

ROMA'DA BORÇLARIN KAYNAKLARI

Doç. Dr. Şakir BERKİ

Roma hukukunda bidayetten itibaren iki esaslı borç kaynağı vardır: Suç ve mukavele. Bunlara ilâveten sonraları belirmiş olan Suç benzerleri (şibih suç) (Quasi delicto), ve mukavele benzeri (şibih mukavele: Quasi ex contractus) u zikretmek lâzımdır.

Ehemmiyetlerine binaen suç ve mukaveleleri ve diğer iki borç kaynaklarını ayrı ayrı tetkik edeceğiz.

Birinci Bölüm

SUÇLAR

1 — Borç kaynağı olan suçlar :

Suçların hepsi borç kaynağı değildir. Kamu suçları (CRIMINA) lar hususi hukukta alacak hakkı doğurmazlar. Medeni Hukuk suçlarını, yani özel suçları (DELICTA PRIVATA) Crimina lardan ayırmak lâzımdır. Bu sonuncular Devlet menfaatini, Sitenin dinî birliğini bozan suçlar olup çok defa ölüm, para cezası ve sürgün ile müeyyidelenmişlerdi. En eski devirlerde CRIMINA ların adedi çok azdı. Vatana ihanet ve asker kaçaklığı ilk kamu suçlarıydı.

Medeni Hukuk suçları bundan zarar görene, ve bilhassa Pater familias'a takip hakkı veren suçlardır. Halbuki Crimina larda takip hakkı Ceza Jürilerine aitti. Medeni Hukuk suçları ilk devirlerde daha fazla idi. Çünkü Devletin henüz geniş ve ailelere müdahale edecek kadar iktidarı belirmemişti. Devlet teşkilâtı kuvvetlenip teknikleşerek giriftleşince kamu suçlarının adedi arttı. Bilhassa İmparatorluk devri Romasında kamu suçlarının adedinin alabildiğine arttığı görülmektedir (1). Fakat bu taaddüt Medeni Hukuk suçlarını ortadan kaldırmadı. Filahkika Hususi suçlar nazariyesi Justinianus devrine kadar devam etti.

2 — Suç ve akitten doğan borçların farkı :

1) Akitten doğan borçlar mirasçılara geçer, suçtan doğanlar ise mirasçılara intikal etmez (2). Bu, suçtan ötürü mesuliyet nazariyesinin te-

(1) Paulus, Sent. V. 20.

(2) Gaius, Inst, IV, 112.

melinde özel intikam düşüncesinin bulunmasının neticesidir.

2) Capitis deminutio akitten doğan borçların sukut sebebi olduğu halde, suçtan mütevellit mesuliyeti ortadan kaldıramaz (3). Zira, cezai mesuliyet failin vücudu ile de yerine getirilebilir; suç hukukî şahsiyeti değil hakikî şahsiyeti muhatap kılar. Bu prensipten ötürüdür ki suçlu ancak hakikî ölümle mesuliyetten kurtulur. Yine bu prensipten dolaydır ki, akdî mesuliyete maruz bulunmayan köle cezai mesuliyete aynen hür bir kimse gibi tâbidir (4).

3) Hemfiillik halinde her suçlu ayrı ayrı mesuldür. Bu da hususî intikam nazariyesinin bir neticesidir.

4) Hukukî muamelelere ehil olmayanlar cezai mesuliyete maruzdurlar. Mamafih, İmparatorluk devri cezai mesuliyeti tanzim etti.

5) Akdî borçların mevzuu çok çeşitli olabileceği halde, suçtan doğan borçların mevzuu kanunla muayyen veya majistra tarafından tespit edilmiş olan bir mikdar paraya mahkûmiyetten ibarettir.

Justinianus hukukunda, karışık, yani hem tazminat, hem ceza mahiyetindeki davalar da yer almış olduğundan (5) suçtan doğan borçlarla akdî borçlar arasındaki bu kat'î farkların hafiflediğine hükmetmek lâzımdır. Mamafih, Bizans hukuku tamamiyle suçtan doğmuş olan borçlara da yer vermektedir.

III — Medeni Hukuk suçları neveleri :

Roma Medeni Hukuk suçlarını iki bakımdan tetkik etmek lâzımdır :

1 - Jus civile suçları,

2 - Pretörö Hukuku suçları,

Jus civilece borç doğuran hususî suçlar dörttür: Injuria, Furtum, Damnum in juria ve Rapina.

Pretör hukuku özel suçları ikrah (Metus) ve hile (Dolus) dur.

1 - Jus civile-özel suçları:

A. Injuria. (6).

Bu tâbir, genel olarak haksızlıkla işlenmiş olan bütün muameleleri ve hareketleri ifade eder. Roma hukuk tarihi boyunca bu tabir içine, sırası ile, şahıslara yapılan cismanî ve manevî zararlar dahil edildi, hattâ ferdî hürriyet ve hakların kullanılmasını menedici hareketler de dahil edildi. Şu halde Injuria'yı türkçeye fiili müessir ve hakaret kelimeleri ile

(3) D. 4, 5, fr. 2, 3.

(4) Köle suçtan ötürü doğacak olan borçtan azâd edildikten sonra mükelleftir: D. 44, 7, fr. 14.

(5) Just. Inst. IV, 6, 18.

(6) Gaius, Inst. III, 220 - 224; F. de Viascher, Etudes de droit romain, Paris 1931, p: 111 et s.

çevirmek müessesenin Roma hukuk tarihindeki tekâmülünü göstermek bakımından da yerinde olur.

a) Injuria nın tarihçesi

1) Oniki levha kanununda Injuria.

Kanun Injuria hallerini saymıştır: Membrum, os fractus ve nihayet hafif cismanî suçları (tokat gibi) cezalandırmakla Injuria nın en iptidai şumulünü derpiş eylemiş bulunuyor.

Membrum ruptum vücuttan bir azanın (kol, ayak gibi) ayrılması fiilini ifade eder. Vücut azalarından birinde kırılmaya veya çatlamaya mahal veren suçlar da Os Fractus adını alır (7).

Oniki levha kanunu fiili müessir denilemeyecek kadar hafif fiilleri (tokat) de daha az ceza ile müeyyideler.

2) Pretör hukukunda Injuria.

Oniki levha kanunu fiili müessir denilemeyecek kadar hafif fiilleri sî adaletsizlikdi; para cezası da ciddi ve müessir bir müeyyide tesiri yapmayabilirdi: Zengin olan parayı verip cezadan kolayca kurtulabiliyordu.

Bütün bu mahzurlarından dolayı, pretör, Oniki levha kanunu sistemini esasından değiştirdi: pretör her ayrı fiili müessir için verilen ayrı dâvalar yerine bütün fiili müessir hallerine şamil olmak üzere Actio injuriarum u ihdas etti (8).

Bu suretle, mevzu hukukun Injuria ya dahil etmediği fiiller de Injuria sayılabiliyordu.

Dâva hakem önünde değil Recuperatores ler huzurunda cereyan eder ve tazminatın şumulü bahsinde takdir hakkına mütehammildir. Bu suretle zenginlerin de hakiki para cezası azabı çekebilecekleri sağlanmış oluyordu. Para cezasının azamî haddi dâvacı tarafından da tesbit olunabiliyordu. Ehemmiyetli Injuria hallerinde azamî hâd Majistra marifetiyle tayin olunur.

Injuria dan ötürü mahkûmiyet terzil edicidir (9).

(7) Her iki fiili müessiri birbirinden ayıran kriteriyum birincisinde bir azanın vücuttan tamamıyla ayrılmış olmasıdır: Huvelin, Mélanges Appleton, 1903, p: 375 et s. Kriteriyum bazı müelliflerce (Appleton, Mélanges Cornil, t. 1. 1926, p: 50 et s.) tamamıyla aksine verilmektedir. Müellife göre, Os Fractus haricinde kalan her fiili müessir Membrum ruptum kategorisine dahildir. Oniki levha kanununda hafif fiili müessirlere de yer verilmiş ve cezaları daha hafif olarak tertip edilmiş bulunduğundan sonuncu kustası isabetli addetmek yerinde değildir. Nihayet, Membrum ruptum tabiri de bütün fiili müessirleri ihtiva edebilecek mahiyet ve şumulde değildir.

(8) Actio injuriarum un Yunan hukukundan ıktibas olunduğu iddia olunmaktadır: F. de Visscher, Etudes, 1931, p: 303 et s.

(9) Gaius, Inst. IV, 182.

Pretör, islâhat yaparken jus civile nin esasını değiştirmemekle mülkellef bulunduğundan, actio injuriarum un özel intikam nazariyesine dayandığı fikrini kaldıramadı, ve binnetice, dâvanın en kısa bir zamanda açılması kaidelerini tatbik mecbur oldu: Dâva bir sene içinde sukut eder, bir sene geçtikten sonra mağdur af etmiş sayılır.

Dâva, dâvalının mirasçılara karşı açılmıyacağı gibi, aktif olarak da mirasçılara intikal etmez, yani dâvacının mirasçuları tarafından da açılmaz.

Haksız olarak takip edildiğini ispat eden dâvalı mahkûm edildiği paranın iki misline hak kazanır (10).

Pretör hukukunun Oniki levha kanununun Injuria sistemine getirdiği ikinci yenilik, Injuria nın tatbik alanını genişletmiş olmasıdır: Cumhuriyet devri sonlarında şeref ve haysiyete karşı işlenmiş suçlar da (hakaret) Injuria sayıldı. Injuriadaki bu inkışaf, Edictum perpetuum lara ek Edictum larda açıkça göze çarpmaktaydı. Pretör bu ek Edictumda şeref ve haysiyeti kırıcı suçların da cezalandırılacağını ilân ediyordu (11).

Injuria hakarete de şâmil olunca köle ve alieni juris lerin hakaret dâvasına ehil olup olamayacakları meselesi münakaşa edildi: Gaius devrinde bile kölenin hakarete uğramış sayılmıyacağı kabul edilmekte idi. Mamafih, köleye yapılan hakaret efendiye yapılmış sayılır faraziyesi hâkimdi. Bu faraziye bilhassa kölenin dövülmesi gibi ehemmiyetli Injuria hallerinde kuvveden fiile çıkıyordu: Pretör, bu halde, dâva bahşediyordu (12).

Aile şefi hâkimiyetindeki şahıslar (oğul, kız, manuslu evlenme ile alınmış kadın ve in mancipio şahıslar) actio injuriarum ile himaye görmekte idiler.

3) İmparatorluk hukukunda Injuria.

Yokarı İmparatorluk devrinde Injuria'yı tanzim eden ehemmiyetli kanun M. E. 81 de çıkan Lex Cornelia dır. Kanun dayak, yaralama ve meskene taarruzu cezalandırır. Kanunun yeni ihdas ettiği actio injuriarumda takip hakkı halka değil mağdura, suçtan zarar görmüş olan şahsa verilir. Şu halde dâva kamu davaları (Judicia publica) kategorisine dahil değildir.

(10) Gaius, Inst, IV, 177.

(11) Teferruat için: Huvelin, Cours, t. II, 1929, p: 15 et s.

(12) Kölenin yumruklanması, tahkir edilmesi gibi köle için ehemmiyetsiz haller dâva hakkı vermez: Gaius, Inst. III, 222. Mamafih kölelik zamanla himayeye mazhar olunca ağır hareket (injuria) hallerinde efendi gerek kendisi için, gerekse köle namına dâva açabiliyordu: D. 47, 10. fr. 15.

Aşağı İmparatorluk devrinde vahim suçlar daima fevkalade usul ile yargılandıklarından injuria da kamu suçlarından sayılabilecek hal-lerde bu suretle muamele gördü.

Binaenaleyh, actio injuriarum un da açılabilip açılmayacağını mü-nakaşa edildi: davalı muhtar bırakıldı. Para tazminatını sağlayan dava-yı açtığı takdirde ceza davasını tahrik edemez. (13).

Mamafih, Aşağı İmparatorluk devrinde Injuria fiiliyatda kamu suç-ları kategorisindedir (14).

B) Furtum (Hırsızlık, sirkat) (15).

Furtum, başkasına ait şeyin zilyedliğini rıza dışında elde etmek veya o şeyden gayri meşru şekilde faydalanmaktır.

a) Furtum un tarihçesi :

İlk zamanlarda özel suçlardan biri olan Furtum tekâmül neticesinde kamu suçu mahiyetini aldı.

1) İlk devirlerde ve, Oniki levha kanununda Furtum.

Oniki levha kanunundan evvel hırsız örf hukukunca hususî merasi-me göre takip olunur (16). Meşhut ve gayri meşhut hırsızlık faili başka başka ceza görmekte idi: Fur manifestus, ilk devirlerde, çalınan şey he-nüz elinde bulunan hırsızdı (17). Mağdur, hırsızın evine derhal giremez. Muayyen ve şekilci bir usul ile evin aranması lâzımdı. Mağdur bu araştır-mayı yapmasına mani olunmamak için akraba veya dostlarının yardımı ile icap eden tedbirleri alabilirdi (18).

Görülüyor ki Oniki levha kanunundan evvel hırsızın takip edilebilme-şi çalınan şeyin nerede bulunduğuna dair karineler mevcudiyeti halinde mümkündü.

Oniki levha kanunu bu şartı kaldırdı ve hırsız aleyhine manus injec-tio yanında kanunî diğer müeyyideler de koydu.

Kanunun Furtum manifestum (meşhut hırsızlık) a dair koyduğu hü-kümler şöylece özetlenir: gece yakalanan hırsız (Fur manifestus) Majistra

(13) D. 47, 10, fr. 6; Just. IV, 4, 10.

(14) Injuria suçlusu Aşağı İmparatorluk devrinde suçunun şahsiyet ve hukuki durumuna göre çeşitli cezalara çarpılır: Zenginler muvakkat sürgüne, köleler kır-baçlanma: (Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 559, n: 3), fakirler (aşağı tabaka) dayak ce-zasına maruzdurlar: Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 561, n: 8.

(15) R. de Debray, Nouv. Rev. hist., 1921, p: 293 et s.

(16) F. de Visscher, Nouv. Rev. hist. 1922, p. 422 et s.

(17) R. Monier, Manuel, t. II, p: 55, n: 2.

(18) Huvelin, Furtum, p: 52 et s.

emri ile ölüm cezasına çarptırılabilir. Gündüz ele geçirilip de silâhla müdafaya kalkışan fur manifestus hakkında da hüküm aynıdır (19).

Oniki levha kanunu meçhul hırsızlar aleyhine actio furti nec manifesti yi vermekle örf hukukunun boşluğunu doldurmuş oldu. Bu dâva, mağdura ödenecek olan bir miktar para cezasına müncer oluyordu.

2) Pretör hukukunda Furtum.

Verilen izahattan anlaşılıyor ki Oniki levha kanunu furtum hususunda biri eski sistem, diğeri para cezasını mucip olan iki ayrı isstem tatbik etmekte idi. Pretör hukuku Furtum u tek bir müeyyide sistemine bağladı: Mağdur ya hırsızla uyuşur muayyen bir para tazminatına razı olur, veya suçluyu manus injectio ya tâbi kılar. Tazminat örfçe, çalınan şey bedelinin dört mislini geçemez.

Pretör hukukunda işleyen actio furti manifesti de bu miktarı azami tazminat haddi olarak kabul etti (20).

Pretör Furtumla ilgili iki dâva daha yarattı :

1) Actio furti prohibiti (20)a

Çalınan şey bedelinin dört misline mahkûmiyete müncer olan bu dâva furtum sebebi ile araştırmaya karşı koyanlar aleyhine açılır.

2) Actio furti nec exhibiti (21).

Bu dâvanın, araştırma sonunda bulunan şeyi vermek istemeyene karşı açılmakta olduğu ihtimal dahilindedir.

Cumhuriyetin sonlarında eski araştırma usulü tatbik sahasından kalktı, ve pretör bilhassa actio furti nec manifesti vasıtası ile furtumu müeyyideledi.

3) Klâsik devirde Furtum.

Eski hukukda furtum un çalınan şeyi ifade ettiği ve fur (hırsız) un da bu şeyi elinde veya evinde bulunduran kimseden ibaret olduğu buraya kadar verilen izahattan anlaşılır. Bu adaletsiz ve mantıksız Furtum nazariyesi Veteresler, yani Cumhuriyet sonunda yetişen hukukçular tara-

(19) Bu sonuncu halde mağdur bağırarak halkı toplamalı ve ondan sonra hırsız öldürmeli idi: Huvelin, Furtum, p: 14 et s.

Diğer hırsızlık hallerinde özel intikam arzusu Majistra emri ile tanzim edilir. Umumiyetle kamçılama ve değnekle dövme cezası tatbik olunduktan sonra hırsız mağdura teslim ediliyordu. Hırsız köleler dağdan atılmak suretiyle öldürülüyordu: R. Monier, Manuel, 1944, t. II, p: 56, n. 3.

(20) Bu dâvanın ihdas tarihi kat'i değildir; Cumhuriyetin son iki asrı içinde yaratıldığı umumiyetle kabul olunmaktadır: R. Monier, Manuel, t. II, p: 58, n: 3.

(20a) Gaius, Inst, III, 192.

(21) Just, Inst. IV, 1, 4.

findan makul bir sisteme bağlanmak istendi; Sabinus gayri menkullerin de hırsızlığa mevzu teşkil edebileceği fikrinde bulundu (22).

Veteresler Furtum un unsurlarını ikiye ircae ediyorlardı :

1) Zarar verme kasdi (Consilium).

2) Maddi bir fiil (Ops). (23).

Hırsızlığın mevcudiyeti için her iki şartın birleşmesini ileri süren bu nazariyede hem - fiil ve fer'anzimedhallik ayrı şeyler olamazdı. Her iki sıfat Labeo dan itibaren belirir.

d) İmparatorluk devrinde Furtum.

Yukarı İmparatorluk devrinde şeyin zilyed değiştirmesi mevzuubahis olmaksızın Furtum dan bahsolunamaz. Bu devrin furtum nazariyesi emniyeti suiistimali de içine almaktadır, çünkü vediaya sahip şahıs şeyi satar veya şeyin şeklini değiştirirse hırsız addedilirdi.

Justinianus hukukunda çeşitli Furtum mevcuttur :

1) Furtum ipsius rei.

Bir şeyin tamamiyle gasbı halinde mevzuubahis olan Furtum dur.

Bu furtumun mevcudiyet şartları şunlardır: Şey menkul olmalıdır; çalıdığı anda bir şahsın mamelekine dahil bulunmakta olmalıdır. Bina-enaleyh, dinî şeylerin ele geçirilmesi sirkat değil günahtı; sahihsiz şeylerin ve hür kimselerin ortadan kaldırılması da Furtum sayılmaz.

2) Furtum Usus.

Başkasına ait olan şeyi hukuken elinde bulunduran şahsın bu şeyden haksız olarak intifa etmesidir. eVdia akdinde müstevidinin şeyi akitle muayyen hususda kullanmaması, ve meselâ şahsî işleri için verilen atı savaşı meydanlarına salması aFrtum usus dur.

3) Furtum possessionis (24).

Bu, hukukî muamele ile zilyedliği değiştirmiş olan bir şeyin asıl maliki tarafından elde edilmesinden ibaret bir furtum dur. Rehne verilen bir şeyin borç ödenmeden borçlu tarafından aşırılması bu çeşit furtum un tipik misalidir.

Zilyedlik mülkiyete karine olduğundan Furtum possiessionis nazariyesi mantiki sayılmaktadır.

b) Furtum un müeyyidesi. .

(22) Bu geniş furtum nazariyesince kiraladığı gayri menkul malik zararına satan kiracı, efendisinin görmesine mani olmak için bir köleyi vücudu ile olsa bile gizleyen bir kimse de hırsız sayılıyordu: R. Monier, t. II, p: 59.

Furtum un ancak menkul eşya ile ilgili bir müessese olduğu fikrini Klâsik devir hukukçuları ileri sürdüler: Rev. hist. de droit, 1930, p: 129.

(23) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p. 564.

(24) Gaius, III, 200.

Furtum iki esash dâva ile himaye olunur.

1) Actio Furti.

Bu dâva mağdura, çalınan şeyin bir kaç mislini ödeme hakkını veren bir dâvadır.

Klâsik devirde şeyin iki misline mahkûmiyete yol açan actio furti nec manifesti, ve pretör hukukunda da actio furti manifesti ile actio furti prohibiti işlemektedir. Bu dâvalar çalınan şeyin dört misline mahkûmiyete müncer olurlar.

Aynı devirde "actio furti oblata" ve "actio furti concepti" jus civile nin tanıdığı ve çalınan şeyin üç misline müncer olan iki dâva daha Furtum un müeyyidesi olarak işlemekte idi (25).

Justinianus hukukunda Furtum yalnız iki dâva ile müeyyidelenmiş bulunmaktadır: Actio furti manifesti, actio furti nec manifesti, ve Condictio ex causa furtiva.

Birinci dâva teşebbüs halinde yakalanan hırsız aleyhine verilir.

Actio furti nec manifesti, hırsıza, hemfiillere ve fer'an zimedhallere karşı açılan dâvadır. Şu halde Furtum un asıl müeyyidesi budur (26).

2) Condictio ex causa furtiva.

Mağdur "malı çalınan" tarafından yalnız hırsıza karşı açılan tazminat dâvasıdır. Mamafih, mağdur daha ziyade actio rei vindicatio yu tercih ediyordu (27). Böylece, çalınan şeyin her kim elinde bulunursa bulunsun takibi imkânı mevcuttu. Condictio ise alacak dâvası mahiyetinde idi (28). Condictio, tazminatı temin ettiğinden hemfiillere karşı açılmaz, fakat mağdurun mirasçılara karşı açılabilir.

C) Damnum injuria Datum (29).

Modern hukukla Roma hukuku arasında, haksız fiil kavramı bakımından en bariz fark Romada sistemli ve tek bir haksız fiil nazariyesinin mevcut olmayışıdır.

(25) İhtilâflara yol açmış olan bu dâvaların oniki levha kanunu ile irdas edildiği umumiyetle kabul edilmektedir. Actio furti concepta çalınan şey merasime tabi arama haricinde evinde bulunan kimseye karşı, actio furti oblata çalınan ve bilâhare elinden alınan şey sahibi lehine ve çalınan şeyi buna satan kimseye karşı verilen dâvadır: Appleton, Rev. hist. de droit, 1939, p: 208 et s; Girard, Manuel, 1929, p: 436.

(26) Just, Inst, IV, 1, 3.

(27) Huvelin, Cours, t. II, p: 28.

(28) R. Monier, Manuel, 1944, p: 66, n. 5.

(29) Gaius, Inst, III, 210 - 219; Henri et Leon Majaud, Traite de la responsabilite, civile, 1938, t. I, n: 19 et s.

a) D. i. Datum un tarihçesi.

Damnum injuria datum un tarihçesi bu bâriz farkı belirtmeğe kâfi gelecektir.

1) En eski hukukda haksız fiil.

Oniki levha kanunlarında Damnum u tanzim eden müşterek bir nazariye değil ayrı ayrı damnum halleri mevcuttur (30).

Aquilia kanunu (M. E. 286) Patriciilerin Plebienlere verdiği zararların önüne geçmek maksadiyle çıkarıldı. Mamafih, bu kanun da Damnum u genel bir prensibe bağlamadı. Kanun saydığı fiilleri hem para cezası (Multa) hem amme cezası ile müeyyidelemekte idi (31).

Lex Aquilia nın haksız fiiller için verdiği dâva (Actio legis Aquiliae) manus injectio ya müncer olamıyordu (32). Dâva, haksız fiil faili olduğunu inkâr edeni zararın iki misline mahkûm eder (33).

Ceza dâvalarına hâs prensipler kaideten Actio legis Aquiliae ya da tatbik olunmakta idi. Binnetice, dâva bütün hemfiillere karşı ve zararın tamamı için açılır (34), ve failin ölümü ile söner; ancak, capitis deminitio ile sukut etmez.

Alieni juris veya kölenin damnum işlemesi halinde dâvalı pater dir. Bu hususda actio noxalis mevzuu bahis olur (35).

2) Klâsik devirde ve Bizans hukukunda Damnum injuria datum.

Klâsik devir hukukçuları Damnum u bir nazariyeye yaklaşımcı tahlillerde bulunmuşlardır. Lex Aquiliae yi tahlil eden hukukçular kanunun cezalandırdığı fiillerin müşterek evsafını tesbit etmek için şu unsurları derpiş ettiler :

1) Fiil kanuna aykırı olmalıdır.

Meşru müdafaa halinde haksız fiil yoktur. Filhakika, Aquiliae kanunu kendisine saldıran köleyi öldüren aleyhine Actio legis Aquiliae yi bahsetmez.

(30) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 569; Girard, Manuel, 1929, p: 441, n: 2.

(31) Kanunun haksız fiil olarak saydığı hallerin en ehemmiyetlileri şunlardır: Köle ve sürüye dahil hayvanların haksız yere öldürülmesi. Bu takdirde verilecek ceza için, bak: Gaius, Inst. III, 210; Kanun yangın çıkarma, kırma ve eşyanın mahiyetini değiştirme fiillerini de haksız fiil saymaktadır: R. Monier, Manuel, 1944, t. II, p: 69, n: 1.

(32) Giffard, Précis, t. II, No: 259; Aksi manada: Ed. Cuq. et Huvelin, Cours, II p. 30.

(33) Gaius, IV, 9.

(34) R. Monier, Manuel, t. I. p: 72, n: 1.

(35) Ed. Cuq, et Huvalin (Cours, II, p: 30) in Damnum un manus injectio ya müncer olacağı fikrini ancak bu istisnai hal için kabul etmek muvafık düşer.

2) Fiil müsbet bir hareket olmalıdır.

Filhakika, yangına şahit olan ve söndürme imkânı varken söndürmeyen kimse Aquillae kanununca cezaya çarptılmamakta idi.

3) Fail kusurlu olmalıdır.

Aquillae kanunu bu şartı derpis etmemiştir. Klâsik devir hukukçuları bu şartın lüzumuna kani oldular ve kusuru adetâ bu günkü kusur nazariyesi kadar geniş tuttular (36).

4) Fiil ile zarar arasında doğrudan doğruya münasebet bulunmalıdır (37). Binnetice, ürkütüldüğünden ötürü uçurumdan düşerek ölen bir atın tazmini istenemezdi. Mamafih, failin ürkütme kasdı bu idi ise takibata mahal vardır (38).

5) Hürlere yapılan fiili müessir actio legis Aquiliae ile değil Actio injuriarum ile müeyyidelenmiştir.

C) İmparatorluk hukukunda Damnum injuria datum.

İmparatorluk hukuku Klâsik damnum nazariyesini genişletti. Evvelâ haksız fiil için müsbet bir fiil yapılmış olması şartı ehemmiyet ve katiyetini kaybetti. Binnetice, illele fiil arasındaki münasebetin sıklığına bel bağlanmadı. Meselâ bir yere hapsedilmiş olan bir kimsenin o yerde açlık veya pis veya rutubetli hava yüzünden, yani hapis fiili ile doğrudan doğruya ilgili bulunmayan sebeplerden ötürü, ölmüş olması tazminata yol açar (39). Bu gibi hallerde in Factum davalar verilmekle Actio legis Aquiliae nin noksanları tamamlanıyordu.

Pretör, haksız fiilden mütevellit zararları Preregrinler leh ve aleyhine de teşmil etti. Bu hususu temin için farazi dâvalar bahşediliyordu (40).

Nihayet, haksız fiilden mütevellit takibat şeyin zilyed ve hattâ vazulyedi lehine de bahşolunabiliyordu.

Yangın, tahribat gibi hadiseden cismen mütaazzır şahısların da Actio legis Aquiliae dan faydalanabilecekleri kabul edilmek suretiyle (41) Roma hukukunda haksız fiil tatbik sahası itibariyle modern hukuka çok

(36) Gaius, Inst. III, 202, 211.

Mamafih, Klâsik devir hukukçuları kusur nazariyesini objektif bakımdan mütaale ederler: Meselâ, yol kenarında odun keserken birine zarar veren ceza götür, kimsesiz ormanda verilen bu mahiyetteki zarar halinde ceza mvzubahis değildir. Haksız fiillerde sübjektif kusur'un ehemmiyet ahuş Bizans hukuku ile bağlar: Just. Inst, IV, 3, 2.

(37) Rev. hist. de droit, 1933, p: 789.

(38) Gaius, III, 219.

(39) Ulp, D. 9, 2, 3.

(40) Gaius, IV, 37.

(41) D. 9, 2. fr. 13 pr.

yaklaştı. Roma hukukunu bu hususda modern hukukdan ayıran bariz fark, Romada irade haricinde husule gelen zararlardan ötürü tazminata mahal bulunmayışıdır (42).

D) Rapina (43).

Bu özel suçun ihdas sebebini Actio legis Aquiliae ve Furtum manifestum un müeyyide kifayetsizliğinde aramak lâzımdır: Aquiliae kanunu şiddet kullanarak işlenen Damnum injuria datum u ciddi bir müeyyideye tâbi tutmadığı gibi, cebirle gece veya gündüz Furtum manifestum faili de hiç bir ceza görmüyordu.

M. E. 76 yıllarında pretör Terentius Lucius, guruplar halinde yağma, yol kesme fiillerini cezalandıran bir Edictum çıkardı ve buna kıyasen tek bir şahsın işlediği cebir ve şiddetle hırsızlık da müeyyidelendi (44).

Bu gayeye varabilmek maksadiyle, pretör, Actio vi bonorum raptorum a, yani zor kuvveti kullanılarak gasp olunan şeylerin alınması için dâvaya yer vermekle, Actio legis Aquiliae nun ve furtum manifestum un müeyyide bakımından eksikliğini tamamlamış oldu. (45).

Actio vi bonorum raptorum bir sene içinde açıldığı vakit şeyin dört misline, bu müddetten sonra açılırsa bedeline mahkûmiyeti sağlayan tam mânası ile cezaî bir dâvadır ve neticeleri ona göre tayin olunur: mağdurun mirasçuları tarafından açılabilir, failin mirasçılarına karşı açılmaz.

Gaius zamanında dâva ceza dâvasıdır, Justinianus hukukunda (46) karışık (muhtelit) bir dâvadır.

2. Pretör hukukun özel suçları.

Pretör hukukunun jus civile hususî suçlarına getirdiği yenilik yanında sırf kendi yarattığı hukukun, Jus honorarium un mahsulü olan iki hususî suç anmak icap eder.

Pretör, in factum dâvaları ile jus civile ce kabul edilmeyen metus ve dolus özel suçlarının cezalandırılmasını hâkime emrediyordu.

A — Metus. (İkrah) :

a) İkrahın tarihçesi;

1) En eski hukukda Metus

Eski hukukda metus dermeyanı ile hukukî muameleleri bozmaya im-

(42) F. de Visscher, Etudes, 1931, p: 117 et s.

(43) Huvelin, Furtum, 1915, p: I, p: 803 et s.

(44) Lenej, Das Edictum, 1927, p: 27, 391 et s.

(45) Bu dâvanın icadı hırsızlığın cezasını artıran sebeplere de yol açtı: Ed. cuq, Manuel, 1928, p: 566, No: 1.

(46) Just. Inst, IV, 2; IV, 6.

kân yoktu. Çünkü eski hukuk muamelâtu şahitler önünde yapılır ve şekil ile teessüs ederdi (47).

2) Metus a karşı dâva hakkı pretör tarafından bahşolundu (48). Pretör, metus halinde restitutio in integrum bahşedeceğini Edictum unda i-lân ediyordu (49).

Pretör, metus un neticelerini üç yol ile hükümden düşürür: Actio metus, Exceptio metus, Restitutio in integrum.

Bunları ayrı ayrı gözden geçirmeden evvel, pretörce hangi fiilin metus olabileceğini tesbit etmek lâzımdır: Cesur bir kimse üzerinde korku yaratabilecek mahiyette olan her fiil metus dur. Tehdidin, ikrahın mutlaka maddî bir fiil ile icra edilmiş olmasına lüzum yoktur, manevi korku yaratan fiiller de metus sayılır.

b) Metus un müeyyideleri.

1) Actio metus (Metus causa)

İlk zamanlar zor kullanarak ödünç para ve iare alanlara karşı işleyen bir dâvadır. Octavius (Pretör) tarafından verildi (M.E. 79).

Actio Metus ceza dâvasıdır ve elde edilen menfaatin dört misline mahkûmiyete müncer olur. Bir sene içinde açılmalıdır; aksi takdirde pretör metus ile yapılan akitten temin edilen menfaate mahkûmiyeti sağlayacak olan in factum bir dâva verebilir. Actio metus, mamelekinde metus dan ötürü artış olan failin mirasçılara karşı da açılabilir. (50).

Jüstinien hukukunda dâva karışık bir dâva mahiyetinde olduğundan metus failerinden birinin zararı tamamen ödemesi halinde hemfiiller takip olunamazlar (51).

2) Exceptio metus.

Bu, ikrah altında akde girişmiş olan şahsın akdin icrası teklifi ile karşılaştığı zaman kullanacağı defiden ibarettir.

Actio metus causa akdin icrasından sonra, exceptio metus ise akdin yerine getirilmesinden evvel mevzuu bahistir.

3) Restitutio in intergrum.

Actio metus mağdurun zararını daima temin edemezdi, bilhassa, zorla miras hakkından vaz geçiren şahsın menfaati buna misaldir. Alacak hususunda ve borçların sukutunda da actio metus un temin edeceği fayda daha azdır. Nihayet, metus faili borç ödemekten âciz bir kimse olabilir.

(47) Bu şart içinde yapılan akitlerde ikrahın kolay kolay vuku bulamayacağı da aşikârdır.

(48) Lenel, Das Edictum, 1927, p: 110, n: 8.

(49) R. Monier, Manuel, 1944, t. II, p: 81, n: 2.

Binaenaleyh, metus un en âdil ve müessir müeyyidesi Restitutio in integrum, yani metus a oğrayanın eski hale iadeden faydalanması olabilirdi.

Bundan ötürü olacak ki, Klâsik devirde actio metus ile restitutio in integrum arasındaki bariz fark Justinianus hukukunda göze çarpmaz.

B — Dolus. (Hile)

Suç teşkil eden hilenin Roma hukukuna göre tarifini ve hüküm ve müeyyidelerini gözden geçirmeden evvel dolus hakkında şu kısa bilgiyi edinmek lâzımdır: Romalılar iki çeşit hileyi birbirinden ayırırlar: Dolus bonus, Dolus malus. Birincisi, adından da anlaşılacağı üzere, meşru (eyi hile) dir ve suç teşkil etmez. Satılan şeyin fiyatını arttırmak, bir hırsız aldatarak çaldığını elinden almak gibi hallerde kullanılan hile, meşru hiledir. İkincisi gayri meşru, fena hiledir ki pretör hukukunca özel suçlar kategorisindedir. Mevzumuz da bu ikinci tip hiledir.

b) Dolus'un tarifi.

Roma hukukçuları tarafından yapılan çeşitli tarifler arasında Labeo munkini kabul etmek doğrudur: Dolus, zarar vermek gayesi ile bir şahsı aldatmaktır.

c) Dolus un tarihçesi.

Oniki levha kanunu devrinde hile ancak blüğa erişmemiş küçüklerin kandırılması halinde mevzu bahis idi.

Formüllü dâvalar devrinde, pretör, akitler ile ilgili bütün dolus hallerini suçtan saydı.

Salvius Julianus un Edictum perpetuum unda Metus dan sonra dolus un bir formüle bağlandığı görülmektedir: bir işin fena, gayri meşru hile ile yapıldığı iddia olunur ve o işin başka bir vasıta, hukukî çare ile himayesiz kaldığı da müşahade edilirse bir sene içinde zaman aşımına uğrayacak olan bir dava vereceğim (52).

Pretörün bu formülü "bir işin dolus ile yapıldığı iddia olunursa" kaydını ihtiva etmekle bütün dolus malus hallerinin suç sayılacağını işaret eder.

d) Dolus un müeyyideleri.

Hilenin müeyyidesi ikidir: Actio de dolo, Exceptio dolo.

(50) D. 4, 2. fr. 19.

(51) Actio metus causa nın mahiyeti hususundaki fikir ayrılıkları için: Lenel, Das Edictum, 1927, p: 112; Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 582, n: 7, 8; Giffard, Precis, t. II, p: 246, n: 1; R. Monier, Manuel, t. II, p: 83.

Actio metus causa Justinianus hukukunda actio arbitraria mahiyetini aldı.

(52) D. 4, 2, fr. 1, 1.

1) Actio de dolo. (53).

M. E. 66 yıllarında kabul edilmiş olan bu dava ceza davasıdır, bir sene içinde açılmadır; aksi takdirde hileye maruz şahsa in factum dava verilir. Actio de dolo terzil edilir. Bundan ötürüdür ki, dolus ile yapılan bir akdin başka bir hukukî çare ile feshi mümkün olmadığı zaman bahşedilir. Meselâ, exceptio doli veya restitutio in integrum imkânı mevcut iken actio de dolo ya başvurulamaz.

Hüsnüniyet mukavelelerinde exceptio de dolo daima dermiyan olunabileceğinden bu gibi akitlerde yapılan dolus actio de dolo bahşetmez.

Roma hukuku sonlarında actio de dolo cezaî mahiyetini kaybeder ve tazminat davasına yaklaşır. Netice itibariyle, Dolus dan mütevellit zarar hemfiillerdenbiri tarafından tazmin edilirse diğerleri takip olunamaz. Dava, hileden dolayı mamelekleri artmış olan mirascılar aleyhine de açılabilir. (54)

2) Exceptio doli. (55)

İmparatorluğun başlarında ihdas olunan exceptio de dolo hile ile yapılmış olan hukukî bir muamelenin yerine getirilmesi teklifine karşı koymak üzere bahşedilen bir defidir.

Hâkim davayı ancak davacının da aynı bir muamelede hile kullanmış olmaması şartı ile mahkûm edebilir.

Hüsnüniyet davalarında ayrı bir exceptio doli vermeğe lüzum yoktur. Katî hukuk davalarında ise bu zarurîdir. (56)

Exceptio doli, Justinianus hukukunda, exceptio doli specialis ve exceptio doli generalis olmak üzere iki çeşit arz eder. Bu sonuncusu bütün hile hallerinde dermeyan olunabilir.

3) Restitutio in integrum ob dolum. (Hile sebebi ile eski hale irca).

Justinianus hukukunda dolus un bu müeyyidesi ancak usul muamelelerinde yapılan hilelere münhasır idi. (57) Çünkü bu devirde actio de dolo eski hale irca da temin eder.

IV — Actio noxali (58).

(53) Dâva Apulius Gallus tarafından yaratılmıştır: Girard, Manuel, 1928, p: 450, n: 2;

(54) Lenel (Das Edictum, 1927, p: 114, n: 16) mirascılar aleyhine açılacak olan davanın dolus failinin ölümü halinde mevzubahis olduğu fikrinde dir.

(55) Gaius, Inst. IV, 117, 119, 121.

(56) Just, Inst. IV, 13, 1.

(57) R. Monier, Manuel, t. II, p: 89, n: 2.

(58) Gaius, Inst. IV, 75; F. Girard, Melanges, t. II, Les actions noxales, p: 309; F. de Visscher, la nature juridique de l'abandon noxale (Rev. hist. de droit, 1930, p: 411 et s); Lenel, Das Edictum, 1927, p: 159 et s.

Patria potestas ve dominica potestas a tâbi şahıs ve hayvanların işlediği özel suçlardan ötürü pateri karşı açılan ve pateri, faili ya suçluya teslimine veya zararı tazmine zorlayan bir davadır.

1) Actio noxali nin menşei ve tarihçesi.

A — Actio noxalinin menşei.

Actio noxalinin menşei muasır hukukda veliyi çocukların işlediği zararlardan mesul tutan nazariyede aramak imkânsızdır. Çünkü ileride de görüleceği gibi, actio noxali suç işleyen alieni juris veya köle davanın açılması anında kimin hâkimiyeti altında ise onu mülzem kılar. (59)

Davanın menşei özel intikamla adalet sisteminin iki cemiyeti, suçlu ve borçlunun gens ini, harp haline sokması ihtimalinin verdiği korkuda aramalıdır: suçluya hâkim bulunan pater mağdurun suçlunun kabilesinin kendi kabilesi ile suçludan intikam almak için mücadeleye girişmesini temin maksadı ile suçluyu mağdura terk ediyor ve onun üzerindeki haklarından muvakkat ve muayyen bir müddet için vaz geçiyordu.

Usulün ikinci safhası mağdurla, suçluyu iadeye mecbur pater arasında iade yerine ceza olarak muayyen bir paranın verilmesi anlaşmasını sağladı.

B — Actio noxali nin tarihçesi.

a) Oniki levha kanunları devrinde actio noxali.

Kanun pater hâkimiyetindeki insan ve hayvanların işlediği zararlara karşılık cezalar derpiş eder. Mağdur bu cezalara razı olmakla mükellefti. (60) Kanun, Furtum non manifestum ve maddi zarara sebep olan alieni jurisleri ve nihayet mevzuatı harap eden veya bir şahsı yaralayan hayvanların noxaliter olarak mağdura devredilebileceklerini kabul eder. (61)

Pretör, Actio injuriaruma da noxali mahiyetini verdi. (62).

b) Klâsik devirde actio noxali.

Yokarı İmparatorlukta Peculium müessesesi kabul edilmekle ve ingenus'ların da adedi artmış bulunmakla actio noxalinin tatbik alanı daraldı.

(59) Giffard, Précis, II, No: 389; R. Monier, Manuel, t. II, p: 90.

(60) Peculium kabul edince tazmin mükellefiyeti şahsileşti ve alieni jurisler mağdura terk edilmek tehlikesinden kurtuldular. Bu itibarla ki, İmparatorluk devrinden itibaren actio noxali nin tatbik sahası darlaştı: D. 9, 4, fr. 2, 1.

(61) F. de Visscher, Rev. hist. de droit, 1926, p: 329.

(62) Gaius, Inst. IV, 76.

Justinianus hukukunda, hür şahısların mağdura teslimi tamamiyle yasak edildi. Bu devirde dava mevzuuna ancak köle ve hayvanlar girebilir. (63)

2. Actio noxaliyi idare eden genel prensipler ve davanın mahiyeti.

A — Actio noxali'ye hâkim prensipler. (64)

1) Kamu suçlarında teslim mutlaktır. Pater muayyen bir meblâğ vermek suretiyle alieni juris'i veya köleyi kurtaramaz.

2) Paterin fer'an zimedhalliği veya hemfilliği halinde yalnız alieni juris veya köle değil kendisi de takip edilir.

3) Actio noxali, suçlu, dâva açıldığı anda kimin hâkimiyeti altında ise ona karşı açılır. Hatta, suçun işlendiği anda fail sui juris ve davanın açıldığı anda alieni juris durumunda ise yine iade edilir. Buna mukabil, takip anında sui juris hale geçen suçlunun mağdura devri istenemez. (65)

B — Actio noxali'nin hukukî mahiyeti.

Justinianus hukukuna kadar actio noxali ile devredilen suçlu üzerindeki hakların da devredilmiş sayılacağı nazariyesi galiptir (66). Gaius, deditio noxalis in (şahısların devrine ait mancipatio ile vuku bulacağı lüzumunu nakletmiş olmakla bu fikri teyit etmektedir (67).

Justinianus hukuku hürlerin deditio noxalis ini kabul etmediğinden mağdura devredilenin sırf mülkiyetinin nakledildiği neticesine sevk eder (68).

Teslim daimi değildir: Pretör deditio noxalis den faydalanan ın alieni juris i azâd edeceğini emreder.

Justinianus hukukunda, emeği ile zararı ödemiş olan kölenin azâd edileceği mecburiyet halindedir (69).

(63) Just, inst. IV, 8, 7. Mamafih, kölenin mağdura teslimi ancak rehin olarak verildiği alacaklı nezdinde hırsızlık yapmış olması gibi istisnai hallerde mevzu-bahisti: R. Monier, La garantie contre les vices cachés, 1930, p: 199 et s.

(64) Gaius, IV, 75 - 79.

(65) Gaius, IV, 77.

(66) F. de Visscher, Rev. hist. de droit, 1930, p: 413 et s.

(67) Şu incelik işarete değer: Pater ölü alieni juris veya kölenin cesedini de terketmek suretiyle tazminden kurtulabilir, fakat, ölü hayvanı yaptığı zarara karşılık olarak devredemez; zira, ölü bir insan üzerinde özel intikam dînî telekkiler bakımından mülkiyettir, hayvan cesedi üzerinde alınacak öcün ise dînf bakımından hiç bir ehemmiyeti yoktur: F. de Visscher, Rev. hist; de droit, 1934, p: 80 et s.

(69) Hürriyet namına bir terakki niğanesi olduğunda şüphe edilmeyen bu hüküm: (Just. inst. IV, 8, 3), Roma hukukuna aykırıdır, çünkü kölenin efendiye iadesi lâzım gelirdi.

Hürriyet davası iki çeşit mevzu ihtiva ettiğinden alternatif borç doğurur. Mamafih, Actio Judicati den sonra Deditio noxalis mümkün olmayacağından Hürriyet dâvası bu mahiyetini gaip etmiş durumdadır.

İkinci Bölüm

AKİTLER (CONTRACTUS)

Suç ve suç benzeri, borçların kanunî kaynaklarındandır. Borçların iradî kaynağı akitlerdir. Bundan dolayı olmalıdır ki, GAIUS (70) mukaveleleri tam manası ile borç kaynağı olarak mütalâa eder.

I — Akitlerin teşekkül şartları.

Roma Hukukunda da akitlerin teşekkül edebilmesi için, aynen muasır hukukda olduğu gibi, rıza, mevzu ve ehliyetin ehemmiyeti büyüktür. Ancak bu bahiste Romayı muasır hukuk sisteminden ayıran cihet Romada illet (Causa) nın akitlerin muteber bir şekilde teşekkül edebilmesi için esaslî bir unsur olmadığıdır. Filhakika illet nazariyesi Romada şâmil ve teknik bir sisteme ve bir müessese haline sokulamadı.

1. Capacitas (Ehliyet).

Roma hukunun şahsın hukuku bahsinde ehliyete ait genel prensipler mevcuttur. Makalemizde bu genel prensiplerin akdî ehliyete tatbikini yapmakla iktifa edeceğiz.

A — Infantia halinden çıkmış olan şahısların akdî ehliyeti.

Tıpkı muasır hukuk sistemlerinde olduğu gibi Roma hukukunda da küçük, sui juris olmak şartıyla alacaklı olabilir; iltizama ehil değildir. borç altına girebilmesi için auctoritas tutoris lâzımdır. Mamafih Justinianus küçüğün auctoritas tutorissiz olarak vaki iltizamının mamelektaki artış nisbetinde muteber olacağını kabul eder. Böyle olmakla beraber küçük, restitutio in integrum'dan faydalanabilir.

Alieni juris küçükler tam ehliyetsizliğe maruzdurlar. Bunlar kendilerini alacaklı kılan muamelelerde de bulunamazlar. Ancak bu tam ehliyetsizlik Peculium ile istisnaya uğrar.

B — Aile oğul ve kızlarının, yani alieni jurislerin ehliyetsizliği.

Bunlar eski hukukta tam ve mutlak ehliyetsizliğe maruzdular. Cumhuriyet devrinde Pater hâkimiyetindeki erkek çocukların iltizama ehliyetleri kabul edildi.

Aile kızları sui juris durumuna girseler de, reşit ve sui juris kadınlar daimî vesayete tabi bulduklarından, aktif ve passif ehliyete sahip değildirlen. Mamafih, Bizans hukukunda kadınlar üzerindeki vesayet

(70) Le Bras, Revue de l'enseignement, 1931, p: 241 et suit.

kalkmış olduğundan sui juris hale geçmiş olan aile kızları da borç altına girebilirler.

Köleler kendi nam ve hesaplarına iltizama ehil değildirler (71).

C — Reşit kadınların akdi ehliyeti (72).

Sui juris ve reşit kadınlar Justinianus hukukuna kadar daimî vesayete tâbi idiler. Binaenaleyh, vasilerinin izni olmadıkça kendiliklerinden borçlanamazlardı (73).

Akdi ehliyetsizlik Roma hukukunda akdin teşekkülüne manidir, modern hukukta ise nisbî butlan sebebidir.

2. Rıza. (Consensus).

A — Tarihçe.

Eski hukukta akitlerde şekilcilik ehemmiyetli bulunduğundan rızanın ehemmiyeti yoktu. Rıza unsurunun önem kazanması ve hatta şekle tabi akitlerde de aranması fikri M. S. 2 nci asır hukukçuları tarafından ileri sürüldü.

Justinianus hukukunda Voluntas akitlerin birinci zarurî unsuru olarak kabul edildi. Bu devirde hangi kategoriden olursa olsun her mukavele alacaklı ve borçlunun irade uzlaşmasına dayanır.

Pollicitatio, yani kabule iktiran etmemiş olan irade beyanı borç münasebeti doğurmaz (74). Mamafih, mücerret vaad-şağıdaki istisnâî halde mükellefiyet doğurur:

1°) Bir hükmî şahsa yapılan teberrü vaadi.

2°) İmparatorluk devrinde Votum yani müteveffanın arzusu, mirasçılara intikal eden bir borç doğurur.

3°) Justinianus hukukunda hükmî şahıslara yapılan her teberrü meşru olmak şartı ile müteberdir (75).

Rıza beyanı, şekli akitler müstesna, gaipler arasındaki akitlerde de mecburidir (76).

B — Rızayı fesada uğratan sebepler,

Roma hukuku, Metus, Dolus ve Error (hata) yı rızayı fesada uğra-

(71) Gaius, Inst, III, 104.

(72) Gaius, Inst. I; 192.

(73) Justinianus hukukunda kadınların özel ehliyetsizliği Intercessio pro marito ve intercessio pro alio bahsinde tetkik edilir.

(74) Paul, Sent, V, 12, 9; Koscheker, Z. der Sav Stift, 1938, p: 431, n: 1.

(75) D., 50, 12, fr. 1.

(76) Gaipler arasındaki icap ve kabul nuntius denilen vasita şahıs (resul) ile temin olunur. Nuntius (resul) mümessil değildir: Gaius, Inst. III; İslâm hukukunda da resûl vekil değildir. Mec. M: 1450.

tıcı sebeplerden sayar. Metus ve Dolus tetkik edildiğinden, burada Error'u tetkik edeceğiz.

Error (77) hakikate uygun olmayan, beyan edilmiş olan irade medlûlünü hakikat zannetmekten ibaret bulunan sübjektif bir yanılmadır.

Modern hukukta hata, yapılmamış olsa idi yapan tarafından mukaveleye girilmez idi ise, akit batıldır; hafif hata halleri nisbî butlan sebebidir.

Roma hukukunda Error ya mukavelenin teşekkülüne manidir veya hiç hesaba katılmaz. Bununla beraber, Justinianus hukukunda hatayı nisbî butlan sebepleri arasında saymayan bu katî prensip değişti.

Error bazı dereceler gösterir:

a) Error in negotio. (Akdin mahiyetinde hata).

Böyle bir hata halinde akit yapılmamış sayılır; çünkü, taraflardan biri, ekseriya borçlu, akdin nevinde, mahiyetinde, başka bir deyişle, hukukî muamelenin özünde yanılmıştı. Iare zannı ile bey'e rıza göstermek bu tip hataya misaldir.

b) Error in persona. (Şahısta hata).

Âkitlerden birinin diğerinin şahsında yanılması halinde, bilhassa âkitlerin şahsının ehemmiyet arzettiği akitlerde, hukukî muamele batıldır (78).

c) Error in corpore. (Aktin mevzuunda hata).

Akdin mevzuunda düşülen hata da akdin teşekkülüne manidir.

Köle satın alacak iken hür bir şahsın satın alınması bu tip hataya bir misaldir.

Beyi akdinde semenin, icarda bedelin miktarı üzerinde düşülen hata da Error in corpore sayılır (79).

d) Error in substantia (Mevzuun evsafında hata).

Klâsik devre kadar mevzuun vasfında hata henüz belirmiş değildi: Ulpianus un Digesta'ya geçen metninde beyi akdinde şeyin vasfında hata, ve hususiyle kölenin cinsiyetinde düşülen hata, kabul edilmekte idi.

Bizans hukuku bu çeşit hataya düşmüş olan şahsa actio ex empto'yu bahsetmek suretiyle vasıfta yapılan hatadan mütevellit zararın tazmini imkânını verir (80).

(77) Vovi, L'Errore, Milano, 1937; p: 293 et s.

(78) Mandatum (vekâlet), Depositum (vedia), societas (şirket) akitlerinde şahısta hata ehemmiyetlidir ve akdin mutlak butlanını doğurur.

(79) D. 19, 2, fr. 52.

(80) R. Monier, Manuel, 1944, t. II, p: 101, n: 1.

3. Mevzu.

Her akdin bir mevzuu bulunmak lâzımdır. Ancak, her mevzu hukuken muteber değildir, binnetice, akdin teşekkülünü sağlayamaz.

Mevzuun muteber olabilmesi için bazı vasıfları cemetmesi, lâzımdır: 1°) Mevzu maddeten ve hukuken müteber olmalıdır (81).

Mevzu, akdin inikadı anında fiilen, maddeten mevcut olmalı veya olabilmelidir. Armut ağacından toplanması kararlaştırılan üzüm satışı maddeten imkânsızlığa misaldir.

Hür bir kimsenin emptio venditio'ya mevzu ittihaz edilmiş olması halinde de hukukî imkânsızlık mevzuu bahistir (82).

Kamuya, dinî müesseselere ait eşya akit mevzuu teşkil edemez; çünkü, bu gibi eşya bu evsafı taşıdığıça mevzu hukuken imkânsızlıkla malûldür.

Mamafih, her iki imkânsızlığa rağmen vaki olan beyide hüsnü niyetli müşteri Actio empti'den faydalanarak zarar ziyanın tazminini temin eder (83).

2°) Mevzu meşru olmalıdır.

Kanunen men edilen eşyayı veya fiili mevzu edinen akitler bâtıldır. Zehir veya zehirli şeylerin satışı muteber değildir. Mevzu, kanunen müeyyidelenmiş olan ahlâk kaidelerine de aykırı olamaz. Bundan ötürüdür ki, miras hakkının devri mukavelesi bâtıldır (84).

3°) Mevzu, alacaklı için bir menfaat temin etmeli ve muayyen olmalıdır.

a) Mevzu, alacaklı için bir menfaat temin etmelidir.

Yapacağı akitten menfaat beklemeyen alacaklı durumundaki bir şahsın borçlu aleyhine dâva ikame etmesi mantıksızdır.

Creditorun akitteki menfaati maddî veya gayri maddî (85) olabilir.

Alacaklının mukavelede menfaati olması ve borçlunun akdi bizzat icra etmesi prensibinin ehemmiyetli neticesi, gayrin fiilini taahhüt ve başkası lehine (üçüncü şahıs lehine) şart memnuiyetidir.

b) Mevzu muayyen olmalıdır.

Akdin mevzuu belirli bir şekilde tesbit edilmelidir. Aksi takdirde

(81) Girard, Manuel, 1929, p: 472 et s. Rabel, Mélanges Gérardin, 1907, p: 497, n: 1.

(82) Mamafih, klâsik devir hukuku hüsnüniyetli müşterinin hür bir adamı köle diye almasını muteber sayar. Bu takdirde müşteri Actio empti'den faydalanır.

(83) Modest, D., 18, 1, fr. 62. 1. Justinianus hukuku aynı himayeyi kabul etti: Just, Inst. III, 23, 5.

(84) Justinianus, daimi suretle vaz geçilmek şartı ile bu anlaşmayı muteber sayar: Michaé - Iidés, Ractes successoraux en droit Byzantin, Paris, 1937, p: 237.

alacaklının ne maksatla dâva açacağı belli olam(yacağı gibi, borçlunun da ne nisbet dahilinde mükellef tutulacağı bilinemez. Nihayet, hâkim akdin ademi icrası halinde tazminat miktarını tayin edemez (86).

4. Causa (illet) (87).

Roma hukuku modern hukuk hilâfına olarak her akitte illet nazariyesine ehemmiyet vermez.

A — Causa'nın tarihçesi.

Eski hukukun şekli akitlerinde şekil ve merasime riayet kâfi idi. Stipulatio gibi tamamiyle şekle tabi akitlerde tarafların karşılıklı ve şekle tabi irade beyanları illet'den ibarettir. Bu kaideden ötürüdür ki eski hukuk muvazayı da muteber sayar (88).

Basit olan ve kolaylık temin eden eski hukuk sisteminin adalet ve hatta ahlâka aykırılığı pretör ve İmparatorluk hukuku ile düzeltildi: Pretör hiç bir hukuk sebep olmaksızın borç altına girmiş olanı exceptio doli mali ile himaye etti. Bu exceptio ile haksız ve sebepsiz yere borçlu durumuna düşen şahıs alacaklının açacağı dâvayı hükümsüz kılar (89).

İmparatorluk hukuku Querela non numeratae pecunia sistemine uyarak alacaklıya faydalandığı edanın sebebini isbat külfeti yüklemiş olmakla Stipulatio'yu da causa'ya tabi tutar.

Ahlâka aykırı bulunan gayelere dayanan illet de pretör ve İmparator hukukunca reddedildi.

B — Çeşitli akitlerde causa.

Aynı mukavelelerde illet mevzuunun teslisidir.

Rızai akitlerde illet takip edilen gayedir. Bu akitlerde illet alacaklı için borçlunun ona temin edeceği meşru menfaat, borçlu için de alacaklının bu menfaate mukabil temin edeceği menfaatten ibarettir (90).

Justinianus hukukunda illet meselesi bilhassa isimli mukaveleler (91) gözönünde tutularak halledilmelidir. Bizans hukukunda taraflardan biri tarafından yerine getirilmiş olan iki tarafa vecibe yükleyen mukaveleler isimsiz akitler kategorisindedirler. Bir tarafın ifası akdin

(85) R. Monier, Manuel, T. II; 1944, p: 106, n: 3.

(86) Roma hukuku bir şey yapma veya yapmama gibi gayri muayyenlik gösteren mevzularda da muayyeniyet prensibini kabul eder: Yapılacak bir hizmetin tayini, bir inşaatın hangi arsa üzerine yapılacağına kararlaştırılması zaruridir; aksi takdirde, akit batıldır.

(87) H. Capitant, De la cause des obligations, 3 éd. 1927; Ed. Cug. Manuel, 1928, p: 919 et s.

(88) Muvazaa halinde akdin hükümsüzlüğü Justinianus hukukunda kabul edildi; Festschrift Koschaker, 1939.

(89) Gaius, IV, 116.

ifası akdin causasını teşkil eder; diğer taraf ifaya ifa ile cevap vermezse mukaveleyi yerine getiren taraf akdi feshedebilir.

Buraya kadar kaydedilen prensipler ivazlı akitlerde illet meselesi ile ilgili bulunanlardır.

C — İvazsız akitlerde causa.

Klâsik devirden itibaren causa bilhassa ivazsız akitlerde ehemmiyetle üzerinde durulan bir mesele idi. Hatta bazı müellifler causa nazariyesinin bu akitler vesilesi ile belirlediği fikrindedirler (92).

Aşağı İmparatorluk devrine kadar hibelerde causa zikredilmemekte idi.

Klâsik devir hukukçuları ahlâka aykırı gayeler ile yapılan hibelerin batıl olacağını kabul ettirdiler.

III — Akitlerin tasnifi.

Gaius ve Justinianus Institutes'lerinde akitler dört tipe ayrılmıştır (93).

Bütün Roma hukuk tarihini ihtiva eden bir tasnifi aşağıdaki gibi yapmak lâzımdır:

1. Sözlü mukaveleler.
2. Yazılı akitler.
3. Aynı mukaveleler.
4. Rızai akitler.
5. İsimli isimsiz mukaveleler.
6. Kesin hukuk ve hüsnüniyet mukaveleleri.
7. Bir tarafa ve iki tarafa vecibe yükleyen akitler.

Her guruba dahil mukaveleleri ayrı ayrı tetkik edeceğiz.

1. Sözlü mukaveleler :

Sözlü mukaveleler tarafların irade beyanını muayyen ve şekle tâbi formüller içinde vukuunu amir bulunan mukavelelerdir.

Sözlü akitler üçe ayrılır :

- A) Stipulatio.
- B) Dictio dotis.
- C) Jus jurandum liberti.

(90) Mamafih, Mandatum bu kaideye istina teşkil eder, çünkü bu akit mandator'a ivaz temin etmez.

(91) G. Chevrier, Essai sur l'histoire de la causa dans les obligations, Paris, 1929.

(92) R. Monier, Manuel, 1944, t. II, p: 112, no: 69.

(93) Ancak Gaius aynı mukavelelerden bahsederken yalnız mutuum'u mev zikreder: Gaius, III, 89; Justinianus ise: (Inst, III, 14) depositum, Commodatum ve Pignus'dan da bahseder.

A. Stipulatio.

a) Stipulatio nun tarifi :

Stipulatio, tarafların sözlü soru ve cevabı ile teşekkül eder; soruyu soran tarafa stipulator, soruya cevap verene de Promissor denir.

Stipulatio ilk zamanlarda Sponsio ve Fidepromissio tiplerinde idi. Sponsio vatandaşlara, diğeri pregrnlere, daha doğrusu, jus gentium a ait bir usuldür.

Stipulatio causa ya lüzum göstermeyen mücerret ve umumî bir akit tipidir. Her vaad stipulatio ile yapıldığı takdirde hukuken bir borç mahiyetini alabilir (94).

b) Stipulatio nun menşei.

Bir doktrine göre (95) Stipulatio, bilhassa Sponsio, nexum dan doğmuştur. Bu sistem yanlıştır, çünkü ödünç akdindeki nuncupatio tek taraflı bir beyandır, Stipulatio ise iki tarafın karşılıklı sözlü beyanını icap ettirir.

İkinci bir nazariyeye göre Stipulatio kefaletten doğmuş bir hukukî muamele tipidir (96). Eski hukukdaki sponsores ler tam manasiyle kefil sayılamıyacaklarından (97) bu fikir de doğru değildir.

Üçüncü ve ekseriyetçe kabul edilmiş olan bir fikre göre Stipulatio menşeiini yeminde bulur.

c) Stipulatio nun teşekkül şartları.

Stipulationun şekli şartları dörttür :

1) Stipulator evvelâ sormalıdır; promissor, müstakbel borçlu sorudan sonra konuşmalıdır, yani cevap vermelidir. Aksi takdirde stipulatio için lâzım merasim yeniden yapılır.

2) Stipulator ve promissor sözlü olarak sormalı ve cevap vermelidir. Sağır ve dilsizler stipulatio ile iktisap ve iltizama ehil değildirler (98).

Stipulatioda sözlü olarak kullanılan formül şöyle idi: Spondeo : vadederisin?. Spondeo: Vadederim.

3) Soru derhal cevaplandırılmalıdır. Şu halde taraflar behemehal hazır bulunmalı idiler. Gaipler arasında stipulatio imkânsızdır.

4) Soru ve cevap muhtevası birbirine uygun düşmelidir (99).

(94) Sein, Précis de droit romain, Sirey, 1926, p: 50.

(95) Mitteis tarafından ileri sürülmüş olan bu fikir Cornil tarafından inkışaf ettirilmiştir: Cornil, Ancien droit romain, p: 93.

(96) Giffard, Précis, t. II, 1934, No: 509.

(97) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 414, n: 3; Girard, p: 517; Giffard, Précis, t. II, p: 32.

(98) Gaius, III, 105.

(99) R. Monier, Manuel, t. II, 1944, p: 115, n: 1.

Stipulator un kayıdsız şartsız borç teklifine karşı şarta bağlı cevap verilemez (100). Aksi takdirde stipulatio tekrarlanır.

Buna mukabil stipulatio soru ve cevabının hakikate uymaması nazara alınmaz, yani muvazaa muteberdir. Hatâ halinde de hüküm aynıdır.

Şekilcilikten doğan bu mahzurlar İmparatorluk devrinde azaltıldı: Tarafların Yunanca ile Stipulatio yapabilecekleri, Promissorum sorudaki fiil ile cevap vermesi mecburiyeti kaldırıldı. Nihayet, M. S. 472 yılında tarafların arzularını iyice ifade edecek her kelimeyi kullanabilecekleri kabul edildi.

Justinianus 531 de çıkardığı bir constitutiones ile Stipulatio nun yazılı olabileceğini de kabul etti. Mamafih, İmparator, ananevi stipulatio şartlarının yokluğu ispat edildiği takdirde yazılı Stipulatio nun muteber olamayacağını da beyan etti (101). Bundan ötürüdür ki, sağır ve dilsizlerin Stipulatio ile alacaklı ve borçlu olamayacakları prensibi Justinianus hukukunda da yürürlükte idi.

d) Stipulatio nun mevzuu :

Stipulatio ancak akitler, (stipulator ve promissor) arasında alacak ve borç doğurur.

Stipulatio da alacak doğuran soru ve borç yaratacak olan cevap bizzat âkitler tarafından beyan edileceğinden başkası lehine şart ve gayrın fiilini taahhüt prensip itibariyle imkânsızdır (102).

1) Gayrın (başkasının) fiilin taahhüt.

Mukaveleden doğacak olan borcu başkası üzerine yüklemek, başkasının fiilini akde mevzu yapmak gayrın fiilini taahhütdür. Böyle bir stipulatio hükümsüzdür, ve fiili taahhüt edenle fiili taahhüt edileni ilzam etmez.

Mamafih, gayrın fiilini taahhüt eden şahıs fiili taahhüt edilen şahsın fiilinin temini için elinden geleni yapacağını da vadederse (porte-fort) Stipulatio muteberdir (103). Nihayet, cezai şart (Poena) derpişi suretiyle de gayrın fiilini taahhüt hüküm ifade eder (104).

Ehemiyyetle kayde değer ki bu iki halde dahi muteber olan porte - fort ve poena için yapılmış olan özel stipulatio dur. Demek ki, Roma hu-

(100) Stipulator 110 istemiş ise Promissor 95 sesteres cevabında bulunursa Stipulatio yine hükümsüzdür: Gaius, Inst, III, 102; Just, Inst, III, 19, 5.

(101) Just, Inst, III, 20.

(102) Cornil, Explication historique de la règle alteri stipulari nemo potest: St. Ricco, IV, 1934, p: 243 et s.

(103) Justin, Inst, III, 19, 3.

(104) Just, Inst, III, 19, 21.

kukunda bilhassa porte - fort sarıh olarak mukavele edilmeli idi; modern hukukda ise porte - fort var farz olunur (105).

2) Başkası lehine şart.

Başkası lehine şart bir mukaveleden üçüncü bir şahsı faydalandırmak, onu alacaklı durumuna sokmaktır.

Roma böyle bir mevzuu ihtiva eden stipulatio yu da muteber saymaz (106). Çünkü lehine şart koşulan şahıs mukaveleye iştirâk etmiş değildir, ve çünkü Stipulatio temsile de mütehammil değildir.

İşaret edilsin ki Roma hukukunun temsile cevaz verdiği hallerde başkası lehine şart muteberdir: alieni juris leri pater lehine şart koşabilirler, öyle ki yaptıkları mukavelelerin tam alacaklısı paterdir.

Mamafih, aşağıdaki iki halde başkası lehine şart muteberdir :

Cezai şart mevzuu bahis ise. Cezai şartı ihtiva eden stipulatio lar muteberdir. Netice olarak, başkası lehine şartın ifası ile mükellef bulunan şahıs şartı yerine getirmediği takdirde cezai şartı ifayı borçludur; ancak cezai şart üçüncü şahsa; yani lehine şart koşulan kimseye değil bu şartın stipulatioya derpişine razı olana ödenecektir (107).

Üçüncü şahıs lehine şart yasağının ikinci istisnası stipulatio nun hem asıl alacaklı ve hem de üçüncü şahıs menfaatine yapılmış olduğu halde mevzuu bahistir. Klâsik misal olarak müsterek vasilerden birine vesayet altındaki mamelekine hâlel getirmemesi şartı ile diğer vasilerin mameleki devretmeleri zikrolunur. Bu şartın vesayet altındaki küçük veya kadın lehine derpiş edildiği âşikârdır. Fakat müsterek, birlikte vesayet müteselsil borç, mesuliyet doğurduğundan aynı zamanda mamelekin idaresini devreden vasilerin menfaatleri ile de ilgilidir (108).

Bu iki halde de dâva asıl alacaklı lehine verilir.

Lehine şart koşulan üçüncü şahısa da dâva hakkı veren başkası lehine şartın muteber olacağı hallerde vardır (109): şart, bunu koşan âkit veya üçüncü şahıs lehine derpiş edilmiş ise hal böyledir. Mamafih, üçüncü şahsın doğrudan doğruya dâvaya hak kazanabilmesi için şartı koşanla arasında ayrı ve koşulan şartla ilgili bir akit yapmış olması lâzımdır (110).

İmparatorluk hukukunda başkası lehine şartı hükümsüz kılan kaideye esaslı istisnalar konuldu: çehizin iadesinden doğan dâvalar bunun tipik

(105) Yargılama usulü ile ilgili gayrın filini taahhüt bahsi için: Girard, Mélanges, t. II, 1923, p: 75; Üçüncü şahıs dâvalarının majistraca tesbit edilen günde mahkemeye geleceğini taahhüt edebiliyordu.

(106) Gaius, III, 108; Just, Inst, III, 19.

(107) Just, Inst, III, 19, 19.

Cezai şart ekseriya asıl borç miktarından fazla olarak tesbit edilmekte olduğundan başkası lehine koşulan şartın yerine getirilmesi şıkkı ihtiyar olunuyordu.

misalidir: çehiz veren çehizin iadesini usul lehine şart koşmuş ise usul çehizin iadesi dâvasını bizzat açar (111).

3) Mirasçılar lehine şart ve mirasçılar fiilini taahhüt.

Umumi kaide kendi fiilini taahhüt eden ve kendisini alacaklı kılan bir şahsın aynı zamanda mirasçuları için de hareket etmiş olduğu yolundadır. Fakat asıl mesele kendi fiilini taahhüt etmeksizin ve kendini alacaklı kılmaksızın yapılan bir stipulatio nun mirasçuları ilzam veya alacaklı kılıp kılamiyacağıdır.

Klâsik devir hukuku menfi mütalâadadır (112). Mamafih, tatbikatta ölünecek an veya ölüm anında hüküm ve netice doğuracak olan gayrin fiilini taahhüt ve mirasçı lehine şart muteber sayıldı.

Bundan başka, şart koşan stipulatio yaparken ölümünde akdin icrasını üzerine alacak olan bir şahsı (Adstipulator) mukaveleye dahil ederse, bu şahıs akitten kazanılacak olan menfaati mirasçılara devr edebilir (113).

Justinianus 531 de çıkardığı bir constitutiones ile bir şahsın hiç bir aracıya lüzum olmaksızın mirasçuları lehine şart koşabileceğini (114), aktillerde tarafların iradelerine hürmet kaidesine uyarak kabul etti.

a) Stipulatio nun neticeleri ve müeyyidesi.

Stipulatio kesin hukuk mukavelesi olduğundan mevzu tamamiyle temin veya ifa edilmelidir, akdin icrası metne tamamiyle uygun olmalıdır.

Stipulatio nun müeyyideleri stipulatio nun mevzuuna göre değişir: Eski hukuk devrinde stipulatio nun müeyyideleri actio per sacramentum in personam dır, çünkü bu devirde stipulatio para ve muayyen şeyleri mevzu edinmekte idi. Formülü dâva usulü devrinde stipulatio nun mevzu meşru her şey olabileceğinden müeyyidesi de çeşitlidir: Actio ex stipulatu ve Condictio. Bu sonuncu dâva gayri muayyenlik gösteren mevzuları ihtiva eden stipulatio nun müeyyidesidir.

Condictio Aşağı İmparatorluk devrinde stipulatio nun esash müeyyidesi olarak işlemekte ve çeşitli tipler göstermektedir.

B) Dictio dotis: (115 - 116).

(108) Just, Inst, III, 19, 20.0

(109) Gaius; Inst, III, 103.

(110) R. Monier, Manuel, t. II, 1949, p: 124, n: 2.

(111) Bu istisnai hal Basiliques hukukçuları tarafından tertip olunmuştur: Girard, Manuel, 1929, p: 480, n: 6.

(112) Gaius, Inst. III, 158.

(113) Gaius, Inst. III, 117.

(114) P. Collinet, Etudes historiques sur le droit de Justinien, I, 1912, p: 291 et s.

(115 - 116) Gaius, Inst. III, 95, 96.

Eski hukukda nişan merasimi esnasında sözlü olarak ileri sürülen çehiz tesisine dair olan bu şart, sonraları ve eskisi gibi şekle tâbi bulunmayan çehiz tesisini tazammun eden müstakil bir mukavele halini aldı. Dictio dotis bizzat nişanlı kadın, veya baba tarafından usulü yapar. Müstakbel kadının borçlusundaki alacak da, kadının rızası ile çehiz olarak kocaya devredilebilir.

Justinianus hukukunda dictio dotis evlenme akdinden sonra da yapılabilir

C) Jus Jurandum libertiè (117)

Kölenin azâd edildikten sonra eski efendisine senede muayyen bazı günlerinde operae vazifesini ifa edeceğine dair verdiği yemindir (118).

Köle şahsiyete sahip olmadığından ailenin dini merasimi esnasında verileceği bu yeminin hükmü olamayacağından endişe edilerek tam azâd edileceği anda, yani henüz şahsiyet alacağı zaman, eski yeminin hukuken mecburiyet ifade etmesini teminen ikinci bir yemin alınmakta idi (119). Mamafih bu ikinci yemine lüzum olmadığı fikrinde bulunmak hâtasızdır; zira, ilk yeminden doğan borç acceptilatio ile sakıt oluyordu; şu halde ilk yemin borcun doğumu için kâfi idi (120).

Klâsik devirde Jus Jurandum liberti ye lüzum yoktu; çünkü azaddan sonra efendi ile azâdî arasında mevzuu operae olan stipulatio yapılmakta idi (121).

2. Yazılı akitler.

Jus civile nin yazılı mukaveleleri aile gelir gider defterine yazılmakla teşekkül ederler

yazılı mukaveleler üç tip gösterirler :

A — Expensilatio

B — Chirographae

C — Sygraphae

A — Expensilatio :

Expensilatio şekle tâbi ve yazılı akid tiplerinin en eskisi olup oniki levha kanunlarından sonra tatbik sahasına çıkmış, İmparatorluk devri ortalarında yürürlükten kalkmıştır.

(117) M. Chevrier, Du serment promissoire en droit romain, Dijon, 1921, p: 89 et s; Lenel, Das edictum, 1927, p: 338 et s.

(118) Gaius a (Inst, III, 96) göre Roma Hukukunda mücerret yeminin borç doğurabileceği hal yalnız budur.

(119) Ulp, D. 38, 1, fr. 7.

(120) Gaius, Inst. III, 83, 96; D. 46, 4, fr. 13. pr.

(121) R. Monier, Manuel, 1944, t. II, p: 113.

Expensilatio Domus'a aid bir gelir gider defteri (Codex) üzerinde gelir ve giderlerin yazılmasıyla teşekkül eden bir mukaveledir; Codex borçlar (Accepta) ve masraflar (Expensa) ya mahsus sayfalar ihtiva ediyordu. Pater familias ödünç para alınca bunu Expensa kısmına kaydediyordu. Fakat Paterin borcu bu alınan paranın Codex e kaldedilmiş olmasından değil, mutuuum muamelesinden, akdinden doğuyordu. Borç ödünç verenin Codex inin expensa sütununa ödünç olarak verilen şeyin kayd edilmiş olması ile doğar.

Görülüyor ki, contractus litteris ler, sözlü akitlerden farklı olarak, gaipler arasında da mümkündür. Bu, yazılı akitlerin sözlülere olan pratik üstünlüğüdür (122).

Bankerlerin faaliyeti genişlediği devirlerde expensilatio nun tatbik sahası hayli daraldı, ve ancak tecdit (novatio) için kullanılır oldu (123).

Expensilatio ancak para borçları doğuran bir mukaveledir; binaenaleyh, bu akitten doğan borcun müeyyidesi actio per conditionem ve sonraları da Condictio certa pecuniae idi.

Aşağı İmparatorlukda expensilatio tatbik mevkiinden kalktı, çünkü bu devirde rızai akitler nazariyesi revaçta idi.

B — Chirographa :

Pregrenler arasında alacak ve borç münasebeti yaratan yazılı run önüne geçmek için pregrenlerin yazılı bir mukavele olan Chirographum ile muamelata girişebilecekleri kabul edildi.

C — Syngraphae :

Bu da Pregrenler arasında alacak ve borç münasebeti yaratan yazılı bir mukaveledir. Chirographa dan farkı, bunun bir nüsha östekinin daha fazla nüshalı oluşundadır. Syngraphae de taraflardan herbiri mukavele metnine sahibdir (124).

İmparatorluk devri başlarında Syngraphae, yerini Chidographae ye terk etti.

3. Aynı mukaveleler (Contractus re).

Aynı mukaveleler mevzuun teslimi ile teşekkül eden (125) mukaveleler olup dört çeşittirler :

A — Mutuum.

(122) Gaius, Inst, 138.

(123) Teferruat için: Girard, Manuel, 1929, p: 530, n: 1; Giffard, Precis, t.II, No: 59.

(124) Giffard, Precis, 1934, t. II, p: 41; Cornil, Droit romain, p: 117.

(125) Gaius, Inst. III, 90; D. E. Viard, La muti datio, I, 1939, p: 75 et s.

B — Despositum.

C — Commodatum.

D — Pignus.

A — Mutuum :

Cumhuriyet devri sonlarına kadar yalnız vatandaşlara, bu devirden itibaren peregrinlere de açık bulunan Mutuum istihlâk için ödünç verme akdidir, bu suretle iare den (commodatum) dan ayrılır.

İlk zamanlarda Mutuum yalnız para ve zahire için kullanılmakta idi (4).

a) Mutuum un teşekkül şartları.

Mutuum un teşekkülü için şu unsurların bulunması lâzımdır:

1) Mutui datio (mutuum mevzuunun mülkiyetinin nakli).

Mutuum mevzuu sayılabilen, ölçülebilen, tartılabilen venihayet, ilk kullanışla yok olabilen şeylerden ibaret olabilir (2). Görülüyor ki res nec mancipi gurubuna dahil olan eşya mutuum mevzuudur. Binaenaleyh, mutui datio için Traditio kâfidir. Mutui datio için Traditio brevis manu ya da başvurulabilir (126).

2) Mutuum mevzuunun iadesine dair anlaşma. Accipiens in (ödünç alan) ödünç aldığı şeyi muayyen bir müddet sonunda iade edeceğine dair söz vermiş olması mutuum un teşekkülü için şarttır (127).

Mutuum taliki şarta bağlı olarak da yapılabilir. Bunun klâsik misali faizli deniz ticareti ödünç akitleridir (128).

b) Mutuum un neticeleri.

Mutuum yalnız bir tarafa (ödünç alan) vecibe doğuran bir akittir. Binaenaleyh, accipiens ödünç aldığı şeyin benzerini iade ile mükelleftir.

Ödünç alanın borcu teslim edilen şeyle taayyün eder, binnetice, temerrüd halinde geçmiş günler faizi ile mükellefiyet mevzubahis olamaz. Filhakiqa, Nexum ile ilgisi olan Fenus faize mütehammil olduğu halde mutuum faizsizdir. Faiz için mutuum yanında ayrı bir Stipulatio yapmak lâzımdır (129). Mamafih, İmparatorluk devrinde ek pactus lar vasıtası ile de mutuum faize bağlanabiliyordu. Justinianus hukuku ban-

(126) Meselâ ödünç veren ödünç alacak olan şahısta depositum ile bulunmakta olan bir şeyini bu traditio ile mutuum mevzuuna çevirebilir. D. 17, 1, fr. 34, pr.

(127) Paul, D. 44, 7, fr. 3, 1; Collinet, Notes critiques, D. 12, 1, 3 (Mélanges Paul Thomas, 1930, p: 133).

(128) Teferruat için: Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 438 et s.; P. Huvelin, Histoire du droit commercial, 1929, p: 196 et s.; R. Moniel, t. II, p: 142 et s.

(129) Paul, Sent, II, 14, 1.

kerlerin ödünç olarak verdikleri paraların faiz getireceğini kabul eder (Nov. 136) (130).

Gizli murabahanın önüne geçmek için imparatorluk hukuku Quere-la non numeratae pecuniae sistemini yarattı. Bu sistem şöyle izah olunur:

Klâsik devir hukuku Stipulatio vemutuumda murabahaya maruz kalan borçluyu exceptio doli ile himaye etmekte idi ise de beyyine külfeti borçluya terettüp ettiğinden murabahayı ispat pek kolay değildi. Halbuki imparatorluğun himaye sisteminde ispat külfeti alacak-lıya düşüyordu, şöyle ki, alacaklı stipulatio veya mutuum ile borçluya hakikaten talep ettiği miktar kadar ödünç vermiş olduğunu ispat ile mü-kelleftir. Fahiş faizleri de sermayeye eklemek ve sermaye olarak gös-termek gibi hileli yollardan hareket eden alacaklının bu suretle, gayri meşru gayeye erişme imkânı hayli azalıyordu.

Querela non numeratae pecuniae bilhassa Mısır Eyaletinde borcun yokluğunu ispat için kullanılan davanın adıdır. Yukarı İmparatorluk dev-ri bu davayı murabahacılar aleyhine işleyecek olan bir sistem haline ge-tirdi.

Justinianus hukukunda Querela ancak iki sene içinde kullanılabil-ir, ve, kabul edilen ödünç inkâr eden veya ödünç miktarını haksız ye-re tanımayan borçlu ödünç verilen miktarın iki misline mahkûm edilir.

Justinianus'dan sonra Contestatio (inkâr, red) querela yerine kaim oldu, binnetice, contestatio halinde alacaklı, müddei vaziyetine düşece-ğinden, alacağın mevcudiyetini, yani muayyen bir meblâğı ödünç verdi-ğini ispat etmekle mükelleftir.

(130) Roma mevzuatı ödünç alanı yüksek faiz tazyikinden kurtarıcı tedbir-ler aldı. Oniki levha kanunu faiz miktarının senede sermayenin iki mislini geç-meyeceğini kabul eder. Bu itibarıdır ki, Plebs mücadelesi faiz miktarını indiren kanunların çıkarılmasına müncer oldu: M. E. 342 de çıkan Lex Genucia faizi ta-mamen yasak etti: Tite-Live, VII, 42. Bu yasak Lex Marcia ile de müeyyidelendi; bu kanun faiz alanın hükme lüzum olmaksızın Manus injectio ya tâbi olacağını ilân etti: Gaius, Inst. IV, 23.

Fakat ticaret ve para hacmi faizin zaruri olduğunu mevzuata da tasdik ettir-mekte gecikmedi: Cumhuriyet devri sonlarında faiz senede % 12 olarak tespit edil-di. Mamafih bu miktar gemi vasıl olmadıkça deniz ticareti ödünçlerinde tatbik olu-namazdı: Paul, Sent, II, 14. Justinianus hukukunda azami faiz miktarı % 6 dır; ancak, bu, ödünç veren ve alanın şahsına göre değişebilir: G. Cassimatis, Les intérêts dans la législation de Justinien et dans le droit byzantin, Thèse, Paris, 1931 Roma hukuku faizlerin sermaye addedilmesini de, bu husustaki anlaşmaları da yasak etti: teferruat: R. Monier, Manuel, t. II, p: 145.

Justinianus hukuku Querela sistemini paradan başka ödünçlere de tatbik etti.

B — Depositum.

Bir şahsa ait bir şeyin ücretsiz olarak ve muayyen bir müddet için diğer bir şahıs tarafından muhafaza edilmesini mevzu edinen aynı bir mukaveledir.

Bu tarifden depositor'un zilyed olmayıp alelade vazilyeden ibaret bulunduğu neticesi çıkarılır.

Depositum dostluk ve itimat bağına dayanan bir akit olduğundan, Furtum usus ve şeyin iade edilmemesi halinde vaki olacak mahkûmiyet terzî edicidir. (131).

Depositum da vade derpiş edilmiş olması sırf mudi menfaatine olduğundan, depositor, şeyin istenmesi vade hülulünden evvel vaki olsa bile iade ile mükelleftir.

Mudi, müstevdinin şeyin muhafazası için yapmış olduğu masrafla-tazmin ile mükelleftir. Justinianus hukukunda müstevdinin bu masrafları elde etmek için şey üzerinde hapis hakkı yoktur.

Üç çeşit depositum vardır:

a) Mecburi, zaruri depositum. (132)

Yangın vesaire gibi şeyin derhal ve her kim nezdinde olursa olsun bırakılmasını icap ettiren fevkalade hallerin icap ettirdiği depositum'dur. Bu gibi hallerde müstevdinin dost olup olmadığına bakılmayacağından depositum'un ihlâli halinde tatbik edilecek müeyyideler daha ağırdır. İade etmeme halinde iki misli mahkûmiyet mevzu bahistir.

b) İhtilâflı şeylerin Depositum'u.

Majistra ihtilâflı şeyi hüküm verilinceye kadar taraflardan birine tevdi edebilir. İhtilâflı şeyin müstevdii alelade müstevdiden farklı olarak zilyedliği himaye eden interdictum'lardan faydalanır.

c) Bankerlere yapılan depositum. (133)

Bu, diğer depositum hallerinden tamamıyla farklı bir mahiyet gösterir; çünkü, müstevdi tevdi olunan şeyi kullanabilir. Bu tip depositum ekseriya para ve zahire gibi şeyleri mevzu edinir. (134).

(131) Gaius, Inst. IV, 182.

(132) Just, Inst. IV, 6, 17, 26.

(133) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 448.

(134) Paulus ve Ulpianus devrine kadar Roma hukukunda bu tip depositum tatbikatta değildi. Hakikaten, bu hukukçular bu tip depositum'u Mutuum mahiyetinde mütalâa etmekte idiler: D., 16, 3, fr. 1, 34.

Roma hukukunda bu depositum'u ilk kabul eden Papinianus'dur: D. 16, 3, fr. 24,25.

Justinianus hukukunda bu tip depositum depositum nazariyesine aykırı olarak (135) faiz de getirebilir. Mudi, actio depositi ile faizleri isteyebilir.

C — Commodatum. (Ariyet)

Bir şahsın muayyen bir müddet sonra iade etmek şartı ile diğer bir şahsa ait olan bir şeyi kullanmak üzere vazulyed kılan aynı bir mukaveleşahsa ait olan bir şeyi kullanmak üzere vazulyed kılan aynı bir mukaveledir. (136). Commodatum'un mevzuu prensip itibarile ilk kullanışla yok olan, ilk istimâl ile istihlâk edilen şeyler olamaz. Aksi takdirde, Quasi ususfructus mevzu bahis olurdu. Commodatum'a at, araba, masa gibi şeyler mevzu teşkil eder. Mamafih, bazı hallerde mevzu ilk kullanışla yok olabilen şey mahiyetini de gösterebilir: eyi kalitede bir madeni paranın saat imâlinde kullanılmak üzere verilmesi buna misaldir.

Ariyet alan şeyin mukaveledeki kullanış şartlarına aykırı hareket ederse Furtum cezasına çarptır. Buna mukabil, şeyin mücbir sebeple ziyandan mesuliyet yoktur.

Ariyet veren, şeyin muhafazası için yapılan masrafları, ve, şeyin kusurlu olmasından görülen zararları tazminle mükelleftir; ancak bu sonuncu halde hüsnüniyet mesuliyeti bertaraf eder.

D — Pignus (Rehin).

Geniş manasında bütün aynı garantileri ifade eden Pignus, dar manasında bir menkulün borç ödeninceye kadar alacaklının zilyedliğinde kalmasını icap ettiren aynı bir mukaveledir.

Commodatum ve Depositum'dan farklı olarak Pignus, zilyedlik bahşeder, ve binnetice, alacaklıya zilyedliği himaye eden interdictum'lardan faydalanma imkânını verir.

Rehin mevzuunu mukaveleye aykırı olarak kullanan, ondan faydalanan alacaklı Furtum usus işlemiş sayılır.

Cumhuriyet devri sonlarında alacağın vade hülûlünde ödenmemiş olması halinde rehin mevzuunun alacaklının mülkiyetine geçeceği kabul edilmişti. Bir çok mahzurları âşikâr olan Lex commissoria (rehnin alacaklı mülkiyetine geçeceğine dair anlaşma) kostantin tarafından yasak edildi.

(135) Çünkü Depositum ücretsizdir.

(136) Roma hukukçuları Commodatum mevzuu üzerinde münakaşada bulunmuşlardır: Labeo, commodatum'un ancak menkuller, Cassius ise gayri menkuller (res soli) için de mevzuu bahis olabileceği fikrindedir: Ed. Cuq, Manuel, 1923, p: 444, n: 6; R. Monier, Manuel, t. II, 1944, p: 161, n: 4.

Justinianus hukukunda borcunu ödeyen borçlu *Actio pigneraticia directa* ile rehne verilen şeyi geri almak, ve şeyin kıymeti eksiltilmiş veya şey zayi olmuş ise tazmin ettirmek hakkına sahiptir. Alacaklı da merhun üzerinde yaptığı zarurî masrafları *Actio pigneraticia contraria* ile talep eder.

4. Rızaf akitler.

Sırf iradelerin uyuşması ile alacak ve borç doğuran akitler şunlardır:

- A — *Emptio venditio*.
- B — *Locatio*
- C — *Societas*.
- D — *Mandatum*.
- A. *Emptio venditio*.

Beyi satıcının (venditor) bir şeyin mülkiyetini muayyen bir miktar para (semen) karşılığında müşteriye (emptor) devreden bir akit-tir. (138)

a) *Emptio venditio*'num tarihçesi.

Alım satım akdi Cumhuriyet sonlarına kadar sırf rızaya dayanan, her türlü şekil ve teslim şartından âri bir akit değildi: Oniki levha kanunları peşin alım satımı kabul eder. Şu halde, satılan şeyin (mebi) ve bu şeye karşılık olan bedelin (semen) aynı zamanda verilmiş olması lâzımdı. Beyi için *mancipatio*'ya müracaat lâzımdı. Mamafih, Oniki levha kanunu taliki ecile bağlı *emptio venditio*'ya da yer verir. (139) Kanunun *Pignoris capio*'ya kabul etmiş olması bunun delilidir. (170)

Ticarî hayatın inkişafı veresiye *emptio venditio*'yu zarurî kıldı.

Romada sırf rızaya dayanan beyi akdinin M.E. I. nci asır başlarında yayıldığı umumiyetle iddia olunmaktadır. Müelliflerin ihtilâfa düştükleri nokda peşin beyiden veresiye bey'e nasıl geçildiğidir. Bu hususda ileri sürülen nazariyelerden (141) bu intikalin menşei aramakda

(138) Paulus, (D. 18, 1, fr. 1, pr.) bey'in menşei trampada bulur, ve, para icat edilince ekser trampa muamelesinin *emptio venditio* mahiyetine çevrildiği fikrini güder.

(139) Gaius, *Inst. IV*, 28.

(140) Pernice, *Labéo*, I, p: 454; Vincent, *Droit des Ediles*, 1922, p: 132 et s. Ihering, *Esprit du droit romain*, III, p: 232; Girard, *Manuel*, 1929, p: 570 n: I; Appleton, *Rev. hist. de droit*, 2926, p: 381.

fayda bulunmadığı ve rızâi bey'e, doğrudan doğruya geçilmiş olduğu fikrini güden nazariyeyi (141) kabul etmek daha uygundur. Bu nazariyece, hususî hukuk sahasındaki rızaya dayanan, yani veresiye emptio venditio Devletin şekle tâbi olmaksızın yapmış olduğu alım satımlar taklit edilerek vücut bulmuştur. Devlet, giriştiği alım satımlarda sırf mukavele, rızaların uyuşması ile iktifa ediyordu.

b) Emptio venditio'nun teşekkülü.

Beyi akdinin teşekkülü için şu nsurların bulunması lâzımdır:

1°) Venditor ve emptor'un iradelerinin uzlaşması, yani rızanın husulü. Error'in substantia halinde rıza yok sayılır.

2°) Mebi (satılan şey) in mevcudiyeti.

Mebi menkul ve gayri menkul olabilir. Mebi başkasına da ait olabilir; çünkü, akdin yerine getirilmemesi halinde satıcı müşterinin zarar ziyanını tazmin ile mükelleftir. Şu halde, mebiin başkasına ait olmasının mahzuru yoktur. Gelecekte elde edilecek olan eşya da akdin mevzuunu teşkil edebilir: henüz olmamış tabii semerelerin ve henüz biçilecek durumda bulunmayan hasilâtın satılması da muteberdir.

Roma hukukunda müstakbel eşyanın satışı iki tip gösterir: Emptio spei, Emptio rei speratae. Her iki beyi akdinin mahiyeti de ihtilâfıdır. Birinci beyide müstakbel şey, venditor'un kusuru olmaksızın tahakkuk etmemiş oldukça tam bir beyi hüküm ve neticelerine müncer olur. Emptio rei speratae ise müstakbel mebiin gelecekte vücut bulması şartına bağlı bir beyi akdidir. Şeyin vücut bulması halinde taliki şarta tahakkuk etmiş nazariyle bakılır.

3°) Pretium (Semen)

Semen para ile takdir edilmiş bir meblâğ olmalıdır. (143-144) Aksi takdirde Trampa (Permutatio) mevzu bahistir.

Semen eyice tayin edilmiş, belirtilmiş bulunmalıdır. Semen akdin yapılışı, inikadı anında tespit olunmalıdır. Justinianus hukuku semeni sonra tesbit edilecek olan emptio venditio'yu semen tayin edilmiş olduğu andan itibaren inikad etmiş farz eder.

Semenin mutlaka satılan şeyin hakiki kıymetine uymasına lüzum yoktur. Venditor semeni az veya çok isteyebilir; ancak, hileli artırımlar muteber değildir.

Hıristiyanlığın tesiri ile Laesio nazariyesi bey'in feshine sebep teşkil etti: Justinianus Laesio enormis'i, yani mebiin yarı bedelinden az

(141) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 453 et s: Chausse, Les singularités de la vente romaine, Rev. hist., 1899, p: 513 et s; R. Monier, Manuel, 1944, t. II, p: 170, No: 107.

(142) Gaus, Inst. III, 140, 141; Just, Inst, III, 23, 1.

semenle satılmış olması halini gabin addeder. Mamafih, gabin nazariyesi daima satıcı lehine işlemekte idi. Bizans hukukçularından bazıları müşterinin de himayesini düşündüler. Gabin akdin teşekkülüne mani değildir. Mağdur'ya mukavelenin feshini veya semen farkını isteyebilir.

Pey akçesi semen hükmünde değildir. (143).

c) Emptio venditio'nun neticeleri.

1*) Müşterinin borç ve hakları.

Müşterinin ilk mükellefiyeti semeni ödemektir. Bu mükellefiyetin müeyyidesi satıcı lehine işleyen Actio venditi'dir. Müşteri mebi teslim aldığı andan itibaren semenin faizlerini de ödemekle mükelleftir (144).

Müşteri, satıcının şeyin muhafazası için eyiniyetle yaptığı zarurî masrafları tazminle borçludur.

Hilâfına şart koşulmadıkça semen toptan (defaten) ödenir.

Müşterinin hakkı mebiin mukavele edilen şart üzere kendisine devrini istemekden ibarettir.

2*) Satıcının borç ve hakları.

Satıcının esaslı mükellefiyeti satılan şeyi emptor'a teslim etmektir (145). Bu mükellefiyet emptor lehine işleyen actio empti ile müeyyidelenmiştir.

Bazı müellifler (146) satıcının mebiin mülkiyetini de devretmekle mükellef bulunduğu fikrinde iseler, de bu görüş tarzı hatâlıdır: Hakikaten, evvelce de görüldüğü üzere, Roma hukuku başkasına ait şeyin de bey'e mevzu olabileceğini kabul eder. Diğer cihetten, emptio venditio'nun teşekkülü anından itibaren şeyin daimi zilyedliği de devredilmiş olur. Esasen bazı metinler bu tenkidi teyid edici mahiyettedirler. (147) Niha-

(143) Klâsik devirde pey akçesi hem bayi akdinin, ispat vasıtası, hem de semenin eda edilmemesi halinde pey akçesi tamamıyla satıcıda kalmakta idi: D. 18, 3. fr. 6. Demek ki, Klâsik devirde pey akçesi semen hükmünde değildi. Justinianus hukukunda da pey akçesi prensip itibariyle akdin ademi ifasında satıcıda kalacak olan bir meblâğdan ibarettir. Mamafih, Justinianus, pey akçesi ile ilgili ve ihtilâflara sebep olan bazı yenilikler de yaptı: E. Popesco, La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sius Justinien, Thèse, Paris, 1925, Senn, Nouv. Rev. hist, 1913, p: 573 et Bizans hukukunda pey akçesi tamamıyla cezi mahiyettedir.

(144) Bu mükellefiyetin ayrıyeten actio venditi formülünde kaydedilmiş olmasına lüzum yoktur: Ch. Appleton, Rev. hist. de droit, 1927, p: 249 et s.

(145) M. Bussmann, L'obligation de délivrance du vendeur en droit romain classique, Lausanne, 1933; A. Ruiz, Festschrift Koschaker, 1939, II, p: 141.

(146) R. Barberis, (Studi Bonfante, II, p: 128).

(147) Labeo, D. 18, 1, fr. 80, 3; Metinlerde ekseriya possessionem tradere, zilyedliğin devri tabiri kullanılmıştır: D. 19, 1, fr. 2, 1.

yet, vatandaşlar ile peregrinler arasındaki alım satım akdinde Traditio'nun müstamel ve kâfi olduğu da malumdur.

Müşterinin başkasına ait olan bir şeyi bile bile almış olması ehemmiyet ifade etmez. (148).

Satıcı, akdin inikadı anından itibaren mebidde husul bulan semereleri de iade ile mükelleftir. (149). Mamafih, ekseriya hilâfına mukavele edilmekte idi.

d) Emptio venditio'nun icrası. (yerine getirilmesi)

Muasır hukukun aksine olarak Roma hukuku, mukavelede aksine sarahat bulunmadıkça ve mebiin gizli ayıpları olmadıkça, akdin feshi imkânını bahşetmez. Bu, akdin inikadı anından itibaren mebiin müşterinin mülkiyetine geçmiş farz olunmasının bir neticesidir.

Bu kaidenin ehemmiyetli neticeleri şunlardır:

1°) Mebiin satıcının kusuru haricinde zıyaı halinde akit münfesihtir değıldir.

2°) Binnetice, müşteri semen'i ödemekle mükelleftir.

(148) R. Monier, Manuel t. II, p: 186, N: 3.

(149) Bazı müellifler (Haymann, Z. der sav. Stift, t. 40, 1919, p: 331) aksi fikirde iseler de, beyi mebiin mülkiyetini nakleden bir mukavele olduğundan kaideten semerelerin de devri lâzım gelir.