

ROMA HUKUKU'NDA EKSİK BORÇ (*OBLIGATIO NATURALIS*) OLARAK DOĞAN BORÇLAR

*Dr. Haluk EMİROĞLU**

GİRİŞ

Roma hukukunda, hak (*ius*) ile dava (*actio*) kavramları arasında yakın bir ilişki vardı. Çünkü hak, özellikle kişiye karşı kullanıldığında, hak sahibinin bu hakkını bir başka kişiye karşı ileri sürmesi durumunda açıkça ortaya çıkardı. Romalılar, hak sahibinden, *actio*'su (dava hakkı) olan kişi olarak söz ederlerdi. Cumhuriyet Dönemi hukukçularından *Celsus*, *actio*'yu, hukuken ifa edilmesi gereken edimin, mahkemeler önünde takip hakkı olarak tanımlamıştı. Aynı tanım, daha sonra *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde de yerini almıştı.¹ Roma hukukunda, bütün hakların mahkemeler önünde ileri sürülebilmesini sağlayan genel bir dava öngörülmediği için, hak ile dava arasındaki ilişki, günümüz hukukuna göre çok daha sıkıydı. Hukuken korunmaya değer görülen her menfaat için, ayrı bir davanın tanınmış olması gerekliydi. Bu nedenle, Roma hukukunda, hukuken takip edilmesi, yargı organları önünde ileri sürülebilmesi ve koşuşturulabilmesi için özel bir dava öngörülmemiş olan bir hak söz konusu olamazdı. Bu durum, Romalıların, hakları, bu hakları elde etmeye yarayan *actio*'lar bakımından sınıflandırmalarına yol açtığından, Roma özel hukuku, bir *actio*'lar sistemi üzerine kurulmuştu. Nitekim, *praetor*'ların Roma özel hukukuna en önemli katkıları da, toplumsal, ekonomik ve siyasal koşulların değişmesi sonucu

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ D. 44. 7. 51 (*CELSUS libro tertio digestorum*): '*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi.*'

D. 44. 7. 51: 'Dava, hakkın sahibi tarafından, mahkemeler önünde ileri sürülmesinden başka bir şey değildir.'

Ius. Ins. 4. 6. pr.: '*Superest, ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur.*'

Ius. Ins. 4. 6. pr.: 'Nihayet, davalardan söz etmek gerekiyor. Dava, borçlu olunan şeyi, mahkeme önünde talep etme hakkından başka bir şey değildir.'

ortaya çıkan yeni menfaatlerin korunması için, yeni dava hakları tanımak olmuştur.²

Roma hukukunda, hukuki sonuçları bakımından borçlar, *obligatio civilis* (tam borç) ve *obligatio naturalis* (eksik borç) olmak üzere ikiye ayrılırdı. Alacaklının, kendisine tanınan dava ile, gereğinde icra yoluna da başvurarak, cebren hakkını elde edebildiği borçlar, *obligatio civilis*'ti. Bununla birlikte, günümüz hukukunda olduğu gibi, Roma hukukunda da eksik borçlar, hukuk düzeni tarafından öngörülmüştü. Bu durumda, Roma hukuku, bir kimsenin borçlu olduğunu kabul etmekle birlikte, o kimseye karşı bir dava ve icra olanağı sağlamamıştı. Romalılar, ifası *actio* ile takip edilemeyen bu davasız borçları, *obligatio naturalis* (eksik borç) ismi altında toplamışlardı.³ *Obligatio naturalis*, dava hakkı olmamakla birlikte, başta *soluti retentio* (ödenen şeyin muhafazası)⁴, yani borçlu tarafından alacaklıya yapılan ödemenin (*solutio debiti*) geçerli olarak kabul edilmesi ve ödenenin, *condictio indebiti* (sebepsiz zenginleşme davası) ile geri alınmaması hakkını veren, ayrıca, kefalet, rehin veya ipotek yoluyla, geçerli olarak şahsi ya da ayni teminat altına alınabilen ve *novatio* ile yenilenebilen bir borçtu.⁵ Roma hukukunda bazı borçlar, doğumları anından itibaren *obligatio naturalis* oldukları halde, bazı borçlar, *obligatio civilis* olarak doğmalarına rağmen, daha sonra *obligatio naturalis* niteliğini kazanırdı. Kölelerin borçları, aynı aile üyelerinin birbirlerine karşı borçları ve *Senatus Consultum Macedonianum*'a aykırı olarak aile evlatlarına verilen ödünçler, doğumlarından itibaren eksik borç olarak nitelendirilen borçlardandı.⁶

I. KÖLELERİN BORÇLARI

Roma hukukunun bilgi kaynakları incelendiğinde, *obligatio civilis* ve *obligatio naturalis* ayrımının ilk kez Klasik Hukuk Dönemi'nde, kölelerin borçlarının hukuki niteliğinin belirlenebilmesi amacıyla yapıldığı görülür.⁷

² KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.: Roma Hukuku (Roma), Ankara 2000, s.118-119.

³ D. 12. 6. 51 (POMPONIUS *libro sexto ad Quintum Mucium*): 'Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus repetere non possumus.'

D. 12. 6. 51: 'Muhafaza etme hakkımız bulunan, ancak, dava açarak takip etme hakkımız olmayan şeyleri ifa edersek, o şeylerin iadesini isteyemeyiz.'

⁴ Bkz. dn.30.

⁵ DI MARZO. S. (Çev.: UMUR, Z.): Roma Hukuku, İstanbul 1954, s.353; RADO, T.: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku (Borçlar), İstanbul 1978, s.25; TAHİROĞLU. B.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000, s.30.

⁶ ZIMMERMANN, R.: The Law of Obligations, Cape Town 1992, s.7; BERKİ, Ş.: Roma Hukuku, Ankara 1949, s.318.

⁷ *Gai. Ins.* 3. 119 a: 'Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. at ne illud quidem interest, utrum

Çünkü, Roma ailesi (*familia*) içinde, özgür olmayan ve Roma yurttaşı sayılmayan köleler, *res mancipi* grubuna giren bir mal olarak alınıp satılıyorlar, borç ilişkilerinin konusunu oluşturabiliyorlardı. Ancak kölelerin, düşünen ve irade sahibi canlı varlıklar olması, onların işledikleri haksız fiiller dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluklarının dışında, başkalarıyla hukuki ilişkilere girişmelerini de kaçınılmaz kılıyordu. Bu nedenle, ortaya çıkan hukuki anlaşmazlıkların çözülebilmesi için, 'Kölelerin yaptıkları hukuki işlemler nedeniyle kazandıkları haklar, doğrudan doğruya onlar üzerinde *dominicia potestas* (köle üzerindeki egemenlik) sahibi olan efendilerine ait sayılırken⁸, yüklendikleri borçlardan efendileri sorumlu tutulamaz' kuralı kabul edilmişti.⁹ Kölenin yaptığı hukuki işlem sonucunda, efendi ya da azat edildikten sonra köle, aslında hukuken ödemek zorunda olmadığı bu borcu öderse (*causa solvendi*), yapılan ödeme bir *condictio indebiti* (sebepsiz zenginleşme davası) ile geri istenemezdi. Eksik borçların ifasının, varolmayan bir borcun ifası (*indebitum solutum*) olmaması sebebiyle, sebepsiz zenginleşme meydana getirmeyeceği *Digesta*'da açıkça belirtilmişti.¹⁰ Bu durumda, *Ius Civile* tarafından kendisine aktif ve pasif

civilis an naturalis obligatio sit, cui addiciatur, adeo quidam, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi debeatur.'

Gai. Ins. 3. 119 a: 'Kefalet, ister ayni, ister sözlü, ister yazılı, ister rızai, her türlü borç için söz konusu olabilir. Hatta, yüklendiği borcun tam ya da eksik borç olmasının da hiçbir önemi yoktur; bir kimse, kölenin borçlu olduğu bir yabancıya veya kölenin malikine karşı bile kefil olabilir.'

Ius. Ins. 3. 20. 1: '*In omnibus autem obligationibus adsumipossunt, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint: Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adiciatur fideiussor, adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fideiussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur.'*

Ius. Ins. 3. 20. 1: 'Kefalet, ister ayni, ister sözlü, ister yazılı, ister rızai sözleşmelerle meydana gelen bütün borç ilişkileri için söz konusudur. Borcun, tam ya da eksik olması da önemli değildir.; hatta, bir kimse, bir köle için bile, gerek bir yabancıya karşı, gerekse bizzat malîke karşı, o kölenin bağlı bulunduğu eksik borç ilişkisinin kefil olabilir.'

⁸ *Gai. Ins. 1. 52:* '*Quod cumque per servum acquiritur, id domino acquiritur.'*

Ga. Ins. 1. 52: 'Kölenin kazandığı her şey, efendi için kazanılmıştır.'

⁹ KARADENİZ, Ö.: Roma Hukukunda *Peculium* Müessesesi (*Peculium*), AÜHF 1968, C. XXV, S. 3-4, s.180-181; ZIMMERMANN, s.52; TAHIROĞLU, s.30.

¹⁰ *D. 12. 6. 13 (PAULUS libro decimo ad Sabinum):* '*Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo, si quis nomine eius soluat vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit, ex peculio cuius liberam administrationem habeat, repeti non poterit: et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur et pignus pro eo datum tenebitur.'*

D. 12. 6. 13: 'Köle, eksik borçla borçlanabilir: bu nedenle, bir kimse onun hesabına ödemede bulunursa ya da *Pomponius*'un yazdığı gibi, kendisi azat edildikten sonra, kendisinin yönetimine bırakılan *peculium*'dan bu borcu öderse, geri istenemez. Bu da gösterir ki, bir köle için kabul edilen kefil ya da kölenin borcu için verilen rehin geçerlidir.'

dava ehliyeti de tanınmayan köle, hukuki işlem yaptığı kimseye karşı *obligatio naturalis* ile yükümlü sayılırdı.¹¹

Önceleri tarıma dayanan Roma toplumu, ticarete dayanan ekonomiye geçmeye başlayınca, Roma hukukunda doğrudan temsil kurumu kabul edilmediği için, efendi ya da aile babasının, bu ilişkileri tek başına yürütmesinin pratik olarak güçleştiği görüldü. Bu duruma, aile babasının ekonomik olanaklarını, aile evlatlarının ve kölelerinin faaliyeti ile genişletmek isteği de eklenince, aile babaları, aile evlatlarına ve kölelerine, aile malvarlığının belli bir bölümü üzerinde sınırlı bir yetki tanımaya başladılar (*peculium*). *Praetor*'da bu yetki dolayısıyla, aile babasına ya da efendiye karşı, *actio adiecticiae qualitatis* (ek nitelikte dava) açma olanağı vererek, onun, *peculium*'un o andaki değeri kadar sorumlu tutulmasını (miktar bakımından sınırlı sorumluluk) sağlayınca, *peculium*, köleler ve aile evlatları için uygulanabilen bir hukuki kurum olarak ortaya çıktı.¹² Bu durumda kural olarak, köle, bir hukuki işlem yaparsa, doğrudan doğruya kendisi borç altına girerdi; fakat bu borç, *obligatio naturalis*'ti. Ancak, kendisine *peculium* verilen kölenin efendisine, *peculium*'un o anki değeri ile sınırlı olmak üzere dava açmak mümkündü. *Peculium*'un değerinin üstündeki miktar için ise, kölenin *obligatio naturalis* olarak borcu devam ederdi.¹³ *Obligatio naturalis* olarak nitelenen borç, köle tarafından (azat edildikten sonra) ya da üçüncü kişiler tarafından, geçerli bir şekilde ifa edilebilirdi; alacaklının, köleye karşı azat edildikten sonra bile bir dava açma olanağı yoktu.¹⁴ *Peculium*, köle ya da aile evlatları ile hukuki ilişki kuran kişilere, alacaklarını elde edebilmeleri konusunda güvence getirerek, köle ya da aile evlatlarının, ticari yaşama katılmalarını sağlayan bir kurumdu. Eğer bir kişi, *peculium* sebebiyle borçlu bulunduğu bir köle ya da aile evladına verilmiş olan *peculium*'un ortadan kalktığını bilmeyerek ifada bulunursa, borcundan kurtulurdu. Ancak, aile evladının *peculium*'unun bulunmadığını bilerek yapılan ifa sonucunda, varolmayan bir borç ödendiği için, iade talebi de söz konusu olamazdı.¹⁵

¹¹ D. 50. 17. 107 (GAIUS libro primo ad edictum prouinciale): 'Cum seruo nullu actio est.'

D. 50. 17. 107: 'Köleye karşı hiçbir dava yoktur.'

D. 2. 11. 13 (IULIANUS libro quinquagesimo quinto digestorum): 'Quia servus conueniri vel conuenire non potest.'

D. 2. 11. 13: 'Köle, davacı ya da davalı olamaz.'

¹² KARADENİZ (*Peculium*), s.181-182.

¹³ RADO (Borçlar), s.26.

¹⁴ Bkz. dn. 7-8.

¹⁵ D. 12. 6. 26. 8 (ULPIANUS libro vicensimo sexto ad edictum): 'Qui filio familias solverit, cum esset eius peculiaris debitor, si quidem ignoravit ademptum ei peculium, liberatur: si scit et solvit, conditionem non habet, quia sciens indebitum solvit.'

II. AİLE (FAMILIA) ÜYELERİNİN BİRBİRLERİNE KARŞI BORÇLARI

Roma ailesinde, aile evlatları da hak ehliyetleri bulunmadığı için, hak sahibi olamazlar ve borçlarından sorumlu tutulamazlardı. Bu nedenle, aile evlatlarının, *inter vivos* (yaşayanlar arasında) ya da *mortis causa* (ölüm sebebiyle) kazandıkları bütün haklar, aile içinde hak ehliyeti sahibi tek kişi olan, aile babasına ait olurdu.¹⁶ Buna karşılık, tıpkı kölelerde olduğu gibi, aile evlatlarının hukuki işlemler sonucunda yüklendikleri borçlar, aile babası bakımından hiçbir hukuki sonuç doğurmazdı. Ancak, aile evlatları, kölelerden farklı olarak, yaptıkları hukuki işlemler dolayısıyla bizzat borçlanıyorlardı. Bu borçlar, kölelerin borcu gibi, *obligatio naturalis* değil, *obligatio civilis*'ti. Yani, aile evlatlarına karşı, bu borçlardan dolayı, Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren dava açılabilirdi. Pasif dava ehliyeti bulunan aile evlatlarının, aktif dava ehliyeti yoktu. Ancak, hak ehliyetinden yoksun olan aile evlatlarının, bu nedenle, malvarlığına sahip olmaları da mümkün olmadığından, kendilerine karşı açılan davaların, alacaklılara pratik açıdan bir şey kazandırma olanağı yoktu. *Peculium* bakımından ise, kölelere uygulanan kurallar, büyük ölçüde aile evlatlarına da uygulanıyordu. *Peculium* sınırı içinde kalan borçlardan, aile babasının da sorumluluğu kabul edilmekle birlikte, diğer borçlardan, sadece aile evladı, *obligatio civilis* ile sorumlu olurdu. *Iustinianus* Dönemi'nde, *peculium* kurumunun gelişimi ve yaygınlaşması sonucunda, aile evlatlarına da hak ehliyeti verilince, alacaklıların, doğrudan doğruya aile evladının malvarlığından alacaklarını elde etmesi de mümkün oldu.¹⁷

Roma hukukunda, aynı *familia*'nın üyeleri arasında yapılan hukuki işlemlerden ise, malvarlığının sadece aile babasına ait olması nedeniyle, *obligatio naturalis* doğardı. Bu durumda, aile babası (*pater familias*) ile aile evlatları arasında ya da aynı baba egemenliği altında bulunan iki aile evladı arasındaki borçlar, *obligatio naturalis* olarak nitelendirilmişti.¹⁸

D. 12. 6. 26. 8: 'Eğer bir kişi, *peculium*'u sebebiyle borçlu olduğu baba egemenliği altındaki aile evladına, *peculium*'un ortadan kalktığını bilmeden, ifada bulunmuşsa, borcundan kurtulur. Ancak bu kişi, durumu bilerek ödeme yaptıysa, kendisine *condictio* verilmez. Çünkü bu kişi, sahip olmadığı bir borcu bilerek ödemiş sayılır.'

¹⁶ SCHULZ, F. (Çev.: KARAGÖZ, H.): *Auctoritas*, İÜHF 1997, C. LV, S. 4, s.342; ZIMMERMANN, s.52.

¹⁷ KARADENİZ (Roma), s.170-171; RADO (Borçlar), s.26; ZIMMERMANN, s.52.

¹⁸ D. 12. 6. 38 (AFRICANUS libro nono quaestionum): 'Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuam post mortem patris ei soluit: quaesitum est, an repetere possit. respondit utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset, repetiturum pro ea uero, qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem peruenisset: naturalem enim obligationem quae fuisset hoc ipso sublata uideri, quod peculii

III. SENATUS CONSULTUM MACEDONIANUM'A AYKIRI OLARAK AİLE EVLATLARINA VERİLEN PARA ÖDÜNÇLERİ

Senatus Consultum Macedonianum, Roma'da İlk İmparatorluk (*Principatus*) Dönemi'nde, birinci yüzyılda yapılmış olan ve aile evlatlarına ödünç para verilmesini yasaklayan, verilmesi durumunda ise, aile evlatlarını bu borcu ödeme zorunluluğundan kurtaran ve *Corpus Iuris Civilis* aracılığı ile öğrendiğimiz bir *senatus* kararıdır.¹⁹ *Digesta*'da *Ulpianus* tarafından söz edilen *senatus* kararında, aile evlatlarına ödünç para veren kimselere, aile evladının egemenliği altında bulunduğu aile babası ölse de, dava açma hakkı tanınmamıştı.²⁰ Sadece, aile evladına ödünç veren kimsenin değil, onun mirasçılarının da dava açma hakkı yoktu.²¹ *Senatus Consultum Macedonianum* tarafından korunan aile babası ile baba ve büyük babaya karşı, alacaklının açtığı davanın kabul edilmeyeceğine ilişkin kural, *Iustinianus Institutiones*'te ayrıntılı olarak düzenlenmişti.²²

partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret.

D. 12. 6. 38: 'Bir aile evladı, aynı baba egemenliği altında bulunan diğer bir aile evladına ödünç para verse ve aile babaları öldükten sonra, borcunu geri ödese, ödediğini geri alabilirmi? *Iulianus*'a göre, borçlu olan ve şu anda ödediğini geri almak isteyen aile evladı, ödediği miktarı, her durumda aile babasının terekesinden, kendisine düşen miras payından alabilir.* Diğer aile evladına düşen miras payına ise, borçlu aile evladına tahsis edilen *peculium*'un borç miktarından fazla olması durumunda başvurabilir. Bu da, ödünç tutarından kalan kısmı tam olarak karşılar.** Böylece, taraflar arasında geçerli olan eksik borç, miras payı ile birlikte *peculium*'un da bir bölümüne başvurulması sonucunda ödenmiş olur.

*Bu durumda eksik borç, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesiyle ortadan kalkardı.

**Aksi durumda, ödünç tutarı iki kez elde edilmiş olabilirdi. Bkz. D. 12. 1. 38.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. RADO, T.: *Senatus Consultum Macedonianum* ve Roma Hukuku'nda *Filius Familias*'ların Para Ödünçleri (*Senatus*), Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1944.

²⁰ D. 14. 6. 1 (ULPIANUS libro vicensimo nono ad edictum): '*Placere, ne cui, qui filio familias mutuum pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen expectata patris morte fieri.*'

D. 14. 6. 1: '*Senatus*'un kararına göre, aile evladına ödünç veren kimseye, o aile evladının egemenliği altında bulunduğu aile babası ölse bile, bir *actio* ya da bir *petitio* verilmemelidir. Çünkü, ödünç para vererek başkalarına kötü örnek olanların, aile babasının ölümünü beklemekle, *filius familias*'a karşı alacaklarının durumunun düzelmeyeceğini bilmeleri gerekir.'

²¹ D. 14. 6. 7. 6 (ULPIANUS libro vicesimo nono ad edictum): '*Non solum ei, qui mutuum dedisset, sed et successoribus eius deneganda est actio.*'

D. 14. 6. 7. 6: '*Sadece, ödünç verenin davası değil, onun mirasçılarının davası da kabul edilmez.*'

²² *Ius. Ins.* 4. 7. 7: '*Illud proprie srevatur in eorum persona, quod Senatus Consultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in parentis erunt potestate: et ei qui crediderit denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve, sive adhuc*

Aile evlatlarına ödünç para verilmesini yasaklayan *senatus* kararı, aynı zamanda onlara, bir defî (*exceptio*) ileri sürme olanağı da tanımıştı. Ancak, bu defî, borçluyu korumak amacıyla değil, alacaklıya ceza olarak öngörüldüğü (*ob poenam creditoris*) için, *soluti retentio* kabul edilerek, borçlunun yapmış olduğu ifayı geri alması engellendiğinden, hukuken bir eksik borç meydana gelirdi. Bu durumda, aile evladı, aldığı ödünç, aile babasının ölümünden sonra öderse, ödediğini bir *condictio* ile geri isteyemezdi.²³ Aile babasının aile evladına, Roma ya da uzak bir yere giderken, zorunlu harcamalarını yapması için verdiği para ödünçleri, bu *senatus* kararının içinde değerlendirilmezdi.²⁴

Senatus Consultum Macedonianum'a göre, aile evladının aldığı ödünçten doğan borç ödendiğinde, ortada bir eksik borç olduğundan, ödenen, *condictio indebiti* ile geri istenemezdi.²⁵ Ancak aile evladı, aile babası egemenliği altındayken aldığı borcu, yine aynı aile babasının egemenliği altındayken öderse, farklı bir hukuki durum ile karşılaşılırdı. Aile babası egemenliği altında bulunan aile evladının kendisine ait malvarlığı bulunmadığından, aile evladı tarafından ödenen borç, aslında aile babasının mal varlığından çıktığından, verilen paraların mülkiyeti, alacaklıya geçmezdi

in potestate sunt, sive morte parentis vel emancipatione suae potestatis esse coeperint, quam adversus patrem avumve, sive habeat eos adhuc in potestate sive emancipaverit. Quae ideo Senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum. quas in Luxuriam consumebant, vitae parentium insidiabantur.'

Ius. Ins. 4. 7. 7: 'Baba egemenliği altında bulunan ve *Senatus Consultum Macedonianum* tarafından kendilerine para ödünç verilmesi yasaklanan kimseler için, şu özel hüküm dikkate alınır: böyle bir kimseye ödünç vermiş olana ister egemenlik altında olsunlar, ister babanın ölümü ya da *emancipatio* ile egemenlikten çıkmış olsunlar, kız, erkek aile evladı ya da torununa karşı dava açma hakkı verilmediği gibi; aile evlatlarını egemenliği altında bulundursa ya da egemenlikten çıkarsa bile, aile babasına ya da büyük babaya karşı da dava açma hakkı verilmez. Aile evlatları, bir çok kez başkalarından aldıkları ödünç paraları boş yere israf ettikten sonra, yüklendikleri borçlar nedeniyle, aile babalarının yaşamlarını tehdit ettikleri için bu *Senatus* kararı alınmıştır.'

²³ *D. 12. 6. 40 (MARCIANUS libro tertio regularum):* 'Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest: sed hoc non est perpetuum. nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatus consulto de intercessionibus: ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filius familias, contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et pater familias factus solverit, non repetit.'

D. 12. 6. 40: 'Sürekli defîye sahip olanlar, hata sonucu ödediklerini geri isteyebilirler. Eğer bu defî, hakkında dava açılan kimse için tanınmışsa, ödediğini geri alabilir. Ancak, defî, alacaklı aleyhine tanınmışsa, borçlu, düşüncesizce yapmış olduğu ödemeyi geri isteyemez. *Senatus Consultum Macedonianum* hükümlerine rağmen ödünç para alan aile evladı, aile babası olduğu zaman borcu öderse, ödediğini geri alamaz.'

²⁴ DI MARZO, s. 355.

²⁵ *D. 14. 6. 10 (PAULUS libro trigensimo ad edictum):* 'Quia naturalis obligatio manet.'

D. 14. 6. 10: 'Çünkü, ortada bir eksik borç vardır.'

ve aile babası, ona karşı istihkak davası (*rei vindicatio*) açabilirdi.²⁶ Bununla birlikte, *senatus* kararına aykırı olarak borcu ödeyen aile evladı, aile babası öldükten sonra ve onun mirasçısı sıfatıyla ödemediği paraları talep ederse, bu talebine karşılık bir defa (*exceptio doli generalis*) ileri sürülebilirdi.²⁷ Aile evladının ödünç aldığı paraları, aile babası yaşarken üçüncü bir kişiden bağış alarak, ödemesi durumunda ise, iki durumu birbirinden ayırmak gerekirdi.²⁸ *Iulianus*'a göre, bağış yapan, borcunu ödemesi şartıyla aile evladına para vermişse, borç, bağış yapan tarafından ödenmiş sayılırdı. Bağış, şartsız olarak yapılmışsa, bağış konusu, aile babasının mal varlığına gireceğinden, aile babası, bu paraları geri isteyebilirdi.²⁹

SONUÇ

Roma hukukunda, eksik borçların bir üst kavramını ifade eden *soluti retentio*, kendisine karşı açılacak bir dava hakkı öngörülmemekle birlikte, borçlunun, yapmış olduğu ifayı geri alamaması anlamına gelirdi. Eğer bu borçlar ödenirse, borç olmayan şeyin ifası söz konusu olmadığından, alacaklı, aldığını muhafaza edebilirdi.³⁰

²⁶ D. 12. 1. 14 (ULPIANUS libro vicensimo nono ad edictum): 'Si filius familias contra senatus consultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obicitur.'

D. 12. 1. 14: 'Eğer aile evladı, *senatus consultum*'a aykırı olarak ödünç aldığı parayı geri öderse, aile babasının ödenen paraları istihkak talebine karşı herhangi bir defa ileri sürülemez.'

²⁷ D. 12. 6. 26. 9 (ULPIANUS libro vicensimo sexto ad edictum): 'Filius familias contra Macedonianum mutuatus si solverit et patri suo herres effectus, velit vindicare nummos, exceptione summo vebitur a vindicatione nummorum'

D. 12. 6. 26. 9: 'Senatus Consultum Macedonianum'a aykırı olarak, aldığı ödünç ödeyen aile evladı, aile babasının mirasçısı olduğu zaman, bu paraları geri almak isterse, istihkak iddiasına karşı, bir defa ileri sürülebilir.'

²⁸ D. 14. 6. 9. 1 (ULPIANUS libro vicensimo nono ad edictum): 'Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? et sit Iulianus, si quidem hac conditione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri u donatore profectam proinus ad creditorem et fieri nummos accipientis: si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse et ideo, si solverit, conditionem patri ex omni eventu competere.'

D. 14. 6. 9. 1: 'Başkası tarafından kendisine bağışlanan para ile aile evladı borcunu ödemişse, aile babası bu paranın geri verilmesini isteyebilir mi? *Iulianus*'a göre, parayı bağışlayan, bunu borcun ödenmesi şartıyla vermişse, borcu kendisi ödemiş sayılır ve paralar iktisap edenin olur; fakat paralar şartsız olarak bağışlanmışsa, aile evladı, borcu ödemesi durumunda, bunların mülkiyetini karşı tarafa geçirememiş olduğundan, aile babası, bunları bir *condictio* ile talep edebilir.'

²⁹ RADO (*Senatus*), s.136-140.

³⁰ UMUR, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983, s.200.

Roma hukukunun bilgi kaynakları incelendiğinde, eksik borç kavramının sistematik olarak düzenlenemediği görülür. Eksik borç olarak ifade edilen çeşitli borçların hükümleri, ayrıntıları tamamen birbirinden farklıydı. Bununla birlikte, bu borç ilişkilerinin ortak yanı, bir *actio* ile korunmamış olmalarında, yani borçluyu zorlama imkanının tanınmamasında, borçlunun rızası ile ödenmesi durumunda da alacaklının ödeneni muhafaza etmesinde, kefalet ya da rehin yoluyla teminat altına alınabilmelerinde ve yenileme (*novatio*) yoluyla da geçerli bir borç durumuna getirilebilmelerinde gözükürdü.³¹

Roma hukukunda, pratik örneklerden yola çıkılarak düzenlenen eksik borç kavramı, borcun doğumu anında eksik borç olması ya da tam borç olarak doğmasına rağmen, daha sonra eksik borç niteliğini kazanması bakımından ise sınıflandırılabilir. Eksik borç olarak doğan borçların en önemlileri, kölelerin borçları, aile üyelerinin birbirlerine karşı borçları ve *Senatus Consultum Macedonianum*'a aykırı olarak aile evlatlarına verilen ödünçlerdi. Daha sonra eksik borç niteliği kazanan borçların en önemlilerinin ise, *litis contestatio* (davanın tespiti)³² ve *capitis deminutio* (hak ehliyetinin ortadan kalkması) ile sona eren borçlar olduğu söylenebilir.³³

Davanın tespiti anlamına gelen *litis contestatio*'nun, usul hukuku bakımından borcu sona erdiren sebeplerden biri olduğu, *Gaius* tarafından ifade edilmişti.³⁴ Bir uyuşmazlık, *litis contestatio* aşamasına geçince, davaya neden olan borç ilişkisi, artık bir 'usul hukuku ilişkisi' durumuna gelirdi. Böylece, asıl borç ilişkisi sona ererek, onun yerini hakimın kararına uyma yükümlülüğü aldığından, *litis contestatio* işlemi, borcun yenilenmesi (*novatio*) niteliği taşırdı. Ancak *litis contestatio*, *novatio*'dan farklı olarak, borcun teminatlarını ortadan kaldırmadığından, borç için verilen teminatlar ile birlikte, faizler de işlemeye devam ederdi.³⁵ Bu durumda, kanun

³¹ RADO (Borçlar), s.27; TAHİROĞLU, s.30.

³² Özel Muhakemeler Düzenlemesinde (*Ordo Oudiciorum Privatorum*) *litis contestatio* ile birlikte *magistra* önündeki aşama biter ve hakim önündeki aşama başlardı. Davacının *praetor*'dan aldığı *formula*'yı davalıya tebliğ etmesi ve davalının *formula*'nın kapsamını kabul etmesinden ibaretti. Bu anda, önceki mevcut borç sona ererdi. Bkz. TAHİROĞLU, s.78.

³³ ZIMMERMANN, s.7; BERKİ, s.318.

³⁴ *Gai. Ins.* 3. 180: '*Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur, incipit autem teneri reus litis contestatione*'

Gai. Ins. 3. 180: 'Borç ilişkisi, bir *iudicium legitimum** açılmış ise, *litis contestatio* ile sona erer; bu andan itibaren esas borç ortadan kalkar ve davalı bundan sonra, *litis contestatio*'dan sorumlu olmaya başlar.'

*Kanuni yargılama usulü, bunun aksi *iudicium imperio continens*'ti. Bkz. *Gai. Ins.* 4. 103.

³⁵ TAHİROĞLU, s.79; RADO (Borçlar), s.235.

tarafından değil de, aslında tarafların iradesi ile ortadan kalkan borcun yerine, kanun tarafından, *novatio* ile yeni bir borcun yaratılmasının öngörülmesi sonucunda, eski borç, eksik borç niteliği kazanırdı. *Iustinianus* Dönemi'nde *formula* usulü kalkmış olduğu için, bu dönemde, borçların sona erme sebepleri arasında *litis contestatio* yer almadığından, sonradan bu eksik borcun yaratılması olanağı da ortadan kalkmıştı.³⁶

Roma hukukunda hak ehliyetinin kazanılması için gerekli olan *status*'lerin değişmesi, *capitis deminutio* sonucunu doğururdu. *Gaius*, üç *capitis deminutio* durumunu birbirinden ayırırdı. *Capitis deminutio maxima*, özgürlük durumunun kaybedilerek köle durumuna gelinmesini; *capitis deminutio media*, yurttaşlık durumunun kaybedilerek Roma vatandaşlığından çıkılması ve yabancı olunmasını; *capitis deminutio minima* ise, aile babası egemenliği altına girilmesini ifade ederdi.³⁷ Bir kişinin *capitis deminutio* sonucunda, hak ehliyetini kaybetmesi durumunda, borçları da, eksik borç niteliği kazanırdı.³⁸

Iustinianus Dönemi'nde eksik borç ile insanın vicdanı sorumluluğu arasında bir bağlantı kurularak, diğer *soluti retentio* durumları da eksik borç kavramı altında toplanınca, bir takım yeni hukuki ilişkiler de bu sınıfa eklenmiş oldu. Böylece, vesayet altındaki küçüğün, vasisinin *auctoritas*'ı olmadan yüklendiği borçlar; hukuk düzeni tarafından borç olarak kabul edilmeyen, ahlaki, sosyal ve dini nitelikteki bazı yükümlülüklerin ifası; *pactum* ile yapılan faiz borçları; nafaka vermek zorunda olmayan kimselerin ödediği nafakalar; kendisinin cihaz (*dos*) vermekle yükümlü olduğunu düşünen kadının verdiği cihaz, eski efendisine karşı yeminle borç altına girmemiş olan azatlinin, kendisinin borçlu olduğunu düşünerek, *patronus*'una ifa ettiği şeyler, eksik borç olarak kabul edildi. Ancak bu çalışmalara rağmen, *Iustinianus* Dönemi'nde de, eksik borç başlığı altında toplanan hukuki ilişkilerin birbirlerine benzememesi, bu konuda tam olarak sistematik bir düzenleme yapılmasını engelledi.³⁹

³⁶ RADO (Borçlar), s.235.

³⁷ BURDICK, W. L.: The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, Newyork 1938, s.214; KASER, M. (Çev.: DANNENBRING, R.): Roman Private Law, Durban 1965, s.64.

³⁸ D. 4. 5. 2. 2 (ULPIANUS libro duodecimo ad edictum): 'Hi qui capite minuuntur ex his causis quae capitis deminutionem praecesserunt, manenti obligati naturaliter.'

D. 4. 5. 2. 2: 'Kimde *capitis deminutio* meydana gelirse, o kimse bu sebeple, eksik borçla yükümlü olur.'

³⁹ DI MARZO, s.355-356.