

# CONVENTIO PIGNORIS VE REHİN HAKKININ IN REM NİTELİĞİ

## CONVENTIO PIGNORIS AND PLEDGE AS A RIGHT IN REM

Hakemli Makale

Talya Şans UÇARYILMAZ\*

### İÇİNDEKİLER

GİRİŞ .....	310
I. ROMA HUKUKUNDA AYNİ TEMİNAT .....	311
A. Iura in Rem-Iura in Personam .....	311
B. Ayni Teminat Kavramının Ortaya Çıkışı ve Güven İlişkileri .....	313
C. Fiducia Cum Creditore .....	317
D. Pignus Datum .....	321
II. CONVENTIO PIGNORIS .....	324
A. Teslime Bağlı-Teslimsiz Rehin Ayrımı .....	324
B. <i>Iura in Re Aliena</i> Olarak Rehin Hakkı .....	327
C. Rehinin Kapsamını Belirleme İşlevi .....	334
D. Rehinli Alacaklının Tasarruf Yetkisi .....	343
SONUÇ .....	349
KAYNAKÇA .....	352

### ÖZ

Roma hukukunda ayni teminat kavramının, rehin verene ait tek ve belirli bir malvarlığı değerinin alacaklıya teslimi ile kurulan rehinden rehin verene ait güncel ve gelecekteki malvarlığı değerlerinin salt şekilsiz bir

---

**DOI:** 10.32957/hacettepehdf.842377

**Makalenin Geliş Tarihi:** 12.12.2020

**Makalenin Kabul Tarihi:** 27.12.2020

\* Dr. Araştırma Görevlisi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı; University of Amsterdam (UvA), Amsterdam Centre for Transformative Private Law (ACT), Doktora Sonrası Araştırmacı.

E-posta: talya@bilkent.edu.tr

**ORCID:** 0000-0003-4823-1628

Bu çalışmada Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Etik İlkeler ve Yayın Politikası'nda belirtilen araştırma ve yayın etiği kurallarına uyulmuştur.

anlaşma ile rehnedildiği teslimsiz rehne dönüşümü ekseninde incelenmesi mümkündür. Roma rehin hukukunun günümüze ışık tutan en belirgin özelliği rehmin teslimsiz olarak taraflar arasındaki şekilsiz bir anlaşma (*conventio pignoris*) ile kurulabilmesine imkan vermiş oluşudur. Bu dönüşüm meşruiyetini, *ius praetorium*'un işlem hayatı pratikleri ve dönemin ekonomik gereksinimlerini dikkate alarak hukuku şekillendirmesinde bulmaktadır. *Conventio pignoris*'e hukukî koruma tanınması, rehin hakkının bir aynı hak (*ius in rem*) olarak karşımıza çıkmasında da büyük önem taşımaktadır. Nitekim rehin hakkının gerektiğinde malike ya da malın bulunduğu üçüncü kişilere ileri sürülmesi imkanı *ius praetorium* tarafından tanınan koruma yöntemleri ile ortaya çıkmıştır. Özellikle *interdictum Salvianum* ve daha sonra *interdictum Salvianum*'un genişletilmesi sonucu ortaya çıkan *actio Serviana* sonucunda rehin hakkı sahibinin talep hakkını üçüncü kişilere yöneltebileceği kabul edilmiş; rehinli alacaklı rehin konusu malı mal o anda kimin elinde ise ondan alarak borcun ödenmemesi durumunda alacağını elde edebilmiştir. Bu kapsamda söz konusu çalışma Roma hukukunda taraflar arasında kurulan şekilsiz rehin anlaşmasına (*conventio pignoris*), bu anlaşmanın zamanla hukuki koruma altına alınmasına ve bu hukuki korumaların rehin hakkının sınırlı aynı hak olarak tanınmasındaki rolüne odaklanmış olup, Roma rehin hukukundaki dönüşümün ve sebeplerinin altını çizmeyi amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Aynı teminat, *Conventio pignoris*, Pignus, Rehin, Roma hukuku

#### ABSTRACT

The concept of real security in Roman law can be analyzed from a perspective of transformation from a possessory pledge on a single specified asset into a non-possessory pledge over the pledger's actual and future assets. The most important characteristic of Roman law of pledge – which is also relevant today- is how it enabled to grant a pledge over the tangible or intangible assets solely by an informal agreement (*conventio pignoris*), without the necessity to transfer the possession. This legal transformation owes its legitimacy to *ius praetorium* and how it sculpted the strict law in the face of transactional practices and the economic conjuncture. The process whereby Roman law provided legal protection to *conventio pignoris* is crucial in understanding the pledge as an *in rem* right. Indeed, the relative opportunity to recover the pledged assets from the owner or the third parties with an *actio in rem* has been reached through the *praetorian* remedies, especially the *interdictum Salvianum* and *actio Serviana* as its expansion. Accordingly this paper is focused on *conventio pignoris* as the informal pledge agreement between the parties, on its relative protection provided by the *praetorian* remedies, and their role in understanding the Roman pledge as an *in rem* right. As such, it is aimed to underline the transformative process in Roman law of pledge and the causal relations that lie behind.

**Key Words:** *Conventio Pignoris*, Pignus, Pledge, Real Security, Roman Law

## GİRİŞ

Şahsi hak (*ius in personam*) – aynı hak (*ius in rem*) ayrımı, Roma hukukuna dayandırılmakta ve kategorik olarak birbirine zıt kavramlar olarak incelenmektedir<sup>1</sup>. Öte yandan Roma hukukunda karşımıza çıkan rehin kurumu, hem belirli koşullar dairesinde kazandığı *in rem* niteliği, hem de *in personam* yapısı ile dikkat çekmektedir. Roma rehin hukuku, büyük ölçüde ekonomik gereksinimler sonucunda değişen işlem hayatı pratiklerinin *ius honorarium* tarafından hukuki düzenlemelere tabi tutulması ile gelişmiştir. Bu anlamda *ius honorarium*'un hukuku şekillendirici etkisi Roma rehin hukukunda açık bir şekilde görülmektedir. Rehin hakkına ilişkin olarak tanınan dava olan *actio Serviana*'nın *formula*'nın *praetor*'larca genişletilerek ticari hayatın gereksinimlerine uyarlanması bu durumun en güzel örneğidir. Öte yandan Roma hukukunda rehin hakkının sınırlı aynı hak statüsüne geçişi bakımından taraflar arasında yapılmış özel nitelikli bir anlaşma olan *conventio pignoris* özel bir önem taşımaktadır<sup>2</sup>. Keza, *actio Serviana*'nın *formula*'sında rehne konu şeyin alacaklının egemenliğinde bulunması şartı yer almayıp, şekilsiz bir rehin anlaşması olan *conventio pignoris*'den bahsedilmektedir. Bu makale *conventio pignoris*'in rehin hukuku bakımından önemini dönemin ekonomik ve sosyal konjonktürünün de dikkate alındığı bir tarihsel inceleme ile ele almayı amaçlamaktadır. Nitekim günümüzde büyük önem taşıyan rehin sözleşmesinin anlaşılabilmesi için kurumun Avrupa hukuk tarihindeki evrimine değinmek kaçınılmazdır.

Bu açıdan makalede *conventio pignoris*'in başlıca üç önemli özelliğine dikkat çekilmesi amaçlanmakta olup bunlar işlem hayatı pratiklerinin bu anlaşma kapsamında yer alması, *praetor* hukukunun etkisi ile bu anlaşmaya hukuki güç tanınması ve bu anlaşmanın rehin hakkının *in rem* niteliği almasında taşıdığı roldür. Bu çalışma, özellikle rehin hakkının sınırlı aynı hak karakterine ve *conventio pignoris*'in hukuki niteliğine

<sup>1</sup> SEVİĞ Vasfî, Reşit, “Hukuk Mukayesesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1947, Cilt: 4, Sayı:1-4, (s. 168-261).

<sup>2</sup> KASER, Max, **Studien zum römischen Pfandrecht**, Jovene, Napoli, 1982; VERHAGEN, Hendrik, L.E, “The Evolution of Pignus in Classical Roman Law: *Ius Honorarium* and *Ius Novum*”, **TvR**, Yıl: 2013, Cilt: 81, Sayı: 1-2, (s. 51–79); VERHAGEN, Hendrik,L.E, “Ius honorarium, Equity and Real Security: Parallel Lines of Legal Development”, **Law and Equity Approaches in Roman Law and Common Law**, (der. E. Koops vd.), Brill-Nijhoff, Leiden, 2014, (s. 129-160).

odaklanmayı amaçlamakta, bu doğrultuda Roma hukukunda aynı teminatların ortaya çıkışı, türleri ve günümüzdeki yansımalarına değinmeyi hedeflemektedir. Bu konu sadece Kıt'a Avrupası hukuku değil aynı zamanda Anglo-Amerikan hukuku bakımından da özel önem taşımaktadır. Nitekim İngiliz ve Amerikan rehin hukuku (özellikle *pledge* ve *mortgage* kurumları) Roma hukukundan izler taşımaktadır<sup>3</sup>. Bu durum hakkaniyetin sağlanması sebebiyle katı hukuk kurallarının dönemin gerekleri doğrultusunda esnetilmesi ve yeniden düzenlenmesine de örnek teşkil etmekte ve bu açıdan evrensel olarak önem taşımaktadır. Roma hukukunda rehin kurumu, *ius praetorium* özelinde Roma özel hukukunun transformatif yapısına dikkat çekmekte olup ekonomik hayata ilişkin bir kurumun hukuken nasıl çağın gereklerine göre şekillendirildiğini bizlere göstermekte, bu açıdan insan yapımı olan sosyal düzen kurallarından hukuk kurallarının eleştiriye, dönüşüme ve gelişime açık olabileceğini bir kez daha hatırlatmaktadır.

## I. ROMA HUKUKUNDA AYNI TEMİNAT

### A. *Iura in Rem-Iura in Personam*

Aynı haklar (*iura in rem*) bir eşya üzerindeki egemenlik haklarını ifade ederken, borçlar hukuku bir eşyaya dair olan hakları (*iura ad rem*) hakları düzenlemektedir. Geleneksel özel hukuk teorisi aynı hakları bir eşya üzerinde doğrudan doğruya, egemenlik yetkisi veren mülkiyet ve diğer sınırlı aynı haklar biçiminde açıklar<sup>4</sup>. Bununla beraber, alacak hakları ise borç ilişkisindeki diğer kişilere karşı ileri sürülebilen haklardır. Aynı haklarda nesne ve özne olmak üzere iki öge varken kişisel haklarda alacaklı, borçlu ve borcun konusu olmak üzere üç öge söz konusudur. Roma hukukunda aynı haklar önceleri *legis actio* usulüne göre, daha sonraki dönemlerde ise *actiones in rem* (aynı davalar) ile korunmuştur. Roma hukukunda karşımıza çıkan *actiones in rem-actiones in personam* ayrımının bir özelliği aynı davalarda davaya konu olan şeyin, dava sırasında

<sup>3</sup> BURDICK, William L, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, Tıpkı Bası, W.M.W. Gaunt and Sons, Florida, 1989, s. 379.

<sup>4</sup> Nitekim Latince “*ad*” edatı dilimizdeki yönelme hali olan “-e” haline denk gelmektedir. BERKİ, Şakir, “Roma Hukukunda Aynı Haklar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1948, Cilt: 5, Sayı: 4, (s. 323-375), s. 323.

*praetor*'ların önüne getirilmesi geleneğidir. Örneğin davaya konu şey bir arazi olduğunda dahi simgesel olarak bu araziden alınan bir toprak parçasının *praetor* önüne getirildiği bilinmektedir<sup>5</sup>. Bu ise eşya ile doğrudan ilişkisinin bir yansımasıdır.

Aynı hakların içerik bakımından “mülkiyet” ve “sınırlı aynı haklar” biçiminde kategorize edilişi fonksiyonel oluşunun yanı sıra tarihsel olarak da açıklanmaktadır. Roma hukuku geleneğinde aynı haklar kullanma (*usus*), yararlanma (*fructus*) ve tasarruf etme (*abusus*) yetkilerini ifade eden hakları ifade etmekte olup, mülkiyet hakkı bu yetkilerden tümünü kapsarken sınırlı aynı haklar bunların biri ya da ikisini bünyesinde barındırmaktadır. Roma hukukunda sınırlı aynı haklar daha sonraları *iura in re aliena* (başkasına ait mallar üzerindeki haklar) başlığı altında toplanmıştır<sup>6</sup>. Öte yandan işlem hayatında bu kategorizasyon her zaman net bir biçimde yapılamamış, tarihsel dönemlere ve ekonomik ihtiyaçlara göre bazı haklar farklı yerlerde konumlandırılmıştır. Rehin hakkının tarihsel gelişimi bu duruma örnektir. Romalı hukukçular rehin hakkını tam olarak *ius in rem* olarak görmemekle beraber, pratik hayatta bu şekilde davranmışlardır<sup>7</sup>. Bir diğer deyişle Roma hukukunda rehin hakkı salt hak sahibi üzerinde düşünülen bir yükümlülük statüsü ile bağımsız bir aynı hak olmak arasında gidip gelmektedir.

Roma hukukunda rehin hakkının *in rem* karakteri özgün bir yapı sergilemektedir. Örneğin rehni ifade eden sözcüklerden bir tanesi olan *pignus* aynı zamanda rehne konu olan şeyi de ifade etmiştir<sup>8</sup>. Bir *ius in rem* olarak rehin hakkı, iki yönü ile diğer sınırlı aynı haklardan ayrılmaktadır. Diğer sınırlı aynı hakların tümü kişilere başkasına ait bir mal üzerinde çeşitli içerik ve koşullarla kullanma ve yararlanma yetkileri sağlamaktadır. Rehin hakkı ise Roma hukukundan günümüze bir alacağın güvence altına alınması için tesis edilen bir hak olmuştur. Bir aynı teminat olarak rehin hakkı varlığını ekonomik ihtiyaçlara borçludur. Bu açıdan geçirdiği hukuki evrim neticesinde rehin hakkının borçlu

<sup>5</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku**, 11. Basım, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2007, s.303; ÖZDEMİR TÜRKOĞLU, Gökçe. “Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması”, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2005, Cilt: 7, Sayı: 1, (s. 167-211).

<sup>6</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Eşya Hukuku**, 3. Basım, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2006, s. 295.

<sup>7</sup> BUCKLAND, William, W, **A Textbook of Roman Law From Augustus to Justinian**, 2. Basım, Cambridge University Press, Cambridge, 1950, s. 243.

<sup>8</sup> BENKE, Franz/MEISSEL, Nikolaus, **Roman Law of Property**, Manz Verlag, Wien, 2019, s. 192.

ya da bir üçüncü kişi tarafından kurulabileceği ve borçlunun borcunu zamanında ödememesi halinde alacaklıya üzerinde rehin hakkı kurulmuş olan malın bedelinden alacağını elde etme yetkisi sağlayacağı kabul edilmiştir. Roma hukukunun ileriki dönemlerinde alacaklı, belli koşullar dairesinde malı satmak ya da sattırmak yetkilerine sahip olmuştur. Bu nedenle rehin hakkının hak sahibine *usus*, *fructus* ve *abusus* yetkilerinin tümünü sağladığı da iddia edilebilmekte, bu işe rehnin özel yapısını göz önüne sermektedir. Ne var ki malın satılmasına dair olan *abusus* yetkisi hem Roma hem de günümüz hukukunda borcun ödenmemesi koşuluna bağlanmıştır. Bu koşul olumsuz geciktirici bir şartı ifade etmektedir.

## B. Aynı Teminat Kavramının Ortaya Çıkışı ve Güven İlişkileri

Roma hukukunda ekonomik ilişkiler bakımından güven kavramı büyük önem taşımıştır. Sözleşen tarafların saygınlıkları ve güvenin ihlalinin ekonomik bir değeri olduğuna inanılmış, bu açıdan ileride *pacta sunt servanda* (ahde vefa) ilkesi olarak anılacak olan sadakat ve verilen sözün *fides* gereği tutulmasına verilen önem, Roma hukukunda aynı teminatın gelişimini büyük ölçüde etkilemiştir<sup>9</sup>. Roma hukukundan günümüze, bir borç ilişkisi kurulurken alacaklı için borçlunun kişiliği ve kredibilitesi göz önüne alınmaktadır. Öte yandan ticari hayatın gerekleri ve ekonomik hayatın giderek daha kompleks bir yapı halini alması, alacaklıların borçlular hakkında yeterli bilgiye sahip olmaması olasılığını beraberinde getirmiştir. Alacaklılarını teminat altına almak isteyen alacaklılar bu amaçla ilk çağlardan itibaren çeşitli güvence kurumlarına ihtiyaç duymuşlardır.

Roma hukukunda teminat kavramı, günümüzde olduğu gibi şahsi ve aynı olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. şahsi teminat, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda alacaklıya alacağını elde etmesi hususunda yükümlülük altına giren bir üçüncü kişiyi ifade etmektedir. Roma’da *sponsio* ve *fideiussio* (kefalet) kurumları tipik şahsi teminat türleri olarak işlev göstermiştir. Bu halde kefil, borçlunun borcunu zamanında yerine getirmemesi halinde borcu ödeyeceğini şahsen garanti etmektedir.

<sup>9</sup> UÇARYILMAZ, Talya, **Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)**, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.

Buna karşılık aynı teminat borçlunun ya da üçüncü kişinin malvarlığına ait bir değer alacaklının alacağına elde edilmesi, bir başka deyişle bir borcun ifa edilmesi için güvence olarak tahsis edilmesini ifade etmiştir<sup>10</sup>. Roma hukukunda kullanılmış olan başlıca aynı teminat türü rehin olmuştur. Aynı teminat kavramının Roma hukukundan günümüze ekonomik temelleri, tarafların birbirlerinin saygınlıklarına ve kredibilitelerine olan güvenlerinin oluşması bakımından karşılaştıkları bilgi asimetrisidir. Borcun ödeneceğine dair duyulan güven işlem hayatının gerekleri nedeniyle teminata bağlanmakta, bu açıdan *in rem* nitelikli teminatlar çoğu halde günümüz ekonomik hayatın gereklerine daha uygun düşmektedir.

Bununla birlikte Roma'da şahsi teminatlara aynı teminatlara nazaran daha çok başvurulduğu bilinmektedir. Bu durum retrospektif olarak çeşitli sebeplerle açıklanmaktadır. İlk olarak ilk çağlarda şahıs üzerindeki icra daha ayrıntılı düzenlenmiş ve daha sert sonuçlara yol açmış, bu durum ise şahsi güvenceye daha fazla önem verilmesine sebep olmuştur. Şahsen ifanın zorlayıcı niteliği nedeniyle şahsi teminatlar alacaklı bakımından tatmin edici bulunmuş, kişiler birbirine teminat göstermeyi adeta ticari ilişkilerinde bir *officium* olarak görmüşlerdir. Ayrıca Roma'da verilen söze bağlılığa büyük önem atfedilmesi de bu durumun nedenlerinden birisidir<sup>11</sup>. Roma'dan bu yanda güven ve söze bağlılığa verilen önem hem sosyal hem de ekonomik faktörlerle açıklanmaktadır. Toplumsal kabul görme ve ahlaki üstünlük kaygılarının yanı sıra Roma hukukunda güven ve söze bağlılık ticari hayatın da odak noktası olmuştur. Nitekim sadece antik çağlar değil, Roma hukukunun etkisi ile gelişen 17-18. yüzyıl kapitalizm tarihine bakıldığında dahi ticaret hayatında güvenin ve kredibilitenin ekonomik bir varlık teşkil ettiği ve uzun dönem kar maksimizasyonu hedeflerinde dikkate alınan en önemli

---

<sup>10</sup> LEE, Robert W., **The Elements of Roman Law With a Translation of the Institutes of Justinian**, Sweet and Maxwell Publishing. London, 1952, s. 170; GÜRTEN, Kadir, *Roma Hukukunda Kefalet Akdi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

<sup>11</sup> SCHULZ, Fritz, (çev. Belgin Erdoğan), "Roma Hukuku'nun Prensiplerinden Sadakat", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1995, Cilt: 48, Sayı: 1-4, (s. 380-398); ÖZSUNAR, Erdal, "Roma Hukuku'nda Rehin Hakkı (Pignus-Hypotheca)", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2005, Cilt: 7, Sayı: 2, (s. 137-164) s. 138; GOEBEL, Roger, "Reconstructing the Roman Law of Real Security", **Tulane Law Review**, Yıl: 1961-1962, Cilt: 36, (s. 29-67) s. 34.

unsurlardan olduğu görülmektedir<sup>12</sup>. Buna ek olarak, Roma hukukunda şahsi teminata sıkça başvurulmasının farklı sebepleri de mevcuttur. Keza şahsi teminat halinde kefil her zaman borcun ifasını garanti eden borçlu dışındaki bir üçüncü kişiyi ifade etmiş, alacaklının garanti kapsamı kefilin mallarını da içerisine alacak biçimde genişlemiştir. Öte yandan, üçüncü kişinin başkasının borcu için rehin vermediği durumlarda alacaklının garanti kapsamı, sadece borçlunun malvarlığından ibarettir. Tarihsel olarak bireysel taşınmaz mülkiyetinin yayılması aynı teminatın önem kazanmasına ve ekonomik hayata giderek daha çok dahil edilmesine neden olmuştur<sup>13</sup>.

Roma hukukunda rehin hakkının, ortaya çıktığı ilk devirlerde şahsi teminatlara göre daha zayıf oluşu bu hakkın kimi zaman ikinci planda kalmasına neden olabilmıştır. Roma'da ya da Roma İmparatorluğu sınırlarında bulunan İtalya coğrafyasında taşınmaz malların kaydedildiği ve taşınmazlar üzerindeki aynı hakları gösteren sicillere rastlanmamıştır. Roma hukukunda taşınmazlar üzerinde bulunan aynı hakların, varlığına ya da yokluğuna karine oluşturacak sicillerin bulunmaması da aynı teminat sistemini olumsuz etkilemiştir. Her ne kadar bu durum pratik gerekliliklere uygun olsa da günümüzde aynı haklar bakımından özel önemi olan açıklık ve belirlilik ilkelerinin uygulamalarını olanaksız kıldığından eleştiriye açıktır<sup>14</sup>. Öte yandan Yunan ve Mısır antik hukuklarına dayanan bu sicillerin örnekleri, Roma egemenliği altındaki Yunan ve Mısır coğrafyasında görülmektedir. Yunan hukukunda ipotekli taşınmazların önlerine koyulan ve o taşınmazın üzerinde bulunan yükümlülükleri gösteren ipotek taşlarının rehin hakkı bakımından aleniyeti sağlama işlevi söz konusu olmuştur. Buna benzer olarak Antik Mısır

---

<sup>12</sup> HALLEBEEK, Jan, "Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics", *Fundamina*, Yıl: 2015, Cilt: 21, Sayı: 1, (s.14-33).

<sup>13</sup> KARAMAN, Başak, **Roma Hukukunda Rehin Akdi**, GSÜ, İstanbul, 2008; SAYIN KORKMAZ, Bengi, S, "Roma Hukukunda Aynı Teminatın Tarihsel Gelişimi: Pignus ve Hypotheca", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 2018, Sayı: 36, (s. 73-105), s, 76; BENKE / MEISSEL, **2019**, s, 191; GÜRTEN, **2007**, 71 vd.,

<sup>14</sup> Tapu sicilinin kabul edildiği hukuk sistemlerinde taşınmazlar açısından aleniyeti yani hak sahibinin kim olduğunun öğrenilmesindeki açıklığı tescil sağlarken taşınmazlar bakımından bu işlevi zilyetlik yerine getirir. Zilyetlik modern hukukumuzda mülkiyete bitişik kavramlardır. Tapu sicili ve zilyetlik, mülkiyet hakkının dışarıdan görünüşünü sağlayan ve bu hakların doğuşlarından sona erişlerine kadar önemli rol oynayan mekanizmalardır. KARADENİZ ÇELEBİCAN, **2006**, s. 295 vd.; SİRMEN, Lâle A., **Eşya Hukuku**, 1. Basım, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2013, 662 vd.



hukukunda da taşınmazlar bakımından çağdaş hukuk düzenlerindeki benzer biçimde tutulduğu düşünülen kütükler aleniyet ilkesi bakımından önemli bir yer tutmuşlardır<sup>15</sup>.

Roma'da aynı haklar bakımından aleniyetin söz konusu olmayışı Roma hukukunda düzenlenen rehin kurumunun Aşıl tendonudur. Zira kişilere kredi sağlamak adına borç verecek olanlar güvence olarak gösterilen malın daha önce teminat konusu yapıp yapılmadığını anlayamamış, bu nedenle de rehin karşılığı borç vermekten kaçınmışlardır. Keza bir malı satın alacak olanlar da o malın üzerinde rehin bulunup bulunmadığını anlayamadıklarından ekonomik hayat olumsuz etkilenmiştir<sup>16</sup>. Bu nedenle Çağdaş Kıta Avrupası hukukları, rehin hakkının düzenlenişi bakımından aleniyeti sağlama mekanizmalarına büyük önem vermiş olan Germen hukuku etkisinde kalmıştır<sup>17</sup>. Bununla beraber Roma hukukunda düzenleniş biçimiyle rehin hakkının çağdaş hukuk düzenlerini etkilemesi bakımından incelenmeye değer pek çok özelliği mevcuttur.

Roma hukukunda aynı teminat kavramının tarihsel gelişimi aşamalı olarak gerçekleşmiştir. Alacaklılar ilk aşamada doğrudan mülkiyet hakkının nakli, daha sonra vazüyetlik (*detentio*) sağlanması, en son aşamada ise bir sınırlı aynı hak tanınması ile güvence altına alınmışlardır. Öte yandan aynı teminatların alacaklılara sağladığı, hakkın gerektiğinde malike ya da malın bulunduğu üçüncü kişilere karşı aynı dava ile ileri sürülebilmesi imkanının mevcut olduğu aşamaya gelmesi uzun zaman almıştır. Bu süreçte *ius praetorium*'un hakkaniyeti sağlama mekanizmaları rehin hakkının günümüzdeki şeklini almasında birincil önem taşımaktadır. Roma rehin hukukunun en önemli özelliği, rehin hakkının teslimsiz olarak taraflar arasındaki şekilsiz bir anlaşma ile (*besitzloses Vertragspfand*) kurulabilmesine imkan vermiş oluşudur. Rehin hakkının belirli ve müstakil bir mal üzerinde teslim bağı kurulan bir haktan borçlunun rehin kurulduğu anda ve gelecekte elde edeceği maddi ve gayrimaddi tüm malları üzerinde teslimsiz olarak tesis edilebilecek bir aynı hakka dönüşümü, Roma hukukunun esnek, transformatif ve vizyoner yapısına bir örnek teşkil etmektedir.

---

<sup>15</sup> VERHAGEN, Hendrik L.E, "The Lack of Protection of Bona Fide Pledges", *Fundamina*, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 2, (s. 982-992); ÖZSUNAR, 2005, s. 159.

<sup>16</sup> KASER, Max, *Roman Private Law*, Butterwoths Publishings, Oxford, 1965, s. 127.

<sup>17</sup> ÖZSUNAR, 2005, s. 159.

### C. Fiducia Cum Creditore

Roma hukukunun ilk dönemlerinde rehin borç yerine verilen ve asıl edimin yerini tutan geçici bir edim biçiminde görülmüştür. Bu dönemlerde aynı teminatın ancak bir malın mülkiyetinin devri ile gerçekleşeceği düşüncesi hakim olmuştur. Kimsenin kendi mülkiyetindeki bir mal üzerinde sınırlı aynı hakka sahip olamayacağı, mülkiyet hakkının zaten sahip olunabilecek bütün yetkileri malike tanıdığı anlayışı bu durumun oluşmasında etkili olmuştur<sup>18</sup>. Roma’da aynı teminatın kökeni genellikle alacaklı ile kararlaştırılmış bir yed’i eminlik kurumunu ifade eden *fiducia cum creditore* ile açıklanmaktadır. *Fiducia cum creditore* alacaklıya alacağının güvencesi olarak yalnızca bir sınırlı aynı hak değil, en geniş kapsamlı aynı hak olan mülkiyet hakkını vermektedir. Fiducia borçlunun, bir malın mülkiyetini alacaklıya devretmesi ve sonradan tarafların üzerinde anlaşmış oldukları sonucun doğması ile de alacaklının malın mülkiyetini borçluya aynı yollarla geri vermesi yükümlülüğünü doğuran, eksik iki taraflı bir aynı sözleşmedir<sup>19</sup>.

*Fiducia* sözcüğü etimolojik olarak *fides* yani sadakat (kullanıldığı bağlama göre niyet, inanç) kavramından türemiştir<sup>20</sup>. Roma hukukunda *fiducia*’dan doğan davalar *iudicia bonae fidei* (iyi niyet davaları) olup *fiducia*’nın bu nedenle bir *bona fides* sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bunun nedeni tarafların anlaşması sonucunda borçlu tarafından malın mülkiyeti karşı tarafa geçirildikten sonra alacaklının bunu geri verme borcu altına girmesi ve ekonomik saiklere dayanan bu işlemin alacaklının borcunu yerine getirmesine yönelik güvenine dayanmasıdır<sup>21</sup>. Nitekim

<sup>18</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, **Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998, s. 1.

<sup>19</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 298; UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lüğati**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1983, s. 74; OĞUZ, Arzu, “Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1989-1990, Cilt: 41, Sayı: 1-4, (s. 225-286).

<sup>20</sup> CUQ, Édouard, **Les Institutions Juridiques des Romains Envisagées dans leurs Rapports avec L'état Social et Avec Le Progrès de la Jurisprudence**, L'ancien Droit, Paris, 1891, s. 592; SCHERMAIER, Martin, “Bona Fides in Roman Contract Law” (der. R. Zimmerman/S. Whittaker) **Good Faith in European Contract Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, (s. 63-93), s. 83.

<sup>21</sup> WATSON, Alan, “The Origins of Fiducia”, **ZSS**, Yıl: 1962, Cilt: 79, Sayı: 1, (s. 329-334); BURDICK, 1989, s. 380; BUCKLAND, 1950, s. 236 vd.

borçlular belirlenen vadeden önce malın bir başkasına satılmaması ya da malın geri verilmesi bakımından yalnızca alacaklıların dürüstlüğüne ve sadakatlerine güvenmişlerdir. *Fiducia*'nın Roma hukukunun ilerleyen dönemlerinde çeşitli biçimlerde ortaya çıkan ve günümüzde de mevcut olan “inançlı işlemler” olarak nitelendirilen işlemler grubuna dahil edilmesinde kuşkusuz *fides*'in yeri büyük önem taşımaktadır.

*Fiducia cum creditore*'nin tam olarak ne zaman işlevlik kazandığı tartışmalıdır. Örneğin XII Levha kanunları Levha VI.1'de *fiducia cum creditore*'den bahsedildiği düşünülmektedir. Öte yandan bu levhanın *fiducia cum creditore* ile yakın ilişkili olan *fiducia cum amico* ile ilgili olduğu da öne sürülmektedir<sup>22</sup>. Buna karşılık *fiducia cum creditore*'nin güven, sadakat ve dönemin ekonomik gereklerine dayanan yapısı bu kurumun eski hukuk döneminde dahi uygulama alanı bulduğu savını güçlendirmektedir. *Fiducia cum creditore* öncelikle İtalya arazisi, İtalya arazisi üzerindeki tarımsal irtifak hakları, köleler ile yük ve çeki hayvanlarını kapsayan *res mancipi* statüsündeki mallar bakımından kullanılmış, daha sonra ise *res nec mancipi*'ler bakımından da esas olmuştur. Buna göre borçlu *res mancipi* statüsündeki malını mülkiyeti devir yöntemlerinden *mancipatio* ya da *in iure cessio* ile belli bir para karşılığında alacaklının mülkiyetine geçirmiş olup bu durum borcun yerini tutan geçici bir ödeme niteliğinde görülmüştür<sup>23</sup>. *Res nec mancipi*'lerin ise *in iure cessio* ile alacaklılara daha geniş bir teminat birliği kapsamında devredildiği düşünülmektedir. Bir görüşe göre MÖ 2. yüzyılda *fiducia* konusu *res mancipi*'lerin kimi zaman *traditio* ile devredildiği de olmuştur<sup>24</sup>. *Traditio fiduciae causae* teorik olarak mümkündür ancak kanıtlar yeterli değildir.

*Fiducia*, rehin hakkının in rem niteliğini alması bakımından büyük öneme sahiptir. Zira, rehnin in rem niteliğinin işlevi Roma hukukunda *fiducia* ile ilkel olarak sağlanmıştır. Borçlunun malını borcun ödenmesi bozucu şartına bağlı olarak karşı tarafa vermesi alacağın rehinle güvence altına alınması ile aynı amaca hizmet etmektedir<sup>25</sup>. Öte yandan

<sup>22</sup> GOEBEL, 1962, s. 32.

<sup>23</sup> Bu nedenle *fiducia* kurumu sadece *mancipatio* ve *in iure cessio*'ya ehil Roma vatandaşları tarafından kullanılabilmiştir.

<sup>24</sup> BURDICK, 1989, s. 379.

<sup>25</sup> *Fiducia cum creditore* ileriki dönemlerde bozucu şarta bağlı bir alım-satım sözleşmesi ile ona bağlı olarak yapılan bir mülkiyeti devir işlemi olarak nitelendirilmiştir. İlk devirlerde teminata konu borç

*fiducia cum creditore* kurumunun taraflar yönünden çeşitli sakıncaları mevcut olmuştur. İlk olarak, *fiducia* ile temin edilen borcun ödenmemesi halinde malın değerine bakılmaksızın alacaklının mülkiyetinde kalacağı kabul edilmiştir. Nitekim *Burdick* ve *Çelebican*'a göre *pignus*'un ortaya çıkışı bakımından *fiducia*'nın mülkiyeti devir dezavantajı büyük önem taşımaktadır<sup>26</sup>. Yine, mal kendisine verilen alacaklı malı kullanma, semerelerinden yararlanma ve malı satma yetkilerine yani malike tanınan tüm yetkilere eksiksiz olarak sahip olmuştur. Borcunu ödeyinceye kadar malını kullanamayan borçlu ekonomik anlamda zarara uğrayabilmiştir. Bu zararı önlemek için malın zilyetliğinin borçluda kalması çözümü yoluna gidilmiş ancak bu halde de malın mülkiyetinin borçlu tarafından *usureceptio* yolu ile geri kazanılması sakıncası ile karşı karşıya kalınmıştır<sup>27</sup>. Bu sebeple kimi hallerde malın borçluda kira ya da *precarium* olarak kalacağı kabul edilmiş, bu şekilde *detentor* (va'zilyet) olan borçlunun özel nitelikli kazandırıcı zamanaşımından yararlanma olanağı kalmamıştır<sup>28</sup>. Öte yandan bu durumun *pactum fiduciae* (inançlı işleme ilişkin şekilsiz anlaşma)'da açıkça belirlenmesi gerekmiştir. Yine *fiducia* ile mali alan alacaklının teminat konusu eşyayı bir üçüncü kişiye satabilme imkanı doğmuş, böylesi bir durumda ise taşınır ya da taşınmaz eşyanın mülkiyetinin üçüncü şahsa geçeceği kabul edilmiştir. Öte yandan öğretilerde bir görüşe göre bu halde teminat konusu eşyanın asıl maliki söz konusu üçüncü kişiye karşı mülkiyet hakkından doğan *actio rei vindicatio* (istihkak davası) açabilirdi<sup>29</sup>. Bu durum *fiducia*'nın salt mülkiyet nakli olmadığı, güvene ve sadakate dayanan ve ekonomik bir işlev taşıyan özel bir yapıya sahip olduğunu gözler önüne sermektedir.

---

olarak verilen para alıcının ödemesi gereken semen olarak görülmüşken daha sonra bu sözleşme *mutuum* (tüketim ödünçü) olarak görülmüştür. Bkz. *FIRA* III, no. 91; *BURDICK*, 1989, s. 297.

<sup>26</sup> *BURDICK*, 1989, s. 379; *KARADENİZ ÇELEBİCAN*, 2006, s. 298 vd.

<sup>27</sup> *Gaius*. Ins. 2.59: '.... *Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem*' '*Zamanaşımıyla kazanılmış bu mal usureceptio olarak ifade edilir. Çünkü daha önce maliki olduğumuz bu eşyayı zamanaşımı ile elde etmiş oluruz*'. *Usureceptio*, zamanaşımı yoluyla hak kazanılmasının şartlarından *titulus* (hukuki sebep) ve *bona fides* (iyiniyet)'e gerek duyulmaksızın bir yılın tamamlanması ile malı elinde bulunduranın özel nitelikli kazandırıcı zamanaşımı ile malik olması durumunu ifade etmektedir. *SAYIN KORKMAZ*, 2018, s.79; *KASER*, 1965, s. 169-170.

<sup>28</sup> *KARADENİZ ÇELEBİCAN*, 2006, s. 300; *ÖZSUNAR*, 2005, s. 141.

<sup>29</sup> *BURDICK*, 1989, s. 380; *GOEBEL*, 1962, s. 34.

Roma hukukunun ilk dönemlerinde ekonomik hayatta güvenin sarsılması haksız fiil sayıldığından ceza davası ile takip edilmiş, dava sonucunda ise güveni karşılıksız bırakılan güvenilen *infamia* ile karşı karşıya kalabilmiştir<sup>30</sup>. Bu durum Roma hukukunda *bona fides*'e verilen önemin açık bir ifadesidir. Klasik hukuk döneminin başlarında ise güvene dayanan anlaşmalardan *fiducia*'nın dava edilebilen sözleşmelerden olduğu kabul edilmiş ve dava *pactum fiduciae* 'a dayandırılmıştır. Öte yandan alacaklının borç ödendiği takdirde teminat konusu malı borçluya tekrar devretme yükümlülüğü *pactum fiduciae* 'da yer almasa dahi mevcut olmuştur. Bir diğer ifade ile, *pactum fiduciae* 'da yer alan iade koşulunun, iade borcunun modalitelerini belirleme işlevi söz konusu olup *fiducia* bakımından iade borcunun *fides* olduğu kabul edilmiştir<sup>31</sup>.

*Fiducia*'nın rehnin gelişimi bakımından önemi güvenin korunmasının ekonomik değerinde ve taşıdığı *ad rem* karakterde yatmaktadır. Bu açıdan rehin kurumunun çeşitli dönemlerdeki görünüş biçimleri ile benzerlik taşıdığı da görülmektedir. *Iustinianus* dönemi öncesinde *fiducia* ve *pignus* kurumları giderek birbirine yaklaşmıştı<sup>32</sup>. *Iustinianus* döneminde yapılan *interpolatio*'lar ile ise klasik hukukçuların eserlerindeki *fiducia* ifadeleri *pignus* sözcüğü ile sistematik bir biçimde değiştirilmiştir<sup>33</sup>. Nitekim *fiducia cum creditore*'den en son 395 yılında bahsedilmiştir. Öte yandan *Corpus Iuris Civilis (CIC)* derlemesinde Bizans hukukçularının düşünce metotlarının Yunan ve Doğu ezgileri taşıdığı ve bu nedenle pek çok kurumun kronolojisinin karanlıkta kaldığı unutulmamalıdır. Klasik hukuk döneminin sonlarında bağlı olduğu *mancipatio* ve *in iure cessio*'nun

<sup>30</sup> GOEBEL, 1962, s. 29; ÖZSUNAR, 2005, s. 142.

<sup>31</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 299; BUCKLAND, 1950, s. 473 vd.; BURDICK, 1989, s. 236-237; VERHAGEN, 2014, s. 144; SAYIN KORKMAZ, 2018, s. 78-79.

<sup>32</sup> *Fiducia*'nın *ad rem* karakteri ile kastedilen aynı teminatın mülkiyetin nakli yoluyla sağlanmış olmasıdır. Önceleri *praetor* 'lar tarafından korunan *fiducia* daha sonra *ius civile* tarafından tanınan eksik iki taraflı bir ayni sözleşme halini almıştır. Sözleşmeden doğan uyumsuzluklara karşı borçlu ve alacaklıya *actio fiducia directa* ve *contraria* davaları tanınmıştır. Bir görüşe göre, bu davalar Roma hukukunun gelişmiş dönemlerinde formula usulünün yürürlüğe girmesi ile taraflara bir *actio in factum* tanınması suretiyle hayata geçirilmiştir. Bu noktada belirtilmesi gereken bir başka nokta da bu davaların şahsi nitelikli ve borçlar hukukuna ilişkin olduklarıdır. Bu halde dava sonucunda inanılanın mülkiyeti nakletme yükümlülüğü doğabilmiş, bunun ise yine *mancipatio* ya da *in iure cessio* ile yapılması gerekmiştir. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 299; ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Eşya Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 1994 s. 242; RABEL, Ernst, "Real Securities in Roman Law: Reflections on a Recent Study by the Late Dean Wigmore", *Jurist*, Yıl: 1943, Cilt: 1, (s. 32-47), s. 34; ÖZSUNAR, 2005, s. 142.

<sup>33</sup> GOEBEL, 1962, s. 45; BURDICK, 1989, s. 236; BORKOWSKI, Andrew, *Textbook on Roman Law*, 2. Basım, Blackstone, Londra, 1997, s. 309-310.

ortadan kalkması ile *fiducia*'nın uygulaması azalmıştır. Öte yandan pratikte *fiducia* kurumunun *pignus*'un devreye girişiyle yok olmadığı ve kendine has, özellikle alacaklı lehine avantajları ile ayrı bir kurum olarak devam ettiği öğretilerde savunulmaktadır<sup>34</sup>. Bu sebeple günümüz hukukunda inançlı işlemler ayrı bir yer tutmakta, fonksiyonel olarak rehin kurumundan farklı bir yapı sergilemektedir.

#### D. Pignus Datum

Roma rehin hukuku aynı sözleşme ile teslimli olarak kurulan rehin hakkından, teslimsiz olarak salt şekilsiz anlaşma ile kurulan rehin hakkına ve bunların üçüncü kişilere ileri sürülmesi ile rehin hakkının aynı hak niteliği alışına dek uzanan bir evrimsel gelişim göstermiştir. Romalı hukukçuların rehne ilişkin terminolojiyi (*fiducia*, *pignus* ve *hypotheca*) değişken biçimde kullanmış olduğundan rehin kurumunun evrimini inceleyebilmek adına bu terimlerden ziyade, rehin hakkının sınırlı aynı hak niteliğini belirten '*obligare in rem*' ifadesinin önem taşıdığına inanılmaktadır<sup>35</sup>. Öte yandan taraflar arasında kurulmuş şekilsiz rehin anlaşmasını ifade eden *conventio pignoris*, hem rızai yapısı hem de sınırlı aynı hak tesisindeki rolü ile karşımıza çıkmaktadır. Rehin hakkının günümüz hukukundaki yerini almasında temel öneme sahip olan *conventio pignoris*, sözleşmelerin rızailiği prensibi ile bir aynı hak tesisi arasındaki ilişkiyi gözler önüne sermektedir.

Roma hukukunda *pignus* kurumu, rehin verilen malın bizatihi kendisi, bir aynı sözleşme olarak rehin sözleşmesi ve sınırlı aynı hak olarak rehin hakkını ifade etmiştir<sup>36</sup>. Rehin kurumunun varlığı MÖ 3. yüzyıla dek uzanmaktadır. *Pignus* sözcüğünün

<sup>34</sup> KASER, Max, **Das romische Privatrecht II**, 2. Basım, Beck, München, 1975; NOORDRAVEN, Gijsbert, **De Fiduzia in het Romeinse Recht**, Amsterdam, 1999; STOLLTE, Bernard, "Fiducia Cum Creditore in Early Byzantine Law", **55th Session of the Société Internationale 'Fernand de Visscher' pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité**, Rotterdam, 18- 22 September 2001, (s.1-10)

<sup>35</sup> Beyrut ve Bizans hukukçuları, Doğu ve Yunan hukuk kurumlarına olan hakimiyetleri nedeniyle daha dikkatli davranmışlardır. GOEBEL, 1962, s. 41-42; BORKOWSKI, 1997, s. 311.

<sup>36</sup> WUBBE, Felix, B.J. / PICHONNAZ, Pascal, "L'action Servienne dans l'Edit du Preteur", **Mélanges à la Mémoire de André Magdelain**, (der. M. Humbert ve Y. Thomas), Pantheon-Assas, Paris, 1998, (s. 361-382), s. 362; ZIMMERMANN, Reinhard, **The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Clarendon, Oxford, 1990, s. 115; VERHAGEN, 2013, s. 58.

etimolojik olarak Latince yumruk anlamına gelen *pugnus* (- *pugnare*) sözcüğünden türediği düşünülmektedir. Bir başka görüşe göre ise bu kavram sağlamlaştırma anlamına gelen *-pangare* fiilinden türemiştir<sup>37</sup>. *Pignus* datum borçluların borçlarını ödeyinceye kadar, mallarını aynı teminat sağlama amacıyla alacaklılarına devretmesini ifade etmiştir. Rehin verme suretiyle Roma hukukunun ilk dönemlerinde *res nec mancipi*, daha sonraki dönemlerde taşınır olmaları kaydıyla *res mancipi-res nec mancipi*, en sonunda ise her türlü taşınır ve taşınmaz mal aynı teminat olarak gösterilebilmiştir<sup>38</sup>.

*Pignus* başlangıçta fiilî bir ilişkiyi ifade etmiştir. *Pignus*'un hukuki nitelik kazanması da yine Roma hukukunun çağın gereksinimlerine ayak uydurmasını sağlayan *ius praetorium* sayesinde gerçekleşmiştir. Alacaklıların fiili ilişkideki durumlarının zilyetlik *interdictum*'ları ile korunmaya başlanması bu ilişkiye hukukî bir nitelik kazandırmıştır. *Praetor*'ların bu faaliyetleri sonucunda *pignus ius civile* tarafından korunan iyi niyete bağlı eksik iki taraflı bir aynı sözleşme halini almıştır. Bir diğer deyişle *pignus* kurumunun temelinde rehin alanın her zaman, rehin verenin ise belli durumlarda borçlandığı eksik iki taraflı bir aynı sözleşme olan *contractus pigneraticus*'un varlığı kabul edilmiştir. Sözleşmeden doğan uyumsuzluklar bakımından sırasıyla alacaklı ve borçluya tanınmış borç davaları olan *actio pigneraticia in personam directa* ve *contraria* ise şahsi niteliktedir. Bir diğer deyişle aynı sözleşme olan rehin sözleşmesi alacaklıya *in personam* bir hak olan rehin hakkını tanımıştır<sup>39</sup>.

*Fiducia*'dan farklı olarak *pignus* ile mülkiyet hakkı ve kazandırıcı zaman aşımına yarayan zilyetlik (*possessio ad usucapionem*) her zaman borçluda kalmaya devam etmiştir. Bu zilyetlik türü çağdaş hukuk düzenlerindeki malik sıfatıyla zilyetlik kurumuna benzetilebilmektedir. *Pignus datum*'un geçerli olabilmesi için bir rehin sözleşmesinin mevcudiyeti ile teminat konusu malın alacaklıya devredilmesi gerekmiştir. Bu halde rehin alan mal üzerinde *detentio* (va'zilyetlik) sahibi olmuştur. Zira rehin alanın rehin konusu mal üzerinde fiili egemenliği (*corpus*) ve başkasına ait bir şeyi elinde tutma niyeti (*animus*

<sup>37</sup> *Gaius*. D. 50. 16. 238; ÖZSUNAR, 2005, s. 143.

<sup>38</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 301.

<sup>39</sup> BENKE / MEISSEL, 2019, s. 192.

*rem alteri habendi*) mevcuttur<sup>40</sup>. Bununla beraber rehin alan basit bir *detentor* statüsünde olmamış, *praetor*'ların zilyetliğin korunması amacıyla bahsettiği koruma yollarından yararlanabilmiştir. Rehlin alana rehinden doğan haklarından zor kullanma neticesinde mahrum kalırsa *interdictum unde vi*; rehin konusu taşınır malı korumak ya da geri almak için *interdictum utrubi*; ve rehin konusu taşınmaza ilişkin müdahaleleri önlemek ya da geri almak için *interdictum uti possidetis* bahsedilebilmiştir<sup>41</sup>. Bu nedenle rehinli alacaklının güçlenmiş statüsü kimi zaman *possessio ad interdicta* biçiminde ifade edilmiş olup korunma sebebi ancak ve ancak fiili hakimiyet (*corpus*)'a dayandırılmış ve zor kullanma ile sınırlı tutulmuştur. *Berki* ise rehinli alacaklının statüsünü önemli bir sebebe dayanan *possessio naturalis* olarak tanımlamaktadır<sup>42</sup>.

*Pignus datum* konusunda üzerinde durulması gereken husus, rehin alana tanınan *interdictum*'ların hak sahibine üçüncü kişilerin ihlal ve refetmelerine karşı koruma sağlamasına karşılık, bu aşamada *pignus*'un halen bir aynı hak niteliğini almamış olmasıdır. Öte yandan *ius praetorium* tarafından tanınan koruma mekanizmaları şüphesiz rehin kurumunun gelişimi ve günümüzdeki aynı niteliğini alışında aslı rol oynamaktadır. Bir diğer deyişle, *praetor* hukuku '*animus rem sibi habendi*' (malikmiş gibi malı elinde tutma niyeti) ile sınırlı tutulan koruma yöntemlerini '*animus rem alteri habendi*' (başkasına ait bir şeyi elinde tutma niyeti)'yi de kapsayacak şekilde genişleterek hukuk kurallarını çağın ve ekonomik yapının gereksinimlerine uydurmuşlardır.

*Fiducia*'nın aksine *pignus datum* halinde rehin alanın teminat konusu mal üzerinde satış da dahil olmak üzere herhangi bir tasarrufta bulunması mümkün olmamış, kendisine sağlanan aynı teminat borçlunun rehinli mali kurtarıncaya kadar maldan

<sup>40</sup> Bu nedenle rehin alanın vazüyetliği "anormal zilyetlik halleri" arasında sayılmaktadır. KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. Ankara, 1975, s. 124; BUCKLAND, 1989, s. 475; BERKİ, 1948, s. 345. Günümüz hukukunda ise zilyetlik *possessio ve detentio* kurumlarını birlikte kapsamakta; *corpus* ile zilyet olma iradesi (*animus possidendi*) unsurlarına göre belirlenmektedir.

<sup>41</sup> ZWALVE, J. Willem, "A Labyrinth of Creditors: A Short Introduction to the History of Security Interests in Goods", **Security Rights in Movable Property in European Private Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s. 41; BUCKLAND, 1950, s. 241; BURDICK, 1989, s. 378; BORKOWSKI, 1997, s. 79; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 109. Öte yandan bu *interdictum*'lar borçluya karşı koruma sağlamamıştır.

<sup>42</sup> BERKİ, 1948, s. 345.



yararlanmaktan vazgeçmesi zorunluluğundan ibaret kalmıştır. Ayrıca bir malın birden fazla borç için teminat oluşturamaması sorunu da mevcut olmuştur<sup>43</sup>. Bu nedenlerle Roma'nın ilerleyen dönemlerinde rehin verme (*datio pignoris*) yerini salt *conventio pignoris*'e bırakmıştır. Bu anlaşmanın önemi Roma hukukunda ekonomik konjonktürün rehin hukukunu nasıl etkilediğine bir örnek teşkil etmesinde yatmaktadır. *Conventio pignoris* taraflar arasında yapılmış aynı nitelikli olmayan bir anlaşmayı ifade etmiş olup rehin hakkının sınırlı aynı hak olarak kurulması bakımından özel bir yer taşımaktadır.

## II. CONVENTIO PIGNORIS

### A. Teslime Bağlı-Teslimsiz Rehin Ayrımı

Her ne kadar malın *pignus datum* ile alacaklıya teslimi aynı haklar bakımından bir ölçüde gerekli açıklığı ve güveni sağlasa da borçlunun malını kullanamamasına neden olduğundan eleştirilmiştir. Borçlunun teminat konusu eşyadan yararlanarak borcunu daha kolay ödeyebileceği düşüncesi ve ekonomik saikler aynı malın başka borçlar için de güvence olarak gösterilebilmesi gereksinimine yol açmıştır. Bu nedenle Roma hukukunda teminat konusu eşyanın devrini gerektirmeyen şekilsiz bir rehin anlaşmasıyla rehin hakkının kurulabileceği kabul edilmiştir<sup>44</sup>. Öte yandan *conventio pignoris* sadece teslimsiz rehin bakımından önem taşımamış, teslimli rehin bakımından da aynı bir sözleşme olan *pignus datio*'nun içerisinde *conventio pignoris*'i de barındırdığı kabul edilmiştir<sup>45</sup>.

Bir çok kaynak, Roma hukukunda teslimsiz rehlin ortaya çıkışını 2. yüzyıl *Iulianus* kaynaklarına dayandırmaktadır<sup>46</sup>. Roma hukukunda *pignus* kurumu, bir *ius in*

<sup>43</sup> ERDOĞMUŞ, 1994, s. 126; BENKE / MEISSEL, 2019, s. 192.

<sup>44</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 302.

<sup>45</sup> VERHAGEN, 2014, s. 132; SAYIN KORKMAZ, 2018, s. 79-80.

<sup>46</sup> SAYIN KORKMAZ, 2018, s. 96. Roma'da rehin hakları hukukî işlemlerden, kanundan veya bir makamın kararından doğabilmiştir. Özellikle klasik hukuk döneminin sonlarına doğru kanundan doğan rehin hakları (*pignus legale*) yaygınlaşmıştır. Latince “sessiz rehin” ya da “zımni rehin” anlamına gelen *pignus tacitum* ile de ifade edildiğine rastlanılan kanuni rehlin tarafların zımnen var olduğu kabul edilen iradelerinden kaynaklandığı savunulmaktadır. Bu rehin türünün önemli bir örneğini bir taşınmaza kiracının sürekli biçimde getirdiği şeyler olan *invecta et illata* oluşturmuş, bunlar ve doğal ürünlere işaret eden semereler kiraya veren yararına rehin verilmiş sayılmıştır. Roma hukukunda özellikle İmparatorluk döneminde kabul edilmiş kanuni rehin türleri için bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 308; *Papinianus*. D 20.2.1; *Ulpianus*. D. 49.14.6, D.27.9.3. Yine, *Iustinianus* döneminde C.6.43.1.2

*personam*'dan *ius in rem* yaratılmasına örnektir. Roma hukukunda rehin hakkının en yaygın kuruluş biçimi hukuki işlem olmuştur. *CIC*'de *conventio pignoris*'ten bahseden en eski kaynak *Iulianus*'a ait D. 41.3.33.4 olup buna göre teslimsiz rehinin kurulabilmesi için tarafların yapacakları şekilsiz bir anlaşma yeterli görülmüştür. Yine *Ulpianus*'a ait D.13.7.1.pr. uyarınca “*pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est...*” “*rehin sadece teslimle değil, aynı zamanda yalnız conventio ile teslim olmasa bile aktedilir...*” denilmektedir<sup>47</sup>. Öte yandan *Çelebican* ve *Kramer*, Roma'da teslimsiz rehinin Cumhuriyet döneminin son yüzyılı olan MÖ 1. yüzyılda ortaya çıktığını savunmaktadır<sup>48</sup>. Nitekim Cumhuriyet dönemi hukukçuları liberal, arkaiklikten uzak ve ticaretin gereklerine yönelmiş hukuk kuralları oluşturmayı amaçlamışlardır. Keza *Digesta*'da *Iulianus* öncesine ait pek çok metinde teslimsiz rehne ilişkin bilgilere rastlanılmaktadır. Buna örnek olarak *Paulus*'a ait D.13.7.30 metni verilebilecektir. Metinde *Paulus*, MÖ 1. yüzyılda yaşamış olan hukukçu *Alfenus Varus*'un bir malın teslimsiz olarak rehinine ilişkin düşüncesini gözden geçirmektedir. Yine *Cato*'nun (MÖ 234-149) henüz ağaçta bulunan zeytinlerin satışına ilişkin olarak yaptığı bir sözleşmede alacaklının bahçeye getirdiği her şeyi teminat olarak göstermesi teslimli rehinin geç ortaya çıkmadığına örnek olarak verilmektedir<sup>49</sup>.

*Conventio pignoris* ve Roma'nın günlük ticari hayatında *mutuum* (misli mal ödücü) sözleşmesinden doğan borçların rehinle teminat altına alınması hususunda önem taşıyan epigrafik kanıtlardan bir tanesi 1955 yılında Pompeii yakınlarında bulunan *Sulpicii* arşividir<sup>50</sup>. Bu arşiv, Puteoli şehrinde 1. yüzyılın ilk yarısında faaliyet gösteren

---

uyarınca ölüme bağlı tasarruflarla da taşınmaz rehni kurulabileceği kabul edilmiştir. Öte yandan eski hukuk döneminden beri ölüme bağlı tasarruflarla rehin hakkı kurulabildiği de ileri sürülmektedir. Bkz. *Ulpianus* D.13.7.26 pr.

<sup>47</sup> KARAMAN, 2008, s. 52; ENDES, Nurtaç, “Roma Hukukunda Rehin Sözleşmesi ve Lex Commissoria Yasağı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2018, Cilt: 26, Sayı: 2, (s. 533-561), s. 539 vd.

<sup>48</sup> KUNKEL, Wolfgang, “Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts”, *ZSS*, Yıl: 1973, Cilt: 90, (s. 15-170), s. 155 vd.; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 302; KRAMER, Gerd, *Das besitzlose Pfandrecht*, Böhlau, Köln, 2007, s. 37.

<sup>49</sup> GOEBEL, 1962, s. 34.

<sup>50</sup> *Sulpicii*, Roma bankacılığının refah ve gücünün en yüksek olduğu dönemde üç jenerasyon boyunca faaliyet göstermiştir. *Sulpicii*'nin *argentarii* (profesyonel banker) ya da *faeneratores* (para ödücü veren kişiler) olduğu düşünülmekte, bunların ayrıca ticari simsarlık yaptığı da bilinmektedir. *Sulpicii* arşivi pek çok sebepten ötürü önem taşımaktadır. Misli mal ödücü, teslimli-teslimsiz rehin ve açık artırma

bankerlere (*Sulpicii*) ilişkin olarak ele geçirilen yüzü aşkın tablettten oluşmaktadır. Tabletlerin çoğunda taraflar arasında yapılan sözleşmelere ilişkin detaylar yer almakta, rehinlerin hem teslimli hem de teslimsiz kurulduğu anlaşılmaktadır. Örneğin arşivde yer alan bir tablette (*TPSulp 51*) para ödücünden doğan borca aynı teminat sağlamak üzere rehnedilen buğdayın Puteoli'deki bir depoda borçlunun egemenliğinde (*penes me*) tutulduğu belirtilmektedir. Öte yandan daha sonra alınan ek ödünce ilişkin olarak (*TPSulp 52*) borçlunun böylesi bir ek kayıt koymadığı görülmektedir. Bunun sebebi ise alacaklının ilgili depoyu daha sonradan kiralamış oluşudur. (*TPSulp 45*) Buna göre rehin önce teslimsiz kurulmuş, daha sonra ise teslimli rehne çevrilmiştir<sup>51</sup>. *Sulpicii* arşivi Roma hukuku kurumlarının ticari hayatta işlem maliyetini düşürme konusundaki etkinliğini gözler önüne sermektedir. Roma hukukunda rehinin teslimli ya da teslimsiz kuruluşu taraflar arasındaki ekonomik ilişkinin değişkenlerine ve günlük hayatın gereklerine göre değişiklik göstermiştir.

*Conventio pignoris*'in teslimsiz rehine ilişkin olması halinde aynı sözleşme olan *pignus*'dan farklı olarak teminat konusu mal devredilmemiş, yalnızca üzerinde aynı bir teminat olduğunun kararlaştırılması ile yetinilmiştir. Bu açıdan kaynaklarda rehinin teslimli ya da teslimsiz olup olmadığına işaret etmek üzere kimi zaman *pignus dare* ve *pignus obligare* ifadeleri kullanılmıştır. Bizatihi *conventio pignoris*, salt rızai anlaşma ile kurulan teslimsiz rehin (*besitzloses Vertragspfand*) için yeterli olup malvarlığına ilişkin soyut bir menfaat rehinin temelini teşkil etmektedir<sup>52</sup>.

---

usullerine ilişkin çağımıza ışık tutan belgeleri içeren bu arşiv 26-61 yıllarına ilişkindir. Bu belgelerin bir başka önemi, yazılı şeklin klasik Roma hukukunda nadiren bir hukuki formalite olarak ele alınmasına karşın pratik hayatta pek çok işlemin yazılı belgelerle yapıldığını bizlere göstermesidir. Taraflar küçük meblağlı hukuki işlemlerini dahi maliyetli bir kayıt yöntemi olan tahta tabletlere yazmış (*tabulae ceratae*) olup bunlar çoğunlukla *triptycha* biçimindedir. JONES, David, **The Bankers of Puteoli: Finance, Trade and Industry in the Roman World**, Tempus, Gloucestershire, 2006; VERHAGEN, 2014, s. 132.

<sup>51</sup> VERHAGEN, 2013, s. 58.

<sup>52</sup> GOEBEL, 1962, s. 39.

## B. *Iura in Re Aliena* Olarak Rehin Hakkı

Bir görüşe göre, Roma hukukunda *pignus* her zaman bir sözleşmesel ilişkiye işaret etmiş olup, bu nedenle sınırlı aynı hak olarak rehin hakkı Yunan hukukundan gelen bir hukuki transplant olarak ele alınmalıdır. Zira antik Yunan şehir devletleri hukuklarında mülkiyet hakkı Roma hukukundan ziyade eski-Germenik yapıdaki 'eigen' ile benzerlik göstermiş, bu açıdan katı Romanist *dominium* kavramına nazaran adeta bir haklar demeti olarak ele alınmıştır. Bu açıdan rızai olarak serbestçe değiştirilebilmiş aynı teminat yöntemlerine Greko-Roman *papyrus*'larda rastlanmaktadır<sup>53</sup>.

Rehin hakkının aynı niteliği teslimli veya teslimsiz kurulmuş olması bakımından bir fark göstermemiştir. *Digesta* metinlerinde 'rem obligare' teriminin rehin hakkının aynı niteliğine işaret ettiği düşünülmektedir<sup>54</sup>. Öte yandan 'rem (pignori) obligare' ifadesinin teslimsiz rehin bakımından teslimli rehne kıyasla daha sık kullanıldığı bilinmektedir. Bunun sebebi 'pignus dare' deyiminin olgusal olarak teslimli rehne daha uygun düştüğü inancıdır. Kaser'e göre *conventio pignoris* aynı yaratılışlıdır, Rehin, esas olarak rehin konusu şeyi bir yük ile yüklemekte, bu açıdan alacaklıya rehinli mal üzerinde münhasır bir hak sağlamaktadır. Bu aynı zamanda 'aynı karakter' olarak da nitelendirilmektedir. Bunun nedeni, etkinin borçlunun şahsından ziyade malın bizatihi kendisine yönelmiş oluşudur<sup>55</sup>. Buna karşılık *conventio pignoris*'in *in rem* bir hak olarak rehin hakkı yaratması dereceli olarak gerçekleşmiş, bu da *ius honorarium*'un *conventio pignoris*'e tanınan hukuki korumayı genişletmesiyle söz konusu olmuştur.

Roma hukukunda 'rem obligare' ifadesine ilk olarak köylerde bulunan taşınmazların kiracıları ile kiralayanları arasındaki hukuki ilişkiler bakımından rastlanılmıştır. Roma geleneklerine göre hasılat kiracısı statüsünde olan köy taşınmazlarının kiracıları, *invecta et illata* adı verilen taşınmaza getirdikleri köle ve diğer tarımsal araç-gereci hasılat kirasının teminatı olarak rehnemişlerdir. Bu rehin teslimli-teslimsiz rehin kategorisi arasında yer almaktadır. Nitekim bu halde, rehinli eşya borçlu *colonus* tarafından kullanılmaya devam etmiş, öte yandan borçlu alacaklıya ait

<sup>53</sup> RABEL, 1943, s. 41.

<sup>54</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 302.

<sup>55</sup> KASER, 1965, s. 132-133.

taşınmazda çalıştığından esasında rehin konusu eşya yine alacaklının egemenliği altında bulunmuştur<sup>56</sup>. Niteliği gereği tarım işinin görülebilmesi için rehin verilen malların kiracıda kalması gerektiğinden rehin konusu malların devredilmediği bir aynı teminat biçimi ekonomik ve sosyal hayatın gereklerine uygun bulunmuştur. Bu rehne hukuki gücünü ise *praetor*'larca tanınan *interdictum Salvianum* vermiştir.

*Interdictum Salvianum*, kiracının kirayı ödememesi durumunda *conventio pignoris* gereği henüz kiracıda bulunan rehin konusu aletler ve kölelerin zilyetliğini alacaklıya sağlama işlevi görmüş, bu açıdan rehin hakkının aynı nitelik kazanmasında önemli bir rol oynamıştır. *Ins. 4.15.3* uyarınca bu durum “...*interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est eque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepidisset.*” “*İnterdictum Salvianum adı verilen interdictum da zilyetliğin kazanılması için verilmiştir. Çünkü, bir taşınmazın kira bedeline teminat olmak üzere, colonus'un eşyaları üzerinde arazinin malikine zilyetlik sağlar.*” şeklinde açıklanmaktadır<sup>57</sup>. Ancak *interdictum Salvianum* kiracının bu alet ve köleleri üçüncü kişilere satması durumunda onlara karşı etkili olamamış, sadece malik olan kiracıya karşı ileri sürülebilmiştir<sup>58</sup>. Keza, bu *interdictum* sadece spesifik durumlarda esas olmuş, bu açıdan uygulama alanı sınırlı bulunmuştur.

*Interdictum Salvianum, interdictum adipiscendae possessionis* olarak rehinli alacaklının zilyetliği elde etmesine olanak vermiş öte yandan, kaybedilen zilyetliğin yeniden sağlanması veya zilyetliğin korunmasında etkisi olmamıştır. *Interdictum prohibitorium* (yasaklayıcı *interdictum*) olarak da kategorize edilen bu koruma yöntemi ile kiranın ödenmemesi halinde mal sahibi ödenmeyen kira ücretinin karşılığı olarak kiracının getirdiği araçların zilyetliğini kazanmakta olup kiracının buna karşı koyması ise yasaklanmıştır. Öte yandan Cumhuriyet döneminde dahi rehinli alacaklının malike tanınan *actio rei vindicatio* açmada menfaati olduğu kabul edilmiştir. *Interdictum Salvianum* ise *formula* usulü bakımından ortaya çıkabilecek sorunları en aza indirmesi

<sup>56</sup> VERHAGEN, 2013, s. 67.

<sup>57</sup> VERHAGEN, 2013, s. 66; ÖZSUNAR, 2005, 145; SAYIN KORKMAZ, 2018, s. 86.

<sup>58</sup> ÖZSUNAR, 2005, s.142; *Ins. 4.15.3*.

sebebiyle giderek yaygınlaşmıştır<sup>59</sup>. Zamanla kent taşınmazlarının kiralanmasında da aynı gereksinim doğmuştur.

*Conventio pignoris* ile alacaklıya tanınan rehin hakkı *praetor*'larca tanınan *interdictum Salvianum*'un genişlemesinden doğan *actio Serviana* isimli dava sonucunda aynı hak niteliği almıştır. *Ius praetorium* tarafından tanınan bir aynı dava olan *actio Serviana*'nın teslimsiz rehin bakımından önemi, teslimli rehin halinde *interdictum*'ların zaten alacaklıyı korumada yeterli oluşudur. Bu davanın ilk defa MÖ. 43 yılında ölen hukukçu *Servius Sulpicius Rufus* tarafından tanındığı sanılmaktadır<sup>60</sup>. *Servius Sulpicius Rufus, invecta et illata*'nın rehninden doğan işlem hayatı pratiğini bu dava ile genişleterek, rehin hakkının aynı nitelik kazanmasında büyük rol oynamıştır. Buna karşın bir çok kaynak ise, *actio Serviana*'nın *Iulianus* zamanında ortaya çıktığından bahsetmekte, buna sebep olarak ise *Iulianus* öncesi kaynakların *actio Serviana*'dan bahsetmediği ileri sürülmektedir<sup>61</sup>.

*Wubbe* ve *Pichonnaz* da davanın kökenini MÖ ilk yüzyıla dayandırmakta ve bu açıdan *actio Publiciana* ile olan ilişkisine değinmektedir. Bu durum elbette *legis actio* usulünden *formula* usulüne geçiş ile de yakından ilişkilidir. Zira *legis actio* usulünde yargıç davacının davalının karşısında göreceli olarak malik olarak sayılıp sayılamayacağına karar verebilmiş iken *formula* usulünde ise davacının tüm üçüncü kişilere ileri sürülebilmesi bakımından malik sıfatı değerlendirilmiş, mutlak mülkiyet araştırılmıştır. *Wubbe* ve *Pichonnaz*'ya göre bu sebeple Roma hukukunda *actio Publiciana* önem kazanmış olup bu dava yargıca davacının davalıyla ilişkisi bakımından malik olup olmadığına karar verme esnekliği tanımıştır. *Actio Serviana* da buna paralel olarak rehinli alacaklıya göreceli bir koruma sağlamaktadır<sup>62</sup>. Hem *actio Publiciana* hem de *actio Serviana* malın *ius civile* maliki tarafından rehnedilmesi koşuluyla her türlü

<sup>59</sup> GOEBEL, 1962, s. 35, dipnot 40.

<sup>60</sup> UMUR, 1983, s. 12; BUCKLAND, 1950, s. 242; GOEBEL, 1962, s. 29; Ins. 4.6.7; C.8.9.1. *Buckland, actio serviana*'nın özellikle *hypotheca* bakımından *praetor peregrinus* tarafından geliştirildiğini savunmaktadır.

<sup>61</sup> JÖRS, Paul / KUNKEL, Wolfgang / WENGER, Leopold, **Römisches Recht**, 3. Basım, Springer, Heidelberg, 1949, s. 157; VERHAGEN, 2014, s. 133.

<sup>62</sup> WUBBE / PICHONNAZ, 1998, s. 362 vd.

zilyete karşı açılabilmiştir. Eğer mal *ius civile* mülkiyeti sahibi tarafından rehnedilmediyse, *ius civile* maliki dışındaki zilyetlere açılabilmiştir<sup>63</sup>.

*Actio Serviana* ile teslim bağı olmayan rehin bakımından alacağın istenebilir olması koşuluyla va'zilyetliğin ilk defa elde edilmesi, teslimli rehinde ise kaybedilen va'zilyetliğin geri kazanılması sağlanmıştır. Diğer bir ifade ile *actio Serviana* sonucunda rehin hakkı sahibi talep hakkını üçüncü kişilere yöneltebilmiş, rehin konusu malı mal o anda kimin elinde ise ondan alabilmiş ve muacceliyeti gelen borcun ödenmemesi halinde o maldan alacağını elde edebilmiştir. Bu anlamda rehlin teminat konusu malın devri ile kurulması ya da şekilsiz bir anlaşma olan salt *conventio pignoris* ile tesis edilmiş olmasının aynı hak niteliğini etkilemediği kabul edilmiş, her iki halde de rehin hakkı herkese karşı ileri sürülebilmiştir. *Actio Serviana* önceleri sadece hasılat kirası sözleşmeleri bakımından geçerli iken daha sonraları genel bir *actio in rem* niteliği almıştır. İlerleyen dönemlerde *conventio pignoris*'e dayanarak her türlü alacaklının rehin hakkının aynı davalarla korunduğu görülmekte<sup>64</sup>. Bu davalar *interdictum Salvianum*'un kapsamını alacaklı lehine genişletmiştir. Söz konusu genel nitelikli aynı davalar *actio pigneraticia in rem*, *vindictio pignoris*, *actio quasi Serviana* ya da *actio hypothecaria* gibi isimlerle anılmıştır<sup>65</sup>.

Roma hukukunda sınırlı aynı hak olarak rehin, çoğunlukla *pignus* ve fakat kimi zaman *hypotheca* sözcükleri ile ifade edilmiştir. Öğretide genellikle *pignus* sözcüğü rehin konusu malın zilyetliğinin devredildiği rehin biçimini ifade eder biçimde, *hypotheca* ise teminat konusu mal devredilmeden kurulan rehini karşılar şekilde kullanılmaktadır<sup>66</sup>. Bu ayrımın sebebi *Ulpianus*'a ait D.13.7.9.2 metnidir. Metinde geçen bir ifadeye göre “...*proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, fiduciam, quae mancipio datur creditori, hypothecam, Cum non transit nec dominium ex iure Quiritium nec possessio*” “...gerçek anlamı ile *pignus* bir şeyin alacaklıya verilmesine, *fiducia* alacaklıyla

<sup>63</sup> VERHAGEN, 2013, s. 58

<sup>64</sup> BENKE / MEISSEL, 2019, s.194.

<sup>65</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 303; SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford University Press, Oxford, 1951, s. 408–409.

<sup>66</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 300 vd.; SAYIN KORKMAZ, 2018, s. 85 vd.; ÖZSUNAR, 2005, s. 140 vd.

*mancipatio* yapılmasına, *hypotheca* ise *Quirites* hukuku gereğince yapılması gereken mülkiyetin ya da zilyetliğin devredilmediği duruma verdiğimiz adlardır.” Bu bağlamda *pignus* teslimine bağlı rehni ifade ederken *hypotheca*'nın ise genellikle *pactum hypothecae* adı verilen şekle bağlı olmayan bir rehin anlaşmasına dayanan teslimsiz rehini ifade ettiği düşünülmektedir. Bu ayırım çağdaş hukukların çoğunda taşınırlar bakımından kabul edilen rehin hakkı ile taşınmazlar bakımından tescil ile kurulan rehin türlerinden en yaygını olan ipotek kavramına paralel bir anlayışı sergilediğinden kabul görmektedir.

Öte yandan *pignus*'un taşınırlar için, Yunan kökenli *hypotheca*'nın ise taşınmazlar bakımından kullanılmış olduğu fikri tartışmaya açık olup öğretilerde bir görüş *hypotheca*'nın kendine özgü bir genesis olmadığını savunmaktadır<sup>67</sup>. Keza *actio hypothecaria* ifadesinin *interpolatio* olduğu da ileri sürülmektedir. Hem *pignus*, hem de *hypotheca* sözcükleri zaman zaman teslimli ve teslimsiz rehineri ifade edebilmiştir. *Wigmore*'a göre '*pignus*' jenerik bir kelime olup genellikle iki farklı fiil ile beraber kullanılmıştır: Alacaklının zilyetliği bakımından *-deponere* ve borçlunun zilyetliği bakımından *-opponere*. Post-klasik dönemde *pignus* sözcüğü kişisel bir ilişkiyi ifade etmeye başlamış -ki bu açıdan İngiliz hukukundaki '*pledge*' sözcüğüne karşılık gelmiş-, *hypotheca* ise taşınmazlar bakımından kullanılmaya başlanmıştır<sup>68</sup>. *Conventio pignoris* ise tüm bu süreçte teslimsiz kurulan rehin anlaşmasını ifade etmiştir. *Severus*'lar dönemine kadar *hypotheke* sözcüğünün Yunanlı grupların hukuki-ticari işlemlerinde kullanıldığı bilinmektedir. *Hypotheke* sözcüğü Yunanca *hypo* (alt) ve *tithenai* (yerleştirmek), konumlandırmak yükümlülük altına sokmak sözcüklerinden türemiştir.

*Hypotheca* teriminin *interpolatio* yoluyla *CIC*'e girmiş olması da mümkündür<sup>69</sup>. Bu görüşe göre *hypotheca* sözcüğü Eski Yunan Okulu'nda gelmekte olup klasik sonrası hukuk okulları Yunan etkisi altında olduğundan bu kavram *CIC*'e alınmıştır<sup>70</sup>. Yunan kültürünün Roma'nın sosyal, politik, ekonomik ve hukuki yaşamındaki etkisi büyüktür.

<sup>67</sup> BURDICK, 1989, s. 382.

<sup>68</sup> WIGMORE, John, “The Pledge-Mortgage Idea In Roman Law: A Revolutionary Interpretation”, *Illinois Law Review*, Yıl: 1941-1942, (s. 371-384); GOEBEL, 1962, s. 41; BURDICK, 1989, s. 381; GOEBEL, 1962, s. 37.

<sup>69</sup> GOEBEL, 1962, s. 44; ÖZSUNAR, 2005, s. 145, dipnot 37.

<sup>70</sup> WIGMORE, 1942, s. 385.



Nitekim *invecta et illata*'nın rehninde dahi Yunan etkisi göze çarpmaktadır. *Cato, De Agricultura*'da tarımsal araçların rehninden bahsetmekte ve bunun Roma hukukuna yabancı oluşunun altını çizmektedir<sup>71</sup>. Bu bağlamda *invecta et illata*'nın kökeninin Güney İtalya bölgesinde konuşlanmış Yunan topluluklara dayandığı söylenmektedir<sup>72</sup>. *Hypotheca* ifadesinin kaynaklarda sık kullanılış sebebi ise *CIC*'i derleyen hukukçuların Yunan kurumları ile olan yakın ilişkileridir. Bu nedenle hem *fiducia* hem de *pignus* sözcükleri *hypotheca* ile değiştirilmiştir<sup>73</sup>. Keza “y” harfinin Klasik Latince’de yer almayıp Yunanca kökenli sözcükler ile Latince’ye girmiş olması da bu savı güçlendirmektedir. *Marcianus* da D.20.1.5.1 uyarınca *pignus* ve *hypotheca* arasında sadece isim farklılığı olduğunu vurgulamıştır. Bu iki kavramın hukuki sonuçları ise aynı olmuştur. Bu anlamda *pignus* ve *hypotheca* arasında olayların çoğunluğuna göre rehin konusu malın rehin hakkı sahibine teslim edilip edilmediği çerçevesinde düşünülebilecek ve fakat kategorik olarak belirlenemeyecek bir farkın mevcut olabileceği düşünülmektedir<sup>74</sup>.

*Conventio pignoris* neticesinde üzerinde anlaşılan rehin hakkından doğan davalar, aynı nitelikte davalardır. Söz konusu davalar herkese karşı ileri sürülebildikleri gibi malikin değişmesi ile de ortadan kalkmamışlardır. Bu sebeple öğretilerde *conventio pignoris* adeta bir aynı hak tesisi yöntemi olarak ele alınmaktadır<sup>75</sup>. Üçüncü kişi rehin konusu malın zilyetliğini alacaklının rızası olmaksızın malı borçludan satın alma yoluyla elde etmiş olsa dahi, alacaklının rehin hakkı devam etmiş ve *actio Serviana* imkanı baki kalmıştır<sup>76</sup>. *Actio Serviana*'nın *formula*'sı şu şekildedir:

*‘Si paret inter Am.Am. et Lucium Titium convenisse, ut ea res qua de ağitur Ao.Ao. pignori esset propter pecuniam debitam (x1), eamque rem tunç, cum conveniebat, in bonis*

<sup>71</sup> Bkz. *Cato, De Agricultura*, 146.5.

<sup>72</sup> RABEL, 1943, s. 38

<sup>73</sup> Farklı görüşler için bkz. GIRARD, Paul, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 6. Basım, Librarie Arthur Rousseau, Paris, 1918; GOEBEL, 1962, s. 31.

<sup>74</sup> GOEBEL, 1962, s. 41; BUCKLAND, 1989, s. 475. *Florentinus*'a ait D. 13.7.35.1 *pignus*'un teslimli ya da teslimsiz kurulabileceği belirtilmektedir.

<sup>75</sup> ÖZSUNAR, 2005, s. 148.

<sup>76</sup> BENKE / MEISSEL, 2019, s. 193.

*Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Am.Am. stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm.Nm. Ao. Ao condemnato*’

‘Eğer Aulus Agerius ve Lucius Titius’un söz konusu şeyin Aulus Agerius’a verdiği borç karşılığında rehnedilmesi konusunda anlaşmaları sabit olursa, anlaşma esnasında şey Lucius Titius’un in bonis mülkiyetinde ise, borç konusu para alacaklının kusuru olmaksızın ödenmemiş ya da alacaklı başka şekilde tatmin edilmemiş ise ve rehin konusu şeyin yargıç kararıyla elde edilmesine imkan yoksa, ey yargıç Numerius Neğidius’u Aulus Agerius’a o şeyin değeri kadar ödemesine mahkum et.’

*Actio Serviana* ya da bu davadan türeyen *actio in factum-actio utilis*’lerin *intentio* (x1) kısmında bahsedilen ilk şart, taraflar arasında yapılmış ve şekle bağlı olmayan bir rehin anlaşmasının varlığıdır. Bir diğer deyişle, *conventio pignoris, actio Serviana*’nın *formula*’sının ana unsuru olarak yer almıştır. Bu davada yargıç rehin hakkının geçerli olarak kurulup kurulmadığını, mali rehin verenin rehnin kurulduğu zaman *in bonis esse* (veya *Quirites*) mülkiyete sahip bulunup bulunmadığını ve dava açıldığında alacağın sona ermemiş, başka bir teminata bağlanmamış ve alacaklının temerrüde düşmüş olup olmadığını inceleme konusu yapmıştır<sup>77</sup>. Roma’da da alacaklının güvencesini artırmak ve ekonomik hayata ivme kazandırmak adına borçlu yararına üçüncü bir kişinin rehin hakkı kurabileceği kabul edilmiştir. *Marcianus*’a ait D.20.1.5.2 metninde yer alan bir ifade uyarınca “*dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena*” “bir kişi kendisinin veya başkasının borcu için ipotek verebilir” denilmektedir. Böylece rehinli alacaklı alacağı için hem borçlusunun tüm malvarlığına başvurabilmiş hem de üçüncü kişinin taşınır veya taşınmazına başvurarak alacağını alma hakkına sahip

<sup>77</sup> Bunun için gereken koşullardan ilki, teminat altına alınması gereken geçerli bir alacağın varlığıdır. Rehin hakkının varlığının rehin ilişkisinin temelinde yatan geçerli bir alacağın varlığına bağlı bulunduğu, bu nedenle rehin hakkının fer’i nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Teminat altına alınan alacak sonradan ortadan kalkmış ise rehin hakkı da *ipso iure* sona ermiştir. Öte yandan bir arazinin üzerindeki bina ile rehin verilmesi durumunda binanın yıkılması halinde dahi *superficies solo cedit* ilkesi gereği rehin arazi üzerinde kalmaya devam etmiştir. Bkz. *Paulus*. D. 20.1.29.2; *Ulpianus*. D.20.1.19; *Marcianus*. D.20.6.8 vs. Bu durumun çağdaş hukuk sistemlerinde düzenlenen bir kavram olan “kaim değer” kurumunu ifade ettiği savunulmaktadır. BENKE / MEISSEL, 2019, s. 193; ERDOĞMUŞ, Belgin, *Eşya Hukuku*, 6. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 273; SAYIN KORKMAZ, 2018, s. 97; ÖZSUNAR, 2005, s. 148; GOEBEL, 1962, s. 46.

olmuştur<sup>78</sup>. Alacaklının üçüncü kişilere karşı *actio Serviana* açması ve zararını karşılaması durumunda, borçluya karşı ek bir *in personam* talepte bulunamayacağı kabul edilmiştir. *Iustinianus* döneminde ise alacaklının öncelikle borçluya karşı sahip olduğu şahsi davayı açması gerekmiş, eğer sonuç alamaz ise üçüncü kişiye başvurabilmiştir.

*Actio Serviana*'nın teslimli ve teslimsiz rehinler bakımından uygulama alanı bulması *ius honorarium*'un basit bir şekilsiz anlaşma ile *in rem* bir hak yaratılmasına izin verdiğini göstermektedir. *Ius honorarium*'un katı ve formal *ius civile* karşısındaki yumuşatıcı tavrı borçlunun teslimsiz ve formaliteden uzak bir şekilde o anki ve gelecekte edinilecek malvarlığı üzerinde bir aynı hak yaratılmasına gerekli zemini hazırlamıştır. Zira *ius honorarium* ekonomik ve sosyal etkilere daha açık olmuş, bu nedenle o zamana göre devrimci sayılabilecek hukuk kuralları içermiştir<sup>79</sup>. *In rem* niteliği ile rehin hakkı, alacaklıya mülkiyet hakkının içeriğini oluşturduğu kabul edilen *usus, fructus* ve *abusus* yetkilerinden *abusus* yani malda tasarruf etme yetkisini vermiş olup Roma hukukunda taraflarca aksinin kararlaştırılmaması durumunda rehinli alacaklının malı kullanamayacağı kabul edilmiştir<sup>80</sup>. Bir diğer ifade ile *conventio pignoris*, rehin kapsamını ve şartlarını belirleme işlevi taşımış, *ius honorarium* bu anlamda tarafların iradesine geniş bir özgürlük alanı tanımıştır.

### C. Rehlin Kapsamını Belirleme İşlevi

Roma hukukunda rehin hakkının kurulabilmesi için rehin veren ile alacaklı arasında yapılmış olan bir rehin anlaşmasının varlığı gerekmiştir. Bu anlaşmayı ifade eden *conventio pignoris*'in özelliği ve içeriği ise üzerinde rehin kurulan malın alacaklıya teslim edilip edilmemesine göre değişiklik göstermiştir. Rehlin konusu malın alacaklıya

<sup>78</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 306.

<sup>79</sup> VERHAGEN, 2013, s. 66; *Iulianus*. D. 41.3.33.4- 5; *Ulpianus*. D. 13.7.1.pr.

<sup>80</sup> Aksi halde *ius civile* uyarınca bir haksız fiil olan kullanma hırsızlığı (*furtum usus*) söz konusu olmuştur. Keza teslimle bağlı rehinler bakımından rehin veren kişinin teminat konusu malı gizlice geri alması halinde ise zilyetlik hırsızlığı (*furtum possessionis*) suçu ortaya çıkmıştır. Ins. 4.1.10 uyarınca '*Aliquando autem etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem quam creditori pignoris causa dedit subtraxerit*' 'Bazen bir kimsenin kendi mali üzerinde bile *furtum* mümkün olur. Mesela borçlu, rehin olarak verdiği şeyi alacaklısından gizlice alırsa, *furtum* vardır.' denilmektedir. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 310; SAYIN KORKMAZ, 2018, s. 91; *Gaius*. Ins. 3.204.

devredilmesi yoluyla kurulan rehinde taraflar arasında yapılmış olan rehlin tesisine ilişkin anlaşmanın yanı sıra malın va'züyetliğinin de karşı tarafa geçirilmesi gerekmiştir. Bu halde taraflar arasında aynı sözleşmeler grubuna giren ve “*consensus + res*” olarak formüle edilebilecek eksik iki taraflı bir sözleşme kurulması suretiyle rehinli alacaklı teminat konusu mal üzerinde rehin hakkı elde edebilmiştir. *Conventio pignoris*, aynı sözleşmenin *consensus* unsuruna ilişkindir<sup>81</sup>.

*Conventio pignoris* rehlin kapsamını belirleme işlevi görmüş olup hangi malların rehin kapsamında olduğu, hangi borçların ise rehin konusu mallar ile temin edildiği bu anlaşmanın içeriğine dahil sayılmıştır. Roma'nın ilk dönemlerinde satılabilen her çeşit mal rehin konusu olabilmıştır. Eski dönemlerde satılabilen mallar içerisine yalnızca maddi mallar girebilmiştir. Roma hukukunda çağdaş hukuk düzenlerinin aksine rehin hakkının konusu bakımından taşınır ve taşınmazlar arasında bir fark görülmemiş, teminat konusu eşyanın paraya çevrilebilir olması yeterli bulunmuştur. Ayrıca maddi nitelik taşıyan alacak hakları ve bazı sınırlı aynî haklar da rehne konu olabilmıştır<sup>82</sup>. Zira Roma hukukunda haklar *-in personam ve in rem ayrımı yapılmaksızın-* res olarak kabul edilmiştir<sup>83</sup>. Roma hukukunda *pignus nominis* (alacak rehni) rehin antlaşmalarının şekilsiz olarak kurulabilmesi, yani *conventio pignoris*'in hukuken tanınması sayesinde söz konusu olmuştur<sup>84</sup>. Öte yandan alacakların rehnedilmesine imkan veren bir başka

<sup>81</sup> HAUSMANINGER, Herbert / SELB, Walter, **Römisches Privatrecht**, 9. Basım, Böhlau, Wien, 2001, s. 213; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, **Istituzioni Dei Diritto Romano**, 40. Basım, Jovene, Napoli, 2012, s. 303; ROBAYE, René, **Le Droit Romain**, 5. Basım, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2016, s. 229.

<sup>82</sup> Çağdaş hukuk sistemlerinde de taşınmaz rehininin sağladığı teminat yönünden kapsamına giren ilk unsur taşınmaz olup bu kavram arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfada kayıtlı bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümleri içermektedir. Tapu kütüğüne kaydedilebilecek bağımsız ve sürekli haklar arasında arazinin altında ve üstünde yapı yapmak ve mevcut yapıyı korumak ile söz konusu yapının mülkiyetine sahip olmak yetkisi veren üst hakkı sayılabilir. Bunlardan başka kaynak hakkı ile bağımsız ve sürekli olarak kurulmaları kaydıyla TMK 837 ve 838 uyarınca düzenlenen diğer irtifak hakları da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Günümüz hukuk sistemlerinde de haklar ve alacaklar üzerinde rehin kurulabileceği kabul edilmiştir. Ancak TMK 954/I uyarınca devredilebilir olmak kaydıyla bağımsız ve parayla değerlendirilmesi mümkün olan alacaklar ve haklar rehin hakkına konu olabilmektedir. Bu anlamda günümüzde de kanunen devredilmesi yasaklanan intifa hakkı ile oturma hakkı rehnedilememektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SİRMEN, 2013, s. 662-735; BELEN Herdem, “Ana Hatları ve Bazı Temel Özellikleriyle Taşınmaz Rehin Hakları”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 5, Sayı: 1-2, (s. 3-30), s. 11.

<sup>83</sup> BUCKLAND, 1950, s. 61

<sup>84</sup> ÖZSUNAR, 2005, s. 151.

hukuki gelişme *Praetor* hukukunun *actio Serviana*'nın formula'sını çağın ticari gereksinimlerini karşılayacak şekilde genişletmiş olmasıdır. Zira dönemin ekonomisinde borçluların daha önceki sözleşmelerinden doğan alacaklarını teminat olarak gösterme ihtiyacı doğmuş, *ius praetorium* ise bu sosyal gerçekliğe karşı bir *actio in factum-actio utilis* tanıyarak bu duruma bir hukuki geçerlilik kazandırmıştır. *Paulus*'a ait D.13.7.18.pr metninde, bir alacağın rehne konu olabilmesi için *praetor*'un *conventio pignoris*'i onurlandırması gerektiği belirtilmektedir<sup>85</sup>.

Söz konusu *actio in factum*'ların tanınması ile *conventio pignoris*'de yer alan her türlü kabul edilebilir malvarlığı değeri rehne dahil sayılmış ve dava konusu edilebilmiştir<sup>86</sup>. Roma hukukunda rehne konu olabileceği kabul edilmiş olan sınırlı aynî hakların başında devredilemeyen ve mirasçılara geçemeyen *ususfructus* (intifa hakkı) gelmiştir. Bu halde intifa hakkı üzerindeki rehin özellikle semereler bakımından önem taşımaktadır<sup>87</sup>. Yine, *emphytheusis* (uzun süreli kira hakkı) ile *superficies* (üst hakkı)'in de rehnedilebileceği kabul edilmiştir. İrtifak hakları bakımından ise farklı bir ayırım yapılmış olup şu geçirme irtifakının rehine konu olabileceği, öte yandan şehir irtifaklarının ise rehnedilemeyeceği kuralı benimsenmiştir. Bir diğer deyişle tarımsal irtifak haklarının komşu arazi sahibine rehnedilebileceği kabul edilmiştir. Keza Roma'da oturma ve kullanma haklarının da rehnedilmesi mümkün olmamıştır<sup>88</sup>. *Actio Serviana*'nın kendisi aynı bir dava olmasına karşın (*actio in rem*) bundan türeyen *actiones utilis*, *actiones in personam* olarak görülmüş ve alacaklının borçludan rehin konusu alacağı talep edebileceği kabul edilmiştir<sup>89</sup>.

Roma işlem hayatında, rehin verilen ve alacaklıya devredilen malın semere veren bir mal olması durumunda çoğunlukla semerelerin alacaklıya bırakılmış olduğu görülmektedir. Bu karar taraflar arasında şekilsiz olarak kurulmuş olan *conventio pignoris*'in içeriğine dahil edilmiştir. Bu halde rehin alan alacaklı semereleri toplamak ve

<sup>85</sup> GOEBEL, 1962, s. 47.

<sup>86</sup> KASER, 1965, s. 181-182; VERHAGEN, 2014, s. 134.

<sup>87</sup> TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Hukuku Meseleleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1982, s. 91,

<sup>88</sup> GOEBEL, 1962, s. 47; BUCKLAND, 1989, s. 478.

<sup>89</sup> VERHAGEN, 2013, s. 62.

onları öncelikle alacağına faizlerinden mahsup etmek, daha sonra ise artan kısmı ana alacaktan indirmek durumunda olmuştur. Kimi zaman *pro tanto* semerelerin rehinli alacaklıya verildiği zımni olarak dahi kabul edilmiştir. İlerleyen devirlerde yaygınlaşan rehin alanın rehinli eşyanın semerelerinden yararlanabileceğine yönelik taraflarca yapılan anlaşma *antichresis* olarak da anılmaktadır. Bu anlaşmanın Yunan hukuku kökenli olduğu ve Iustinianus döneminde de varlığını sürdürdüğü bilinmektedir. Roma hukukunda malikin rehin konusu mal üzerinde rehin hakkını engellemeyecek nitelikte sınırlı aynı haklar kurabileceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda rehinli alacaklının semerelerden yararlanmasının öngörüldüğü bir rehin hakkı kurulduktan sonra aynı mal üzerinde *ususfructus* kurulamamıştır<sup>90</sup>.

*Conventio pignoris*'in içeriğine dahil olan eşyanın sadece bireysel özellikleri ile belirlenen mallar olması gerekmemiş, rehin verenin o anki ya da gelecekte elde edeceği mallar hakkında genel bir belirleme de yapılabilmıştır. *Actio Serviana*'nın *formula*'sı rehne konu malvarlığının en geç *conventio pignoris*'in yapılması aşamasında borçlunun *in bonis* mülkiyetinde olmasına işaret etmektedir. Bu bağlamda *conventio pignoris*'in yapılması esnasında borçlunun rehin konusu malın *in bonis* maliki olduğunu kanıtlaması gerekmemiş, fakat daha sonra malik olmadığını ileri sürerek borçtan kurtulma imkanı verilmemiştir<sup>91</sup>. Bu şart Roma'da rehin hakkının *conventio pignoris* ile kurulması için teminat konusu eşyanın rehin verenin *pleno iure* ya da kabul edilebilir bir mülkiyet hakkı sahibi olması (*in bonis essere ya da Quirites*) veya rehin verme hususunda yetki sahibi olması şeklinde yorumlanmaktadır. Nitekim rehne konu şeyin *in bonis debitoris* olması borçlunun olgusal olarak egemenliğinde bulunan mallar üzerinde icra edilebilir ve geçerli bir rehin kurabilecek olması anlamına gelmiştir<sup>92</sup>. Roma hukukunda borçlunun başkasının

<sup>90</sup> Yunanca *antichresis* sözcüğü *anti* (karşı) + *chrēsis* (kullanmak) sözcüklerinden türemiş olup karşılıklı kullanım anlamına gelmektedir. İsviçre-Türk Medeni Hukuku'nda rehinli alacaklının kural olarak rehin konusu mali kullanma ve semerelerinden yararlanma hakkı bulunmamaktadır. TMK 947/II uyarınca alacaklı rehinli malın olgunlaşan ve asıl maldan ayrılan semerelerini malın malikine iade etmekle yükümlüdür. Rehlinli alacaklıya alacağın faizi yerine rehin konusu malın semerelerini alma yetkisinin verildiği “yararlanmalı rehin” kurumunun ise *antichresis*'e benzediği düşünülmektedir. BURDICK, 1989, s. 373; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 313-314; ÖZSUNAR, 2005, s. 153.

<sup>91</sup> VERHAGEN, 2013, s. 62.

<sup>92</sup> *Ulpianus*. D. 20.1.21.1; *Modestinus*. D. 20.1.22; aksi yönde *Paulus*. D. 13.7.41. Eğer rehin veren rehin anlaşması esnasında malın maliki olmayıp mülkiyeti daha sonra miras vb. yollar ile elde etmiş ise bu durumun retroaktif olarak rehinin kuruluşundaki eksikliği gidereceği ve durumu iyileştireceği kabul

mülkiyetinde olan bir malı rehnetmesi de (*res aliena pignori data*) mümkün olmuştur. Öte yandan borçlunun malı rehnetme yetkisinin olmadığı hallerde rehin geçerli olarak kurulamamıştır. Bu halde rehin konusu eşyanın rehini verenin mülkiyetinde olmadığı hallerde rehin hakkı doğmamakla birlikte taraflar arasında borçlar hukuku kapsamında kişisel borç doğuran *conventio pignoris* geçerli olmuştur<sup>93</sup>.

Katı bir şekilde ele alındığında mülkiyet şartı gelecekte edinilecek malvarlığı değerlerinin rehnedilmesine engel gözükmetedir. Öte yandan pek çok *Digesta* metni Roma hukukunda geleceğe yönelik rehin kurulabileceğine ilişkin ipucu vermektedir. Roma'da karşımıza çıkan gayri maddi malvarlığı değerlerine ilişkin ilk rehin örneklerinin de fiziksel mülkiyet hakkına ilişkin geleceğe yönelik beklentiler olduğu düşünülmektedir. Buna örnek olarak sürüdeki potansiyel artış ya da rekoltenin beklenen artışı verilmiştir<sup>94</sup>. Bu halde *ius praetorium*'un hukuk kurallarını düzeltme ve uygulama alanını genişletme işlevi kapsamında müdahalede bulunduğu ve geleceğe ilişkin malların rehni bakımından *actio Serviana*'nın model alındığı bir *actio utilis* ya da *actio in factum* tanındığı savunulmaktadır. Bunların *formula*'sında ise ilgili eşyanın *conventio pignoris*'in yapıldığı esnada borçlunun *in bonis* malvarlığında bulunması koşulunun yer almadığı, öte yandan gerekli hallerde *in bonis debitoris* malları kapsayacak şekilde değiştirildiği ileri sürülmektedir<sup>95</sup>.

Bu bilgiler ışığında Roma hukukunda rehin verenin aktüel ya da gelecekteki tüm malvarlığı değerleri üzerinde genel rehin kurabileceğinin kabul edildiği görülmektedir.

---

edilmiştir. Bir diğer deyişle, bu halde Roma hukukunda konvalzens söz konusu olmuştur. Konvalzensin söz konusu olabilmesi için rehinli alacaklının iyiniyetli olması gerekmiştir. Bir diğer deyişle konvalzens, Roma rehin hukukunda iyiniyetin korunduğu hallerde bir örnek teşkil etmektedir. Bu durumda önemli olan borçlunun rehin konusu mal üzerinde haklı bir aynı hak beklentisi olmasıdır. Alacaklının borçlunun gelecekteki aynı hakkına ilişkin spekülative bir bilgisi olması durumunda iyi niyetinden bahsedilememiştir. Özellikle miras sebebiyle karşılaşılan iyileştirme, tarafların karşılıklı ekonomik menfaatlerine uygun düştüğünden bahisle kabul edilmiştir. Yine, malikin icazet vermesi halinde de rehin baştan beri geçerli sayılmıştır. Bu halde *actio Serviana*'nın *formula*'sı, taraflar arasındaki *conventio pignoris* 'i yansıtabilecek şekilde genişletilmiştir. VERHAGEN, (Bona Fide Pledgee), 2014, s. 988-989; BENKE / MEISSEL, 2019, s. 193.

<sup>93</sup> BENKE / MEISSEL, 2019, s. 199.

<sup>94</sup> GOEBEL, 1962, s. 47.

<sup>95</sup> *Paulus*. D.13.7.41; *Papinianus*. D. 20.1.1 pr.; *Marcianus*. D. 20.1.16.7; *Modestinus*. D. 20.1.22; *Ulpianus*. D. 20.4.7.1.

Satışa konu olabilecek her türlü maddi menfaat vadeye veya şarta bağlı olarak rehnedilebilmiş, yine faiz borcu gibi yan borçlar da rehinle teminat altına alınabilmiştir<sup>96</sup>. *Gaius*'un *formula hypothecaria*'ya ilişkin yorumuna göre borçlu bu mallar üzerinde tek tek rehin vermiş gibi sorumlu tutulmuştur. Özellikle Roma'nın ilerleyen dönemlerinde *universitas rerum* olarak ifade edilen fiziksel olarak bağımsız şeylerin ekonomik birlik oluşturduğu eşya birliklerinin toplu olarak rehne konu olduğu da görülmektedir. Örneğin bir sürünün tamamı ya da bir *taberna*'nın envanterine dahil bir malvarlığının tamamının rehin konusu yapıldığına rastlanılmaktadır. Bununla beraber bu halde rehin süresi boyunca envantere dahil mallar el değiştirebilmiş, yeni satın alınan mallar ise otomatik olarak rehin konusu olmuştur<sup>97</sup>. Nitekim genel rehin, toplu rehin ve değişken malvarlığı rehni Roma'nın 'kapitalist' karakterine uygundur<sup>98</sup>.

Roma hukukunda genel ve/veya toplu rehin kurulabilmesi *conventio pignoris* ile mümkün olmuştur. *Goebel*'e göre *hypotheca* kurumu dahi genel rehin kapsamında ortaya çıkmış olup tarımsal arazi ve şehir taşınmazları bakımından kiracıların tüm malvarlıklarının kira bedelini ödeme ve olası hasarlardan doğan zararları tazmin etme borçlarına karşılık teminat olarak gösterilmesini ifade etmiştir. Genel rehin Roma hukukunda işlem hayatının bir gereği olarak uygulanmış, öte yandan *praetor* hukuku *pignus/hypotheca* için öngörülen hukuki çareleri genel rehni içerisine alacak şekilde genişletmiştir<sup>99</sup>. Bu durumun özel önemi, borçlunun tüm malvarlığını rehinnetmesi durumunda (*obligatio generalis rerum*) malvarlığı değerlerinin değişken malvarlığı rehni olduğu gibi bireysel olarak el değiştirebilmiş olmasıdır. Kural olarak rehin hakkı

<sup>96</sup> ERDOĞMUŞ, Belgin, "Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bir Bakış", **Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan**, Yıl: 1982, Cilt: 1, (s. 255-274), s. 265-266; GOEBEL, **1962**, s. 40; BENKE / MEISSEL, **2019**, s. 204. Bu durumda rehin hakkının feriliği nedeniyle rehni şartın gerçekleşmesi halinde alacakla birlikte doğacağı kabul edilmiştir.

<sup>97</sup> GOEBEL, **1962**, s. 47; VERHAGEN, **2013**, s. 62-66; BUCKLAND, **1989**, s. 242; SAYIN KORKMAZ, **2018**, s. 85; ÖZSUNAR, **2005**, s. 151. *Taberna* örneği için bkz. *Scaevola*. D. 20.1.34.2.

<sup>98</sup> Günümüzde rehin hukukunun temel ayrımı olan taşınır-taşınmaz ayrımı klasik dönem Roma hukukunda önem taşımamıştır. *Res mobiles-res immobiles* ayrımı klasik sonrası dönemde yerleşmeye başlamış olup bu döneme gelinceye kadar taşınırlar ve taşınmazlar üzerinde aynı biçimde rehin kurulabilmiştir. Buna karşılık Roma'da rehin bakımından yapılan temel ayrım ayni teminat konusu eşyanın devredilip devredilemeyeceğine ilişkindir. BUCKLAND, **1950**, s. 238 vd.; GOEBEL, **1962**, s. 57; ÖZSUNAR, **2005**, s. 159.

<sup>99</sup> GOEBEL, **1962**, s. 46; VERHAGEN, **2014**, s. 136.



sahibine rehin konusu malın değeri tahsis edilmiş olup rehin hakkı söz konusu malın devrini engellememekte ve malın mülkiyeti rehinle yüklü olarak kazanılmaktadır<sup>100</sup>. Bu durum, Roma hukukunda kabul edilen genel rehinin özelliğini gözler önüne sermekte, bu açıdan malvarlığına ilişkin tüm değerlerin bireysel olarak rehnedilmesi ile olan farkının da altını çizmektedir. Buna göre genel rehin ya da değişken malvarlığı rehni adeta dalgalı bir teminat yükünü ifade etmiş, bu aynı teminat yükü borçlunun mülkiyetinde buldukları dönem boyunca belirli mallara yerleşmiştir. Öte yandan Anglo-Amerikan hukuk geleneğinde *'floating charge'* olarak adlandırılan değişken malvarlığı fonlarının rehnedilmesini ifade eden değişken nitelikli taşınmaz rehni Kıta Avrupası kodifikasyonlarında terkedilmiş, son dönemde ise belirli istisnalar kapsamında kabul edilmeye başlanmıştır<sup>101</sup>.

Roma hukukunda bir kimsenin genel ya da toplu rehin vermesi durumunda hayatın normal akışına göre bireysel olarak rehnedilmeyecek eşyanın rehin kapsamına girmeyeceği kabul edilmiş olup bu kural rehin hakkının kötüye kullanılmasını önleme amacı taşımaktadır<sup>102</sup>. *Ulpianus*'a ait D.20.1.6 ve *Paulus*'a ait D.20.1.7 uyarınca toplu rehin durumunda ev eşyası, kişisel eşyalar, efendi ile özel bir duygusal-ailevi bağ kurmuş olan köleler ve kıyafetler gibi spesifik işlev taşıyan mallar rehin kapsamı dışında tutulmuştur<sup>103</sup>. Post-klasik dönemde ekonomik ve sosyal yapının değişmesi sebebiyle 4.

<sup>100</sup> Nitekim, Roma hukuku rehinle yüklü bir şeyi *bona fide* satın alan alıcının iyi niyetini korumamıştır. Bunun nedeni ise borçlunun ticari hayatının sekteye uğrayacağı düşüncesidir. VERHAGEN, 2014, s. 137-138; VERHAGEN, 2013, s. 65. Bkz, *Labeo*. D.20.6.14.

<sup>101</sup> Amerikan hukukundaki ilk örnekler için bkz. *Cahoon v. Miers*, 67 Md. 573, 11 Atl. 278. Fransız hukukunda *'gage sur fonds de commerce'* de bu istisnalardan bir tanesidir. BURDICK, 1989, s. 380.

<sup>102</sup> Genel rehinler Roma'nın ilerleyen dönemlerinde sadece *conventio pignoris* ile değil, aynı zamanda zımni olarak da kurulabilmiş, bu durumda ise aynı teminatın temin etme işlevi etkinliğini kaybetmiştir. Ortaçağ Kıta Avrupası örf adet hukukunda belirsiz ve değişken malvarlığı değerlerinin teminat gösterilmesine rastlanılmaktadır. Nitekim, *ius commune* kapsamında genel rehin (*blanket lien*) hukuki bir kurum olarak kabul edilmiştir. 19. yüzyıl kodifikasyonlarında ise bu kurumun terkedildiği görülmektedir. Modern hukuklarda özellikle taşınmaz rehni bakımından belirlilik ilkesi esastır. Belirlilik ilkesi teminat altına alınacak alacağın ve teminat konusu taşınmazın belirlenmiş olmasını ifade eder. TMK 855 uyarınca toplu rehin kurulması çağdaş hukuklarda da mümkündür. Öte yandan bunun için rehin konusunu oluşturacak taşınmazların ayrı ayrı ve açıkça belirtilmeleri gerekmektedir. Yine, Roma hukukunun aksine kişinin sahip olduğu ya da olacağı tüm taşınmazlar üzerinde tek bir alacak için topluca rehin tesis etmesi mümkün görülmemektedir. ZWALVE, 2004, s. 40 vd; VERHAGEN, 2014, s. 135.

<sup>103</sup> GOEBEL, 1962, s. 46; BENKE / MEISSEL, 2019, s. 204.

yüzyılda kölelerin yanı sıra büyük baş hayvanların, 5. yüzyılda ise tarım araçlarının genel rehinden muaf tutulduğu görülmektedir<sup>104</sup>. Roma işlem hayatında hem bireysel malvarlığı değerleri üzerinde kurulmuş rehin hem de genel rehin, teslimli ya da teslimsiz olarak karşımıza çıkabilmektedir. Genel rehin yoluna gidilmesinin arkasında yatan ekonomik saik rehlinli alacaklının borçlunun diğer alacaklılarına karşı avantajlı bir pozisyona sahip olma menfaatidir. Genel rehin, *Iustinianus* döneminde de devam etmiştir<sup>105</sup>.

Roma'nın ilk devirlerinde bir malın sadece bir borç için teminat oluşturabileceği kabul edilmiş, kurulan ikinci rehin geçersiz olmuştur<sup>106</sup>. Öte yandan, bunun nedeninin *pignus* kurumunun ilk etapta *fiducia*'nın etkisi altında kalışı olduğu düşünülmektedir<sup>107</sup>. Daha sonraları, *conventio pignoris*'in ve buna bağlı olarak teminat konusu malın zilyetliğin devrinin gerekmediği teslimsiz rehlin yaygınlaşması neticesinde önceki rehlin sona ermesi geciktirici şartına bağlı olarak ikinci bir rehlin kurulabileceği düşüncesi kabul görmüştür<sup>108</sup>. Bundan sonraki aşamada ise ikinci rehlin sahibinin de birinciden bağımsız olarak rehin hakkı kazanabildiği kabul edilmiştir. Ancak ikinci sıradaki rehin hakkı sahibi rehne konu olan malın satımından elde edilen bedelden birinci alacaklının alacağını karşılayan miktardan artan kısım ile tatmin edilebilmiştir<sup>109</sup>. Roma hukukunda aynı hakların sıralarının belirlenmesinde geçerli olan kural "*prior tempore potior iure*" yani "zaman itibarı ile önce gelenin hakkı hukuken daha güçlüdür" kuralı olmuştur<sup>110</sup>. Zaman bakımından sonra gelen alacaklı *bona fide detentor* olsa da, yani rehin

<sup>104</sup> GOEBEL, **1962**, s. 57; C.8.16(17).1; C.8.16 (17).7; C.8.16 (17).8-9.

<sup>105</sup> VERHAGEN, **2013**, s. 65.

<sup>106</sup> VERHAGEN, **2014** (Bona Fide Pledgee), s. 983.

<sup>107</sup> ÖZSUNAR, **2005**, s. 154.

<sup>108</sup> Borçlunun üzerinde hali hazırda rehin kurulmuş bir mali ikinci bir alacaklıya *mala fide* rehnetmesi durumunda haksız fiil işlediği kabul edilmiş ve eğer malın değeri tüm borçların değerini aşmadığı takdirde cezaya çarptırılmıştır. VERHAGEN, **2014** (Bona Fide Pledgee), s. 984-985; *Africanus*. D. 20.4.9.

<sup>109</sup> Bu kural İmparator *Caracalla* tarafından 213 yılında çıkarılan bir emirname ile kabul edilmiştir. Zaman olarak sonra kurulan rehin hakkı sahibi önceki rehin hakkı sahibine karşı *actio Serviana* açacak olursa *exceptio rei sibi ante pignorate* (malın daha önce başkasına rehin edilmiş olduğu def'i) ile karşılaşabilmiştir. Tüm alacaklar tatmin edildikten sonra *superfluum*'un borçluya iadesi gerekmiş, fakat borçlunun önceden yapılan anlaşma ile *superfluum*'u isteme hakkından feragat edebileceği kabul edilmiştir. C.8.27(28).20.

<sup>110</sup> C.8.17 (18) 8; ÖZSUNAR, **2005**, s. 154.

teslimli olarak kurulmuş dahi olsa *conventio pignoris*'in önceliği önem taşımıştır. Yine, üçüncü bir kişi tarafından iki farklı alacaklı yararına rehin kurulması durumunda da *conventio pignoris*'in önceliği önem taşımıştır. İlk rehin şarta bağlı olarak kurulmuş, ikinci rehin mutlak olarak kurulmuş ise şart gerçekleştiği anda ilk alacaklı retroaktif olarak öncelik kazanmış; bu kuralın da aksi her zaman kararlaştırılabilmektedir<sup>111</sup>.

Aynı eşyanın üzerinde farklı rehin hakları tesisi antik Germen, İskandinav ve Yunan hukuklarında kabul edilmemiş, Roma hukukunda ise özellikle Cumhuriyet dönemi ve ilk İmparatorluk dönemlerinde yaygınlaşmıştır. Bu halde ya ilk alacaklının bir alt rehin (*subpignus*) kurması söz konusu olmuş ya da borçlu aynı *res* üzerinde birden fazla teminata bulunabilmiştir<sup>112</sup>. Aynı malın tümü üzerinde aynı anda birden çok alacaklı lehine rehin kurulması halinde bu alacaklıların eşit hukukî durumda oldukları kabul edilmiştir. Öte yandan teslimli ve teslimsiz rehnin aynı anda kurulmuş olması halinde teslimli rehin sahibi alacaklı daha kuvvetli bir pozisyonda olmuştur<sup>113</sup>. *Conventio pignoris* kapsamında borçlu ve alacaklı, borçlunun aynı malını aynı anda birden çok alacaklının alacakları oranında rehnetmesi konusunda da anlaşabilmişlerdir. Tüm alacaklılar üçüncü kişilere karşı *actio Serviana* açabilmiş ancak diğer alacaklılara bu davayı yöneltememişlerdir. *Conventio pignoris, ius honorarium*'un adeta irade özerkliğini ve tarafların özgürlüğünü destekleyen liberal bir yapı sergilemesine örnektir.

<sup>111</sup> *Ulpianus*. D. 50.17.128 pr.; *Paulus*. D.20.4.11.1; GOEBEL, 1962, s. 61.

<sup>112</sup> WUBBE, Felix, B.J, “Eine Lehre vom Subpignus im Corpus Iuris Civilis”, *TvR*, Yıl: 1958, Cilt: 26, Sayı: 2, (s. 10-194); BENKE / MEISSEL, 2019, s. 210.

<sup>113</sup> Bu noktada eklenmesi gereken bir husus da Roma hukukunda, Cermen Hukuku kaynaklı “sabit dereceler” sisteminin aksine taşınmaz rehini bakımından “ilerleme” sisteminin benimsenmiş olduğudur. Buna göre ilk sıradaki rehinli alacaklının alacağını elde etmesi sonucunda ikinci sıradaki alacaklının kendiliğinden ilk sıraya ilerleyeceği kabul edilmiş ve bu duruma *successio in locum* adı verilmiştir. Yine de alacaklıların kendi aralarında değişiklik yapmaya ilişkin bir sözleşme yapabilmeleri mümkün olmuştur. Bu çerçevede alacaklıların önde gelen alacaklıya ödeme yaparak onun yerine geçmeyi önerme hakkı (*ius offerendi*) ile borçlu adına borcu ödeyerek ona halef olma imkanı (*ius succedendi*) kabul edilmiştir. Bu halde rehin hakkı o alacaklı bakımından zımnen sona ermiştir. Bir önceki sıradaki alacaklı ifayı kabul etmemesi durumunda borçluya ve teklifte bulunan alacaklıya karşı *in rem* hakkını kaybetmiştir. Bu hallerde, satış hakkı beklenen hak niteliğindeki alacaklı, kendinden önceki sıraya ilerlemiş ve eğer önceki rehinli alacaklı ilk sıradaysa satış hakkına sahip olmuştur. Bu durumun yansımalarını çağdaş hukuk sistemlerinde de görmek mümkündür. TMK 884'e göre borçtan şahsen sorumlu olmayan rehinli taşınmaz maliki, borçluya ait koşullar içerisinde borcu ödeyerek taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını isteyebilir. Bu halde alacak, borcu ödeyen malike geçmektedir. BUCKLAND, 1950, s. 479; GOEBEL, 1962, s. 64; SİRMEN, 2013; OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özel / ÖZDEMİR, Saibe Oktay, *Eşya Hukuku*, 11. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 691; C.8.13(14).22; C.8.17(18).5.

Öte yandan *ius novum* ile özellikle ekonomik hayatın işleyişini dönemin gereklerine göre korumak adına bir takım sınırlamalar getirilmiş olduğu görülmektedir<sup>114</sup>. Bu sınırlamalar özellikle rehinli alacaklının tasarruf yetkisinde kendisini göstermektedir.

#### D. Rehlinli Alacaklının Tasarruf Yetkisi

Rehin hakkının ekonomik işlevi hem alacağı temin etmek hem de paraya çevrilmesini sağlamaktır. Bu sınırlı aynı hak, sahibine Roma hukukundan günümüze rehin konusu malın paraya çevrilerek bedelinden alacağını öncelikle alma hakkı sağlamaktadır. Roma hukukunda alacaklının tasarruf yetkisi, ilk etapta *conventio pignoris*'e göre belirlenmiştir. Roma rehin hukukunda alacaklının tasarruf yetkisi dört aşamada karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan ilk aşamayı borç ödenmediği takdirde rehinli alacaklının malı mülkiyetine geçirmesi teşkil ederken ikinci aşamayı alacaklıya tanınan rehinle yüklü malı satma yetkisi oluşturmaktadır<sup>115</sup>. Üçüncü aşama malın satımından borcun değerini aşan kısmın borçluya iade yükümlülüğünü oluşturmakta, bu aşamada malın el değiştirmesine de izin verilmiş olduğu görülmektedir. Son aşama ise alacaklının

<sup>114</sup> 329 yılında İmparator *Gordianus* tarafından çıkarılan bir emirname ile (C.8.26.27.1) *causa pignoris indivis est* kuralının bir yansıması olarak rehinli alacağın tümüyle ifa edilmesi durumunda aynı alacaklının borçluya karşı güvencesiz karzdan doğan başka bir alacağı varsa alacaklının teminat konusu malı bu alacak için saklayabileceği, bu hususta *ius rentendi* sahibi olduğu düzenlenmiştir. *Pignus gordianum* adı verilen bu rehin düzenlemesine göre aynı kişiden birden fazla alacağı olup bunlardan bir kısmının rehinle temin edilmiş olduğu hallerde rehinle temin edilen borçların ödenmesinden sonra da diğer tüm borçlar ödenene kadar alacaklının rehin hakkını muhafaza edeceği kabul edilmiştir. Borcun kısmen ödenmesi durumunda da malın tümü üzerindeki aynı güvencenin sürdürüğü bilinmektedir. Bu durum kaynaklarda “*qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare nisi accepto universo quantum debetur*” yani “birçok rehinli malı elinde tutan alacaklının, bütün borcu ödenmeden mallardan birisini serbest bırakması mümkün değildir” biçiminde ifade edilmiştir. Borçlunun borçlarının tümünü ödemediği rehin konusu mallarını geri istemek adına dava açması durumunda ise alacaklıya bir hile def'i (*exceptio doli*) tanınmış olup alacaklı bu şekilde hapis hakkını kullanabilmiştir. Öte yandan alacaklı bahis konusu şeyin başka alacaklılar menfaatine tekrar rehnedilmesine engel olamamış, keza malı satma imkanına da sahip olmamıştır. Bu çerçevede değerlendirilen bir başka rehin türü ise *pignus publicum* olmuştur. İmparator *Leo* tarafından 472 yılında çıkarılan bir emirname ile aleni bir hukukî işlem ile kurulan rehin hakkı sahibine, aleni olmayan özel şekilsiz bir anlaşma ile doğan rehin hakkı sahibine nazaran öncelik hakkı verilmiş olup rehin hakkının kuruluş anı bu anlamda dikkate alınmamıştır. Öte yandan bu öncelik sisteminin etkin olmadığı düşünülmektedir. Nitekim, *hypotheca* ancak noter işlevini gören kamu görevlileri tarafından hazırlanmış ya da üç saygın şahit huzurunda kurulmuş ise öncelikten yararlanabilmiştir. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 320; GOEBEL, 1962, s. 63; ÖZSUNAR, 2005, s. 157; C.8.17(18).11; *Ulpianus*.D.20.1.19.

<sup>115</sup> *Scaevola*. D. 46.1.63. Bu nedenle *pignus*'un *Verfallpfand* biçimindeki görünümünün en eski aynı teminat biçimi olduğu, bununla beraber *fiducia*'nin *Eigentumspfand* olarak daha sonra ortaya çıktığı da ileri sürülmektedir. GOEBEL, 1962, s. 33.

malı satıp bedel üzerinden borcu tatmin etmesinin zorunlu ve temel çözüm yolu olarak kabul edilmesidir<sup>116</sup>.

Rehin hakkı sahibinin tasarruf yetkisi çerçevesinde, alacağının ödenmemesi durumunda rehin konusu malı satarak elde ettiği bedelden alacağını alma yetkisine *ius distrahendi* adı verilmiş olup bu yetkinin zamanla ortaya çıktığı bilinmektedir. Alacaklının rehin konusu maldan alacağını doğrudan tatmin etmesine yönelik olarak ilk aşama 2. yüzyıla dek sürmüştür. Bu aşamada rehinli alacaklının rehin konusu malı mülkiyetine geçirme yetkisinin yanı sıra ancak ve ancak tarafların anlaşmalarına bağlı olarak malı satabilme hakkı da olmuştur. *Labeo*'ya ait D.20.1.35 metni satış yetkisinin sözleşme ile kararlaştırılabileceğine işaret etmektedir. Öte yandan *Iavolenus*'a ait D.47.2.74-75 metinleri anlaşma olmaksızın ya da borcun muacceliyetinden önce malı satan alacaklının *furtum* suçunu işlemiş olacağı biçiminde yorumlanmaktadır. Nitekim bu durum işlem hayatında borçlunun kredibilitesini olumsuz etkilediğinden hukuken de kınanmıştır<sup>117</sup>.

İlk aşamada *de iure* söz konusu olan rehin konusu malı mülkiyetine geçirme yetkisinin daha ziyade Yunan ve Germen hukuklarına özgü bir yöntem olduğu da bilinmektedir. Bu durum, Roma hukukunun farklı hukuk sistemlerini ve farklı hukuki gelenekleri kapsayıcı karakterini de gözler önüne sermektedir. Roma'nın ilk devirlerinde alacağın ödenmemesi halinde rehin konusu malın kayıtsız şartsız alacaklının mülkiyetine geçmesine karşılık daha sonraki devirlerde taraflar aralarında yaptıkları sözleşmeye alacağın ödenmemesi durumunda malın alacaklıya geçeceğine ilişkin anlaşmayı ifade eden *lex commissoria* kaydını eklemeye başlamışlardır<sup>118</sup>. Bir diğer ifade ile, malın

---

<sup>116</sup> Klasik hukuk döneminde borçlunun sadece borcu ödediği takdirde malı rehinden kurtarma hakkı mevcut olmuştur. *Gordianus III* döneminde ise alacaklının borçlu tarafından teklif edilen ifayı reddetmesi halinde, rehinin paraya çevrilmesi için yapılan satışın geçersiz olacağı kabul edilmiştir. Öte yandan satış sonrası yapılan ifa ise rehinli malı kurtarmaya yetmemiştir. Bu anlamda eğer icra usulüyle bir üçüncü kişiye mal satılmış ise borçlu sadece alıcıya karşı malı kurtarma hakkını ileri sürebilmiştir. Bunun için ise alacaklı ile üçüncü kişinin anlaşması gerekmiştir. VERHAGEN, 2014, s. 149.

<sup>117</sup> BUCKLAND, 1950, s. 242; DI MARZO, Salvatore, (çev. Umur, Ziya.), **Roma Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 289; GOEBEL, 1962, s. 52.

<sup>118</sup> BURDICK, 1989, s. 381; ÖZSUNAR, 2005, s. 152; KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, Havva, "Roma Hukukunda Lex Commissoria Yasağının Kapsamı ve Bu Yasağın Uygulama Alanını Daraltan İşlemler", **Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan**, Vedat Yayınları, İstanbul 2004, s. 132 vd.

mülkiyetinin alacaklıya geçmesi istisna haline gelmiş ve ancak taraflar arasında açıkça kararlaştırıldığı müddetçe kabul edilmiştir. *Lex commissoria*, Roma hukukundan günümüze *conventio pignoris*'e eklenmiş olan geciktirici bir şartı ifade eder. Bir diğer deyişle mülkiyetin devri rehinle temin edilen borcun ödenmemesi şartına bağlanmış olup bu hukuki işlem şarta bağlı bir *traditio brevi manu* niteliği taşımaktadır. Bu noktada önem taşıyan bir diğer husus, anlaşmanın alacağın muacceliyetinden önce yapılmış olmasıdır. Aksi halde alacaklının mülkiyeti kazanması geçerli bir *datio in solutum* (ifa yerine edim) olarak görülmektedir<sup>119</sup>. Bu aşamada rehinli alacaklının hem rehin konusu maldaki hasardan (*periculum*) hem de rehin konusu malın borcu karşılayamaması tehlikesinden (*reliquum*) doğan risklere katlanması gerekmiştir. Öte yandan alacaklının malın değerinden borcu aşan miktar olan *superfluum/hyperocha*'yı iade etmesi gerekmemiştir. Malın değerinin artışı ise alacaklının menfaatine olacak şekilde rehne dahil olmuştur<sup>120</sup>. Alacaklı için avantajlı olan bu durum, işlem hayatının gereklerine cevap vermediğinden Cumhuriyet dönemi ortalarından itibaren yaygınlığını kaybetmiştir.

Bununla beraber *conventio pignoris* ile alacaklıya malı satım yetkisi verilmesine de sıkça rastlanılmış, bu halde açık artırma usulüyle spot piyasada mallar satışa sunulmuştur<sup>121</sup>. Cumhuriyet dönemi sonrasında *conventio pignoris*, rehne konu malın satılarak bedelinden alacaklının tatmin edileceğine ilişkin bir anlaşma olan *pactum de vendendo/distrahendi* şeklini almıştır. Rehlin alanın *ius distrahendi* olarak ifade edilen

<sup>119</sup> Keza 230 yılında *Alexander Severus* tarafından çıkarılmış bir emirnamede (C. 8,19,1)1 malın alacaklıya satışının, alacağın muacceliyetinden sonra kararlaştırılması halinde *datio in solutum* olarak geçerli olduğundan bahsedilmektedir. GOEBEL, 1962, s. 52. Buna paralel olarak Türk hukukunda da TMK 873 uyarınca *lex commissoria* yasağı düzenlenmiştir. Yasağın kapsamına ise alacağın muacceliyetinden önce yani borcun henüz vadesi gelmeden yapılmış olan anlaşmalar girmektedir. Zira borcun muaccel olmasından sonra aynı teminat konusu malın ifa yerine veya uğruna edim olarak alacaklının mülkiyetine geçirilmesi mümkündür. Roma'da hakim olan ilke "*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*" olarak ifade edilen "alacaklının rızası olmadan borçlanılmış edim yerine borcu başka bir şeyle ifa etmek mümkün değildir" ilkesidir. Bununla beraber taraflar aralarında anlaşarak borçlanılan edimden başka bir edimin yerine getirilmesini kararlaştırabilmişlerdir. ERDOĞMUŞ, Belgin, **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözcükler**. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 10; SİRMEN, 2013, s. 672-687; KUNTALP, Erden, "Lex Commissoria Yasağı Koşulları ve Uygulama Alanı", **İnan Kıraç'a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1994, s. 152.

<sup>120</sup> *Marcianus*. D. 20.1.13.pr; nehir yataklarındaki büyüme için *Marcianus*. D.20.1.16.pr.; çıplak olarak rehnedilen arazide daha sonradan elde edilen *ususfructus* bakımından *Pomponius*. D. 13.7.18.1.

<sup>121</sup> Açık artırma usulüne ilişkin tabletlere örnek olarak bkz. TPSulp 83–84; TPSulp 88; TPSulp 90–91–92; TPSulp 85; TPSulp 87a.

satış hakkını kullanması rehni sona erdirmiş olup bu hukuki işlem özel nitelikli kişisel bir satış olarak ele alınmaktadır<sup>122</sup>. Özellikle köle, kıyafet ya da buğday gibi mallar bu usule uygun yapıdadır. Roma'da açık artırma sadece icra satışları için değil, aynı zamanda sıradan ticari satımlar için de sıklıkla uygulanan bir yöntem olmuştur<sup>123</sup>. Rehinli alacaklının malı satış yetkisi konusunda *Gaius*'a ait Ins.2.64 metni günümüze ışık tutmaktadır. Buna göre rehin alanın satış yetkisi, bu yönde tarafların açık olarak anlaşmalarına bağlanmıştır. *Gaius* bu metinde alacaklının malı satma yetkisini malın malikinden başka bir kimse tarafından el değiştirmesi durumuna örnek olarak vermiştir. Roma'da geçerli olan "kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez" "*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*" kuralının istisnalarından birisi *in personam* karakteriyle rehin hakkında ortaya çıkmıştır. Zira rehin hakkı sahibinin alacağını elde etmek amacıyla maliki olmamasına rağmen teminat konusu malı satabileceği kabul edilmiştir. Öte yandan malın mülkiyetinin nakli bakımından malikin en azından zımni rızasının olduğu varsayılmaktadır. Bu açıdan, malikin şarta bağlı olarak bir başka kimseyi rehin konusu malın mülkiyetini devretme konusunda yetkilendirmiş olduğu görülmektedir<sup>124</sup>. *Papinianus* ise D.20.5.4 uyarınca satış yetkisini taraflar arasındaki anlaşmadan kaynaklanan gönüllü bir yetki olarak (*vendendi pignoris potestas*) ele almıştır.

İleriki dönemlerde pratik hayatta alacaklıya tanınan satış yetkisi borcun miktarını aşan satış miktarının borçluya geri ödenmesi gönüllü kaydını da içermiştir. Özellikle malın satılması halinde satış bedelinin piyasa değerini aşması durumunda *conventio pignoris*'e eklenen bu koşul borçluya koruma sağlamıştır<sup>125</sup>. Rehinli malın bedelinin alacağı karşılamaması halinde ise alacağın geri kalan kısmı için borçlunun diğer kişisel malvarlığı değerlerine başvurulabileceği kabul edilmiştir. *Ulpianus*'a ait D.13.7.4 uyarınca orta İmparatorluk döneminde satış yetkisi *conventio pignoris*'in içeriğine dahil kabul edilmiş ve taraflar arasında *pactum de vendendo* olmasa dahi zımni olarak kabul

---

<sup>122</sup> KASER, 1965, s. 132; BURDICK, 1989, s. 379; SAYIN KORKMAZ, 2018, s. 91.

<sup>123</sup> VERHAGEN, 2013, s. 69.

<sup>124</sup> KASER, 1982, s. 72.

<sup>125</sup> VERHAGEN, 2013, s. 70-71; VERHAGEN, 2014, s. 153.

edilmiştir. Bir diğer deyişle *ius distrahendi, conventio pignoris*'in arızı unsuru iken doğal unsuru biçimini almış, en son dönemde ise esaslı unsur haline gelmiştir. *Superfluum*'un ödenmesinin kanuni ve zımni bir yükümlülük haline gelişi ise *Alexander Severus* zamanında gerçekleşmiştir<sup>126</sup>. Klasik dönemin sonunda, taraflar açıkça kararlaştırmamış olsa dahi alacaklının borçluya malın satımından borcu aşan miktarı ödemesi gerekmiştir. Rehin alanın *superfluum*'u iade etmemesi halinde malik tarafından *actio pigneraticia* açılabilmiştir<sup>127</sup>.

Alacaklının satış yetkisi kapsamında rehne konu malı kendisine satması mümkün olmamıştır<sup>128</sup>. Borçlunun rehin konusu malı şarta bağlı bir satım sözleşmesi ile alacaklıya satışının taraflar arasında açıkça kararlaştırılmasının geçerliliği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre 2. yüzyıla ilişkin bazı metinler rehinle yüklü malın borçlu tarafından alacaklıya şarta bağlı satışını düzenlemektedir. Bunlardan en önemlisi borçluyu korumaya yönelik olan D.20.1.16.9'dir. Buna göre *Marcianus, Septimius Severus* ve *Caracalla*'ya ait bir emirnameden bahsetmekte ve bu halde satışın piyasa bedelini (*iustum pretium*) yansıtması gerektiğini belirtmektedir. *Verhagen*, klasik dönemin sonuna kadar *iustum pretium* sağlandığı takdirde bu satışların geçerli olduğunu belirtmektedir. Bu halde ise borcu aşan miktarın alacaklıya iadesi gerekmiştir. Bu metin, *superfluum*'u ödeme

<sup>126</sup> Bu kural *Alexander Severus* tarafından 222 yılında çıkarılmış olan bir *rescriptum*'a dayandırılmaktadır. C.8.34(35).1.

<sup>127</sup> Alacaklı tarafından satılan malın *res nec mancipi* olması halinde mülkiyetin yeni alıcıya hemen geçeceği kabul edilmiş, *res mancipi* mallar bakımında ise satın alanın önce *praetor* mülkiyetini kazandığı daha sonra ise zamanaşımı ile *ius civile* mülkiyetini kazandığı kaynaklarda belirtilmiştir. Öte yandan *actio pigneraticia directa, in factum concepta* olarak doğmuştur. Bu nedenle kimi zaman bu dava ile rehin konusu mal yerine *superfluum*'un talep edilip edilemeyeceğinin tam olarak açık olmadığı da ileri sürülmektedir. *Actio pigneraticia contraria* ise rehin alan tarafından rehin konusu eşyanın korunması için yaptığı masrafların veya mal yüzünden uğradığı zararların tazmin edilmesi amacıyla rehin verene karşı açılan davayı ifade etmiştir. Borçlunun başkasına ait malı *mala fide* rehnetmesi halinde doğan zararlar da yine bu dava ile istenebilmiştir. Rehin akdinden doğan davalarla korunan bu haklar şahsî hak niteliğinde olup rehin akdinin kurulmadığı hallerde ise *quasi-contractus* yani akit benzerlerine dayandırılarak talep edilebilmişlerdir. GOEBEL, 1962, s. 50-52; KASER, 1982, s. 78-80; ERDOĞMUŞ, 1982, s. 280; VERHAGEN, 2014, s. 153-154; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 312-319; SAYIN KORKMAZ, 2018, s. 90; ÖZSUNAR, 2005, s. 153.

<sup>128</sup> BUCKLAND, 1950, s. 477; KASER, 1965, s. 132-133.



yükümlülüğünün *Septimus Severus* döneminde mevcut olduğunun da bir kanıtı olarak değerlendirilmektedir<sup>129</sup>.

*Leges commissoriae*'nin yasaklanması ise çok daha sonra, İmparator *Constantinus* dönemine denk gelmektedir. *Lex commissoria* taraflar arasında açıkça kararlaştırılmış ise alacaklı kendisine karşı açılan davaya karşı bu durumu ileri sürebilmiştir. *Lex commissoria* şartı ekonomik bakımdan güç durumda kalabileceğine inanılan borçluyu zarara uğratabileceğinden 326 yılında İmparator *Constantinus* tarafından çıkarılan bir emirname (C.8.34(35).3) ile yasaklanmıştır<sup>130</sup>. Modern hukuklarda da benimsenen *lex commissoria* yasağının altında yatan neden rehin alanın temin edilen alacağının değerinden daha yüksek bir değer elde etmesini önlemektir. Diğer bir ifade ile zamanında ödeme yapabileceği umuduyla rehin konusu şeyin alacaklının mülkiyetine geçeceğini kabul eden borçlu korunmak istemiştir<sup>131</sup>.

İmparatorluk döneminde ancak son aşamada alacaklının malın üçüncü kişilere satılması sonucunda menfaatini tatmin edebileceği kabul edilmiştir. Öte yandan belirli durumlarda alacaklı rehinli malın mülkiyetini de elde edebilmiştir. Bunlar, rehin anlaşması (*conventio pignoris*) esnasında tarafların malın alacaklıya satışını kararlaştırmaları, tarafların borcun muacceliyeti sonrasında *datio in solutum* olarak malın alacaklıya satışını kararlaştırmaları ve alacaklının *impetratio dominii* denen özel imparatorluk iznini almasıdır. Klasik hukuk döneminin sonlarına doğru alacaklının belli bir sürede mala alıcı bulamaması halinde malın gerçek değeri üzerinden kendisine verilmesini isteyebileceği *Alexander Severus* döneminde çıkarılmış olan (C.8.33.1) imparatorluk emirnamesi ile kabul edilmiştir<sup>132</sup>. *Impetratio dominii* denilen bu usule göre mal ancak imparatorun açık izni- mahkeme kararı ile alacaklıya verilebilmiştir. *Lex commissoria*'nın yasaklanmasından sonra *impetratio dominii* alacaklı tarafından rehinin

<sup>129</sup> VERHAGEN, 2013, s. 74; D. 20.1.16.9'da yer alan (*rem iusto pretio tunc aestimandam-adil bedelin belirlenmesi*) ifadesinin *interpolatio* olduğu, bunun amacının ise *lex commissoria* yasağı ile uyumlaştırılması olduğu savunulmaktadır. Aksi yönde bkz, *Papinianus, Fragmenta Vaticana*, 9.

<sup>130</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 311.

<sup>131</sup> SİRMEN, 2013, s. 672.

<sup>132</sup> BUCKLAND, 1950, s. 131; KASER, 1965, s. 133; VERHAGEN, 2014, s. 78.

paraya çevrilmesi amacıyla rehinli malın mülkiyetinin elde edilmesinin tek usulü olarak kabul edilmiştir.

*Iustinianus* döneminde, taraflar arasındaki şekilsiz rehin anlaşmasında alacaklının malı satamayacağına kararlaştırılması durumunda dahi, alacaklının belirli şartlar altında satışı gerçekleştirebileceği kabul edilmiştir. Bu halde alacaklının satış yetkisi adeta bir emredici hukuk kuralı halini almıştır. Bunun için alacaklının borçluya art arda üç ihtarda (*denuntiatio*) bulunması gerekmiştir. Bildirimin satış için öngörülen bir geçerlilik şartı olup olmadığı açık değildir. Öte yandan borçlu üzerindeki baskıyı artırma ve borçluyu *superfluum*'un kendisine ödenmesi konusunda haberdar etme fonksiyonları mevcut olmuştur. Yine bu dönemde alacaklıya malı satış yetkisi açıkça verildiği takdirde bu satışın borçluya yapılan resmi ihbar üzerinden iki yıl geçmedikçe yapılamayacağı düzenlenmiştir. Borçluya iki yıl içerisinde borcunu ödeyerek bir başkasına satılmış olan rehinli malını geri alma imkanı tanınmıştır. Buna göre alacaklı *denuntiatio* ve borçluya ilişkin alınan karar sonrasında yine iki yıl içerisinde rehne konu satabilmiş, öte yandan aralarındaki anlaşma satışın nasıl ve nerede olacağına ilişkin bilgi içerdiği takdirde, buna öncelik verilmiştir<sup>133</sup>. Görüldüğü üzere *conventio pignoris*'in hukuken korunması Roma rehin hukukunda taraflara sağlanan irade özerkliğinin altını çizmektedir. *Ius novum* ise *ius praetorium*'un bir devamı olarak katı hukuk kurallarını toplumun ihtiyaçlarına uyarlama görevini üstlenmiştir.

## SONUÇ

*Papinianus*'a ait D.1.1.7.1 metninde yer alan "*ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*" ifadesi ile *ius praetorium*'un üç farklı işlevinin altını çizilmektedir. Bunlar: *Ius civile*'yi ayrıntılandırarak açıklamak ve uygulanmasını kolaylaştırmak; *ius civile*'de yer alan boşlukları doldurmak ve burada düzenlenmemiş konularda kurallar koyarak *ius*

<sup>133</sup> İki yıllık süre tarafların aynı eyalette yaşaması halinde öngörülmüş olup aksi halde eyalet yargıcına başvurularak ödeme tarihine ilişkin yeni bir karar alınması gerekmiştir. Borçlu bu imkanını *in bonis* malik olan alacaklının *usucapio* süresinden önce kullanabilmiştir. BUCKLAND, 1950, s. 477; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2006, s. 311.

*civile*'yi düzeltmek ile artık toplumsal gereksinimlere karşılık vermediği ölçüde, kuralların değiştirilmesini sağlamaktır<sup>134</sup>. *Papinianus*'un trikonomisi *Wieacker* tarafından modern Alman hukukuna alınmış, daha sonra Kıta Avrupası hukuklarına sirayet etmiştir. *Ius praetorium*'un bu üç işlevinin dikkat çektiği bir alan da Roma'da aynı teminat kavramının ortaya çıkışı ve gelişimidir.

Mülkiyet hakkının doğal hak ve sosyal hak niteliği ile ekonomik yansımaları Roma hukukunda mülkiyet ve bununla ilişkili olarak rehin hakkının düzenlenişinde açıkça görülmektedir. Roma'da teminat kavramının ortaya çıkışı taraflar arasındaki bilgi asimetrisine dayanmaktadır. Roma hukukunda aynı teminat kavramının tarihsel gelişimi kademeli olarak gerçekleşmiştir. Alacaklılar ilk aşamada doğrudan mülkiyet hakkının nakli, daha sonra kendilerine mal üzerinde *detentio* sağlanması, en son aşamada ise bir sınırlı aynı hak tanınması ile güvence altına alınmışlardır. Roma hukukunda rehin hakkı salt hak sahibi üzerinde düşünülen bir yükümlülük statüsünden ile bağımsız bir aynı hakka evrilmiştir. Bu çalışma özellikle taraflar arasında yapılan şekilsiz rehin anlaşmasına (*conventio pignoris*), bu anlaşmanın zamanla hukuki koruma altına alınmasına ve bu hukuki korumaların rehin hakkının sınırlı aynı hak olarak tanınmasındaki rolüne odaklanmıştır. Zira özellikle teslimine bağlı olmayan rehinin evriminde *conventio pignoris* ile belirlenen bireysel sözleşme hükümlerinin standart sözleşme şartlarına, bunların ise zımnî olarak kabul edilen sözleşme hükümlerine, en son aşamada ise katı hukuk kurallara dönüşmüş olmasına rastlanılmaktadır.

Roma rehin hukukunun en önemli özelliği rehin hakkının teslimsiz olarak taraflar arasındaki şekilsiz bir anlaşma ile kurulabilmesine imkan vermiş oluşudur. *Conventio pignoris* rehin hakkının *in rem* niteliği almasında kilit bir rol oynamış, bu nedenle adeta bir aynı hak tesisi yöntemi olarak karşımıza çıkmıştır. *Conventio pignoris*, sözleşmelerin rızailiği prensibi ile bir aynı hak tesisi arasındaki ilişkinin altını çizmektedir. Bu çerçevede rehin hakkının aynı hak niteliğini alışı öncelikle *ius praetorium* sayesinde gerçekleşmiştir. Nitekim aynı teminatların alacaklılara sağladığı, hakkın gerektiğinde malike ya da malın bulunduğu üçüncü kişilere karşı aynı dava ile ileri sürülebilmesi

---

<sup>134</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2007, s. 103; VERHAGEN, 2014, s. 52.

imkanı *ius praetorium* tarafından tanınan *interdictum*'lar ve davalarla ortaya çıkmıştır. Özellikle *interdictum Salvianum* ve daha sonra *interdictum Salvianum*'un genişletilmesi sonucu ortaya çıkan *actio Serviana* sonucunda rehin hakkı sahibinin talep hakkını üçüncü kişilere yöneltebileceği kabul edilmiş, rehinli alacaklı rehin konusu malı mal o anda kimin elinde ise ondan alabilmiş ve muacceliyeti gelen borcun ödenmemesi halinde alacağını elde edebilmiştir.

Öte yandan bu hususta *ius novum*'un etkisi de büyüktür. İmparatorluk döneminde devletin idari organizasyonunun yeniden yapılanması sonucunda özellikle 3. yüzyıl imparator *rescriptum*'ları etrafında şekillenen bu yeni hukuk, *Iulianus* ve sonrası hukukçulardan büyük ölçüde etkilenmiştir. Rehin bakımından önem taşıyan nokta ise *ius honorarium* irade özerkliği ve tarafların özgürlüğünü destekleyen liberal bir yapı sergilerken *ius novum*'un özellikle borçluyu korumak adına bir takım sınırlamalar getirmiş olmasıdır. *Conventio pignoris*, taraflara sağlanan irade özerkliğinin en güzel örneğidir. *Ius novum* ise katı hukuk kurallarını toplumun ihtiyaçlarına uyarlama görevini almış, bunda ise özellikle *edictum perpetuum* ile *ius honorarium*'un pratik hukuk yaratma gücünün sona ermesi etkili olmuştur. Öte yandan *ius honorarium* ve *ius novum* arasında bir devam ilişkisi de mevcuttur<sup>135</sup>.

Keza imparatorluk makamı *praetorian* tekniklerle hakkaniyeti sağlamaya yönelmiş olup *edictum*'daki boşlukların doldurulması ve hukuk kurallarının toplumsal ihtiyaçlara uyarlanması amaçlanmıştır. Her ne kadar *rescriptum*'lar mevcut hukuk kurallarına ilişkin görüş ve yargıları ifade etse de yeni kural ve kurumlardan bahsetmeleriyle hukuk yaratımına katkıda bulunmuş, bu nedenle *ius honorarium* ile organik bir ilişki içerisinde olmuştur. Öncelikle *ius praetorium* vasıtasıyla daha sonra ise *ius novum*'un etkisiyle rehin hakkının belirli ve müstakil bir mal üzerinde teslim bağli kurulan bir haktan borçlunun rehnin kurulduğu anda ve gelecekte elde edeceği maddi ve gayrimaddi tüm malları üzerinde teslimsiz olarak tesis edilebilecek bir aynı hakka

---

<sup>135</sup> Bkz. 'L'équité imperial prend le relai de l'équité prétorienne'. SCHULZ, Fritz, **History of Roman Legal Science**, Clarendon Press, Oxford, 1946; HONORÉ, Tony, **Emperors and Lawyers**, 2. Basım, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 38; VERHAGEN, 2013, 52.

dönüşümü ve bu bağlamda korunması Roma hukukunun esnek, transformatif ve vizyoner yapısının en güzel örneklerindedir.

#### KAYNAKÇA

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, **Istiuzioni Dei Diritto Romano**, 40. Basım, Jovene, Napoli, 2012.

BELEN Herdem, “Ana Hatları ve Bazı Temel Özellikleriyle Taşınmaz Rehin Hakları”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 5, Sayı: 1-2, (s. 3-30).

BENKE, Franz / MEISSEL, Nikolaus, **Roman Law of Property**, Manz Verlag, Wien, 2019.

BERKİ, Şakir, “Roma Hukukunda Ayni Haklar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1948, Cilt: 5, Sayı:4, (s. 323-375).

BUCKLAND, William, W, **A Textbook of Roman Law From Augustus to Justinian**, 2. Basım, Cambridge University Press, Cambridge, 1950.

BURDICK, William L, **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law**, Tıpkı Bası, W.M.W. Gaunt and Sons, Florida, 1989.

CUQ, Édouard, **Les Institutions Juridiques des Romains Envisagées dans leurs Rapports avec L'état Social et Avec Le Progrès de la Jurisprudence**, L'ancien Droit, Paris, 1891.

DI MARZO, Salvatore, (çev. Umur, Ziya.), **Roma Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.

ERDOĞMUŞ, Belgin, **Eşya Hukuku**, 6. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015.

ERDOĞMUŞ, Belgin, **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.

ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Eşya Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 1994.

ERDOĞMUŞ, Belgin, “Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bir Bakış”, **Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan**, Yıl: 1982, Cilt: 1, (s. 255-274).

GIRARD, Paul, **Manuel Élémentaire de Droit Romain**, 6. Basım, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1918.

GOEBEL, Roger, “Reconstructing the Roman Law of Real Security”, **Tulane Law Review**, Yıl: 1961-1962, Cilt: 36, (s. 29-67).

GÜRTEN, Kadir, **Roma Hukukunda Kefalet Akdi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

HALLEBEEK, Jan, “Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics”, **Fundamina**, Yıl: 2015, Cilt: 21, Sayı: 1, (s.14-33).

HAUSMANINGER, Herbert / SELB, Walter, **Römisches Privatrecht**, 9. Basım, Böhlau, Wien, 2001.

HONORÉ, Tony, **Emperors and Lawyers**, 2. Basım, Oxford University Press, Oxford, 1994.

JONES, David, **The Bankers of Puteoli: Finance, Trade and Industry in the Roman World**, Tempus, Gloucestershire, 2006.

JÖRS, Paul / KUNKEL, Wolfgang / WENGER, Leopold, **Römisches Recht**, 3. Basım, Springer, Heidelberg, 1949.

KARADENİZ, ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Eşya Hukuku**, 3. Basım, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2006.

KARADENİZ, ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku**, 11. Basım, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2007.

KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, Havva, “Roma Hukukunda Lex Commissoria Yasağının Kapsamı ve Bu Yasağın Uygulama Alanını Daraltan İşlemler”, **Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan**, Vedat Yayınları, İstanbul, 2004.

KARAMAN, Başak, **Roma Hukukunda Rehin Akdi**, GSÜ, İstanbul, 2008.

KASER, Max, **Das römische Privatrecht II**, 2. Basım, Beck, München, 1975.

KASER, Max, **Roman Private Law**, Butterwoths Publishings, Oxford, 1965.

KASER, Max, **Studien zum römischem Pfandreht**, Jovene, Napoli, 1982.

- KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975.
- KUNTALP, Erden, “Lex Commissoria Yasağı Koşulları ve Uygulama Alanı”, **İnan Kıracı’na Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1994.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, **Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.
- LEE, Robert, W, **The Elements of Roman Law With a Translation of the Institutes of Justinian**, Sweet and Maxwell Publishing, London, 1952.
- NOORDRAVEN, Gijbert, **De Fiduzia in het Romeinse Recht**, Amsterdam, 1999.
- OĞUZ, Arzu, “Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1989-1990, Cilt: 41, Sayı: 1-4, (s. 225-286).
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özel / ÖZDEMİR, Saibe Oktay, **Eşya Hukuku**, 11. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
- ÖZDEMİR TÜRKOĞLU, Gökçe, “Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması”, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2005, Cilt: 7, Sayı: 1 (s. 167-211).
- ÖZSUNAR, Erdal, “Roma Hukuku’nda Rehin Hakkı (Pignus-Hyptotheca)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2005, Cilt: 7, Sayı: 2, (s. 137-164).
- RABEL, Ernst, “Real Securities in Roman Law: Reflections on a Recent Study by the Late Dean Wigmore”, **Jurist**, Yıl: 1943, Cilt: 1, (s. 32-47).
- ROBAYE, René, **Le Droit Romain**, 5. Basım, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2016.
- SAYIN KORKMAZ, Bengi, S, “Roma Hukukunda Ayni Teminatın Tarihsel Gelişimi: Pignus ve Hypotheca”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 2018, Sayı: 36, (s. 73-105).
- SCHERMAIER, Martin, “Bona Fides in Roman Contract Law”, (der. R. Zimmermann / S. Whittaker), **Good Faith in European Contract Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, (s. 63-93).

- SCHULZ, Fritz, **Classical Roman Law**, Oxford University Press, Oxford, 1951.
- SCHULZ, Fritz, **History of Roman Legal Science**, Clarendon Press, Oxford, 1946.
- SCHULZ, Fritz, (çev. Belgin Erdoğmuş), “Roma Hukuku’nun Prensiplerinden Sadakat”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1995, Cilt: 48, Sayı: 1-4, (s. 380-398).
- SEVİĞ Vasfi, Reşit. “Hukuk Mukayesesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1947, Cilt: 4, Sayı:1-4, (s. 168-261).
- SİRMEN, Lâle A., **Eşya Hukuku**, 1. Basım, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2013.
- STOLLTE, Bernard, “Fiducia Cum Creditore in Early Byzantine Law”, **55th Session of the Société Internationale 'Fernand de Visscher' pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité**, Rotterdam, 18- 22 September 2001, (s. 1-10).
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Hukuku Meseleleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1982.
- UÇARYILMAZ, Talya, **Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)**, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1983.
- VERHAGEN, Hendrik,L.E, “Ius honorarium, Equity and Real Security: Parallel Lines of Legal Development”, **Law and Equity Approaches in Roman Law and Common Law**, (der. E. Koops vd.), Brill-Nijhoff, Leiden, 2014, (s. 129-160).
- VERHAGEN, Hendrik, L.E, “The Evolution of Pignus in Classical Roman Law: *Ius Honorarium* and *Ius Novum*”, **TvR**, Yıl: 2013, Cilt: 81, Sayı: 1-2, (s. 51–79).
- VERHAGEN, Hendrik, L.E, “The Lack of Protection of Bona Fide Pledges”, **Fundamina**, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 2, (s.982-992).
- WATSON, Alan, “The Origins of Fiducia”, **ZSS**, Yıl: 1962, Cilt: 79, Sayı: 1, (s. 329-334).
- WIGMORE, John, “The Pledge-Mortgage Idea In Roman Law: A Revolutionary Interpretation”, **Illinois Law Review**, Yıl: 1941-1942, (s. 371-384).



WUBBE, Felix, B.J, “Eine Lehre vom Subpignus im Corpus Iuris Civilis”, **TvR**, Yıl: 1958, Cilt: 26, Sayı: 2, (s. 10-194).

WUBBE, Felix, B.J./ PICHONNAZ, Pascal, “L’action Servienne dans l’Edit du Preteur”, **Mélanges à la Mémoire de André Magdelain**, (der. M. Humbert ve Y. Thomas), Pantheon-Assas, Paris, 1998, (s. 361–382).

ZIMMERMANN, Reinhard, **The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Clarendon, Oxford, 1990.

ZWALVE, J. Willem, “A Labyrinth of Creditors: A Short Introduction to the History of Security Interests in Goods”, **Security Rights in Movable Property in European Private Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.