

**T.C.  
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**BENGİ SERMET SAYIN**

**ROMA HUKUKU'NDA PACTUM'LAR (ANLAŞMALAR)**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**TEZ YÖNETİCİSİ  
DOÇ. DR. KÜRŞAT NURİ TURANBOY**

**KIRIKKALE-2008**

**T.C.  
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**BENGİ SERMET SAYIN**

**ROMA HUKUKU'NDA PACTUM'LAR (ANLAŞMALAR)**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**KIRIKKALE-2008**

**T.C.**  
**KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE**

**Bengi Sermet Sayın** tarafından hazırlanan “**Roma Hukuku’nda Pactum’lar (Anlaşmalar)**” adlı tez çalışması, jürimiz tarafından **Özel Hukuk** Anabilim Dalı’nda YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak oybirliği / oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Başkan

Doç. Dr. Nadi GÜNAL

Üye

Doç. Dr. Kürşat Nuri TURANBOY

(Danışman)

Üye

Doç. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

## ÖZET

Bu çalışmanın amacı, *pactum*'lar (anlaşmalar) konusunu Roma Hukuku sözleşmeler sistemi ile incelemek ve günümüz hukukundaki kurumlarla ilişkisini ve katkılarını belirlemek suretiyle hukuki niteliğini ortaya koymaktır. Bu çalışmada Roma Hukuku'nda *pactum*'ların borcun kaynakları arasındaki yeri belirlenmiş, şekli ve kurulması hakkında bilgi verilmiştir. *Pactum*'larla ilgili olarak *Ius Civile*'nin ilk dönemlerinde ve *Ius Civile*'nin gelişme dönemlerindeki yaklaşımlara yer verilmiştir. Ortaya konan bu yaklaşımlardan ve tanımlardan yola çıkılarak *pactum*'ların Türk Hukuku'nu ne ölçüde etkilediği tartışılmıştır. Ayrıca *pactum*'la yapılan hukuki işlemlerin çeşitleri açıklanmıştır. Bu hukuki işlemler *Ius Civile* 'nin tanıdığı ek anlaşmalar (*pacta adiecta*), *praetor pactum*'ları (*pacta praetoria*) ve İmparatorluk Hukuku *pactum*'ları şeklinde tasnif edilmiş ve her birinin hukuki niteliği ortaya konulmuştur.

## ABSTRACT

The aim of this study is to examine the subject of *pactum* with the Roman Law Contracts System and to put forward judicial quality to determine the relation and contributions of it among today's law institutions. In the study, in Roman Law the place of *pactums* among the sources of debt has been determined and form and information has been given about form and foundation about it. Concerning the *pactums*; approaches in the first and the development period of *Ius Civile* have been presented. Basing on these approaches and definitions, how much *pactums* affected Turkish Law has been discussed. The varieties of judicial procedure made with *pactum* have been explained. These judicial procedures were assorted as the addition contracts (*pacta adiecta*) approved by *Ius Civile*, *praetor pactums* (*pacta praetoria*) and emperor *pactums* (*pacta legitima*) and the judicial quality of each of them has been put forward.

## **KİŞİSEL KABUL**

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım “Roma Hukuku’nda Pactum’lar (Anlaşmalar)” adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin bibliyografyada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

22.02.2008

Bengi Sermet SAYIN

## ÖNSÖZ

Zamanın ilerlemesine paralel olarak, hukuk alanında da gelişmeler olmakta, hukukun gelişimine katkıda bulunacak görüşler, yorumlar ve düzenlemeler yapılmaktadır. Hukuk bilimi ve bu alana yapılan katkılar incelenirken gözden kaçırılmaması gereken bir nokta vardır. O da, günümüz hukuk sistemlerinin temelinin Roma Hukuku'na dayanıyor olmasıdır. Bu özelliği itibarıyla hukuk biliminde önemli bir yeri olan Roma Hukuku uygulanırlığı konusunda eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu nedenden dolayı ülkemizde bu alana yönelik çalışmalar kısıtlı kalmıştır. Ancak, bazı Batılı ülkelerde Roma Hukuku alanındaki çalışmalara geniş yer verilmektedir. Bu ülkeler geçmişle gelecek arasında bağlantı kurarak, uygulanmakta olan hukukun daha iyi anlaşılmasını amaçlamaktadırlar. Bu nedenle, hukukun zaman içerisindeki gelişiminin değerlendirilmesi bakımından da Roma Hukuku ayrıca bir önem taşımaktadır.

*Pactum*'ları konu alan bu çalışma Roma Hukuku alanında ülkemizde yapılan ilk çalışmadır. Çalışmamın bu alanda olması itibarıyla ülkemizdeki Roma Hukuku alanındaki çalışmalara katkısı olma ümidini taşımaktayım.

Bu çalışma sürecinde ve akademik yaşamımda desteğini benden hiçbir zaman esirgemeyen ve özverili yardımlarından dolayı danışmanım Doç. Dr. Kürşat Nuri Turanboy'a, tezin alt yapısının oluşturulması konusunda katkıları bulunan ve görüşleriyle bana yol gösteren Doç. Dr. Nadi Günal'a, fikirleriyle tezime önemli katkılarda bulunan Doç. Dr. Erkan Küçükgüngör'e, yaşamın her anında en büyük desteğim olan aileme ve Kürşat Korkmaz'a teşekkürü bir borç bilirim.

## KISALTMALAR

AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BATİDER.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	: Cilt
C.I.C.	: Corpus Iuris Civilis
Çev.	: Çeviren
Gaius, Ins.	: Gaius Institutiones
GÜHFD.	:Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜİİBFD	:Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
Iust., Ins.	: Iustinianus Institutiones
İİK.	: İcra İflas Kanunu
İÜHFD.(M)	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Mecmuası)
MK.	: Medeni Kanun
M. Ö.	: Milattan Önce
m.	: Madde
pr.	: Principium
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa sayısı
vd.	: Ve Devamı



# İÇİNDEKİLER

ÖZET .....	0
ABSTRACT .....	II
KİŞİSEL KABUL .....	III
ÖNSÖZ .....	IV
KISALTMALAR .....	V
İÇİNDEKİLER .....	VI
GİRİŞ .....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ROMA HUKUKU'NDA BORCUN KAYNAKLARI, ROMA HUKUKU SÖZLEŞMELER SİSTEMİ, ROMA HUKUKU SÖZLEŞMELER SİSTEMİ İÇERİSİNDE PACTUM'LAR (ANLAŞMALAR)

§ 1. ROMA HUKUKU'NDA BORCUN KAYNAKLARI .....	4
I. SÖZLEŞMELER (CONTRACTUS) .....	6
II. SÖZLEŞME BENZERLERİ (QUASI CONTRACTUS) .....	8
A. Sebepsiz Zenginleşme (Condictio) .....	8
B. Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio) .....	9
C. Vesayet (Tutela) .....	11
D. Müşterek Mülkiyet (Communio Incidens) .....	12
E. Muayyen Mal Vasiyeti (Legatum) .....	13
III. HAKSIZ FİİLLER (DELICTUM) .....	14
IV. HAKSIZ FİİL BENZERLERİ (QUASI DELICTA) .....	15
A. Si Iudex Litem Suam Fecit .....	17
B. Actio De Deiectis Vel Effusis .....	17
C. Actio De Posito Et Suspenso .....	18
D. Actio In Factum Adversus Nautas, Caupones Et Stabularios .....	18

E. Fraus Creditorum .....	18
F. Dolus (Hile) .....	19
<b>§ 2. ROMA HUKUKU SÖZLEŞMELER SİSTEMİ .....</b>	<b>20</b>
I. SÖZLÜ SÖZLEŞMELER .....	20
II. AYNİ SÖZLEŞMELER.....	21
III. YAZILI SÖZLEŞMELER .....	23
IV. RIZAİ SÖZLEŞMELER .....	24
<b>§ 3. ROMA HUKUKU SÖZLEŞMELER SİSTEMİ İÇERİSİNDE PACTUM'LAR</b>	
<b>(ANLAŞMALAR).....</b>	<b>26</b>
I. RIZAİ SÖZLEŞMELER GRUBUNUN GENİŞLEMESİ .....	26
II. PACTUM'LARIN HUKUKİ NİTELİĞİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ .....	27
A. Ius Civile 'nin İlk Dönemlerinde Pactum'lar .....	27
B. Ius Civile'nin Gelişme Döneminde Pactum'lar.....	27
III. PACTUM'LARIN ŞEKLİ VE KURULMASI.....	30

## İKİNCİ BÖLÜM

### PACTUM'LARIN SINIFLANDIRILMASI,

### PACTUM VE DİĞER KURUMLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

#### § 1. PACTUM'LARIN SINIFLANDIRILMASI

I. IUS CIVILE'NİN TANIDIĞI EK ANLAŞMALAR (PACTA ADIECTA) .....	36
A. Alım Satım Sözleşmesi .....	37
B. Alım Satım Sözleşmesine Bağlı Ek Anlaşmalar .....	38
1. Pactum Arrhale .....	38
2. Lex Commissoria .....	39
3. In Diem Addictio (Addictio In Diem) .....	40
4. Pactum Displicentiae .....	41
II. PRAETOR PACTUM'LARI (PACTA PRAETORIA).....	42
A. Borç Ödeme Taahhüdü (Constitutum Debiti) .....	43
1. Constitutum Debiti ve Soyut Borç İkrarı İlişkisi.....	46

2. Constitutum Debiti ile İfa Zamanının Ertelenmesi İlişkisi.....	49
B. Hakem Anlaşması ( Receptum Arbitrii ) .....	52
1. Hakem Anlaşmasının Kurulması ve Hukuki Niteliği .....	52
2. Hakem Ehliyeti ve Seçimi .....	54
3. Hakemlerin Görev Şekli ve Sorumluluğu .....	56
C. Receptum Nautarum- Cauponum-Stabulariorum.....	57
D. Receptum Argentarii .....	58
1. Roma Hukuku'nda Teminat Kavramı .....	59
2. Roma Hukuku'nda Şahsi Teminatlar.....	59
3. Receptum Argentarii Kavramı ve Hukuki Niteliği.....	61
III. İMPARATORLUK HUKUKU PACTUM'LARI	
(PACTA LEGITIMA) .....	63
A. Tahkim (Compromissum).....	64
1. Tahkim Anlaşmasının Hukuki Niteliği ve Doktrindeki Görüşler .....	64
2. Tahkime Konu Olabilecek Uyuşmazlıklar .....	66
3. Tahkim Anlaşmasında Tarafların Ehliyeti.....	67
4. Tahkim Anlaşmasının Etkileri.....	67
5. Tahkimin İcrası.....	68
6. Tahkimin Sona Ermesi ve Türk Hukuku'nda Tahkim .....	68
B. Cihaz Vaadi (Dotis Promissio/Dotis Dictio) .....	70
1. Cihazın Hukuki Niteliği .....	70
2. Cihaz Yükümlülüğü .....	72
3. Cihazın Verilmesi .....	73
a. Cihazın Pactum Dışındaki Hukuki İşlemlerle Verilmesi .....	74
aa. Datio Dotis .....	74
ab. Legatum.....	75
ac. Promissio Dotis ve Dictio Dotis .....	75
b. Cihazın Pactum'la Verilmesi.....	76
4. Cihazın İadesi .....	76
a. Cihazın İadesine İlişkin Genel Düzenlemeler .....	77
b. Cihazın İadesine İlişkin Pactum'lar.....	78
ba. Cihaza İlişkin Pactum'lar Konusunda Kadını Korumaya Yönelik	
Düzenlemeler.....	79

bb. Cihaza İlişkin Pactum'lar Konusunda Kocayı Korumaya Yönelik Düzenlemeler.....	79
bc. Cihaza İlişkin Kural Olarak Geçersiz Sayılan Pactum'lar .....	80
C. Bağışlama (Donatio).....	80
1. Bağışlamanın Unsurları .....	80
a. Sağlar Arası Bir Kazandırıcı İşlem Olması .....	81
b. Kazandırıcı İşlemin Bağışlama Amacıyla Yapılmış Olması .....	81
c. Bağışlamanın Bir Anlaşma Olması .....	81
2. Bağışlama Ehliyeti Ve Bağışlama Tasarruf Yetkisi .....	82
3. Bağışlamanın Şekli .....	84
a. Elden Bağışlama .....	84
b. Bağışlama Taahhüdü .....	85

## **Ş2. PACTUM VE DİĞER KURUMLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ**

I. PACTUM VE EKSİK BORÇ İLİŞKİSİ .....	87
II. PACTUM VE İBRA İLİŞKİSİ .....	88
III. PACTUM VE KARZ SÖZLEŞMESİ (MUTUUM) İLİŞKİSİ.....	91
IV. PACTUM VE ARIYET SÖZLEŞMESİ (COMMODATUM) İLİŞKİSİ .....	93
V. PACTUM VE VEDİA SÖZLEŞMESİ (DEPOSITUM) İLİŞKİSİ.....	93
VI. PACTUM VE STIPULATIO İLİŞKİSİ.....	94
<b>SONUÇ.....</b>	<b>100</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>103</b>

# GİRİŞ

Borç ilişkisi, iki veya daha çok kişi arasında kurulan, alacaklı tarafın, borçludan bir edimi yerine getirmesini isteme hakkını veren hukuki bağıdır. Roma Hukuku'nda borcun kaynakları dörtlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bunlar, sözleşmeler, sözleşme benzerleri, haksız fiiller ve haksız fiil benzerleridir.

Roma Hukuku'nda sözleşmeler sistemi ise, ayni, yazılı, rızai ve sözlü sözleşmeler olarak düzenlenmiştir. Roma Hukuku sözleşmeler sistemi zamanla değişikliklere uğramış ve önceleri borcun kaynakları arasında yer almayan ve anlaşma olarak nitelenen *pactum*'ların, sonrasında geçersiz ya da etkisiz olmadığı kabul edilmiştir. Bu gelişme ile birlikte, rızai sözleşmeler grubuna bazı yeni sözleşme türleri eklenmiştir. *Pactum*'lar da rızai sözleşmeler grubuna sonradan eklenen bir kurumdur.

*Pactum* terimine Roma Hukuku'nun ilk devirlerinden itibaren rastlanmaktadır. *Pactum*, kamu hukukunda ve özel hukukta çeşitli durumları ifade etmek için kullanılmıştır. Bu çalışmadaki asıl inceleme alanı, *pactum*'un kamu hukukundaki yeri değil, özel hukuktaki anlamı ve kullanımınıdır. Kamu hukukundaki yeri kısaca incelenmiş ve *pactum*'ların hukuki niteliğindeki ayrım *Ius Civile* 'ye göre belirlenmiştir.

*Ius Civile*'nin ilk dönemlerinde kamu hukuku alanında kullanılan *pactum* terimi, daha sonraları özel hukukta farklı bir hukuki kurumu ifade etmek için kullanılmaya başlanmıştır. İki veya daha fazla kişi arasında yapılan ve *Ius Civile* tarafından tanınan sözleşme tiplerinden birine girmeyen tüm anlaşmalara *pactum* denilmiştir.

Günümüz hukukunda iki taraf arasında yapılan anlaşmalar sözleşme (*contractus*) olarak ifade edilirken, Roma Hukuku'nda *contractus*, borç doğuran belli sözleşme tiplerini gösteren teknik bir terim olarak kullanılmaktaydı. *Pactum*'lar ise borç doğurmayan hukuki işlemlerdi. Daha sonraları *pactum*'ların bazılarında dava hakkı tanınmış ve gerçek birer sözleşme haline gelmişlerdir. Dava hakkı tanınmasına kadar geçen süreç içerisinde üç aşama bulunur. İlk aşamada, *Ius Civile* yapılan ek

anlaşmaların geçerliğini kabul etmiştir. Ardından *praetor*'lar diğer bazı *pactum*'lara hukuki olarak koruma imkânı tanımıştır. Son olarak İmparatorluk Dönemi'nde yeni bazı anlaşmalara sözleşme niteliği verilmiştir.

Bu çalışma iki temel bulgu üzerinden incelemeyi odaklanmıştır. Birincisi *pactum*'ların hukuki niteliği ve tasnifi üzerinde olmuştur. Diğeri ise, *pactum*'ların tarihsel gelişimi ve günümüz hukukunda da bulunan bazı kurumlara karşılaştırılmasıdır. Bu bulgulardan, *pactum*'ların Roma Hukuku'nda sözleşmelerden farklı bir hukuki işlem olduğu ve günümüz hukuku sözleşmeler sistemine bir geçiş niteliği taşıdığı sonucu çıkarılmıştır. Günümüzde ise kavramsal bakımdan sözleşmeler ve *pactum*'lar arasında fark kalmadığı görülmektedir. Bu bulguların kanıtları ise Türk Hukuk sisteminde bulunan kurumlar incelendiğinde ortaya çıkmıştır.

Çalışmanın metodolojisi ile ilgili olarak *pactum*'ların özel hukuktaki yeri esas alınarak sınırlandırılmıştır. Ayrıca, *pactum*'ların sınıflandırılması bölümünde dava hakkı tanınmış olan *pactum*'lar incelenmiştir. *Pactum* ile yapılan hukuki işlemler hakkında bilgi verilirken, günümüzdeki benzer kurumlardan yararlanılmıştır. Çalışmanın konusu itibarıyla kavramsal düzeyde genellikle birincil kaynaklardan yararlanılmıştır.

*Pactum*'ları konu alan bu çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, Roma Hukuku'nda borcun kaynakları, Roma Hukuku sözleşmeler sistemi ve Roma Hukuku sözleşmeler sistemi içerisinde *pactum*'lar (anlaşmalar) incelenmiştir.

İkinci bölümde, *pactum*'ların diğer kurumlara ilişkisi üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda, *pactum*'ların eksik borç, ibra, karz sözleşmesi (*mutuum*), ariyet sözleşmesi (*commodatum*), vedia sözleşmesi (*depositum*) ve *stipulatio* ile olan ilişkisi ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde ise *pactum*'lar, *Ius Civile*'nin tanıdığı ek anlaşmalar (*pacta adiecta*), *praetor pactum*'ları (*pacta praetoria*) ve İmparatorluk Hukuku *pactum*'ları (*pacta legitima*) olarak sınıflandırılmış ve bu *pactum* çeşitleri hakkında bilgi verilmiştir

# BİRİNCİ BÖLÜM

## ROMA HUKUKU'NDA BORCUN KAYNAKLARI, ROMA HUKUKU SÖZLEŞMELER SİSTEMİ, ROMA HUKUKU SÖZLEŞMELER SİSTEMİ İÇERİSİNDE *PACTUM* LAR (ANLAŞMALAR)

### Ş1. ROMA HUKUKU'NDA BORCUN KAYNAKLARI

İki veya daha çok kişi arasında kurulan, alacaklı tarafın, borçludan bir edimi yerine getirmesini isteme hakkını veren hukuki ilişki borç (*obligatio*) olarak nitelendirilir. Borçların meydana gelmesine sebep olan hukuki olaylar borcun kaynaklarıdır. Borcun kaynakları günümüz hukuku açısından incelendiğinde, yapılan tasnifler Roma Hukuku'nda yapılmış olan tasniflerle benzerlik göstermektedir. Zira *Gaius*'un *Institutiones* adlı eseri incelendiğinde, borçlar kısmında, öncelikle borç doğuran olaylar ve hükümleri, sonrasında ise borcun sona ermesinin anlatılmış olması modern hukuktaki tasniflerin temelini Roma Hukuku'ndan aldığını göstermektedir<sup>1</sup>.

*Gaius*'un üçlü bir ayrıma tabi tuttuğu borcun kaynakları, *Iustinianus* tarafından dört kategoride öngörülmüştür. *Digesta*'da yer alan *Gaius*'a ait bir metin parçasına göre borçlar, sözleşmeden, haksız fiilden ya da diğer çeşitli sebeplerden doğmaktaydı. *Iustinianus* Dönemi'nde hazırlanan *Institutiones* adlı eserde ise, borcun kaynakları olarak, sözleşmeler, sözleşme benzerleri, haksız fiiller ve haksız fiil

---

<sup>1</sup> RADO Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul–1997, s. 55.



benzerleri incelenmiştir<sup>2</sup>. Bu dört kategoriden birine girmeyen hukuki işlemlerin dava edilebilirlik kabiliyetinin olmayacağı da belirtilmiştir<sup>3</sup>.

Borcun kaynakları bakımından, bunların dışında da çeşitli tasnifler yapılmıştır. Bizans Hukuku'nun gelişiminin etkisiyle oluşan bu tasnifler için ortak kıstaslar konulamamakla birlikte<sup>4</sup> Roma Hukuku'nun temel eserlerinden olan *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde bu konu şu şekilde açıklanmıştır:

***Iust., Ins. 3, 12, 1 – 3, 13, 2.***

*“Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvandae rei secundum nostrae civitatis iura. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. Civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur. Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de his, quae ex contractu sunt, dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. De quibus singulis dispiciamus.”*

*“Şimdi borç münasebetlerine (obligationes) geçelim. Borç münasebeti (obligatio) öyle bir hukuki bağıdır ki onunla, devletimizin hukuki mucibince, bir kimseye, birşeyin ifası hususunda mecburi olarak bağlanırsınız. Bütün borçların esas tefriki iki neve irca edilir: şöyle ki, ya civiles (Ius Civile) veya praetoriae (praetor hukuku) mucibince olurlar. Kanunlar tarafından tesis veya Ius Civile mucibince kabul edilenler*

---

<sup>2</sup> TAHİROĞLU Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul–2005, (Borçlar), s. 103 vd.

<sup>3</sup> LEE R. W., **The Elements of Roman Law with a Translation of the Institutes of Justinian**, Sweet&Maxwell Limited, London–1956 (Roman Law), s. 285.

<sup>4</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 104.

*civilestir. Praetorum kazai kuvvetine dayanarak tesis edilenler praetoriaedir; bunlara honorariae ismi verilir. Müteakip bir tasnif borçları dört neve ayrılır, yani ya akitten (ex contractu), ya akit benzerinden (quasi ex contractu), ya haksız fiilden (ex maleficio), ya haksız fiil benzerinden (quasi ex maleficio) meydana gelirler. Evvela akitten doğanlardan bahsedelim. Bunlar dört çeşittirler: ya şey ile (re=ayni), ya sözlerle (verbis), ya yazılarla (litteris), veya rıza (consensu) ile akdolunurlar. Bunları ayrı ayrı tetkik edelim<sup>5</sup>.”*

## I. SÖZLEŞMELER (CONTRACTUS)

Sözleşme, belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla oluşan bir hukuki işlemdir<sup>6</sup>. Taraflar, bir hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya ortadan kaldırmak amacıyla sözleşme yaparlar<sup>7</sup>.

Borcun kaynakları arasında en önemlisi sözleşmelerdir<sup>8</sup>. Sözleşme ile bir kişi, sözleşmenin diğer tarafına karşı bir edim yükümlülüğü altına girmektedir<sup>9</sup>. Hukuk sistemlerinin bütün alanlarında sözleşme örnekleri görülmektedir. Tüm sözleşmeleri kapsayan genel kurallar ise Borçlar Kanunu içerisinde incelenmektedir<sup>10</sup>.

Roma Hukuku'nda *contractus*<sup>11</sup> olarak isimlendirilen sözleşmeler, belli ve istenen hukuki neticenin oluşması için tarafların anlaşmasını ifade eder. Günümüzde, sözleşmenin oluşması ve borcun doğması için, iki tarafın birbirine uygun iradelerinin beyan edilmesi yeterli iken, Roma Hukuku'nda durumun daha farklı olduğu görülmektedir. Roma Hukuku'nda tarafların birbirine uygun irade beyanları yeterli olmamakta, ayrıca *Ius Civile*<sup>12</sup> tarafından sözleşme olarak düzenlenmiş hukuki

<sup>5</sup> IUSTINIANUS, *Institutiones*, (Çev. UMUR Ziya), İÜHF Yayınları, İstanbul–1968, s. 239.

<sup>6</sup> EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul–1998, s. 191.

<sup>7</sup> YILMAZ Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara–2001, s. 51; EREN, s. 191 vd.

<sup>8</sup> RADO, s. 59.

<sup>9</sup> TAHIROĞLU, *Borçlar*, s. 120.

<sup>10</sup> RADO, s. 59.

<sup>11</sup> *Contractus* latince bir terimdir. Günümüzde birçok hukuk lisanında benzer bir tabir görülmektedir. Örneğin, Fransızca'da *contrat*, İtalyanca'da *contratto*, İngilizcede *contract*, Türkçede *kontrat*. (RADO, s. 59).

<sup>12</sup> *Ius Civile* Roma vatandaşlarına ait özel hukuka verilen isimdir. (UMUR Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, Beta Yayınevi, İstanbul–1999, Ders Notları, s. 99.)

işlemlerden birisinin yapılmış olması da gerekirdi. *Ius Civile*'nin tanıdığı belirli sayıdaki bu sözleşme tipleri dışında kalan anlaşmalara yönelik farklı düzenlemeler bulunmakta ve bu anlaşmalar *pactum* kavramı altında değerlendirilmekteydi<sup>13</sup>.

Nitelik bakımından *contractus* ve *pactum* arasında bir fark bulunmamakla birlikte, gerçekte ikisi de birer sözleşmedir. Aralarındaki fark, *contractus*'lar *Ius Civile*'de öngörülen bir dava ile korunurken, *pactum*'lara dava hakkının tanınmamış olmasıdır. Ancak hukukun gelişmesi ve toplumun gereksinimlerinin etkisiyle *praetor*<sup>14</sup> ve İmparatorluk Hukuku tarafından bazı *pactum*'lar da hukuki güvence altına alınarak dava ile korunmuştur<sup>15</sup>. Böylece, bazı *pactum*'lara dava hakkı tanınarak, bunların birer *contractus* gibi geçerlilik kazanması sağlanmıştır<sup>16</sup>.

Roma Hukuku'nda *contractus* terimi *pactum*'ları içermeyen bir kavramdır. *Pactum* ise anlaşma anlamına gelmekteydi. Ancak *pactum*'lara dava hakkının tanınmasıyla iki kavram arasında bir fark kalmamıştır<sup>17</sup>.

Bu tasniften anlaşıldığı gibi Roma Borçlar Hukuku'nda sözleşmeler konusunda tipe bağlılık (*numerus clausus*) prensibi geçerlidir<sup>18</sup>. *Ius Civile*'de düzenlenen anlaşmalar sözleşme olarak kabul ediliyor, bunun dışındaki anlaşmalar sözleşme niteliği taşıyor ve hukuki korumadan yoksun kalıyordu, Modern hukuklarda ise Borçlar Hukuku alanında irade serbestisi ilkesi geçerlidir. Özellikle, Türk-İsviçre hukuk sisteminde taraflar kanuna ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla her türlü anlaşmayı yapabilir ve bununla ilgili bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda dava açabilirler<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 122.

<sup>14</sup> *Praetor* sözcüğü şu anlamda kullanılmaktadır, cumhuriyetin ilk yıllarında *consul*'lere, ordunun önünde giden kumandan olmaları dolayısıyla verilen isimdir. M.Ö. 367 senesinde iki *consul*'e ilave olarak üçüncü bir *consul*'luk makamı kurulmuş olup, *praetor* terimi bu makam için de kullanılmıştır. Sonraki devirlerde ise yalnızca bu makama ait bir terim olmuştur. Roma vatandaşları için *praetor*, kanunun üzerinde bir güç olarak görülmüştür. (UMUR Ziya, **Roma Hukuku Lügati**, Fakülteler Matbaası, İstanbul-1975, Lügat, s. 165; BARROW Reginald H., **Romalılar**, İz Yayıncılık, İstanbul-2006, s. 221).

<sup>15</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 122.

<sup>16</sup> UMUR, **Ders Notları**, s. 334.

<sup>17</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 122.

<sup>18</sup> ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul-2005, (Borçlar), s. 44.

<sup>19</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 122.

## II. SÖZLEŞME BENZERLERİ (*QUASI CONTRACTUS*)

*Institutiones*'teki tasnifte öngörülen ikinci borç ilişkisi kaynağı *Quasi Contractus*'tur. Sözleşme benzerlerinin ortak özelliği, bir sözleşmeden doğmamış olmasıdır. Ancak sözleşmeye benzer özellikleri de vardır<sup>20</sup>. Sözleşme benzerlerinde karşılıklı anlaşma bulunmaz ve sözleşme benzeri olarak kabul edilen hukuki ilişkiler birbirlerine benzemezler. Bu ilişki kaynağını bir hukuki işlemde değil, bir durumdan almaktadır. Dolayısıyla burada hukuki olarak korunan bir hukuki işlem değil, taraflar arasındaki bir ilişkidir. *Quasi Contractus*'lar sözleşme gibi tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla kurulmazlar. Bu borç ilişkilerinin diğer bir özelliği de kendi içlerinde de niteliksel benzerliklerinin bulunmamasıdır. *Institutiones*'te bunlar; sebepsiz zenginleşme (*condictio*), vekaletsiz iş görme (*negotiorum gestio*), vesayet (*tutela*), müşterek mülkiyet (*communio incidens*) ve muayyen mal vasiyeti (*legatum*) olarak öngörülmüştür<sup>21</sup>.

### A. Sebepsiz Zenginleşme (*Condictio*)

Bir kimsenin, haklı bir sebep olmaksızın, başkası aleyhine zenginleşmesi sebepsiz zenginleşmedir. Sebepsiz zenginleşme kurumunda amaç, haksız olarak başkası aleyhine zenginleşen kişinin, malvarlığında meydana gelen artışın aynen ya da değer üzerinden iadesini sağlamaktır<sup>22</sup>.

Sebepsiz zenginleşme, kanundan doğan bir borç ilişkisi kaynağıdır ve her borç ilişkisinde olduğu gibi, burada da alacaklı ve borçlu tarafları bulunmaktadır. Sebepsiz zenginleşme ilişkisinin borçlusunu haklı bir sebep olmaksızın başkası aleyhine zenginleşen kimsedir, alacaklı ise başkasının malvarlığı kendisi aleyhine artmış olan kimsedir<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> KOSCHAKER Paul, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Olgaç Matbaası, Ankara–1983, s. 250 vd.

<sup>21</sup> UMUR, **Ders Notları**, s. 381.

<sup>22</sup> EREN, s. 834.

<sup>23</sup> EREN, s. 834 vd.

Borç doğuran bir hukuki işlem olması, ancak sözleşme niteliği taşıması sebebiyle, Roma Hukuku'nda sözleşmelere benzetilerek sözleşme benzeri (*quasi contractus*) olarak kabul edilmiştir<sup>24</sup>.

Sözleşme benzeri olması sebebiyle, sebepsiz zenginleşme kurumuna ilişkin olarak dava imkanı bulunmaktadır. *Condictio* olarak isimlendirilen bu dava ile sebepsiz olarak zenginleşen kişinin malvarlığında, diğer taraf aleyhine meydana gelen zenginleşmenin iadesi sağlanmaktadır<sup>25</sup>.

## **B. Vekaletsiz İş Görme (*Negotiorum Gestio*)**

Bir kimsenin kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan bir yetkisi olmadığı halde başkasına ait bir işi veya bir hukuki işlemi yapması vekaletsiz iş görmedir<sup>26</sup>. Vekaletsiz iş görmenin bazı unsurları bulunmaktadır. Bu unsurlar;

- Bir kimsenin vekalet olmadan başkasının işlerine karışmış olması,
- İdare edilen işin başka bir kimseye ait olması,
- Söz konusu iş yapılırken, iş sahibinden yapılan masrafların alınması yönünde bir niyetle hareket edilmiş olması,
- Yapılan işin esasen iş sahibi tarafından yapılacak bir iş olmasıdır.

Roma Hukuku'nda, bir kimsenin kendisini ilgilendirmeyen bir işe karışması kusur olarak görülür. Vekaletsiz iş görme kurumuna ilişkin ana prensip bu şekildedir. Ancak zamanla hukuk alanında yaşanan gelişmelere paralel olarak bu prensibe istisnalar getirilmiştir. Örneğin, acele ile yaşadığı yerden daha uzak bir yere gitmek durumunda olduğu için, işlerinin idaresini belli bir kişiye bırakamayan kişilerin bu işlerinin görülmesi, yardımlaşmayı emreden ahlak kuralı hallerinden sayılarak (*negotia gesta*) *Digesta*'da hukuki düzenlemeye bağlanmıştır<sup>27</sup>. *Negotiorum gestio*

---

<sup>24</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 273.

<sup>25</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 273; EREN, s. 836.

<sup>26</sup> YILMAZ, s. 920.

<sup>27</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 113.

olarak da ifade edilen bu kurum, vekalet ve vesayet dışında kalan, başkasının işini görmeye ilişkin faaliyetleri kapsamaktadır<sup>28</sup>.

*Negotiorum gestio*'da bir borç ilişkisi bulunur, ancak bu borcun kaynağı bir sözleşme değildir. Sözleşmeden bahsedebilmek için tarafların karşılıklı rızalarının bulunması gerekir. Roma Hukuku'nda bu durum, vekalet sözleşmesine benzetmek suretiyle bir sözleşme benzeri sayılmış ve vekaletsiz iş görme olarak adlandırılmıştır<sup>29</sup>.

Vekaletsiz iş gören kimsenin sorumlulukları ise ağırdır. Bütün kusurları ile sorumlu tutulmaktadır (*omnis culpa*). Vekaletsiz iş gören kimse, iş bitince iş sahibine hesap vermek ve iktisapları devretmekle yükümlüdür. Bunun karşılığında iş sahibi (*negotium domini*) yapılan işten kaynaklanan zorunlu ve faydalı masrafları ödemek zorundayken, bunun dışında kalan lüks masraf denilen masrafları ödeme zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>30</sup>.

İş faydalı olarak yapılmamışsa veya iş sahibinin engellemesine rağmen yapılmışsa *actio negotiorum gestorum contraria*<sup>31</sup> davası açılmazdı. Bunun nedeni ise, sadece kendi menfaatini düşünerek başkasının işini yapan kişiye dava hakkı tanınamayacağı düşüncesiydi. Buna rağmen, iktisaplar yine iş sahibine intikal eder ve işi yapanın sorumluluğu yine devam ederdi<sup>32</sup>.

İş sahibinin istemediği veya yasak ettiği bir iş yapılmışsa, işi yapanın sorumluluğu daha da ağırlaşır ve bazı beklenmedik olaylardan (*casus*) sorumlu

---

<sup>28</sup>TAHİROĞLU Bülent/ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Hukuku Meseleleri**, Der Yayınları, İstanbul-2003, (Meseleler), s. 244 vd.

<sup>29</sup>RADO, s. 173.

<sup>30</sup>UMUR, **Ders Notları**, s. 383.

<sup>31</sup>*Actio negotiorum gestorum contraria*; vekaletsiz iş görmeden doğan davadır. *Iustinianus* hukukunda daima borçlu olan vekaletsiz iş görene karşı, işi tamam yapmasını sağlamak için *actio negotiorum gestorum directa*, bazı durumlarda ise, işi gören bir zarar görmüş veya masraflar etmişse borçlu olan iş sahibine karşı bunları istemek üzere *actio negotiorum gestorum contraria* davası açılırdı. Vekaletsiz iş idaresi yoluyla, diğer bir ifadeyle esas borçlunun haberi olmadan kefil olan kimse, esas borçluya rücu etmek için bu davaya başvurduğu gibi, *Iustinianus*'tan önceki devirlerde vasi de, küçüğün mallarının idaresi sırasında yaptığı masrafları talep etmek üzere aynı davayı açabilirdi. (UMUR, **Lügat** s. 10).

<sup>32</sup>UMUR, **Ders Notları**, s. 383 vd.

tutulurdu. BK. m. 411/III'te aynı hüküm bulunmaktadır; iş sahibi açıkça veya üstü kapalı istemezken, o kimse bu işi yapmış ise, kazadan dahi sorumlu olur<sup>33</sup>.

### **C. Vesayet (Tutela)**

Küçüklerin ve mahcurların, diğer bir ifadeyle hacir altına alınmış kişilerin korunması amacıyla, özel hukukta düzenlenmiş ve bir kamu hizmeti niteliğini taşıyan kurum vesayet olarak adlandırılmaktadır<sup>34</sup>. Vesayet, herhangi bir sebeple ana-babanın velayeti altında bulunmayan küçüklerin korunması için vasi tayin edilmesi durumudur<sup>35</sup>. Vesayet borç doğurması nedeniyle, bir sözleşme benzeridir. Ancak küçükle (*pupillus*) vasi (*tutor*) arasında bir anlaşma yoktur. Vesayette, vasi yaptığı işler, vesayet altındaki küçük ise kendi menfaatine yapılan işlerden dolayı oluşmuş olan masraflar nedeniyle borç altına girmektedir<sup>36</sup>.

***Iust., Ins. 1, 12, 7 – 1, 13, 2.***

*“Est autem tutela, ut servius definivit, ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa.”*

*“Servius'un tarifine göre vesayet, yaşı icabı kendisini müdafaa edemeyen bir sui iurisi himaye etmek için, ius civile tarafından, bir kimseye verilen veya verilmesine müsaade edilen bir hak ve hakimiyettir<sup>37</sup>.”*

Vasi, vesayeti altında bulunan küçüğe hesap vermeye ve onun mallarının idaresi nedeniyle iktisap ettiklerini ona devretmekle yükümlüdür. Sürekli olan bu borç

---

<sup>33</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 287.

<sup>34</sup> YILMAZ, s. 925.

<sup>35</sup> TAHİROĞLU Bülent/ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Hukuku Dersleri Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul-2005, (Roma Hukuku), s. 149.

<sup>36</sup> UMUR, **Ders Notları**, s. 387.

<sup>37</sup> *IUSTINIANUS*, s. 47.

ilişkisinde her çeşit kusurundan dolayı (*omnis culpa*) sorumlu tutulan vasiden beklenen dikkat ve özenin ölçüsü, normal durumlara göre daha hafif tutulmuştur. Vasi kendi işlerinde gösterdiği özen ve dikkati göstermek zorundadır (*diligenta guam suis rebus adhibere solet*)<sup>38</sup>.

Sözleşme benzeri olması nedeniyle dava (*actio*) imkanı bulunmaktaydı. Iustinianus devrinde borçlu olan vasiye karşı her zaman *actio tutelae directa* davası açılabilmeyle birlikte, vasi de yaptığı masraflar nedeniyle *actio tutelae contraria* davasını açabiliyordu<sup>39</sup>.

*Digesta*'da da; vasi ile vesayet altındaki küçük arasında bir borç ilişkisinin akdedilmediği, ancak ikisi arasında vekalet sözleşmesine benzeyen bir sözleşme benzerinin olduğunu kabul ederek vasiye karşı *actio tutelae directa* açılacağını, vasinin ise *actio tutelae contraria*'yı açabileceğini ve vasinin bu ilişkide kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özenden sorumlu tutulacağı belirtilmiştir<sup>40</sup>.

#### **D. Müşterek Mülkiyet (*Communio Incidens*)**

Birkaç kişinin bir şeye ortak olarak malik olmaları ve paylarının fiilen bölünmemiş olması durumundaki ortaklık müşterek mülkiyet olarak nitelendirilir. Aksine sözleşme olmadıkça, bütün ortaklar, ortak malı birlikte yönetir ve paydaşlardan her biri, ortak yararlar için öteki paydaşı temsil edebilir. Bu kapsamda paydaşlardan her biri, ortak yararlar için öteki paydaşları temsil edebilmekte ve öteki paydaşların haklarıyla bağdaştığı oranda paylı maldan yararlanmaktadır<sup>41</sup>.

Müşterek mülkiyet miras veya farklı maliklere ait malların karışması (*confusio* veya *commixtio*) gibi durumlardan da doğabilmekteydi<sup>42</sup>. Müşterek mülkiyet ilişkisi

---

<sup>38</sup> *Diligenta guam suis rebus adhibere solet*; ihmal bulunup bulunmadığını anlamak için, bazı hallerde kullanılan subjektif ölçü ve kendi işlerinde gösterilen özendir. Borçlunun, iyi bir aile reisi gibi değil, kendi işlerinde göstermesi gereken özeni gösterip göstermemiş olduğuna bakarak mesuliyetine hükmedilirdi. Örneğin, vasinin mesuliyeti, ortakların birbirlerine karşı mesuliyetleri, böyle ölçülmekteydi. (UMUR, **Lügat**, s. 58 vd).

<sup>39</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 282.

<sup>40</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 119.

<sup>41</sup> YILMAZ, s. 639.

<sup>42</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 288.



şirket sözleşmesine<sup>43</sup> benzetme yoluyla sözleşme benzeri sayılmıştır. Müşterek maliklerin sorumluluk ölçüsü herkesin kendi işlerinde gösterdiği özendi. Ayrıca taraflar her zaman müşterek mülkiyeti sona erdirmek üzere mülkiyetin taksimi (*actio communi dividundo*) davasını açabilirlerdi<sup>44</sup>.

## E. Muayyen Mal Vasiyeti (*Legatum*)

Miras bırakan tarafından, mirasçı atama söz konusu olmaksızın, bir kimseye ölüme bağlı olarak bazı yararlar kazandırılmasına muayyen mal vasiyeti denmektedir<sup>45</sup>. Muayyen mal vasiyetlerinin farklı çeşitleri bulunmaktadır. İlk çeşidinde lehine vasiyet yapılan kimseye bir aynı hak verilir. İkincisinde ise terekeye veya mirasçıya ait bir malın, vasiyetçinin belirlediği üçüncü bir şahsa verilmesi mükellefiyetini mirasçısına yükler<sup>46</sup>.

***Iust., Ins. 2, 19, 7 – 2, 20, 2.***

***“Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta.”***

***“Muayyen mal vasiyeti (legatum) müteveffa tarafından bırakılan bir nevi bağıştır<sup>47</sup>.”***

---

<sup>43</sup> Roma Hukuku’nda şirket sözleşmesi, iki veya daha kimsenin, müşterek ve meşru bir menfaat gayesiyle, mal veya emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ettikleri, tam iki taraflı şekil serbestisi olan bir sözleşmedir. Şirket sözleşmesi kavramının nasıl doğduğu konusunda yakın zamana kadar kayda değer bir bilgi bulunmamaktaydı. Roma Hukuku’nun çok eski devirlerinde şirket sözleşmesi bilinmemekle birlikte, özellikle, Gaius tarafından yazılan *Institutiones* adlı esere ait bazı belgelerin bulunmasıyla bu konuya kısmen de olsa açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Buna göre, *Institutiones*’ten elde edilen bilgiler ışığında, şirket sözleşmesinin kökeninde, modern hukukta miras sözleşmesi olarak ifade edilen, bir aile babasının ölümü halinde mirasçılar arasında aile malvarlığının bölünmeden korunması fikrinin olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu fikre dayanan uygulamalardan sonra, aralarında aile bağı olmayan kişilerin de malvarlıklarını bir araya getirme istekleri dikkate alınarak, miras şirketine benzer nitelikte bir ortaklığın, Roma Hukuku’na özgü bir işlemle meydana getirilebilmesi sağlanmıştır. (GÖNENÇ Fulya İlçin, **Roma Hukuku’nda Şirket Akti ‘Societas’**, Der Yayınları, İstanbul–2004, s. 23 vd).

<sup>44</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 119.

<sup>45</sup> YILMAZ, s. 601.

<sup>46</sup> RADO, s. 176.

<sup>47</sup> *IUSTINIANUS*, s. 157.

Muayyen mal vasiyetinde, *stipulatio*'ya benzer bir ilişkinin olduğu kabul edilmektedir. Lehine mal vasiyet edilen kişi *actio ex testamento* davası ile kendisine vasiyet edilmiş olan malın verilmesini mirasçılardan isteyebilmekteydi<sup>48</sup>.

### III. HAKSIZ FİLLER (*DELICTUM*)

Hukuk düzenince bir hukuki sonuca bağlanmış olan iradi hareketler, hukuki fiiller olarak tanımlanmaktadır. Hukuki fiiller hukuka uygun fiiller ve hukuka aykırı fiiller olarak iki grupta incelenmektedir. Hukuka aykırı fiillerin en önemli bölümünü haksız fiiller oluşturur. Haksız fiiller aynı zamanda borcun kaynakları arasında yer almaktadır<sup>49</sup>.

Haksız fiil, hukuka, herkes için geçerli belli davranış kurallarına aykırı fiiller olarak tanımlanır. Bir haksız fiilin söz konusu olabilmesi için bazı koşullar gereklidir. Bu koşullar, işlenen fiilin hukuka aykırı olması, işlenen fiil sonunda bir zararın meydana gelmesi, meydana gelen zararın işlenen fiilden doğmuş olması, hukuka aykırı ve bir zarar doğuran fiili işleyen kimsenin bu fiilden sorumlu tutulabilmesidir<sup>50</sup>.

Hukuk düzenleri, haksız fiillere iki türlü sonuç bağlamıştır. Birincisi, haksız fiil işleyen kişinin cezalandırılmasıdır, diğer bir ifadeyle cezai müeyyide uygulanmasıdır. İkincisi ise, haksız fiillerden doğan zararın giderilmesi, tazmin ettirici müeyyide uygulanmasıdır. Bu bağlamda, Ceza Hukuku'nun suç niteliğinde görüp müeyyideye bağladığı hukuka aykırı fiillerden bir zarar meydana gelmişse, bu fiiller ayrıca özel hukuk bakımından da haksız fiil sayılarak tazmin ettirici müeyyideye bağlanmışlardır<sup>51</sup>. Ancak, günümüz modern hukukunun temelini oluşturan Roma Hukuku'nda haksız fiil ile suç arasında bir ayırım kabul edilmemekte ve bütün suçlar

---

<sup>48</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 120.

<sup>49</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 290.

<sup>50</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 120.

<sup>51</sup> Roma Hukuku'nda bazı suçların koşturulmasına ilişkin hukuk kuralları özel hukuk alanı içinde yer alıyordu. Bu nedenle Roma Hukuku kaynaklarında özel suçlar ve kamu suçları ayrımıyla karşılaşılar. Buna bağlı olarak Özel Ceza Hukuku ve Kamu Ceza Hukuku tasnifi bulunmaktadır. Haksız fiiler de bazı durumlarda Özel Ceza Hukuku düzenlemeleri içinde yer almışlardır. (ÇELEBİCAN Özcan Karadeniz, **Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması**, AÜHF Yayınları, Ankara-2000, Roma Hukuku, s. 107).

haksız fiil sayılmaktaydı<sup>52</sup>. Bunun yanında, bazı suçlar, hem cezai müeyyideye, hem de tazmin ettirici müeyyideye bağlanmışlardı<sup>53</sup>.

Roma Hukuku'nda bu konuya ilişkin olarak, başkasına zarar vermemek (*alterum non leadere*) ve herkese hakkını vermek (*suum cuique tribuere*) prensipleri aracılığıyla adalet ve sosyal barış sağlanmak istenmiştir<sup>54</sup>.

#### IV. HAKSIZ FİİL BENZERLERİ (*QUASI DELICTA*)

Haksız fiil benzerleri, haksız fiil olmamakla beraber, haksız fiillerde olduğu gibi birtakım ceza borçları doğurmaktadır. Bunlar iki kişi arasında bir takım yükümlülükler doğuran fiillerdir. Bu yükümlülükler gereğince, bir taraf, diğer tarafa karşı zararın tazmini ile yükümlü olmaktadır<sup>55</sup>.

Objektif sorumluluğu gerektiren haksız fiil benzerleri *Iustinianus* zamanında borcun kaynakları arasında sayılmıştır. Zira, borcun konusu borçlunun alacaklıya borçlanmış olduğu edimdir. Borçlu alacaklıya bu edimi yerine getirmek zorundadır. Bu anlamda borç, borçlunun borçlanmış olduğu edimi yerine getirme zorunluluğunu ifade eder. Borçlunun, bu zorunluluğu yerine getirmediği takdirde, nereye kadar sorumlu olacağı konusu çeşitli hukuk düzenleri tarafından farklı şekillerde düzenlenmiştir<sup>56</sup>.

Birbirine zıt iki sorumluluk ilkesi, bu konuda belirtilmesi gereken hususlardan biridir. Bu ilkelerden birincisi, objektif olayları göz önünde tutan objektif sorumluluk ilkesi, ikincisi borcun ifa edilememesinin subjektif sebeplerini araştıran subjektif sorumluluk (kusur sorumluluğu) ilkesidir. Eğer borcunu ödemeyen borçlu, her ne olursa olsun, mutlaka sorumlu tutulabiliyorsa, objektif sorumluluk ilkesi vardır. Buna

---

<sup>52</sup> GÜNAL A. Nadi/KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, **Çağdaş Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku Pratik Çalışmaları**, Yetkin Yayınları, Ankara-1998, s. 31.

<sup>53</sup> UMUR, **Ders Notları**, s. 388 vd.

<sup>54</sup> GEORGESCO A., *Roma Hukuku Ve Modern Dünya Düşüncesi*, (Çev. TAHİROĞLU Bülent), **İÜHFİM**, 1976, C. 1-4; Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, 1977, Özel Sayı, s. 587.

<sup>55</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 314.

<sup>56</sup> RADO, s. 203.

karşılık, taahhüdünü yerine getirmeyen borçlunun, taahhüdünü neden yerine getirmediği araştırılacak olursa, subjektif sorumluluk ilkesi uygulanmaktadır. Subjektif sorumluluk ilkesinde borçlunun borcu ödememekte bir kusuru olup olmadığı araştırılır. Kusur varsa borçlu sorumlu olur, kusur yoksa sorumlu olmaz<sup>57</sup>.

Objektif sorumluluk ilkesinin uygulanması daha kolay olmakla birlikte, borçlunun subjektif durumları göz önünde tutulmamaktadır. Diğer yandan, kusur sorumluluğu daha adildir ancak uygulanması zordur<sup>58</sup>.

Roma Hukuku'nda objektif sorumluluk ilkesi uygulanmaktaydı. Objektif sorumluluk ilkesi, Roma Hukuku'nun en eski devirlerinden başlayarak, Klasik ve Bizans Hukuku devirlerinde uygulanmış ve bugüne kadar geçerliliğini korumuştur. Ancak, günümüzde egemen olan ilke, subjektif sorumluluk ilkesi olmakla birlikte, objektif sorumluluk ilkesinin uygulandığı durumlarda bulunmaktadır. Bunun sebebi, subjektif sorumluluğun kaynağını "zarar, zarar verenin kusurlu bir davranışı sonucunda meydana gelmemişse buna zarar gören katlanmalıdır", diğer bir ifadeyle "*casum sentit dominus*" ilkesinden almış olmasıdır<sup>59</sup>.

Roma Hukuku'nda haksız fiil benzeri olarak belirlenen durumlar, aslında *praetor*'lar tarafından tanınan haksız fiiller olarak da ifade edilebilir. Çünkü bu fiiller tam olarak haksız fiil değildir, ancak bu fiillere karşı tazminat davası tanınarak, bunlar haksız fiil haline getirilmiştir. Haksız fiil benzeri olarak öngörülen durumlar;

- *Si iudex litem suam fecit,*
- *Actio de deiectionis vel effusis,*
- *Actio de posito et suspenso,*
- *Actio in factum adversus nautas, caupones et stabularios,*

---

<sup>57</sup> RADO, s. 213 vd.; BERKİ Şakir, **Roma Hukuku**, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara-1949 (Roma Hukuku), s. 297; VILLEY Michel, **Roma Hukuku Güncelliği**, (Çev. TAHİROĞLU Bülent), Der Yayınları, İstanbul-2003, s. 121.

<sup>58</sup> KOSCHAKER, s. 270 vd.; OĞUZOĞLU H. Cahit, **Roma Hukuku**, Yeni Desen Matbaası, Ankara-1959, s. 251.

<sup>59</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 135.

- *Fraus creditorum*,

- *Dolus* (hile)'dir.

### **A. *Si Iudex Litem Suam Fecit***

*Si iudex litem suam fecit*, haksız fiil benzerleri arasında yer alır. Hakimlerin görev sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemedir. Bir hakim, davanın görülmesi sırasında, görevinde yetersizlik gösterirse, davaya bakarken tarafsız davranmazsa, usulsüzlük yaparsa, davayı uygun olmayan bir tarihe ertelerse, davanın görüleceği tarihte görevine gitmezse, bu fiiller haksız fiil benzeri sayılır ve hakim uygun bir para cezasına mahkum edilirdi. Taraflardan biri, davada hakimin yanılması veya ihmaliyle zarar görürse, hakime karşı tazminat davası da açılabilmekteydi. Örneğin, hakim karar verirken büyük bir hata yapar veya davalıyı verilmesi gerekenden daha az veya çok cezaya mahkum ederse, zarar gören kişiye, hakime karşı açabileceği bir dava hakkı tanınmaktaydı<sup>60</sup>.

### **B. *Actio De Deiectis Vel Effusis***

Haksız fiil benzerlerinin bir diğer örneği, *actio de deiectis vel effusis*'tir. *Actio de deiectis vel effusis* bir dava olmakla birlikte, bu dava ile, bir binadan genel bir geçit yerine, yola dökülen veya atılan şeyler yüzünden zarar gören kimsenin, o binada veya dairede oturandan (*habitor*) uğradığı zararın iki mislinin (*duplum*) talep edebilmesini sağlardı. Ancak bu tip durumlarda zarar vereni belirlemek her zaman mümkün olmadığından, Romalı kanun koyucular bu konuya özgü bir dava hakkı tanıyarak, verilen zarardan dolayı, o binada devamlı oturanı (*habitor*) sorumlu tutmaktaydılar. Söz konusu şeyler başkası tarafından dökülmüş veya atılmış olsa bile, *habitor* sorumlu tutulur ve bu sebeple o zarara doğrudan doğruya kimin sebep olduğunu araştırmaya dahi gerek duymazlardı<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> KALKAN Recep, **Roma Hukukundaki Haksız Fiil Benzerleri ile Türk Hukukundaki Objektif Sorumluluk Hallerinin Karşılaştırması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara–2001, s. 36.

<sup>61</sup> KALKAN, s. 36.

### **C. Actio De Posito Et Suspenso**

*Actio de posito et suspenso*, genel geçitlerin yapıldığı bir yerde, bir zarar doğabilecek kadar tehlikeli bir biçimde bir şeyin konmuş veya asılmış olduğu bir binanın oturanı aleyhine, 10.000 *Sesters* için açılacak bir ceza davasıdır. Bu davayı herhangi bir vatandaş açabilmekteydi. Ayrıca, bu davada kusura, zararın meydana gelip gelmemesine bakılmazdı, o şeyi kendisi koymadığı halde, konulmasına izin vermiş olan kişi de doğrudan doğruya sorumlu olmaktadır<sup>62</sup>.

### **D. Actio In Factum Adversus Nautas, Caupones Et Stabularios**

Seyahat eden kişilere ait eşyaların; gemici, otelci ve lokantacı çalışanlarının, kendilerine verilen işi ifa sırasında yaptıkları hırsızlıktan veya mallara verdikleri zarardan dolayı işyeri sahibine karşı zarar gören kişiler tarafından açılabilen dava *actio in factum adversus nautas, caupones et stabularios* olarak isimlendirilir. Bu durumda, haksız fiil benzeri sonucu uğranılan zararın iki misli istenmekteydi. Burada başkasının kusurundan doğan bir sorumluluk söz konusudur. Bu sorumluluk, Klasik Hukuk Dönemi'nde ortaya çıkmış, *Iustinianus* Dönemi'nde de varlığını korumuştur. Bu sorumluluk Klasik Hukuk Dönemi düzenlemelerinde, çalıştırılan personelin seçilmesindeki veya onların gözetimindeki kusura dayandırılmıştı<sup>63</sup>.

### **E. Fraus Creditorum**

Alacaklılara karşı yapılan hileli hareketler ve alacaklılardan mal kaçırma fiilleri de haksız fiil benzeri olarak sayılmış olup, bu fiilden dolayı zarar görenlere zararın tazminini dava yoluyla talep hakkı tanınmıştır. Günümüzde, İcra İflas Hukuku'nda da düzenlenen bu durum için, Klasik Hukuk'ta iki tedbir getirilmiştir. Hileli satışlar sonucu zarar görenlere, işlemin eski hale iadesini ve işlemin iptalini talep etme hakkı verilmiştir<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> KALKAN, s. 38.

<sup>63</sup> ERİŞGİN Özlem Söğütü, *Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-2000, s. 140 vd.

<sup>64</sup> TAHİROĞLU, *Borçlar*, s. 318.

## **F. *Dolus* (Hile)**

Roma Hukuku'nda haksız fiil benzerleri arasında sayılan durumlardan bir diğeri *dolus*'tur. *Dolus* (hile), kişinin, zihninde yanlış kanaatler oluşturarak gerçek durumu bilseydi yapmayacağı bir hukuki işlemi yapmasını sağlamaktır. Hile halinde irade ve beyan birbirine uygundur. Ancak beyan sahibi yanıltılmış, iradesi fesada uğramıştır. Bundan dolayı beyan ettiği irade bozuk bir iradedir<sup>65</sup>. Bir durumu hile olarak nitelendirebilmek için, aldatma fiili, aldatma kastı ve aldatma fiili ile bunun sonucunda meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekir<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> AKINCI, s. 124.

<sup>66</sup> GÖKÇE Mengü, **Roma Hukukunda Hile (*Dolus*)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2003, s. 72 vd.

## §2. ROMA HUKUKU SÖZLEŞMELER SİSTEMİ

### I. SÖZLÜ SÖZLEŞMELER

Sözlü sözleşmelerin oluşumu için karşılıklı rıza ve belli bir şekle uyularak beyan edilmesi gerekmektedir. Sözlü şekilden anlaşılması gereken, alelade sözlerin söylenmesi değil, önceden belirli olan sözlerin, belli şekillerde söylenmesidir. Bu şekle uyulmadıkça, sözleşme hukuken değer kazanmamakta, diğer bir ifadeyle geçerli olmamaktadır. Sözlü sözleşmeler grubunda, *stipulatio*, *dotis dictio* ve *promissio iurata liberti* bulunmaktadır<sup>67</sup>.

*Iust., Ins. 3, 14, 3 – 3, 15 pr.*

*“Verbis obligatio contrahitur ex responsu, cum quid dari fieri ve nobis stipulamur. Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta. Quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.”*

*“Birşeyin size verilmesini veya yapılmasını bir soru ve bir cevapla taahhüt ettirdiğimiz vakit, sözlü borç münasebeti akdolunur (stipulatio); bundan, stipulatio mevzuu muayyen ise condictio, gayri muayyen ise actio ex stipulatu, olmak üzere iki dava hakkı doğar. Bu isim, eskiler nezdinde, belki de stipes’den (gövde) gelen stipulum=sabit, sağlam, manasını taşıdığından verilmiştir<sup>68</sup>.”*

---

<sup>67</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 124.

<sup>68</sup> *IUSTINIANUS*, s. 242 vd.



**Gaius, Ins. 3. 92.**

*“Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, uelut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIVBES? FIDEIVBEO, FACIES? FACIAM.”*

*“Sözlü borç münasebeti sual ve cevaptan doğar, mesela DARI SPONDES? SPONDEO (verileceğini taahhüt ediyor musun? Taahhüt ediyorum) DABIS? DABO (verecek misin? vereceğim), PROMITTIS? PROMITTO (vaat ediyor musun? vaat ediyorum), FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTIO (şerefim üzerine vaat ediyor musun? Şerefim üzerine vaat ediyorum), FIDEIVBES? FIDEIVBEO (şerefim üzerine temin ediyor musun? Şerefim üzerine temin ediyorum), FACIES? FACIAM (yapacak mısın? yapacağım)<sup>69</sup>.”*

## **II. AYNİ SÖZLEŞMELER**

Aynı sözleşmelerin oluşumu için, tarafların iradelerinin uyuşması (*consensus*) yetmemekte, borçluya sonra geri vereceği bir malın (*res*) verilmesi de gerekmektedir. *Res*'in verilmesi, bazen mülkiyeti, bazen zilyetliği, bazen de elinde bulundurmaya ifade etmektedir. Genel görüşe göre, karz, ariyet, vedia, rehin ve inanlı sözleşme aynı sözleşmeler grubuna girmektedir<sup>70</sup>.

Doktrinde, bu sözleşmelerin real sözleşmeler olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Çünkü real sözleşmelerde sözleşmenin kurulması ve sonuçlarını meydana getirmesi için tarafların birbirine uygun irade beyanları yeterli değildir. Bu unsura tamamlayıcı bir unsur olan eşyanın teslimi fiilinin eklenmesi gerekir. Aynı

---

<sup>69</sup> *GAIUS, Institutiones, Borçlar Kısmı*, (Çev. RADO Türkan), Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul–1953, s. 10 vd.

<sup>70</sup> ERDOĞMUŞ, *Borçlar*, s. 45.

sözleşmeler ise, borçlunun alacaklıdan bir şey almasıyla yapılan ve tamamlanan sözleşmelerdir. Ayrıca, real sözleşmeler borçlandırıcı işlemlerdir ve taahhüt aşamasında yapılır. Tasarruf işlemi niteliğinde olan aynı sözleşmeler ise aynı hakların doğumuna, değişmesine veya ortadan kalkmasına yarayan sözleşmelerdir. Bu nitelikleri itibarıyla karz, ariyet, vedia, rehin ve inanlı sözleşmeler real sözleşmeler grubuna girdiği öngörülmektedir<sup>71</sup>.

***lust., Ins. 3, 14 pr. – 2.***

*“Re conntrahitur obligatio veluti mutui datione. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condicticia actio: nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutum accepisset. Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia.”*

*“Şey ile (re) borç, ezcümlle karz verilmekle (mutui datio) aktedilir. Keza, hataen edada bulunan birisinden, kendisine borç olunmayan bir şeyi kabul eden kimse, aynı olarak (şeyle, re) borç altına girer ve iade için ona karşı talepte bulunan davacıya bir condictio verilir: Filhakika «vermeye mecbur olduğu sabit olursa», şeklindeki condictio ile ona karşı, sanki karz almış gibi, dava ikame edilir. Keza kendisine kullanması için, yani ariyet (commodatum) olarak bir şey verilen kimse de, aynı olarak (re) borçlanır ve ariyet davasından (actio commodati) mesul olur. Bundan başka, nezdine herhangi bir şey tevdi edilmiş (deponitur) olan kimse de aynı olarak (re) borçlanır, ve vedia davası (actio depositi) mucibince aldığı şeyi aynen iade etmekle mükellef*

---

<sup>71</sup> görüş için bkz. EREN, s. 206; KOSCHAKER, s. 217 vd.

tutulur. Bir malı rehin (pignus) olarak alan alacaklı da, aynı (re) borç altındadır; almış olduğu şeyi, rehin davası (actio pigneraticia) ile aynen iade etmek mecburiyetindedir<sup>72</sup>.”

### III. YAZILI SÖZLEŞMELER

Yazılı şekilden anlaşılması gereken, sözleşmenin kağıt üzerine geçirilmesidir<sup>73</sup>. Roma Hukuku'ndaki yazılı sözleşmeler, bir diğer ifadeyle yazılı şekle tabi olan sözleşmeler, günümüzdekinden daha farklı bir niteliğe sahip bulunmaktaydı. Modern hukukta yazılı şekil, tarafların bir metni yazması ve imzalamasını ifade ederken, Roma Hukuku'nda yazılı şekil, malvarlığına ilişkin bir takım bilgilerin kayıt defterlerine aktarılması için kullanılırdı<sup>74</sup>. Yazılı sözleşmelerin en önemli örneği deftere kayıt (*nomen transscripticium/transscriptio*) olarak nitelendirilen, aile reislerinin tuttuğu günlük hesap defterleridir<sup>75</sup>. Aile reisi, ailesinin masraflarını, alacak ve borçlarını bir deftere kaydederdi. Toplum içerisinde bu durum bir saygınlık meselesi olduğundan, bu defterdeki bilgilerin doğruluğuna inanılır ve gerektiğinde taraflar alacak ve borçlarını ispat etmek için bu defterdeki kayıtlara dayanabilirdi<sup>76</sup>.

***Iust., Ins. 3, 21 – 3, 22, 3.***

*“Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur: quae nomina hodiae non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerate post mutlum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepessime constitutum est. Sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Mutlum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per*

<sup>72</sup> IUSTINIANUS, s. 240 vd.

<sup>73</sup> ERZURUMLUOĞLU Erzan, **Borçların Genel Kuralları**, GÜİİBF Yayınları, Ankara–1983, s. 28.

<sup>74</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 183.

<sup>75</sup> RADO, s. 111 vd.

<sup>76</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 183 vd.

*constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.”*

*“Bir zamanlar nomenlerle yapıldığı söylenen bir yazılı borç akdetme şekli vardı: bu nomina (alacaklar); bugün meriyette değildir. Mamafih bir kimse, kendisine verilmemiş olan bir miktar parayı, borcu olarak kaydetmişse, uzun bir müddet sonra verilmemiş paranın defini (exceptio pecuniae minime numeratae) dermeyan edemez: emirnameler, birçok defalar, böyle karar vermişlerdir. Bu itibarla, bugün dahi, itiraz etmeye hakkı olmadığı için, yazı ile borçlanılmış olur: ve bundan, tabii sözlü bir borcun bulunmaması şartıyla, bir conductio doğar. Bu definin dermeyanına mani olan uzun müddet, bizden evvelki emirnamelere göre, beş seneye kadar çıkmakta idi: fakat alacaklılar paralarının hileli bir surette kaybedilmesi tehlikesine çok uzun bir zaman maruz kalmaları diye, bir emirnamemizle, bu müddeti iki seneden fazla uzamayacak şekilde kısalttık<sup>77</sup>.”*

#### **IV. RIZAI SÖZLEŞMELER**

Diğer bir tarafa bir şey vermeden veya şekle gerek olmaksızın, karşılıklı iradelerin uyuşmasıyla borç doğuran sözleşmeler rızai sözleşmeler olarak isimlendirilmektedir. Bu sözleşme grubunda, alım-satım, *locatio conductio* (kira, iş, istisna), şirket ve vekalet sözleşmesi bulunmaktadır<sup>78</sup>.

***Iust., Ins. 3, 21 – 3, 22, 3.***

*“Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque praesentia omnimodo*

---

<sup>77</sup> *IUSTINIANUS*, s. 263.

<sup>78</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 187.

*opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.”*

*“Alım satım (emptio venditio); kira, hizmet, istisna (locatio conductio); şirket (societas) ve vekalet (mandatum) akitlerinde, borç münasebetleri sırf rıza ile meydana gelirler. Bu hallerde borç münasebeti rıza ile teessüs eder, denir, zira borcun doğması için ne yazıya, ne tarafların hazır bulunmasına, ne de birşeyin verilmesine lüzum vardır, muameleyi yapanların sadece rızalarını beyan etmeleri kafidir. Binaenaleyh bu muameleler, karşı karşıya olmayanlar arasında da, mektup (epistula) veya muhbir (nuntius) vasıtası ile akte diledikleri. Keza bu akitlerde, taraflar yekdiğerlerine karşı, hakkaniyetin birbirlerine vermelerini icap ettirdiği hususlarda borç altındadırlar; halbuki sözlerle yapılan akitlerde, bir taraf sadece bir şey talebinde bulunur, diğ er taraf vaat eder<sup>79</sup>.”*

---

<sup>79</sup> IUSTINIANUS, s. 263.

### 3Ş. ROMA HUKUKU SÖZLEŞMELER SİSTEMİ İÇERİSİNDE *PACTUM* LAR (ANLAŞMALAR)

#### I. RIZAI SÖZLEŞMELER GRUBUNUN GENİŞLEMESİ

Roma Hukuku'nda kabul edilen sözleşme kavramı günümüz hukukundan farklı bir anlam taşımaktaydı. Roma Hukuku'nda taraflar arasında borç ilişkisi kuran hukuki işlemler sözleşme (*contractus*) olarak ifade edilmekteydi. Ancak bu terim sadece *Ius Civile*'de sözleşme olarak nitelendirilmiş, dolayısıyla bir borç meydana getiren hukuki işlemler için kullanılmaktaydı. *Ius Civile*'de yer alan belirli sözleşme tiplerinin dışında kalan anlaşmalar *pactum* olarak isimlendirilmekteydi. *Ius Civile* dışında kalan ve *praetor* veya imparator hukukuna göre oluşturulmuş anlaşmalar için *pactum* terimi kullanılmaktaydı<sup>80</sup>. *Pactum* (anlaşma) iki ya da daha çok kişinin aynı konudaki rızaları ile oluşmakla birlikte, şekil serbestisi bulunan bir kurumdu ve borç doğurmadığı için dava hakkı da tanınmamıştı<sup>81</sup>.

Bu sınıflandırma esas olmak üzere, Roma Hukuku sözleşmeler sisteminin zamanla değişikliklere uğradığı görülmektedir. Önceleri borcun kaynakları olarak ifade edilen dört durumdan birine girmeyen işlemlerin, anlaşma olarak nitelendirileceği ve uygulanamayacağı öngörülürken, sonrasında *pactum*'ların geçersiz ya da etkisiz olmadığı kabul edilmiştir<sup>82</sup>. Bu gelişme sonucunda rızai sözleşmeler grubu bazı yeni sözleşme türlerinin eklenmesiyle genişlemiştir. *Pactum*'lar rızai sözleşmeler grubuna sonradan eklenen bir kurumdur. Daha sonraki zamanlarda bazılarında dava hakkı tanınmış ve gerçek birer sözleşme haline gelmişlerdir. Diğer bir ifadeyle, Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde hukuki işlemler arasında sözleşmelerden ayrı bir durumu olan ve sözleşmelerle ikili bir ayırım oluşturan *pactum*'lar, sonraki dönemlerde rızai sözleşmeler grubuna eklenerek, Roma Hukuku sözleşmeler sistemine dahil olmuşlardır<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> CEYLAN Seldağ Güneş, Roma Hukuku'nda *Contractus* (Sözleşme) ve *Pactum* (Anlaşma) İlişkisi, **GÜHFD**, 2005, C.IX, S. 1-2, s. 171.

<sup>81</sup> UMUR, **Lügat**, s. 47.

<sup>82</sup> ZIMMERMANN Reinhard, **The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Cape Town-1992, s. 508.

<sup>83</sup> UMUR, **Ders Notları**, s. 377 vd.

## II. PACTUMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

*Pactum* terimine Roma Hukuku'nun ilk devirlerinden itibaren rastlanmaktadır. *Pactum*, kamu hukukunda ve özel hukukta çeşitli durumları ifade etmek için kullanılmıştır. Bu çalışmadaki asıl inceleme alanı, *pactum*'un kamu hukukundaki yeri değil, özel hukuktaki anlamı ve kullanımınıdır. Kamu hukukundaki yeri kısaca incelenmiş ve *pactum*'ların hukuki niteliğindeki ayırım *Ius Civile* 'ye göre belirlenmiştir.

### A. *Ius Civile* 'nin İlk Dönemlerinde *Pactum*'lar

*Pactum* kelime anlamı itibariyle anlaşma, uzlaşma, uyuşma ve barış demektir<sup>84</sup>. *Pactum* kavramı ilk önce On İki Levha Kanunu'nda<sup>85</sup> ve haksız fiillerle ilgili olarak kullanılmıştır. *Pacisci* olarak ifade edilen bu anlaşmalarda, diğer suçlara oranla daha hafif olan suçlarda, anlaşma halinde davacı davasından feragat etmiş olur ve davanın önlenmesiyle davalı mahkûmiyetten ve mahkûmiyetin neticelerinden kurtulmuş olurdu. Bu yolla, örneğin, *iniura* (yaralama) suçlarında, taraflar anlaşamadığı takdirde kısas uygulanırdı. Kısasın uygulanmaması, bir diğer ifadeyle zarar gören tarafın, diyet hükümlerine dayanarak suçluya zarar vermesini engellemek için, *pactum*'lar bir alternatif çözüm yolu olmuştur. *Pactum*'lar, iki devlet arasındaki anlaşmayı ifade etmek için de kullanılmış, *Ius Civile*'nin düzenlenmesiyle farklı bir anlam kazanmıştır<sup>86</sup>.

### B. *Ius Civile*'nin Gelişme Döneminde *Pactum*'lar

*Ius Civile*'nin ilk dönemlerinde kamu hukuku alanında kullanılan *pactum* terimi, sonraki zamanlarda özel hukukta farklı bir durumu ifade etmek için kullanılmaya

---

<sup>84</sup> CEYLAN, s. 172.

<sup>85</sup> On İki Levha Kanunu, Roma Hukuku'nun en temel kaynaklarından biridir. Bu kanunun yapılışı Cumhuriyetin ilk asırlarına rastlamakla birlikte, Roma'da asilzade sınıfıyla (*patricii*), avam sınıfını (*plebs*) birbirinden büyük bir siyasi mücadelenin ürünüdür. Kanunun yapılış amacı, eşitliği sağlamak ve iktidarın yetkilerini kısıtlamaktır. On İki Levha Kanunu'ndan sonra kanunlarda belirsizlik ve gizlilik ortadan kalkmıştır. Medeni Hukuk, Usul ve İcra Hukuku, Ceza Hukuku ve Kamu Hukuku'na ait konuları düzenleyen hükümlerde görüş birliği sağlanmıştır. Bunun yanı sıra, On İki Levha Kanunu örf ve adet hukuku esas alınarak hazırlandığı için yabancı hukukların izlerine fazla rastlanmamaktadır. (SCHWARZ Andreas B., **Roma Hukuku**, Çev. RADO Türkan, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul-1956, s. 82 vd.; SEVİĞ Raşid Vasfi, **Roma Hukuku -Tarihçe ve Institution**, Receb Ulusoglu Basimevi, Ankara-1939, s. 269).

<sup>86</sup> RADO, s. 163 vd.

başlanmış ve iki ve daha fazla kişi arasında yapılan ve *Ius Civile* tarafından tanınan sözleşme tiplerinden birine girmeyen tüm anlaşmalara *pactum* denilmiştir<sup>87</sup>.

*Pactum*'un kavramsal sınırlarının belirlenmesi için, sadece *pactum*'un hukuki niteliğinin açıklanması yeterli değildir. Bunun için Roma Hukuku'nda borç doğuran hukuki işlemlerin (*contractus*) hukuki niteliğinin de ortaya konması gerekir. Bu nedenle de *pactum*'ların, Roma Hukuku'ndaki borcun kaynaklarıyla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmenin borcun kaynakları olarak esas alınmasının temeli Roma Hukuku'na dayanmaktadır. Bu konuda ilk olarak yapılan ayrımları *Gaius*'un *Institutiones*'inde görürüz. *Gaius*'un *Institutiones*'indeki ayırım günümüze kadar gelerek, borcun kaynaklarının şekillenmesini etkilemiştir. *Gaius* borçların sözleşmeden ya da haksız fiilden doğduğunu öngörmüş<sup>88</sup> ve bu durumu sözleşmesel sorumluluk hukuku açıklamalarına dayanak oluşturan sistematik bir ayırım olarak nitelendirmiştir<sup>89</sup>. *Gaius*'tan sonraki devirlerde ise bu ikili ayrımla yetinilmemiş ve günümüzdeki gibi farklı borç kaynakları belirlenmiştir<sup>90</sup>.

*Iustinianus*'un *Institutiones*'inde borcun kaynakları dörtlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bunlar; sözleşmeler, sözleşme benzerleri, haksız fiiller ve haksız fiil benzerleridir. Bu borç kaynaklarının en önemlisi sözleşmelerdir. *Ius Civile*'ye göre uygulanan hukukta, borcun doğması için iki tarafın anlaşmış olması yeterli değildi. Anlaşmanın yanı sıra bir borcun dava ile takibinin mümkün olması için hukuk düzeni tarafından tanınan belli sözleşme tiplerinden olması gerekirdi<sup>91</sup>.

*Digesta* metinlerinde *Ulpianus*'un "*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*" şeklindeki bir hukuk kuralında belirttiği gibi<sup>92</sup> *Ius Civile* dışında kalan diğer anlaşmalar (*pactum*'lar) borç doğurmamakta ve bir dava (*actio*) ile takip edilememekteydi. Dava açıldığı durumlarda ise borçlunun *exceptio pacti* ileri sürerek

---

<sup>87</sup> CEYLAN, s. 172.

<sup>88</sup> CEYLAN, s. 172.

<sup>89</sup> ZIMMERMANN, s. 508.

<sup>90</sup> CEYLAN, s. 174.

<sup>91</sup> CEYLAN, s. 176 vd.

<sup>92</sup> ZIMMERMANN, s. 508.; LEE, *Roman Law*, s. 342.



davaya itiraz edebilme imkânı bulunuyordu. *Ulpianus*'a göre, bu resmi olmayan, ancak etkili bir kaçış yolu idi<sup>93</sup>. Bir diğer ifadeyle, *pactum*'lar dava hakkı olmayan, ancak def'i ile korunabilen hukuki işlemlerdi<sup>94</sup>.

Bunun yanı sıra, alacaklının yaptığı anlaşmaya aykırı iddialar ileri sürmesinin, *praetor* tarafından korunmayacağı öngörülüyordu<sup>95</sup>. Bu durumda borçluya *praetor* tarafından *exceptio pacti conventi* (anlaşma def'i) ileri sürme hakkı tanınmıştır<sup>96</sup>. Bu def'inin dayanağını *pactum*'un kendisi oluştururdu. *Praetor*'lar tarafından uygulanan hukuk sistemlerinde, önceleri *pactum*'lar konusunda def'i hakkının tanınması yeterli görülmüş, dava hakkı ve diğer yaptırımlara gerek duyulmamıştır<sup>97</sup>.

*Pactum*, üzerinde çok çalışılan ve uzun bir gelişme süreci geçiren bir kurumdur. Hukuk okulları ve *praetor*'lar *pactum*'ların gelişimini etkilemiştir. Bir sözleşme tipi olarak kabul edilmesi ve dava yoluyla takip edilebilme imkânı tanınması *praetor*'ların faaliyetlerinin bir sonucudur. Dava hakkı tanınmasına kadar geçen süreç içerisinde üç aşama söz konusudur. İlk olarak *Ius Civile* yapılan ek anlaşmaların geçerliliğini kabul etmiştir. Ardından *praetor*'lar diğer bazı *pactum*'lara hukuki olarak koruma imkânı tanımıştır<sup>98</sup>. Son olarak İmparatorluk Dönemi'nde yeni bazı anlaşmalara sözleşme niteliği verilmiştir<sup>99</sup>.

*Ius Civile*'nin ek anlaşmaların geçerliliğini kabul etmesi bazı şartlara dayanmaktadır. Bu şart, anlaşmanın kira, alım satım gibi bir iyiniyet (*bonae fidei*) sözleşmesine eklenmiş olmasıdır. Eğer anlaşma, böyle bir sözleşmeye eklenmişse *actiones empti, venditi, locati, conducti* gibi davaların uygulama alanına girebilirdi. *Ulpianus*'a ait metinlerde de *bonae fidei*'den bahsedilmiş ve bu nitelik Roma Hukuku sistemine dâhil edilmiştir. Ayrıca sözleşmeyle birlikte yapılan anlaşmalar ve

---

<sup>93</sup> ZIMMERMANN, s. 508; LEE, *Roman Law*, s. 342.

<sup>94</sup> LEE, *Roman Law*, s. 342.

<sup>95</sup> TAHİROĞLU, s. 261.

<sup>96</sup> TAHİROĞLU, s. 261.

<sup>97</sup> ZIMMERMANN, s. 508.

<sup>98</sup> *Praetor*'ların *pactum*'lara ilişkin hukuki koruma imkanı bir dava hakkı olmamakla birlikte, *exceptio pacti* adı verilen bir def'i hakkından ibaretti. (HONIG Richard, *Roma Hukuku Dersleri*, Çev. TALİP Şemseddin, Ahmet İhsan Matbaası, İstanbul-1935, s. 277).

<sup>99</sup> CEYLAN, s. 178.

sözleşmeden sonra yapılan anlaşmalar arasında kesin bir çizginin varlığı kabul edilmiştir. İlk durumda anlaşma sözleşmenin bir parçası kabul edilmiş ve onunla birlikte dava hakkını doğuracağı, ikinci durumda ise sadece bir def'i hakkının doğmasına sebep olacağı öngörülmüştür<sup>100</sup>.

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'ne doğru Roma Hukuku'nun katı ve şekilci yapısında rahatlama olmuş ve artık iradenin büründüğü şekilden ziyade, iradenin kendisine önem verilmeye başlanmıştır. Dolayısıyla tarafların asıl isteğinin ön plana çıkması ile birlikte hukuk sisteminde şekle bakılmaksızın irade beyanlarının önem kazandığı görülmektedir. Böylece bazı *pactum*'ların geçerliliği kabul edilmiş ve Roma Hukuku sözleşmeler sistemine dâhil edilmiştir<sup>101</sup>.

Roma Hukuku'nda *contractus* ve *pactum* olarak beliren farkı, günümüz hukukunda karşılayan bir kavram bulunmamaktadır<sup>102</sup>. *Contractus* ve *pactum*'un günümüz hukukundaki terimsel karşılıkları verilmek istenirse, *contractus* için sözleşme, *pactum* için anlaşma terimleri kullanılabilir. Günümüzde kavramsal bakımdan iki kurum arasında bir fark kalmamıştır<sup>103</sup>.

### III. PACTUMLARIN ŞEKLİ VE KURULMASI

Yapılan işlemlerde irade beyanlarının büründüğü biçime şekil denmektedir. Her irade beyanının bu anlamda bir şekli bulunmaktadır. Fakat irade beyanının, kanun veya tarafların iradesi ile tespit edilen çeşitli tarzları şekil olarak nitelendirilir. Hukuki işlemlerde şekil şartı ile sağlanmak istenen amaç, tarafların ve kamunun menfaatini korumak ve hukuki güvenliği sağlamaktır<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> ZIMMERMANN, s. 509 vd.

<sup>101</sup> ZIMMERMANN, s. 510 vd.

<sup>102</sup> RADO, s. 163.

<sup>103</sup> CEYLAN, s. 172.

<sup>104</sup> von TUHR Andreas, **Borçlar Hukuku**, (Çev. EDEGE Cevat), Yeni Matbaa, Ankara–1983, s. 229.

Hukuki işlemler kanununun emrettiği şekilde yapılmalıdır<sup>105</sup>. Çünkü bir irade beyanının geçerli olarak kurulabilmesi, kanunun özel ve belirli olarak öngördüğü şekil içinde beyan edilmiş olmasına bağlıdır. Şekil şartının sözleşmeye kesinlik sağlaması, açıklık getirmesi, ispat güvenliği ve kolaylığı getirmesi, tarafları düşünmeye sevketmesi, aleniyet ve güven sağlaması, sözleşmelerin yorumunu kolaylaştırması bakımından faydaları bulunmaktadır. İşlemin yapılmasını geciktirmesi, ekonomik yönden pahalı olması, esas şekle feda etme tehlikesi taşıması açısından ise birtakım sakıncaları bulunmaktadır. Buna karşılık, şekil serbestisi prensibi, iradenin herhangi bir şekilde yapılabilmesini öngörmektedir<sup>106</sup>.

Çağdaş hukuk sistemlerinde, belirtilen sakıncalar nedeniyle, kural olarak şekil serbestisi prensibinin benimsendiğini, şekil zorunluluğunun ise belli hukuki işlemler için kabul edildiğini görmekteyiz<sup>107</sup>. Borçlar Hukuku şekil serbestisi prensibini kabul etmiştir. BK. m. 11/1' de, "Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir" denerek konuya açıklık getirilmiştir. Bu maddeyi geniş yorumlarsak, şekil serbestisinin hukuki sonuç doğurmaya yönelik her türlü irade beyanında kabul edildiği sonucunu çıkarabiliriz<sup>108</sup>.

Hukuk sistemlerinin irade beyanlarının belirli bir şekilde yapılmasını öngördüğü hallerde, hukuki sonuçlar farklılık göstermektedir. Bazen şekle uyulmadıkça işlem geçerli olmayacaktır, bazen de ispat edilebilmesi açısından belirli bir şekilde yapılmış olması aranmaktadır. İlk durumda şekil geçerlilik şartı iken, ikinci durumda ispat şartı olmaktadır. Niteliksel olarak, geçerlilik şartı maddi hukuk, ispat şartı usul hukukuna ilişkin kavramdır<sup>109</sup>.

Roma Hukuku'nda ise, hukuki işlemlerin büyük bir çoğunluğunun şekle bağlı olduğu görülür. Sadece belli hukuki işlemler için şekil serbestisi benimsenmiştir. Günümüz hukukuyla Roma Hukuku arasındaki en belirgin fark bu konuda

---

<sup>105</sup> SALTİK Veli, **Hulasalar Medeni Kanun Hükümleri Hakkında Borçlar**, Köyhocası Matbaası, Ankara-1934, s. 23.

<sup>106</sup> EREN, s. 243 vd.

<sup>107</sup> REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul-2000, s. 61.

<sup>108</sup> EREN, s. 246 vd.

<sup>109</sup> AYAN Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza Yayınevi, Konya-1998, s. 148.

oluşmaktadır. Günümüzde genel prensip şekil serbestsiyken, şekle bağlılık istisnai bir durumdur. Roma Hukuku'nda zamanla şekle bağlı olmayan hukuki işlemlerin sayısı artmış olsa da şekle bağlılık geleneği devam etmiştir<sup>110</sup>.

Roma Hukuku'nda şekil şartına uygun olarak yapılan hukuki işlemlerin hüküm doğuracağı kuralı uygulanmıştır. Bir hukuki işlemin hukuken varlık ve geçerlilik kazanabilmesi için şekil kuralına uygun olarak yapılmış olması gerekmektedir. Hukuki işlemin meydana gelmesinde iradeden daha çok, aranan şartın yerine getirilmiş olması daha önemli görülürdü<sup>111</sup>.

Roma Hukuku'nda hukuki işlemlerin gerçekleşmesinde şekil genellikle merasimi ifade ederdi. Bu merasim, belli bazı kelimelerin söylenmesiyle (*stipulatio*), şahitler huzurunda devredilecek mala elle veya değnekle dokunarak (*mancipatio*) ya da *magistra*'nın işleme katılarak onaylamasıyla (*in iure cessio*) gerçekleşmekteydi<sup>112</sup>. Şekle bağlı işlemlerin yanı sıra, şekle bağlı olmayan bazı işlemlerde bulunmaktaydı. Alım satım sözleşmesi, kira sözleşmesi ve *pactum*'lar şekil serbestisi olan hukuki işlemlerdir<sup>113</sup>.

*Pactum*'lar şekil açısından incelendiğinde *Ius Gentium*'dan itibaren benimsenmeye başlanan şekil serbestisi ilkesi<sup>114</sup> gereği, şekle bağlı olmayan irade beyanlarının da geçerli hukuki işlemler olarak hüküm ve sonuç doğuracağı fikrinden dolayı şekilsiz anlaşmalar olduğu görülmektedir<sup>115</sup>. *Pactum*'larda şekil unsuru, *pactum* çeşitleriyle ele alınmalıdır. *Constituere Debitum* (borç ödeme taahhüdü) hazırlar ve hazır olmayanlar arasında, haberci aracılığıyla ve her türlü kelimenin kullanılmasıyla yapılabilen bir anlaşma çeşidiydi. *Receptum nautarum-cauponum-stabularium* da Klasik Hukuk Dönemi'nde gemi, han ve ahır işletenlerin müşterileri ile kendilerine teslim edilen malların zarar görmeyeceğine dair yaptıkları şekilsiz bir

<sup>110</sup> ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 169.

<sup>111</sup> ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 166.

<sup>112</sup> ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 166 vd.

<sup>113</sup> ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 192 vd.

<sup>114</sup> UMUR Ziya, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul-1984, (Tarihi Giriş), s.417.

<sup>115</sup> ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 219.

anlaşmadır. Bu dönemde mücbir sebep halleri istisnai olarak kabul edilmiş, ancak anlaşmaya bu sorumluluğun da eklenmesi mümkün kılınmıştır. *Iustinianus* Dönemi Hukuku'nda ise taraflar arasında bir anlaşma olmasa dahi bu kişilerin hukuki sorumluluğunun olduğu kabul edilmiştir<sup>116</sup>.

*Pactum*'ların bir diğer çeşitleri olan tahkim ve hakem sözleşmesinde de *receptum nautarum-cauponum-stabularium* gibi şekil serbestisi vardı. Ancak hakemin vereceği karara uyulmasını garanti altına almak için, bu anlaşmaya ek olarak para cezasını öngören bir *stipulatio* yapılması da mümkündü. Bu durumda para cezasını içeren bu hukuki işlem *stipulatio*'nun gerektirdiği şekil şartlarına uygun olarak yapılırdı. *Receptum argentarii*, bankerlerin üçüncü kişilere karşı müşterisinin bir borcunu ödemek yükümlülüğü altına girmesini sağlayan bir anlaşma olmakla birlikte, onun için de şekil serbestisi bulunmaktaydı<sup>117</sup>.

Bir diğer *pactum*'la, cihaz (çeyiz) konusunda karşılaşılmaktadır. Cihaz, Roma Hukuku'ndaki ifadesiyle *dos* kadının veya onun yerine başka birisinin, kadının ev ihtiyaçlarına iştirakini sağlamak için, evlenme sebebiyle kocanın mülkiyetine getirdiği mallardır. Tesisi, ya malların mülkiyetinin devri (*datio dotis*) ile ya da vaat edilmesi (*promissio dotis/dictio dotis*) ile yapılmaktaydı. Son İmparatorluk Dönemi'nde cihazın şekilsiz bir *pactum*'la taahhüdü mümkün olmaktadır. Cihaz vaadi için ise sözlü olarak yapılmış olma şartı aranmaktaydı. Bağışlama amacıyla yapılan *pactum*'lar şekil serbestisinin bir istisnası olmaktadır. Şekilsizliğin genel prensip olduğu *pactum*'larda, bağışlamanın şekle bağlanmış olmasının sebebi, bağışlamanın karşılıksız kazandırma olması bağışlayanın malvarlığından çıkan değer karşılığında bir karşılık elde edemeyişidir<sup>118</sup>.

Bağışlayanın konuyu tekrar düşünmesini sağlamak için, bağışlama şekil şartına bağlanarak, zorlaştırılmış ve çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu çerçevede, Klasik Hukuk Dönemi'nde bağışlama bağımsız bir işlem olmayıp *stipulatio*'nun uygulama alanına girmektedir. Yani geçerliliği *stipulatio* ile yapılmış

---

<sup>116</sup> KOSCHAKER, s. 247 vd.

<sup>117</sup> RADO, s. 167.

<sup>118</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 110 vd; UMUR, **Lügat**, s. 61.

olmasına bağılıydı. Bağışlama amacıyla mülkiyetin geçirilmesi ve sınırlı aynı hak tesisi için *Ius Civile* tarafından öngörölmüş olan tasarruf işlemlerinin yapılmış olması gerekmektedir. İmparator *Konstantinus* bağışlamanın geçerliliğini resmi sicillere kaydedilmesine bağlarken, *Iustinianus* 500 *Solidus*'u aşan her türlü bağışlama için tescil şartını koymuştu. Aksi halde bağışlama hukuken değer kazanmayarak geçersiz olmaktadır. *Iustinianus* 500 *Solidus*'a kadar olan bağışlama vaağinin sadece şekilsiz bir anlaşmayla yapılmasının yeterli olacağını kabul ederek, bağışlamayı *stipulatio*'dan soyutlamış ve *pactum donationis*'i Roma sözleşmeler sistemine dâhil ederek, günümüzdeki bağışlama sözleşmesinin temelini atmıştır. Roma Hukuku'ndaki ek anlaşmalar incelenildiğinde ise, ister asıl sözleşmeyle yapılsın, ister sonradan yapılsın her iki durumda da şekil serbestisinin olduğu görölmektedir<sup>119</sup>.

Bu tür şekilsiz anlaşmalar Roma Hukuku'nda *nudum pactum* ya da *pacta nuda* (çıplak anlaşma) olarak nitelendirilmekteydi. Daha sonraki zamanlarda ise Roma Hukuku'nun aynı sözleşmeler grubu isimsiz sözleşmelerin eklenmesiyle genişlerken, rızai sözleşmeler grubu da *pactum*'ların eklenmesiyle genişlemiştir<sup>120</sup>. *Pactum*'ların sözleşme sayılması ve dava hakkı tanınmasıyla da *pactum*'lar ve *contractus*'lar arasında bir fark kalmamıştır<sup>121</sup>. Hukuki netice doğuran bu *pactum*'lara ise *pacta vestita* denmektedir<sup>122</sup>.

Bazı *pactum*'lara dava hakkı tanındığı için birer sözleşme haline gelmişlerdir<sup>123</sup>. Bu konuda üç aşama bulunmaktadır,

- *Ius Civile*'nin bazı ek anlaşmaları tanınması,
- *Praetor*'ların bazı *pactum*'ları kendi himaye vasıtaları ile koruması,
- İmparator hukukunda yeni bazı anlaşmalara sözleşme niteliği tanınması<sup>124</sup>.

---

<sup>119</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 111 vd.

<sup>120</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 261.

<sup>121</sup> CEYLAN s. 172.

<sup>122</sup> UMUR, **Lügat**, s. 147.

<sup>123</sup> UMUR, **Ders Notları**, s. 377 vd.

<sup>124</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 262.

Belli *actio*'larla sınırlı Roma Hukuku sisteminde, sayılan bu anlaşmaların kapsamı da dava ile takip edilir hale gelmiştir<sup>125</sup>. *Glassator*'lar<sup>126</sup> ise *pactum*'ları, sözleşmelere eklenmiş anlaşmalar, *praetor* tarafından dava hakkı tanınmış olan anlaşmalar olarak bir ayrıma tabi tutmuşlardır<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> AYİTER Kudret, Roma Hukuku Kaynakları Ve Yorumları, **Prof. Dr. Akif Erginay'a 65. Yaş Armağanı**, AÜHF Yayınları, Ankara-1981, (Roma Hukuku), s. 40.

<sup>126</sup> *Glassator*; Bologna Hukuk Okulu'nda, XII. yüzyılın başlarından itibaren faaliyette bulunan hukukçulara verilen isimdir. Skolastik metotla çalışan, diğer bir ifadeyle *Corpus Iuris Civilis*'in otoritesine dayanan *Imerius* ve öğrencileri, *Iustinianus*'un eserinin bütün kısımlarını özenle incelemiş ve metnin anlaşılması için çalışmalar yapmışlardır. XIII. yüzyılın ortalarından sonra bu faaliyete *Postglassator*'lar devam etmiştir. (UMUR, **Lügat** s. 79).

<sup>127</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 262.

## İKİNCİ BÖLÜM

### **PACTUM'LARIN SINIFLANDIRILMASI, PACTUM VE DİĞER KURUMLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ**

#### **Ş1. PACTUM'LARIN SINIFLANDIRILMASI**

*Pactum*'ların sınıflandırılmasına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Daha önce *pactum*'lar, yeminli *pactum*'lar, *receptum*'lar (*receptum arbitrii/receptum argentarii*), *pacta adiecta* (ek anlaşmalar) ve kanuni *pactum*'lar (imparator *pactum*'ları) olarak dörtlü bir ayrıma tabi tutulurken, doktrindeki genel görüşe göre; *pactum*'lar, ek anlaşmalar, *praetor pactum*'ları ve imparatorluk hukuku *pactum*'ları olarak üçlü bir şekilde incelenmektedir. Bu iki sınıflandırmanın ortak özelliği, sadece dava hakkı tanınmış olan (*pacta vestita*) *pactum*'lara ilişkin olmasıdır.

#### **I. IUS CIVILE'NİN TANIDIĞI EK ANLAŞMALAR**

##### **(PACTA ADIECTA)**

*Pactum*'lar *Ius Civile* tarafından sözleşme sayılmadığından kendilerine dava hakkı verilmemiş ve borç doğurmayan hukuki işlemler olarak kabul edilmişlerdir. Ancak zaman içerisinde *pactum*'lar rızai sözleşmeler grubuna dâhil edildiler. Bu sebeple onlar için de birer iyiniyet (*bona fides*) davası<sup>128</sup> öngörülmüş ve iyiniyet davası doğuran sözleşmelere ilave edilen feri ek anlaşmalar *Ius Civile* tarafından tanınmıştır. Roma Hukuku'nda bu anlaşmalar *pacta adiecta* olarak adlandırılmıştır<sup>129</sup>. *Pacta adiecta* ile iyiniyet sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler yapılabilmekle birlikte,

---

<sup>128</sup> *Praetor*'lar bazı davaların *formula*'larına iyiniyet gereğince anlamına gelen *ex fide bona* kelimelerini ekleyerek, bu davalara birer iyiniyet davası niteliği kazandırıyorlardı. Dar hukuk davalarında hakim, *formula*'ya bağlı kalmak zorundayken, iyiniyet davalarında iyiniyetin gerektirdiklerini de dikkate alarak, geniş bir takdir yetkisiyle karar verirdi. Dar hukuk davalarında *formula*'nın içeriği bu açıdan önem taşımaktaydı. (TAHIROĞLU Bülent/ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Usul Hukuku**, Der yayınları, İstanbul-1997, Usul, s. 37; **GAIUS, The Institutes of Gaius**, Translated with an Introduction by W. M. Gordon/O. F. Robinson, Duckworth Press, London-1997, s. 453).

<sup>129</sup> CEYLAN, s. 181



dar hukuk sözleşmelerine ilişkin tali unsurlar belirlenemez. Dar hukuk sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerin, bir *actio* ile korunabilmesi için *stipulatio* ile yapılması gerekecektir<sup>130</sup>.

Ek anlaşmalar, asıl sözleşmenin ayrıntılarını belirleyen ve destekleyici nitelikler taşıyan hükümleri içerirdi. Bu sebeple, eklendikleri sözleşmeye ait iyiniyet davasına konu olabilmelerdi. *Iudicia bonae fidei* olarak da ifade edilen bu durum<sup>131</sup>, hâkime sözleşmeyle yapılan *pactum*'ları da dikkate alarak ve geniş bir takdir yetkisiyle karar vermesini sağlardı<sup>132</sup>.

*Ius Civile*'nin geçerlilik tanıdığı bu anlaşmalar iyiniyet davası doğuran sözleşmelere eklenmekte ve içeriği de o sözleşmenin davası ile takip edilmekteydi. Burada iki durumun ayrımı üzerinde durmakta fayda vardır. Eğer, anlaşma sözleşmeyle birlikte yapılmışsa, o sözleşmenin davası ile talep olunurdu. Anlaşmanın sözleşmeden sonra yapıldığı durumlarda ise, yani anlaşma sözleşmeye sonradan eklenmişse borçlunun lehine olduğu durumlarda bir def'i olarak ileri sürülmekteydi<sup>133</sup>. Bu tür ek anlaşmalara alım satım sözleşmelerinde rastlanmakta ve alım satım sözleşmesine ek olarak öne sürülen çeşitli şartlar bu anlaşmalar içerisinde düzenlenmekteydi<sup>134</sup>.

## A. Alım Satım Sözleşmesi

Alım satım sözleşmesi, rızai bir sözleşme olmakla birlikte para karşılığı bir malın el değiştirmesini öngörür. Roma Hukuku'nda bu sözleşme *emptio venditio* olarak ifade edilir<sup>135</sup>. Alım satım sözleşmesinde, satıcı (*venditor*) bir malı devretmek, alıcı (*emptor*) ise bir miktar para (semen) ödemek borcu altına girer. Bu sözleşme tarafların devredilecek mal ve ödenecek semen üzerinde anlaşmalarıyla

---

<sup>130</sup> AKINCI Şahin/SAVAŞ Abdurrahman, **Roma Hukuku Pratik Çalışmalar**, Sayram Yayınları, Konya–2007, s. 65 vd.

<sup>131</sup> ZIMMERMANN, s.509.

<sup>132</sup> UMUR, **Lügat**, s. 95.

<sup>133</sup> UMUR, **Ders Notları**, s. 378.

<sup>134</sup> CEYLAN, s. 181.

<sup>135</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 188.

tamamlanır<sup>136</sup>. Bunun yanı sıra, alım satımın bir iyiniyet sözleşmesi olması sebebiyle, taraflar satılan mal ve semen üzerinde anlaştıktan sonra bu sözleşmeye *pactum*'lar, diğer bir ifade ile şekilsiz anlaşmalar ekleyebilirlerdi. Alım satım sözleşmesinin davaları ile (*actio empti ve actio venditi*) bu ek anlaşmaların kapsamı takip edilebilirdi. Bu davalarda anlaşmanın içeriği ve iyiniyet gereği yapılması gerekenler hâkim tarafından göz önünde tutulmaktaydı<sup>137</sup>. Bu anlaşmaların amacı hukuki işlemlerin tipine özgü hükümleri değiştirmeye yönelik anlaşmalar eklemektir<sup>138</sup>.

## B. Alım Satım Sözleşmesine Bağlı Ek Anlaşmalar

Ek anlaşmalar genellikle alım satım sözleşmesinde görülür. Ek anlaşmalar alım satım sözleşmesi açısından önemli bir yere sahip olmasının yanında, bu anlaşmalar arasında ister alıcı ister satıcı lehine olsun özellikle sözleşmeden rücu şartını taşıyanlar ayrı bir öneme sahiptir<sup>139</sup>. Roma Hukuku'nda pratikte en çok aşağıdaki anlaşmalar görülmekteydi<sup>140</sup>.

### 1. *Pactum Arrhale*

Bu anlaşma türü ile pey akçesine ilişkin hususlar belirlenmektedir. Sözleşmenin yapıldığına delil olmak üzere taraflardan birinin diğerine verdiği, genellikle de sözleşme tutarına oranla daha az olan paraya pey akçesi denir<sup>141</sup>. Kaparo olarak da adlandırılan pey akçesi, zamanla Romalılar arasında yaygın bir adet olarak benimsenmiştir. Alım satım sözleşmesinin geçerliliği için pey akçesinin verilmesi şart değildi. Ancak yine de alım satım sözleşmelerin çoğunda rastlanılan bir durumdur. Kaparo olarak genellikle para veya yüzük verilir, eğer para verilmişse bu miktar semen ödenirken mahsup edilirdi. Paradan başka bir şey verilmişse iade edilirdi. İadenin gerçekleşmediği durumlarda *actio empti* veya *condictio* gibi şahsi davalardan biri açılırdı<sup>142</sup>.

---

<sup>136</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 65.

<sup>137</sup> RADO, s. 132.

<sup>138</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 217.

<sup>139</sup> RADO, s. 132.

<sup>140</sup> CEYLAN, s. 83.

<sup>141</sup> YILMAZ, s. 709.

<sup>142</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 83 vd.

Belirtildiği gibi pey akçesinin (*arra*) asıl amacı alım satım sözleşmesinin yapıldığı ve tarafların borçlandığına dair delil (*arra confirmatoria*) oluşturmaktır. Bu çerçevede semenin ödenmesinin ardından pey akçesinin işlevi sona ermektedir. Romalılar ise pey akçesine iki işlev daha bağlamışlardır. Bunların ilki pişmanlık akçesi (*arra poenitentialis*) fonksiyonudur<sup>143</sup>. Zamanı rücu<sup>144</sup> olarak da adlandırılan bu durumda, veren verdiğiinden vazgeçmek, alan ise aldığıının iki katını ödemek şartıyla kendini sözleşmeden kurtarabiliyordu<sup>145</sup>.

Pey akçesine bağlanan ikinci fonksiyon ise ceza akçesidir. *Arra poenalis* olarak da ifade edilen bu durum, edimini yerine getirmeyen alıcının ceza olarak verdiği pey akçesini kaybetmesine, satıcının ise pey akçesinin zararını asgari telafisi olarak muhafaza etmesine sebep olmaktadır. Bu nedenle pey akçesi önceden yerine getirilen bir cezai şart niteliğindedir<sup>146</sup>.

## 2. *Lex Commissoria*

Sözleşmeye bağlı anlaşmalardan biri olan *lex commissoria* ile alıcı belli bir süre içerisinde semeni ödemezse satıcı sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olurdu<sup>147</sup>. Diğer bir ifade ile *lex commissoria* bir sözleşme şartıdır. Alım satım sözleşmesine böyle bir şart eklenmediği takdirde satıcı semenin ödenmemesi sebebiyle sözleşmeyi bozamamaktaydı. Bunun yerine semenin ödenmesi için *actio venditi*<sup>148</sup> davası açabiliyordu<sup>149</sup>. Ayrıca geç ifa veya ifa etmeme nedeniyle uğradığı zararı talep etme hakkı da bulunmaktaydı<sup>150</sup>.

Roma Hukuku'nda anlaşma yoluyla uygulanması sağlanan bu esas günümüz hukukunda bütün iki taraflı sözleşmelerde uygulanan genel bir ilkedir. Bu konuda

---

<sup>143</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 85.

<sup>144</sup> UMUR, **Lügat**, s. 26.

<sup>145</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 85.

<sup>146</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 85.

<sup>147</sup> UMUR, **Lügat**, s. 15.

<sup>148</sup> *Actio venditi* bir iyiniyet davası olup, satıcının alım-satımdan doğan semenin (*pretium*) ödenmesi ve alıcının diğer borçlarını yerine getirmesi amacını taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle Roma Hukuku'nda, alım-satım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi bu dava ile istenebilmekteydi. (UMUR, **Lügat**, s. 13).

<sup>149</sup> RADO, s. 132.

<sup>150</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 85.

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlemeler bulunmaktadır<sup>151</sup>. BK m. 106'daki düzenlemeye göre, karşılıklı borçları içeren sözleşmelerde borçlu temerrüde düşerse alıcının aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkı bulunmakla birlikte başka ek imkânlar da tanınmaktadır<sup>152</sup>.

Bu imkânlar;

- Borcun aynen ifasını ve ifanın gecikmesinden doğan zararın ödenmesini istemek.
- Aynen ifadan vazgeçip, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın ödenmesini talep etmek.
- Aynen ifadan vazgeçip sözleşmeyi feshetmek ve menfi zararın tazmini istemektir.

Alacaklının son iki imkândan yararlanabilmesi, mütemerrit durumdaki borçluya ifa için uygun bir ek süre vermiş olmasına ve sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçtiğini ve yaptığı seçimi borçluya derhal bildirmiş olması şartına bağlıdır<sup>153</sup>. Belirtilmesi gereken bir diğer husus, BK 106'ncı maddesinin niteliğine ilişkindir. Bu madde emredici değil, düzenleyici bir hukuk kuralıdır. Bu sebeple, taraflar bunun aksini kararlaştırabilme hakkına sahiptirler<sup>154</sup>.

### **3. In Diem Addictio (Addictio In Diem)**

*In Diem Addictio*, satıcı lehine yapılmış bir anlaşmadır. Bu anlaşmaya göre, satıcı belli bir süreye kadar başka biri tarafından daha iyi bir teklif yapıldığı takdirde sözleşmeyi bozabilirdi<sup>155</sup>. Diğer bir ifade ile *in diem addictio*, belli bir süre içerisinde daha iyi bir teklif yapılmadığı takdirde alım satımı kesinleştiren bir sözleşme şartıdır<sup>156</sup>.

---

<sup>151</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 117.

<sup>152</sup> REİSOĞLU, s. 307.

<sup>153</sup> REİSOĞLU, s. 307 vd.

<sup>154</sup> EREN, s. 218.

<sup>155</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 218.

<sup>156</sup> UMUR, **Lügat**, s. 17.

#### 4. *Pactum Displicentiae*

Alıcı lehine olan bu anlaşma alıcıya, beli bir süre içerisinde satım konusunu beğenmediği takdirde<sup>157</sup>, sözleşmeden dönme, yani malı geri vererek ödediği semeni isteme hakkı tanıyordu<sup>158</sup>. Bu *pactum* özellikle gizli ayıplardan doğan zararı başka bir şekilde telafi etme olanağı bulunmadığı hallerde müşteri açısından fayda sağlamaktaydı<sup>159</sup>. Benzer bir düzenleme BK 219-221'inci maddelerinde bulunmaktadır<sup>160</sup>. Bu maddeler tecrübe ve muayene şartı ile satış esasını düzenlemektedir<sup>161</sup>. Ancak günümüz hukukunda alım satımın özel bir hali olan bu kural, taliki şarta bağlı olmak üzere düzenlenmiştir. Sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde infisahi olarak düzenlenmesine de bir engel bulunmamaktadır<sup>162</sup>.

*Lex commissoria, in diem addictio* ve *pactum displicentiae* anlaşmaları taliki şarta bağlanmış alım satım sözleşmesi şeklinde yapılırdı. Ayrıca şartsız alım satım sözleşmesine, taliki şarta bağlı dönme anlaşmasını eklemek suretiyle de yapılması mümkündü. Bu tarafların iradesine bağlı bir husustu<sup>163</sup>.

---

<sup>157</sup> UMUR, **Ders Notları**, s.366.

<sup>158</sup> RADO, s.132 vd.

<sup>159</sup> BERKİ Şakir, **Roma'da Borcun Kaynakları**, AÜHFD, 1950, C. VII, S. 3-4 (Borçlar), s. 378 vd.

<sup>160</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 86.

<sup>161</sup> RADO, s. 133.

<sup>162</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 86

<sup>163</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 86

## II. PRAETOR PACTUMLARI (PACTA PRAETORIA)

*Praetor*'lar, hukuk alanında yaptıkları bir takım yeniliklerle Roma Hukuku'nun gelişmesinde önemli rol oynamışlardır. Öncelikle, *Ius Praetorium*'u geliştirerek *Ius Civile*'yi etkilemiş, katı ve şekilci hükümlerini değiştirmişlerdir. *Praetor*'lar yargı işlerine bakmakla birlikte, kanun yapma yetkisine sahip değillerdi. Ancak, adli işleri yürütürken koydukları bir takım yeni hukuk kuralları ve göreve geldikleri zaman çıkardıkları *edictum*'larla (beyanname) Roma Hukuku'nun gelişmesine katkı sağlamışlardır<sup>164</sup>.

Roma Hukuku'nun gelişimine hem düzenlemelerle hem de uygulamalar yoluyla önemli katkıları olan *praetor*'ların<sup>165</sup>, *pactum*'lar üzerinde de etkileri olmuştur. İlk olarak, *praetor*'lar bazı *pactum*'lara dava hakkı tanıyarak, onları *contractus*'larla eşit duruma getirmeyi amaçlamışlardır. *Constitutum debiti*, *receptum arbitrii*, *receptum-nautarum-cauponum-stabulariorum* ve *receptum argentarii* gibi *pactum*'lar bu gruba dâhildir<sup>166</sup>.

*Constitutum debiti* bir kimsenin, kendisine ya da bir başkasına ait bir borcu ödemek konusunda bir taahhütte bulunmasıdır. *Receptum arbitrii* iki kişi arasındaki bir ihtilafın, bu kişiler tarafından bir hakeme tevdi edilmesi durumudur<sup>167</sup>. Gemici, hancı ve otelcilerin gelen müşterilerin eşyalarının muhafazasından sorumlu olması ise *receptum-nautarum-cauponum-stabulariorum* terimi ile ifade edilmektedir. Klasik Hukuk Dönemi'nde, bu sorumluluk için müşteri ve müessese sahibi arasında bir anlaşma aranırken, *Iustinianus* Hukuku Dönemi'nde bu durum kanunlaştırılmış ve anlaşma olmadan da sorumluluğun doğacağı kabul edilmiştir<sup>168</sup>.

*Receptum argentarii*, *praetor pactum*'larının son örneğidir. Burada ise, bir bankacı ve müşterisi arasında yapılan bir anlaşma söz konusu olmaktadır. Bu anlaşmaya göre, banka işlemlerini yapan kimse, müşterisinin üçüncü kişilere olan

<sup>164</sup> AKINCI Şahin, *Roma Hukuku Dersleri*, Nobel yayınevi, Konya-2003, s. 29 vd.

<sup>165</sup> CROOK J. A., *Legal Advocacy in the Roman World*, Cornell University Press, New York-1995, s. 41.

<sup>166</sup> HONIG, s.142 vd.

<sup>167</sup> OĞUZOĞLU, s. 260.

<sup>168</sup> BERKİ, *Roma Hukuku*, s. 302.

borcunu ödemeyi taahhüt etmektedir. Kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, nezdinde müşterinin parasının bulunduğu dair bir teminat vermiş olmaktadır<sup>169</sup>.

### **A. Borç Ödeme Taahhüdü (*Constitutum Debiti*)**

Kararlaştırmak, saptamak, karar vermek anlamına gelen *constitutum*, Roma Hukuku'nda varolan bir borcun ödenmesi konusundaki bir vaat veya bir kişinin kendisine ya da başkasına ait bir borcu belli bir zamanda ödeyeceğini taahhüt etmesini ifade etmektedir<sup>170</sup>. *Constitutum debiti*, dönemlere göre farklı kurumları ifade etmek için kullanılmıştır.

Klasik Hukuk Dönemi'nde, bir kimsenin kendisine ya da başkasına ait, para veya misli bir eşyaya ilişkin bir borcu ödemeye ilişkin olarak yapılan şekilsiz bir anlaşmayı ifade eden *constitutum debiti (constituere debitium)*, sonraki zamanlarda önceden mevcut bulunan bir borcu anlaşma ile belirtilen günde ödemeyi taahhüt etmek anlamında kullanılmıştır. Böylece, mevcut bir borç için kesin bir vade tesbitini içeren şekilsiz bir anlaşma yapılmış olur. Para ve misli eşyayla ilgili kredi borçlarına ilişkin kesin vade konusundaki bu şekilsiz anlaşmaya, *praetor*'lar tarafından hukuki korunma sağlanmıştır<sup>171</sup>.

Tarafların sözleşmeyi yaparken ifa için bir vade kararlaştırmaları *constitutum* değilken, ifa zamanının yeniden belirlenmesi *constitutum*'dur. *Constitutum debiti* vadenin ertelenmesi bakımından borçluya yarar sağlarken, temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanmasında alacaklıya yarar sağlamaktadır. İlk durumda, asıl sözleşmeyle birlikte belirlenen vade de, borçlu borcu ödemezse ifanın yapılmamasından doğan zarar talep edilememekteydi. *Constitutum debiti*'de ise, alacaklı bu tür masraf ve zararların tazminini isteme hakkına sahiptir<sup>172</sup>. Burada

---

<sup>169</sup> UMUR, **Ders Notları**, s. 379.

<sup>170</sup> ZIMMERMANN, s. 511.

<sup>171</sup> KARADENİZ Özcan, **Klasik Roma Hukuku'nda Constitutum Debiti**, AÜHF Yayınları, Ankara–1968, s. 7.

<sup>172</sup> ZIMMERMANN, s. 511 vd.

alacaklının yükümlülük altına girdiği husus, borcun kesin bir vadede ödenmesini kabul ederek vadeden önce borcun takibinden kaçınmasıdır<sup>173</sup>.

Şekle ilişkin şartlar incelenilecek olursa, şekle bağlı olmayan ve herhangi bir hukuki sonuç doğurmayan her anlaşma *pactum* olarak nitelendirildiğinden, *constitutum*'u da *pactum* olarak kabul etmek mümkündür. Ancak doktrinde bu konuya ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. *Constitutum debiti*'yi tek taraflı bir irade beyanı olarak tanımlayanların bulunmasıyla birlikte, alacaklının iradesinin de önemli olduğunu savunanların da bulunduğu görülecektir. Ancak her iki duruma bakıldığında da *constitutum*'un geçerliliği için herhangi bir şekil şartının gerekmediği görülmektedir. *Digesta*'da yer alan metinlerde bu bilgiyi destekler niteliktedir. Bu metinler, *constitutum*'un herhangi bir sözleşme yapılabileceği gibi, diğer irade beyanları ile de yapılabileceğini belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle, *constitutum debiti* her şekilde ve her ifade ile hazırlar arasında olduğu gibi, hazırda olmayanlar arasında da yapılabilen bir hukuki işlemi. Borca ilişkin şartlar ise, *constitutum debiti*'nin yapıldığı anda borcun mevcut olması ve bu borcun para veya misli bir eşyaya ilişkin bir borç olması gerekliliğiydi. Bundan başka, şarta bağlı borçlar için *constitutum debiti* yapılamamaktaydı<sup>174</sup>.

*Constitutum debiti*'ye, *actio pecuniae constitutae* olarak isimlendirilen bir *actio in factum*'la hukuki koruma sağlanmasıyla, diğer anlaşmalardan farklı bir nitelik kazanmıştır. *Constitutum debiti*'nin hukuki mahiyeti tartışmalı bir konudur<sup>175</sup>. Doktrindeki bir görüş, *constitutum debiti*'yi tek taraflı bir irade beyanına dayanan bir taahhüt olarak tanımlamaktadır. Bu görüşe göre, kaynaklarda alacaklının irade beyanını düzenleyen bir bilgiye rastlanmamakla birlikte, alacaklının rızasını açıkça belirtmesi gerekmemektedir. Bu vaade karşılık olarak, alacaklının bir irade beyanında bulunmaması, vaadin bağlayıcılığı için yeterli görülmüştür. Diğer bir görüş ise, bu vaadin *pactum* niteliğinde olduğu, bu sebeple de, onun anlaşmaya dayanması, iki taraflı bir irade beyanı olması gerektiği yönündedir.

---

<sup>173</sup> KARADENİZ, s. 53 vd.

<sup>174</sup> KARADENİZ, s. 105 vd.

<sup>175</sup> KARADENİZ, s. 53.



*Constitutum*'un konusu olabilen borçlar incelendiğinde, Klasik Hukuk Dönemi'nde, sadece hukuken takip edilebilen borçların *constitutum*'un konusu olmasına karşılık, *Iustinianus* Dönemi'nde tabii borçlar (*obligatio naturalis*) konusunda yapılan *constitutum*'ların da geçerli olarak kabul edildikleri görülmektedir. Yaşanan bu gelişmelere paralel olarak, birtakım hukuki ve ekonomik zorunluluklar nedeniyle, *constitutum debiti*'nin *praetor* tarafından korunması yoluna gidilmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi, özel bir dava ile sağlanan bu koruma, *constitutum*'a bağımsız bir karakter kazandırarak, bir borç için kesin vade tesbiti uygulamasından uzaklaşarak, bir borcun kesin bir vadede ödenmesi yönünde içeriğini değiştirmiştir<sup>176</sup>.

Bu açıklamalardan anlaşıldığı gibi, *constitutum debiti*, birtakım ekonomik ve hukuki gerekliliklerden dolayı *praetor* tarafından dava ile korunma yoluna gidilmiştir. *Actio de pecunia constituta* olarak adlandırılan bu dava, borcun kesin vadesinde ödenmemesi durumunda alacaklı bakımından doğacak zararların dikkate alınmasını sağlama amacı taşımaktadır. *Constitutum*'u *pactum* olarak kabul eden yazarlar, bu davayı bir *actio ex pacto* olarak *pactum*'la yüklenilen borcun ifasına yönelik olduğu fikrini savunurlar. *Constitutum*'un *pactum* olmadığını ileri süren yazarlar ise, *pactum*'lar için ilgili oldukları sözleşmeye bağlı olarak dava açılabilirken, *constitutum debiti*'nin kendine özgü bir davasının olması fikrinden yola çıkarlar. Bu iki görüşün ortak noktası ise, dava formülü gereğince geçerli bir *constitutum debiti* için bazı şartların gerekli olduğudur<sup>177</sup>.

Bunun yanı sıra, Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklarda, *constitutum debiti*'nin belirli dönemlerde, farklı bir yapı ve fonksiyona sahip olduğu görülmektedir. Roma hukukçularının bir kısmı *constitutum debiti*'yi, bir borcun ödeneceğine dair taahhüt olarak nitelendirse de, doktrinde kabul gören genel görüşe göre, daha önceden mevcut olan bir borca ilişkin bir vade tespitidir<sup>178</sup>. Belirtilen tanıma dikkat edildiği zaman borç ödeme taahhüdü niteliği yönünden günümüz hukukunda bulunan soyut borç ikrarına, bir borç için vade tesbiti olarak nitelendirilmesi yönünden ise borcun ertelenmesi ile benzerlikler olduğu fark edilmektedir. Sözü edilen bu kurumlar

---

<sup>176</sup> KARADENİZ, s. 60 vd.

<sup>177</sup> KARADENİZ, s. 79 vd.

<sup>178</sup> KARADENİZ, s. 53 vd.

*constitutum debiti*'nin günümüz hukukuna yansımalarıdır. Bu nedenle bu konularında değerlendirilmesi gerekir.

### 1. *Constitutum Debiti* ve Soyut Borç İkrarı İlişkisi

Her borçlandırıcı işlemin ve her tasarruf işleminin bir hukuki sebebi bulunmaktadır. Sebebi olmayan bir hukuki işlem yoktur<sup>179</sup>. Roma Hukuku'nda *causa* olarak ifade edilen bu hukuki sebep, bir kimseyi hukuki işlem yapmaya iten asıl amaçtır. Örneğin, ödünç vermek amacıyla bir vaatte bulunduğu zaman bunun *causa credendi* ile yapıldığı kabul edilmekte, bağışlama amacı olduğu zamanda *causa donandi* ifadesi kullanılmaktadır<sup>180</sup>.

Taraflar yapmış oldukları sözleşmelerde bu hukuki sebebi, yani temel hukuki ilişkiyi göstermeyebilirler. Bu bakımdan incelendiğinde, soyut borç ikrarı borçlunun sebebini göstermeden alacaklıya karşı belirli bir miktar borcunun mevcut olduğunun ikrar ve beyanıdır<sup>181</sup>. Sebep gösterilmeden borç ikrarında bulunduğu durumlarda da borcun bir sebebi bulunmaktadır. Böyle bir durumda borcun geçerli bir sebebe dayandığı kabul edilmektedir<sup>182</sup>.

Soyut borç ikrarı geçerli olması, ileri sürülmesi bakımından daha kolay olması, borcun neden ve ne için meydana geldiğinin ispat zorunluluğunun olmaması bakımından uygulamada önem kazanmıştır. Ayrıca bir borç sözleşmesine ilişkin sebebin gizli kalmasına ihtiyaç duyulan durumlarda da soyut borç ikrarının uygulanırlığına etki etmiştir<sup>183</sup>. Bu şekilde yapılacak ikrar ve vadin şartları, bir sözleşmenin bulunması, sözleşmenin şekle tabi olmaması ve sözleşmede borç ikrar ve vadinin hukuki sebebinin gösterilmemesidir. Bu şartlar biraz daha açılacak olursa sözleşmeden kastın, alacaklının, borçlunun tek taraflı irade beyanına muvafakat etmesinin olduğu anlaşılmaktadır<sup>184</sup>.

---

<sup>179</sup> EREN, s. 182 vd.

<sup>180</sup> ÖNEN Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yargı Yayınevi, Ankara–1999, s. 13.

<sup>181</sup> EREN, s. 184.

<sup>182</sup> REİSOĞLU, s. 74.

<sup>183</sup> ÖNEN, s. 18.

<sup>184</sup> EREN, s. 185.

Bu yolla kurulan bir sözleşmenin geçerliliği için herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. Ancak doktrindeki maddi soyutluğu savunan görüşe göre soyut borç sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir<sup>185</sup>. Bazı durumlarda ise borç ikrarının dayanağını oluşturan, fakat gösterilmemiş bulunan sebep bir şekle tabi ise, o şekle uyma mecburiyeti doğmaktadır. BK md. 238'de düzenlenen bağışlama vaadi buna bir örnek teşkil eder. Gösterilmeyen sebep ne olursa olsun bütün borç ikrarları, özellikle ispatı kolaylaştırmak açısından, uygulamada bir senede bağlanmaktadır<sup>186</sup>.

Sebebin gösterilmemesi şartının bulunduğu durumlar ise bu ikrar ve vaadin dayandığı hukuki işlem ve ilişkinin gösterilmemesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, borçlu ya önceden mevcut ilişkiden, ya da aynı anda kurulan bir ilişkiden doğan borç için soyut borç ikrarında bulunabilmektedir. Ancak bazı yazarlar borçlunun gelecekte kurulacak bir borç ilişkisi nedeniyle de soyut borç ikrarında bulunabileceğini savunmaktadır. Soyut borç ikrarına sebep olan asıl ilişki diğer bir ifade ile hukuki sebep sözleşmeden doğan bir borç (satım parası, kira parası) ödünç alınan paranın geri verilmesi olabileceği gibi, haksız fiil veya başka bir nedenden doğan bir borç da olabilmektedir<sup>187</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, soyut borç sözleşmelerinin niteliği ile ilgilidir. İspat vasıtası mı, yoksa temel ilişkiden bağımsız ve maddi anlamda yeni bir borç doğuran bir sözleşme mi olduğu konusunda, doktrinde farklı düşünceler bulunmaktadır. Baskın görüş soyut borç vaadi ve ikrarının maddi yönden yeni bir borç doğurmadığı yönündedir<sup>188</sup>.

Soyut borç ikrarı da bir borç vaadi içerir dolayısıyla içeriği yönünden temel borcun aynısını kuran bir borç sebebi oluşturmaktadır. Bu ikrardan sonra, borçlu sadece temel borç ilişkisi dolayısıyla değil aynı zamanda bu borç ikrarından dolayı da borçlu bulunmaktadır. Ve böylece alacaklı alacağını dilerse temel borç ilişkisine

---

<sup>185</sup> EREN, s. 186.

<sup>186</sup> REİSOĞLU, s.75.

<sup>187</sup> EREN, s. 186

<sup>188</sup> EREN, s. 186.

dayanmadan doğrudan doğruya soyut borç ikrarına dayanarak talep ve dava edebilecektir. Bu ifadeden, soyut borç sözleşmesinin ispat aracı olduğu sonucuna da varılabilir<sup>189</sup>.

Alacaklı, soyut borç ikrarına dayanarak dava açtığı takdirde alacak hakkını ve bunun sebebini ispatlama zorunluluğu bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, soyut borç sözleşmesi alacağın varlığı ve geçerliliğine bir karinedir. Bu ifadeye dayanarak, soyut borç ikrarının, soyut bir ispat sözleşmesi olduğu söylenebilir. Böylece soyut borç ikrarı, şekli anlamda bir soyut borç haline gelmektedir. Sebebe bağlı borç sözleşmelerinde alacaklının alacağını, alacağının sebebini ve bu sebebin geçerliliğini ispat zorunluluğu bulunurken şekli anlamda soyutlukta, sözleşme temel ilişkiden soyutlandığı için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu durumda alacaklı sadece soyut borç ikrarından doğan alacağını talep ve dava edecektir. Aslında, şekli soyutluk bir anlamda ispat soyutluğudur. Çünkü davada ispat yükü ters çevrilmektedir. Soyut borcun doğmasına sebep olan hukuki sebebi, alacaklı aksini iddia ettiği takdirde borçlu ispat etmek zorundadır. Bunu ispat ettikten sonra borçlu temel ilişkiden doğan her türlü defii ve itirazları sözleşmede vazgeçmiş olmadıkça öne sürmek hakkına sahip olmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak Türk Hukuku'ndaki bir düzenlemeye göre, alacaklı ve borçlu isterlerse bir sözleşme yaparak, borçlunun alacaklıya karşı temel ilişkiden doğan defii haklarının tamamını veya bir kısmını ileriye sürmekten feragat etmesini kararlaştırabilirler. Doktrinde, bu sözleşme maddi anlamda, soyut borç sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır<sup>190</sup>.

Üzerinde durulması gereken diğeri bir konu da, soyut borç ikrarı ve borç vaadinin dayandığı sebebini hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerektiği durumudur. Aksi takdirde, borçlu bu durumu mahkemede ispat ederek, soyut borç ikrarının geçersiz olduğunu hüküm altına aldırabilmektedir. Dolayısıyla, soyut borç vaadinin hükümsüzlüğü sabit olunca bundan borçlu aleyhine hiçbir sonuç doğmayacaktır<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> EREN, s. 186 vd.

<sup>190</sup> EREN, s. 187.

<sup>191</sup> EREN, s.189.

Bu bilgilerden yola çıkarak, soyut borç ikrarı ve bir Roma Hukuku kurumu olan *constitutum debiti* (borç ödeme taahhüdü) arasında benzerlikler olduğu sonucuna varılabilir. İki kurum da bir borç taahhüdü olmakla birlikte, borç doğurucu niteliği bulunmamaktadır. Bir borcun ödeneceğine dair bir taahhüt niteliğindedirler.

## 2. *Constitutum Debiti* ile İfa Zamanının Ertelenmesi İlişkisi

Günümüz hukukunda Roma Hukuku'ndaki borç ödeme taahhüdüne (*constitutum debiti*) benzer olarak bulunan kurumlardan biri de ifa zamanını ertelemidir. Bu konuya değinmeden önce ifadan bahsetmek gerekmektedir<sup>192</sup>.

İfa, borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesi olarak ifade edilir. Bu tanımdan anlaşılacağı gibi, ifa borcu sona erdiren nedenlerden biridir. İfanın tam ve doğru bir şekilde yapılmasına borcun gereği gibi ifası denmektedir. Borcun gereği gibi ifası ise borçlanılan edimin, ifanın tarafları, yeri, zamanı, miktarı ve niteliğine uygun olarak eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesidir. Bu özellikleri taşımayan bir ifa, ifa olarak kabul edilemez. Dolayısıyla borcun ifa edilememesi söz konusu olur<sup>193</sup>.

Borcun gereği gibi ifa edilmesinde, ifa zamanı ayrı bir öneme sahiptir ve bu konuda çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Türk Borçlar Kanunu'nda bulunan, zamana ilişkin hükümler düzenleyici hükümlerdir. Bunun bir sonucu olarak da, taraflar bunların aksini kararlaştırabilmektedir. Böylece, taraflarca kararlaştırılan zamana ilişkin kuralların kanundaki hükümlerden önce uygulanması sağlanmış olur. Buna karşın tarafların ifa zamanı ile ilgili bir anlaşma yapmadığı durumlarda, kanundaki ifa zamanına ilişkin hükümler uygulanır. BK'nun 74-80'inci maddeleri, aksine bir durum olmadıkça, zaman faktörünün ilgili olduğu bütün hukuki fiillerde uygulama alanı bulmaktadır<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> EREN, s. 899.

<sup>193</sup> EREN, s. 899 vd.

<sup>194</sup> EREN, s. 939.

İfa zamanının alacaklı ve borçlu yönünden farklı anlamlar taşıdığına belirtilmesi de faydalı olacaktır. Alacaklı için edimin ifasının istenebileceği zamanı, borçlu için ise edimin alacaklıya sunabileceği zamanı ifade etmektedir. İfa zamanının belirlenmesine ilişkin düzenlemeye göre, borcun yerine getirilmesi taraflarca veya kanun ile bir süreye bağlanmamışsa veya işin niteliği bir süreyi gerektirmiyorsa, borcun ifası derhal istenebilir ve borç hemen ifa edilebilir. Bu kapsamda bir vadenin söz konusu olmadığı durumlarda borcun doğumu ile birlikte alacak muaccel olmaktadır. Alacaklı borcun ifasını isteyebilmekle birlikte, gerektiğinde dava açarak borçluyu ifaya zorlayabilmektedir<sup>195</sup>. Doktrindeki bazı yazarlara göre, buradaki derhal kelimesi iyiniyet kuralları çerçevesinde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla ödeme için borçluya uygun bir süre tanınması gerekir<sup>196</sup>.

Roma Hukuku'nda bu konuya ilişkin düzenleme *C.I.C.*<sup>197</sup>'in bir bölümü olan *Digesta*'da yer alır. Buna göre, borcun ifa zamanı ve ifa yeri genellikle borcu doğuran hukuki işlemde belirtilir. Alacaklı vadesinden önce ifada bulunabilir. Burada edimin niteliği de önemli olmaktadır. Ayrıca aksi anlaşılmadığı süre alacaklı alacağının ifasını hemen talep edebilir<sup>198</sup>.

Bu özellikleri itibarıyla, ifa konusundaki Roma Hukuku ve günümüz hukuku düzenlemeleri paralellik gösterir. Aynı şekilde borcun belli bir tarihte ödeneceğine dair taahhütlerde de benzerlik görülmektedir. Yukarıda sözü edildiği üzere, borcu ödeme taahhüdü yerine geçen ifa zamanını erteleme kurumu buna bir örnek teşkil etmektedir. Bu kurum doktrinde tecil, ifa zamanının tarafların anlaşmasıyla tayini olarak da ifade edilmektedir.

---

<sup>195</sup> REİSOĞLU, s. 260.

<sup>196</sup> AKINTÜRK Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yargı Yayınevi, Ankara-1999, s. 191.

<sup>197</sup> *Corpus Iuris Civilis, Iustinianus*'un hukukçularına yaptırmış olduğu hukuk eserlerinin tümüne Rönesans devrinden itibaren verilen isimdir. Bazı yazarlar tarafından Medeni Kanun'un Esası olarak nitelendirilen bu eser, Yurttaşlar Hukuku Derlemesi anlamına gelmektedir. Roma Hukuku alanında en geniş ve derinlemesine bilgi bu eserde bulunmaktadır. İlk olarak 1583 yılında *Dyonisius Gothofredus* tarafından düzenlenerek baskıya verilen *Corpus Iuris Civilis* dört kısımdan oluşmaktadır. Bunlar *Institutiones, Digesta, Codex ve Novellae*'dir. (UMUR, **Lügat**, s. 50; LEE R. W., **M.Ö. 753'e kadar Roma Hukuku-Tarihi Bir Bakış**, Çev. ALTOP Serpil, Filiz Kitabevi, İstanbul-2002, Roma Tarihi, s. 17; EMİROĞLU Haluk, Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından *Corpus Iuris Civilis* ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu, **AÜHFD**, 2002, C. 51, S. 3, *Corpus Iuris Civilis*, s. 85).

<sup>198</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 143.

İfa zamanı, taraflar arasında yapılacak bir anlaşma ile belirlenebilmekte ve uzatılabilmektedir<sup>199</sup>. İfayı sonraki bir tarihe bırakmak amacıyla yapılan bu anlaşmaya tecil (erteleme) anlaşması denmektedir<sup>200</sup>. Kanun veya sözleşme ile belirtilmiş ifa zamanına ilişkin bu anlaşma genellikle sözleşmeden doğan borçlarda görülür. Bu anlaşma sözleşmede bir hüküm olarak öngörülebileceği gibi sözleşmeden sonra ifa zamanı ile ilgili ayrı bir anlaşma olarak da düzenlenebilir<sup>201</sup>. Sözleşme ile yapılan tecil, genellikle sözleşmenin düzenlenmesinden sonra söz konusu olmaktadır<sup>202</sup>.

Tecil için alacaklının tek taraflı irade beyanı yeterli olmamaktadır. İki tarafında anlaşması gerekir. Tecil anlaşması bir şekle bağlı değildir. Sarih veya zımni olabilmektedir. Ancak değişiklik, kanunen şekle bağlı bir sözleşmede yapılacak ise, asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle uyularak yapılır. Kanunen bir şekle tabi olmayan bir sözleşme şekle bağlı olarak yapılırsa, bu sözleşmede yer alan vadede değişiklik bir şekle uyma zorunluluğu olmadan yapılır<sup>203</sup>.

Tecil anlaşmasının niteliğine bakıldığında, *constitutum debiti* ile ortak noktaları olduğu görülmektedir. İkisi de borcun ifa edileceği zamana ilişkin hukuki işlemlerdir. Her iki hukuki işlem de anlaşma olarak nitelendirdiğimiz hukuki kuruma dahildirler. Bu özellik itibarıyla da, tarafların anlaşmasına dayanan iki taraflı irade beyanlarıdır. Tecil vadeyi erteleme amacı taşıırken, *constitutum debiti* vadenin belirlenmesine ilişkindir. Tecilde önceden belirlenmiş olan ifa zamanı tarafların anlaşmasıyla değiştirilerek, ileri bir tarihe alınır. *Constitutum debiti*'de ise taraflar anlaşarak, ifa zamanını kendileri belirler. Daha önce belirlenmiş bir vade yoktur, vade ilk olarak tarafların anlaşmasıyla belirlenir.

---

<sup>199</sup>AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul-1993, s. 804.

<sup>200</sup>OĞUZMAN Kemal/ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul-2000, s. 240.

<sup>201</sup>KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara-2001, C. II, s. 345.

<sup>202</sup>TUNÇOMAĞ Kenan, **Borçlar Hukuku**, İÜHF Yayınları, İstanbul-1969, C. I, s. 405.

<sup>203</sup>OĞUZMAN/ÖZ, s. 240 vd.

## B. Hakem Anlaşması ( *Receptum Arbitrii* )

Roma Hukuku'nda devletin hakları koruma görevini üstlenmesi, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi belli bir gelişim sürecinde gerçekleşmiştir. Roma'da devletin yargı alanına ilk müdahalesi, kamu yararını çok ağır bir biçimde etkilediği kabul edilen bir takım suçlar için olmuştur. Hukuka aykırı diğer fiillerin koğuşturulması, bu fiillerden zarar gören kişilere bırakılmıştır (kisas). Özel koruma düzeni olarak nitelenen bu durumun sakıncalı sonuçlar doğurması nedeniyle, devlet kişiler arasındaki anlaşmazlıklara müdahale etme ve hukuk güvenliğini<sup>204</sup> sağlama gereği duymuştur. İlk aşamada devlet, hukuka aykırı fiillerden zarar gören kişilerin, diğer tarafa uygulayacağı kuvvete sınır getirmekle yetinmiştir. Bu durumun da sakıncaları olması sebebiyle, anlaşmazlık içinde bulunan tarafların, aralarındaki anlaşmazlığı çözmesi için, toplumda örf ve adetleri iyi bilen, güvenilir, dürüst bir kişi olarak tanınan bir üçüncü kişiye başvurmaya başladılar. Taraflar hakem olarak isimlendirilen bu kişinin kararına uyacakları konusunda anlaşma (tahkim anlaşması/ *compromissum* ) yapıyorlardı<sup>205</sup>.

Tarafların tahkim anlaşmasını yaptıktan sonra uyuşmazlık konusunu hakeme havale etmeleri ve bu kimsenin hakemliği kabul etmesi yönündeki hukuki işlem hakem anlaşması, Roma Hukuku'ndaki ifadesi ile *receptum arbitrii*'dir. *Receptum arbitrii, praetor* hukukunun geçerlilik tanıdığı *pactum*'lardan birisidir<sup>206</sup>.

### 1. Hakem Anlaşmasının Kurulması ve Hukuki Niteliği

Hakem anlaşması, taraflar ile hakem (veya hakemler) arasında bir *pactum*'la yapılır ve bununla taraflar arasındaki uyuşmazlığın hakemlerce çözümü teklif, hakemler de bu uyuşmazlığa hakem (*arbiter*) olarak bakmayı kabul ederlerdi<sup>207</sup>. Hakemler hakem anlaşması ile iki taraf arasındaki uyuşmazlığı çözümlenmek görevini üzerine alan kimselerdir. Hakemler, bir anlamda kendisine açılan davanın hakimi

<sup>204</sup> SCHULZ F. ; Roma Hukuku'nun Bir Prensibi Emniyet, (Çev. ERDOĞMUŞ Belgin), **İÜHF**M, 1976, C. 1-4; Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Özel Sayı, 1977, s. 605.

<sup>205</sup> ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 300 vd.

<sup>206</sup> UMUR, **Lügat**, s.177.

<sup>207</sup> KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara-2001, s. 924.



olurlar. Hakimden farklı olarak hiçbir resmi sıfatları yoktur ve tarafların iradesi ile tayin edilirler<sup>208</sup>.

Taraflarca hakemin tayin edilmesi sadece hakem anlaşmasını hazırlayıcı bir icap niteliği taşır. Anlaşmanın meydana gelebilmesi için hakemin kabulüne ihtiyaç vardır. Hakem hakemliği kabul ettiği takdirde anlaşma gereği hakemlik yapmak zorundadır. Diğer bir ifade ile icap karşı tarafın kabulüyle sözleşmenin kurulması isteğini açıklayan bir irade beyanıdır. Hakem anlaşmasında icap denildiğinde, seçilen bir hakeme davaya bakması konusunda yapılan bir teklif olarak anlaşılması gerekir. Bu teklifin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için hakemin hakimiyet alanına ulaşması gerekir<sup>209</sup>.

Kendisine hakemlik teklifi yapılmamış ve hakem olmak isteyen kimse, kendisinin hakem olabileceğini teklif edebilir. Böyle bir durumda söz konusu teklifi icap veya icaba davet olup olmadığı açıklamanın yorumuna bağlıdır. Bu yorum aslında bir anlamda teklifte bulunanın hukuki işlemle bağlanma arzusu ile hareket edip etmediğini gösteren açıklama ve davranışların tespitidir. Eğer teklif, hakem anlaşmasına ilişkin zorunlu unsurları içermiyor ve tam olarak bir icabın muhatapça yapılmasını sağlamak amacını taşıyorsa, bu teklifi icaba davet olarak nitelendirmek gerekir. Üzerinde durulması gereken bir diğer husus kabul kurumudur. Kabul tek taraflı, kurucu yenilik doğuran bir hukuki işlemdir. Aynı zamanda bir inşai hakkın kullanılmasıdır. İçerik olarak kabul icaba uygun olmalıdır. Hakemliği kabul zorunluluğu bulunmamaktadır. Hakem tevdi edilen işi kabul ettiği takdirde, sözkonusu uyuşmazlığı karara bağlama yükümlülüğü altına girmiş olur<sup>210</sup>.

Modern Hukuk'ta bulunan bu hususlara ilişkin benzer düzenlemelere Roma Hukuku'nda da rastlanmaktadır. Roma Hukuku'nda da hakem olarak seçilen kişinin bu görevi kabul edip etmeme serbestisi bulunmaktaydı. Buna karşılık uyuşmazlık hakkında karar vermeyi kabul ederse *praetor*'un beyannamesi gereğince bu uyuşmazlığı karara bağlamak zorunda kalırdı. Bu nedenle, hakem ile uyuşmazlığın

<sup>208</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 924.

<sup>209</sup> TAŞKIN Alim, **Hakem Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, s. 45 vd.

<sup>210</sup> TAŞKIN, s. 46 vd.

tarafları arasında yapılan *pactum*'lara, *praetor* tarafından *imperium*<sup>211</sup> yetkisine dayanarak müeyyidelerle hukuki koruma sağlanmıştır. Gereğinde, hakemin aldığı görevi yerine getirmesi için, para cezası uygulanmıştır<sup>212</sup>. Ancak, hakemlik teklif edilen kişi, bu teklifi kabul ettikten sonra birtakım sebeplerin ortaya çıkması halinde hakemin uyuşmazlığı karara bağlama yükümlüğü sona ererdi. Örneğin hakemin bir kamu görevi ile görevlendirilmesi durumunda hakemliğe ilişkin görevleri ortadan kalkardı<sup>213</sup>.

Hakem anlaşması da, diğer *pactum*'lar gibi şekle tabi değildir. Hakem bu görevin kabule ilişkin isteğini hal veya tavırlarıyla ifade ederse tarafların anlaşığı kabul edilir. Sözlü olarak hakem belirlemek ve hakemin sözlü olarak kabulüyle anlaşma meydana geleceği için hakeme tevdi konusundaki anlaşmaya şekil zorunluluğu getirilmemiştir<sup>214</sup>.

Hakeme tevdi konusunda yapılan *pactum*'lar, günümüz hukukundaki hakem sözleşmesinin temelleridir. Ayrıca, bazı özellikleri açısından, hizmet sözleşmesi, istisna (eser sözleşmesi), iş görme sözleşmesi, vekalet sözleşmesi ve türü kendine özgü sözleşmelere benzemektedir<sup>215</sup>.

## 2. Hakem Ehliyeti ve Seçimi

Hakem tayin edilecek kişinin medeni hakları kullanma ehliyetine sahip bir kişi olması gerekmektedir. Dolayısıyla gerçek ve tüzel kişi arasında bir fark gözetilmemiştir. Taraflar veya vekilleri hakem olamazlar, üçüncü kişi hakem olabilir. Hakem olarak tayin edilecek olan kişinin ehliyet için taşıması gereken bazı koşullar bulunmaktaydı. Bu koşullar hakim olmak için gerekli olan ehliyet koşullarıyla aynıydı. Köleler, kadınlar, 25 yaşın altındaki küçükler, akıl hastaları, sağır ve dilsizlere

---

<sup>211</sup> *Imperium*, devlet iktidarını fiilen kullanabilme yetkisidir. Cumhuriyetin ilerleyen dönemlerinde teknik bir mana kazanmış olan *imperium*, orduya kumanda etmek ve buna bağlı olarak, vatandaşları askere çağırarak, orduyu tanzim etmek ve gerekli durumlarda emir ve ceza verebilmek yetkilerini içerir. Bunların yanında, halk meclislerini toplantıya çağırarak, kanun teklif etme yetkileri anlamında da kullanılan bir terimdir. (UMUR, *Lügat*, s. 83).

<sup>212</sup> RADO, s. 167.

<sup>213</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, Roma Hukukunda Tahkim, **BATİDER**. 1998, C. XIX, S. 3, (Tahkim), s. 144 vd.

<sup>214</sup> TAHİROĞLU, s. 264.

<sup>215</sup> TAŞKIN, s. 22 vd.

hakem olma hakkı tanınmamaktaydı. Bir aile evladının hakem olarak tayin edilebilmesi mümkündü. Ancak hakem olacak kişinin özgür olması gerekmektedir. Diğer yandan uyuşmazlığın özelliği gereğince bazı kişilerin sadece o uyuşmazlık için hakem olarak tayin edilemeyecekleri kabul edilmişti. Örneğin kimse tarafı olduğu bir uyuşmazlıkta hakemlik yapamazdı<sup>216</sup>.

Önemli bir diğer husus hakem sayısına ilişkindir. Uyuşmazlığın çözülmesi için bir ya da birden fazla hakem seçilebiliyordu. Genelde birden fazla hakem olduğunda karar verme açısından hakem sayısının tek olmasına dikkat edilirdi. Hakem sayısının çift olduğu durumlarda karar için çoğunluk sağlanmadığı taktirde aralarından birini karar vermesi için seçerlerdi. Hakemler bu seçimde de uyuşamadığı taktirde karar verecek olan hakemin seçilmesi için resmi yargıya müracaat etme zorunluluğu doğmaktaydı<sup>217</sup>.

Hakemin yapacağı yargılama ve vereceği kararın sınırlanması sadece uyuşmazlığın konusuyla alakalı bir durumdu. Onun dışında hiçbir şey hakemi sınırlamayacağı gibi hakem veya hakemler uyuşmazlık hakkında kanaat edinme ve bir sonuca varma konusunda tam bir serbestiye sahiplerdi. Buna bir tedbir olarak da tahkim anlaşmasında hakemin vereceği kararın içeriğini sınırlayan birtakım hükümlerin bulunması halinde veya hakemin vereceği kararın bir üçüncü kişi tarafından onaylanması halinde geçerli olacağına dair şartların öngörülmesi durumlarında tahkim anlaşmasının geçersiz olacağı bir örnek teşkil etmektedir<sup>218</sup>.

Hakemin şahsına ilişkin bu esaslar Türk Hukuku'nda da Roma Hukuku'ndakine benzer bir şekilde düzenlenmiş ve medeni hakları kullanma ehliyetine sahip her gerçek ve tüzel kişinin hakem olarak tayin edilebileceği kabul edilmiştir<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, **Tahkim**, s. 144 vd.

<sup>217</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, **Tahkim**, s. 145 vd.

<sup>218</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, **Tahkim**, s. 146.

<sup>219</sup> TAŞKIN, s. 61.

Hakemin şahsı ve hakem mahkemeleri birbirleri ile ilgili olduğundan hakem seçimi ayrıca önem kazanmaktadır. Bu doğrultuda hakem seçiminde uyulması gereken bazı ilkeler bulunmaktadır. Kural olarak taraflar tahkim sözleşmesindeki mevcut sınırlamalar saklı kalmak üzere hakem seçiminde bağımsızdırlar. Diğer bir ifadeyle seçim serbestisine sahiptirler. Ancak hakemlerin özel bilgiye sahip kişiler olmaları önemli bir unsurdur. Diğer önemli bir unsur da zaman unsurudur. Hakem, tahkim konusu uyuşmazlığa gerekli zamanı ayıracak durumda olmalıdır. Diğer unsurlar ise hakemin kapsamlı bilgi, çabuk anlayış ve kavrama yeteneği, titizlik ve güvenilirliğe sahip olmasıdır. Ayrıca, hakemlerin ikametgahının uyuşmazlığın görüldüğü yere yakın olmasına dikkat edilmelidir<sup>220</sup>.

### 3. Hakemlerin Görev Şekli ve Sorumluluğu

Hakemler hakim gibi görev yaptıklarından davaya bakarken tarafsız olmak zorundaydı. Uyuşmazlığın niteliği, hakemin yapacağı yargılamanın ve vereceği kararın kapsamını belirlerdi. Bu sınırlar içerisinde, hakem uyuşmazlık hakkında bir kanaat edinme ve karar verme konusunda tam bir serbestiye sahipti. Hakem bağımsız ve tarafsız bir hakim gibi taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeliydi. Uyuşmazlık bakımından hakemlerin bağımsız olması hem taraflarca hakemin tayini hem de hakem anlaşmasının kurulmasında çok önemlidir. Hakem yerine getirdiği görev gereği her iki tarafa karşı bağımsız ve tarafsız olmalıdır<sup>221</sup>.

Hakemin bundan başka;

- Yargılama prosedürünün usulüne uygun yürütülmesi.
- Sır saklama
- Bilgi verme ve teslim
- Özen
- Tarafların iradesine uyma yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> TAŞKIN, s. 73 vd.

<sup>221</sup> KÜÇÜKGÜNÖR, **Tahkim**, s. 146. ; TAŞKIN, s. 153.

<sup>222</sup> KÜÇÜKGÜNÖR, **Tahkim**, s. 146. ; TAŞKIN, s. 153.

Hakemin görev şekli ve sorumluluğu açısından Roma Hukuku ve Türk Hukuku benzerlik gösterir. İki hukuk sistemi arasındaki en belirgin fark hakem kararlarına itiraz edebilme konusundadır. Roma Hukuku'nda hakemin verdiği karara temyiz ve istinaf yoluna başvurarak itiraz etme hakkı bulunmamaktaydı. Hakem tarafından verilen karar esas ve şekil yönünden önemli ölçüde eksik veya hile sonucu verilmiş bir kararsa, karşı taraf bu kararı yerine getirmeme hakkına sahip olurdu. Kendisine kararın ifası için *stipulatio*'ya dayanarak başvurulduğunda *exceptio doli* ileri sürerek bu hakkını kullanabilirdi<sup>223</sup>.

Türk Hukuku'nda, Roma Hukuku'ndan farklı olarak hakem kararlarına karşı kanun yollarına gidilebilmektedir. Bu yollar; temyiz, yargılamanın iadesi ve hakem kararının tanzihidir. 1711 sayılı kanundan önce karar düzeltme yolu da açık iken, bu kanundan sonra hakem kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemeyeceği kabul edilmiştir<sup>224</sup>.

### **C. Receptum Nautarum- Cauponum-Stabulariorum**

*Receptum Nautarum-Cauponum-Stabulariorum praetor pactum*'larının bir diğer örneğidir. Bu anlaşma ile gemici, hancı ve otelciler gelen müşterilerin eşyalarının muhafazasından sorumlu olacaklarını taahhüt ederlerdi<sup>225</sup>. Klasik Hukukçular, bu konudaki *praetor edictum*'larından<sup>226</sup> yola çıkarak, bu anlaşmayı, mücbir sebep halleri istisna olmak üzere bir gemi armatörü ile han veya ahır işletenlerin, müşterinin mallarını sağlam olarak iade edeceklerine dair yaptıkları bir hukuki işlem olarak tanımlamışlardır. Anlaşma ile bu sorumluluğun sağlandığı dönemler incelendiğinde bu anlaşmanın garanti niteliği taşıdığı görülür. Dolayısıyla bu anlaşma ile yolcuların beraberlerinde getirdikleri eşyaların kaybından dolayı kayıtsız ve şartsız olarak bir sorumluluk yüklenirlerdi. *Praetor* şekle bağlı olmayan bir garanti vaadine dayanarak dava hakkı tanımaktaydı<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, **Tahkim**, s. 146 vd.

<sup>224</sup> TAŞKIN, s. 76.

<sup>225</sup> UMUR, **Ders Notları**, s. 379.

<sup>226</sup> Roma'lı yargıçların, verdikleri idari ve kazai kararları kendi yargı çevreleri içerisinde bulunan halka duyurmaları *edictum* olarak adlandırılmaktadır. (UMUR, **Lügat**, s. 62).

<sup>227</sup> KOSCHAKER, s. 247 vd.

Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde sorumluluğun kapsamı umulmayan halleri de içerirken, Klasik Hukuk Dönemi'nde mücbir sebep halinde borçluya def'i hakkı tanınmıştır. Bu def'i ile sorumluluk *custodia sorumluluğu*<sup>228</sup> olmaktadır<sup>229</sup>. *Iustinianus* Hukuku'nda anlaşma yapılmamış olsa da mücbir sebepler dışında hancı, gemici ve ahır işleten kabul etmiş olduğu malın aynı şekilde iadesinden sorumlu olmaktadır. Bu sorumluluk ise haksız fiil benzerleri (*quasi delicta*) içerisinde yer almaktadır. Günümüz hukukunda haksız fiil benzerleri adı altında bir düzenleme olmamakla birlikte benzer kurumlar bulunmaktadır. Haksız fiil benzerleri kaynağını, kusuruyla başka bir kişiye zarar veren şahsın her fiilinin onu verdiği zararın tazminine mecbur kılması genel prensibinden almaktadır<sup>230</sup>

Bu özelliğiyle *receptum-nautarum-cauponum-stabulariorum* kanundan doğan borçlara benzemektedir. Bu bağlamda, borcun kaynaklarından biri doğrudan doğruya kanundur. Burada borç tarafların irade beyanlarından değil kanundan doğmaktadır. Doğrudan doğruya kanundan doğan borçlar, geniş anlamda haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve fiili borç ilişkisinden doğmaktadır<sup>231</sup>. *Receptum-nautarum-cauponum-stabulariorum* kanundan doğan bir borç olarak kabul edilirse, anlaşma aranmaksızın eşyaların belirtilen yerlere getirilmesinin sorumluluk için yeterli sayılacağı sonucuna varılabilir<sup>232</sup>.

#### **D. Receptum Argentarii**

*Receptum argentarii praetor pactum*'larının son örneğidir. Banker anlaşması olarakta isimlendirilen bu *pactum*, şekil serbestisi bulunan bir teminat çeşididir. *Receptum argentarii* ve Roma Hukuku'ndaki teminat sistemi yakından ilgilidir. Bu nedenle bu konuların da değerlendirilmesi gerekir.

---

<sup>228</sup> *Custodia*, borçlunun elinde bulunan başkasına ait malın telef olmasına veya zarar göstermesine mani olmak için, borçlunun göstermesi gereken ve en titiz kimselerden istenen, normalin üzerinde olan bir özen yükümlülüğüdür. Bazı durumlarda *custodia*, kusursuz sorumluluk derecesinde olmaktadır. Örneğin, hancıların kendilerine bırakılan eşyalara ilişkin sorumluluğu bu şekildedir. (UMUR, **Lügat**, s. 53).

<sup>229</sup> KOSCHAKER, s. 247 vd.

<sup>230</sup> VILLEY, s. 121.

<sup>231</sup> EREN, s. 455.

<sup>232</sup> KOSCHAKER, s. 248.

## 1. Roma Hukuku'nda Teminat Kavramı

Teminat, Roma Hukuku'nda ki ifadesiyle *auctoritas* bir kişinin başkasının karşısında bulunduğu tehlikeyi kendi üzerine almasını öngören bir hukuki işlemdir<sup>233</sup>. Ayni ve şahsi olmak üzere iki şekilde teminat yapılabilir. Bir menkul, gayrimenkul, alacak veya işletme üzerinde rehin tesisi yükümlülüğünü içeren teminatlar ayni niteliklidir. Borçlunun, borcunun karşılığını teşkil etmek üzere, haczi mümkün olan bütün malvarlığı ile yükümlülük altına girmesi şahsi teminat olarak öngörülür. Başlıca şahsi teminatlar; kefalet, garanti sözleşmesi, birlikte borç üstlenme, sigorta sözleşmesi, itibar emri ve vesikalı akreditiftir<sup>234</sup>.

Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde şahsi teminata daha fazla değer verilmiş, ancak menkul mal zenginliğinin artması ve ferdi toprak mülkiyetinin yayılması gibi gelişmeler sonucunda ayni teminat önemli bir hale gelmiştir. Şahsi teminat olan kefalet ise her zaman önemini korumuştur. Modern hukuk sistemlerinde ise şahsi teminattan ziyade, daha kolay paraya çevrilebilmesi ve kefile karşı talep ve dava açma yükümlülüğünün olmaması sebebiyle, ayni teminat tercih edilmektedir. Roma Hukuku'nda şahsi teminatın daha değerli görülmesinin çeşitli nedenleri vardır. İlk neden, Roma toplumunda dostluk ve güven ilişkisine verilen önemdir. Bu ilişki biçimi, kişilere dikkat ve titizlik gerektiren bir sorumluluk yüklerdi. Kişinin şahsi varlığı ile sorumlu olmasından dolayı borcun tamamen ödenmesini sağlaması ikinci nedendir. Sonucu neden ise şahsi teminatın daha geniş ve tatmin edici sonuç sağlamasıdır<sup>235</sup>.

## 2. Roma Hukuku'nda Şahsi Teminatlar

Şahsi teminat, bir borcun ödenmesi için, üçüncü bir kişinin borcu üstlenmesidir. Bu teminat yöntemi, Roma Hukuku'nda ve Roma toplumunda önem verilen ve uygulanan bir kişisel teminat çeşidiydi<sup>236</sup>. Roma Hukuku'nda şahsi teminatı sağlayan kurumlar kefalet sözleşmesi ve kefalet hizmeti gören diğer garanti işlemleridir<sup>237</sup>.

<sup>233</sup> ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Eşya Hukuku**, Der yayınları, İstanbul–2003 (Eşya), s. 61.

<sup>234</sup> YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayınevi, Ankara–2002, s. 761.

<sup>235</sup> GÜRTEN Kadir, **Roma Hukuku'nda Kefalet Akdi**, Adalet Yayınevi, Ankara–2007, s. 71 vd.

<sup>236</sup> YILMAZ, s. 507.

<sup>237</sup> GÜRTEN, s. 71 vd.

Şahsi teminatın en önemli şekli olan kefalet sözleşmesi, kefil, borçlunun sözleşmeden doğan borcunu alacaklıya karşı temin etmekle yükümlü kılan bir sözleşmedir<sup>238</sup>. Bu yükümlülük, borçlunun borcunu ödememesi halinde kefilin (*sponsor*) alacaklıya karşı bu borçtan kişisel olarak sorumlu olmasını ihtiva eder. Kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında yapılır. Borçlu bu sözleşmenin tarafı olmadığı gibi, kendisinden izin alınmasına da gerek yoktur. Kefalet, borçlunun yararına bir işlem olması sebebiyle, açıkça istememiş olsa dahi kefil yükümlülük altına girebilir<sup>239</sup>.

Kefalet sözleşmesi bir taahhüt işlemi olup, kural olarak tek tarafa borç yüklemektedir. Bu borç feri bir borçtur, bu nedenle alacaklı önce borçluya başvurur. Borçlunun ödememesi durumunda kefile başvurabilir<sup>240</sup>.

Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinden beri kefalet sözleşmesi *stipulatio* ile yapılırdı. Sonraları başka kefalet şekilleri uygulanmış olsa da, Roma Hukuku'nun ilk ve uygulamada en çok rastlanan kefalet şekli *stipulatio* ile yapılandır<sup>241</sup>.

En eski kefalet şekli yalnız Roma vatandaşlarının yapabildiği ve sözlü borçları teminat altına alan *sponsio*'dur<sup>242</sup>. *Sponsio*'da alacaklı kefile: "Aynı şeyi vermeyi taahhüt ediyor musun?" diye sorar, kefil de "taahhüt ediyorum" diye cevap verir ve kefalet sözleşmesi kurulmuş olurdu<sup>243</sup>. *Sponsio*'nun herkes tarafından yapılamaması ve her türlü borç için geçerli olmaması *fidepromissio* ve *fideiussio* olarak isimlendirilen ve *stipulatio* ile yapılan iki yeni kefalet şekli ortaya çıkmasına neden olmuştur. *Fidepromissio*, yabancıların da şahsi teminatlarda bulunabilmesini sağlayan bir kurumdur. bu kefalet türünde, alacaklı kefile: "Aynı şeyi şerefim üzerine vaat ediyor musun?" diye sorar, kefil de: "Şerefim üzerine vaat ediyorum" diye cevap verirdi<sup>244</sup>.

---

<sup>238</sup> ARDIÇ Oğuzhan/ERSOL Emel, **Borçlar Hukuku**, Agon Yayınevi, Ankara-2006, s. 198.

<sup>239</sup> ZEVKLİLER Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Seçkin Yayınevi, Ankara-2002, s. 391.

<sup>240</sup> ARDIÇ/ERSOL, s. 199.

<sup>241</sup> RADO, s. 106.

<sup>242</sup> RADO, s. 106.

<sup>243</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 143.

<sup>244</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 143.



*Fideiussio* ise her çeşit borcu teminat altına alan bir kefalet şeklidir. *Iustinianus* Hukuku'nda sadece *fideiussio*'ya yer verilmiştir. Modern hukuklardaki kefalet sözleşmesinin temelleri Roma Hukuku'ndaki bu kuruma dayanmaktadır<sup>245</sup>.

Klasik Hukuk Dönemi'nde şahsi teminatı sağlayan ve şekle tabi olmayan bazı garanti işlemleri ortaya çıkmıştır. Bu işlemler;

- Kredi vekaleti (*mandatum*),
- Başkasının borcunu ödeme vaadi (*constitutum debiti alieni*),
- Bankerin müşterisinin borcunu ödeme vaadi (*receptum argentarii*)<sup>246</sup>.

### **3. Receptum Argentarii Kavramı ve Hukuki Niteliği**

*Receptum argentarii*, banka işlemlerini yapan bir kişi (*argentarius*) ile müşterisi arasında yapılan, cari hesap veya açık kredi mahiyetinde olan bir anlaşmadır. Banker anlaşması olarak da ifade edilen bu *pactum*'la, *argentarius* müşterisinin üçüncü kişilere olan, mevcut veya gelecekteki borçlarını belli bir sınıra kadar ödemeyi taahhüt ederdi<sup>247</sup>. Böylece kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, nezdinde müşterisinin parasını bulunduğu dair teminat vermiş olurdu<sup>248</sup>. Müşterisinin, *argentarius* nezdinde hiç parası olmasa bile bu vaat geçerliliğini korurdu. Bu amaçla yapılan bir *pactum* ile, *argentarius* üçüncü kişilerle iş yapacak olan müşterisine kredi açmış olurdu<sup>249</sup>.

Her çeşit borç için yapılabilen bu anlaşma soyut bir ödeme vaadi olmakla birlikte, yalnız *argentarius* ve müşterisi arasında hüküm ifade ederdi<sup>250</sup>. Müşterinin alacaklıları ve *argentarius* arasında yapılmış bir anlaşma olmadığı için müşterinin alacaklıları doğrudan doğruya *argentarius*'a başvuramazlardı. Öncelikle, borçlu durumunda olan müşteriye müracaat ederlerdi. Müşteri kendisine müracaat eden

---

<sup>245</sup> RADO, s. 106.

<sup>246</sup> GÜRTEEN, s. 89.

<sup>247</sup> GÜRTEEN, s. 89.

<sup>248</sup> UMUR, **Ders Notları**, s. 16.

<sup>249</sup> TAHİROĞLU, s. 265.

<sup>250</sup> TAHİROĞLU, s. 265.

alacaklılarını, bu borcu ödemeyi taahhüt etmiş olan *argentarius*'a gönderirdi. *Argentarius*, müşterinin borcu geçersiz olsa bile sorumlu tutulurdu<sup>251</sup>.

*Receptum argentarii*'ye, *praetor* tarafından hukuki koruma imkanı tanınmıştır. *Argentarius*, taahhüdünü yerine getirmemezse, müşteri tarafından, kendisine karşı *actio recepticia* olarak isimlendirilen bir dava açılırdı<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> GÜRTEN, s. 90.

<sup>252</sup> GÜRTEN, s. 90.

### III. İMPARATORLUK HUKUKU *PACTUM*LARI (*PACTA LEGITIMA*)

Roma Hukuku'nda imparatorlar, yasama yetkisi ve sahip oldukları siyasi bağımsızlıklarıyla imparatorluğun tek hakimiydiler<sup>253</sup>. Hukukun tek kaynağı ise imparatorun iradesi olan kanundu. İmparatorlar yaptıkları düzenlemelerle hukuka yön vermişlerdir. Bu düzenlemelerden biri de bazı *pactum*'lara hukuki koruma imkânının sağlanmış olmasıdır<sup>254</sup>.

İmparatorluk Hukuku *pactum*'larının ilk örneği tahkim, Roma Hukuku'ndaki ifadesiyle *compromissum*'dur. Tarafların aralarında anlaşarak hakemin kararına uyacakları konusundaki iradelerini beyan etmeleridir. İkinci örnek cihaz vaadi olan *pollicitatio dotis*'tir. Bir cihazın basit bir *pactum*'la vaat edilmesidir. Bu vaatten sonra cihaz tesis edilmediği takdirde dava hakkı doğmaktaydı. Böylece hukuki koruma sağlanmış olurdu. Bağışlama vaadi, İmparatorluk Hukuku *pactum*'larının son örneğini oluşturmaktadır. Bağışlama Roma Hukuku'nda bir iktisap sebebi olmakla birlikte, kurulması ya elden bağışlama, ya da vaat şeklinde olmaktaydı. Elden bağışlama durumunda, bağışlanacak malın mülkiyetinin derhal devri söz konusu iken, bağışlama vaadinde daha farklı bir uygulama bulunmaktaydı. Klasik Hukuk Dönemi'nde bu bir *stipulatio* ile olmaktaydı. *Iustinianus* ise, çıkardığı bir emirname ile bağışlama vaadinin bir şekilsiz bir anlaşma ile yapılabileceğini kabul etmiştir. Bu anlaşmadan doğan borcun sorumluluğu hafif tutulmuştur. Borçlu yalnızca ağır ihmalden sorumlu tutulur ve temerrüt faizi ödemezdi. Taahhüdünü yerine getirmediği zaman *beneficium competentiae*'den<sup>255</sup> faydalanmaktaydı<sup>256</sup>.

<sup>253</sup> LEWIS Andrew./IBBETSON David., **The Roman Law Tradition**, Cambridge University Press, Cambridge–1994, s. 13.

<sup>254</sup> ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 33.

<sup>255</sup> *Beneficium competentiae*; bazı ilişkilerden doğan dava sonucunda davalının kendi imkanları ölçüsünde mahkum edilmesini ve şahsı üzerinde icradan kurtulmasını sağlayan bir kurumdur. Roma Hukuku'na göre bu ayrıcalıktan, birbirlerine karşı eşler, kayın pederine karşı gelin, azatlıya karşı *patronus*, birbirlerine karşı ortaklar, bağışlama vaadinde bulunan bağışlanılana karşı, bağışlama vaadinde bulunan kendi alacaklılarına karşı, mirastan mahrum edilmiş veya feragat etmiş aile evlatları alacaklılarına karşı, askerler, *bonorum venditio* (aciz halindeki borçluya *praetor* tarafından konmuş olan icra) ile bütün mallarını devretmiş olan borçlular ve cihaz borçluları faydalanmaktaydı. (UMUR, **Lügat**, s. 28).

<sup>256</sup> UMUR, **Ders Notları**, s. 380 vd.

## A. Tahkim (*Compromissum*)

Bir uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlığı devletin yargı organları önüne götürmeden, bu uyuşmazlığın bir üçüncü kişi tarafından karara bağlanması hususundaki iradelerini bir *pactum*'la beyan etmeleri tahkim olarak ifade edilmektedir. Bu kapsamda tarafların hakem tarafından verilecek karara uyacaklarını birer *stipulatio* ile taahhüt etmeleri gerekmektedir. Bu *stipulatio*'lar tahkime ilişkin anlaşmayı teminat altına alma amacı taşımaktaydı. Bu teminat tarafların hakem olarak tespit ettikleri kişinin vereceği karara uyulmaması halinde birbirlerine bir miktar parayı ceza olarak vereceklerine yönelik karşılıklı taahhütleri içermektedir. Bunun bir sonucu olarak da, hakemin verdiği karara taraflardan biri uymadığı takdirde, *stipulatio*'dan doğan borç devreye girmekte (*commissa est stipulatio*) ve *stipulatio*'ya bağlı bir dava ile başlangıçta taahhüt edilen para talep edilebilmektedir<sup>257</sup>.

### 1. Tahkim Anlaşmasının Hukuki Niteliği ve Doktrindeki Görüşler

Tahkim anlaşması hukuki açıdan incelendiği zaman bazı özellikleri göze çarpmaktadır. İlk olarak tahkim anlaşması *pactum*'la yapılmakta ve anlaşmaya uyulmaması halinde bir miktar paranın ceza olarak ödenmesini öngören bir *stipulatio* ile tamamlanması gerekmektedir. *Stipulatio* yapılmaksızın, sadece tarafların anlaşmasıyla da hakeme başvurulabiliyordu. Ancak bu durumda hakemin verdiği karara taraflardan biri uymazsa, onun bu karara uymasını sağlayacak hukuki bir yol mevcut değildi. Bu doğrultuda, tahkime ilişkin *stipulatio*'nun karşılıklı olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, her iki taraf da hakemin verdiği karara uyulmaması halinde para cezasını ödemeyi taahhüt etmek zorundaydı. Taraflardan birinin böyle bir taahhütte bulunmaması, tahkime ilişkin anlaşmanın hüküm ve sonuç doğurmamasına, dolayısıyla da hukuken bir değer kazanmamasına sebep olurdu<sup>258</sup>.

Bu anlaşmanın diğer bir özelliği ise, belli bir kişinin uyuşmazlığı çözmek üzere hakem olarak seçilmesiydi. Tahkim anlaşmasında, hakemin, hakkında karar vereceği uyuşmazlık konusunun sınırlarının da belirlenmesi gerekmektedir. Taraflar isterlerse

<sup>257</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, *Tahkim*, s. 138 vd.

<sup>258</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, *Tahkim*, s. 139.

tahkim anlaşmasında uyuşmazlığın belli bir süre içinde çözüme bağlanmasını öngörebilirlerdi<sup>259</sup>.

Tahkimin hukuki niteliği Türk Hukuku bakımından incelendiğinde ise çeşitli görüşlerin ileri sürülmüş olduğu görülmektedir. Bu görüşler şunlardır;

- Maddi hukuk sözleşmesi görüşü.
- Usul hukuku sözleşmesi görüşü.
- Maddi hukuk ve usul hukuku (karma sözleşme) görüşü.
- Bağımsız görüş.

Maddi hukuk sözleşmesi görüşüne göre, bir sözleşmenin kurucu unsuru maddi hukuk özelliği taşıyorsa ve taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu olan ilişki maddi hukukta etkisini gösteriyorsa bu, o sözleşmede maddi hukuk özelliğinin baskın olduğunu ortaya koyar. Tahkiminin sözleşme olması, hakem kararının bu sözleşmenin bir sonucu olarak ortaya çıkması ve kararın icrasının mahkeme aracılığıyla gerçekleştirilmesi tahkimin maddi hukuk sözleşmesi olduğunu göstermektedir<sup>260</sup>.

Usul hukuku sözleşmesi görüşü ise tahkimin bir yargılama faaliyeti olmasından hareket etmektedir. Kanunlarda kişilere tanınan tahkim sözleşmesi yapma yetkisinin usul hukuku ile ilgili olması, hakem kararların mahkemeye tevdi edilmesi ve kesinleşmesinden itibaren mahkeme kararı gibi icra edilmesi de hakem sözleşmesinin yargısal nitelikte olduğunu gösterir<sup>261</sup>.

Karma görüşe göre, maddi hukuk ve usul hukukuna ilişkin görüşler tahkimin hukuki niteliğini açıklamada yetersizdir. Tahkimin sözleşmesel ve yargısal unsurlardan oluştuğundan hareketle tahkimin hem sözleşme hukuku hem de kamu

---

<sup>259</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, **Tahkim**, s. 140.

<sup>260</sup> görüş için bkz. TAŞKIN, s. 15 vd.

<sup>261</sup> görüş için bkz. TAŞKIN, s. 16 vd.

hukuku yönüyle hukuki niteliğini nitelendirir. Bu görüş tahkimin bütünlük gösteren tek bir hukuki işlem olduğunu değerlendirir<sup>262</sup>.

Doktrinde özerk görüş olarak da adlandırılan bağımsız görüş, uluslararası tahkimin milli tahkimden farklı özelliklere sahip olması, dolayısıyla tahkimin hukuki niteliği belirlenirken iç hukuktaki tespiti yerine tahkim anlaşmasına ve taraf iradelerine bağlı olmayan uluslararası bir hukuki nitelik tanıma gereğinden hareket eder. İç hukukta tahkim konusunda öngörülen yasal düzenlemelerin uluslararası tahkim ihtiyaçlarına cevap verememesi bu görüşün doğmasına sebep olmuştur<sup>263</sup>.

## 2. Tahkime Konu Olabilecek Uyuşmazlıklar

Roma Hukuku'nda tahkim yoluna ancak tahkim anlaşmasının yapıldığı anda doğmuş bulunan uyuşmazlıklar için başvurabilmekteydi. Bu anlaşma ileride doğacak uyuşmazlıklar için yapılamazdı. Birden fazla uyuşmazlık için veya taraflar arasındaki mevcut tüm uyuşmazlıklar için tahkime gidilebilmekteydi<sup>264</sup>.

Ancak her uyuşmazlık tahkime konu olamazdı. Örneğin kamu davası olan uyuşmazlıklar mahkumiyet durumunda şerefsizlik neticesini doğuran haksız fiiller, özgürlük durumuna ilişkin uyuşmazlık ve herkes tarafından açılacak davalar tahkimin konusunu oluşturamazlardı. Bu tür uyuşmazlık için hakem tayin edildiği takdirde *praetor* hakemin karar vermesini engellerdi. Hakem bu engellemeye rağmen bir karar vermişse kararın icra edilebilme imkanı ortadan kaldırılırdı. Tahkime konu olamayacak nitelikteki durumlar için tahkim anlaşması yapılmış ise bu anlaşma geçersiz sayılırdı. Dolayısıyla bu anlaşmaya bağlı olarak kararlaştırılan cezalar da geçersiz duruma düşerdi. Böyle bir durum için dava açılır ve *stipulatio*'dan doğan para cezası talep edilirse karşı taraf bir hile defii ileri sürerek bu talebi bertaraf edebilirdi<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> görüş için bkz.TAŞKIN, s. 20.

<sup>263</sup> görüş için bkz.TAŞKIN, s. 21.

<sup>264</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, **Tahkim**, s. 141.

<sup>265</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, **Tahkim**, s. 141.

### 3. Tahkim Anlaşmasında Tarafların Ehliyeti

Tahkim anlaşmasında aranan taraf ehliyeti ile resmi yargılamada aranan dava ehliyeti koşulları oldukça benzerdir. Roma Hukuku'nda dava ehliyetine sahip olabilmenin şartları özgür olmak, baba egemenliği altında bulunmamak ve belli bir yaşın altında olmamaktır. Bu şartların bir arada bulunmaması tahkim anlaşması yapma imkanını ortadan kaldıran bir durum olarak ortaya çıkmaktaydı<sup>266</sup>.

*Neque agere neque conveniri possit* üzerinde durulması gereken bir diğer durumdur. Tahkim anlaşmasını yapan taraflardan biri müflis duruma düştüğü takdirde hakem uyuşmazlık hakkında karar vermeye zorlanamazdı. Bu durum müflis durumda olan kişinin dava açma veya kendisine dava açılma olanağının kalmamasından kaynaklanmaktaydı. Bazı durumlarda ise davada temsil kabul edilebilmekteydi ve vekil müvekkili adına tahkim anlaşması yapabiliirdi. *Stipulatio* ile taahhüdü yine vekil vermekteydi ve vekilin *cautio ratam rem dominum habiturum*<sup>267</sup> teminatına verilmesine gerek görülmemekteydi<sup>268</sup>.

### 4. Tahkim Anlaşmasının Etkileri

Roma Hukuku'nda hakem kararının icrasına yönelik bir hukuki yol bulunmuyordu. Tahkim anlaşmasının bu konudaki en önemli hukuki sonucu, taraflar için doğan tek borç olan, hakem tarafından verilecek karara uyulmaması halinde belli bir miktar paranın ödenmesidir. Hakem kararına uymayan tarafa *actio ex stipulatu* davası açılarak önceden kararlaştırılmış olan para cezasının talep ve takibi mümkün olmaktadır. Bunun dışında bir uyuşmazlık için tahkim anlaşması yapılmış olması, tahkime gidilmeyip, aynı konuda dava açılmasına engel oluşturmazdı. Ancak kendisine dava açılan kişi karşı taraftan tahkim şartlarına uyulmamış olması sebebine dayanarak *stipulatio*'dan kaynaklanan para cezasının ödenmesini isteyebiliyordu<sup>269</sup>. Bu bilgilerden yola çıkarak, hem tahkime gidilmemesi hem de hakem kararına

<sup>266</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, **Tahkim**, s. 141.

<sup>267</sup> *Cautio ratam rem dominum habiturum*, bir davada temsil edilen tarafın, vekili aracılığıyla yaptığı işleri onaylayacağına dair, vekil tarafından yapılan bir *praetor stipulatio*'sudur. (UMUR, **Lügat**, s. 35).

<sup>268</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, **Tahkim**, s. 142 vd.

<sup>269</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, **Tahkim**, s. 143.

uyulmaması konusunda getirilen yaptırımın sadece para cezasından ibaret olduğu sonucuna varılmaktadır.

## 5. Tahkimin İcrası

Tahkimin icrası sırasında tarafların hakemin huzurunda hazır bulunması gerekirdi. Tarafların bulunmaması durumunda, tahkimin icrasına devam edilemezdi ve hakem kararının uyuşmazlığı tümüyle sona erdirecek nitelikte olabilmesi için hakemin vereceği kararın tarafların huzurunda açıklanmış olması gerekirdi. Taraflar, hakemin huzurunda bulunmamaları konusundaki sebebi hakeme bildirmekle yükümlüydü. Bildirilen sebebin haksız bulunması durumunda tahkime ilişkin *stipulatio*'da belirtilen ceza talep edilebilirdi<sup>270</sup>.

Türk Hukuku'nda ise, hakemler kural olarak dosya üzerinden inceleme yaparlar. Tarafların dilekçeleri alındıktan sonra veya bunun için verilen süre geçtikten sonra hakemler dosya üzerinden karar verirler. Ancak hakemlerin duruşma yapmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu uygulamada rastlanan bir durumdur<sup>271</sup>.

Hakemlerin tahkimin icrasında uygulayacağı usul, taraflarca, hakem sözleşmesinde veya daha sonraki bir sözleşmede belirlenir. Tahkim sözleşmesinde bu konu hakkında bir açıklık yoksa hakemler uygulayacakları yargılama usulünü kendileri belirlerler. Ancak her iki halde de, hakemlerin belirlenen usule göre bir icra da bulunmamaları, bozma sebebi sayılmamaktadır<sup>272</sup>.

## 6. Tahkimin Sona Ermesi ve Türk Hukuku'nda Tahkim

Roma Hukuku'nda tahkim, sürenin geçmesi, ölüm, ibra, hükmün verilmesi ve anlaşma ile sona eriyordu<sup>273</sup>. Bu bağlamda, tahkimin Türk Hukuku'ndaki yerinden de bahsedilmesi faydalı olacaktır. Türk Hukuku'nda Roma Hukuku'ndakine benzer olarak, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşma yoluyla bu

<sup>270</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, *Tahkim*, s. 147 vd.

<sup>271</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 928.

<sup>272</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 928.

<sup>273</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, *Tahkim*, s. 148.



uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim, uyuşmazlığı çözümlenmesi kendilerine bırakılan bu kişilere de hakem denmektedir<sup>274</sup>.

Bazı durumlarda tahkim ihtiyari iken bazı durumlarda ise mecburidir. Tahkimin hangi durumlarda mecburi olduğu özel bir kanun hükmü ile belirlenmektedir. Bu bağlamda mecburi tahkime tabi iş ve davalarda taraflar devlet mahkemelerinde dava açamamakta ve kanunla gösterilen hakemlere başvurmaya mecbur kılınmaktadırlar. Mecburi tahkim kaynağını kanundan alırken, ihtiyari tahkim sözleşmeye dayanmaktadır. Bu sözleşme içerisinde iki ayrı sözleşme barındırır. İlki tahkim sözleşmesidir. Bu sözleşme ile taraflar bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim yoluna, diğer bir ifade ile hakeme başvurmayı kararlaştırırlar. Diğerisi ise hakem sözleşmesidir. Bu sözleşme taraflar ile hakem arasında yapılır. Tahkim sözleşmesi ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, taraflar arasındaki bir sözleşmenin hükmü de olabilir. Tahkim sözleşmesi yazılı bir şekilde olmalı ve belirli bir uyuşmazlık hakkında yapılmalıdır<sup>275</sup>.

Roma Hukuku'nda ise, tahkim kurumunun ilk ortaya çıktığı zamanlardaki uygulama şekli ihtiyari tahkimdir. Bu usulde tarafların, anlaşmazlığın çözülmesi için hakeme başvurmaları tamamen kendi isteklerine bırakılmıştır. Ancak zamanla, devletin gücü daha artmış ve hakların korunmasına müdahalesi ihtiyari tahkimi, mecburi tahkim haline getirmiştir. Bu usulde ise, devlet anlaşmazlık içinde bulunan tarafları, üzerinde anlaşacakları bir hakeme başvurmaya ve onun kararına uymaya zorlayabiliyordu<sup>276</sup>.

Hakem kararlarının icrası bakımından incelendiğinde Türk Hukuku'nda Roma Hukuku'ndakinden farklı bir uygulama görülmektedir. Çünkü Türk Hukuku'nda hakem kararlarının icra olunabilmesi için kesinleşmesi gerekmektedir. Daha öncede belirtildiği gibi Roma Hukuku'nda kararın icra olunabilir duruma gelmesi için uyuşmazlığı sona erdirecek nitelikte olması, pozitif hukuka bağlı olması ve tarafların

---

<sup>274</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 917.

<sup>275</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 918 vd.

<sup>276</sup> ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 304.

huzurunda açıklanmış olması gerekmektedir. Ayrıca kararın icra olunabilmesine yönelik herhangi bir hukuki yol bulunmamaktaydı.

## **B. Cihaz Vaadi (*Promissio Dotis/Dictio Dotis*)**

*Pactum*'la yapılan hukuki işlemlerden bir diğeri cihaz vaadidir. Evlilik birliğinin müşterek ihtiyaçlarına kadının da katılmasını sağlamak için kendisi, babası veya akrabası tarafından evlenme esnasında kocasına verilen mallara cihaz, Roma Hukuku'ndaki ifadesiyle *dos* denmektedir<sup>277</sup>. Cihaz günümüzdeki çeyiz kavramını karşılamaktadır. Roma Hukuku'nda *dos* kaynağını iki düşünceden almaktaydı. İlki, evliliğin tüm yükünün kocaya ait olması sebebiyle kadına evlilik masraflarına iştirak etmesi için bir şey verilmesi ihtiyacıdır. Diğeri ise kadının evlenmeden dolayı ailesindeki miras hakkını kaybetmesi ve bundan dolayı kendisine miras hakkının yerini tutan bir şey verilmesi gerektiği düşüncesidir. *Dos* zengin aileler için malvarlığını ihtiva ederken, daha kısıtlı imkanları olan aileler için bir miktar elbise ve ev eşyasından ibaretti<sup>278</sup>.

### **1. Cihazın Hukuki Niteliği**

Cihaz, Roma Hukuku'ndaki ifadesiyle *dos*, günümüz hukukundaki anlamıyla çeyiz niteliğindedir. Ancak *dos*'a ilişkin düzenlemelerin uygulanabilmesi için bazı şartlar öngörülmüştür. *Dos*'un ilk şartı mevcut bir evliliğin olmasıdır. Bu hukuki işlemin sebebini evlilik oluşturmaktadır. Etkisini evlenmeden sonra göstermesi sebebiyle, evlenmeye kadar geçen süre içerisinde, taraflar tesis işlemini serbestçe değiştirebilir ve ortadan kaldırırlar. Değişikliklerin evlenmeden sonra yapılması durumunda ise, bu değişiklikler *dos* tesisi için yapılan ilk işlemin hükümlerine tabi olmaktadır<sup>279</sup>.

Evliliğin varolup olmadığı ise *Ius Civile* hükümlerine göre belirlenirdi. Roma Hukuku'nda evlilik rızai bir sözleşmeyle meydana gelen ve sadece şartları sağlayan Roma vatandaşları arasında yapılan bir hukuki işlemi<sup>280</sup>. Tarafların karşılıklı olarak bu yöndeki iradelerini beyan etmeleri yeterli görülmüştü. Ayrıca bir merasim

<sup>277</sup> BERKİ, *Roma Hukuku*, s. 166.

<sup>278</sup> KOSCHAKER, s. 316.

<sup>279</sup> AYİTER Kudret, *Klasik Roma Hukuku'nda Dosun Tesisi*, AÜHF Yayınları, Ankara–1958 (Dos), s. 9.

<sup>280</sup> JUSTINIAN, *Justinian's Institutes*, Translated with an Introduction by Peter Birks and Grant McLeod with the Latin Text of Paul Krueger, Cornell University Press, New York–1993, s.43.

aranmamaktaydı<sup>281</sup>. Bir arada yaşama niyeti ve toplum içerisinde karı koca olarak görülmek ise evliliğin varlığı için aranan unsurlardı. Bu karine *consensus* olarak da ifade edilir, *consensus*'un sona ermesiyle evlilikte sona ererdi. Burada ifade edilen *consensus* Klasik Hukuk Dönemi'ndeki durumdur. *Iustinianus* Dönemi'nde ise, *consensus* evlilik sözleşmesinin yapıldığı anda aranan bir olgu manasında kullanılmıştır<sup>282</sup>.

***Iust., Ins. 1. 10, 1 – 5.***

*“Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotentes, sive patres familias sint sive filii familias, dum tamen filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut iussum parentis praecedere debeat. Unde quaesitum est, an furiosi filia nubere aut furiosi filius uxorem ducere possit? Cumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiae furiosi filium quoque posse et sine patris interventu matrimonium sibi copulare secundum datum ex constitutione modum.”*

“İster aile babası (*pater familias*) olsun, ister aile evladı (*filius familias*), olsun, baliğ kadın ve erkek Roma vatandaşlarının, kanun hükümlerine uygun olarak birleşmesi ile meşru evlenme (*iustae nuptiae*) akdolunur; ancak, bahis mevzuu olanlar aile evladı iseler, hakimiyeti altında buldukları babalarının rızalarını almak mecburiyetindedirler. Babanın rızasının önceden verilmiş olmasını, hem *ratio civilis* hem *ratio naturalis* icap ettirir. Bundan şu mesele ortaya çıkmaktadır: akıl hastasının kız veya erkek çocuğu evlenebilir mi? Erkek çocuğu üzerinde fikirler bölünmüş olduğundan, aldığımız bir kararla, akıl hastasının kızı gibi,

---

<sup>281</sup> AYİTER, *Dos*, s. 6.

<sup>282</sup> AYİTER Kudret, *Dos*, s. 9.

akıl hastasının oğlunun da, emirnamemizde gösterdiğimiz şekle uyararak, babasının rızasına muhtaç olmadan evlenebilmesine müsaade ettik<sup>283</sup>.”

## 2. Cihaz Yükümlülüğü

Klasik Hukuk Dönemi'nde *dos*'un tesisine ilişkin bir hukuki zorunluluk bulunmamakla birlikte, bu ahlaki bakımdan bir borç olarak görülmekteydi. *Iustinianus* Dönemi'nde ise, ahlaki bir borç olmanın yanı sıra, hukuki bir mükellefiyet olarak kabul edilmiştir<sup>284</sup>.

*Dos*, tesisi yapan kişiye göre *dos profecticia* ve *dos adventicia* olarak iki şekilde ortaya çıkar. *Dos profecticia*, aile mallarından ve bu malları tasarruf etme yetkisi bulunan *pater familias* tarafından yapılırdı. *Dos adventicia* ise aile malları dışındaki mallardan, veya aile malları üzerinde tasarruf yetkisi olmayan kişiler, kadının kendisi, annesi veya üçüncü kişiler tarafından yapılan bir *dos* tesis şeklidir<sup>285</sup>.

Daha önce bir başkasının hakimiyeti altında olan kadın (*manus*<sup>286</sup>), çeyiz getirmekle yükümlüyken, hakimiyet altında olmayan bir kadının böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktaydı. Bunun sebebi hakimiyet altında olmayan bir kadının zaten evlilikten önceki malvarlığını koruyarak evlilikten sonra bu malvarlığının kocanın mülkiyetine geçiyor olmasıdır. Yine de kadının babasının veya üçüncü bir kişinin *dos* verebilmesi mümkündür<sup>287</sup>. Her iki durumda da cihaz kocanın malvarlığına dahil olur ve kocanın mallarının bir kısmını oluştururdu. Maddi açıdan değeri olan herşey *dos* olarak verilebilirdi<sup>288</sup>.

---

<sup>283</sup> *IUSTINIANUS*, s. 33 vd.

<sup>284</sup> AYİTER Kudret, **Roma Aile Hukuku**, AÜHF Yayınları, Ankara–1963, (Aile), s. 18 vd.

<sup>285</sup> AYİTER, **Aile**, s. 19 vd.

<sup>286</sup> *Manus*, Roma Hukuku'nda evlenen kadın üzerindeki egemenlik hakkını ifade etmek için kullanılan bir terimdir.(ÇELEBİCAN Özcan Karadeniz, **Roma Eşya Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara–2000 Eşya, s. 99).

<sup>287</sup> BERKİ, **Roma Hukuku**, s. 316 vd.

<sup>288</sup> AYİTER, **Aile**, s. 20.; BERKİ, **Roma Hukuku**, s. 317.

*Iustinianus* zamanında, çeyiz konusu önemli görülerek bu konuda bazı yenilikler yapılmıştır. Bu düzenlemeler şunlardır;

- Baba (*pater*) kızına çeyiz vermekle (cihaz tesis etmek) yükümlüdür.
- Koca çeyiz malları üzerinde tam bir mülkiyet hakkına sahip değildir. Bu hak kendine has özellikleri olan ve intifaya benzer bir haktır.
- Evlilik, kadının ölümü sebebiyle sona erdiği takdirde, koca çeyiz mallarını kadının mirasçılara, varsa çocuklarına iadeyle yükümlüdür.
- Çeyizin iadesi sadece *actio ex stipulatu* ile talep edilebilir.
- Boşanmaya kadın kusuruyla sebep olmadığı sürece, koca daima çeyizi iadeyle yükümlüdür.
- Koca vasiyet yoluyla dahi, kadının çeyizden faydalanmasını engelleyemez.
- Koca, zaruri masraflar çeyizin kıymetinden indirebilir.
- Kocanın, alacaklarını çeyizden takas edebilmesi mümkündür<sup>289</sup>.

### 3. Cihazın Verilmesi

*Dos* birçok millette bulunmasına karşın, Roma Hukuku'ndaki uygulamalar farklı şekillerde olmaktadır. Diğer eski uygarlıklar başkasının hakimiyetine tabi şahısların da ayrı bir malvarlığının olabileceğini kabul ederken, Roma Hukuku'nda hakimiyet altındaki kadına verilen şeyler evliyse kocasına, bekarsa babasına ait olmaktadır. Daha sonraki zamanlarda, hukuk alanında yaşanan gelişmelere paralel olarak, başkasının hakimiyetinde olan kişilere malvarlığı ehliyetinin tanınmasıyla, kadının mülkiyetinde olan, ancak idaresi kocaya ait olan bir *dos* kurumu meydana getirilmiş oldu<sup>290</sup>.

Genellikle koca aldığı çeyizin maliki olur ve tasarruf yetkisine de sahip olurdu. Ancak gayrimenkuller konusunda kadının da rızasını alması gerekirdi. Bu durum *Iustinianus* zamanında daha da ağırlaştırılmış ve kadının rızası olsa dahi çeyize ait bir şeyin harcanmasını yasaklanarak, hukuksal olarak engellenmiş oldu. Böylece

---

<sup>289</sup> BERKİ, **Roma Hukuku**, s. 170 vd.

kocaya yalnızca intifa hakkı veriliyor ve koca ancak çeyiz olarak verilen şeyin semerelerinden ve faizlerinden yararlanabiliyordu<sup>291</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, *dos*'un verilmesi için evliliğin meydana gelmesi şartı bulunmaktaydı. Evlilik meydana gelmediği takdirde, devir işlemi sebepten soyut olurdu. Bu durumda *dos* yine de geçerli olurdu. Fakat *dos*'u veren taraf hukuki sebepten mahrumluk gerekçesiyle verdiklerini geri alabilirdi<sup>292</sup>. Kadının babası veya büyük babası tarafından verilen çeyiz *dos profecticia* olarak adlandırılırken, kadının kendisi veya üçüncü bir şahıs tarafından verilen çeyize *dos adventicia* denilirdi. Kocanın çeyiz verilmesi konusunda hiçbir talep hakkı bulunmamakla birlikte, çeyizin yani cihazın tesisini isteme hakkı yalnızca kadına aittir<sup>293</sup>.

Cihazın, *pactum*'la veya *pactum* dışındaki hukuki işlemlerle verilmesi mümkündür. *Pactum* dışındaki hukuki işlemler ise, *datio dotis*, *promissio dotis*, *dictio dotis* ve *legatum*'dur. *Ulpianus* ise "cihaz teslimle, vaat ile ya da ilan ederek tesis edilir" şeklindeki ifadesiyle üçlü bir sınıflandırmaya gitmiştir. Bu sınıflandırmaya, *datio dotis*, *dictio dotis* ve *promissio dotis*'i esas almıştır<sup>294</sup>.

## a. Cihazın *Pactum* Dışındaki Hukuki İşlemlerle Verilmesi

### aa. *Datio Dotis*

*Dos*'un verilmesi (*constitutio dotis*) çeşitli şekillerde olabilmektedir. İlk şekil *datio dotis*, yani malların doğrudan doğruya devredilmesidir. Bu durumda devir, mal veya alacaklara göre değişmektedir. Mülkiyetin devri söz konusu ise *mancipatio*, *traditio* vs. ile intifa hakkı ise *ius in re aliena* temini ile olur. Koca *dos*'u verecek olanın borçlusunu ise borçtan feragat ile, kocaya ait bir borcun *dos*'u veren tarafından kabul edilmesi ile ve ölüme bağlı bir hukuki işlem ile *dos* verilebilmektedir<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> HONIG, s. 89.

<sup>292</sup> KOSCHAKER, s. 318.

<sup>293</sup> HONIG, s. 89.

<sup>294</sup> LEE, **Roman Law**, s. 150.

<sup>295</sup> KOSCHAKER, s. 318.

*Datio dotis* ile *dos* tesisi yapabilme imkanı belirli kişilere tanınmıştır. Bu kişiler, kadının babası veya baba tarafından dedesi, kadının kendisi (*sui iuris*<sup>296</sup> ise) ve borçlusudur. Kadının borçlusu ancak, kadının talimatı ile *dos* tesisi edebiliyordu<sup>297</sup>.

### **ab. Legatum**

Klasik Roma Hukuku'nda *dos*'un verilmesine ilişkin bir başka yol daha kabul edilmiştir. *Legatum* olarak isimlendirilen bu kurum, miras yolu ile *dos* tesisidir. *Legatum* ile külli halefler, ölüme bağlı tasarruf gereğince muayyen malları üçüncü bir kişiye veya aralarından birine teslim ile yükümlü kılınırlar. *Legatum dotis*, *dos* tesisi için kullanılmakla birlikte, sadece *dos* tesisi etmeye yarayan bir hukuki işlem değildir. *Dos* tesisi için yapılan *legatum* işlemlerinin, bu özellikte olmayanlardan ayırt edilmesi gerekmektedir<sup>298</sup>.

Bunun yanı sıra hem *dos*'la, hem de *legatum*'la ilgili olmasına rağmen, *dos* tesisi olmayan hukuki işlemlerde bulunmaktadır. *Legatum*'la, *dos* kocaya bırakılabileceği gibi, *dos* teşkil etmesi amacıyla kadına da hibe olarak bırakılabilmekteydi. Kadının evli olmadığı durumlarda, bırakılan malların *dos* niteliğinin bulunmadığı kabul edilmiştir<sup>299</sup>.

### **ac. Promissio Dotis ve Dictio Dotis**

*Dos*'un önce vaat şeklinde yapılıp, sonrasında *datio dotis* ile teslim edilmesi *dos*'un verilmesine ilişkin diğer bir yoldur. Bu durumda *dos*, *stipulatio* ile ya da tek tarafın sözlü vaadi ile yapılmaktaydı. *Stipulatio* ile yapıldığı zaman *promissio dotis*, tek taraflı bir sözlü vaat şeklinde yapıldığı zaman ise *dictio dotis* olarak nitelendirilirdi. *Dictio dotis* nişanlı kadının kendisi veya babası tarafından yapılırdı<sup>300</sup>.

---

<sup>296</sup> *Sui iuris*, bir aile reisinin (*pater familias*) hâkimiyetine tabi olmayan, haklara ehil olan ve kendi adına iktisapta bulunabilen (*status familiae*) kimselere verilen isimdir. (UMUR, **Lügat**, s. 202).

<sup>297</sup> KOSCHAKER, s. 318.

<sup>298</sup> AYİTER, **Aile**, s. 22 vd.

<sup>299</sup> AYİTER, **Aile**, s. 22 vd.

<sup>300</sup> BERKİ, **Roma Hukuku**, s. 278.

*Dictio dotis*, uygulamada en çok rastlanan yöntem olmasına rağmen, Roma Hukuku'nda katı şekilci yapının değişmesi ve *stipulatio*'nun önemini kaybetmesiyle, şekle bağlı olmayan bir vaat halini almıştır<sup>301</sup>.

#### **b. Cihazın *Pactum*'la Verilmesi**

*Dictio dotis* olarak ifade edilen bu sözlü vaat Roma Hukuku'nun ilk devirlerinde nişan merasimi sırasında veya ondan hemen sonra sözlü olarak yapılırken, İmparatorluk Dönemi'nde *pactum* şeklinde yapılmaktaydı. Cihaz vaadine ilişkin böyle bir *pactum*'un, nişanlanmadan önce veya onunla birlikte yapılmasına gerek görülmemiş, evlilikten sonra da yapılabileceği kabul edilmişti. Şekilsiz bir *pactum*, *dictio dotis*'in gerçekleşmesi için yeterli sayılmıştır<sup>302</sup>. Cihazlar konusundaki bir diğer *pactum cautiones*'tir. Bu iki *pactum* birbiriyle karıştırılmamalıdır.

Böylece cihaz vaadi sınırlı sayıdaki *pactum* çeşitlerinin arasına girmekle birlikte, şekil serbestisine sahip olarak, daha geniş şartlarda yapılabilmekteydi. Birde *pollicatio dotis* olarak ifade edilen ve *dos*'un açıkça vaat edilmediği durumlar bulunmaktaydı. Cihaz vaadinin son şekli olan bu durum Hıristiyanlığın ilk devirlerinde kabul edilen bir şekildir<sup>303</sup>. Sözü edilen bu *dos* vaatlerine dayanarak koca malların devri için bir talep hakkı elde ederdi. Böylece malların devri *dos*'un verilmesi değil, *dos* vaadinin ifa edilmesi olurdu<sup>304</sup>.

#### **4.Cihazın İadesi**

Cumhuriyet Dönemi'ne kadar, *dos* (çeyiz) kanunen düzenlenmemişti. Bu durumda, eğer evlenme sözleşmesi (evlenme akdi) de yoksa koca çeyizin çıplak mülkiyetine sahipti ve iadesiyle mükellef değildi. Çeyizin amacı evlenmeyi kolaylaştırmak olduğundan, Eski Hukuk Dönemi'nde genel görüş evlilik sona erse bile kadına iade edilmemesi yönündeydi. Bu bağlamda, Roma Hukuku'nun ilk zamanlarında çeyiz tesisi sırasında kocadan iade vaadi alınmaktaydı. Böylece koca şarta bağlı bir mülkiyet elde etmiş olurdu. Ancak sonraki zamanlarda boşanma ve kocanın ölümü halinde çeyizin iadesi adet haline gelmiştir. Bunun yanı sıra kadının

---

<sup>301</sup> KOSCHAKER, s. 318.

<sup>302</sup> OĞUZOĞLU, s. 225 vd.

<sup>303</sup> HONIG, s. 89.

<sup>304</sup> KOSCHAKER, s. 318.



ölümü halinde, babası verdiği çeyizi geri isteme hakkına sahipti. Son olarak ise, evliliğin sona ermesi üzerine kocanın çeyizi ve kadına ait malları iadeye mecbur olduğu kabul edilmiştir<sup>305</sup>. Çeyizi veren tarafı koruyucu bu düzenlemelerin yanı sıra, kocayı korumak için de bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bunlar, İtalya'daki gayrimenkullerin, özellikle arazilerin geri verilmeyeceğine ilişkindir<sup>306</sup>.

### a. Cihazın İadesine İlişkin Genel Düzenlemeler

Çeyizin iadesini sağlayan davalar *actio ex stipulatu* ve *actio rei uxoriae*'dir. *Actio ex stipulatu* davası, Eski Hukuk Dönemi'ndeki çeyizin iadesine dair yapılan sözleşmenin bir sonucudur. Aksine bir anlaşma olmadıkça, bu dava ile koca çeyizin tamamını iade etmeye zorlanırdı. Kesin hukuk davası olması sebebiyle, boşanma kadının kusurundan meydana gelmiş olsa bile çeyize dahil olan malların tamamını iadeye mecburdur. Koca iyiniyetle hareket etmiş olsa dahi, hakim bu konuda takdir hakkını kullanarak tenkise gidememektedir. Koca, eşinden alacaklı olsa bile, çeyize dahil malların kıymetinden alacağını indiremez ve takas talep edemez. Ancak bunlar için ayrı bir dava açma hakkı bulunmaktadır<sup>307</sup>.

*Actio rei uxoriae*, Klasik Hukuk Dönemi'nde düzenlenmiş bir dava çeşididir. Bu dava, çeyizin iadesine dair bir sözleşme olmasa bile çeyiz mallarının iadesini sağlayabilmekteydi. Bu dava yalnız boşanma sonucunda değil, kocanın ölümü durumunda da açılabilirdi. Kadının ölümü halinde ise, bu dava hakkı kadının babası tarafından kullanılırdı. Bu hak mirasçılara geçmemekle birlikte, mirasçılar açılmış olan davayı takip edebilirlerdi. Bu davada *actio ex stipulatu*'nun aksine, koca çeyiz mallarının tamamını iadeye zorlanamazdı. Hâkim kocanın alacaklarını takas edebilir ve zaruri masrafları çeyizin kıymetinde düşürebilirdi. Koca çocukların bakımı için çeyiz mallarından belli bir hisseyi alıkoyma hakkına sahipti<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> HONIG, s. 89.

<sup>306</sup> KOSCHAKER, 316 vd.

<sup>307</sup> BERKİ, **Roma Hukuku**, s. 168.

<sup>308</sup> BERKİ, **Roma Hukuku**, s. 169.

## b. Cihazın İadesine İlişkin *Pactum*'lar

*Pactum*'lar, cihazın verilmesine ilişkin konuların yanı sıra, cihazın iadesinde de uygulanan hukuki kurumlardan olmuştur. Bu konudaki en eski *pactum*, *cautiones* olarak ifade edilmektedir. *Manus*'lu evliliklerde ne kadının, ne de babasının çeyizini iadesine yönelik bir anlaşma yapmalarının hukuki açıdan bir değeri bulunmamaktaydı. Çünkü evlenmekle kadının malvarlığı ile kocanın malvarlığı birleşirdi. Ayrıca, kadın kocası tarafından *emancipata* işlemi ile *sui iuris* durumuna getirilse bile, bir daha *pater familias*'ın hakimiyetine dönemezdi<sup>309</sup>.

*Manus*'suz evliliklerde *pactum* hukuki açıdan bir hüküm ifade ederken, *manus*'lu evliliklerde kadınların kocalarına vermek istemedikleri malları *pactum fiduciae* ile üçüncü kişilere temlik etmesinde önemli bir işleve sahip olmuşlardır. Böyle bir *pactum* yapıldığı zaman, kocanın ölümü veya boşanma durumunda kadın üçüncü kişiden malların kendisine devrini isteyebilmekteydi. Cihazın verilmesi ve iadesine ilişkin *pactum*'lardan sonra, *pactum fiduciae*, bu konudaki *pactum*'ların bir diğer örneğini oluşturmaktadır<sup>310</sup>.

Sonraki zamanlarda *dos*, *pactum*'ların en çok uygulandığı alanlardan biri olmuştur. Bu anlaşmalara *pactiones* ve *stipulationes* denmiştir. Roma Hukuku'na ilişkin metinlerden edinilen bilgilere göre, *dos* alanında hangi çeşit *pactum*'ların yapılamayacağı belirlenmek suretiyle bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemeye göre, *dos*'a ilişkin olarak yapılan ve hüküm doğurmayacağı kabul edilen *pactum*'lar, kadını ve kocayı korumak amacıyla yapılan *pactum*'lar ile kural olarak geçersiz sayılan *pactum*'lar olmak üzere üçe ayrılmış ve yine bu ayrıma göre incelenmiştir<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> AYİTER, *Dos*, s. 202.

<sup>310</sup> AYİTER, *Dos*, s. 202.

<sup>311</sup> AYİTER, *Dos*, s. 202.

## **ba. Cihaza İlişkin *Pactum*'lar Konusunda Kadını Korumaya Yönelik Düzenlemeler**

Kadının durumunu kötüleştirmek amacıyla *pactum* yapılmayacağı kabul edilmiş olup, *pactum*'ların kadınların haklarını ihlal edemeyeceği ve kadını himaye edecek nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, *dos* konusunda *pactum*'ların sınırları belirlenerek, *dos*'un korunması, amacının değiştirilmemesi ve kadının durumunu kötüleştirmemesine ilişkin olarak düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelere göre geçersiz sayılan *pactum*'lar şunlardır;

- Kadının, kocasının ölümü halinde, *dos*'u geri isteme hakkından feragat edeceğine dair yapılan anlaşmalar,
- *Dos*'un kadına iadesi durumunda, kocaya süre tanıyan anlaşmalar,
- Kocanın, *dos*'un idaresinde yalnız kasıtlı fiillerinden (*dolus*) sorumlu olacağı, ihmalde dahil olmak üzere (*culpa*), diğer fiillerinden sorumlu olmayacağına dair anlaşmalar,
- *Dos*'un, trampa şeklinde tesis edilmesine yönelik anlaşmalar<sup>312</sup>.

## **bb. Cihaza İlişkin *Pactum*'lar Konusunda Kocayı Korumaya Yönelik Düzenlemeler**

Roma Hukuku'nda ilgili konuda kadını korumaya yönelik olduğu gibi, kocayı korumak amacıyla da düzenlemeler bulunmaktadır. Buradaki koruma, kadınınkı kadar genel bir ifade olmasa da, kısmen bir sınırlama olduğu görülmektedir. Bu bağlamda yapıldığı takdirde hükümsüz sayılan *pactum*'lar şunlardır;

- *Dos*'a ait semerelerin, tekrar *dos*'un kendisine ekleneceğine yönelik anlaşmalar,
- Kocanın *dos* için yaptığı zaruri masrafları talep etmeyeceğine dair yapılan anlaşmalar,
- *Dos*'un iadesi durumunda, kocanın *beneficium competentiae*'den yararlanmayacağına ilişkin anlaşmalar<sup>313</sup>.

---

<sup>312</sup> AYİTER, *Dos*, s. 203 vd.

<sup>313</sup> AYİTER, *Dos*, s. 203 vd.

### **bc. Cihaza İlişkin Kural Olarak Geçersiz Sayılan *Pactum*'lar**

Kadının ve kocanın haklarını korumak amacıyla geçersiz sayılan *pactum*'ların yanı sıra, kural olarak yapılması hukuken uygun görülmemiş bazı *pactum*'lar da bulunmaktadır. Bunlar;

- *Dos* tesis işlemi ile birlikte, üçüncü kişilere hak tanımak amacıyla yapılan anlaşmalar,
- *Dos* tesisi anında, mirasa yönelik (üçüncü kişilerin lehine şartlar koymak veya evlenenlerin haklarını azaltmak amacıyla) yapılan anlaşmalardır<sup>314</sup>.

### **C. Bağışlama (*Donatio*)**

Bağışlama, sağlar arasında yapılan kazandırıcı bir işlemdir. Bağışlama ile bir kimse, bir malın tümünü veya bir kısmını karşılıksız olarak bir başkasına devreder<sup>315</sup>. Roma Hukuku'ndaki ifadesiyle, bir kimsenin malvarlığını azaltan, diğerinin malvarlığını karşılıksız olarak arttıran her işlem bağışlamadır. Bağışlama, bağışlananın zenginleşmesi için yapılan ve cömertliğe dayanan bir mal devridir<sup>316</sup>. *Iustinianus* ise bağışlamayı bir kazanç biçimi olarak ifade etmiş ve dava ile hukuki koruma sağlamıştır<sup>317</sup>.

#### **1. Bağışlamanın Unsurları**

Bu tanımdan yola çıkılarak, bağışlamanın üç unsurunun bulunduğu sonucuna varılabilir. Bunlar;

- Bağışlamanın sağlar arası bir kazandırıcı işlem olması,
- Bu kazandırıcı işlemin bağışlama amacıyla yapılmış olması,
- Bağışlamanın bir anlaşma olmasıdır<sup>318</sup>.

---

<sup>314</sup> AYİTER, *Dos*, s. 212 vd.

<sup>315</sup> YILMAZ, s. 110.

<sup>316</sup> TAHİROĞLU, *Borçlar*, s. 268.

<sup>317</sup> LEE, *Roman Law*, s. 147.

<sup>318</sup> TANDOĞAN Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I, Evrim Yayınevi, İstanbul–1990, s. 342.

### **a. Sağlar Arası Bir Kazandırıcı İşlem Olması**

Bağışlayanın amacı, bağışlanana maddi bir menfaat sağlamaktır. Kanundaki düzenlemelerde, bu amacın gerçekleşmesi için bağışlamalarda muhteva, şekil, ehliyet, tasarruf nisabı gibi konularda ölüme bağlı tasarruf hükümleri uygulanacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda, bir bağışlamanın varlığı için bağışlayanın sağlığında hüküm doğuracak şekilde bir kazandırıcı işlem yapması gerekmektedir<sup>319</sup>.

### **b. Kazandırıcı İşlemin Bağışlama Amacıyla Yapılmış Olması**

Bağışlayanın amacı, karşılıksız olarak bağışlananı zenginleştirmek olmalıdır. Bu sebeple toplumsal ya da ahlaki bir görevin yerine getirilmesi bağışlama olarak kabul edilmemektedir. Aynı şekilde toplumsal ilişkiler gereği verilen hediyeler de bağışlama sayılmamaktadır<sup>320</sup>. Ayrıca bağışlayanın malvarlığında bir azalma, bağışlananın malvarlığında ise bir artış meydana gelmeli ve bu iki durum arasında illiyet bağı bulunmalıdır<sup>321</sup>. Roma Hukuku'nda *animus donandi* olarak da ifade edilen bu durum, bağışlamanın önemli unsurlarından birini oluşturmaktadır<sup>322</sup>.

### **c. Bağışlamanın Bir Anlaşma Olması**

Bağışlama, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunmasıyla kurulur. Bu özelliği itibariyle bağışlama Roma Hukuku'ndaki düzenlemelere göre bir anlaşma iken, modern hukuka göre sözleşme niteliğindedir.

Bağışlananın kabul beyanı sarih bir şekilde olabileceği gibi, zımnı de olabilmektedir. Çünkü yapılan işlem bağışlananın yararına bir işlemdir<sup>323</sup>. Diğer bir ifadeyle, bağışlama *pactum* niteliğinde bir hukuki işlem olması sebebiyle, bağışlama konusu olan değerin bağışlayanın malvarlığından çıkarılarak, bağışlanana geçirileceği konusunda taraf iradelerinin uyuşmuş olması gerekmektedir. Başka bir açıdan yaklaşırsak, bağışlayanın vermeyi düşündüğü ve önerdiği değeri, bağışlanan

<sup>319</sup> YAVUZ, s. 224.

<sup>320</sup> YAVUZ, s. 222 vd.

<sup>321</sup> TANDOğAN, s. 346.

<sup>322</sup> TAHİROğLU /ERDOğMUş, *Meseleler*, s. 232.

<sup>323</sup> YAVUZ, s. 223.

da almayı kabul etmelidir<sup>324</sup>. Bağışlama, sadece bir anlaşma değil, aynı zamanda *causa donandi* olarak ifade edilen bir kazanma sebebidir<sup>325</sup>.

## 2. Bağışlama Ehliyeti Ve Bağışlama Tasarruf Yetkisi

Bağışlama işleminin yapılmasında aranan ehliyet koşulları Türk Hukuku yönünden incelendiğinde, bağışlayanın ehliyetinin bağışlanandan farklı ve daha sıkı koşullara bağlı tutulduğu görülmektedir. Bağışlayan tam fiil ehliyetine sahip olmalıdır<sup>326</sup>. Başka bir deyişle, bağışlama yapacak kişi reşit ve ayırt etme gücüne sahip olmalı ve kısıtlı olmamalıdır<sup>327</sup>.

Vasi, vesayet altındaki kişi adına önemli bağışlamalarda bulunamaz. Aynı şekilde bu düzenleme velayet altındaki kişiler için de kıyas yoluyla uygulanmaktadır. Dolayısıyla önemli bağışlamalar yapmak hem sınırlı ehliyetsizler, hemde tam ehliyetsizler için yasak işlemler olarak kabul edilmektedir<sup>328</sup>. Diğer yandan, kendisine bağışlama yapılan kimsenin ayırt etme gücüne sahip olması yeterli görülmüştür. Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmaları gerekmemektedir. Bağışlanana yükümlülük getiren bağışlamalarda ise, tam ehliyetli olmayanlar için kanuni temsilcinin muvafakati gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşme hukuken geçerlilik kazanamayacaktır. Bunun yanısıra, kanuni temsilcinin bağışlamayı kabulden men veya bağışlanan şeyi iadeye mecbur etme yetkisi de bulunmaktadır<sup>329</sup>.

Bağışlama ehliyeti, diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi, fiil ehliyetiyle bağlantılı bir konudur. Çünkü hukuki işlem yapabilmek için kişinin taşıması gereken unsurlar, tam ehliyetli olmak için aranan şartlardır. Türk Medeni Kanunu'nda bu şartlar yukarıda da belirtildiği gibi, reşit olmak, ayırt etme gücüne sahip olmak ve kısıtlı olmamaktır. Bu kişiler geçerli hukuki işlem yapabilmektedirler. Roma Hukuku'nda ise, fiil ehliyetine sahip olabilmek için aranan bu şartlar, belli bir yaşı tamamlamış olmak,

---

<sup>324</sup> ZEVKLİLER, s. 149.

<sup>325</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 268 vd.

<sup>326</sup> ZEVKLİLER, s. 150.

<sup>327</sup> ZEVKLİLER Aydın/ACABEY M. Beşir/GÖKYAYLA K Emre, **Medeni Hukuk**, Seçkin Yayınevi, Ankara-2000, s. 257.

<sup>328</sup> YAVUZ, s. 224.

<sup>329</sup> TANDOĞAN, s. 355.

müsrif, akıl hastası ve kadın olmamaktır. İlk olarak yaş kıstasını inceleyecek olursak, Roma Hukuku'nda 25 yaşından küçük olanların fiil ehliyetleri kendi menfaatlerini koruyamayacakları düşüncesi ile sınırlandırılmıştır. 25 yaşından küçük olanlar da ergen olup olmamalarına göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmuşlardır. Ergen olmayan küçükler (*impuberes minores*) ve ergen küçükler (*puberes minores*). Ergen olmayan küçükler de kendi içersinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır: 7 yaşına kadar olan küçükler (*infantes*) ve 7–14 yaş arasındaki küçükler (*impuberes infantia maiores*)<sup>330</sup>.

Cinsiyet konusundaki kıstas ise kadın olup olmamaya dayanmaktaydı. Bu bağlamda, kadınların fiil ehliyeti yönünden durumları, evlenme hariç, çocukluk çağını geride bırakmış, ancak ergenlik çağına gelmemiş kimselerin durumuna benzemektedir. Bu sebeple kendilerine vasi tayin edilirdi. Vasi; kanun tarafından gösterilen en yakın hısım ya da baba veya koca tarafından gösterilen bir kimse olurdu<sup>331</sup>.

Bir diğer husus akıl hastalarına ilişkindir. Roma Hukukunda akıl hastalığı, hukuki işlem ehliyetini ve haksız fiil ehliyetini tamamen ortadan kaldıran bir neden olarak öngörülmüştür. Bu nedenle, akıl hastalarının yaptıkları hukuki işlemlerin geçerli olmayacağı ve akıl hastalarına kayyım atanacağı kuralı kabul görmüştür<sup>332</sup>.

Son husus israfa ilişkindir. Bu kapsamda israf, Roma Hukuku'nda fiil ehliyetini sınırlayan sebepler arasında sayılmıştır. Müsriflerin hukuki işlem ehliyetlerinin kısıtlanması toplumsal yarar düşüncesine dayandırılmıştır. Bu sebeple, müsrifler hacir altına alınır ve kendilerine bir kayyım atanırdı. Müsriflerin evlenme ehliyeti bulunurken, vasiyet düzenleme ehliyetleri bulunmamaktaydı<sup>333</sup>.

Bağışlamada tasarruf yetkisi ise, evlilik mal rejimlerine ve miras hukukuna ilişkin bir konudur. Mal ortaklığı veya mal birliği rejimlerinin kabul edilmesi

---

<sup>330</sup> KOSCHAKER, s. 88 vd.

<sup>331</sup> TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, **Roma Hukuku**, s. 175.

<sup>332</sup> TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, **Roma Hukuku**, s. 176.

<sup>333</sup> ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 213.

durumunda, eşlerin bağışlama konusundaki tasarruf yetkilerine kanun tarafından bazı sınırlamalar getirilmiştir. Aynı şekilde, Miras Hukuku'nda yer alan mahfuz hisseye ilişkin kurallar, bir açıdan bağışlamada tasarruf yetkisini sınırlayan kurallardır<sup>334</sup>.

### 3. Bağışlamanın Şekli

Bağışlama şekli bakımından incelendiğinde, ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir. Bunlar; elden bağışlama ve bağışlama taahhüdüdür.

#### a. Elden Bağışlama

Elden bağışlama, bağışlama konusu değer bağışlanana, sözleşmenin yapıldığı anda devredilmesiyle kurulmaktadır. Başka bir deyişle, sözleşmenin yapılmasıyla edimin yerine getirilmesi aynı anda olmaktadır<sup>335</sup>. Bağışlanacak malın mülkiyeti, bağışlanana devredilir ve o anda aynı hak doğar<sup>336</sup>.

Modern hukukta, elden bağışlama sadece taşınırın ve alacakların bağışlanmasında uygulanmaktadır<sup>337</sup>. Taşınmazlarda elden bağışlamanın uygulanması mümkün değildir. Çünkü ilgili düzenleme gereğince, bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynı hakların bağışlanması, ancak tapu siciline tescil edilmekle tamamlanmaktadır. Tescilin yapılabilmesi için de geçerli bir bağışlama taahhüdünün mevcut olması gerekir. Bu taahhüt resmi şekilde yapılmış olmalıdır<sup>338</sup>.

Elden bağışlamada, bağışlanılan taşınır ise zilyetliğinin geçirilmesi, alacak ise alacağın temlik edilmesi ve hak ise hakkın geçirilmesi için gerekli şekil şartına uyulması gerekmektedir. Doktrinde, elden bağışlamada teslimin gerekli olup olmadığına dair çeşitli görüşler bulunmaktadır. Ancak baskın görüş, hükmen teslim,

---

<sup>334</sup> YAVUZ, s. 225.

<sup>335</sup> ZEVKLİLER, s. 153.

<sup>336</sup> TAHİROĞLU, s. 268.

<sup>337</sup> ARAL Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara-2003, s. 199.

<sup>338</sup> TANDOĞAN, s. 263.



kısa elden teslim ve zilyetliğin havalesi gibi, teslim dışındaki zilyetliğin devir yolları ile de elden bağışlamanın mümkün olduğu yönündedir<sup>339</sup>.

Roma Hukuku'nda ise, bağışlama niyetiyle mülkiyetin geçirilmesi veya sınırlı aynı hak tesisi için *Ius Civile*'de öngörülen tasarruf işlemlerinin yapılması gerekiyordu. Bu durumda, Roma Hukuku'nda elden bağışlamanın işlevselliğinin olmadığını, uygulamada bağışlama taahhüdüne daha çok rastlanıldığını söylemek mümkündür.

## **b. Bağışlama Taahhüdü**

Bağışlama taahhüdü, bağışlayana bağış konusu değeri, bağışlanılana devretme borcu yükleyen bir sözleşmedir<sup>340</sup>. Bağışlama taahhüdü, ileride bağışlama sözleşmesi yapılacağına ilişkin bir vaat değildir. Kendisi başlı başına bir sözleşmedir<sup>341</sup>. Sözleşmenin konusunu oluşturan değer bağışlanana verildiği zaman, sözleşmeyle yüklenilen edim yerine getirilmiş olmaktadır<sup>342</sup>.

Roma Hukuku'nda bağışlama taahhüdünün şekli, dönemlere göre farklılık gösterir. Klasik Hukuk Dönemi'nde bu taahhüt *stipulatio* ile yapılırdı. Bağışlama amacıyla mülkiyetin geçirilmesi ve sınırlı aynı hak tesisine ilişkin tasarruf işlemleri *stipulatio* ile yapıldığı takdirde hukuken geçerlilik kazanırdı<sup>343</sup>. Belli bir sınırı geçen bağışlamalar da *Lex Cincia* (*Cincia Kanunu*) ile yasaklanmıştı<sup>344</sup>.

*Iustinianus* Hukuku'nda ise şekilsiz bir *pactum*'la yapılan bağışlama taahhütlerinin geçerli olacağı ve bağışlama konusu değer 500 *Solidus*'u geçtiği durumlarda, resmi senetle yapılacağı öngörülmüştür. *Iustinianus* Hukuku'nda bağışlama taahhütleri, şekilsiz bir anlaşma olarak geçerli sayılmış ve bu *pactum*'ların, diğer *pactum*'lardan farklı olarak borç doğurabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca bu düzenlemelerde, bağışlama amacıyla yapılan *pactum*'lardan doğan sorumluluk hafif

---

<sup>339</sup> YAVUZ, s. 227.

<sup>340</sup> YAVUZ, s. 225.

<sup>341</sup> ZEVKLİLER, s. 151.

<sup>342</sup> TAHİROĞLU, *Borçlar*, s. 268.

<sup>343</sup> TAHİROĞLU, *Borçlar*, s. 268.

<sup>344</sup> UMUR, *Ders Notları*, s. 270.

tutulmuştur. Borçlunun sadece kasıt ve ağır ihmalden sorumlu olacağı kabul edilmiştir<sup>345</sup>.

Roma Hukuku'nda bağışlamanın şekline ilişkin düzenlemelere benzer olarak Türk Hukuku'nda da şekil konusunda bazı sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Öncelikle, bağışlama taahhüdünün şekli, bağışlanan değer taşınır ya da taşınmaz olmasına göre farklılık gösterir. Bağışlama konusu değer taşınırsa, bağışlama taahhüdün yazılı bir şekilde yapılması gerekir. Bu durumda, yazılı şekil geçerlilik şartı olmaktadır. Haklar ve alacakların bağışlanması da taşınırın bağışlanmasına ilişkin kurallara bağlı olduğundan, bunlara ilişkin bağışlama taahhüdünün geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Bir taşınmazın mülkiyetinin ya da bir taşınmaz üzerindeki aynı hakkın bağışlanmasına ilişkin taahhütlerde ise geçerlilik şartı olarak, resmi şekil aranmaktadır. Bir diğer ifadeyle, taşınmazlara ilişkin bağışlama taahhüdünün geçerli olabilmesi için tapu sicil memurunun düzenleyeceği senetle yapılması gerekmektedir<sup>346</sup>. Öngörülen bu şekil şartlarına uygun olmayan bir bağışlama taahhüdü mutlak butlanla batıldır. Bu durum hakim tarafından re'sen dikkate alınır<sup>347</sup>.

Geçersiz bir bağışlama taahhüdü yerine getirilir ise elden bağışlama olarak kabul edilir ve böylece bu işlem geçerlilik kazanmış olur. Yapılan bu işlem yeni bir bağışlamadır. Tapuya kayıtlı taşınmazlarda resmi şekil şartı arandığından, geçersiz bir bağışlama taahhüdü elden bağışlama olarak kabul edilemez<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 268.

<sup>346</sup> ZEVKLİLER, s. 152.

<sup>347</sup> UYGUR Turgut, **Borçlar Kanunu**, C. 4, Adalet Matbaacılık, Ankara-1990, s. 327.

<sup>348</sup> ARAL, s. 201 vd.

## §2. PACTUM VE DİĞER KURUMLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

### I. PACTUM VE EKSİK BORÇ İLİŞKİSİ

*Pactum*; yukarıda da belirtildiği gibi iki ya da daha çok kişinin aynı konudaki rızaları ile oluşan bir kurumdu<sup>349</sup>. Ayrıca iki veya daha fazla kişinin bir ihtilaftan sonra anlaşmaları anlamına gelmekteydi<sup>350</sup>. *Pactum* kelimesi anlaşmayı ifade eder, hukuki anlamda borç doğurmamaktadır<sup>351</sup>. Bu tanımda bulunan bazı unsurların eksik borçlarla benzerlik gösterdiği görülmektedir. Eksik borçlar da, geçerli olarak doğmuş, ifa edilebilir, ancak dava edilemez nitelikte olan borçlar olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla, borçlu borcunu ifa etmezse, alacaklının cebri icra organları aracılığıyla borçlunun malvarlığına başvurma hakkı bulunmamaktadır<sup>352</sup>. Diğer bir ifade ile bu tür borçlarda dava ve talep hakkı yoktur. Bununla birlikte, böyle bir borç ifa edilirse, geçerli bir ifanın hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu sebeple de borç sona erecektir. Borçlunun böyle bir ifadan sonra verdiklerini geri talep hakkı yoktur. Ayrıca, geçerli bir ifanın hüküm ve sonuçlarını doğurduğu için de, sebepsiz zenginleşme davası açılmayacaktır. Kumar ve bahis borçları, evlenme tellallığından doğan borçlar, zamanaşımına uğramış borçlar, konkordatodan arta kalan borçlar, ahlaki bir görevin yerine getirilmesine ilişkin yardımlar ve hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmelere dayanarak yapılan ifalar eksik borçlara örnek teşkil etmektedir<sup>353</sup>.

Roma Hukuku'nda borçlar hukuki sonuçlarına göre *obligatio civilis* (tam borç) ve *obligatio naturalis* (eksik borç) olmak üzere ikiye ayrılırdı. *Obligatio civilis* alacaklının kendisine tanınan dava ile gerektiği durumlarda icra yoluna da başvurarak, cebren hakkını elde ettiği borçlardır. Günümüz hukukunda olduğu gibi Roma Hukuku'nda da eksik borçlar hukuk düzeni tarafından öngörülmekteydi ve bir kimsenin borçlu olduğu kabul edilmekle birlikte o kimseye karşı bir dava ve icra olanağı sağlanmamaktaydı. *Actio* ile ifası takip edilemeyen bu davasız borçlar

---

<sup>349</sup> UMUR, *Lügat*, s. 47.

<sup>350</sup> TAHİROĞLU, *Borçlar*, s. 261.

<sup>351</sup> UMUR, *Lügat*, s. 147.

<sup>352</sup> YILMAZ, s. 249.

<sup>353</sup> EREN, s. 273.

*obligatio naturalis* olarak adlandırılırdı. *Obligatio naturalis* dava hakkı değildi. Başta *soluti retentio*<sup>354</sup> olmak üzere *solutio debiti*<sup>355</sup>'nin geçerli olarak kabul edilmesi ve ödemenin *conductio indebiti*<sup>356</sup> ile geri alınamaması hakkını vermektedir. Bunun yanı sıra kefalet, rehin veya ipotek yoluyla geçerli olarak şahsi veya ayni teminat altına alınabilmekte ve *novatio*<sup>357</sup> ile yenilenebilmekteydi<sup>358</sup>.

Roma Hukuku'nda eksik borçlar incelendiğinde, bazılarının doğumları anından itibaren *obligatio naturalis* olduğu, bazılarının ise *obligatio civilis* olarak doğmalarına rağmen, daha sonra *obligatio naturalis* niteliğini kazandığı görülmektedir. Örneğin, kölelerin borçları ve *Senatus Consultum Macedonianum*<sup>359</sup>'a aykırı olarak aile evlatlarına verilen ödünçler, doğumlarından itibaren eksik borç olarak nitelendirilen borçlardır<sup>360</sup>.

Tüm bu bilgiler göz önüne alındığı zaman eksik borç ve *pactum* karşılaştırılması yapıldığında benzerlik noktasının ikisinin de dava ile takip edilememesi olduğu görülmektedir. Farklılık ise *pactum* hukuki anlamda bir borç doğurmazken, eksik borçlarda borç geçerli olarak doğmuş, ifa edilebilir ancak dava edilemez nitelikte borçlar olmasından kaynaklanmaktadır.

## II. PACTUM VE İBRA İLİŞKİSİ

Borcun sona erme sebeplerinden biri olan ibra ile alacaklı alacağından vazgeçer ve borçlusuna ileri sürme yetkisine sahip olduğu haklarından feragat eder. İbra bir sözleşme olması sebebiyle hem alacaklının hem de borçlunun rızasını

---

<sup>354</sup> *Solutio retentio*, eksik borçlara ilişkin bir durumdur. Eksik borçlarda, borçluya karşı açılacak bir dava hakkının olmaması ve borçlunun ödeme yaptığı takdirde bunu geri alabilmesi konusunda bir hukuki imkanın olmaması durumunu ifade eder. Bir diğer ifadeyle, bu nitelikte borçlar ödendiği zaman, alacaklı aldığı muhafaza ederdi. (UMUR, **Lügat**, s. 196).

<sup>355</sup> *Solutio debiti*, Roma Hukuku'nda borcun ifası anlamında kullanılan bir terimdir. (RADO, s. 224).

<sup>356</sup> *Conductio indebiti*, borç olmayan bir şeyi hata ile ödeyen kişinin, onu iyiniyetle alan kişiye karşı, verdiğini geri alması için açtığı bir davadır. (UMUR, **Lügat**, s. 44).

<sup>357</sup> *Novatio*, borcu yenileme durumudur. Bir borcu sona erdirerek, yerine yeni bir borç meydana getirme durumudur. (UMUR, **Lügat**, s. 140).

<sup>358</sup> EMİROĞLU Haluk, Roma Hukuku'nda Eksik Borç (*Obligatio Naturalis*) Olarak Doğan Borçlar, **AÜHFD**, 2002, C. 51, S. 4, (Eksik Borç), s. 74.

<sup>359</sup> *Senatus Consultum Macedonianum*, aile evlatlarına karz olarak para verilmesini yasaklayan bir *senatus* kararıdır. (UMUR, **Lügat**, s. 190).

<sup>360</sup> EMİROĞLU, **Eksik Borç**, s. 74.

gerektirir. Bir diğ er ifade ile ibra alacaklının alacağından vazgeçerek borçluyu borcundan kurtardığı bir sözleşmedir. İbra Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemesine rağmen borcu sona erdiren bir sebep olarak kabul edilmektedir<sup>361</sup>.

Aynı haklarda ve yenilik doğuran haklarda hak sahibi tek taraflı olarak hakkından vazgeçebilirken, alacak hakkında iki tarafın rızası gerekmektedir. Genelde, borçlunun bu yöndeki irade beyanı zımni olarak gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, alacaklının beyanını uygun bir süre içinde reddetmeyen borçlu onay vermiş kabul edilir ve ibra sözleşmesi kurulmuş olur. İbra alacaklının alacak hakkını ortadan kaldıran bir işlemdir. Dolayısıyla borç doğuran bir sözleşme değil bir tasarruf işlemidir. Geçerli bir ibra olabilmesi için alacaklının alacağı üzerinde tasarruf yetkisi bulunmalıdır<sup>362</sup>. İbranın şekline ilişkin genel görüş ise geçerlilik yönünden hiçbir şekle bağlı olmayacağı yönündedir. Ancak bir kısım yazarlar BK. m. 12'de düzenlenen "kanunen yazılı olması gereken bir akdin değiştirilmesi de yazılı olarak yapılmalıdır" kuralının ibra sözleşmesine de uygulanması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar<sup>363</sup>.

İbra kurumunun tarihi gelişimi incelendiğinde temelinin Roma Hukuku'na dayandığı görülmektedir. Roma Hukuku'nda ibra (*acceptilato*) alacağı ortadan kaldırmak için alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir anlaşma olarak tanımlanır. Alacaklı ve borçlu borcun ödenmeyeceği konusunda anlaşmış oldukları takdirde borç hukuken (*ipso iure*) sona erecektir. Bu kapsamda ibra borçlunun rızası ile alacaklının alacağından feragat etmesidir. Bu şekilde borç ilişkisinin sona erdirilmesi için alacaklının fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Yani Roma Hukuku'nda *puberes minores* olarak ifade edilen 14–25 yaş arası ergen küçükler ibra işlemi yapamaz ancak yararlanabilirlerdi. Roma Hukuku'nda ibra iki taraflı bir hukuki işlemdi. Ancak günümüzden farklı olarak sıkı şekil şartlarına bağlı kılınmıştı. Hayali bir ifa olarak kabul edilerek sözlü şekilde *stipulatio* ile yapılırdı. Borçlu "sana vaat ettiğimi kabul

---

<sup>361</sup> ÖNEN, s. 229 vd.

<sup>362</sup> REİSOĞLU, s. 325.

<sup>363</sup> REİSOĞLU, s. 326.

ediyor musun?” diye sorar, alacaklı da “aldığımı kabul ediyorum” diye bu soruyu yanıtlardı<sup>364</sup>.

Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde sadece *stipulatio*'dan doğan borçlar bu şekilde ibra edilebilirken, Cumhuriyet Dönemi'nin son yıllarından itibaren her çeşit borcun bu yol ile ibra edilebilmesi mümkün kılınmıştır. Bu durumda borçlar yenileme (*novatio*) ile *stipulatio* borcu haline getirilir, sonrada *acceptilatio* ile ibra edilir ve sona ererdi<sup>365</sup>. Zamanla hukuki işlemlerde irade unsuru ağır basmış ve katı şekil kuralları değişmiştir. Dolayısıyla *acceptilatio* kendine özgü olan bu sınırları aşmıştır<sup>366</sup>. *Acceptilatio* borcu hukuken sona erdirirdi. Roma Hukuku'nda ayrıca düzenlenmiş olan def'i yoluyla (*ope exceptionis*) borcun sona erme sebepleri arasında *pactum de non petendo* (borcun istenmeyeceği anlaşması) *acceptilatio*'ya benzer bir kurumdu.

Günümüz hukukunda bulunan davadan feragat ve erteleme sözleşmesinin temelini oluşturan bir anlaşma türü olan *pactum de non petendo* alacaklının alacağını talep etmeyeceğine dair bir taahhüt niteliğindedir. *Pactum de non petendo in perpetuum* (davadan feragat) ve *pactum de non petendo in tempus* (erteleme anlaşması) olarak iki şekilde uygulanmaktaydı<sup>367</sup>.

*Pactum de non petendo in perpetuum* da alacaklının taahhüdü alacağını talep etmeyeceği yönündedir. Burada tarafların alacağın dava edilmeyeceği hususunda anlaşmaktadırlar. *Pactum de non petendo in tempus* ise, borcun ifasının ertelenmesi durumudur. Buradaki taahhüt, alacaklının alacağını belli bir süre talep etmeyeceği yönündedir. Bu taahhüdün geçerli olabilmesi, bir diğer ifadeyle hukuken değer kazanabilmesi için alacaklı ve borçlu arasında bir anlaşma yapılması gerekmektedir<sup>368</sup>.

Doktrinde *pactum de non petendo* ve ibra arasındaki ilişki konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre, davadan feragati ifade eden *pactum de non*

<sup>364</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 95 vd.

<sup>365</sup> RADO, s.232.

<sup>366</sup> DI MARZO Salvatore, **Roma Hukuku**, (Çev. UMUR Ziya), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul–1954, s. 346.

<sup>367</sup> TURANBOY K. Nuri, **İbra Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara–1998, s. 30.

<sup>368</sup> TURANBOY, s. 31.

*petendo in perpetuum* ve ertelemeyi ifade eden *pactum de non petendo in tempus* ibra değildir. Çünkü ibra borcu sona erdirirken, alacağı talep etmeme taahhüdü borç ilişkisini sona erdirmez. Borcun ifasına ilişkin açılan davalarda anlaşma def'ine yol açar. İkinci görüşe göre, *pactum de non petendo* ibradan farklı bir kurum olmamakla birlikte, ibra anlaşmasının bir türü olarak kabul edilir<sup>369</sup>.

*Pactum de non petendo'* nun etkisi def'i şeklinde olmasına rağmen sadece haksız fiilden doğan borçları sona erdirmeye etkilidir. Daha öncede belirtildiği gibi diğer borçlar borçlunun alacaklının açacağı davaya karşı ileriye sürebileceği *exceptio pacti conventi* (*exceptio de non petendo*) olarak isimlendirilen bir def'i ile *ope exceptionis* olarak ortadan kaldırılırdı. Zaten ana kural olarak anlaşma ile borcun ortadan kaldırılması mümkün değildi (*obligatio pacto convento non tollitur*). Bunun yanında ibra ve *pactum de non petendo* hem taraflar hem de esas borca bağlı feri borçların borçluları için de hüküm ifade ederdi. Dolayısıyla böyle bir durumda kefiller de borçtan kurtulurdu<sup>370</sup>. Borçlunun mirasçıları açıkça belirtilmemişse Klasik Hukuk Dönemi'nde böyle bir def'i ileri süremezlerdi. *Iustinianus* Hukuku Dönemi'nde ise ibra anlaşmasında söylenen sözlere göre yorum yoluyla iki sonuç çıkarıldı. Ya *pactum*'dan doğan def'iyi yalnız borçlu ileri sürebilirdi (*pactum in personam*), ya da borçludan başka mirasçıları ve kefilleri de bu def'iyi ileri sürebilirlerdi. (*pactum in rem*)<sup>371</sup>.

### III. PACTUM VE KARZ SÖZLEŞMESİ (MUTUUM) İLİŞKİSİ

Karz sözleşmesi belli bir miktar para veya misli bir malın, aynı miktar ve türdeki malı geri verme borcu altına giren kimseye verilmesi ile meydana gelen tek taraflı bir dar hukuk sözleşmesidir. Nevi borç doğurması sebebiyle tüketim ödöncüde denmektedir. Dolayısıyla karz olarak verilecek mallar tüketimi mümkün olan mallar olmalıdır<sup>372</sup>. Bu sözleşmenin oluşması için iki unsur gerekir.

- Tarafların rızası (*consensus*)

---

<sup>369</sup> TURANBOY, s. 32.

<sup>370</sup> TAHİROĞLU, *Borçlar*, s. 96.

<sup>371</sup> RADO, s. 233.

<sup>372</sup> ERDOĞMUŞ, *Borçlar*, s. 46.

- Ödünç verilen malın (*res*) mülkiyetinin nakli<sup>373</sup>

İhtiva ettiği bu iki unsur sebebiyle karz aynı sözleşmedir. Bu sebeple sözleşmenin oluşması için ödünç konusunun borçluya teslim edilmesi gerekecektir. Eğer alacaklı ile borçlu ödünçün verileceğine dair bir sözleşme yaparlarsa bu Roma Hukuku'na göre ödünç sözleşmesi olarak sayılmayacaktır. Böyle bir hukuki işlem ödünçün verileceğine dair yapılan ve borç doğurmayan bir anlaşma olarak kabul edilir (*pactum de mutuo dando*)<sup>374</sup>. Böyle bir vaadden borçlandırma sonucunun çıkabilmesi için bunun mutlaka ayrı bir sözleşme ve bir *stipulatio* şeklinde yapılması gerekir. Bir diğer ifade ile karz sözleşmesine bağlı olarak yapılan ek anlaşmaların borç doğurması için ayrı bir sözleşme olarak yapılması gerekir<sup>375</sup>.

Verilen bu bilgiler Roma Hukuku'nun aynı karz sözleşmesini ifade etmektedir. Günümüz hukukunda karz sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'nun bu konuda yaptığı düzenleme farklılık göstermektedir. BK md. 306'ya göre, ödünç veren bir miktar para veya misli bir malın mülkiyetini ödünç alana devreder. Buna karşı ödünç alan da miktar ve nitelikte eşit aynı neviden malları geri vermekle yükümlü olur. Diğer yandan Türk Borçlar Kanunu'na göre anlaşma gereği hem ödünç alan hem de ödünç veren borçlu duruma girmektedir. Roma Hukuku'nda ise karz sözleşmesinin oluşabilmesi için ödünç veren tarafın malın mülkiyetini devretmesi gerekmektedir. Bu bağlamda yalnız ödünç alan iade borcu altına girerdi<sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 149.

<sup>374</sup> RADO, s. 67.

<sup>375</sup> RADO, s. 67 vd.

<sup>376</sup> TAHİROĞLU, **Borçlar**, s. 148 vd.



#### **IV. PACTUM VE ARIYET SÖZLEŞMESİ (COMMODATUM) İLİŞKİSİ**

Ariyet sözleşmesi ile ariyet alan ariyet verenden birşeyin ücretsiz olarak kullanılmasını elde etmekte ve aldığı şeyi kullandıktan sonra iade etmekle mükelleftir. Bu sebeple ariyet eksik iki taraflı bir sözleşmedir<sup>377</sup>.

Ariyet sözleşmesi de aynı bir sözleşme olduğu için ancak verilen şeyin teslimi ile tamamlanır. Dolayısıyla ariyet alan o an itibariyle borç altına girmektedir. Tarafların anlaşmış olmasına rağmen, ariyete konu olan şey henüz verilmemişse sözleşme kurulmuş olmaz. Bu çerçevede söz konusu hukuki işlem sadece ariyetin verileceğine dair şekilsiz bir anlaşmadır. Günümüz hukukunda ise diğer tüm sözleşmeler gibi ariyet de yalnızca tarafların rızası ile meydana gelir. Ariyet sözleşmesi aynı bir sözleşme olmasının yanı sıra bir iyiniyet sözleşmesidir. Bunun bir sonucu olarak da iyiniyet gereği ifası gereken şeyler ariyet sözleşmesine bağlı olarak yapılan şekilsiz anlaşmaların (*pactum*'lar) kapsamı dahilinde oldukları için ariyet davalarında dikkate alınırlardı<sup>378</sup>.

#### **V. PACTUM VE VEDIA SÖZLEŞMESİ (DEPOSITUM) İLİŞKİSİ**

Vedia, bir kimsenin kendisine ait taşınır bir malı, ücretsiz olarak muhafaza etmesi ve istendiği zaman geri vermesi amacıyla, güvenilir bir kimseye emanet etmesinden doğan bir hukuki işlemdir<sup>379</sup>.

Vedia işlemi ilk zamanlarda bir *pactum* olarak kabul edilmiştir. Bu dönemde *Ius Civile*'ye göre, *pactum*'ların borç doğurucu özelliği olmaması sebebiyle, sözleşmesel bir hukuki korunmadan yoksun kaldığı görülmektedir. Daha sonraki aşamalarda ise *praetor*'lar tarafından hukuki koruma imkanı tanınmış ve bir sözleşme olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bu gelişmelerin bir sonucu olarakta, vedia işlemi Roma

---

<sup>377</sup> RADO, s. 74.

<sup>378</sup> RADO, s. 75 vd.

<sup>379</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, **Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)**, Yetkin Yayınları, Ankara-2002 (Vedia), s. 27 vd.

Hukuku sözleşmeler sistemi içerisinde yer alarak, aynı sözleşmeler grubuna dahil olmuştur<sup>380</sup>.

Vedia sözleşmesi Roma Hukuku'na göre ücretsiz bir sözleşmedir. Ücret alındığı takdirde rızai bir sözleşme söz konusu olacaktır. Bunun yanında vedia sözleşmesi *consensus+res* formülüne göre meydana gelir. Vedia veren malın maliki veya zilyedi olabilir. Ama her iki durumda da vedia alan *detentor*<sup>381</sup> olmaktadır. *Detentor*'un malı kullanma hakkı bulunmama ile birlikte kullandığı takdirde kullanma hırsızlığı suçu oluşurdu<sup>382</sup>. *Detentor* aldığı malı zarar görmemiş halde iade etmekle yükümlüydü. Bu bakımdan bir parça borcu oluşurdu. Eğer iade yükümlülüğünü yerine getirmezse aldığı şeyin değerinin iki mislini ödemeye mecbur olurdu<sup>383</sup>.

Vedia alan aldığı şeyi telef olması sebebiyle iade edemiyor veya zarar görmüş bir şekilde iade edebiliyorsa, Eski ve Klasik Hukuk Dönemi'nde kasıt varsa sorumlu tutulabilirken, *Iustinianus* Hukuku Dönemi'nde ise ağır ihmalden de sorumlu tutulabiliyordu. Ancak taraflar isterlerse vedia sözleşmesi ile beraber ek bir anlaşma (*pactum*) yaparak *detentor*'un hafif ihmallerinden de sorumlu tutulacağını kararlaştırabilirlerdi. Ayrıca vedia alan, vediayi kabul edeceğine dair bir vaade bulunduğu takdirde, bu vaat *pactum* olarak kabul edilirdi<sup>384</sup>.

## VI. PACTUM VE STIPULATIO İLİŞKİSİ

*Stipulatio*, sözlü sözleşmeler grubuna giren ve uygulama alanı çok geniş olan bir sözleşme tipidir. Cihaz vaadi (*dotis dictio*) ve azatlıların efendilerine karşı hizmet edeceklerine dair yeminleri (*promissio iurata liberti*) gibi diğer sözlü sözleşmelerin önemi çok daha azdır. *Iustinianus* Hukuku Dönemi'nde *stipulatio* tek sözlü sözleşme olarak kabul edilirken, Roma Hukuku'nun son dönemlerinde katı şekilci yapısında da değişiklikler olmuştur. *Stipulatio* ile yapılan sözleşmeler bir tarafın sorusu ve diğer

<sup>380</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, *Vedia*, s. 34.

<sup>381</sup> *Detentor*, Roma Hukuku'nda, zilyet (*possessor*) olma niyeti bulunmaksızın bir malı hakimiyetinde bulduran kişilerdir. Ariyet alan ve vedia alan kişiler *detentor* olarak nitelendirilmekteydi. (UMUR, *Lügat*, s. 57).

<sup>382</sup> ERDOĞMUŞ, *Borçlar*, s. 55.

<sup>383</sup> RADO, s. 81.

<sup>384</sup> RADO, s. 81 vd.

tarafın cevabı ile meydana gelmekteydi. Diğer sözlü sözleşmelerde tek taraflı bir sözlü irade beyanı yeterli olmaktadır<sup>385</sup>.

*Stipulatio*, tarafların sözlü soru ve cevabıyla meydana gelmekteydi. Soruyu soran taraf *stipulator*, cevap veren taraf ise *promissor* olarak isimlendirilirdi. *Stipulatio* ile yapılan her vaat, hukuken bir borç oluşturabiliyordu. Romalılar *stipulatio*'yu bir tür yemin olarak görürlerdi. Ancak şekline uygun olarak yapılırsa bir hüküm ifade ederdi. *Stipulator*'un sorduğu soruya, *promissor* derhal cevap vermeli ve soru ile cevabın içeriği birbirine uygun olmalıydı<sup>386</sup>. Tarafların birbirini duyması, konuşması ve kelimeleri tam olarak idrak etmesi önemli unsurlar olduğundan, sağır, dilsiz, akıl hastası olanlar ve çocuklar bu sözleşmeyi yapamazdı<sup>387</sup>.

#### ***Iust., Ins. 3, 15, 1 – 4.***

*“In hac re olim talia verba tradita fuerunt: «Spondes? Spondeo, promittis? Promitto, fidepromittis? Fidepromitto fideiubes? fideiubeo, dabis? Dabo, facies? Faciam.» Utrum autem Latina an Graeca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum huius linguae habeat: Nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere: quin etiam duo Graeci Latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio lata est, quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est”.*

*“Eskiden bu mevzuda şu kelimeler kullanılırdı: Spondes? (taahhüt ediyor musun?), spondeo (taahhüt ediyorum); promittis?=(vaat ediyor musun?), promitto (vaat ediyorum); fidepromittis? (şerefine üzerine vaat*

<sup>385</sup> RADO, s. 62 vd.

<sup>386</sup> BERKİ, **Roma Hukuku**, s. 275 vd.

<sup>387</sup> ERDOĞMUŞ, **Borçlar**, s. 59.

*ediyor musun?), fidepromitto (şerefim üzerine vaat ediyorum); fideiubes? (şerefim üzerine temin ediyor musun?), fideiubeo (şerefim üzerine temin ediyorum); dabis? (verecek misin?), dabo (vereceğim?); facies? (yapacak mısınız?), faciam (yapacağım). Stipulationun Latince, Yunanca veya başka bir lisanla yapılmış olması ehemmiyeti haiz değildir, yeter ki, stipulatio yapanların her ikisi de, bu lisanı anlasınlar: Her ikisinin aynı lisanı kullanmaları bile lazım gelmez, cevabın usule uygun olması kafidir: Hatta iki Yunanlı Latince lisanı ile borç münasebeti aktedebilirler. Esasen böyle şekle uygun sözler eskiden kullanılırdı: Sonraları, Leo'nun bir emirnamesi neşredildi; bu emirname, söz şekilciliğini lağvederek, sadece her iki tarafın, hangi sözlerle ifade edilmiş olursa olsun, mana ve niyetlerinin anlaşılması kafi geldiğini kabul etmektedir<sup>388</sup>.*

*Stipulatio*, bu sözleşmeyi yapan taraflar arasında borç meydana getirmekle birlikte, bu işlemle başkasının fiilini taahhüt etme imkânı bulunmuyordu. Ayrıca *stipulatio*'nun, kesin hukuk işlemi (*stricti juris*) olması sebebiyle, ifanın eksiksiz olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. İfanın tam ve gereği gibi yapılmadığı durumlarda, başka bir deyişle, ifanın *stipulatio*'nun metnine uygun olmadığı durumlarda, borçlu (*promissor*) tazminat ödemekle yükümlü kılınmıştı<sup>389</sup>.

Belirtildiği gibi, *stipulatio*'nun geniş bir uygulama alanı bulunmaktaydı. Bunlardan en önemlisi, *Ius Civile* tarafından borç doğurucu olarak kabul edilmeyen anlaşmalar, *stipulatio* şeklinde yapıldıkları takdirde geçerli bir borç meydana getiriyorlardı. Örneğin, bir karz veya ariyetin verileceğine ya da vediaanın kabul edileceğine dair vaatler *pactum*'la yapıldıklarından, dava hakkı da doğurmamaktaydılar. Bazı *pactum*'ların borç doğurması isteniyorsa *stipulatio* şeklinde yapılması gerekirdi. *Iustinianus* Hukuku Dönemi'nde borçlandırıcı bir işlem olarak kabul edilen bağışlama vaadi, Klasik Hukuk Dönemi'nde *stipulatio* şeklinde yapıldığı zaman borçlandırıcı bir hukuki işlem niteliği kazanırdı. Bunun yanı sıra,

---

<sup>388</sup> *IUSTINIANUS*, s. 244 vd.

<sup>389</sup> OĞUZOĞLU, s. 225.

kumar ve bahis borçları da *stipulatio* ile yapıldıkları takdirde dava ile takip edilebilmeleri mümkün hale gelirdi<sup>390</sup>.

Günümüz hukukuna bakıldığında bağışlama vaadine yazılı şekil şartı getirilerek, Roma Hukuku'ndakine benzer olarak şekil açısından bir sınırlama getirildiği görülmektedir. Kumar ve bahis borçları açısından ise, günümüz hukukunda dava ile takibinin mümkün olmadığı kabul edilerek, farklı bir düzenleme getirilmiştir<sup>391</sup>.

***Iust., Ins. 3, 15, 5 – 3, 16 pr.***

*“Omnis stipulatio aut pure aut in diem aut sub condicione fit. Pure veluti «quinque aureos dare spondes?» idque confestim peti potest. In diem, cum adiecto die quo pecunia solvatur stipulatio fit: veluti «decem aureos primis kalendis martiis dare spondes?» Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest: ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam praetereat. At si ita stipuleris «decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?», et pure facta obligatio intellegitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest. Sed heres petendo pacti exceptione submovebitur. Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti «si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes?» Si quis ita stipuletur «si in capitolium non ascendero, dare spondes?», perinde erit, ac si stipulatus esset cum morietur dari sibi. Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit. Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti «Carthagine dare*

---

<sup>390</sup> RADO, s. 100 vd.

<sup>391</sup> RADO, s. 101.

*spondes?» quae stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus iniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam. Et ideo si quis ita Romae stipuletur «hodie Carthagine dare spondes?», inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio. Condiciones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem aut omnino non differunt: veluti «si Titius consul fuit» vel «si Maevius vivit dare Spondes?». Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.»*

*“Her stipulatio, ya kayıtsız şartsız (pure), ya vadeli, veya şartlı olur. Kayıtsız şartsız olarak, mesela: «beş altın vermeyi taahhüt ediyor musun?»; bu takdirde derhal talepte bulunulabilir. İfa için gün tespit ederek yapılan stipulatio vadeli, mesela: «martın ilk gününde bana on altın vermeyi taahhüt ediyor musun?», şeklinde olur. Vade ile taahhüt ettirdiğimiz, bize derhal borçlanılmış olur, fakat vade gelmeden alacak talep edilemez: hatta stipulatioda gösterilen gün içinde de talepte bulunulamaz, zira o günü, tediyede bulunacak olan borçluya bırakmak icap eder. Filhakika, vaat edilen günde tediyeinin yapılmamış olduğundan, o gün tamamen geçmeden, emin olunulamaz. Şu şekilde bir stipulatio yaparsan: «yaşadığım müddetçe, her sene on vermeyi taahhüt ediyor musun?», borcun kayıtsız şartsız(pure), ve devamlı (perpetua) olduğu anlaşılır, zira muayyen bir zaman boyunca borçlanmış olmak kabul edilemez; fakat mirasçı bir talepte bulunacak olursa, ona karşı bir anlaşma defii (exceptio pacti) ileri sürülecektir. Stipulationun hükmü, bir hadisenin vukuuna veya ademi vukuuna tabi olacak şekilde, herhangi belirsiz bir hadiseye bağlanırsa, şartlı bir stipulatio vardır; mesela «eğer Titius consul olacak olursa, beş altın vermeyi taahhüt ediyor musun?». Eğer bir kimse şöyle bir stipulatio yapsa: «Capitolium’a çıkmazsam vermeyi taahhüt ediyor musun?», taahhüt edilen şey, kendisine, ölümünde verilecekmiş gibi stipulatio yapmış olur. Şartlı stipulatiodan sadece, bir borç münasebeti ümidi*

*doğar ve stipulatio yapan bu ümidi, kendisi şartın tahakkukundan evvel ölürse mirasçılara intikal ettirir. Stipulatioda, yeri belli etmek adettir: Mesela, «Kartaca'da vermeyi taahhüt ediyor musun?». Her ne kadar bu stipulatio kayıtsız şartsız yapılmış kabul edilse de, taahhüt edenin, parayı Kartaca'da tediye etmesi için, halin icabına göre, gerekli bir vadesi vardır. Binaenaleyh şayet bir kimse, Roma'da, şöyle bir stipulatio yapsa: «bugün Kartaca'da vermeyi taahhüt ediyor musun?», bu stipulatio hükümsüzdür, zira vaat edilen şey imkansızdır. Geçmişe veya hale taalluk eden şartlar, ya borcu derhal iptal ederler, veya hiçbir suretle geciktirmezler; mesela: «Titius consul oldu ise», veya «Maevius yaşıyorsa, vermeyi taahhüt ediyor musun?». Zira, eğer bunlar doğru değilse, stipulatio batıldır; eğer doğru iseler, stipulatio derhal muteberdir. Filhakika mahiyetleri icabı belli olan şeyler, bizce belirli olmasalar bile, borcu talik etmezler<sup>392</sup>.»*

---

<sup>392</sup> IUSTINIANUS, s. 245 vd.

## SONUÇ

Roma Borçlar Hukuku ve Sözleşmeler Hukuku'nda önemli bir yeri olan *pactum*'lar tezin konusunu oluşturmaktadır. *Pactum*'lar sözleşmelerden farklı bir kurumdur ve günümüz hukuku'nda *pactum*'ları karşılayacak bir hukuki kurum bulunmamaktadır. *Pactum*'ların varlığı Roma Hukuku sözleşmeler sistemindeki yetersizlikten kaynaklanmaktadır. *Ius Civile*'de sadece belirli sözleşme tipleri düzenlenmiştir. Burada belirtilen sözleşmeler dışında tarafların sözleşme yapma imkanı bulunmamaktaydı. Bu konuların dışında bir hukuki işlem yapılmak istendiği zaman, taraflar ancak şekilsiz anlaşmalar (*pactum*) yapma yoluna gidebiliyorlardı. Roma Hukuku'nda, *pactum*'lar hukuki anlamda borç doğurmamakta ve dava hakkı da bulunmamaktaydı. Bu sakıncaları gidermek ve *pactum*'lara yeni bir hukuki nitelik kazandırmak için düzenlemeler yapılmıştır.

*Praetor*'lar ve sözleşmeler konusundaki düzenlemeleri esas alınan *Ius Civile* *pactum*'ların gelişiminde çok etkili olmuştur. İlk olarak *Ius Civile*'de bazı ek anlaşmalara dava hakkı tanıyan değişikliklere gidilmiştir. Bu anlaşmalar, iyiniyet davası doğuran sözleşmelere eklenmekte ve içeriği de o sözleşmenin davası ile takip edilebilmekteydi. Eğer anlaşma, sözleşmeye sonradan eklenmişse def'i olarak ileri sürülebiliyordu. Ek anlaşmalara, genellikle alım satım sözleşmelerinde rastlanmaktadır.

Bu gelişmenin ardından *praetor*'lar tarafından bazı *pactum*'lara dava hakkı tanınmıştır. *Praetor*'lar *pactum*'lar ile *contractus*'ları eşit duruma getirmeyi amaçlamışlardır. Böylece, *constitutum debiti*, *receptum arbitrii*, *receptum-nautarum-cauponum-stabulariorum* ve *receptum argentarii* gibi *pactum*'la yapılan hukuki işlemlere sözleşme niteliği kazandırılmıştır. Sonrasında, imparatorlar tarafından bazı *pactum*'lara hukuki koruma imkanı sağlanmıştır. Bu *pactum*'lar *compromissum*, *dos* ve *donatio* konularına ilişkindir.

Tüm bu gelişmelerin sonucunda Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde hukuki işlemler arasında sözleşmelerden ayrı bir kurum olan ve sözleşmelerle birlikte hukuki



işlemlerin ikinci bir ayrımını oluşturan *pactum*'lar, sonraki dönemlerde rızai sözleşmeler grubuna eklenerek, Roma Hukuku sözleşmeler sistemine dahil olmuşlardır.

Bu *pactum*'ların yanı sıra Roma Hukuku'nda terimsel benzerlik taşıyan *pactum de non petendo* adını taşıyan başka bir anlaşma türü daha bulunmaktadır. Roma Hukuku incelemelerinde *pactum* sistematigi içerisinde ele alınmayan *pactum de non petendo* alacaklının alacağını talep etmeyeceğine dair bir taahhüt niteliğindedir. *Pactum de non petendo in perpetuum* (davadan feragat) ve *pactum de non petendo in tempus* (erteleme anlaşması) olarak iki şekilde uygulanmaktaydı. Bu anlaşmaların niteliği ve işlevselliğinden yola çıkarak, günümüz hukukunda bulunan davadan feragat ve erteleme sözleşmesinin temelini oluşturduğu sonucuna varılmaktadır.

Borç doğurmama ve dava hakkı bulunmama gibi niteliklere sahip bulunan *pactum*'lar bu yönüyle eksik borçlarla benzerlik göstermektedir. Eksik borç ve *pactum* karşılaştırılması yapıldığında benzerlik, iki kurumun da dava ile takip edilememesidir. Aralarındaki farklılık ise, *pactum*'lar hukuki anlamda bir borç doğurmazken, eksik borçlarda borç geçerli olarak doğmasına karşın, ifa edilebilir fakat dava edilemez durumdadır.

Karz ve ariyet sözleşmelerinde bu sözleşmelerin esaslı unsurları arasında yer alan sözleşmenin konusunun tesliminin yapılmadığı ve bu edimin yerine getirileceğine dair bir hukuki işlemin yapıldığı durumlarda, bu işlemin bir sözleşme olarak kabul edilmediği görülmektedir. Roma Hukuku'nda böyle bir işlem anlaşma (*pactum*) olarak kabul edilmiştir.

Vedia sözleşmelerinin de *pactum*'la sorumluluktan kaynaklanan, vediayi kabul konusunda ve vedia işleminin tarihi gelişimiyle ilgili olarak bir ilişkisi bulunmaktadır. Vedia alan aldığı şeyi telef olması sebebiyle iade edemiyor veya zarar görmüş bir şekilde iade edebiliyorsa, Eski Hukuk Dönemi ve Klasik Hukuk Dönemi'nde kasıt varsa sorumlu tutulabilirken, *Iustinianus* Dönemi'nde ise ağır ihmalinden de sorumlu

tutulabiliyordu. Ancak, taraflar isterlerse vedia sözleşmesi ile beraber ek bir anlaşma (*pactum*) yaparak *detentor*'un hafif ihmallerinden de sorumlu tutulacağını kararlaştırabilirlerdi. Vedia alacak kişinin bu yöndeki vaadi de *pactum* olarak nitelendirilmekteydi. Ayrıca, vedia sözleşmesi olarak kabul edilmesinden önceki dönemlerde yapılan vedia işlemleri *pactum* olarak nitelendirilmiş ve hukuki korumadan yoksun bırakılmıştır.

Geniş bir uygulama alanı bulunan *pactum*'ların, *stipulatio* konusunda da etkisi görülmektedir. Borç doğurucu bir etkisi olmadığı kabul edilen anlaşmalar, *stipulatio* şeklinde yapıldıklarında geçerli bir borç meydana getirebiliyorlardı. Bir diğer ifadeyle, borç doğurması istenen bazı *pactum*'ların *stipulatio* şeklinde yapılması gerekirdi.

Günümüz modern hukuk sistemlerinde *pactum* ve benzeri hukuki kurumlara rastlanmamakla birlikte, *pactum*'lar baştan beri Roma Borçlar Hukuku içerisinde yer almıştır. Borçlar Hukuku sistemimizin ve sözleşmelerin daha iyi anlaşılabilmesi için böyle bir çalışmanın yapılmasının gerekliliği ortadadır. Bu tezde de bu amaç esas alınarak konu değerlendirilmiştir.

## KAYNAKÇA

AKINCI Şahin: **Roma Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş İkinci Baskı, Nobel Yayınevi, Konya–2003.

AKINCI Şahin/SAVAŞ Abdurrahman: **Roma Hukuku Pratik Çalışmalar**, Sayram Yayınları, Konya–2007.

AKINTÜRK Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yargı Yayınevi, Ankara–1999.

AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul–1993.

ARAL Fahrettin: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara–2003.

ARDIÇ Oğuzhan/ERSOL Emel: **Borçlar Hukuku**, Agon Yayınevi, Ankara–2006.

AYAN Mehmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza Yayınevi, Konya–1998.

AYİTER Kudret: **Klasik Roma Hukuku'nda Dosun Tesisi**, AÜHF Yayınları, Ankara–1958 (Dos).

AYİTER Kudret: **Roma Aile Hukuku**, AÜHF Yayınları, Ankara–1963 (Aile).

AYİTER Kudret: Roma Hukuku Kaynakları Ve Yorumları, **Prof. Dr. Akif Erginay'a 65. Yaş Armağanı**, AÜHF Yayınları, Ankara–1981 (Roma Hukuku).

BARROW Reginald H. : **Romalılar**, İz Yayıncılık, İstanbul–2006.

BERKİ Şakir: **Roma Hukuku**, AÜHF Yayınları, Ankara–1949 (Roma Hukuku).

BERKİ Şakir: Roma'da Borcun Kaynakları, **AÜHFD**, 1950, C. VII, S. 3–4 (Borçlar).

CEYLAN Seldağ Güneş: Roma Hukuku'nda Contractus (Sözleşme) ve Pactum (Anlaşma) İlişkisi, **GÜHFD**, 2005, C.IX, S. 1–2.

CROOK J. A. : **Legal Advocacy in The Roman World**, Cornell University Press, New York–1995.

ÇELEBİCAN Özcan Karadeniz: **Roma Eşya Hukuku**, Turhan Kitabevi Ankara–2000 (Eşya).

ÇELEBİCAN Özcan Karadeniz: **Roma Hukuku, Tarihi-Giriş-Kaynaklar-Genel**

**Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması**, AÜHF Yayınları,

Ankara–2000 (Roma Hukuku).

DI MARZO Salvatore: **Roma Hukuku**, (Çev. UMUR, Ziya), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul–1954.

EMİROĞLU Haluk: Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu, **AÜHFD**, 2002, C. 51, S. 3, (Corpus Iuris Civilis).

EMİROĞLU Haluk: Roma Hukuku'nda Eksik Borç ( Obligatio Naturalis) Olarak Doğan Borçlar, **AÜHFD**, 2002, C. 51, S. 4, (Eksik Borç).

ERDOĞMUŞ Belgin: **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul–2005 (Borçlar).

ERDOĞMUŞ Belgin: **Roma Eşya Hukuku**, Der yayınları, İstanbul–2003 (Eşya).

EREN Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul–1998.

ERİŞGİN Özlem Söğütlü: **Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri**

**(Quasi Delicta)**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara–2000.

ERZURUMLUOĞLU Erzan: **Borçların Genel Kuralları**, GÜİBF Yayınları,

Ankara–1983.

GAIUS: **Institutiones, Borçlar Kısmı**, (Çev. RADO Türkan), Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul–1953.

GAIUS: **The Institutes of Gaius**, Translated with an Introduction by W.M. Gordon/ O. F. Robinson, Duckworth Press, London–1997.

GEORGESCO A. : **Roma Hukuku Ve Modern Dünya Düşüncesi**,

(Çev. TAHİROĞLU Bülent), İÜHFM, 1976, C. 1–4; Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, 1977, Özel Sayı.

GÖKÇE Mengü: **Roma Hukukunda Hile (Dolus)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara–2003.

GÖNENÇ Fulya İlçin: **Roma Hukuku'nda Şirket Akti 'Societas'** , Der Yayınları, İstanbul–2004.

GÜNAL A. Nadi/KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan: **Çağdaş Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku Pratik Çalışmaları**, Yetkin Yayınları, Ankara–1998.

GÜRTEN Kadir: **Roma Hukuku'nda Kefalet Akdi**, Adalet Yayınevi, Ankara–2007.

HONIG Richard: **Roma Hukuku Dersleri**, (Çev. TALİP Şemseddin), Ahmet İhsan Matbaası, İstanbul–1935.

IUSTINIANUS: **Institutiones**, (Çev. UMUR Ziya), İÜHF Yayınları, İstanbul–1968.

JUSTINIAN: **Justinian's Institutes**, Translated with an Introduction by Peter Birks and Grant McLeod with the Latin text of Paul Krueger, Cornell University Press, New York–1993.

KALKAN Recep: **Roma Hukukundaki Haksız Fiil Benzerleri İle Türk Hukukundaki Objektif Sorumluluk Hallerinin Karşılaştırması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara–2001.

KARADENİZ Özcan: **Klasik Roma Hukuku'nda Constitutum Debiti**,  
AÜHF Yayınları, Ankara–1968.

KILIÇOĞLU M. Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi,  
Ankara–2001.

KOSCHAKER Paul: **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Olgaç Matbaası, Ankara–1983.

KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder: **Medeni Usul Hukuku**,  
Yetkin Yayınları, Ankara–2001.

KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan: Roma Hukuku'nda Tahkim (Compromissum), **BATİDER**,  
1998, C. XIX, S. 3 (Tahkim).

KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan: **Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)**,  
Yetkin Yayınları, Ankara–2002 (Vedia).

LEE R. W. : **M.Ö. 753'e kadar Roma Hukuku-Tarihi Bir Bakış**,  
(Çev. ALTOP Serpil), Filiz Kitabevi, İstanbul–2002 (Roma Tarihi).

LEE R. W. : **The Elements of Roman Law with a Translation of the Institutes of Justinian**, Sweet&Maxwell Limited, London–1956 (Roman Law).

- LEWIS Andrew./IBBETSON David. : **The Roman Law Tradition**,  
Cambridge University Press, Cambridge–1994.
- OĞUZMAN Kemal/ÖZ M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi,  
İstanbul–2000.
- OĞUZOĞLU H. Cahit: **Roma Hukuku**, Yeni Desen Matbaası, Ankara–1949.
- ÖNEN Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yargı Yayınevi, Ankara–1999.
- RADO Türkan: **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi,  
İstanbul–2004.
- REİSOĞLU Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul–2000.
- SALTIK Veli: **Hulasalar Medeni Kanun Hükümleri Hakkında Borçlar**,  
Köyhocası Matbaası, Ankara–1934.
- SCHULZ F. : Roma Hukuku'nun Bir Prensibi Emniyet, (Çev. ERDOĞMUŞ Belgin),  
**İÜHF**, 1976, C. 1–4; Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, 1977, Özel  
Sayı.
- SCHWARZ Andreas B. : **Roma Hukuku Dersleri**, Doğan Kardeş Yayınları,  
İstanbul–1956.
- SEVİG Raşid Vasfi: **Roma Hukuku-Tarihçe ve Institution**, Recep Ulusoğlu  
Basımevi, Ankara–1939.
- TAHİROĞLU Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul–2005 (Borçlar).
- TAHİROĞLU Bülent/ERDOĞMUŞ Belgin: **Roma Hukuku Meseleleri**, Der Yayınları,  
İstanbul–2003 (Meseleler).
- TAHİROĞLU Bülent/ERDOĞMUŞ Belgin: **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-  
Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul–2005  
(Roma Hukuku).
- TAHİROĞLU Bülent/ERDOĞMUŞ Belgin: **Roma Usul Hukuku**, Der Yayınları,  
İstanbul–1997 (Usul).
- TANDOĞAN Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I, Evrim Yayınevi,  
İstanbul–1990.

- TAŞKIN Alim: **Hakem Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara–2005.
- TUNÇOMAĞ Kenan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İÜHF Yayınları, 1. Cilt, İstanbul–1969.
- TURANBOY K. Nuri: **İbra Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara–1998.
- UMUR Ziya: **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul–1975 (Lügat).
- UMUR Ziya: **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi**, İstanbul–1984 (Tarihi Giriş).
- UMUR Ziya: **Roma Hukuku Ders Notları**, Beta Yayınevi, İstanbul–1990 (Ders Notları).
- UYGUR Turgut: **Borçlar Kanunu**, C. 4, Adalet Matbaacılık, Ankara- 1990.
- VILLEY Michel: **Roma Hukuku Güncelliği**, (Çev. TAHİROĞLU Bülent), Der Yayınları, İstanbul–2003.
- von TUHR Andreas: **Borçlar Hukuku**, (Çev. EDEGE Cevat), Yeni Matbaa, Ankara–1983.
- YAVUZ Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayınevi, Ankara–2002.
- YILMAZ, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara–2001.
- ZEVKLİLER Aydın: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Seçkin Yayınevi, Ankara–2002.
- ZEVKLİLER Aydın/ACABEY M. Beşir/GÖKYAYLA K. Emre: **Medeni Hukuk**, Seçkin Yayınevi, Ankara–2000.
- ZIMMERMANN Reinhard: **The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, Cape Town–1992.

## **ÖZGEÇMİŞ**

Bengi Sermet Sayın, 1983 yılında Ankara'da doğdu. İlköğretimini ve Liseyi Ankara'nın çeşitli okullarında tamamladı. 2005 yılında Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden, fakülte üçüncüsü olarak lisans derecesi aldı. Mezuniyeti takiben Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı'nda Araştırma Görevlisi oldu. 2008 yılında Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nden Yüksek Lisans derecesi aldı.