

^{4f} **BEN, SEN VE TITIUS**
(ME, YOU AND TITIUS)

Prof. Dr. Turgut ÖZ**

ÖZ

Justinianus'un Digesta'sında fragmentumları alıntılanan klasik dönemin büyük hukukçularından biri de Celsus'tur. Celsus hukuk tarihinde "impossibilium nulla obligatio est" ilkesini ortaya atan kişidir. Bu makaleye konu fragmentumda Celsus, sebepsiz zenginleşme kurumunu ilgilendiren ilginç bir olay örneği veriyor. Verdiği örnekte dolaylı bir sebepsiz zenginleşme söz konusudur. Bu örneğin günümüz hukuk sistemine göre yorumlanması, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebinin dolaylı zenginleşmelerde kimin tarafından ileri sürülebileceği sorununun su yüzüne çıkarır. Bu noktada ise, taşınır mülkiyeti naklinin sebebe bağlı mı sebepten soyut mu olduğuna göre farklı sonuçlar doğabilir. Bir diğer soru da örnekteki dolaylı zenginleşmede sebepsiz zenginleşme yerine dürüstlük kuralına dayanan özel bir davanın mümkün olup olmadığıdır.

Anahtar kelimeler: Digesta, Celsus, sebepsiz zenginleşme, soyutluk, dürüstlük kuralı.

ABSTRACT

One of the great law scholars of the Classical Period of Roman Law, whose fragmentums are quoted in Digesta of Justinianus is Celsus. It should be noted that Celsus is also famous for introducing the principle of "impossibilium nulla obligatio est" in legal history. In the fragmentum which is the subject of this article, Celsus gives an interesting example case concerning the concept of unjustifiable enrichment. In this case, there is an indirect enrichment. The interpretation of this case according to today's legal system gives rise the problem of who can put forward the request for return based on indirect enrichments. At this point different results may arise depending on whether the transfer of movable ownership is abstract for the reason (causa) or not. Another question is whether a special right for litigation based on the rule of honesty is possible instead of a request based unjustifiable enrichment.

Keywords: Digesta, Celsus, unjustifiable enrichment, abstract, rule of honesty

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 23.05.2021. İlk hakem raporu tarihi: 28.05.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 18.06.2021. Onaylanma tarihi: 18.06.2021.

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 000-0003-2727-408X.

Esere Atf Şekli: Turgut Öz, "Ben, Sen ve Titius", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.593-612.

1) Sebepsiz zenginleşme bakımından Celsus'un örnek olayı.

Sebepsiz zenginleşme borçlar hukukunun hatta tüm medeni hukukun en köklü ve temel kurumlarından biridir kuşkusuz.¹ Bu kurumun tarihi kökenini ve dogmatik temelini, Justinianus'un *Digesta*'sında Pomponius'un şu tanımında görebiliriz:

Pomponius, D.50. 17. 206: "*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*

= *Doğal hukuka göre adalet kimsenin başkasının kaybı pahasına zenginleşmemesini gerektirir*".

Her ne kadar *Digesta* derlemesi 533 yılında yayınlanmışsa da Pomponius MS 2. Yüzyılın klasik hukukçularından olduğuna göre, bu metin neredeyse bindokuzyüz yıllıktır.

Elbette bu tanıma "*geçerli bir hukuki sebep olmaksızın*" ifadesini de eklemek (veya örtük olarak mevcut saymak) gerekir. Aksi takdirde, her tür meşru rekabet, ticarî girişim hatta alışveriş, hukuka aykırı olur ve metin neredeyse iki bin yıl öncenin komünist manifestosu hâlini alır.

Gene belirtelim ki, tanımdaki "başkasının kaybı" = "*alterius detrimento*" kelimelelerinden açıkça anlaşıldığı üzere, burada yasaklanan, herhangi bir şekilde başkasının hakkına tecavüzle zenginleşmek değil, bunun başkasının fakirleşmesine yol açmasıdır. Yani sebepsiz zenginleşmenin en eski ve temel prensibinde, "fakirleşme" ayrı bir şart olarak aranmaktadır.²

Bu ilkeler çerçevesinde, Roma Hukukunda "condictio" adlı kişisel ve nispi bir dava olarak ortaya çıkan sebepsiz zenginleşmeye ilişkin örneklere, Justinianus'un *Digesta*'sında çeşitli fragmentumlarda rastlamaktayız.³

İşte bu örneklerden en ilginçlerinden biri, Klasik Dönemin en büyük Roma Hukukçularından biri olan Celsus'un (Publius Juventius Celsus Titus Aufidius Hoenius Severia-

¹ Nitekim doçentlik başvuru eserim buna ilişkindi: ÖZ,T., Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990. Keza sebepsiz zenginleşmeye ilişkin makalelerim de oldu: ÖZ,T., Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e armağan, Cilt III, İstanbul Barosu yayınları, İstanbul 2014; ÖZ,T. BK 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m.20 Kuralı ile İlişkisi, Rüşvet – Başlık Parası, İstanbul Barosu Dergisi 1985, S.1-2-3, s. 105 vd.; ÖZ,T., İsviçre federal mahkemesinin 27 Şubat 1989 Tarihli Kararının Düşündürdükleri, MHAD 1990, No 18, s.105 vd.; dolaylı olarak: ÖZ,T., Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince kazanılmış aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD 1985, S.16, s.131 vd. Ayrıca diğer borçlar hukuku genel hükümler kitaplarına oranla çok daha geniş olarak yazdığım sebepsiz zenginleşme kısmı bakımından: OĞUZMAN/ÖZ., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 16.Bası, İstanbul 2021, s.321 vd. Fakat kanımca Türk Öğretisinde bu konuda ele aldığı konu kapsamında bilimsel değeri ve yoğunluğu en yüksek eser, değerli hocam Prof. Dr. İlhan Ulusu'nun şu eseridir: ULUSAN,İ., İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.

² Buna karşılık Alman Hukuku kaynaklı bir görüş Türk Hukuku bakımından da fakirleşme şartı aranmaksızın sebepsiz zenginleşmeden iade borcu doğmasını savunmaktadır. Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye düzenlemesinin bulunduğu İsviçre ve Türk Hukuklarında böyle bir anlayışa gerek olmaması bir yana; bazı durumlar bakımından sakıncalı sonuçlara götürüleceği ve adaletsiz iade taleplerinin sınırlandırılması sorunları yaratacağı hakkında ayrıntılı açıklamaları için bak ÖZ,T., Sebepsiz Zenginleşme, s.45; ÖZ,T.,a.g.m., Prof.Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan C,lt III, s.16 vd.; OĞUZMAN/ÖZ., a.g.e. Cilt 2 parag.941 vd.

³ Roma Hukukunun bu kurumunun ortaçağa ve oradan da modern hukuklara uzanan süreçte değerlendirilmesi için bak FEENSTRA, R., Die ungerechtfertigte Bereicherung in Dogmengeschichtlicher Sicht, "dergiler.ankara.edu.tr", s. 289 vd.

nus) (MS 67 -130). *Digesta*'ya fragmentum olarak alınan kısa metinlerinden biridir. Yaşadığı ve eserlerini verdiği dönem *Digesta*'nın hazırlandığı Justinianus döneminden yaklaşık 400 yıl öncesi⁴ olmasına rağmen, *Corpus Iuris*⁵ külliyyatı⁶ sayesinde eserlerine ulaşabildiğimiz Celsus, bugün de geçerli olan bazı temel hukuk ilkelerinin kurucusudur.⁷ Bunlardan en tanınanı, imkânsızlığın borcun geçersizlik sebebi olmasına dair formülüdür: *impossibilium nulla obligatio est*. Gene, “yasanın sözünün değil anlamının ve amacının esas alınması”; “bir hukuk metninin içerdiği ifadelerin metnin bütünü göz önüne alınarak yorumlanması”; “iyi niyetli zilyedin iadede ancak elinde kalanla sorumlu olması”, bilindiği kadarıyla tarihte

⁴ Bu zaman farkı, günümüzle Kanuni Sultan Süleyman dönemi arasındaki fark kadardır. Öte yandan, Celsus zamanında Roma kenti imparatorluk başkenti ve Dünyanın en büyük şehri, İstanbul (Bizantion) ise küçük ve önemsiz bir taşra şehri iken; Justinianus zamanında İstanbul (Constantinapolis) İmparatorluğun görkemli başkenti ve Roma ise büyük ölçüde terk edilmiş bir harabedir.

⁵ “civilis” kelimesi çok sonra kilise hukukundan ayırt edebilmek için eklenmiştir.

⁶ Bu külliyyatın hazırlanması, niteliği ve zamanı hakkında bak ÖZ,T., Prof.Dr. David Pugsley, Justinianus'un İstanbul Hukuk Okulu Açılış Konuşması, İstanbul 2019 s. 8 vd.

⁷ Bu büyük hukukçu hakkında şu ansiklopedik bilgi özetini verelim:

Publius Juventius Celsus Titus Aufidius Hoenius Severianus (M.S. 67– AD 130). “Celsus filius” (Oğul Celsus) olarak da anılır. Aynı adı taşıyan fakat daha az tanınan bir hukukçu babanın oğludur. Julius ile birlikte Olgun Klasik Dönem Roma Hukukunu en çok etkileyen iki hukukçudan biridir.

Celsus muhtemelen Juventus ailesinin yaşadığı ve Senatus üyeliğinin başladığı Yukarı İtalya'da doğdu. 106 veya 107 yılında preator (yargıç) oldu. 114/115 yılında Trakya valisi oldu ve daha sonra 115 Mayıs ile Ağustos arası *nundinium*'unda (ortak konsüllük döneminde) meslektaşı Lucius Julius Frugi ile birlikte consül oldu. Celsus consüllük görevini 129 yılında, bu kez *consul ordinarius* ünvanı ile ve Lucius Neratius Marcellus ile birlikte, ikinci defa üstlendi. 129/130 yılında Asya proconsul'ü olduğunda başarılı senatörlük kariyerinin zirvesindeydi.

Celsus babası Juventius Celsus'un Proculian Hukuk Okulu'nda halefi oldu.

Hadrianus'un *consilium*'unda (yasalar komisyonunda) üye iken *Senatus consultum Iuventianum*'un çıkartılmasını sağladı. Bu yasa uyarınca bir tereke malında iyi niyetli haksız zilyedin sadece mevcut zenginleşmesi kadar iade ile yükümlü olacağı düzenlenmiştir. Bir diğer *dictum*'ü (önermesi) *impossibilium nulla obligatio est* = “imkânsız borçlar hükümsüzdür” kuralıdır ki medeni hukukun temel bir ilkesi olmuştur.

Celsus'un hukuk tarzı cesur ve keskindir. Gerçi Genç Plinius (Pliny the Younger) onun retorik bakımından zayıf olmasını eleştirir.

Celsus'ın temel eseri onun *libri digestorum*'udur. 39 kitaplık bu çalışmada, 1-27 arası kitaplarda Hadrianus'un yasa ve fermanlarının değerlendirilmesi; 1-12 ve 24-27 arası kitaplarda bu yasa ve fermanların sıralanması; 13-23 arası kitaplarda miras ve ölüme bağlı tasarruflar; 28-39 arası kitaplarda ise Senato yasaları ve kararları ele alınmıştır. Ne yazık ki, Büyük Gaius'un *İnstitutions*'i dışında klasik dönem hukukçularının hiç birinin orijinal kitapları bulunmadığından; Celsus'un yazdıklarını ancak Justinianus'ın *Digesta*'sında fragmanlar olarak yer aldığı ölçüde biliyoruz.

Getirdiği önemli kurallar (*dikkat çeken dicta*'ları) şunlardır:

(Her birini Justinianus'un *Digesta*'sından öğreniyoruz)

Ius est ars boni et aequi: Hukuk iyinin ve adilin sanatıdır. (Dig. 1, 1, 1).

Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem: Yasaları bilmek, sözlerini bilmek değil, onların anlamını ve amacını bilmektir. (Dig. 1, 3, 17).

In civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere: Bir yasanın bütününe göz önüne almadan sadece bir ifadesine dayanarak hüküm kurmak veya öneride bulunmak doğru değildir. (Dig. 1, 3, 24)

Impossibilium nulla obligatio est: imkânsız bir şeyin taahhüdü borç doğurmaz. (Dig. 50, 17, 185)

Nihil aliud est actio quam ius quod nobis debeatur, iudicio persequendi: Dava, birinin sahip olduğu hakkı buna ilişkin hukuki bir süreçle elde etmeye yönelik bir işlemde başka şey değildir. (Dig. 44, 7, 51).

önce onun ifade ettiği prensiplerdir. Gene, “Hukuk adil ve iyi olanı gerçekleştirme sanatıdır” ifadesi de onun tanımıdır ve *Digesta*’nın başlangıç hükümleri arasına alınmıştır. Aslında “Klasik Dönem” olarak adlandırılan MS ilk yüzyılları, hemen bütün kurum ve kavramların şekillendiği zaman dilimidir.⁸

Celsus’un aşağıda *Digesta*’dan alıntıladığımız metni, ortaçağ boyunca, giriş kelimeleri ile “*Lex si Si et me et Titium*” (= *Eğer Sen Bana ve Titius’a..Yasası*) olarak adlandırılmış ve çağlar boyunca hukukçuları uğraştıran bir hukuk problemi olmuştur.⁹ Biz de bu çalışmada onun bindokuzyüz yıl önceki dehasını yansıtan bu ilginç örneği, günümüz hukuku çerçevesinde ele alacağız.

Metnin orijinal Latincesi ve kanımca yazarın kastına en uygun Türkçe anlamı şöyledir:

D.12.1.32 (Celsus libro quinto digestorum):

“*Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii¹⁰ debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*”

“*Eğer benden ve Titius’dan sana ödünç para vermemizi istesen ve ben de bir borçluma sana bunu sağlama sözü vermesini bildirsem; sen de onunla Titius’un borçlusuyduğunla inancıyla bu işlemi yaparsan, bana borçlanmış olur musun? Benimle bir işlem yapmış olmadığın için bu konuda kuşkuluyum. Fakat gene de böyle bir sorumluluğun mümkün olabileceğini düşünüyorum. Gerçi sana borç verdiğim için değil (çünkü bu ancak tarafların an-*

⁸ MS 1 -3. Yüzyıllar arası bu dönem, Roma Hukukunun asıl şekillendiği ve büyük klasik hukukçuların (Gaius, Celsus, Paulus, Papinianus, Ulpianus, Pomponius, Modestinus vb. yaşadığı ve eserlerini verdiği yıllar olmakla birlikte, aynı zamanda pagan inanç ve kültürün egemen olduğu, hristiyanlığın başlarda görünmez olup yayıldığı ortaya çıkınca da en çok aşağılandığı ve hristiyanların ağır zulüm ve katliamlara uğradığı yılları kapsar. Buna rağmen; hristiyanlığın devlet dini olduğu 379 yılından yaklaşık 150 yıl sonrası olup paganlığın yasa dışı ve İmparatorların hristiyanlığın lideri sayıldığı bir dönemde, Justinianus öncülüğünde *Corpus Iuris Civilis* külliyatı hazırlanırken, bu hukukçuların tüm eserlerinin ve pagan dönemde olmuş hukuk edebiyatının laik bir anlayışla benimsenmesi ve geliştirilmesi, bunun inanç konusu yapılmayıp hristiyanlık kaygısıyla reddedilmemiş olması, ilginç ve takdir edilecek bir olgudur. Düşünün ki, bir önceki dip notta anlatıldığı üzere, eyalet valiliği görevlerinde bulunduğu sırada Celsus’un hristiyanları devlet düşmanı ve yasa dışı inanç sahipleri olarak takip ettirmiş ve cezalandırmış olması muhtemel iken; girişinde Hristiyan tanrısına kutsama ve şükürle başlayan *Digesta*’da aynı Celsus’un eserlerinden parçalar adı açıkça anılarak alıntılanmıştır. Durum diğer eski büyük hukukçular bakımından da aynıdır. Ne yazık ki bunun tersine, aynı coğrafya üzerinde kurulan İslam imparatorluklarının ve özellikle bizim mirasçısı olduğumuz Osmanlı Devletinin ise, İstanbul merkezli olmasına rağmen, bu zengin Roma Hukuku mirasından hemen hiç yararlanmaması ve bu bin yıldır işlenmiş/incelmiş hukuk bilgisini din mülahazasıyla (hristiyan hukuku sayma ve inanç konusu yapma yanlılığıyla) neredeyse tamamen dışlaması; böylece İslam Hukuku adı altında kavramsal ve kuramsal bakımdan çok daha fakir bir hukuka mahkum olması, kanımca büyük bir hata ve şanssızlık olmuştur. Bu ağır yanılğı, bizzat İslamın “ilim Çin’de de olsa arayınız, alınız” ilkesine de tersdir. Diğer bir çok unsurun arasında belki de Batı karşısında geri kalmamızın bir etkeni de bu olmuştur. Zira söz konusu yanlış, Meşrutiyet dönemindeki yarım yamalak girişimler bir yana bırakılırsa, ancak Cumhuriyet dönemindeki reformlarla düzeltilmeye çalışılmıştır.

⁹ Problemin tarih boyunca değerlendirilmesi için bak FEENSTRA,R., a.g.m., s. 294 vd.

¹⁰ Titii = Titius’un “ablativus =..un (aidiyet) halii”

*laşmasıyla olur), fakat benim param sana gittiğinden, bunu bana ödemen adaletin gereği olduğu için*¹¹

Bu problemde rol alanları yazar “Ben”, “Sen” ve “Titius”¹² olarak adlandırmış bulunmaktadır. Bir de “Borçlum” diye ifade ettiği ve ifayı gerçekleştiren kişi vardır. Yaptığı canlandırmadaki diğer kişileri, onlara da üçüncü kişi Titius gibi bir isim takmak yerine; “Ben” (birinci tekil şahıs) ve “Sen” (ikinci tekil şahıs) olarak ifade etmeyi uygun bulmuştur. Yani kendisine ve hitap ettiği kişiye (okuyucuya) olayda rol vermiştir. Bu bizim bugünkü pratik örneklerimizde kullandığımız bir üslup olmamasına rağmen, metne uyararak, ben de açıklamalarımda bu kişileri “Ben”, “Sen” ve “Titius” olarak adlandıracağım. Elbette bunlara “Borçlum” da eklenecektir. Nitekim bu kelimeleri bu çalışmamda isim olarak da seçtim

2) Kullanılan terimler bakımından.

İncelemeye özellikle iki özel terimin şahsen tercih ettiğim Türkçe karşılıklarını açıklayarak başlamak isterim.

İlki “stipulatio” kurumu. Bunu “*bu işlemi*” olarak çevirdim. Aslında stipulatio, bildirildiği üzere, Roma Hukukunun sözlü gerçekleşen bir borç sözleşmesi şeklindedir ve tarafların taahhütlerinin sonunda “spondes” (öneri için) / “spondeo” (kabul için) kelimelerinin sesli şekilde kullanmaları ile gerçekleşir. Yazar metinde ödünç para isteyenle (Senle) Borçlusunu arasında stipulatio yapıldığını söylüyor (*tu stipulatus sis = Sen Onunla stipulatio yapsan*). Bunun sebebi Benim Sana doğrudan giderek ödünç önerisini kabul etmek yerine Borçlumu göndererek onun beyanıyla ödünç sözleşmesi yapmak istemem. Bu durumda gönderdiğim Borçlum, kurulmuş bir sözleşme uyarınca Sana para vermeyecek; Senin ödünç sözleşmesi önerisini benim adıma kabul ederek önce sözleşmenin kurulmasını sağlayacak, sonra ifa olarak sana para verecektir. Diğer deyişle, Borçlum ayrıca benim habercim sıfatıyla olarak ödünç sözleşmesinin kurulmasını da sağlayacaktır. Yahut dolaylı temsilcim olarak sonradan elde ettiği hakları bana devretmek üzere işlem yapacaktır. (Zira Roma Hukukunda bugünkü gibi doğrudan temsil kurumu yoktur). Yazar bundan dolayı, örneğinde, doğrudan “Sana para verse” değil de, “seninle stipulatio yapsa” ifadesini kullanmaktadır. Fakat metnin tamamından anlıyoruz ki, Borçlum bu şekilde Seninle sözleşme kurma maksatlı kabul beyanını iletmekle kalmayıp, ödünç konusu parayı da Sana ödemiştir. Zira, metindeki “Bana borçlanmış olur musun?” ifadesinden ve özellikle “param sana gittiğinden” = “paramı aldığından” (*sed quia pecunia mea ad te pervenit*) ifadesinden, bu açıkça anlaşılmaktadır. Borçlumun her iki işlevini de ifade bakımından “*bu işlemi yapsan*” sözü amaca daha uygundur kanısındayım.

İkincisi: “*ego meum debitorem tibi promittere iusserim*” ifadesidir. Aslında bu ifade kelime kelime çevrilse, “borçluma sana söz vermesini / taahhütte bulunmasını ısmarlasam” olacak iken; gene yukarıda belirttiğim sebeplerle ve metnin tümü göz önüne alındığında,¹³

¹¹ Metnin çevirisinde Latince kelimelerin hukuktaki anlamını göz önüne almakla birlikte esas yararlanılan İngilizce çeviri ise şöyledir:

“If you request Titius and myself to lend you money and I order a debtor of mine to promise to furnish it to you, and you make a stipulation believing that he is the debtor of Titius, will you be liable to me? I am in doubt on this point, if you did not enter into any contract with me, but I think it is probable that you are liable; not because I lent you money (for this cannot be unless the parties consent); but because my money came into your hands, and therefore it is proper and just that you should repay it to me.”: The Code of Justinian, “https://droitromain.univ-grenoble-alp.fr/Anglica/codjust_Scot.htm”

¹² Metnin burasında Titius ismi “-e halinde = dativus” olduğundan, Titium şeklindedir.

¹³ Burada gene Celsus’un formüle ettiği “bir metni bağımsız kelimeler ve cümlelerle değil tümünü göz önüne alarak yorumlamız” kuralını kendi metnine uyguluyoruz.

“borçluma sana bunu sağlama sözü vermesini bildirsem” demeyi uygun buldum. Zira, belirttiğim üzere, burada Ben Borçluma, sadece Sana ödünç sözleşmesini kuran taahhüdümü (kabul beyanımı) iletmesini değil, ayrıca Bana olan borcu kadar parayı Sana ödemesini de bildiriyorum. Çünkü biliyoruz ki, “Benim param = *pecunia mea*” “Sana gitti = *ad te pervenit*”. Şu halde Celsus’un tüm metninde murat ettiği anlam bakımından, bu ifadeyi “bunu sağlama sözü” şeklinde yansıtmak uygundur. Kapsayıcı “sağlama” kelimesi, hem ödünç sözleşmesinin kurulmasını sağlamayı hem de bu sözleşmenin konusu parayı ifa olarak vermeyi birlikte içerebilir.

3) Olayın cereyanı

Böylece, Celsus’un olayı açıklarken kullandığı ifadelerin amaca göre çevirisi üzerine, karşımıza şöyle bir durum çıkmaktadır:

- Sen, paraya ihtiyacın olduğu için, Benden ödünç para istedin. Bunu tam bir öneri saydığımızı göre, kaç sesters¹⁴ veya solidus¹⁵ istediğini de bildirmiş olsan gerek. Böylece sadece kabul ile sözleşmemiz kurulabilir.

- Bu isteğin Bana ulaştığında önerini kabul etme kararı verdim.

- Fakat togamın¹⁶ cebinden (veya kesemden) para çıkarıp vermek yerine, daha işime gelen bir çözüm düşündüm. Henüz bana olan borcunu ödemiş bir Borçluma borcunu bana ödemek yerine gidip Sana vermesini söyledim. Böylece cebimden para çıkmamış olacaktır.

- Telefonun, bilgisayarın, telgrafın olmadığı bir zamanda yaşadığımızdan; hazır Borçlumu Sana göndermişken teklifini kabul ettiğimi de Borçlumun bildirmesini istedin. Böylece bu kabul beyanı ile sözleşme kurulabilecek.

- Borçlum bu isteğimi kabul etti. Aslında buna mecbur değildi. Zamanımızda olsa alacağın devri/temliki yoluyla Borçlumun alacaklısını değiştirir ve onu yeni alacaklıya ödeme yapmak zorunda bırakabilirim. Ama Roma hukukunda alacağın devri yok, bunun yerine geçen bazı dolaylı çözümler var ama burada zaten bunlara gerek kalmamış, söz dinleyen bir Borçlum var.

- Borçlum Sana gelmiş ve öyle anlaşılıyor ki ödünç talebinin kabul edildiğini bildirdikten sonra istediğin parayı da Sana vermiş.

- Ne var ki, gene anlaşıldığı üzere, Borçlum teklifi benim kabul ettiğimi ve parayı Benim adıma ödediğini belirtenmiş. Zira metinde Senin ödünç teklifini kabul edip parayı gönderenin Titius olduğunu sanarak bu parayı aldığın yazıyor. Bu nasıl olabilir? Şöyle olabilir: Borçlum yanına gelince benim ismimi vererek açıklayıcı bir konuşma yapmayıp, sadece, mesela, “*ödünç/borç talebin kabul edildi al parayı*” veyahut “*sana bu keseyi vermem söylendi*”vb. deyip ödeme yapmış olabilir. Yahut daha makul bir senaryo olarak, Borçlum da bizzat gitmek yerine bir adamı veya -zamana uyulim- bir kölesi ile parayı sana göndermiş olabilir. Bu kişi de sadece Borçlumdan söz edip Benden söz etmemiş olabilir.

- En önemli ek: Sen bu parayı alırken bir sebepten parayı gönderenin Ben değil de Titius olduğunu inaniyorsun. Belki Titius’un benden cömert olduğunu düşündüğünden, belki gelen kişinin Benden ziyade Titius ile ilgili bir kişi (mesela Titius’un borçlusu) olduğunu düşünmeni gerektiren bir durum olmasından vb. Burada Celsus’un anlatımından öğre-

¹⁴ Eğer Celsus’un yaşadığı ve bu örneği kaleme aldığı zamanın para birimini kullanacaksa, büyük ihtimalle sesters (sestertius) vereceğiz.

¹⁵ Eğer bu örneğe yer verilen Digesta’nın hazırlandığı Justinianus zamanının (Celsus’tan 400 yıl sonrasının) para birimini kullanacaksa, solidus vereceğiz.

¹⁶ Romalıyız ya.

nebildiğimiz tek şey, Senin parayı benim değil de Titius'un verdiğini sanmakta iyi niyetli ve mazur sayılman.

- Nihayet, sorunu su yüzüne çıkaracak olay: Günü geldiğinde paramı istiyorum ve Sen parayı benden değil Titius'tan aldığını sandığını söylüyorsun (bunu ispat sorunu olmayan bir gerçek olarak kabul ediyoruz).

4) Olayın hukuken yorumlanması.

İlk aydınlatılması gereken husus: Benimle Senin arasında geçerli bir para ödünç (karz) sözleşmesi kurulmuş olup olmadığıdır. Burada Celsus bir kolaylık yapıp, açıkça, aramızda bir sözleşmenin kurulmadığını söylüyor. Zira *“Benimle bir işlem yapmış olmadığın için bu konuda kuşkuluyum. Fakat gene de böyle bir sorumluluğun mümkün olabileceğini düşünüyorum. Gerçi sana borç verdiğim için değil (çünkü bu ancak tarafların anlaşmasıyla olur) = si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existitem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest),”* cümlesinden bunu anlıyoruz. Böylece yazar aramızda bir ödünç sözleşmesi kurulup kurulmadığı hususunu tartışma dışı bırakıyor. Yolumuza, *“örtülü olarak”* veya *“dürüstlük kuralına göre”* yahut *“Benim lehime güven teorisi uygulayarak”* ya da *“fiili ilişki teorilerine göre”* vb. bir sözleşme kurulduğu zorlamalarına takılmadan, devam ediyoruz.

Bu durumda geriye irade beyanlarına dayalı iki ilişki kalıyor: Benimle Borçlum arasındaki ilişki ve Borçlum ile Senin arandaki ilişki. Bir de rolü henüz karanlıkta olan Titius'u da unutmayalım. Ama onun irdelenecek hiçbir irade beyanı -kimseye yönelik olarak- yok.

Şimdi bu iki ilişkiye bakalım.

Borçlum ile aramda her ne sebepten ise geçerli bir borç ilişkisi var. Bu ilişkiden bana karşı doğmuş bir para borcu var ve henüz ifa edilmemiş. Şimdi ona bu borcunun ifası olarak söz konusu parayı Sana vermesini teklif ediyorum ve o da bunu kabul ediyor. Böylece ifanın üçüncü kişiye yapılmasını kararlaştırarak borç ilişkisinin içeriğini değiştiriyoruz. Bu geçerli. Anlaşıldığına göre, Borçlum da bunu kabul ettiği için, artık Sana bu parayı vermekle Bana olan borcundan kurtulmuş olacak.

Fakat bu anlaşma biraz farklı da olabilirdi. Şöyle ki, Ben Borçluma, borcunu Sana ödeme yaparak ifa etmesi yerine, Seninle doğrudan kendi adına ödünç sözleşmesi yaparak para vermesini; buna karşılık verdiği ödünçü geri alıncaya kadar Bana olan borcunun vadesinin ertelenmesini önerebilirdim.¹⁷ Fakat Celsus'un olayında Benimle Borçlu arasında böyle bir anlaşma yapılmadığı belli. Zira problemde Senin parayı Titius'un kazandırması olarak almaya rağmen Bana iade borçlusu olup olmayacağı soruluyor. Parayı Borçlum benim adıma kurulan bir ödünç sözleşmesinin ifası olarak değil de kendi adına yaptığı bir sözleşmesinin ifası olarak verse, esasen böyle bir soru sorulmazdı. Hatta bu şıkta Sen Borçlum kendi adına değil de Titius adına ödünç veriyor sansan bile.

Gelelim Borçlum ile Senin arandaki ilişkiye. Yukarıda açıkladığım üzere, Borçlum Sana gelip Benim talimatım üzerine ödünç önerisinin kabul edildiğini bildirerek ödünç konusu parayı Sana vermiş. Ne var ki, gene yukarıda yansıttığım üzere, Sen bunu Titius'un ödünç vermeyi kabul beyanı ve Titius adına verilen para sanmışsın. Şimdi burada gerçekleşen işlemleri, hemen birbirlerini takip etseler de, *“borçlandırıcı işlem”* ve *“tasarruf işlemi”* olarak iki aşamada incelemeliyiz. Belirtelim ki borçlandırıcı işlem tasarruf işlemi ayırımı,

¹⁷ Buna karşılık Borçluma Seninle kendi adına ödünç sözleşmesi yapıp Sana kendi adına ödünç para vermesi şartıyla yahut doğrudan Sana bağışlamada bulunması şartıyla onu ibra ettiğimi söyleyemedim zira bu şıklarda ben Borçlumdan olan alacağımı geri dönüşüz şekilde kaybederken Sana karşı da hiçbir talep ileri süremeyeceğimden, kesin bir zarara uğradım

zaten Roma Hukukuna borçlu olduğumuz, böylece Celsus ile çağdaşlarının çok iyi bildiği, hatta Roma Hukukunun onlardan da eski devirlerinden beri yapılmış bir ayırımıdır.

Her şeyden önce yapılan para ödemesinin hukuki sebebinin (“causa”nın) bulunması gerekeceği açıktır. Bu hukuki sebep, gerçekleşmesi amaçlanan ödünç sözleşmesidir. Sen böyle bir ödünç sözleşmesi için daha önce Bana ulaştıran bir öneride (icapta) bulunduğu göre, bu sözleşmenin kurulması için gereken sadece bir kabul beyanıdır. Borçlum parayı ödmeden önce Senin yaptığın öneriye/icaba karşılık olarak bir kabul beyanında bulunmuş sayılacaktır. Bu beyanı haberci (bugün olsa temsilci) sıfatıyla yapması bu bağlamda fark yaratmaz. Her halükârda bu kabul beyanını kendi adına yapmamıştır. Anlaşıldığı üzere, Sen de bu kabul beyanını Borçlumun kendi adına yapmadığının farkındaydın. Zira “Titius’un borçlusu olduğu inancıyla = *cum putares eum Titii debitorem esse*” ifadesinden bu husus açıkça anlaşılmaktadır. Demek ki kabul beyanını iletenin bunu kendi adına yapmadığı hususunda da Sen ve Borçlum hemfikirsinizdir.

Ne var ki, Sen bu kabulün Titius adına yapıldığını sanırken Borçlum Benim adıma yapmıştır. Senin Benim yanım sıra Titius’a da aynı ödünç önerisinde bulunduğunu anlıyoruz. Yani Titius adına iletilecek bir kabul beyanıyla bu sözleşme sorunsuz kurulabilirdi. Ne var ki Titius, Senin sandığının aksine, böyle bir kabul beyanında -ne doğrudan ne de habercisi (bugün olsa temsilcisi) aracılığıyla- bulunmuş değildir.

Peki bu durumda herhangi bir ödünç sözleşmesi kurulmuş mudur? Seninle Borçlum arasında bir ödünç sözleşmesi kurulmadığı ikimizin de ortak iradesi uyarınca tartışmasızdır. Peki Titius ile Senin aranda ödünç sözleşmesi kurulmuş mudur? Bu da mümkün değildir. Böyle bir sonuç -nispeten modern bir ilke olan- güven teorisi uyarınca da savunulamaz, zira Titius’un böyle bir güven doğmasına neden olacak ne bir fiili ne bir beyanı ve de bir davranışı (sana birini göndermek gibi) söz konusudur.

Geriye Benimle Senin aranda bir ödünç sözleşmesi kurulup kurulmadığı kalıyor. İlk bakışta Senin bana yönelttiğin önerine karşı benim de Borçlum aracılığıyla bu önerini kabul beyanını sana ulaştırmam üzerine, aramızda sözleşme kurulması koşulları gerçekleşmiş görünüyor. Ne var ki, Senin bu beyanı benim için değil Titius için yapılmış sanman, Celsus’a göre gerçek bir irade uyuşmasına engel oluşturuyor. Zira buna göre, sözleşmeyi kuran irade uyuşumunda aynı zamanda bu iradeleri kimlerin beyan ettiği hususunda da irade uyuşumu olması gerekir. Örneğin (A)’dan geldiğini kabul ettiğim bir beyanı (B) yapmış ise; “nasıl olsa içeriği aynı” diye (B) ile sözleşme kurmuş sayılmamalıyım. Belli ki Celsus bu düşünce ile Benimle Senin aranda sözleşme kurulmadığı sonucuna varıyor.

Gerçi bu düşünceye karşı şu söylenebilir: Beyanın gerçek sahibi herhangi bir başka kişi değil gene Senin aynı öneriyi yönelttiğin birisi (Ben). Dolayısıyla Senin beyanda bulunana başkası sanmana rağmen, sonuçta gene Senin aynı teklifte bulunduğun bir kişi kabul beyanında bulunmuş durumda. Sen ona karşı olan önerinle de bağlı isen, sonuçta bu önerine karşı onun kabulü sana ulaştığına göre, gene de sözleşme aramızda (aramızda) kurulmuş sayılmaz mı? Zira önerenin (icapçının) önerisine uygun kabul kendisine ulaştığında, ayrıca bu kabulü kabul etmesi gerekmediğine göre; kabulde bulunana başkası sansa da neden sözleşme kurulmasın?

Bu gayet savunulabilir bir sonuç olup; ancak şöyle çürütülebilir: Eğer kabul cevabı Senin öneri ile bağlılık süren dolduktan sonra ulaşırsa (Borçlum sana geç gelmişse; mesele yüzüme karşı öneride bulunmana rağmen hemen cevap vermediğim için gitmişsen ve sonradan Borçlumu göndermişsem), artık bu kabul kural ancak Sana yönelik bir öneri sayılacağından ve sözleşmenin kurulması için Senin kabulün gerekeceğinden; burada Borçlumun kimin adına para getirdiğini yanlış değerlendirmen sözleşmenin kuruluşuna engel olur. Zira artık Benimle veya Titius ile sözleşme kurma konusunda tamamen söz hakkı sendedir

ve Titius'un beyanını kabul etme iradesiyle parayı kabul etmen, karşılıklı irade uyumuna engel sayılabilir.¹⁸

Ne var ki Celsus bu tartışmaya girmeksizin, her halükârda salt Senin Titius'la sözleşme kurduğuna dair inancından dolayı, Benimle aranda sözleşme kurulmadığını kabul ediyor.

Gene Celsus'un bu kesin kabulü, aşağıdaki şu iki olasılığı da devre dışı bırakıyor: (ama bunun için Celsus'u eleştiremeyiz zira bunların ikisi de (doğrudan temsil ve ilgili için işlem) modern zamanların kurumları):

İlk olarak, şayet Borçlum benim temsilcim olarak sözleşmeyi yapıyorsa, sonuçları benim üzerinde doğsa da irade beyan eden temsilci olduğundan, güven teorisi de temsilci dikkate alınarak uygulanır. Bu durumda, her ne kadar Sen parayı Titius adına alsan da, Borçlum bu parayı almandan Benim adıma sözleşmenin kurulduğunu kabul ettiğin anlamı çıkarmışsa ve böyle anlamakta haklı ise; güven teorisine göre sözleşme gene de benimle kurulmuş sayılabilir. Gerçi bu şıkta istemediğin biriyle yanılarak sözleşme kurmuş duruma düştüğünü ispatlayarak "sözleşmenin tarafı olan kişide yanılma = error in persona" gerekçesiyle sözleşmeyi süresi içinde iptal etmek isteyebilirsin (gerçi bu durumda, bizzat sözleşme önerisi yaptığın kişiyle (Benle) istemeden sözleşme yapmış duruma düştüğünü ileri sürmüş olacağından, böyle bir irade sakatlığını iptal sebebi saydırman çok güç olsa gerektir).

İkincisi, "ilgili için işlem" ilkesi(teorisi)¹⁹ paralelinde, Senin için ödünç sözleşmesinin Titus ile veya Benle kurmuş olmanın hiçbir farkı ve önemi bulunmadığı ileri sürülerek, temsil yetkisi verdiğim Borçlum ile kurduğun sözleşmenin gene de Benimle aranda sonuç doğurması savunulabilir. Gerçi ilgili için işlem ilkesi, temsilciyi kendi adına hareket ediyor sanarak sözleşme yapan kişilerin temsil olunanla sözleşme kurmuş sayılmalarını sağlamak için benimsenmiş bir ilkedir. Burada ise, temsilcinin yaptığı sözleşmenin başkası adına olduğunu bilmekle birlikte, bu başkasının kim olduğu hususunda yanılma söz konusudur. Ama aynı prensibin amacı bakımından burada da uygulanması savunulabilir.

Celsus'un örneğinde bize yönelttiği sorunun anlam taşınması için, bütün bu ihtimalleri arkamıza bırakarak, Benimle Senin aranda kesinlikle bir sözleşme kurulmadığı varsayımı ile olayı çözümlenmeye devam ediyoruz.

5) Tasarruf işlemi (kazandırma).

Bu durumda artık tasarruf işlemi kısmına geçebiliriz. Burada tasarruf işlemi, Borçlumun sana ödünç konusu parayı vermesidir (ödemesidir). Para borcunun ifasının kural olarak herhangi bir tür (cins = nevi) borcunun ifasından farkı yoktur. Bu bakımdan imkânsızlığa uğramaz ve borçlu o para biriminden herhangi bir gurup parayı ayırıp vererek borcunu ifa edebilir. Böylece, kural olarak, para borcunun ifası borçlanılan para değerini temsil eden madeni, kağıt vb. fiziki paraların zilyetliğinin -normalde teslim (traditio) yoluyla-alacaklıya devri ile gerçekleşir. Bankalar ortaya çıkana kadar banka hesabı havalesi söz konusu olmadığından, Celsus'un yaşadığı veya Digesta'nın yazıldığı çağlarda tek para ödeme yolu budur. Bugün dahi doğrudan fiziki para ödemelerinde hatta bankaya para götü-

¹⁸ Belirtelim ki kabul haberi zamanında gönderildiği halde önerene geç ulaşmışsa, TBK m.5/f.3 uyarınca, öneren bu gecikmeyi kabul edene hemen bildirmez ise sözleşme gene de kurulacaktır. Örneğimizde Ben kabul haberini zamanında göndermeme (örneğin Senin uzaktan mektupla veya haberciyle yaptığın öneriye hemen cevap mektubu veya habercisi göndermeme) rağmen bu Sana geç ulaşmışsa, ayrıca kabul etmen gerekmeden, sadece beni mümkün olan en kısa yoldan uyarmaman üzerine, aramızda sözleşme kurulur. Fakat bu şıkta dahi, Sen kabul cevabını Titius verdi sandığın için bu imkânı kullanmadığından, gene sözleşmeyi kuran bir iraden yok denebilecektir.

¹⁹ TBK m.40/f.2

rölüp başkasının hesabına yatırmada veya bankadan fiziken para çekmede aynı esas geçerlidir.²⁰ Bunun ise, “taşınır mülkiyeti nakli” ile aynı kurallara tabi olacağı kuşkusuzdur.

Taşınır mülkiyetinin nakli, bugün bizim hukukumuzda (TMK m.763) olduğu gibi, Roma Hukukunda da kural olarak “zilyetlik (possessio) devri” yoluyla ve tipik olarak da malın devreden tarafından devralana “teslimi” (traditio) ile gerçekleşirdi. Her ne kadar eski ve klasik dönemde, aralarında bazı taşınırın da bulunduğu *res mancipi* denilen mallar (bazı bölgeler arazisi ve kölelerle bazı büyük baş hayvanlar) sıradan bir teslimle değil *mancipatio* ve *in iure cessio* denilen özel işlem şekilleriyle devrediliyor idiyse de; *corpus iuris külliyatı* hazırlanırken Justinianus bizzat kendi insiyatifi ile²¹ bu demode ve mantıksız ayırımı kaldırmış; her tür mal için teslimi / zilyetlik devrini mülkiyet nakli için yeterli görmüştür. Fakat paranın ödenmesi bakımından Celsus dönemi ile Justinianus dönemi ve dahî günümüz arasında bir fark yoktur. Bir sözleşmeden yahut başka bir kaynaktan doğmuş olan para borcunun ifası, basılmış fiziki paranın devri şeklinde ise, herhangi bir taşınır gibi teslimle (veya başka bir zilyetlik devri ile) gerçekleşecektir.

Celsus’un örneğinde Borçlunun parayı Sana verdiği anlaşıldığına göre; burada teslim (traditio) gerçekleşmiştir. Ayrıca bu teslimin her iki tarafın teslim konusuna (verilen miktar paraya) ilişkin irade uyuşumu ile gerçekleştiği de anlaşılmaktadır. Keza her iki tarafın da tam ehliyetli olduğu farz edilmiştir.

Gene o gün de bugün de, böyle bir mülkiyet naklinin gerçekleşmesi için, teslim (zilyetlik devri) anında tarafların bunun mülkiyet nakli amacıyla yapıldığı konusunda da hemfikir olmaları gerekir. Örneğin biri malını geri almak üzere ödünç vermek veya kiralamak amacıyla yahut rehin olarak verirken diğeri mülkiyetini elde etmek amacıyla almışsa, mülkiyet geçmez. Taraflar ayrıca mülkiyetin devri konusunda hemfikir olmalıdır. Zilyetlik devri anında varlığı aranan bu anlaşmaya “aynî sözleşme” denir.

Örneğimizde para ödünçü söz konusu olduğundan, verilen paranın mülkiyetinin alana geçmesi ve alanın iade zamanı geldiğinde aynı türden aynı miktarda herhangi bir parayı iade etmesi kararlaştırılmıştır. Yani Borçlum ve Sen, paranın verilmesi sırasında bu paranın mülkiyetinin Sana geçeceği konusunda da anlaşmış durumdasınız. Şu halde örneğimizde mülkiyet devrinin aynî sözleşme şartı da gerçekleşmiştir. Gelgelelim, bu paranın mülkiyetinin devri her ikinize göre de bir borcun ifası amacıyla gerçekleşmektedir. Borçlum da Sen de bu paranın mevcut (aslında hemen ödeme öncesinde kabulle doğmuş) bir ödünç sözleşmesinin ifası olarak verildiği hususunda hemfikirsiniz. Bu şekilde ifa olarak yapılan kazandırmaların dayandığı hukukî sebebe *causa* denir. Burada para verme şeklindeki tasarruf işleminin *causa*’sı bir para ödünçü sözleşmesidir.

Ne var ki, yukarıda açıkladığımız üzere, Celsus problemi ortaya koyarken böyle bir ödünç sözleşmesinin kurulmadığını veri olarak varsayıyor. Buna göre, Sen Titius’la Borçlum ise Benimle sözleşme yaptığını sandığınızdan; ne benimle ne de Titius’la aranda sözleşme kurulmamış sayılıyor; bu hususu artık tartışmıyoruz.

²⁰ Günümüzün banka hesap havalelerinin ise paranın mülkiyetinin nakli olmayıp, çeşitli gerçek ve tüzel kişiler arasında doğrudan veya dolaylı alacak/borç yaratma, sona erdirmeye, arttırma veya azaltma işlemlerinden başka bir şey olmadığı hakkında açıklamalar ve havale işlemlerindeki hataların hukuki değerlendirilmesi için bak: ÖZ.T., Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt V, Sayı 1, Haziran 2017, Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel sayı, s.139 - 148

²¹ Bak ÖZ, T., Justinianus’un İstanbul Hukuk Okulu açılış Konuşması, s. 12

Bu durumda, söz konusu para ödemesi şeklindeki tasarruf işleminin temelinde geçerli bir causa, yani hukuki sebep, bulunmadığı ortaya çıkıyor. Çünkü bu para bir ödünç sözleşmesinin ifası olarak verilmiş ama böyle bir geçerli ödünç sözleşmesi ortada yok.

6) Soyutluk – sebebe bağlılık.

Peki geçerli bir hukuki sebebe dayanmadığı halde, sadece Sen ve Borçlum bu paranın senin mülkiyetine geçmesi için anlaştınız ve para teslim edildi diye Sen teslim anında paraya malik olur musun? İşte bu noktada hukuk tarihinin belki en eski ve kıdemli bir tartışmasına geliyoruz: Taşınır mülkiyeti devri hukuki sebebe bağlı mıdır değil midir? Zilyetlik devri ve aynı sözleşme gerçekleşmiş olmasına rağmen sadece ifanın temelindeki hukuki sebebin yokluğu veya geçersizliğinden dolayı mülkiyet geçmez ise buna “taşınır mülkiyeti devrine sebebe bağlılık görüşü”; buna rağmen mülkiyet geçer ise buna “taşınır mülkiyeti devrinde soyutluk (mücerretlik) görüşü” diyoruz. Sebebe bağlılık görüşünde mülkiyet malın devrine rağmen devredene kalır ve devreden aynı bir taleple (istihkak davası = *rei vindicatio* ile) bu malı -karışmaya veya birleşmeye uğramaması veya kazandırıcı zamanaşımı ile edinilmemesi şartıyla- her zaman ve herkesten talep edebilir. Soyutluk görüşünde mülkiyet geçtiği için bu imkânlar yoksa da, kazandırmanın temelindeki hukuki sebep eksikliği gene de bir sonuç yaratır. Bu sonuç, devirle kazanılan mülkiyetin “sebepsiz zenginleşme” oluşturmasıdır ve her sebepsiz zenginleşme gibi zenginleşene yöneltilecek kişisel bir dava (*condictio*) ile bu mülkiyetin geriye devriyle, yani malın geri teslimle mülkiyetinin tekrar devredene iadesi istenebilir. Fakat bu dava şahsî ve nispi bir iade alacağına dair olduğundan, hem zamanaşımına tabidir hem de malı edinen üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Sonuç olarak; sebebe bağlılık görüşü geçersiz sebeple mal devredeni ve devreden bu mala el atmak isteyecek alacaklılarını daha iyi korurken; soyutluk görüşü malı devralanı ve onun bu mala el atmak isteyecek alacaklılarını daha iyi korur.

Celsus’un hangi görüşe katıldığına dair elimizde açık bir ifadesi yok. Gerçi verdiği örneğe ilişkin ifadelerinden soyutluk görüşü lehine anlam çıkarılabilir zira Benim paramı almış sayılman ve bunu Bana iade etmen gerektiği tartışması açtığına göre, Borçlumun verdiği para ile Senin zenginleştiğini varsayıyor olsa gerek. Fakat bunun aşağıda açıklayacağımız “karışma” yoluyla gerçekleştiğini de kastediyor olabilir. O zaman, soyutluk görüşüne katılmak gerekmeksizin sebepsiz zenginleşme gerçekleşir. Fakat gene aşağıda belirteceğimiz üzere, bu şıkta Celsus’un önerdiği sonuca varmak iyice zordur.

Celsus’un bu fragmentum’unun yer aldığı Digesta’da başka iki hukukçunun iki fragmentumunda bu tartışmaya rastlıyoruz. Zaten bu iki görüş arasında ulaştığımız en eski yazılı kayıtlar bunlar. Bu alıntılarda yazarlardan Paulus sebebe bağlılık görüşünü ifade ederken, Iulianus soyutluk görüşünü savunmaktadır. Metinler şöyledir.

“Paulus D. 41. 1.31:

Numquam nuda tradito transferi dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa paecerit, proptyer quam traditio sequeretur.

Sadece teslim ile asla mülkiyet geçmez. Teslimin kendisine dayanılarak yapıldığı satış veya diğer bir hukuka uygun sebep bulunmalıdır.

“Iulianus D. 41. 1. 36:

Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obnligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatio tibi eum deberi, nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissentimus.

Bizim teslimin konusu hakkında uyuşma halinde olduğumuz ancak bunun sebebi hakkında uyuşma halinde olmadığımız zaman teslimin neden hüküm doğurmaması gerektiğini anlayamıyorum. Örneğin bir vasiyetmameden dolayı sana bir taşınmaz²² devretmem gerektiğine inanyorum sen ise bunu bir stipulatio'dan dolayı yaptığımı sanıyorsun veya ben sana bağış amacıyla bir para veriyorum sen bunu ödünç olarak verdiğimi sanıyorsun. Bu durumda da mülkiyet sana geçmeli, bizim verme ve almanın sebepleri hakkında farklı düşüncelere sahip olmamız buna engel olmamalıdır."

7) Soyutluk görüşüne göre sebepsiz zenginleşme.

İsviçre ve Türk Hukukları bakımından²³ bugün de aynen süren bu tartışmada ben soyutluk görüşüne katılıyorum. Bu görüş ve sebebe bağlılık görüşlerinin tartışmasına ve karşı argümanlarına burada geniş yer vermeyip buna dair çalışmalarına ve karşı görüşe yollama yapmakla yetiniyorum.²⁴ Soyutluk görüşü çerçevesinde devam edersek: Celsus'un olayında

²² O dönemde belli araziler dışındaki taşınmaz mülkiyeti de teslimle devredilebildiğinden bu örneği verebilmiş. Bugünkü hukukumuzda taşınmaz kural olarak tapu siciline tescille devredilebildiğinden ve tescil açık kanun hükmüyle (TMK m.1024/f.2) sebebe bağlandığından, bizde bu örnek taşınmazla verilemezdi.

²³ Buna karşılık Alman Hukukunda gerek taşınırlar gerekse taşınmazlar (tescil) bakımından mülkiyet nakli sebepten soyuttur.

²⁴ Bak ÖZ,T., Sebepsiz Zenginleşme, s.79 vd.; ÖZ,T., İsviçre Federal Mahkemesinin 27 Şubat 1989 Tarihli Kararının Düşündürdükleri,, MÖHAD 1990, No 18, s.105 vd.; OĞUZMAN/ÖZ., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 16.Bası, İstanbul 2021, parag.988 vd.; Karşı görüş olarak sebebe bağlılık lehine kanımca en ayrıntılı ve güçlü eleştiriler için bak BURCUOĞLU.H., Taşınır Mülkiyeti Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl4, Sayı 1, Haziran 2018, s.57 - 82;. Belirttiğimiz üzere sebebe bağlılığın devredeni ve alacaklılarını soyutluğun ise devralanı ve alacaklılarını daha iyi korumasına dayanan tercihler bir yana bırakılırsa; normatif düzeyde soyutluğun temel gerekçeleri şunlardır: Sebebe bağlılık görüşü benimsenirse kanunun sebepsiz zenginleşme hükümlerinin (TBK m.77-82) uygulama alanı çok daralacaktır. Zira bu görüşte geçersiz sebebe dayanan mülkiyet iktisabı hemen sadece karışma, birleşme, işleme ve bütünleyici parça olma hallerinde gerçekleşecektir. Yasa koyucunun bu kadar dar bir uygulama alanı için bu kadar ayrıntılı bir sebepsiz zenginleşme düzenlemesi yapması mantıklı değildir. Öte yandan borç olmayan şeyin ifası üzerine gerçekleşen sebepsiz zenginleşmenin ancak kazandırmanın yanılması şartıyla iadeye konu olabileceğini düzenleyen TBK m.78/f.1 hükmü (*condictio indebiti*) hemen tüm uygulama alanını kaybeder. Zira sebebe bağlılık görüşü çerçevesinde geçersiz bir sebebe dayanan ifa ile esasen mülkiyet geçmeyeceğinden, sebepsiz zenginleşme yaratmayacak bu durumda kanunun sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebini yasaklaması anlamsız kalır. Yok eğer sebepsiz zenginleşme karışma, işleme, birleşme, bütünleyici parça olma dolayısıyla gerçekleşmiş ise, bu kez ortada ifadan kaynaklanan bir sebepsiz zenginleşme yoktur. Oysa TBK m.78/f.1 hükmü ifa ile gerçekleşen sebepsiz zenginleşmelerini konu almaktadır. Bu gerekçelere beni yaptığım bir ekleme de şudur: Sebepsiz zenginleşmede giderleri isteme hakkına ilişkin TBK m.80/f.3 hükmündeki iade sırasında mala eklenen şeyleri söküp alma hakkı da sebebe bağlılık görüşünde uygulama alanını kaybedecektir. Zira bu görüşte zenginleşme ancak karışma, işleme, birleşme ve bütünleyici parça olma yoluyla gerçekleşebileceğinden, bunlarda üzerine bir şey takılacak mal sadece bütünleyici parça yapılmış şeylerde düşünülebilirse de, bütünleyici parça ayrı bir eşya sayılmadığından buna yapılan ekleme sebepsiz iktisap edilmiş mala değil onun da mülkiyetine dahil olduğu asıl şeye yapılmış olur. Geriye sadece, bütünleyici parça yoluyla zenginleşenin bunu söktükten sonra üzerine bir şey eklemesi ve iade sırasında bu şeyi sökmeye kalmakta ise de, herhalde kanunun özel şartlar tayin ettiği söküp alma hakkını bu son derece marjinal durum için düzenlediği söylenemez.

Bütün bunlara rağmen belirteyim ki, bence sebebe bağlılık görüşünün ciddi bir gerekçesi şudur (Bak BURCUOĞLU,H., a.g.m., s.70): Soyutluk görüşü çerçevesinde geçersiz sebebe dayanan tasarruf işleminin sebepsiz zenginleşme oluşturduğu (mülkiyet iktisabının gerçekleştiği) kabul edilse de, bu

Borçlumun Sana parayı verdiği (teslim ettiği) anda bu ifa ile paranın maliki olduğun söyleyecektir.

Ne var ki Senin için bu para bir sebepsiz zenginleşme oluşturacaktır. İfa yoluyla sebepsiz zenginleşme, gene Roma Hukukundan beri üç temel guruba ayrılmaktadır. “geçerli olmayan sebebe dayanan zenginleşme”(condictio sine causa); “sona eren sebebe dayanan zenginleşme” (condictio ob causam finitam)²⁵; “gerçekleşmeyen sebebe dayanan zenginleşme” (condictio ob causam futuram = condictio causa data causa non secuta).

Olayımızdaki sebepsiz zenginleşmenin, sona eren veya gerçekleşmeyen sebebe dayanan zenginleşme olmayıp, baştan geçersiz/varolmayan sebebe dayanan bir zenginleşme olduğu anlaşılmaktadır.

Geçersiz veya varolmayan sebebe dayanan zenginleşmeler de kendi içinde iki guruba ayrılır: “sebep üzerinde anlaşma olmayan zenginleşmeler” ve “borç olmayan şeyin ifası” (condictio indebitii)

Sebep üzerinde anlaşma olmamış zenginleşme, kazandırmada bulunan ile alanın bu ifanın sebebi hakkında farklı inançta olmasıdır.

Borç olmayan şeyin ifası ise; kazandırmada bulunan ile alanın bu ifanın hukuki sebebi konusunda aynı inançta olması ne var ki bu hukuki sebebin geçersiz bulunmasıdır.

Yukarıdan beri yaptığımız bu sınıflandırma ve tanımlar Roma Hukukunun klasik döneminden günümüze kadar aynıdır. Zaten Roma Hukukunun *condictio*lar tasnifinden alınmıştır.

Celsus’un olayındaki sebepsiz zenginleşmenin “sebep üzerinde anlaşma olmayan zenginleşme” biçiminde gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Zira, Borçlum Benim adıma ve Senin Benim aramda kurulduğunu varsaydığı ödünç sözleşmesinin ifası olarak Sana bu parayı verirken; Sen parayı Titius ile aranda kurulduğunu sandığın ödünç sözleşmesi uyarınca veriliyor diye almışsın.

Borç olmayan şeyin ifası (*condictio indebitii*) söz konusu değil. Zira burada “veren” (Borçlum) ve “alan” (Sen) yapılan kazandırmayı -geçersiz olmakla birlikte- aynı kişiler arasında kurulmuş aynı sözleşmenin ifası olarak kabul etmiyorsunuz. Bu nedenle, borç olmayan şeyin ifası türü sebepsiz zenginleşmelere özgü “sebebi geçerli sanmada yanılma” şartı (TBK m. 78) burada aranmayacaktır. Zira burada ifayı farklı sebeple dayandırma, zaten başlı başına iade borcu doğurmaya yeterli sayılacaktır.²⁶

tasarruf işlemini hemen daima “temel hatası” (TBK m.32) sebebiyle iptal edilebilir olacaktır. Zira esasen kanun ancak sebep hususunda yanılarak gerçekleşen ifade iade talebi tanıdığına göre; söz konusu devir mülkiyeti devreden bakımından “geçersiz sebebe dayandığını bilse idi yapmayacağı bir kazandırma” olacaktır. Bu ise hemen daima TBK m.32 şartlarını taşıyacak önemde bir saik hatası oluşturacağından, devreden TBK m.39 uyarınca tek yanlı bir iptal beyanı ile tasarruf işlemini yaptığı andan itibaren geçersiz kılabilir ve böylece mülkiyet gene de geçmemiş hale gelir. Bu durumda soyutluk görüşünün sebebe bağlılığa göre tek pratik farkı, bir iptal beyanında bulunmanın gerekmesi ve bu beyanın TBK 39 uyarınca 1 yıllık süreye bağlı olmasıdır. Kanımca bu, soyutluğun pratik değerini büyük ölçüde düşürebilecek haklı bir eleştiridir. Bu engel ancak, yukarıda açıkladığım soyutluğu destekleyen kanun hükümlerinin yorumuyla, hukuki sebebin geçersizliğine dayanan temel hatası gerekçesi ile tasarruf işlemini iptal hakkına burada yer olmadığı kabul edilerek aşılabilir.

²⁵ Ancak bu sona erme geçmişi etkili olmalıdır.

²⁶ Hatta burada sebep üzerinde anlaşamama yanılığa dayanmayabilir de. Örneğin, sen bana açıkça A sözleşmesinin ifası olarak malı teslim ettiğini söylemene rağmen ben malı B sözleşmesinin ifası olarak aldığımı söylemiş olabilirim. Niyetlerimizin farklı olduğunu açıkça belirtmemize rağmen sen

Bu noktadan sonra Celsus'un problemi bağladığı asıl sorusuna ulaşıyoruz. Senin bakımından sebepsiz zenginleşme oluşturan bu parayı Senden kim geri isteyecek? Elbette sadece iki aday var: Ben ve Borçlum.

Ben Borçlumu Sana yönlendiren, bu ödemeyi Sana yapmasını isteyen ve böylece ödemenin yapılmasını sağlayan kişiyim. Başta belirttiğimiz üzere, nasılsa bu ödünç sebebiyle bu parayı Bana iade edeceğin (iadeden kaçınırsan dava açarak Senden alabileceğim) inancı ile, Borçlumun borcunun sona ermesini kabul etmişim. Zarara uğramamam için ya bir gerekçe ile bu parayı Senden talep edebilmem yahut bu olmayacaksa Borçlumun -yaptığı ödemeye rağmen- Bana olan borcundan kurtulmaması lazım.

Borçlumun pozisyonuna gelince, hiç aklında yok iken tamamen Benim isteğim ve yönlendirmemle, borçlu olmadığı Sana para ödedi. Bu yolla Bana olan borcunu ifa etmiş olacağına yani Bana olan borcundan kurtulacağına inandı. Onun da ya bu parayı Senden geri isteyebilmesi yahut da Bana olan borcundan bu ödemeyle kurtulması lazım.

Açıkça belli ki, hukukun ve adaletin kabul edebileceği bir üçüncü şık yok ve olmamalı.

Ortada bir sebepsiz zenginleşme bulunduğuna göre, bunun iadesini talep hakkına sahip olacak fakirleşen kimdir? Sebepsiz zenginleşme *condictio*'su haksız malvarlığı kaymalarını telafi etme ve fakirleşen ile zenginleşenin malvarlıklarını "eski hale getirme" (*retitutio in interregnum*) olduğuna göre; ilk mantıklı aday "Borçlum" görünüyor. Zira para ondan çıktı ve Senin malvarlığına girdi, Sebep geçerli olmadığına göre, bu parayı Sen Borçluma iade edersen her şey eski haline gelir. Bunu rıza ile yapmazsan Borçlum sana yönelteceği *condictio* ile bunu mahkeme aracılığıyla sağlayabilmelidir.

Ne var ki bu çözümün zorunlu sonucu, Borçlumun Bana olan borcunun sona ermeden devam edecek olmasıdır. Fakat bu arada borcun vadesi gelmişse ne olacaktır? Burada Borçlum yanılığını öğrenince vakit geçirmeden açacağı bir iade davası sonuçlanıp parasını geri alıncaya kadar bana olan borcunda da temerrüde düşmemiş sayılmalıdır. Fakat bu Benim alacaklı temerrüdüne düşüğüm ileri sürülerek açıklanamaz. Zira Borçlum Sana geçersiz sebeple para vermiş olsa da bu bana karşı olan borcu ödemesine engel oluşturmaz ve benim bu borcun ifasına engel olduğum söylenemez. Burada borçlu temerrüdüne engel olma gerekçesi, olsa olsa, alacaklının yani Benim bizzat kendi sebep olduğum bir durumun sonuçlarını dürüstlük kuralı uyarınca üstlenme mecburiyetim olabilir. Yani bu olaylara sebep olan Ben, Borçlumu temerrüde düşürerek temerrütten doğan haklarımı kullanmaya kalktığımda, Borçlum gecikmeden yapacağı girişimlerle parasını Senden alıncaya kadar, bu taleplerimi hakkın kötüye kullanılması sayarak engelleyebilmelidir.

Celsus'un ise, bir tereddüt ifadesinden sonra, Borçlumun iade talep etmesinden farklı bir sonuç önerdiğini görüyoruz. Celsus, Borçlumun durumundan hiç söz etmeden, Senin bu parayı vermekle Bana karşı borçlu olmanı uygun görüyor. Açıkça dillendirdiği tek gerekçe: "*benim param sana gittiğinden, bunu bana ödemen adaletin gereği olduğu için*" (*sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est*).

Peki Celsus, yukarıdaki açıklamalarımıza rağmen, neden gidenin "*Benim param*" olduğunu söylüyor ve neden "*bunu Bana ödemen adaletin gereği..*" diyor? Doğrusu bu ifadeler pek normatif değil. Celsus'u bu düşünceye yönelten duyguları ve sezgileri ortaya koymamız lazım. Bence burada karşımıza büyük hukukçunun dogmatik olmaktan çok hakaniyet hukukçusu olma özelliği (karakteri) ortaya çıkıyor. Durup dururken kendisini büyük ihtimalle tanımadığı birine yani Sana gönderdiğim bir Borçlum var. Mecbur olmamasına

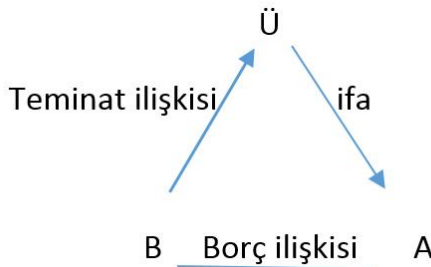
malı vermiş ben de almışsam, ortada yanılma olmamasına rağmen, sebep üzerinde anlaşma olmayan ifa ile zenginleşme gerçekleşmiş olur.

rağmen Benim talimatıma uymuş, parasını hazır edip Senin ayağına gitmiş; alacaklısı olmayan Sana ödeme yapmış. Sonra bir bakmış ki bu yaptığı ödeme sebepsiz sayılmış ve Bana olan borcu sona ermemiş. Şimdi hem Bana ikinci bir ödeme yaparak borcunu ödemesi gereken hem de Sana kaptırdığı parayı geri almakla uğraşacak, mahkeme masrafları yapacak, hatta Senin bu parayı tahsil edecek para ve malının çıkmaması riskini de üstlenecek. Bense hiç etkilenmeden ondan vadesi geldiğinde (zamanında) alacağımı tahsil edebileceğim. Bu adil görünmüyor. Oysa Ben tamamen kendi kararım ve tercihimle alacağımı böyle dolaylı bir yoldan tahsil etmeye kalktığıma göre; işler yolunda gitmediğinde, bu duruma düşürdüğüm Borçluma başvuramamalı, doğrudan Sana giderek parayı almaya ve böylece kendi yarattığım bu sorunu kendim temizlemeye çalışmalıyım.

Makul görünen bu değerlendirme sebebiyle, normatif temele oturtması zor olsa da, Celsus doğru olanın, Borçlumu daha fazla uğraştırmadan, bu paranın iadesini Benim Senden istemem gerektiği sonucuna ulaşmış.

Ancak bu değerlendirmeyi de şüpheli kılabilecek bir husus var. Borçlum Celsus'un varsaydığı kadar masum bir kurban sayılmayabilir. Zira Sana geldiğinde ödünç önerisini kabul edenin Ben olduğumu ve istediği parayı Benim adıma vereceğini açıkça belirtebilirdi. Senin ödünç önerisini kabul edip parayı göndereni Titius sanmanı önlemesi mümkündü. Senin parayı alırken bu kadar yanlış bir inanca kapılımda birinci derecede Borçlumun kusurlu olduğu da ileri sürülebilir. Bu durumda Borçlum artık o kadar himaye edilmeye ve kolay kurtulmaya layık görülmemeyebilir. Ne var ki Celsus bir şekilde takdirini Borçlum lehine kullanmış. Belki ödünçü kimin verdiğini sorup anlamının birinci derecede Senin sorumluluğunda olduğunu düşündü belki de olaya ilişkin başka tasavvurları var.

Peki acaba Celsus'un iadeyi talep hakkını Bana tanımasına ve Senin Bana karşı iade borçlusu olmana başka bir dogmatik açıklama bulunabilir mi? Bu noktada akla benzer üç taraflı ilişkiler bakımından sebepsiz zenginleşme taleplerine ilişkin olarak geliştirilmiş "üç köşeli ilişkiler" (dreiecksverhältnisse) teorisi²⁷ geliyor. Burada bir borçlunun alacaklısına olan borcunu üçüncü bir kişinin ifası temelinde bir çoklu ilişki söz konusudur. Borçlu(B) ile alacaklısı (A) arasındaki borç ilişkisi; borçlu (B) ile üçüncü kişi (Ü) arasında (Ü)'nün (B)'nin borcunu (A)'ya ödemesine dair "teminat ilişkisi" denen ilişki ve nihayet (Ü)'nün (B)'nin borcunu ödemesi sebebiyle (Ü) ile (A) arasında ifa ilişkisi:



²⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bak ÖZ,T., Sebepsiz Zenginleşme, s.52; OĞUZMAN/ÖZ., a.g.e. Cilt 2, parag.956 vd.; SEROZAN, R., İfa, İfa Engelleri, 6.Bası, İstanbul 2014, § 25, N.14

Öğretide kabul edildiğine göre, Ü, B ile arasında B'nin borcunu ödemesi hususunda geçerli bir teminat ilişkisi²⁸ olmaksızın bu borcu A'ya ödemişse (1.ihhtimal); B, Ü aleyhine zenginleşmiş olur ve Ü sebepsiz zenginleşmeye dayanarak ödediği parayı borçtan kurtardığı B'den ister. Şayet geçersiz olan A ile B arasındaki borç ilişkisiyse; Ü, A ile B arasındaki geçersiz borç ilişkisinden doğduğu sanılan borcun ifası için B ile arasındaki geçerli teminat ilişkisine dayanarak A'ya ödeme yaparsa (2.ihhtimal); sebepsiz zenginleşme ilişkisi A ile B arasında sayılır ve A, B'den sebepsiz zenginleşme talebi ile Ü'den aldığı edimi ister. Ü zaten geçerli teminat ilişkisi uyarınca A'ya yaptığı ödemeyi B'den talep edebilecektir. Şayet hem B ile Ü arasındaki teminat ilişkisi hem de A ile B arasındaki borç ilişkisi geçersizse (3. ihtimal = çifte geçersizlik); baskın görüş biri Ü tarafından B'ye diğeri B tarafından A'ya karşı ileri sürülecek iki sebepsiz zenginleşmeden dolayı iade talebi olacağını kabul ediyor. Bunun sebebi, "edim ilişkileri kimler arasındaysa sebepsiz zenginleşmenin de onlar arasında olması" şeklinde izah ediliyor. Diğeri bir deyişle burada kısa yol (=Ü'nün A'ya başvurusu) uygun görülüyor.

Acaba aynı prensipler uyarınca, burada da üç köşeli bir ilişki var denerek (=Yukarıdaki şemada B'yi Ben; Ü'yü Borçlum ve A'yı da Sen olarak düşünelim); Borçlumun Sana kurulmamış sözleşmenin ifası olarak yaptığı kazandırmayı Benim isteyebileceği sonucuna varabilir miyiz? Burada üç köşeli ilişkilerin ikinci ihtimali ile bir çakışma var gibi görünüyor. Borçlum (Ü) Benimle (B) geçerli bir anlaşma yaparak, Benim (B'nin) Sana (A'ya) olduğu sanılan geçersiz bir borcun ifası için ödemede bulunuyor. Buna ilişkin üç köşeli ilişki modeline göre, sebepsiz zenginleşme ilişkisi Benimle Senin aranda doğar ve parayı Bana iade ile borçlu olursun; Borçluma (Ü'ye) olan teminat ilişkim de geçerli olduğundan, ona taahhüt ettiğim üzere, yaptığı bu ödeme ile bana olan borcundan kurtulur. Yani üç köşeli ilişkilerin ikinci tipindeki "B'nin Ü'nün yaptığı ifayı tazmin, burada B'nin (Benim) Ü'nin (Borçlumun) bana olan önceden mevcut bir borcunu ifa edilmiş saymam şeklinde gerçekleşiyor.

Böylece, dürüstlük kuralına dayanan bir zorlamaya gerek kalmaksızın, Celsus'un önerdiği çözüme ulaşılmış görünüyor. Açıklamasında yok ama acaba Celsus 1900 yıl önceden sebepsiz zenginleşmede üç köşeli ilişkiler teorisini/prensibini keşfetmiş olabilir mi? (39 kitabından biri bile bize ulaşmadığı için ne yazık ki hiç bilemeyeceğiz).²⁹

Ne var ki olaya biraz daha dikkatli bakınca, üç köşeli ilişkilere (bu arada bu yapının 2. İhtimaline) tam uymayan bir özellik olduğunu fark ediyoruz. Şöyle ki: Üç köşeli ilişkilerde hangi ilişki kolu geçersiz olursa olsun, ifade bulunan ile ifadan yararlanan bunun hangi borcun ifası olduğu hususunda hemfikirdir. Yani ifanın sebebi hususunda anlaşma bulunmaması söz konusu değildir. Sadece ifanın sebebi olan borç ilişkisi geçersizdir veya

²⁸ Buna "teminat ilişkisi" denmesinin sebebi, B'nin Ü'ye, A'ya olan borcunu onun ödemesi karşılığı bu miktarı ona tazmin edeceği hususunda temin ettiği ilişki olmasıdır.

²⁹ Maalesef bu sadece Celsus için değil, Gaius hariç tüm klasik hukukçular için geçerli bir kader. Tümünü sadece Digesta'ya alınmış yazılarından biliyoruz. James F. Skyrms adlı hukuk tarihçisi, Digesta'da toplam 150.000 (yüze bin) satır alıntı varken, bu alıntılar toplam 2.000 (ikibin) hukuk kitabının yaklaşık 3.000.000+ (üç milyondan fazla) satırının özeti olduğunu söylüyor (Bak: Skyrms, J.F., *Comentators on the Roman Law, Books at Iowa 32, 1980*, "http://s-lib.uiowa.edu/bai/books_iowa32_02.htm"). Demek ki elimize ulaşan 50 ciltlik Digesta'daki alıntılar, daha öncesinde yazılanların yirmide birinden azı. (Bu telafi edilmez kayıp, akla klasik musikimizin büyük ustası İtrî'nin bize ulaşan 50 eserine karşılık kaybolmuş 1.000 eseri hakkında Yahya Kemal Beyatlı'nın ünlü dizelerini getiriyor. Bu dizeleri klasik dönem hukukçularının kayıp eserlerine uyarlayarak şöyle diyebiliriz: "*Böyle bir külliyyatı örten ölüm/ Bir teselli bırakmaz insanda/ Muhiemel görmüyor henüz gönüm/ Çok saatler geçince hicranda/ Düşülür bir hayâle zevk alınır/ Belki hâlâ o kitaplara bakılır/ Artık ulaşılmaz bir biblioteka'da*"). (*biblioteka* = kütüphane -latince-)

ifada bulunanın borçlu ile arasındaki -onun borcunu ifa etmeyi taahhüt ettiği- teminat anlaşması geçersizdir. Oysa daha önce açıkladığımız üzere, incelediğimiz olayda Sana ifade bulunan Borçlum ile ifadan yararlanan Senin arasında bunun hangi sözleşmenin ifası olduğu hususunda anlaşma yok. Nitekim öğretilerde, ifanın sebebi üzerinde anlaşma olmayan sebepsiz zenginleşmelerde üç köşeli ilişkilerdeki çözümlerin uygulanmayacağı belirtilmektedir.³⁰ Buna göre, ortada üzerinde anlaşma olmayan sebebe dayanan bir zenginleşme bulunduğundan, Borçlum doğrudan Senden iade isteyecek, Sen de parayı aldığın Borçluma iade ile yükümlü olacaksın. Şu halde, üç köşeli ilişkilere dair çözümler çerçevesinde Celsus'un çözümlerine ulaşmak; öğretilerdeki kabulün aksine; sebep üzerinde anlaşma bulunmasa bile bu prensiplerin uygulanabileceğini, gene de kısa yolun engellenip, sebepsiz zenginleşenin ifade bulunana değil ifayı yönlendirene iade ile yükümlü olacağını, kabul etmekle mümkündür. Bu prensipleri ortaya atan modern öğretiyi bunu kabul etmemektedir.

8) Sebebe Bağlılık görüşüne göre.

Yukarıdaki bütün açıklamaları şahsen katıldığım ve Celsus'un da katıldığı izlenimi verdiği "soyutluk görüşü" çerçevesinde yaptık. Ancak özellikle ülkemiz öğretisinde önemli ölçüde yandaşı olan ve Yargıtay'ın da tercih ediyor görüldüğü sebebe bağlılık görüşü açısından da olayı irdeleyelim.

Borçlumun parayı (mesela bir kese içinde) sana verdiği anda hukuki sebep konusunda anlaşamadığınızdan ve böylece ifanın temelinde geçerli bir hukuki sebep bulunmadığı sonucuna vardığımızdan; sebebe bağlılık görüşü çerçevesinde paraların mülkiyeti bu teslimle Sana geçmemiş olacaktır. İş o aşamada kalsa, Sen bu paralara sadece "iyi niyetli haksız zilyet" olacaksın demektir. Bu durumda Celsus'un ifadesiyle, edinim anlamında, "param sana gitmiş" olmayacağından; bir sebepsiz zenginleşme sorununa ve *condictio*'ya da yer yok demektir. Paraların mülkiyeti hâlâ Borçlumda olup; yanlışlık fark edildiğinde o bunları bir istihkak davası (rei vindicati) ile her zaman geri alabilir. Tabii ki Sen ve Borçlum bunun benim ödücüm olması hususunda gecikmeli olarak anlaşmadıkça.³¹

Bu şıkta Ben Sana karşı, ortada sebepsiz zenginleşme olmadığından *condictio* ile başvuramayacağım gibi, paraların mülkiyeti bana ait olmadığından (Borçluma ait olduğundan) rei vindicatio ile de başvuramam.

Ne var ki bu durum, verilen paraların karışmaya uğramadan ayrık şekilde tespit edilebilir oldukları sürece söz konusudur. Para çoğu kez ödemeyi takiben derhal zilyedin kendi paralarıyla karışmaya uğrar. Karışma, bugün olduğu gibi (TMK m.776) Roma Hukukunda da bir mülkiyet iktisabı sebebidir. Bunun için paraların fiilen birleştirilmeleri de şart olmayıp; alınan paranın zilyedin kendi paralarından ayırt edilememesi, paranın karışmış sayılması için yeterli görülmektedir. Zamanımızda seri numaraları alınmış paralar için farklı sonuç doğabilirse de elbette Roma'da seri numaraları olmayan metal paralar (sikkeler) kullanıldığından, Senin teslim aldığın para kesesini diğer paralarından ayrı bir çekmeceye koyup bulunabilecek şekilde saklaman dışında, teslimin hemen ardından karışma yoluyla bu paraları iktisap ettiğin söylenebilecektir.

³⁰ ÖZ, T., Sebepsiz Zenginleşme, s.56,57; OĞUZMAN/ÖZ., a.g.e. Cilt 2, parag. 958; SEROZAN, R., a.g.e., § 25 N.6 dipnot 24'e ilişkin metin, § 25, N.21

³¹ Elbette burada teorik konuşuyoruz. Gerçekte bu durumda hatanın farkına varıldığında, normal olarak, Sen paraları iade etmek yerine bunu Benim ödücüm olarak kabul ettiğini söyleyeceksin ve Borçlum da zaten bu maksatla verdiği için paraları sana bırakacaktır. Böylece gecikmeli olarak da olsa Seninle benim aramda ödünç sözleşmesi kurulmuş sayılacak ve bir tür "kısa elden teslim" yoluyla da bu paraların zilyetliği ve mülkiyeti bu anlaşma ile sana geçmiş olacaktır. Artık iade zamanı geldiğinde tabii ki ben paramı aramızdaki geçerli ödünç sözleşmesi uyarınca geri isteyebileceğim.

Karışma sebebiyle mülkiyet iktisabı ne verenin ne de alanın iradesine bağlıdır. Burada hukuk fiilî bir olguya sonuç bağlamaktadır. Bu bakımdan, Borçlumun verdiği para Senin tarafından alınır alınmaz tespit edilemeyecek hale gelmiş ve böylece hemen karışmaya uğramış olsa da, teslim şeklinde bir tasarruf işlemi ile parayı edinmiş sayılmazsın. Şu halde bu paranın mülkiyeti sana “geçersiz bir sebebe dayana ifa” olarak geçirilmiş değildir.

Bunun götüreceği sonuç: Ne Borçlumun ne de Benim, burada karışma ile iktisap edilmiş parayı “ifa yoluyla sebepsiz zenginleşme” olarak talep edemeyeceğimize. Nitekim buradaki gibi sebepsiz zenginleşmeler, ifadan kaynaklanan ve türlerini daha önce belirttiğimiz sebepsiz zenginleşmelerin dışında bir zenginleşme tarzı olarak, “müdahaleden doğan zenginleşmeler” (Eingriff condictio) adı altında toplanır.³² Müdahaleden dolayı sebepsiz zenginleşme söz konusu ise, artık bunun ardındaki hukuki ilişkinin kimler arasında kurulduğu veya kurulmadığı, üç köşeli ilişki olup olmadığı vb. perde arkası safhasına ilişkin hiçbir şeyin önemi ve değeri yoktur. Basit ve mutlak bir şekilde, iktisap edilen şey müdahaleden önce kimin mülkiyetinde ise ona iade edilecektir. İncelediğimiz olay bakımından bunun anlamı; Senin karışma yoluyla iktisap ettiğin parayı iade borcunun mutlak şekilde Borçluma karşı olacağı ve onun Sana karşı bir “müdahale condicito’su” ileri sürebileceğidir.

Bu sonuç, Celsus’un “ iadeyi Bana borçlu olman ve Benim Senden iade isteyebilmem” şeklindeki önerisini iyice zora sokan, hatta imkânsız kılan bir durumdur. Zira bu değerlendirme çerçevesinde, Borçlumu Sana Benim göndermiş olmam, onun Benim adıma davranma iradesiyle sana ödeme yapması, hiçbir referans değeri taşımayacaktır. Zira Sen paraların mülkiyetini onun teslimi/ifası ile değil, kendi paralarıyla karışmak suretiyle kazandın. İşte bu düşüncelerle, Celsus’un soyutluk görüşünden yana olduğunu ve örneğini bu görüş çerçevesinde verdiğini düşünüyorum. Şayet sebebe bağlılık görüşünü esas alsa, Celsus’un çözümünün, yorum yoluyla dahi hiç bir normatif esasa dayanmayan, çok çüretkâr bir öneri olacağı açıktır.³³

9) Condictio mu özel bir dava mı?

Son olarak Celsus’un önerdiği sonuca yakından bakalım. Yazar, başta belirttiğimiz üzere, Senin parayı Borçluma değil de Bana iade ile yükümlü olmanı şu gerekçeye bağlıyor:

“bunu bana ödemen adaletin gereği olduğu için = eam mihi a te reddi bonum et aequum est.”

Ne var ki “adaletin gereği olma”, ifade olarak sadece bir “gerekçe”; fakat bir dava/talep adı, nitelenmesi değil. Bu ifadeden Celsus’un, Senin aldığın parayı sebepsiz zenginleştirme oluşturması üzerine Borçluma değil de Bana iade etmeni daha adil ve hakkaniyete uygun gördüğünü anlıyoruz. Fakat Celsus bunu hangi hukuki gerekçe ile ve hangi dava ile

³² Bak ÖZ,T., Sebepsiz Zenginleşme, s.123 vd.; ULUSAN,İ., a.g.e., s.8 vd.; SEROZAN,R., a.g.e., § 26, N.1 vd.

³³ Belirtelim ki bu sorun Celsus’un örneğine özgü olmayıp, tüm sebepsiz zenginleşme hukuku bakımından mevcuttur. Şayet sebebe bağlılık görüşü kabul edilir ise, dogmatik olarak, ifadan kaynaklanan sebepsiz zenginleşmelerin uygulama alanı olağanüstü daralacaktır. Özellikle TBK m.77 vd. hükümlerinde ifa dışı sebepsiz zenginleşmelerden açıkça söz etmeyip sadece ifadan dolayı sebepsiz zenginleşmeleri -türlerini belirterek- düzenleyen kanunumuz bakımından, bunun yasa koyucunun tercih ettiği görüş olması mantıksız görünmektedir. Buna karşılık, paraya özel bir uygulama alanı açmak için, taşınır mülkiyeti devrini sebebe bağlı sayıp parayı ayrık tutarak sebepten soyut kazandırma saymanın da gerekçesi bulunamaz kanısındayım. Gene, paranın hemen karışmasından hareketle, ifa için verilen para iktisaplarını aradaki tespit edilemeyecek kadar kısa süreyi atlayıp, ifadan dolayı sebepsiz zenginleşme saymak suretiyle, sebebe bağlılık görüşüne uygulama alanı açılmak da istenebilir. Bu en azından benim hukukçuluk anlayışımınla bağdaşacak bir çözüm değildir.

talep edebileceğimi söylemiyor (veya en azından açıkça ifade etmiyor). Bu durumda nitelendirmeyi biz yapmak zorundayız.

Hemen belirtelim ki, Roma Hukukçuları arasında bu husus tartışmalıdır³⁴.

Bazıları burada Celsus'un örnekte "Ben" olarak adlandırdığı kişiye tanıdığı hakkın, düpedüz sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir iade talebi, latince adıyla bir "conductio" olduğu görüşündedir. Bu görüşün başlıca gerekçesi, Digesta'da bu fragmentum'un "conductio" başlığı altındaki bölümde yer almasıdır. Diğer gerekçeleri: Esasen olaydaki "Sen" in parayı alarak sebepsiz zenginleşmen karşısında tabii ki sebepsiz zenginleşme borçlusu olman; ayrıca, Roma Hukukunda mesela "bonum et aequum" adlı bir davaya da rastlanmamasıdır. Nihayet bu görüşü terminolojik olarak destekleyecek bir tarihi gelime olarak, ortaçağ hatta daha sonrası pandect hukukçularının, bu fragmentum'dan hareketle ve Celsus'un aile adından esinlenerek, "conductio Iuventiana" adlı bir dava türü yaratmış olmalarıdır. Ayrıntıya girmeden belirtelim ki, bu davayı "kapsamı genişletilmiş bir sebepsiz zenginleşme davası" olarak nitelendirdiklerini görüyoruz.

Buna karşılık dar yorum yanlıları, burada Celsus'un alacaklı olarak öngördüğü kişi için sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talebin şartlarının gerçekleşmediği; böylece burada bir conductio'nun değil, hakkaniyete dayanan ayrı bir talep ve dava hakkı bulunduğu görüşündedir. Buna göre, sözkonusu fragmentum'un Digesta'da conductio'lar başlığı altında yer almasının sebebi, ona tek başına özel bir başlık açmak yerine (bu uygunsuz görünürdü), gene konusu bakımından en yakın görünen başlık altında yer vermenin uygun görülmesidir. Bir diğer gerekçe, Celsus'un elbette gayet iyi bildiği "conductio" terimini önerdiği hak bakımından metinde kullanmamış olmasıdır. Herhalde Celsus basit bir conductio kelimesini kullanmak yerine, hakkaniyetten söz ederek, conductio nitelemesini bizim akıl etmemize bırakmış olmasa gerekir.

Bu hususta Roma Hukukçularının kılı kırk yaran tartışmalarını uzmanlarına bırakarak, biz konuyu günümüze çekelim. Hukukumuzda, istisnaen doğrudan dürüstlük kuralından (TMK m.2'den) kaynaklandığı kabul edilen bazı haklar mevcutsa da; sebepsiz zenginleşme veya sebepsiz zenginleşmeye benzer herhangi bir durum için, böyle özel bir talep ve dava mevcut değildir. Öğretilde ve uygulamada böyle bir kurum tanımlanmamış ve ortaya atılmamıştır. Bizde dürüstlük kuralından doğan borçlar, "sözleşme yapma zorunluluğu", "bazı yan borçlar" ve "dürüst davranma başta olmak üzere bazı davranış yükümleri"nden ibarettir³⁵ Bunların, "birinin sebepsiz zenginleştiği parayı normal hükümlere göre iade etmesi gerekenden başka bir kişiye verme borcu doğması" ile ilgisi yoktur. Bizde dürüstlük kuralının bu tür uyuşmazlıklarda rolü, genellikle, "bir talebe karşı muhatabın pozitif hukuk bakımından yapabileceği bir savunmanın engellenmesi" şeklindedir. TMK m.2/f.2 uyarınca "hakkın kötüye kullanılması" sayılarak engellenen bu taleplere tipik bir örnek, borcun temelindeki sözleşmenin şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olduğu savunmasının engellenmesidir. Her ne kadar bu bizde, İsviçre uygulamasından farklı olarak, alıcının şekle aykırılıktan geçersiz taşınmaz satışı uyarınca satıcıya karşı tescile zorlama davası dahi açılabilmesi (ve kabulü) kadar ileri bir noktaya taşınmışsa da;³⁶ bunun dahi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade talep edemeyecek birine özel bir talep hakkı tanımaya örnek oluşturması mümkün görünmemektedir.

³⁴ Sadece özetlemeye çalıştığım bu ayrıntılı tartışma için bak FEENSTRA, R., a.g.m., 294 vd. ve orada belirtilen yerler.

³⁵ Bak OĞUZMAN/BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 25.Bası, İstanbul 2019, parag: 926 vd.

³⁶ Bak OĞUZMAN/ÖZ., A.g.e. Cilt 1, 18.Bası, İstanbul 2020, parag.488 vd.; 30.9.1988 Tarih ve 2/2 Sayılı Yarg. İç. Bir. Büyük Genel Kurulu Kararı (RG 21.12.1988, Sayı026).

Peki, dürüstlük kuralına dayanan böyle özel bir dava/talep hakkı mevcut olmadığına ve olması da mümkün görünmediğine göre; Acaba Celsus'un örneği bakımından, Benim Sana karşı açacağım sebepsiz zenginleşme davasında Senin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade alacaklısının Ben değil de Borçlum olduğu savunmasını yapman dürüstlük kuralı uyarınca engellenerek (hakkın kötüye kullanılması sayılarak) göz ardı edilebilir mi? Doğrusu burada şekle aykırı kurulmuş bir sözleşmedeki şekle aykırılığın göz ardı edinmesinden çok daha ileri bir durum vardır. Zira, eğer burada TBK m.77 vd. kurallarına göre Benim aleyhime Senin lehine bir sebepsiz zenginleşme yoksa; talebimin kabulü, “geçersiz bir borç ilişkisini geçerli kılma”nın ötesinde; “hiç olmamış (yok) bir borç ilişkisini yaratma” anlamına gelecektir. Bu olsa olsa, “dürüstlük kuralı uyarınca sözleşme yapma mecburiyeti” ile akraba bir sonuç olur = “Dürüstlük kuralı uyarınca sebepsiz zenginleşmeden sorumlu olma mecburiyeti?”

Doğrusu bayağı zorlama bir icat. Fakat Celsus'un olayındaki kişiye mutlaka böyle bir talep hakkı tanıyacak isek; bu gene de “dürüstlük kuralından doğan özel iade davası” icadından biraz daha incelikli bir zorlama olur kanısındayım.

KAYNAKÇA

BURCUOĞLU.H., Taşınır Mülkiyeti Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl4, Sayı 1, Haziran 2018, s.57 – 82

FEENSTRA, R., Die ungerechtfertigte Bereicherung in Dogmengeschichtlicher Sicht, “dergiler.ankara.edu.tr”, s. 289 vd.

OĞUZMAN/ÖZ., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 16.Bası, İstanbul 2021

OĞUZMAN/BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 25.Bası, İstanbul 2019, parag: 926 vd.

ÖZ,T., Öğreti ve Uygulamada sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990.

ÖZ,T., Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e armağan, Cilt III, İstanbul Barosu yayınları, İstanbul 2014

ÖZ,T. BK 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m.20 Kuralı ile İlişkisi,, Rüşvet – Başlık Parası, İstanbul Barosu Dergisi 1985, S.1-2-3, s. 105 vd.

ÖZ,T., İsviçre federal mahkemesinin 27 Şubat 1989 Tarihli Kararının Düşündürdükleri, MHAD 1990, No 18, s.105 vd.

ÖZ,T., Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince kazanılmış aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD 1985, S.16, s.131 vd.

ÖZ,T., Prof.Dr. David Pugsley, Justinianus'un İstanbul Hukuk Okulu Açılış Konuşması, İstanbul 2019 s. 8 vd.

ÖZ,T., Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt V, Sayı 1, Haziran 2017, Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel sayı, s.139 – 148

SEROZAN, R., İfa, İfa Engelleri, 6.Bası, İstanbul 2014

The Code of Justinian, “https://droitomain.univ-grenoble-alp.fr/Anglica/codjust_Scot.htm

ULUSAN,İ., İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.