

# ROMA HUKUKUNDA REHİN SÖZLEŞMESİ VE LEX COMMISSORIA YASAĞI\*

Arş. Gör. Nurtaç ENDES\*\*

## PIGNUS AND LEX COMMISSORIA PROHIBITION IN THE ROMAN LAW

### ÖZ

*Rehin, bir alacağın güvence altına alınmasına yarayan, borçlu veya üçüncü bir şahıs tarafından temin edilen, alacaklının, borçlu tarafından tatmin edilmemesi halinde rehin konusu malın zilyetliğini kazandığı, alacaklının söz konusu malı satıp, satış bedeli üzerinden alacağını elde etme imkânı bulduğu bir sınırlı aynî hakkı ifade etmektedir.*

*Rehin, bünyesinde rehin hakkı ve rehin sözleşmesini de barındıran bir kavram olarak karşımıza çıkar. Bu bakımdan, rehin hakkı ve rehin sözleşmesi kavramları birbirinden farklıdır. Günümüz hukukunda aynî teminat içinde*

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.11.2017

Kabul Edildiği Tarih: 03.09.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.358532](https://doi.org/10.15337/suhfd.358532)

\*\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

E-mail Adresi: nurend@gmail.com

ORCID ID: [0000-0001-9548-0761](https://orcid.org/0000-0001-9548-0761)

değerlendirilen bu kavramların temelde Roma Hukuku'na dayandığı görülmektedir. Sadece bu kavramlar değil, rehin alanın rehinle teminat altına aldığı alacağını tahsil edememesi halinde, rehin konusu mal üzerindeki hâkimiyetinin ve yetkisinin sınırını açıklayan *lex commissoria* yasağı da Roma Hukuku'nda doğmuş ve Türk Medeni Kanunu'muza yerleşmiş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu nedenle, bu makalede öncelikle rehin hakkı ve rehin sözleşmesi kavramları arasındaki fark ele alınmış, daha sonra Roma Hukuku'ndaki rehin sözleşmesine dair esaslar ve özellikle *lex commissoria* yasağı, günümüz hukuku ile de bağlantılı olarak açıklanmıştır.

**ANAHTAR KELİMELER:** Rehin, Rehin Hakkı, Rehin Sözleşmesi, Lex Commissoria Yasağı, Rehin Paraya Çevrilmesi.

### ABSTRACT

*The pledge represents a limited real right which is obtained by debtor or the third party; guarantees a claim; allows creditor to acquire the possession of property in pledge in case of not satisfied by debtor; enables creditor to sell the property and to get the claim upon sale price.*

*The pledge is regarded as a concept which contains the right of pledge and pledge agreement in itself. In this regard, the concepts of pledge agreement and the right of mortgage are different from each other. In today's law, it is seen that these concepts which are evaluated in collateral security, are essentially based on Roman Law. In case pledgee do not collect the pledge - guaranteed claim, not only these concepts but also *lex commissoria* prohibition is known as a concept which explains the dominance on property in pledge and the boundary of the authority, has been originated in Roman Law and established in Turkish Civil Code.*

*For this reason, in this article primarily the difference between the concepts such as the right of mortgage and pledge agreement was discussed and then principles concerning the pledge agreement in Roman Law and especially *lex commissoria* prohibition was explained in connection with today's law.*

**KEYWORDS:** Pledge, Right of mortgage, Pledge contract, Lex commissoria prohibition, Foreclosure.

## GİRİŞ\*\*\*

Birçok alanda günümüz hukukuna katkısı bulunan Roma Hukuku, aynı teminat vasıtası olarak kabul edilen rehin sözleşmesiyle de modern hukuka kökenlerini salmıştır. Roma Hukuku'nda kişiye duyulan güvenin ticari ilişkilerde önem arz etmesi sebebiyle, şahsî teminat öncelikli olarak uygulama alanı bulsa da ilerleyen süreçte ihtiyaçlar doğrultusunda aynı teminatlara da başvurulduğu görülmektedir. Bu kapsamda rehin sözleşmesi, ortaya çıkışı itibariyle hukuki korumadan yoksun bir durumda olsa da sonraki dönemlerde *praetorlar'*ın faaliyetleri doğrultusunda, aynı sözleşmeler arasında yer alan bir teminat hâlini almıştır.

Roma Hukuku'nda rehin sözleşmesi için öngörülen bazı esaslar modern hukukta değişikliğe uğramış olsa da rehin hakkı (*hypoteca*), rehin sözleşmesi (*pignus*) ve rehin sözleşmesinde borcun ödenmemesi halinde, rehin konusu malın mülkiyetinin rehin alana geçmesinin yasaklanması ile ortaya çıkan *lex commissoria* yasağı Türk Medeni Kanunu'nda açıkça hüküm altına alınmak suretiyle günümüz hukuk sisteminde de korunmuştur.

Hukuku'muzda rehlin paraya çevrilmesi usulü, Roma Hukuku'ndaki *lex commissoria'*nın, yani; teminat altına alınan alacağın tahsil edilememesi halinde rehin konusu malın mülkiyetinin rehin alana geçmesi kuralının yasaklanması ile getirilmiş bir usuldür. Rehlin paraya çevrilmesi usulü, ortaya çıkışı itibariyle *lex commissoria'*nın adaletli bir sistem olmadığı, rehin verenin borçlu olduğu meblağdan daha fazlası ile sorumlu tutulması neticesini doğurduğu gerekçesi ile getirilmiştir. Çalışma konumuzu oluşturan, "Roma Hukuku'nda Rehin Sözleşmesi ve Lex Commissoria Yasağı'nın seçilmesinin nedeni, Roma Hukuku'ndaki rehin kurumunun günümüze taşınması, rehin sözleşmesinin sonucu olarak ortaya çıkan *lex commissoria'*nın yasaklanması, Türk Medenî Kanunu'nda da açıkça öngörülmüş olan bu yasağın İcra ve İflas Kanunu'muzda düzenlenmiş olan rehlin paraya çevrilmesi yolunun temelini oluşturmasıdır.

Çalışmamızda öncelikle rehin hakkı ve rehin sözleşmesi kavramları karşılaştırılarak, rehin sözleşmesinin Roma'daki yeri üzerinde durulmuştur. Daha sonra, rehin sözleşmesinin tarihsel gelişimi anlatılmış ve sözleşmeye dair genel esaslar; kurulması, şartları, tarafları, şekli ve muhtevası alt başlıklarında

\*\*\* Kısaltmalar: B., Bası; C., Cilt; Çev., Çeviren; D., Digesta; dpn., dipnot; E.T., Erişim Tarihi; Gai. Ins., Gaius Institutiones; Ius. Ins., Iustinianus Institutiones; İİK., İcra ve İflas Kanunu; m., madde; MS., Millattan Sonra; TMK., Türk Medenî Kanunu.

incelenmiştir. Konumuzun önemli ikinci kavramı olan *lex commissoria* ve *lex commissoria* yasağı rehin sözleşmesinin muhtevası içinde ele alınmıştır. Son bölümde ise Roma Hukuku'ndaki rehin sözleşmesinin günümüz hukukuna etki eden hususları tek bir başlık altında toplanmıştır.

### I. REHİN HAKKI İLE REHİN SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI VE REHİN SÖZLEŞMESİNİN ROMA HUKUKU'NDAKİ YERİ

Esas itibarıyla bir borç ilişkisinde taraflar, borç ilişkisine girdiği kişinin malvarlığına, dürüstlüğüne, toplumdaki kişiliğine güvenmektedir. Ancak, tarafların birbirini çok iyi tanımadığı, birbiriyle ilgili fazla bilgi sahibi olmadığı durumlarda, güvenin az olmasına bağlı olarak alacaklının alacağını güvence altına almak için borçludan teminat istediği görülmektedir. Bu bakımdan alacaklının borçludan isteyebileceği teminat, şahsî (kefalet, kredi vekâleti, başkasının borcunun diğer hukuki şekillerde taahhüt edilmesi) ve aynî (rehin, ipotek, *fiducia*) teminat olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Söz konusu aynî ve şahsî teminat ayrımının günümüz hukukunda olduğu gibi Roma Hukuku'nda da var olduğu görülmektedir<sup>1</sup>.

Aynî teminat halinde, alacaklı başkasına ait bir mal üzerinde aynî hak kazanmaktadır. Alacaklı, sahip olduğu bu aynî hakkı gerek o malın malikine, gerekse malı elinde bulunduran üçüncü kişilere karşı da aynî bir dava ile ileri sürebilecektir<sup>2</sup>.

İktisadî hayatta rehin, şahsî krediye karşılık aynî kredi vasıtası olarak görülmekte, alacaklı borçlunun şahsını veya malvarlığını nazara alarak değil, rehin gösterilen mala göre kredi vermektedir<sup>3</sup>. Rehin, borçlu veya üçüncü bir kişi tarafında bir alacağın güvence altına alınmasına yarayan bir sınırlı aynî haktır. Alacaklı, rehin ile rehin konusu malın zilyetliğini kazanır ve borçlu tarafından tatmin edilmemesi halinde rehine konu olan malı satıp, satış bedeli üzerinden alacağını elde etme imkânı bulur. Rehin, bir alacağa bağlı olarak

<sup>1</sup> **Erdoğan**, Belgin, Roma Eşya Hukuku, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, İstanbul 2015, 118, (**Erdoğan**, Eşya); **Tahiroğlu**, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005, 141; **Erdoğan**, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, 149, (**Erdoğan**, Borçlar); **Oğuzoğlu**, Cahit, Roma Hukuku, Ankara 1959, 283; **Çelebican**, Ö. Karadeniz, Roma Eşya Hukuku, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış 5. B., Ankara 2015, 280.

<sup>2</sup> **Erdoğan**, Eşya, 118.

<sup>3</sup> **Koschaker**, Paul/ **Ayiter**, Kudret, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1983, 175.

doğar ve devam eder; bu sebeple, alacağın ortadan kalkması ile rehin de ortadan kalkar. Bu durum göstermektedir ki; rehin, bir fer'î haktır<sup>4</sup>.

Çalışma konumuz gereği rehin sözleşmesine dair bilgiler detaylı olarak anlatılmadan önce, rehin hakkı ve rehin sözleşmesi arasındaki farkın açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öncelikli olarak rehin hakkı, başkasına ait bir mal üzerinde mevcut, sınırlı bir aynî hakkı ifade etmektedir. Sözü geçen mal, herhangi bir mal değil, üzerinde teminat gösterilmiş maldır. Malın üzerinde teminat göstermeye ise “rehin hakkı (*pignus- hypotheca*)<sup>5</sup>” denilmektedir. Sınırlı, fer'î bir aynî hak olan rehin hakkının doğması için üç şartın bir araya gelmesi gerekmektedir. Mal, rehin verenin mülkiyetinde olmalı; rehinle teminat altına alınan bir alacak olmalı ve malın rehin teşkil edeceğine dair rehin alan ile rehin veren arasında bir anlaşma (*pactum pignoris, conventio pignoris* veya *pactum hypotheca*)<sup>6</sup> yapılmalıdır. Yapılan bu anlaşma malın

<sup>4</sup> **Koschaker/ Ayiter**, 174, 175; **Umur**, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987, 151, (**Umur**, Ders Notları).

<sup>5</sup> Roma hukukunda rehin hakkı için “*pignus* ve *hypotheca*” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Kaynaklara bakıldığında terim birliği bulunmamaktadır. Klasik hukukçuların iki terimi birbirinden kesin çizgilerle ayırmadığı, her iki terimi de tek bir kavram olarak ifade ettikleri görülmektedir. Hukukçu Iulianus’tan itibaren Doğu hukuklarının etkisiyle, Yunanca kökenli olan *hypotheca*’nın, genelde şekle bağlı olmayan bir rehin anlaşmasına (*pactum hypotheca*) dayanan zilyetsiz (teslimsiz) rehin için kullanıldığına işaret edilmektedir. Aynı zamanda, kaynaklarda *hypotheca*’nın genel anlamda rehin hakkı için de kullanıldığı ifade edilmektedir. Bununla beraber *pignus* da teslimsiz rehni ifade edebilir. Günümüzde de taşınır üzerinde zilyetliğin geçirilmesi yoluyla kurulan aynî teminata rehin, taşınmazlar üzerinde rehin hakkının tapu siciline işlenmesi suretiyle tesis edilen aynî teminata ise ipotek denilmektedir. Roma’da ise bu terim ayrımı, taşınır taşınmaz mal ayrımı dikkate alınarak değil; zilyetliğin nakledilip nakledilmemesine göre yapılmaktaydı. **Erdoğan**, Eşya, 122, dñn. 19; **Koschaker/ Ayiter**, 179; **Umur**, Ders Notları, 347; **Umur**, Ziya, Roma Hukuku Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul 1983, 162, 163, (**Umur**, Eşya); **Tahiroğlu**, 176; Hukukumuzda teslimsiz rehin; yani, ipotek taşınmazlar üzerinde kurulmakla beraber bunun dışında gemiler, uçaklar ve çiftlik hayvanları, özel bir sicile tescil edilerek tıpkı taşınmazlar gibi teslimsiz rehnedilebilmektedir. Aynı zamanda, bir ticari işletmeye dahil sayılan taşınır eşyaların da sadece tescille teslimsiz olarak rehnedilmesi mümkündür. **Serozan**, Rona, Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 2014, 347.

<sup>6</sup> Tarafların bir malın alacağı karşılık teminat gösterileceğı hususunda anlaşmaları; yani, *consensus*’u rehin akdinin kurulması için yeterli değildi. Tarafların anlaşması ile henüz bir aynî akit kurulmamıştır; ancak, aynî akit yapılması için bir ön akit (*pactum de*

rehin teşkil edeceğine dair bir anlaşmadır. Eğer ki; alacaklı, üzerinde rehin kurulacak malı kendi nezdinde bulundurmamak istiyorsa; bir başka ifade ile rehin, teslim ile tesis ediliyorsa, rehin sözleşmesi/ rehin akdi (*pignus datum*)<sup>7</sup> yapılması gerekmektedir. Yapılan rehin sözleşmesi malın rehin teşkil edeceğine dair anlaşmayı (*pactum pigniros*) da içermektedir. Rehin veren, malın mülkiyetine sahip değilse rehin hakkı doğmayacak; ancak, rehin sözleşmesi meydana gelmiş olacaktır<sup>8</sup>.

Günümüz hukukunda rızâî sözleşmelerden olan rehin sözleşmesi (*pignus datum*), Roma Hukukunda ise rehin sözleşmesi aynî sözleşmelerdendi. Roma Hukukunda aynî sözleşmeler günümüzdeki aynî sözleşmelerden farklı bir mahiyet arz etmekte ve sözleşmeye konu malın teslimini gerekli kılmaktaydı. Böylece zilyetlik, rehin alan alacaklıya geçmekteydi. Sözleşmenin konusunu taşınır veya taşınmaz mallar oluşturabilirdi<sup>9</sup>. Bir taşınır veya taşınmaz üzerinde, teminat borçlusunun malın üzerinde teminat gösterilmesini istediği, fakat malı alacaklıya teslim etmek istemediği zaman da rehin hakkı tesis edilebilirdi<sup>10</sup>. Bu durumda da taraflar rehin anlaşması

*contrahendo*) meydana gelmiştir. **Karaman**, Başak, Roma Hukukunda Kefalet Akdi, İstanbul 2008, 15, 51.

<sup>7</sup> “*Pignus datum*”, kısaca *pignus*’ta borçlu tarafından alacaklıya alacağı teminat olması amacıyla bir malın zilyetliği verilmektedir. İlk zamanlarda sadece borçlunun borcunu ödeyinceye kadar, mallarını kullanmasını önleme işlevi gördüğü kabul ediliyordu. Çünkü, alacaklı hem malları satmıyor, hem de mülkiyetini de kazanamıyordu. Alacaklının mallar üzerindeki fiili egemenlik olarak gözüken tasarruf yetkisi zamanla *Praetor* tarafından zilyetliğe dönüştü. Bu şekilde zilyetliğin ihlal edilmesi halinde sınırlı bir koruma sağlanmaya çalışıldı. Sonraları, *praetor*’ların faaliyetleri sonucu “*Contractus Pigneraticius*” adı verilen rehin akdi/ rehin sözleşmesi gelişti ve *Ius Civile* tarafından da iyiniyete bağlı eksik iki taraflı bir aynî akit kabul edildi. Bu akitle, sadece borçlunun teminat gösterdiği mal üzerinde zilyetlik kazanan alacaklı, rehin gösterilen mal üzerinde bir aynî hakka, rehin hakkına sahip oluyordu. **Çelebican**, 285, 286.

<sup>8</sup> **Umur**, Ders Notları, 346; **Salvatore Di Marzo**, (Çev. Ziya Umur), Roma Hukuku, İstanbul 1954, 287, (**Marzo**, Roma Hukuku).

<sup>9</sup> Iustinianus hukukunda henüz kurulmamış bir intifa hakkı, kurulacak köy irtifakları, üzerinde uzun vadeli kira veya üst hakkı tesis edilmiş araziler, bir sürü, bütün bir malvarlığı rehne konu edilebilirdi. **Marzo**, Roma Hukuku, 287.

<sup>10</sup> D.13.7.1pr. (*Ulpianus libro quadragensimo ad Sabinum*)/(Ulpianus’un Sabinus şerhinin 40. Kitabından): “*Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est...*” (“Rehin sadece traditio ile değil, fakat aynı zamanda yalnız *conventio* ile *traditio* olmasa bile aktedilir...”), **Karaman**, 52.

(*conventio pignoris* veya *pactum hypotheca*) yapmaktaydılar. Taraflar, teminat olarak gösterilen malın alacaklıya teslim edilmeksizin alacağı teminat teşkil edeceğine dair anlaştıkları andan itibaren, mal borçluda kalmakta ve alacaklı da o mal üzerinde bir rehin hakkına sahip olmaktadır<sup>11</sup>.

Rehin sözleşmesinde (*pignus*), rehin veren veya üçüncü bir şahıs, alacaklının gerektiğinde rehin konusu mal üzerinden alacağını elde etmesi amacıyla ve borcu garanti altına almak üzere bir malın zilyetliğini rehin alana, alacaklıya devretmekte ve borç ödenmediği zaman alacaklı bu malı paraya çevirerek alacağını elde etme imkânı bulmaktadır<sup>12</sup>. Rehin sözleşmesi, teminat amaçlı bir sözleşmedir. Teminat sözleşmeleri geniş anlamda- dar ve teknik anlamda teminat sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır<sup>13</sup>. Rehin sözleşmesi de dar ve teknik anlamda bir teminat sözleşmesidir ve bir borcun ifa edilmemesi rizikosunun üstlenildiği sözleşmeleri ifade etmektedir. Aynî teminat sözleşmelerinde, alacaklının borçluya veya üçüncü bir kişiye ait malvarlığı unsurları üzerinde herkese karşı ileri sürebileceği bir hak sahibi olması amaçlanır. Kendisine borçlusu tarafından aynî teminat verilmiş olan alacaklı, bu teminatı paraya çevirmek suretiyle alacağını elde etmeyi amaçlarken, borçlunun başka alacaklılarının varlığı halinde de onlara karşı öncelikli bir konuma sahip olacaktır. Bir eşya veya hakkın teminat amaçlı devredilmesi borcunu doğuran sözleşmeler aynî teminat sözleşmesi olarak adlandırılacağı

<sup>11</sup> **Tahiroğlu**, 176, 177; **Umur**, Ders Notları, 347.

<sup>12</sup> **Akıncı**, Şahin, 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku, 7. B., Konya 2017, 105, (**Akıncı**, Roma Borçlar); **Rado**, Türkân, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 11. Basıdan 14. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2018, 63.

<sup>13</sup> Geniş anlamda teminat sözleşmesi, bir kimsenin bir başkasının karşı karşıya olduğu bir tehlikeyi üzerine aldığı sözleşmedir. Söz konusu tehlike bir kimsenin malvarlığı ile ilgili bir zararın ortaya çıkması olasılığıdır ki; bu zarar olasılığı malvarlığı ile ilgili bir kayba sebep olabileceği gibi bir kazancın gerçekleşmemesine, ekonomik anlamda yarar getirecek bir beklentinin boşa çıkmasına da ilişkin olabilir. Bir kimse üzerinde doğacak olan bu zarar olasılığının başka bir kişi tarafından üstüne alınması ile teminat sözleşmesi yapılmış olur. Sözleşmede, teminat veren, zarar verici olgu ortaya çıktığı takdirde teminat verilen kimsenin uğrayacağı zararı karşılayacağını taahhüt etmektedir. **Özen**, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. B., İstanbul 2014, 1; **Günel**, Onur Kerem, Lex Commissoria Prohibition, 8, (www.ogunel.av.tr/LEX%20COMMI SSORIA%20YASAGI, E.T. 23.03.2015).

gibi, bir eşya veya hak üzerinde rehin hakkı kurma borcu doğuran sözleşmeler de aynî teminat sözleşmesi niteliği taşımaktadır<sup>14</sup>.

Rehinin sağladığı teminat, alacaklıya rehin konusu malın değerinden alacağını öncelikle elde etme yetkisi vermesidir. Bu bağlamda; rehin, malın kendisine, mülkiyetine yönelen bir hak değildir, malın değerine yönelen bir haktır<sup>15</sup>.

Roma Hukuku'nda rehin sözleşmesinin yeri ifade edilecek olursa, Eski Roma Hukuku'nda rehin, borç verilen ve asıl edimin yerini tutan geçici bir edim şeklinde görülmekteydi. Borçlu, bir malı rehinden kurtarmak bozucu şartı altında alacaklıya vermekteydi. Mal, borç ödenmek kaydı ile rehinden kurtarılırsa rehinli malın mülkiyeti rehin verene geri dönerken, kurtarılamazsa borcun değerine bakılmaksızın kayıtsız ve şartsız alacaklının mülkiyetinde kalmaktaydı<sup>16</sup>. Günümüz hukuk sistemlerinde aynî teminatın şahsî teminata nispeten daha çok önem arz ettiği görülürken<sup>17</sup>; Roma Hukuku'nda, özellikle

<sup>14</sup> Dar ve teknik anlamda teminat sözleşmesinin ikinci türü olan teminat sözleşmeleri ise kişisel teminat sözleşmeleridir. Borcun ifa edilmemesi riskinin borçlu dışında bir üçüncü kişi tarafından üstlenildiği durumda kişisel teminat sözleşmesi karşımıza çıkmaktadır. Bunlar da kefalet ve teminat amaçlı garanti sözleşmeleridir. Borcun ifa edilmemesine bağlı riziko, borcun geçerliliği ve devamından bağımsız olarak üstleniliyorsa, teminat amaçlı garanti sözleşmesinden; verilen kişisel teminat asıl borcun geçerliliğine ve devamına bağlı ise kefalet sözleşmesinden bahsedilmektedir. **Özen**, 2, 6, 7.

<sup>15</sup> **Kurt**, Fatma, Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı (Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi İle İlişkisi) Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, 2008/ 1, 129, (www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20081/ibd20081110.pdf, E.T. 23.03.2015).

<sup>16</sup> Doktrinde, Roma'daki rehin sisteminde mutlak bir surette borcun bulunmasının bile şart olmadığı, zira borçlunun rehinli malı kurtarma yetkisine sahip olduğu, fakat; bunu yapmakla yükümlü olmadığı ifade edilmektedir. Rehin yanında, borç için özel bir mamelekî sorumluluğun bulunmasına da gerek olmadığı, rehin ile alacak arasında değer açısından bir oran imkânı sağlamaya yönelik olarak rehinli malın satılması kurumunun doğuşunun ise tarihi süreçte daha yeni olduğu belirtilmektedir. **Koschaker/ Ayiter**, 175.

<sup>17</sup> Günümüzde şahsî teminat da sıkça kullanılmakla birlikte aynî teminatın öncelikli olarak tercih edildiği görülmektedir. Zira, rehin hakkı, borçlunun iflası veya aczi durumunda alacaklılara teminata konu olan malları daha kolay paraya çevirebilme olanağı sağlamaktadır. Ayrıca, aynî teminatlar borçlunun aczi veya ödeyememe durumu



ilk dönemlerde şahsi teminata daha fazla değer verilmekteydi<sup>18</sup>. Bunun bir sebebi aynî teminat olarak rehlin ileri devirlerde ortaya çıkmasıdır<sup>19</sup>. Aynî teminatın konusu olan, en değerli nesne konumundaki taşınmaz malların üzerindeki aynî hakların mevcudiyetini tespit eden sicillerin Roma Hukuku'nda olmaması da aynî teminata olan güveni zayıflatmıştır. Ayrıca, rehin hakları konusunda açıklığın sağlanamaması ve teslimsiz rehlin yapılabilmesi de şahsî teminatın rehin hakkına tercih edilmesine neden olmuştur. Aynî teminatın teslim şartı olmaksızın dahi kurulabiliyor olması, aleniyeti ortadan kaldırdığı için bir taşınmaz üzerinde mülkiyet veya başkaca bir aynî hak tesis eden kişiyi, daha önce bu mal üzerinde aynî teminat bulunup bulunmadığını tespit etme imkânından da mahrum bırakmaktaydı. Rehın hakkı, Cumhuriyet'in son yıllarında rehin konusu mal alacaklıya teslim edilmeden kurulmaya başlandı. Sonraları, kanuna dayanan ipotek kendiliğinden üstün konuma geldi ve ayrıcalıklı kabul edildi<sup>20</sup>.

## II. REHİN SÖZLEŞMESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

Roma Hukuku'nda önceleri rehin sözleşmesinin bilinmediği görülmektedir<sup>21</sup>. Roma Hukuku'nun tarihi gelişimi incelendiği takdirde, aynî teminat vasıtası olarak iki usul kullanılmıştır. Bunlardan en eski olanı "*fiducia*"

---

halinde alacaklıları, kefile ayrıca talep ve dava açma yükünden de kurtarmaktadır. **Gürten**, Kadir, Roma Hukukunda Kefalet Akdi, Ankara 2007, 72; **Çelebican**, 281.

<sup>18</sup> Roma Hukuku'nda şahsî teminatın önem taşımasının sebepleri sayılacak olursa, öncelikli ve en önemli olanı, Roma toplumunda en çok önemsenen değer olan dostluk ve güven ilişkisidir. İnsanlar arasındaki bu dostluk ve güven ilişkisinin doğurduğu dikkat ve titizlik gerektiren sorumluluk duygusu hukuki boyutta da şahsî teminatı ön plana çıkardığı ve kefaletin sözlü sözleşmeler altında düzenlendiğinin göstergesidir. Roma'da arkadaşlık ilişkileri güveni gerektirdiği için insanlar birbirlerine kefil olmayı bir "*officium*" (görev) olarak kabul ediliyordu. Bir diğer sebep, şahsî teminata borcun ödenmesinde şahsi varlığı ile sorumlu olan kişilerin, kişisel ifanın zorlayıcılığı ile borcun tamamının ödenmesini sağlıyordu. Son olarak, Roma Hukuku'nda şahsî teminat, aynî teminata nispeten daha tatmin edici kabul edilmesidir. Aynî teminata olan güven ve faydalı olacağı anlayışı halkın gereksinimleri neticesinde zayıflamıştır. **Tahiroğlu**, 141; **Çelebican**, 281, 282; **Gürten**, 72, 73.

<sup>19</sup> Ayrıca, menkul mal zenginliğinin artması, ferdî toprak mülkiyetinin yayılması gibi sebepler süreç içerisinde aynî teminatın önem kazanmasına sebep olmuştur. **Erdoğan**, Borçlar, 149; **Gürten**, 71.

<sup>20</sup> **Tahiroğlu**, 141; **Gürten**, 72, 73; **Erdoğan**, Eşya, 118.

<sup>21</sup> **Akıncı**, Roma Borçlar, 106.

adı verilen, inançlı sözleşme olan ve teminat gösterilen şeyin mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio*<sup>22</sup> ile rehin alana devredildiği muameledir. Rehin alan, mülkiyetini devralmış olduğu rehin konusu malın mülkiyetini borcun ödenmesi halinde rehin verene nakletmeyi taahhüt etmektedir<sup>23</sup>.

Inançlı sözleşme niteliğinde olan ve rehin teminatı sağlamak amacıyla, alacaklı ile yapılan *fiducia* türüne "*fiducia cum creditore*" denilmektedir. Bir

<sup>22</sup> *Mancipatio*, Roma vatandaşı olan veya en azından *ius commercii*'ye sahip bulunan iki taraf arasında yapılan, sadece *res mancipi* malların devredilmesini sağlayan tipik bir işlemdir. *Mancipatio*'nun *Ius Civile*'de peşin satış için düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu devir işleminin en az sekiz kişinin hazır bulunması kaydıyla, malı devralacak olan ile devredecek kişinin, şahitlik yapacak en az beş tane baliğ, Roma vatandaşının ve terazi tutmak için baliğ bir Roma vatandaşının huzurunda yapılması gerekmektedir. Alıcının "bu malı *Quirites* hukukuna göre bana satılmış olduğunu beyan ediyorum" demesi üzerinde, teraziye tutanın, iktisap edene, eski devirlerde basılı para olmadığı için bir maden külçesi vermesi, onun da bunu teraziye vurduktan sonra para gibi malı devredene vermesi ile devir işlemi tamamlanmaktaydı. Mal taşınır ise devir işlemi yapılırken orada hazır bulundurulmalıydı, taşınmaz ise uzakta bulunabilirdi. *Res mancipi* malların bir başka devir şekli olan *in iure cessio* ise rahip hukukçular tarafından *legis actio Sacramento in rem*'in farazî bir dava haline getirilmesinden ibaret bir usuldür. *Mancipatio*'dan farklı olarak bu devir şekli ile *res nec mancipi*'lerin de mülkiyeti devredilebilmekteydi. İşlem yapılırken malın mülkiyetini devredecek kişiyle iktisap edecek kişi, birlikte *magistra*'nın önüne çıkar, *legis actio sagramento in rem*'de malı iktisap edecek olan davacı durumuna geçer, mala dokunur ve "*Quirites* hukukuna göre bu malın bana ait olduğunu beyan ediyorum." derdi. Malı devredecek olan malike bu iddiaya karşılık verip vermeyeceği sorulur ve malik de susardı. Bu durumda *magistra*, malı davacı durumunda bulunan kişiye verir ve malın iktisap edene ait olduğunu doğrular. **Akıncı**, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, 11. B., Konya 2017, 299- 301, (**Akıncı**, Roma Dersleri); *Mancipatio* veya *in iure cessio* ile gerçek anlamda bir satış yapılmamaktadır. Zira, bu devir işlemleri ile bir mal, belirli bir meblağ karşılığında alacaklının mülkiyetine geçmekte ve bu paranın ödenmesi ile eşyanın mülkiyetinin tekrar borçluya döneceği hususunda anlaşma yapılmaktaydı. Bu meblağ özel bir borç taahhüdünün konusu olunca *mancipatio*'nun "*kuruluş mancipatio*'su" şeklinde yapılması gerekmektedir. Bu işlem sadece bozucu şarta bağlı mülkiyet devri olarak kabul edilebilirdi; ancak, böyle bir şekil her iki devir şeklinde de yoktu. Söz konusu sorun için geliştirilen çözüm ise alacaklının mülkiyeti üçüncü kişilere karşı bütün etkilerini gösterecek şekilde, şartsız elde etmesiydi. **Koschaker/Ayiter**, 176.

<sup>23</sup> **Rado**, 65, 66; **Akıncı**, Roma Borçlar, 106; **Peter**, Hans/ **Karadeniz**, Özcan, Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler, 532, (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/10204/>, E.T. 17.04.2015); **Karaman**, 25; **Kurt**, 131.

kimsenin kendi malını daha emniyette olması için, mülkiyetini nakletmek suretiyle bir kimseye bırakması yolu ile yapılan sözleşmenin de dostlarla yapılan inançlı sözleşme anlamında, “*fiducia cum amico*” olarak adlandırıldığı görülmektedir<sup>24</sup>. Bu iki *fiducia* çeşidine *Gaius*’un *Institutiones*’inde de yer verilmiştir<sup>25</sup>.

Bu sözleşmelerin yanında alacaklı ile borçlu bir sözleşme (*pactum fiduciae*) yaparak alacaklının nasıl hareket edeceğini, mülkiyetin hangi gaye ile devredildiğini belirleyebilmekteydiler. Bu suretle mal kendisine devredilen alacaklının yetkisini aşması halinde emniyeti kötüye kullanmış sayılacağından, haksız fiilden dolayı borçluya karşı sorumlu olmaktadır<sup>26</sup>.

*Fiducia*, aynı sözleşme niteliği taşıdığı için, teminat teşkil eden şeyin mülkiyeti teminat alana geçirilmekte, teminat alan da borcun ödenmesi halinde mülkiyeti iade borcu altına girmektedir. Teminat alan, mülkiyeti iade etmezse *fiducia* yolu ile teminat verenin, teminat alana karşı açacağı dava “*actio fiduciae directa*”dır. Bu davanın ağır sonuçları bulunmaktadır. *Fiducia*, güvene dayalı bir sözleşme olduğu için, dava neticesinde teminat alanın şerefsizliğine (*infamis*) hükmedilmektedir. Teminat veren ise bazı hallerde borç altına girmektedir. Teminat alan, aldığı şey sebebiyle bir zarara uğramışsa veya bu şey ile ilgili bir masraf yapmışsa zararının tazmini ya da masrafın ödenmesi için “*actio fiduciae contraria*” açabilmekteydi<sup>27</sup>.

Eski devirde uygulanan *fiducia* sözleşmesinin birçok sakıncası bulunmaktaydı. Teminat alana mülkiyeti devretmeyi gerektiren bu sözleşme neticesinde borçlu borcunu ödediği zaman teminat verilen şeyin mülkiyeti kendiliğinden eski malike dönmemektedir. Mülkiyeti nakil borcu altında olan teminat alacaklısı *mancipatio* veya *in iure cessio* muamelelerinden birini yapmak suretiyle mülkiyeti devretmek zorunda kalmaktaydı. *Fiducia* ile ilgili bir diğer olumsuzluk ise bu sözleşmeyle mülkiyeti kazanan kimse tam malik

<sup>24</sup> Ariyet (*commodatum*) ve vedia (*depositum*) sözleşmelerinin *Ius Civile*’de tanınmamış olduğu eski devirlerde, *fiducia cum amico* ile bir kimse, kullanmak veya saklanmak amacıyla, malın mülkiyetini bir dostuna devretmekte, alan da onu kullandıktan ya da sakladıktan sonra süre sonunda mülkiyeti eski malike devretmek borcu altına girmektedir. **Rado**, 66.

<sup>25</sup> **Peter/ Karadeniz**, 530; **Karaman**, 27, 28; Bkz. *Gai. Ins.*, 2, 60. **Gaius Institutiones**, (<http://www.thelatinlibrary.com/gaius2.html#60>, E.T. 13.07.2018).

<sup>26</sup> **Akıncı**, Roma Borçlar, 106; **Rado**, 66.

<sup>27</sup> **Oğuzoğlu**, 284; **Akıncı**, Roma Borçlar, 106; **Rado**, 66, 67; **Koschaker/ Ayiter**, 177.

durumunda olduğundan teminat sebebiyle aldığı malı üçüncü kişilere devredebileceği gibi alacaklıları da bu malı “*bonorum venditio*” yolu ile sattırabilmekteydi. Teminat veren de malı iktisap eden üçüncü kişilere karşı herhangi bir talepte bulunamayacağı gibi; ancak, teminat alacaklısına karşı bir şahsi dava açabilmekteydi. Bu sebeptir ki; Roma Hukuku’nda ilk teminat vasıtası olarak kullanılmaya başlanılan *fiducia*, yerini *praetor*’lar tarafından getirilmiş olan “*pignus*” adı verilen rehin sözleşmesine bırakmıştır<sup>28</sup>.

*Praetor*’lar tarafından öngörülmüş olan *pignus*, zamanla gelişmiş ve *Ius Civile* tarafından da hüsnüniyete bağlı bir aynî sözleşme olarak kabul edilmiştir. *Pignus*’un *fiducia*’dan farkı ise rehin alan rehnedilen mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmaması, rehinli malın sadece zilyedi olmasıdır. *Mancipatio* ve *in iure cessio* muamelelerinin kalkması ile de *fiducia*, uygulamadan tamamen kalkmıştır. *Iustinianus* metinlerinde *fiducia*’ya rastlanmamaktadır<sup>29</sup>.

### III. REHİN SÖZLEŞMESİNİN GENEL ESASLARI

#### A) REHİN SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE ŞARTLARI

Hem teslim suretiyle kurulan rehinde hem de teslim olmadan kurulan rehinde rehin hakkının geçerli olarak doğabilmesi için üç şartın birlikte bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki, malın rehin verenin mülkiyetinde bulunması zorunluluğudur. Bu mülkiyetin *Quirites* mülkiyetinin yanı sıra *praetor* mülkiyeti (*in bonis esse*) de olabileceği kabul edilmektedir. Aynı mal üzerinde *praetor* mülkiyeti ve *Quirites* mülkiyeti farklı kişilere aitse *praetor* mülkiyetine sahip olan kimsenin rehin tesis edebileceği ileri sürülmektedir<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Peter/ Karadeniz, 532, 533; Oğuzoğlu, 284; Akıncı, Roma Borçlar, 107; Rado, 67; Karaman, 17.

<sup>29</sup> Rado, 67.

<sup>30</sup> Erdoğan, Belgin/ Tahiroğlu, Bülent, Roma Hukuku Pratik Çalışmaları Meseleleri, İstanbul 2014, 100 (Erdoğan/ Tahiroğlu, Roma Hukuku Meseleleri); Aynı mal üzerinde hem *Quirites* hem de *praetor* mülkiyetinin olması halinde *praetor* mülkiyetine sahip olan kişinin rehin tesis edebileceğinin kabul edilmesinin sebebi, *praetor* mülkiyetinin *praetor*lar tarafından önce *defi* (*exceptio rei venditae et traditae*) ile M.Ö. 1. yy.da da “*actio Publiciana in rem*” denilen *praetor* davası ile himaye altına alınarak *Quirites* malikine karşı dahi korunması, söz konusu malın zamanaşımı süresi dolana kadar *praetor* mülkiyeti sahibinin malları arasında sayılmasıydı. Bu durumda *Ius Civile* mülkiyeti içeriği bulunmayan yalın mülkiyete dönüşmekte ve sadece şeklen devam etmekte, mülkiyetin muhtevasına ise *praetor* hukuku maliki sahip olmaktadır. Erdoğan, Eşya, 42- 44.

Malik olmayan kimsenin rehin hakkı tesis edebilmesi mümkün değildir. Bir kimse bir mala malik değilse, o mal üzerinde rehin hakkı tesis edebilmesi için malikin rızası gerekmektedir. Malı rehin olarak alacaklıya teslim eden kimse malik değilse rehin hakkı doğmamakta, ancak Borçlar Hukuku anlamında rehin sözleşmesi kurulmaktadır<sup>31</sup>.

İkinci şart, alacaklı ile aynî teminat veren kişi arasında rehin anlaşması yapılmasıdır. Rehın sözleşmesi anlamına gelen *pignus*, Roma Hukuku'nun ileri devirlerinde inanç sözleşmesi olan *fiducia*'nın sakıncalarını ortadan kaldırmak için, *praetorlar* tarafından tanınmış bir sözleşme olduğu için herhangi bir şekle tabi değildi. Tarafların, teminat gösterilen şeyin rehin veya ipotek teşkil edeceğine dair anlaştıkları andan itibaren alacaklı aynî hakka sahip olmaktadır ve bu hakkını üçüncü kişilere karşı "*actio Serviana*" veya "*actio hypothecaria in rem*" isimli aynî davalar ile ileri sürebilmekteydi. Teslime dayalı rehinde rehin sözleşmesi, tarafları borç altına sokan hüsünüyete tabi bir sözleşmedir ve rehin konusu eşyanın alacaklıya verilmesiyle tamam olmaktadır<sup>32</sup>. Bu bağlamda, teslim olmadan kurulan rehinde, taraflar arasında bu konuda herhangi bir şekle bağlı olmayan rehin anlaşmasının, *pactum pignoris*, olması yeterli görülmekteydi<sup>33</sup>.

Son şart ise rehınle teminat altına alınan bir alacak mevcut olmalıdır. Roma hukukundan bu yana, şahsî alacağı güvence altına alma görevini yerine getiren rehin hakkı, asıl alacağına teminat sağlamak için tesis edildiğinden, fer'î niteliktedir ve varlığı geçerli bir alacağın varlığına bağlıdır. Bu sebeptendir ki, rehin hakkı, asıl alacağın hukukî kaderine tâbidir. Asıl alacak ile bu alacağı teminat altına alan rehin hakkı arasında söz konusu olan bu bağımlılık ilişkisi,

<sup>31</sup> Rehın hakkının kurulması sırasında malik olmayan borçlu daha sonra malik hale gelirse; örneğın, malın malikine mirasçı olursa, rehin alan rehin hakkını koruyan davayı *utilis* şeklinde açabilmekteydi. (*Acitones Utiles: Ius Honorarium* davalarının bazılarında *praetor*'lar *Ius Civile*'nin tanımadığı bir hakkı, *Ius Civile*'nin tanıdığı bir hakkı kıyas yolu ile genişleterek korumaktaydılar. *Praetor*'lar haksızlığı gidermek için faydalı dava anlamına gelen *acitones utiles*'leri uygulamaya başlamışlardı). **Erdoğan**, Eşya, 122, 123; **Akıncı**, Roma Dersler, 344; **Marzo**, Roma Hukuku, 288.

<sup>32</sup> **Rado**, 64.

<sup>33</sup> Rehın anlaşması örtülü olarak da kurulabilmektedir. Postklasik devirde bir makamın verdiği kararla rehin tesis edildiği görülmektedir. *Praetor* rehni, *pignus praetorium* ve *pignus in causa iudicati captum* halleri bir makamın verdiği kararla rehin tesisi olarak yorumlanmaktadır. İlerleyen devirlerde kanuni denilebilecek rehin hakları da uygulama alanı bulmuştur. **Erdoğan**, Eşya, 123, 124.

özellikle hakkın sona ermesinde kendini göstermektedir. Dolayısıyla, asıl alacak sona erdiğinde, TBK. m. 131/l (BK. m. 113/l) gereğince, rehin de kendiliğinden sona erer; yani, alacaklının rehin verenden veya bir üçüncü kişiden geçerli bir alacağı yok ise rehin hakkı ne doğacak ne de devam edebilecektir<sup>34</sup>.

## B) REHİN SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE ŞEKLİ

Rehin sözleşmesi rehin veren ve alan arasında yapılmaktadır. Bu sözleşme ile rehin verenin, rehin alan lehine bir mal üzerinde rehin hakkı tesis etme borcu altına girdiği görülmektedir. Rehin hakkının tesisi ise menkullerde rehne konu olan şeyin rehin alana teslimiyle, gayrimenkullerde ise tescille kurulmaktadır<sup>35</sup>.

Diğer taraftan borcun ifa edilmemesi halinde rehin alan, rehin sözleşmesinin esas borçlusu haline gelir. Zira, rehin alan sözleşmenin kurulmasıyla teminat altına alınan borcun ifası halinde, rehin konusu malın zilyetliğinin karşı tarafa iadesi hususunda borç altına girmektedir<sup>36</sup>.

Roma Hukuku'nda rehin sözleşmesinde uygulanan şekli esaslar ifade edilecek olursa, aynı teminat şekli olarak tanınan *fiducia*, bir şeyin *mancipatio* veya *in iure cessio* yolu ile mülkiyetinin devredilmesi ile kurulmaktaydı; ancak, Roma Hukukunda mülkiyetin devredilmesinde şekilciliğin ortadan kalkması ile bu kurum kaybolmuştur. Alacaklı tatmin edilene kadar, alacaklının nezdinde saklaması amacıyla kurulan, daha basit bir teminat vasıtası olan *pignus* ise şekil itibariyle menkul veya gayrimenkul malın teslimi ile kurulmaktaydı. *Pignus*'un bu şekilde kurulması, bir malla sadece bir alacaklının temin edilmesi neticesini doğurmaktaydı. Bunun üzerine, köy taşınmazlarının kiracıları ile kiralayanları arasındaki ilişkinin düzenlenmesi ile yeni bir teminat vasıtasına ulaşıldı. Rehinle aynı fonksiyona sahip olan, ancak *pignus*'tan veya *datio pignoris* (rehin verme)'ten farklı olarak zilyetliğin alacaklıya geçmesini gerektirmeyen

<sup>34</sup> **Dereli**, Zeliha, Lex Commissoria Yasağı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, 9; **Erdoğan**, Eşya, 125.

<sup>35</sup> **Akıncı**, Roma Borçlar, 105, 106.

<sup>36</sup> **Rado**, 63.

*conventio pignoris* (rehin anlaşması)<sup>37</sup> veya *pignus conventum* ya da sonraki adıyla *hypotheca* birbirinden ayrılmış oldu<sup>38</sup>.

Rehin sözleşmesinde (*pignus*) ise aynî sözleşme olması sebebiyle iki şartın varlığı gerekmektedir. İlk şartı, taraflar arasındaki *consensus*; yani, tarafların iradelerinin uyuşması oluşturmaktadır. Rızaî sözleşmelerde, sözleşmenin oluşması için *consensus* yeterli görülmektedir. Bunun dışında herhangi bir şeyin yapılmasına, verilmesine ya da bir şekilde uyulmasına gerek yoktur. Rehin sözleşmesinde, *consensus*'un içeriği diğer sözleşmelerden farklıdır. Zira, rehin sözleşmesinde tarafların sadece rehin sözleşmesi yapacaklarına dair anlaşmaları yeterli olmamaktadır. Bunun yanı sıra, tarafların rehin konusu mal ve malın zilyetliğinin alacaklıya geçirileceği, rehinin hangi alacağı teminat altına almak için kurulduğu, rehin konusu malın teminat teşkil ettiği borcun ifa ile veya başka bir sebeple sona ermesi durumunda rehin konusu malın rehin verene geri verileceği hususlarında anlaşmaları gerekmektedir. Tarafların yapacakları bu anlaşma ile rehin sözleşmesi tamamlanmış olmasa da eşya hukuku bakımından taraflar arasında rehin hakkı tesis etmeye yarayan rehin anlaşması (*conventio pignoris*) yapılmış olmaktadır. Rehin sözleşmesinin tamamlanması için tarafların bu hususlarda anlaşmalarının dışında bir de rehin konusu malın zilyetliğinin rehin alana geçirilmesi (*traditio possessionis*) gerekmektedir. Malın zilyetliği rehin alana geçirilmeden rehin sözleşmesi kurulmuş olmayacak, sadece tarafların

<sup>37</sup> *Conventio* ile kurulan eşya hukuku anlamında rehinin kurulması için *res'e* yani; rehinin teslim edilmesine gerek yoktu. *Conventio pignoris* yeterliydi. Bu bakımdan *conventio* ve *datum pignoris* birbirinden farklıdır. **Rado**, 64; **Çelebican**, 285, 286.

<sup>38</sup> Roma'da âdet olarak, şehir veya köy taşınmazı kiracısı ile kiracının taşınmaza getirdiği kölelerin ve eşyanın kiraya teminat olması için rehin olarak tutması hususunda anlaşma yapılmaktaydı. Bir şehir taşınmazı söz konusu olduğunda, eğer kirayı teminat altına almak için rehin anlaşması yapılmamışsa veya bu anlaşma yapılmış; ancak kira ödenmişse kiralayan, kiracının eşya veya kölelerini alıp götürmesini engelleyemezdi. Köy taşınmazlarındaki bu durumun önemi gereği *praetorlar*, kiracının ödenmemiş olması halinde rehin anlaşması ile alacağı karşılık rehin tutulan köleleri, hayvanı veya eşyayı kiracı nezdinde bulunmak şartı ile zilyetliği sağlayan *Interdictum Salvianum*'u ve teminat gösterilen şeylerin üçüncü kişiden de alınabilmesini sağlayan *actio Serviana* (rehin davası)'yı getirmek suretiyle taşınmaz malikini korumuş oldular. **Marzo**, Roma Hukuku, 285, 286.

aralarında yapmış oldukları rehin anlaşmasına binaen rehin alan o mal üzerinde rehin hakkına sahip olacaktır<sup>39</sup>.

Rehin tarihi gelişimine bakıldığında *fiducia*'nın şekilci yaklaşımının, mülkiyetin devredilmesinde şekilciliğin kaldırılması ile orantılı olarak terkedilmesi *pignus*'un doğumuna sebep olmuştur. Bu sebeple *pignus*, şekilcilikten uzak, herhangi bir özel şeklin aranmadığı teminat vasıtası olarak karşımıza çıkmaktadır.

### C) REHİN SÖZLEŞMESİNİN MUHTEVASI

Rehin hakkının konusunu paraya çevrilmesi mümkün olan maddi şeyler, taşınır veya taşınmazlar, bir malvarlığı, alacak hakları veya intifa hakkı oluşturabilmektedir<sup>40</sup>. Rehin, borçlu tarafından verilebileceği gibi üçüncü bir kişi tarafından da verilebilir. *Fiducia*'dan farklı olarak rehin alan, rehin aldığı malın zilyedi olmakta ve alacağını elde edemediği takdirde rehne konu malı satmak suretiyle (*ius distrahendi*) alacağını tahsil edebilmektedir<sup>41</sup>.

İlk devirlerde *pignus* ancak taşınırılar karşılık gösterilmek kaydı ile yapılırken, *Ulpianus*'un metinlerinde daha sonraları taşınmazların da *pignus*'a konu olmaya başladığı görülmektedir. Bu kapsamda Roma ve İtalya'daki araziler *pignus* ile rehin edilebiliyordu<sup>42</sup>. Bu bakımdan rehin konusu yapılacak malın paraya çevrilebilir bir mal olması yeterli görülmekteydi. Maddi nitelik taşıyan malvarlığı, alacak hakları (*pignus nominis*) veya intifa hakkı da rehine konu olabilmekteydi<sup>43</sup>. *Pignus*'ta, mal üzerinde rehin verenin mülkiyet hakkı devam ettiği için malın mülkiyetinin üçüncü kişilere devri mümkündü. Bunun yanı sıra mal üzerinde rehin hakkını ihlal etmeyecek şekilde diğer aynî haklar da tesis edilebilmekteydi<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Karaman, 56- 58.

<sup>40</sup> Erdoğan, Eşya, 125.

<sup>41</sup> Rado, 64.

<sup>42</sup> Oğuzoğlu, 285.

<sup>43</sup> Özsunar, Erdal, Roma Hukukunda Rehin Hakkı (Pignus- Hypotheca), 151,(<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz72/PDF/ozsunay5.pdf>, E.T.26.08.2018).

<sup>44</sup> Erdoğan, Eşya, 127.



## 1) Rehin Sözleşmesinden Doğan Borç ve Alacaklar

*Pignus* eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>45</sup>. Taraflardan rehin alan, iade ile yükümlü olduğu için her zaman borç altındadır. Rehlin verenin borcu ifa edilir ya da herhangi bir sebeple sona ererse, rehin alan zilyedi olduğu rehine konu mal üzerindeki aynî hakkını kaybeder ve malî iade yükümlülüğü altındadır. Rehinle teminat altına alınan borç ödendiği takdirde esas borçlu veya rehin veren üçüncü kişi rehin konusu malın iade edilmesi için “*actio pigneraticia directa*” adı verilen davayı açmak suretiyle rehlin geri verilmesini isteyebilmekteydi. Ancak, rehin alan, rehni zâyî ettiği için malî geri veremiyorsa klasik hukuktaki sorumluluğu “*custodia*” sorumluluğuydu. Nezaret sorumluluğu gereği alacaklı aldığı rehne nezaret etmekle yükümlüydü. Kusuru olmasa dahi bazı beklenmedik olaylar sebebiyle meydana gelen zararları dahi yüklenmek zorunda kalmaktaydı. *Iustinianus* döneminde ise rehin alanın, “*omnis culpa*”, yani bütün kusurlarından sorumlu olacağı esası benimsenmişti. İyi bir aile reisinin (*bonus pater familias*) göstereceği bütün dikkat ve özeni gösterdiği; yani, hiç kusuru olmadığını ispat ettiği takdirde, sorumluluktan kurtulmaktaydı<sup>46</sup>. Her ne kadar kural olarak rehinli alacaklının rehinli malı kullanması halinde kullanma hırsızlığından

<sup>45</sup> Doktrinde, Biondi'nin görüşüne göre rehin sözleşmesinin tıpkı vedia (*depositum*) ve ariyet (*commodatum*) de olduğu gibi tek taraflı bir sözleşme olduğundan bahsetmekte ve rehin alana sadece bazı durumlarda karşı dava (*iudicium contrarium*) açma hakkı tanındığı ileri sürülmektedir. Ancak bu görüşün kendiyile çelişen bir görüş olduğunu ileri süren bizim de katıldığımız diğer görüşe göre rehin ve vedia sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir ve taraflara *iudicium contrarium* tanınması da bunun göstergesi olarak kabul edilmektedir. Rehin sözleşmesinde asıl borçlu rehin alan olsa da bazı durumlarda rehin verenin de sözleşme dolayısıyla borç altına girmesi söz konusudur. Bu durumda rehin sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunun kanıtı olarak gösterilmektedir. **Karaman**, 17, dpn. 52.

<sup>46</sup> Rehin alan, zilyedi olduğu rehinli malı hiçbir surette kullanamamaktaydı. Rehinli malın kullanılması halinde ise kullanma hırsızlığından (*furtum usus*) dolayı cezalandırılmaktaydı. **Akıncı**, Roma Borçlar, 108; **Rado**, 65. Bir başka düzenlemede ise *Ius. Ins. 4, 1, 10*: “*Aliquando autem etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit subtraxerit.*” (Bazı durumlarda, kendi malı üzerinde bile *furtum* olanaklıdır. Borçlu, rehin olarak verdiği şeyi alacaklısından gizlice geri alırsa, *furtum* söz konusu olmaktadır.). *Ius. Ins. 4, 1, 10*'da bahsedilen *furtum*, *furtum possessionis*'dir; yani, zilyetlik hırsızlığıdır. **Akıncı**, Roma Borçlar, 196; **Umur**, Ziya, *Iustinianus Institutiones*, İstanbul 1968, 243, 292, 293.

sorumlu tutulması söz konusu olsa da rehinli alacaklının semerelerden faydalanma imkânı da ortaya çıkabilirdi<sup>47</sup>.

Rehin alanın bir diğer sorumluluğu da esas borcun ödenmemesi halinde rehne konu malın satılması suretiyle alacağı aşan bir değer elde edilirse, bu fazla değer rehin verene iade edilmesi hususunda karşımıza çıkmaktadır<sup>48</sup>. Rehin alan, borç ödenmediği için zilyedi olduğu rehinli malı satar ve bu satıştan da alacağı olan meblağdan daha yüksek bir bedel elde ederse elde ettiği fazlayı, *superfluum* veya *hypetocho*, rehin verene iade etmek zorundaydı. Bu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde kendisinden “*actio pigneraticia directa*” ile fazla değer talep edilebilmekteydi<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Bunun için öncelikle semere veren bir mal rehin konusu yapılmalıydı. Ayrıca, rehin alanın bu hakka sahip olabilmesi için rehin akdinde tarafların bu hususta anlaşmış olmaları gerekmektedir. Rehin alan akde uygun olarak semere elde ederse, semerelerden elde ettiği miktar kendisine ödenmesi gereken asıl borçtan indirilecektir. Aksi takdirde *actio pigneraticia* kapsamında sorumlu olurdu. **Karaman**, 67.

<sup>48</sup> Rehinle teminat altına alınan borç ifa edilmemişse veya herhangi bir sebeple borç muaccel olmuşsa rehin alanın, satış hakkı ve bahsedileceği üzere *lex commissoria* kaydı ile rehinli malın mülkiyetini kazanma hakkından başka bir de hapis hakkı (*ius retentionis*) bulunmaktaydı. Sözü geçen hapis hakkı; rehin alanın, rehinli şeyin mülkiyetini kazanmaksızın rehinli malın zilyetliğini elinde bulundurmaya devam etmesine ilişkin bir haktı. İmparator Gordianus tarafından getirilen düzenlemeye göre rehinin kurulmasına sebep olan borç ifa edilmiş olsa da, rehin verenin rehin alana karşı başkaca borçları varsa, bu borçlardan dolayı kendisine ait tüm borçlar ödenene kadar rehin alan rehin konusu malı rehin verene iade etmekten kaçınılabildi. Ancak bu düzenleme hapis hakkından farklıdır. Zira, rehin konusu malı iadede kaçınılmasının sebebi rehin alana ifa edilmesi gereken diğer borçlardı. **Karaman**, 73; **Çelebican**, 292; TMK. m. 950 vd. hükümlerinde de hapis hakkı düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı, borçluya ait olup rızasıyla zilyedi olduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantılı olması halinde borç ödeninceye kadar hapsedebilir. Hapis hakkının rehin hakkından farkı doğrudan doğruya kanuna dayanmasıdır ki; bu açıdan ipoteğe benzemektedir. Ancak aralarındaki fark sadece bunlarla sınırlı değildir. İki hak birbirinden bağımsızdır. **Serozan**, 360.

<sup>49</sup> **Akinci**, Roma Borçlar, 107; **Rado**, 65; **Özsunar**, 153; **Marzo**, Roma Hukuku, 289.

Rehin verenin ise rehin alanın aksine bazı hallerde borç altına girdiği görülmektedir. Alacaklı, rehin hakkı kendisine tam olarak tesis edilmemişse<sup>50</sup> veya rehin olarak verilen şey yüzünden zarar görmüşse veya zarurî ya da faydalı masraflarda bulunmuşsa bunların “*actio pigneraticia contraria*” davası ile giderilmesini isteyebilmekteydi. Sorumluluk hususunda ise bu sözleşmeden menfaati bulunduğu için rehin veren *omnis culpa* sorumluluğu altındaydı; yani, bütün kusurlarından sorumlu tutuluyordu<sup>51</sup>.

## 2) Lex Commissoria Yasağı

Rehin alan, alacak ödenmediği takdirde malı satarak elde ettiği semenden alacağı alabilme yetkisine sahiptir. *Pignus*'ta, *fiducia*'nın aksine rehin verilen malın mülkiyeti rehin alana geçmemekteydi; ancak, Klasik devirde ve hatta daha önceleri, taraflar malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceği hususunda anlaşma yapabilmekteydiler. Bu anlaşmaya rehinde “*lex commissoria*” şartı denilmektedir<sup>52</sup>. Bu sözleşmenin, Roma Hukukunda rehin

<sup>50</sup> Örneğin; başkasına ait bir şey, borca karşılık rehin olarak verilmiş, esas malik mülkiyet hakkına dayanarak rehni alacaklının elinden almışsa rehin alan üzerinde tam olarak tesis edilememiş olması söz konusudur. **Rado**, 65, 66.

<sup>51</sup> *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde sorumluluğa ilişkin hüküm yer almaktadır. *Ius. Ins. 3, 14, 3: “Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem ami serit, securum esse, nec impediri credium petere.”* (Bir malı rehin (*pignus*) olarak alan alacaklı da, aynı (*re*) borç altındadır; almış olduğu şeyi, rehin davası (*actio pigneraticia*) ile aynen iade etmek mecburiyetindedir. Fakat, rehin her ikisinin de menfaati icabı verilmiş olduğundan, yani hem daha kolaylıkla kredi temin için, borçlunun, hem de alacağını daha sağlam bir surette temin etmek için alacaklının istifadeleri bulunduğu, alacaklının, rehin üzerinde tam bir ihtimam göstermesi kâfi görülmüştür; bu ihtimamı gösterdiği halde, herhangi bir beklenmedik hal neticesinde o şeyi kaybederse, mesuliyet altında değildir ve kendi alacağını takip etmesine bir mani yoktur.), **Rado**, 65, 66; **Umur**, *Institutiones*, 243.

<sup>52</sup> **Karaman**, 39; **Erdoğan**, *Eşya*, 127; **Rado**, 64; **Sirmen**, *Lale, Eşya Hukuku*, 3. B., Ankara 2015, 586; **Dereli**, 28; **Koschaker/ Ayiter**, 177; Bu yasağın hukukumuzdaki karşılığı, TMK. m. 873/II hükmünde yer almaktadır. Buna göre, “Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir”. Söz konusu yasağın amacı borçluyu korumaktır ve bu yasak bugün de “*lex commissoria yasağı*” olarak anılmaktadır. **Akıncı**, *Roma Borçlar*, 107.

sözleşmesinin uygulanmadığı dönemlerde, inançlı işlemler vasıtasıyla teminat sağlanarak teminat konusuna ilişkin alacaklı lehine mülkiyet hakkı tanınması durumunda dahi, alacaklının teminat konusu üzerinde mülkiyet hakkından doğan yetkileri tam anlamıyla kullanabilmesi amacına hizmet etmek üzere uygulandığı görülmektedir<sup>53</sup>.

Bir anlaşmanın *lex commissoria* olarak nitelendirilebilmesi için üç unsurun var olması gerekmektedir. Bunlar; borç vadesinde ödenmediği takdirde alacaklının rehin konusu eşyayı mülkiyetine geçireceğine ilişkin kayıt ya da sözleşme, sözleşmenin alacağın muacceliyet kazanmasından önce yapılmış olması ve nihayet alacaklıyı tatmin amacı taşımasıdır. Tarafların, ayrı bir sözleşme ya da rehin sözleşmesine eklenen bir şart şeklinde oluşturdukları *lex commissoria* ile borcun vadesinde ödenmemesi halinde ifa yerine, rehin konusu eşyanın mülkiyetinin alacaklıya intikal edeceği kararlaştırılmaktadır. Bu sözleşmenin hukuki niteliğinin mülkiyetin intikal etmesinin, borcun ödenmemesi şartına bağlanması sebebiyle taliki şart olduğu görülmektedir<sup>54</sup>.

Borç vadesinde ödenmediği takdirde rehin konusu malın mülkiyetinin rehin alana intikal edeceği yönündeki *lex commissoria* anlaşmasının alacağın muaccel olmasından önce yapılmış olması aranmaktadır. Böylece, vadeden sonra borç ödenmezse rehlinli mal üzerindeki hakkından sonuçlarını bilerek vazgeçebileceği ifade edilmektedir<sup>55</sup>.

Üçüncü ve son unsur ise rehin konusu malın zilyetliğine sahip olan rehin alana, borcun ödenmemesi halinde mülkiyetin devredilmesinde alacaklıyı tatmin amacı olmalıdır<sup>56</sup>.

Roma Hukuku'nda *lex commissoria* anlaşmaları Klâsik Dönemde yaygın olarak uygulanmamıştır; ancak, MS. III. ve IV. yüzyıllarda yaşanan ekonomik

<sup>53</sup> Dereli, 28; Günel, 18.

<sup>54</sup> Bu görüşe bağlı olarak doktrinde, borcun ödenmemesi neticesinde *lex commissoria* gereği taşınırlarda mülkiyetin derhal kendiliğinden, taşınmazlarda ise tescil işleminin gerçekleştirilmesi ile rehin alana geçtiği ileri sürülmektedir. Ancak, bizimde katıldığımız görüşe göre, taşınır rehinde taşınırın zilyetliği alacaklıya devredilse de *lex commissoria* gereği mülkiyet kendiliğinden rehin alana geçmeyecektir. Mal, zaten malı devralacak kişidedir, mal üzerindeki zilyetliğin sebebi tarafların anlaşmasıyla yapılacak olan, zilyetliğin devri yollarından kısa elden teslim ile değiştirilecektir. Dereli, 6; Akıncı, Roma Dersler, 263; Sirmen, 587; Günel, 19.

<sup>55</sup> Dereli, 32, 33; Sirmen, 587; Günel, 22, 23.

<sup>56</sup> Dereli, 41, 42; Günel, 28.

krizler sebebiyle bu anlaşmaya daha çok başvurulmuş ve nihayetinde İmparator *Constantinus* tarafından çıkarılan bir emirname ile MS. 326 yılında yasaklanmıştır<sup>57</sup>.

Bu anlaşma ile borç vadesinde ödenmediğinde alacaklıya eşyanın değerine bakılmaksızın mülkiyet hakkı tanındığı için gösterilen rehin değerinin alacaktan üstün olması halinde borçlu aleyhine açık bir haksızlık doğacağı, borçluyu zarara uğratabileceği düşüncesi ile yasak kabul edilmiştir<sup>58</sup>. Borçlunun ödeme güçlüğünden yararlanan alacaklı, aşırı bir menfaat elde edebileceği için zamanla rehin alanın satış hakkını ifade eden “*pactum de distrahendo*” rehin hakkının yasal içeriği hâline gelmesi de bu anlaşmanın yasaklanmasında etkili olmuştur<sup>59</sup>. Günümüz modern hukuk sisteminde, teminat ilkesi olarak ifade edilen rehin alanın ancak eşyanın değerinden tatmin edilebileceği prensibi, *lex commissoria* anlaşmasının uygulamadan kalkmasının dayanağını teşkil etmektedir<sup>60</sup>.

Görülmektedir ki, *lex commissoria* yasağının geçmişi Roma Rehin Hukuku’na dayanmaktadır. Günümüzde de kredi ilişkilerinin yoğun olması ve bu ilişkilerde alacaklının ve borçlunun karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesi zorunluluğu karşısında *lex commissoria* yasağı güncelliğini sürdürmüştür.

#### IV- ROMA REHİN SÖZLEŞMESİNİN GÜNÜMÜZ HUKUKUNA ETKİSİ

Günümüz hukukunda borç vadesinde ödenmediği takdirde rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya ait olacağına ilişkin anlaşmaların yasaklanması ile kural olarak rehinli malın paraya çevrilmesi gerekmektedir<sup>61</sup>.

Rehinin paraya çevrilmesi hükümlerinin amaçları, alacaklıların etkin bir şekilde alacaklarına kavuşması, böylece kredi imkânlarının ve ekonomik faaliyetlerin devamının sağlanması ile borçluların aşırı güç durumlara, sefaletle düşürülmemeleri olarak ifade edilebilmektedir. Diğer yandan, rehinin paraya

<sup>57</sup> Dereli, 42; Rado, 65; Akıncı, Roma Borçlar, 107; Karaman, 40.

<sup>58</sup> Rado, 64, 65.

<sup>59</sup> Dereli, 43; Rehin alanın rehinli malı satıp, elde edilen bedelden kendisini tatmin edeceği hakkındaki anlaşma olan *pactum de distrahendo* veya *pactum de vendendo* sonra doğmuş bir kurumdur. *Fiducia*’da güvenilenin, mülkiyet hakkına dayanarak teminat konusu malı daima satma hakkı vardı ve “*pactum de vendendo*”, sadece güvenilenin, güvenene karşı satıştan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırma hususunda anlam ifade etmekteydi. Koschaker/ Ayiter, 177.

<sup>60</sup> Dereli, 43; Günel, 11, 12.

<sup>61</sup> Kurt, 145.

çevrilmesinde alacaklılar ile borçluların menfaatleri çatışmamakta, menfaatleri aynı yönde olmaktadır; zira, alacağın tahsili ne kadar etkin ve çabuk olursa bu durum borçluların da lehine olacaktır. Borçlunun piyasadaki kredi imkânları artacak, bir dahaki kredi ihtiyaçlarını daha kolay ve ağır şartlarla karşılaşmadan karşılayabileceklerdir<sup>62</sup>.

Günümüz hukukunda, İİK. 45. maddedeki hükme göre rehin alan kural olarak doğrudan doğruya haciz yoluna başvuramaz, ilk önce rehinin paraya çevrilmesi için icra dairesine başvurmak zorundadır<sup>63</sup>. Bu başvuru ile başlayan, rehinin satılarak bedelinden rehin alanın alacağının ödenmesi ile sona eren takip yoluna rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip denilmektedir<sup>64</sup>. İİK. m. 145- 153 hükümleri arasında düzenlenen rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip usulünün temelini, bazı değişimlere uğramış olmasına rağmen, Roma Hukuku'nda atılmış olduğu görülmektedir. Ancak, Roma'da var olan temel prensiplerin ve *lex commissoria*'ya ait esasların hukukumuzda aktarıldığı görülsede paraya çevirme usulü hukukumuzda farklı şekilde benimsenmiştir. Roma Hukukunda özel satış sistemi esasına dayanan rehinin paraya çevrilmesi günümüz hukukunda icra dairesi marifetiyle resmi kanal ve usuller esas alınarak uygulanması gereken bir kurumdur.

Öncelikle Roma Hukuku'nda rehinin paraya çevrilmesi usulünün gelişimi incelenecek olursa, rehin konusu malın satılması (satış hakkı; *ius vendendi/ ius distrahendi*) hususunda yapılan anlaşmaların (*pactum vendendi*) klasik

<sup>62</sup> Kurt, 130.

<sup>63</sup> Öncelikli olarak başvurulması gereken rehinin paraya çevrilmesi yolunda, İİK. m. 45/1, c.2; 152/II hükümlerine göre icra dairesi, rehnedilen malı satmakta ve satış bedeli ile alacaklının alacağını ödemektedir. Satış bedeli rehinli alacağı karşılamaya yetmezse, rehin alan karşılanamayan alacak için haciz yolu ile takip yapabilmektedir.

<sup>64</sup> Rehinin paraya çevrilmesi yolu, ilamlı ve ilamsız icra yolu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takibin kural olarak, ilamsız icra yolu olmasıdır. Ancak, alacak veya rehin hakkı veya her ikisi birden ilama veya ilam niteliğindeki bir belgeye bağlı ise rehin alan ilamlı icra yoluna başvurmalıdır (İİK. m. 150/h). Bu halde ise rehinin paraya çevrilmesi ile takibin ilamlı icra yolu olarak karşımıza çıktığı görülmektedir. Rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takibin safhaları şu şekildedir: 1) Rehinin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takibin safhaları: a) Takip talebi, b) Ödeme emri ve kesinleşmesi, c) Paraya çevirme (satış), d) Paranın ödenmesi veya paraların paylaşılması; 2) Rehinin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takibin safhaları: a) Takip talebi, b) İcra emri, c) Paraya çevirme (satış), d) Paranın ödenmesi veya paraların paylaşılmasıdır. Arslan/ R., Yılmaz/ E., Taşpınar Ayyavz/ S., İcra ve İflâs Hukuku, 1.B, Ankara 2016, 401, 403.

dönemden itibaren uygulandığı görülmektedir<sup>65</sup>. Klasik dönemin sona ermesi ile de rehin konusu malın satımına yönelik yapılan anlaşmalar rehin aktinin aslı unsuru haline gelmiştir. Artık tarafların bu konuda anlaşmalarına gerek olmadan borç ifa edilmediği takdirde rehin alanın rehin konusu malı satabilmesi mümkündür<sup>66</sup>.

*Lex commissoria*'nın uygulaması satış hakkına kıyasla yaygın değildi. Buna rağmen *lex commissoria* ile rehin veren aleyhine haksızlık doğuracak sonuçların gelişmeye başlaması ve rehin verenin zarara uğrayabileceği düşüncesinden hareketle, *lex commissoria* Roma Hukuku'nda yasaklanmıştır. Bununla birlikte, rehinin taraflarının borcun muaccel olup da borçlusu tarafından ödenmemesi halinde, rehinli malın satılacağına bir anlaşma ile kararlaştırılabileceği esası rehin sözleşmesinin temel sonucu haline dönüşmüştür. Bundan böyle alacaklı, rehin üzerinde sadece satış hakkını kullanabilmekte, rehni paraya çevirip alacağını elde ettikten sonra varsa geri kalanı (*superfluum*) borçluya iade etmekteydi<sup>67</sup>.

Rehin alan, rehinli malı borç ödenmediği takdirde satıp paraya çevirecek, alacağını bu bedelden tahsil edip kalan miktarı borçluya iade edecektir. Bu bağlamda rehin alan, hem iade borcu altındadır hem de satım hakkı gibi rehinin esaslı unsuru haline gelmiş bir hakka sahiptir ve böylece rehin verenle arasındaki menfaat dengesini sağlayabilmektedir.

Günümüz hukukunda üçüncü kişilerin rehinli mal üzerindeki yararlarını en iyi şekilde korumak amacı ile rehinli malın alacaklı tarafından satılması hususunda açık arttırma usulü ile satış esası benimsenmişken, Roma Hukuku'nda ise özel, kişisel bir satış usulü öngörülmüştür<sup>68</sup>. Müşteri

<sup>65</sup> Bu duruma dair rastlanılan en eski metin *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer almaktadır. Gai. Ins. 2, 64' te rehin alanın rehin konusu malı satmaya yetkili olmasının, bu yönde tarafların açık olarak anlaşmaları ile mümkün olmasından bahsetmektedir. *Digesta*'ya *Ivolenus*'un *Cassius*'a dair 15. kitabından alınan metninde (D. 47, 2, 74[73]) rehin alanın, anlaşma yapıp rehin konusu malın kendisine satılması yetkisi verilmeden malı satması durumunda hırsızlıktan sorumlu olacağı belirtilmektedir. **Karaman**, 68, dpn. 282.

<sup>66</sup> Satış hakkını rehin aktinin aslı unsuru haline getiren *Iustinianus* olmuştur. *Iustinianus Ulpianus*'un *Sabinus*'a dair 41. Kitabından alınmış metnine (ilgili *Digesta* metni; D. 13, 7, 4) bir istisna getirerek yapmıştır. **Karaman**, 68, 69.

<sup>67</sup> **Rado**, 65; **Tahiroğlu**, 178; **Oğuzoğlu**, 285; **Karaman**, 69.

<sup>68</sup> Her ne kadar rehinli malın satılması özel satış sistemine tâbi olsa da rehin alanın malı satıp devretmesi ancak *traditio* yolu ile mümkün olacaktır. Rehlinli malın devri

bulunmaması gibi bir sebeple rehinli eşyanın satılması imkânsız olursa, alacaklı imparator hükmü ile rehinli malın değerini belirlemekte, belirlenen değer üzerinden rehinli malı mülkü olarak edinebilmekteydi<sup>69</sup>. Bu usulde de değer alacaktan fazla ise alacaklı aradaki farkı borçluya vermek zorundaydı<sup>70</sup>.

Rehin veren, rehinli eşyanın maliki olmaya devam ettiği için onun üzerinde tasarrufta bulunabilmekte, hatta yeni bir rehin hakkı dahi tesis edebilmektedir<sup>71</sup>. Diğer bir deyişle, daha önce var olan rehine tesir etmeksizin, şekle bağlı olmayan rehin anlaşmaları ile ikinci bir rehin tesis edilebilmektedir. Bu duruma hâkim olan ilke “*prior tempore potior iure*”; yani, “vadesi önce gelenin hakkı, öncedir” ilkesidir. Bu ilkeye göre rehinli eşyanın satılmasında, daha önce gelen rehin hakkı sahibi, daha sonrakinden önce tatmin edilebilmektedir. Roma Hukukunda ise daha önceki rehinin kalkması şartı ile bu durum düşünülür ve sonraki rehin alana mevcut bir hak değil, daha doğmamış bir rehin hakkı için beklenen bir hak temin edilmiş olmaktadır. Bu sebeple sonraki rehin alanın satış hakkı bulunmamaktadır. Özel satış sisteminde sonraki rehin alanın satış hakkını kabul etmek, ilk rehin alanın hakkını ve menfaatini riske atmak anlamına gelmekteydi. Sonraki rehin alan, kendisinden önce gelen rehin alana alacağı olan miktarı teklif ederek (*ius offerendi*), satış hakkı elde edebilmekteydi. Bu teklifle kendisinden önce gelen rehin alana ait rehin hakkını ve kendisinden önce gelen kimse ilk rehin alan ise ona ait olan satış hakkını da elde etmekteydi<sup>72</sup>.

*Ulpianus*'un *Sabinus*'a dair 41. kitabından alınmış bir metninde ifade ettiği üzere rehin sözleşmesi taraflarının *pactum de non vendendo* (rehinli malın satılmayacağına dair anlaşma) yapılmasına rağmen rehin alanın rehinli malı satması ile kullanma hırsızlığından dolayı sorumlu olmaması için bir istisna öngörülmüştür. Buna göre, rehin alan borçluya üç bildirimde

---

*mancipatio* veya *in iure cessio* ile gerçekleştirilememektedir. Rehin alandan malı satın alan kişi, rehin konusu malın *res Mancipi* olması durumunda *praetor* mülkiyetine sahip olacaktır. Rehinli malın *res nec Mancipi* olması halinde ise *Ius Civile* mülkiyetinin kazanılmasına izin verilecektir. **Karaman**, 70.

<sup>69</sup> Bu kuruma, mülkiyetin elde dilmesi anlamında “*impetratio dominii*” denilmektedir. **Koschaker/Ayiter**, 181.

<sup>70</sup> **Koschaker/Ayiter**, 181.

<sup>71</sup> TMK. m. 941'e göre taşınır maliki art rehin tesis edebilir. Rehin verenin rehin alana alacağın ödenmesi halinde taşınırın sonraki alacaklıya teslim edilmesi gerektiği hususunda yazılı bir bildirimde bulunması gerekmektedir.

<sup>72</sup> **Koschaker/Ayiter**, 181, 182; **Özsunar**, 154.



(*denuntatio*) bulunur ve bu bildirimlere cevap alamazsa rehinli malı satması halinde artık kullanma hırsızlığından sorumlu olmayacaktır. Bildirim yapılmak suretiyle rehinli mal satılırsa artık malın satılmasında borçlunun kusurunun var olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, bu bildirim bir tarafı sorumluluktan kurtarıırken, borçlu açısından da malın satılması neticesinde *superfluum* elde edilmesi durumunda, borçlunun rehin aktinden doğan *actio pigneraticia directa* açarak fazlaya ilişkin kısmın kendisine ödenmesini isteme imkânına sahip olmasına da yarayacaktır. Bildirimin önemli bir faydası da, rehinli malın satılacağı borçluya bildirilmesi ile borçlunun borcunu ödemesi yönünde borçlu üzerinde baskıyı arttırması şeklinde karşımıza çıkacaktır<sup>73</sup>.

Günümüz hukukunda rehin hakkı eşyanın değerine ilişkin bir hak olmakla birlikte, sahibine rehin konusu malın paraya çevrilerek bedelinden alacağını öncelikle alma hakkı sağlamakta; yani, borç vadesinde ödenmediği takdirde, rehin alana malın icra organları aracılığı ile satılarak bedelinden tatmin edilmeyi talep hakkını sunmaktadır. Rehlin alan, rehin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmak zorunda olmadan da alacağını tahsil edebilme imkânına sahiptir. Borcunu ödemeyen borçluya karşı dava açarak, bu dava sonucunda alacağını elde ederse, alacağın tahsil edilmesine bağlı rehin hakkı da sona ermektedir. Ancak, vadede borcunu ödemeyen borçlunun, genellikle borcunu ödeyemeyecek durumda olduğu kabul edilirse, pratikte borçluya karşı dava açmak bir anlam taşımayacaktır. Bu sebeple, rehin alan öncelikle rehin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapacak, rehin konusu eşyanın satışından elde edilen bedel, alacağını karşılamadığı takdirde borçlunun sorumluluğu devam edecektir<sup>74</sup>. Bütün rehin türlerinin temel amacı, öncelikle bir alacağı teminat altına almak ve gerektiği takdirde rehin paraya çevrilmesini suretiyle alacağın tahsil edilmesini sağlamaktır. Rehlin hakkı, sahibine alacağı için aynî nitelikte bir teminat sağlamakta ve gerektiğinde rehin konusu eşyayı paraya çevirme yetkisi tanımaktadır. Bu yönüyle, rehin hakkının teminat ve paraya çevirme olmak üzere iki temel işleve sahip olduğu görülmektedir<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Ratti'nin görüşüne göre bu üç bildirim satım için öngörülen bir geçerlilik şartı değildir. Satışa ve rehinli malın devrine geçildiğinde gerekli niteliklerin varlığını kesin bir şekilde saptamak ve rehin alanın rehinli malın satılmasından dolayı sorumlu olmasını engellemek amacıyla bildirim yapılmaktadır. **Karaman**, 69, 70.

<sup>74</sup> **Dereli**, 6; **Günel**, 10.

<sup>75</sup> **Dereli**, 6, 7.

Hukukumuzda, rehnin paraya çevrilmesi usulündeki genel esaslara bakılacak olursa, genel haciz yolu ile takipte olduğu gibi rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibin de bireysel ve özel bir takip yolu olduğu görülmektedir. Ancak bu takip yolunda taşınır veya taşınmaz mal, alacaklının elinde teminat olarak bulunduğu için alacaklı öncelikle elindeki teminatı paraya çevirmek zorundadır ve alacaklı rehinli malın satış bedelinden tatmin edileceğinden bu takip türünde haciz aşaması bulunmamaktadır<sup>76</sup>.

Roma Hukukundan günümüze gelen *lex commissoria* yasağının hukuk sistemimizdeki karşılığı olarak, TMK. m. 873, 949 hükümleri gereğince alacaklı rehin konusu şeyin satılması sonucunda elde edilecek paradan tatmin edilecek, rehin konusu şeyin alacaklıya terkedilmesi mümkün olmayacak ve bu kapsamda yapılan anlaşmalar da geçersiz olacaktır.

### SONUÇ

Dar ve teknik anlamda teminat sözleşmesi aynî teminatlar ve şahsî teminatlar olarak ikiye ayrılmakta, bu ayrıma Roma Hukuku'nda da yer verildiği görülmektedir. Zira, Roma Hukuku'nda bir kişiye duyulan güvenin ticari hayatta, ticari ilişkilerin kurulması ve sürdürülmesinde öncelikli bir öneme haiz olması sebebiyle, ilk dönemlerde şahsî teminata daha çok önem verilmiştir. Aynı teminata ise hukuki temeli ve güvencesi olmaması sebebiyle çok başvurulmadığı görülmektedir. Ancak, ilerleyen süreçte ticari hayattaki ihtiyaçlar dolayısıyla *praetor*'ların teminat vasıtası olarak rehine hukuki sonuç bağlamaları ve *Ius Civile*'de de aynî sözleşmeler arasında sayılması ile aynî teminatlar yaygınlaşmıştır.

Her ne kadar Roma Hukuku'ndaki rehin sözleşmesi için öngörülen bazı esaslar modern hukukta değişikliğe uğramış olsa da rehin hakkı, rehin sözleşmesi kavramları ve İmparatorluk döneminde imparator *Constantinus* tarafından, rehin sözleşmesinde borcun ödenmemesi halinde, rehin konusu malın mülkiyetinin rehin alana geçmesinin yasaklanması ile ortaya çıkan *lex commissoria* yasağı Türk Medeni Kanunu'nda açıkça hüküm altına alınmak kaydı ile günümüz hukuk sisteminde de korunmuştur.

Roma Hukuku'nun günümüze ışık tutan bir diğer getirisi ise *lex commissoria* yasağına bağlı olarak rehinli malın borcun ödenmemesi halinde satılması şartının rehin sözleşmesinin esaslı unsuru haline gelmiş olmasıdır.

<sup>76</sup> Savaş, Fatma Burcu, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu İle İlamsız Takip, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, 2007/ 6, 2568, 2569, (www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri, E.T. 30.08.2018).

*Lex commissoria*'nın yasaklanması ile *Iustinianus* dönemine kadar anlaşmalarla rehin konusu malın satışının sağlanabildiği görülürken, *Iustinianus* ile bu unsur rehlin esaslı unsuru olmuştur. Diğer bir deyişle, taraflar artık rehin konusu malın satılabileceğini anlaşma yapmak sureti ile belirlememiş olsalar dahi rehin alanın borcun ödenmemesi halinde bu yola başvurabileceği esas kabul edilmiştir. Günümüzde de rehin alan borcun ödenmemesi halinde rehinli malın satılmasını talep ederek, ancak bedeli üzerinden alacağını karşılayabilmektedir.

Rehinli malın satılması usulünde Roma Hukuku'nda rehin alanın malı kendisinin satması suretiyle özel satış sistemi benimsenirken, günümüzde bu satışın resmi mercilerce gerçekleştirildiği görülmektedir. Rehin alanın icra dairesine rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takibe ilişkin takip talebini vererek rehinli malın satışının icra dairesi marifetiyle yürütülmesini sağlamaktadır.

Rehlin paraya çevrilmesi usulünde; takip talebini alan icra dairesi, borçluya ödeme emri göndererek borçluyu takipten, belirtilen süre içerisinde borcun ödenmemesi halinde rehin konusu malın satılacağından ve Kanun'da gösterilen diğer hususlardan haberdar etmektedir. Söz konusu bu ödeme emrinin Roma Hukuku'nda rehin alan tarafından borçluya gönderilen üç bildirim şeklinde olduğu görülmektedir. Her ne kadar bildirim doğmasına sebep olan sebep farklı olsa da bu bildirimlerle de amaçlanan, borçlu üzerinde baskı oluşturularak borçluyu tekrar borcunu ödemeye davet etmek, ödememesi halinde karşılaşıacağı neticelerden haberdar etmek ve aleniyeti sağlamaktır.

## KAYNAKLAR

- Akıncı**, Şahin: Roma Hukuku Dersleri, 11. B., Konya 2017, (**Akıncı**, Roma Dersler).
- Akıncı**, Şahin: 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku, 7. B., Konya 2017, (**Akıncı**, Roma Borçlar).
- Çelebican**, Ö. Karadeniz, Roma Eşya Hukuku, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış 5. B., Ankara 2015.
- Dereli**, Zeliha: Lex Commissoria Yasağı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medenî Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
- Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, (**Erdoğan**, Borçlar).
- Erdoğan**, Belgin: Roma Eşya Hukuku, 5. Basımdan Tıpkı 6.B., İstanbul 2015, (**Erdoğan**, Eşya).
- Erdoğan**, Belgin/ **Tahiroğlu**, Bülent, Roma Hukuku Pratik Çalışmaları Meseleleri, İstanbul 2014, (**Erdoğan/ Tahiroğlu**, Roma Hukuku Meseleleri)
- Günel**, Onur Kerem: Lex Commissoria Prohibition, (www.ogunel.av.tr/LEX%20COMMISSORIA%20YASAGI, E.T. 23.08.2018).
- Gürten**, Kadir: Roma Hukukunda Kefalet Akdi, Ankara 2007.
- Kahraman**, U. Hakan: Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İcra Takibi, (www.turkhukuksitesi.com/ makale\_1053.htm, E.T. 26.08.2018).
- Karaman**, Başak: Roma Hukukunda Rehin Akdi, İstanbul 2008.
- Koschaker**, Paul/ **Ayiter**, Kudret: Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1983.
- Kurt**, Fatma: Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı (Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi İle İlişkisi) Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, 2008/1,(www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20081/ibd20081110.pdf, E.T. 26.08.2018).
- Kuru**, B./ **Arslan**, R./ **Yılmaz**, E.: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 28. B, Ankara 2014.
- Oğuzoğlu**, Cahit: Roma Hukuku, Ankara 1959.

- Özen**, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. B., İstanbul 2014.
- Özsunar**, Erdal: Roma Hukukunda Rehin Hakkı (Pignus- Hypotheca), ([webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz72/PDF/ozsunay5.pdf](http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz72/PDF/ozsunay5.pdf), E.T.26.08.2018).
- Peter**, H./ **Karadeniz**, Ö.: Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler, (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/10204/>, E.T. 26.08.2018).
- Rado**, Türkân: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 11. Basıdan 14. (Tıpkı Bası, İstanbul 2018).
- Salvatore Di Marzo**: (Çev. Ziya Umur), Roma Hukuku, İstanbul 1954, (**Marzo**, Roma Hukuku).
- Savaş**, Fatma Burcu: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu İle İlamsız Takip, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, 2007/ 6, (<http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20076/ibd20076111.pdf>, E.T. 30.08.2018).
- Serozan**, Rona: Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 2014.
- Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, 3. B., Ankara 2015.
- Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005.
- Umur**, Ziya: Iustinianus Institutiones, İstanbul 1968, (**Umur**, Institutiones).
- Umur**, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987, (**Umur**, Ders Notları).
- Umur**, Ziya, Roma Hukuku Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul 1983, (**Umur**, Eşya)