrum restitutio*) ve alacaklıların yaptıkları işlemlerin iptali ve kaçırılan malların iadesi zorunluluğunu yükleyen *interdictum*.

Iustinianus hukukunda, hileli tasarrufların iptalini ve zararların tazminini *Actio Pauliana* sağlamaktaydı. Hangi *praetor* tarafından oluşturulduğu bilinmeyen bu dava ile alacaklı uğradığı zararların tazminini talep ederdi. Bu dava, hileli şekilde mal kaçıran borçluya karşı, meselâ, alacaklıdan kaçırmak için kölelerini azat eden, mallarını bağışlayan veya muvazaalı şekilde satarak devreden kimseye karşı açılabildiği gibi, bu muamelelerden yararlanan kişilere de açılabilirdi. Bu dava borcunun mal kaçırma kastına iştirak eden veya borçlunun mallarını ivazsız alan kişilere açılabiliyordu (D.22,1,38,4). Davanın açılabilmesi için, alacaklının fiilen zarar görmesi, borçlunun bu muameleleri yaparken aciz haline düşeceğini veya aciz halinde olduğunu bilmesi (*consilium fraudis*) ve iktisap edenin de, borçlunun içinde bulunduğu durumu (*scienta fraudis*) bilmesi gerekiyordu.

6) *Dolus* (Hile)

Hile; hukukî işlemde, bir kimsenin zihninde yanlış fikir uyandırarak, onu akit yapmaya sevketmek için kullanılan aldatıcı söz ve hareketlerdir. Sonradan *dolus* kavramı daha da genişlemiş ve dürüstlüğe (*bona fides*)

aykırı bütün fiil ve hareketler bu kapsama girmiştir. Bu ahlak kurallarının borçlar hukukunu etkileyişidir.

Praetor hukukuna göre hile, başkasına kandırma yoluyla, özellikle hukuki işlem yaptırmak suretiyle zarar verilmesi halinde haksız fiil meydana getirmekteydi.

Actio doli (veya *actio de dolo*); Cumhuriyet devri sonlarında, hukukçu Gallus'un teşvikiyle *praetor* tarafından *Edictum*'a konmuştur. *Dolus* ile - dolandırıcılık ve hileyle — meydana gelen malvarlığına ait zararlarda, ikinci derecede (*alia actio not erit*) bir dava olarak tanınırdı. Yani başka bir hukukî imkân, dava yoksa, meselâ, aynı zamanda kullanılabilecek *restitutio in integrum* sonucu zarar ortadan kaldırılamadığı veya eski hale iade (*restitutio in integrum*) uygulanamadığı zaman, bu dava verilirdi. Bunu, *actio doli* sonucunda mahkûm olanın *infamis* olması ile açıklamak mümkündür. Bundan dolayı, *formula*'ya konulan *clausula arbitraria* şartı ile davalıya, karardan önce malı veya elde ettiği değeri geri vermek suretiyle mahkûmiyetten kurtulma imkânı veriliyordu. Hile davası ile, elde edilen malın (değerin) iadesi veya gereğinde tazminat isteniyordu[469]. Mahkûmiyet takdir edilen bir miktar para için olurdu. Bu miktarı, davacının daha önce yeminle uğradığı zarar olarak bildirmesi gerekir. Dava bir yıllık bir süreye tâbidir. *Dolus*, çoğu kere bir dolandırıcılık şeklinde de olur. Fakat daha klâsik devrin uygulaması bu kavramı genişletmiş ve nihayet dürüst davranışa aykırı her türlü fiili *dolus* olarak anlamıştır. Bu; dar anlamda hile hallerinde kullanılan *exceptio doli specialis*'ten ayrılır.

Kandırılarak zarara uğratılan kimseye karşı dava açılırsa hileyi *exceptio doli* denilen bir def'i ile de ileri sürmek imkânı tanınmıştı[470].

7) *Metus* (Tehdit, Korkutma)

Metus, cana, hürriyete, şerefe yönelen ağır bir tehditle, bir kimsede ciddi bir bir korku yaratılarak, normal durumda yapmayacağı bir hukukî işlem yapmaya zorlanmasıdır[471].

Bir kimse korkutularak, tehdit edilmek suretiyle aslında yapmak istemediği bir muameleyi yaparak zarara uğrarsa bu haksız fiil oluşurdu[472].

Ius civile'ye göre geçerli olan tehditle yapılmış olan muamele dolayısıyla dava açılmak istendiğinde, korkutmanın yapıldığını *praetor* anladığı takdirde, davacının dava açmak talebini reddedebilir veya davanın *formula*'sına *exceptio metus*'u davalı lehine koyabilirdi.

M.Ö. I. yüzyılda, iç savaşın yarattığı karışıklıklar sırasında, bu durumdan yararlanmak isteyen bazı uygunsuz kişilerin, başkalarından para veya mal sızdırmaya başladıkları görülmüştür.

M.Ö. I. yüzyılda Octavius isimli *praetor*, hukuka aykırı tehdit veya ikrah için bir *Edictum* yayınlamıştır. Bu *Edictum*'da bir taraftan *restitutio in integrum*, yani tehditten önceki durumun yeniden tesisini vaad ediyor, diğer taraftan bir "*actio quod metus causa*", "tehditten dolayı dava" ve nihayet bir *exceptio metus* imkânını veriyordu. Tehdite rağmen, *ius civile*'ye göre geçerli olan muameleye dayanarak dava açılırsa, *exceptio metus* tanınırdı. Bu *praetor*'un tanıdığı haksız fiil davasıyla, korkunun etkisiyle karşı tarafa verdiği malların değerinin veya bu tehdit yüzünden uğradığı zararların dört katını isterdi. Bir yıl geçtikten sonra, ancak uğranılan zarar istenebilir. *Actio doli* gibi, bir iade (*restitutio*) şartı vardır. Mahkûmiyet sonucu *infamia*'dır. *Iustinianus* hukukunda, bu dava tehditte (ikrahta) bulunandan başka, tehdit sonucu yapılan muamelenin konusu olan malı elinde bulunduran yahut o maldan bir menfaat elde eden kimseye da açılabileceği için, şahsî dava niteliğini kaybetmiştir. Bu nedenle bir *actio in rem scripta*[473] olduğu belirtilmektedir. Yine *Iustinianus* devrinde ceza davası niteliği de hafiflemiştir. Birden fazla kimse tarafından *metus* suçu işlenmişse, bunlardan birinin elde ettiklerini mahkûmiyetten önce geri vermesi veya sonradan para cezasını ödemesiyle, diğerlerine karşı dava açılamazdı.

§ 17. ROMA HUKUKUNDA BAŞKALARININ AKİTLERİNDEN VE HAKSIZ FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

Kural olarak, ailede sadece kendisi hak ehliyetine sahip olan aile reisi, ailenin bütün malvarlığı üzerinde tek yetki sahibidir. Ailenin mallarına ilişkin bütün hukukî işlemleri yapma hakkı, aile reisine aittir. Bilindiği gibi Roma hukukuna göre sadece *sui iuris* olan hür Roma vatandaşları hak ehliyetine sahiptir. Yani hak sahibi olabilirler ve borç altına girebilir. Böylece, ailenin bütün malları üzerinde tek hak sahibi olan aile reisi, bu mallarla ilgili hukukî işlemler sonucunda da aile içinde borç altına girebilen tek kişiydi. Aile evlâtları, hak ehliyeti bulunmadığı için, hak sahibi olamaz ve borçlardan sorumlu tutulamazlardı. Bu sebeple, aile reisinin, aile evlatlarına hukukî muamele yapmaları konusunda izin verip vermemesi bu hukukî sonucu etkilemezdi. Aile evlatlarının aile reisinin izni olmadan yaptıkları hukukî muamele de muteberdi. Ancak, muameleden doğan haklar, doğrudan doğruya aile reisine ait olurdu. Buna karşılık, kölelerde olduğu gibi, aile evladının yaptığı hukuki işlemde, malvarlığı olmadığından, borcun icrası açısından bir sonuç doğmazdı. *Praetor'*ların, kölelere benzer olan belli durumlarda, aile evladının giriştikleri hukukî muameleden doğan borçlardan dolayı aile reisi aleyhine karşı dava imkânları tanındı. Ancak, aile evladının kölelerden farklı bir durumu vardı. Aile evladının bu hukukî muameleler sonucunda bizzat borçlanacakları kabul ediliyordu. Bu borçlar, kölelerde olduğu gibi, tabiî borç değildi. Yani, aile evladına karşı bu borçlardan dolayı dava açılabiliyordu. Ancak, aile evladının malvarlığı bulunmadığı için, yani hak sahibi olmadığından, ona karşı açılan davaların alacaklılara bir şey kazandırma imkânı yoktu.

Yalnız, kölelerde olduğu gibi, aile reisi, aile evladına veya köleye "*peculium*" adı altında belirli bir miktar sermaye verebiliyordu. Bu sermaye hukuken, aile reisine ait olmakta devam ediyordu. Ancak, aile evladı veya

köle bu sermayeye ilişkin olarak hukukî muameleler yapabiliyordu. *Peculium* verilen aile evladının veya kölenin yaptıkları bütün hukukî muameleden doğan borçlardan dolayı ise, aile reisi *peculium* değeri kadar sorumlu oluyordu.

I. Ek (munzam) davalar: *Actiones adiecticiae qualitatis*

Praetor'lar, kölelerin ve aile evlatlarının, hattâ bazı istisnaî hallerde hür şahısların yaptıkları muamelelerden ve akitlerden dolayı efendiye ve aile reisine karşı alacaklıya ek (munzam) davalar tanıdılar: *Actiones adiecticiae qualitatis*.

Bu ek (munzam) davaların önemlileri şunlardır:

1) *Actio de peculio*: Aile reisi bir miktar sermaye (*peculium*) vermiş ise, buna ilişkin yapılan muamelelerden doğan borçlardan, bu *peculium* tutarınca sorumlu olur. Alacaklıların *peculium* vereni sorumlu tutmak için açtıkları dava da, *actio de peculio*'dur. Buradaki sorumluluk *peculium* tutarı ile mahdut, sınırlı bir sorumluluktur.

Hâkimiyet hakkına sahip olan kimse, hâkimiyet altındakine karşı olan alacaklarını *peculium*'dan düşebilir. Düşürme, tenzil etme hakkı vardır. Buna karşılık, hâkimiyet hakkına sahip olanın, hâkimiyet altındakine olan borçları, hâkimiyete tâbi olanın *peculium*'unu artırır. Fakat, hâkimiyet altındaki ile hâkimiyet sahibi arasındaki alacak ve borçlar, dava edilebilir nitelikte alacak ve borç olarak düşünülemez. Hâkimiyet altındaki için, hâkimiyet ilişkisi dolayısıyla tabiî, davasız borçtur. Hâkimiyet sahibi için, hâkimiyet altındakine dava açmasına gerek yoktur. Zira, hâkimiyet hakkı sebebiyle, alacağını bizzat elde edebilirdi. Fakat, bilimsel içtihatlar bu borcu tabiî borç olarak tanıdılar. Dolayısıyla, bu borçların *peculium* ile olan ilişkilerine özel bir şekil vermişlerdir.

2) *Actio quod iussu*: Aile reisinin, herhangi bir şekilde beyan ettiği iradesi, talimatları üzerine köle veya aile evladı bir hukukî işlem yapmışsa, aile reisi borcun tamamından sorumludur. Alacaklı, aile reisine karşı *actio quod iussu*'yu açar.

3) *Actio de in rem verso*: Aile evladı veya köle, aile reisinin izni olmadan *peculium* tutarını aşan bir işlem yapmış ve bunun sonucu aile reisinin malvarlığında bir çoğalma meydana gelmişse, aile reisi bu artış oranında

sorumludur, kendisine karşı *actio de in rem verso* açılır. Hattâ *peculium* olmasa da, malvarlığındaki çoğalma oranında sorumludur.

4) *Actio tributoria*: Bundan başka, aile evladı veya köle, aile reisinin bilgisi altında *peculium*'a dahil bir mal ile ticaret yaparken aciz haline düşerse, *pater familias peculium*'u alacaklılar oranında bölüştürmek zorundadır. Eğer alacaklılardan biri, kendisine alacağından az bir hisse ayrıldığını ileri sürerse, *actio tributoria*'yı aile reisine karşı açar.

Modern hukukta, iflas halinde, borçlunun malvarlığının alacaklılar arasında paylaştırılmasında, benzer usuller uygulanır.

II. Ticaretle Uğraşanlarm Hukuku:

Ticaretle uğraşanların (tüccar, armatör ve banker) ihtilâflarında da ek (munzam) davalar uygulama alanına girmiştir.

1 — Genel Olarak

Günümüzde özel hukukun önemli bir kısmı Ticaret hukukuna ayrılmıştır. Ticaret hukukunun bağımsız bir dal olarak, kökeni Orta Çağ'a gitmektedir. Bu yüzyıllarda; tüccarların özel hukuku, mesleklerinin faaliyet alanında, kendilerine özel hukukî bir durum sağlıyordu. Çeşitli meslek birliklerinin ve korporasyonların kaldırılması ve modern kanunlardaki hukukî durumları için tek bir kavramın yaratılması (1804 tarihli Fransız MK., 1811 tarihli Avusturya MK.), korporasyonlara dayanan tüccarların hukukunu, ticari muameleleri düzenleyen Ticaret hukukuna dönüştürmüştür. Bu gelişme; bu dalın daha önceki Medenî hukuk karşısında bağımsızlığını önemli oranda azaltmış ve Ticaret hukukunu, Common Law modeline göre özel hukukun bir kısmı haline getirmiştir. Bununla birlikte, bu kurumların yine de ayrı bir yapısı vardır (ticaret sicili; muhasebe kayıtları zorunluluğu; çeşitli ticaret şirketleri; kıymetli evrak, iflas yoluyla takip vs.). Fakat artık Borçlar hukukunun ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu durum; bizi, bu gelişmelerden sonra Ticaret hukukunun kendisine özgü genel ilkelerin bulunmadığını kabule zorlamakta, dır. Bu bağımsızlıktaki azalmanın oranı, çeşitli Avrupa hukukî düzenlemelerinde birbirinden farklıdır. Bunlardan bir kısmının, Medenî Kanundan ayrı bir Ticaret Kanunları vardır (Fransa, Almanya, Avusturya, Türkiye bunlar arasındadır). Bazıları, Ticaret hukukunu, Borçlar hukuku ile birleştirmişlerdir (İsviçre, İtalya).

Eski İsviçre Medenî Kanununun kanunlaştırılması sırasında, İsviçre'deki çeşitli siyasal çevreler, ticaret faaliyetleri için ayrı bir usul hukuku da

bulunan, ayrıcalıklı bir ticaret hukukuna şiddetle karşı çıkmışlardır. Bununla birlikte, kanunlaştırma hareketini sağlayan kıvılcımın, birleştirilmiş bir ticaret kanunu tasarısından gelmesi anlamlıdır. Ticaret için bu tercih, "her şey ticarettir ve ticaret her şeydir" sloganını kabul eden XIX. yüzyıl için tipik bir örnektir ve Federal Konseyin mesajı, İsviçre halkının özel ticarî maharetiyle övünmektedir[474]. Ayrıcalıklı bir Ticaret Kanunu yapılmasından vazgeçilmiş ve Ticaret Hukuku birleştirilmiş bir kanun tasarısı içinde yer almışsa da, İsviçre BK ticari bir yapıya, amaca sahiptir[475].

Roma Hukukunda, Ticaret hukuku, özel hukuktan ayrı bir kısım oluşturmamıştır. XII Levha Kanunun eski devir hukukundan ve eski tarım toplumundan farklı olarak Klâsik hukuk, para ve piyasanın belirli bir yeri olduğu bir toplumun hukuku olarak ortaya çıkmaktadır. İmparatorluktaki ticari ilişkiler rızaya dayanan ve genel dürüstlük kavramıyla düzenlenen akit rejimini teşvik etmiştir. Evrensel, diğer kavimlerin hukukundan kaynaklanan düşünce somut olarak ortaya çıkmıştır. Para ve para borcuna dayanan mallardaki değişim veya zararların tazmini sistemi, borçlunun iflâsında kararların ortak icra yolu ve alacaklıların buna katılması gibi durumların hepsi, ticarete dayanan bir düşüncenin ve uygarlığın belirtileridir. Uzun *Pax Romano* (Roma Barışı) devrinde Roma'daki ticaret, imparatorluğun her bölgesine yayılmıştır. Akitlerin genişlemesi, ticaret hayatına yepyeni ufuklar açmıştır. Ülkede; kişiler, mallar ve para yoğun bir şekilde, düzenli bir karayolu ağı ve güvenli deniz yollarında serbestçe dolaşmaktadır.

Afrika'dan ve Mısır'dan arpa, Küçük Asya'dan kumaş, tahta ve kereste, İspanya ve Romanya'dan maden, İtalya ve Suriye'den zeytinyağı, Galya'dan seramik eşya, Yunanistan, Afrika ve çeşitli bölgelerinden şaraplar nakledilmektedir. Roma'nın limanı Ostia'dan, Taragon'a dört günde ve eğer rüzgar elverişli ise, iki günde Afrika'ya gidiliyordu. Meinz ve Roma arasındaki mesafe on günde alınıyordu.

Bununla birlikte bu açık ve hareketli toplum, günümüzdeki piyasa, sermaye ve üretim şeklindeki modern kavramlarla belirlenemez. Şuna işaret etmek gerekir ki, önce ticaret şirketlerinde ve kooperatif şirketlerde, tüzel kişilik statüsünden yararlanan örgütlenme şekillerinin yelpazesi yoktu. Sermayenin ve malların yönlendirilmesini sağlayan dev ve çok uluslu şirketler de yoktu. Roma dünyası; az veya çok sayıda üyeleri olan geniş kapsamlı aile (*familia*) yapısına bağlı kalıyordu.

Ticaretle uğraşan kişiler, servet sahibi olmuşlarsa da, bunlar sosyal sınıflandırmada, en üstte yer almıyorlardı. Gerçekte; ilk sıralar, İmparatorluk idaresinde çalışan siyasal ve askerî meslek sahiplerine ayrılmıştı. Bir kamu görevi elde etmek, imparatorun hizmetinde soylu bir kişi olmak, geçimi, durumu rahat Romalıların uzun süre hayallerini oluşturmuştur. Ayrıca, toprağa bağlılık tutkusu da, onları hiçbir zaman terk etmemiştir[476].

2 — Armatör (*Exercitor navis*) ve Tüccar (*Institor*) :

Roma hukuku kaynakları, bu iki meslek sahibinin sosyal yaşantıları ile ilgilenmiyordu. Hukukçular, İtalya ve Fransa'daki limanlarda faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının zengin üyelerinden, 1000 tonajın üstündeki gemilere, büyük teknelere, şalupalara sahip armatörlerden söz etmektedir. Aynı şekilde, toptancı bir tüccarı, küçük bir dükkanı olan esnaftan ayırd etmemişlerdi.

Sorun, iş sahibinin, işletmesinde çalışanların hukukî muamelelerinden sorumluluğu idi.

A) *Actio exercitoria*: Aile evladı veya köle, aile reisinin armatörü, donatanı olduğu bir gemiyi idare ediyorsa, üçüncü kişiler, aile reisine (*pater familias*'a) karşı, köle veya aile evladı tarafından yüklenilmiş borcun tamamı için *actio exercitoria* açabilir. Bu halde, aile evladı veya köle bir hukukî işlemi yapan üçüncü kişi, sadece aile reisinin iradesini dikkate almaktaydı. Bu sebeple; *Gaius*, aile reisinin borcun tamamından sorumlu olması hakkaniyete uygundur, demektedir. Kaptan hür kişi ise, alacaklı ona da dava açabilir. Ancak hür kişi olan kaptanda ödeme kabiliyeti görmüyorsa, armatöre karşı bu ek davayı, *actio exercitoria*'yı açar.

B) *Actio institoria*: Bir ticaret ve sanayi kurumun idaresi işini yapanın borçlarından, kurum sahibi, sınırsız olarak sorumludur. *Actio institoria*, kurum işletmesi için, iş başına hür bir kişi getirilmişse, ona karşı da dava açabilir.

Gemi kaptanı veya iş başına getirilenin (*institor*'un) bu işlemleri yetkilerini belirterek yapmaları, üçüncü kişinin bu durumu bilmesi gerekirdi. Eğer yetki, açıkça bildirilmişse, meselâ, iş yeri önünde ilan edilmişse, bu husus kabul edilirdi[477]. Buna benzer durumlar, modern hukukta da vardır: Bir bankada hangi şahısların banka namına imza edebilecekleri (imzanın şeklinin de bildirilmesi suretiyle -sirküler-) ilân edilir[478].

C) Banker

Para ticareti; banker, kambiyocu veya maliyeci gibi ifadelerle belirlenen bir grup kişinin ellerine geçmişti. Bazen şerefli, bazen şüpheli şöhreti olan, bazen önemli kişiler, bazen sefil tefeciler denilen bu meslek sahipleri, XV. yüzyılın ihtişamlı, soylu aile mensuplarına benzemiyordu. İlk imparatorluk devrinde, hattâ bütün eyaletlerde yayılsa da, bankerlik işlemlerinde bir azalma görülmektedir. Banker; ödünç paralar, muhafazası için bırakılan paralar, kambiyo işlemleri, cari hesap işleri ve açık arttırma ile satışlarda faaliyet gösteriyordu. Dükkânı, Forum meydanındaydı ve faaliyetlerinin konusu sadece günün küçük alış verişi ile kısıtlı olmayan, gerçek, bağımsız bir bankerlik, bankacılık hukukunun oluşmasına yol açmamıştır. Ancak, banker orada kalabalık bir müşteri kitlesi ile karşı karşıyaydı. Bankerliğe faaliyetler Roma Hukukunun birkaç kurumunda ve özel kurallarında izler bırakmıştır[479].

Banker ödünçleri (*Receptum Argentarii*):

Bankerlerin eline geçen kredi işlemleri cumhuriyet sonlarında önemli boyutlara ulaşmış ve nakit paradan faizle önemli tutarlar elde edilmesi ve kolaylıkla, kredi veya borç para alınması ihtiyaçlarına cevap verilmiştir. Bankerler (*argentarii*'ler), çoğu kere müşterilerin hesabına ödeme yapmakla görevlendiriliyordu. Zira; müşteriler, bu paralarını, istedikleri zaman kullanmak, özellikle ödemeleri yapma imkânını kendilerinde saklayarak faizle, bankere bırakıyorlardı.

Bütün bu dava haklarının, borçlanmış kimselere karşı, üçüncü kişilere tanınmış davalara ilave edilen, ek davalar olmasından dolayı, Orta Çağ yorumcuları, bu davaları ek, munzam nitelikteki davalar (*actiones adiecticiae qualitatis*) terimi ile ifade etmişlerdir.

III. Aile Evlatlarının ve Kölelerin Haksız Fiillerinden Sorumluluk

Eğer haksız fiil, bir aile evladı veya bir köle tarafından işlenmişse, ceza davası hakkı, *noxa* olarak aile reisi (*pater familias*) veya malike karşı açılır. Bunlar da isterse, suçluyu zarar görene vermek suretiyle sorumluluktan kurtulabilirlerdi. *Gaius*; aile evlatlarının ve kölelerin kötülüklerinin aile reislerine veya maliklerine bizzat kendi varlıklarından daha fazla zarar vermeleri haksızlık olurdu, demektedir. Fakat, Postklâsik devrin sonlarında, artık yeni anlayışa çok aykırı düşen (bu tür sertlikler reddedilmelidir) bu

kural aile evladına uygulanmamaktaydı. Aile evlatlarını bizzat takip etmek gerekiyordu[480].

Benzer durum hayvanların verdikleri zararlar için de uygulanıyordu. *Actio de pauperie* ile, bir hayvanın maliki, bunun üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı ya hayvanı teslim etmek veya zararı tazmin etmek suretiyle sorumluluktan kurtulurdu. Bu bir tazminat davasıdır. Hayvandan yararlanan malikin, hayvanın yol açtığı zararı da üzerine alması gerektiği fikrine dayanır[481].

IV. Kadınların Üçüncü Kişiler İçin Borç Yüklenmelerinin (*intercessio*) Yasaklanması

Bu terim, genellikle başkasına ait bir borcu, yüklenmek fakat bilhassa M.S.46 yılında çıkan *senatus consultum Vellaeanum*'la yasak edilen, kadınların başkaları menfaatine borç altına girmeleri münasebetiyle kullanılmaktaydı.

Bu *senatus consultum* bu tür borçların geçersiz olduğunu beyan etmedi, zira senatoya yasama yetkisi henüz tanınmamıştı. Ancak, *praetor*u bu ilkenin uygulanması için gerekli tedbirleri almaya davet etmekle yetindi. *Praetor* da, başkalarının borçlarını üzerine alan kadınları *exceptio senatus consulti Vellaeani* ile himaye etmiştir. Bu *exceptio*'yu ileri sürmediği veya süremediği için mahkûm olan kadın, *actio iudicati*'ye karşı da bu *exceptio*'yu kullanabilir. Ödenmişse bile *conductio indebiti* ile geri isteyebilir. *Intercessio* yalnız başkasının borcunun teminat altına alınması değildi, borcu sona erdirecek şekilde başkasının borcunu yüklenmek veya daha başlangıçta başka birisinin yerine borçlanmak şeklinde de olabilirdi.

İlk İmparatorluk Devrinin başlarında kadınlar üzerindeki vesayetin kalkmasının bir sonucu olarak, önce kadınların, kocaları lehine; bu *senatus consultum* ile de üçüncü şahıslar lehine borç yüklenmeleri yasaklandı. Önce, kadınların başkaları için kefil olmaları veya başkalarının borçlarını üzerlerine almaları yasak edildi daha sonra hukukçuların yorumlarıyla, başkaları için rehin vermeleri yasaklandı. Bu borç taahhütlerini üç grup halinde toplamak mümkündür:

a) Kadın esas borçlu ile birlikte borçlanır. Meselâ, başkası için kefil olur veya rehin verir.

b) Esas borçluyu borcundan kurtarır ve onun borcunu kendi üzerine naklettir (*stipulatio* ile yapılan *novatio* şeklinde). Bu şekilde, borçlunun yerine geçmiş, borçluyu kurtarmak amacı ile borç yüklenmiştir.

c) Kadın başkasının bir borcunu yüklenmeyip, elde edeceği paradan başkasını faydalandırmak amacı ile doğrudan doğruya kendisi borçlanmış olabilir. Meselâ, aldığı ödüncü o kimseye verse, bu muamele de *intercessio* sayılır ve *senatus consultum* yasağına girer (*intercessio tacita*).

Fakat kadın başkasının borcunu taahhüt etmeyip, bu borcu doğrudan doğruya, meselâ, bağış için öderse, böyle bir ödeme yasak değildi. *Senatus consultum*'un amacı, kadının ileride asıl borçlunun ödeyeceğini sandığı bir borcu yüklenmesinin önlenmesidir.

Bütün bu hallerde, kadının borç yüklenmesinin hükümsüz bırakılması dolayısıyla, alacağını elde edememe tehlikesine düşen alacaklıya, *praetor* tarafından esas borçluya karşı kullanılmak üzere ya eski dava hakkı iade edilir (*actio restitutoria*) veya örtülü borç yüklenmeleri (daha başlangıçta başka biri yerine borçlanma) halinde olduğu gibi, dava hakkı borç altına girmemiş gerçek borçlu aleyhine alacaklıya verilirdi (*actio institutoria*).

Sui iuris ergen kadınlar, uzun süre vesayet altında kalmıştır ve borç altına girmek için vasilerinin *auctoritas*'ına ihtiyaçları vardı. Bu genel ehliyetsizlik ortadan kalkmakla birlikte, bu özel ehliyetsizlik durumu devam etmiştir.

Kadınları koruyan bu kısıtlayıcı hükümler *Iustinianus* hukukunda da devam etmiştir, hatta koca lehine yapılan *intercessio*'lar doğrudan doğruya geçersiz sayılmıştır.

Bu anlayışın izleri modern hukuklarda da yaşanmıştır: 1926 tarihli önceki Medenî Kanunun 169. maddesi ve mehaz İsviçre kanununun ilgili maddesi bunun tipik örneğidir: Koca menfaatine olarak, kadın tarafından, üçüncü kişiye karşı yüklenilen borçların sulh hâkimi tarafından tasdik edilmeleri gerekirdi.

TBK 584. maddesi, eşin rızası başlığı altında şu şekildedir ve her iki eş açısından daha da kısıtlayıcıdır: Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmesi şarttır.

BİBLİYOGRAFYA

AYBAY A. — AYBAY R., Hukuka Giriş, Beşinci Bası, İstanbul, 1998.

AYBAY A., Borçlar Hukuku Dersleri İstanbul 1984.

DI MARZO S., Roma Hukuku, İkinci Bası, İstanbul 1959.

ERDOĞMUŞ B., İn Diem Addictio (Daha iyi bir teklif kaydı), 1972, İstanbul.

ERDOĞMUŞ B., Eşya Hukuku, İstanbul 1997.

EREN F., Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, C. 1 , 5. Bası, İstanbul 1994.

ESENER T., Eşya Hukuku, Ankara 1985.

GAUDEMET J., Droit privâ romain, 2002, Paris.

GAZZANIGA J.L., Introduction historique au droit des obligations, Paris 1992.

GIRARD P.F., Manuel Elâmentaire de Droit Romain, Paris 1918.

GÖNENÇ, F.İ., Roma Hukukunda Şirket Akti (Societas), İstanbul, 2004.

IMBERT J., Le Droit Antique, 4e 6dition, Paris.

İPEK, N., Roma Hukukunda Gasp (Rapina), İstanbul, 2001.

KOSCHAKER P.. AYİTER K., Modern özel Hukuka Giriş Olarak Roma özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.

MONIER R., Manuel E16mencaire de Droit Romain, 1977.

OĞUZMAN K. — ÖZ T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006.

OURLIAC P, DE MALAFOSSE J. Histoire du Droit Priv6, Tome Premier, Les Obligations.

RADO T., Roma Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku, İstanbul, 2003.

RENAUT, M-H., Histoire du droit des obligations, 2008, s. 4.

ROBAYE R., Le Droit Romain, Tome II, Obligations•Contrats-Responsabilit6 contractuelle, 2002, Louvain-La Neuve, Bruxelles.

SOMER P. , Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İstanbul, 2008.

SCHMIDLIN B. — CANNATA C.A., Droit Priv6 Romain, II, Obligations Successions, Proc6dure, Lausanne, 1987.

SCHWARZ, A.B., Borçlar Hukuku Dersleri (çev. Davran B.), c.l, İstanbul 1948.

340 Roma Borçlar Hukuku

TEKİNAY S.S.- AKMAN S. - BURCUOĞLU H. - ALTOP A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TAHİROĞLU B. - ERDOĞMUŞ B., Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2005.

TAHİROĞLU B., Roma Hukukunda Borcun Teminatlanndan Kefalet, 1977.

TAHİROĞLU B., Roma Hukukunda Furtum, İstanbul 1975.

UMUR Z., Roma Hukuku, Lügati, İstanbul 1983.

UMUR Z., Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999.

UMUR Z., Roma Hukuku, Tarihi Giriş Kaynakları Umumî Methumlar, Hakların Himayesi, İstanbul 1974.

VINOGRADOFF, P., Ortaçağ Avrupası’nda Roma Hukuku, s. 109.

YAVUZ, C., ÖZEN B, ACAR F., Türk Borçlar Hukuku özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 2007.

bibliyografya sonu, düzeltilmedi ve okunmadı

[1] bkz. UMUR Z., Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987, s.295-296.

[2] AYBAY A., - AYBAY R., Hukuka Giriş, Beşinci Baskı, İstanbul, 1998, s.59-64.

[3] Eserin bütünü 1583'te Fransız hümanisti Dionysius Gothofredus tarafından, Cenevre'de, Corpus Iuris Civilis ismi ile bastırılmıştır. Bu baskı uzun süre model olarak kalmıştır.

[4] UMUR Z., Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumî Methumlar, Hakların Himayesi, İstanbul 1974, s.288.

[5] AYBAY A., AYBAY R., s.59-60.

[6] SCHWARZ, A. B, Borçlar Hukuku Dersleri (çev. Davran B.), C.1, İstanbul 1948, s.8-9; RADO T., Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, İstanbul 1997, s.11; UMUR Z., Ders Notları s. 296.

[7] RADO T., s.9; UMUR Z., Ders Notları s.296.

[8] SCHWARZ A.B., s.8 vd.

[9] *Commercium iure gentium commune esse debet:* Ticaret; evrensel hukuka göre, ortak tüm kavimlere açık olmalıdır.

[10] VINOGRADOFF, P., Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku, s. 109

[11] UMUR Z., Ders Notları s.297. Fiat iustitia nec pereat mundus: Dünyanın yıkılmaması için adalet sağlanmalıdır.

[12] SCHWARZ A.B., s.8-9.

[13] THIREAU J.L., Introduction historique au droit, Paris, 2001, s. 16.

[14] ROBAYE R., Le Droit Romain, Tome II: Obligatins-Contrats-Responsabilité contractuelle, 2e édition, 2002, Louvain-La-Neuve/Bruxelles, s.7

[1] GAZZANIGA J. L., s.18.

[2] IMBERT J., Le Droit Antique, 4e édition, Paris, s. 102.

[3] ERDOĞMUŞ B., Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. I. Borçlar Hukukunun bağı zincirler değil hukukun borçluyu edimini ifaya zorlamasıdır. Postglossator Bartolus; açıklamasında, sığırların iplerle birbirine bağlandığı gibi, insanların da sözleriyle bağlandığını belirtmektedir (ERDOĞMUŞ B., s. 1, dn. 2).

[4] SCHMIDLIN B. - CANNATA c.A., Droit Privé Romain, II, Obligations Successions, Procédure, Lausanne, 1987, s.11.

[5] SCHMIDLIN B. - CANNATA c.A., s.11.

[6] GAZZANIGA J.L., s.18.

[7] RADO T., s.15.

[8] ROBAYE R., s.8.

[9] RADO T., s.13.

[10] SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s. 13.

[11] TMK. m.599: Mirasçılar miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, miras bırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.

[12] SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.14.

[13] ROBAYE R., s.7.

[14] Bu terim, fransızcaya débiteur, İtalyancaya debitore, İngilizceye debtor şeklinde geçmiştir.

[15] UMUR Z., Ders Notları, s.295.

[16] Bu terim, fransızcada créancier, İtalyancada creditore, ingilizcede creditor, olarak kullanılmaktadır.

[17] RADO T., s.19.

[18] UMUR Z., Ders Notları s. 295; TEKİNAY S. S. - AKMAN S. - BURCUOĞLU H. ALTOP A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 9.

[19] Ultra posse nome obligatur: İmkânsız olanı hiç kimse borçlanmış olmaz. Impotentia excusat legem: İmkânsızlık hukukta mazeret görülür.

[20] RADO T., s.20.

[21] TBK m. 27/1: ...konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

[22] OĞUZMAN K. - ÖZ T., Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 1998, s.75 vd.

[23] Bir kimsenin kendi malı üzerinde ne rehin, ne saklama ödüncü (vedia), ne iğreti, ne alım satım, ne de kira akti mevcut olabilir (Ulp. D. 50, 17, 47 pr) (zikr. ERDOĞMUŞ, B., s. 5 ve dn. 13).

[24] ERDOĞMUŞ, B., s. 6.

[25] Ad turpia nemo obligatur: Hiç kimse ahlâka aykırı olanı borçlanamaz.Ex maleficio non oritur *contractus*: Kötülükten akit doğmaz; hukuka aykırı bir

durum içeren akit geçerli değildir.Nemo auditur propriam turpitudinem allegans: Kendi ahlâka aykırılığına dayanan kimse dinlenmez.Ex turpi causa non oritor *actio*: Ahlâka aykırı sebepten dava doğmaz.krş TBK. m. 27/1 (Bir sözleşmenin tarafı, hukuka veya ahlâka aykırı talebini ileri süremez.)

[26] RADO T., s.21.

[27] Fransızcadaki la prestation kelimesinin kökeni, latincedeki praestare fiilidir.

[28] GAZZANIGA J. L., s.19.

[29] RENAUT, M-H., Histoire du droit des obligations, 2008, s. 4.

[30] SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.16-17.

[31] ROBAYE R., s. 10.

[32] GAZZANIGA J. L., s. 18-19.

[33] SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.17.

[34] SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.18.krş. TBK. m. 136/1.

[35] TBK m. 136/1- Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa borç sona erer.

Belçika MK.'u (m. 1101), başlıca borç sebebi olan akit tarifinde, *praestare*'nin ifade ettiği kavramı "yapmamak” la belirtir: Akit; bir veya birden fazla kişinin, bir veya birden fazla kişiye karş, bir şeyi vermek, yapmak veya yapmamak, borcunu oluşturan, bir anlaşmadır. Diğer MK. ve BK.'larında *praestare* kavramı çok genel bir nitelik kazanmıştır ve borcun özel bir konusunu ifade etmemektedir. (ROBAYER., s. 11)

[36] SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.19.

[37] RADO T., s.94 *Stipulatio*'nun kapsamının belirli oluşuna veya belirli olmayışına göre, akitten doğan davalar da *certa* veya *incerta* olur.

[38] KOSCHAKER P. - AYİTER K., Modern Özel Hukuka Giriş Olarak, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 190.

[39] TBK m. 86 Ancak, borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz."

[40] *Debitor speciei liberatur interitu rei*: Parça borçlusu malın telef olmasıyla kurtulur.

[41] RADO T., s. 24; UMUR Z., Ders Notları, s.299-300.

[42] bkz. EREN F., Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, C.l, 5.Bası, İstanbul 1994, s. 145 vd.

[43] Ulp. D. 18, 1, 25 pr.: "Bu veya şu mal" şeklinde satış yapılmışsa, satıcının seçtiği satın alınmış olur.

[44] TAHİROĞLU B. - ERDOĞMUŞ B., Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2005, s.120.

[45] TAHİROĞLU B. - ERDOĞMUŞ B., Meseleler s.124.

[46] UMUR Z., Ders Notları, s.301.

[47] D. 12, 121 pr. (ERDOĞMUŞ, B., s. 23).

[48] ROBAYE R., s. 12-13.

[49] RADO T., s.33; UMUR Z., s.

[50] SCHWARZ A.B., s.91 vd.; UMUR Z., s.304-305.

[51] GAZZANIGA J.L., s.25.

[52] krş: ROBAYE R., s. 8.

[53] GAUDEMET J., Droit Privé romain, 2e édition, 2000, Paris, s. 259.

[54] UMUR Z., Ders Notları s.305.

[55] *Dos*: Kadının veya onun yerine başka birinin, evlenme sebebiyle kocanın mülkiyetine getirdiği malların toplamı (cihaz). Amacı, kadının da ev masraflarına katılmasını sağlamaktı. Zamanla, kocanın bu malları üzerindeki tasarruf yetkisi azaltılmıştı.

[56] ROBAYE R., s. 13.

[57] SCHWARZ A.B., s.93.

[58] Türk Borçlar Kanunu'nun 604/I. maddesine göre “kumar ve bahisten doğan bir alacak hakkında dava açılamaz ve takip yapılamaz”.

[59] TBK. m.524'e göre, evlenme simsarlığından doğan ücret dava hakkı vermez.

[60] RADO T., s.27.

[61] bkz.: TEKİNAY S.S.-AKMAN S.-BURCUOĞLU H.-ALTOP A., s.582.

[62] *Difficultas non vitiat actum:* Güçlük muameleyi ortadan kaldırmaz (borçluya zor gelse bile, edim ifa edilmelidir).

[63] *Aes alienum est onuş üniversi patrimonsi, non cenarum rerum:* Borç; belli mallara değil, malvarlığının tümüne ait bir yükümlülüktür; borçlu tüm malvarlığı ile sorumludur.

[64] RADO T., s.31.

[65] RADO T., s.36.

[66] UMUR Z., Ders Notları s. 307.

[67] Objektif (kusursuz) sorumluluğun hâkim olduğu eski devirde bile, kasten insan öldürme ile taksirle insan öldürme arasında fark vardır. Mızrak atılmamış, elden kaçma sonucu bir kişinin ölümüne sebep olmuşsa, bir koç verilir (XII Levha Kanunu, 8, 24 a). Yine, yangın kasten veya kasıt olmadan, taksirle çıkarılmışsa, aynı kanuna göre (8, 10) yaptırım farklıdır (ERDOĞMUŞ, s. 21, dn. 55).

[68] RADO T., s.37.

[69] RENAUT, s. 8.

[70] SCHWARZ A.B., s. 101-102.

[71] 1991 'de basılan bir eser, “elektrik yıllarından” söz etmektedir (krş.: Prochasson, Les années électriques, 1880-1910, Paris 1991 (zikreden: GAZZANIGA, s.63).

[72] Meselâ, monarşist ve kiliseye dayanan Fransa, cumhuriyetçi ve laik yapıya, tarım toplumundan, sanayi devrine geçer.

[73] GAZZANIGA, J. L., s.63.

[74] GAZZANIGA, J. L., s.64.

[75] GAZZANIGA, J.L., s.82.

[76] GAZZANIGA, J.L., s.97.

[77] ROBAYE R., s. 160.

[78] bkz.: ERDOĞMUŞ, B., s. 26-28.

[79] Bu konuyla ilgili diğer metinlerde D.9,2,27; D. pr. D. işverenin yardımcı şahıs semedeki ve onu iş sırasındaki gözetmedeki kusuru gerekçe gösterilmektedir. Yine bir işin yapılmasını üstlenen kimsenin bunu bir taşerona havale edebileceği de kabul edilmişti, (D.19,2,48 pr.).

Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet: Bir kimse menfaat elde ettiği şahsın fiilinden sorumlu olmalıdır.

[80] D.9, I , Ulpianus libro octavo decimo ad edictum

Itaque, ut Servius scribit, tunc *haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quarupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, ut bos cornu petere solitus petierit.....: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur*.

D.9,I , Ulpianus'un beyanname şerhinin 18. kitabından Servius'un yazdığı gibi bu yüzden davanın açılması için dört ayaklı bir hayvanın azgın karakteri, mesela çifte atmağa alışık bir atın çifte atması veya tos vurmayı âdet edinmiş bir boğanın boynuz vurmasıyla….. sonucunda zararın meydana gelmesi gerekir. Ancak dört ayaklı evcil hayvan düzgün olmayan yer, sürücüsünün kusurlu veya aşırı yüklü olması nedeniyle yükü başkasının üzerine atmışsa, bu dava verilmez ve mala verilen hukuka aykırı zarar dolayısıyla dava açılır.

[81] Iustinianus zamanında haksız fiil benzeri sayılan ve tehlike sorumluluğuna dayanan iki davadan bahsedebilir:

Actio de effusis vel deiectis denilen dava bir binadan atılan, dökülen şeylerle yararlanan kimsenin binada oturana tazminat için açacağı davadır. Davalının kusuru aranmazdı.

Actio de posito vel suspenso ise yola bakan bir binaya konulmuş, asılmış şeylerin yoldan geçenlere zarar verme tehlikesi için açılan ve failin (binada oturanın) kusurunun şart olmadığı davadır.

[82] bkz.: UMUR Z., Ders Notları s. 307-308.

[83] RADOT., s.38.

[84] ERDOĞMUŞ, B., s. 28.

[85] UMUR Z., Ders Notları s. 308.

[86] ERDOĞMUŞ, B., s. 29.

[87] Modern hukuklarda *culpa in contrahendo*, yani akdin müzakere edilmesi, konuşulması sırasındaki kusur da, kökenini Roma hukukunda bulmaktadır. Sözleşmenin inikadından önce taraflar birbirine karşı dürüst davranarak gerçek durumu bildirmek zorundadır. Hukuk düzenlemesi, tarafları hukuki işlemlerde gerekli özeni göstermeğe, karşı tarafı sözleşmeyi yapması için önemli gördüğü konularda aydınlatmaya zorlamaktadır.

Roma hukukunda bu sırada hile yapıldığı takdirde *actio doli*'nin açılması mümkündü (D.4,3,18,3). Müzakereleri yapılan sözleşme iyiniyete tabi bir muamele ise (*negotium bonae fidei*), bu muamelenin davasıyla tazminat istenebilirdi. Satılan maldaki maddi ve hukuki ayıplardan sorumluluk, mesela hür bir insanın köle olarak satımı, edimin imkansız olduğu bilindiği halde söylenmemesi (D.19,1,1,1) sözleşmenin meydana gelmesinden önceki kusura dayanmaktadır.

Klasik devirde bunun için kasıt unsuru arandığı halde, Iustinianus hukukunda ihmal de dikkate alınmaya başlamıştı. Günümüz hukukunda *culpa in contrahendo*'ya haksız fiil kurallarının mı, yoksa sözleşmenin ihlali kurallarının mı uygulanacağı tartışılmalıdır. (ERDOĞMUŞ B., s. 28 ve s. 29, dn. 60).

[88] bkz. UMUR Z., Ders Notları s.308.

[89] D.50,17,23 Ulpianus libro 29 ad Sabinum

...quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicia contrarium est: et ita utimur...

D.50,17,23 Ulpianus'un Sabinus şerhinin 29. kitabından

...ancak Celsus'un dediği gibi kasıttan sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşma geçerli olmaz, böyle bir anlaşma dürüstlüğün esas alındığı davalarda çelişki yaratır ve biz de bunu uygularız.

Bu konuda ayrıca bkz. D.2,14,27,3.

Digesta metinlerine dayanan bir başka özdeyiş şöyledir:

Dolus futurus remitti non potest=gelecekteki kasıttan ortadan kaldırılamaz.

D.13,6,17 pr Paulus libro vicensimo nono ad edictum

In commadato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est.

D. 13,6,17 pr. Paulus'un beyanname şerhinin 29. kitabından Kullanım ödüncünde (âriyette), kasıttan sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşma geçerli değildir. (ERDOĞMUŞ B., s. 30, dn. 62 ve 73).

90 TBK. m. 115/1. Borçlunun, ağır kusurundan (kasıt veya ağır ihmalle davranışlarından) ileri gelen sorumluluktan kurtulacağı konusunda önceden yapılmış her anlaşma hükümsüzdür.

91 *Graviore culpa graviore poena*: Kusur ağırlaştıkça ceza da ağırlaşır. 26.09.2004 tarih, 5237 sayılı yeni TCK m. 21/2'de, önceki TCK'nda yer almayan olası kast kavramına da yer verilmiştir:
Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde *olası kast* vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.

92 ERDOĞMUŞ B., s. 30, dn. 61.

[93] SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.119.

94 ERDOĞMUŞ B., s. 31.

95 ROBAYE R., s.154.

Ancak; *Negligentia non praesumitur*: İhmal karine değildir (Davacının ispat etmesi gerekir).

96 Roma hukukunda belli bir netice meydana getirilmediği için doğan sorumluluk hallerine, hatta kusurun objektifleştirilmesi olarak nitelenebilecek hallere rastlanılmaktadır. *Imperitia* (beceriksizlik, bilgisizlik, tecrübesizlik) ve *infirmitas* (zayıflık, güçsüzlük) sorumluluğun doğması için yetiyordu ve kusura eş tutuluyordu. Borçlunun edimi ifa için bütün gayreti göstermiş olması onu sorumluluktan kurtarmamaktaydı.
D.9,2,27,29 Ulpianus libro octavo decimo ad edictum
Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur...
D.9,2,27,29 Ulpianus'un beyanname şerhinin 18. kitabından
Eğer bir kupayı kabartma yapılması için vermişsen, kupanın (ustanın) beceriksizliği sebebiyle kırılması halinde, mala verilen zarar dolayısıyla sorumlu olur...
D.9,2,27,29'un devamında kupada çatlak bulunması durumunda beceriksizlikten (*imperitia*) dolayı sorumluluğun bahis konusu olmayacağı ifade edilmektedir.
D. 19,2,9,5 ücret karşılığında elbise temizlenmesini konu alarak, temizlenmemesi halinde buradaki beceriksizliğin (*imperitia*) kusur olarak sayılması gerektiğini belirtmektedir. Aynı mealde 1,4,3,7. (ERDOĞMUŞ B., s. 31, dn. 64)

[97] Ulpianus, D. *Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quius vitidos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.*

[98] SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.121.
Özel hukuktaki ihmal kavramının karşılığı olarak kullanılan taksir terimi kapsamında önceki TCK.'da ifadeler benzer şekildedir:
Önceki TCK.m.455 ve 459'un kapsamına göre; bir kimse tedbirsizlik, dikkatsizlik veya meslek ve sanata acemilik veya kurallara, talimat veya emirlere uymama sonucu, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebep olursa...

[99] Alfenus, D. 19,2,30,2: *Qui mulas ad certum pondus oneris locarec, Cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. Respondit vel Aquilia vel ex locato recte eum agere.*

[100] D. 19,2, 13,6 Ulpianus libro tringesimo secundo ad edictum
Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato teneteur, quia debuit ab hac re cavere, et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etİamsi ignarus fecerit.
D. 19,2, 13,6 Ulpianus'un beyanname şerhinin 32. kitabından
Eğer bir temizleyici düzgün hale getirmek için elbise almış ve bunu fareler kemirmişse, kendisine istisna akdinden doğan dava açılır, çünkü buna karşı tedbir almak mecburiyetindeydi. Ve temizleyici bir paltoyu diğeri ile karıştırmış ve birisine başka birine ait paltoyu vermişse, bunu bilmeden yapmış olsa bile, kendisine istisna akdinden doğan dava açılır.
Sabunun olmadığı Roma'da temizleyicilik önemli ve zor bir meslekti. Toga denilen beyaz elbiselerin temizlenmesi zor ve yorucu bir işlem gerektirirdi. Önce bu elbisenin tamirini yapan temizleyici, daha sonra bunu içinde küllü su, idrar da bulunduğu bir karışımda yıkar, daha sonra ayaklarıyla çiğnerdi. Elbise kuruduktan sonra sert fırçalarla fırçalanır, düz hale getirilir ve ütülenirdi. (ERDOĞMUŞ B., s. 32 ve s. 32, dn. 66).

[101] D.50,16,213,2 Ulpianus libro primo regularum
“Lata culpa” est nimia neglentia, id est non intellegere quod omnes

intellegunt.
(Ulpianus'un kaidelere ilişkin 1. kitabından)
"Ağır ihmal", en büyük özensizliktir, bundan herkesin bildiğini bilmemek anlaşılır.

[102] ROBAYE R., s.45.

[103] *Culpa lata dolo aequiperatur.* Ağır ihmal kasta eşittir, TBK m. 115.

[104] D.44, 7, I ,5'te *Gaius-interpolatio* olduğu kabul edilen bir cümlede-*magna neglentia*'nın kasıt olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. (ERDOĞMUŞ B., s. 36 ve 36, dn. 74),

[105] ERDOĞMUŞ B., s. 33.

[106] D.48,8,3,2'de Marcianus hamile kalması için bir kadına ilaç veren kimsenin kastı bulunmasa bile kötü örnek olduğu için sürgünle cezalandırılması gerektiğini söylemektedir.
D.48,19,28,12'de Callistratus, dikkatsizlikleri sebebiyle çıkardıkları yangınla komşularına zarar verenlerin özel hukuka göre takip edilmeleri gerektiğini, düşmanlık ve yağmalama amacıyla yangın çıkaranları ise ölümle cezalandırılacakları fikrini açıklamaktadır. D.47,9,II'de Marcianus, tesadüfen çıkarılan yangının mazur görülebileceğini, ancak ağır ihmal varsa, bunun kasta veya düşüncesizliğe çok yaklaştığını ifade etmektedir.
Roma Ceza Hukukunda ağır ihmalin kasıt düzeyine çıkarılmaması günümüz hukuklarındaki, Ceza hukukunun esas itibarıyla sadece kasti hareketleri müeyyideye bağladığı, ihmal (Ceza hukukundaki terimiyle taksir) içinde düşünülen tedbirsizlik ve dikkatsizlik, özen yükümlülüğüne aykırılık için, istisna olarak ceza öngördüğü şeklindeki ilke ile uyum içindedir. TCK m. 21 Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. TCK m. 22 Taksirle işlenen fiiller, *kanunun açıkça belirttiği hallerde* cezalandırılır.
1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 9. maddesine göre, "Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir."

[107] Haksız fiillerde sadece kasıttan sorumluluk kuraldır, ancak modern hukuklarda haksız fiil teorisinin kurulmasında hareket noktası teşkil eden "mala verilen zarar" (*damnum iniuria datum*) haksız fiili için en hafif ihmalin (*culpa levissima*) yeteceği kabul edilmişti. (ERDOĞMUŞ B., s. 33 ve s. 33, dn. 68).

[108] Moliére'in Cimri'sinin (L'Avare) başlıca kahramanı.

[109] Ege bölgesinde, altınlı kumlardan gelen zenginliğiyle ünlü Lidya'nın son kralı (MÖ 560-546 civarı).

[110] ROBAYE R., s. 145.

[111] UMUR Z., Ders Notları s. 309.

[112] SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.122.

[113] Muhafaza karşılığında ivaz verilecekse, o zaman muhafaza eden tüm kusurlarından sorumlu tutulurdu. (ERDOĞMUŞ B., s. 37, dn. 76).

[114] Türk hukukunda da vekâletsiz iş idaresi için ücret talep edilemeyeceği halde işgören her türlü ihmalinden sorumlu tutulmuştur. (TBK m. 527/1 Vekâletsiz işgören her türlü ihmalinden sorumludur. Başkası adına tasarrufta bulunan kimse, her türlü ihmal ve ihtiyatsızlıktan sorumludur). Bunun sebebi, talep edilmeden başkasının işini gördüğüdür. Nitekim D.50,17,36 bir kimsenin, kendisini ilgilendirmeyen bir işe karışmasını kusurlu hareket olarak nitelemektedir (*culpa est immiscere se rei ad se pertinet*).

[115] Roma kanunları ile Musa kanunlarını karşılaştıran, IV. yüzyılda kaleme alındığı kabul edilen Collatio Legum Mosaicorum et Romanorum (10, 2, 3) adlı eserde, Modestinus vesayet idaresinde sadece vesayet altında küçüğün yararı söz konusu olduğu halde, vasinin hem kasıt hem de ihmalinden sorumlu olduğunu belirtmektedir (ERDOĞMUŞ B., s. 37, dn. 78).

[116] ERDOĞMUŞ B., s. 35-36.

[117] ERDOĞMUŞ B., s. 37.

[118] reasonable man veya ordinarily prudent man

[119] İsviçre MK.'nun almanca metninde ağır kusur yerine ağır ihmal terimi kullanılmıştır. Aynı kuralı BGB 276/2'de benimsemiştir (ERDOĞMUŞ B., s. 36).

[120] *Dolus omnimodo puniatur*: Kasıt (hile) daima cezalandırılmalıdır. *Dolus semper praestatur*: Kasıttan daima sorumlu olunur.

[121] UMUR Z., Ders Notları s. 311.

[122] TBK. m. 114/1: Borçlu, genel olarak, her türlü kusurundan sorumludur.

[123] Bu ölçütün temeli klasik devirde bulunmaktadır. Ancak klasik devirde bu sorumluluk ölçüsü, borçlunun -Iustinianus döneminin aksine- sorumluluğunu ağırlaştırmak, başkasına ait işleri kendi işleri gibi dikkatli ve tedbirli bir şekilde görmeyen kimseyi sorumlu tutmak üzere getirilmişti. Kendisine emanet olarak verilmiş olarak düşünülmesi gereken bir malı, tehlike durumunda kurtarmayıp kendi mallarını kurtarmayı tercih eden kimse bu ölçütün kullanılması suretiyle sorumlu tutulmak istenmişti. Nitekim D.16,3,32'de dürüst bir borçlunun alacaklının menfaatini kendi gerisine itmeyeceği ifade edilmiştir. Mesela bir yangın halinde sadece kendi eşyasını kurtaran, âriyet aldığı malı bırakan kişi kusurludur, ikisi arasında fark gözetmeden hareket etmeliydi. D.13,6,5,4. Ayrıca bkz. D.47,2,54,3. (ERDOĞMUŞ B., s. 36 dn. 79).

[124] D.27,3,I pr Ulpianus libro tringesimo sexto ad edictum
In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.
D.27,3,1 pr Ulpianus'un beyanname şerhinin 36. kitabından

Vasi yapmaması gereken işleri yaptığı için ve yapmaktan kaçındığı işlerden dolayı açılan davada hesap çıkarmak ve kasıt, ihmal ve kendi işlerinde gösterdiği özenden sorumlu olacaktır.

125 D.23,3,17 pr Paulus libro septimo ad sabinum
In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.
D.23,3,17 pr Paulus'un Sabinus şerhinin 7. kitabından
Cihaza dahil mallarda koca hem kasıttan hem de ihmalden sorumludur, çünkü bunları cihaz sebebiyle almıştır: fakat kendi işlerinde gösterdiği özenden sorumlu olacaktır. (Bu örnekler için bkz.: ERDOĞMUŞ B., s. 38, dn.'ları 80-81,82).

126 I.3,25,9 ...:*sufficit enim talem diligeniam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis Tebus adhibere solet. Nam quİ parum diligentem socİum Sibi adsumİt, de se querİ debet.*
I.3,25,9 ...:bir ortağın kendi işlerinde mutad olarak kullandığı özeni ortak işlerde de kullanması yeterlidir. Nitekim yeterince özenli olmayan birisini kendisine ortak alan kimse, buna katlanmağa mecburdur.

127 *Casus fortuitus non est sperandus et nemo tenetur divinare*:
Beklenmedik hal öngörülemez ve hiç kimse onu tahmin etmek zorunda değildir.
D.9,2,52,4'te Alfenus, top oynayan kölelerden birinin, diğer oyuncunun darbesi sonucu bacağının kırılması durumunda, bacağı kırılan kölenin mâlikinin zarar için dava açamayacağını, olayın kusurlu hareket sonunda değil, beklenmedik hal neticesinde meydana geldiğini belirtmektedir. Hukukçuyu bu fikre götüren böyle bir oyuna katılanların belirli bir riski göze aldıkları düşüncesi olabilir.
Dolayısıyla kusur sorumluluğunda *Nemo praestat casum fortuitum*: Hiç kimse beklenmedik halden sorumlu değildir.

128 bkz.: UMUR Z. , Ders Notları s.312.

129 bkz. RADOT., s.44.

[130] ROBAYE R., s. 159.

[131] SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.122-123.

[132] *Casum sentic dominus*: Beklenmedik hal mâliki etkiler (Bir mal beklenmedik hal yüzünden telef olursa, bu kayba mâliki katlanır).

[133] ERDOĞMUŞ, B., s. 39.

[134] Pomponius libro vicensimo secundo ad Sabinum
Si Stichus certo die dari promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor.
D.45, 1,33 Pomponius'un Sabinus şerhinin 25. kitabından
Belli bir günde verilmesi gereken köle Stichus bu günden önce ölmüşse, taahhüt eden sorumlu olmaz. (ERDOĞMUŞ B., s.34, dn. 70).

[135] Meselâ, (Karayolları Trafik Kanununun 86. maddesine göre, işleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru yoksa ve araçtaki bir bozukluk (teknik arıza) kazayı etkilememişse, kazanın mücbir sebepten ve üçüncü kişinin ağır kusurundan (taksirinden) ileri geldiğini ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.

[136] *Naturae vis maxima*: Doğa gücü büyük güçtür.

[137] OĞUZMAN M.K.-ÖZ T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1998, s.614.

[138] RADO T., s. 46.

[139] UMUR Z., Ders Notları s.312.

[140] *Alterius culpa nobis nocere non debet*: Başkasının kusuru bize zarar vermemelidir.

[141] ERDOĞMUŞ B., s. 42.

[142] ERDOĞMUŞ B., s. 40-4.

[143] ERDOĞMUŞ B., s. 41.

[144] TBK. m.52'ye göre zarar gören, zarara razı olmuşsa, veya kendisinin eylemi zararın doğmasına ya da artmasına yardım etmiş ve tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmışsa, hâkim tazminat tutarını indirebilir veya tamamen kaldırılabilir.

[145] TEKİNAY S.S., AKMAN S.- BURCUOĞLU H. -ALTOP A., s.596.

[146] Bu ifade D.9,2,28'de kullanılmıştır. Bu metin ayı ve geyik yakalamak için çukur açan kimsenin durumunu incelemekte, bunu yolların civarında yapmışsa, çukurun içine düşme ve zarar görme halinde, mala verilen zarar davasının açılabileceğini, fakat böyle çukurların açılmasının olağan olduğu yerlerde olayın cereyan etmesi halinde, çukuru açanın sorumlu olmayacağını söylemektedir. (ERDOĞMUŞ B., s. 41, dn. 85).

[147] ERDOĞMUŞ B., s. 41.

[148] Karayolları Trafik Kanunu m.85/I: Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğratılmasına sebep olursa, motorlu araç işleteni bu zarardan sorumlu olur.
Karayolları Trafik Kanunu m.85/4: İşleten, aracın sürücüsünü veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan, kendi kusuru gibi sorumludur.

[149] UMUR Z., Ders Notları, s. 319-320.

[150] SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A.,s. 16.

[151] UMUR Z., Ders Notları, s. 321-322.

[152] SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A.,s. 16.

[153] ROBAYE R., s. 19.

[154] RADO T.,s. 22.

[155] UMUR Z., s. 322-323.

[156] *Quod litigatur, eo dissolvitur*: Nasıl bağlanılmışsa, öyle çözülür (hukuki işlem yapıldığı şekilde ortadan kaldırılır).

[157] ROBAYE R., s. 20.

[158] SCHMIDLIN B.-CANNATA C. A., s. 77-78.
Borcu üçüncü kişi ifa edebiliyorsa; *Debitor non praesumitur videtur*: Borçlu borcu bizzat ifa etmiş sayılır.

[159] *Quod litigatur, eo dissolvitur*: Nasıl bağlanmışsa, öyle çözülür; (Hukuki işlemler yapıldığı şekilde ortadan kaldırılır).

[160] Borçlu açısından ise *qui partem debiti sine protestatione solvit, totum debitum agnoscere ridetur*: Borcun bir bölümünü herhangi bir çekince olmadan ödeyen kimse, borcun tamamını kabul etmiş sayılır.

[161] DI MARZO S., Roma Hukuku, İkinci Bası, İstanbul, 1959, s.384.

[162] *Debitum et contractus sunt nullius loci*: Borç ve sözleşme hiçbir yere bağlı değildir (Taraflar ifa yerini serbestçe kararlaştırabilir).
TBK. m. 89. Borcun ifa yerinin tarafların açık veya örtülü iradeleri ile belirleneceği cümlesi ile başlamakta, aksine hüküm yoksa para borçlarının alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde... ifa edileceği şeklinde devam etmektedir.
Ceza Hukukunda ise davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. (CMK. m.12/1).

[163] TBK. m. 89, borcun ödeneceği yeri, çeşitli ihtimallere göre, belirlemektedir.

[164] *Ex die incipit obligatio*: Borç vâdede başlar.
Statim debetur, quod sine die debetur: Vade olmadan borçlanılmış olan, derhal borçlanılmıştır. (Hemen ifa edilmelidir).

[165] TBK. m. 96. Aksi anlaşılmadıkça, borçlu borcunu, ödeme gününden önce yerine getirebilir.

[166] TBK. m. 90. Aksi anlaşılmadıkça, borç hemen ödenebilir ve ödenmesi hemen istenebilir.
"İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur."

[167] UMUR Z., Ders Notları, s. 325.

[168] *Solutionem adseveranti probationis onus incumbit*: İfayı iddia eden ispat külfeti altındadır.

[169] Senetle ispat zorunluluğu
HMK m. 200- (1) Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.
(2) Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir.
Senetle ispat zorunluluğunun istisnaları
HMK m. 203- (1) Aşağıdaki hâllerde tanık dinlenebilir:
a) Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler.
b) İşin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlemler.
c) Yangın, deniz kazası, deprem gibi senet alınmasında imkânsızlık veya olağanüstü güçlük bulunan hukuki işlemler.
d) Hukuki işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddiaları.

e) Hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları. Bir senedin sahibi elinde beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usulüne göre teslim edilen bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğu kanısını kuvvetlendirecek delil veya emaretlerin bulunması hâli.

170 *Minus solvit qui tardius solvit*: Geç ifa eden az ifa etmiş olur.

171 Geniş anlamda ve başka alanda; *Morbus est impedimentum legale*: Hastalık kanunî bir engeldir.
(Meselâ; ağır hastalık Ceza Hukukunda infazı etkileyebilir.

172 *Fur semper in mora*

173 TBK. m. 117: Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur (temerrüde düşer).

174 TBK. m. 124: Aktin hükümlerine göre, borcun kesin olarak belirtilen bir zamanda ifası gerekiyorsa, bir sürenin verilmesi gerekli değildir.

175 TBK. m. 119/2'ye göre, borçlu bu durumda sorumluluktan kurtulabilir.

176 *Minus solvit qui tardius solvit*: Geç ifa eden az ifa etmiş olur.
Mora debitoris non esse creditori damnosa: Borçlunun temerrüdü alacaklıya zararlı olmamalıdır.

177 *Mora debitoris perpetuat obligationem: Temerrüd borç ilişkisini devamlı hale getirir.*

178 *Mora sua cuilibet est nociva*: (Kişiye) kendi temerrüdü zarar verir.

179 bkz. TBK. m. 119: Borçlu, bu şekilde, kasıt ve ihmalinin dışında, beklenmedik halden de sorumlu olur.

[180] bkz. TBK. m. 120: Bir para borcunu ödemekte temerrüde düşmüş olan borçlu, akitle kararlaştırılmamışsa faiz oranı, mevzuat hükümlerine göre belirlenir.

[181] TBK. m. 106.: Verme veya yapma edimi gereği gibi kendisine sunulan alacaklı, haklı bir sebep olmadan onu reddeder veya borçlunun borcunu yerine getirebilmesi için, daha önce kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiilerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşer.

[182] Africanus, D.17,1,37.

[183] TBK. m.107/1: Alacaklı mütemerrit olursa, borçlu vereceği malı, hasar ve masrafları alacaklıya ait olmak üzere tevdi ederek borcundan kurutulabilir.

[184] Bu maddeler, borçlunun tevdi etmek ve satmak haklarını düzenlemektedir.

[185] RADO T., s.226.

[186] UMUR Z., Ders Notları, s.325-326.

[187] bkz. SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.80.

[188] Terim, *nova obligatio*'dan, (yeni borç) gelir.

[189] *Cui recte solvitur, is novare potest*: Kendisine ifada bulunabilen kişi yenilemeye yetkilidir.

[190] krş. TBK. m. 133: Borcun yenilenmiş olduğu, akitten açıkça anlaşılmalıdır.
Özellikle var olan bir borç için kambiyo taahhüdü altına girmek veya yeni bir alacak senedi veya yeni bir kefillik belgesi imza etmek, yenileme değildir. Bununla birlikte bu kuralın aksine yapılan sözleşmeler geçerlidir.

[191] SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.80-81.

[192] İş Hukukunda, işçinin gerek kendi isteği ile işinden ayrılması, gerekse işveren tarafından kanuni usule uygun olarak işine son verilmesiyle bazen sorunlar bitmemektedir. Bazen işçi, emeğinin karşılığı olan ücret ve sosyal haklarını tam olarak alamamış olabilir. Eğer almışsa problem kalmaz. Aksi halde, işçi haklarını tam olarak almak İçin işverene karşı dava açacaktır. Hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte bazı haklar doğmaktadır. Meselâ, kıdem tazminatı, hafta tatili ve genel tatil ücretleri, fazla çalışma ücretleri vs. İşte sonradan bu tür pürüzlerin ortaya çıkmasını önlemek için, işverenler, işçinin işinden ayrılmasıyla birlikte bütün haklarını aldıklarına ve başka alacaklarının kalmadığına dair kendileriyle bir akit yapmaktadırlar ki, buna "ibra sözleşmesi akti" denir.

[193] TBK. m.124: Edimin, borcun niteliğine göre, borcun kesin olarak belirtilen bir zamanda ifası gerekiyorsa, bir sürenin verilmesi gerekli değildir.

[194] UMUR Z., Ders Notları, s.328;
Yalnız bu sonuç, bütün davalar için değil sadece Roma içinde tek hâkim tarafından görülen davalar içindi.

[195] Pomponius D. 46,3,107: *Verborum obligatio...resolvitur... Cum in eandem personam ius stipulatis promittentisque devenit*.

[196] SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.81.

[197] UMUR Z., Ders Notları, s.329.

[198] TBK. m. 139/1 : İki kişi, bir miktar parayı veya nitelikleri özdeş olan başka malları, karşılıklı olarak, birbirine borçlu olup da, her iki borç muaccel (talep edilebilir) ise, iki taraftan her biri, borcunu alacağı ile takas edebilir.

[199] ROBAYE R., s. 21.

[200] *Liquidi cum illiquido mulla est compensation*: Muaccel bir borç muaccel olmayan ile takas edilemez.

[201] UMUR Z., Ders Notları, s.329.

[202] ROBAYE R., s. 221.

[203] UMUR Z., Ders Notları, s.329.

[204] bkz., RADOT., s.233.

[205] UMUR Z., Ders Notları, s.331.

[206] Başka bir özdeyiş; *Impotentia excusat legem*: İmkânsızlık hukukta mazur görülür.
Manga difficultas impossibilitati aequiperatur: Büyük güçlük imkansızlığa eşittir.
TBK'nın 136. maddesi de aynı hükmü sevk etmektedir: Borçluya yüklenemeyen haller yüzünden borcun ifası mümkün olmazsa, borç sona erer.

[207] bkz. UMUR Z., Ders Notları s.330.

1 SCHWARZ A.B., s.23 vd.

2 Bu nevi metin farklılıklarına *glossema* denir: UMUR Z., Ders Notları s.332-333.

3 Belirli mal bırakma (*legatum*) ile vasiyet yapan, ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçısı durumunda olmayan bir kişiye, belirli bir malını veya mallarını bırakırdı.
krş.: TMK. m. 517: Mirasbırakan, bir kimseye onu mirasçı atamadan belirli bir mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunabilir.
Belirli mal bırakma, ölüme bağlı tasarrufla bir kimseye terekedeki bir malın mülkiyetinin veya terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasına yönelik olabileceği gibi; bir kimse lehine tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesinin, bir iradın bağlanmasının veya bir kimsenin bir borçtan kurtarılmasının, mirasçılar veya belirli mal bırakılanlara yükletilmesi suretiyle de olabilir.
Bırakılan belirli mal terekede bulunmadığı takdirde, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, ölüme bağlı tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanlar borçtan kurtulurlar.

4 ROBAYE R., s. 45.

5 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.23.

6 *Nexum*; kabul edilen görüşe göre, ilk başlarda bir tür para ödüncüdür. Borçlanmış kişi, borcuna karşılık, kendisini, alacaklısına, âdeta rehin gibi teslim etmekte idi.

7 Borçlu mirasçı; bu borcu, şekilci muamele olan *mancipatio* tipi, *solutio* denilen şekilci bir fiille yerine getiriyordu.

8 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.24.

9 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.25.

10 *Legis actio per condictionem*: M.Ö. 230-220 yılları arasında ihdas edilmiş, hukuk usulüne ilişkin yeni bir kanunî dava (*legis actio*) şeklidir.

Lex Silia hükümlerine göre, konusu muayyen para olan borç ilişkileri için kabul edilmiş, daha sonra *Lex Calpurnia et condictiones* ile, konusu muayyen şey (*certa re*) olan bütün borç ilişkilerine uygulanmıştır.

11 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.25.

12 Bu dava ile belli bir para tutarı veya belirli bir mal takip edilmektedir. UMUR Z., Lügat, *condictio* (çoğulu *condictiones*).

13 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.26.

14 *Sestertius*: Cumhuriyet devri son yüzyıllarında basılan gümüş para.

15 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.27.

16 TMK m.2: Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymakla yükümlüdür.

17 M.Ö. 106-43 yılları arasında yaşamış Roma devlet adamı ve hatip. Son derece zarif bir uslûpla yazmış olduğu eserleri, latincenin en mükemmel örnekleri sayılır. Hukukçu olmamakla birlikte, bir çok davayı müdafaa ettiğinden, eserlerinden hukuk bilgileri edinmek için yararlanılmaktadır.

18 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.101.

19 *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*.

20 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.104-105.

21 *Gaius* I. III, 139: *Emptio venditio contrahitur, cum de pretio convenerit*.

22 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.105.

23 *Pedius Sextus*: M.S.I ve II. yüzyıllarda yaşamış klâsik hukukçu. Orijinal fikirleri, *Paulus* ve *Ulpianus* tarafından *Digesta*'ya aktarılmıştır. *Edictum*'lar hakkında geniş eserleri vardır (UMUR Z., Lügat).

24 Johannis Voet, Commentarius ad Pandectas.

25 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.40.

26 *Actio de in rem verso*: Hâkimiyet altında olduğu halde, bir borç altına girip, borcu karşılığı sağladığı menfaati, kısmen veya tamamen aile reisinin malvarlığına sarf eden hür kimse (aile evladı) veya köle yerine, aile reisine karşı açılan ek *praetor* davası.

27 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.42.

28 TBK. m.49: Bir kimseyi kusurla, ister kasıt, ister ihmal ve tedbirsizlik yoluyla olsun, hukuka aykırı fiille, zarara uğratan kişi, bu zararı tazminle, gidermekle yükümlüdür.

29 ROBAYE R., s. 23.

30 *Eadem vis est taciti atque expressi consensus*: Örtülü ve açık irade uyuşması aynı güce sahiptir. Bkz.: ERDOĞMUŞ B., s.44 ve s.44, dn. 89.

31 *Contractus ab initio voluntatis est, ex post facto necessitatis*: Bir sözleşmenin yapılması başlangıçta isteğe bağlıdır, fakat yapıldıktan sonra ifası gerekir.
Ex voluntate debitoris nulla obligatio consistere potest: Borçlunun iradesine bırakılmış borç ilişkisi olmaz.

32 UMUR Z., Ders Notları s.334.

33 *Contractus ab initio voluntatis est, ex post facto necessitatis*: Bir sözleşmenin yapılması başlangıçta iradidir, fakat yapıldıktan sonra ifası gereklidir.
Contractus ex conventione legem accipere dinoscuntur: Akitler anlaşmayla kanun haline gelirler; tarafların üzerinde anlaştıkları hususlar taraflar arasında kanun gibidir.
Contractus vis omnis in conclusione consistit: Akdin bütün gücü yapılmasındadır.

34 UMUR Z., Ders Notları, s.335.

35 ROBAYE R., s. 33.

36 UMUR Z., Ders Notları s.336-337.

37 UMUR Z., Ders Notları s.338-339.

38 ROBAYE R., s. 31.

39 ROBAYE R., s. 61.

40 UMUR Z., Ders Notları s.349.

41 *Non servata forma corruit actus*: Şekle uyulmamışsa işlem yıkılır. TBK. m. 12/2. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmadan kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.

42 UMUR Z., Ders Notları s.349.

43 SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.45.

44 *Verba contractus sunt leges contractus*: Bir sözleşmede kullanılan sözler kanundur.

45 bkz. RENAUT, s. 20-21.

46 ERDOĞMUŞ B., s. 59-60.

47 RADO T., s.91.

48 SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.46.

49 ROBAYE R., s. 62.

50 ROBAYE R., s. 63.

51 *Stipulatio* için bkz. RADO T., s.90 vd.

52 SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.50.

53 ROBAYE R., s. 45-46.

54 RADO T., s.94.

55 UMUR Z., Ders Notları, s.351.

56 RADO T., s.96.

57 UMUR Z., Ders Notları, s.351-353.

58 ERDOĞMUŞ B. - TAHİROĞLU B., Roma Hukuku Meseleleri, s.142-143.

59 *Non plus in accessione potest esse, quam in principali obligatione*: Ana borçtan fazlası fer'ide mevcut olamaz.

60 Ancak; *Cum reus moram facit, et fideiussor tenetur*: Borçlu temerrüde düşmüşse, kefil de sorumlu olur.
Aynı anlamda; TBK. m. 590. Borçlunun iflası sebebiyle, asıl borç daha önce muacel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz.

61 *Spondere noxae praesto est*: Kefil olmak zarara yakın olmak demektir.

62 *Alterius factum alteri nocet*: Bir kimsenin fiili başkasına zarar verir (Müteselsil borçlular için kullanılır).

63 D.17,1,20,1.

64 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).

65 krş. TAHİROĞLU B., Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet, İÜHFM, cilt XLII, sayı 1-4, Ayrı Bası, 1977 s.16-17.

66 TBK m. 387- Ticari olmayan tüketim ödüncü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemez.
Ticari tüketim ödüncü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir.

67 TBK m. 386- Tüketim ödüncü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.

68 Buna karşılık BGB 607 ve Avusturya Medeni Kanunu 983 Roma hukukuna sadık kalarak tüketim ödüncü sözleşmesini ayni akit olarak düzenlemiştir. Ancak bu hukuklarda akit serbestisi ilkesi hâkim olduğundan, ödünç verileceğine dair anlaşma da geçerlidir. Yani dava edilebilir (ERDOĞMUŞ B., s. 49, dn. 102).

69 RADO T., Borçlar Hukuku, s.68.

70 *Gaius* (3,90) ve Iustinianus (I.3,14, pr) göre, tüketim ödüncünün (*mutuum*) oluşması için "benimkinden, seninki olmalıdır" (*ex meo tuum fit*) Paulus da, (D.12,1,2,2) aynı şartı tekrarlayarak teslim edilen aynen geri verilecekse, parça borcu (*species*) olduğundan, kullanma ödüncü, âriyet veya saklama ödüncünün vedianın söz konusu olacağını, başka türden bir mal, meselâ buğday verilip yerine şarap alınacaksa, tüketim ödüncü oluşmayacağını ifade etmektedir (ERDOĞMUŞ B., s. 46 ve s. 46, dn. 95).

71 Diğer örnekler için: bkz. ERDOĞMUŞ B., s. 46-48.

72 Farklı kişilere ait paralar karışırsa, bunlar kimde karışmışsa, onun mülkiyetine geçer. D.46,3,78.

73 *Gaius* (Gai. 2,82)da ergen olmayan küçüğün para ödüncü vermesi durumunda ödünç akdinin meydana gelmeyeceğini, çünkü vasisinin *auctoritas*'ı olmadan paraları alanın mülkiyetine geçiremeyeceğini, bir akdin oluşmayacağını, paralar aynen duruyorsa, istihkak davasının açılabileceğini belirtmektedir.
Buna karşılık, bir kadın vasisinin *auctoritas*'ı olmadan borç para vermişse, ödünç akti doğar. Çünkü para *res mancipi* olmadığından *auctoritas*'a ihtiyaç yoktur (Gai. 2,81) (ERDOĞMUŞ B., s. 48, dn. 101).

74 ROBAYE R., s.37.

75 SCHMIDLIN B., CANNATA C.A., s.95.

76 *Sestertius*: Cumhuriyet devrinin son yüzyıllarında basılmış gümüş para.

77 Modern Türk Hukukundaki durum için bkz. AYBAY A. Borçlar Hukuku, Dersleri İstanbul, 1984, s.101-102.
Modern hukukumuzda, geri verme borcunun kapsamına ilişkin hükümler TBK. m.79 ve 80'de yer almaktadır. Kanun, bu borcun kapsam ve masraftan doğabilecek iddiaları, geri vermekle yükümlü olanın iyi veya kötü niyetli oluşuna göre, değişik şekilde düzenlemiştir.
Geri vermekle yükümlü olan iyiniyetli ise, iktisabında elinde ne kalmışsa, onu geri verecektir (TBK. m.79/1). Elinde bir şey kalmamışsa (meselâ, geri vermekle yükümlü olduğu tekne derin sularda batmışsa) borcu da olmayacaktır. Ama, geri vermekle yükümlü olduğu malı satmışsa, bedelini, satış parasını davacıya ödeyecektir.
Geri vermekle yükümlü olan kötü niyetli ise, elinde bulunan ya da kalanı değil, iktisabının tümünü geri verecektir (TBK.m.79/2). bkz. AYBAY A., s. 101-102.

78 Geniş anlamda; *Pecunia non olet*: Para kötü kokmaz.

79 *Usurae vicem fructum obtinet*: Faizler semerelerin yerini tutar.

80 ROBAYE R., s. 42.

81 TBK. 388 faize ilişkin özel kurallardan söz etmektedir.

82 ERDOĞMUŞ B., s. 61.

83 ROBAYE R., s. 42.
Plus valet pecunia mercatoris quam non mercatoris: Bir tüccarın parası, tüccar olmayanın parasından daha fazladır. (Bu özdeyiş; ticari faizin daha fazla olması gerektiğini ifade etmektedir).

84 Plus valet pecunia mercatoris quam non mercatoris: Bir tüccarın parası, tüccar olmayandan daha fazladır; (Tüccarların ödemesi gereken faizin fazla olması gerektiğini ifade eder).

85 UMUR Z., Ders Notları s.341.

86 ERDOĞMUŞ B., s. 49.

87 ERDOĞMUŞ B., s. 49, dn. 103.

88 D.22,2,3 *Modestinus libro quarto Regularum*
In nautica pecunİa ex eo die periculum spectat creditorem, ex quo navem navigare conveniat.
D.22,2,3 Modestinus'un Kaideler'inin 4. kitabından
Deniz ödüncünde gemi anlaşmaya uygun olarak -limandan- ayrıldığı anda hasar alacaklıya geçer.
Bu konuda bkz. D.22,2,2; D.22,2,1.
ERDOĞMUŞ B., s. 50, dn. 104.

89 *Pecunia non olet*: Para kötü kokmaz.

90 ROBAYE R., s. 43,44.

91 bkz.: UMUR Z., Ders Notları, s.341-342.
Nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur: Faizin faizi hiçbir şekilde borçlulardan istenemez, TBK m. 388.

92 RADO T., s.68.

93 Aile evlâdı aldığı ödüncü babasının yararına sarfetmişse; okumak için bulunduğu yerde parasız kalıp -babasının ona gönderdiği miktar kadar- borç almışsa; aile reisinin bilgisi ile aile evladına borç para verilmişse, aile evladının *peculium castrense*'si (askerlik hizmeti dolayısıyla elde ettiklerinden oluşan malvarlığı, varsa, bu senatus kararının getirdiği yasak uygulanmazdı. D.14,6,1,3; D.14,6,7,12-13; D.14,6,12.

94 RADO T., s.73.

95 RADO T., s.74.

96 Ayrıca; *Fraus est accipere, quod non possis reddere*: Geri veremeyeceğin bir şeyi almak hilekârlıktır.

97 *Gratiutum debet esse commodatum*: Kullanma ödüncü (âriyet) karşılıksız, ücretsiz olmalıdır.

98 ERDOĞMUŞ B., s. 51.

99 *Detentio*: Bir mal üzerinde zamanaşımı ile kazanmaya götürmeyen ve *interdictum*'larla korunmayan fiili hâkimiyet. (krş.: TMK m.974 fer'î zilyetlik)

100 *Non potest commodari, quod usu consumitur*: Kullanma yolu ile tüketilen âriyet olarak verilemez.

101 bkz. GIRARD P.F., Manuel Elémentaire de Droit Romain, Paris 1918, s.529 vd.

102 UMUR Z., Ders Notları, s.343.
Aslî zilyet, malı mâlik sıfatıyla fiilî hakimiyeti altında bulunduran kimsedir. Fer'î zilyet ise sahip olduğu sınırlı aynî hak (rehin veya intifa hakkı gibi) veya şahsi hak sebebiyle başkasına ait bir malı fiilen hâkimiyetinde bulunduran kimsedir.
ESENER T., Eşya Hukuku, Ankara 1985 s. 14. Modern hukukumuzda bir mal üzerinde iki kişinin zilyetliği bulunabileceği kabul edildiğinden hem âriyet veren hem alan, hem kiraya veren hem kiracı zilyettir. TMK.m.974 bu konuda asli ve fer'î zilyet ayrımı yapmaktadır, Maliki olduğu evi kiraya veren kimse asli zilyet, kiracı ise fer'î zilyettir. Zilyetliğin himayesinden hem asli hem fer'î zilyet faydalanır. (ERDOĞMUŞ B., Eşya Hukuku, İstanbul, 2006, s.21).

103 bkz.: RADO T., Borçlar Hukuku, s.77; UMUR Z., s.342-343.

104 KOSCHAKER P.- AYİTER K., s.220.

105 ROBAYE R. s.54.
Non videbitur reddita est, qune deterior facta redditur: Bir malı kötüleşmiş halde geri vermek, geri vermemiş olarak kabul edilir.

106 *Gratuitum debet esse commodatum*: Ariyet, kullanma ödüncü karşılıksız (ücretsiz) olmalıdır.

107 D. 13.6.5.10.

108 krş. TBK m.380/2- Ödünç alan, ödünç konusunu başkasına kullandıramaz.

109 *Aliud est eredere, aliud deponere*: Bir şeyi borçlanmak, tevdi etmekten (saklamak için bırakmaktan) farklıdır; tüketim ödüncü vermek başka, saklama ödüncü başkadır.

110 İstisna akti ise, Roma hukukuna göre, aynî değil, rızaîdir. İstisna aktinin, özellikle sorumluluk konusunda, hükümleri farklıdır. TBK. m.561/2'de ve Alman ve İsviçre kanunlarında ise, durum başkadır. Bu kanunlar, saklama sözleşmesinin (vedia aktinin) ivazsız olma şartını artık tanımıyorlar. İsviçre ve Türk hukuklarında, saklama (vedia) akti, tıpkı kullanım ödüncü (âriyet) ve tüketim ödüncü gibi, Roma hukuku terimi ile ifade edecek olursak, bir ön akittir, Bu akte göre, saklayan (vedia alan), vedia verecek olana karşı, malı muhafaza edeceğini taahhüt eder. Aktin bu durumu, aynî değil, rızaî niteliktedir. (KOSCHAKER P.-AYİTER K., s.221).

111 UMUR Z., Ders Notları, s.344.

112 TBK m. 563/1- Saklayan, saklatanın izni olmadıkça saklananı kullanamaz.

113 UMUR Z., Ders Notları, s.345.

114 KOSCHAKER P.- AYİTER K., s.221.

115 TBK. m. 563/2'de bu sorumluluk daha da ağırlaşır. Saklayan (vedia alan) malı izinsiz kullanırsa, tazminat vermekle yükümlü olduğu gibi, beklenmedik halden doğan zararlardan da sorumlu olur.

116 TBK. m. 115- Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.
(Ağır kusuru, kasıt ve ağır ihmal olarak anlamak gerekir).

117 TBK m. 26- Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.
TBK m. 27/1- Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine,

kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

118 TBK m. 562/2- Saklatan, kendi kusurundan ileri gelmediğini ispat etmedikçe, saklayanın saklamadan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür.

119 TBK m. 562/1- Saklatan, sözleşmenin ifasının zorunlu kıldığı bütün masrafları ödemekle yükümlüdür.

120 ERDOĞMUŞ B., s.55.

121 RADO T., s.84; UMUR Z., Ders Notları s.346-347.

122 TBK. m. 570 : Saklayanın, kendisine bırakılan parayı aynen geri verme yükümü olmayıp, mislen geri vermesi, açıkça veya örtülü olarak kararlaştırılmışsa, o paranın yararı ve hasarı kendisine ait olur.
Para mühürsüz ve açık olarak bırakılmışsa, bu yönde örtülü bir anlaşma var sayılır. Saklayan, açıkça yetkili kılınmadıkça, bırakılmış diğer misli eşya veya kıymetli evrak üzerinde tasarrufta bulunamaz.

123 RADO T., s.85.

124 TBK. m. 569: İki ya da daha çok kişi, haklarının korunması için, hukukî durumu çekişmeli veya belirsiz bir malı saklayacak güvenilir kişiye (yediemin) bırakılırsa, saklayan veya güvenilir kişi, o malı tüm ilgililerin kabulü ve hâkim kararı olmadıkça, hiçbirine geri veremez.

125 DI MARZO, s.420.

126 TMK.'nın 937. m.si, teslime bağlı rehnin alacaklının zilyetliği ile kurulacağını öngörmektedir: "Kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında taşınırlar, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir".

127 *Melius est pignori incumbere, quam in personam agere*: Rehin sahibi olmak bir şahsı takip etmekten daha iyidir.
Dolayısıyla; *Rei suae pignus non consistit*: Bir kimse kendi malı üzerinde rehin hakkında sahip olamaz.

128 Zira *usucapio*'nun *res habilis*, *titulus*, *fides*, *possessio*, *titulus* şeklindeki tüm şartları gerçekleşmeyecektir. Kazandırıcı zamanaşımının gerçekleşmesi için malın zilyedi olan kişinin bu malı kendi malı gibi, hâkimiyetinde bulundurmak niyeti olması gerekirdi. Bu yüzden rehinli alacaklı *usucapio*'dan yararlanamaz.

129 Sınırlı, aynı zamanda fer'î bir aynî hak olan rehin hakkının (*hypoteca*) doğması için üç şartın bir araya gelmesi lazımdı: 1) Mal rehin verenin mülkiyetinde olmalıdır. 2) Rehinle teminat altına alman bir alacak mevcut bulunmalıdır. 3) Malın rehin teşkil edeceğine dair rehinli alacaklı ile rehin gösteren arasında bir anlaşma (*pactum pignoris*) yapılmalıdır. Rehin, teslim ile tesis ediliyorsa (*pignus*), zilyetliğin geçirilmesiyle oluşan rehin akdi aynı zamanda malın rehin teşkil edeceğine dair anlaşmayı da içermektedir. Şayet rehin veren malın mülkiyetine sahip değil ise, aynî hak olan rehin hakkı doğmaz ama, rehin akdi meydana gelir. (ERDOĞMUŞ B., s. 158, dn. 115).

130 *Melius est pignori incumbere, quam in personam agere*: Rehin sahibi olmak bir şahsa dava açmaktan daha iyidir (elverişlidir).

131 *Non alienat, qui dumtaxat omittit prossesionem*: Sadece zilyetliğinden vazgeçen kişi mülkiyeti elden çıkarmaz.

132 UMUR Z., Ders Notları, s.347-348.

133 *Hypoteca est obligationis filia*: İpotek, borç ilişkisinin çocuğudur (alacağa bağlıdır).

134 *Lex commissoria*, vadesinde alacağı ödenmeyen alacaklıya, elinde teminat olarak bulundurduğu rehinin mülkiyetini geçiren anlaşmadır. Rehinli mal, alacak hakkının bedeline karşılık sayılmakta idi.
krş. TMK.m.873/2 Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir. TMK. 949: taşınmaz rehnine paralel olarak, taşınır mallarda da mülkiyetin geçememesine ilişkindir. Borcun ödenmemesi halinde, rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir.

135 ROBAYE R., s. 55.

136 ROBAYE R., s. 56.

137 TMK m. 873/I Borç ödenmezse alacaklı, alacağını rehinli taşınmazın satış bedelinden elde etme hakkına sahiptir.

138 ERDOĞMUŞ B., s. 58.

139 UMUR Z., Ders Notları s.347-348.

140 *Re extineta pignus perit*: Mal telef olursa, rehin hakkı sona erer. TMK.m.858 Taşınmaz rehni,... veya taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona erer.

141 Üst, toprağa katılır. Bu kurala göre, toprağın üzerinde yapılan her şey, arazi üzerindeki ağaç, bitki ve binaların mülkiyeti, o toprağın mülkiyetine tâbidir.

142 TBK m.29/2- Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.

143 SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A. s.96-98.

144 UMUR Z., Ders Notları s.354.

145 ERDOĞMUŞ B., s. 64.

146 ROBAYE R., s. 72.

147 RADO T., s. 112; UMUR Z., s.355.

148 İlamların ve resmî senetlerin ispat gücü:
HMK m. 204- (1) İlamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar.
(2) İlgililerin beyanına dayanılarak noterlerin tasdik ettikleri senetlerle diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar.
(3) Mahkeme, yukarıdaki belgelerden biri hakkında şüphe uyandıran bir hâl görürse, ilgili daireden açıklama isteyebilir.

149 GAZZANIGA J.L., s.97-98.

150 IMBERT J., s. 105-106.

151 Bu şekilde; rızai akitte, *Solus consensus obligat*: Sadece irade uyuşması borçlandırır.

152 Hukukumuzda satılan taşınır malın mülkiyeti zilyetliğin nakli, taşınmaz malın nakli tapu memuru huzurunda tapu sicilinde yapılacak bir muamele ile geçer. O halde, malın devri, semenin verilmesi bir tasarruf muamelesidir. Tarafların düşündükleri malın para karşılığında devrinin gerçekleşmesi için, bir borçlandırıcı muamele (alım satım), iki tasarruf muamelesi (malın mülkiyetinin geçirilmesi ve semenin ödenmesi) gerekir. Peşin alım satımlarda bu aynı zamanda cereyan eder; taksitle satışlarda ise borçlandırıcı muamele ile tasarruf muamelelerinin sonuçları farklı zamanlarda gerçekleşir.

153 İktisadi olayların önemi; yemek, içmek ve barınmak sac ayağının dün olduğu gibi, bugün ve yarın da devam etmesidir. Hukuk bilimi, insan ihtiyaçlarına nasıl cevap vermeye çalışıyorsa diğer bilimler de (sağlık, iktisat, eğitim, teknik bilimler) bunları karşılamaya, değiştirmeye ve geliştirmeye devam edecektir. ÖZGÜVEN, A.

154 ROBAYE R., s. 24-25.

155 *Suae rei emptio non valet*: Kendi malını satın alma geçerli değildir.

156 Günlük dilde, git gide yayılan AVM'ler dahil alışveriş gibi iki taraflı ifade yaygın olarak kullanılmaktadır.

157 *Sine pretio nulla venditio*: Semen olmadan alım satım olmaz.

158 *Non pretif numeratio, sed conventio perficit emptionem*: Semenin ödenmesi değil, fakat anlaşma alım satım akdini oluşturur.
TBK m. 207- Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.
Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça,

satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler.
Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir.
1926 tarihli TMK.'nın 634. maddesinde yer alan "mülkiyeti nakleden akit" ifadesi yerinde değildi. Mülkiyet akitle değil, taşınır malda teslim, taşınmaz malda, tescille geçer. Akit ise, mülkiyeti nakil borcu doğurur.

159 Mülkiyetin geçmesi için şekilci işlem gerektiren mallarda, *num quam nuda traditio transfert dominium*: Sadece teslim mülkiyeti devretmez.

160 UMUR Z., Ders Notları, s.355-356.

161 bkz. DI MARZO, s.431.

162 RADO, s.115.

163 *Non pretii numeratio, sed conventio perficit emptionem*: Bedelin ödenmesi değil, fakat anlaşma alım-satım akdini oluşturur.

164 krş.: TBK m.8/2- Fiyatını göstererek mal sergilenmesini veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.

165 ROBAYE R., s.91.

166 RADO T., s.119.

167 UMUR Z., s.359.

168 ROBAYE R., s.94.

169 ROBAYE R., s.95.

170 *Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus cum petentem pretium exceptione uti poterit <si ea pecunia, qua de egitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est>.*.

D.19,I,25 Iulianus Digesta'sının 54.kitabından
Bağ kütüklerinde asılı üzümleri almış olan kişi, satıcı tarafından üzümleri

toplamakta engellenirse, kendisinden semeni isteyen satıcıya “söz konusu paranın satılmış, fakat teslim edilmemiş mal için istendiği def’ini” ileri sürebilir... ERDOĞMUŞ B., s. 73, dn. 140.

171 ERDOĞMUŞ, B., s. 73.

172 Bir taşınmazdaki bina enkazı, veya taşocağından çıkan taşların satışı da taşınır alım satımdır TBK m. 209: Taşınır satışı, arazi veya taşınmaz gibi tapu siciline kaydedilen haklardan başka, her türlü malın satımıdır. Ürünler, yıkılacak bina enkazı veya taş ocağından çıkarılacak taşların satılması da, taşınır satımıdır (bkz: ERDOĞMUŞ B., s, 66 ve s. 66, dn. 127).

173 RADO T., s.120; UMUR Z., Ders Notları, s.356.

174 ROBAYE R., s. 85.

175 KRŞ. Fransızcadaki ayının postunu satmak (*Vendre la peaude l’ours*).

176 D.18,I,8 pr Pomponius libro nono ad sabinum
Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest
Intellegi.et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum
Editus esset partus, iam tunc, cum conractum esset negotium, venditio fact
Intellagatur:sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.
D.18,I,8 pr Pomponius’un Sabinus şerhinin 9. kitabından
Satılacak mal olmadan alım satım akdi düşünülemez. Fakat buna rağmen müstakbel semereler ve yavrular geçerli olarak satın alınabilir, öyle ki, yavru doğunca, sözleşme daha önce yapıldığı zaman alım satım olmuş sayılır. Fakat satıcı yavrunun doğmasına veya semerelerin olmasına engel olursa, *actio empti* açılabilir.
Burada gelecekte elde edilecek malların (semereler, hayvan yavruları) satışı ele alınmaktadır. Alım satım ancak bunlar elde edilirse meydana gelecektir. Tabii semereler (elma, buğday vs.) meselâ aşırı yağmur, hayvan yavrusu doğum sırasında telef olursa, alıcı semeni ödemek zorunda kalmaz. Buna karşılık satılan malların ortaya çıkmasına satıcı mani olursa, tazminat ödeyecektir, çünkü alım satımın bağlandığı şartın gerçekleşmesini engellemiştir.

D.18,I,39,I'de Ulpianus, bir kimsenin ağaçtaki zeytinleri sattığını ve semen olarak bundan elde edilecek 5 kg zeytinyağının fiyatını taahhüt ettirdiğini, ancak 2.5 kg zeytinyağı elde edilirse, alıcının sadece bunu talep edebileceğini belirtmektedir.
Metinde eksik olan nokta, satıcının da, ancak bu oranda indirilmiş semeni talep edebileceğidir. Ancak tarafların burada gerçek iradesi araştırılmalıdır. Alıcı 5 kg'dan daha az edilse bile semeni ödemeyi taahhüt etmiş olabilir (ERDOĞMUŞ B., s. 67, dn. 129).

177 SCHMIDLIN, s.133-134.

178 *Iactus missilium* halk arasına atılan, dolayısıyla mülkiyeti terkedilmiş mal veya paradır. Bunu kapan malik haline gelirdi, I.2,1,46.

179 D. 18,1,4'te beklenen mirasın satımından söz edilmektedir. Bu da bir tür ümit alım satımıdır.

180 bkz.: ERDOĞMUŞ B., s. 68 ve s.63, dn. 131-132-133.

181 Paulus (D. 18,1,34,3) malın çalınmış olduğunu bilen alıcı ve satıcı arasındaki alım satımın geçerli olduğunu, ifade etmektedir.

182 ROBAYE R., s.86-88.

183 Ulpianus D. 18,1,36; *Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere.*: "Satıcı, bir satım akti yaptığı zaman, bağış amacıyla, bedeli (semeni), istemeyeceğini beyan ederse, bir alım satım akti yapılmadığı kabul edilir.

184 *Venditori expedit rem venire quam plurimo*: Malın mümkün olduğu kadar pahalı satılması satıcının işine gelir.
Aşağıdaki özdeyişler satımda rıza unsurunun önemini gösterir;
Nemo cogitur suam rem vendere, etiam iusta pretio: Hiç kimse uygun bedel karşılığında olsa bile malını, başkasına satmaya zorlanamaz.
Nemo compellitur contrahere: Hiç kimse sözleşme yapmaya zorlanamaz.

185 ERDOĞMUŞ B., s. 72.

186 SCHMIDLIN, CANNATA, s. 132.; RADO, s.122; UMUR Z., s.358. *Laesio enormis* ilkesi *Iustinianus* tarafından devam ettirilmiş ve daha sonra da kavram, bu terimle anılmıştır.

187 ROBAYE R., s. 90.

188 Gelir dağılımını etkileyen faktörlerden biri "Âdil Fiyat" anlayışı olmuştur. Bu hem satıcıyı hem de alıcıyı memnun ve razı eden fiyattır. Başka bir deyişle arz ve talebe göre en düşük seviyede belirlenen bir fiyattır.

189 UMUR Z., s.359.

190 SCHWARZ, s.346 vd.

191 RADO, s.124.

192 TMK. m. 764. "Başkasına devredilen bir malın mülkiyetinin saklı tutulması kaydı, ancak resmî şekilde yapılacak sözleşmenin devralanın yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesiyle geçerli olur. Hayvan satışlarında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılamaz".

193 Bu kural *Codex*'de de yer almaktadır.

194 *Commodum eius esse debet, cuius periculum est*: Hasar kime ait ise, yarar da onundur, TBK m. 208, TBK m. 621.
Ubi emelumentum, ibi onus: Nerede yarar varsa orada külfet vardır (Hukuki işlemden yararlanan külfetlere de katlanmalıdır).
krş., TBK. m. 208, adi ortaklık sözleşmesine ilişkin TBK. m.621.

195 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.133-134.

196 ROBAYE R., s. 103.

197 *Paulus*, D. 18.6.3: *Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est*; "Bununla birlikte satıcı, âriyet alan gibi *custodia*'yı sağlamak zorundadır".

198 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.139.

199 UMUR Z., s.361.

200 ROBAYE R., s. 103.

201 ROBAYE R., s. 103-104.

202 *Vitia aperta non praestantus*: Açık bir maddi ayıp himaye görmez. krş.: TBK m. 222/I: Satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir.

203 Arazilerin devri için yapılan *mancipatio*'lar sırasında o araziden getirilmiş toprak parçasının muamele sırasında bulunması yeterliydi. Bu nedenle *mancipatio* ile yapılan arazi satışı ve devri sırasında satıcı malın yüzölçümü konusunda belirli bir taahhütte (*nuncupatio*) bulunmuş ve sonra arazinin belirtilen yüzölçümünden az olduğu ortaya çıkarsa alıcı açacağı *actio de modo agri* ile yüzölçümüne göre fazla paranın iki katını isteyebilirdi (Paulus Sententiae 2,17,4). ERDOĞMUŞ, B., s. 79 ve s.79, dn.146.

204 Sanayi toplumuna rağmen, 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren TBK. hayvan satışına ilişkin ayrı hükme yer vermiştir: m.220 "Hayvan satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmedikçe veya ağır kusuru olmadıkça ayıptan sorumlu olmaz".

205 *Aedilis*'lerin bu konudaki *edictum*'u D.21,I,I'de Ulpianus tarafından nakledilmektedir. Buna göre satıcılar, özellikle sattıkları kölelerin hastalıklarını ve zaaflarını (*morbus vitiumque*), kölenin kaçmağa eğilimli, aylak biri olduğunu ve üzerinde *noxa* sorumluluğu bulunduğunu alıcıya açık olarak söylemek zorundaydı. Kölenin ölüm cezası gerektiren bir suç işlemiş olduğu intihar etme eğilimi bulunduğu, hayvanlarla döğüştüğü de bildirilmeliydi. (ERDOĞMUŞ B., s. 80, dn. 150).

206 Maddî ayıplar konusunda hukukçulara ait metinlerde maddî ayıp kategorisinde düşünülebilecek çeşitli hallerin incelendiği görülmektedir: D. 21,I,I,8 *Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curudium ...dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. proinde levis febricula aut vetus quartana, quae tamen iam spemi potest, vel vulnusculum modicum nullum habet in se*

delictum, quasi pronuntiatum non sit...
Ulpianus'un *aedilis*'lerin beyanname şerhini I. Kitabından
...Her küçük zaaf'ın hastalık veya ayıp olarak görülmemesi gerektiğini hatırlamalıyız. Mesela geçirilebilecek hafif bir ateş veya eski dört günlük ateş veya önemsiz bir yaralanma, satıcı tarafından bildirilmemişse, zarar vermez:.
Hukukçu Vivianus; ruhi zaafları olan insanların sağlıklı olmadığının söylenemeyeceğini, aksi halde düşüncesiz, batıl inançlı, çabuk kızan, serkeş insanların sağlıklı olmadığı sonucuna varılacağını ifade etmektedir. Ona göre, mühim olan ruhi hastalıklardan ziyade fiziki rahatsızlıklardır, bunlar da ruhi durumu bozabilir (D.31,I,I.9). Ulpianus yakını göremeyen bir kölenin satışının iptal edilebileceğini, kekemenin, peltek, anlaşılmaz veya hızlı şekilde konuşanın, çarpık bacaklı kişinin de sağlıklı olduğu kanaatini açıklamaktadır (D.21,I,10,3). Dişi eksik olanın da hasta sayılmayacağım, zira insanların büyük bir kısmının dişlerinin eksik olduğunu insanların zaten dişsiz doğduğunu, bu yüzden hasta sayılmadığını belirten Paulus, aksi takdirde bütün yaşlıları sağlıksız saymak gerektiğini söylemektedir (D.21,I,2). Trebatius; ağzı kokanın bu durumun, ağzını temizlemediği için geldiği hallerde hasta olmadığını, fakat bu vücudundaki bir rahatsızlıktan, karaciğerin, akciğerin veya başka bir organın iyi çalışmamasından kaynaklanıyorsa, bir hastalığın mevcut olduğunu belirtmektedir(D.21,I,12,4). Bir kimse aldığı şarap yüzünden veya kalkmak zor geldiğinden yatağını ıslatmışsa sağlıksız sayılmaz, fakat mesanesindeki bir hastalık nedeniyle toplanan sıvıyı tutamayan kimse hastadır. Bir köle kadının ölü çocuklar doğurması rahmiyle ilgili ise, kadın hasta sayılır. Bu karşılık hamile olarak satılan kadın sağlıklıdır, çünkü kadınların en önemli görevi hamile kalmak ve cenini korumaktır. Bir kadın yaratılışı itibarıyla kısır ise, sağlıklıdır vücudundaki bir hastalık yüzünden doğuramıyorsa, hastadır. Bir urun alınması halinde, hastalık ortadan kalkacaktır, fakat tekrar çıkarsa hastalık vardır. Parmakları yapışık doğan kimse elini kullanabiliyorsa, hasta sayılmaz (D.21,I,14). Felçli kimse ise hastadır (D.31,I,I,13).(ERDOĞMUŞ B., s. 80, dn. 151).

207 ERDOĞMUŞ B., s. 82.

208 UMUR Z., s.361.

209 ROBAYE R., s.101.

210 Aynı kavram: *Nemo dat quod non habet*: Bir kimse mâlik olmadığı malın mülkiyetini devredemez, bağışlayamaz.

211 TMK. m. 763. Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir. Bir taşınırın zilyetliğini iyiniyetle ve mâlik olmak üzere devralan kimse, devredenin mülkiyeti devir yetkisi olmasa bile, zilyetlik hükümlerine göre, kazanmanın korunduğu hallerde o şeyin mâliki olur.

212 RADO T., s.127.

213 Terim, *ex vincere*'den gelir: yenilmek, eşyadan, maldan ayrılmak zorunda kalmak.

214 RADO, s.128.

215 ERDOĞMUŞ B., s. 78.

216 bkz. Geniş bilgi için bkz. ERDOĞMUŞ B. In Diem Addictio, İstanbul, 1972.

217 TMK. m. 736: Tapu kütüğüne şerh verilen alım (iştira) ve geri alım (şufa) hakları, şerhte belirtilen süre içinde her mâlike karşı kullanılabilir. Şerhin etkisi, her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer.

218 ROBAYE R., s.105.

219 SCHMIDLIN B.-CANNATA C.A., s.141.

220 Aynı tarif TBK m.299'da da mevcuttur. Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

221 Ancak; *nemo simul teneus et dominus*: Bir kimse aynı zamanda hem kiracı hem malik olamaz (bir kimse kendi malının kiracısı olamaz).

Kira şahsî hak oluşturduğunda *Locatio dominium non mutat*: Kira mülkiyet hakkını değiştirmez.

222 ROBAYE R., s. 113.

223 TMK. m-974/2. Bir şeyde mâlik sıfatıyla zilyet olan aslî zilyet, diğeri ise fer'î zilyettir.

224 bkz. UMUR, s.365.

225 *Contractus innominati*: Klâsik sonrası devirde, aynî akitler gurubuna dahil edilen ve himaye vasıtaları hepsinde aynı olan belirli akitlere, *Iustinianus* hukukunda verilen isim. *Do ut des* (veriyorum vermen için); *do ut facias* (veriyorum yapman için); *facio ut des* (yapıyorum vermen için); *facio ut facias* (yapıyorum yapman için) grupları içinde toplanan bu, tam iki taraflı akitlerin oluşması için, taraflardan birisinin kendi edimini yerine getirmesi gerektiğinden, aynî akitler arasında girmekteydiler. (UMUR Z., Lûgat)

226 TBK. m. 376- Geviş getiren hayvanların kirasındaki ürünlerden söz etmektedir.

227 ROBAYE R., s. 114.

228 II. Dünya Savaşı'ndan sonra bütün dünyada, Fransa, İtalya gibi bir çok ülkede kira konusunda, kiracıyı korumaya yönelik bir çok düzenlemeler yapılmıştır. bkz. RADO, s.137.

229 ROBAYE R., s.115.

230 Kökeninde, kamuya ait boş arazilerin (*agri vectigales*) yıllık kira veya (vergi) karşılığında işlenmek veya yararlanmak üzere fertlere bırakılması zamanla aynî nitelik kazanmıştır.
İmparator Zeno (V. yüzyıl) uzun vadeli kiranın (*emphyteusis*) kendine özgü bir ayni hak olduğunu belirtmişti. Hak sahibi, hakkını satıp devredebiliyor, rehin verebiliyor, irtifak kurabiliyor ve bu hak mirasçılara geçiyordu. Ancak satıştan önce malike haber verilmesi gerekiyordu. Malik, iki ay içinde ön alım hakkını kullanarak taşınmazı satın alabilir veya satışa razı olarak, satış

bedelinin bir kısmını alabilirdi. (ERDOĞMUŞ, B., Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 116).
Ortaçağ Alman geleneğinde bu kiralama işlemi (*emphyceusis*) tarım kesimindeki arazi kirası alanında kullanılmıştır. Ayrıca, alman ülkesinde tarım kesiminde "serf" denilen çok sayıda köylü bulunmaktaydı. Bu nedenle Romalı kölelere ilişkin bazı kurallar da alınmıştır. (VINOGRADOFF, s. 107).

231 *Periculum est locatoris*: Hasar kiraya verene (ısmarlayana) aittir, TBK m. 483.

232 TBK m. 347/1 on yıllık uzama süresi öngörmektedir.
Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez.

233 D.19,2,25,2'de Gaius, komşunun inşaatı dolayısıyla kiralanmış evin pencerelerinden giren ışığın azalması durumunda kiraya verenin kiracıya sorumlu olacağını, kiracının akdi bozabileceğinde tereddüt olmadığını, aynı durumun kiraya verenin çok harap olmuş kapıları ve pencereleri tamir etmemesi halinde de söz konusu olduğunu belirtmektedir. TBK m.331 kira akdinin devamını dayanılmaz, çekilmez hale getiren sebepler yüzünden tarafların akde son verebileceklerini düzenlemektedir.

234 Romalılar ürün kirası ile şirket akdi arasında benzerlik görmüşlerdir, bkz.D.19,2,25,6.

235 ROBAYE R., s. 115.
TBK m. 327/2- Taraflar, bu durumda açık bir anlaşma olmaksızın kira ilişkisini sürdürürlerse, kira sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. 10 yıllık süre için bkz.: TBK m. 347.

236 *Impensae*: Bir kimsenin, başkasına ait bir mal üzerinde yapmış olduğu her türlü masrafı ifade eder. Para, mal veya yapılan bir iş de masraf sayılırdı. Masrafların zorunlu (*impensae necessariae*), faydalı (*impensae utiles*) ve lüks (*impensae voluntariae*) tarzındaki ayrımı değişmez nitelikte değildir. Malik için meydana getirdiği iktisadî değişiklik göz önünde tutulur

ve yerine göre taktir edilirdi.
Zorunlu masraflar (*impensae necessariae*): Bir malın bozulmasına, değerini kaybetmesine veya telef olmasına engel olmak için yapılan masraflardır. Klâsik hukuk ve *Iustinianus* devrinde iyiniyet sahibi zilyet, istihkakı talep edilen mal üzerinde yaptığı masrafların tamamını isteyebilirdi.
Faydalı masraflar (*impensae utiles*): Bir malın değerini ve getirdiği semereleri artıracak şekilde, üzerinde yapılan masraflardır. Klâsik devirde, istihkakı talep edilen malın iyiniyetli zilyedi, faydalı masraflar münasebetiyle hapis hakkına (*retentio*) sahipti. *Iustinianus* hukukunda masraflar, malın değerini aşacak kadar yüksek olduğu takdirde, bunları isteyemez, fakat *ius tollendi*'sini (masraf ettiği malzemeleri alıp götürme hakkı) kullanabilirdi.
Lüks masraflar (*impensae voluntariae*): Bir malın değerini ya da semerelerini artırmak için değil, sırf onu süslemek için yapılan, yani hiçbir iktisadî fayda temin etmeyen masraflardır. Zilyet, iyiniyet sahibi olsa dahi, bu masrafları isteyemezdi. Ancak *Iustinianus* zamanında, *ius tollendi*'si vardır. (UMUR, Lûgat).

237 RADO T., s.138.

238 Kaynaklar; sürüyü otlatmak, elbiseleri temizlemek, yamamak veya yırtılan yerini örmek, bir köleye ders vermek, hasta bir köleyi tedavi etmekten, (*actio locati*'den) söz etmektedir. (bkz: SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s. 144).

239 ROBAYE R., s. 110.

240 Bir operatörün ameliyat yapmasının modern hukukta, istisna akti değil, bir çeşit vekâlet akti oluşturabileceği konusunda, bkz. YAVUZ C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler 5. Bası, İstanbul s.455 ve s.567.

241 *Clasula rebus sic stantibus*: Şartlar değişmedikçe hukuki muamelelerdeki kayıtlara uyulmalıdır, TBK m. 480/1.

242 *Omnis qui profiterur artem, culpam levissimam praestat*: Bir kimse meslek edinmiş kimse en hafif ihmalinden sorumludur.
D.19,2,13,6 Ulpianus libro tringesimo secundo ad edictum
Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato

tenetur, quia debuit ab hac re cavere. et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.
D.19,2,13,6 Ulpianus'un beyanname şerhinin 32. kitabından
Eğer bir temizleyici düzgün hale getirmek için elbise almış ve bunu fareler kemirmişse, kendisine istisna akdinden doğan dava açılır, çünkü buna karşı tedbir almak mecburiyetindedir. Ve temizleyici paltoları karıştırmış ve birisine başka birisine başka birine ait paltoyu vermişse, bunu bilmeden yapmış olsa bile, kendisine istisna akdinden doğan dava açılır.
Sabunun olmadığı Romada temizleyicilik önemli ve zor bir meslekti. Toga denilen beyaz elbiselerin temizlenmesi zor ve yorucu bir işlemi gerektirirdi. Önce bu elbisenin tamirini yapan temizleyici, daha sonra bunu içinde küllü su, idrar da bulunan bir karışımda yıkar, daha sonra ayaklarıyla çiğnerdi. Elbise kuruduktan sonra sert fırçalarla fırçalanır, düz hale getirilir ve ütülenirdi (ERDOĞMUŞ B., s. 32, dn. 66).

243 ERDOĞMUŞ B., s. 94.

244 *Gaius*, alım satımla, *locatio conductio*'nun hangisinin mevcut olduğundan tereddüt edilen bir hali zikretmektedir. Bir kimse, sirklerde temsiller veren bir müteşebbise belirli sayıda gladyatörler (bunların köle olduğuna dikkat etmek gerekir) teslim etmiş, kavgalardan sağ salim dönen gladyatörlerin her birisi için "zahmetlerine mukabil" 500 as, ölen veya sakatlananlann her biri için 20.000 as, alacağı kararlaştırılırsa burada alım satım mı vardır, yoksa *locatio conductio* mu? *Gaius*, hukukçuların çoğunluğuna göre, sağ dönenler için *locatio conductio* olduğunu yazmaktadır. (DI MARZO S., s.443, n.48.)

245 RADO T.,s.142.

246 ERDOĞMUŞ, B., s. 95.

247 D.19,2,61,1'de Scaevola, Afrika'dan İtalya'ya yağ ve tahıl taşımak için kiralanmış olan geminin yüküyle birlikte limanda dokuz ay tutulduğu, gümrük esaslarına aykırılık nedeniyle mallara el konulduğunu, gemiyi kiralayanın kira ücretini ödemesi gerektiğini belirtmektedir. Bu metinde, muhtemelen gemiyi mallarını taşımak için gemiyi kiralayanın gümrük kurallarına aykırı davranışından hareket edilmiştir (ERDOĞMUŞ B., s. 95, dn.178).

248 ROBAYE R., s. 111.

249 Roma devleti, başkentin besin maddelerini sağlamak için, o devir için bile büyük olan 1300 tonajlı gemiler yapmıştır. İlkçağ bakımından, bu bir başarı sayılır.
Atinalılar, Akdeniz piyasasını elde tutabilmek için, savaş filosunu deniz ticaretinin hizmetinde kullanıyordu.

250 RADO, s.143.
TTK m. 1272 vd. maddelerinde, “Deniz Kazaları, Müşterek Avarya” bölümünde düzenlemektedir.
Madde 1272- Ortak bir deniz sergüzeştine atılmış olan gemiyi, yükü, diğer eşyayı ve navlunu birlikte tehdit eden bir tehlikeden onları korumak amacıyla ve makul bir hareket tarzı oluşturacak şekilde, bile bile olağanüstü bir fedakârlık yapılması veya olağanüstü bir gidere katlanılması hâlinde “müşterek avarya hareketi” varsayılır ve bu hareketin doğrudan doğruya sonucu olan zarar ve giderler müşterek avarya olarak kabul edilir.

251 TBK m. 393- Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

252 Transilvanya’da; ücretin oldukça düşük olduğunu gösteren, bazı iş akitleri bulunmuştur.

253 ROBAYE R., s. 111.
Orta Çağda kölelik Feodal rejimdeki Colonus, Serf gibi, toprak köleliğinin gösterdiği gibi sona ermese de sayıları azalmıştır. Emek faktörü artık hor görülmemiş aksine itibar kazanmaya başlamıştır. (krş. ÖZGÜVEN, A., s. 40).

254 ROBAYE R., s. 110.

255 D.19,2,38’de Paulus, hizmetlerini kiraya veren kimsenin işin yapılmamasında kusuru yoksa, tüm iş süresi için ücret alacağını söyledikten sonra, davayı yürütmemekte kusurları yoksa avukatların aldıkları şeref ücretini geri vermeyeceklerini belirtmektedir.
Eski Yunan’da da gelir dağılımı ile ilgili önemli bir sorun yoktu. Yunan

şehir devletindeki (polis) kişiler, genellikle kölelerin ürettikleri mallar ve onların gelirleriyle geçiniyordu. Ticari işler itibar görmüyordu. Sebebi de, kâra dayanan faaliyetlerin, insanlar arasındaki ilişkileri bozabileceği korkusuydu. Bu bakımdan amacı kâr olan mesleklerin pek önemi yoktu. Ancak, XX ve XXI yüzyıllarda teknolojik gelişmeleri akılları karıştıracak kadar ilerleyişi, hem işsizliği arttırmış, hem de işçi ücretlerini düşürmüştür. Kayıt dışı çalışmalarda yerli ve yabancı işçiler asgari ücretin çok altında bile çalışmaya razı olmuşlardır. (ÖZGÜVEN. s. 501 ve 504).

256 Bu konuda Digesta'nın 50. kitabının 13. faslında bilgi verilmiştir. Bu arada kural olarak felsefe profesörlerinin ve *ius civile* profesörlerinin şeref ücreti de istememeleri gerektiği, fakat almışlarsa, bunun şerefsizlik olmayacağı ifade edilmektedir.

257 D.9,2,7,8'de Ulpianus ve D.9,2,8 pr'da *Gaius*, doktorun ameliyatı iyi yapmaması, iyi yapması, fakat sonraki tedaviyi ihmal etmesi veya yanlış ilaç kullanması halinde bu akitten dolayı sorumlu olacağını belirtmektedir. (Son üç dipnotu için bkz. ERDOĞMUŞ B., s. 92 ve aynı sayfa dn. 171,172-173).

258 ROBAYE R., s. 110.

259 UMUR Z., s.369.

260 ÖZGÜVEN, s.37.

261 ROBAYE R., s.117.

262 Şirket akdi konusunda geniş bilgi için bkz. GÖNENÇ, F. İ., Roma Hukukunda Şirket Akdi (Societas), Doktora tezi, İstanbul 2004.

263 UMUR Z., s.371.

264 GAUDEMET J.,s. 272.

265 D.17,2,20 Ulpianus libro tringesimo primo ad edictum
Socii mei socius meus socius non est.
(Ulpianus'un beyanname şerhinin 31. kitabından)

Ortağımın ortağı benim ortağım değildir (ERDOĞMUŞ B., s. 98 ve s. 98, dn.183).

266 RADO T., s.148; UMUR Z., s.371.

267 TBK.m.628/I: Ortaklardan her biri, ortaklık işlerinde, kendi kişisel işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özeni göstermekle yükümlüdür.

268 GAUDEMET, s. 272.

269 *In societacis cotractibus fides exhuberat*: Şirket sözleşmelerine sadakat hakimdir.
Non petitur bonae fidei exuberantia inter mercatores: Tüccarlar arasında dürüstlüğün aranması aşırılık değildir.

270 Mesela, D. 17,2,71 pr.'da iki kişinin lisan öğretmek ve elde edilecek kazancı paylaşmak üzere şirket kurmalarından söz edilmektedir. (ERDOĞMUŞ B., s. 98. dn. 182).

271 ROBAYE R., s. 119.

272 Gai. 3,151 *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant...*: Şirket anlaşması tarafların bu konudaki rızaları sürdükçe devam eder... (ERDOĞMUŞ B., s. 97, dn. 180).

273 *Societas delinquere non potest*: Suç işlemek için, şirket (ortaklık) olamaz.

274 krş.: TBK m. 622: Ortaklar, niteliği gereği ortaklığa ait bütün kazançları aralarında paylaşmakla yükümlüdürler.

275 Phèdre: (latincesi Phoeder) (M.Ö. 30 — M.S.44) Latin yazarı. Augustus'un azatlısı. Oldukça iğneleyici yazıları, insanlara o zamanın kötülüklerini anlatmaktadır.

276 *Societas cum contrahitur, tan lucri quam damni communio initur*: Bir şirket kurulduğunda kazanç ve zarar ortak olur.

277 *Nulla societas in aeternum*: Sonsuza kadar devam eden şirket olmaz.

278 krş. TBK.m.639: Aşağıdaki durumlarda şirket sona erer:
1- Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansız duruma gelmesi ile;
2- Mirasçılarla ortaklığın sürdürülmesi konusunda önceden yapılmış bir anlaşma yoksa, ortaklardan birinin ölmesiyle;...

279 krş. TBK. m.502: Vekâlet akti ile vekil, anlaşma uyarınca, kendisine yüklenen işin yürütülmesini veya üzerine aldığı işin yerine getirilmesini borçlanır. İş görülmesiyle ilgili olup, bu konuda diğer akitler hakkındaki kanunî hükümlere tabi olmayan işlerde de, vekâlet kuralları uygulanır.

280 Örneğin; *Qui mandat solvi, ipse videtur solvere*: İfa için vekâlet veren kişinin kendisinin ifa ettiği kabul edilir.

281 ROBAYE R., s.128.

282 *Diligenter fines mandati custadiente sunt*: Vekâletin sınırlarına özenle dikkat edilmelidir, TBK m. 504.
Qui excessit fines mandati, aliud facere videtur: Vekâletin sınırlarını aşan kimsenin başka şey yaptığı kabul olunur.

283 *Gaius* (1.3,157) ahlâka aykırı işler için vekâlet verilemeyeceğini belirttikten sonra, bir başkasını soymak veya onu tahkir etmek için vekâlet verilemeyeceğini örnek vermektedir. Ancak *ex commedatione et consilio generali nulla nascitur obligatio*: Tavsiyeden ve genel öğütten borç doğmaz.

284 ROBAYE R., s. 129.

285 YAVUZ C., s.567.

286 UMUR Z., Lügat.

287 D. 17,1,1,4 Paulus libro tringesimo secundo ad edictum
Mandatum nisi gratuitum nullum est:nam originem ex officio atque amiticia trahit. Contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.
D. 17,1,1,4 Paulus'un beyanname şerhinin 32. kitabından

Karşılıksız vekâlet geçerlidir: Kökenini -dostlar arasındaki- görev ve dostlukta bulur. Ancak; ücret, görevle bağdaşmaz. Araya ücret girerse, sözleşme daha ziyade *locatio conductio*'ya yaklaşır.

288 ERDOĞMUŞ, B., s. 100.

289 TBK. m.502/3 Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.

290 D.17,1,6 pr Ulpianus libro tringesimo primo ad edictum
Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.
D.17,1,6 pr Ulpianus'un beyanname şerhinin 31. kitabından
Bir iş için şeref ücreti ödenmesi kararlaştırılmışsa, vekâletten doğan dava açılır. bkz. D.17,1,7 (ERDOĞMUŞ B., s. 99, dn. 195).

291 ROBAYE R., s.124.

292 *Honos habet onus*: Şeref yük getirir.

293 SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s. 148.

294 TBK.m.502/3: Sözleşme veya teamül varsa, vekilin ücret istemeye hakkı vardır.

295 RENAUT. s. 6.

296 TBK. m.506/2 Vekil, müvekkile karşı vekâleti sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.

297 D.17,1,1 pr-1 Paulus libro tringesimo secundo ad edictum
Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. Ideo per nuntim quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest.
D.17,1,1 pr-1 Paulus'un beyanname şerhinin 32. kitabından
Vekâlet-borç ilişkisi tarafların iradesiyle kurulur. Bu yüzden vekâlet bir haberci veya mektupla da kabul edilebilir.

298 ROBAYE R., s.127.

299 *Ex commedatione et consilio generali nulla nascitur obligatio*: Tavsiyeden ve genel öğütten borç doğmaz.

300 Gaius (I. 3,156) üçüncü bir kişiye ödünç para verilmesi için tavsiye varsa, tavsiyede bulunanın vekâletten dolayı sorumlu tutulup tutulamayacağının tartışmalı olduğunu, Servius'un bunu reddettiğini, Sabinus'un ise kabul ettiğini, kendisinin ise bu son görüşe katıldığını, çünkü bu konuda talimat verilmemiş olsaydı, ödüncün verilmeyeceğini gerekçe olarak göstermektedir.

301 ERDOĞMUŞ B., s. 101.

302 krş: TBK.m.504'e göre de, vekil ancak yetkili olduğu konuları yerine getirebilir.

303 ROBAYE R., s.132.
Qui excessic fines mandati, aliud facere videtur: Vekaletin sınırlarını aşanın başka şey yaptığı kabul edilir.

304 TBK m. 527/1- Vekâletsiz iş gören, her türlü ihmalinden sorumludur. TBK m. 531- İş sahibi yapılan işi uygun bulmuşsa vekâlet hükümleri uygulanır.

305 TBK m. 512. Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir.

306 D.17,1,15 Paulus libro secundo ad Sabinum
Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum.

D.17,1,15 Paulus'un Sabinus şerhinin 2 kitabından

Sana bir arazi satın alman için vekâlet vermişsem, fakat almaman için sonradan sana yazmışsam, ben sana vekâletten dolayı borçlanırım, çünkü sen vazgeçtiğimi öğrenmeden önce satın almışsın ve vekâleti üstlenen kimse zarar görmemelidir. (ERDOĞMUŞ B, s• 102, dn. 191).
Mandacum morce dissovitur: Vekalet ölümle sona erer.
Vekaleten kendiliğinden sonra ermesine ilişkin TBK m. 513'ün başlığı- Ölüm, ehliyetin kaybedilmesi ve iflastır.

307 TBK. m.514 aynı niteliktedir.

308 RADO T., s.156.

309 UMUR Z., Ders Notları s.374-375.

310 *Ius civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığından, *ius civile*'ye göre davası olmayan, fakat *praetor*'un korunmasını hakkaniyete uygun bulduğu için, belirttiği bir olaya dayanan *praetor* davası. Hâkim, bu olayın doğruluğunu belirlerse, davalıyı mahkûm ederdi (bkz. UMUR Z, Lügat, *Actiones In Factum Conceptae*).

311 SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.30.

312 SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.31.

313 Klasik devirde yazılı akit. Kayıtlı bulunan gelir ve giderler arasında, bir alacağın kaydedilmiş olması.

314 bkz. SCHMIDLIN B. - CANNATA c.A., s.32-33.

315 bkz. RADO T., s.15.

316 TBK. m.611- Ölünceye kadar bakma akti âkitlerden birinin diğerine ölünceye kadar bakmak ve onu görüp gözetmek şartıyla bir mal varlığını veya bazı malların devri borcunu doğuran bir akittir.

317 TBK. m.9- Bir iş veya bir edim karşılığında ilân suretiyle bir ödül vaad eden kimse, vaadi uyarınca o bedeli ödemek zorundadır.

318 ERDOĞMUŞ, B., s.103-104.

319 *Permutatio vicina est emptioni*: Trampa alım-satıma yakındır.

320 TBK'da ise, mal değişim sözleşmesi, (trampa) (m.282-284) satış kurallarına bağlanmıştır.

321 RADO T., s.160.

322 ERDOĞMUŞ, B., s. 104-105.

323 D.43,26,1 pr Ulpianus libro primo Institutionum
Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui consessit patitur.
D.43,26,1 pr Ulpianus'un *Institutiones*'inin I. Kitabından
İğreti, bir malın bu malı rica eden kimse tarafından verenin, tahammül ettiği (uygun gördüğü) sürece kullanabileceğini ifade eder. (ERDOĞMUŞ B., s. 53, dn. 110).

324 *Fiducia*; Cumhuriyet devrinin sonlarında ve *Principatus* devrinde, bir malın mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio* ile bir taraftan diğer tarafa nakledilmesinden ve tarafların, üzerinde anlaşmış oldukları sonuç gerçekleştirildikten sonra, alanın, malın mülkiyetini diğer tarafa iadeten nakletmesi yükümlülüğünü doğuran, eksik iki taraflı, iyiniyet davaları doğuran aynî akittir.

325 Zaman içinde; *precarium*'a, satılan, fakat henüz mülkiyet naklinin istenmediği hallerde, alıcının mala geçici olarak, gereğinde satıcının malı istendiği anda geri alabilmesine olanak sağlayan bir usul olarak başvurulduğu sık sık görülmüştür. Mesela malını daha iyi teklif kaydı anlaşması (*in diem addictio*) sattığı için daha iyi teklif ile gelen ikinci alıcıya malı satmak ve mülkiyetini devretmek güçlüğü ile karşılaşmak istemeyen satıcı ilk alıcının da maldan faydalanmasını sağlamak üzere *precarium* olarak verirdi. Bu özellikle taksitli satışlarda görülen mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışa benzemektedir. bkz. D.43,24,II,12;D.43,26,20. Malın mülkiyetinin aynî teminat olarak devredilmesi halinde (*fiducia*) malı kullanmaya devam etmek isteyen *fiducia* veren, mülkiyeti naklettiği kimse ile anlaşarak malı *precarium* olarak muhafaza edebilirdi, krş. D. 13,7,22,3; Gai,2,59-60 (ERDOĞMUŞ B., s.53, s.53, dn.109).

326 krş. TBK. m.283- Satış sözleşmesine ilişkin kurallar mal değişim sözleşmesinde de (trampada) uygulanır. Mal değişenlerin, trampa edenlerin her biri, verme yükümlülüğünde olduğu mal için satıcı, kendisine verilmesi yükümlenilen mal için alıcı durumundadır.

327 *Aestimatum*: Bir kimsenin, diğerine satması için, belirli bir kıymet takdir ederek bir mal vermesi; diğer taraftan da malı sattığı zaman takdir

edilen para miktarını ödemesi, aksi takdirde malı geri vermek borcu altına girmesi.

328 SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.32.

329 RADO T., s.163-164.

330 *Constitutum*'a konu olan borç tabii borç niteliğinde olabileceği gibi bu borç *ius civile*'ye veya *ius honorarium*'a göre doğmuş olabilirdi. D.13,5,I,7-8.
D.13,5,I,5-6'da Ulpianus, *constitutum* ile müdahale edilen borç ilişkisinin konusunun da değiştirilebileceğini, mesela borçlanılmış olan 100 altın yerine bu değerde tahılın verileceğinin kararlaştırılabileceğini, yine mevcut borcun herhangi bir borç ilişkisinden -alım, satım, vesayet vs.- doğmuş olmasının önemli olmadığını belirtmektedir. (ERDOĞMUŞ 331 B., s. 107 ve aynı s. dn. 199).

331 ERDOĞMUŞ B., s. 108.

332 Gemi, han ve ahır işletenler ile müşterileri arasındaki esas sözleşme *locatio conductio*'dur. Müşterilerin bu akde dayanarak talepte bulunmaları da mümkündür.

333 Konaklama yeri (otel, motel), garaj, ahır ve benzeri yerleri işletenlerin kanundan doğan kusursuz sorumlulukları TBK'da da (m.576-580) devam etmektedir.

334 ERDOĞMUŞ B., s. 108.

335 Roma'da önemli denilebilecek düzeyde bankacılık faaliyetleri mevcuttu. *Praefectus urbi* denilen şehir valilerinin bankacılık faaliyetlerini denetlemek, yasaklanmış banker faaliyetlerini incelemek yetkisi mevcuttu (D.1,12,19). ERDOĞMUŞ B., s. 108, dn. 200.

336 C.Th. 3,13,14.

337 *Donare est perdere*: Bağışlamak kaybetmektir.
Cui ius est donandi, eidem et vendendi et concedendi ius est: Bağışlamaya

hakkı olanın satma ve terketme hakkı da vardır.

338 TBK m. 285/I'in mehaz maddesi olan İsviçre BK m. 239/I ise daha geniş bir ifade ile, bağışlamayı yaşayanlar arasında yapılan, bağışlayanın bir karşılık beklemeden bağışlayanı zenginleştirdiği bir kazandırıcı muamele olarak tanımlamaktadır. BGB 516'da bağışlamayı, tarafların kazandırmanın ivazsız olmasında anlaştıkları, bağışlayanın bağışlayanı zenginleştirdiği bir kazandırıcı muamele olarak tarif etmektedir. Bu tanımlara hem temliki tasarruflar, hem de borçlandırıcı işlemlerle yapılan hibeler girmektedir. (ERDOĞMUŞ B., s. 110, aynı sayfa dn.206).

339 D. 39,5,6 *Ulpianus libro quadrogesimo secundo ad Sabinum*
Qui saxum mihi eximere de suo romisit donationis causa, statim cum lapis exemptus est meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo tradione meus factus est:. ..
(Ulpianus'un Sabinus şerhinin 42. kitabından)
Bir kimse bana bağışlama sebebiyle arazisinden taş almaya müsaade etmişse, aldığım taş benim olur. Bağışlayan bunu taşıyarak götürmeme engel olursa, taş benim olmaktan çıkmaz, çünkü taş bir ölçüde *traditio* ile benim olmuştur:...

340 *Solidus*: *Constantinus* zamanında basılmış olan para. *Iustinianus* hukukçuları, bu terimi 1000 *sestertius* karşılığı kullanmıştır.

341 Bu sebeble; *Nemo suum iactare prasumitur*: Hiç kimsenin malını sokağa attığı karine değildir (Bağışlama karine olarak kabul edilemez).

342 bkz. TBK. m.285/2- Henüz iktisap edilmemiş bir haktan feragat etmek veya bir mirası reddetmek bağışlama değildir.

343 bkz. TBK.m.289. Elden bağışlama, bağışlayanın bir taşınırını bağışlanana teslim etmesiyle kurulmuş olur.

344 Modern hukukumuz Roma hukukundan daha şekilcidir. Zira, bağışlama sözünün yazılı olması gerekir (TBK. m.288). Bağışlama vaadi, klâsik hukuktaki gibi, şekle tâbidir. Yalnız sözlü akit yerine, yazılı akit gerekmektedir.

345 krş TBK. m.294. Bağışlayan sadece ağır kusurundan (kasıt ve ağır ihmalinden) sorumludur.

346 *Nemini sua liberalitas damnosa esse debet*: Hiç kimse cömertliğinden dolayı zarara uğramamalıdır.

347 UMUR Z., s.380.

348 *Lex imperfecta* (müeyyidesiz kanun): Muameleyi yasaklaması rağmen bu yasağa aykırı hareket halinde bir müeyyide öngörülmez.

349 RADO T., s.171; UMUR Z., s.381.

350 Kadının *manus* altına girmediği evlilikler için söz konusu olması gereken bu yasağın amacı, kolayca boşanmaları mümkün olan eşlerin birbirleri aleyhine zenginleşmesini, evliliğin maddî çıkarlara alet edilmesini önlemekti.

351 bkz.: DI MARZO, s. 458.

352 RADO T., s.458.

353 TBK Madde 295- Bağışlayan, aşağıdaki durumlardan biri gerçekleşmişse, elden bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabilir ve bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde, bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebilir.
1- Bağışlanan, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse,
2- Bağışlanan, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa,
3- Bağışlanan, yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemişse.
İsviçre'deki bazı kantonlar bağışlama vergisi almaktadır (ERDOĞMUŞ B., s. 111, dn. 205).

354 ERDOĞMUŞ B., s. 112.

355 ERDOĞMUŞ B., s. 115.

356 *Natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem*: Bir kimsenin başkasının zararına zenginleşmemesi doğanın gereğidir.
Nemo eum damno alterius locupleitor fieri debet: Hiç kimse başkasının aleyhine zenginleşmemelidir.
Locupletari non debet aliquis cum alterius iniuria et iactura: Hiç kimse başkasına yaptığı haksızlık ve verdiği zarar dolayısıyla zenginleşmemelidir.

357 *Traditio*; sebebe bağlı olan bir tasarruf muamelesi olduğundan, alım satım akdi bâtıl, geçersiz ise, mülkiyet geçmez, teslim edilen mal aynî bir dava olan *rei vindicatio* ile talep edilir. Halbuki sebepsiz iktisap durumunda açılan *condictio* şahsî bir davadır. (ERDOĞMUŞ, B., s. 116, dn. 215).

358 ERDOĞMUŞ B., s. 115.

359 D 4,2, 19;D.43, 16, I ,48. Bir *sui iuris* vasisinin *auctoritas*'ı olmadan para ödüncü almışsa, ona karşı ödünçten dolayı dava açılamazdı, ancak İmparator *Pius*'un çıkardığı bir emirnameye göre ödünç veren bir sebepsiz zenginleşme davası (*quanto locupleitor factus est* = zenginleştiği ölçüde) açabilmekteydi. (ERDOĞMUŞ, B., s. 119 ve s. 119, dn. 223).

360 D.12,6,14 Pomponius libro vicensimo primo ad sabinum
Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.
(Pomponius'un Sabinus şerhinin 21. kitabından)
Hiç kimsenin başkasının zararına zenginleşemeyeceği, (tabiî hukuka) göre hakkaniyet icabıdır.
Bu kural D.50,17,206'da bir hukuk ilkesi haline getirilmiştir. D.12,1,32'de de; Celsus, sebepsiz yere verilen paranın iadesinin isabetli ve âdil olacağını belirtmektedir. Aynı ana fikir D.12,6,66'da Papinianus tarafından da ifade edilmiştir. TBK 77; "Haklı bir sebep olmadan başkasının zararına mal iktisap eden, zenginleşen kişi onu geri vermekle yükümlüdür" demektedir. Ancak "hiç kimsenin başkasının aleyhine zenginleşemeyeceği" kuralını mutlak olarak almamak gerekir. Özellikle liberal hukuk düzenleri, hukuk sınırları içinde kalmak şartıyla bir kimsenin kazanç getirici işlemler yapmasını engellemez. (ERDOĞMUŞ B., s. 116, dn.216).

361 UMUR Z., s.384-385.

362 *Qui sciens solvit indebitum, donandi consilio id videtur facisse*: Bilerek borçlu olmadığını ifa eden kimsenin bağışlama düşüncesiyle hareket ettiği kabul edilir.
D. 12,6,I,I Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum
Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.
(Ulpianus'un beyanname şerhinin 26. kitabından)
Borçlu olmadığını bilmeyerek ifada bulunan kimse, bunu dava ile geri isteyebilir. Fakat borçlu olmadığını bilerek ödemişse, geri isteme hakkı ortadan kalkar.

363 TBK. m.78: Borçlanmadığı edimi rızası ile ödeyen kimse, ancak kendisini hata ile borçlu sandığını ispat ettiği takdirde, ödediğini geri isteyebilir. Zamanaşımına uğramış bir borç ifa edilirse veya ahlakî bir görevi ifa için bir mal verilirse geri alınamaz.

364 Ahlâka aykırı ifadan beklenen netice gerçekleşmiş olsa bile (hırsızlık yapılması önlenmiş), yine verileni geri almak için dava açılabiliyordu D. (ERDOĞMUŞ B., s. 117).

365 UMUR Z., Ders Notları s.205.

366 TBK. m.81: Hukuka veya ahlâka aykırı bir sonuç elde etmek maksadı ile verilmiş bulunan şey geri istenemez.
Modern hukuklarda bu durum için yine Roma hukuku metinlerinden (D.3,6,5,1) türetilmiş bir özdeyiş kullanılmaktadır:
In pari turpitudine melior est causa possidentis
"Karşılıklı ahlaka aykırılık halinde zilyedin durumu daha iyidir".
TBK 81'deki hüküm BGB 817'de yer almaktadır. Ancak Roma hukukundan gelen bu hükümlerle hem TBK hem BGB adeta ahlâka aykırı muamelelere karışmak istemeyen bir görünüm vermektedir. Halbuki Avusturya Medeni Kanunu (m. 1174) hazine yararına böyle bir edime el koymayı öngörmüştür. (ERDOĞMUŞ. B., s. 117, dn.219).

367 UMUR Z., s.383.

368 *Extinctae res vindicari non possunt*: Olmayan mallar için istihkak davası açılamaz.

369 ERDOĞMUŞ B., s. 118.

370 UMUR Z., s.383-384.

371 D.12,7,1 pr. Bu konuda bkz D.12,7,3. (ERDOĞMUŞ B., s. 118, dn. 222.)

372 Bu davanın kapsamı genişleyerek, modern hukuktaki genel nitelikteki sebepsiz iktisap davası haline gelmiştir.

373 Klasik devirde; vasi ile vasiyeti altındaki küçük, akıl hastası ve müsrif ile kayyımları arasındaki ilişki vekâletsiz iş idaresi hükümlerine göre çözümlenirdi.

374 ROBAYE R., s.16.

375 *Non est sine culpa, quin rei, quae ad eum non pertinet*: Kendisini ilgilendirmeyen işe karışan kimse kusursuz değildir.

376 bkz. ERDOĞMUŞ B., s. 113 ve 209, 210 ve 211. dipnotlar.
Nitekim D.3,5,1'de Ulpianus vekâletsiz görme ile ilgili olmak üzere çıkarılan *praetor* beyannamesinin lüzumlu olduğunu, aksi halde işinin başında olmayan kimselerin mallarının zilyetliğini kaybetmek veya bir rehnin satışı ile karşılaşmak veya bir cezaî şartın gerçekleşmesiyle bir davaya maruz kalmak yahut haksız olarak mallarını kaybetmek tehlikeleriyle yüzyüze geleceklerini belirtmektedir.

377 D.3,5,3 pr Ulpianus libro decimo ad edictum
Ait praetor: "Si cuius negotia alterius, ..., gesserit: iudicium eo nomine dabo".
(Ulpianus'un beyanname şerhinin 10. kitabından)
Praetor "Başkasına ait işleri gören,....., kimseye bunun için dava vereceğim". (demektedir.)
D.3,5,2 pr başkasının işini onun bilgisi olmadan gören kimsenin dava açabileceğini belirtmektedir. İşi görülen durumu biliyor ve karşı çıkmıyorsa, vekâletsiz iş idaresi değil, vekâlet akdi mevcuttur (D.17,1,6,2) Bunun gibi işin devamı sırasında durumu öğrenilirse, artık vekâlet akdi vardır. Buna karşılık işi gören kendisine vekâlet verildiği düşüncesiyle

hareket etmişse, vekâlet akdi söz konusu olamayacağından, vekâletsiz iş idaresi hükümleri uygulanırdı (D.3,5,5 pr).

378 Kendisini kayyım (*curator*), vasi (*tutor*) zannederek bir küçüğün, akıl hastasının veya müsrifin (Paulus Sententiae 1,4,8), mirasçının mirası kabul etmesinden önce terekenin, işlerini gören kimse de, vekâletsiz iş görme hükümlerinden yararlanırdı (D.3,5,20,1). (ERDOĞMUŞ B., s. 114, dn. 211).

379 ERDOĞMUŞ B., s. 114.

380 Ratihabitatio mandato compatur: İcazet vekâlet vermeye eştir.

381 TBK. m.531 İş sahibi, yapılan işi uygun bulursa (icazet verirse), vekâlet hükümleri uygulanır.

382 D.3,5,10'da *actio negotiorum gestorum directa*'nın sadece kendiliğinden ve herhangi ihtiyaç zorlamadan başkasının işine karışana karşı değil, acil gereksinim veya gereksinim şüphesiyle hareket edene de açılacağını açıklamaktadır.

383 TBK m. 527/1- Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalinden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.

384 D.17,2,31 Ulpianus libro tringesimo ad Sabinum
...communiter autem res agi potest etiam citra societatem, utputa cum non affecitone societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata..
D. 17,2,31 Ulpianus'un Sabinus şerhinin 30. kitabından
...bir şirket olmadan da bir mala müşterek malik olunabilir, mesela iki kişiye aynı malın vasiyet edilmesi halinde olduğu gibi, şirket kurma niyeti olmadan müşterek mülkiyet doğabilir (ERDOĞMUŞ B., s. 119, dn.224).

385 bkz. TBK.m.628: Ortaklardan her biri, şirket işlerinde, alışılagelmiş olarak kendi işlerinde gösterdiği çaba ve özeni göstermekle yükümlüdür.

386 *Actio familiae erciscundae*.

387 *Actio communi dividundo*.

388 TMK.m.517: Miras bırakan, bir kimseye onu mirasçı atamadan belirli bir mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunabilir.
Belirli mal bırakma, ölüme bağlı tasarrufla bir kimseye terekedeki bir malın mülkiyetinin veya terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasına yönelik olabileceği gibi; bir kimse lehine tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesinin, bir iradın bağlanmasının veya bir kimsenin bir borçtan kurtarılmasının, mirasçılar veya belirli mal bırakılanlara yükletilmesi suretiyle de olabilir.
Bırakılan belirli mal terekede bulunmadığı takdirde, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, ölüme bağlı tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanlar borçtan kurtulurlar.

389 Lehine vasiyet yapılan kişiye doğrudan doğruya bir aynî hak, bir mülkiyet hakkı veren *legatum per vindicationem*, borçlandırıcı bir *legatum* değildir. *Legatum per vindicationem*'de, hak sahibi kendisine vasiyet edilen kimse, malı bir istihkak davasıyla (*rei vindicatio*) isteyebilir.

390 *Ubi periculum, ibi lex*: Tehlike varsa kanun da vardır.
Punitur he peccetur: Ceza suç işlenmemesi için verilir.
Impunitas semper ad deteriora invitat: Ceza vermeme daima kötü davranışlara davetiye çıkarır.
Poena adfecerunt, quod quidem faciendum est, ut exemplo deterriti minus deliquant: Daha az suç işlenmesi için, örnekle korkutmak amacıyla ceza verilmelidir.
Poena constitur in emendationem hominum: Ceza insanların düzelmesi için konulmuştur.

391 *In poenam heres non succedit*: Mirasçı cezaya halef olmaz.
In restitutionem non in poenam heres succedic: Mirasçı cezaya değil, ifaya halef olur.

392 ROBAYE R., s.14-15.

393 UMUR Z., s.388-389.

394 H. CAPITANT, zikr: GAZZANIGA J. L., s. 211.

395 *Goraviore culpa graviore poena*: Kusur ağırlaştıkça ceza da ağırlaşır.

396 (26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı) TCK m. 21 Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır...
TCK m. 22/1 Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde, cezalandırılır.

397 ERDOĞMUŞ B., s. 121.

398 UMUR Z., s.390.

399 *Quidquid necessitas cogit, defendit*: Zaruret zorlamışsa, bu savunma olarak ileri sürülür.
Necessitas tempore silent privilegia: Zorunluluk halinde imtiyazlar susar.
Minus malum permittitur, ut evitetur maius: Büyük belâdan kurtaran küçük belâ caizdir.

400 *Officii necessitas excusat*: Resmi görev mazur gösterir.
Non facit fraudem, qui facit, quod debet: Mecbur olduğu şeyi yapan kişi haksızlık yapmış olmaz.

401 *Nulla iniuria est quae in volentem fiat*: Razı olana karşı haksızlık yapılmış olmaz.

402 *Arma in armatos sumere iura sinunt*: Hukuk, silaha karşı silahla karşı koymayı kabul eder.

403 SCHMIDLIN B. - CANNATA A.C., s.170.

404 *Damnum quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis imputare*: Bir kimsenin kendi kusuruyla oluşan zarar kendisine aittir, başkasının üzerine yıkamaz.

405 Ancak; *calor iracundae non excusat a delicto*: Aşırı öfke suçu mazur göstermez.

406 *Aguae furtivae dulciores sunt*: Çalınmış sular daha tatlıdır (Yasak olan arzu edilir, anlamında).

407 *Furtum sine affectu furandi non committitur*: Hırsızlık niyeti olmadan hırsızlık olmaz.

408 D.39,5,25 *lavolenus libro sexton epistularum*
Si tibi dederim rem, ut Titio meo nomine donares, et tu tuo nomine eam rei dederis, an factam eius putes? respondit, si rem tibi dederim, ut Titio meo nomine donares, eamque tu tuo nomine ei dederis,... accipientis facta non est tu furti obligaris:...
D.39,5,25 lavolenus'un mektuplarının 6. kitabından
Eğer Titius'a benim adıma bağışlaman için (sana) bir mal vermişsem ve sen malı kendi adına vermişsen, malın onun olduğu fikrinde misin? O şöyle cevap verdi; sana (kendi) adıma Titius'a bağışlaman için bir mal vermişsem ve sen onu senin adına vermişsen. mal alanın olmaz ve sen *furtum*'dan sorumlu olursun:..
Bu metinde bağışlama fikrinin olduğu ve malı veren kimsenin, bağışlamayı kendi adına yapana karşı *furtum*'dan doğan davayı açabileceği, anlaşılmaktadır. (ERDOĞMUŞ B., s. 122, dn.229).

409 *Aquae funivae dulciores sunt*: Çalınmış sular daha tatlıdır; (yasak olan arzu edilir).

410 D.47,2,3 *Paulus libro tringesimo nono ad edictumm*
Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. qod lege naturali prohibitum est admittere.
D.47,2,1,3 Paulus'un Sabinus şerhinin 39. kitabından
Furtum (çalma) bir malın hukuka aykırı bir şekilde kazanç elde etmek amacıyla, malın kendisinin veya kullanılmasının veya zilyetliğinin ele geçirilmesidir. Bunun ise tabiî kanun tarafından yasaklandığı kabul edilmelidir.

411 *Furtum*'un oluşması için bir kimsenin vedia mal almadığını söylemesinin yetmeyeceğini, malı kendisine maletme amacıyla saklanmasının da gerekli olduğunu Paulus D.47,22,1,2'de belirtilmektedir. Âriyet verilen malın kararlaştırıldığından başka bir amaç için kullanılması (su taşımak için alınan atla yolculuk yapılması) da kullanma hırsızlığına (*furtum usus*) girer, Gai.3,196-197 (ERDOĞMUŞ B., s. 122, dn.242).

412 *Furtum sine affectu furandi non committitur*: Hırsızlık niyeti olmadan hırsızlık olmaz.
Sola cogitatio furti faciendi non facit furtum: Sadece hırsızlığı düşünmek kişiyi hırsız yapmaz. Malikin rızası olduğu veya öğrendiği zaman malikin itiraz etmeyeceğini düşünen kimse-kasıt unsuru, niyeti olmadığından- *furtum* fiilini işlemiş olmaz, Gai.3,197.

413 Bu durumda şahsiyete, kişiliğe tecavüz (*iniuria*) haksız fiilinden veya kuvvet kullanılarak eve girilmişse, bundan dolayı dava açılabileceği kabul edilmekteydi, D.47,2,21,7. (ERDOĞMUŞ B., s. 123, dn.233-234).

414 Mesela bir gemiyi batmaktan kurtarmak için denize atılan ve dalgalar tarafından kıyıya sürüklenen malları, durumu bilerek, kazanç gayesiyle zilyetliğine geçiren kimse *furtum* işlediği halde (D.41,1,9,5); sahibi tarafından korku yüzünden veya saklamak üzere toprağa gömülmüş malları alan kimse (D.41,1,31,1); bulduğu bir malı sahibini aramak için evine götüren kimse (D.47,2,43,6) hırsızlık yapmış sayılmazdı (ERDOĞMUŞ B., s. 123, dn. 232).

415 *Negabit frustura in medio prensus crimine*: Suçüstü yakalanan kimse boşuna inkar edecektir. Gai. 3,184-185 bazı hukukçuların failin fiilin işlendiği yerde, mesela üzüm çalıyorsa bağda, hırsızlık için girilen evde yakalanması halinde de, suçüstü hırsızlığı kabul ettiklerini belirtmektedir. Buna karşılık; yine bazı hukukçuların daha geniş bir yorumla, çalınan mal hırsızda olduğu veya hırsızın çaldığı malı götürmek istediği yere götüremeden yakalanması halinde de suçüstü hırsızlığın varlığını kabul ettikleri, ancak bu fikirlerin kabul görmediğini belirten Gaius gözle görülmeyen (tespit edilemeyen) hırsızlığın suçüstü olmadığını vurgulamaktadır. *Iustinianus* (I,4, 1,3) ise, tasarladığı yere malı götüremeden mal ile yakalanan hırsızın suçüstü hükümlerine tâbi olmasını istemektedir. Ancak; götürdükten sonra malla yakalanmışsa, hırsızlık artık suçüstü hırsızlık olmaktan çıkmıştır. Benzer kavram CMK. m. 2/j1-3.

416 *Capitolium* tepesinin sarp bir yamacının altında bulunan sivri kayanın adı.

417 Genel anlamda; *Silent leges inter arma*: Silahlar konuşurken kanunlar susar.

418 *Praetor* tarafından evinde çalınmış malın aranmasına engel olan kimseye karşı dört katına ilişkin olan *actio furti prohibiti*'nin açılabileceği kabul edilmişti (Gai.3,192).

419 Malı çalınan kimse, beline kadar peştemala sarılmış, belinden yukarısı çıplak bir vaziyette elinde tepsi malı aramak için girdiği yerde bulursa, malın bulunduğu yerin sahibi suçüstü hırsız gibi muamele görürdü, (Gai. 3,192-194).

420 Çalınmış malın tanıklar önünde aranıp bulunduğu kimseye malın değerinin üç katına ilişkin olan *actio furti concepti* açılırdı. Davalının hırsız olması gerekmediği gibi, kötü niyetli olması da gerekmemekteydi. Bu kusursuz, objektif sorumluluk ilkesinin bir yansımasıdır, buna karşılık mal kendisine verilen kimse, hırsızın kendisi olması şartı olmayan verene karşı *actio oblati*'yi açabilirdi, I,4,1,4.

421 ROBAYE R., s.153.

422 Bu kişiler malın malikine karşı kiracı, ariyet alan, rehinli alacaklı gibi klâsik devirde nezaretten, *custodia'*dan sorumlu tutulanlardı. Böyle kimseler varsa, malik hırsıza *actio furti*'yi açamazdı, çünkü o, zararını - aralarında mevcut hukuki ilişkiye göre- nezaretle sorumlu olanlardan talep edebilirdi. Ancak bu kişilerin ödeme kabiliyeti yoksa malik o zaman hırsıza karşı *actio furti*'yi açabiliyordu, Gai. 3,203-207 (ERDOĞMUŞ B., s. 124, dn. 239).

423 Hırsız suçüstü yakalanmışsa, ona karşı suçüstü hırsızlıktan doğan dava açıldığı halde, azmettiren (yönlendiren) ve yardım edene karşı suçüstü olmayan hırsızlıktan doğan dava açılırdı. *Gaius* (Gai.202) azmettireni, hırsızlığı teşvik (*ope consilio* = tavsiyesiyle) eden kimse olarak tanımlıyor, Pedius ise (D.47,2,50,3) ikna eden, teşvik eden veya tavsiyeleriyle hırsızlığın icrasını kolaylaştıran kimsenin azmettirdiğini, hizmetini ve desteğini hırsıza verenin yardım ettiğini belirtmektedir.
Socius fit culpae qui nocentem sublevat: Kötülük edene yardım eden, suça katılmış olur.
TCK. m.37'ye göre suçu birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur.
TCK.'nun 38. maddesine göre; "başkasını suç işlemeye azmettiren kişi

işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.”
TCK. m. 39’a göre suçun işlenmesine yardım eden kişiye, ceza indirilerek verilir.

424 *Crimen extinguitur mortalitate*: Suç ölümle ortadan kalkar.

425 ERDOĞMUŞ B., s. 125.

426 Roma Hukukundaki, aynı hâkimiyet altında yaşayan kişilerin ve karı kocanın birbirlerine karşı, *actio furti* açamaması şeklindeki hükmün, TCK.’nun 167. maddesinde yaşamaya devam ettiğini görüyoruz. Bu maddeye göre; hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma (bunlar Roma Hukukunun *furtum* kavramında toplanmaktadır), “haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy ve altsoyunun yahut bu derece kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın, beraber aynı konutta yaşayan kardeşlerin zararına olarak işlenmesi halinde, akraba hakkında cezaya hükmolunmaz”. Bu maddenin son fıkrasında ise, bu cürümler ayrılık kararı verilmiş karı kocanın yahut faille beraber bir dam altında yaşamayan erkek veya kız kardeşin veya faille beraber bir dam altında yaşayan bazı akrabanın zararına işlenmiş ise, hırsızlığın takibi şikayete bağlanmış ve cezası azaltılmıştır.
TCK.’nun 167. maddesindeki hüküm, küçük farklarla, hemen hemen bütün Ceza Kanunları tarafından kabul edilmiştir. Kanun koyucular iki gerekçe ile bu kişiler arasındaki hırsızlıklara ceza verilmesini istememiştir: a) Aile kurumunun adlî mercilerin ceza takipleri ile zedelenmemesi, b) Ailedeki kişilerin mallarının belirli bir ölçüde ortak kullanılışı.
Bu hükmün esası, dayandığı gerekçelerle Roma Hukukunda mevcuttu. Hattâ Roma Hukuku, hükmü daha da geniş tutmuş, sadece akraba değil, aynı hâkimiyet altındakilere de teşmil etmiştir. Karı koca arasında da, *actio furti* açılamaması, sadece *actio rerum amatorum* ile bir tazmin yükümlülüğünün bulunması, “*patria potestas*”a dayanıyordu. Eski Fransız hukuku da, muafiyet esasını kabul ederken, Roma Hukukunda mevcut olan bu kurumu benimsemiştir. Esasen yazılı hukuk sistemine dahil bulunan bütün ülkeler bu fikirden hareket etmişlerdir (bkz. TAHİROĞLU B., Roma Hukukunda *Furtum*, İstanbul 1975, s.172-173.

427 Gasp (*Rapina*) konusunda geniş bilgi için bkz. İPEK N., Roma Hukukunda Gasp (*Rapina*), İstanbul 2001.

428 Türk Ceza Kanununda yağmanın cezası, hırsızlıktan çok daha ağırdır. TCK.m.148'de yağma (gasp) için öngörülen ceza 6-10 yıldır. Hırsızlığın cezası ise m.141'de 1 yıldan 3 yıla kadardır.

429 TBK m. 67/1- Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlü olur.

430 765 sayılı önceki Ceza Kanununda; Ceza Hukukundaki terimi ile taksirle (ihmalle) adam öldürme ve yaralamanın unsurları, tedbirsizlik, dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik yahut kurallara aykırı davranışlar olarak ifade edilmişti (m.455-459).
TCK'nun 81 ve 85. maddeleri bir insanı kasten öldürme ve taksirle bir veya birden fazla insanın ölümüne veya yaralanmasına neden olmaktan, söz etmektedir.

431 RENAUT. s. 87.

432 ERDOĞMUŞ B., s. 129-130.

433 D.9,2,11,4 birden fazla kişinin aşağı attığı tahtalarla başkasına ait bir köle ölmüşse, hepsine ayrı ayrı bu dava açılabileceğini, belirtmektedir. D.9,2,11,2'de Ulpianus, birden fazla kişinin bir köleyi döverek öldürmesi halinde, kölenin kimin vuruşu ile öldüğü belli ise, bu kimsenin öldürmeden sorumlu tutulacağını, kimin öldürdüğü aydınlanmıyorsa, hepsinin birden sorumlu sayılacağını, birisine açılan davanın diğerlerini davadan kurtarmayacağını, çünkü bir ceza söz konusu olduğundan, *lex Aquilia*'ya gereği yapılan ödemenin, diğerlerinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını, açıklamaktadır. Bir kimse başkasına ait bir köleyi kollarından tutmuş, diğeri öldürmüşse, öldürene doğrudan temas olduğu için *actio legis Aquiliae*, köleyi kollarından tutana ise *actio legis Aquiliae in factum* açılırdı D.9,2,11,1). (ERDOĞMUŞ B., s. 130, dn.248).

434 *Damnum Iniuria Datum* konusunda geniş bilgi için bkz. SOMER P., Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İstanbul 1999.

435 RENAUT, s. 42.

436 ERDOĞMUŞ B., s.130.

437 bkz. TBK. m.64: Haklı savunma (meşru müdafa) halinde saldıranın şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat gerekmez. Kendisini veya başkasını zarardan yahut derhal vuku bulacak bir zarar tehlikesinden korumak için başkasının mallarına zarar veren kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hâkim hakkaniyete göre tayin eder.

438 Hukukî kusurda en küçük bir ihmal bile sorumluluğu gerektirir: D. 9.2.44 pr.

439 *Actio utilis*: Mevcut olan bir *ius civile* davasının ve bazen bir praetor davasının uygulama alanını genişletmek için genellikle *incentio*'ya bir *fictio* (faraziye) eklenerek, *praetor*'un yarattığı dava çeşitlerine verilen isim.

440 *Actio in factum*: *Ius civile*'ye göre davası olmayan, fakat *praetor*'un himaye edilmesini hakkaniyete uygun bulduğu için *formula*'nın *intentio*'suna dahil ettiği bir "olaya dayanan" *praetor* davası.

441 Bu ünlü kural, modern doktrinde, muhtemelen, Son İmparatorluk devrinden daha fazla yankı bulmuştur (OURLIAC P, DE MALAFOSSE J. Histoire du Droit Privé, Tome Premier, Les Obligations, s. 382.)

442 TCK m.21 Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. m. 22, Taksirle işlenen fiiller kanununun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. m.22/4, Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek ceza, failin kusuruna göre belirlenir.

443 SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.173-174.

444 Adlî Tıp İlmi, hukuk ilmi ile birlikte başlamıştır. M.Ö. 3000 yılında Mısırlılar zamanında dahi, hukuk işlerinde hekimin rolünün bulunduğu görülmektedir. Büyük tıp âlimi Hipokrat'ın buluşları ile gelişen tıp, hukukun pek çok meselesinin çözüm yollarında kullanılmaya başlanmıştır. İlk Adlî Tıp raporları M.Ö. 40 yılında görülmektedir. Bu arada *Caesar*'ın ölüm sebebinin göğüs boşluğuna girmiş bıçak yarası olduğu belirlenmiştir. *Iustinianus* kanunları ile tıp ve hukuk bir düzenlenmeye bağlanmış ve kanunlarda tıptan faydalanılan hükümler yer almıştır.
Osmanlı Devleti'nde ilk Adlî Tıp dersi 1849 tarihinden itibaren verilmeye başlanmıştır.

445 TBK m. 49: Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.
Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

446 Ancak *nulla iniuria est quae in volentem fiat*: Razı olana karşı haksızlık yapılmış olmaz.
Numquam volenti dolus infertur: Razı olana (kabul edene) karşı kötülük yapılmış olmaz.
Volenti non fit iniuria: Kabul edene haksızlık yapılmış olmaz.

447 *Poena corporalis maior qualibet poena pecuniaria*: Bedeni ceza her türlü para cezasından daha ağırdır.

448 *Poena debet commensurari delicto*: Ceza fiile göre ölçülmelidir.

449 As: Bakır ve bronzdan yapılmış para.

450 Bu suçların dışında kalan, kamu düzenini bozduğu kabul edilen büyüye ilişkin faaliyetler *malum carmen* (kötüleyici şiirler, ağır hicivler, büyü formülleri) için ise ölüm cezası öngörülmüştür.

451 OURLIAC P. - MALAFOSSE, s. 341.

452 Aulus Gellius'un (*Noctes Atticae*: Atina Geceleri) yazdığına göre; Veratius isimli genç ve soylu bir Romalı, *as*'larla dolu bir çuval taşıyan köleyle pazar yerinde dolaşırken karşılaştığı kişilere birer tokat atmış ve her birine köleye para cezası olan 25 *as*'ı ödetmiştir.

453 Önceki TCK.'nun 421. maddesi, kadınlara ve genç erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolunur, şeklindeydi. Maddedeki genç kelimesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

454 D.47,10,1,1 Ulpianus libro quinquagesimo sexto ad edictum.
Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis:.
Labeo'ya göre şahsiyete tecavüz ya maddi ya da sözle olur:..
Bir kimse kendisine borçlu olmayanı icra yoluyla takip ederse (Gai.3,220),

borçlu borcunu ödemeğe hazır olduğu halde kefiline başvururursa, *iniuria* suçunu işlemiş olur (D.47,10,19).
Tahkir edici şiir, yazı yayınlamak, başkasını küçültücü oyunlar düzenlemek veya bunlara katılmak da *iniuria* suçunu oluşturuyordu. (D.47,10,15,2).
Bir kimsenin kamuya ait yerlerden faydalanması, denizde balık tutması, kendi malını kullanması engellenirse, kişiliğe tecavüz (*iniuria*) fiili doğuyordu (D.47,10,13,7). Hukukçu Iavolenus karşı fikirleri reddederek; komşusunu duman içinde bırakan, attığı veya döktüğü şeylerle rahatsızlık veren kimsenin şahsiyete tecavüz filini ika ettiğini ileri sürmektedir (D.47,10,44). Suyu, su yollarını, gölleri kirletenler de bugünkü anlamıyla suç işlemiş olarak devlet mahkemelerinde ağır bir şekilde cezalandırılıyordu (D.47,11,1,1).
Romalıların bütün ferdiyetçiliklerine rağmen kişiye yapılan saldırılarla kamu düzeninin bozulduğunu büyük ölçüde dikkate aldıklarını *iniuria* haksız fiilinin geniş kapsamı açık olarak ortaya koymaktadır. Nitekim M.Ö.1.yüzyılda çıkarılan *lex Cornelia de iniuriis* bir kimsenin itilip kakılması, dövülmesi, evine girilmesi halinde *praetor* başkanlığındaki bir mahkemenin faili cezalandıracağını düzenlemiştir. Bunlara maruz kalan kimse olayı *iniuria*'dan doğan davayla da takip edebiliyordu (I.4,4,8, D.47,2,21,7). (ERDOĞMUŞ B., s. 132, dn. 250)

455 UMUR Z., s.396.

456 *Dignitas deliquentis peccatum auget*: Suç işleyenin (özel) durumu suçu ağırlaştırır.

457 Bir kimse üçüncü bir kişiye başkasına hakaret etmesi için talimat vermişse, ayrı ayrı ikisine de dava açılabiliyordu (D.47,10,11,3). ERDOĞMUŞ B., s. 132, dn.252.

458 ERDOĞMUŞ B., s.132.

459 bkz.: ROBAYER., s.17.

460 Pothier'ye göre haksız fiil benzeri kasıt ve kötülük niyeti olmadan işlenir. (RENAUT. s. 44). TBK'da bu ayrım yoktur. Hepsini bir araya toplamıştır.

461 D.9,3,7'de *Gaius*; hür bir kişinin bu şekilde yaralanması durumunda çalışamaz hale gelirse, hâkimin, hekimlere ödenmiş ücretleri, tedavi masraflarını, çalışılamadığı için kaybedilen ücretleri çalışamaz hale gelirse ortaya çıkacak işgücü kaybının dikkate alınacağını söylemektedir.

462 *Actio* popularis: Roma Populus'u (halkı) adına herhangi bir vatandaş tarafından, kendi adına açılabilen ve bir para mahkûmiyeti ile sonuçlanan dava. Alınan para ya devlete, veya kısmen devlete, kısmen davacıya verilirdi.

463 krş. TBK.m. 69: Bir binanın veya imal olunan herhangi bir yapımın maliki, bunların çürük yapılmasından veya korunmasındaki kusurundan dolayı sorumlu olur.
Bu yüzden kendisine karşı sorumlu olanlara rücu hakkı saklıdır.
TBK.m.70: Bir binadan veya başka bir kişinin imal ettiği yapımlardan doğacak bir zararla karşı karşıya bulunan kimsenin, tehlikeyi gidermek için gereken tedbirlerin alınmasını, malikten talep etme hakkı vardır.
Kişilerin ve malların korunmasına ilişkin kamu hukuku kuralları saklıdır.
Hayvanların verdiği zarara ilişkin TBK.m.67 ve TBK. m.69, *actio damni infecti*'nin miras bıraktığı kavramlardan oluşmuştur ve *Aquiliae* kusurun modern ifadesinden başka bir şey değildir. Bu davalar *actio damni infecti* vukuundan korkulan bir zararın önlenmesi için açılan davadır. Ayrıca, yıkılma tehlikesi gösteren bir evin malikini veya hafriyat sebebiyle tehlike arzeden bir inşaatın sahibini, komşu taşınmaz malikine verilmesi muhtemel zarara teminat olmak üzere taahhüt altına koyan *praetor stipulatio*'su vardır (*cautio damni infecti*). Taahhüt altına giren kimse korkulan zarar gerçekleşirse, onu tazmin etmeyi önceden taahhüt etmektedir.

464 Aynı düşünceyle, halkın geçebileceği bir yerde tehlikeli bir hayvan (aslan, ayı...) bulunduran kişi de sorumlu tutulur. (GAZZANICA J.L., s. 228-229).

465 TBK.m.576; Otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumludurlar. Ancak işletenler, zararın bizzat konaklayana veya onu ziyarete gelen ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluluktan kurtulurlar.

Bu sorumluluk, işletenlere veya çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe, konaklayanlardan her biri için, günlük konaklama ücretinin üç katını aşamaz.

466 Gemi, ahır, handa eşyası kaybolan yolcu veya müşteri, bu yeri işletene bu haksız fiil benzerinden dava açabileceği gibi, isterse malını çalana karşı hırsızlıktan doğan davayı açabilirdi. Ancak işleten mallara zarar gelmeyeceğine dair bir *receptum* yaparak (*pactum praetorium*) sorumluluğu üzerine almışsa, hırsızlık davasını malı çalınan malik değil, işleten açacaktır, çünkü o, bu *receptum* ile mallara gözetim riskini üzerine almıştı, yani gözetim sorumluluğu altına girmişti (D.47,5,3,4). ERDOĞMUŞ B., s. 135, dn. 260.

467 GAZZANICA J.L.S S.229.

468 Von Wahlendorf, H. A. S. — L., Introduction à l'Esprit et à l' Histoire du Droit Anglais, Paris, 1977, s. 125.

469 İki taraf da hileli davranmışsa, birbirlerine karşı hile davasını açamazlardı (D.4,3,36). (ERDOĞMUŞ B., s. 132, dn. 253).

470 ERDOĞMUŞ B., s. 133.
Bu konuda Genel Kavramlar kitabında ve Usul hukukunda yapılan açıklamalara bkz.

471 Ayrıca, *vis legibus inimica*: Zor kullanma kanunların düşmanıdır.

472 D.4,2,7,1 Ulpianus libro undecimo ad edictum
Proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagito vel dedit aliquid vel se obligativ, Pomponius libro vicesimo octavo recte scribit posse eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem vel vincula...
D.4,2,7,1 Ulpianus'un beyanname şerhinin 11. kitabından
Bir kimse hırsızlık veya zina yaparken veya başka bir suçu işlerken yakalanmış, bir mal vermiş yahut vermek taahhüdünde bulunmuşsa, Pomponius'un 28. kitabında isabetli olarak belirtildiği gibi, bu beyannameye dayanabilir, çünkü öldürmekten veya cezaevinden korkmuştur...
Bu metnin devamında böyle kişileri öldürmenin hukuka aykırı olduğu,

ancak korkunun haklı olduğu, hatta üçüncü kişi tarafından yakalanma halinde, durumun aynı olduğunu, ihbar edilme korkusu yüzünden bir mal devretmiş olan kişinin de tehditten doğan davayı açabileceği belirtilmektedir. (ERDOĞMUŞ B., s. 133, dn. 255.)

473 Hukuka aykırı fiilin sonuçlarını ortadan kaldırabilmek için, herhangi bir kişiye karşı açılabilen *praetor* davası.

474 Feuille Fédérale, 1880, I, s.174.

475 SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.177-178.

476 SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.178.

477 Modern hukukta, ayrıca, doğrudan doğruya temsil kurumu da vardır. İş yerinin verdiği yetki belgesi veya kaldırılışı ilan edilir. bkz. TBK. m.40-41. Zaten, modern hukukta Roma hukukundaki hâkimiyet ilişkisi yoktur. Ancak, bu durumlar, Roma hukukunun, arada farklar olmakla birlikte, dolaşık yollarla, doğrudan doğruya temsile çok yaklaştığını göstermektedir.

478 KOSCHAKER P. - AYİTER K., s.279.

479 SCHMIDLIN B. - CANNATA C.A., s.180.

480 TMK.m.369/1: Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur.

481 Hayvanların verdiği zarardan sorumlulukta tazminat için krş; TBK. m.67: Bir hayvanın verdiği zarardan, o hayvanın bakımını ve yönetimini üstlenen kimse sorumludur; şu kadar ki (o kimse) hayvanı tutma ve onu gözetmede durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya bu dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın yine doğacak olduğunu kanıtlarsa, sorumlu olmaz.
Eğer hayvan bir başka kimse veya başka kimsenin hayvanı tarafından ürkütülmüşse, (zararı ödeyen) o kimselere rücu edebilir.

Hayvan üzerinde alıkoyma (hapis) hakkı:
TBK. m.68: Bir kimsenin hayvanı başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar yaparsa, taşınmaz zilyedinin o hayvanı yakalayıp, kendisine verilebilecek tazminat karşılığında teminat olmak üzere, hapis hakkı vardır. Eğer durum gerektiriyorsa, taşınmazın zilyedi o hayvanı diğer yollarla etkisiz hale getirebilir.
Şu kadar ki, taşınmazın zilyedi durumu hemen hayvanın sahibine bildirmek, eğer onu tanımıyorsa kendisini bulmak için gerekli girişimleri yapmak zorundadır.