

ROMADA BORÇLARIN KAYNAKLARI

Yazan : Doçent Dr. Şakir BERKİ

(1950 yılı C. VII, sayı : 3-4 Ankara H. F. Dergisinin 378 nci ve müteakip sayfalarındaki yazının devamıdır.)

3°) Satıcı mebiin semerelerini de iade etmekle mükelleftir. İadeye tâbi semereler akdin inikadından sonrakilerdir. Bu, mebiin müşterinin mülkiyetine akdin inikadı anından itibaren geçmiş sayılması prensibinin neticesidir.

Mamafih, semerelerin satıcıda kalması şart koşulabilir, ve bu hal tatbikatta fazlasıyla görülmekte idi.¹

e) Emptio venditio'nun feshi :

1°) Kaide :

Modern hukuk hilâfına olarak Roma hukuku mukavelede aksine sarahat olmadıkça, veya mebiin gizli kusurları bulunmadıkça bir tarafın akdi icra etmemesi halinde emptio venditio'nun fesh edilmesini kabul etmez. Bu kaide, şimdi görüleceği üzere, bilhassa zarar nazariyesinde daha açık surette tebarüz eder.

2°) Hasar nazariyesi :

Satıcı mücbir sebeple ziyaa uğrayan mebi teslim edemediği takdirde, müşteri mukaveleyi icra, yani semeni eda ile mükelleftir.² Bu kaide tamamiyle müşterinin aleyhine değildi; çünkü, Justinianus hukuku böyle bir halde satıcının zayı olan mebi ile ilgili bütün davalarının müşteriye devredileceğini kabul eder. Bu suretle, satıcı, şey çalınmak suretiyle zayı olmuş ise Actio furtiden faydalanacaktır.³

1) R. Monier, Manuel t. II, 1944, p: 188, N: 1.

2) Just, Inst, III, 23, 3: mebi müşteriye devredilmeden evvel satıcının kusuru haricinde hasara uğrarsa, zarar müşteri aleyhinedir. Klâsik devirde kaide aksine idi: Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 461.

3) Bazı müellifler kaidenin klâsik devirde aksine olduğu, yani şeyin tesliminden evvel vaki hasarın satıcıya ait bulunduğu fikrini gütmektedirler:

3°) *Emptio venditio* ecele veya şarta bağlı olarak yapılmadıkça, akdin icrası aynı zamanda her iki tarafa da terettüp eder. Aksi takdirde icra eden taraf akdi icra etmeyen tarafa karşı *Exceptio non adimpleti contrastus*'u, yani icra edilmemiş mukaveleden doğan defiyi dermeyan ederek akdi fesh eder. Klâsik devir hukuku mebiin henüz ödenmemiş semenin rehni olarak satıcı tarafından alkonulacağını ve nihayet *pignoris capio*'nun tatbik olunacağını kabul eder. Semen kısmen eda edilmiş olsa bile hüküm böyledir.

4°) Semen edası ve mebiin devri arasındaki ilgi.⁴

Semenin eda edilmiş olması, veya eda edileceğine dair kefil gösterilmiş olması devredilen şey üzerinde satıcının mülkiyet hakkının ziyayı neticesini doğurur. Mebiin mülkiyeti hukuken müşteriye intikal eder.⁵

5°) Mebiye istihkak iddialarına karşı garanti.

Eski hukuk mebiin üçüncü şahıslar tarafından sonradan talep edilmesi ihtimal ve tehlikelerine karşı bir garanti yaratmış değildi. Garanti için ayrı bir *stipulatio* yapılmalı idi.

Klâsik devirde, mebiin asıl maliki tarafından geri alınmak istenmesi veya aynı bir teminata karşılık gösterilmiş olması halinde müşteri *éviction* tehlikesine maruzdu. Çünkü bu sonuncu halde de mebi ipotekli alacaklı tarafından talep olunabiliyordu.

Eski hukukta, müşteri sırf satıcının müdahalesi ile mebie istihkaka karşı himaye ediliyordu: mebiin istihkaka maruz olması halinde satıcı müddei yerine geçerek *mancipatio* ile mebi himaye ederdi. Aksi takdirde satıcı, mebiin iki mislini müşteriye borçlu idi. Bütün bu hususlar *Mancipatio* muamelesinde (beyi için *mancipatio*) evelden beyan olunmakta idi. Müşteri *Usucapio* ile satılan şey üzerinde kirit maliki olunca satıcı bütün bu mükellefiyetten kurtuluyordu. Satılan şey nec *mancipi* ise

Arno, *Théorie del periculum rei venditae* (Guirisprudenza Ital, 1897, p: 209 et s. Konst antinovitch, *Le periculum rei venditae en droit romain*, Lyon, 1923; bazı müellifler ise, kaidenin Klâsik devirde de Justinianus hukukundakii gibi olduğunu metinler zikri ile ispat etmek meylinde dirler: Appleton, *Rev. hist. de droit*; 1926, p: 375 e ts. ; Ed. Cuq, *Manuel*, 1928, p: 922.

4) Giffard, *Précis*, t. II, No: 85, 86 ; J. Wolff, *Rev. hist de droit*, 1936, t. 14, 4 p: II et s.

5) On iki levha kanunununda mahdut da olsa mevcut bulunan bu kaidenin tarihî tekâmülü için bakınız : Wieacker, *Lex commissoria*, 1932, p : 8 et s.

satıcı Traditio muamelesi esnasında stipulatio rem habere licere ile mebie vaki olabilecek istihkak için teminat veriyordu.

Cumhuriyet sonlarında ve Klâsik devir hukukunda stipulatio mebiin elden çıkmasını garantileyen ve res mancipi'lere şâmil genel ve fazlası ile kullanışlı bir usul haline girdi. Ekseriya, mebie istihkak halinde mebiin iki mislinin müşteriye ödenmesi şartını ihtiva eden stipulatio duplae tatbik edilmekte idi. Bu stipulatio'dan başka, mebiye vaki istihkakın garantilenmesi için kefil göstermeyi mutazammın stipulatio secundum mancipium da fazlası ile cari idi.⁶

Klâsik devir hukukçuları bizatihi bey'i aktinin mebiin sonradan istihkakı tehlikesinin garantisi olabileceğini, bu garantinin bey akdinde mündemîç bulunduğu fikrini kabul ettiler. Ekser beyi akitlerinde var sayılan Stipulatio rem habere licere mebiin istihkakına maruz müşteriye mebiin hüküm anındaki kıymetini iade edilmesi mevzuunu ihtiva ediyordu..

Justinianus hukukunda Stipulatio rem habere licere yerine, bilhasa kıymetli şeyler için, stipulatio duplae caridir. Diğer mebiiler için emptio empti kâfi idi. Justinianus hukukunda mebiin elden çıkmasından ötürü mebiin iki misline istihkakını icap ettiren haller yine mevcuttu. Halbuki modern hukuk buna müsait değildir, ancak mebiin elden çıkmasından doğacak olan zarar ziyanın tazmini ile iktifa eder.

6°) Şeyin gizli ayıpları :

Justinianus hukukuna kadar satıcı şeyin gizli kusurlarından ancak hile halinde veya stipulatio veya akdin muhtevası nispetinde mes'uldü.

On iki levha kanunları şeyin gizli kusurlarını bildiği halde beyi mancipatio'sunda aksine beyanda bulunan satıcıyı mes'ul tutar. Müşteri satın aldığı gayri menkulün aynı irtifaklar ile kısıntılı bulunduğunu fark ederse şikâyete haklıdır.⁷

Klâsik devir başlarında köle ve hayvan satışlarında mebiin gizli ayıpları stipulatio ile garantilenmekte idi.⁸

Justinianus hukukunda, Actio empti gizli kusurdan ötürü mes'uliyeti sağlamaya kâfi idi. Dava altı ay içinde açılmalı idi.

6) Lenel, Edictum, 1927, p: 546.

7) R. Monier, Manuel, t. II, p: 204, N: 3 ; p: 205, N: 1.

8) Kölenin istenilen vasıfda olmayışı, hırsızlıktan ötürü actio noxaliye mevzu bulunuşu akdin feshini ve tazminatı icap ettirir.

7°) Emptio venditiye eklenen Pactuslar :

Beyi akdinin neticeleri ona eklenen bazı pactus⁹ lar ile değiştirilebilir. Alım satım mukavelesine ek olarak yapılan ehemmiyetli pactuslar şunlardır :

a) Pactum displicentiae :

Müşteriye mebli beğenmediğinden dolayı muayyen bir müddet içinde akdi fesh etme yetkisi veren bir anlaşmadır. Bu pactum bilhassa gizli ayıplardan doğan zararı başka yol ile elde etmek mümkün bulunmadığı hallerde faydalı idi.

b) Lex commissoria :

Semenin vaktinde ödenmemesi halinde bey'i satıcıya fesih etmek hakkı veren bir anlaşmadır.

c) Indiem adictio¹⁰ :

Muayyen bir müddet içinde daha fazla semen ve daha mülâyim şartlar ile müşteri bulduğu takdirde satıcıya birinci bey'i fesih imkânı veren bir beyidir.

d) Pactum de retrovendo :

Satıcıya muayyen bir müddet sonunda semeni iade ederek mebli geri alma, iştirâ etmek yetkisini veren bir anlaşmadır. Bu takdirde ikinci bey'in bütün masrafları şimdi müşteri vaziyetine geçmiş olan ilk satıcıya aittir.

Sabinus bütün bu pactum'ları beyi ile ilgili talikî şarta benzetir. Julien ise, haklı olarak, bu pactum'ları talikî şarta bağlı anlaşmalar mahiyetinde mülâhaza eder.

Justinianus hukuku, tarafları bu pactus'lar ile beyi akdi arasında muhtar bırakır.

B — *Locatio conductio* :

Locatio bir şahıs lehine muayyen bir ücret mukabilinde diğer bir şahıs lehine bir şey vermeyi veya hizmetini veyahut da muayyen bir işi üzerine almasını icap ettiren rızaya müstenit bir akittir.

9) Kısım, Fasil.

10) Senn, Nouv. rev. hist. de droit, 1913, p: 275 et s.

a) Locatio'nun tarihçesi :

En eski hukukda icar peşin idi: icar bedeli şeyin teslimi anında verilmeli idi .

En eski Romada ancak hayvan ve köle icarı tatbik edilmekte idi. Diğer locatio çeşitleri M. E. 2 nci asır başlarında belirir.¹¹

Roma yabancılar ile dolmaya başladığı zaman kira akdinin çeşitlendiği görülür. Nihayet, büyük arazi sahipleri fakir köylüye arazi kiralamakta idiler.

M. E. 2 nci asır ortalarında Romada bütün locatio tipleri tatbik edilmeğe başlar.¹²

Quintus Mucius Scaevola devrinde (M. E. 94) icar akdinin hukuki müeyyidelere bağlandığı mevsuktur: Actio locatio, Actio conducti. Birincisi locator, ikincisi conductor lehine verilmiştir.

b) Locatio tipleri :

1°) Locatio rei (şeyi icarı) :

a) Tarif :

Locator'un muayyen bir şeyden muayyen bir müddet ve muayyen bir ücret mukabilinde faydalanmasını sağlayan bir icardır.

Locatio rei'nin mevzuu menkul ve gayri menkul olabilir. Locatio rei de akitlerin teşekkülü için gerekli şartlarla teşekkül eder.

Kira bedeli beyide olduğu gibidir: muayyen olmalı ve para ile gösterilmelidir.¹³ Tabii semerelerin bir kısmı da icar bedeline karşılık tutulabilir.¹⁴

Locatio rei iki tarafa vecibe doğuran mükemmel bir akittir; binnetice, akdi teşekkülü anında her iki taraf borç altına girer: kiraya veren paestare rem, yani şeyin teslimi ile ; praestare rem için tradiito kâfidir, çünkü kiracı alalâde vazulyed durumuna geçecektir, çıplak mülkiyet kiraya verende kalır, binnetice, zilyedliği himaye eden interdictum'lardan faydalanacak olan da locator, yani kiraya verendir.

11) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 477 ; Huvelin, II, 1929, p: 94 et s.

12) Georgesco, Rapports de la philologie et du droit romain, 1934, p: 12 et s.

13) Justinianus hukukunda icar bedelinin mutlaka para olarak tespiti zaruri değildir: Longo, Mélanges Girard, II, p: 105 et s.

14) Girard, Manuel, 1929, p: 605, N: 1.

Locator'un ikinci mükellefiyeti şeyi kiracının faydalanabilmesine daima amâde bulundurmadır; netice itibariyle, şeyin bakımına itina edecektir; tamir ona aittir; şeyin gizli kusurlarından mes'uldür.

Justinianus hukukunda, locator bilmesine imkân bulunmayan gizli kusurlardan da mes'uldür.¹⁵ Nihayet; conductor'un zarurî masraflarını tazmin mükellefiyeti de mevzu bahistir.

Conductor'un esaslı borcu icar bedelini eda¹⁶ ve bu vade hululünde şeyi iyi bir halde iadeden ibarettir.

b) Locatio rei'nin son bulması :

Mandatam ve societas gibi kiraya verenin şahsı ile alâkadar bulunmadığından, locatio rei kiralayanın ölümü halinde sukut etmez: kiralayanın hak ve mükellefiyetleri mirasçılara geçer.

Locatio rei vâdeye bağlı değilse taraflardan birinin iradesi ile her zaman fesh olunabilir. Vade umumiyetle beş senedir. Locatio müddete tâbi değilse fesih için iki tarafın uzlaşması lâzımdır.

c) Locatio rei'nin mahiyeti :

Locatio rei zahiren usufructus'a benzemekte ise de, usufructus aynı, diğeri şahsî hak doğurur. Netice olarak, locator şey üzerindeki hakkını herkese, ve bilhassa, şeyin ikinci malikine karşı dermiyan edemez: kiraya veren, şeyin mülkiyetini başkasına devretmek suretiyle locatio rei son bulmuş olur. Modern hukukda ise vaziyet aksinedir: şeyin vadeye bağlı icarı şeyin ikinci malike geçmiş olması halinde de berdevamdır ; mamafih, locator Romada zarar isyan talebine haklıdır.¹⁷

Yukarı İmparatorluktan itibaren locatio rei'nin klâsik prensiplere zıd inkişaflara uğradığı görülüyor : Caracalla, ecele bağlı olsa bile locatio rei'nin, kiraya verenin şeye ihtiyaç hissettiği takdirde, her zaman fesholunabileceğini kabul eder.

2°) Locatio operarum (Hizmet akdi)

Bir ücret mukabilinde bir şahsın (ekseriya işçi) iş verene muayyen bir iş yapmasını mevzu edinen rızai bir mukaveledir.

15) Huvelin, Cours, t. II, p: 130 et s.

16) İcar bedelini eda nispeti şeyden faydalanma haddi ile tayin edilir: R. Monier, Manuel, 11944, p. II, p: 223, N: 2.

17) Julianus, D. 19, 2, fr. 25, 1.

Romada hizmet akdine fazlası ile tesadüf olunmamakta idi. Çünkü pater bilhasşa azâdlı kölesinin operae'sı ile iş ihtiyacını sağlamakta idi. Diğer cihetten, kölelerin azim faaliyeti de ehemmiyetli idi.

İşçi (locator) işi uyuşulan müddet içinde başarmalıdır ; ücrete defaten müstahaktır¹⁸. Ücret ekseriya haftada bir ödenir.

3°) Locatio operis faciendi. (İstisna akdi)

Bir şahsın (conductor) diğer bir şahsa (locator) muayyen bir iş bu berikinin vereceği malzeme ile ve bir menfaat karşılığında taahhüt etmesidir. Bir şahsın diğerine nakletmek üzere eşya devri, ev yapılmak için malzeme vermesi bu tip locatio'nun mevzuunu teşkil eder.

Malzeme conductor tarafından tedarik ediliyorsa locatio, beyi akdini de ihtiva eden bir location operarum'dan ibarettir.¹⁹

Deniz nakliyatı da locatio operis faciendi mevzuuna dahildi.²⁰

Deniz nakliyatını mevzu edinen locatio operis faciendi hususi prensiplere bağlanmış idi. Bu hususiyetler arasında bilhassa modern Avarya'nın temelini atmış olanı ehemmiyetlidir : Bütün Akdenize hâkim olan Lex Rhodia de Jactu (Rodos adası kanunu)²¹ Avaryaya temel olan kaideyi şöyle izah eder : fırtına vesaire gibi tehlikeler karşısında kaptan tarafından denize atılan eşya diğer bütün nakliyat sahiplerini müsavatan mülzem kılar.

Emtia sahipleri kaptan ile yapmış oldukları locatio operis faciendi gereğince kaptana (Magister navis) actio locati'yi açmak suretiyle tazmin talebinde bulunurlar. Kaptan da actio conducti ile eşyası kurtulmuş olan emtia sahiplerine rücu eder.

C — Societas (Şirket akdi) :

Şirket akdi en az iki şahsın kazanç temini ve kazancın aralarında taksimi için ortaya bir şey koymalarını icap ettiren rızai bir akittir.

18) Mamafih, iş kendi kusuru ile inkitaa uğradığı hallerde hüküm böyle değildir: P. Laborerie, Rev. général de droit, 1909, p: 192 et s.

19) Gaius, Inst. III, 147 ; Erman, Rev. Général du droit, 1892, p: 327 et s.

20) Lex Rhodia: Ed. Cuq, Manuel, 1928, p. : 488 et s; Huvelin, Etude d'hist du droit commercial romain, 1929, p: 184 et s; R. Monier, t. II, p: 227, N: 4.

21) Palaszo, Lex Rhodia, 1919.

a) Societas'ın tarihçesi.

Gaius societas'ın en eski tipi olarak müşterek mirasçılar arasındaki Consortium'u göstermektedir. Bununla beraber rızaya müstenit şirket akdi ile kardeşler ve dostlar arasındaki iştirâk arasında ehemmiyetli farklar vardır ; çünkü, societas jus gentium, consortium ise jus civile müessesesi idi. Netice itibarıyla, consortium'a aykırı olarak, societasda her şerik diğerleri namına sermayeyi devredemez ve onlar namına sermaye iktisabına ehil değildir.²²

Roma hukuku tam mânası ile şirket akdini M. E. 2 ci asırda idrak etti.²³

b) Societas çeşitleri.

Klâsik devir hukukunda societas şu tiplere ayrılır :

1°) Societas Omnium bonorum.²⁴

Şeriklerinin mevcut ve gelecekteki bütün mallarını ortaya koymalarını icap ettiren bir şirket akdidir.

2°) Societas alicus negotiationis.²⁵

Muayyen bir işin başarılmaması için kurulan şirkettir. İşçilerin bir hasadı kaldırmaları için yaptıkları şirket böyledir.²⁶

3°) Societas quaestus.

Şeriklerin bütün mamelekini değil meslekî kazançlarının bir araya getirilmesini icap ettiren şirket akdidir. Mukavelede sarahat bulunmayan hallerde bu societas tipi için mukaveleye girişilmiş olduğunu farz ve kabul edilir.²⁷

4°) Societas'ın mahiyeti ve teşekkülü.

Şirket akdi şu şartların mevcudiyeti ile teşekkül edebilir : hissedar-

22) Teferruat : Lévy-Bruhl, Le Consortium artificiel du nouveau Gaius, 1930, p : 293 et s.

23) Tite-Live, 23, 48, 49 : 210 yıllarında İspanya ordusunun iâşesini üzerine alan üç şirket faaliyete geçmişti.

24) Lenel, Das Edictum, 1927, p : 297.

25) Gaius, Inst. III, 148.

26) Hellebrand, F. Koschaker, III, p : 259 et s.

27) Bu şirket akdine hibe ve sair gibi sonradan hükümden düşmesi muhtemel bulunan hukukî kıymetler hisse olarak konulamaz : Paul, D. 17, 2, fr. 71,1.

ların rızası, hisse koymaları ve kazancı paylaşmaları şarttır. Hissenin mutlaka para olarak tespitine lüzum yoktur. Kârdan mahrumiyet şirket akdinin butlanını doğurur.

Şirket akdinin mevzuu meşru olmalıdır : yol keserek kâr edinmek gayesi ile birleşmek şirket akdi değildir.

2°) Societas'ın hukukî mahiyeti.

Şirket akdi ortakların karşılıklı itimadına dayanır, binaenaleyh, şeriklik başkasına devir edilemez ve bir şerikin ölümü veya Capitis deminitio'ya maruz kalması halinde mirasçıları onu temsil edemezler.²⁸

d) Societas'ın hüküm ve neticeleri.

İki tarafa da vecibe yükleyen tam bir akit olan şirket akdinin hüküm ve neticeleri şöylece formüllenebilir : her şerikin hak ve mükellefiyetleri aynı olduğundan societas'ın müeyyidesi tek bir davadır : Actio pro socio.

Bu dava formülünün condemnatio kısmında şerikin ancak gelir kaynakları nispetinde mahkûm, mes'ul edileceği kaydedilir. Dava, societas itimada müstenit bir mukavele olduğundan, terzil edicidir.

Justinianus hukukunda her şerik şirket emvalini kendi malları imiş gibi idare ile mükelleftir.

Modern hukuka aykırı olarak Roma hukukunda her ortak kâr ve zarara müsavat üzere iştirâk eder. Mamafih, mukavelede aksine hüküm bulunabilir.

e) Societas'ın sukutu.

Ortakların tabii ve hükmi ölümü, müddetin geçmesi, gayenin tahakkuku ile şirket akdi son bulur.

Modern hukukun hilâfına olarak tek bir şerikin feragatı da societas'ın sukutuna sebeptir.²⁹

*D — Mandatum (Vekâlet akdi).*³⁰

Bir şahsın (Mandator) diğerini ücretsiz olarak kendi menfaat ve namına bir şey yapması, bir hukukî muameleye girişmesi için memur etmesidir.

28) F. Desserteaux, Capitis deminitio, II, 1919, p : 165 et s.

29) Gaius, III, 151.

30) Le Bras, L'Evolution du procureurs, thèse, 1922, p : 102 et s.

a) Mandatum'un tarihçesi.

Klâsik devrin sonuna kadar mandatum ancak muayyen işler için makbuldü.³¹ Klâsik devir sonlarında genel mandatum nazariyesi vücut buldu. Bu umumî vekâlet yanında hususî vekâlet de yürürlükte idi: beyi akdi, davada vekâlet özel mandatum'a dahildi.

Justinianus hukukunda umumî vekil Procurator omnium bonorum, özel vekil procurator unius rei adı ile anılır. Justinianus hukukunda umumî vekil her işe, hukukî muameleye yetkili değildi ; bazı işler için umumî vekilin özel vekâlet alması lâzımdı : müvekkilin mahkemede temsiline hal böyledir. Buna mukabil ; Justinianus hukuku mefruz vekâlete (Mandatum praesumptum) de yer verir. Paterin, vasinin vekâleti, akrabaların birbirini temsili bu vekâletin misalleri arasındadır.

İmparatorluk hukuku vekâlette ücreti de kabul eder. Ancak actio mandati ücretin istihsalini sağlamaz.

b) Mandatum'un teşekkül şartları.

1°) Taraflar rıza göstermelidir.

2°) Mandatum prensip itibariyle mandator menfaatine netice doğurmalıdır.³²

3°) Mevzu gayri meşru olmamalıdır.³³

c) Mandatum'un mahiyeti ve neticeleri.

1°) Mandatum'un mahiyeti.

Justinianus hukukunda mandatum iki tarafa vecibe yükleyen nakıs akitler kategorisindedir ; çünkü akdin teşekkülü anından itibaren vekil havale edilen işi derhal ifaya başlamakla mükelleftir. Bu mükellefiyet actio mandati directa ile müeyyidelenmiştir ; mandator ise ancak havale edilen işin bitmesi anında mükellefiyet altına girebilir : vekilin mandatum dolayısıyla yaptığı zarurî masrafları tazmin ile mükellef olabilir. Bu mükellefiyet de vekil tarafından açılacak olan actio mandati contraria ile müeyyidelenmiştir.

31) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p : 489.

32) Mamafih, ileride görüleceği üzere, üçüncü şahıs menfaati ile ilgili mandatum da muteberdi.

33) Paul, D, 17, 1, fr. 1, 4.

2°) Mandatum'un hükmü.

Vekâlet dostluk münasebetine müstenit bir vazife olduğundan emniyeti, itimadı suiistimal eden vekil terzil edici mahkûmiyete maruzdur.³⁴

Roma hukukunda prensip temsil yokluğu olduğundan vekilin yaptığı muamelâtın hüküm ve neticeleri doğrudan doğruya mandator'u ilgilendirmez. Bu neticeleri vekil mandator'a bilâhara, işin bitmesinden sonra, devre, mandator da bu neticeleri kabule mecburdur.

Vekil vekâlet akdinin verdiği yetki gereğince hareket etmekle mükelleftir. Aksi takdirde mandator mandatum neticelerini kabule mecbur değildir. Mamafih, Proculien mektebi fikrine itibar eden Justinianus hukuku³⁵, fazla semen ile alınmış şeyin, vekil semen fazlalığını üzerine aldığı takdirde, bey'in mandator tarafından kabul edilmesini mecburi kılar.

d) Mandatum'un sukutu.

İşin ifa edilmesi veya ifanın imkânsızlaşması, mandatum itimada müstenit akit olduğundan vekilin ölümü, vadeye bağlı mandatum'larda vadenin hululü, işe başlamadan evvel mandator'un cayması mandatum'un sukutu sebepleridir. Taraflardan birinin ölümü de fesih sebebidir.³⁶

5. İsimli ve isimsiz akitler.³⁷

A — İsimli mukaveleler.

Rehin müstesna, buraya kadar gözden geçirilmiş olan akitler jus civile'nin tanıdığı hüsnüniyet mukaveleleridir. Bu akitlerden her biri hususi içtimai ve iktisadi gayelerin tahakkukuna yarar, ve her biri özel prensip ve kaidelere tâbidir. Bu akitler jus civile'ce ayrı ayrı isim taşındıklarından isimli mukavele kategorisine dahildirler.

B — İsimsiz mukaveleler:

Jus civile'nin ayrı ayrı isimlendirdiği akitler gurubuna girmeyen mukavelelere isimsiz mukaveleler denir. İsimsiz mukaveleler iki tarafa da

34) Gaius, Inst, IV, 182.

35) Just, Inst. III, 26, 8.

36) F. Dessertaux, Capitis deminitio, II, 1, 1919, p : 242 et s.

37) Meylan, Origine et nature de l'action praecriptis verbis, thèse, Lausanne, 1919 ; Giffard, Précis, 1938, p : 147 et s.

vecibe doğurur ve mukaveleyi icra eden tarafa değerini de ifaya mecbur etme yetkisini verir.

İsimsiz mukavelelerin müeyyidesi isimlilerin müeyyidesi gibi iki dava ile temin edilmiş değildir. Bir tek dava hem alacaklı ve hem de borçlu leh ve aleyhine işler. Ekseriya actio praecriptis verbis isimsiz mukavelelerin müeyyidesi idi.

a) İsimsiz akitlerin tasnifi.

İsimsiz mukaveleler mevzuları itibariyle dört tip gösterirler :

1°) Do ut des.

Bir şeyin nakline mukabil diğer bir şeyin naklini konu edinen isimsiz mukavelelerdir. Trampa (Permutatio) bunların tipik misalidir.

2°) Do ut facias.

Bir şeyin verilmesine mukabil bir şey yapılmasını mevzu edinen mukaveledir. Mükellefiyet yükleyen hibeler bunların misalidir.

3°) Facio ut des.

Bir şeyin yapılmasına karşılık bir şeyin mülkiyetinin devrini konu edinen isimsiz mukavelelerdir.

4°) Facio ut facias.

Bir işin yapılmasına karşılık bir işin yapılmasını mevzu edinen mukavelelerdir.³⁸

b) Hususiyet gösteren isimsiz mukaveleler.

Ehemmiyetli isimsiz mukavele tipleri şunlardır :

1°) Trampa (Permutatio).

Emptio venditio'ya benzeyen, ve fakat isimsiz mukavele prensiplerine tâbi olan³⁹ trampa emptio venditio'dan şu suretle ayrılır : bey'i akdi sırf iradelerin uzlaşması ile teşekkül edebileceği halde trampa şeyin devrini de icap ettirir ; trampada başkasına ait şey devrolunamaz, binnetice, taraflar şeyin yalnız zilyedliğini değil mülkiyetini de nakletmekle mükelleftirler.⁴⁰

38) İsimsiz mukavelelerin bu tasnifi Paulus'a atfedilmekte ise de, aksi mâna için bakınız : F. Koschaker, I, 1939, p : 70 et s.

39) Just, Inst., III, 23, 2.

40) D. 19, 4, fr. 1, 3.

Emptio venditio ile permutatio'nun hükümleri bakımından en ziyade yaklaşıkları cihet şeyin gizli ayıpları ve mebiin sonradan istihkak davasına maruz kalacağı meselesinde göze çarpar.

2°) Donation sub modo (ivazlı hibe)

Vahip muayyen bir şeyi hibe ederken kendisine hibe yapılan şahsın da hibeye karşılık olarak ya kendisine veya üçüncü bir şahsa bir şey vermesini, bir menfaat temin etmesini şart koşabilir.

3°) Transactio.

İhtilâflı bulunan bir şeyden ona muadil diğer bir şeyin verilmesi vadedine mukabil vaz geçilmesini icap ettiren bir anlaşmadır. Stipulatio ile yapılmış olduğu hallerde actio praescriptis verbis transactio'nun müeyyidesi olarak kullanılır.⁴¹

4°) Aestimatum.⁴²

Romada ziyadesi ile tatbik edilen aestimatum pretöre müracaat olunarak bir hukuki muamelenin hangi akitler zümresine dahil olduğunun formül ile tespit ettirmektir.

5°) Precarium.

İlk zamanlarda akit kategorisine dahil olmayan precarium patrisyenlerin arazilerini ivazsız olarak ve fakat her zaman geri almak kaydı ile terk etmeleridir.

Klâsik devirde precarium'un müeyyidesi yalnız interdictum de procario idi. Arazi sahibi lehine işleyen dava ancak Aşağı İmparatorlukta yaratılabildi.⁴³

Justinianus hukukunda precarium facio ut facias gurubuna giren isimsiz mukavelelerdendir.

6. Hüsünüyet ve kat'î hukuk mukaveleleri.

İade ve bilhassa tazminatın şumulünü tayin ile sıkı sıkıya ilgili olan mukavelelerin bu tasnifi şöyle izah olunur : Bazı mukaveleler vardır ki yerine getirilmedikleri vakit borçluyu metinlerindeki sarahata göre tazmin ve iade ile mükellef kılarlar. Bu gibi mukavelelerde hâkim nasafet

41) Caudemet, Rév. hist. de droit, 1937, p : 519 et s.

42) Just, Inst. IV, 6, 28 ; Rev. hist. de droit, 1933, p : 217.

43) R. Monier, Manuel, t. II, 1944, p : 250, N: 2.

kaidesini tatbik sureti ile tazminatı indiremeyeceği gibi, hüsnüniyet ve sui niyet nazariyesinden hareket ederek iade mükellefiyetini azaltıp çoğaltamaz. Şekle bağlı aktlerin hemen hepsi kesin hukuk mukavelelerindedir. Bu gibi mukavelelerde hâkim, prensip itibariyle, dolus, metus gibi rızayı ifsad eden sebepleri de nazarda tutarak hükmedemez.

Tazminat ve iadenin ve hattâ ifanın şumulünü hüsnüniyet, suiniyet ve nasafet prensipleri çerçevesinde tayinine mütehammil olan mukaveleler hüsnüniyet mukaveleleridir. Bunlar hâkime hile ikrah ve hatâ gibi iradyi bozan sebepleri de göz önünde bulundurma hakkını verirler.

Bu mukaveleler jus civile ve jus honorarium davaları ile müeyyidelenmişlerdir.

Aynı mukavelelerin hepsi hüsnüniyet mukaveleleri gurubuna dahildir.

7. Bir tarafa ve iki tarafa vecibe yükleyen akitler.

(Contrats synallagmatiques)

A — Bir tarafa vecibe yükleyen akitler.

Akit yapıldığı andan icrasına kadar yalnız bir tarafı borçlu, diğerini alacaklı kılyorsa bir tarafa vecibe tahmil eden akittir. Bu gibi akitlere contrats unilatéraux denir. Ödünç akdi, bilhassa mutuum bunun tipik misalidir.

B — İki tarafı da borçlu kılan akitler.

Bunlar her iki tarafı da borçlu ve alacaklı kılan mukavelelerdir. Emptio venditio bu tip akitlerin tipik misalidir : satıcı şeyi (mebi) devir mükellefiyetine karşılık semeni alma hakkına, müşteri semeni edaya karşılık mebi isteme hakkına sahiptir.

İki tarafa vecibe yükleyen akitler de iki çeşittir:

a) İki tarafa da mükellefiyet yükleyen tam akitler.

(Contrats synallagmatiques parfaits).

Bu akitler yapıldığı anda her iki taraf da hak ve borca sahip olur. Beyi akdinde akdin inikadı anında semen ve mebiin teslim borcu ve bunları isteme hakkı doğmuş olur. İcar akdinde de hal böyledir.

b) İki tarafa vecibe yükleyen nakıs akitler.

Bunlar teşekkülleri anında bir tarafa, bilâhara diğer tarafa vecibe doğuran akitlerdir.

Mandatum ve quasi contractus'lardan vesayet ve fuzuli vekâlet bu tip mukavelelerdendir. Çünkü bu akitlerde akdin teşekkülü anında mükellefiyet evvelâ vekile, vasi ve fuzuli vekile terettüp eder. Yapılan mukavele sonunda zarurî masraflara girilmiş ise müvekkil, küçük veya kadın, ve, fuzuli vekâletten faydalanan (dominus) bu masrafların tazmini ile mükellef olacaktırlar.

DÖRDÜNCÜ FASIL

ŞİBİH CÜRÜM VE ŞİBİH AKİTLER

(*Quasi ex delicto - Quasi ex contractus*)

I — Quasi ex delicto (şibih cürüm)

Justinianus borç kaynakları arasında dört tip quasi delicto'dan bahsetmektedir:⁴⁴

1. İhmal, hile vesair sebeplerle yanlış hüküm veren hâkim şibih cürüm işlemiş sayılır. Bu takdirde haksız ve yanlış hükümden zarar görmüş olan şahıs hâkim aleyhine dava açabilir. Dava pretör tarafından verilir.

2. Evinin dışına veya penceresine bir şey asıp bunun düşmesi ile yolculara zarar vermiş olan şahıs quasi ex delicto failidir ve aleyhinde actio de positis açılır. Bu dava herkes ve ekseriya ilk geçen ve zarar gören tarafından açılır.

3. Pencereden bir şey atmak veya su boşaltmak suretiyle yolculara zarar veren ev sahibi şibih cürüm işlemiş sayılır ve kusuru olmasa dahi davaya maruz kalır.

4. Otel, gemi ve han sahiplerinin işçileri tarafından müşterinin malına karşı yaptıkları hırsızlık veya verdiği zararlar da quasi ex delicto'ya dahil olup, sahip actio furti ve damni'ye maruz kalır.⁴⁵

II — Quasi ex contractus.⁴⁶

44) Gaius ; D. 44, 7,5 ; Just, Inst. IV, 5; Lenel, Edictum, 1927, p : 167 et s. Mesuliyet habitator'a, yâni kiracıya düşer.

45) Teferruat : Ed. Cuq, Manuel, 1928, p : 589; Giffard, Précis, t. II, 1934, p : 223, No: 386.

46) Just, Inst, III, 27.

I. Quasi ex contractus'un tarifi.

Tarafların peşinen rızalarını icap ettirmeyen ve fakat actio rei persecutoria'ya mahal veren, yani aynen contractus'lar neticesini doğuran hukukî muamelelere şibih akit denir.

2. Quasi ex contractus çeşitleri.

A — *Haksız mal iktisabı.*

B — *Fuzuli vekâlet.*

A — *Haksız mal iktisabı:*

Roma hukuku başkasına ait bir şey veya kıymeti mamelekine geçirmeyi veya bir şeyi sebepsiz yere elinde bulundurmaya haksız ve sebepsiz mal iktisabı nazariyesi içinde mütalâa eder.

M. S. II nci asır sonlarına kadar çeşitli davalarla müeyyidelenmiş olan iade mükellefiyeti bu asırdan itibaren condictio incerti ile daha samil bir şekilde müeyyidelenmiş oldu.

a) Haksız ve sebepsiz iktisabın çeşitleri.

Cumhuriyet devri sonları ile Yukarı İmparatorluk devrinde iki tip haksız iktisap mevcuttur :

1°) Condictio ex causa furtiva. (Gayrın şeyini haksız yere elde bulundurmak).

Müelliflerin ekserisi⁴⁷ Sabinus'dan müktebes⁴⁸ bir metne dayanarak condictio ex causa furtiva'nın bir şahsa ait şeyi haksız yere elinde bulundurmanın mutuum ve permutatio hallerine de şamil bulunduğu fikrindedirler.

2°) Condictio ob rem dati.

Bu, bir şey temini maksadı ile verilmiş olan ve iade edilmeyen şeylerin iadesini temin eden bir davadır. Hibe müstesna⁴⁹, hukukçular bu gibi şeylerin geri alınabilmesini kabul ederler. Çünkü kendisine bir şey temin etmesine karşılık olarak para veya bir şey verilmiş olan ve

47) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p : 535 ; Girard, Manuel, 1929, p : 653, n:

3. Aksi mânada : Huvelin, Furtum, 1915, p : 338 et s.

48) D. 12, 5, fr. 6.

49) R. Monier, Manuel, t. II, 1944, p : 278, N: 1.

Temin edilmek istenilen şeyin imkânsız hale girmesi de condictio'ya mahal verir : D. 12, 6, fr. 53.

istenilen şeyi temin etmemiş bulunan şahıs haksız ve sebepsiz yere zenginleşmiş olur.

3°) *Condictio indebiti*.

Borçlu olunmayan şeyin hâta ile ödenmiş olması halinde sebepsiz yere mamelekini arttırdığından *accipiens*'in iade ile mükellefiyetini Roma hukuku kabul eder.⁵⁰

Condictio indebiti, *Ulpianus*⁵¹ in hilâfına olarak *Gaius*⁵³ ca borç ödeyen ile *accipiens* arasındaki ilgiyi bir mukavele gibi değil, bilâkis bir hukukî münasebeti bertaraf eden bir münasebet olarak mütalâa etmektedir.

b) Justinianus hukukunda *condiction* çeşitleri.

Justinianus hukukunda *condictio ex causa furtiva*, ve klâsik devirde bundan farksız olan *condictio ex injusta causa* ve nihayet *condictio indebiti* rollerini muhafazaya devam etmektedirler.

Klâsik devirden farklı olarak, Justinianus hukukunda İmparatorlarca kabul edilmiş olan *pactus*'lardan doğacak olan haksız iktisapların müeyyidesi olan *condictio ex lege* yürürlüktedir.

Nihayet, *condictio ob turpem causam* ve *condictio sine causa* anılmaktadır.⁵⁴

Bunlardan bilhassa akdi saha haricinde tatbik sahası bulmuş olan *condictio*'ları sırası ile gözden geçireceğiz :

1°) *Condictio indebiti*.⁵⁵

Justinianus hukukunda borçlu olunmayan şeyin edası *quasi ex contractu*'dan doğan bir borç meydana getirir : ödenen şeyin iadesi.

Condictio indebiti için şu şartlar lâzımdır : *accipiens* ve *tradens* in hatâ ile hareket etmiş olmaları lâzımdır. Aksi takdirde, yani bilerek

50) Huvelin, *Furtum*, p : 632.

51) D. 12, 6, fr. 2, pr.

52) D. 12, 6, fr. 33.

53) *Gaius*, *Inst.*, III, 91 ; Ed. Cuq, Manuel, 1928, p : 539, N: 9.

54) Meuman, *La théorie de l'enrichissement illégitime en droit justinien* (Stud. Riccobo, IV, p : 453.)

Hristiyanlığın tesiri ile bazı *condictio* tipleri de yaratıldı :

Rev. d'hist. du droit, 1929, p : 57.

55) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p : 542 et s.

æda ve kabul halinde, accipiens hırsız, trandens vahip muamelesi görür.⁵⁶

2°) *Condictio ob injustum causam.*

Kanunî faiz haddinin müeyyidesi olan bu *condictio* fazla eda edilen faiz miktarının geri alınmasını temin eder.

3°) *Condictio ob turpem causam.*

Gayri ahlâki ve kanunî maksatlar için verilmiş şeylerden faydalanlar aleyhine verilen *condictio* tipidir. Cürüm işlenmemesi veya çalınmış bir şeyi iade etmek için alınmış para veya eşya bu *condictio* ile geri alınır.

4°) *Condictio sine causa.*

Bir şahsa teslim edilip de teslim edilen kimse tarafından haksız yere faydalanılan şeyin geri alınmasını sağlayan *condictio*'dır. Semeni eda eden müşteri bu *condictio* ile pey akçesini geri alabiliyordu.

c) Roma hukukundaki haksız mal iktisabı ile modern haksız mal iktisabı arasındaki fark.

Buraya kadar anlatılanlardan Romada haksız mal iktisabının modern hukukta olduğu gibi bir nazariye haline getirilmemiş olduğu anlaşılır. Bu, Justinianus hukukuna bile *condictio*'ların ayrı ayrı sayılmış olmaları ve bilhassa haksız mal iktisabı için ona tekaddüm eden bir hukukî muameleye lüzum olması kaidesinin mevcudiyeti ile kolayca anlaşılır.⁵⁷

B — *Negotiorum gestio* (Fuzulî vekâlet)⁵⁸.

Bir şahsın diğeri tarafından yetkili kalınmaksızın onun menfaatına hukukî muamelelerde bulunması fuzulî vekâlettir. Bu suretle muameleye girişene *Negotiorum gestor* (fuzulî vekil), namına muameleye girişilene de *dominus* denir.

a) *Negotiorum gestio*'nun tarihçesi.

Mandatum ve *negotiorum gestio*'nun çeşitli devirlerde bir arada tat-

56) Huvelin, *Furtum*, p: 498.

57) D. 12, 6, fr. 33.

58) Frese, *Mélanges Cornil*, I, 1926, p : 327 et s; G. Le Bras, *L'évolution générale du procureur en droit privé romain, dès origines du 3 ème siècle*, Paris, 1922.

bik sahasında bulunmuş olmaları negotiorum gestio'nun tarihçesi bahsinde hayli güçlükler doğurur.⁵⁹

Üzerinde ittifak edilen cihet Mandatum'un negotiorum gestio'dan daha evvel tatbik edilmekte olduğudur.⁶⁰

Negotiorum gestio'yu ilk defa müeyyideleyen pretör hukukudur. Pretör, peşinen selâhiyetlenmemiş olduğu halde başkasının işlerini çeviren şahısla (negotiorum gestor), işi görülen kimse (dominus) arasındaki münasebeti tanzim edici in factum davalar bahşediyordu. Muallâkta kalan terekenin idarecisi veya gaibin mallarını idare eden ile gaip ve mirasçının bunlar ile olan münasebeti bu suretle tanzim olunmakta idi.

b) Negotiorum gestio'nun şartları.

Fuzulî vekâlet mevzuubahis olabilmek için Roma şu şartları derpiş eder :

1°) Başkasının işlerine hakiki, fiili bir müdahalede bulunmuş olmak lâzımdır.⁶¹ Binaenaleyh, negotiorum gestor'un başkasının işi ile uğraştığını bilmesi lâzımdır ; dominus'un şahsında hatânın ehemmiyeti yoktur.

2°) Negotiorum gestor'un animus obligandi'ye, yani yaptığı zarurî masrafları dominus'a ödetme niyetine sahip olması gerekir.⁶²

3°) Klâsik devirde negotiorum gestor'un mutlaka dominus'un kim olduğunu bilmeksizin hareket etmesine lüzum yoktur. Dominus'un negotiorum gestio'ya muhalefet etmemesi halinde de fuzulî vekâlet mutaberrdir.⁶³

Dominus'un fuzulî vekâletten haberdar olmayışının şart haline girişi daha sonraki devirlerde belirir.⁶⁴

c) Negotiorum gestio'nun netice ve müeyyidesi.

59) Albertario, Stu. et. Documenta, 1936, p: 12 et s.

60) R. Monier, Manuel, t. II, 1944, p: 271, N: 3.

61) D. 3, 5, fr. 5, 4; D. 47, 5, fr. 9.

62) Paul, D. 10, 3, fr. 14.

63) Bazı müellifler (Klüber, Z. der sav. stift, t. 38, p: 197.) aksi fikri gütmekte iseler de, fuzulî vekâletin tarihçesi bunu cerhe kâfidir. Nihayet, Roma hukukunda zimni mandatum mevcudiyetini gösterir metinler bulunmayışını, ve nihayet, Digesta'nın müspet mütalâayı teyit eden hükmünü işaret etmek lâzımdır : D. 3, 5, fr. 7, 3.

64) Just, Inst. III, 27, s.

1°) *Negotiorum gestio*'nun neticeleri.

Fuzuli vekil (*negotiorum gestor*) hile ve kusurundan mesuldür; işi sonuna kadar devam ettirmekle, vekâlet sonunda hesap vermekle, vekâletin temin ettiği menfaatleri kanunî ve hukukî usullere uyarak dominus'a nakletmekle mükelleftir.

Dominus, fuzuli vekilin zarurî masraflarını tazmin, ve, vekâletten doğan hak ve mükellefiyetleri kabule mecburdur. Ancak bu mükellefiyet fuzuli vekâlet faydalı neticeler sağladığı vakit mevzu bahistir.⁶⁵

2°) *Negotiorum gestio*'nun müeyyidesi.

Klâsik devirde dominus, *actio civilis*'den, fuzuli vekil *actio in factum*'dan faydalanmakta idi.

Justinianus hukukunda, *actio in factum*'lar kalkmış olduğundan karşı'ıklı iki hüsnüniyet davası fuzuli vekâletin neticelerini temin ve tayin eder : *Actio negotiorum gestorum directa*, *actio negotiorum gestorum contraria*. Birincisi dominus, ikincisi *negotiorum gestor* lehine işler.⁶⁶

Mandatum'un müeyyidesi olan davalarla bunlar arasındaki fark birincilerinin akitten ikincilerin yapılan iş dolayısı ile doğmuş olmalarıdır.

§ V — PACTUMLAR

I — *Pactus* ve *contractus* arasındaki farklar.

Akitler dava ile müeyyidelenen hukukî bağlar olduğu halde *pactum*'lar prensip itibariyle *exceptio* doğuran anlaşmalardır.

Bununla beraber bilhassa pretör *pactum*'ları, ek *pactum*'lar ve nihayet İmparatorluk hukuku *pacrum*'larının da borç doğuracakları, ve binnetice, dava ile müeyyidelenen kabul edildi.

65) R. Moine, Manuel, T. II, p : 274, N: 2.

Dominus'un muameleyi tasvibi *mandatum*'a benzetilmiş ise de : (Ulp. D. 46, 3, fr. 12, 4) bu halde bile *actio negotiorum* verilmekte olduğu metinlerle mevcuttur : D. 3, 5, fr. 5, 11-13.

Muhakkak olan cihet icazetten sonra dominus'un fuzuli vekâletin faydasız olduğundan bahsetmeğe hakkı olmadığıdır.

66) Just, Inst, III, 27, 1; D. 3, 5, fr. 3, 7.

Şu halde bu fasılda bilhassa bu üç tip pactus'u tetkik edeceğiz.

II — Dava ile müeyyidelenen pactum'lar.

1. Pretör pacrum'ları.
2. Pacta adjecta.
3. İmparator hukuku pactum'ları.

1. Pretör pactum'ları:

Jus civile ile muayyen bir müeyyidesi bulunmayan hukuki bağlan-tıları müeyyidelemek maksadı ile pretör hile ile yapılmamış olan anlaşmaları exceptio vermek suretiyle muteber saymakta idi.⁶⁷

Bundan başka, pretör karşılıklı rızaya dayanan ve jus civile usul-leri haricinde yapılan anlaşmaları da in factum davalar ile müeyyidele-mek suretiyle daha ehemmiyetli bir iş yapmış oldu : pactum'ların akitler gibi hüküm ve netice doğurması.

Pretör pactum'larından bu suretle dava ile müeyyidelenmiş olan-ları bilhassa şunlardır :

A — *Yeminli pactum'lar*.⁶⁸

Her çeşit anlaşmazlığı hal için müracaat olunabilen bu pactum, müddeinin müddeialehyin borçlu olmadığına dair yemin etmesi halinde takibattan vazgeçeceğini, veya, müddei yemin ettiği takdirde davalının mevcudiyeti yeminle tevsik edilmiş olan borcu yerine getireceğini konu edinen bir anlaşmadır.

Verilen yemin yerine getirilmez ise pretör ya actio de jurajurando veya exceptio jurisjurandi'yi bahşeder. Exceptio borcu olmadığına dair yemin etmiş olan davalı lehine verilir. Bu exceptio ile pactum'a rağmen davacının açtığı dava reddedilir. Actio de jurejurando alacaklı olduğuna dair yemin etmiş olan davacıya verilir.⁶⁹

B — *Recepta*.

Receptum, recipere (teklif etmek, üzerine almak) kelimesinden gelir ve üç çeşit gösterir :

67) Giffard, Précis, 1934, t. II p: 106, N: 1, R. Monier, Manuel, t. II, p: 256, No: 148.

68) Lenel, Edictum, 1927, p : 149.

69) Pactum'un yerine getirilmemesi, yani yemin teklif eden davalının borcunu ödememesi halinde, yemin eden müddei ekseriya pretörün verdiği bu davayı borcu müeyyideleyen jus civile davasına tercih eder, çünkü ispat kül-feti sırf yemin ettiğini beyana inhisar eder.

a) Receptum arbitrii.⁷⁰

Bir anlaşmazlığın havale edildiği hakemi bunu hal ile mükellef kılan bir pretör pactum'udur. Hakem ihtilâfı hal ile mükelleftir ; aksi takdirde para cezasına çarphılır.⁷¹

b) Receptum nautarum, cauponum ve stabulariorum.

Kaptanların, hancı ve ahurcılara bırakılan eşyanın bunların kusurları haricinde zayi olmaları halinde bile mesul tutulacaklarını mümkün kılan pretör pactum'udur. Mamafih, şeyin ziyayı mücbir sebebe mebni ise mesuliyet yoktur.

Mesuliyet için şeyi tevdi edenle yukarıda sözü geçen şahıslar arasında bir anlaşma yapılmış olmasına lüzum yoktur. Teslim fiili receptum un teşekkülü için kâfidir.

c) Receptum argentarii⁷²

Bir bankerin başkasının borcunu ödemeği üzerine almasından ibaret olan bu receptum ile bankacılar bilhassa müşterilerinin borçlarını ödemeyi tekeffül ediyorlardı. Bu mükellefiyet kefilinkinin bir benzeri ise de, receptum argentarii şahsî v aynî garantinin imtizacından ibaret bir garanti ifade eder ; zira, argentarius (banker) da müşterisinin mutlaka muayyen bir mikdar parası da bulunmalı idi.⁷³

Receptum argentarii bilhassa ehemmiyetli ticarî münasebetler arifesinde bulunan müşterilere yapılan aynî ve şahsî krediyi sağlamakta idi. Şu halde, peşinen mevcut bir borca lüzum da yoktu.

Bu izahattan, alacaklı üçüncü şahsın doğrudan doğruya bankere değil, asıl borçluya, bankerin müşterisine müracaat edeceği neticesi çıkarılır. Müşteri ödeyemeyecek durumda bulunduğu takdirde edayı bankere havale eder ; banker ödemez ise aleyhine actio recepticia açılır.⁷⁴

70) Lenel, Edictum, 1927, p : 131 et s.

71) D. 4, 8, fr. 32, 12.

72) Deloume, Les manieurs d'argent à Rome, 1898, p : 1 et s; Appert, Rev. hist. de droit, 1932, p: 643 et s.

73) Mevdu paranın ödenecek borca tekabül etmesine lüzum yoktu, esasen bu, Receptum argentarii'nin aynı zamanda şahsî kredi mahiyeti göstermesi ile de anlaşılır.

74) Bazı müellifler bu davanın in factum bir dava olduğunu tevsik etmektedirler : Lenel, Edictum, 1927, p: 132 et s.

Justinianus hukukunda bu davaya ve hattâ receptum argentarii tâbirlerine tesadüf olunmaz.⁷⁵

C — Constitutum.

Bir şahsın gerek kendisine, gerekse başkasına ait evvelce mevcut bir borcun edasını şekil ve merasime uymaksızın kabul etmesini konu eden bir pactum'dur.

Constitutum evvelâ borcunu vadesinde ödememiş veya ödeyememiş olan borçluya muayyen bir müddet, ek bir vade vermek için kullanılıyordu: verilen müddetin bitiminde borcu ödemeyen veya bu ek mühleti suiniyetle alan borçlu actio de pecunia constitua'ya maruzdu.

Sonraları, pretör hukuku constitutum'a hemen hemen stipulatio'nun şumulünü tanıdı.

a) Constitutum çeşitleri :

Mevzuuna göre iki tip constitutum vardır :

1°) Constitum debiti proprii :

Bu, kendine ait olan bir borcun ifası için istenilen mühletin tespiti- ne yarayan constitutum'dur.

2°) Constitum debiti alieni.⁷⁷

Bu, başkasının borcunu eda için girişilen constitutum'dur.

b) Constitutum'un şartları :

1°) Ödeme vadinde bulunan muayyen bir müddet tespit etmelidir. Mamafih, Klâsik devirde müddet tespit edilmeden yapılan constitutum'lar muteberdi. Justinianus hukukunda bu prensip devam etmekle beraber, ödeme vadinde bulunan müddet tâyin etmemiş olsa bile on günlük mühletten faydalanır.

75) Bu receptum ve müeyyidesi pacta de constitut ile birleştirildi : Collinet, Etudes hist. sur le droit de Justinien, 1912, t. I, p : 270 et s; Receptum argentarii garbî Romada devam ve bankacılıkta büyük tesir icra etti: Huvelin, Cours, II, 1929, p: 113.

76) A. Pilippin, Le pacte de constitut, thèse, 1929 ; Lenel, Das Edictum, 1927 p: 247 et s.

Constitutum, gün tayin etmek mânasına gelen constituere'den gelir.

77) D. 13, 5, fr. 14, pr.

2°) Para ve muayyen şeylerin eda ve teslimi için de *constitutum* muteberdir.

3°) *Constitutum* evvelce mevcut bir borcun ifası için mümkündür.

c) *Constitutum*'un tatbik sahası :

Sahası çok geniş olan *constitutum* ancak yeni bir borç yaratmaya kadir değildir.

Constitutum başkasının borcunu da ödemek için yapılabileceğinden kefalet rolünü oynar. Nihayet, *constitutum pactum*'ları müeyyidesiz borçları müeyyidelemeye yarar: tabii borçlar *constitutum* ile medeni, kanuni borç mahiyetini muhafaza ederler.

2. *Pacta adjecta*.⁷⁸

Akitlerin neticelerini değiştiren veya akit yapıldığı an veya sonra ona eklenen *pactum*'lardır.⁷⁹

Ek *pactum*'lar evvelâ borçlunun mükellefiyetini azaltmak maksadı ile yapılan *pactum conventum*'larla başlar. Sonraları, bilhassa İmparatorluk devrinde borçlunun mükellefiyetini çoğaltan *pactum*'lar da belirdi. Birinci *pactum*'lara *ad minuendam obligationem*, ikincilere *pactum ad augendam obligationem* denir.

A — *Pactum ad minuendam* :

Akdin borçluya yüklediği mükellefiyetleri indirmek için yapılan bu ek anlaşma bilhassa kesin hukuk mukavelelerinin sert, adalet ve hüsnüniyetle uyuşmasına imkân olmayan hükümlerini borçlu lehine değiştirmek maksadı ile yapıyordu.⁸⁰

B — *Pactum ad augendam obligationem* :

Borçlunun mükellefiyetini çoğaltmak için yapılan bu ek anlaşmalardan alacaklı faydalanır.

78) Viard, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, 1928; Boyer, *Rev. hist. de droit*, 1931, p: 141 et s.

79) Akitle birlikte yapılan *pactum* lara *in continendi*, diğerlerine, yani sonradan akde eklenenlere, *ex intervallo pactum*'lar denir.

Ek *pactum*'lar menşeiini borçlunun mükellefiyetini azaltmak için ileri sürdüğü *exceptio*'larda aramak lâzımdır : Koschaker, *Festscher. f. Hanausek*, p : 155 et s.

80) Hüsnüniyet mukavelelerinde ek mukaveleye lüzum olamazdı, çünkü bu mukavelelerde *exceptio* daima ileri sürülebilirdi.

Roma daha ziyade akitle birlikte yapılmış olan pactum'ları işledi, ve bu pactum'ların hüküm ve neticelerini mukavelenin hususî şartları mahiyetinde mütalâa etti.⁸¹

Justinianus hukukunda mükelefiyeti artıracak olan pactum hükümlerinin asıl akdın mahiyeti ile uygun düşmesi lâzımdı: Mutuum da faizi artıracak olan pactum in continendi'ler muteber değildi.

3. Kanuni pactum'lar (Pacta legitima) :

İmparatorluk devrinde kat'i hukuk davaları ile müeyyidelenmiş olan pactum'lar olup üç çeşit gösterirler: Compromissum, çehiz tesisine dair pactum, hibe anlaşmaları.

A — *Compromissum (Tahkim)* :⁸²

Compromissum bir anlaşmazlığın iki şahıs tarafından hakem marifeti ile halledilmesine rıza göstermeleridir.

Klâsik devirde her iki taraf hakemin vereceği hükme riayet edeceklerini peşinen garantilemek üzere stipulatio ile muayyen bir poena'yı vadederdiler. Hüküm temyiz olunamaz.

Justinianus hukukunda tahkim, tarafların ve hakemin yemini ile takviye olunmuş ise mecburî idi. Mamafih, 82 nci novellae bu hususda şu kaideyi koydu: taraflar hükme riayet edeceklerini yazılı olarak beyan etmişler veya hükümden sonra 10 gün içinde itirazda bulunmamışlarsa tahkimin neticesi kat'idir.

Görülüyor ki, Justinianus hukukunda, Klâsik devir hilâfına olarak, tahkim için stipulatio mecburî değildir.

B — *Çehiz tesisi pactum'u* ::

Çehiz tesisi çeşitli hukukî yollarla mümkündür: dictio dotis, stipulatio, acceptilatio ilh. ;

İmparatorluk devri mücerret çehiz tesisi vadini de pactum olarak kabul etmiş olmakla çehiz tesisini kolaylaştırmış bulunmaktadır. Her türlü şekilden azâde olan bu vaade muhatap bulunduğunu ispat eden

81) Georgesco, Leges privatae, 1932, p: 212, 219.

82) Roussier, Du compromis'sine poena en droit romain classique : (Rev. hist. de droit, 1939, p: 167 et s.

koca, *conditio ex lege*'yi, yani bütün kanunî *pactum*'ların müeyyidesi olan davayı açmakla mev'ut cihazı temin eder.

Cihaz tesisine dair verilen mücerret sözü mecburî hale getiren bu söze kanuniyet veren Théodosianus ve valentinien'dir (428).

C — Hibe için pactum'lar :

a) Hibenin (*Donatio*) tarihçesi ::

1°) Eski hukukda hibe :

Aşağı İmparatorluk devrine kadar hibe için hususî bir şekil olmadığı gibi, mücerret bir beyan da kâfi değildi : Hibe şekle bağlı akitlere uyularak yapılmakta idi. Bu hususta kaide şu idi: bir şahsın mamelekinde eksilme, diğerininkinde fazlalık yaratan her muamele hibe hükmünde idi, şu tek şartla ki vahib hibe yapmak niyeti (*animus donendi*) ile hareket etmiş olsun.

2°) Klâsik devirde hibe :

Klâsik devirde *donatio*, *mancipatio* veya *Traditio* ile yapılmakta idi. Bu suretle hibe edilen şeyin mülkiyet ve zilyedliği naklediliyordu. *Mancipatio* ve *traditio*'dan evvel şeyin devri mecburiyetini doğuran *stipulatio* yapılmakta idi. Bundan başka, *ibra* (*acceptilatio*) da *donatio*'yu tesise kâfi gelebiliyordu.

3°) İmparatorluk devrinde hibe :

İmparatorluk hukukunda *donatio* gerek şekli ve gerekse neticeleri bakımından incelendi: M. E. 3 ncü asır sonlarında hibeye karşı teşriî ve örfî aksülâmeller belirdi. M. E. 204 de çıkan *lex cincia* hibeyi, hibe yapılabilecek ve yapılamıyacak halleri göstermek suretiyle tahdit etti.⁸³

Klâsik devirde bu kanun pretör vasıtası ile tatbik olunmakta idi : kanunî hâd aşılarak yapılan hibelerin iptali için pretör *exceptio legis cinciae*'yu bahşediyordu.⁸⁴

Ehemmiyetli olan cihet vahibin hibe mevzuununun mülkiyetini hibe edilen şahsa devretmiş olmasından sonra *exceptio*'dan faydalanamıyacağıdır.⁸⁵

83) Avukatlar dava takibi için kanunî haddi aşan ücret veya hediye kabul edemezler : Kanunî hâd akraba ve karı koca için mevzu bahis değildi. Teferruat : Appleton, Rev. hist. de droit, 1931, p: 424 et s.

84) Ferrari, Studi Riccobono, I, p: 473 et s.

85) Mamafih, menkul şeylerde hüküm aynı değildi : vahip altı ay içinde *interdictum utrubi* ile şeyi geri alabilir.

Vahibin ölümü *exceptio legis cinciaë*'nin mirascılar tarafından kullanılmasına mahal vermez.

b) Karı koca arasındaki hibeler :⁸⁶

(*Donatio inter virum et uxorem.*)

Caracalla'nın teklifi ile çıkan bir *Senatus - consultus* (M. S. 206) bu sert hükmü tadil etti: lehine hibe yapılan karı veya koca evlilik bağı devam ederken hibe yapanın ölmüş olması ve ölüm anına kadar hibeden vaz geçmemesi şartı ile hibe edilen şeyi muhafaza eder. Justinianus da bu kaideyi lehine hibe yapılan taraf menfaatine daha çok mülâyemetle tatbik etti. Fakat, İmparator, lehine hibe yapılanın hibe yapandan evvel ölmesi halinde hibeyi muteber saymaz.⁸⁷

İmparatorluk devri hibelerin hususî fesih sebepleri üzerinde de durdu: azâdlıya yapılan hibe azâdlının nakadırşınashğı halinde fesholunur. Bu kaide Justinianus tarafından bütün hibe hallerine tatbik olundu.⁸⁸

Donatio Justinianus Pactum ile yapılabilir: mücerret hibe vadi muteberdir ve kanunla müeyyidelenir. Bu suretle hibe yapmak için başka bir akit tipine müracaata lüzum yoktur.⁸⁹ *Animus donendi*'nin vücudu kâfidir, şu şartla ki lehine hibe yapılan şahıs da hibeyi kabul için irade beyanında bulunmuş olsun.

§ VI. AKİTLERİN NETİCELERİ

(Borçların hükmü) :

Bu fasılda akitlerin icrası, icra edilmemesi ve temerrüd bahislerini tetkik edeceğiz.

I — Akitlerin icrası :⁹⁰

Roma hukukunda borçların sukutu, akitlerin yerine getirilmesi ilk defa *mutuum*'da ödeme (eda) ile mevzubahis oldu.⁹¹

86) Dumont, *Led donations entre époux en droit romain*, 1928.

87) Constantin'den itibaren hibelerin tescili lâzımdı. Tescil İmparatorluk memurları tarafından yapılır; Tescile tâbi hibeler, Théodos zamanında 200, Justinianus devrinde 500 altın sikke kıymetinde olanlardır.

88) R. Monier, *Manuel*, t. II, p: 267, No: 153.

89) Just, *Inst.* II, 7, 2.

90) Ed. Cuq, *Mannuel*, 1928, p: 613.

91) Borçların sukutu ile ifası arasında fark olduğu aşikârdır : İfa biz-zat alacaklıyı tatmin eder, sukut sebepleri ise bazan borçluyu (*acceptilatio* ve

1. Akitlerin icrasının (borçların ifasının) tarifi ve bu husustaki genel prensipler.

İfa, akdin mevzuuna göre bir şeyin edası, yapılma veya yapılmaması şekillerinde tecelli edebilir.

2. Akitlerin icrasının esaslı şartları.

Borcun ifası borçluyu borçtan kurtarabilmek için şu şartlara uygun düşmelidir :

1°) Prensip itibariyle ifa herkes tarafından yapılabilir.⁹² Ancak borçlunun şahsı ile ilgili bulunan borçlar bizzat borçlu tarafından yerine getirilir.

Üçüncü şahıs tarafından yapılan ödemenin muteber olabilmesi için borç ödeyenin gayrin borcunu ödediğini bilmesi lâzımdır, aksi takdirde borçlu olunmayan şeyin edası mevzubahistir.

2°) İfa ehil bir kimseye karşı yapılmalıdır. Eda bizzat alacaklıya veya vekiline yapılır.⁹³

3°) Ödeme borç mevzuuna tamamiyle uygun olarak yapılmalıdır.⁹⁴

Borçlu, prensip itibariyle borcun tamamını ödemekle mükelleftir.⁹⁵ Kaynağı çeşitli bulunan müteaddit borçla mükellef borçlu kendisine en uygun geleni ödeyebilir.⁹⁶

İmparatorluk devrinde de prensip mukavele edilmiş olan şeyin edasıdır. Mamafih, alacaklı razı olursa, datio in solutum, yani mukavele edilmiş şeyden başka bir şey vermek suretiyle eda muteberdir. Proculi-enlerce açılacak davaya karşı bir exceptio imkânı veren datio in solutum

zaman aşımında olduğu gibi) tatmin eder, bazı hallerde de her iki tarafı da tatmin etmez.

92) Hattâ borçlunun kim olduğu bilinmeden ve onun arzusu hilâfına bile başkası tarafından eda muteberdir : D. 3, 5, fr. 38.

93) Adstipulator (fer'i alacaklı), adjectus solutionis gratia (edaya vekil edilen şahıs) a da yapılan ifa muteberdir : Just, Inst. III, 19, 4.;

94) C. 18, 4, fr. 21.

95) Mamafih, Justinianus hukukunda Majistra alacaklıyı kısmi edaya mecbur tutabilir : D. 12, 1, fr. 21; Ancak bu hal hükümle vaki edalarda mevzubahis değildir.

96) C. VIII, 42, Cost. 1.

Sabinienlerce borcun sukutunu temin eder. İmparatorluk hukuku Sabinienlerin görüş tarzını tatbik etti.⁹⁷

Datio in solutum'un muteber olabilmesi için alacaklının devredilen şeyin maliki kılınması lâzımdır. Bu suretle datio in solutum borçlu ile alacaklı arasındaki emptio venditio'ya benzetilmiştir.

Justinianus hukukunda da bu esastan hareket edilerek alacaklıya şeyin gizli ayıplanından ve şeye karşı istihkakdan ötürü tazminat davasından faydalanması kabul edildi.⁹⁸

3. Edanın ispatı :

İmparatorluk devrine kadar kıymeti ne olursa olsun ödeme her vasıta ile ispat olunabiliyordu. İmparatorluk devrinden itibaren alacaklı tarafından tanzim edilen makbuz edayı teyit eder.⁹⁹

II — Akitlerin icra edilmemesi :¹⁰⁰

Akitler, bilhassa borçlunun şahsı ile ilgili bulunanlar ve nev'i belirtilmiş olan borçları mevzu edinenler, mücbir sebep ve umulmadık hallerden ötürü icra imkânsızlığı ile borçlu tarafından hiç bir mes'uliyete maruz kalmaksızın fesholunabilirler.

Ehemiyyətli olan nokta bu iki sebebin ölçülebilir, tartılabilir şeyleri mevzu edinen borçları ortadan kaldıramıyacağıdır. Bu itibarla ki, ceza mahiyetindeki borçlar bu iki sebeple dahi ortadan kalkmazlar. Zira cezai borç daima misli şeylerden olan muayyen bir miktar paranın edasından ibarettir.

Borçların ifa edilmemesi borçlunun hile ve kusurundan da ileri gelebilir.

Şu halde bu paragrafa sırası ile umulmadık hal, mücbir sebep ve borçlunun fiil ve kusurundan ötürü âdemi ifa ve neticelerini tetkik edeceğiz.

1. Causus minores (Umulmayan haller) :¹⁰¹

97) C. VIII, 42; Cost. 17, A, 293; Steiner, Datio in solutum, Zurich, 1914.

98) D. 13, 7, fr. 24, pr.; Girard, Manuel, p: 733, N: 4.

99) R. Monier, Manuel, 1944, t. II, p: 288 n: 3.

100) Arangio-Ruiz Responsabilità contrattuale, 2 ème éd. 1934, p: 287. Luzatto, Caso fortuito e forza maggiore, t. I, La responsabilità per custodia, Milano, p: 285 et s.

101) Just, Inst, III, 23, 3.

Akdin mevzuunda vaki umulmadık hallerdir ki mukavelenen fes-hini icap ettirir, ve borçlu mes'ul tutulmaz. Bu sebepler arasında satılan köle veya hayvanın ölmesi ve çalınmasını anmak lâzımdır. Mamafih, bu hallere borçlunun kusuru sebebiyet vermemiş olmalıdır.¹⁰²

Aksine mukavele olmadan dahi Custodi¹⁰³, yani muhafaza, ihtimam nazariyesi mucibince de mes'ul tutulabilir: kölenin zincirli olarak devredilmesi şart koşulmuş idi ise ve teslimden evvel kaçmışsa custodia nazariyesince satıcı mes'uldür.¹⁰⁴

Justinianus hukukunda custo^{s105} yanında satıcının da ihtimam göstermiş olması lâzımdır.¹⁰⁶

Klâsik devir sonunda custodia aşağı yukarı diligentia ile karıştırıldı.¹⁰⁷

2. Causus majores (Mücbir sebep) :

Mücbir sebep (vis major) önüne geçilemeyen bütün hâdisatı ifade eder: yer sarsıntısı sel, ani ve büyük yangın mücbir sebeplerdendir.¹⁰⁸ Bu hallerde borçlu borcundan kurtulmuş olur. Ancak bu sebeplere borçlunun kusuru (culpa) iştirâk etmemiş olmalıdır.

3. Borçun borçlunun fiili yüzünden ifa edilememesi :

Bu üçüncü halde borçlunun mes'uliyetini bazı ayırtlara göre tetkik etmek zaruridir.

A — Teslimi icap eden borçlarda şeyi ziyaa uğratan müspet her fiilinden ötürü borçlu mes'uldür. Fakat ifayı imkânsız kılan içtinabî hareketinden dolayı jus civile'ce mes'ul değildir. Meselâ satılan hayvan hastalığında ihtimam görmez ve ölürse, mes'uliyet yoktur. Mamafih, stipulatio da clausula doli, hileden mütevellit exceptio kaydı varsa borcun ifasını imkânsız hale koyan içtinabî hareketler de mes'uliyeti muciptir.

102) Ariyet alanın ariyet mevzuunu akitteki gayeden başka gaye ile kullanarak zayi etmesi veya hasara uğraması, veya satıcının akdin inikadından sonra satılan köle veya hayvanı teslim anına kadar normal üstündeki işlerde çalıştırması, iâşesini kesmesi gibi hallerde borçlu mes'uldür: D. 47, 5, fr. 1, 4.

103) J. B. Paris, La responsabilité de la custodia, thèse, 1926.

104) D. 13, 6, fr. 5, 6, 13.

105) Satıcı custos, yani satılan şeyin muhafazasına memur şahıs tayin etmiş ise mes'ul değildir: D. 19, 2, fr. 18, pr.

106) Diligentia in custodia: D. 13, 6, fr. 18, pr.

107) D. 39, 2, fr. 18, pr.

108) D., 19, 2, 15, 2.

M. S. 3 üncü asrın başlarına kadar ifayı imkânsızlaştırma kasdi ile hareket edilip edilmediği de göz önünde tutulmazdı. Bu devirden itibaren borçlu ancak ifa imkânsızlığı kasdi ile hareket etmiş ise mes'uldür; yani bu takdirde ifa imkânsızlığı onu borçtan kurtaramaz.

B — Hüsünüyet davaları ve in factum davalarla müeyyidelenmiş borçların ifa edilmemesi halinde mes'uliyet.

Klâsik devirde inkişaf eden bu mes'uliyetin tarihçe ve inkişafı hile ve kusur (culpa) nazariyesinin tarihçe ve inkişafı ile yakından ilgilidir.

a) Dolus (Hile) :

Borcun gerek tamamen gerek kısmen borçlunun müspet veya içtina nabi hilesi ile ifa imkânsızlığına maruz bırakılması mes'uliyeti muciptir. Klâsik devir hukuku borçluyu hilesinden ötürü mes'ul kılacak muameleleri saymıştır. Depositum'u müeyyideleyen in factum davalarının formüllerinde bu husus sarihtir. Hüsünüyet davalarında ise formula'nın exceptio kısmında yazılmamış olsa bile dolus her zaman borçlunun mes'uliyetini temin için dermeyeran olunur.¹⁰⁹

B — Culpa (Kusur) :

1°) Cezaî ve akdi kusur arasındaki fark :

Culpadan ötürü akdi mes'uliyeti gözden geçirmeden evvel akdi ve cezaî culpanın ayırt edici vasıflarını belirtmek faydalıdır. Lex Aquilia, Culpa Levissima (En hafif kusur) yı da cezaî mes'uliyetde esas tutar. Akdi mes'uliyet ise, şeyin kısmen veya tamamen kaybedilmesi veya hasara uğratılmasına sebep olan kusur nazara alınır.

Modern haksız fiil nazariyesi Culpa Levissima'yı da ihtiva eder.

2°) Akdi kusur (Culpa) :

Akdi kusur nazariyesi Fides ve Diligentia ile başlar.¹¹⁰

Klâsik devir hukukçuları borçlunun ifayı imkânsızlaştırıcı müsbet ve menfi her hareketini Culpaya dahil ederler ancak bunlar Culpa nazariyesinin sübjektif unsuru üzerinde durmamışlardır.

c) Justinianus hukukunda Culpa :

Klâsik Culpa nazariyesindeki bu boşluk Bizans hukukunda dereceleri kabul edilmiş olmakla aşağı yukarı doldurulmuş oldu.

109) R. Monier, Manuel, 1944, t. II, p: 303, N: 1.

110) Gaius, inst, I, 200.

Bizans hukuku akdi mes'uliyete meydan veren dört tip Culpa kabul eder.

1°) Culpa lata (Ağır Kusur) :¹¹¹

Justinianus hukukundan evvelki İmparatorluk devri hukukçuları ağır kusuru zarar kasdı olmaksızın yapılan hileye benzetmişlerdir. Yine aynı devirde herkesin kestirebileceği tehlikelerin önüne geçmemek ve en ehemmiyetli ve zarurî olduğu aşikâr tedbirleri almamış olmak da Culpa lata sayılıyordu.¹¹²

Bu sonuncu hal, yani en az müteyakkız olan bir kimsenin bile ihmal etmiyeceği hareketlerde bulunmak Justinianus hukukunda Culpa lataya dahildir.¹¹³

2°) Culpa Levis in abstracto :

Bu müteyakkız bir adamın (Bonus vir), müdebbir bir paterin işlemeyeceği kusurdur.¹¹⁴

Justinianus hukukunda hüsnüniyet mukavelelerinde fazlasile tatbik olunan bu kusur rehinli alacaklıya da tatbik olunmakta idi.¹¹⁵

3°) Culpa levis in concreto :

Kendi işlerinde gösterilmemesine imkân olmayan ihmali ifade eden kusurun bir derecesidir.

Koca çehiz, vasi vesayete tabi kimselerin malları üzerinde Socius şirket mallarında kendi malları imiş gibi hareket etmeli idiler. Aksi takdirde, Culpa levis'in concreto işlemiş olurlardı.¹¹⁶

Zamanımız hukukunda akdi mes'uliyet en ufak kusur halinde dahi mevzuu bahisdir. Mamafih, modern akdi mes'uliyetin esasını Culpa levis in abstracto'daki kaide teşkil eder.¹¹⁷

Akidlerin âdemi icrası (Borcun ifa edilmemesi) nin müeyyidesi :

A — Tarihçe :

Kanunun alacaklıya hükme lüzum kalmaksızın borçlunun şahsı-

111) R; Monier, manual, 1944, t. II, P/307, n: 4

112) Ulp, Regul, I, 1; Paul, Sent. 1, 2.

1133) Giffard, Précis, t. II, 1934, p: 275, N: 1.

114) D. 9, 2, fr. 31.

115) Just, Inst, III, 14, 4.

116) D. 17, 2, fr. 72; D; 27, 3, fr. 1. pr.

117) Henri etL.Mazeaud, traité de laresponsabilité civile, t; I, no: 36, 50.

na el koymasına müsaade ettiği haller müstesna akdin icra edilmemesinden mutazarrır alacaklı borçlunun mes'uliyeti için hüküm istihsaline mecburdur.

Klâsik devirde mahkûmiyet prensip itibariyle muayyen bir mikdar paraya müncer olur. Hâkim borçluyu borcu yerine getirmeğe mahkûm edemez.¹¹⁸

Alacaklı aleyhine mahzurlar doğuracak olan bu kaide formüllü dava usulile hafifletildi. Litis Contestatio'dan sonra borçlunun yapacağı eda muteber sayıldı; bazı davalarda hâkim evvelâ borçluyu akdi icraya davet etmek imkânını da buldu.

Hüküm asıl borçtan daha müessir bir borç doğurur: mahkûmiyet mevzuunu yerine getirmek.¹¹⁹ Mahkûm akdi borçlu, suçlu muamelesi görür: mahkûmiyet bahşedilen müddet içinde yerine getirilmez, meblâğ ödenmezse alacaklı manus injectio'ya müracaat eder. Bundan başka, pretör borçlunun emvaline haciz de koyabilir.

Fevkalâde yargılama usulünde prensip akitlerin mevzuunun yerine getirilmesidir. Binaenaeyh, bu devirde modern hukuka yaklaşılmış bulunmaktadır.¹²⁰ Bununla beraber Justinianus Klâsik devir prensiplerine de yer vermiştir.¹²¹

B — Tazminat :

Roma hukuk tarihinde akdin icra edilmemesinden doğan zarar ziyanın tazmin ve takdiri iki bakımdan incelenmelidir: hâkim ve taraflarca tazminatın takdiri.

a) Tazminatın hâkim tarafından takdiri.

Formülünde mahkûmiyet miktarı derpiş edilmiş olan davalarda (condictio certa pecuniae) hâkim bu miktarda mahkûm edecektir.

Diğer hallerde hâkim, tazminatın şumulünü takdirde serbesttir. Bazı hallerde, müdeinin yemini üzerine de takdir mevzubahistir. Hâkim takdir hakkını litis contestatio'yu göz önünde tutarak kullanır.

Klâsik devirde hâkim akit icra edilse idi alacaklının edineceği kazancı da göz önünde tutarak hükmeder.

118) Gaius, inst, IV, 48.

Justinianus hukukunda, hâkimin ancak doğrudan doğruya vaki zararlar itibar ederek takdir hakkı kullanacağı ve beyide tazminat miktarının mebiin itibarı kıymetinin iki mislini aşamayacağı kabul edildi.

Stipulatio'daki aksine sarahat müstesna, tazminat semereleri ve faizleri de ihtiva eder.

Justinianus hukukunda faiz davanın başladığı andan işler.¹²²

Mamafih, hüsnüniyet davalarında faiz temerrüd anından itibaren işler, ve, semereler ekseriye akdin inikadı günü nazara alınarak hesaplanır. Beyide de hüküm böyledir.¹²³ Faiz ve semereler formülde mevzu bahis edilmediğinden hâkimin takdir hakkı bu hususta tamdır.

b) Zarar ve ziyanın taraflarca tesbiti.

Stipulatio poenae (Cezaî şart) :

Hâkimin muhtemel yanlış takdirinin önüne geçilmesi ve bilhassa ifanın peşinen garantilenmesi mulâhazası ile taraflar akdin inikadı ânında akdin âdemi icrası halinde verilecek tazminat miktarını tâyin edebilirler. Stipulatio poenae'yi yapacak olan taraf borçludur.

Cezaî şart iki tip stipulatio ile koşulabilir: Şarta bağlı stipulatio, ki bunda borç ifa edilmediği zaman muayyen bir miktar paranın alacaklıya edası vaad olunur. Bu stipulatio hem asıl borcu hem de cezaî şartı ihtiva eder: şu köleyi vermez isen 100 sesteres verir misin?... gibi.

İkinci tip stipulatio da ardı ardına iki stipulatio mevcuttur: şu köleyi vermeyi vadediyor musun? Eğer vermez isen 100 sestres verir misin? gibi.

Eski tipi ifade eden birinci stipulatio'da borç ödenmediği takdirde cezaî şart ödenecektir, öyle ki, borç kısmen ödenmiş olsa bil cezaî şart tamamen eda olunmalıdır.¹²⁴ Diğer cihetten, borçlu, şeyin mücbir sebep ve umulmadık hallerle teslim edilememesi halinde bile cezaî şartı edaya mecburdur.¹²⁵

119) Gaius, Inst. IV. 180.

120) Just, Inst, IV, 6, 31.

121) Just, Inst, IV, 6, 32.

122) D. 22, 1, fr. 35.

123) R. Monier, Manuel, t. II, 1944, p: 314.

124) D. 45, 1, fr. 85, 6.

125) Çünkü asıl borç cezaî şarttan ibarettir: Paul, D. 44, 7, fr. 44, 5.

İkinci tip stipulatio da hem asıl borcun hem de cezaî şartın edası ayrı ayrı şart koşulmuş bulunmaktadır. Cezaî şartı ihtiva eden stipulatio nun rolü asıl borcun ifa edilmemesi halinde zarar ziyanı tespit etmektedir. Binaenaleyh, bu cezaî şart tam mânası ile cezaî mahiyet göstermez. Binetice asıl borcun kısmen edası halinde de cezaî şart lâzımgelir.¹²⁶

4. Fraus creditorum.¹²⁷

Bu paragrafta borç ödemekten âciz durumda bulunan borçlunun ve alacaklıyı zarara sokmak niyeti ile mamelekinde yapmış olduğu azaltıcı tasarrufların hüküm ve neticelerinden bahsedeceğiz.

A — *Fraus'un tarihçesi* :

Bu hususla ilgili *Digesta*' metinlerinin kısmen değiştirilmiş olması ve ilâvelere uğramış bulunması, ve hele Justinianus hukukçularının *Fraus'u* önleyen Pretör edictum'ları ile Bizans nazariyesini birbirine karıştırmış olmaları, *Fraus'un* tarihçesini kat'iyetle belirtmeyi hayli güçleştirir.

a) Klâsik devirde *Fraus*.

Müelliflerin ekserisi¹²⁸ *restitutio in integrum* yanında pretörün *fraus'u* men edici edictum'lar bahşetmekte olduğu kanaatindedirler. *Fraus'a* maruz alacaklılar ceza davasına müracaat edebiliyorlardı.

b) Pretör hukukunda *fraus*.

Ciceron devrinden itibaren¹²⁹ pretör, alacaklıları himaye etmek üzere *venditio bonorum* müessesesini işletmektedir: *curator bonorum* pretörden *restitutio in integrum* talep etmeğe haklıdır: pretör *fraudator* (borç ödemekten âciz ve hileli tasarruflarda bulunan borçlunun sui niyetli üçüncü şahıslarla yaptığı mamelekinin *passifini* artıncı muameleleri hükümsüz *addedi*yordu. Pretör, aynı zamanda, *bonorum emptor'u* da, hileli tasarruflarda bulunmuş olan üçüncü şahısların takip ihtimallerine karşı *exceptio fraudis'i* bahşetmek suretiyle, himaye ediyordu.¹³⁰

126) *Fraus* kelimesi ekseriya hileli hareketler için kullanılır; akitlerin icra edilmemesi, borçların âdemi ifası bahsindeki mânası tamamıyla tekniktir: borçlunun alacaklı aleyhine giriştiği her türlü muamele ve bilhassa tasarrufat, mahkûm borçlunun emvali üzerindeki alacaklıları zarara sokucu her türlü hareketi *fraus'u* ifade eder.

127) Lenel, *Das edictum*, 1927, p: 435 et s.

128) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 587; Giffard, Précis, t. II, N: 380; Girard, Manuel, p: 455 et s; R. Monier, t. II, p: 319.

129) Girard, Manuel, p: 457, n: 3; Lenel, *Edictum*, 1927, p: 435, N: 8.

130) D. 12, 2, fr. 9, 5.

Pretörün ehemmiyetli işlerinden biri de venditio boşorumdan kısmen faydalanmış olan alacaklılara fraudator'un üçüncü şahıslarla yapmış olduğu ve emptio venditio'ya kadar gizli kalmış bulunan muamelelerin feshini temin etmek için fraus dolayısı ile interdictum bahşetmesi idi.¹³¹

Interdictum fraudatorium bilhassa fraudator'un iradesi ile eksilen (derelictio da olduğu gibi) mamelekin eski hale getirilmesini sağlar.¹³²

Interdictum fraudatorium fraus'dan faydalanan kötü niyetli üçüncü şahıslara karşı verilmekte idi. Mamafih, hüsnüniyetli üçüncü şahıslar da in factum davalar ile takip olunabiliyorlardı.

Interdictum fraudatorium, restitutio in integrum hilâfına olarak, bütün semerelerin iadesini sağlamaz: bu interdictum ile şeyin devri anındaki semerelerle, interdictumun verildiği andan sonraki semereler temin edilir.

c) Justinianus hukukunda Fraus Creditorum.¹³³

(Actio Paulienne).¹³⁴

Bizans hukuku, Restitutio in integrum ve interdictum fraudatorium'u kaldırdı ve actio paulienne adile infactum bir davayı fraus'ın müeyyidesi kıldı.

Justinianus hukukunda Venditio Bonorum yerine Distractio bonorum tatbik sahasındadır. Distractio bonorum ile tamamiyle tatmin edilmemiş olan her alacaklı Fraus yolile yapılmış olan tasarrufatın feshi için iptal davasından faydalanır.

B — İptal davası ve şartları :

a) Bonormu şartları :

İptal davasından faydalanabilmek için şu şartlar lâzımdır :

1°) Fraus'lı muamele mahiyeti itibarile ibtal olunabilmelidir. Azad ibtale mütehammil değildir azadlamaların ibtali için hususî kanun lâzımdır.¹³⁵

131) D. 42, 8, frfr; 10, 18.

132) Halbuki, Restitutio in integrum hukukî bir muamele dolayısı ile verilmekte idi.

133) Just, Inst. IV, 6, 1; D. 42, 8, fr. 6, 8.

134) Davanın menşei için: P. Collinet, Origine Byzantine du nom de la Paulienne: Nouv. Rev. hist. 1919, p: 187 et s.

2°) Borçlu, mamelekini azaltıcı hukuki bir muamele yapmış olmalıdır.

Borçlunun devrettiği şey bedelinden az bir semenle devredilmiş ise farus var sayılır.

İşaret olunsun ki, *actio Paulienne* mameleki zenginleştirici muamelelerin ihmal edilmiş, ve meselâ hibenin reddedilmiş olması halinde, işlemez.

Modern hukukta da prensip aydır, fakat Romanın hilâfına olarak mirasın reddi caiz değildir.

Actio Paulienne, *interdictum fraudatorium*'dan farklı olarak, muvazaalı, *fraus*'a müstenit aynı garantileri de iptal eder.

3°) Borçlunun borç ödemekten âciz bulunduğu, ve ekseriya emvalinin *distractio bonorum* ile satılmakta bulunduğu veya satılmış olduğu ispat olunmalıdır.

4°) *Consilium fraudis*'in, yani iltizam edici muameleye girişen borçlunun alacaklıları zarara uğratmak maksadı ile hareket etmiş olması lâzımdır.

c) İptal davasının mahiyet ve neticeleri :

İptal davasının mahiyeti :

1°) İptal davası hâkime takdir hakkı veren davalardandır. Binaenaleyh, *fraus*'lu muamelede bulunan üçüncü şahıs şeyin mülkiyetini devirden çekindiği zaman *actio Paulienne* veriliyordu. Dava *fraudator*'a karşı açılabilceği gibi kötü niyetli üçüncü şahsa karşı da açılabilir.

2°) *Actio Paulienne*'nin neticeleri :

İlk netice *fraus* ile yapılan akit veya tasarrufun yapılmamış addedilmesi ile ifade olunur. Dava; isterse üçüncü şahıs mamelekini artırmamış bulunsun, alacaklının uğradığı bütün zarar ve ziyanın tazminini sağlar.

Justinianus hukuku, haklı olarak, *fraudator* ve üçüncü şahsın mirasçılannın da bu dava ile takibini kabul eder. Üçüncü şahsın mirasçılarını zenginledikleri nispette, *fraudator*'un mirasçılan da hile ile mameleklerini fakirleştirdikleri nispet dahilinde mes'uldürler.¹³⁶

135) Solazzi, *Revoca*, 1934, p: 96 et s.

136) Solazzi, *Revoca*, 1934, p: 181 et s.

III — Temerrüd (Mora) :¹³⁷

1. Giriş.

Borcun ifa edilmemesi ile mora arasındaki fark bârizdir: âdemi ifa akdin nihai surette yerine getirilmemesi, temerrüd ise akdin muvakkaten icra olunmamasından ibarettir. Diğer cihetten, akdin âdemi icrasının hükümleri sırf borçlu aleyhine neticeler vücuda getirir; temerrüd ise, bazan alacaklının kusuru ile de vukubulacağından, hüküm ve neticelerini alacaklı aleyhine de doğurabilir. Bu husus Mora creditoris tetkik olunurken görülecektir.

2. Temerrüdün çeşitleri :

Temerrüd, muaccel borcun vaktinde yerine getirilmemesidir; ya borçlunun veya alacaklının fiilinden ileri gelebilir; birinci halde borçlunun temerrüdü, ikinci halde alacaklının temerrüdü mevzubahistir.

Hüküm ve neticelerinde değişiklik olan bu iki temerrüdün ayrı ayrı tetkiki zaruridir. .

A — Borçlunun temerrüdü (Mora debitoris) :

a) Borçlunun temerrüdü şartları :

Klâsik devirde muaccel borcu zamanında, yani vadenin bitimi veya taliki şartın tahakkuku anında ifa etmeyen borçlu mütemerrid sayılırdı. Muacceliyet anında, hiç değilse gününde, akdin borçlu tarafından icra edilmemiş olması temerrüd için kâfi bir şarttı.¹³⁸

1°) Interpellatio (İhtar) :

Justinianus hukuku sırf muacceliyetin borçluyu mütemerrid vaziyete sokamayacağı kaidesini koydu: alacaklı muaccel borcun borçlusuna ifayı bildirir ihbarda bulunmalıdır.¹³⁹

Interpellatio, borç ihtilâflı olduğu hallerde borçluyu temerrüde sevk

137) Guarneri, Contributi alla dottrina della mora (Annali. Palermo, 1924, p: 161 et s. ; Huvelin, Furtum, 1915, p: 363.

138) Girard, Manuel, p: 689, n: 3.

139) Borcun mahiyeti muacceliyet anında ifayı mümkün kılmaz veya borçlu pactum ile bir mühletten faydalanyorsa interpellatio ona göre yapılmalıdır.

140) D. 22, 1, fr. 24, pr.

edemez: borçlu borcun mevcudiyetini red için bir dava veya *exceptio* kullanmaya haklı ise hal böyledir.¹⁴⁰

2°) Borç muaccel olmalıdır.

Borcun muaccel olup olamayacağı akitdeki hükümlere ve borç mevzuunun mahiyetine göre tayin olunur: borç ecel veya şarta bağlı ise, veya ifa müstakbel bir mevzua müteallik ise borçlu ecelin, şartın veya müstakbel mevzuun tahakkuku anına kadar mütemerrid (*in mora*) addedilemez. Çünkü bu tahakkukdan sonradır ki borç muaccel hale girer ve alacaklı *interpellatio*'ya hak kazanır.

b) Borçlunun temerrüdü neticeleri :

1°) Para borcunun alacaklısı ancak mukaveledeki borç mevzuunun yerine getirilmesini isteyebilir. *Litis contestatio*'ya kadar işleyen faizler dahi talep edilemez.¹⁴¹

2°) Mevzuu paradan başka ve muayyen bir şey olan borcun alacaklısı da prensip itibariyle yukardaki kaideye tâbidir. Ancak, debitor *in mora* (mütemerrid borçlu) şeyin hasarından ve kıymet eksikliklerinden mes'uldür.¹⁴²

Borçlu temerrütten sonra kusur haricinde zayi olan şeyi veya bedelini temin ile mükelleftir.¹⁴³ Mamafih, İmparatorluk hukuku temerrüd vaki olmasa idi bile şeyin ziyaa uğrayacağını ispat eden borçluyu bu mükellefiyetten beri kılar. Bu kaide Justinianus hukukunda yalnız *Depositum* için değil aynı bütün mukavelelere ve hattâ *nzaî* olup da mevzuu bir şeyin tesliminden ibaret bulunan bütün akitlere teşmil olundu.¹⁴⁴

Müteselsil borçlulardan birinin temerrüdü diğerini mülzem kılmaz; fakat, borçlunun temerrüdü kefile sâridir.¹⁴⁵

3°) Hüsünüyet mukavelelerinde *mora debitoris*'in neticeleri çok farklıdır: semereler ve geçmiş günler faizi daima ödenir. Mamafih, asıl borç dava ikamesinden evvel ödenmiş ise geçmiş günler faizi ile mükellefiyet mevzubahis değildir. Bu, Roma hukukunda geçmiş günler faizini

141) Gaius, *Inst*, II, 280.

142) Dumont, *Rev. hist. de droit*, 1932, p: 192 et s.

143) D. 45, 1, fr. 82, 1.

144) D. 4, 2, fr. 14; 30, fr. 47.

145) R. Monier, *Manuel*, t. II, p: 294.

asıl borçla ilgili ihtilâfı halledecek olan hâkimin takdir hakkı ile tayin olunabileceği kaidesinin neticesidir.

B — Mora creditoris. (Alacaklının temerrüdü) :

Borcun ifa edilmesi için yapılan hareketi veya eda teklifini muhik bir sebep olmaksızın kabul etmeyen, veya mecbur iken, ifa ile ilgili hazırlıkları yapmayan alacaklı mütemerriddir.

a) Mora creditoris'in şartları aynen mora debitoris'in ki gibidir¹⁴⁶ Binaenaleyh, Klâsik devirde zamanında yapılması lâzım ifayı imkânsız kılan alacaklı mütemerrid sayılır.

Justinianus devrinde borçlu tarafından interpellatio da şarttı: ihbar üzerine ifayı kabul etmeyen veya şeyi tesellüm eylemeyen alacaklı mütemerriddir.

b) Alacaklının temerrüdü neticeleri :

1°) Borçlu, şeyin muhafazası külfetinden kurtulur. Binnetice, şeyin ziyaı veya kıymetten düşmesi ancak borçlunun hilesi neticesinde vaki olmuşsa borçluyu mülzem kılar.¹⁴⁷

2°) Mütemerrid alacaklı borçlunun şeyin muhafazası için yaptığı masrafları tazmin ile mükelleftir.¹⁴⁸

3°) Alacaklının temerrüdü borçluyu temerrüdden kurtarır.

Alacaklının temerrüdü bilhassa üzüm ve benzeri şeylerin satışında çok ehemmiyetli idi, öyle ki, bu gibi hallerde her iki tarafın temerrüdü halinde mes'uliyet alacaklıya (müşteri) yükletilmekte idi.¹⁴⁹

146) D. 46, 3, fr. 72, pr.

147) D. 24, 3, fr. 9.

148) Satılan kölenin bakımı bilhassa iaşesi için yapılan masraf tazmin edilmeli idi: D. 19, 1, fr.

149) D. 18, 6, fr. 4, 2. itp, infine.