

ROMADA BORÇLARIN KAYNAKLARI.

Prof. Dr. Şakir BERKİ

(Bu yazı Fakülte Dergisinin 1950 yılı 2,3,4 sayısının 378 inci sayfelerindeki aynı makalenin devamıdır.)

3) Semerelerin iadesi de lâzımdır. İadeye tâbi semereler akdin inikadından sonraki semerelerdir. Bu kaide, satılan şey'in müşterinin mülkiyetine akdin inikadı tarihinden itibaren intikali prensibinin bir neticesidir. Semerelerin müşteriye intikali kaidesi kanunî olup, mukavele ile tâdil olunabilirdi. Semerelerin mukavele ile satıcıya ait olabileceği tatbikatda daha çok cârî idi.

e) Beyi akdinin hitamı:

1) Kaide:

Roma hukuku mukavelede aksine sarahat olmadıkça, veya mebiin gizli ayıpları bulunmadıkça bir tarafın akdi yerine getirmemesi halinde *Emptio venditio*'nun, yani beyi akdinin feshini kabul etmemekte idi. Bu prensip, bilhassa hasar nazariyesinde daha açık surette göze çarpar.

2) Beyide hasar nazariyesi.

Satıcı mücbir sebeple ziyaa uğrayan mebiin teslim edemediği takdirde, müşteri mukaveleyi icra, yani semeni edâ ile mükelleftir. Görülüyor ki Romada da kaidei umumiye kusur haricinde hasarın müşteriye aidiyetinden ibaretti.

3) *Emptio Venditio* ecel veya şarta bağlı olarak yapılmadıkça, her iki taraf akdi aynı zamanda icra ile mükelleftir. Yani bu günki işviçre ve sair modern sistemlerin tâkip ettiği kaide cârî idi. Binnetice, bir taraf borcunu ifada temerrüd ederse, diğer taraf da icradan imtina edebilir ve hattâ akdi feshe selâhiyetli olur. Klâsik devir hukuku mebiin henüz ödenmemiş semenin rehri olarak satıcı tarafından alıkonulabileceğini ve nihayet *Pignoris Capionun* tatbik olunacağını kabul eder. Semen kısmen ödenmiş olsa bile hüküm böyledir.

4) Semen edası ve mebiin nakli arasındaki ilgi. (1)

1) Giffard, Précis, t. II, No.: 85, 85.

Semenin eda edilmemiş olması, veya edasına dair kefil ve sair teminat gösterilmemiş bulunması, devredilen şey üzerinde satıcının mülkiyet hakkının ziyayı neticesini doğurur. Demekki, mebiin mülkiyeti hukuken müşteriye intikal etmiş sayılır. Böyle olmasa idi hasar kaideten müşteriye intikal edemezdi. Zikredilen kaideden çıkan neticelerden biri de şudur; Nefi ve hasar müşteriye semenin edasından itibaren intikal eder. (2) Mahaza semen ödenmeden dahi nefi ve hasarın müşteriye intikali imkânı akden mümkün idi.

Eski hukukda, müşteri, sırf satıcının müdahalesi ile mebie istihkaka karşı himaye ediliyordu: mebiin zabta maruz olması halinde satıcı müddei yerine geçerek Mancipatio ile mebiin himaye ederdi, yani zabtına mani olurdu. Aksi takdirde bu müdahaleyi yapmayan satıcı mebiin iki mislini müşteriye borçlu olurdu. Bütün bu hususlar mancipatio (beyi için mancipatio) muamelesinde evvelden beyan olunmakta idi. Müşteri Usucapio ile satılan şeye Kirit mülkiyeti mucibince malik olunca, satıcı bütün bu mükeliflyetten kurtulurdu. Satılan şey nec mancipi ise, satıcı Traditio muamelesi esnasında mebie vâki olabilecek istihkak iddiaları için teminat veriyordu.

Cumhuriyet devri sonlarında ve Klâsik devir hukukunda Stipulatio mebiin elden çıkmasını garantileyen ve res mancipilere şâmil genel ve fazlası ile kullanışlı bir usul haline girdi. Ekseriya, mebie istihkak iddiası halinde mebiin iki mislinin müşteriye ödenmesi şartını ihtiva eden «Stipulatio duplae» tatbik edilmekte idi. Bu stipulatio dan başka, mebie vâki istihkak iddiasının garantilenmesi için kefil göstermeyi mutazammın «Stipulatio secundum mencipium» da fazlası ile câri idi. (3)

Justinien hukukunda Stipulatio rem habere licere yerine, bilhassa kıymetli şeyler için «Stipulatio duplae» câridir. Diğer mebiiler için emptio empti kâfi idi. Mezkûr hukukda mebiin zabtından dolayı iki misline istihkakı icap ettiren haller yine mevcüddü. Halbuki modern hukuk buna müsait değildir; muasır hukukda ancak zabıttan dolayı vâki zarar ziyanın tazmini sistemi tatbik olunmaktadır. Modern Hukuk sisteminin Roma hukuk sisteminden bu suretle ayrılmış olmasında modern hukuk lehine mevcut mantık ve adâlet bedihidir. Hattâ İslâm hukukunda da borçlu cezaî mahiyet arzeden malen mes'

2) Bu günkü hukuk ile Roma hukuku arasındaki fark işte/buradadır. Zira bu günkü hukukta nefi ve hasarın müşteriye intikali için semenin ödenmesi şart değildir.

3) Lenel, Das Edictum, 1927, P: 546

uliyet müeyyidelerine maruz değildir. Zarar görmeyen lehine iki misli, üç misli gibi kesin ve âmali erbaa kaidelerince vaz olunmuş malen mesuliyet mükellefiyeti tahmil etmek, İslâm hukukunun üzerinde titrediği nasafet kaidesini rencide ederdi. (4)

6) Şey'in gizli ayıpları,

Justinianus hukukuna kadar, satıcı, şey'in gizli ayıplarından ancak hile halinde mes'uldü. Modern hukuk manzumelerinde ayıptan mes'uliyet için hile de şart değildir.

Oniki Levha kanunları şey'in gizli kusurlarını bildiği halde bey'e müteallik mancipatio da (beyi mancipatio su) aksine beyanda bulunan satıcıyı mes'ul tutar. Müşteri, satın aldığı gayri menkulün aynı irtifaklarla kısıntılı bulunduğunu fark ederse, şikâyete haklıdır. Bu günkü hukukda satıcı aksini beyan etmemiş olsa bile mebiin gizli ayıplarından mes'üldür.

Klâsik devir başlarında köle ve hayvan satışlarında mebiin gizli ayıpları stipulatio ile garantilenmekte idi. (5)

Justinianus hukukunda 6 ay içinde açılması lâzım gelen Actio empti, gizli ayıptan dolayı mes'uliyeti sağlamaya kâfi idi.

7) Emptio venditiye eklenen paktumlar.

Satım akdine eklenen bazı paktumlar (ek mukaveleler) bey'in neticelerini tâdil edebiliyordu. Beyî akdine eklenen anlaşmaların ehemmiyetli olanları üzerinde durulacaktır :

a) Pactum displicentiae:

Müşteriye satılan şey'i beğenmediği takdirde beyi akdini fesih yetkisi veren bir mukaveledir; ki bu anlaşma ile yapılan beyi akitlerini bu günkü tecrübe ve muayene ile satıma benzetmek bize uygun gözüküyor. Mahaza modern hukukdaki tecrübe ve muayene şartıyla satım ile Pactum displicentiae ile memzuç beyi akdi arasında mühim farklar mevcuttur ki, bu farklara burada uzun boylu temasa lüzum görmedik; ancak şu kadarını kayıt kâfidir: Tecrübe ve muaye-

4) Daha ziyade mukayeseli hukuk ceryanını alâkadar eden böyle nazik meseilde makalelerde uzun boylu durmaya imkân yoktur.

5) Kölenin istenilen vasıfta (yani kuvvetli, sadık sıhhatli, ilh.) olmayışı ve meselâ daha vahim neticesi olan bir misâl olarak, actio noxaliye mevzuu bulunuşu aktin feshini ve tazminatı icab ettirir.

ne ile satışta akit, tecrübe ve muayeneden sonra inikad eder; tecrübe ve muayene safhası akde tekaddüm eyler; diğerinde ise, akit mevcuttur, müşteri bilâhare daha iyi tetkik edip mebi beğenmez ise akdi feshe selâhiyetlidir. Demekki bunda tecrübe ilk safhada değil, akdin inikadından sonra da mümkündür.

b) *Lex Commissaria.*

Semenin vaktinde ödenmemesi halinde satıcıya beyi akdini fesih etmek selâhiyetini bahşeden ek bir mukaveledir. Semen vaktinde ödenmemesi demek hepsinin ödenmemesi demektir; kısmî eda mevcut ise, bâyi bu haktan faydalanamaz. Paktumda zikrettiğimiz hal derpiş edilmiş ise, hüküm ona göre verilir.

c) *Pactum de retrovendendo:*

Satıcıya muayyen bir müddet sonunda semeni iade ederek mebi geri alma, sattığı şey'i tekrar iştirâ etmek selâhiyetini veren bir anlaşmadır. İkinci bey'in bütün masrafları vaktiyle bâyi iken şimdi müşteri vaziyetine geçmiş olan ilk bâyie aittir.

d) *În diem adictio:*

Muayyen bir müddet içinde daha fazla semen veya daha mülâyım şartlar ile müşteri bulduğu takdirde satıcıya bey'i fesih imkânı veren bir beyi mukavelesidir.

II — *Locatio Conductio.* (İcar akdi)

Muayyen bir ücret mukabilinde bir şey'in intifamı, veya bir işin ifasını istilzam eden rızâî akitlerdendir.

Eski Roma hukukunda icar peşin idi; yani icar bedeli mecurun teslimi anında verilmeli idi. Hayvan ve köle icarı fazlasıyla tatbik edilmekte idi. Köle icarı da şey icarındandı; zira Romada köle hakkın objesi, muamelenin mevzuu olan alelâde bir şeyden farksızdı. Bu makalede zikredilmiş olduğu gibi, Romanın azâd müessesesi, köleyi tam bir şahsiyete ulaştırılamamakda ve köleyi efendisinin ancak hizmetçisi ve yardımcısı derecesine yükseltebilen bir müsammaha gösterebilmisti. İslâmda azâd, tam şahsiyet bahşeder.

Romada diğer locatio çeşitleri M. E. 2. nci asır başlarında belirir. (6)

Romaya yabancılar akın edip Roma şehri yabancılarla dolmaya başladığı zaman, kira akdinin çeşitlendiği görülür. Bu nüfus artımı büyük arazi sahiplerine fakir köylüye arazi kiralamak fırsatını ve imkânını da verdi.

Milâddan evvel II. nci asır sonlarında Romada bütün locatio tipleri tatbik edilmeye başlar. Quintus Mucius Scaevola devrinde (M. E. 94) icar akdinin hukukî müeyyidelere bağlandığı mevsuktur. Akdinin müeyyideleri, Actio locatio ve Actio Conducti. dir. Birinci dâva locator (kiraya veren), ikinci Conductor (kiralayan) lehine verilmiştir.

B) Locatio çeşitleri.

1) Locatio rei (Şey icarı)

Kiralayanın muayyen bir şeyden muayyen bir müddet ve muayyen bir bedel karşılığında intifasını temin eden bir icardır. Mevzuu, menkul veya gayri menkul olabilir. Şey icarı da rızâî akitlerdendir. Mevzuun şey olduğuna bakılarak aynı mukavelelerden sayılmak yanlıştır. (7)

Kira bedeli muayyen olmalı ve para ile gösterilmelidir. Tabii semerelerin bir kısmı da icar bedeline mahsup edilebilirdi. Locatio rei iki tarafa vecibe doğuran tam bir akit; binnetice, akdinin teşekkülü anında her iki tarafı borç altına koyar: kiraya veren şey'i teslim ile mükelleftir. Locatorun ikinci mükellefiyeti mecuru daima kirâcının intifasına âmâde bulundurmaktır. Binnetice bu hususa müteallik hareket ve borçlar da ona terettüp eder: bilhassa şey'in bakımına itina ve tâmir masrafları ona aittir. Şey'in gizli ayıplarından da mes'uliyete katılacak olan odur. Justinyen hukukunda locator, bilmesine imkân bulunmayan ayıplardan da mes'ul tutulmakta idi. (8) Nihayet conductor un zarurî masraflarını da locator tazmin eder. Con-

7) Talebelerden ekserisi imtihanlarda mevzuun şey olduğunu nazara alarak locatio rei yi aynı mukavelelere, diğerlerini rızâî akitlere dahil etmektedirler. Aynı mukaveleye bu vasfı veren mevzuun mücerret şey oluşu değildir; akdinin teşekkülünün bu şeyin karşı tarafa teslimi ile mümkün olacaktır. Yalnız mevzuun şey olduğu nazara alınarak kıstas aransa idi, bey'î akdi de aynı mukavelelerden sayılırdı; halbuki rızâî akitlerdendir.

8) Huvelin, Cours, t. II, s: 130 ve müteakip.

ductor'un esaslı, aslı borcu icar bedelini tediye (9) ve akdin hitamında şey'i eyi bir halde (10) iadeden ibarettir.

Mandatum ve societas hilâfına olarak, kiraya verenin şahsı ile alâ-kadar bulunmadığından, locatio rei kiralayanın ölümü halinde sukut etmez. Kiralayanın hak ve mükellefiyetleri mirasçılara geçer. Locatio rei müddetli değil ise, taraflardan birinin iradesi ile, yani tek taraflı iradeyle her zaman fesh olunabilir. Vade umumiyetle beş sene idi. Kira muayyen müddetli ise, fesih için iki tarafın uzlaşması lâzımdır.

2) Location operarum. (Hizmet akdi : hizmet kirası)

Bir şahsın bir ücret mukabilinde iş verene muayyen bir iş yapmasını mevzu edinen rızâî bir akitir. Romada bu akde fazlası ile tesadüf olunmamakta idi. Çünkü Pater bilhassa azâdlı kölesinin Operae vazifesi ile iş ihtiyacını bertaraf edebiliyordu. (11) Diğer cihetten, henüz azât edilmemiş olan kölelerin azim, hattâ hayvanları bile müteessir edici şekildeki faaliyetleri de, iş ihtiyacını hayvanlardan daha çok karşılamakta idi.

İşçi, işi mukarrer müddet içinde başarmalıdır. Ücrete defaten müstahaktır. (12) Ücret ekseriya haftada bir ödenirdi.

3) Locatio Operis faciendi: (İstisna akdi)

Bir şahsın (Conductor) diğer bir şahsa (Locator) muayyen bir işi bu sonuncunun vereceği malzeme ile ve bir ivaz karşılığında taahhüt etmesidir. Bir şahsın diğerine nakletmek için eşya devri, ev inşası için malzeme vermesi bu tip locatio zümresindedir. Malzeme conductor tarafından tedarik ediliyorsa locatio, beyi akdini de ihtiva eden bir istisna akdinden, locatio operarumdan ibarettir. Görülüyor ki Roma hukukunda nakliye mukavelesi, bu günki hukuk hilâfına olarak istisna akdinden addedilmiş, müstakil bir mukavele tipi olarak nazara alınmamıştır. Roma hukukcuları bunda haklıdır. Zira bu mukaveleye istiklâl veren fazlasıyla artan ticarî münasebet ve nakliyecilik hacmidir.

9) İcar bedelini eda nisbeti şeyden faydalanma haddi ile tâyin edilir: R. Monier, Manuel, 1944, t. II. sa: 223, Not: 2.

10) Şey'in eyi bir halde iadesinden murad, alındığı hal üzere iadesi değildir. Şey'in alındığı haldekinden daha eyi şekilde iadesi de mümkündür. Bu takdirde zarurî, faydalı ve lüks masraflar mevzuu bahis olur.

11) Görülüyor ki Roma hukukunda, İslâm hukukunun hilâfına olarak, Azâd müessesesi köleyi tam bir hürriyete kavuşturmamakta, efendisine karşı onu kanunen hizmetçi statüsü ile iletibet bağlamaktadır. İslâm hukukunda ise azâd tam bir hürriyet bahşeder.

Deniz nakliyatı da *Locatio operis faciendi* mevzuuna dahildi.
(13)

Deniz nakliyatını mevzu edinen *locatio operis faciendi* hususi ahkâma bağlanmış idi. Bu hususiyetler arasında bilhassa modern Avaryanın temelini atmış olanı ehemmiyetlidir: bütün Akdenize hâkim olan *Lex Rhodia de jactu* (Rodos adası kanunu) avaryaya temel teşkil eden kaideyi şöyle izah eder: fırtına ve sair gibi tehlikeler karşısında kaptan tarafından denize atılan eşya diğer bütün nakliyat sahiplerini müsavî olarak mülzem kılar; yani avaryada tehlikeye iştirakde müsavat esası kabul edilmiştir.

III — Societas (Şirket akdi).

Şirket en az iki şahsın kazanç temini ve kazancın aralarında taksimi için ortaya bir şey koymalarını icab ettiren rızaf bir akitdir.

Gaius societasin eski tipi olarak müşterek mirasçılar arasındaki *Consortiumu* göstermektedir. Bununla beraber rızaya müstenit şirket akdi ile kardeşler ve dostlar arasındaki iştirak arasında ehemmiyetli farklar vardır. Çünkü *societas Jus Gentium*, *Consortium* ise *Jus civile müessesesi* idi. Netice itibariyle *consortiuma* aykırı olarak, *societasda* her şerik diğerleri namına sermayeyi devreder ve onlar namına iktisaba ehil değildir. (14)

Roma hukukuna tam manasiyle şirket akdi, M.E. II nci asırda dahil oldu. (15)

Dört nevi şirket tipi vardır:

- 1) *Societas omnium bonorum*
- 2) *Societas alicujus negotiationis*
- 3) *Societas quaestus*.
- 4) *Societas unius rei*.
- 1) *Societas omnium bonorum*.

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

13) *Lex Rhodia* : Ed. Coq, Manuel, 1928, p: 488 ve müteakip. Huvelin, *Etude d'histoire du droit commercial romain* 1929, pa: 184 ve müteakip.

14) Teferruat için: Lévy Bruhl, *le consortium artificiel du nouveau Gaius*, 1930, s: 293.

15) 210 yıllarında İspanya ordusunun işesini üzerine alan üç şirket faaliyetine geçmişti.

2) Societas alicujus negotiationis:

Muayyen bir işin başarılması için kurulan şirkettir. İşçilerin bir hasadı kaldırmaları için kurdukları şirket veya yalnız bir şey'in bir veya iki kere naklinin en az iki şahıs tarafından iltizam olunması da aynı nevi şirkete misaldir. Bu şirketin kıstası birlikde yapılacak olan işin muayyen olması, başka ifade ile, şirketin daimi surette çalışmasına lüzum olmamasıdır.

3) Societas Quaestus: Ortakların mesleki kazançlarının bir araya getirilmesini icab ettiren bir şirket tipidir. ki bu şirkete şeriklerin bütün kazançları dahil olmaz, binnetice, mes'uliyet buna göre taayyün ederdi.

4) Societas unius rei:

Yalnız bir gayeyi, bir işi mevzu edinen bir şirket tipidir. Arazinin sürülmesi veya işletilmesi, iki komşunun anlaşarak müşterek bir duvarı yaptırmaları ilh. bu nevi şirkete misaldir.

Şirketlerin hepsinde müşterek hükümler şöyle hülâsa olunur:

a) Her şerikin hak ve mükellefiyetleri aynı olduğundan, hepsinin müştereken faydalanacağı davâ tipi bir tane idi: «Actio pro socio». Şerikler budâva ile şirket akdinden doğan her nevi haklarını iddia ve talep edebilirlerdi.

b) Justinianus hukukunda her şerik şirketin mallarını kendi malları imiş gibi idare ederek ihtimam göstermeye mecburdur.

c) Kâr ve zarara müsavat üzere iştirâk kaide idi; fakat bu kaideyi mukavele bertaraf edebilirdi.

Şirket akdinin son bulması:

Şeriklerin tabii veya hükmî ölümü, müddetin hulûl etmesi, veya gayenin tahakkuk etmesi ile şirket son bulurdu. Şirket yalnız bir işin başarılması, ve meselâ hasadın birlikte kaldırılması için akd edilmiş idi ise, hasadın kaldırılması işinin bitmesiyle şirket de kendiliğinden infisah ederdi.

V — Mandatum (Vekâlet akdi)

A) Umumî bilgi:

Bir şahsın (Mandator) diğerini ücretsiz olarak kendi namına bir iş veya bir hukukî muameleyi yapması için mezun kılmasıdır.

Tatbikatda ekseriya ücretsiz olduğu için böyle tarif edilen vekâlet, ücretli de olabilirdi.

B) Tarihçesi:

Klâsik devir nihayetine kadar Mandatum ancak murayyen işler için makbuldü. Bu devrin sonlarında umumî bir vekâlet nazariyesinin vücut bulduğu müşahade edilir. Mamafih, umumî vekâlet nazariyesinin ihdası' tek veya muayyen işler için tatbik edilen vekâleti ortadan kaldırmadı. Bu gün dahi keyfiyet aynıdır. Romada beyi akdi için verilen vekâlet ve davaya vekâlet hususî vekâlet idi. Bir şahıs bütün beyi akitlerinin bir diğeri tarafından yapılacağına dair ona vekâlet verse, bu dahi hususî vekâlet idi. Keyfiyet bu gün de böyle olduğu gibi, İslam hukukunda da böyle idi. Justinianus hukukunda, umumî vekil «Procurator omnium bonorum.» hususî vekil «Procurator nuius rei» adı ile anılır. Umumî vekil her çeşit hukukî muameleye mezun değildi; yani aynen bu gün olduğu gibi, bazı işler için umumî vekilin, mandatordan yine hususî selâhiyet, özel vekâlet alması icab ederdi. Mandatorun mahkemede temsili halinde keyfiyet böyle idi.

Vekâletin ücretli olması İmparatorluk hukukunda kabul edildi. Mamafih, Actio mandati vekâlet ücretini takip için kullanılmazdı.

C — Vekâletin teşekkülü şartları.

Bu şartlar üçe irca olunur.

a) Mandator ile vekilin rızaları lâzımdır. Bu şart aslıdır; zira Mandatum rızâî akit tiplerindedir. Mahaza, mandatumda tarafeynin rızasının mevcudiyeti şartı, bu akdin rızâî akitlerden olması ile teyid edilemez. (17)

b) Mandatum prensip itibariyle mandator lehine netice doğurmalıdır.

c) Mevzu gayri meşrû olmamalıdır. Bundan murad mevzuun kanna, ahlâk ve adâba ve hukukun umumî prensiplerine muğayir bir işden ibaret bulunmamasıdır.

17) Zira her akit rıza ile teşekkül eder. İki rızanın bulunmadığı yerde akit yoktur. Re mukaveleler, yani aynı mukavelelerde de rıza şarttır. Bazı talebeler imtihanlarda bu cihetde yanılmaktadırlar : Aynı mukavelelerde akdin teşekkülü için rıza lâzımdır, fakat rızâî akitlerin hilâfına, rıza kâfi olmayıp, şey'in teslimi de lâzımdır. Halbuki rızâî akitlerden olan emptio venditio da akdin teşekkülü için mebin teslimine lüzum yoktur, satıcı ile müşterinin uyuşmuş bulunması anı akdin inikad ettiği andır.

D — Mandatum un hükmü.

Vekâlet dostluk münasebetine müstenit bir akit olduğundan emniyet ve itimadı suistimal eden vekil terzil edici mahkûmiyete maruz idi.

Roma hukukunda prensip, temsil memnuiyeti olduğundan vekilin yaptığı muamelâtın hüküm ve neticeleri doğrudan doğruya mandatoru ilgilendirmez. Bu neticeleri vekil, mandatora bilâhare devre mecburdur. Mandator da bu devri kabul etmekle mükelleftir. Yani ona mukavele ile halef olmaya mecburdur. Ancak vekâlet vazifesinin verilen selâhiyet hududu dahilinde ve ümit edilen menfaati temin edecek şekilde yapılmış olması da şarttır.

E — Mandatum'un son bulması.

İşin ifa edilmesi veya ifanın imkânsızlaşması, mandatum itimada müstenid akitlerden olduğundan, vekilin ölmesi, müddete bağlı olduğu takdirde müddetin hulûlü, işe başlanmadan evvel mandatorun rücuu, vekâlet akdinin ortadan kalkma sebepleridir. Taraflardan her hangi birinin ölümü de zeval sebeplerindedir. Ölümüne Capi-tis deminutio da dahildir.

4. İsimli ve isimsiz akitler.

Buraya kadar borç kaynağı olarak zikredilmiş olan akitler, Jus civilenin tanıdığı hüsnüniyet mukaveleleridir. Rehin bundan müstesnadır. Bu akitlerden her biri içtimaî ve iktisadî gayelerin tahakkukunu temin eder ve her biri hususî prensip ve kaidelere tâbidir. Bu akitler Jus civilede ayrı ayrı isimlere malik olduklarından isimli mukavele kategorisine dahildirler.

Romada bir de isimsiz mukaveleler kategorisi vardır. ki şimdi bunların tetkikine geçeceğiz:

Jus civilenin ayrı ayrı isimlendirdiği akitler gurubuna girmeyen mukavelelere isimsiz mukaveleler denir. İsimsiz mukaveleler iki tarafa da vecibe doğurur, ve, mukaveleyi icra eden tarafa, diğerini de icraya zorlama selâhiyeti bahş eder. İsimsiz mukavelelerin müeyyidesi diğerleri gibi iki dava ile temin edilmiş değildir. Tek bir dava hem alacaklı, hem borçlu leh ve alyhine işler. Actio prescriptis verbis, isimsiz mukavelelerin müşterek müeyyidesi idi, Borç ve alacağı temin ederdi.

İsimsiz mukaveleler mevzuları itibariyle dört çeşittir:

1) Bir şey'in verilmesine, aslı veya fer'i zilyedliğinin devrine veya mülkiyetinin nakline mukabil, diğer bir şeyin verilmesini gaye edinen isimsiz mukaveleler. Bunlar klâsik olarak lâtincesi ile (Do ut des) ile ifade edilmektedirler. Permutatio bu nev'e tipik misaldir. Mütakabil hibeleri de böyle addetmek hatalı olmaz.

2) Bir şey'in yapılmasına mukabil bir şey'in verilmesi. Bu da (Facio ut des) ile ifade edilir. Ders öğrenmek mukabilinde bir şey hibe etmek gibi.

3) Bir şey'in verilmesine karşılık bir şey yapılması, (Do ut facias).

4) Bir işin yapılmasına karşılık bir şey'in yapılması, (Facio ut facia-as).

Burada yalnız ehemmiyeti olan isimsiz mukavelelere ait kaide-leri görmekle iktifa edeceğiz. Bunlar beşe irca olunur.

- a) Trampa (Permutatio)
- b) Donatio sub modo.
- c) Transactio
- d) Aestimatum
- e) Precarium.
- a: Trampa.

Beyi akdine benzeyen, fakat isimsiz akit kaidelerine tâbi olan, Trampa, emptio venditio (beyi) den şu suretle ayrılır : Beyi akdi rızâ bir akitdir. Trampa ise, şey'in devrini de icab ettirmekte idi. Trampada mal ile mal değişilir; beyi de ivazlardan biri nakıttir. Makalede semen ve mebi üzerinde kâfi derecede durulmuştu. Trampada başkasına ait şey devredilemez; zira, taraflar yalnız zilyedliği değil rakabeyi de devre mecbur olduklarından, başkasına ait şey trampa akdine dahil olamaz.

Câri kıymeti olmayan paraların değiştirilmesi de Trampadır: Fakat, râyici olan bir para ile tarihî bir paranın değiştirilmesi beyidir: Sezar devrine ait bir paranın bu günkü Türk parası ile değişilmesi beyi akdidir. Zira, râyici olmayan nukud mal, şey, binnetice, mebi hükmündedir.

Emptio venditio ile permutationun hükümleri bakımından en ziyade yaklaştıkları cihet şey'in gizli ayıpları ve mebiin zabtı husus-

larıdır. Romada da bu gün olduğu gibi bey'e ait zabıt ve ayıp kaideleri, trampaya da tatbik edilebilirdi.

b: Donatio sub modo:

Mükellefiyetli hibe denebilecek olan bu isimsiz mukavelede, vâhib, bir şey'i hibe ederken lehine hibe yapılan şahsın ya kendisine veya üçüncü bir şahıs lehine bir menfaat temin etmesini şart etmekte idi.

Bu gün, bilhassa İsviçre, ve onu tâkib eden Türk hukukunda mükellefiyetli hibeye ivazlı demek bizce mümkün olamaz. Zira Borçlar kanununun hükmü mücibince, tahmil edilen mükellefiyet hibe edilen menfaati tecavüz edemez. O halde mükellefiyet, mevhubunleyhin mamalekinde noksanlık tevlit etmez. Mamelekde noksanlık tevlit etmeyen ivazla ölçülebilen menfaatlara mükellefiyet demek, ivaz itlak etmekten daha münasıptır.

c: Transactio.

İhtilâflı bulunan bir şeyden, ona muadil diğer bir şey'in verilmesi vaadine mukabil vaz geçilmesini icab ettiren bir anlaşmadır. Transactio stipulatio ile de yapılırdı. Bu takdirde müeyyidesi Actio praescriptis verbis idi. (18)

d: Aestimatum:

Romada ziyadesi ile tatbik edilen aestimatum, pretöre müracaat olunarak, bir hukukî muamelenin hangi akit zümresine dahil olduğunu tesbit ettirmektedir, yani akdin mahiyetini tâyindir.

e: Precarium:

İlk devirlerde akit kategorisine dahil bulunmayan Precarium patriciilerin arazilerini ivazsız olarak, fakat diledikleri zaman geri almak kaydı ile terk etmelerine dair yapılan anlaşmadır.

Hüsnüniyet ve kat'î hukuk mukaveleleri.

İade ve bilhassa tazminatın şumulü ile sıkı sıkıya ilgili olan mukavelelerin bu tasnifi şöyle izah olunur : Bazı mukaveleler vardı ki, icra edilmedikleri takdirde borçluyu, metinlerindeki sarahat veçhile tazminata ve iadeye icbar ederlerdi. Böyle mukavelelerde hâkim tazminatı nasafet kaidelerini nazara alarak tenkis edemeyeceği gibi, iade mükellefiyetini ve iadenin şumulünü hüsnüniyet ve sui niyet

18) Adı geçen kitap, sa: 295, Not: 1.

esasından hareketle ref veya tahdit edemezdi. Şekle tâbi akitlerin ka-hii ekseriyeti bu tip, yani borçlu aleyhine daima sert tefsir ve tat-bik olunan mukavelelerdendi. Bu mukavelelerde hâkim ekseriya rı-zayı fesada öğratan esbabı da nazara alarak hüküm selâhiyetine sahip değildi.

Görülüyor ki, kesin hukuk mukaveleleri insafsız, nasafete ve hattâ mantika ehemmiyet atf etmeyen borç münasebetlerine mahal vermekte idiler. Bu itibarla Romalılar böyle mukaveleler yanında bir de zikredilen bu mahzurları bertaraf etmek maksadiyle Hüs-nüniyet mukaveleleri namiyle bir grup mukavele tipi ihdas ettiler. Taz-minat ve iadenin ve hattâ ifanın derece ve şumulünü, nasafet, hüs-nüniyet ve suiniyet prensipleri çerçevesinde tâyine müsait bulunan bu mukaveleler hâkime, hile, ikrah ve hatâ gibi iradeyi bozan sebepler de nazara alarak hüküm etmek yetkisi verirler; Jus civile ve Jus honorariumun bahşettiği dâvalarla himaye görürlerdi. Aynı mu-kavelelerin hemen hepsi hüsünüyet mukavelelerinden addedilmekte idiler.

7. Bir tarafa ve iki tarafa vecibe yükleyen akitler.

İnşası anından icrasına ve hitamına kadar yalnız bir tarafı borçlu, diğer âkidi alacaklı kılan mukavelere bir tarafa vecibe tah-mil eden akitler denir. Kefalet bunların tipik misalidir.

İki tarafa da vecibe tahmil eden akitler akdin inşası anında ve ya sonradan her iki tarafı borçlu vaziyetine sokan mukavelelidir. Emptio venditio, Locatio conductio ilh. bu çeşit akitlerin tipik misal-leridir. Fîlhakika, Beyide (emptio venditio), bâyi mebbi' müşteri, se-meni vermekle borçludur: kirada da kiraya veren, mecburun tesli-mini kiracı da icar ebelini akdin inşası anında iltizam etmiş olurlar.

İki tarafa vecibe yükleyen akitleri Romalılar da ikiye ayırmak-ta idiler:

1) İki tarafa vecibe tahmil eden tam akitler.

2) İki tarafa vecibe tahmil eden nâkıs akitler.

Birinciler yapıldıkları anda her iki taraf da hak ve borca sahip olur. Beyide, kirada olduğu gibi: satıcı mebbi müşteriye teslim, müş-teri de semeni satıcıya eda ile mükelleftir.

İkinciler, inşaları sırasında yalnız bir tarafı borçlu kılan, akdin icrasından sonra da diğer tarafa borç tahmil eden akitlerdir. Ariyet-de olduğu gibi. Zira âriyet veren, âriyet şeyi âriyet alana teslim me-

bur olduğu halde, âriyet alan şeyden istifade için ivaz itasında mecbur olmadığı gibi, peşinen başka bir borçla da mülzem değildir. Mandatum, ve Quasi contractus lardan fuzulî vekâlet, veya vekâletsiz tassarruf da bu tip kaitlerdendir. Mukavele sonunda zarurî masraflar ihtiyar edilmiş ise, müvekkil bu masrafları tazmini borçlu olur. Ariyetde de, âriyet alan kullanma bittikten sonra, şey'i iade eder, hasar vâki olmuşsa tazminat ile mükellef olur.

Romada borçların kaynakları yalnız suç ve akitlerden ibaret değildir. Suç benzeri ve akit benzerleri de borç tevhit eden fiil ve muamelâtlandı. Bu itibarla bunların da tetkikine mahal vardır.

III — Romada suç ve akit benzerleri.

(Quasi ex delicto-Quasi ex Contractus)

1. Suç benzerleri.

Şibih cürüm de denilen quasi ex delicto, Jüstinyen hukukunda dört tiptir:

1) İhmal, hile ilh. sebeplerle haksız veya yanlış hüküm veren hâkimin hareketi suç benzeri idi. Böyle hükümden zarar gören şahıs, hâkim aleyhine, pretor tarafından verilecek olan bir davayı ikameye selâhiyetli idi. Mahkemeleri ciddiyete sevkve adaletin mümkün meretebe vekar içinde tecellisini temine matuf olan bu hükümler, mesleğinden müstağni, ve suiistimale mütemayil adalet memurlarına sahip memleketler için cidden müessir ve lâzım tedabirdendi.

2) Evinin dışına veya penceresine bir şey asıp bunun düşmesi ile âmmeye veya yolculara zarar vermiş olan şahıslar da şibih cürüm, suç benzeri işlemiş addedilir, ve actio depositis namıyla anılan bir davaya maruz kalarak tazminata mahkûm olurlardı. Bu dava mezkûr fiillerden zarar gören her kes tarafından ikame edilebilirdi. Yalnız yolculara bahşedilmiş bir dava değildi. Davâdan istifade için mücerret yoldan geçmek kâfi olmayıp, zarar görmek de şarttır. Mamafih, yolcuların asılan şeylerin kaldırılmasını talebe hakları vardı.

3) Pencereden bir şey atmak, veya su boşaltmak, ilh suretiyle âmmeye ve yolculara zarar veren ev sahibi de suç benzeri işlemiş sayılırdı, başka tâbirle, şibih cürümün faili idi. Kusuru olmasa bile mahkûm edilirdi.

4) Otel, gemi, ve han sahiplerinin işçileri (müstahdem) tarafından müşterilerin mallarına karşı iras edilen her nevi zarar gerek

sirkat, gerek haksız fiil ile vâki olsun, quasi ex delicta dan neş'et etmiş addedilir, Actio furti ve actio damni ile bertaraf edilirdi.

2. Akit benzerleri. (Quasi ex contractus)

Tarafların peşinen rızalarını icab ettirmeyip bilâhare hüküm ve netice doğuran, yani muamelede hiç dahli olmayan kimselere de vecibe tahmil eden hukukî fiil ve muamelelere şibih akit denirdi. Şibih akitleri eyi anlabilmek için, çeşitleri üzerinde durmak icab eder.

Haksız iktisap ve başkası hesabına selâhiyetli olmadan tasarruf şibih akitlerin başlıcalarıdır.

A — Haksız iktisap.

Bu gün haksız fiil ve haksız mal iktisabından doğan borçlar, kanunî borçlardandır./Zira bu/fiil ve muameleler neticesinde tazminat veya iade kanunun emri icabındandır. Binaenaleyh, Romada okduğu gibi bunlara suç benzeri veya akit benzeri demek münasib olmaz.

Haksız iktisap, bir mamelek aleyhine diğer bir mamelekin artmasıdır. Aleyhe artışın muteber bir akit ve sair gibi sebeplerle (19) vâki olmamış bulunması icab eder; aksi halde iktisap haksız olamaz.

Roma hukuku, başkasına ait bir şey veya sair kıymeti mamele-kine intikal ettirmeyi, veya bir şeyi sebepsiz olarak elinde bulundurmamayı haksız iktisap addetmekte idi. Haksız iktisabda bulunanın elde ettiği şey veya menfaati hak sahibine, yani mameleki azalana iade etmesi icab ederdi. M.S. II nci asır sonlarına kadar çeşitli davalarla müeyyidelenmiş olan iade mükellefiyeti bu asırdan itibaren Condictio incerti ile daha şâmil bir şekilde müeyyidelenmiş oldu.

Haksız ve sebepsiz iktisabın da çeşitleri vardı:

a) Conductio ex causa furtiva.

Başkasına ait olan şey'i sebepsiz yere elinde bulundurmaktan ibaret olan bu haksız iktisap nev'inin mutuuum ve permutatio hallerine de tatbik edilmekte olduğunu müelliflerin ekserisi kabul etmektedirler. (20)

19) Sair sebepler için bak: Şakir Berki, Borçlar hukuku, kitap. I, «Umumî Hükümler» ikinci tabı, Ankara 1958, sa: (129 ve) müteakip.

20) Hıristiyanlığın tesiri ile bazı Condictio çeşitleri de kabul edildi: Revue hist. du dr, 1929, p: 57. Condictio indebiti nin şartları için: Şakir Berki, Roma hukuku, Ankara, 1949, sa: 299 ve müteakip.

Ödünc alan, iade etmediği takdirde, mamelekini ödünç aldığı nakit veya şey'in değeri nisbetinde artırmış olacağından mezkûr müelliflere meyil câizdir.

b) *Condictio ob rem dati*.

Bir şey'in temini için verilmiş olup da temin edilmeyen şey'in ve verilenin iadesini temin eden bir davadır. Hibe müstesna bu gibi şeylerin geri alınması imkânı müelliflerce teslim edilmektedir. Zira, kendisine bir menfaat temini için verilen şeyleri elinde bulunduran ve bu menfaati temin etmeyen kimsenin mamleki de bu şey nisbetinde artardı.

c) *Condictio indebiti*.

Bazı ahvalde borçlu olunmadığı halde eda mümkündür. Bu eda dolayısıyla de kendisine edada bulunulan şahsın mameleki sebepsiz yere artmış olur. Roma hukuku bu tip sebepsiz iktisabı da kabul etmişti. *Accipien*, yani iktisap eden, iade ile mükelleftir.

Jüstinyen, haksız iktisapların müeyyidesi olarak *Condictio ex lege*yi kabul etti. Aynı hukukta *condictio ob turpem causam* ve *condictio sine causa* imparatorun kabul ettiği haksız iktisap çeşitlerindendi. (21) Burada yalnız *Condictio ob injustum causam* ile *Condictio ob turpem causam* ve *condictio sine causa* ya dair olan bazı esaslardan bahsolunacaktır:

1) *Condictio ob injustum causam*:

Faiz mesaf karşılığı bir menfaat olmadığından (22) Roma hukukunda da haddinden fazla alınmış olan faiz miktarlarının verene iadesini temin eden bir haksız iktisab çeşididir. Bugün bu haksız iktisab, muteber olmayan sebebe müstenit haksız iktisab nev'ine dahil edilir.

2) *Condictio ob turpem causam*:

Ahlâka ve kanuna muğayir maksadlar için verilmiş şeylerden faydalananlar aleyhine işleyen bir haksız iktisap tipidir. Cürüm işle-

21) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 535; Girard, Manuel, 1929, p: 653; Aksi manada: Huvelin, Furtum 1915, p: 338.

22) İslâm hukuku bu kolay kazanç temin eden ve tarihte insanların ekserisini diğerlerini istismar için kullanmaya vesile olmuş olan faiz müessesesini şiddetle red eder. Faizi red eden Kur'anı kerimdir. Kur'anı kerim bütün İslâm hukukunun ana prensiplerinin sarîh ve pek kolay anlaşılabilir mecellesi olduğundan İslâm hukukunda faize hiç bir yer verilmemiştir. Hileli şer'îye ile faiz makamında temin edilen menfaatler şüphesiz sadet haricidir.

memek veya sirkat mevzuunu iade etmek için alınmış olan para veya eşya bu *condictio* ile geri alınır.

Bu günkü telâkkiye göre, kanuna, ahlâk ve adâba muğayir bir maksadın istihsali için verilen şeyler haksız iktisab değildir. Bir şahsın öldürülmesi için bir kimseye 1000 lira vaad edilse, 250 i peşin verilip 750 si senede rapt olursa, 250 nin iadesi istenemez; cürüm ika edilse fail mütebaki 750 lirayı da talep edemez. (23)

c) *Condictio sine causa*.

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

B — *Negotiorum gestio*. (Vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf).

Her şeyden evvel *negotiorum gestio*'nun selâhiyetsiz temsil (fuzûlî vekâlet) olmadığına işaret etmek lâzımdır. Filhakika her ikisi arasında fark vardır. (24)

Romada vekâleti olmadan başkası hesabına tasarrufta bulunana *Negotiorum gestor*, namına iş görülene veya hukukî muamele yapılan da *dominus* denir.

Negotiorum gestio nun şartları Roma hukukunda şöyle hülâsa olunur:

1) Başkasının işlerine hakikî, fiilî bir müdahalede bulunmak.

Şu halde *negotiorum gestor* un yaptığı işin başkasına ait olduğunu bilerek hareket etmesi lâzımdı. Kimin işi olduğunu bilmesi icap etmezdi. Binaenaleyh, *dominus* un şahsında hatâ nazara alınmazdı.

2) *Negotiorum gestor*'un *animus obligendi*'ye sahip olması, yani yaptığı zarurî masrafları *dominus*'a ödetme niyetinde bulunması icap ederdi. Aksi halde iş, emek, mesai ibahesi mevzuu bahis olurdu. (25)

23) Şakir Berki, «Borçlular hukuku, (umumî hükümler), 2 nci tabı, Ankara, 1958, sa: (134) ve müteakip.

24) Ezcümle fuzulen temsil edilen, isterse fuzulî vekâlet kendisinin bile

24) Ezcümle fuzulen temsil edilen, isterse fuzulî vekâlet kendisinin bile başaramıyacağı fazla bir menfaat temin edici şekilde vâki olmuş bulunsun, muameleyi kabule, yani icazete mecbur değildir. Halbuki selâhiyeti olmadan başkası hesabına tasarrufda, namına iş görülen icazet vermeye mecburdur. Teferruat: Şakir Berki, Borçlar hukuku, Sa. 82 ve müteakip.

25) *Teberrû. hibe, ibra ve ibahe* arasındaki farklar için: Ş. Berki, Borçlar hukuku, 1958, sa: (279 ve) müteakip.

3) Klâsik devirde, dominus un negotiorum gestor'a mani olmaması yani işin onun tarafından yapılmasını red etmemesi halinde de selâhiyetsiz tasarruf mümkündür. Bu hal zimmî vekâlet hükmünde idi.

b) Negotiorum gestio nun netice ve müeyyidesi:

1) Negotiorum gestio nun neticeleri.

Negotiorum gestor, her şeyden evvel hilesinden ve kusurdan mesuldür. Hile ve kusurdan doğacak olan zararları tazmin ile mükellef olacağı gibi, bu hareketler mefruz menfaati temine mâni olmuş ise, icazet câiz olmazdı.

İşin sonuna kadar devam ettirilmesi de dominus lehine tasarrufa girişmiş olanın vazifesi icabındandı. Yarıda kalan işden zarar doğarsa, hüküm yukarıdaki gibi idi.

Negotiorum gestor, vekâlet sonunda hesap vermekle mükelleftir. Bilhassa vekâletin temin ettiği menafii dominusa nakil ile vazifelidir.

Negotiorum gestio dan dominus aleyhine de borçlar doğmakta idi.

Dominus, tasarrufda bulunanın (fuzulî mutasarrıf, vekil) zararlı masraflarını tazmin ve tasarrufdan doğan neticeleri kabule mecburdur. Mamafih tasarrufun neticelerini kabul, tasarruf faydalı netice sağladığı takdirde mevzuu bahisdî. (26)

2) Negotiorum gestio nun müeyyidesi:

Klâsik devirde dominus actio civilis den, mutasarrıf ise actio in factumdan faydalanmakta idi. Justinianus devri, in factum dâvaları kaldırdığından, selâhiyetsiz tasarrufun müeyyidesi iki davadan ibaret kaldı, biri dominus diğeri negotiorum gestor lehine işleyen bu davalar, Actio negotiorum gestorum directa, ve, actio negotiorum gestorum contraria dır. Birinci dâva ile dominus bütün hukukunu temin ederdi. Ancak bu dâva icazetden sonra ikame edilemezdi. Zira icazetden rücu caiz değildi. Mamafih, tazminat için yine ikame edilebilirdi.

26) R. Monier, Manuel, t. II, p: 274; No. 2

Dominus un muameleyi tasvibi mandatı a benzedilmiş ise de; (Ulup, D, 46,3, fr. 12, 4), bu halde dahi actio negotiorum gestorum bahşedilmekte olduğu metinlerle mevsuktur: Şakir Berki, Roma hukuku, sa: 301. Not: 1.

Borçların diğer ve son kaynağı Pactumlar (ek anlaşmalar) idi. Bu itibarla şimdi Romada pactumlara ait esaslar kayd olunacaktır.

IV — Pactumlar.

1. Pactum ile contractus arasındaki farklar. ...

Akitle mukavele arasında bu gün de şöyle bir fark yapılabilir: Akit borç ihdas eden bir anlaşmadır. Mukavele ise mevcut bir akdi tâdil veya onun ahkâmını akdin inşasında veya sonradan tevsi veya tebdil eden anlaşmadır. Bey'in teşekkülüne dair olan anlaşma, akitdir; fakat bu akdin nerede icra edileceğine, semenin hangi şartlarla tediye olunacağına, ifa mahallinin neresi olacağına ilh, dair olan mutabakatlar ise mukaveledir. Böyle anlaşmalar beyi akdinin inşası sırasında ve sonradan mümkündür.

İşte Roma hukukunda mukavele mefhumu da akit mefhumundan tefrik edilmiş ve Romalılar borç kaynakları arasına Pactum tâbir ettikleri mukaveleleri de dahil eylemişlerdir.

Akitle Pactum arasında Roma hukuku bakımından farka gelince: akitler dava hukuku ile müeyyidelenmiş hukukî münasebetler olduğu halde, pactumlar kaideten exceptio ile müeyyidelenmişlerdir.

Mamafih, bilhassa pretör pactumları ek pactumlar ve İmparatorluk hukuku pactumlarının da borç doğuracakları ve binnetice, dava ile müeyyidelenenleri kabul edildi.

Şu halde bu paragrafda bilhassa üç pactumdan, borç kaynağı olan, üç anlaşmadan bahsedilecektir :

1. Pretör pactumları.

Pretör pactumları üç nevidir:

A — Yeminli pactumlar.

B — Receptalar.

C — Constitutum.

A — Yeminli pactumlar.

Her nevi ihtilâflı hal için müracaat edilebilen ve davacının davalının borçlu olmadığına dair yemin etmesi halinde takibatdan vaz geçeceğini, veya müddei yemin ettiği takdirde, davalının borcu eda edeceğini mevzu edinen bir anlaşmadır. Hülâsa olarak denilebilir ki

bu pactum ile ihtilâf yeminle hal edilirdi. Yemin yerine getirilmediği zaman pretör, «actio de jurejurando» yu, yahut «exceptio jurisjurandi» yi bahşederek borcun ifasını, yeminle tevsik edilmiş olan borç münasebetinin icrasını temin ederdi. Exceptio, borcu olmadığına dair yemin eden borçlu lehine verilirdi: alacaklı bu yemine rağmen yine dava eder veya icraya müracaat eylerse, borçlu bu exceptio yu kullanarak tâkibe mâni olurdu. Actio de jurejurando, alacaklı olduğuna dair yemin etmiş olan davacıya verilirdi. Yemin teklif eden davâlının borcunu ödememesi halinde ikame edilirdi. (27)

B — Recepta.

Pretörün pactumları müeyyidelemek üzere bahşettiği bu müesseyi iyi anlayabilmek için/üç nev'ine ayrı ayrı temas zaruridir :

- a) Receptum arbitrii
- b) Receptum nautarum, cauponum ve stabulariorum
- c) Receptum argentarii.
- a) Receptum arbitrii.

Bir ihtilâfın hakem tarafından halline dair anlaşma olup, hakem bu ihtilâfın halline mecburdur, aksi halde hakem/para cezasına maruz kalırdı.

b) Receptum argentarii.

Bu receptumla bir Banker başkasına ait olan bir borcun edasını iltizam ederdi. Tekeffül edilen borçlar müşterilerin borçları idi Bu suretle kefaletden ayrıdır. Receptum argentarii şahsî ve aynı garantilerin imtizacından müteşekkildi. Bu bakımdan da kefaletten ayrıldı. Filhakika banker nezdinde müşterilerin mutlaka bir miktar parasi da bulunurdu. Aksi halde borç bu receptum ile garantilenmezdi. (28)

Receptum argentarii için mevcut bir borca lüzum yoktu. Zira, bu anlaşma ekseriya mühim ticarî münasebetler arefesinde bulunan müşterilere bahşedilen bir teminat ve kredi idi.

27) Yemin eden müddei ekseriya bu davayı borcun müeyyidesi olan jus civile davasına tercih ederdi. Çünkü, Actio de jurejurando da borcun mevcudiyeti değil, yeminin icra edilmiş olduğunu ispata zorlar: Şu halde pretörün verdiği davâ, ispat külfeti bakımından daha kolay ve emindi.

28) Banker nezdindeki paranın ödenecek olan miktara tekabül etmesi şart değildi. Bu, receptum argentarii nin aynı zamanda şahsî teminatı da ihtiva etmesinin neticesidir.

c) Receptum nautarum ilh.

Kaptanlara, hancı ve ahırcılara bırakılan eşyanın kusur haricinde zâyi olmaları halinde dahi mes'uliyeti mümkün kılan pretör pactumudur. Mamafih, şey mücbir sebeple zayi olmuş idi/ise bu receptum'a istinat edilemezdi; yani mes'uliyet mevzuu bahis değildi. Bir sel âfeti ile ziya halinde keyfiyet böyle idi.

C — Constitutum.

Bir tarafa veya üçüncü bir şahsa ait olan borcun şekle uyulmaksızın kabul edilmesini icab ettiren bir pactum dur.

Constitutum ilk zamanlarda borcunu ödemeyen veya ödeyemeyen borçlulara ifa için muktazî ek müddetin verilmesi sadedinde kullanılmakta idi. Sonraları rolü değişti, ve yukarda kayd edilen mahiyet ve rolu iktisap etti.

Receptum ile borcun edasını üzerine alan şahıs, ifa için muayyen bir müddet tesbit ederdi. Klâsik devir müddet tâyin edilmeksizin yapılan constitutumları da muteber addetti. Justinianus bu klâsik kaideyi muhafaza eylemekle beraber, kanunî bir müddet de kabul etti: borcu üzerine alanın mes'uliyeti cihetine gidilebilmek için 10 gün beklemek icab etmekte idi.

Tatbik sahası çok geniş olan constitutum, yeni bir borç yaratmazdı. Mevcut borcun ifasını başka bir şahsa havale ederdi. Başkasının borcu için de constitutum câiz olduğundan, müessese kefalet rolünü de oynardı.

Nihayet Constitutum tabîî borçların müeyyidelenmesine de yaramaya başladı.

2. Pacta ádjecta. (29)

Akitlerin neticelerini değiştiren ve akit yapılırken veya sonradan akde eklenen anlaşmalardır. Akitle birlikde yapılan bu/paktumlara in continendi, diğerlerine ex intervello denir.

Ek pactumlar ilk zamanlarda borçlunun vecibelerini azaltmak için yapılmakta iken, bilâhare, borçlunun mükellefiyetlerini çoğaltmak maksadiyle de tatbik olunmaya başlandı.

Mükellefiyeti azaltan paktumlara «pactum ad minuendam obligationem», çoğaltanlara «pactum ad augendam obligationem» denir.

29) Viara. Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique, 1928 Boyer, Rev. historique de droit, 1931, p: 14 L

Roma hukuku daha ziyade akitle birlikte yapılan paktumları işledi ve bunlar paktumlar ahkâmı mukavelenin hususî şartları mahiyetini iktisap etti.

3. Pacta legitima (Kanunî paktumlar)

İmparatorluk devrinde kat'î hukuk davalarıyla müeyyidelenmiş olan paktumlar olup, üç nevi arz ederler:

A — Tahkim (Compromissum)

B — Çehiz tesisi pactum'u

C — Hibe için paktumlar.

A — Compromissum.

Bir ihtilâfın hakem tarafından halline dair yapılan mukaveledir. Justibianus hukukunda tahkimin mecburî olabilmesi için tarafların ve hakemlerin yemin etmiş olması icab eylerdi. Muasır usul hukukunda buna lüzum yoktur. Zira hakemlik bir vazifedir; Romada aksi hareket müeyyideyi mucipti. Mamafih 82 nci Novellae mezkûr kaidi şöyle tahfif ve tâdil ediyor : taraflar hükme riayet edileceğini yazılı olarak beyan etmişler veya hükümden sonra 10 gün içinde itiraz eylememişlerse, hakem kararına ittiba mecburidir. Klâsik devirde tahkim için stipulatio şart olduğu halde, Justinien hukukunda buna lüzum yoktur.

B — Çehiz tesisi için pactum.

Roma hukukunda çehiz muhtelif yollarla tesis edilirdi, Çehiz, dictio dotis, stipulatio ve acceptilatio ilh. yollarla tesis edilmedikçe muteber olmazdı. İmparatorluk hukuku ise mücerret çehiz tesisi vaadini de muteber addetmiştir. Bu vaadi çehiz tesisi vaadi olarak kabul eyler. Bu suretle daima evli kadınlar lehine hareket etmiş olan Justinianus, çehiz tesisini kolaylaştırmış oldu. Bu vaadin yapıldığını ispat kâfidir. Vaad hiç bir şekle tâbi değildi. Mamafih, mücerret çehiz vaadini mecburî, kanunî bir paktum haline getirenler Teodosianus ve Valentinusdur.

C — Hibe paktumları.

Hibe tesis eden paktumları görmeden evvel Romada hibenin şekli ile alâkalı tarihi tekâmüle hâkim kaidelere göz atmakta fayda vardır.

Aşağı İmparatorluk devrine kadar hibe şekle bağlı akitlere mahsus şekillerden birine uyularak yapılmakta idi. Yani hususî bir şe-

kil, sırf hibeye mahsus bir mukavele tipi yokdu. Aşağı İmparatorluk devrine kadar kaide şu idi: hibe kasdüniyeti mevcut oldukça, bir mamelekde vâki artışa mukabil, diğerinde eksilmeyi mucib her muamele hibe idi.

Klâsik devirde hibe mancipatio veya traditio ile yapılmakta idi. Mancipatio ve traditio dan evvel şey'in devri mecburiyetini doğuran stipulatio şartdı : Aynı devirde acceptilatio, ibra da hibe hükmünde idi: Halbuki bu gün olduğu gibi İslâm hukukunda da hibe ile ibra arasında fark mevcuttur. (30)

İmparatorluk hukukuna kadar hibe tahdide tâbi değildi; İmparatorluk hukuku donatio yu gerek şekil, gerek neticeleri bakımından inceledi: M.E.3 üncü asır sonlarında hibeye karşı teşriî ve örfî aksü'ameller ve tahditler husul buldu. Lex Cincia hibe yapılabilecek ve hibe edilemeyecek şey ve halleri göstermek suretiyle müesseseye lüzumlu bazı tahditler koydu. Karı koca arasında hibe memnu kılındı.

M.E. 204 senesinde çıkan Lex cincia, hibe yapılabilecek ve yapılamayacak halleri beyan etmek suretiyle hibeye ilk tahdidi vaz etti. İmparatorluk devrine kadar karı koca arasında hibe memnuniyeti mevcut idi. Caracalla nın teklifi ile çıkan bir senato kararı (M. S. 206), bu sert ve istisna kabul etmeyen memnuniyeti tahfif ve tâdil etti: lehine hibe yapılmış olan karı veya koca, evlilik devam ederken vâhibin vefat etmiş olması ve bunun ölüm anına kadar hibeden vaz geçmemiş bulunması halinde, hibe edilen şey'e sahip olmak hakkını kazandı. Jüstinyen hukuku bu kaideyi lehine hibe yapılan şahıs menfaatine olmak üzere daha fazla tahfif etti. Mamafih, Jüstinyen hukuku, lehine hibe yapılan tarafın vâhibden evvel ölmüş olması halinde hibe mevzuunun iadesine dair olan kaideyi ref etmedi, yani mevhubunleynin vâhibden evvel ölmesi halinde hibenin muteber olmadığı kaidelerini muhafaza eyledi.

Jüstinyen hukukunda hibe, paktumlar vasıtasıyla de yapılabiliyordu. Aynı hukuk mücerret hibe vaadini de muteber addeder. Animus donendi, yani hibe niyeti olan bütün ahvalde hibe muteber addedilmekte idi; Mamafih, hibenin muteber olabilmesi için lehine hibe yapılan kimsenin bu hibeyi kabul iradesini izhar eylemiş olması da icap etmekte idi.

30) Şakir Berki, Borçlar hukuku, «umumî hükümler», ikinci tab'ı 1958, sa: (279)