

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK
ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULU (*STIPULATIO POENAE*)

Doktora Tezi

Nilgün DİNÇER ARAZ

Ankara-2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK
ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULU (*STIPULATIO POENAE*)

Doktora Tezi

Nilgün DİNÇER ARAZ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU

Ankara-2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

Nilgün Dinçer Araz

ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULU (*STIPULATIO POENAE*)

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmza

.....	
.....	
.....	
.....	
.....	

Tez Sınavı Tarihi:.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KAYNAKÇA	X
KISALTMALAR	XXXIV
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA *STIPULATIO POENAE* (CEZA KOŞULU) KAVRAMI, TÜRLERİ VE İŞLEVLERİ

I. ROMA HUKUKUNDA <i>POENA</i> KAVRAMI.....	6
A. <i>POENA</i> KAVRAMININ CEZA KOŞULU (<i>STIPULATIO POENAE</i>) ANLAMINDA KULLANILMASI.....	6
1. Kavram.....	6
2. Terminoloji.....	10
3. Hukuki Nitelik.....	13
B. <i>POENA</i> KAVRAMININ ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULU (<i>STIPULATIO POENAE</i>) DIŞINDAKİ KULLANIMLARI	17
1. Kamu Suçları veya Özel Suçlar Nedeniyle Mahkum Olunan Ceza Anlamında Kullanımı	18
2. Vasiyetname İçerisindeki Cezai Hükümler Anlamında Kullanımı (<i>Poenae Nomine</i>).....	20
3. Yargılama Sürecindeki Cezalar Anlamında Kullanımı	27

II. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN (<i>STIPULATIO POENAE</i>) ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHİ GELİŞİMİ.....	29
A. GENEL OLARAK.....	29
B. <i>STIPULATIO</i> KAVRAMI.....	31
1. <i>Stipulatio</i> 'nun Kökeni Olarak <i>Sponsio</i>	36
2. <i>Sponsio/Stipulatio</i> 'nun İçeriği ve <i>Stipulatio Poenae</i> 'nin Kökeni	37
III. <i>STIPULATIO POENAE</i> 'NİN BAZI HUKUKİ KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ	40
A. <i>STIPULATIO POENAE</i> VE <i>ARRA</i>	40
1. Genel Olarak <i>Arra</i>	40
2. <i>Stipulatio Poenae</i> ve <i>Arra</i> Arasındaki Ayırım.....	43
B. <i>STIPULATIO POENAE</i> VE <i>LEX COMMISSORIA</i>	45
1. Genel Olarak <i>Lex Commissoria</i>	45
2. <i>Stipulatio Poenae</i> ve <i>Lex Commissoria</i> İlişkisi	47
IV. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ.....	48
A. GENEL OLARAK.....	48
B. GERÇEK CEZA KOŞULU	52
1. <i>Stipulatio</i> Aracılığıyla Yapılan Gerçek Ceza Koşulu	52
a. Kavram	52
b. Gerçek Ceza Koşulu Olarak Çifte <i>Stipulatio</i> 'nun (<i>Doppelstipulatio</i> 'nun) Yapısı.....	53
aa. Gerçek Ceza Koşulunda İki Borcun Bulunması	53
bb. Gerçek Ceza Koşulunda İki Borcun Kararlaştırılma Şekilleri	55

aaa. Gerçek Ceza Koşulunda İki Borcun da <i>Stipulatio</i> Aracılığıyla Meydana Gelmesi	55
bbb. İlk Borcun İyiniyet Sözleşmesine veya <i>Ius Honorarium</i> Etkisi Doğuran İşlemlere Dayanması.....	59
2. <i>Pactum</i> Aracılığıyla Kararlaştırılan Gerçek Ceza Koşulu	61
C. BAĞIMSIZ (GERÇEK OLMAYAN) CEZA KOŞULU.....	62
1. Kavram.....	62
2. Bağımsız (Gerçek Olmayan) Ceza Koşulunun Yapısı.....	63
3. Roma Hukukunda Bağımsız (Gerçek Olmayan) Ceza Koşulunun Kullanım Alanları.....	67
V. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN İŞLEVLERİ.....	69
A. İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN KURTARMA İŞLEVİ	70
B. TAZMİN İŞLEVİ.....	73
C. ZORLAMA İŞLEVİ	77
1. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Sonuçlarını Elde Etme Olanağı Olarak <i>Stipulatio Poenae</i>	80
2. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmenin Sonuçlarını Elde Etme Olanağı Olarak <i>Stipulatio Poenae</i>	84

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA *STIPULATIO POENAE*'NİN (CEZA KOŞULUNUN)

UYGULAMA ALANLARI VE MUACCELİYETİ

I. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN KARARLAŞTIRILMASI.....	88
A. EDİMİN YAPMA VEYA YAPMAMA ŞEKLİNDEKİ EYLEME İLİŞKİN OLMASI	88
1. Genel Olarak Roma Hukukunda Edim Türleri	88
a. <i>Dare</i> (Vermek)	88
b. <i>Facere</i> (Yapmak)	89
c. <i>Praestare</i>	90
2. Ceza Koşulunun Bağlandığı Edim Türleri.....	91
B. CEZA KOŞULUNUN KARARLAŞTIRILMA ŞEKLİ.....	93
C. CEZA KOŞULUNUN KONUSU	94
1. Kural Olarak Paranın Kararlaştırılması.....	94
2. İstisnaen Diğer Edimlerin Kararlaştırılması.....	95
II. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN KULLANIM ALANLARI	96
A. GENEL OLARAK.....	96
B. <i>CAUTIO VADIMONIUM SISTI</i>	98
C. <i>COMPROMISSUM</i>	101
D. <i>STIPULATIO DUPLAE</i>	105
E. <i>PECUNIA TRAIECTICIA</i>	109
F. EŞYA HUKUKU ALANINDA <i>STIPULATIO POENAE</i> 'NİN KULLANIMI...	112

III. ROMA HUKUKUNDA <i>STIPULATIO POENAE</i> 'NİN (CEZA KOŞULUNUN)	
MUACCELİYETİ	120
A. ROMA HUKUKUNDA <i>STIPULATIO POENAE</i> 'NİN (CEZA KOŞULUNUN)	
OBJEKTİF MUACCELİYET ŞARTLARI.....	120
1. İfa Etmeme	120
2. Aykırı Hareketin Yapılması	121
3. Kısmi İfa	122
B. BORÇLUNUN KUSURLU OLMASI SORUNU	128
1. Genel Olarak	128
2. <i>Cautio Vadimonium Sisti</i>	131
3. <i>Compromissum</i>	132
4. <i>Stipulatio Duplae</i>	137
5. <i>Pecunia Traiecticia</i>	138
6. Haksız Fiil Sorumluluğu ve <i>Stipulatio Poenae</i> 'nin Muacceliyeti	140
IV. ROMA HUKUKUNDA <i>STIPULATIO POENAE</i> 'NİN (CEZA KOŞULUNUN)	
MUACCELİYET ANI	143
A. ROMA HUKUKUNDA İFA ZAMANI BELİRLİ OLAN EDİMLERDE	
<i>STIPULATIO POENAE</i> 'NİN (CEZA KOŞULUNUN) MUACCELİYET ANI....	143
1. İfa Zamanı Belirli Olan Yapma/Verme Edimleri Kapsamında Kararlaştırılan	
Ceza Koşulunun Muacceliyet Anı	143
a. <i>Conditio Promiscua</i> 'nın (İradi Koşulun) Varlığı ve İfa Zamanının	
Kararlaştırılması	143

b. <i>Condictio Non Promiscua</i> 'nın (İradi Olmayan Koşulun-Tesadüfi Koşulun)	
Varlığı ve İfa Zamanının Kararlaştırılması	147
2. Kararlaştırılan İfa Zamanının Ertelenmesinin Ceza Koşulunun Muacceliyetine Etkisi	150
3. Alacaklının Temerrüdünün Ceza Koşulunun Muacceliyetine Etkisi.....	152
4.Alacaklının Temerrüdünden Sonra Alacaklının Edimi Kabule Hazır Olmasını Bildirmesinin Ceza Koşulunun Muacceliyetine Etkisi	154
a. <i>Ulp. D. 4.8.23.1</i>	154
b. <i>Ulp. D. 4.8.23.3-Paul. D.4.8.24-Ulp. D. 4.8.31</i>	157
B. VADESİ BELİRLİ OLMAYAN İŞLEMLERDE CEZA KOŞULUNUN MUACCELİYET ANI.....	161
1. Genel Olarak	161
2. Vade Belirtilmeyen Ceza Koşulunda Muacceliyet Anıyla İlgili Olarak <i>Pegasus</i> 'un Görüşü	162
3. Vade Belirtilmeyen Ceza Koşulunda Muacceliyet Anıyla İlgili Olarak <i>Sabinus</i> 'un Görüşü	163
4. Vade Belirtilmeyen Ceza Koşulunda Muacceliyet Anıyla İlgili Olarak <i>Papinianus</i> 'un Görüşü	167
a. Vade Belirtilmeyen Bağımsız (Gerçek Olmayan) Ceza Koşulunda Muacceliyet Anıyla İlgili Olarak <i>Papinianus</i> 'un Görüşü	167
b. Vade Belirtilmeyen Gerçek Ceza Koşulunda Muacceliyet Anıyla İlgili Olarak <i>Papinianus</i> 'un Görüşü.....	171

5. Hakem Kararının Yerine Getirilmesi için Herhangi Bir Süre Belirtilmemesi	
Halinde “Modicum Tempus” Kavramının Kullanılması	172
a. Hakem Kararında Mahkumiyetin Yerine Getirilmesi için Herhangi Bir Süre	
Belirtilmemesi Halinde, Borçlunun Borcunu Yerine Getireceği Sürenin	
Belirlenmesi Hakkında <i>Servius/Africanus</i> (<i>Afr. D.44.7.23</i>) ve	
<i>Celsus/Ulpianus</i> ’un Görüşü (<i>Ulp. D. 4.8.21.12</i>).....	173
aa. <i>Servius/Africanus</i> ’un Görüşü (<i>Afr. D.44.7.23</i>).....	173
bb. <i>Celsus/Ulpianus</i> ’un Görüşü (<i>Ulp. D. 4.8.21.12</i>)	173
b. Hakem Kararında Mahkumiyetin Yerine Getirilmesi için Herhangi Bir Süre	
Belirtilmemesi Durumunda Mahkum Olunan Miktarın Yerine Getirilmeden	
Borçlunun Ölmesiyle Ceza Koşulunun Muacceliyeti Arasındaki İlişki	
Konusunda <i>Labeo</i> ’nun Görüşü (<i>Ulp. D. 4. 8.27.1</i>)	175
V. GERÇEKLEŞMİŞ OLAN CEZA KOŞULUNUN ARTIK ORTADAN	
KALKMAMASI (<i>SEMEL COMMISSA POENA NON EVANESCIT</i>) VE ÖZELLİKLE	
İSTİSNALARI	178
A. <i>SEMEL COMMISSA POENA NON EVANESCIT</i>	178
B. <i>SEMEL COMMISSA POENA NON EVANESCIT</i> KURALININ	
(GERÇEKLEŞMİŞ OLAN CEZA KOŞULUNUN ARTIK ORTADAN	
KALKMAMASININ) İSTİSNALARI.....	179
1. <i>Compromissum</i>	179
a. Hakem Kararında Belirli Bir Sürenin Öngörülüp Öngörülmemesine Bağlı	
Olarak Ceza Koşulu Muacceliyetinin Sonuçlarının Ortadan Kalkması	179
b. Tahkim Yargılamasında Haklı Nedenlerle Bulunamayan Taraf Aleyhine	
Muaccel Olan Ceza Koşulunun Sonuçlarının Ortadan Kalkması	183

2. <i>Stipulatio Duplae</i>	185
3. <i>Cautio Vadimonium Sisti</i>	188
a. <i>Cautio Vadimonium Sisti</i> 'de Ceza Koşulunun Muacceliyet Etkilerinin Davalının Etkisiyle Tek Taraflı Olarak Ortadan Kalkması.....	188
b. <i>Cautio Vadimonium Sisti</i> 'de Ceza Koşulunun Muacceliyet Etkilerinin Tarafların Sonradan Anlaşmasıyla Ortadan Kalkması	191

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA *STIPULATIO POENAE*'NİN (CEZA KOŞULUNUN)

HUKUKİ SONUÇLARI

I. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ	192
A. GENEL OLARAK.....	192
B. BAŞLANGIÇTAKİ İMKANSIZLIK	193
C. AHLAKA AYKIRILIK	198
D. EMREDİCİ HUKUK KURALLARINA AYKIRILIK NEDENİYLE KISMÎ BUTLAN	202
1. Genel Olarak	202
2. Roma Hukukunda Faiz Sınırlarının Ceza Koşulunun Kısmi Butlanına Sebebiyet Vermesi	208
3. <i>Iustinianus</i> Dönemi'nde Deniz Ödücü Sözleşmesindeki Faiz Sınırlarının Ceza Koşulunun Kısmî Butlanına Sebebiyet Vermesi.....	213
II. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUYLA ANA BORÇ ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	216
A. GENEL OLARAK.....	216

B. <i>STIPULATIO</i> 'DAN DOĞAN ANA BORCA EKLENEN <i>STIPULATIO POENAE</i>	217
1. <i>Pap. D. 45.1.115.2</i>	217
2. <i>Paul. D. 44.7.44.6</i>	218
C. İYİNİYET SÖZLEŞMELERİNE EKLENEN <i>STIPULATIO POENAE</i>	224
1. <i>Iul. D. 19. 1. 28</i>	224
2. <i>Paul. D.19.2.54.1</i>	227
D. <i>STIPULATIO POENAE</i> 'NİN İÇERİĞİNİN ANA SÖZLEŞMEYİ YENİLEMESİ	229
III. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULU MUACCELİYETİNİN SONUÇLARI	232
A. GENEL OLARAK.....	232
B. CEZA KOŞULU TALEBİYLE DİĞER HUKUKİ ÇARELERİN YIĞILMASI	235
1. Tarafların Ceza Koşulu Talebiyle İlgili Kurallar Belirlemesi.....	235
2. <i>Poena</i> ve <i>Exceptio Pacti</i> 'nin Yığılması	237
C. CEZA KOŞULU TALEBİYLE DİĞER HUKUKİ ÇARELERİN SEÇİMLİK YARIŞMASI	245
1. <i>Stipulatio</i> Ana Borcuna Eklenen <i>Stipulatio Poenae</i>	245
2. <i>Pactum</i> 'a <i>Stipulatio Poenae</i> Eklenmesi	247
3. <i>Stipulatio Duplae</i>	250
SONUÇ.....	253
ÖZET	269
ABSTRACT	271

KAYNAKÇA

Accarias, C., **Précis de Droit Romain**, Tome Second, Troisième Édition, Paris, Cotillon, 1882.

Akıntürk, T., “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme”, **AÜHFD**, 1970, C. XXVII, S. 3-4, s. 219-247.

Akkayan Yıldırım, A., “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **İÜHFM**, 2003, C. LXI, S.1-2, s. 357-414.

Akyol, Ş., **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Altop, S., **Roma Malvarlığı Hukukunda Pey Akçesi ‘Arra’**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1994 (Anılış: Arra).

Altop, S., “Arra Sponsalicia”, **İÜHFM**, 1995-1996, C. LV, S. 1-2, s. 369-388 (Anılış: Arra Sponsalicia).

Ankum, H., “Une Nouvelle Hypothèse sur l’Origine de la Règle *alteri dari stipulari nemo potest*”, **Études offertes à Jean Macqueron**, Aix-en-Provence, Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1970, s. 21-29 (Anılış: alteri dari stipulari nemo potest).

Armgarth, M., “Salvius Iulianus als Meister der stoischen Logik-zur Deutung von Iulian D.34,5,13(14),2-3”, **Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag** (Hrsg. Matthias Armgarth, Fabian Klinck, Ingo Reichard), Berlin, Duncker & Humblot, 2013, s. 29-36.

Arsebük, E., **Borçlar Hukuku**, C. I, II (Tekrar gözden geçirilmiş ve bazı ilave ve tadiller yapılmıştır), Üçüncü Basım, Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1950.

Atak, A. S., **Klasik Dönem Roma Hukukunda Ortaklık Sözleşmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2004 (Anlışı: Ortaklık Sözleşmesi).

Atak, A. S., **Roma Hukukunda Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum)**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2015 (Anlışı: Mutuum).

Avenarius, M., **Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift**, Göttingen, Wallstein, 2005 (Anlışı: *liber singularis regularum*).

Avenarius, M., **Corpus der römischen Rechtsquellen zur Antiken Sklaverei (CRRS), Teil IV Stellung des Sklaven im Privatrecht, 4: Erbrecht, aktive Stellung, Personeneigenschaft und Ansätze zur Anerkennung von Rechten** (Hrsg. Tiziana J. Chiusi, Johanna Filip-Fröschel, J. Michael Rainer), Stuttgart, 2017 (Anlışı: CRRS).

Ayiter, K., **Klasik Dönem Roma Hukukunda “Dos”un tescili**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1958.

Babusiaux, U., **Papinians Quaestiones: zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen**, München, Verlag C. H. Beck, 2011.

Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., (Hrsg. Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedeim Peter/Wiegand, Wolfgang), Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011 (Anlışı: Basler Komm. I/İlgili Bölümün Yazarı).

Baum, M., “Vertragsstrafe”, **Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts** (Hrs. Jürgen Baedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann) Band II, Kau-Z, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, s. 1701-1705.

Behrends, O./Knütel, R./Kupisch, B./Seiler, H. H., **Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Bd. II (1-10)**, Heidelberg, C.F. Müller, 1995; **Bd. III (11-20)**, Heidelberg, C.F. Müller, 1999; Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends, **Bd. IV (21-27)**, Heidelberg, C.F. Müller, 2005; Knütel/Kupisch/Rüffner/Seiler, **Bd. V (28-34)**, Heidelberg, C.F. Müller, 2012.

Berger, A., **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953.

Berki, Ş., **Roma Hukuku**, Ankara, Nur Basımevi, 1949.

Birinci Uzun, T., **Götürü Tazminat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

Biscardi, A., “La double configuration de la clause pénale en droit romain”, **De iustitia et iure Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag** (Hrsg. Manfred Harder, Georg Thielmann), 1980, s. 257-268 (Anlış: La clause pénale).

Bötticher, E., “Wesen und Arten der Vertrasstrafe sowie deren Kontrolle”, **ZFA**, 1970, s. 3-61.

Bucher, E., **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Zürich, Schulthess, 1979.

Buckland, W. W., **The Main Institutions of Roman Private Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 1931.

Buckland, W. W., **A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 1932 (Anlış: Roman Law).

Buz, V., “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung”, **AJP**, 2017, s. 490-504.

Cicero (Çev. C. Cengiz Çevik), **Yükümlülükler Üzerine**, 3. Basım, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2016.

Cordes, A., Rezension zu “Ralf-Peter Sossna: Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen. Eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § BGB § 343 (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, hg. v. Reiner Schulze, Elmar Wadle, Reinhard Zimmermann, Band 9), Berlin: Duncker&Humbolt 1993. XII, 204 S.”, **ZEuP**, 1995, s. 702-704.

Coudert, J., **Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain**, Nancy, Société d’Impression Typographiques, 1957.

Cuq, É., **Les Institutions Juridiques des Romains**, Tome Second, Paris, 1902.

Cuq, É., **Manuel des Institutions Juridiques des Romains**, Seconde Édition revue et complétée, Paris, 1928 (Anıliş: Institutions Juridiques).

Deroussin, D., **Histoire du Droit des Obligations**, Paris, Economica, 2007.

Di Marzo, S. (Çev. Ziya Umur), **Roma Hukuku**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi yayınları No.:573 Hukuk Fakültesi No.:124, 1959.

Diñçer, N., **Klasik Dönem Roma Hukukunda Actio Pro Socio ve Actio Communi Dividundo İlişkisi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011.

Dirican, G., **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

Dobbertin, M., **Zur Auslegung der Stipulation im klassischen Römischen Recht**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1987.

Drosdowski, T., **Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht**, Berlin, Duncker&Humblot, 1997.

Dunand, J.-P./Pichonnaz, P., **Lexique de droit romain**, Genève, Bruxelles, Schulthess-Bruylant, 2006.

Dunand, J.-P./Schmidlin, B./Winiger, B., **Droit Priv Romain II Obligations**, Bruxelles, Bruylant-Schulthess, 2010.

Emiroğlu, H., **Ius gentium. Kavimler Hukuku**, Ankara, Değişim Yayınları, 2007.

Emiroğlu, H., “Roma Hukukunda Alım-Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu”, **İnÜHFD**, 2011, C. II, S. 2, s. 99-119.

Erdem, M., “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)**, Ankara, 2009, s. 97-123.

Erdoğmuş, B., **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İkinci Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2006 (Anılış: Borçlar Hukuku Eski Bası).

Erdoğmuş, B., **Hukukta Latince Teknik Terimler zl Sözler**, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008 (Anılış: Hukukta Latince).

Erdoğmuş, B., **Roma Eşya Hukuku**, Dördüncü Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2009.

Erdoğmuş, B., **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 1.7.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2014 (Anılış: Borçlar Hukuku).

Erdoğmuş, B./Tahiroğlu, B., **Roma Hukuku Pratik alışmaları -Meseleleri-**, İstanbul, Der Yayınları, 2014.

Eren, F., **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Ernst, W., **Rechtsmängelhaftung**, Tübingen, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1995.

Feyzioğlu, F. N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, (Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No:2282 Hukuk Fakültesi No:516, 1977.

Filiniaux, A., “L’Évolution du Concept de Clause Pénale chez les Canonistes du Moyen Âge (Origine des art. 1152 et ss. Du Code Civil français)”, **Mélanges Paul Fournier**, Paris, 1929, s. 233-247.

Finkenauer, T., **Vererblichkeit und Drittwirkung der Stipulation im klassischen römischen Recht**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

Fuhrmann, M., “poena”, **Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, Supplementband IX Acilius-Utis**, Stuttgart, Druckenmüller Verlag, 1962, s.843-861.

Funk, F. (Çev.: Hıfzı Veldet, Cemal Hakkı Selek): **Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler**, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1972.

Gaius Institutiones, Borçlar Kısım (Çev. **Türkân Rado**), İstanbul, 1953.

Gaius Institutiones, Institutionen des Gaius, herausgegeben, übersetzt und kommentiert von **Ulrich Manthe**, Darmstadt, 2004.

Gaudemet, J., **Institutions de l’Antiquité**, Paris, Sirey, 1967.

Giffard, A.-E., **Précis de Droit Romain, Tome Deuxième (Obligations)**, Troisième Édition, Paris, Librairie Dalloz, 1951.

Girard, P. F./Senn, F., **Manuel Élémentaire de Droit Romain**, Huitième édition revue et mise à jour, Paris, 1929.

Gönenç, F. İ., “Roma Hukukunda Boşanma (Divortium), **AÜEHFD**, 2003, C. VII, S. 1-2, s. 645-654.

Günel, A. N., **Roma Medeni Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

Güneş Ceylan, S., **Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

Hägerström, A., **Der Römische Obligationsbegriff im Lichte der Allgemeinen römischen Rechtsanschauung II Über die Verbalobligationen**, Uppsala, Skrifter utgivna av K. Humanistika Vetenskaps-Samfundet i Uppsala. 35, 1941.

Hansjörg, P., **Texte zum römischen Obligationenrecht mit Verweisen auf das schweizerische Recht. Textes de droit romain des obligations avec références au droit suisse**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1997.

Harke, J. D., **Argumenta Iuventiana: Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen**, Berlin, Duncker&Humblot, 1999 (Anlıs: Argumenta Iuventiana).

Harke, J. D., **Römisches Recht**, München, Verlag C. H. Beck, 2008 (Anlıs: Römisches Recht).

Hermann, H.-G.: Kommentar von §§ 336-345 (Draufgabe, Vertragsstrafe), in Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§241-431, 2. Teilband: §§305-432, Tübingen 2007, s. 2036-2073 (Anlıs: HKK/Hermann §§336-345).

Hess, C., **Die Vertragsstrafe. Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung**, Berlin, Duncker&Humblot, 1993.

Heumann, H./Seckel, E., **Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts**, 10. Aufl., Graz, Akademische Druck- U. Verlagsanstalt, 1958.

Honig, R. (Çev.: Avukat Dr. Şemseddin Talip): **Roma Hukuku**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No:72 Hukuk Fakültesi, Seri:A – No: 10, 1938.

Honsell, H., **Römisches Recht**, Siebte, ergänzte und aktualisierte Auflage, Berlin-Heidelberg, Springer Verlag, 2010 (Anlış: Römisches Recht).

Horak, F., Rezension zu “Olga Forzieri Vannucchi: Studi Sull’Interpretazione Giurisprudenziale Romana, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Univ. Di Firenze, 6, Milano, Giuffrè ed., 1973”, **Labeo** 24, 1978, s. 198-213.

Humbert, M., Rezension zu “Rolf Knütel: Stipulatio poenae, Cologne-Vienne, Böhlau, 1976, 385 p. (*Forschungen zum röm. Recht* 34)”, **Revue Historique** 55, 1977, s. 511-512 (Anlış: Rezension).

Humbert, M., “La stipulation de peine, entre pratique et règle juridique”, **Règle et Pratique du Droit dans les Réalités juridiques de l’Antiquité**, 1997, s. 59-77 (Anlış: La stipulation de peine).

Humbert, M. (2001), “Deux notes en marge de l’arbitrage en droit romain”, **Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca**, Bd. IV, Napoli, s. 389-411 (Anlış: L’arbitrage).

Iustinianus Institutiones (Çev. Ziya Umur), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No:1291 Hukuk Fakültesi No.: 276, 1968.

İpek, N., “Concubinatus”, **YÜHFD**, 2008, C.V, S.2, s. 15-37.

İpek, N., “Roma Hukukunda Nişanlanma (*Sponsalia*)”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s.113-133.

İznik, E., “İmparator Diocletianus’un ‘Tavan (En Yüksek) Fiyatlar Fermanı’ ‘Edictum de pretiis Rerum Venalium’”, **Tarih Araştırmaları Dergisi**, 2011, C. XXX, S. 49, s. 97-130.

Jakab, É., Rezension zu “Thomas Finkenauer: Vererblichkeit und Drittwirkung der Stipulation im klassischen römischen Recht (=Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 108), Mohr Siebeck, Tübingen 2010. XIV, 460 S.”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 130, 2013, s. 599-613.

Jörs, P./Kunkel, W./Wenger, L. (neu bearbeitet von Honsell, H./Mayer-Maly, T./Selb, W.): **Römisches Recht**, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, 1987 (Anılış: Kunkel/İlgili Yazarın İsmi).

Kabaağaç, S./Alova, E., **Latince Türkçe Sözlük**, İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1995.

Kaden, E.-H., Rezension zu “Guarneri-Citati, A., Semel commissa poena non evanescit, Bull. XXXII, 1922, p.241/272”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 47,1927, s.563-564.

Karadeniz Çelebican, Ö., **Roma Hukuku Tarihi Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması**, Yeni Medeni Kanuna Göre Uyarlanmış Onüçüncü Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008 (Anılış: Roma Hukuku).

Karadeniz Çelebican, Ö., **Roma Eşya Hukuku**, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış 4. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008 (Anılış: Eşya Hukuku).

Karagöz, V., **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006.

Kaser, M., “Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 60, 1940, s. 95-150.

Kaser, M., **Das Altrömische Ius**, Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer, Göttingen, Vandenhoeck&Ruprecht, 1949 (Anlış: Ius).

Kaser, M., **Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt Das Altrömische Das Vorklassische und Klassische Recht**, Zweite, neubearbeitete Aufl., C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1971 (Anlış: RP I).

Kaser, M., “Die Stipulationsklausel ‘*quanti ea res erit*’”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 90, 1973, s.184-219 (Anlış: *quanti ea res erit*).

Kaser, M., **Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt Die Nachklassischen Entwicklungen**, Zweite, neubearbeitete Aufl., München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1975 (Anlış: RP II).

Kaser, M., “Zur Interessebestimmung bei den sog. Unechten Verträgen zugunsten Dritter”, **Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag** (Hrsg. Heinz Hubner, Ernst Klingmüller, Andreas Wacke), Köln, Peter Hanstein Verlag, 1975, s. 77-87 (Anlış: Zur Interessebestimmung).

Kaser, M./Hackl, K., **Das Römische Zivilprozessrecht**, München, Verlag C.H. Beck, 1996.

Kaser, M./Knütel, R., **Römisches Privatrecht**, 20. Aufl., München, Beck, 2014.

Kaser, M./Knütel, R./Lohsse, S., **Römisches Privatrecht**, 21. Aufl., München, Beck, 2017.

Kayak, S., “Roma Hukukunda Cezai Şart”, **İÜHF**, 2006, C. LXIV, S. 1, s 237-258 (Anlış: Cezai Şart).

Kayak, S., **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (Anlış: Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt).

Kayak, S., “Davalının Davada Hazır Bulunmasını Sağlamaya Yönelik Bir Usul Hukuku Teminatı Olarak Roma Hukukunda Vadimonium Kurumu”, **İÜHF**, 2012, C. LXX, S. 1, s. 277-300 (Anlış: Vadimonium).

Klinck, F., “Papinian D. 18,7,6 pr. und die Sanktionierung von Freilassungs- und Prostitutionsverboten bei Sklavenverkäufen”, **Argumenta Papiniani, Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts** (Hrsg. Jan Dirk Harke), Berlin Heidelberg, Springer, 2013, s. 79-98.

Klingenberg, G., “Das modicum-Kriterium”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd.126, 2009, s. 187-283.

Knütel, R., “Verfallsvereinigung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe”, **AcP**, Bd. 175, 1975, s. 44-76 (Anlış: AcP 1975).

Knütel, R., “Der mehrfache Verfall von Kautionen”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 92, 1975, s. 130-161 (Anlış: Das mehrfache Verfall).

Knütel, R., **Stipulatio Poenae, Studien zur römischen Vertragsstrafe**, Köln, Böhlau Verlag, 1976 (Anlış: Stipulatio Poenae).

Knütel, R., “Zur Auslegung und Entwicklung der Stipulation im klassischen römischen Recht”, **Ars Iuris, Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag** (Hrsg. Martin

Avenarius, Rudolf Meyer-Pritzl, Cosima Möller), Göttingen, Wallstein Verlag, 2009, s. 223-257 (Anılış: Ars Iuris)

Koçhisarlıoğlu, C./ Söğütlü Erişgin, Ö., **Roma Özel Hukuku Uygulamalı Çalışmaları**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Koschaker, P./Ayiter, K., **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 39, 1993.

Krampe, C., “Eine Auslegungs-*distinctio* Alfens: D. 17,2,71 pr. Paulus 3 epitomarum Alfeni digestorum”, **Iurisprudentia Universalis: Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag** (Hrsg. Martin J. Schermaier, J. Michael Rainer und Laurens C. Winkel), Köln-Weimar-Wien, 2002, Böhlau Verlag, s. 357-362.

Kreller, H., **Römisches Recht II., Grundlehren des gemeinen Rechts romanistische Einführung in das geltende Privatrecht**, Wien, Springer Verlag, 1950.

Krüger, H., **Beiträge zur Lehre von der exceptio doli, Erstes Heft, Das Verhältniss der exceptio doli (generalis) zur exceptio rei venditae et traditae und zur exceptio pacti**, Halle, Max Niemeyer, 1892.

Kupisch, B., “Julian. lib. sing. de ambig. D. 34,5,13 (14), 2-3: Grenzen der Übersetzung”, **Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag** (Hrsg. Martin J. Schermaier, J. Michael Rainer und Laurens C. Winkel), Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2002, s. s. 363-377.

Küçükgüngör, E., **Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998 (Anılış: Ususfructus).

Küçükgüngör, E., “Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)”, **BATIDER**, 1998, C.XIX, S. 3, s.137-150 (Anlış: Tahkim).

Küçükgüngör, E., **Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007 (Anlış: Testamentum).

Larenz, K., **Lehrbuch des Schuldrechts**, Erster Band Allgemeiner Teil, München, verlag C. H. Beck, 1987.

Lenel, O., **Das Edictum Perpetuum**. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung: mit dem für die Savigny-Stiftung Ausgeschriebenen Preise Gekrönt. Dritte, verbesserte Auflage, Amsterdam&Aalen, Scientia Verlag, 2010.

Lepointe, G./Monier, R., **Les Obligations en Droit Romain et dans l'ancien Droit Français**, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1954.

Levy, E., **Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht**, Band 1, Neudruck der Ausgabe Berlin 1918, Aalen, Scientia Verlag, 1964.

Levy, E., **Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht**, Band 2, 1. (einzige) Hälfte, Neudruck der Ausgabe Berlin 1922, Aalen, Scientia Verlag, 1964 (Anlış: Konkurrenz II).

Lévy, J.-P./Castaldo, A., **Histoire du droit civil**, 2^e édition, Paris, Dalloz, 2010.

Liebs, D., **Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht**, Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe, Göttingen, Vandenhoeck&Ruprecht, 1972 (Anlış: Die Klagenkonkurrenz).

Liebs, D., **Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter**, 7. Aufl., München, C.H. Beck, 2007 (Anlış: Lateinische Rechtsregeln).

Lindacher, W. F., **Phänomenologie der ‘Vertragsstrafe’**. Vertragsstrafe, Scadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag, Frankfurt/Main, Athenäum Verlag, 1972.

Litewski, W., “Römisches Seedarlehen”, **IVRA, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico**, 1973, XXIV, Parte Prima, s. 112-183 (Anlış: Römisches Seedarlehen).

Litewski, W., “Bemerkungen zum Römischem Seedarlehen”, **Studi in Onore di Cesare Sanfilippo IV**, 1983, s.383-397 (Anlış: Bemerkungen zum Seedarlehen).

Mabillard, R., “Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe”, **AJP**, 2005, s. 547-559.

Macqueron, J., **Histoire des Obligations**, Le Droit Romain, 2ème édition, Aix-en-Provence, Centre d’Histoire Institutionnelle et Économique de l’Antiquité Romaine, 1975.

Magdelain, A., **Essai sur les Origines de la Sponsio**, Paris, TEPAO, 1943.

Mayer-Maly, T., “Contra bonos mores”, **Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag** (Hrsg. Hans-Peter Benöhr, Karl Hackl, Rolf Knütel, Andreas Wacke) Graz-Wien, Böhlau Verlag, 1986, s. 151-167.

Monier, R., **Manuel Élémentaire de Droit Romain, 2 tomes en un volume**, Tome 1, Introduction historique, les sources, la procédure, les personne, les droits réels, les successions; Tome 2, Les Obligations, Deuxième Réimpression des 5^e et 6^e Éditions de Paris 1947-1954, Aalen, 1977 (Anlış: Tome 1 veya Tome 2).

Monier, R., **Petit Vocabulaire de Droit Romain**, 3^e éd., Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, 1942 (Anlış: Petit Vocabulaire).

Mommsen, T., **Römisches Strafrecht**, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1899, Darmstadt, 1990.

Möller, C., **Die Sevituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB**, Göttingen, Wallstein, 2010.

Müller-Eiselt, K. P., **Divius Pius Constituit, Kaiserliches Erbrecht**, Berlin, Duncker&Humblot, 1988.

MünchKomm/Yazar adı, BGB: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 6. Aufl., München, 2012 (Redakteur: Wolfgang Krüger) (Anılış: MünchKomm./İlgili Bölümün Yazarı).

Oğuzman, M. K./Öz, M. T., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

Otto, E. C./Schilling, B./Sintenis, C. F. F., **Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter**, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig, 1839; Bd. II, Leipzig, 1831; Bd. IV, V, Leipzig, 1832.

Öcal Apaydın, B., **Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Öztekin, S., "Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları. Törenden Şekle; Hususi Adaletten Devlet Adaletine", **İÜHF**, 1985, C. LI, S.1-4, s. 335-372.

Pennitz, M., Rezension zu "Ralf-Peter Sossna, Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen. Eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § 343 BGB (=Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte

9) Duncker&Humbolt, Berlin 1993. XII, 204 S.”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 113, 1996, s. 583-589.

Peter, H., **Texte zum römischen Obligationenrecht mit Verweisen auf das Schweizerische Recht, Textes de droit romain des obligations avec références au droit suisse**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1997.

Peters, F., **Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts**, Köln, Böhlau Verlag, 1973.

Pichonnaz, P., **Les fondements romains du droit privé**, Genève-Zürich-Bâle, Schulthess, 2008.

Platschek, J., “Vadimonium factum Numerio Negidio”, **Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik**, Bd. 137, 2001, s. 281-291.

“Poena”, **Dictionnaire des Antiquités Grecque et Romaines, Tome Quatrième, Première partie (N-Q)**, Paris, 1904, s. 539.

Pulaşlı, H., **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.

Rabel, E., **Grundzüge des Römischen Privatrechts**, 2. Aufl., Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1955.

Rado, T., “Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Satıcının Mesuliyeti”, **İÜHFİM**, 1945, C. 10, S. 3-4, s. 604-619 (Anılış: Maldaki Ayıplar).

Rado, T., **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978 (Anılış: Borçlar Hukuku).

Reichard, I., “Stipulation und Custodiahaftung”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 107, 1990, s. 46-79 (Anlıış: Custodiahaftung)

Reichard, I., **Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht**, Köln-Weimar-Wien, Böhlau Verlag, 1993 (Anlıış: Drittschadensersatz).

Chiusi, Tiziana J./Filip-Fröschl, Johanna/Rainer, J. Michael (Hrsg.): **Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS), Teil IV Stellung des Sklaven im Privatrecht, 2:Vertretung des Dominus, 5:Geschäftsfähigkeit, 6:Erwerb durch den Sklaven**. Bearbeitet von J. Michael Rainer, Stuttgart 2015 (Anlıış: CRRS, Teil IV).

Roth, H.-J., **Alfeni Digesta**, Eine spätrepublikanische Juristenschrift, Berlin, Dunckler&Humblot, 1999.

Ruelle, A., “La *sponsio* à la lumière de sa formule, ou l’histoire d’une fausse origine”, **Le droit romain d’hier à aujourd’hui. Collationes et oblationes: Liber amicorum en l’honneur du professeur Gilbert Hanard**, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2009, s. 173-196.

Sandalcı, S., **On İki Levha Yasaları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1993.

Saymen, F. H./Elbir, H. K., **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1966.

Schmidlin, B., Rezension zu “Karl Heinz Ziegler: Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht (Münchner Beiträge zur Papyrusforschung und Antiken

Rechtsgeschichte 58), München 1971”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 91, 1974, s. 435-443.

Schmidlin, B./Cannata, C. A., **Droit Privé Romain II: Obligations, Successions, Procédure**, Lausanne, Payot, 1987.

Schmidt, H., **Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht**, Berlin, J. Schweitzer Verlag, 1973.

Schmidt, K., “Unselbständige und selbständige Vertragstrafeversprechen. Bemerkungen zur Akzessorietät der Vertragstrafe”, **Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag** (Herausgegeben von Andreas Heldrich, Peter Schlectriem, Eike Schmidt), München 1998, s. 529-542.

Schulz, F., **Classical Roman Law**, Oxford, Clarendon Press, 1951.

Schwarz, A. B. (Çev.: Bülent Davran), **Borçlar Hukuku Dersleri**, C.I, İstanbul, Kardeşler Matbaası, 1948 (Anılış: Borçlar Hukuku).

Schwarz, A. B. (Çev.: Türkân Rado), **Roma Hukuku Dersleri**, I. Cilt, 7. Bası, İstanbul, Doğan Kardeş Matbaacılık, 1965 (Anılış: Roma Hukuku).

Schwind, F., **Römisches Recht, I., Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes**, Wien, Springer Verlag, 1950.

Seidl, E., **Römisches Privatrecht**, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 1963.

Siber, H., **Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung**, Ester und Zweiter Band, 2. unveränderte Auflage, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

Sirmen, L., **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992.

Sjögren, W., **Ueber die Römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden**, Berlin, 1896.

Somer, P., **Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar. Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı**, İstanbul, Derin Yayınları, 2008 (Anlış: Mala Verilen Zarar).

Somer, P., **100 Soru-100 Cevap Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010 (Anlış: Borçlar Hukuku).

Sonnenberger, H. J., “Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom.10.2.2016”, **ZEuP**, 2017, 6-67.

Sossna, R.-P., **Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen**, Eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § 343 BGB, Berlin, Duncker&Humblot, 1993.

Söğüt, İ. S., **Roma Hukukunda Tahkim**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2011.

Staffhorst, A., **Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht**, Berlin, Duncker&Humblot, 2006.

Steltmann, I., **Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht. Möglichkeiten einer Rechtsvereinheitlichung auf der Basis eines Rechtsvergleichs der Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs, Englands und Schwedens**, Berlin, Duncker&Humblot, 2000.

Sturm, F., **Stipulatio Aquiliana**. Textgestalt und Tragweite der Aquilianischen Ausgleichsquittung im Klassischen Römischen Recht, München, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1972 (Anılış: Stipulatio Aquiliana).

Sturm, F., “Vertragsstrafe und Vertragsanpassung beim Vergleich. Gedanken zu C.2.4.40 (381)”, **Acta Juridica, Essays in honour of Ben Beinart**, Volume III, 1978, Cape Town, Wetton, Johannesburg, s. 97-108 (Anılış: Vertragsstrafe).

Sturm, F., Rezension zu “Rolf Knütel: Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe (Forschungen zum römischen Recht 34). Böhlau, Köln–Wien 1976. XIII, 385 S.”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 97,1980, s. 418-429 (Anılış: Rezension).

Tahiroğlu, B., **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınevi, 2009 (Anılış: Borçlar Hukuku).

Tahiroğlu, B., “Roma Hukukunda Suçların Genel Nitelikleri ve Modern Türk Hukukuna Etkileri”, **Türk İtalyan Karşılaştırmalı Ceza Hukuku-I “Türk ve Roma Hukukunun Güncel Sorunları” 06/07-06.2013 İstanbul/Türkiye** (Ed. Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver), Ankara, 2014, s. 25-42 (Anılış: Güncel Sorunlar).

Tahiroğlu, B./Erdoğan, B., **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2009.

Tamer, D., **Roma Hukuku Uygulamaları**, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2009.

Tekinay, S. S./ Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., **Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Topuz, M., **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

von Tuhr, A. (Çev.: Cevat Edege)., **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, Cilt 1-2, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara, Yargıtay Yayınları No:15, 1983.

Tunçomağ, K., **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:1031 İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları No: 216, 1963.

Türkoğlu, H. G., **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, İzmir, Seçkin Yayıncılık, 2014.

Umur, Z., **Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1974 (Anılış: Roma Hukuku).

Umur, Z., **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983 (Anılış: Lügat).

Umur, Z., **Roma Hukuku Ders Notları, Usûl Hukuku-Borçlar Hukuku-Eşya Hukuku-Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1999 (Anılış: Ders Notları).

Uyan, G., “Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt (BK md. 110/TBK md. 128) Müessesesinin Tarihsel Arka Planı ve Roma Hukukundaki Yeri”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 269-283.

Uygur, T., **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Dördüncü Cilt (Madde 109-213)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Üçer, M., **(Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta) Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007 (Anılış: Alacaklının Temerrüdü).

Üçer, M., **Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmî Butlanı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013 (Anılış Kısmi Butlan).

Üçer, M., “Roma Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Faiz Yasağı ve Faiz Sınırlamaları”, **İKÜHFD**, 2011, C. 10, S. 2
(<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, E.T.: 14.04.2017).

Velidedeoğlu, H. V./Özdemir, R., **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)**, Ankara, Yargıtay Yayınları-19, 1987.

Villers, R., **Rome et le droit privé**, Paris, Éditions Albin Michel, 1977.

Visky, K., “Das Seedarlehn und die damit verbundene Konventionalstrafe im römischen Recht”, **Revue Internationale des Droits de l’Antiquité**, 3^e Série, Tome XVI, 1969, s. 389-419. (Anılış: Das Seedarlehen)

Visky, K. (Çev. Sándor Skripecz), **Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen**, Bonn-Budapest, Dr. Rudolf Habelt Verlag, 1983 (Anılış: Spuren der Wirtschaftskrise).

Wacke, A., “Die verschuldete Eviktion. Dogmengeschichtliches und Rechtsvergleichendes zu §440 Abs. 2 und Abs. 3 BGB”, **Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991** (Hrsg. Erik Jayme, Adolf Laufs, Karlheinz Misera, Gert Reinhart, Rolf Serick) Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1991, s. 141-179.

Watson, A., **The Law of Obligations in the Later Roman Republic**, Oxford, Clarendon Press, 1965.

Watson, A., **The Digest of Justinian**, C. I-II, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.

Weiss, E., “Stipulatio”, **Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft**, zweite Reihe, sechster Halbband, *Sparta bis Stluppi*, Stuttgart, 1929, s. 2540-2548.

Windscheid, B./Kipp, T., **Lehrbuch des Pandektenrechts**, Bd. 2, 9 Aufl., Frankfurt am Main, Literarische Anstalt Rütten&Leoning, 1906.

Wolf, J. G., **Causa Stipulationis**, Köln-Wien, Böhlau Verlag, 1970 (Anlış: Causa Stipulationis).

Wolf, J. G., “Das sogenannte Ladungsvadimonium”, **Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumni collegis amicis oblata** (Hrsg. J. A. Ankum, J.E. Spruit, F.B. J. Wubbe), Fribourg, Editions Universitaires, 1985, s. 59-69 (Anlış: Vadimonium).

Wubbe, F./Pichonnaz, P., “Die ‘lex Celsus ait’ (D.4.8.23) über Verzug und Unmöglichkeit”, **Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik** (Hrsg. Reinhard Zimmermann in Verbindung mit Rolf Knütel und Jens Peter Meincke), Heidelberg, C.F. Müller, 1999, s. 269-288.

Zimmermann, R., **The Law of Obligations**, Roman Foundation of the Civilian Tradition, Cape Town, Wetton, Johannesburg, Juta&Co, Ltd., 1990.

Ziegler, K.-H., **Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht**, München, Verlag C.H. Beck, 1971.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html

<http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>

<https://beck-online.beck.de/Home>

<http://www.jusline.at>

<https://www.legifrance.gouv.fr>



KISALTMALAR

Abs.	Absatz
AcP.	Archiv für die civilistische Praxis
Art.	Artikel/article
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AÜEHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
aşa.	Aşağıda
BaslerKomm	Basler Kommentar
BATIDER	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
Bd.	Band
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
C. Iust.	<i>Codex Iustinianus</i>
C. Th.	<i>Codex Theodosianus</i>
Ccfr.	Code Civil Français
CO	Code des obligations
Çev.	Çeviren
D.	<i>Digesta</i>
dn.	Dipnot
Ed.	Editör
ed.	<i>Edictum</i>
Gai. Inst.	<i>Gaius Institutiones</i>
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB

Hrsg.	Herausgeber
IURA	Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico
Iust. Inst.	<i>Iustinianus Institutiones</i>
İKÜHFD	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İnÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karş.	Karşılaştırınız
m.	Madde
MünchKomm	Münchener Kommentar
Nr.	Nummer
OR	Obligationenrecht
pr.	<i>principium</i>
Rn.	Randnummer/Randnummern
s.	Sayfa
S.	Sayı
Suppl.	Supplementband
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
vd.	ve devamı
yy.	Yüzyıl
Y.	Yıl
yuk.	Yukarıda
YÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

GİRİŞ

Borcunu kararlaştırılan şekilde ifa etmeyen borçlu, alacaklının zararını tazminle yükümlü olmakla beraber, alacaklı da zararını ispat etmek zorundadır. Ancak bir davada alacaklının uğramış olduğu zararın ispatı, birçok zorluklara ve sorunlara neden olmaktadır. Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle, alacaklının ispatla ilgili yaşadığı zorluklar, çoğu halde hakkını elde edememesine neden olmaktadır. Bu sorunları yaşamak istemeyen alacaklılar da, çoğu halde ana borca “ceza koşulu (cezai şart)” eklemektedir. Yani borçlunun edimini hiç veya gerektiği şekilde ifa etmemesi şartına bağlı olarak kararlaştırılan bir miktar para veya başka bir şeyden oluşan ceza koşuluyla, alacaklı, hem zararı ispat yükümlülüğünden kurtulmaktadır, hem de borçlu, borcunu eksiksiz bir şekilde yerine getirmeye zorlanmaktadır. Özellikle eza koşulu miktarının yüksek tutulması, borçluyu borcunu kararlaştırılan şekilde ifa etmeye zorlamaktadır. Belirtilen nedenlerle, günümüzde ceza koşulu Borçlar Hukuku, Dernekler Hukuku, İş Hukuku ve Ticaret Hukuku’nda geniş bir uygulama alanına sahiptir. Özellikle de inşaat sözleşmeleri başta olmak üzere, eser sözleşmelerinde, ticari nitelikli satış sözleşmelerinde, taşınmaz satış sözleşmelerinde, iş sözleşmelerinde, ticari işletmelerin devrinde olduğu gibi, belirlenen sürede sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortak için, anonim ve limited şirket ana sözleşmelerinde, ceza koşulu kararlaştırılması çok yaygındır.

Ceza koşulu, doktrinde “borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaat ettiği, hukuki işlemle belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir” şeklinde tanımlanmaktadır. Günümüzde sıkça uygulanan ceza koşulu, TBK m. 179-182’de düzenlenmiştir. TBK m. 179/I’e göre: “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.”

TBK m.179/II'ye göre ise, “Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir”. Görüldüğü üzere kanunumuzda ceza koşulu tanımlanmasa da, türleri verilmiş, devam maddelerinde de ceza koşulunun hükümleri düzenlenmiştir. Ceza koşulu, kanunlardaki düzenlemesine kavuşmadan önce, en başta Roma hukukunda geniş bir uygulama alanına sahip olmuş, oradan da Roma hukuku temeline dayalı hukuk sistemlerinde, dolayısıyla da Türk hukuk sisteminde yerini bulmuştur. Şöyle ki:

Ülkemizde Cumhuriyetle birlikte yapılan reformlardan biri de hukuk alanında gerçekleşmişti. 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu’nun ve tamamıyla Roma hukuku esaslarına dayanan İsviçre Borçlar Kanunu’nun kabul edilmesiyle, ülkemiz de Roma hukuku temeline sahip Batı Avrupa hukuk sistemine dahil oldu. Bu nedenle kabul edilen yeni hukuk sistemindeki kavramların dayanağını oluşturan Roma hukukunu incelemek de, bir zorunluluk haline gelmiştir. Ceza koşulunun (*stipulatio poenae*) da kanunlardaki düzenlemesinden önce, Roma hukukunda ne şekilde uygulandığı bilmek, günümüz kurallarına dayanak oluşturması ve ışık tutması bakımından önemlidir.

Roma hukukunda borçlu, borcunu hiç veya gerektiği gibi yerine getirmediğinde, zararı tazmin etmesi gerekirdi. Özellikle de *formula* yargılaması döneminde, mahkumiyet mutlaka bir miktar paraya ilişkin olacağından, hakim zararın miktarını tespit etmeliydi. Zaten konusu para olan borçlarda, hakim zararın tespiti herhangi bir zorluk çıkarmamaktaydı. Ancak konusu paradan başka bir şey olan borçların takip edilebilmesi de, bu edimlerin karşılığının mutlaka bir miktar para olarak tespit edilmesi zorunluluğunu da doğurmaktaydı. Bu nedenle konusu belirli olmayan yapma veya yapmama davranışlarının icrası, ancak belirli bir miktar paranın ceza koşulu olarak belirlenip taahhüt edilmesiyle dolaylı olarak icra edilebilir hale gelmekteydi. Ayrıca

belirtilen davranışa aykırı hareketin gerçekleşmesiyle, oluşacak zararın önceden götürü bir miktarla tespit edilmesi de amaçlanırdı. Yani paradan başka bir edimin talebi de, mahkumiyetin mutlaka bir miktar paraya ilişkin olması kuralı sebebiyle, bir tazmin borcu olmak zorundaydı. İşte ceza koşulu (*stipulatio poenae*) da, Romalı hukukçuların titiz uygulamaları sonucunda, bu kapsamda uygulanmaya başlanmış olmalıydı. Tarihsel bakımdan daha önce ortaya çıkmış olan bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluyla, taahhüt edilmeyen bir davranışın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesine bağlı olarak, bir miktar para önceden *stipulatio poenae* olarak kararlaştırılırdı. Kararlaştırılan miktarın muhtemelen fazla bir miktar olması, taahhüt eden kimseyi o davranışı gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmemeye yöneltirdi. Çünkü aksi davranış, ceza koşulunun muacceliyeti sonucunu doğuracağından, bağımsız ceza koşulundan kaynaklanan davaya başvurulabilirdi. Taraflar arasında bir borcun konusunu oluşturmayan yapma veya yapmama edimlerinin icrası, ancak bağımsız ceza koşuluyla dolaylı bir şekilde sağlanabilirdi. Bu nedenle yapma veya yapmama edimlerindeki belirsizliğin giderilmesi, bağımsız ceza koşuluyla mümkün olurken, yine örneğin günümüz hukukunda kabul edilen üçüncü kişi yararına sözleşmeyle veya üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyle elde edilmek istenen sonuçlara ulaşmanın elverişli yolu da bağımsız ceza koşuluydu.

Tarihsel bakımdan bağımsız ceza koşulundan daha sonra ortaya çıkmış gerçek ceza koşuluyla ise, borçlu, borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesine bağlı olarak bir miktar parayı ödemeyi önceden *stipulatio poenae* ile taahhüt ederdi. Ana borca bağlı gerçek ceza koşulu miktarı, borçlunun borcunu kararlaştırılan şekilde yerine getirmesi bakımından daha fazla çaba göstermesini ve borcun ifa edilmemesiyle doğacak zararın önceden götürü bir şekilde tespit edilmesini sağlardı. Böylece aslında zararın hakim tarafından tespit edilmesinin de önüne geçilmiş olurdu.

Ceza koşulunun Roma hukukundaki bu iki türünün işlevleri, birçok alanda ceza koşulundan faydalanmayı sağlamıştı. Ceza koşulunun uygulama alanlarının çeşitliliği nedeniyle, ilgili metinler de *Corpus Iuris Civilis*'te dağınık bir halde bulunmaktadır. Görüşlerinin titizliği ve mükemmelliği kabul edilen Romalı hukukçular, günümüz hukukunda da esasen benzer durumlara neden olan anlaşmazlıklara çözüm üretmiş ve ceza koşulu kavramının gelişmesine neden olmuşlardır. Romalı hukukçular, somut uyuşmazlıklar üzerinden yola çıkıp adalete ve hakkaniyete uygun kararlar verdiği için, ceza koşulu kavramı da somut uyuşmazlıklar çerçevesinde verilen kararlar üzerine meydana gelmişti. Bu nedenle, diğer birçok kavramda olduğu gibi, ceza koşulu kavramı da, Romalı hukukçuların somut uyuşmazlıklar çerçevesinde verdiği kararların bir bütününden oluşmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmayla Roma hukukunda ceza koşulunun özellikleri, yeri geldiğinde Romalı hukukçuların somut uyuşmazlıklar üzerine verdiği kararlarla açıklanmaya çalışılacaktır. Ceza koşulunun uygulama alanının genişliğine paralel olarak, ceza koşulunun muacceliyetiyle ilgili durumlar, özellik gösteren her bir ceza koşuluyla ilgili olarak ayrı bir şekilde açıklanacaktır. Bunlara ek olarak ceza koşulunun günümüz hukukundaki benzer uygulamalarına ise, yeri geldiğinde dipnotlarda genel bir şekilde yer verilecektir. Bu kapsamda çalışma üç ana bölüme ayrılmıştır:

Birinci bölümde ceza koşulu kavramına karşılık gelen *stipulatio poenae*'nin birincil kaynaklarda geçen *poena* olarak açıklaması yapılmış ve *poena* kavramının diğer anlamları üzerinde durulmuştur. *Stipulatio poenae*'nin ortaya çıkış sürecinden bahsedilmiş ve diğer bazı hukuki kavramlarla farklılıkları açıklanmıştır. Ceza koşulunun Roma hukukunda kullanılış biçimleri olarak bağımsız (gerçek olmayan) ve gerçek ceza koşulunun yapısı ortaya konup, ceza koşulunun bünyesinde barındırdığı işlevlerinden bahsedilmiştir.

İkinci bölümde ceza koşulunun kararlaştırılması ve ceza koşulunun muacceliyeti incelenmiştir. Ceza koşulunun muacceliyeti için borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da bağımsız ceza koşulunda aykırı hareketin gerçekleşmesi ve borçlunun kusurunun gerekip gerekmediği meselesi üzerinde durulmuştur. Her ne kadar tarafların amacına uygun olduğu takdirde, kurulma şartlarına bağlı olarak, sözleşmelere ceza koşulu eklenip borçlar hukuku alanında sıkça kullanılsa da, özellikle davalının davada hazır bulunması (*vadimonium*), tahkim (*compromissum*), alım satım sözleşmesinde zapt tehlikesine karşı (*stipulatio duplae*) ya da deniz ödücü (*poenae traeicticiae pecuniae*) için ceza koşulunun kararlaştırılması özellik göstermekteydi. Bu nedenle de ceza koşulunun muacceliyeti, muacceliyet anı veya gerçekleşmiş olan ceza koşulunun artık ortadan kalkmaması kuralının istisnaları, bu kavramlardan yola çıkılarak açıklanmıştır. Vadesi belirli olan veya belirli olmayan edimler hakkında kararlaştırılan ceza koşulunun muacceliyet zamanıysa, hukukçuların farklı görüşleri belirtilerek incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, ceza koşulunun hükümsüzlük sebepleri belirtilip, ceza koşuluyla ana borç arasında ne şekilde bir ilişki olduğu ortaya konmuştur. Roma hukukunda bir hakkın talep edilebilmesi, onun bir davayla talep edilebilmesine bağlı olduğundan, ceza koşulu hangi amaçlarla kararlaştırıldıysa, muacceliyetten sonra da ona uygun olacak şekilde ana edimle birlikte, her ikisinden biri veya sadece ceza koşulu miktarı talep edebilirdi. Ceza koşulu muacceliyetinin sonuçları da, ana edimin ve/veya ceza koşulunun talep edilebilmesi kapsamında açıklanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA *STIPULATIO POENAE* (CEZA KOŞULU) KAVRAMI, TÜRLERİ VE İŞLEVLERİ

I. ROMA HUKUKUNDA *POENA* KAVRAMI

A. *POENA* KAVRAMININ CEZA KOŞULU¹ (*STIPULATIO POENAE*) ANLAMINDA KULLANILMASI

1. Kavram

Türkçe kısaca “ceza” anlamına gelen Latince “*poena*”² kelimesinin, Roma hukukunda değişik hukuki kavramlara karşılık gelen kullanımları bulunmaktadır. Bunlardan biri de, bu çalışmanın konusu olan ceza koşulunun Roma hukuku kaynaklarında, *poena* olarak yer almasıdır³. Roma hukuku kaynaklarında ceza koşulunun *poena*, yani ceza olarak geçmesinin nedeni, Eski Hukuk Dönemi’nde ceza ve

¹ Roma hukukunda ceza koşulu, günümüz Türk hukukunda 818 sayılı BK md. 158-161’de “cezai şart” olarak düzenlenmişken, 6098 sayılı TBK’de genel hükümler başlıklı birinci kısmın, borç ilişkilerinde özel durumlar başlıklı dördüncü bölümün bağlanma parası, cayma ve “ceza koşulu” başlığı altında m. 179-182’de düzenlenmiştir. Söz konusu kavram, TBK’nin hazırlanma amacına uygun olarak arılaştırılmış ve içerik bakımından esaslı bir değişiklik geçirmemiştir.

² Latince *poena* kelimesi, tıpkı hapisane anlamında olan *carcer* veya *ludimiae* gibi Yunanca’dan gelmektedir (*ποινή*, dor. *πονά*). Kaynağı Yunanca olduğu düşünülen *poena*, ilk olarak XII Levha Kanunu’nda, çoğul form halinde ve özel suçun karşılığı olarak ödenen “diyet” anlamında kullanılmıştır. Bu metin şu şekildedir: VIII 4:“*si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt.*” “Eğer başkasına zarar vermişse ceza yirmibeş [aes] olacaktır.” İlerleyen zamanlardaysa, *poena* farklı anlamlara da gelmeye başlamış ve en geç *Cicero*’nun yaşadığı dönemden itibaren, sadece “özel suçlardan kaynaklanan diyet” anlamında değil de, “ceza” niteliği baskın gelecek biçimde ve Latince *damnum*, *noxa*, *multa*, *supplicium* kelimelerinin anlamını da kapsar halde, kamu suçlarından kaynaklanan “cezalar” için de kullanılmaya başlanmıştı (Fuhrmann, M., “poena”, *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, Supplementband IX Acilius-Utis*, Stuttgart, Druckenmüller Verlag, 1962, s.843-846; Koschaker, P./Ayiter, K., *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir, 1993, s. 260; Türkçe metin Sandalcı, S., *On İki Levha Yasaları*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1993, s. 53).

³ Ceza koşulu anlamında kullanılması hakkında örn. bkz. *Paul. D. 12. 1. 40; Pomp. D. 46. 3. 4; Hermogenianus D. 2. 15. 16; Paul. D. 5. 3. 24; Ulp. D. 2. 10. 1. 3; Ulp. D. 2. 11. 9. 1; Paul. D. 2. 11. 10. 1; Pomp. D. 45. 1. 5. 4; D. 45. 1. 68; Ulp. D. 22. 1. 44; Pomp. D. 45. 1. 5. 3; Pomp. D. 45. 1. 90; C. 4. 32. 15; Ulp. D. 3. 5. 1; Ulp. D. 3. 5. 12* (Mommesen, T., *Römisches Strafrecht*, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1899, Darmstadt, 1990, s. 14; Heumann, H./Seckel, E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10. Aufl., Graz, 1958, s. 435; Jörs, P./Kunkel, W./Wenger, L. (neu bearbeitet von Honsell, H./Mayer-Maly, T./Selb, W.): *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, 1987, s. 239; Umur, Z., *Roma Hukuku Lügati*, İstanbul, 1983, s. 157).

maddi tazminat arasında bir fark görülmemesiydi. Zira o zamanlarda özel ceza, günümüz hukukundaki tazminatı da kapsamaktaydı⁴.

Günümüz hukukunda olduğu gibi, Roma hukukunda da, taraflar, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda bir miktar para veya başka bir şeyin verileceğini önceden kararlaştırmışlarsa, ceza koşulu yani *poena* söz konusu olurdu. Burada ana borcun yanında, ceza koşulu ona bağlı olarak yer alırdı. Ceza koşulundan bahseden kaynaklara bakıldığında, ceza koşulunun tanımı şu şekilde verilebilir:

Roma hukukunda ceza koşulu, borçlunun belirli bir davranışa aykırı hareket etmesi halinde, bir miktar para ödeyeceği taahhüdünde bulunmasıydı⁵. Ancak günümüz Türk hukukunun aksine, Roma hukukunda ceza koşulu, iki şekilde karşımıza çıkmaktaydı. Bu nedenle tanım yapılırken, ceza koşulunun iki türünden de bahsetmek gerekir. İlk olarak, Türk Hukuku'nda da ceza koşulu dendiğinde anlaşılan gerçek ceza koşulu, yapma veya yapmama şeklindeki bir edimin hiç veya kararlaştırıldığı gibi yerine getirilmemesi halinde ödenecek olan bir miktar paranın taahhüt edilmesi idi. Yani gerçek ceza koşulu, önceden kararlaştırılan bir borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesine bağlı olarak, asıl borca eklenen ceza koşuluydu. Buna karşılık gerçek olmayan veya bağımsız ceza koşulu olarak ifade edilen ceza koşuluysa⁶, önceden borçlanılmamış bir yapma veya yapmama şeklindeki hareketin gerçekleşmesini sağlayan ceza koşulu türüydü. Bu nedenle de gerçek olmayan ceza koşulunda, taraflar

⁴ Sjögren, W., *Ueber die Römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden*, Berlin, 1896, s. 5.

⁵ Accarias, C., *Précis de Droit Romain*, Tome Second, Troisième Édition, Paris, 1882, s. 299; Kaser, M., *Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt Das Altrömische Das Vorklassische und Klassische Recht*, Zweite, neubearbeitete Aufl., 1971 s. 519.

⁶ TUNÇOMAĞ, “bağımsız veya gerçek olmayan ceza koşulu” kavramını kullanmışken, von TUHR’un eserini Türkçeye çeviren EDEGE, “nâkıs cezaî şart veya şibih cezaî şart” ifadesini kullanmış, ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU ise “gerçek olmayan ceza koşulu” kavramını tercih etmiştir (Tunçomağ, K., *Türk Hukukunda Cezai Şart*, İstanbul, 1963, s. 9, 39-40; von Tuhr, A. (Çev.: Cevat Edege), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, Cilt 1-2, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara, 1983, s. 772; Erdoğan, B./Tahiroğlu, B., *Roma Hukuku Pratik Çalışmaları –Meseleleri-*, İstanbul, 2014, s. 244).

arasında şarta bağlı ve sadece ceza koşulu edimine yönelik bir borç söz konusuyken; gerçek ceza koşulunda, ana borç ve ona bağlı ceza koşulundan doğan borç olmak üzere iki borç bulunurdu⁷.

İsviçre Borçlar Kanunu, Alman ve Fransız Medeni Kanunları gibi, 818 sayılı BK ve TBK de, ceza koşulunu tanımlamamıştır⁸. Ancak doktrinde ceza koşulunun unsurları ve amacından hareket edilerek bu kavram tanımlanmıştır. Bu tanımlar incelenecek olursa, ilk olarak ceza koşulunun, borçlunun borcunu hiç ifa etmediği veya eksik ifa ettiği ya da belirlenen yer veya zamanda ifa etmediği hallerde ödenmesi gereken edim olarak tanımlandığı görülür⁹. Ceza koşulunun bir diğer tanımıysa, söz konusu durumlarda ödenmesi gereken edimin kararlaştırıldığı hukuki işlemdir^{10 11}.

“Ceza koşulu” kavramı kelime yapısı bakımından, “ceza” ve “koşul” kavramlarından oluşsa da, “ceza” ifadesi, kamu hukuku anlamında bir ceza değilken, “koşul” kavramı da, “hukuki işlemin doğurması gereken hukuki sonuçların bağlandığı,

⁷ Accarias, s. 300; Girard, P. F./Senn, F., **Manuel Élémentaire de Droit Romain**, Huitième édition revue et mise à jour, Paris, 1929, s. 702-703; Kaser, RP I, s. 519-520; Kunkel/Honsell, s. 239; Knütel, R., **Stipulatio Poenae, Studien zur römischen Vertragsstrafe**, Köln, 1976, s. 32-33; Erdoğan/Tahiroğlu, s. 243-244.

⁸ OR Art. 160-163; BGB §339-345, Ccfr. Art. 1231-5.

⁹ Arsebük, E., **Borçlar Hukuku**, C. I, II (Tekrar gözden geçirilmiş ve bazı ilave ve tadiller yapılmıştır), Üçüncü Basım, Ankara, 1950, s. 980; Tunçomağ, s. 6; Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., **Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, 1993, s. 341; Kocaağa, K., **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart** (BK. m. 158-161), Ankara, 2003, s. 34; Uygur, T., **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Dördüncü Cilt (Madde 109-213)**, Ankara, 2003, s. 4257; Akkayan Yıldırım, A., “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **İÜHF 2003**, C. LXI, S. 1-2, s. S. 365, 366; Karagöz, V., **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Ankara, 2006, s. 23, 24; Eren, F., **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, 2012, s. 1181.

¹⁰ Saymen, F. H./ Elbir, H. K., **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul, 1966, s. 834; Funk, F. (Çev.: Hıfzı Veldet, Cemal Hakkı Selek): **Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler**, İstanbul, 1972, s. 228, 229; Feyzioğlu, F. N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, (Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası), İstanbul, 1977, s. 388; von Tuhr, s. 763; Velidedeoğlu, H. V./Özdemir, R., **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)**, Ankara, 1987, s. 333; Dirican, G., **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, 2007, s. 15, 16; Oğuzman, M. K./Öz, M. T., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, C. II, İstanbul, 2012, s. 503.

¹¹ Tunçomağ, s. 1-2; Eren, s. 1181; Kocaağa, s. 33.

ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen olgu” anlamında olmayıp¹², bir hukuki işlemde yer alan “kayıt, hüküm=clause” anlamındadır¹³.

Ceza koşulunun günümüz hukukundaki yukarıda verilen tanımlarına paralel olarak, Roma hukukunda da ceza koşulu (*poena*), ana borca *stipulatio*¹⁴ yoluyla eklenirse, *stipulatio poenae* meydana gelirdi. Bu nedenle aslında *stipulatio poenae* ile, ceza koşulunun taahhüt edilmesi ifade edilirdi. *Stipulatio poenae* ile kararlaştırılan ceza koşulu edimi de, *poena*’yı oluşturmaktaydı¹⁵.

Poena, kural olarak¹⁶ *stipulatio* şeklinde kararlaştırılmasına karşılık, bazen de iyiniyet sözleşmelerine şekilsiz *pactum*’larla eklenebilirdi¹⁷. Buna ek olarak, Roma hukukunda borçlu olunmayan bir şeyin gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi ihtimaline

¹² Koşul kavramı, günlük dilde bir durumun, kimsenin veya bir nesnenin bulunduğu şekli ifade etmek için kullanılırken, bilimde iki şeyin birbirine bağlı olduğu şey anlamında kullanılmaktadır. Hukuk dilinde koşul, biri geniş, bir diğeri de dar olmak üzere iki anlama sahiptir: geniş anlamıyla koşul, hukuki işleme konulan kayıtlarla, hukuki işlemin esaslı unsurlarını, o hukuki işlemin nedenini veya içinde bulunulan durumun özellik taşımasını anlatır. Dar ve teknik anlamıyla koşul ise, tarafların, bir hukuki işlemin sonuç doğurmasını veya doğan sonuçlarının ortadan kalkmasını bağladığı gelecekteki gerçekleşmesi şüpheli olan olaydır (Şart kavramı hakkında bkz. Akıntürk, T., “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme”, *AÜHFD*, 1970, C. XXVII, S. 3-4, s. 221-224; Pulaşlı, H., *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, 1989, s. 6 vd.; Sirmen, L., *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara, 1992, s. 17 vd.; Oğuzman/Öz, s. 491-493).

¹³ Oğuzman/Öz, s. 503, dn. 373.

¹⁴ Ceza koşulunun Roma hukukunda kararlaştırılma şekli normal olarak *stipulatio* idi. *Stipulatio* ile her türlü borç doğduğu için, uygulamada çok kullanılmaktaydı. *Stipulatio*’nun geçerli bir şekilde kurulması için, alacaklı (*stipulator*) tarafından sorulan soruya, borçlunun yani taahhüt edenin (*promissor*) hemen ve kayıtsız şartsız cevap vermesi gerekirdi. *Stipulatio* ile sadece taahhüt eden (*promissor*) borç altına girdiğinden, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmeydi. Sağır, sorulan soruyu duymadıklarından; dilsizler de, konuşamadıklarından *stipulatio*’yu yapamazdı. Ayrıca soru ve cevap, tek bir işlemi (*unitas actus*) oluşturduğu için, *stipulatio* yalnızca hazırlar arasında yapılabilirdi. Buna ek olarak, *stipulatio*, yalnızca belirli sözcüklerin kullanılmasıyla yapılabilirdi. *Ius civile*’ye göre sadece Roma vatandaşları arasındaki *stipulatio*, alacaklının *spondes*? (taahhüt ediyor musun?) sorusuna, borçlu tarafından verilen *spondeo* (taahhüt ediyorum) cevabıyla oluşurdu. Ancak *stipulatio* erken zamanda *ius gentium*’a dahil olduğu için, hem Roma vatandaşlarının hem de yabancıların kullanabileceği kelimeler ise, *dabisne*? (verecek misin?) *dabo* (vereceğim); yapacak mısın? yapacağım; *promittisne*? (vaad ediyor musun?) *promitto* (vaat ediyorum)’dan oluşmaktaydı. Geçerliliği şahit huzurunda yapılmasına veya yazılı belge düzenlenmesine bağlı olmayan *stipulatio*, Romalıların söze ne kadar önem verdiğini göstermektedir (Rado, T., *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1978, s. 86-88; Koschaker/Ayiter, s. 207).

¹⁵ Hatta hem ana borç hem de ceza koşulu *stipulatio* aracılığıyla taahhüt edilmişse, KNÜTEL’in ifadesine göre *doppelstipulatio* meydana gelirdi (Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 27, 65 vd.).

¹⁶ Kunkel/Honsell, s. 239.

¹⁷ Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, s. 634, 718; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 101; Umur, Lügat, s. 159, 204.

bağlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu, yani bağımsız veya gerçek olmayan ceza koşulu da, *poena* şeklinde ifade edilirdi¹⁸.

2. Terminoloji

Roma hukuku kaynaklarında hem gerçek hem de bağımsız veya gerçek olmayan ceza koşulu, sadece “*poena*” olarak yer almaktadır. Ancak Roma hukukunda ceza koşulu çoğunlukla *stipulatio* aracılığıyla taahhüt edildiğinden, ceza koşulunun kararlaştırıldığı hukuki işlem “*stipulatio poenae*” olarak ifade edilmektedir. O halde *stipulatio poenae* ile, borcun hiç veya kararlaştırıldığı gibi yerine getirilmemesi halinde ceza koşulunun taahhüt edilmesi, yani ceza koşulunun kararlaştırılması ifade edilmektedir.

Ceza koşulu Roma hukukunda genellikle *stipulatio* aracılığıyla taahhüt edilmekteydi; ancak, iyiniyet sözleşmelerine, *pactum* aracılığıyla da eklenebilirdi. Ceza koşulunun bu yapılma şeklinin, *stipulatio* aracılığıyla yapılan şeklinden ayırt edilmesini sağlayan herhangi bir kavram da bulunmamaktaydı. Çünkü Romalı hukukçular, ceza koşulunun *stipulatio* veya *pactum* aracılığıyla yapılması sonucunda ödenmesi gereken miktarı ifade etmek için, hep *poena* kavramını kullanmıştı.

Roma hukukunda “*stipulatio poenae*”nin Türkçe karşılığı olarak: RADO, *stipulatio* yoluyla konulan ceza şartı¹⁹; UMUR, ceza *stipulatio*’su veya cezaî şart²⁰; KOSCHAKER/AYİTER, cezai şart *stipulatio*’su²¹; BERKİ, ERDOĞMUŞ, TAHİROĞLU, TAMER, SOMER, KAYAK cezai şart²² ifadesini kullanmışlardır.

¹⁸ Roma hukukunda her iki ceza koşulunun da birbirinden ayırt edildiği *Pap. D. 45.1.115.2* metni hakkında bkz. aşağı. Birinci Bölüm, IV, A; İkinci Bölüm, IV, B, 3.

¹⁹ Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 101.

²⁰ Umur, *Lügat*, s. 204; Di Marzo, S. (Çev. Ziya Umur), **Roma Hukuku**, İstanbul, 1959, s. 374.

²¹ Koschaker/Ayiter, s. 210.

²² Berki, Ş., **Roma Hukuku**, Ankara, 1949, s. 310; Erdoğan, B., **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İkinci Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 62 vd.; Tahiroğlu, B., **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 140; Tamer, D., **Roma Hukuku Uygulamaları**, 2. Baskı, İstanbul, 2009, s. 66, 158; Somer, P., **100 Soru-100 Cevap Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2010, s. 48; Kayak, S., “Roma Hukukunda Cezai Şart”, **İÜHF**, 2006, C. LXIV, S. 1, s. 237-258.

Ancak biraz önce belirtilen yazarların eserleri 6098 sayılı TBK'nin kabulünden önce yayımlandığından, söz konusu kavramın günümüz Türk hukukundaki karşılığı için, “ceza koşulu” yerine, “cezai şart” kavramı kullanılmıştı. Nitekim ERDOĞMUŞ'un 6098 sayılı TBK'nin kabulünden sonra yayımlanan kitabında *stipulatio poenae*, ceza koşulu olarak ifade edilmiştir²³.

Biz de Roma hukukunda gerçek ve gerçek olmayan ceza koşuluyla elde edilmek istenen miktarı ifade etmek için Latince *poena* veya Türkçe karşılığı olarak ceza koşulu kavramını kullanacağız. Ancak bazen de ceza koşulunun kararlaştırılma şeklini ifade etmek için Latince *stipulatio poenae* veya Türkçe karşılığı olarak ceza koşulunun *stipulatio* aracılığıyla taahhüt edilmesi veyahut da ceza koşulu *stipulatio*'su ifadesini kullanacağız. Buna karşılık ceza koşulunun *pactum* yoluyla kararlaştırılması için ayrı bir kavram kullanmayıp, bu hukuki işlemin konusunu oluşturan ceza koşulu edimi için de, *poena* kavramından yararlanacağız.

Roma hukukundaki “*stipulatio poenae*” kavramı, 818 sayılı BK dördüncü bab, üçüncü fasıl m. 158-161'de düzenlenen “cezai şart” terimine²⁴, 6098 sayılı TBK dördüncü bölüm, üçüncü ayırım m. 179-182'de ve genel hizmet sözleşmesiyle ilgili m. 420/I, m. 436/II ve III'te düzenlenen “ceza koşulu” terimine²⁵, TMK m. 119/II'de “ceza şartı”²⁶, TTK m. 22'de “sözleşme cezası”²⁷ kavramına karşılık gelmektedir. Doktrinde

²³ Erdoğan, B., **Roma Borçlar Hukuku Dersleri** 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul, 2014, s. 67. Ayrıca bkz. Erdoğan/Tahiroğlu, s. 243.

²⁴ BK m. 158/I: “Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir.”

²⁵ TBK m. 179/I: “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.” TBK m. 420/I: “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.”

TBK m. 446/II: “Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.”

TBK m. 446/III: “İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı hakkı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.”

²⁶ TMK m. 119/II: “Evlenmeden kaçınma hâli için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.”

de çoğu yazar, TBK'nin kabulünden önceki dönemde, kanuna sadık kalarak “cezaî şart” kavramını kullanırken²⁸, bazı yazarlar da cezaî şart kavramının yanında “sözleşme cezası” kavramını da kullanmış²⁹, bazı yazarlar da “cezaî akit kaydı” terimini kullanmıştır³⁰. Bunun yanında “ceza koşulu” teriminin kullanımı TBK'nin yürürlüğe girmesine paralel olarak artmışken, yeni TBK'nin kabulünden önce de, bu kavramı kullanan yazarlar bulunmaktadır³¹.

Ceza koşulu, İsviçre hukukunda, OR Art. 160-163 arasında Almanca metninde “Konventionalstrafe” kavramıyla, Fransızca metninde “la peine conventionnelle” kavramıyla ifade edilirken³²; BGB § 339-345’de “Vertragsstrafe”³³; ABGB § 1336’da madde başlığında “Conventional-strafe” ve madde içerisinde de “Konventionalstrafe”

²⁷ TTK m. 22: “Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 inci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.”

²⁸ Arsebük, s. 980 vd.; Tunçomağ, s. 5; Feyzioğlu, s. 388 vd.; Akkayan Yıldırım, s. 364; Uygur, s. 4257 vd.

²⁹ Oğuzman/Öz, s. 503. Bu yazarlar borçlunun borcunu gerektiği gibi yerine getirmemesi halinde, ceza koşulu şeklinde bir miktar edimin, sözleşme cezası olduğunu belirtmektedir.

³⁰ Saymen/Elbir, s. 833 vd.

³¹ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 333-339.

³² Art. 160 OR: “¹Wenn für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung eines Vertrages eine Konventionalstrafe versprochen ist, so ist der Gläubiger mangels anderer Abrede nur berechtigt, entweder die Erfüllung oder die Strafe zu fordern...”

Art. 160 CO: “¹Lorsqu’une peine a été stipulée en vue de l’inexécution ou de l’exécution imparfaite du contrat, le créancier ne peut, sauf convention contraire, demander que l’exécution ou la peine convenue...” BeckOGK/Ulrici, 1.5.2017, BGB § 339 Rn. 111 (Erişim Tarihi: 16.06.2017). Ayrıca bkz. Hansjörg, P., **Texte zum römischen Obligationenrecht mit Verweisen auf das schweizerische Recht. Textes de droit romain des obligations avec références au droit suisse**, Zürich, 1997, s. 103.

³³ Önceleri § 420 E I’de de kullanılan “Konventionalstrafe” ifadesinin aksine, ikinci komisyon yabancı kelimelere uygun Almanca karşılık belirleme amacı nedeniyle, “Vertragsstrafe” terimini tercih etmişti. Bu nedenle BGB “Vertragsstrafe” kavramını kullanmış, ancak bu kavrama tanım getirmemiştir. §339 Vertragsstrafe’nin muacceliyet şartlarını, §§340-342 Vertragsstrafe’nin muacceliyetiyle birlikte, alacaklının haklarını, §343 hakim in indirim yapma yetkisini düzenlemekteyken, § 344 ceza koşulunun ana edim karşısında fer’iliğini ve yasaklanan bir edimin ceza koşuluyla dolaylı yoldan icrasının yasakladığını ifade etmektedir. § 345 ise, ispat yükünü düzenlemektedir (Hermann, H.-G.: Kommentar von §§ 336-345 (Draufgabe, Vertragsstrafe), in **Historisch-kritischer Kommentar zum BGB**, Bd. II Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§241-431, 2. Teilband: §§305-432, Tübingen 2007, Rn. 13, s. 2044, 2045).

BGB’de Vertragsstrafe’nin (ceza koşulunun) muacceliyet şartlarının ifade edildiği metin aşağıda verilmiştir:

§ 339 Verwirkung der Vertragsstrafe

¹ Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. ² Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

olarak ifade edilmiştir³⁴. Ayrıca Fransızca “la clause pénale” olarak ifade edilen ceza koşulu, Ccfr. Art. 1231-5’de düzenlenmiştir³⁵.

3. Hukuki Nitelik

Romalı hukukçular, somut hukuki uyumsuzlukları çözüme ulaştırırken, hukuki kavramları açıklamaktan ziyade, bu hukuki kavramların sonuçlarıyla ilgilenmişlerdi. Yani Romalı hukukçular, günümüz hukukunda ceza koşulu olarak tanımlanan *stipulatio poenae*’nin hukuki niteliğini açıklamamış³⁶; bunun yerine somut uyumsuzluklarda *stipulatio poenae*’nin hukuki sonuçları üzerinde durmuşlardı. Bu nedenle günümüz hukukçuları³⁷ da, Roma hukukunda *stipulatio poenae*’nin hukuki niteliği hakkında açıklama yapmaktan ziyade, *stipulatio poenae*’nin türleri, muacceliyeti, hükümsüzlüğü gibi durumları açıklamaktadırlar. Ancak yine de bazı hukukçular, bu kavrama uygulanacak kuralların onun hukuki niteliğinin bir sonucu olarak meydana geldiğini

³⁴ HKK/Hermann §§336-345, Rn. 13; BeckOGK/Ulrici, 1.5.2017, BGB § 339 Rn. 107 (Erişim Tarihi:16.06.2017).

§ 1336 Bedingung des Vergütungsvertrages (Conventional-Strafe)

(1) Die vertragschließenden Teile können eine besondere Übereinkunft treffen, daß auf den Fall des entweder gar nicht oder nicht auf gehörige Art oder zu spät erfüllten Versprechens ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag entrichtet werden solle (§ 912). Der Schuldner erlangt mangels besonderer Vereinbarung nicht das Recht, sich durch Bezahlung des Vergütungsbetrages von der Erfüllung zu befreien. Wurde die Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes versprochen, so kann sie neben der Erfüllung gefordert werden...” (<http://www.jusline.at/index.php?cpid=ba688068a8c8a95352ed951ddb88783e&lawid=1&paid=1336&mypa=1208>) (Erişim Tarihi: 13.10.2015)

³⁵ BeckOGK/Ulrici, 1.5.2017, BGB § 339 Rn. 103 (Erişim Tarihi: 16.06.2016).

Ccfr. 1231-5 Abs. 1: “Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.”

(<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=L EGIARTI000032010131>) (Erişim Tarihi: 16.6.2017)

³⁶ Borçlunun borcunu hiç veya eksik ya da zamanında veya belirlenen yerde yerine getirmemesine bağlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu, günümüz hukukunda önceden taraflar arasındaki bir borca ek olarak kararlaştırıldığı için fer’i bir borç iken, söz konusu anlaşmadan doğan borç da, “bir tür geciktirici koşula bağlı edim borcudur.” Bu nedenle de, taraflar arasında ceza koşuluna ilişkin çıkan anlaşmazlıklarda, ilkin TBK m. 179-182 hükümleri uygulanırken; boşluk bulunması halinde, niteliğine uyduğu ölçüde koşula ilişkin hükümlere başvurulmaktadır (Oğuzman/Öz, s. 519; Eren, s. 1183).

³⁷ Kreller, H.: **Römisches Recht II., Grundlehren des gemeinen Rechts romanistische Einführung in das geltende Privatrecht**, Wien, 1950, s. 333 vd.; Siber, H.: **Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung**, Ester und Zweiter Band, 2. unveränderte Auflage, Darmstadt, 1968, s. 260 vd.; Kaser, RP I, s. 519 vd.; Kunkel/Honsell, s. 238 vd.; Honsell, H., **Römisches Recht**, Siebte, ergänzte und aktualisierte Auflage, Berlin-Heidelberg, 2010, s. 92.

ifade etmektedir. Bu kapsamda ilkin ACCARIAS'a göre, ceza koşulu şarta bağlı bir *stipulatio* idi³⁸.

GIRARD'a göre de, genellikle ceza koşulunun geçerliliği ve şart olarak kararlaştırılan olayın sonuçları bakımından olmasa da, ceza koşulunda bir olayın kararlaştırılması bakımından, ceza koşulu bir tür şarta bağlı *stipulatio* niteliğindeydi³⁹.

SCHMIDLIN'e göre, Roma hukukunda *stipulatio poenae* (ceza koşulu), tarafların kararlaştırdığı edimin yerine getirilmesine hizmet eden bir araç olarak, geciktirici ve olumsuz iradi şartın⁴⁰ özel bir uygulama alanıydı. *Stipulatio poenae* ile borçlu, borcunu kararlaştırılan şekilde yerine getirmediğinde, önceden belli bir miktar para veya başka bir şeyi ödemeyi taahhüt ederdi. Bu nedenle SCHMIDLIN'e göre, *stipulatio poenae*,

³⁸ Accarias, s. 300-301.

³⁹ Girard/Senn, s. 661.

⁴⁰ Roma hukukunda *stipulatio* uygulaması, birçok hukuki kavramın belirlenmesini de beraberinde getirmiştir. Bunlardan bir tanesi de, şarttır (*conditio* veya *condicio*). Şart, gelecekte gerçekleşmesi beklenen objektif olay olmakla birlikte, eklendiği hukuki işlemin sonuçları da şartın gerçekleşmesiyle meydana gelirdi. Klasik Hukuk Dönemi'nde geciktirici şart bilinmekteydi, bozucu şart bilinmemekteydi. Günümüz hukukunda bozucu şart olarak kabul ettiğimiz durumlarda, Romalılar, dönme anlaşmasının geciktirici şarta bağlandığını kabul ederlerdi. Zira Romalı hukukçulara göre, günümüz hukukunda bozucu şart olarak kabul ettiğimiz hallerde, hukuki işlem hüküm ve sonuçlarını hemen doğururdu; fakat, şart dönme anlaşmasına eklendiğinden, şartın gerçekleşmesiyle birlikte hukuki işlemin etkileri de sona ererdi. Geciktirici şart, geleceğe ilişkin ve belirsiz bir olaydan ibaretti. Ancak bazen geciktirici şartın gerçekleşmesi “*si magistratum adieris (magistra olursan)*” örneğindeki gibi, sözleşme taraflarından birine bırakılmışsa “iradi geciktirici şart” söz konusu olurdu. Geciktirici şartın gerçekleşmesi, üçüncü kişinin iradesine veya başka bir olayın gerçekleşmesine bırakılmışsa da, “tesadüfi geciktirici şart” söz konusu olurdu. Bununla birlikte, “*si navis ex Asia venit (gemi Asya'dan geldiyse)*” örneğinde olduğu gibi, şart şimdiki zaman veya geçmişe ilişkinse ve taraflar söz konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini bilmiyorsa, şart olarak kabul edilmezdi. Romalı hukukçulara göre, sözleşmeye eklenen şartın gerçekleşmesiyle birlikte, o sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlardı (Bkz. *Iust. Inst.* 3.15.6). *Stipulatio* yapıldıktan sonra, şartın gerçekleşmesine kadar veya gerçekleşmemesinin kesinleşmesine kadar, *stipulatio* askıda olurdu (*condicio pendet*). Bu dönemde bir borç veya alacak, yine de geçerli bir sözleşmeye dayandığından, alacaklının beklenen hakkı korunurdu. Bu beklenen hak, borçlunun ve alacaklının mirasçılara geçebilir, bir teminatla garanti altına alınabilir veya *novatio*'nun konusunu oluşturabilirdi. Ayrıca, borçlu, şartın gerçekleşmesini engelleyen hallerden kaçınmalıydı. Aksi takdirde borçlu sorumlu tutulurdu. Şartın gerçekleşmesinden önce gerçekleşen ifa, borcu sona erdirmezdi. Şartın gerçekleşmesiyle birlikte, ifanın tekrarlanması gerekirdi (Örn. bkz. *Pomp. D.12.6.16*). İmkansız bir şart, *stipulatio*'ya eklenmişse, şart hiçbir zaman gerçekleşmeyeceğinden, dolayısıyla da söz konusu *stipulatio* hiçbir zaman doğmuş olmayacağından hükümsüzdü (Örn. bkz. *Gai. Inst.* 3.98). Ancak şartın hukuka aykırılığı bakımından günümüz modern hukukuyla, Roma hukuku arasındaki şu farka dikkat çekmek gerekir: Roma hukukunda *stipulatio*, şartın hukuka aykırı olması nedeniyle değil de, o *stipulatio*'nın amacının hukuka aykırı olması nedeniyle geçersiz olurdu. Ayrıca ölüm sebebiyle yapılan hukuki işleme, imkansız ya da hukuka veya ahlaka aykırı şart eklendiğinde, şart yok sayılırdı (Schmidlin, B./Cannata, C. A., **Droit Privé Romain II: Obligations, Successions, Procédure**, Lausanne, 1987, s. 59-63; Umur, Z., **Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi**, İstanbul, 1974, s. 448-458; Tahiroğlu, B./Erdoğan, B., **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2009, s. 189-196; Erdoğan/Tahiroğlu, s. 231-232).

geciktirici, iradi ve olumsuz şarttan kaynaklanan bir edim niteliğindeydi. Zira geciktirici şarta bağlı olması, ceza koşulunun muacceliyetinin edimin kararlaştırılan şekilde yerine getirilmemesine dayanırdı. İradi şarta bağlı olması, edimi yerine getirmemenin borçluya bağlı olmasından kaynaklanırken; olumsuz şart olmasıysa, ceza koşulunun, edimin yerine getirilmemesine bağlı olmasından kaynaklanmaktaydı. Ayrıca *stipulatio poenae*, asıl borcun yerine getirilmemesine bağlı olarak önceden kararlaştırılan bir miktar para olmasıyla, zararın tazminine de hizmet edip, dava açıldıktan sonra sadece *stipulatio poenae*'nin tazminiyle, zararın ayrıntılı ve uzun bir şekilde hesaplanması da önceden engellenmiş olurdu⁴¹.

MONIER, bağımsız ceza koşulunun, *Pap. D. 45.1.115 pr.*'ye dayanarak koşula bağlı *stipulatio* gibi yorumlandığını belirtmiştir⁴².

KNÜTEL de ceza koşulunun hukuki nitelendirilmesini belirtmemiş, ancak *stipulatio poenae*'nin hukuki sonuçlarıyla ilgili açıklamalarında Romalı hukukçuların bazen koşuldan yola çıktığını belirtmiş olmasına rağmen, bazı durumlarda *stipulatio poenae*'nin sadece koşula bağlı edim sonuçlarıyla değerlendirilmesinin yeterli olmadığını belirtmiştir. Buna ek olarak KNÜTEL, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun, *Papinianus*'un “*stipulatio quae a condicione coepit*”⁴³ ifadesine dayanarak, koşula bağlı bir *stipulatio* niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Ancak Romalı hukukçuların koşul (*condicio*) kavramını esnek bir şekilde ve her hukuki işlemin amacına uygulanır şekilde kullandığını da göz önünde bulundurarak, KNÜTEL bu

⁴¹ Schmidlin/Cannata, s. 63; Dunand, J.-P./Schmidlin, B./Winiger, B., **Droit Privé Romain II Obligations**, Bruxelles, 2010, s. 133. Aynı yönde bkz. Villers, R., **Rome et le droit privé**, Paris, 1977, s. 345.

⁴² Monier, R., **Manuel Élémentaire de Droit Romain, 2 tomes en un volume**, Tome 2, Les Obligations, Deuxième Réimpression des 5^e et 6^e Éditions de Paris 1947-1954, Aalen, 1977, s. 240.

⁴³ *Pap. D. 45.1.115.2* metni için bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 3.

hukuki nitelendirmede, bağımsız ceza koşulunun yapılış şeklini dikkate almış, hukuki niteliği ve etkileri hakkında bir ifade belirtmemiştir⁴⁴.

Yukarıda ifade edildiği üzere, doktrinde hakim görüş, Roma hukukunda ceza koşulunun, şarta bağlı bir borç olduğu yönündedir. Ancak tartışmalı olan husus, bu şartın ceza mı, tazminat mı yoksa şahsi teminat mı karakteri taşıdığı yönündedir⁴⁵. Ceza koşulunun, ceza karakterini haiz olduğu görüşünü savunan ACCARIAS, GIRARD ve CUQ'a göre⁴⁶, borcunu kararlaştırılan şekilde yerine getirmeyen boçlu, aslında ceza koşuluyla cezalandırılmaktaydı. Diğer bir görüşü savunan ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU'na göre⁴⁷, borçlu, kararlaştırılan şekilde borcunu yerine getirmediğinde, önceden kararlaştırılan bir miktar *poena*, aslında götürü tazminat⁴⁸ niteliğindeydi. ERDOĞMUŞ, alacaklının zararını karşılayan miktarın, önceden götürü bir şekilde kararlaştırılan *poena* ile talep edilebildiğini belirtmektedir⁴⁹. Alacaklının zararının önceden tespit edilmesini ifade eden *poena*, KNÜTEL'e göre bazen götürü tazminat görevi görürken, bazen de sadece alacaklının zararını tazmin fonksiyonu görürdü⁵⁰. Ancak KNÜTEL'e göre Roma hukuku kaynaklarında ceza koşulunun işlevlerinden olan zorlama fonksiyonundan ziyade, alacaklının zararını tazmin fonksiyonunu gösteren örnekler çoğunlukta olduğu için, ceza koşulunun tazmin niteliği ağır basmaktaydı. Yazar, Roma hukukunda ceza koşulu yanında ayrıca götürü tazminat anlaşmalarının varlığının ispat edilebilir olmadığını belirttikten sonra, ceza koşulunun bazen zararın önceden tespiti, bazen de götürü tazminat işlevini yerine getirdiğini belirtmiştir⁵¹. Bu husustaki diğer bir görüşü savunan UMUR, RADO ve SCHWIND'e

⁴⁴Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 29-30.

⁴⁵Kayak, *Cezai Şart*, s. 245.

⁴⁶Accarias, s. 299; Girard/Senn, s. 702-703; Cuq, É., **Manuel des Institutions Juridiques des Romains**, Seconde édition revue et complétée, Paris, 1928, s. 597.

⁴⁷Erdoğan/Tahiroğlu, s. 244; Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 67-68.

⁴⁸Bu hususta bkz. dn. 578.

⁴⁹Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 67.

⁵⁰Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 17.

⁵¹Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 17 dn.2, 53, 55.

göre ise⁵², ceza koşulu, bizzat borçlu tarafından borcun ifasını güvence altına alan bir taahhüt olmasına paralel olarak, şahsi teminat niteliğindedir⁵³.

Görüşümüze göre, bu konuda karar verebilmek için, tarafların amacı ve ceza koşulunun işlevleri göz önünde bulundurulmalıdır. Zira taraflar belli bir edimin yerine getirilmesini sağlamak için, eğer o edimi yerine getirmezse ek olarak bir de ceza koşulu kararlaştırılması yoluna gitmişse, o halde kamu hukuku anlamında olmasa da, borçlandığı edimden daha fazlasını yerine getirme baskısı oluşturması bakımından, ceza koşulu aslında bir bakıma özel cezayı ifade ederdi. Buna karşılık ceza koşulunun ilk olarak yapma veya yapmama edimlerinin icra edilmesi için ortaya çıktığı göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu edimlerin yerine getirilmemesi için kararlaştırılan ceza koşulu, götürü tazminat niteliğini haizdi. Buna ek olarak, taraflar ceza koşulunun ek olarak isteneceğini kararlaştırmamışlarsa, ceza koşulunun muacceliyetinden sonra kural olarak sadece ceza koşulu talep edilebileceğinden, ceza koşulu, önceden kararlaştırılan belirli miktar ile alacaklının zararının tazminini sağlardı.

B. POENA KAVRAMININ ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULU (STIPULATIO POENAE) DIŞINDAKİ KULLANIMLARI

Roma hukukunda *poena* kelimesi, günümüz hukukunda ceza koşulu terimine karşılık gelmekteyken, bu anlamından başka, kamu suçlarının (*delicta publica*)⁵⁴ ve özel suçların (*delicta privata*)⁵⁵ müeyyidesine, miras bırakanın son isteği olarak vasiyetine

⁵² Umur, Z., **Roma Hukuku Ders Notları, Usûl Hukuku-Borçlar Hukuku-Eşya Hukuku-Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 1999, s. 314-315; Rado Borçlar Hukuku, s. 101; Schwind, s. 282. Ana borca bağlı ek borç ya bizzat borçluyula ya da üçüncü bir kişiyle kurulduğunda, şahsi teminat oluşurdu.

⁵³ Kayak, Cezai Şart, s. 245-247.

⁵⁴ Kamu suçlarından doğan ceza anlamında örn. bkz. *Ulp. D. 50. 16. 1. 131; Lab. 50. 16. 1. 244; D. 48. 19. 1. 41; D. 19. 5. 1. 14. 1; D. 19. 5. 1. 42; D. 37. 4. 1. 1. 9; I. 1. 12. 3; D. 1. 6. 7; Ulp. D. 28. 3. 6. 6; Alf.D. 40. 1. 8 pr.; Ulp. D. 29. 2. 25. 3; D. 48. 19. 12; Marcianus D. 48. 19.17 pr.; Hermonogenianus D. 48. 19. 36.*

⁵⁵ Özel suçlardan doğan ceza anlamında örn. bkz. *Iust. Inst. 4. 6. 18; Ulp. D. 29. 4. 12. 1; Ulp. D. 2. 3. 1. 4; Paul. D. 27. 3. 2. 2; Ulp. 4. 2. 14. 11; Ulp. D. 4. 2. 14. 11; Ulp. D. 9. 2. 11. 2.*

eklediği yüklemelere⁵⁶ ve son olarak Roma usul hukukundaki bazı müeyyidelere karşılık olarak da kullanılmaktaydı⁵⁷:

1. Kamu Suçları veya Özel Suçlar Nedeniyle Mahkum Olunan Ceza⁵⁸

Anlamında Kullanımı

Roma hukukunda günümüz hukukundan farklı olarak, ceza hukukuna ilişkin olan suç ile özel hukuka ilişkin olan haksız fiil arasında ayrım yapılmamaktaydı. Yani bütün suçlar, aynı zamanda da haksız fiildi. Buna paralel olarak da suçlar, yani haksız fiiller, hem ceza yaptırımına hem de tazminat yaptırımına bağlanırdı. Ancak bazı suçlar, sadece ceza yaptırımına bağlanmaktaydı. Bu çerçevede, Roma hukukunda bir aile babasının öldürülmesi, vatana ihanet, devlet başkanına suikast veya düşmanla işbirliği gibi topluma zarar verdiği düşünülen suçlar⁵⁹ *delicta publica* veya *crimina* (kamu haksız fiilleri veya kamu suçları) olarak adlandırılmakta ve devlet adına cezalandırılmaktaydı. *Delicta publica*'ya (kamu suçlarına) karşı verilen cezalar ise, hayvanlara atılmak, asılmak, haca gerilmek, sürgün edilmek veya para cezası (*poena*) ödemek olabilirdi. Yani bazı *delicta publica*'lar (kamu suçları) nedeniyle mahkum olunan para cezası da,

⁵⁶ Bu hususta bkz. *I. 2. 20. 36; Afr. D. 34. 6. 1; Marcian. D. 34. 6. 2.*

⁵⁷ Monier, R., **Petit Vocabulaire de Droit Romain**, 3^e éd., Paris, 1942, s. 221; Umur, Lügat, s. 159; Fuhrmann, s. 843-861; Dunand, J.-P./Pichonnaz, P.: *Lexique de droit romain*, 2006, s. 128; Heumann/Seckel, s. 435.

⁵⁸ Roma hukukunda cezalar, mahkumun öldürülmesi, özgürlüğünü kaybetmesi veya vatandaşlıktan çıkarılması olmak üzere, yani *caput*'un yitirilmesi şeklinde anlaşılması gereken, *poena capitalis* ve *poena non capitalis* olmak üzere ikiye ayrılabilirdi. *Poena capitalis*, ölüm cezası (*summum supplicium*), su ve ateş kullanmaktan yasaklanma cezası (*aquae et ignis interdictio*), sürgün cezası (*deportatio, relegatio*), yasaklanma listesine adın yazılması, hizmet cezası (*in opus metali*) şeklindeydi. *Poena non capitalis* ise, para, hapis, kırbaç, kısas, şerefsizlikle lekeleme cezalarından oluşurdu. Ancak bu cezalar sınıflar arasındaki farka göre, farklı şekillerde uygulanabilirdi (Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkoğlu, H. G., **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, İzmir, 2014, s. 91 vd.). Ayrıca bkz. *Ulp. D. 48.19.2 pr.; Marc. D. 48.19.11.3.*

⁵⁹ Siyasetin, kişisel çıkarların ve dinin Roma ceza hukuku üzerindeki etkisi hiçbir dönemde kaybolmadığından, Roma ceza hukuku, Roma özel hukukunun mükemmelliğine ulaşamamıştır. Ancak bireylerin veya toplumun yararlarına zarar vermesi bakımından suçlar, kamu suçları ve özel suçlar olmak üzere ikiye ayrılmıştı. Devlet güvenliğine tehdit oluşturabilecek her türlü hareket (*perduellio*), devlete ait olan malı zimmete geçirmek veya çalmak (*pecunia publica*), kamu görevlerine seçilecek adayların rüşvet vermesi (*ambitus*), bir kimseye büyü yapmak (*malum carmen, occentatio*), yalan yere şahitlik yapılması, vasiyetnamede değişiklik yapılması veya sahte vasiyetname düzenlenmesi, sahte para basmak (*crimen falsi*), kumar oynatılması, yol kenarlarında oturanların yolları korumaması, ölümlerin şehirde gömülmesi, izinsiz dernek kurmak (*crimen extraordinarium*), devlete karşı işlenen suçlar kamu suçlarını oluşturdu (Türkoğlu, s. 38-61).

kaynaklarda *poena* olarak yer almaktayken; *delicta publica*'dan (kamu suçlarından) mahkum olunan para cezası, mağdura değil de, devletin hazinesine ödenirdi⁶⁰.

Özel yararlaraya aykırı olan haksız fiiller ise, özel suç şeklinde *delicta privata* veya *delicta* olarak adlandırılmakla birlikte, tarihi gelişiminin sonucu şeklinde⁶¹ yaptırım olarak, bunlara karşı bir miktar para cezası (*poena*)⁶² ödenmek zorundaydı. *Furtum* (hırsızlık), *rapina* (gasp), *damnum iniuria datum* (mala zarar verme) ve *iniuria* (kişiliğe tecavüz), *ius civile* tarafından düzenlenen haksız fiillerken; *dolus* (hile), *metus* (ikrah) *alienatio in fraudem creditorum* (alacaklılardan mal kaçırma) *praetor*'lerin tanıdığı haksız fiillerdi⁶³. Bu haksız fiillerden kaynaklanan para cezaları, *actiones poenalis*⁶⁴ ile

⁶⁰ Mommsen, s. 9-10, 14; Fuhrmann, s. 855 vd.; Karadeniz Çelebican, Ö., **Roma Hukuku Tarihi Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması**, Yeni Medeni Kanuna Göre Uyarlanmış Onüçüncü Basım, Ankara, 2008, s. 248; Tahiroğlu, B., “Roma Hukukunda Suçların Genel Nitelikleri ve Modern Türk Hukukuna Etkileri”, **Türk İtalyan Karşılaştırmalı Ceza Hukuku-I “Türk ve Roma Hukukunun Güncel Sorunları” 06/07-06.2013 İstanbul/Türkiye**, (Ed. Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver), Ankara, 2014, s. 33; Türkoğlu, s. 96 dn. 325.

⁶¹ Roma hukukunda sadece bireylerin yararına aykırı olan haksız fiillerin, *delicta*; özel suçların da *delicta privata* olarak yer aldığı görülür. Ancak bu fiillerin Roma'da kamu yararını zedelemiş olmadığı düşüncesinden hareketle cezalandırılması da devlete değil, bireylere bırakılmıştı. Yani tarihsel gelişimine paralel bir şekilde, ilk olarak, mağdur kendisine yapılan haksız fiile karşı, “şahsi öce” başvururdu. Ancak mağdurun failden daha güçsüz olması halinde, şahsi öç, mağdur için beklenen olumlu sonuçları doğuramayacağından, “kisas usulü” uygulanmaya başlanmıştı. Bu durumun da doğurduğu sakıncalar neticesinde, mağdurun uğradığı zararın bir miktar parayla ödenmesi şeklinde, “ihtiyari diyet usulü” uygulanmaya başlandı. Mağdura bir miktar paranın ödenmesi tarafların anlaşmasına bağlandığı için, bu faile bir yükümlülük yüklemeydi. Fakat sonradan söz konusu paranın ödenmesi, tarafların anlaşmasına bağlanmamıştı ve bu paranın ödenmesi zorunlu hale gelmişti. Bu da “zorunlu diyet usulünü” beraberinde getirmişti (Rado, Borçlar Hukuku, s. 180-181; Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 248 vd.).

⁶² Özel suçlardan kaynaklanan ödenmesi gereken para cezası yani diyet, ilk olarak XII Levha Kanunu'nda belirtilmişti (VIII 3.4). İlgili metinlerde bir başkasının kemiği elle, sopayla kırılır veya zedelenirse, fail özgürse üçyüz, köleyse yüzelli *sestertius* ödemek zorundaydı. Ama başka birine sadece zarar verilmişse, sadece yirmibeş *as* ödenecekti. Ancak o zamanlardaki bir fıkra değişen zamanı göstermesi bakımından anlamlıdır: *Lucius Veratius* adındaki bir genç adam, yanında bakır aslarla dolu çuvalı taşıyan kölesiyle birlikte pazara çıkmış ve önüne çıkan şerefli vatandaşlara tokat atmış, bunun karşılığı olan yirmibeş *as* vermesini kölesine söylemişti. Fakat ilerleyen zamanda yirmibeş *as* pratik hayatta hiçbir şeyi karşılayamaz olduğundan, *praetor*, *actio iniuriarum aestimatoria* tahsis etmiş ve davalı da, fiilin ağırlığıyla birlikte, mağdurun özel veya sosyal durumunu göz önünde tutarak, hakimnin takdir ettiği miktarı ödemek zorunda kalmıştı. Değişen zamanla birlikte XII Levha Kanunu'nda belirtilen davalar yanında, *praetor*'lerin de yeni davalar oluşturma nedenleri, sadece bu fıkradan bile anlaşılabilir (Mommsen, s. 14; Fuhrmann, s. 846-850; Koschaker/Ayiter, s. 260, 268).

⁶³ Özel suçlar için Roma hukukunun tarihi dönemlerinde bir yeknesaklık sağlanamamış olsa da, bahsedilen bu özel suç veya haksız fiiller dışında, *homicium* (öldürme), çocuk düşürme, zina (*adulterium*), tecavüz (*raptus mulierum*), adam kaçırma, özgür Roma vatandaşlarının Roma devleti içerisinde köle olarak satılması (*plagium*) da kişilere karşı işlenen suç niteliğindeydi. Cezaları da suç tipine göre ölüm, malların müsadereesi veya sürgün olabilmekteydi (Türkoğlu, s. 61-89).

⁶⁴ Roma hukukunda haksız fiil sonucunda ödenmesi gereken ceza, ceza davası niteliğinde *actio poenalis* ile talep edilebilirdi. Ancak bazen *actio poenalis*'e ek olarak, *actio reipersecutoria* (tazminat davası) veya sadece *actio reipersecutoria* da açılabilirdi. *Actio poenalis* ile failin cezalandırılması amaçlandığı için, bu dava failin mirasçılara karşı açılamazdı. Yani dava, pasif olarak intikal etmezdi. Birden çok kişi bir haksız fiil işlemişse, bu kimselerin her birine karşı ayrı ayrı *actio poenalis* açılırdı ve her birinden zararın

sadece failden talep edilirdi⁶⁵. Fail, özel suç neticesindeki bir miktar para cezasını (*poena*), mağdura veya mirasçılara ödemekle yükümlüydü. *Iustinianus* Dönemi'nde, hırsızlık, gasp, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma gibi özel suçlar, kamu suçları haline gelmişti⁶⁶.

Bu açıklamalar ışığında, Roma hukukunda haksız fiil ve suç arasında herhangi bir ayırım olmadığı belirtilmekteyken⁶⁷; özel suçlardan kaynaklanan diyetin veya para cezasının da, kaynaklarda *poena* olarak yer aldığı da görülmektedir.

2. Vasiyetname İçerisindeki Cezai Hükümler Anlamında Kullanımı (*Poenae Nomine*)

Miras bırakanın vasiyetiyle, mirasçıya ancak bir iyilik mahiyetinde miras bırakabilmesi kabul edildiğinden, mirasçıya karşı aslında bir ceza mahiyetindeki vasiyet, Klasik Hukuk Dönemi'nde geçersiz sayılmıştı. Miras bırakan, vasiyetiyle mirasçıya bir şey yapması veya yapmaması neticesinde belirli bir mal bırakmışsa, bu vasiyet cezai nitelikteki hükümler içerdiği kabul edildiği takdirde geçersiz sayılırdı. İşte miras bırakanın vasiyete eklediği ve mirasçıların belirli davranışları gerçekleştirmese, onlara ceza niteliğinde görülen bu şartar, *poenae nomine* veya *legatum poenae nomine relictum* olarak ifade edilirdi⁶⁸:

tamamı istenirdi. Bu nedenle *actio poenalis*, kümülatif özellik gösterirdi. Yani failler arasında, müteselsil sorumluluk söz konusu değildi. *Actio poenalis* ile ödenen para cezası, direkt mağdura ödendiğinden, aynı zamanda mağdurun oluşan zararı da dolaylı yoldan tazmin edilirdi. Ayrıca bütün *actio poenalis*'ler, aile babasına veya efendiye karşıya *actio noxalis* şeklinde açılırdı. Aile babası veya efendi de ya para cezasını öderdi ya da suçluyu, mağdura verirdi (Rado, Borçlar Hukuku, s. 183-184).

⁶⁵ Cumhuriyet ve Klasik Hukuk Dönemi'nde, *actio poenalis* ile haksız fiil neticesinde oluşan zararın tazmini değil de, failin cezalandırılması amaçlanmaktaydı. Bu nedenle, bazı *actio poenalis*'lere ek olarak, aynı davalar da açılabilirdi. Fakat bazı *actio poenalis*'ler ceza karakterinin yanında, tazminat fonksiyonuna da sahip olduğu için, sadece ceza davasının açılması yeterli olurdu. Ancak Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde, *actio poenalis*'lerin tazminat fonksiyonu, gitgide vurgulanır oldu. Bu özellik, hiçbir zaman *actio poenalis*'in ceza davası olma niteliğini kaybettirmemişti. Hem tazminat hem ceza davası olma özelliği, *Iustinianus*'un *Institutiones*'indeki karma davalarda (*actiones mixtae*) görünüm kazanmıştı. Bu hususta bkz. *Gai. Inst.* 4.6.9; *Ius. Inst.* 4.6.16 (Fuhrmann, s. 847-849).

⁶⁶ Tahiroğlu, Güncel Sorunlar, s. 34.

⁶⁷ Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 247-250.

⁶⁸ Honig, R. (Çev.: Avukat Dr. Şemseddin Talip), **Roma Hukuku**, İstanbul, 1938, s. 419; Fuhrmann, s. 852; Kaser, RP I, s. 749; Umur, Lügat, s. 110; Müller-Eiselt, K. P., **Divius Pius Constituit, Kaiserliches**

“*Poenae quoque nomine inutiliter legatur. poenae autem nomine legari uidetur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat, uelut quod ita legatur: SI HERES MEVS FILIAM SVAM TITIO IN MATRIMONIVM COLLOCAVERIT, X MILIA SEIO DATO, uel ita: SI FILIAM TITIO IN MATRIMONIVM NON COLLOCAVERIS, X MILIA TITIO DATO; sed et si heredem, si uerbi gratia intra biennium monumentum sibi non fecerit, X milia Titio dari iusserit testator, poenae nomine legatum est. et denique ex ipsa definitione multas similes species cir-cumspicere possumus.*”

“Ceza amacıyla yapılan *legatum*’lar geçersizdir. Mirasçıyı bir şey yapmaya veya yapmamaya zorlamak için konulan bir yaptırım vasıtası olarak yapılan *legatum*, ceza amacıyla yapılmış sayılır. Örneğin şöyle bir vasiyet yapılırsa: ‘eğer mirasçım kızını evlenmek üzere *Titius*’a verecek olursa *Seius*’a on bin versin’ veya ‘eğer kızını evlenmek üzere *Titius*’a vermezsen, ona on bin ver’. Yine örneğin vasiyetçinin, mirasçısına, iki yıl süre içinde bir anıt yapmazsa *Titius*’a on bin ödeyeceğini emretmesi durumunda, bu vasiyet ceza amacıyla yapılmıştır.”⁶⁹

“*Item poenae nomine iam non dubitatur nec per fideicommissum quidem relinqui posse.*”

“Yine *fideicommissum* şeklinde ceza amacıyla bir malın vasiyet edilemeyeceğine şüphe yoktur.”⁷⁰

Erbrecht, Berlin, 1988, s.289; Kaser, M./Knütel, R./Lohsse, S., **Römisches Privatrecht**, 21. Aufl., München, 2017, s. 433; Avenarius, M., **Corpus der römischen Rechtsquellen zur Antiken Sklaverei (CRRS)**, Teil IV Stellung des Sklaven im Privatrecht, 4: Erbrecht, aktive Stellung, Personeneigenschaft und Ansätze zur Anerkennung von Rechten (Hrsg. Tiziana J. Chiusi, Johanna Filip-Fröschel, J. Michael Rainer), Stuttgart, 2017, s. 235. Aynı yönde bkz. *Afr. D. 34.6.1*.

⁶⁹ Türkçe metin Küçükgüngör, E., **Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum)**, Ankara, 2007, s. 300.

⁷⁰ Türkçe metin Küçükgüngör, Testamentum, s. 300 dn. 147. Ancak vasiyeti hazırlayan, kamunun kullanımına tahsis edilen bir şeyin yapılmasını şart koşup, aksi takdirde bir ceza öngörürse bu vasiyetin geçerli kabul edildiği hakkında bkz. Küçükgüngör, Testamentum, s. 299-301.

Yukarıdaki metinlerde *Gaius*'un ifade ettiği üzere, miras bırakan tarafından bir ceza (*poena*) niteliğinde, mirasçının belirli bir davranışı yapması veya yapmaması için ona bir edim yüklenmesi geçersiz kabul edilmişti. O halde Klasik Hukuk Dönemi'nde *legatum* ve *fideicommissum* ile mirasçılar cezalandırmak amacıyla, onların bir şey yapması veya yapmaması karşılığında belirli bir miktar miras bırakılması geçersiz kabul edilmişti. Ancak iradi şartın bağlandığı vasiyetnamenin, ceza niteliğinde bir vasiyetname oluşturup oluşturmadığı, tamamen miras bırakanın iradesine (*voluntas testatoris*) bağlıydı⁷¹.

Buna karşılık *Iustinianus* Dönemi'nde, mirasçılar için ceza hükmündeki bu içerikteki vasiyetnameler, miras bırakanın iradesinin (*voluntas testatoris*) üstün tutulması nedeniyle geçerli kabul edilmişti. Ancak vasiyetin konusunun, hukuka, ahlaka aykırı olmaması⁷² ve imkansız olmaması da gerekirdi⁷³:

Iust. Inst. 2.20.36

“Poenae quoque nomine inutiliter legabatur et adimebatur vel transferebatur. poenae autem nomine legari videtur quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis is aliquid faciat aut non faciat: veluti si quis ita scripserit: HERES MEUS SI FILIAM SUAM IN MATRIMONIUM TITIO COLLOCAVERIT (vel ex diverso SI NON COLLOCAVERIT), DATO DECEM AUREOS SEIO, aut si ita scripserit: HERES MEUS SI SERVUM STICHUM ALIENAVERIT (vel ex diverso SI NON ALIENAVERIT), TITIO DECEM AUREOS DATO. et in tantum haec regula

⁷¹ Bu hususta bkz. *Marcian. D.* 34.6.2. Ayrıca mirasçıya bir ceza niteliğinde yapılan vasiyetnameler ilk olarak *Antoninus Pius* tarafından yasaklanmıştı (*Antoninus Pius*'un “...*primus constituit, ne poenae causa legatum relictum manere*” hakkındaki yasağı için bkz. Horak, F., Rezension zu “Olga Forzieri Vannucchi: Studi Sull'Interpretazione Giurisprudenziale Romana, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Univ. Di Firenze, 6, Milano, Giuffrè ed., 1973”, *Laboe* 24, 1978, s. 198, 199; Müller-Eiselt, s. 289, 292; Avenarius, M., *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen, 2005, s. 457-459; Avenarius, CRRS, s. 236).

⁷² *D.* 45.1.61 (*Iulianus 2 ad urs. ferocem.*): “*Stipulatio hoc modo concepta: ‘si heredem me non feceris, tantum dare spondes?’ inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.*” “ ‘Eğer beni mirasçın olarak atamazsan, bana şu kadar para ödemeyi taahhüt ediyor musun?’ şeklinde yapılan *stipulatio*, ahlaka (*bonos mores*) aykırı olduğu için geçersizdir.” (Türkçe Metin Küçükgüngör, Testamentum, s. 55).

⁷³ Fuhrmann, s. 852; Horak, s. 199; Kaser, M., “Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 60, 1940, s. 125; Küçükgüngör, Testamentum, s. 302.

observabatur, ut perquam pluribus principalibus constitutionibus significetur nec principem quidem agnoscere quod ei poenae nomine legatum sit. nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis alias militum voluntates in ordinandis testamentis valde observantur. quin etiam nec libertatem poenae nomine dari posse placebat. eo amplius nec heredem poenae nomine adici posse Sabinus existimabat, veluti si quis ita dicat: TITIUS HERES ESTO: SI TITIUS FILIAM SUAM SEIO IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT, SEIUS QUOQUE HERES ESTO: nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceatur, utrum legati datione an coheredis adiectione. at huiusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea quae relinquuntur, licet poenae nomine fuerint relictæ vel adempta vel in alios translata, nihil distare a ceteris legatis constituimus vel in dando vel in adimendo vel in transferendo: exceptis his videlicet quae impossibilia sunt vel legibus interdicta aut alias probrosa: huiusmodi enim testatorum dispositiones valere, secta temporum meorum non patitur.”

“Ceza gayesiyle yapılan muayyen mal vasiyetleri gibi bunlardan rücu ve bunların nakli de hükümsüzdü. Mirasçıyı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya icbar etmek için konulan bir müeyyide vasıtası olarak yapılan muayyen mal vasiyeti, ceza gayesiyle yapılmış sayılırdı. Mesela birisi şöyle yazsa: “eğer mirasçım kızını evlenmek üzere Titius’a verecek olursa (veya bilakis, vermeyecek olursa), Seius’a on altın versin”; veya şöyle yazsa: “eğer mirasçım köle Stichus’u başkasına devrederse (veya bilakis, devretmezse) Titius’a beş altın versin”. Bu kaideye o derecede riayet edilirdi ki, birçok imparator emirnameleri ceza gayesi ile yapılan muayyen mal vasiyetlerini bizzat imparatorun bile kabul etmeyeceği hükmünü taşımakta idi. Bu nevi muayyen mal vasiyetleri, diğer vasiyet iradelerine çok itibar edilen askerler için bile, muteber değildirler. Hatta cezai bir gaye için hürriyet tanınması da kabul edilmemişti. Sabinus’un düşüncesine göre, ceza gayesi ile mirasçı ilavesi de mümkün değildi; mesela birisi şöyle dese: “Titius mirasçım olsun: eğer Titius kızını Seius’a evlenmek üzere verirse Seius da mirasçım olsun”: Titius aleyhine konulan müeyyidenin, ister muayyen mal vasiyeti ile olsun, ister mirasçı ilavesi ile olsun, bir

hükümü yoktu. Bu nevi titizlikler hoşumuza gitmedi ve umumiyetle ölüme bağlı tasarruflarda, ister muayyen mal vasiyeti, ister rücu, ister mal vasiyetinin başkasına nakli olsun, bunların ceza gayesi ile yapılanlarını diğer muayyen mal vasiyeti nevilerinden ayırmamayı emrettik: ancak, imkânsız veya kanunen yasak veyahut dürüstlükle kabili telif olmayanları müstesna tuttuk: filhakika benim zamanımda, bu nevi tasarruflara tahammül edilemez.”⁷⁴

Gaius’un *Gai. Inst. 2.235*’te mirasçıya ceza niteliğinde yapılan vasiyetlerin (*poenae nomine*) geçersiz olduğunu belirtmesine karşılık, *Iustinianus*’un yukarıdaki metninde bu konuda, Romalı hukukçular arasında bir uyuşmazlığın olduğu görülmektedir⁷⁵. Aslında yukarıdaki metinde *Iustinianus*’un belirttiği üzere, bu şekildeki şartı içeren vasiyetlerin geçersiz sayılmasını *Sabinus*’un kabul ettiği görülmektedir. Büyük ihtimalle *Sabinus* ve dolayısıyla da *Sabinianus* mektebine göre, söz konusu ceza niteliğini haiz şartların geçersiz sayılmasının nedeni, bu şartların mirasçılardan özgürlüğünü kısıtlamış olmasıydı. Yukarıda da belirtilen bu husustaki uyuşmazlık çerçevesinde, diğer görüş de, vasiyetleri geçerli saymış olmalıydı. Ancak *Iust. Inst. 2.20.36*’da belirtildiği üzere, *Iustinianus* Dönemi’nde artık mirasçıya ceza niteliğinde yapılan vasiyetlerin geçerli olup olmadığıyla ilgili düşünce ayrılıklarına son verilip, bu vasiyetnameler (*legatum poenae nomine relictum*) geçerli kabul edilmişti⁷⁶.

Buna karşılık kimi zaman da, bazı erzakların belirli süre boyunca vasiyet edilen kimseye verilmemesi durumunda, mirasçının belirli bir miktar parayı ödemesi gerektiği belirtildiğinde “erzak vasiyeti veya nafaka vasiyeti”⁷⁷ (*legatum penoris*) meydana gelirdi. Bu şekilde şarta bağlanan vasiyet, Romalılar tarafından sık sık kullanılırdı ve

⁷⁴ Türkçe Metin *Iustinianus Institutiones*, (Çev. Ziya Umur), İstanbul, 1968, s. 173. Bu çalışmada *Iustinianus*’un *Institutiones*’ne yapılan atıflarda, söz konusu eserdeki çevirilerden yararlanılmıştır.

⁷⁵ Bu hususta bkz. *Gai. Inst. 2.243*.

⁷⁶ Müller-Eiselt, s. 291; Avenarius, *liber singularis regularum*, s. 459.

⁷⁷ Di Marzo, s. 374.

geçerli kabul edilirdi⁷⁸. O halde mirasçıyı sadece bir şey yapmaya zorlayarak, bunu yapmadığı takdirde ceza amaçlı olarak belirli bir miktar ödemesini kararlaştırmak (*poenae nomine*), Klasik Hukuk Dönemi'nde genellikle geçersiz kabul edilmekteyken; miras bırakanın, vasiyet ettiği kimseye mirasçıları tarafından erzak veya nafaka verilmemesi halinde, belirli bir miktarın ödenmesini kararlaştırması (*legatum penoris*) geçerli kabul edilmekteydi. Erzakların veya nafakanın verilmemesi halinde ödenmesi gereken meblağ, genellikle yüksek bir miktar olduğu için, mirasçıyı belirli bir davranışı yapmaya zorlama da söz konusuydu. Ancak bir vasiyetin ceza veya erzak sağlama (nafaka verme) amacı içerip içermediği, miras bırakanın iradesine (*voluntas testatoris*) bağlıydı:

D. 34.6.2 (*Marcianus 6 inst.*)⁷⁹

“Poenam a condicione voluntas testatoris separat et an poena, an condicio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet: idque divi severus et antoninus rescripserunt.”

“Ceza ve bir şartın ayrımı, miras bırakanın iradesinden çıkarılır. Teberrunun değiştirilip değiştirilmediği, bir şarttan veya bir cezadan bahsedilip bahsedilmediği, ölen kimsenin iradesinde açıktır. İlahi İmparator *Septimius Severus*’a ve *Antoninus*’a [*Caracalla*] başvuruda buna karar verildi.”

Yukarıdaki metinde bir vasiyetin ceza mı (*poenae nomine*) yoksa şart mı içerdiğinin (*legatum penoris*), vasiyet bırakanın iradesinden çıkarılacağı açıkça görülmektedir. Buna ek olarak erzak vasiyeti (*legatum penoris*) de tıpkı ceza koşulu *stipulatio*’sunda olduğu gibi, iki

⁷⁸ Umur, Lügat, s. 109.

⁷⁹ Bu çalışmada *Digesta* çevirilerinde şu kaynaklar kullanılmıştır: Otto, E. C./Schilling, B./Sintenis, C. F., **Das Corpus Juris Civilis in’s Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter**, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig, 1839; Bd. II, Leipzig, 1831; Bd. IV, V, Leipzig, 1832; Behrends, O./Knütel, R./Kupisch, B./Seiler, H. H., **Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung**, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Bd. II (1-10), Heidelberg, 1995; Bd. III (11-20), Heidelberg, 1999; Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends, Bd. IV (21-27), Heidelberg, 2005; Knütel/Kupisch/Rüffner/Seiler, Bd. V (28-34), Heidelberg, 2012; Watson, A., **The Digest of Justinian**, C. I-II, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998; http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html (Erişim Tarihi: 14.02.2018).

şekilde yapılmaktaydı. Geçek ceza koşulunun yapısına benzeyen ilk erzak vasiyeti (*legatum penoris*) örneği “*heres meum penum dato. Si non dederit centum dato*”⁸⁰ (mirasçım erzak - nafaka- versin. Eğer vermezse yüz versin) olmakla birlikte, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluna benzeyen örneği ise “*si heres meus penum non dederit, C dato*” (mirasçım erzak - nafaka- vermezse, yüz versin) şeklinde olmaktadır⁸¹. İki şekilde de yapılan erzak veya nafaka vasiyetleri geçerli kabul edilirdi. Mirasçının erzak (nafaka) vasiyet ettiği kimseye, bunların verilmemesi halinde belirli bir miktarın ödenmesini öngören tasarrufların geçerli sayılmasının nedeni, büyük ihtimalle hem mirasçının iradesine önem verilmesinden, hem de söz konusu vasiyetin bir bakım ve tedarik amacı taşımasından ileri gelmekteydi⁸².

Legatum penoris ve *stipulatio poenae*’nin yapıları arasındaki bu benzerlik aşağıdaki metinde açık bir şekilde görülmektedir⁸³:

D. 45.1.115.2 (*Papinianus 2 quaest.*)

“...*idque defendebat exemplo penus legatae. mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam...*”

“...(Buna ek olarak) (*Sabinus*) bunu erzak -nafaka- vasiyeti örneğiyle destekler. Zira *Mucius*’un yazdığına göre, mirasçı erzakları verebilirken vermediyse, miras bırakılan paranın hemen ödemesine neden olur. Bu menfaat hem mirasbırakanın isteği, hem de eşyanın doğası nedeniyle kabul edildi...”

Yukarıdaki metinde *stipulatio poenae*’nin muacceliyet şartları incelenirken, erzak (nafaka) vasiyeti (*legatum penoris*) örneğinden yararlanılmıştı. Ancak burada erzak (nafaka) vasiyeti (*legatum penoris*), ceza niteliğinde bir vasiyet olarak görülmemişti. Bilakis vasiyette, erzakın (*penus*) sağlanmaması halinde belli bir miktarın

⁸⁰ Örn. bkz. *Iul. D. 36.2.19 pr.*; *Ulp. D. 33.9.1*; *Paul. D. 35.2.1.8*; *Paul. D. 36.2.24 pr.* Ayrıca karş. *Gai. D. 40.7.37*.

⁸¹ Örn bkz. *Iul. D. 36.2.19.1*; *Paul. D. 35.2.1.8*.

⁸² Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 44; Horak, s. 200.

⁸³ Metnin incelenmesi için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, IV, B, 3.

ödenmesi şartı, sanki seçimlik yetki⁸⁴ gibi görülmekteydi. Bu metinde *Sabinus*, erzak vasiyetinin (*legatum penoris*) niteliğinden bahsetmemekle birlikte, *Mucius*'un *poenae nomine*'yi geçersiz sayıp saymadığı da bilinmemektedir. *Sabinus* daha çok, hem *legatum penoris*'in içerdiği miktarın, hem de *stipulatio poenae*'den kaynaklanan miktarın bir tazminat gibi görülmesini birbirine benzettiğinden, her iki örneğe dayanmış olmalıydı. Gerçek ceza koşulu olarak *stipulatio poenae*'de, hem ana borçtan hem de ceza koşulundan doğan borç talep edilebilirken, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunda sadece ceza koşulu miktarının ödenmesi söz konusuydu. Ancak erzak vasiyetinde (*legatum penoris*), erzakın ve erzak yerine getirilmediği vakit belirli bir miktarın talep edilmesi bakımından, bu şekilde bir ayrım yoktu. Çünkü erzakın (*penus*) talep edilmesi, erzak vasiyeti (*legatum penoris*) hangi şekilde yapılmış olursa olsun, hiçbir zaman bir davanın konusunu oluşturamazdı. Yukarıda verilen metnin devamında *Papinianus*, muacceliyet zamanını da, söz konusu ikili ayrıma göre değerlendirip, *stipulatio poenae*'nin yapısına uygun karar vermişti. Bu kapsamda erzak vasiyetinin (*legatum penoris*) özelliği nedeniyle, ne şekilde yapılırsa yapılsın derhal muaccel olması gerekirdi. Yani aslında hem *stipulatio poenae* hem de *legatum penoris* iradi bir şarta bağlı olmasına rağmen, erzak vasiyetinin tedarik ve bakım amacına sahip olması nedeniyle, erzakın tedarik edilmesiyle ilgili bir süre belirtilmemişse, derhal talep edilebilmesi gerekirdi. Bu nedenle de, erzak vasiyeti (*legatum penoris*) ve ceza koşulu (*stipulatio poenae*), yapıları bakımından birbirlerine benzese de ve bazı durumlarda aynı sonuçlara ulaşılsa da, bu benzerlik her durumda geçerli değildi⁸⁵.

3. Yargılama Sürecindeki Cezalar Anlamında Kullanımı

Bir yargılama sürecinde, davayı kaybeden taraf, yargılamayı sırf düşüncesizliği nedeniyle veya karşı tarafı daha çok uğraştırmak amacıyla inkar ederse, ceza olarak bir

⁸⁴ Bu hususta bkz dn. 159.

⁸⁵ Horak, s. 200-202; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 123 vd.

miktar para ödemek zorunda kalırdı. Kaynaklarda geçen söz konusu para cezası da *poena* olarak yer almaktaydı. Burada para cezasını ödemekteki amaç, davanın sonuçlanması için gösterilen çabanın ve rizikoların karşılıksız bırakılmamasıydı⁸⁶.

Eski Hukuk Dönemi'nde *legis actio sacramentum*'da⁸⁷ taraflar dava konusuna göre, beşyüz *as* veya elli *as*'ı yeminle birlikte yatırır, davayı kaybeden tarafın parası ise devlet hazinesine kalırdı. *Legis actio sacramentum*'da, her iki tarafın belirli sözleri söyleyerek *sacramentum*'u yatırdıktan sonra, hakimin haklı (*iustum*) veya haksız (*iniustum*) olarak karar verdiği *sacramentum* da, *poena*'yı oluştururdu^{88 89}. Aynı şekilde *actio de modo agri*⁹⁰, *actio ex testamento*⁹¹, *actio iudicati*⁹², *actio depensi*⁹³, *actio legis*

⁸⁶ Fuhrmann, s. 852.

⁸⁷ *Legis actio sacramentum*: Ayni haklara ve şahsi haklara ilişkin olmak üzere iki türü olan bu davanın, ayni haklara ilişkin olan türü *legis actio sacramentum in rem*'de, uyuşmazlık konusu mal veya onu temsil eden bir parçası *magistra* önüne getirilirdi. Davacı, o malın kendisine ait olduğunu iddia ettikten sonra, davalı bunu ikrar ederse, icra aşamasına geçilirdi. Ancak davalı da, o malın kendisine ait olduğunu ileri sürerse, aynı sözleri kullanırdı. *Magistra* her iki tarafa malı bıraktırdıktan sonra, dava konusuna göre eskiden ilahlara adanmak üzere kurban, sonradan da, bu dava türüne adını veren *sacramentum* olarak belli bir miktar parayı yatırtırdı. *Magistra*, ilk görüşe göre haklı görünen tarafa malı verirdi. Malın verildiği taraf da, buna karşı kefil gösterirdi. Delil serbestisi olan bu yargılama türünde, hakimi ikna edebilen davayı kazanırdı. Davayı kaybeden taraf da, yatırdığı *sacramentum*'u kaybederken, bu *sacramentum* devlete kalırdı. *Legis actio sacramentum in personam* ise, şahsi hakların korunmasına ilişkindi. *Gaius Institutiones*'te ilgili kısımlar okunamadığı için, *legis actio in personam* ile ilgili yeterli bilgi bulunmamaktadır (Tahiroğlu/Erdoğan, s. 231-235).

⁸⁸ Fuhrmann, s. 852; Monier, Petit Vocabulaire, s. 258; Umur, Roma Hukuku, s. 546-548; Umur, Lügat, s. 190.

⁸⁹ *Gai. Inst. 4. 13*: "...nam qui uictus erat sumam sacramenti praestabat poenae nomine, eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit aduersatii qui uicerit." "Kaybeden *sacramentum*'un tutarını ceza yargılaması olarak vermek zorundaydı ve (o tutar) devlete geri dönerdi; bugün *praetor*'e bu sıfatla verilen (karşılıklı) ceza teminatlarından yargılamayı kazanan taraf yararlanır."

⁹⁰ *Actio de modo agri*: Alıcıya mülkiyeti *mancipatio* ile devredilen tarlanın yüzölçümüyle ilgili olarak satıcının yanlış bilgi vermesi sonucunda, alıcının uğradığı zararın tazminine yarayan davadır. Eğer satıcı yine inkar ederse, zararın iki katına mahkum edilirdi. Bu dava, satılan şeyin ayıpları konusunda semenin tenzili için açılabilen *actio quanti minoris*'in ilk belirtilerini içerir (Monier, Petit Vocabulaire, s. 14; Umur, Lügat, s. 5; Dunand, J.-P./Pichonnaz, P., *Lexique de droit romain*, Genève, Bruxelles, 2006, s. 3).

⁹¹ *Actio ex testamento*: Muayyen mal vasiyetlerinin yerine getirilmesi için, mirasçıya karşı açılan bu şahsi dar hukuk davasında, mirasçı, vasiyetin varlığını haksız yere inkar ederse, iki katına mahkum edilirdi (Monier, Petit Vocabulaire, s. 17; Umur, Lügat, s. 7).

⁹² *Actio iudicati*: *Formula* yargılamasında, davayı kaybedenin mahkumiyet kararını yerine getirmesi için açılan icra davasıdır. Eğer mahkumiyet kararı inkar edilir veya mahkumiyet kararının yerine getirilmiş olduğu asılsız yere ileri sürülürse, ilk davanın iki katına mahkum edilirdi (Monier, Petit Vocabulaire, s. 21; Umur, Lügat, s. 9; Dunand/Pichonnaz, s. 5).

⁹³ *Actio depensi*: *Lex Publilia* ile getirilmiş olan bu davayla, *sponsio* şeklindeki kefalette borcu ödeyen kefil, altı ay içinde tatmin edilmezse, esas borçluya bu davayla rücu ederdi. Ancak borçlu, borcunu haksız yere inkar edecek olursa, asıl borcun iki katına mahkum edilirdi. Diğer kefalet türlerinde kefil, borçluya aralarındaki özel ilişkiye dayanarak rücu davası açabilirdi (Monier, Petit Vocabulaire, s. 15; Umur, Lügat, s. 5; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 146, 147).

*Aquiliae*⁹⁴ davalarında, davayı haksız olarak inkar eden, dava konusunun iki katı tutarındaki *poena*'yı ödemek zorundaydı. *Iustinianus* Dönemi'nde iki kat şeklinde *poena*'ya mahkumiyet, sadece davanın inkarı halinde değil de; ayrıca ilahi yerlere verilmesi vasiyet edilmiş malların, *magistra*'nın emrine kadar ilgili yerlere verilmesi geciktirildiğinde de söz konusu olurdu⁹⁵. Ayrıca zilyetliğin korunmasına yarayan bazı *interdictum*'lar⁹⁶, *iudicium calumniae*⁹⁷ bünyesinde hep *poena* barındırmaktaydı⁹⁸.

II. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN (*STIPULATIO POENAE*) ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHİ GELİŞİMİ

A. GENEL OLARAK

Roma hukuku kaynaklarında yukarıda belirtilen diğer kavramlar gibi ceza koşulununun da *poena* olarak yer alması, aslında bu hukuki kavramın kökeninin, haksız fiille suçun birbirinden ayrılmadığı Eski Hukuk Dönemi'nden geldiğini göstermektedir. Roma hukukunda *stipulatio poenae* (ceza koşulu), köklerini özel suçtan (*delicta*

⁹⁴ *Actio legis Aquiliae*: XII Levha Kanunu'nda mala verilen zararlarla ilgili özel hükümler bulunması nedeniyle, M.Ö. 286'da çıkarılan *lex Aquilia de damno*'nun birinci bölümünde başkasına ait kölelerin veya dört ayaklı sürü hayvanlarının öldürülmesi üzerine ya da üçüncü fasılda yer aldığı üzere, başkasına ait malların yakılması, kırılması veya parçalanması üzerine açılan davadır. Bu davada fail, ilk durumda, zarar vermeden önceki yıl içinde en yüksek değere, ikinci durumdaysa, zarar vermeden önceki son bir ay içerisindeki en yüksek değerine mahkum edilirdi. Ancak fail, fiili ikrar ederse ve dava sonunda da bu fiili işlediği tespit edilirse, mahkumiyet miktarının iki katına hükmedilirdi (Monier, *Petit Vocabulaire*, s. 22; Umur, *Lügat*, s. 9; Dunand/Pichonnaz, s. 6, 92; Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 139 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. Somer, P., **Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar. Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı**, İstanbul, 2008, s. 81 vd.).

⁹⁵ *Iust. Inst.* 4.6.26: "...sed illa, quae de his competit, quae relictæ venerabilibus locis sunt, non solum infitiatione duplicatur, sed et si distulerit relictæ solutionem, usque quo iussu magistratuum nostrorum conveniatur, in confitentem vero antequam iussu magistratuum conveniatur solventem simpli redditur." "...halbuki mukaddes yerlere vasiyet edilmiş mallara müteallik ve burada bahis konusu edilmiş olan davada, yalnız inkar halinde değil, vasiyet edilmiş şeyin verilmesini magistratlarımızın emrine kadar geciktirmiş olanlara da iki misli mahkumiyet yüklenir; magistratların emrinden evvel itiraf edilerek verilmesi halinde ise, bir misli nisbetinde dava edilirler."

⁹⁶ Bir taşınmazın üzerindeki zilyetliğin ihlal edilmesi durumunda, *praetor*'un *interdictum uti possidetis* şeklindeki yasağına rağmen, zilyetlik ihlal edildiğinde, her iki taraf *sponsio* ve *restipulatio* yaparak malın geçici zilyetliğini elde etmek için belli bir miktar teminat gösterirdi. Hakim de kararını verdikten sonra, diğer taraf, taahhüt ettiği miktarı öderdi (Umur, *Ders Notları*, s. 464-465).

⁹⁷ *Iudicium calumniae* ile haklı olmadığı için davayı kazanamayacağını bilen, ancak hakim hataen mahkumiyet kararı vermemesi umuduyla dava açan davacıya karşı, *praetor*'un davalıya tanıdığı davayla, davacının iddiasının 1/10'una hükmedilirdi. *Iudicium contrarium* ile de aynı nedenlerle, *actio iniuriarum*'da 1/10, diğer davalarda 1/5'ine mahkum edilirdi (Fuhrmann, s. 855; Umur, *Lügat*, 97).

⁹⁸ Fuhrmann, s. 852-855.

privata) almaktaydı⁹⁹. *Poena*, ceza koşulu anlamı dışında, aynı zamanda özel suç (*delicta privata*) nedeniyle mağdur olan kimseye, ödenen bir miktar para anlamına da gelmekteydi. Ancak ceza koşulunu özel cezadan ayıran en önemli nokta, ceza koşulunun taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanıyor olmasıyla, özel cezanın bir hukuk normuna aykırılıktan kaynaklanıyor olmasıydı. Bu nedenle Roma hukukunda ceza koşulu talebi, ceza davası niteliğindeki davalarla değil de, tazminat davası niteliğindeki *actio ex stipulatu* ile elde edilirdi. Buna karşılık özel cezalar, *actio poenalis* ile talep edilirdi¹⁰⁰.

Roma hukukunda ceza koşulunun ortaya çıkışında en önemli noktalardan bir diğerini de, *formula* yargılaması usulünde, açıklanan hükmün mutlaka bir miktar paraya ilişkin olması (*omnis condemnatio pecuniaria*) oluşturmdu¹⁰¹. *Formula* yargılaması sisteminde geçerli olan bu ilkeye göre, taraflar arasındaki borç, paradan başka bir şeye ilişkin olsa bile, mahkum olunan şey, yine de “taraflar arasındaki borcun parasal yönden değerine” ilişkin olmalıydı. Bu nedenle de, taraflar mahkumiyetten önce ilgilinin belirli bir eylemi gerçekleştirmesi veya gerçekleştirmemesini dava yoluyla sağlayamadıklarından, söz konusu yapma/yapmama (*facere/non facere*) edimlerinin gerçekleşmemesi haline bağlı olarak bir miktar parayı *stipulatio* yoluyla *poena* olarak kararlaştırırlardı. Böylece taahhüt edilen yapma/yapmama eylemlerinin dolaylı yoldan gerçekleşmesi sağlanırdı. Bu yol da, ceza koşulunun ilk uygulamalarını oluşturmaktaydı. Zira borçlu olunmayan bir davranışın gerçekleştirilmesi veya

⁹⁹ Filiniaux, A., “L’Évolution du Concept de Clause Pénale chez les Canonistes du Moyen Âge (Origine des art. 1152 et ss. Du Code Civil français)”, **Mélanges Paul Fournier**, Paris, 1929, s. 234.

¹⁰⁰ “cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatum esset, duplis poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta... Cicero, de off.3.16.65 (lex XII tab. 6.2)” “On iki levha yasalarında bireyin, açıkça ortaya konmuş olan kusurlardaki sorumluluğunu kabul etmesi yeterliydi, eğer satıcı kusurlarını reddederse, iki kat cezaya çarptırılırdı, hukukçular sessiz kalmaya da ceza koymuştu”. Görüldüğü üzere Cicero da, kendi taahhüdünü yerine getirmeyenin, iki katına kadar ceza (*poena*) ödeyeceğini belirtmişti (Çeviri için bkz. Cicero (Çev.: C. Cengiz Çevik): **Yükümlülükler Üzerine**, Türkiye İş Bankası Yayınları, 3. Basım, İstanbul, 2016, s. 136; Visky, K. (Çev.: Sándor Skripecz), **Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen**, Bonn-Budapest s. 70-71).

¹⁰¹ Baum, M., “Vertragsstrafe”, **Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts** (Hrs. Jürgen Baedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann) Band II, Kau-Z, Tübingen, 2009, s. 1702; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 10-11.

gerçekleştirilmemesinin, ceza koşulunun muacceliyet şartı olarak yer aldığı bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu, ana borcu güçlendiren ceza koşuluna nazaran, ceza koşulunun ilk uygulamalarını oluşturmaktaydı¹⁰². Bu nedenle de, *stipulatio poenae* Roma hukukunda ilk olarak sözleşmeyi kuvvetlendirme veya teminat alma amacıyla değil de, bağımsız bir teminat ihtiyacıyla kullanılmış olmalıydı.

Roma hukukunda *stipulatio poenae*'nin (ceza koşulunun) ilk uygulamalarından genel bir şekilde bahsettikten sonra, ceza koşulunun kararlaştırılma şekli esasen *stipulatio* olduğundan ilk olarak *stipulatio* ve *stipulatio*'nun kökeninden genel bir şekilde bahsetmek gerekir.

B. STIPULATIO KAVRAMI

Günümüzde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla taraflar istedikleri içerikte sözleşme kurabilirler. Ancak Roma hukukunda, belirli sözleşmelerden oluşan bir sözleşmeler sistemi mevcuttu. Bu kapsamda sözleşmeler, ayni, rızai, yazılı ve sözlü sözleşmeler olarak dört gruba ayrılırdı. Yapılması istenen sözleşmenin türüne göre, ayni sözleşmelerde iradelerin uyuşmasından başka, malın mülkiyetinin, elde bulundurulmasının (*detentio*) veya zilyetliğinin karşı tarafa geçirilmesi gerekirdi. Rızai sözleşmelerde, tarafların iradelerinin uyuşmasıyla sözleşme meydana gelirdi. Uygulamada sıkça kullanılmayan yazılı sözleşmelerse, aile babasının hesap defterlerine tuttukları kayıtlarla oluşurdu. Sözlü sözleşmelerdeyse, belirli sözlerin kullanılması gerekirdi¹⁰³.

¹⁰² Girard/Senn, s. 702; Monier, Tome 2, s. 240; HKK/Hermann §§336-345, Rn. 11. 19. yy.'a gelindiğindeyse, ceza koşulu, sadece var olan bir borcun güçlendirilmesine hizmet etmiş, bağımsız ceza koşulu arka planda kalmıştır. Buna paralel olarak da, BGB, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulundan (selbständige veya unechte Vertragsstrafe) sadece § 343 Abs. 2'de bahsetmiştir (MünchKomm/Gottwald, BGB § 339, Nr. 4-5).

¹⁰³ Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 49 vd.

Sözlü sözleşmeler grubundan¹⁰⁴ *stipulatio*¹⁰⁵, kendine özgü, belirli soru ve cevap kalıplarını içeren sözlü borç vaadiydi. *Stipulator* veya *reus stipulandi* olarak adlandırılan alacaklı, *promissor* veya *reus promittendi* olarak adlandırılan borçlu tarafa, borcun konusunu oluşturan bir edimi, belirli fiillerle vaad edip etmeyeceğini sorardı. Bu edim *dare*, *facere* veya *praestare*'den oluşabilirdi¹⁰⁶. *Promissor* (borçlu) da, soru cümlesinde kullanılan fiille, karşı tarafa kabul ettiğini beyan ederdi. Örneğin *stipulator* “*sestertium decem milia mihi dari spondesne?*” (bana on bin sesters vermeyi taahhüt ediyor musun?) diye sorduktan sonra, Latince, doğrulama veya teyit belirteci tanımadığından¹⁰⁷, *promissor*, “*spondeo*” (taahhüt ediyorum) diyerek cevap verirdi. Sadece borçlu, borç altına girdiğinden, *stipulatio* tek tarafa borç yüklerdi. *Stipulatio*'nun kurulması için, her iki tarafın orada olması ve borçlunun, soruda kullanılan fiille cevap vermesi gerekirdi. “*Dari spondesne?*” (verileceğini taahhüt ediyor musun) “*spondeo*” (taahhüt ediyorum) ifadesi sadece Romalıları aitken; yabancılarla ilişkilerin artmasıyla,

¹⁰⁴ *Stipulatio* dışında, *dotis dictio* ve *promissio iurata liberti* de sözlü sözleşmelerdendi. Ancak bu sözleşmelerin *stipulatio*'dan farkı, sadece borçlu olacak tarafın sözlü beyanıyla meydana gelmesiydi (Rado, Borçlar Hukuku, s. 94-96).

¹⁰⁵ “*Stipulatio*” kavramı, hibe, bağış, katkı anlamındaki “*stips*” veya küçük değnek, sap anlamındaki “*stipula*”dan kaynaklanmaktadır. Yine bazı metinlerde “*stipulus*” ile eş anlama geldiği ifade edilen “*firmus*” kelimesi de, sözüne güvenilen anlamındadır. Ancak sırf bu kelimelerin anlamları, *stipulatio*'nun kökenini açıklamaya yetmemektedir. *Stipulatio*'nun kökeninin “*stipula*” kelimesinden kaynaklandığını belirten görüşe göre, “*stipula*” köken olarak gerçek bir bağ ya da zincirin sembolü şeklinde rehinenin kalıntılarını göstermektedir. Diğer bir görüş de, “*stips*’ten” yola çıkmaktadır. Küçük değnek anlamında ve verenin kişilik belirtisiyle örülü *stips*, alan üzerinde sihirli bir iktidar da oluşturmaktaydı. Aslında bu iki görüşün de ortak noktası, alacaklının, borçluya el atma yetkisine sahip olmasıdır. Ancak kullanılan sembollerle birlikte, ilkinde, hemen gerçekleşen gerçek bir rehine söz konusuyken; ikincisinde “sihirselsel bir teslim”, borçlunun kendi kişilik işaretlerinin teslimi söz konusudur. İşte borçluya el atma iktidarı etkisiyle birlikte *stipulatio*, davalının davada hazır bulunmasını sağlayan teminat olarak *vas*, *vindex* ve *praedes* –*prae vades*- kurumlarının da kökeni olmuştur. Kişinin değil de, paranın teminat olarak sağlanması, zamanla “*sponsio* yeminiyle” yapılmaya başlanmış, böylece *sponsio* ve *stipulatio* da birbiriyle kaynaşmaya başlamıştır. Ayrıca gitgide, *sponsio-stipulatio* formunun ilahi özellikleri de dünyevileşmiştir. Böylece Tanrı'nın öç alması düşüncesi yerini, alacaklının sorumludan öç alması düşüncesine bırakmıştır. Bu işlem ilkin ilahi formlar altında yapılmışken, dünyevileşmeyle birlikte, sıkı şekil kurallarına bağlı sözcüklerle yapılmaya başlamıştır. Ayrıca *stipulatio* borçlusunun borcu da, intikal edebilir hale gelmiştir (Kaser, M., **Das Altrömische Ius, Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer**, Göttingen 1949, s. 267-283; Weiss, E., “*Stipulatio*”, **Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft**, zweite Reihe, sechster Halbband, *Sparta bis Stupp*, Stuttgart, 1929, s. 2540 vd.; Kabağaç, S./Alova, E., Latince Türkçe Sözlük, İstanbul, 1995, s. 568).

¹⁰⁶ *Facere* (yapma) veya *non facere* (yapmama) edimlerinin mirasçıya intikal edip etmeyeceği veya bunun ne zaman kabul edildiği tartışmalıdır (Kaser, RP I, s. 538, dn. 5). *Stipulatio*'nun konusunu oluşturan edim türleri hakkında bkz. *Ulp. D. 45.1.75.7*. Edimin belirli olması hakkında bkz. *Marc. D. 45.1.94*; *Ulp. D. 45.1.75.1,2*.

¹⁰⁷ Schimidlin/Cannata, s. 45.

“*fidepromittis?*” (şerefın üzerine vaad ediyor musun?) “*fidepromitto*” (vaad ediyorum) ifadesiyle de *stipulatio* meydana gelebilmekteydi. Hatta Klasik Hukuk Dönemi’nde “*fideiubes?*” (şerefın üzerine temin ediyor musun?), “*fideiubeo*” (şerefim üzerine temin ediyorum); “*facies?*” (yapacak mısın?) , “*faciam*” (yapacağım); “*promittis?*” (vaad ediyor musun?), “*promittis*” (vaad ediyorum); “*dabis?*” (verecek misin?), “*dabo*” (veriyorum) ifadeleri ve bunlarla aynı anlama gelen Yunanca kelimeler de kullanılabilmekteydi¹⁰⁸.

Stipulatio, Roma özel ve usul hukukunda birçok alanda kullanılmıştı. Zira kendisine *actio* tanınmış borçlandırıcı işlemler, önceden belirlenmiş şekillerle yapılmak zorundaydı ve o şekle uyulmadığında, söz konusu borçlandırıcı işlem geçersiz kabul edilirdi. Ancak *actio* tanınmamış borç vaadleri “*stipulatio*” kalıbına uygun şekilde yapılırsa, artık bir *actio* çerçevesinde korunmuş olurdu. Bu nedenle de, *stipulatio*’nun çok geniş uygulama alanı bulunmaktaydı¹⁰⁹.

Stipulatio’nun ispat güçlüğünden dolayı, Klasik Hukuk Dönemi’nde bazen sadece *stipulatio*’nun yapıldığını ispat edici nitelikte belgeler düzenlenirdi. Ancak bu belgeler *stipulatio*’nun kurulması için önem arz etmezdi. Sadece *stipulatio*’nun yapıldığına delil teşkil ederdi¹¹⁰. Yine bu dönemde, *stipulatio* ile borçlunun hangi hukuki sebeple borç altına girdiği belirtilmese de, *stipulatio* geçerliydi. Hukuki sebepten soyut bu *stipulatio*’larda borcun hukuki sebebi geçersizse, hukuki sebep ortadan kalkmışsa ya da bu işlemle amaçlanan şey meydana gelmemişse, borç hukuken doğmuş sayılırdı. Ancak hukuki sebep geçersiz olduğundan ve alacaklı da bu geçersizliğe

¹⁰⁸ Kaser, M./Knütel, R./Lohsse, S., **Römisches Privatrecht**, 21. Aufl., München, 2017, s. 58-59; Rado, Borçlar Hukuku, s. 87-88. Bu hususta bkz. *Gai. Inst.* 3. 92, 93.

¹⁰⁹ *Stipulatio*’nun uygulama alanları şunlardır: *dos* tesisi, bağışlama, bağışlama vaadi, bir aynı akdin yapılacağına dair ön sözleşme (vaad), tüketim ödücü sözleşmesinde (*mutuum*) faiz *stipulatio*’su, ceza koşulu, satılan *res nec mancipi*’nin zaptı halinde zararın ödeneceği konusunda teminat verilmesi, irtifak veya intifa hakkının kullanılması, borç ilişkisinin *novatio* yoluyla yenilenmesi, alacağın temliki ve borcun nakli, miras hisselerinin satılmasının veya müşterek *fideicommissum*’un teminatı, müteselsil borçluluk veya müteselsil alacaklılık, kefalet, *praetor*’un *imperium* yetkisine dayanarak yaptığı *praetor stipulatio*’ları, yani *cautio*’lar (Kaser, RP I, s. 539).

¹¹⁰ Rado, Borçlar Hukuku, s. 88.

rağmen dava açıp iyiniyete aykırı davrandığından, borçlu, kendisine açılan davaya karşı *exceptio doli* ileri sürebilirdi. Buna karşılık, *stipulatio*’da hangi hukuki sebepten borçlanılmış olduğu açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, bu hukuki sebep geçerli değilse, herhangi bir *exceptio* gerekmez, *stipulatio*’dan kaynaklanan dava kabul edilmezdi¹¹¹. Yani sebepten soyut olmayan *stipulatio*’larda, hukuki sebep geçersizse, buna bağlı olarak yapılan *stipulatio* da *ipso iure* geçersiz olurdu¹¹².

Borçlunun borçlanmış olduğu edimin konusunu gelecekte elde edilecek bir mal, intifa hakkı, yapma ya da yapmama hareketleri oluşturuyorsa, yani edim *incertum* (belirsiz) ise, alacaklı borçluya karşı *formula*’sı “*quidquid....dare facere oportet* (davalının vermekle ve yapmakla mükellef olduğu ne ise)¹¹³” olan *actio*’ya başvururdu. Ancak borcun konusu belirli bir miktar para, cinsiyle belirli bir şey, ferden belirlenmiş eşya oluşturuyorsa, yani borcun konusu *certum* (belirli) ise, alacaklı *condictio*’ya başvururdu¹¹⁴.

Bu açıklamalar ışığında, Romalıların sık sık başvurduğu ve katı şekil kurallarına bağlı *stipulatio*, Romalıların hukuki düşünce sisteminin bir sonucu olarak, kendilerine özgü oluşturdukları bir borç vaadiydi. Tarafların karşılıklı belirli söz kalıplarını söylemesiyle oluşan *stipulatio*’nun geçerliği için, herhangi bir yazılı belgeye de ihtiyaç bulunmamaktaydı. Buna rağmen eskiden beri, taraflar *stipulatio*’nun yapıldığına ilişkin kanıt olarak bir belge düzenlemekteydi. *Stipulatio*’nun geçerliği için gerekli olmayan, ancak ispat edici özelliğe sahip yazılı belgeler, uygulamada gitgide işlerlik kazanmıştı. Hatta eyaletlerde uygulanan hukukun da etkisiyle, bu belgeler gitgide kurucu özelliğe sahip olmaya başlamıştı. Eskiden beri Romalıların Yunanlılarla olan hukuki ilişkilerinde kullanılagelen ve aradaki borç vaadinin *stipulatio* ile de taahhüt edildiğine

¹¹¹ Kaser/Knütel/Lohsse, s. 247-248.

¹¹² Honsell, Römisches Recht, s. 117.

¹¹³ Tahiroğlu/Erdoğan, s. 245.

¹¹⁴ Kaser, RP I, s. 542; Honsell, Römisches Recht, s. 116; Schmidlin/Cannata, s. 45.

bir kanıt olan *stipulatio* şartı, *constitutio Antoniniana*'dan¹¹⁵ sonra, bu hukuki ilişkilerin dava edilebilir olduğunu tasdik etmeye başlamıştı¹¹⁶. Bundan sonra, İmparator *Leo*'nun çıkardığı bir emirname, taraflar arasında kullanılan herhangi bir sözün *stipulatio*'yu kurabileceğini kabul ettiğinden, *stipulatio*, *pactum*'a benzer hale gelmişti. Tarafların herhangi bir sözle iradelerini beyan etmelerinin yeterli olmasıyla, *stipulatio*'nun bütün içeriğini kapsayan soru ve taahhüdün açıklığı da ortadan kalkmış oldu. Böylece taraflar aralarında hangi sözcükleri kullanırsa kullansın, irade beyanları geçerli olarak kabul edilmişti. Yani aslında stipulatio, o fiilen rızai sözleşme haline gelmişti¹¹⁷. *Iustinianus*, artık uygulamadan kalkan *stipulatio* formunu, bir yazılı belgeye eklenmiş *stipulatio* formu altında korumaya çalışmaktaydı. Bunun için de, üzerinde tarih bulunan yazılı bir senette, tarafların o tarihte aynı yerde olamayacağını ispatıyla, yazılı belge de geçersiz sayılıyordu. Zira tarafların söz konusu tarihte aynı yerde olmaması, *stipulatio*'nun da yapılmadığının göstergesiydi¹¹⁸.

Stipulatio, yukarıda açıklanmaya çalışılan basit biçimi nedeniyle, Roma özel hukukunun birçok alanında temel yapı taşı olarak kullanılmıştı. *Stipulatio* uygulamasından doğan birçok özellik, Romalı hukukçuların sözleşmesel ilişkilerde kullanılan değişik kavramları geliştirmelerine yardımcı olmuştu. Bunlardan en önemlilerinden biri de *stipulatio poenae*'dir.

¹¹⁵ *Constitutio Antoniniana*: M.S. 212'de İmparator *Caracalla*'nın, birkaç istisna dışında Roma İmparatorluğu'nda yaşayan herkese, Roma vatandaşlığı tanıdığı emirnamedir (Umur, Lügat, s. 47).

¹¹⁶ Yabancılar hukukuna dahil olan *syngrapha*, Klasik Hukuk Dönemi'nin sonunda değişen *stipulatio* ile birleşmişti (Kaser, M., **Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt Die Nachklassischen Entwicklungen**, Zweite, neubearbeitete Aufl., München 1975 s. 382-383).

¹¹⁷ Rado, Borçlar Hukuku, s. 88-89.

¹¹⁸ İmparator *Leo*'nun çıkardığı kanunla, kullanılan herhangi bir sözle *stipulatio* geçerli bir şekilde kurulabileceğinden, *stipulatio* ile *pactum* birbirine yaklaşmış olsa da, aralarında bir farklılık bulunmaktaydı. Bu farklılığa göre, *Iustinianus*'un getirmiş olduğu faraziyeğe uygun olarak, yazılı belgenin üstündeki tarihte, tarafların o yerde olmamasıyla, *stipulatio*'nun da kurulması engellenmiş olurdu. Yani taraflar söz konusu tarihte aynı yerde değilse, *stipulatio* da kurulamayacağından, bu faraziye, *stipulatio* ile *pactum* arasındaki farklılığı göstermekteydi (Kaser, RP II, s. 382).

1. *Stipulatio*'nun Kökeni Olarak *Sponsio*

Stipulatio'nun kökeninin kefil olmaktan (*sponsio*'dan) geldiği kabul edilmektedir¹¹⁹. Ancak yine de *stipulatio*'nun en erken dönemdeki kökleri bilinmemektedir. *Stipulatio*'nun kökeninin büyük ihtimalle iki işleme dayandığı düşünülmektedir¹²⁰:

Spondere'den (taahhüt etmek) gelen *sponsio*¹²¹,nun biri ilahi, bir diğeri de dünyevi hukuka ait iki uygulama şekli bulunmaktaydı. İlk olarak *sponsio*, yemin işlemine dayanmakla birlikte, bağlayıcılığı da ilahi hukuktan gelmekteydi. Yani yemin eden kimse, bu yeminini yerine getirmezse, günahkar olarak (*sacer*) tanrıların gazabına uğramalıydı. Bu ilahi gazaba uğrama, sonradan dünyevi hukukta da karşılığını buldu ve XII Levha Kanunu'yla birlikte, *legis actio per iudicis arbitriv postulationem*¹²² ile dava edilebilirken, sonradan *manus iniectio*¹²³ ile icra edilebilir oldu. *Spondere*'nin dünyevi hukuka ilişkin uygulama şekliyse, *vades* ve *praedes*'ten gelmekteydi. Zira bu durumda davalının veya uyuşmazlık konusu şeyin tekrar *magistra*'nın önünde olacağına teminat

¹¹⁹ Kaser, *Ius*, s. 267 vd.; Berger, s. 713; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 102; Umur, *Lügat*, s. 201; Koschaker/Ayiter, s. 207.

¹²⁰ Deroussin, D., *Histoire du Droit des Obligations*, Paris, 2007, s. 214; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 57.

¹²¹ *Sponsio* sadece Roma vatandaşları arasında ve dolayısıyla *ius civile*'de geçerliyken; *stipulatio*, yabancıların da yapabileceği bir işlem olarak *ius gentium*'da geçerliydi. *Iustinianus*'un *Institutiones*i'ne bakıldığında, *stipulatio* ile ilgili örneklerin tümünün *spondere* ile ilgili olduğu görülürken, *Digesta*'da *stipulatio* ile örneklerin %85'i, *sponsio* ile alakalıdır. Hukuki anlamda *sponsio*'da, *sponsor* bir taahhüt altına girerken, *stipulator* konumunda olan bir kimse alacak hakkı elde ederdi. Proto-Hint-Avrupa dillerinden Hititçe'de ve Eski Yunanca'da banzer bir kelime şeklinde *sponsio*'nun ilahi anlamı olarak tanrılara kurban sunulması, hep aynı anlama denk gelmektedir. Ancak Latin dilinde *sponsio* bu anlamından kurtulup sonraları fiil olarak, biri yapısal anlamda cevap verme, diğeri hukuksal açıdan taahhüt etme, bir diğeri de usul hukuku bakımından geçerli olmak üzere anlamlar kazanmıştı (Ruelle, A., "La *sponsio* à la lumière de sa formule, ou l'histoire d'une fausse origine", *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes. Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2009, s. 176 vd., 188).

¹²² *Legis actio per iudicis arbitriv postulationem*: Müşterek mülkiyetine sahip olunan malın veya terekenin taksimi için, konusu para olan *stipulatio*'dan doğan uyuşmazlıklar için başvuru hakimi veya hakem talebini içeren davaydı (Umur, *Lügat*, s. 112).

¹²³ *Manus iniectio*: *Legis actio* usulünde, şahsi sorumluluk vardı ve *legis actio per manus iniectioem* parayla ilgili uyuşmazlıkların icrasına yaramaktaydı. Bazen *legis actio per manus iniectioem* ile mahkemece verilen karara gerek olmasa da, genellikle kararın verilmesinden sonra otuz gün bekleyen davacı, belirli miktar paraya mahkum olan davalıya el koyardı (*manus iniectio*); *magistra* da davacının bu iddiasını doğru bulursa, davalıyı onun hakimiyetine terk ederdi. İşte bu nedenle, söz konusu icra işlemine yarayan dava şekli için, *sponsio/stipulatio*'nun içeriği belli bir miktar paraya ilişkin olmalıydı (Umur, *Lügat*, s. 112-113; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 90).

verme¹²⁴ olarak borçlunun edimi değil de, bilakis bir kimsenin veya bir şeyin belirli zaman ve yerde *magistra* önünde olacağının “sorumluluğu” üstlenilmiş olmaktaydı. Sonradan bu sorumluluğun üstlenilmesi, yani “belirli yer ve zamanda *magistra* önünde bulunacağına kefil olma”, “borçlunun edimine kefil olmaya” dönüşmüştür. Yani büyük ihtimalle borçlunun edimine kefil olma, davalının belli yer ve zamanda *magistra* önünde bulunacağının taahhüt edilmesinden gelişmişti. İlk olarak da tüketim öduncünde (*mutuum*) kullanılmış olmalıydı¹²⁵.

2. *Sponsio/Stipulatio*’nun İçeriği ve *Stipulatio Poenae*’nin Kökeni

Stipulatio’da sadece taahhüt eden (*promittor*) borç altına girdiğinden tek taraflı bir sözleşmeydi. *Stipulatio*, dar hukuk sözleşmesi karakterini her dönemde korumuştur. Ancak *stipulatio*’nun içeriğinin belirli (*certum*) veya belirsiz (*incertum*) olmasına göre, açılan davalar da değişirdi. Zira konusu *dare* olan *stipulatio*’larda açılacak davanın içeriği *certa* iken, konusu *facere* olan *stipulatio*’larda açılacak davanın içeriği *incerta* idi. Konumuz bakımından önemli olan husus, *sponsio/stipulatio*’ların ilk uygulama şekillerinin konusu belirli (*certa*) olanlardan mı, yoksa konusu belirsiz (*incerta*) olanlardan mı oluştuğudur. Bu hususta genel kabul gören görüş, *sponsio/stipulatio*’nun konusunun belirli (*certa*) davayı doğuranların, dolayısıyla da konusu *certa pecunia* olan *stipulatio*’ların, konusu belirli olmayanlara (*incerta pecunia*) nazaran uygulamada daha erken dönemde yer aldığıdır. Zaten *stipulatio* kelimesinin kökeninin “*stips*”ten¹²⁶ kaynaklandığı düşünüldüğünde, ilk olarak genellikle maddi karşılığı olan işlemlerde kullanıldığı tahmin edilmektedir. Bu nedenle de, *sponsio/stipulatio* aslında köken olarak belirli bir miktara konu olan işlemi ifade etmekteydi¹²⁷.

¹²⁴ Umur, Lügat, s. 220.

¹²⁵ Kaser, RP I, s. 168-169; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 57, 337.

¹²⁶ Bkz. yuk. dn. 106.

¹²⁷ Kaser, Ius, s. 279; Girard/Senn, 521; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 60. Aksi düşünce için bkz. Magdelain, A., *Essai sur les Origines de la Sponsio*, Paris, 1943, s. 189.

Sponsio/stipulatio'nun belirli bir miktar para (*certa pecunia*) konulu olan *stipulatio*'lardan doğduğu kabul edildiğinde, *stipulatio*'nun konusunun diğer edimleri yani belirsiz edimleri (*incerta*) içerdiğinde nasıl talep edilebileceği sorusu akla gelir. Zira edimin konusunun belirsiz olduğu birçok durum bilinmekteydi¹²⁸.

Roma hukukunda edimin bir miktar paraya ilişkin olması, mahkumiyetin mutlaka bir miktar paraya ilişkin olmasının (*condemnatio pecuniaria*) bir sonucuydu. Borçlu, sadece bir miktar parayı ödemekle, alacaklının el koymasından kurtulabilirdi. Bu nedenle de, esasen yapma (*facere*) edimi bir *stipulatio*'nun konusunu oluşturamazdı, dolayısıyla da dava edilemezdi. Ancak Romalılar ceza koşulunun kabul edilen ilk uygulama şekli olan yapma (*facere*) edimlerine ceza koşulu aracılığıyla belli bir değer biçmekle, yapma (*facere*) edimlerinin dolaylı bir şekilde icra edilmesini de sağlamış oldu¹²⁹.

KOSCHAKER/AYİTER'e göre, yapma (*facere*) edimi yalnızca “bir para vaadinin olumsuz şartı olabilirdi.” Zira bu yazarlara göre “*faciam. ni faciam centum dare spondei* (Yapacağım. Yapmazsam 100 vermeyi vaad ediyorum)” ile yapma (*facere*) edimlerinden kaynaklanan menfaat, ceza koşuluyla kararlaştırılan menfaat ile tespit edilirdi. Böylece ceza koşulunun talebiyle elde edilen menfaattle, aslında yapma (*facere*) edimiyle amaçlanan menfaat elde edilmiş olurdu¹³⁰.

VISKY'e göre de, Roma hukukunda ceza koşulu ilkin, dava hakkı doğurmayan taahhütlerin geçerli bir şekilde talep edilmesi amacıyla, bu taahhütlerin teminat altına alınmasıyla ortaya çıkmıştı. Taraflar arasındaki basit irade uyuşmasıyla meydana gelen *pacta*'lardan doğan borçların talep edilebilmesi, bu borçların ceza koşulu yoluyla

¹²⁸ Cato, *agr.* 144.5, 146.5; Varro, *de re rust.* 2.2.5, 2.3.5, 2.4.5, 2.5.10; Plautus, *Rudens*, 3.4.77-778 (Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 60-61).

¹²⁹ Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 10-11; Somer, *Borçlar Hukuku*, s. 48.

¹³⁰ Koschaker/Ayiter, s. 210.

teminat altına alınmasına bağlıydı. Ceza koşuluyla (*stipulatio poenae*) ilgili kuralların belirginleşmesi de İmparatorluk Dönemi'nin başlangıcına denk gelmekteydi¹³¹.

Yapma (*facere*) edimlerinin bir *stipulatio*'ya konu edilmesi istendiğinde, *stipulatio*'nun konusunun mutlaka bir miktar paraya ilişkin olması gerektiğinden, yapma (*facere*) edimi, para borcunu içeren *stipulatio*'nun şartı haline getirilirdi. *Facere* edimiyle ulaşılmak istenen menfaat, *stipulatio* yoluyla ceza koşulu kararlaştırılarak elde edilirdi. Böylece yapma (*facere*) edimine dayanarak dava açılmayacağından, *stipulatio* yoluyla kararlaştırılan ceza koşulları da, *actio certi* olarak “*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*”in¹³² konusunu oluşturmalydı¹³³.

O halde belirtmek gerekir ki, *facere* edimlerinin bir borcun konusunu oluşturmaması nedeniyle, şartlı ceza koşulu vaadlerinden oluşan “bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun uygulaması” da “gerçek ceza koşulunun (*doppelstipulatio*-çifte *stipulatio*-)” uygulamasından daha eskiydi. Yapma (*facere*) ediminin konusu belirsiz (*incerta*) olduğundan, taraflar hakimin davacının menfaati neyi gerektiriyorsa

¹³¹ Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise*, s. 71.

¹³² *Gai. Inst. 4. 17a*: “*Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.*” “*Iudicis postulationem* dava, kanunun karar verdiği durumlarda, mesela XII Levha Kanunu gereğince *stipulatio*'nun konusunun gerektirmesi halinde uygulanırdı. Yargılama da aşağı yukarı şu şekildeydi: talep eden “vaadin gereğince bana 10.000 sesters vermek zorunda olduğumu söylüyorum. Sana bunu kabul edip etmediğini veya inkar edip etmediğini soruyorum” Karşı taraf buna zorunda olmadığını söylerdi. O halde talep eden: “inkar ettiğine göre, *praetor* senden hakim veya hakem atamanı talep ediyorum.”. Öyleyse bu tür davada, cezaya maruz kalmaksızın inkar edilebilmekteydi. Aynı kanun bu usulün, mirasın paylaşımı konusunda da uygulanacağını gerektirir. Aynı şekilde, *Lex Licinna* bunu tüm paylaşım davaları için geçerli kıldı. Bu nedenle, hakem talep edilir edilmez, dava edilen gereğince nedeni de beyan edilirdi.”

Yukarıdaki metinde belirli miktardan söz edilmesi, *stipulatio*'nun konusunun *certa pecunia* (belirli miktar para) olduğunu gösterir. Bu metinde hakemden (*arbiter*) söz edilmesiye, paylaşım davaları gibi *legis actio*'lar usulünde konusu belirsiz (*incertum*) veya belirli bir şey (*alia certa res*) olarak anlaşılması gereken *stipulatio*'ların da var olduğudur. Hakemin (*arbiter*) atanmasının önemi de, değer tespiti yapılması konusundaydı. Ayrıca M.Ö. 3. yy.'da *legis actio per conductionem*'in açılmasına izin veren *lex Silia*'yla, konusu belirli bir miktar para (*certa pecunia*) olan borçların takibi sağlanmış, aşağı yukarı aynı dönemde çıkarılan *lex Calpurnia* ile de konusu belirli şeyler olan (*alia certa res*) borçların takibi *legis actio per conductionem* ile sağlanmıştı (Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 58-60; Umur, *Lügat*, s. 115, 124)

¹³³ Zimmermann, R., *The Law of Obligations*, Roman Foundation of the Civilian Tradition, Cape Town, Wetton, Johannesburg, 1990, s. 99.

(*id quod interest*) ona göre vereceği karar yerine, daha baştan belirli bir miktarı, *stipulatio poenae* yoluyla kararlaştırılabilirdi. *Stipulatio poenae*'nin ilk uygulama şekli de, yapma (*facere*) edimlerinin belirsizliğinin, ceza koşulu aracılığıyla giderilmesinden oluşmaktaydı. Taraflar arasındaki borcun, kararlaştırıldığı gibi yerine getirilmesini sağlama amacıyla gerçek ceza koşulunun uygulaması sonradan yerleşmiş olmalıydı¹³⁴.

III. STIPULATIO POENAE'NİN BAZI HUKUKİ KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

A. STIPULATIO POENAE VE ARRA

1. Genel Olarak Arra

Arra, Eski Yunan hukuku kökenlidir. Eski Yunan hukukunda alım satım sözleşmesinin geçerliliği, para ile malın anında birbiriyle değişmesi esasına dayanmaktaydı. Beraberinde yeteri kadar parası olmayan bir kimse, bir malı satın almak istediğinde, eğer o malın değerini tamamıyla ödeyemiyorsa, alım satım sözleşmesi de kurulmazdı. Bu nedenle de, bir malı satın almak isteyen, ancak yeteri kadar parası olmayan kimse, o malın değerini kararlaştırdıkları sürede ödeyeceğini belirterek ve belli miktarı, o anda *arra* olarak satıcıya vererek teminat sağlamış olurdu. Görüldüğü üzere, *arra* ilk olarak, Eski Yunan'da aslında kredili ve vadeli alım satımın geçerli olmaması nedeniyle ortaya çıkmıştı¹³⁵.

Buna karşılık Roma hukukunda *arra*'dan, farklı dönemlerde, değişik amaçlara hizmet etmek için yararlanılmıştı. Şöyle ki: Roma hukukunda rızai sözleşmelerden olan alım satım sözleşmesi, karşılıklı iradelerin birbirine uygun olduğu anda kurulduğundan, Eski Yunan'da uygulanan *arra*, Klasik Dönem Roma hukukunda sadece *arra confirmatoria* (bağlanma parası) şeklinde, “sözleşmelerin kurulduğunu ispat etmek için”

¹³⁴ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 62, 80; Monier, Tome 2, s. 240; Humbert, M., “La stipulation de peine, entre pratique et règle juridique”, *Règle et Pratique du Droit dans les Réalités juridiques de l'Antiquité*, 1997, s. 60.

¹³⁵ Altop, S., *Roma Malvarlığı Hukukunda Pey Akçesi 'Arra'*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1994, s. 11-14.

kullanılmaktaydı¹³⁶. O halde Roma hukukunda aynı, yazılı ve sözlü sözleşmelerde *arra*'ya ihtiyaç olmayacağı açıktır. Çünkü aynı sözleşmelerden karzda mülkiyetin; ariyet ve vedia'da *detentio*'nun; rehin sözleşmesindeyse zilyetliğin nakli gerekmektedir. Yazılı ve sözlü sözleşmelerde de, öngörülen şekil şartlarının gerçekleşmesiyle sözleşme kurulmuş olurdu. Rızai sözleşmelerin meydana gelmesi de, her iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanını gerektirdiğinden, karşı tarafa verilen *arra*, sadece sözleşmenin kurulmasının teyitine hizmet ederdi. Böylece Eski Yunan hukukunun aksine, Klasik Dönem Roma hukukunda *arra*'nın temel fonksiyonu, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulduğunu tespit etmekte¹³⁷.

Iustinianus Dönemi'ne gelindiğinde, Yunan Eyaletleri'nde sıklıkla uygulanan *arra*, farklı amaçları da gerçekleştirir hale gelmişti. Bu dönemde yazılı olarak yapılması kararlaştırılan, ancak belirtilen şartlar gerçekleştirilmeden, yani sözleşmenin ön görüşmeleri esnasında *arra* verildikten sonra, *arra*'yı alan sözleşmeyi yapmaktan vaz geçerse, *arra poenalis* (ceza parası) söz konusu olurdu. *Arra poenalis* (ceza parası), kuruluşu tamamlanmış yazılı sözleşme için değil de, sözleşmenin ön görüşmesi (*pactum de contrahendo*) tamamlanmış olduğu için verilmişti¹³⁸. *Arra poenalis* (ceza parası)

¹³⁶ Gai. Inst. 3. 139: “*Emptio et uenditio contrahitur, cum de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et uenditionis contractae.*” “Alım satım (*emptio et venditio*) akti, semen (*pretium*) üzerinde anlaşılınca teşekkül eder, henüz ne semen ödenmiş ne de pey akçesi (*arra*) verilmiş olsa bile. Zira pey akçesi (*arra*) namı altında verilen, alım satımın aktedildiğine bir delil teşkil eder.” Türkçe metin, Gaius, **Institutiones, Borçlar Kısmı** (Çev. Türkân Rado), İstanbul, 1953, s. 43. *Gaius Institutiones*'in Borçlar Kısmına yapılan çevirilerde, bu eserden yararlanılmıştır.

D. 18.1.35 pr. (Gaius 10 ad ed. provinc.): “*Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio.*” “Alım satımda çok sık karşımıza çıkan *arra*, uzlaşma *arra* olmaksızın olamayacağı için değil, aksine tarafların semen üzerinde uyuştuklarını daha iyi ispat için verilir.” (Türkçe metin, Altop, Arra, s. 33).

¹³⁷ Berger, s. 367; Rado, Borçlar Hukuku, s. 114-115; Altop, Arra, s. 33, 94-95.

¹³⁸ Iust. Inst. 3.23 pr.: “*Emptio et venditio contrahitur simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. nam quod arrae nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractae. sed haec quidem de emptionibus et venditionibus quae sine scriptura consistunt obtinere oportet: nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est. in his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta. donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione. ita tamen impune recedere eis concedimus nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui*

olarak tanımlanan bu tür *arra* verildiğinde, henüz sözleşme kurulmamış olduğundan, taraflardan birinin anlaşmaya aykırı davranışı, cezasız kalmamaktaydı. Çünkü bu aşamada *arra* verilmemiş olsaydı, sözleşme oluşmadığından, ifa veya tazminat talepleri ileri sürülemezdi. Ancak *arra*'yı alan sözleşmeyi yapmaktan vaz geçerse, aldığı iki katını karşı tarafa öderdi¹³⁹. Bu nedenle de, artık *arra*'nın verilmesi, taraflar arasındaki hukuki ilişkide cezalandırıcı bir etkiye sahip hale gelmişti. Unutmamak gerekir ki, Eski Yunan *arra*'sı da, taraflar arasındaki alım satım sözleşmesinin tamamlanmamasından önce verildiğinden, aslında hem teminat, hem de cezalandırıcı etkiye sahipti¹⁴⁰.

Ayrıca *Iustinianus* Dönemi'nde, taraflar arasında geçerli bir sözleşme varsa, *arra poenitentialis* de (cayma parası) söz konusu olabilirdi. *Arra poenitentialis*'i veren sözleşmeden dönmek istemesi halinde, verdiği şeyin veya bir miktar paranın karşı tarafta kalması durumunda ya da *arra*'yı alanın sözleşmeden dönmek istemesi halinde, aldığı iki katını karşı tarafa ödemesi koşuluyla, sözleşmeden dönme mümkün olurdu¹⁴¹. Ancak *arra*'nın bu türünde¹⁴² ortada geçerli yazılı veya yazılı olmayan bir sözleşmenin kurulması ve tarafların söz konusu bedeller karşılığında sözleşmeden dönebilmelerini sağlaması, taraflar arasındaki sözleşmeyi zayıflatır hale getirmişti. Bu açıklamalar ışığında görülmektedir ki, *arra poenalis*'in (ceza parasının) verilmesi

recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est. "Semen (pretium) üzerinde mutabık kılınır kılınmaz, semen tediye edilmemiş ve hatta bir pey akçesi verilmemiş olsa, alım satım (emptio venditio) akdedilmiş olur: filhakika pey akçesi (*arra*), ismi altında verilen alım satım akdedildiğinin bir delilidir. Ancak bu, yazıya istinat etmeyen alım satımlar için böyledir ve bunlar hakkında hiçbir yenilik getirmiş değiliz. Yazı ile yapılanlara gelince, bunlar, vazettiğimiz emirnameye göre, yazılı vesikanın ya âkit tarafların el yazısıyla veya başkaları tarafından yazılıp âkitler tarafından imza edilmesiyle veyahut vesika hususi memurlar (tabelliones) tarafından yapılmışsa, ancak taraflarca tamamen kabul edilecek şekilde ve mutlak olarak tamamlanması ile tekemmül etmiş olurlar. Filhakika bu şeylerden birisi eksik kalırsa, akitten vazgeçmek mümkün olur ve alıcı ile satıcı bir cezaya düşer olmaksızın, alım satımdan rücu edebilirler. Mamafih, böyle, cezasız olarak akitten rücu edebilmelerine, henüz pey akçesi olarak bir şey verilmemişse, müsaade ediyoruz: pey akçesi verilmişse, alım satım akdi ister yazılı olarak ister yazısız olarak yapılmış olsun, akdin ifasından kaçınan kimse, pey akçesi hususunda hiçbir şey tasrih edilmemiş bile olsa, eğer alıcı ise verdiği kaybeder, satıcı ise iki mislini iade ile mükellef olur."

¹³⁹ Kaser/Knütel/Lohsse, s. 252-253.

¹⁴⁰ Altop, *Arra*, s. 12 vd., 82, 92; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 115.

¹⁴¹ Berger, s. 367.

¹⁴² *Arra*'nın *Iustinianus* Dönemi'nde kazandığı yeni işlevlere paralel olarak, bu şekilde sınıflandırılmasının Ortak Hukuk Dönemi'nde yapılması hakkında bkz. Kaser/Knütel/Lohsse, s. 253.

taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi güçlendirici bir etkiye sahipken, *arra poenitentialis*'in (cayma parasının) verilmesi, sözleşmeyi zayıflatıcı bir etkiye sahipti¹⁴³.

Arra poenitentialis (cayma parası) ile Eski Yunan *arra*'sı birbiriyle karıştırılmamalıdır. Çünkü Eski Yunan'da alım satım akdi, mal ile paranın o anda tarafların birbirine teslimiyle gerçekleştiğinden, *arra* da henüz alım satım akdi kurulmadan tarafların arasındaki hukuki durumu güçlendirmek amacıyla verilirdi. Buna karşılık Roma hukukunda, taraflara belirli koşullar altında sözleşmeden dönme olanağı sağlaması amacıyla *arra poenitentialis* (cayma parası) verilirdi. Bu nedenle de, sözleşmeyi zayıflatıcı etkiye sahipti¹⁴⁴.

Görüldüğü üzere Eski Yunan hukuku kökenli *arra*'nın, ortaya çıktığı coğrafyadaki uygulama şekliyle, Roma hukukundaki uygulama şekilleri birbirinden farklılık arz etmekteydi.

2. *Stipulatio Poenae* ve *Arra* Arasındaki Ayrım

Her ne kadar *arra confirmatoria* (bağlanma parası) ve *arra poenitentialis*'in (cayma parası) varlığı için, tıpkı gerçek ceza koşulunda olduğu gibi, taraflar arasında geçerli esas sözleşmenin varlığı gerekse de, yani *arra* ve gerçek ceza koşulu, fer'i niteliği haiz olsa da, Roma hukukunda *arra* ve *stipulatio poenae* birbirlerinden farklı kavramlardı. Şöyle ki: Yukarıda kısaca Yunan *arra*'sından bahsedildiğinde görüldü ki, bu hukuki kavramın ortaya çıkış amacı, kısmi ödeme şeklinde, teminat ve ceza fonksiyonlarına sahipti. Fakat *arra*, Roma'da yukarıda açıklanan bütün fonksiyonlarını kaybedip, Roma hukukunun her döneminde geçerli olmak üzere, ispat edici fonksiyona

¹⁴³ Schwarz, A. B. (Çev.: Bülent Davran), **Borçlar Hukuku Dersleri**, C. I, İstanbul, 1948, s. 262; Altop, Arra, s. 66-69, 88, 92, 109-110.

¹⁴⁴ Schwarz, Borçlar Hukuku, s. 262; Altop, Arra, s. 81.

büründü. Buna karşılık *Iustinianus* Dönemi'nde *arra poenalis* (ceza parası) ile birlikte, ceza fonksiyonuna da sahip oldu¹⁴⁵.

Stipulatio poenae ile *arra*'nın bütün türleri açısından ortak fark, *arra*'nın daha taraflar arasındaki hukuki ilişkinin başlangıcında karşı tarafa verilmesi, *stipulatio poena*'de ise bunun sözleşme yapılırken vaad edilip, bu vaade uygun davranılmaması halinde borçlunun söz konusu edimi karşı tarafa vermesiydi. Tabii ki *stipulatio poenae*'nin hiçbir şekilde *arra confirmatoria*'da (bağlanma parası) olduğu gibi, sözleşmenin kuruluşunu teyit edici bir karakteri yoktu. *Arra poenalis* (ceza parası) gibi *stipulatio poenae* de, taahhüte uygun davranmayı sağlama bakımından zorlama ve ceza fonksiyonuna sahipti. Ancak *arra poenalis* (ceza parası), daha o hukuki ilişkinin başlangıcında, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiyi tamamlamamaları halinde, birbirlerine verdikleri sözün cezasız kalmamasını amaçlamaktaydı. Yani aslında “*arra poenalis* (ceza parası), önceden yerine getirilmiş ceza koşulu işlevi görmekteydi¹⁴⁶”. *Stipulatio poenae*'deyse borçlunun borcunu taahhüt ettiği gibi yerine getirmemesi söz konusu olduğunda muacceliyet gerçekleşirdi ve ancak muacceliyet kazandıktan sonra alacaklıya ödenirdi.

Arra ve *stipulatio poeane* arasındaki farkla ilgili değinilmesi gereken son husus, Roma aile hukukunda nişanlanmada verilen *arra* meselesidir. Doğu hukuk sistemlerinde ve Eski Yunan hukukunda *arra*'nın verilmesi, nişanlanmanın geçerliliği için gerekliydi. Bunak karşılık Roma hukukunun ilk zamanlarında, *stipulatio* aracılığıyla yapılan evlenme vaadi dava edilebilir bir yükümlülük doğururken; Klasik Hukuk Dönemi'nde ve Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde nişanlanma için karşılıklı

¹⁴⁵ Altop, *Arra*, s. 109.

¹⁴⁶ Schwarz, *Borçlar Hukuku*, s. 263; Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 91. Aynı yönde bkz. Kayak, *Cezai Şart*, s. 251.

uzlaşma yeterliydi¹⁴⁷. Ancak Doğu eyaletlerindeki uygulama, Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde Roma'nın hukuk sistemini etkilemiş ve erkeğin *arra sponsalicia* (nişanlanmaya ilişkin pey akçesi)¹⁴⁸ verdikten sonra kendisinin haklı neden olmadan evlenmek istememesi halinde, bu *arra*'nın karşı tarafta kalacağı; ancak kızın haklı bir neden olmaksızın evlenmeyi istememesi halindeyse, bunun dört veya sonradan iki katını ödeyeceği sonucuna varılmıştı. Görüldüğü üzere, nişanı kızın haklı bir neden olmadan evlilikle sonlandırmak istememesi halinde, kızın ödemesi gereken miktarın erkekten daha fazla tutulması, aslında *arra sponsalicia*'nın (nişanlanmaya ilişkin pey akçesinin) kızı evlenmeye zorlama fonksiyonu çerçevesinde bir *arra poenalis* (ceza parası) olduğunu göstermekteydi. O nedenle de, her ne kadar Roma hukukunda nişanlanmada ceza koşulu kararlaştırmak, ahlaka aykırı olduğundan hükümsüz olsa bile¹⁴⁹, Son İmparatorluk Dönemi'nde *arra sponsalicia* (nişanlanmaya ilişkin pey akçesi) uygulaması, *stipulatio poenae* ile gerçekleştirilmek istenen yaptırıma çok yaklaşıyordu¹⁵⁰.

B. STIPULATIO POENAE VE LEX COMMISSORIA

1. Genel Olarak Lex Commissoria

Roma hukukunda hak düşürücü bir kayıt olarak *lex commissoria*, ya alıcının kendisine tanınan süre içerisinde semeni ödememesi halinde, satıcıya başka hiçbir şeye gereksinimi olmadan sözleşmeden dönme yetkisi verirdi ya da rehin sözleşmesinde

¹⁴⁷ D. 23. 1. 1 (Florus 3 inst.): “Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum.” “Nişanlanma gelecekteki evliliğin teklif ve vaad edilmesidir.” D. 23. 1. 4 pr. (Ulpianus 35 ad sab.): “Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia.” “Nişanlanmak için sadece irade uyuşması yeterlidir.” (Türkçe metin Altop, S., “Arra Sponsalicia”, *İÜHFM 1995-1996*, C. LV, S.1-2, s. 369 dn. 1, 370 dn. 8).

¹⁴⁸ Di Marzo, s. 183.

¹⁴⁹ Bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, I, C.

¹⁵⁰ Di Marzo, s. 183; Altop, Arra Sponsalicia, s. 369-382. KOSCHAKER/AYİTER, M.S. 4. yy.'dan itibaren yerleşen *arra sponsalicia*'nın, cezai şart olduğunu belirtmektedir (Koschaker/Ayiter, s. 301). Aynı yönde bkz. Kayak, Cezai Şart, s. 254; Güneş Ceylan, S., **Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)**, Ankara, 2010, s. 50, 52.

borçlu borcunu yerine getirmediğinde, alacaklının teminat olarak elinde bulundurduğu malın mülkiyetini elde etmesini ifade ederdi¹⁵¹.

Ancak *lex commissoria*'nın konumuzla bağlantılı olan anlamı, alım satım sözleşmesine (*emptio venditio*) ek olarak yapılmasıdır. Alım satım sözleşmesine ek olarak yapılan yan anlaşmalardan biri olarak *lex commissoria*'da, semen zamanında ödenmediğinde, yani bu nedenle temerrüde düştüğünde, alıcı o ana kadar ödemiş olduğu ilk taksiti de geri isteyemeden, satıcı sözleşmeden dönme hakkına sahip olurdu. Bu nedenle, *lex commissoria* anlaşması, tamamen satıcının lehine yapılan bir anlaşmaydı. Roma hukukunda alım satım sözleşmesinde, alıcının borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde, sadece tazminat talebi tanındığı, buna karşılık satıcının bu sözleşmeden dönme hakkı olmadığı için¹⁵², *lex commissoria* anlaşmasının satıcının ne kadar lehine olduğu görülür. Bu nedenle de *lex commissoria* anlaşması en çok taksitli taşınmaz veya köle alım satımlarında kullanılmaktaydı¹⁵³:

D. 18.3.2 (Pomponius 35 ad sab.)

“Cum venditor fundi in lege ita caverit: " si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit", ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur...”

“Bir çiftliğin satıcısı, alım satım sözleşmesinde şu şekilde bir şarta yer verdiğinde: “Eğer para belirlenen zamana kadar ödenmezse, çiftlik satılmamış olacaktır”. [ödemenin gecikmesiyle birlikte], anlaşma satıcının lehine olduğundan, satıcı isterse, çiftlik satılmamış gibi telakki edilir...”

Yukarıdaki metinde de *lex commissoria* anlaşmasının, belirlenen zamanda ödenmeyen semen nedeniyle, satıcının akdi feshedebileceğine ilişkin olduğu görülür. O halde *lex commissoria* alıcının parayı zamanında ödememesine bağlı olarak, satıcının

¹⁵¹ Umur, Lügat, s. 116; Berger, s. 399; Dunand/Pichonnaz, s. 93.

¹⁵² Rado, Borçlar Hukuku, s. 129; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 91; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 218.

¹⁵³ Peters, F., *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln, 1973, s. 50-52.

sözleşmeyi feshedeceğini açıklamasıyla meydana gelirdi. Zaten en başta belirli bir sürede yerine getirmeme şartına bağlandığı için, alıcının ihtarına da gerek yoktu¹⁵⁴.

2. *Stipulatio Poenae* ve *Lex Commissoria* İlişkisi

Bazı metinlerde açıklama yapılırken *lex commissoria*’nın ve *stipulatio poenae*’nin bir arada verilmesi, her iki hukuki kurumun işlevsel bakımdan birbirine benzer olduğuna işaret eder¹⁵⁵. Bu çerçevede hem *lex commissoria* hem *stipulatio poenae*, borcun yerine getirilmesi bakımından, borçlu üzerinde dolaylı bir baskı aracı oluştururdu. *Stipulatio poenae* ile borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde ileride ödenmesi bakımından bir miktar edim ceza koşulu olarak kararlaştırılırken; *lex commissoria* anlaşmasının yapılmasıyla, alıcının semeni önceden belirlenen tarihte ödememesi halinde satıcı, sözleşmeden dönme yetkisine sahip olurdu. Alıcı semeni ödememekle, satıcıya önceden ödediklerinden de vazgeçmiş olurdu. *Lex commissoria*

¹⁵⁴ Özellikle de alıcının edimini yerine getirmemesindeki somluluğu üstlenme zorunluluğu konusundaki tartışmalar için bkz. Peters, s. 73 vd.

¹⁵⁵ D. 44.7.23 (Africanus 7 quaest.): “Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta: is qui eam pecuniam petebat parte exacta petere desierat, deinde interposito tempore interpellare instituerat. consultus respondit eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, poenam peti posse: amplius etiamsi omnino interpellatus non esset: nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret: alioquin dicendum et si is, qui interpellare coepisset, valetudine impeditus interpellare desisset, poenam non committi. de illo sane potest dubitari, si interpellatus ipse moram fecerit, an, quamvis pecuniam postea offerat, nihilo minus poena committatur: et hoc rectius dicitur. nam et si arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare iusserit neque per eum, qui dare iussus sit, steterit, non committi poenam respondit: adeo ut et illud servius rectissime existimaverit, si quando dies, qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset, modicum spatium datum videri. hoc idem dicendum et cum quid ea lege venierit, ut, nisi ad diem pretium solutum fuerit, inempta res fiat.” “Deniz aşırı gönderilmek üzere alınan ödünçün (deniz ödünçünün) belirli günde ödenmemesi halinde, bir kölenin hizmetleri nedeniyle, kölenin kendisinin tahsil etmeye yetkili olduğu ceza, alışıldığı üzere bir *stipulatio*’nun konusu yapıldı. Onu tahsil etmeye yetkili olan, bir miktarı tahsil ettikten sonra, diğerinden (diğer kısmından) vazgeçti ve bir miktar sürenin geçmesinden sonra ihtarla başladı. Görüşü soruldu ve cevap verdi ki: ihtar etmemiş olduğu süre için de, ceza talep edilebilir. Aslında hiçbir ihtar yapılmasa da söz konusu olurdu. Borçlunun ödemeyi gerçekleştirmemesi, borçlunun kendi kusuruna dayanmasa da, *stipulatio* uygulanmayacaktı (tatbik edilmeyecekti-edilmezdi). Çünkü başkaca şöyle kabul edilirdi: ihtarla başlayan, ancak hastalık sebebiyle engellenen devam edemeyeceğinden, ceza muaccel olmazdı. Bu yüzden bir kimseye ihtar yapıldığında ve kendi kusuruyla gecikme meydana geldiğinde, sonradan parayı sunmasına rağmen cezanın muaccel olup olamayacağı hususunda bir şüphe oluşabilir mi? Fakat bu da daha doğru olarak onaylandı (kabul edildi). Çünkü *compromissum* sonucunda seçilen hakem, belirli miktar paranın belirli bir günde ödenmesi emrini verdiğinde, teslimin gerçekleşmesi, emredilen kişiden kaynaklanmıyorsa, [bunun gerçekleşmemesi] cevap verdiği gibi, ceza muaccel olmaz. Bu nedenle *Servius* iddiasını doğru bir şekilde şöyle öne sürer ki: bir hakemin hükmünde ödeme için bir gün belirtilmemişse, makul bir süre verilmiş addedilir. Aynı durum, satış parası belirli güne kadar ödenmezse, satışın fesholunacağı şartıyla yapılmasında da geçerlidir.” Ayrıca *Pap. D. 19.1.13.26* metni için bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2; *Lab. D. 19.1.51.1* metni için bkz. dn. 472.

nedeniyle, alıcı, önceden yerine getirmiş olduğu edimleri de talep edemeyeceğinden, *lex commissoria* belirtilen zamanda semeni ödeme bakımından bir baskı aracı görevi görürdü. Bu nedenle aslında hem *lex commissoria* hem de *stipulatio poenae*, borçlunun borcunu, önceden belirlenen çerçevede ifa etmesini sağlayan bir baskı aracı olarak kullanılmaktaydı¹⁵⁶.

IV. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ

A. GENEL OLARAK

Günümüz hukukçuları, Roma hukukunda taraflar arasında asli bir borç ilişkisinin olup olmamasına göre, ceza koşulunu da gerçek ceza koşulu ve bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu olmak üzere ikiye ayırmaktadır¹⁵⁷. İlk olarak gerçek ceza koşulunda, taraflar arasındaki ana borcun kaynağını teşkil eden temel *stipulatio*'nun yanında, bir de onun belirtilen şekilde ifa edilmemesi şartına bağlı olan ikinci *stipulatio* bulunurdu. Ana borca eklenen *stipulatio poenae*, gerçek ceza koşulunu oluştururdu. İkinci tür olarak ifade edilen bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulundaysa, taraflar arasında ceza koşulundan kaynaklanan borç dışında, başka bir borç bulunmamaktaydı. Sadece ceza koşulundan kaynaklanan edim, şartın ne şekilde kararlaştırıldığına bağlı olarak, şartın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesiyle talep edilebilirdi. Bu nedenle de doktrinde, gerçek ceza koşulu, seçimlik borçla (*stipulatio alternativa*), bağımsız (gerçek olmayan ceza koşuluysa, seçimlik yetkiyle (*facultas alternativa*) benzetilmektedir¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 14-15.

¹⁵⁷ Girard/Senn, s. 702-703; Giffard, A.-E., **Précis de Droit Romain, Tome Deuxième (Obligations)**, Troisième Édition, Paris, 1951, s. 306; Villers, s. 346; Monier, Tome 2, s. 240; Kunkel/Honsell, s. 239; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 27 vd.; Zimmermann, s. 98, 100; HKK/Hermann §§336-345, Rn. 18.

¹⁵⁸ “*Stichus*’u veya *centum*’u bana vermeyi taahhüt ediyor musun?” şeklinde yapılan bir *stipulatio*, seçimlik borca örnek teşkil ederdi. Çünkü borçlunun borcunu iki borç oluşturmaktayken, borçlu sadece ikisinden birini alacaklıya vererek borcundan kurtulurdu. Romalılar bunu “*duae res sunt in obligatione, sed altera in solutione*” şeklinde, yani “borç olarak iki şeyin var olduğu, ancak borcu yerine getirmenin konusunun tek olduğu” şeklinde ifade ederdi. Bu nedenle de, seçimlik borçta olduğu gibi, gerçek ceza koşulunda da hem asli borçtan doğan, hem de ceza koşulunu oluşturan borçtan doğan iki borç bulunurdu. Ancak seçimlik borçta olduğu gibi, ikisi birlikte borçlanılmamıştı. Gerçek ceza koşulundan kaynaklanan edimin borçlanılabilmesi için, ilk borcun yerine getirilmemesi gerekirdi. Seçimlik yetkide (*facultas*

Belirtmek gerekir ki, gerçek ve bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu ayrımını günümüz hukukçuları yapmaktadır. Yoksa diğer birçok hukuki kavramın incelenmesinde olduğu gibi, Romalılar ceza koşulunu da ikiye ayırıp ıcelememişlerdi¹⁵⁹. Romalı hukukçular detaylı bir şekilde, bu hukuki kavramın ortaya çıkardığı uyuşmazlıkların hakkaniyete uygun bir şekilde sonuçlandırılmasıyla ilgilenmişlerdi. Bu kapsamda örneğin dava konusu ve dolayısıyla bir borcun konusunu teşkil edemeyen edimlerin dolaylı yoldan nasıl ifa edilebilir olduğuyla; ana borç ifa edilmediğinde, sadece ceza koşulunun mu, her ikisinin mi yoksa ikisinden birinin mi ifa edileceğiyle; ana borcun hükümsüzlüğünün ceza koşuluna etkisiyle; kısmi ifa halinde ceza koşulunun kısmen ifa edilip edilememesi gibi sorunlarla, somut uyuşmazlıklar üzerinde ilgilenerek cevap vermişlerdi. O halde Roma hukukunda asli edim ile ceza koşulu arasındaki ilişkiye bağılı olarak yapılan gerçek ve bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu ayrımı, günümüz Roma hukukçuları tarafından yapılmaktadır. Buna karşılık Romalı hukukçular da, pek çok durumda bu iki hukuki kavramın birbirinden farklı olduğunu görmüş ve bu farklılığa uygun hakkaniyetli sonuçlar bulmaya çalışmışlardı¹⁶⁰.

Ceza koşulu öğretisi, Romalıların her bir ceza koşulu türünden doğan anlaşmazlıklara çözüm bulma arayışları ve bunları yorumlamalarıyla oluştuğundan, Roma hukukunda gerçek ceza koşulu ve bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu ayrımı çok önemlidir¹⁶¹.

alternativa), konusunu tek bir edimin oluşturduğu borcun yerine getirilmesinin, alternatif olarak başka bir edimle de sağlanabileceği, daha en baştan alacaklıyla borçlu arasında kararlaştırılırdı. Eğer bu sonradan kararlaştırılısaydı, ifa yerine temlik (*datio in solutum*) söz konusu olurdu. Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunda, taraflar arasında sadece *poena* borçlanıldığı ve taraflar arasında borçlanılmamış olan belirli bir davranışın gerçekleştirilmesiyle ceza koşulunun muacceliyetinden kaçınılacağı için, bağımsız ceza koşulu da seçimlik yetkiyle benzerdi (Siber, s. 260; Kaser, RP I, s. 520, dn. 11; Honsell, s. 93; Pichonnaz, P., **Les fondements romains du droit privé**, Genève-Zurich-Bâle, 2008, s. 392-393).

¹⁵⁹ Sturm, F., Rezension zu “Rolf Knütel: Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe (Forschungen zum römischen Recht 34). Böhlau, Köln–Wien 1976. XIII, 385 S.”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 97, 1980, s. 419.

¹⁶⁰ Lévy, J.-P./Castaldo, A., **Histoire du droit civil**, 2^e édition, Paris, Dalloz, 2010, s. 1003.

¹⁶¹ Sossna, R.-P., **Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen. Eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § 343 BGB**, Berlin, 1993, s. 8; Honsell, s. 92; TALAMANCA bağımsız (selbständig) ve birleşik (kombiniert) ceza koşulu ayrımı yaparken, VOCI

Günümüzde gerçek ceza koşulunu, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulundan ayırmak için modern hukuk literatürlerinde bazı kavramlar kullanılmaktadır. Gerçek ceza koşulu Fransızca “la clause pénale proprement dite”, İtalyanca “clausola penale propria”, Almanca “echte Vertragsstrafe”, İngilizce “genuine penalty clause” kavramlarıyla ifade edilmektedir. Gerçek olmayan ceza koşulu veya bağımsız ceza koşulu için, Almanca “unechte Vertragsstrafe”¹⁶², İtalyanca “clausola penale impropria od autonoma”, Fransızca “la clause pénale au sens improprie”, İngilizce “independent penalty clause ya da non-genuine conventional penalty clause” kavramları kullanılmaktadır¹⁶³.

Roma hukukunda gerçek ceza koşulu ve bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunu gösteren en önemli örneğe bakılacak olursa, bu iki tür ceza koşulu genel anlamda daha iyi açıklanmış olacaktır:

D. 45.1.115.2 (Papinianus 2 quaest.)

“...itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti ‘si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?’, sed ita concepta sit stipulatio: ‘Pamphilum dari spondes? Si non dederis, tantum dari spondes?’”

“...Bu nedenle, stipulatio ‘Pamphilus’u vermezsen, o kadarı vermeyi taahhüt ediyor musun?’ şeklindeki şartla başlamamış olsaydı Sabinus’un düşüncesine katılmak mümkündü. Ancak stipulatio ‘Pamphilus’u vermeyi taahhüt ediyor musun? Eğer onu

gerçek ve gerçek olmayan ayrımı yapmaktadır (Naklen Kaser, RP I, s. 519, dn. 5). KNÜTEL ise Pap. D. 45. 1. 115.2’de ayrımı yapılan ceza koşulu türlerini, bağımsız ceza koşulu (selbständiges Strafversprechen) ve çifte stipulatio (Doppelstipulatio) olarak belirtmektedir (Knütel, Stipulatio Poenae, s. 27).

¹⁶² Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu’nda yer almamaktadır. Buna karşılık BGB’de bu hukuki kavrama yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: BGB § 343 Abs. 2: “Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.”

¹⁶³ Biscardi, A., “La double configuration de la clause pénale en droit romain”, **De iustitia et iure Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag** (Hrsg. Manfred Harder, Georg Thielmann), 1980, s. 258; Zimmermann, s. 98. İsviçre hukukunda bu kavram için, *unechte* ya da *selbständige Konventionalstrafe*, *strafähnliches Versprechen*, *uneigentliche* ya da *konstitutive Vertragsstrafe*, *selbständige Strafvereinbarung* veya *selbständiges Strafgedinge* kavramları kullanılmaktadır. “*unechte Vertragsstrafe*” kullanımının doğru olmadığı yönünde bkz. MünchKomm/Gottwald, BGB § 343, Nr. 23.

(*Pamphilus*'u) vermezsen, o kadar vermeyi taahhüt ediyor musun? şeklinde düzenlendi.”

Yukarıdaki metinde de görüldüğü üzere, “*Pamphilus*'u vermeyi taahhüt ediyor musun? Eğer onu (*Pamphilus*'u) vermezsen, o kadar vermeyi taahhüt ediyor musun?” şeklindeki ceza koşulu, köle *Pamphilus*'u verme ana borcuna bağlandığı için, gerçek ceza koşuluna örnek oluşturmaktaydı. Bu nedenle de, gerçek ceza koşulunda ceza koşulu borç (*in obligatione*) olarak bulunmaktaydı¹⁶⁴. Böylece gerçek ceza koşulu *stipulatio*'su, ana borcun geçerliliğine bağlı olduğundan, fer'i bir borçtu ve ana borcun geçersizliği, ceza koşulu *stipulatio*'sunun da geçersizliğine neden olurdu.

Buna karşılık “*Pamphilus*'u vermezsen, o kadar vermeyi taahhüt ediyor musun?” şeklindeki ceza koşuluysa, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluna örnek oluşturmaktaydı. Zira bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunda, ana borca bağlı bir ceza koşulu *stipulatio*'su bulunmamaktaydı. Bu özellik de, gerçek ceza koşuluyla gerçek olmayan (bağımsız) ceza koşulu arasındaki farkı oluştururdu. Yani ceza koşulu borçlusu, aslında kendi yükümlülüğü olmayan *Pamphilus*'u verme eylemini yerine getirirse, ceza koşulunu da ödemekten kurtulurdu. Ancak zaten *Pamphilus*'u verme eylemi gibi bir yükümlülüğü olmayan kimse, *Pamphilus*'u vermezse ceza koşulu olarak kararlaştırılan miktarı ödemek zorunda kalırdı. Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu herhangi bir ana borca bağlanmadığından, *stipulatio*'da taahhüdün yerine getirilmemesine bağlı olarak (*in exsolutione*) yer almaktaydı¹⁶⁵.

Gerçek ceza koşulu bazen *stipulatio* aracılığıyla değil de, *pactum* aracılığıyla yapılırdı. *Pactum* aracılığıyla gerçekleştirilen gerçek ceza koşulunda, iyiniyet davasıyla müeyyidelendirilen ana borca, borcun gereği gibi ifa edilmemesi şartıyla, *pactum* yoluyla bir ceza koşulu eklenirdi. Ancak burada önemli olan, ana borca ek olarak

¹⁶⁴ Honsell, Römisches Recht, s. 92; Siber, s. 261; Kaser, RP I, s. 519; Knütel, Stipulatio Poenae, s. 27, 30.

¹⁶⁵ Knütel, Stipulatio Poenae, s. 28 vd.

kararlaştırılan ceza koşulunun, *stipulatio* yoluyla değil de, *pactum* yoluyla kararlaştırılmış olmasıydı¹⁶⁶. *Pactum* yoluyla ceza koşulu kararlaştırılması rızai sızleşmelerde sız konuşu olurdu. Eğer borçlu borcunu, ana sızleşme olan rızai sızleşmede belirtildiği gibi yerine getirmediyse, alacaklı *pactum* yoluyla kararlaştırılan ceza koşulunu, ana sızleşmenin rızai sızleşmelerden olması nedeniyle iyiniyet davasıyla (*iudicium bonae fidei*¹⁶⁷) ile talep edebilirdi¹⁶⁸.

B. GERÇEK CEZA KOşULU

1. *Stipulatio* Aracılığıyla Yapılan Gerçek Ceza Koşulu

a. Kavram

Roma hukukunda gerçek ve bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu şeklinde iki tür ceza koşulunun (*stipulatio poenae*) olduğu bilinmektedir. Gerçek ceza koşulu, taraflar arasındaki ilk *stipulatio* ile oluşan asıl borca eklenen ikinci bir *stipulatio* ile meydana gelirdi. Taraflar arasındaki ilk borç, koşulsuz bir *stipulatio* ile oluşan ana borç halindeydi. Ceza koşulu *stipulatio*'su ise, ana borca bağlı koşullu ikinci bir *stipulatio* ile oluşurdu. Ceza koşulu *stipulatio*'su ana borcun hiç, gerektiği gibi veya istenilen zaman ya da yerde ifa edilmemesi koşuluna bağlanırdı. Roma hukukunda ceza koşulu türlerinden gerçek ceza koşulu, *Pap. D. 45.1.115.2*'de ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Bu metindeki “*Pamphilum dari spondes? Si non dederis tantum dari spondes?*” (*Pamphilus*'u vermeyi taahhüt ediyor musun? Eğer onu vermezsen o kadar vermeyi

¹⁶⁶ Örneğin bkz. *Lab.-Paul. D.14.2.10.1*; *Pap. D. 18.7.7*; *Vat. Fr. 11*; *Pap.-Ulp. D.19.1.13.26*.

¹⁶⁷ *Iudicium bonae fidei*: Borçlunun, alacaklıya iyiniyet gereğince vermesi ve yapması gereken her şeyin hakim tarafından belirlendiği iyiniyet davaları anlamına gelmektedir. Zamanla iyiniyet davalarının artmasına rağmen, Roma hukukunda borç ilişkilerinden doğan bütün davalar, hiçbir zaman bu niteliği almamıştı (Rado, Borçlar Hukuku, 45 vd.; Umur, Lügat, s. 96).

¹⁶⁸ BISCARDI'ye göre, *stipulatio poenae*'nin (ceza koşulunun) Roma hukukundaki türleri bakımından açıklama yaparken, bütün görünüm türlerine tanıklık edilebilen Son İmparatorluk Dönemi'nde, üç çeşit ceza koşulunun var olduğu bilinmektedir. Ancak pek tabiidir ki bu ayırım, Romalı hukukçular tarafından değil de, bu türler arasındaki benzerliklerden yola çıkan modern romanistler tarafından yapılmıştır (Biscardi, La clause pénale, s. 257-258).

taahhüt ediyor musun?)¹⁶⁹ örneği gerçek ceza koşulunu göstermektedir. Görüldüğü üzere buradaki iki tane *stipulatio*'dan, yani çifte *stipulatio*'dan (*doppelstipulatio*), ilk *stipulatio* ile borçlunun asıl borcu olarak köle *Pamphilus*'un verilme borcu saptanmış, ikinci *stipulatio*'da da asıl borca bağlı olan fer'i borç, yani *centum*'um verilmesi ceza koşulu olarak saptanmıştı. Borçlunun ilk *stipulatio*'dan doğan asıl borcunu yerine getirmemesi durumunda, alacaklının ne şekilde talep haklarına sahip olduğu, aralarındaki anlaşmaya veya o işlemin niteliğine göre değişmekteydi¹⁷⁰.

Gerçek ceza koşulunda, taraflar arasında borçlunun gereken şartlarda borcunu yerine getirmemesini gerektiren bir borç ilişkisi kurulmuştu. Ancak borçlunun borç ilişkisinden doğan borcunu gerektiği şekilde yerine getirmemesi hali için de bir *stipulatio poenae* kararlaştırılmıştı. Yani ceza koşulu burada, ana borç ilişkisinden kaynaklanan borcun kararlaştırılan şekilde yerine getirilmesi için bir koruma (garanti) işlevi görmektedir. Bu çifte hukuki ilişkiyi göz önünde bulunduran KNÜTEL, ana borcun ve ceza koşulunun ikisinin birden *stipulatio*'dan kaynaklanması nedeniyle, bu kavramı "*doppelstipulatio* (çifte *stipulatio*)" olarak nitelendirmektedir¹⁷¹.

b. Gerçek Ceza Koşulu Olarak Çifte *Stipulatio*'nun (*Doppelstipulatio*'nun)

Yapısı

aa. Gerçek Ceza Koşulunda İki Borcun Bulunması

Gerçek ceza koşulu olarak çifte *stipulatio*, biri ana borç bir diğeri de ceza koşulu *stipulatio*'su olmak üzere iki *stipulatio*'dan meydana gelirdi. Ceza koşulu *stipulatio*'su ana edime eklendiğinden, gerçek ceza koşulundan bahsedildiği zaman, ana borcun yer aldığı *stipulatio* ve ona bağlı ceza koşulu *stipulatio*'sunun, yani *doppelstipulatio*'nun varlığını ve bu taahhütlerden hangisinin dava edilebilir olduğunu genel anlamda

¹⁶⁹ Siber, s.261. "*Stichum dari spondes? si non dederis, decem dari spondes? spondeo.*" gibi oluşan gerçek ceza koşulları için örn. bkz. *Pap. D. 45. 1. 115. 2; Iul. D. 34. 5. 13 (14) 5; D. 45.3.1.6; Serv.-Alf.-Paul. D. 17.2.71 pr.; Ulp. D. 44. 4. 4. 7; 45.1.69.*

¹⁷⁰ Rabel, E., **Grundzüge des Römischen Privatrechts**, 2. Aufl., Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft E.V., 1955, s. 152.

¹⁷¹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 33.

incelemek gerekir. Eğer ceza koşulu *stipulatio*'su, ilk *stipulatio* ile kararlaştırılan edimin belirlenen zamanda veya yerde gerçekleştirilmemesine bağlı olarak yapılmışsa, ana borcun yerine getirilmemesine bağlı olarak, ceza koşulu da kümülatif etki gösterirdi ve hem ceza koşulu hem de ilk *stipulatio* ile kararlaştırılan edim talep edilebilirdi. Gerçek ceza koşulu *stipulatio*'su, borçlunun borcunu yerine getirmemesi hali için kararlaştırılmışsa, ana edim talep edildiğinde, ceza koşulunun da sonradan talep edilmesi halinde, *praetor*, bunu *exceptio* ile engellerdi¹⁷².

Ancak taraflar arasındaki anlaşmaya göre, bazen de ceza koşulu *stipulatio*'suyla, yapılan ilk *stipulatio*'nun ortadan kaldırıldığı kabul edilirdi ve ilk *stipulatio*'ya aykırılık halinde sadece, ikinci *stipulatio*'da kararlaştırılan ceza koşulunun talep edilebileceği kabul edilirdi¹⁷³.

Borçlunun borcunu gereği gibi yerine getirmemesi hali için kararlaştırılan ceza koşulunda, taraflar hem ceza koşulunun hem de ana edimin birlikte talep edilebileceğine karar verebilirdi. Ancak bunun dışındaki hallerde, kural olarak ceza koşulunun ana edimle seçimlik olarak yarıştığı düşünülür ve ceza koşulu talebinden sonra, iyiniyet davasıyla açılan ana edimin talebi, bu davanın ayrılmaz parçası olan *exceptio doli* ile engellenirdi¹⁷⁴.

Özet halinde belirtmek gerekirse, Roma hukukunda gerçek ceza koşulu olarak *stipulatio poenae* ya da *doppelstipulatio* varsa, ceza koşulu *stipulatio*'sunun muacceliyetinden sonra, alacaklının talebinin neye ilişkin olacağı konusunda üç olasılık söz konusuydu: Bunlardan ilki hem ana borcun hem de ceza koşulu *stipulatio*'sunun talep edilmesi (taleplerin kümülatif yarışması), ikincisi her iki talepten sadece birinin talep edilebilmesi (taleplerin seçimlik yarışması), üçüncü olasılık da, sadece ceza

¹⁷² Kaser, RP I, s. 519-520.

¹⁷³ Schimidlin/Cannata, s. 64. *Paul. D. 44.7.44.6* metni ve açıklamaları için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, II, B, 2; *Ulp. D. 44.4.4.7* metni ve açıklamaları için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, III, C, 1.

¹⁷⁴ Siber, s. 262. *Ulp. D. 44.4.4.7* hakkındaki açıklamalar için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, III, C, 1.

koşulunun talep edilmesi haliydi (successive yarışma). Yani *stipulatio* ile meydana gelen ana borca ek olarak kararlaştırılan ceza koşulu *stipulatio*'sunun varlığı durumunda, alacaklının talebinin neye ilişkin olacağı konusunda üç olasılık bulunmaktaydı¹⁷⁵. Bu olasılıklar, ceza koşulunun muacceliyetinin sonuçları ve ana borçla ceza koşulu arasındaki ilişki incelenirken ayrıntılı bir şekilde açıklanacaktır¹⁷⁶.

bb. Gerçek Ceza Koşulunda İki Borcun Kararlaştırılma Şekilleri

aaa. Gerçek Ceza Koşulunda İki Borcun da *Stipulatio* Aracılığıyla Meydana Gelmesi

Doppelstipulatio, *stipulatio* şeklinde taahhüt edilen ana borç ve ona bağlı *stipulatio poenae*'den oluşmaktaydı. *Doppelstipulatio*'nun yapısını gösteren en doğru örnek, her bir *stipulatio*'da bulunan "...spondes? (taahhüt ediyor musun?)" ifadesinden sonra borçlunun "*spondeo* (taahhüt ediyorum)" şeklindeki cevabıydı. Yani her bir *stipulatio*'nun "...spondes? (taahhüt ediyor musun?)" ifadesiyle bitmesiydi. Bu durum, "*Pamphilum mihi dare spondes? Spondeo. Si Pamphilum non dederis C dare spondes? Spondeo*" (*Pamphilus*'u bana vermeyi taahhüt ediyor musun? Taahhüt ediyorum. *Pamphilus*'u vermezsen, yüz [(C)entum] vermeyi taahhüt ediyor musun? Taahhüt ediyorum)¹⁷⁷ örneğinden oluşur.

D. 17.2.71 pr. (Paulus 3 epit. alf. Dig.)

"*Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: "haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?" quaesitum est, an, si quid contra factum esset,*

¹⁷⁵ Zimmermann, s. 100.

¹⁷⁶ Bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, I, II; Üçüncü Bölüm, III, C, 1.

¹⁷⁷ Rabel, E., *Grundzüge des Römischen Privatrechts*, 2. Aufl., Darmstadt, 1955, s. 152; Zimmermann, s. 100.

societatis actione agi posset. respondet, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, "haec ita dari fieri spondes?", futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati "ea ita dari fieri spondes?" sed "si ea ita facta non essent, decem dari?" non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse."

“İki kişi dilbilgisi dersi vermek ve bundan elde edecekleri kazancı aralarında paylaşmak amacıyla ortak olurlar. Şirketlerinin yönetileceğine dair birlikte anlaştıktan sonra, birbirleriyle karşılıklı şu ifadelerle *stipulatio* yaparlar: ‘Hiç kimse bu anlaşmaya aykırı davranmayacak şekilde, aşağıda yazan her şey, anlaştığımız gibi verilecek midir ve yapılacak mıdır? Bunların hepsi verilmezse ve gerçekleşmezse, 20.000 vermeyi [taahhüt ediyor musun]?’ [‘taahhüt ediyorum’.] Bir ortağın anlaşmaya aykırı davranması durumunda, *societas*’tan kaynaklanan davanın açılabilip açılmayacağı soruldu. O [Servius] görüşünü paylaştı: “Şekilsiz şirket anlaşması yapıldıktan sonra, bu iki ortak şu ifadelerle bir ortaklık sözleşmesi yaptıysa: ‘anlaşmanın aynı şekilde verilmesini ve gerçekleşmesini taahhüt ediyor musun?’, sonrasında şu şekilde hareket edilirdi ki, taraflar arasında *novatio*’nun yapıldığı müddetçe *actio pro socio* verilmezdi. Daha çok [*societas* hakkındaki] anlaşmanın, *stipulatio* tarafından kapsandığı düşünülürdü. Zira –aynı şekilde verilmesini ve gerçekleşmesini taahhüt ediyor musun?- şeklinde *stipulatio* yoluyla değil de, bilakis şu şekilde taahhüt edilmiş olsaydı: ‘eğer her şey aynı şekilde verilmez ve gerçekleşmezse, on vermeyi [taahhüt ediyor musun?]’, [şirket hakkındaki] anlaşmanın *stipulatio*’dan kaynaklandığı anlaşılmaz, bilakis sadece bir ceza koşulu kararlaştırılmış sayılır (çünkü taahhüt eden, her iki edimi, yani bir taraftan vermeyi, yapmayı ve diğer taraftan da ihmal ettiği takdirde ceza koşulunu ifa etmeyi borçlanmış olamaz). Bu nedenle de *actio pro socio* açılabilirdi.”

Yukarıdaki metinde bir ortaklık sözleşmesinin kurulmasından sonra, taraflar anlaşmaya vardıkları hususu yazıya döküp buna aykırı davranış halinde, birbirleriyle karşılıklı bir şekilde, 20 000 *sesters*'in ceza koşulu (*poena*) olarak ödenmesine karar verirler. Taraflar arasındaki esasa ilişkin olay bundan ibaret iken; soru, ortaklık (*societas*) sözleşmesine aykırılık halinde, dava hakkı olarak sadece *actio pro socio*'nun tanınmasıyla mı sınırlı olacaktır. *Alfenus* bunu *Servius*'un kararıyla açıkladığından, metindeki uyuşmazlığın *Servius*'a kadar geri gittiği düşünülmektedir. *Alfenus* buna şu şekilde bir ayırım (*distinctio*) yaparak cevap vermiştir¹⁷⁸: Bu metinde *societas*'tan kaynaklanan taahhütlerin, sonradan ortakların kendi aralarında gerçekleştirdikleri bir *stipulatio*'nun da konusu olması halinde, yani *societas*'tan kaynaklanan taahhütlerin, yeniden *stipulatio* altında taahhüt edilmesi halinde (*Si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent 'haec ita dari fieri spondes?'*), *societas* sözleşmesi *stipulatio* ile yenilenmiş olduğundan, *actio pro socio*'ya başvurulamazdı. Buna karşılık, ortaklar edimlerini bir *stipulatio*'nun konusu haline getirmemişlerse, bilakis sadece *stipulatio* yoluyla bir ceza koşulu sözü verilmişse (*si ea ita data facta non erunt, tum viginta milia dari*), yine de *actio pro socio*'ya başvurulabilecekti. Çıkarılan sonuç daha çok *Servius/Alfenus*'un kararındaki *stipulatio*'nun, *doppelstipulatio*'dan değil de, bağımsız ceza koşulundan oluşmasından kaynaklanmaktadır. Hatta gerekçelendirme de bir karşılaştırma yaparak, ayırt etmeden (*distinctio*) ibarettir. Eğer *societas* sözleşmesinin içeriği aynen bir *stipulatio*'ya konu oluştursaydı, ortaklık (*societas*) sözleşmesinden doğan borçlar yenilenmiş (*novatio*) ve artık *stipulatio*'dan doğan borç haline gelmiş olacaktı. Ancak bu şekilde düşünüldüğünde, *doppelstipulatio*'nun ilk kısmını da bu yenilemeyle meydana gelen *stipulatio*

¹⁷⁸ *Distinctio* (ayırt etme) kavramı, *Alfenus*'un metinlerinde özellikle sözleşme şartları bakımından yer almaktaydı: *lex venditionis* hakkında bkz. *Paul./Alf. D. 18.1.40 pr.*; *lex locationis* hakkında bkz. *Alf. D. 19.2.29* (Krampe, C., "Eine Auslegungs-distinctio Alfens: D. 17,2,71 pr. Paulus 3 epitomarum Alfeni digestorum", **Iurisprudentia Universalis: Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag** (Hrsg. Martin J. Schermaier, J. Michael Rainer und Laurens C. Winkel), Köln-Weimar-Wien, 2002, s. 358 dn. 7).

oluşturmuş olmalıydı. *Servius/Alfenus* bu metinde, *doppelstipulatio* üzerinden değil de, sanki bağımsız ceza koşulundan yola çıkarak sonuca ulaşmıştı. Ancak bu başlık altında bizim için önemli olan husus, *doppelstipulatio*'nun oluşumu için, her iki *stipulatio*'dan sonra "...spondes?" ifadesinin yer alması gerekmesine rağmen, uyuşmazlık konusu olayda ilk *stipulatio*'dan sonra "...spondes?" ifadesinin yer almamasıydı. Bu nedenle de metinde, '*ea ita dari fieri neque adversus fieri?*' ifadesini '*spondes?*' ifadesi takip ediyor olsaydı, aslında biri borcun yenilenmesiyle oluşan *stipulatio*, yani ana borcu içeren *stipulatio*; diğeri de, ona eklenen ceza koşulu *stipulatio*'su olmak üzere iki *stipulatio*'dan, yani *doppelstipulatio*'dan bahsedilmiş olacaktı. Zira her iki *stipulatio*'nun '*spondes?*' ifadesiyle devam etmesi, Klasik Dönem hukukçuları tarafından, özellikle *stipulatio*'nun açık ve sarıh özelliği bakımından da kabul edilmekteydi. Ancak *Serv.-Alf.-Paul. D. 17.2 71 pr.*'de ilk *stipulatio*'da "...spondes?" ifadesinin bulunmayışı, gerçek ceza koşulu olan *doppelstipulatio*'nun var olmadığına bir işaret¹⁷⁹.

Ancak "*Stichum dari spondes? si non dederis, decem dari spondes? Spondeo.*" şeklinde, her iki "...spondes?" sorusunu içeren *stipulatio*'dan sonra, tek bir "*spondeo*" cevabının verilmesi de, Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren sıkça uygulanmaktaydı. Bu nedenle Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren, her iki "...spondes? (taahhüt ediyor musun?)" sorusundan sonra, tek bir "*spondeo* (taahhüt ediyorum)" cevabının verilmesi de, *doppelstipulatio*'nun kurulması için yeterliydi¹⁸⁰. "*Stichum dari spondes? si non dederis, decem dari spondes? Spondeo.*" şeklindeki, her iki "...spondes? (taahhüt ediyor musun?)" sorusundan sonra tek bir "*spondeo* (taahhüt

¹⁷⁹ Her ne kadar bu metin üzerinde sonradan değiştirme yapılmış olsa da, metindeki *quasi novatio* (yenileme gibi) kabul edilen kısmın, gerçeği yansıttığı kabul edilmektedir. Parantez içindeki *non enim...sufferet* kısmının doğruluğundan şüphe edilse de, *Servius* ve *Alfenus*'un kendi düşüncelerinin özet halinde doğru bir şekilde aktarıldığı düşünülmektedir (Hägerström, A., **Der Römische Obligationsbegriff im Lichte der Allgemeinen römischen Rechtsanschauung II Über die Verbalobligationen**, Uppsala, 1941, s. 188-189; Siber, s. 261 dn. 3; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 68).

¹⁸⁰ Zimmermann, s. 100. Örn. bkz. *Iul. D. 34.5.13.(14).5; Iul.D.45.3.1.6; Serv.-Alf.-Paul.D.17.2.71 pr.; Ulp. D.44.4.47; Ulp. D.45.1.69.*

ediyorum)” cevabının verilmesi, özellikle Klasik Hukuk Dönemi’nin sonlarında uygulanır hale gelmişti. Zira bu dönemde yorum yoluyla, tek cevabın her iki soruya ait olduğu kabul edilir hale gelmişti ve *stipulatio* Romalı hukukçuların faaliyeti sonucunda dar şekilci kalıplarından sıyrılır hale gelmeye başlamıştı¹⁸¹. Böylece her iki “...spondes?” sorusundan sonra, tek bir “spondeo” cevabının verilmesi de, *doppelstipulatio*’nun kurulması için yeterli hale gelmişti. Bazen de birden çok anlaşmaya (*pactum*’a), sadece bir soru ve cevaptan oluşan *stipulatio* şartı eklendiğinde, her bir anlaşmanın *stipulatio*’nun konusunu teşkil ettiği düşünüldüğünden¹⁸², Klasik Hukuk Dönemi’nin sonlarından itibaren, daha esnek uygulamalar da ortaya çıkmış olmalıydı¹⁸³.

bbb. İlk Borcun İyiniyet Sözleşmesine veya *Ius Honorarium* Etkisi Doğuran İşlemlere Dayanması

Bazı durumlarda ceza koşulu *stipulatio*’su, iyiniyet sözleşmelerine eklenirdi¹⁸⁴. İyiniyet sözleşmelerine eklenen ceza koşulu *stipulatio*’su için, aşağıda alım satım (*emptio venditio*) sözleşmesine eklenen ceza koşulu *stipulatio*’su örnek olarak verilmiştir:

D. 19. 1. 28 (Iulianus libro tertio ad Urseium Ferocem)

“Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem,

poenam promisi..”

¹⁸¹ Knütel, R., “Zur Auslegung und Entwicklung der Stipulation im klassischen römischen Recht”, **Ars Iuris, Fshr. Für Okko Behrends zum 70. Geburtstag** (Hrsg. Martin Avenarius, Rudolf Meyer-Prizl, Cosima Möller), 2009, s. 246 vd., 254.

¹⁸² *D. 45. 1. 134. 3 (Paulus 15 resp.)* : “*Idem respondit, quotiens pluribus specialiter pactis stipulatio una omnibus subicitur, quamvis una interrogatio et responsum unum subiciatur, tamen proinde haberi, ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent.*” “Aynısı cevap verdi ki, birbirinden ayrı olarak yapılmış birçok anlaşmaya, hepsinin ardından bir *stipulatio* eklendiğinde, sadece bir soru ve cevap olsa bile, her bir anlaşmaya kendi *stipulatio*’su eklendiği var sayılır.”

D. 45. 1. 140 pr. (Paulus 3 ad ner.) : “*Pluribus rebus praepositis, ita stipulatio facta est: ‘ea omnia, quae supra scripta sunt, dari?’ propius est, ut tot stipulationes, quot res sint.*” “Birden çok şey öne sürüldüğünde, *stipulatio* şöyle yapılmışsa, aşağıda yazan her şeyi verecek misin? O kadar şey kadar *stipulatio* da vardır demek daha doğrudur.”

¹⁸³ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 77-79; Knütel, *Ars Iuris*, s. 224, 252.

¹⁸⁴ Bu husuta bkz. *Pap. D. 18.7.6 pr.*; *Proc. D.45.1.113 pr.*; *Paul. D. 19.2.54.1*; *Ulp. D. 17.2.71 pr.* (Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 31).

“Bana bir arazi sattın ve bunun için bir şey yapmamı benimle kararlaştırdın. Bunu yapmamam durumu için bir ceza koşulu sözü verdim...”

Yukarıdaki metinde de görüldüğü üzere, gerçek ceza koşulunun dayanağı olan hukuki işlem den kaynaklanan dava, alım satım sözleşmesinden kaynaklanan dava gibi iyiniyet davası niteliğindeyse, bu hukuki işleme eklenen ceza koşulu da (*stipulatio poenae*) tazminat olarak görüldü ve muhtemelen de borçluya iki dava arasında seçim yetkisi tanınırdı. Ancak bu düşünce kesin değildir. Çünkü bazen, alacaklının ceza koşulunu aşan zararının talebine de imkan tanınabilirdi¹⁸⁵.

Bazen de ceza koşulu, *pactum* aracılığıyla yapılan sulh veya ibra anlaşmalarına eklenip, aslında sadece *exceptio* ile güvence altına alınan durumlara ek olarak, alacaklı, ceza koşulu *stipulatio*’su nedeniyle *actio* ile de koruma altına alınabilirdi. Bu nedenle de, gerçek ceza koşulunun en önemli ikinci somut görünümü *pactum*’ların ve iyiniyet sözleşmelerinin güçlendirilmesinde karşımıza çıkmaktadır¹⁸⁶:

D. 45.1.122.3 (*Scaevola lib. 28 Digestorum*)

“*Coheredes cum praedia hereditaria diviserant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut, si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo vel eius successori venderet centum viginti quinque: quod si quis aliter fecisset, poenam centum invicem stipulati sunt.*”

“Ortak mirasçılar, kendilerine miras olarak kalan bir arsayı paylaştıktan sonra, içlerinden birinin, ortak kullanıma anlaşılarak bıraktıkları arsadan, ortak mirasçılardan birinin kendi payını elinden çıkarmak istemesi halinde, ya diğer ortak mirasçılara ya da onların haleflerine yüzyirmibeş (bin sesters) karşılığında satmalarını (*pactum* yoluyla) kararlaştırmışlardır. İçlerinden birinin buna aykırı davranması halindeyse, karşılıklı olarak yüz ödenmesi şeklinde ceza (koşulu) *stipulatio*’su yaptılar...”

¹⁸⁵ *Iul. D. 19. 1. 28* metni için bkz. aşı. Üçüncü Bölüm, II, C, 1; *Ulp. D. 17. 2. 41, 42* metni için bkz. aşı. üçüncü bölüm, dn. 79.

¹⁸⁶ Kreller, s. 334; Siber, s. 262; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 31; Zimmermann, s. 100.

2. *Pactum* Aracılığıyla Kararlaştırılan Gerçek Ceza Koşulu

Roma hukukunda ceza koşulu, kural olarak *stipulatio* aracılığıyla kararlaştırılmasına rağmen; istisnaen *pactum* aracılığıyla da yapılabilirdi. Eğer bir iyiniyet sözleşmesi söz konusuysa, ceza koşulu *pactum* yoluyla da bu iyiniyet sözleşmesine eklenebilirdi. Bu ceza koşulları da, kaynaklarda *stipulatio* aracılığıyla kararlaştırılan ceza koşulları gibi, *poena* olarak geçmektedir¹⁸⁷:

D. 18.7.7 (Papinianus 10 quaest.)

“*Servus ea lege veniit, ne in italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor...*”

“Bir köle İtalya’da bulundurulmaması hükmü altında satılıyor. Buna aykırı durum halinde alıcıyı bir ceza koşulu ödemeye zorlama, *stipulatio*’suz kararlaştırılıyor...”

Stipulatio aracılığıyla kararlaştırılan ceza koşulu, *actio ex stipulatu* ile talep edilebilirken; iyiniyet davası doğuran sözleşmelerde, *pactum* aracılığıyla eklenen ceza koşulu, bağımsız olarak bir davaya konu oluşturamazdı. Ancak o sözleşmeden kaynaklanan dava aracılığıyla, ceza koşulu talep edilebilirdi. Böylece aslında dar hukuk davasıyla (*iudicia stricti iuris*) ve iyiniyet (*bonae fidei iudicia*) davasıyla talep edilen *poena*, birbirinin karşısında bulunurdu. Fakat iyiniyet sözleşmelerine *pactum* yoluyla eklenen ceza koşulları, iyiniyet sözleşmelerinden kaynaklanan davalarla talep edilebileceğinden, ceza koşulunun istenmesi nedeniyle açılan iyiniyet davası, bir daha aynı uyuşmazlık nedeniyle o iyiniyet sözleşmesinden kaynaklanan davanın açılmasını engelleyebilirdi¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Rado, Borçlar Hukuku, s. 101; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 68.

¹⁸⁸ Knütel, Stipulatio Poenae, s. 31-33.

C. BAĞIMSIZ (GERÇEK OLMAYAN) CEZA KOŞULU

1. Kavram

Roma hukukunda bir *stipulatio*'da taahhüt edenin yapma veya yapmama yükümlülüğünde olmayan bir davranışın gerçekleştirilmesini sağlamak için, önceden belirli bir miktarın kararlaştırılması halinde bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu¹⁸⁹ söz konusu olurdu. Kaynaklarda tıpkı gerçek ceza koşulu gibi, *poena* olarak geçen¹⁹¹

¹⁸⁹ Günümüzde ceza koşulu dendiği zaman, borçlunun borcunu hiç veya gerektiği gibi veyahut da belirtilen yerde ya da zamanda ifa etmemesi şartına bağlı olarak kararlaştırılan fer'i edim anlaşılmaktadır. Fakat Alman hukukunda, Roma hukukunun bir kalıntısı olarak, BGB §343 Abs. 2'de borçlunun gerçekte borçlanmamış olduğu eylemin gerçekleşmesi veya ihmal edilmesi şartıyla muaccel olan bir durumdan bahsedilmektedir. İşte Alman hukukunda "selbständige (unechte) Strafversprechen (Strafgedinge)" olarak adlandırılan bu hukuki müesseseyse, borçlu, aslında kendisi tarafından borçlanılmamış bir eylemi icra etmesi halinde veya kendisi tarafından taahhüt edilmemiş bir eylemi yapmaması durumunda bir ceza edimini ödemeyi taahhüt eder. Yani cezaya bağlanmış olan eylemin yapılması veya yapılmaması, ceza koşulunun muacceliyetinin şartlarını gösterir. Bağımsız ceza koşulunun taraflar arasındaki bir borca dayanmaması, yani "kendi ayakları üzerinde durması", bağımsız ceza koşulunu, fer'i ceza koşulundan ayırt etmektedir. Fakat belirtilmelidir ki, bağımsız ceza koşulu ve fer'i nitelikteki ceza koşulu, bir hukuki kurumun farklı görünüş şekilleri olmakla beraber, bir bütünlük arz etmektedir. Bununla birlikte, bağımsız ceza koşulunun iki amacı bulunmaktadır. Bunlardan biri, doğrudan icra edilebilir olmayan bir edimin gerçekleşmesine uyulması için, baskı aracı görevidir. Bir diğeryse, zararın karşılanmasını kolaylaştırmasıdır. Belirtmek gerekir ki, günümüz Alman hukukunda bağımsız ceza koşulu salt şarta bağlı bir hukuki işlem olmadığı gibi, bir çeşit garanti sözleşmesidir. BÖTTICHER ise, ceza koşulunu "Privatstrafe (özel ceza)" olarak nitelendirmektedir (MünchKomm/Gottwald, BGB § 339, Nr. 2; BGB § 343 Nr. 24; , Schmidt, K., "Unselbständige und selbständige Vertragstrafversprechen. Bemerkungen zur Akzessorietät der Vertragstrafe", **Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag** (Herausgegeben von Andreas Heldrich, Peter Schlechtriem, Eike Schmidt), München, 1998, s. 534-535; Larenz, K., **Lehrbuch des Schuldrechts**, Erster Band Allgemeiner Teil, München, 1987, s. 381-382; Bötticher, E., "Wesen und Arten der Vertrasstrafe sowie deren Kontrolle", **ZFA** 1970, s. 3, 6-8; Steltmann, I., **Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht. Möglichkeiten einer Rechtsvereinheitlichung auf der Basis eines Rechtsvergleichs der Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs, Englands und Schwedens**, Berlin, 2000, s.22-24).

¹⁹⁰ İsviçre hukukunda da, ceza koşulu, ana borca bağlandığından, fer'i niteliktedir. Bu ana borç genellikle bir sözleşmeden kaynaklandığı gibi, başka sebeplerden de kaynaklanabilir. Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluysa, bir kimse edim borcu olmadan, bu edimi kendi isteğine bağlı olarak yerine getirmezse taahhüt edilir. Yani bu ceza koşulu türünün, (gerçek) ceza koşulundan ayrıldığı nokta, ana borca bağlı olmaması, "bağımsız" nitelikte olmasıdır. Aslında tanımda bahsedilen "kendi isteğiyle" yükümlülük altında olmadığı davranışı gerçekleştirmemesi, kendisi tarafından yapılması caiz olup, onu gerçekleştirmemesinin kendi isteğine ve davranışına dayanmasıdır. İsviçre hukukunda gerçek olmayan ceza koşulu, alacaklıya hukuken geçerli bir talep hakkı verdiğinden, denkleştirici özelliğe sahip olduğu gibi; alacaklıya istenilen davranış taahhüt edildiğinden teminat özelliğine de sahiptir. Ancak hiçbir şekilde ceza fonksiyonuna sahip değildir. Belirli bir davranışa yönelmek için yapıldığından, "belli bir amaca sevk fonksiyonu" söz konusu olmaktadır. Ayrıca bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun temelinde ekonomik yarar da yatmaktadır. Şöyle ki, hukuken talep edilebilir olmayan bir davranışın sözleşmesel boyutta talep edilebilirliği, gerçek olmayan ceza koşulu aracılığıyla sağlanabilmektedir (Bucher, E., **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Zürich, 1979, 469; **Basler Kommentar**, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, s. 878, Art. 160, Nr. 3; Mabillard, R. "Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe", **AJP** 2005, s. 548-550).

¹⁹¹ Schwind, F., **Römisches Recht, I., Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes**, Wien, 1950, s. 282; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 27-28.

bağımsız ceza koşulu olarak “*Si Pamphilus non dederis, tantum dari spondes?*”¹⁹² (Pamphilus’u vermezsen, o kadar vermeyi taahhüt ediyor musun?) örneğinde görüldüğü gibi, köle Pamphilus’un verilmesi taraflar arasında önceden var olan bir borcun konusunu oluşturmamaktaydı. Köle Pamphilus’un verilmesi, borç (*in obligatione*) olarak değil de, taahhüdün ifa edilmemesi (*in exsolutione*) amacıyla bulunmaktaydı. Yani bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu, borçlu üzerinde bir baskı aracı olduğu için, köle Pamphilus’un verilmesiyle, ceza koşulunun ödenmesine gerek kalmazdı. Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunda, hukuken sadece, ceza koşulu şeklinde kararlaştırılan bir miktar para borçlanılırdı. Ceza koşulunu ödemekten kaçınma da, ancak belirtilen davranışa uygun hareket edilmediğinde gerçekleşirdi¹⁹³.

2. Bağımsız (Gerçek Olmayan) Ceza Koşulunun Yapısı

Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunda, taraflar arasında önceden meydana gelmiş herhangi bir borç söz konusu olmasa da, bir davranışın gerçekleşmesini veya gerçekleşmemesini sağlama amacı söz konusuydu. Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun, gerçek ceza koşulundan ayrıldığı en önemli nokta, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun dayandığı asli bir borç ilişkisinin bulunmamasıydı. Taraflar arasında borç olarak sadece, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulundan kaynaklanan bir miktar para borcu bulunmaktaydı:

¹⁹² Paul. D. 44. 7. 44. 5’de bu ceza koşulunun yapısı açıklanmıştır. Bu hususta bkz. aşa. Birinci Bölüm, IV, C, 2.

¹⁹³ Honsell, s. 92; Kaser, RP I, s. 520; Knütel, Stipulatio Poenae, s. 520.

LINDACHER’ın “*Das Akzessorietätsproblem. Abschied von der Lehre vom ‘selbständigen Strafgedinge’*” başlığı altında ileri sürdüğü düşünceye göre, bağımsız ceza koşulu eskimiş bir hukuki kurum olarak, artık uygulamadan uzaktır. Tarihsel dayanağını, Roma hukukunda hakimlerin kararının bir miktar paraya ilişkin olmasından alması nedeniyle, artık işe yaramaz haldeki bu hukuki kurum uygulanmadığından, ona veda edilmelidir. Ayrıca LINDACHER’a göre, iki çeşit ceza koşulu yoktur. Bilakis yerine getirilmesi, ceza koşulu yoluyla temin edilebilen, farklı türde hukuki yükümlülükler vardır, ki bu hukuki yükümlülüklerin daha çok ya da daha az baskı uygulama özelliği bulunmaktadır. Ayrıca her bir ceza koşulu önceden geçerli bir şekilde kurulmuş ana edimi de gerektirmektedir. Ceza koşulunu iki ayrı türde değil de, tek bir çatı altında toplayan bu görüş, ceza koşulu hükümlerinin doğrudan bağımsız ceza koşuluna da uygulanacağını savunmaktadır (Lindacher, W. F., **Phänomenologie der ‘Vertragsstrafe’**. **Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag**, Frankfurt/Main, 1972, s. 66-70. LINDACHER’in görüşüne, bağımsız ceza koşulunun bir işlevinin de aynı zamanda gelecekteki bir davranışa sevk ya da yöneltme olduğuna dair yöneltilen eleştiriler ve iki tür ceza koşulu ayrımını koruma düşünceleri hakkında bkz. Hess, C., **Die Vertragsstrafe. Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung**, Berlin, 1993, s. 31-34).

D. 44. 7. 44. 5 (Paulus 74 ad ed. praet.)

“Si ita stipulatus sim: ‘si fundum non dederis, centum dare spondes?’ sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.”

“ ‘Bana bu araziyi vermezsen, yüz vermeyi taahhüt ediyor musun?’ şeklinde bir stipulatio yaparsam, burada stipulatio’nun konusu sadece yüz vermedir. Ancak borçtan kurtulmanın yolu da, arazinin devridir.”

D. 36.2.24.1 (Paulus 6 ad l. iul. et pap.)

“Plane si sic legatum sit: “ si penum non dederit, decem dato”, dicimus non esse penum legatum.”

“Eğer “mirasçım erzak sağlamazsa, on verecektir” şeklinde vasiyet yaparsa, erzakın vasiyet edilmediğini söylüyoruz.”

Yukarıdaki ilk metinde açıkça ifade edildiği üzere, taraflar arasında sadece belirli bir miktar borçlanılmış olmakla birlikte, arsanın devri borcu bulunmamaktaydı. Yani bağımsız ceza koşulunda, şarta bağlanmış ve sadece ceza koşulundan kaynaklanan edime yönelmiş bir borç yer almaktaydı¹⁹⁴. Ancak taraflar arasındaki ceza koşulu olarak

¹⁹⁴ Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun İsviçre hukukundaki hukuki niteliği hakkında ilk görüşe göre, söz konusu ceza koşulu, OR Art. 160 vd. anlamında tipik ceza koşulu olmadığı gibi, taraflar arasındaki ana borca bağlanmadığından “bağımsız bir sözleşmedir (selbständige Vereinbarung). Gerçek olmayan ceza koşulunun, bağımsız bir sözleşme olduğu hukuki nitelendirmesi itiraza uğramıştır. Bir başka görüş de, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluyla bir yapma veya yapmama davranışının bağlandığı şartın, iradi geciktirici şart olmasından yola çıkmış; fakat, ceza koşulundan kaynaklanan edim ve caiz olan davranış arasındaki bağı tam olarak açıklayamamıştır. Zira bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun hukuken, şarta bağlı edim vaadi şeklinde nitelendirilmesi, devamında (gerçek) ceza koşulu hükümlerinin, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu hükümlerine “kıyasen” uygulanması sonucunu doğuracaktır. İsviçre hukukunda gerçek olmayan ceza koşulu, Alman hukukunda olduğu gibi, kanun yoluyla (gerçek) ceza koşulunun açıkça istisnai hali olarak düzenlenmemiştir. Ancak gerçek olmayan ceza koşulu yoluyla da, zımnen veya açıkça ana borç (Hauptverpflichtung) ortaya çıkmaktadır ve geçerliliği de temelinde yatan borca (Verpflichtung) bağlıdır. İsviçre hukukunda bu düşüncüyü savunan BUCHER’e göre, “gerçek olmayan ceza koşulu, borçlunun seçimlik yetkisi dahilinde olan, seçimlik borçtur.” Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun hukuki niteliği hakkındaki söz konusu görüşler belirtildikten sonra, İsviçre hukukunda bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun hukuki niteliği hakkında, onun şarta bağlı edim vaadi olduğundan yola çıkan ilk görüş, bu hukuki kuruma, şart hakkındaki OR Art. 151 vd. hükümleriyle, OR’nin sözleşmeler hakkındaki genel hükümlerinin uygulanabileceğini düşünmekteydi. OR’daki ceza koşulu hükümleri, ana borcun varlığını gerektirdiği için, (gerçek) ceza koşulu hükümlerinin, gerçek olmayan ceza koşulu hükümlerine uygulanamayacağını savunmaktadır. Ancak bu düşüncenin somut durumlarda ihtiyacı karşılamadığı görüldüğü için itiraza uğramıştır. Buna karşın BUCHER’in öncüsü olduğu yeni görüş, gerçek olmayan ceza koşulunu hukuken, seçimlik borç olarak nitelendirdiğinden, OR Art. 160 vd. hükümleri, yani (gerçek) ceza koşulu hükümleri, gerçek olmayan ceza koşuluna “doğrudan” uygulanabilmektedir. Bu yeni görüş, pratiklikten yola çıkarak, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun hukuki niteliği hakkında aslında çok da açıklama yapmadan,

yüzü (*centum*'u) ödemekten kaçınmanın tek yolu da, arsanın devredilmesi idi. Buna karşılık gerçek ceza koşulunda, asli edim bağımsız bir şekilde dava konusu edilebilirken; gerçek olmayan ceza koşulunda, bu durum söz konusu olamazdı¹⁹⁵. İkinci metinde ise erzak vasiyeti örneğinin yapısı, bağımsız ceza koşulunun yapısına benzemektedir. Zira erzak vasiyeti mirasçılar tarafından yerine getirilmediğinde, başvurulacak tek yol, taahhüt edilen miktarın ödenmesinin talebiydi. Yoksa erzak vasiyetinin yerine getirilmesi için dava açılmazdı.

Romalıların ceza koşulunu şarta bağlı bir *stipulatio*¹⁹⁶ olarak düşündüklerinin kanıtı, *Pap. D. 45. 1. 115. 2*'de geçen "*stipulatio quae a condicione coepit*" ifadesiydi.

gerçek ve bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu arasındaki farklılığı açıklayan fer'ilik ilkesini belirtmekten de kaçınmaktadır. Sonuç olarak belirtilen bu iki görüşten hangisinin savunulduğuna bağlı olarak da, OR Art.160 vd.'deki ceza koşulu hükümlerinin, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu hükümlerine kıyasen veya dorudan uygulanabileceği de değişmektedir. OR Art. 160 hükmü ancak, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun seçimsiz borç olarak kabul edilmesi halinde, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluna doğrudan uygulanabilecektir. Bundan başka, söz konusu hükmün kıyasen bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluna da uygulanabileceği hiçbir durum bulunmamaktadır. Buna karşın, OR Art. 161, 162 hükümleri kıyasen veya doğrudan uygulanmasına bakılmaksızın her durumda bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluna uygulanabilecektir (Bucher, s. 469; Basler Komm. I/Ehrt, Art. 160, Nr. 3; Mabillard, s. 550-552. Ayrıca bkz. Tunçomağ, s. 40).

¹⁹⁵ Alman hukukunda doktrinin çoğunluğu ve mahkeme kararları, bağımsız ceza koşulunun ve gerçek ceza koşulunun farklılığından yola çıkıp, gerçek ceza koşuluyla aynı amacı taşıyan kuralların kıyasen bağımsız ceza koşuluna da uygulanacağını savunmaktadır. Zira § 343 Abs.2 BGB, hakim bağımsız ceza koşuluna da uygulanabilen indirim yetkisinden bahsetmekle, aslında bu düşünceden yola çıktığını gösterir. Ancak doktrindeki bir başka görüş ise, ceza koşulu kavramının birliğinden yola çıkar ve §§ 339 vd. BGB maddelerinin "doğrudan" bağımsız ceza koşulu hükümlerine uygulanabileceğini savunur. Bu görüşe göre, bağımsız ceza koşulunda da, borçlunun belli bir davranışı gerçekleştirmesi için sevk amacı ve bu davranışın garanti edilmesi söz konusudur (İlk görüş için bkz. Larenz, s. 381 vd. karşı Hess, s. 33 vd.; van Look, s. 137; ikinci görüş için bkz. Lindacher, s. 66 vd.; Böttcher, s. 6 vd., 11. Ayrım için bkz. Steltmann, s. 23). Bağımsız ceza koşulu hükümlerine, BGB'de yer alan ceza koşulu için belirtilen hükümlerin nasıl uygulanacağı incelendiğinde, BGB § 343 Abs. 2'de kanun koyucunun belirttiği gibi, hakim fahiş bağımsız ceza koşulunu da indirim yoluna gidebilir. BGB § 344'te kanun koyucu, ceza koşulunun bir ana edime bağlanması gerekliliğinden açıkça bahseder. Fakat bu hükmün amacından, BGB § 344'ün de, bağımsız ceza koşulunun geçersizliği için uygulanabileceği görülür. Zira hukuken caiz görülmeyen bir amacın gerçekleşmesi veya hukuken caiz görülmeyen bir vadin gerçekleşmesi, bağımsız ceza koşulu yoluyla gerçekleşmek isteniyorsa, bunun geçersiz olacağı açıktır. Aynı şekilde, hukukun belirli bir hukuki işlem için şart koştuğu hallerin bertaraf edilmesi için, bağımsız ceza koşulunun kullanılması da, bu kurumun geçersizliğini doğuracaktır. Keza BGB § 341 Abs. 3'de de, alacaklının edimi kabul ettikten sonra, ceza koşulunu talep edebilmesini ancak bunda bir menfaati olduğu takdirde şart koşması kuralı da, bağımsız ceza koşuluna uygulanabilecek bir kuraldır (MünchKomm/Gottwald, BGB § 343 Nr. 25; Larenz, s. 382; Böttcher, s. 14).

¹⁹⁶ Alman Hukukunda, koruma amacı şekil şartını aradığı sürece, bağımsız ceza koşulu da şekle bağlı olarak yapılmalıdır (MünchKomm/Gottwald, BGB § 343, Nr. 27). İsviçre hukukunda, nasıl ki (gerçek) ceza koşulu bağlı olduğu ana edimin şekil şartları çerçevesinde yapılabilirse, gerçek olmayan (bağımsız) ceza koşulu da, şartla ifade edilen işlemin şeklinin gerektirdiği şekle bağlıdır. Ayrıca hukuki niteliği konusunda hangi görüş kabul edilirse edilsin, genel hükümler (Art. 19 OR, Art. 27 ZGB), caiz olmayan şart (Art. 157 OR) veya caiz olmayan ceza koşulu hükümleri (Art. 163 Abs. 2 OR) çerçevesinde, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun caizliği değerlendirilebilir. Kişilik haklarına aykırı olmadığı

Ancak bu nitelendirme sadece bağımsız ceza koşulu *stipulatio*'sunun nasıl yapılacağına işaret ederdi¹⁹⁷.

Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunda, önceden taraflar arasında bir borç ilişkisi söz konusu olmadığı halde, bir yapma veya yapmama ediminin gerçekleşmesinin sağlanması için ceza koşulu *stipulatio*'su yapılırdı. Yani amaçlanan yapma veya yapmama şeklindeki davranış gerçekleşmediğinde, bağımsız ceza koşulu da muaccel hale gelirdi¹⁹⁸.

ve tabii borçların ifaya zorlanması kanunca geçersiz görülmediği sürece, geçerli olarak bağımsız (gerçek olmayan ceza koşulu) kararlaştırılabilir. Yani genel kurallar, kişilik haklarının korunması ve hukuken somut olarak uygulanması gereken özel kurallar çerçevesinde, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun, hukuka veya ahlaka aykırı olup olmadığı kararlaştırılabilir. Unutulmamalıdır ki, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu kararlaştırılmak istendiğinde, bireysel karar verme özgürlüğü, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kullanılmalıdır (von Tuhr, s. 772-773; Mabillard, s. 554-556).

¹⁹⁷ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 29-30.

¹⁹⁸ Alman hukukunda bağımsız ceza koşulunun da muaccel olması için, taraflar arasında aksi kararlaştırılmadıkça, taahhüt eden kimsenin genel hükümlere göre sorumlu olduğu bir nedenden ötürü, o eylemi gerçekleştirmemesi gerekirdi (Larenz, s. 382). İsviçre hukukunda OR Art. 163 Abs. 2, ikinci yan cümlede “başka bir anlaşma olmadığı sürece ceza koşulu, borçlu ana talebin yerine getirilmemesinde sorumlu olduğu halde, yani ona bir kusur yüklendiği takdirde ceza koşulu talep edilebilecektir.” Ayrıca kabul edilen görüşe göre, edimin imkansızlığı borçludan kaynaklanıyorsa, ceza koşulu yine talep edilebilecektir. İsviçre hukukunda da gerçek olmayan ceza koşulunun, ancak ceza koşulunu vaad edenin kusuru varsa muaccel olacağı kabul edilmektedir. Fakat bu sonucu kabul eden yazarların bir kısmı, gerçek olmayan ceza koşulunu şarta bağlı edim olarak gördüğünden, gerekçe kısmında kendi içlerinde tezatlık göstermektedir. Zira ana edim, iradi şarta bağlandığından, bunun gerçekleşmemesi de ancak, bunu vaad edenin iradesine bağlıdır. Yoksa gerçekleştirilme mücbir sebepten meydana gelemez. Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu, her zaman garanti fonksiyonunu yerine getirdiğinden, hukuki nitelendirmesinin seçimlik borç olarak görülmesi, dolayısıyla da söz konusu hükmün kıyasen değil de, doğrudan uygulanması daha mantıklı olacaktır. Aynı şekilde OR Art. 163. Abs 3’e göre, fahiş ceza koşulunu hakim in indirme yetkisi de, gerçek olmayan ceza koşuluna doğrudan uygulanması daha kolay olduğu gibi, daha net sonuçlar da doğuracaktır. Zira gerçek olmayan ceza koşulunun, şarta bağlı edim vaadi olduğunu savunan yazarlar bile, genel şart hükümleri yanında istisnaen söz konusu hükmün kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar (von Tuhr, s. 772; Mabillard, s. 553-554).

3. Roma Hukukunda Bağımsız (Gerçek Olmayan) Ceza Koşulunun Kullanım Alanları¹⁹⁹

Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun Roma hukukundaki en önemli pratik faydası, taraflar arasında bir *stipulatio*'nun konusu olamayan edimlerin, yani parasal değeri olmayan edimlerin müeyyidelendirilebilmesinin ya da dolaylı yoldan gerçekleştirilmesinin sağlanmasıydı. Bu da belirli bir davranışı gerçekleştirmeyi taahhüt edene karşı, bağımsız ceza koşulunun zorlama fonksiyonundan kaynaklanırdı. Ayrıca *stipulatio*, ancak o *stipulatio*'nun tarafları arasında sonuç doğurduğundan, üçüncü kişi yararına sözleşmelerin etkilerinin ortaya çıkması da²⁰⁰, ancak bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu aracılığıyla dolaylı olarak gerçekleşirdi. Çünkü günümüz hukukunun aksine, Roma hukukunda üçüncü kişi yararına bir sözleşme (*stipulatio*) yapılmışsa, bu *stipulatio* geçersizdi²⁰¹. Bu nedenle, böyle bir edimin değeri neyi karşılamaktaysa, bu değer bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu *stipulatio*'sunun konusu yapıldığında, aynı sonuç dolaylı yoldan elde edilebilmekteydi²⁰².

Ayrıca üçüncü kişinin fiili üstlenilmek istendiğinde de, günümüz hukukunun aksine²⁰³ Roma hukukunda bu işlemin hükümsüz kabul edilmesi nedeniyle, istenen

¹⁹⁹ Bağımsız ceza koşulunun günümüzdeki uygulama alanları, sigarayı veya alkolü bırakmak gibi, bunlara uymama halinde herhangi bir hukuki yükümlülük veya dava edilebilir bir talep doğurmayan eylemlerin gerçekleşmesinden ya da özellikle dernekler hukukunda görüldüğü üzere, ideal bir amacın gerçekleşmesi için üyelerden veya organlardan, bir davranışın gerçekleşmesinin veya gerçekleşmemesinin sağlanmasından oluşur. Aynı şekilde, maddi olmayan menfaatlerin gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi için, üçüncü kişinin yapma veya yapmama eyleminin güvence altına alınması hakkında da kullanılmaktadır. Ayrıca işçinin fesih hakkından feragat ederek, ikramiye veya özel ödemeler borcundan kurtulması için de kullanılabilmektedir (MünchKomm/Gottwald, BGB § 343, Nr. 25; Larenz, s. 382; Bötticher, s. 15 vd.; Schmidt, s. 536). İsviçre hukukundaysa doktrinde vekalet sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesinde (OR Art. 404 Abs. 1) ve iş sahibinin eser sözleşmesinden dönme hakkının sınırlandırılması şeklindeki durumlarda (OR Art. 377) bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu kararlaştırılabilmektedir (Geçerliliği konusundaki tartışmalar konusu için de bkz. Mabillard, s. 556-559).

²⁰⁰ *Ulp. D. 45.1.38.17* hakkında bkz. aşağı. Birinci Bölüm, V, C, 1.

²⁰¹ TBK m. 129/I: “Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir.”

²⁰² Roma hukukunda üçüncü kişi yararına sözleşmenin hükümsüzlüğü karşısında, bu garanti (teminat) etkisini yaratmanın mutlaka bağımsız ceza koşuluyla olacağı yönünde bkz. Sjögren, s. 51 vd; Sossna, s. 9-10. Aynı yönde bkz. Buckland, W. W., **A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, Second Edition, Cambridge, 1932, s. 439. Aksi görüş için bkz. Kayak, Cezai Şart, s. 243-245.

²⁰³ TBK m. 128/I: “Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.”

sonuç yine bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluyla dolaylı yoldan sağlanırdı. Çünkü üçüncü kişinin fiilini üstlenme, bir *stipulatio*'nun konusunu oluşturmazdı. Üçüncü kişinin belirtilen edimi yerine getirmediği takdirde, bir miktar paranın ödeneceğinin taahhüdü ancak, bağımsız ceza koşuluyla gerçekleştirilebilirdi. Böylece aslında üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyle elde edilmek istenen sonuç, bağımsız ceza koşuluyla dolaylı bir şekilde elde edilebilirdi²⁰⁴.

Ayrıca taraflar arasında bir tahkim anlaşması (*compromissum*) yapıldığında, Klasik Hukuk Dönemi'nde bu karara uyulmaması hali için bir *stipulatio* eklenmesi, doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre, *compromissum*'un kurucu unsuruydu. Zira Klasik Hukuk Dönemi'nde *compromissum* kararının yerine getirilmesi için tarafların başvuracağı bir dava söz konusu olmadığından, tarafların hakem yargılaması konusundaki anlaşmasına, hakemin vereceği karara taraflardan birinin uymaması hali için karşılıklı bir şekilde kararlaştırılan *stipulatio poenae* eklenirdi. *Formula* yargılaması usulünde, söz konusu hakem kararı dava edilebilir olmadığından, bu kararın taraflarca yerine getirileceği, aksi takdirde bir miktar para ödeneceği, ceza koşulu niteliğindeki karşılıklı *stipulatio*'larla sağlanmaktaydı. Bu ceza koşulu *stipulatio*'larının hukuki niteliği günümüzde tartışmalı olsa da, tarafların karşılıklı yaptığı bu *stipulatio poenae*'lerin de, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu niteliğinde olduğunu doktrinde savunan yazarlar bulunmaktadır²⁰⁵.

Ayrıca ortaklığın sona ermesi sonucunu doğurmayan katılma payı taahhütleri de bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu aracılığıyla gerçekleştirilebilirdi. Çünkü katılma payı taahhüdü yerine getirilmediğinde *actio pro socio*'ya başvurulması, ortaklık

²⁰⁴ *Ulp. D. 45.1.38.1*, 2 hakkında bkz. aşa. §5, III, B.

²⁰⁵ Ziegler, K.-H., **Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht**, München, 1971, s. 47-49; Knütel, *Stipulatio Poenae*, 37; Zimmermann, s. 98; Wubbe, F./Pichonnaz, P., “Die ‘lex Celsus ait’ (D.4.8.23) über Verzug und Unmöglichkeit”, **Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik** (Hrsg. Reinhard Zimmermann in Verbindung mit Rolf Knütel und Jens Peter Meincke), Heidelberg, 1999, s. 271.

(*societas*) sözleşmesinin sona ermesine sebep olurken, katılma payı taahhüdü, bağımsız ceza koşuluyla yapılırsa, bu taahhüde aykırılık halinde *stipulatio*'dan kaynaklanan davaya başvurulabilirdi²⁰⁶.

Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun Roma hukukunda bu kadar geniş bir kullanım alanına sahip olmasının nedeni, mahkumiyet miktarının mutlaka bir miktar paraya ilişkin olması yanında, tarafların sözleşme özgürlüğüne sahip olmaması olarak görülmektedir. Hatta Roma hukukunda *stipulatio poenae*'nin ihtiyaç nedeniyle ilk kullanım alanını da, yine bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu oluşturmuş ve Romalı hukukçular, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunu ihtiyaca cevap verecek şekilde birçok alanda kullanarak, borçlar hukukunun da gelişmesine katkı sağlamışlardı. Günümüz hukukundaki bazı hukuki kavramlar, Roma hukukunda hükümsüz sayıldığından, söz konusu hukuki işlemlerden kaynaklanan aynı sonuçların meydana gelmesi, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluyla elde edilebilirdi. Bu şekilde dava edilemeyen, dolayısıyla da bir borcun konusunu oluşturamayan şeyler, belirli bir miktar *poena*'nın kararlaştırılması yoluyla, dolaylı yoldan elde edilebilir hale gelmişti²⁰⁷.

V. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN İŞLEVLERİ

Roma hukukunda ceza koşulu (*stipulatio poenae*), alacaklıyı, meydana gelen zararın ispatından kurtarma, tazmin ve zorlama işlevlerini bünyesinde barındırmaktaydı²⁰⁸. Ceza koşulunun birçok alanda uygulanması, onun işlevlerinden yola çıkarak meydana gelmişti. Ceza koşulunun ilkin zorlama işlevi ön plandayken, giderek tazmin edici işlevi ön plana çıkmıştı²⁰⁹.

²⁰⁶ Siber, s. 261, dn. 3. *Paul. D. 17.2.71 pr.* için bkz. yuk. Birinci Bölüm, IV, B, 1, bb, aaa. *Ulp. D.17.2.41* metni için bkz. yuk.

²⁰⁷ Zimmermann, s. 98-99.

²⁰⁸ Honsell, *Römisches Recht*, s. 92.

²⁰⁹ Zimmermann, s. 95, dn. 2; HKK/Hermann §§336-345, Rn. 30-35.

A. İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN KURTARMA İŞLEVİ

Günümüz hukukunda olduğu gibi Roma hukukunda da sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat talep edebilmek için, alacaklının zararını ispat etmesi gerekirken, taraflar ceza koşulu kararlaştırmışsa, alacaklı bu ispat zorluğundan ve zorunluluğundan kurtulmuş olurdu. *Stipulatio poenae* ile sözleşmeye aykırılık nedeniyle başvurulacak olan tazminat talebinde, zararın ispat güçlüğünden kurtulmak istenirdi. Böylece alacaklının zararı hızlı bir şekilde tazmin edilmiş olurdu²¹⁰:

Iust. Inst.3. 15. 7

“Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam, subiicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit...”

“*Stipulatio*’nun mevzuu yalnız eşya değil, yapma da olabilir: bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını taahhüt ettirdiğimiz vakit olduğu gibi. Bu nevi *stipulatio*’larda, borç mevzuunun miktarı gayrı muayyen kalmasın ve davacı, kendisini alakadar eden miktarı ispat mecburiyetine düşmesin diye, bir ceza tayin etmek çok yerinde olurdu...”

Roma hukukunda ceza koşulunun alacaklıyı ispat zorluğundan ve zorunluluğundan kurtarma işlevi, yukarıda “...davacı, kendisini alakadar eden miktarı ispat mecburiyetine düşmesin diye, bir ceza tayin etmek çok yerinde olurdu...” şeklinde, çok açık bir şekilde belirtilmiş, hatta tavsiye edilmişti. Böylece yukarıdaki metinde de görüldüğü gibi, özellikle de “edim konusunu yapma eyleminin oluşturduğu *facere stipulatio*’larında”, *stipulatio poenae*’nin önceden kararlaştırılması aslında bir götürü tazminat niteliğindeyken, ceza koşulu muaccel olduktan sonra söz konusu

²¹⁰ Seidl, s. 114; Kaser, RP I, s. 519.

miktarı talep edebilmek için, alacaklının zararını ispat koşulu da aranmazdı. Aynı şekilde aşağıdaki metinde de, dava konusu edilen şeyin değerini (*quanti ea res est*) içeren taahhütlerde, bu taahhüdün içeriğini belirlemekle görevli olan hakime uygun delilleri göstermek zor olduğundan, taraflarca önceden bir miktar belirlenmesinin daha avantajlı olduğu belirtilmektedir. Bunlara ek olarak, *formula* yargılaması usulünde geçerli olan, hakim kararının her zaman belirli bir miktara ilişkin olması kuralı uyarınca, alacaklının ispat yükünden kurtulması bakımından taahhüdün *quanti ea res est* (dava konusu şeyin değeri) yerine, belirli bir miktara ilişkin olması, alacaklının da yararındı²¹¹:

D. 46.5.11 (*Venonius 8 act.*)

“In eiusmodi stipulationibus, quae " quanti ea res est" promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, et ad exiguum summam deducitur.”

“ ‘O şeyin değeri kadar olduğu (*quanti ea res est*)’ taahhüdü içeren *stipulatio*’larda, belirli bir miktarı dile getirmek faydalıdır. Çünkü çoğu zaman bunların her birinin menfaat miktarının neye tekabül ettiğini ispatlamak zordur ve bu da az (sınırlı) bir miktar(l)a indirgenir (belirlenir).”

Yukarıda da görüldüğü üzere, *stipulatio*’da belirli bir miktarın önceden belirlenmesi, hakimın dava konusu edilen şeyin değerini (*quanti ea res est*) daha az bir şekilde belirleme olasılığının önüne geçirdi. Zira *stipulatio poenae*, alacaklıyı ispat yükümlülüğünden kurtardığı gibi, edimin belirlenen şekilde veya hiç ifa edilmemesi halinde alacaklının herhangi bir zararı oluşmasa da talep edilebilirdi. Bu nedenle ceza

²¹¹ Monier, Tome 2, s. 240; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 53; Zimmermann, s. 95-96.

koşulunda alacaklının menfaati (*interesse*) yerine²¹², muacceliyet şartı ve ceza koşulunun miktarı daha önemliydi²¹³. Bu hususta aşağıdaki metinlere değinmek gerekir:

D. 45.1.3.1 (Ulpianus 49 ad sab.)

“Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subiecta sit: nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit. enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti a nemine prohiberi.”

“Bu farklılık, mirasçılardan birinin, ceza *stipulatio*’su yapılmadığı sürece, *stipulatio* gereğince dava açabilmeye hiçbir menfaati olmayan (birlikte) mirasçı tarafından engellenmesinden kaynaklanırdı. Zira ekli ceza koşulu, *stipulatio*’yu herkes için ihlal edilebilir yapar. Çünkü burada, kimin menfaati (*interesse*) olduğunu aramayız. Ama mirasçılardan biri engel çıkarırsa, hiç kimse tarafından engel çıkarılmamasını engelleyen kişinin menfaati (*interesse*) olduğu için, bütün mirasçılar bununla bağlıdır.”

²¹² Karş. D. 21.2.71 (Paulus 16 quaest.): “Pater filiae nomine fundum in dotem dedit: evicto eo an ex empto vel duplae stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur: non enim sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam manente matrimonio. sed videamus, ne probabilius dicatur committi hoc quoque casu stipulationem: interest enim patris filiam dotatam habere et spem quandoque recipiendae dotis, utique si in potestate sit. quod si emancipata est, vix poterit defendi statim committi stipulationem, cum uno casu ad eum dos regredi possit. numquid ergo tunc demum agere possit, cum mortua in matrimonio filia potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset? an et hoc casu interest patris dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit? quod magis paterna affectio inducit.” “Baba bir *fundus*’u kızı namına *dos* olarak vermiştir. *Fundus evictio*’ya uğrayınca babanın, sanki zarar görmüş gibi, satıştan doğan davayla mı, yoksa *stipulatio duplae* ile mi harekete geçeceği haklı olarak şüpheyi mucip olmuştur. Zira *dos* kadının olduğu için (artık) babanın olmadığı söylenebilir. Kendisi tarafından verilmiş olan *dos*’u, evlilik esnasında kardeşlerine vermesi (*collatio*’ya tabi tutması) mükellefiyeti altında değildir. Fakat bu halde dahi *stipulatio*’nun hükmünü icra edeceğini söylememiz daha iyi olmayacak mı? Kızın *dos*’lu olmasında babanın menfaati ve kız babanın *potestası* altında oldukça *dos*’u bir gün geri alabilme ümidi vardır. Kız *emancipata* ise (*actio ex*) *stipulatu*’nun hemen açılabilceğini müdafaa etmek güçtür. Çünkü *dos* babaya ancak bir halde dönebilir. O da kızın evlilik esnasında ölmesidir. Ancak bu halde –ve *fundus evictio*’ya uğramamışsa- onu geri isteyebilecek değil midir? Belki bu halde de babanın kızın *dos*’lu olmasında menfaati vardır. Bu vaziyette (*stipulatio*’yu) vaad eden aleyhine hemen harekete geçebilir mi? Böyle bir menfaati var mıdır? Babayı bu davaya sevkeden daha çok babalık muhabbetidir.” *Dos* üzerindeki mülkiyet hakkı Klasik Hukuk Dönemi’nde kocaya, *Iustinianus* Dönemi’nde de kadına ait olduğu için, *dos* üzerinde babanın mülkiyet hakkı yoktu. Ancak yine de babanın, kızının *dos*’suz kalmamasında menfaati olduğu için, babaya da söz konusu dava hakkı tanınmıştı. Zira “*dos*’un yok olması halinde kadının, *dos*’un semereleriyle karşılanan işesi yeniden babaya terettüp edebilirdi”. Burada menfaat konusunda bir istisna görülse de, bu istisna ceza koşulunun talep edilmesinde menfaat aranmayacağı genel kuralına aykırı değildir (Türkçe metin Ayiter, K., **Klasik Dönem Roma Hukukunda “Dos”un tesisi**, Ankara, 1958, s. 137-138; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 54).

²¹³ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 54.

D. 4.8.38 (Modestinus 6 reg.)

“Cum poena ex compromisso petitur, is qui commisit damnandus est, nec interest, an adversarii eius interfuit arbitri sententia stari nec ne.”

“Tahkim anlaşması nedeniyle ceza (koşulu) dava edildiğinde, buna kim neden olmuşsa, onun hakkında karar verilmeliydi. (Zira) hakem kararının verilmesine neden olan karşı tarafın bir menfaatinin (interesse) olup olmadığına bağlı değildi.”

Yukarıdaki metinlerin ortak noktası, Roma hukukunda ceza koşulunun, alacaklının menfaatinden ve zararından bağımsız olmasıdır²¹⁴. Ceza koşulu, zarar görenin menfaatinden bağımsız olduğu için, ceza koşulunun yüksekliğiyle uyuşmazlık konusunun değeri de birbirinden farklı olabilirdi²¹⁵:

D. 4.8.32 pr. (Paulus 13 ad ed.)

“Non distinguemus in compromissis, minor an maior sit poena quam res de qua agitur.”

“Tahkim anlaşmalarında, ceza(nın) (koşulunun) uyuşmazlık konusunun değerinden yüksek ya da aşağı olup olmaması arasında fark gözetmiyoruz.”

B. TAZMİN İŞLEVİ

Roma hukukunda ceza koşulunun zorlama işlevinden (borçlu üzerinde baskı aracı olma işlevi) ziyade, ilerleyen zaman içinde tazmin işlevi²¹⁶ daha açık görülmekteydi. Alacaklı, ceza koşuluyla önceden belirlenmiş olan miktarı, zararını ispatlamadan talep edebilirdi. Böylece ceza koşuluyla aslında zararın ispatına gerek olmadan, hızlı bir şekilde alacaklının zararı da tazmin edilmiş olurdu. Ana edim belirtilen şekilde ifa

²¹⁴ Ayrıca *Ulp. D. 45.1.38.17* metni için bkz. Birinci Bölüm, V, C, 1. TBK m. 180/I: “Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.” Günümüz hukukunda da tazminat hukukunda geçerli olan kuralın bir istisnası olarak, alacaklının zararı gerçekleşmese de ceza koşulu talep edilebilmektedir (Takinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 358).

²¹⁵ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 54.

²¹⁶ Günümüz hukukunda ceza koşulu kavramı için HESS, tazmin fonksiyonunu gerekli fonksiyonlarından saymamaktadır (Hess, 162 vd.). LINDACHER ise, ceza koşulunun tek fonksiyonu olarak ifaya zorlama işlevinden bahsedip, tazmin fonksiyonunu kabul etmemektedir (Lindacher, s. 51).

edilmediğinde, alacaklı, ihlal edilen menfaatini, önceden tespit edilmiş olan değerle karşılardı²¹⁷.

Ceza koşulunun tazmin işlevi, *facere stipulatio*'larında geniş bir uygulama alanına sahipti. Zira *formula* yargılaması usulü boyunca, edimin mutlaka maddi bir değere sahip olması kuralı uygulanmaktaydı. Bu nedenle de, maddi değeri haiz olmayan yapma veya yapmama şeklindeki *facere* borçlarına, hukukçu *Labeo*'dan beri ceza koşulu eklenmesi çok yaygındı²¹⁸.

Iust. Inst. 3.15.7

“Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam, subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit. itaque si quis ut fiat aliquid, stipuletur, ita adici poena debet: “si ita factum non erit, tum poenae nomine decem aureos dare spondes?”. sed si quaedam fieri, quaedam non fieri una eademque conceptione stipuletur, clausula erit huiusmodi adicienda: “si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes?”

“*Stipulatio*’nun mevzuu yalnız eşya değil, yapma da olabilir: bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını taahhüt ettirdiğimiz vakit olduğu gibi. Bu nevi *stipulatio*’larda, borç mevzuunun miktarı gayrı muayyen kalmasın ve davacı, kendisini alakadar eden miktarı ispat mecburiyetine düşmesin diye, bir ceza tayin etmek çok yerinde olurdu. Binaenaleyh bir kimse, bir şeyin yapılmasına müteallik bir *stipulatio*

²¹⁷ Visky, Spuren der Wirtschaftskrise, s. 68.

²¹⁸ Knütel, Stipulatio Poenae, s. 53. Bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, III, C, 1. Ayrıca *Lab.-Ven. D. 45.1.137.7* hakkındaki açıklamalar için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, III, A, 1, 2.

D. 45.1.68 (Paulus 2 ad. ed.): “Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. quod si ita stipulationem, quod mea interest.” “Bana para ödünç vermemen durumu için ceza *stipulatio*’su yaparsam, *stipulatio* belirli ve geçerli olur. Bana para ödünç vermem durumu için *stipulatio* yaparsam, *stipulatio* belirsizdir. Çünkü bu *stipulatio* benim yararına olan şey olarak anlaşılır.” Bu metinde *stipulatio*’dan kaynaklanan borç, bir miktar paranın ödünç olarak verilmesiydi. Bir miktar paranın ödünç verileceğinin *stipulatio* ile vaad edilmesi, ana borcun *facere* ediminden oluştuğunu, yani belirsiz olduğunu gösterirken, söz konusu ana borca ceza *stipulatio*’sunun eklenmesiyle, *stipulatio poenae* nedeniyle, borç belirli hale gelirdi. Zira bu ceza koşulu *stipulatio*’su, zarar tazmininin yerini almaktaydı (Humbert, La stipulation de peine, s. 60-61 dn. 3).

yaparken, şöyle bir ceza ilave etmelidir: “anlaşmamız yerine getirilmezse, ceza olarak on altın vermeyi taahhüt ediyor musun?”. Fakat aynı *stipulatio* içerisinde bazı şeyleri yapmamak taahhüt ettirilmişse, ceza şartı şu şekilde ilave edilmelidir: “anlaşmamıza aykırı olarak, bir şey yapılmışsa veya bir şey yapılmamışsa, ceza olarak on altın vermeyi taahhüt ediyor musun?”.

Görüldüğü üzere *facere stipulatio*’larına eklenen *stipulatio poenae*’nin amacı, borçlunun borcunu yerine getirmediğinde mahkum edilmesi gereken miktarın önceden götürü bir şekilde tespit edilmesi idi. Böylece *facere* edimlerindeki miktar bakımından belirsizlik ve bu belirsizlik nedeniyle ispattaki zorluk da, ceza koşulu aracılığıyla giderilmiş olurdu. Ayrıca *stipulatio* yoluyla yapılan ceza koşulunda önceden belirlenen miktar (*certa summa*), alacaklının menfaatine denk gelirdi ve aynı zamanda götürü tazminat olarak düşünülebilirdi²¹⁹. Bu nedenle, *stipulatio poenae*, gerçek ceza koşulunda olduğu gibi sözleşmeyi kuvvetlendirme veya teminat altına alma amacıyla değil de, salt bağımsız bir teminat ihtiyacıyla da kullanılmıştı²²⁰.

Stipulatio poenae, büyük ihtimalle önceleri dayandığı haksız fiil sorumluluğundan gelişmişti ve sonradan götürü tazminat özelliği kazanmıştı. Roma hukukunda ceza koşulunu ifade amacıyla kullanılan “*poena*” ifadesinin de bu düşüncüyü destekler niteliği bulunmaktaydı. Bu kapsamda özel cezanın (*poena privata*), büyük olasılıkla ceza koşuluna etki etmiş olduğu da düşünülmektedir²²¹. *Stipulatio poenae*’de görülen söz konusu gelişim, bazı ceza davalarıyla da karşılaştırılabilmektedir. Bu kapsamda bazı özel suçlardan kaynaklanan davalarla²²², iki katıyla (*duplum*) sorumlu olmayı

²¹⁹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 53-54.

²²⁰ Sjögren, s. 19.

²²¹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 54-55; Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise*, s. 70.

²²² D. 47.3.1 pr. (Ulpianus 37 ad ed.): “*Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur): sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.*” “Oniki Levha Kanunu ne bir evden veya bir üzüm bağından, çalınmış ve orada kullanılan kırışın, ondan ayrılmasına izin verir, ne de aynı şekilde onun için *actio rei vindicatio* açılmasına izin verir. Kanunun öngörüyle yaptığı şey, bu yapıların zarar görmesi veya üzüm bağı ekininin bozulmasından

amaçlamanın temelindeki düşünce, kendisinden beklenen davranışa aykırı hareket etmeyle, yani *dolus* ile davranmak nedeniyle sorumlu değildir. Buradaki iki katıyla (*duplum*) sorumlu olmanın, ilk başta bünyesinde bulunan özel ceza (Deliktsbuße) işlevi, yerini zamanla götürü tazminat (pauschalierten Schadensersatz) işlevine bırakmıştır²²³.

Stipulatio poenae kavramı içerisinde *poena* olarak ceza anlamı geçse de, bu hukuki kurum, tazmin talebi işlevini haiz olduğu için, aynı zamanda pasif olarak da intikal edebilirdi. Yani bu şekilde borçlunun mirasçıları da, ceza koşulunu ödemekle yükümlü tutulurdu. Ceza koşulu talebi borçlunun mirasçılarına karşı yapılamasaydı, o zaman saf ceza niteliğine sahip olurdu. Ancak ceza koşulu talebinin borçlunun mirasçılarına karşı yapılabilmesi, ceza koşulu *stipulatio*'sunun tazmin fonksiyonuna sahip olmasının en önemli sonuçlarından biriydi²²⁴.

Ceza koşulunun tazmin fonksiyonuna sahip olmasının bir sonucu olarak, meydana gelen zarar, kararlaştırılan ceza koşulundan yüksekse, arta kalan zarar sonradan talep edilebilirdi²²⁵:

çekinmesidir. Buna karşılık bu uyuşmanın nedeni de, yasanın iki katını gerektiren davayı (*actio in duplum*) tanımasıdır.”

D. 44.6.3 (*Gaius 6 ad l. xii tab.*): “*Rem de qua controversia est prohibemur in sacrum dedicare: alioquin dupli poenam patimur, nec immerito, ne liceat eo modo duriores adversarii condicionem facere. sed duplum utrum fisco an adversario praestandum sit, nihil exprimitur: fortassis autem magis adversario, ut id veluti solacium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est.*” “Uyuşmazlık konusu olan kutsal şeyin geri verilmesi yasaktır. Böyle bir durumda, iki katının ödenmesine mahkum edilir, ki bu da karşı tarafın elverişsiz (uygunsuz) bir duruma getirilmemesi için adaletlidir. Ancak kanun bu iki katı miktarın, hazineye mi yoksa karşı tarafa mı ödenmesi gerektiğinden bahsetmez. Belki de bu iki katın, daha güçlü bir hasmın karşı tarafa konulmasıyla muzdarip olunmasından ötürü zararının tesellisine hizmet etmesi açısından karşı tarafa ödenmesi daha uygundur.”

²²³ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 55-56.

²²⁴ Siber, s. 262. *Paul. D. 19. 1. 47* hakkındaki açıklamalar için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, III, B, 3.

²²⁵ Siber, s. 262. Aynı yönde D. 17. 2. 43 (*Ulpianus 28 ad ed.*): “*Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio, quoniam pro socio et nominum rationem habet et adiudicationem non admittit. sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est.*” “*Actio communi dividundo* açıldığında, *actio pro socio* açılması yasaklanmamıştı. Çünkü *actio pro socio* bir taraftan alacak taleplerini kapsarken, diğer taraftan hakim tarafından gerçekleştirilen mülkiyetin nakline izin vermez. Sonradan *actio pro socio* açıldığında, ortak ilk açılan davadan ne kadar kazanmışsa, bu dava nedeniyle o kadar az elde ederdi.” TBK m. 180/II: “Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşyorsa alacaklı, borçlunun kusuru olduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.” Bu kural emredici olmadığı için, tarafların aksini kararlaştırabileceği yönünde bkz. Eren, s. 1187. Ayrıca aynı yönde bkz. OR Art. 160, 161. Ayrıca *Iul. D. 19.1.28* hakkındaki açıklamalar için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, II, C, 1.

D. 17. 2. 42 (Ulpianus 45 ad sab.)

“Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata.”

“Ceza koşulunu *stipulatio*’dan elde ettiyse, sonradan ortaklık davası açtığında (*actio pro socio*) (ortaklık davasıyla), ceza koşulu onun borçlandığı miktar olarak takdir edildiği için, ona uygun miktarda az tutarı kazanırdı.”

C. ZORLAMA İŞLEVİ

Ceza koşulunun işlevlerinden bir diğeri de, edimi kararlaştırılan şekilde ifa etmeye zorlamaya yarayan²²⁶ ya da gerçekte borçlu olunmayan bir davranışın icra edilmesine veyahut da aslında bağımsız bir şekilde bir borcun konusunu oluşturamayan bir yükümlülüğün icrasına yarayan baskı aracı olması, yani zorlama işlevidir²²⁷. Borçlunun borcunu kararlaştırılan şekilde ifa etmesine yarayan ceza koşulu, gerçek ceza koşuluydu. Çünkü ancak bu ceza koşulu türü, taraflar arasındaki ana borca eklendiğinde, ana borcun kararlaştırılan şekilde yerine getirilmesine hizmet ederdi. Edim kararlaştırılan şekilde ifa edilmezse, taraflar arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan davayla talep edilebilecek tazminat yerine, önceden ceza koşulu olarak belirlenen miktarın ödenmesi, gerçek ceza koşulunun, borçluyu ifayı kararlaştırılan şekilde gerçekleştirmesine zorlamasından kaynaklanırdı²²⁸. Ayrıca taraflar arasında gerçekte borçlu olunmayan bir davranışın icrasını bağımsız ceza koşulu sağladığından, bir davanın konusu yapılamayan edimler, bağımsız ceza koşulunun o davranışı

²²⁶ Borçluyu borcunu kararlaştırılan şekilde yerine getirmeye zorlayan başlıca yol *stipulatio poenae* (ceza koşulu) olsa da, sadece bu yol mevcut değildi. Ayrıca *arra*, *lex commissoria*, vasiyete eklenen cezai hükümler ve *iudicium bonae fidei* ile müeyyidelenen *pactum* aracılığıyla oluşturulan ceza koşulu da, borçlunun borcunu güçlendirmekteydi (Humbert, La stipulation de peine, s. 60 dn. 1).

²²⁷ Kreller, s. 334.

²²⁸ Oğuzman/Öz, s. 504.

gerçekleştirmeye zorlama işlevi sayesinde, dolaylı olarak elde edilebilirdi. Ceza koşulunun bu işlevi, bazen hukukçular tarafından açıkça belirtilmişti²²⁹:

C. Iust. 2.55.1

“*Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse saepe rescriptum est, quia nec iudicati actio inde praestari potest et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur...*”

“Bütün hukuki şekillere uyulmuş bir şekilde yapılan tahkim sonrasında, tayin edilen hakem tarafından verilen karara karşı üst merciye başvurulamaz. Böyle bir karara karşı *actio iudicati* de açılmaz. Bu nedenle, tarafların kararı yerine getirmeyi reddetmeleri halinde, bu karara uymaları için, (cezayı ödeme) onu ödeme korkusuyla karşılıklı bir *stipulatio* yaparlardı...”

Yukarıdaki metinde görüldüğü üzere, geçerli bir hakem kararına karşı *appellatio*’ya²³⁰ başvurulamazdı; ancak, hakemin verdiği karara karşı, taraflar *actio iudicati*’ye de başvuramadığından, hakem kararı icra edilmediğinde başvurulacak herhangi bir yol bulunmamaktaydı. Ancak taraflar, kararın yerine getirilmemesi halinde, *poena*’nın muaccel olacağı korkusuyla *stipulatio* aracılığıyla karşılıklı ceza koşulu kararlaştırırdı. Böylece hakemin verdiği karara uyulmaması halinde *poena*’nın ödenmesi korkusu, ceza koşulunun zorlama fonksiyonunun olduğunu göstermekteydi²³¹.

²²⁹ Paul. D. 19.2.54.1 için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, II, C, 2.

²³⁰ *Appellatio*: Mahkemenin verdiği karara itiraz edip, sistem dışı yargılama usulünde (*cognitio extra ordinem*) üst derece mahkemesinde istinaf yoluyla incelenmesini sağlama anlamına gelmektedir (Umur, s. 25).

²³¹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 51.

D. 35.1.71.1 (*Papinianus 17 quaest.*): “*Titio centum relicta sunt ita, ut maeviam uxorem quae vidua est ducat: condicio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est. huic sententiae non refragatur, quod, si quis pecuniam promittat, si maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad testamentum certa lege invitari.*” “Titius’a dul Maivia ile evlenmesi şartına bağlı olarak 100 as’lık muayyen mal vasiyeti yapıldı. Bu şart sebebiyle vasiyette bulunulan kimseye şart gerçekleşmeden para verilmez. Mavia ile evlenmeme taahhüdüne bağlı olarak bir miktar para verilmesinin dava edilmesini reddeden praetor’un bu kanaatine karşı gelinmez. Zira bir eşin seçiminden mahrum bırakılmak hali ile bir para mahkumiyetinden korkmak arasında veya bir özgürlüğe özel bir şart eklenerek bir kadınla evlenmeye angaje etmek arasında fark vardır.” Bu metinde hukukçu *Papinianus*, bir kimsenin *Maevia* ile evlenmemesine bağlanan koşulu onaylamadığından, praetor’un davayı reddetmesi gerektiğini belirtmekteydi. Buna karşılık *Titius*’un *Maevia* ile evlenmesine bağlanan koşulu ise geçerli kabul etmekteydi. Çünkü bu durumda *Titius*, *Maevia* ile evlenmezse,

Günümüz maddi hukukunda ayrıca düzenlenmiş olan üçüncü kişinin fiilini üstlenme veya üçüncü kişi yararına sözleşme, Roma hukukunun sıkı şekil kurallarına sahip olması nedeniyle hükümsüz kabul edilirdi. Ancak Romalı hukukçular söz konusu hukuki kavramların amacına, (bağımsız) ceza koşulu *stipulatio*'larıyla ulaşmayı tavsiye ederdi²³². Bu nedenle de, *stipulatio poenae*, üçüncü kişi yararına sözleşmenin veya üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin sonuçlarının dolaylı yoldan elde edilmesine yarardı. Belirtilen hukuki sonuçlara ulaşmaya yardımcı olan ceza koşulu, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluydu. Çünkü bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunda, soruyu sorarak alacaklı durumuna gelenin (*stipulator*) ekonomik herhangi bir hukuki menfaati bulunmadığından, taahhüt edilen üçüncü kişinin edimi yerine getirilmediğinde, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu da muaccel hale gelirdi²³³. Böylece taraflar, hukuk tarafından izin verilen ve verilmeyen alanlar arasında, hukuka da aykırı olmamak şartıyla hareket edip, *stipulatio poenae* aracılığıyla pratik faydası olan amaçlara ulaşmaya çalışırdı²³⁴. Ceza koşulunun bu işlevi sayesinde, “*alteri stipulari nemo potest*”, yani “üçüncü kişi adına *stipulatio* yapılamayacağı”²³⁵ kuralı da daha Klasik Hukuk Dönemi’nde anlamını yitirmekteydi²³⁶. Bu işlev nedeniyle özellik gösteren bazı durumlar aşağıda belirtilmiştir:

kaybedeceği sahip olduğu herhangi bir meblağ da söz konusu olmayacaktı. *Maevia* ile evlenirse sadece söz konusu miktar ona verilecekti. Ancak ilk durumda, yani *Maevia* ile evlenmezse ona bir miktar para verilmesi, onu evlenme baskısı altında bırakacağından, evliliğin özgür iradeyle gerçekleştirilmesine aykırılık oluşturmazdı (Türkçe metin, Altop, Arra Sponsalicia, s. 381-382, dn. 51; Knütel, Stipulatio Poenae, s. 52; Zimmermann, s. 97-98).

²³² Cuq, É., **Les Institutions Juridiques des Romain**, Tome Second, Paris, 1902, s. 332-333; ; Buckland, Roman Law, s. 428, 439; Lepointe, G./Monier, R., **Les Obligation en Droit romain et dans l’ancien Droit français**, Paris, 1954, s. 194; Siber, s. 261; Villers, s. 346; Macqueron, J., **Histoire des Obligations**, Le Droit Romain, 2ème édition, Aix-en-Provence, 1975, s. 128; Di Marzo, s. 405; Kunkel/Honsell, s. 239.

²³³ Dobbartin, M., **Zur Auslegung der Stipulation im klassischen Römischen Recht**, Zürich, 1987, s. 89-90.

²³⁴ Sjögren, s. 22-24.

²³⁵ Liebs, D., **Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter**, 7. Aufl., München 2007, s. 34; Erdoğan, B., **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük**, 2. Baskı, İstanbul, 2008, s. 12.

²³⁶ Dobbartin, s. 90.

1. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Sonuçlarını Elde Etme Olanağı Olarak *Stipulatio Poenae*

Zorlama işlevi, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunda özel bir anlama sahipti. Zira bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluyla, bir davranışın icrası temin edilebildiğinden, taraflar arasında bir borcun konusunu oluşturamayan davranış ya da *certa pecunia*'ya denk gelmeyen bir edim, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluyla kararlaştırılan edim sayesinde talep edilebilir hale gelirdi. Günümüz hukukunda sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, sözleşmenin tarafı olmayan bir şahsa, onun yararına bir edimin kararlaştırılması, yani üçüncü kişi yararına sözleşme geçerli kabul edildiği halde²³⁷, Roma hukukunda, üçüncü kişi yararına *stipulatio* yapılması hükümsüz kabul edilirdi. Kaynaklarda bu kural, “*alteri stipulari nemo potest* (hiç kimse başkasının lehine kendisine bir şey taahhüt ettiremez)²³⁸” şeklinde geçmektedir²³⁹.

“*Spondesne mihi Titio centum dare?*” (Titius’a yüz verileceğini bana taahhüt ediyor musun?) şeklindeki *stipulatio* geçersizdi. Böyle bir *stipulatio*, alacaklının değil de, üçüncü kişinin menfaatine yapılmak istendiği için, *stipulatio*’nun şartlarına uygun değildi. Zira *stipulatio* sözlü sözleşmelerden olduğundan ve ancak borç doğuran belirli sözlerin söylenmesi gerektiğinden, üçüncü şahıs yararına bir edimin kararlaştırılması düşünülemezdi. Burada *stipulatio* yapan kimse olarak *stipulator*’un alacak hakkını oluşturacak bir şekilde, taahhüt eden *promissor*’a karşı herhangi bir dava hakkı bulunmamaktaydı. Bu örnekte, *stipulatio*’dan yararlanacak konumda olan *Titius*,

²³⁷ Akyol, Ş., **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, 2008, s. 9 vd.

²³⁸ Liebs, *Lateinische Rechtsregeln*, s. 34; Erdoğan, *Hukukta Latince*, s. 12.

²³⁹ Roma hukukuna göre *stipulatio*, sadece *stipulatio*’nun tarafları arasında sonuç doğurduğu için, üçüncü şahıs yararına edim tanınmadığı gibi, doğrudan temsil veya alacaklının temlik kurumu da tanınmamaktaydı. Ancak papirüslerden anlaşıldığı üzere Doğu’da üçüncü şahıs yararına edim kararlaştırılabilmekteydi (Ankum, H., “Une Nouvelle Hypothèse sur l’Origine de la Règle *alteri dari stipulari nemo potest*”, **Études offertes à Jean Macqueron**, Aix-en-Provence, 1970, s. 21-22, 27).

stipulatio'yu bizzat yapmadığından ve Roma hukukunda doğrudan temsil de kabul edilmediğinden, alacaklı olamazdı²⁴⁰:

D. 45.1.38.17 (Ulpianus 49 ad sab.)

“*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.*”

“Kölenin efendisi için, aile evladının da aile babası için *stipulatio* yapmasının dışında, hiç kimse bir başkası için *stipulatio* yapamaz. Zira bu tür borçlar, her kimi ilgilendiriyorsa onun elde etmesi (kazanması) için düşünülmüştü. Başkasına verilmesinde benim hiçbir yararım yoktur. Eğer (böyle bir işlem) yapmak istersem, bu yapılmadığında bu kimsenin menfaati olmasa da, *stipulatio*'dan doğan *actio*'ya başvurabilirim diye, bir ceza (koşulu) kararlaştırmam uygun düşecekti. Zira bir ceza *stipulatio*'su yapıldığında, onun yararının ne olduğu değil de, *stipulatio*'nun şartı ve niteliği incelenir.”

Yukarıdaki metinde görüldüğü üzere, üçüncü kişi yararına sözleşmenin yapılması, alacaklının bu *stipulatio*'yu yapmada hiçbir menfaati olmadığından hükümsüzdü. Ancak böyle bir durumda *stipulatio*'yu taahhüt eden, söz konusu edimi üçüncü kişiye sağlamazsa belli bir miktarı ödeyeceğini de belirtirse, yani ceza koşulu taahhüdü de verirse, söz konusu edimi gerçekleştirmediği takdirde, alacaklıya önceden kararlaştırılan belirli miktarı ödeme baskısı altında bulunurdu. Borçlu bu *stipulatio*'dan doğan edimi üçüncü kişiye gerçekleştirirse, alacaklıya *stipulatio poenae* ile kararlaştırılan miktarı da

²⁴⁰ Monier, Tome 2, s. 97.

ödemekten kaçınacağı için, aslında bağımsız ceza koşulu aracılığıyla, üçüncü kişi yararına sözleşmeyle ulaşılmak istenen sonuca, dolaylı yoldan ulaşılabilirdi²⁴¹.

Ancak doktrinde, Roma hukukunda üçüncü kişi yararına sözleşmenin yasak olmasının, *stipulatio*'nun katı kurallarına bağlı kalmakla açıklanamayacağı da savunulmaktadır²⁴². Zira birçok örnekte, *stipulatio*'nun sadece iki taraf arasında borç doğurması nedeniyle değil de, alacaklının sözleşmeden menfaati yoksa başka sözleşme tiplerinde de, üçüncü şahsa bir edimin verilmesi kararlaştırılamamaktaydı. Nitekim *legis actio* ve *formula* yargılaması usulünde belirli bir miktarın (*certum dari*) üçüncü kişiye verilmesi borcu doğuran *stipulatio*'lar hükümsüz kabul edilmekteyken, kural da “*alteri dari stipulari nemo potest*” olarak anlaşılmalıydı²⁴³. Buna karşılık yapma (*facere*) borcu içeren edimin belirsiz olduğu davalarda, hakimin kararı “verilmesi veya yapılması gereken her şeye (*quidquid...dare facere oportet*)”²⁴⁴ ilişkin olacağından, alacaklının menfaati tazmin edilebilmekteydi. Bu nedenle de *facere* borcu içeren *stipulatio*'larda, *alteri stipulari non posse* kuralı uygulanmayabilirdi²⁴⁵. Hatta Klasik Hukuk Dönemi'nin

²⁴¹ Ankum, *alteri dari stipulari nemo potest*, s. 27; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 46. Bunun yanında üçüncü şahıs yararına sözleşmeyi geçerli sayabilmek için başvurulacak yollardan bazıları da, *adiectio solutionis causa* (alacaklının yanında başka birinin edimi kabul edebilmesi), *mandatum a lineae gratia* (başkası yararına vekalet), *interpositio* (tarafardan birinin bir üçüncü şahsın arkasına gizlenmesi), *fideicommissum a debitore relictum* yanında *fiducia cum amico*, yeni malikin kiracının hakkını tanıyacağına dair anlaşma, *stipulatio herediti*, üçüncü kişiye bir yükümlülüğün sağlanması şartıyla yapılan bağışlamaydı (Akyol, s. 65-69).

²⁴² Ayrıntılar için bkz. Ankum, *alteri dari stipulari nemo potest*, s. 24-25; Kaser, M., “Zur Interessebestimmung bei den sog. Unechten Verträgen zugunsten Dritter”, **Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag** (Hrsg. Heinz Hubner, Ernst Klingmüller, Andreas Wacke), Köln, 1975, s. 77 vd.

²⁴³ *Gai. Inst. 3. 103*: “*Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum ualeat stipulatio. nostri praeceptores putant in uniuersum ualere et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset. sed diuersae scholae auctores dimidium ei deberi existimant; pro altera uero parte inutilem esse stipulationem.*” “Keza hâkimiyeti altında bulunmadığımız bir kimseye verileceğine dair *stipulatio* yaptırmış isek, bu da hükümsüzdür. Dolayısıyla ihtilâflı olan bir mesele de, bir kimse kendisine ve hâkimiyeti altında bulunmadığı birine ödenmek üzere bir *stipulatio* yaptırmış ise, bu *stipulatio*'nun ne kadarının muteber olacağıdır. Bizim üstadlarımız bunun tamamının (in uniuersum) muteber olduğu ve fakat *stipulatio*'ya yabancı bir isim ilâve edilmemiş gibi, hepsinin *stipulatio*'yu yaptırmış olana ödeneceği kanaatinde idirler. Fakat, muhalif mektebin müellifleri ise o kimseye ancak yarısının ödeneceği fikrindedirler; borcun diğer yarısı bakımından *stipulatio* hükümsüzdür.”

²⁴⁴ Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 42.

²⁴⁵ *D. 45.1.38.20 (Ulpianus 49 ad sab.)*: “*Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur. et ait Marcellus stipulationem valere in specie huiusmodi. is, qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo et stipulatus est rem pupilli salvam fore. ait*

sonlarından itibaren, üçüncü kişi yararına sözleşme (*alteri certum dari*) içeren *stipulatio*'lar bile, aslında borçlunun yapma (*facere*) borcuna girdiğinden *incertum* gibi algılanıp, alacaklının menfaatinin tazmin edilmesi bakımından dava edilebilir hale gelmişti. Bu nedenle Roma hukukunda *alteri stipulari nemo potest* kuralı, aslında Romalıların genel anlamda üçüncü şahıs yararına edimi tanımadığı şeklinde anlaşılması gerekirken, *stipulatio*, alım satım sözleşmesi (*emptio venditio*) veya vekalet sözleşmesi (*mandatum*) gibi örneklerde bu kuralın istisnalarına rastlanıldığı bilinmelidir²⁴⁶.

O halde Roma hukukunda *alteri stipulari nemo potest* kuralı uyarınca, alacaklının aslında bu işlemde herhangi bir yararı (*interesse*) olmadığı için, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu aracılığıyla üçüncü şahıs yararına edimin sonuçlarına ulaşılabilirdi. Bu da örneğin şu şekilde gerçekleşebilirdi: “*Spondesne Titio centum dare? Nisi dederis tot sestertios spondesne?* (Titius’a yüz ödemeyi taahhüt ediyor musun? Eğer onları ödemezsen, o kadarı vaat ediyor musun?). Böyle bir durumda kararlaştırılan *stipulatio poenae*, üçüncü şahıs yararına vaad edilen edimden genellikle

Marcellus posse defendi stipulationem valere: interest enim stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo, si aliter res cesserit.” “Başkası için benim yararına bir *stipulatio* yaparsam, *stipulatio*’nun geçerli olup olmadığını görelim. Şu durumda *stipulatio*’nun geçerli olduğunu *Marcellus* söyler: Bir kimse, vasiyet altındaki çocuğun vasiliğine vekil olarak bakmaya girişmişti. Ona vasi sıfatıyla idareyi bıraktı ve bu, vasinin malvarlığını iyi idare etmek üzere *stipulatio* yaptı. *Marcellus*, bu *stipulatio*’nun geçerli olduğunu söyler: gerçekten de, vasilik sıfatıyla malvarlığını kötü yönetirse, vesayet altındaki çocuğa karşı sorumluluk altına girdiğine göre, vaadin yerine getirilmesi *stipulator*’un lehinedir (yararınadır).”

D. 45.1.38.21 (Ulpianus 49 ad sab.): “Si quis insulam faciendam promiserit aut conduxerit, deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit: aut si quis, cum promississet titio fundum maevium daturum aut, si is non dedisset, poenam se daturum, stipulatus a maevio fuerit fundum titio datu iri: item si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerit: constat habere eum utilem ex locato actionem.” “Bir kimse, *stipulatio* veya sözleşme yoluyla bir ev inşa etmeye girişme vaadinde bulundu ve bu inşanın üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi taahhüt ettirildi. Yine bir kimse –*Maevius* ona bir arazi vereceği ve ona vermezse bir ceza koşulu ödeyeceğini *Titius*’a vaat ettikten sonra- *Maevius*’un *Titius*’a arazi vereceğini taahhüt ettirildi. Bir kimse önceden yapımını üstlendiği bir eserin yapımı hakkında bir sözleşme akdettiğinde aynı şey söz konusudur. Sözleşmeden kaynaklanan *actio ex locati*’yi başarıyla açabileceği düşüncesindeyiz.”

²⁴⁶ Di Marzo, s. 405-406; Ankum, *alteri dari stipulari nemo potest*, 25-28; Kaser, Zur Interessebestimmung, s. 86-87. *D. 45.1.38.23 (Ulpianus 49 ad sab.): “Unde et si procuratori meo dari stipulatus sum, stipulatio vires habebit: et si creditori meo, quia interest mea, ne vel poena committatur vel praedia distraherentur, quae pignori data erant.”* “Sonuç olarak, vekilime verilsin diye bir *stipulatio* yaptığımda, *stipulatio* etkilerini gösterecektir. Aynı şey, cezaya çarptılmamakta ve rehnedilen arazilerin satılmasından sakınmakta yararım olduğu için, alacaklının yararına *stipulatio* yaptığımda geçerlidir.”

çok daha fazla olduğundan, ceza koşulunun muacceliyetinden kaçınmak amacıyla, üçüncü şahıs yararına edimin gerçekleşmesi de dolaylı yoldan sağlanmış olurdu²⁴⁷.

2. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmenin Sonuçlarını Elde Etme Olanağı Olarak *Stipulatio Poenae*

Günümüz hukukunun aksine, Roma hukukunda geçerli bir sözleşme kurmak için, sözleşmenin türü neyi gerektiriyorsa onun yapılması gerekirdi. *Stipulatio*, genel bir borç doğurucu sözleşme olduğundan, yaygın şekilde kullanılırdı. Ancak *stipulatio*'nun yapılması için belirli sözcükler söylendiğinden, sadece *stipulatio*'nun tarafı borç altına girerdi. Dolayısıyla *stipulatio*'yu yapan kimsenin *stipulatio*'ya taraf olmayan üçüncü kişinin fiilini taahhüdü söz konusu olamazdı. “*Spondesne Titium mihi centum dare?*” (*Titius*'un bana yüz vereceğini taahhüt ediyor musun?) şeklindeki bir taahhütte, üçüncü kişinin edimini taahhüt eden, kendini borç altına sokmak amacı olmadığından borçlu olamazken, *Titius* da üçüncü kişi aracılığıyla borç altına giremeyeceğinden, bu taahhülle bağlı tutulamazdı²⁴⁸. Yani *stipulatio*'yu yapan, sadece kendi edimini taahhüt edebilirdi. Başkasının fiilini taahhüt eden, kendi edimini taahhüt etmediği için borçlu olamazken; üçüncü kişi bakımından da, *stipulatio* sadece hazırlar arasında yapılıp *stipulatio*'nun tarafları için sonuç doğurabileceğinden, bu *stipulatio*, üçüncü kişiye de borç yüklemeydi. Bu nedenle de, günümüz hukukunun aksine Roma hukukunda, kendi fiili yerine, üçüncü kişinin fiilinin taahhüt edilmesi hükümsüzdü²⁴⁹:

D. 45.1.38.1 (*Ulpianus 49 ad sab.*)

“*Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum.*”

²⁴⁷ Monier, Tome 2, s. 98. Bu hususta bkz. *Iust. Inst.* 3.19.19; *Pap. D.* 45.1.118.2; *Marcell. D.* 45.1.38.20. Ayrıca karşı. *Gai. Inst.* 3.103a; *Iul.-Ulp. D.* 13.7.13 pr.

²⁴⁸ Monier, Tome 2, s. 97.

²⁴⁹ Biscardi, La clause pénale, s. 259-260; Kayak, S., *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, İstanbul, 2010, s. 7-13, 75-94; Uyan, G., “Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt (BK md. 110/TBK md. 128) Müessesesinin Tarihsel Arka Planı ve Roma Hukukundaki Yeri”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan**, İstanbul, 2011, s. 278 vd.

“Ama eğer bir kimse ne mirasçısının ne de bir başkasının engel çıkarmayacağına söz verirse, söylemek gerekir ki, o geçersiz bir şekilde başkasının fiilini taahhüt etmiştir.”

Yukarıdaki metinde de görüldüğü gibi, bir kimse kendisi dışında başka birinin, yani üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmek isterse, bu hükümsüzdü. Roma hukukunda *stipulatio* sadece tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurduğundan, üçüncü kişinin fiilini taahhüde izin verilmezdi. Buna karşılık hukuki uyumsuzluklara adaletli ve hakkaniyetli çözümler bulmak konusunda yetenekli Romalı hukukçular, bu eksikliği gidermek amacıyla, üçüncü kişinin fiilini taahhütle elde edilmek istenen sonuçlara, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu yoluyla ulaşmayı önermekteydi. Şöyle ki:

Iust. Inst. 3.19.21

“Versa vice qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit.”

“Buna mukabil, başka birisinin bir şey yapmasını vaat ettiren kimsenin *stipulatio*’su muteber değildir, yeter ki bizzat kendisi, bir cezai şart taahhüdü altına girmiş bulunmasın.”

Görüldüğü üzere bu metinde, gerçekleşmediği takdirde muaccel olacak belirli bir miktar para kararlaştırıldığında, üçüncü kişinin taahhüt edilen fiili aslında dolaylı yoldan gerçekleştirilmek istenmekteydi. Yani ceza koşulunun muacceliyeti, taahhüt edilen üçüncü kişinin fiilinin gerçekleşmemesine bağlanırdı²⁵⁰.

D. 45.1.38.2 (Ulpianus 49 ad sab.)

“At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. sed quatenus habere licere videbitur? si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores.”

²⁵⁰ Monier, Tome 2, s. 97. Aynı yönde Koçhisarlıoğlu, C./ Söğütlü Erişgin, Ö., **Roma Özel Hukuku Uygulamalı Çalışmaları**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2016, s. 92.

“Ama eğer herhangi bir kimse, bir başkasının fiilini söz vermek isterse, ya bir cezayla ya da o şeyin değerini (o yararın tutarını) söz verebilir. Ancak hangi noktaya kadar o şeyin gerçekleşmiş olacağına garanti verilebilecekti? Hiç kimse zorluk çıkarmadığında, yani ne söz verenin kendisi, ne mirasçısı ne de mirasçısının halefleri.”

Bu metin, alım satım sözleşmesine konu olan *res nec mancipi* bir malın alıcının rahat zilyetliğindeyken, üçüncü bir kimse tarafından zaptı halinde, alıcının uğrayacağı zararın ödeneceğine dair yapılan *stipulatio habere licere*²⁵¹ ile ilgilidir. *Sabinus* bu *stipulatio*'nun, alıcının rahat zilyetliğine (*habere licere*) el atılmasına karşı yapılan bir *stipulatio* olması nedeniyle, garanti (teminat) *stipulatio*'su olduğunu belirtmekteyken; *Ulpianus* buna, üçüncü kişinin fiilinin bir *stipulatio*'ya konu yapılamayacağı kuralıyla karşı çıkmakta ve satıcının, sadece kendisinin ve mirasçılarının, alıcının rahat zilyetliğine (*habere licere*) bu şekilde bir müdahalesi olasılığına karşı *stipulatio* yapabileceğini belirtmekteydi. Buna karşılık, üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmek isteyen bir kimse de, ancak *poena* veya alıcıya o şeyi muhafaza etmesindeki menfaati kadar miktarı, *stipulatio*'nun konusu yaparak geçerli bir şekilde borçlanabilirdi. Görüldüğü üzere, ceza koşulu burada, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün sonuçlarının elde edilmesi bakımından kullanılmıştı. Yani üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmenin geçersizliği karşısında, *Ulpianus*, bir *stipulatio poenae* veya *stipulatio habere licere*'nin yapılmasını tavsiye etmekteydi. Böylece Roma hukukunda bir borcun konusunu oluşturamayan üçüncü kişinin fiilini taahhüdün sonuçları dolaylı yoldan, yani üçüncü kişi belirli bir şekilde hareket etmezse bir miktar *poena*'nın talep edilebilmesi bakımından, elde edilebilir hale gelmekteydi. *Stipulatio poenae* veya *stipulatio habere licere* sayesinde, satıcının mirasçılarının malın rahat zilyetliğine aykırı bir davranışta bulunmayacağı, satıcı tarafından taahhüt edilerek, aslında bir nevi üçüncü kişinin fiilinin taahhüdünün sonuçları elde edilmiş oluyordu. Satıcı *stipulatio habere licere* ile

²⁵¹ Umur, Lügat, s. 204.

alıcıya, o şeyi muhafaza etmesindeki menfaat kadar miktarı taahhüt ederdi veya *stipulatio poenae* ile belirli bir miktarı, alıcıya üçüncü kişinin belli bir şekilde davranması halinde ödeneceğini taahhüt ederdi. Böylece üçüncü kişinin fiilini taahhülle ulaşılmak istenen amaç, bağımsız ceza koşuluyla sağlanmış olurdu²⁵².

²⁵² Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 49-50; Biscardi, *La clause pénale*, s. 260; Zimmermann, s. 97; Finkenauer, s. 53 vd.; Ayrıca bkz. Kayak, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, s. 115-117. Karş. *D. 45.1.38.4 (Ulpianus 49 ad sab.)*: “*Quaesitum est, utrum propriam demum rem an et alienam promittere possit habere licere. et magis est, ut et aliena promitti possit: quae res ita effectum habebit, si propria esse promissoris coeperit. quare si perseveraverit aliena, dicendum erit stipulationem non committi, nisi poena adiecta sit, cum neque per eum neque per successorem eius quicquam factum sit.*” “Acaba kendi malı üzerinde mi yoksa başkasının malı üzerinde mi habere licere (rahat zilyetliği sağlayacağımı) taahhüt edebileceği sorulmuştur. Başkasınınkini taahhüt edebilmesi de yaygındır. Böylece başkasının malı olmaya devam ediyorsa eğer ceza eklenmemişse ne onun vasıtasıyla ne de onun halefi vasıtasıyla herhangi bir şey yapılamadığından hüküm ifade etmediğinin söylenmesi gerekecektir.” (Türkçe metin Kayak, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, s. 116).

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA *STIPULATIO POENAE*'NİN (CEZA KOŞULUNUN)

UYGULAMA ALANLARI VE MUACCELİYETİ

I. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN KARARLAŞTIRILMASI

A. EDİMİN YAPMA VEYA YAPMAMA ŞEKLİNDEKİ EYLEME İLİŞKİN OLMASI

1. Genel Olarak Roma Hukukunda Edim Türleri

Borçlunun yerine getirmekle sorumlu olup, alacaklının da talep etme yetkisinin olduğu edim türleri, Roma hukukunda aslen, borcun konusuna göre farklı türlere ayrılırdı. Edimin, borcun konusuna göre, yani objektif niteliğine göre yapılan ayrımındaki ilk türü, bir şeyin mülkiyetini veya zilyetliğini karşı tarafa geçirme anlamında olan, verme yani “*dare*” borcu iken; bir diğeri, bir şeyin yapılması veya *detentio*’nun geçirilmesi anlamında olan, yapma yani “*facere*” borcudur. Bu kapsamda sonuncu edim türü ise, bir borcun üstlenilmesi anlamındaki “*praestere*” borcudur. Latin kökenli modern dillerde kullanılan edim (*prestation*) kelimesi *praestare*’den türemiş olsa da, kaynaklarda²⁵³ “*praestere*,” “*dare*” ve “*facere*” birbirinden ayrı üç farklı edim tipini göstermektedir. Edim türlerinin belirtilen bu ayrımından başka, borcun belirli veya belirsiz, bölünebilir veya bölünemez, basit veya karmaşık veyahut da şarta bağlı veya şarta bağlı olmayan şeklindeki ayrımı da, borcun niteliğine göre değişen, ikincil bir ayrım olarak incelenebilmektedir²⁵⁴.

a. *Dare* (Vermek)

Edim konusu olarak “*dare*” yani “verme” kavramı, bir şeyi vermekle yükümlü olan borçlunun, bu şeyi alacaklının olmasını sağlayacak şekilde vermesiyle

²⁵³ *Gai. Inst. 4.2; Paul. D. 44.7.3 pr.*

²⁵⁴ Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 12-16; Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 20-26; Deroussin, s. 48; Dunand/Schmidlin/Winiger, s. 19.

gerçekleşirdi. Bu nedenle alacaklının olmasını sağlayamadıysa, borcunu yerine getirmiş sayılmazdı²⁵⁵. Edimin amacı, borcun içeriğini belirlerdi. Bu kapsamda, bir şeyin *ius civile* veya *praetor* mülkiyetinin karşı tarafa devredilmesinde, *ius civile*'nin tanıdığı aynı hakkın temininde ya da bir şeyin zilyetliğinin karşı tarafa geçirilmesinde teknik anlamda *dare* borcu söz konusu olurdu. Buna karşılık bir şeyin sadece *detentor*'luğuna sahip olunabilen kullanım öduncünde (*commodatum*) veya sadece rahat zilyetliğinin geçirildiği alım satım sözleşmesinde (*emptio venditio*) "*dare*" kavramı geçse de, teknik anlamda *dare* edimi söz konusu olmazdı²⁵⁶.

b. Facere (Yapmak)

"*Facere*"²⁵⁷ ediminin içeriği "*dare*" edimine nazaran çok daha geniştir²⁵⁸. Zira bir şeyin *detentio*'sunun sağlanmasıyla birlikte, bir binanın inşa edilmesi, bir naklin gerçekleştirilmesi, bir işin yapılması, bir borcun ödenmesi veya bir şeyi yapmaktan sakınma gibi, maddi içeriği olmadığından, günümüz hukukunun aksine ayrı bir yapmama edimi kategorisi tanımayan Roma hukukunda bir şeyi yapmama (kaçınma) da (*non facere*) bu kapsamda değerlendirilmekteydi²⁵⁹. Ancak bir avukatın müvekkilini savunmasında olduğu gibi, buna benzer bazı *facere* edimlerini içeren sözleşmelerde,

²⁵⁵ D. 50.17.167 pr. (Paulus Paulus 49 ad ed.): "Non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt." "Bir mal eğer verildiği sırada, alanın olmuyorsa, bu mal verilmemiştir." (Türkçe Metin Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 23).

²⁵⁶ Rado, Borçlar Hukuku, s. 14-15; Deroussin, s. 49. Modern hukuklarda, "*dare*" edimi, bir müteahhidin işi tamamlayıp işverene teslim etmesindeki gibi "edim sonucunu" belirtir şekilde de kullanılmaktadır (Dunand/Schmidlin/Winiger, s. 20).

²⁵⁷ Bkz. Paul. D. 45.1.2 pr.

²⁵⁸ Örneğin Titius, Gaius'a Stichus isimli köleyi *stipulatio* yoluyla vermeyi taahhüt ettikten sonra, köle hastalanır ve Titius onu iyileştirmek için gerekli özeni göstermediğinden, Stichus ölür. Bu hususta hukukçuya sorulan şey, Titius'un köle Stichus'un ölümünden sorumlu tutulup tutulmadığı ve Gaius'a kölenin değerini verip vermeyeceğidir. Cevap olarak Titius'un borcunun sadece "*dare*" olduğu ve onu iyileştirmenin "*facere*" borcuna girmesi nedeniyle, bu soruya olumsuz yanıt verilmişti. Ancak *dolus* ile hareket edilmişse, edimin yerine getirilmesi imkansız olsa da, alacaklının zararı tazmin edilmeliydi. Bu hususta bkz. Paul. D. 45.1.91 pr. (Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 24-25; Dunand/Schmidlin/Winiger, s. 21).

²⁵⁹ Rado, Borçlar Hukuku, s. 15.

facere ediminin yerine getirilmesi yeterliydi. Yoksa *facere* edimiyle amaçlanan sonuca ulaşılması önemli değildi²⁶⁰.

Günümüz hukukunun aksine, Roma hukukunda edim, mutlaka maddi değeri haiz olmalıydı. Manevi bir menfaat, edim konusu olarak kabul edilemezdi. Çünkü *formula* yargılaması döneminde, mahkumiyetin mutlaka bir miktar paraya ilişkin olması kuralı neticesinde, manevi bir menfaat dava edilebilir nitelikte değildi. Bu nedenle de Roma hukukunda edimin konusu, mutlaka bir miktar paraya ilişkin olmalıydı. *Facere* ve *dare* borçlarının içeriğine ilişkin farklılık, *formula* yargılaması döneminde bu edimleri içeren borçlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için kullanılan *formula*'lara da yansımıştı. Zira konusu *dare* olan *stipulatio*'ların *formula*'ları *certa* iken, konusu *facere* olan *stipulatio*'ların *formula*'ları *incerta* idi²⁶¹.

c. *Praestare*

Praestare kavramı ise, tek anlama sahip değildi. Bu kavramı açıklamak için belirtilen iki anlamdan ilki, borca teminat vermek iken²⁶², bir diğeri de borçlunun sözleşmesel sorumluluğunu (*culpam, dolum aut diligentiam praestare*)²⁶³ ifade etmekteydi. Bununla birlikte, borçlunun yerine getirmesi gereken yan yükümlülükleri belirten bir kavram olarak da kullanılmaktaydı. Yani bu son anlamı, *dare* ve *facere* borcunun nasıl yerine getirilmesi gerektiğini de açıklar nitelikteydi. Buna göre borçlu edimini gereken şekilde ifa etmeliydi²⁶⁴.

²⁶⁰ Karş. *Gai. D.9.2.8 pr.* (Dunand/Schmidlin/Winiger, s. 20).

²⁶¹ Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 16.

²⁶² *D.18.1.66; 22.1.19.*

²⁶³ Bu hususa bkz. *Gai. 4.2; Paul. D. 44.7.3.*

²⁶⁴ Rado, *Borçlar Hukuku* s. 15; Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 25; Deroussin, s. 51; Dunand/Schmidlin/Winiger, s. 23; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 211.

2. Ceza Koşulunun Bağlandığı Edim Türleri

Roma hukukunda *stipulatio poenae*, *dare*, *facere* ve istisnaen de yan yükümlülükler anlamındaki *praestare* edimlerine eklenebilirdi²⁶⁵. Tarihsel açıdan *stipulatio poenae* gereksinimine paralel olarak, taraflar arasındaki sözleşmenin konusu yapmaya veya yapmamaya ilişkinse, bu sözleşmelerde ceza koşulunun kararlaştırılması, konusu vermeye ilişkin olan sözleşmelerde ceza koşulunun kararlaştırılmasına nazaran daha yaygındı. Zira konusu yapmaya veya yapmamaya ilişkin olan sözleşmelerde ceza koşulu kararlaştırılarak sözleşme kapsamının belirsiz bırakılmaması istenmekteydi²⁶⁶:

Iust. Inst.3.15.7

“Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam, subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit. itaque si quis ut fiat aliquid, stipuletur, ita adici poena debet: “si ita factum non erit, tum poenae nomine decem aureos dare spondes?”. sed si quaedam fieri, quaedam non fieri una eademque conceptione stipuletur, clausula erit huiusmodi adicienda: “si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes?”

“*Stipulatio*’nun mevzuu yalnız eşya değil, yapma da olabilir: bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını taahhüt ettirdiğimiz vakit olduğu gibi. Bu nevi *stipulatio*’larda, borç mevzuunun miktarı gayrı muayyen kalmasın ve davacı, kendisini alakadar eden miktarı ispat mecburiyetine düşmesin diye, bir ceza tayin etmek çok yerinde olurdu. Binaenaleyh bir kimse, bir şeyin yapılmasına müteallik bir *stipulatio* yaparken, şöyle bir ceza ilave etmelidir: “anlaşmamız yerine getirilmezse, ceza olarak

²⁶⁵ Günümüz Türk hukukunda da, ceza koşulunun eklendiği borcun konusu, her türlü edim olabilirken; bazen sadece bir irade beyanına veya açıklama yapmaya da ceza koşulu eklenebilir. Ceza koşulunun eklendiği ana borcun, ekonomik bir değer ifade etmesine de gerek yoktur (Takinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 343; Oğuzman/Öz, s. 506). Ceza koşulu yapmama borcuna eklendiğinde, bu borcun bir defa veya her defasında ihlal edilmesi halinde, muaccel olan ceza koşulunun talep edilebilmesi yönünde bkz. von Tuhr, s. 764.

²⁶⁶ Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 62.

on altın vermeyi taahhüt ediyor musun?”. Fakat aynı *stipulatio* içerisinde bazı şeyleri yapmamak taahhüt ettirilmişse, ceza şartı şu şekilde ilave edilmelidir: “anlaşmamıza aykırı olarak, bir şey yapılmışsa veya bir şey yapılmamışsa, ceza olarak on altın vermeyi taahhüt ediyor musun?”

Yukarıdaki metinde²⁶⁷ de görüldüğü üzere, *facere* veya *non facere* ediminin içerik belirsizliğinin ortadan kalkmasının ve bu edimlerin gerçekleşmesinin sağlanması için, *stipulatio poenae* kullanılmaktaydı. Yani Roma hukukunda *facere* veya *non facere* edimlerinin belirsizliğinin ortadan kalkması ve borçlunun belirli bir davranışı gerçekleştirmesi veya gerçekleştirmemesini sağlamak amacıyla, bir ceza koşulu *stipulatio*’su yapmak çok yaygındı. Örneğin gece belli bir saatten sonra müzik aleti çalınırsa, belirli bir miktar para verileceği taahhüdünde, Roma hukukuna göre maddi bir menfaati karşılamayan müzik aleti çalmama edimi, bir borcun konusunu oluşturamasa da, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu aracılığıyla dolaylı yoldan ulaşılabilir hale gelirdi. Çünkü böyle bir durumda, müzik aleti çalınmaması talebiyle bir dava açılmasa bile, bu davranışa aykırılık halinde ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulu talep edilebilmekteydi²⁶⁸.

Ceza koşulunun yapma veya yapmama şeklindeki bir edimi güvence altına almasına paralel olarak, ceza koşulunun muacceliyet şartının da, olumlu ya da olumsuz olduğu düşünülürdü. Yani borçluyu bir davranışı gerçekleştirmeye yöneltten, ancak bu davranışı gerçekleştirmezse muacceliyet kazanacak olan ceza koşulunun muacceliyet şartı, olumsuz bir davranışı gerektirmekleken; belli bir davranıştan kaçınmayı gerektiren ceza koşulunun muacceliyeti de, ancak o hareketin yapılması şeklinde olumlu bir davranışı gerektirmekleken²⁶⁹:

²⁶⁷ Bu metin için ayrıca bkz. Hansjörg, s. 103-104.

²⁶⁸ Erdoğmuş, Borçlar Hukuku, s. 10-11; Rado, Borçlar Hukuku, s. 14; Deroussin, s. 51; Dunand/Schmidlin/Winiger, s. 21-22; Somer, Borçlar Hukuku, s. 48.

²⁶⁹ Knütel, Stipulatio Poenae, s. 25; Zimmermann, s. 103-104.

D. 45.1.71 (Ulpianus 13 ad ed.)

“Cum, quid ut fiat, stipulemur poenam, sic recte concipiemus: " si ita factum non erit": cum quid ne fiat, sic: " si adversus id factum sit".”

“Bir şeyin yapılması için bir *stipulatio* gerçekleştirdiğimizde, onun o şekilde yapılmaması halinde *stipulatio*’yu hukuken geçerli bir şekilde talep edebiliriz (elde edebiliriz). Bir şeyin yapılmaması durumu için bir *stipulatio* gerçekleştirdiğimizde de, buna aykırı davranılması halinde *stipulatio*’yu geçerli bir şekilde elde edebiliriz.”

B. CEZA KOŞULUNUN KARARLAŞTIRILMA ŞEKLİ

Roma hukukunda *poena* (ceza koşulu), borçlunun borcunu tam ve eksiksiz bir şekilde yerine getirmesini sağlamak veya en azından borcunu gerektiği şekilde yerine getirmediğinde ödenecek olan tazminatın önceden saptanması amacıyla, kural olarak *stipulatio* yoluyla kararlaştırılırdı²⁷⁰. Buna karşılık istisnaen iyiniyet sözleşmelerinde, *pactum* yoluyla da kararlaştırılabilirdi. O halde ceza koşulu kararlaştırma şekli esasen *stipulatio* iken, istisnaen iyiniyet sözleşmelerinde *pactum adiectum* (*pacta in continenti facta*) da kullanılabilmekteydi²⁷¹.

Ancak bu şekilde kararlaştırılan ceza koşulunun talep edilebileceği iyiniyet sözleşmesine ait davadan ayrı, bağımsız bir dava bulunmamaktaydı. *Pactum*’a aykırılık nedeniyle *exceptio* ileri sürülebildiğinden, böyle bir durumda, *exceptio* ve ceza koşulu talebi birbiriyle yarıştırdı²⁷²:

D. 18.7.7 (Papinianus 10 quaest.)

“Servus ea lege veniit, ne in italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor...”

²⁷⁰ Honsell, s. 92.

²⁷¹ Kaser, RP I, s. ; Schwind, s. 282; Rado, Borçlar Hukuku, S. 101; Honsell, s. 92; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 68.

²⁷² Knütel, Stipulatio Poenae, s. 26, 31, 33; Sossna, s. 8; Rado, Borçlar Hukuku, s. 101; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 63.

“Bir köle İtalya’da bulundurulmaması hükmü altında satılıyor. Buna aykırı durum halinde alıcıyı bir ceza koşulu ödemeye zorlama, *stipulatio*’suz kararlaştırılıyor...”

Yukarıdaki metinde *poena*’nın, rızai sözleşmelerde *stipulatio* dışında *pactum* yoluyla da kararlaştırılabileceği görülmektedir. Ancak belirtildiği üzere, *poena* esas olarak *stipulatio* ile kararlaştırıldığından, rızai sözleşmelere *stipulatio* veya *pactum* aracılığıyla eklenebilirdi. Keza aynı sözleşmelerin kurulması, bir malın karşı tarafa verilmesi ve iradelerin uyuşmasıyla gerçekleştiğinden, bu sözleşmelere ceza koşulu eklenmek isteniyorsa, tüketim ödücü sözleşmesi (*mutuum*) ve deniz ödücü (*pecunia traiecticae*) dışında *pacta ex continenti facta* da kullanılabiliyordu²⁷³. Buna karşılık Klasik Hukuk Dönemi’nde yazılı sözleşmeler (*nomen transscripticia*) alacaklının kendi defterindeki alacaklarının karşısına (*acceptum*) borçlunun ismini yazmasıyla (*expensilatio*) meydana geldiğinden²⁷⁴, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlanan bir edim olarak *stipulatio poenae*, yazılı sözleşmelerde kararlaştırılmazdı²⁷⁵.

C. CEZA KOŞULUNUN KONUSU

1. Kural Olarak Paranın Kararlaştırılması

Roma hukukunda *poena*, çoğunlukla bir miktar para olacak şekilde kararlaştırılırdı. Genellikle belli bir miktar para, taraflar arasında ceza koşulu (*stipulatio poenae*) olarak kararlaştırıldığından, dava konusu şeyin tutarına ilişkin²⁷⁶ (*quanti ea res erit*) olan *stipulatio*’lar²⁷⁷, ceza koşulu *stipulatio*’su olarak kabul edilmemiş olmalıydı²⁷⁸.

²⁷³ Bkz. *Mod. D.22.1.41.1*.

²⁷⁴ Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 108; Umur, *Lügat*, s. 140.

²⁷⁵ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 26-27.

²⁷⁶ Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 42.

²⁷⁷ Bu *stipulatio*’lar *cautiones iudicatum solvi, ratam rem habiturum* ve *ex operis novi nuntiatione* şeklindeki *praetor stipulatio*’larından oluşmaktadır.

²⁷⁸ *D. 46. 7. 19. 1 (Venonius 9 stipul.)*: “*Si autem adiectum sit: "si huius rei dolus malus non aberit, quanti ea res est, dari spondes?"*, et ob extranei dolum promissor poena tenebitur.” “Ancak bu işe

2. İstisnaen Diğer Edimlerin Kararlaştırılması

Ceza koşulu olarak genellikle bir miktar para kararlaştırılırken, istisnaen farklı edimler de kararlaştırılabilir²⁷⁹:

D. 4.8.11.2 (Ulpianus 13 ad ed.)

“*Quod ait praetor: " pecuniam compromissam", accipere nos debere, non si utrimque poena nummaria, sed si et alia res vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit: et ita pomponius scribit. quid ergo, si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sit sententiam dicere? et puto cogendum. tantundem et si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur. proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromissum est et cogetur sententiam dicere.*”

“Praetor’un ‘para ödemeleri karşılıklı taahhüt edildikten sonra’ sözlerinden, eğer bir tarafın hakemin kararına uymaması hali için, her iki tarafça sadece para cezası değil, aynı zamanda para cezası yerine başka bir şey de kararlaştırıldığında, bunları verilmiş gibi görmemeliyiz. Pomponius da aynısını yazar (söyler). Eşyalar hakeme tevdi edildiğinde, onun bunları (karşı tarafın hiçbir şekilde yargılamaya uymaması durumunda) kazanana teslim etmesinde veya hakemin belirli şeyi [tarafılardan birine] teslim etmesinde hukuki durum nasıldır? Hakem kararını açıklamaya zorlanabilir mi? Benim düşünceme göre, o buna zorlanabilir. Aynı şey, belirli miktar paranın bu amaçla hakeme tevdi edilmesinde de geçerlidir. Eksiksiz bir tahkim anlaşmasında bir

herhangi birinin kötünıyeti (hilesi-dolus malus) karışırse, o şeyin bütün değeriıı vermeyi *stipulatio* ile söz verdiniz. (Bu durumda) üçüncü bir kişinin kötünıyeti nedeniyle de, söz veren cezayı ödemekle yükümlüdür.”

D. 2. 3. 1. 4 (Ulpianus 1 ad ed.): “*Hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur: et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur.*” “Bu dava tarafların yararına değil de, dava konusunun gerçek değeriıı dikkat eder ve saf bir ceza içeriıorsa, ne bir yılın geçmesinden sonra ne de mirasçılara karşı bu davaya izin verilmezdi.”

COUDERT’in aksine KNÜTEL, *quanti es res erit* ceza koşulu *stipulatio*’ları geçerli olarak kabul etmemektedir. KNÜTEL’e göre yukarıdaki iki metin, *quanti ea res erit* ceza koşulu *stipulatio*’larını destekliıor gözükse de, ilk metin kısaltılmış olabilir veyahut da ikinci metindeki gibi teknik olmayan bir dil kullanımı söz konusu olabilir (Coudert, J., **Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain**, Nancy, 1957, s. 140, 174-175; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 25 dn. 3).

²⁷⁹ Kaser, RP I, s. 519; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 25 dn. 3; Biscardi, *La clause pénale*, s. 258-259; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 101. Ayrıca bkz. *Diocl. C.2.4.17; Cels. D. 45.1.97 pr.*

taraf bir şeyi, diğer taraf da parayı *stipulatio* yoluyla taahhüt ettiğinde, hakem kararını vermeye zorlanır”.

D. 45.1.126.3 (*Paulus 3 quaest.*)

“*Si ita stipulatus fuero te sisti et, nisi steteris, aliquid dari, quod promittenti impossibile est: detracta secunda stipulatione prior manet utilis et perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem.*”

“Davada hazır bulunmalısın, davada hazır bulunmayacak olduğunda, vaad eden taraf için verilmesi imkansız olan şeyin verilmesi hakkında *stipulatio* yaparsam, ikinci *stipulatio* ortadan kalktığı müddetçe, önceki *stipulatio* geçerli kalırdı. Bu yüzden sadece senin orada bulunmanla ilgili *stipulatio* yapmış olmam olasılığı da aynı şekilde geçerlidir.”

Yukarıdaki iki metinde de görüldüğü üzere, Roma hukukunda ceza koşulu kural olarak bir miktar paradan oluşurken, bazen paradan başka bir şey de ceza koşulu olarak kararlaştırılabilirdi²⁸⁰.

II. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN KULLANIM ALANLARI

A. GENEL OLARAK

Roma hukukunda ceza koşulu, borçlar hukuku başta olmak üzere, eşya, aile ve miras hukuku alarında kullanılmaktaydı. Ceza koşulu anlamında *poena*, kaynaklarda toplu bir şekilde değil de, bazı hukuki kavramlardan bahseden bölümlerin içinde dağınık halde yer almıştı. Romalı hukukçular, ceza koşulunu birçok alanda kullanmalarına rağmen, ona eserlerinde ayrı bir bölüm olarak yer vermemişlerdi²⁸¹.

²⁸⁰ Günümüz Türk hukukunda da, ceza koşulu çoğu zaman para olarak kararlaştırıldığı halde; verme, yapma veya ekonomik bir değere sahip olması şartıyla yapmama edimi de, ceza koşulu olarak kararlaştırılabilir (Oğuzman/Öz, s. 507).

²⁸¹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 34-35; Sturm, *Rezension*, s. 419.

Borçluyu ilgilendiren yapma/yapmama ediminin, hiç veya gerektiği gibi yerine getirilmemesi hali için ya da borçlu olunmayan bir edimin gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi için kararlaştırılan bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu, ceza koşulunun daha eski uygulamalarını oluşturmaktaydı. Bu kapsamda, üçüncü kişi yararına sözleşme veya üçüncü kişinin fiilini üstlenme Roma hukukunda kabul edilmediğinden, söz konusu hukuki kavramlarla ulaşılmak istenilen sonucun meydana gelmesi de, *stipulatio poenae* ile sağlanırdı. Yapma veya yapmama edimlerindeki belirsizlik, *stipulatio poenae* ile belirlenen miktarla giderilmiş olurdu.

Buna ek olarak ceza koşulunun Roma hukukunda en çok kullanıldığı alanlar, alım satım sözleşmesinden (*emptio venditio*) doğan yükümlülöklere uyma²⁸², *locatio-conductio*²⁸³, ortaklık sözleşmesi (*societas*)²⁸⁴, *pactum*’lardan doğan borcun müeyyidelendirilmesi²⁸⁵, *stipulatio*’ların yerine getirilmesinin²⁸⁶ güvence altına alınması, deniz ödöncü (*pecunia traiectica*)²⁸⁷, tüketim ödöncü (*mutuum*)²⁸⁸ gibi borçlar hukuku işlemlerinden kaynaklanmaktaydı. Ayrıca mükellefiyetli bağışın (*donatio sub modo*)²⁸⁹ yapılması da *stipulatio poenae* ile sağlanırdı^{290 291}.

²⁸² *Iul. D. 19.1.28; Pap. D. 18.7.6 pr.; Paul. D. 19. 1. 47; Scaev. D. 32. 41. 9; pactum* şeklinde kararlaştırılan *poena* için bkz. *Pap. D. 18. 7. 7.*

²⁸³ *Proc. D. 45. 1. 113 pr.; Paul. D. 19. 2. 54. 1; Valer. C. 4. 65. 15; C. Iust. 4.66.2.1; pactum* şeklinde yapılan *poena* için bkz. *Paul.-Lab. D. 14.2.10.1.*

²⁸⁴ *Alf.-Paul. D. 17. 2. 71 pr.; Ulp. 17.2.41.*

²⁸⁵ *Pactum*’dan kaynaklanan taraflar arasındaki uzlaşmaya uyulması hali için bkz. *Scaev. D. 45. 1. 122.6; Paul. D. 23.4.12.2; Paul. D.2.15.15; tahkim (compromissum) anlaşmasına uyulması hakkında bkz. Ulp. D. 4. 8. 11. 2. -3; pactum de non petendo*’ya uyulmaması hali için bkz. *Ulp. D. 2. 14. 10. 1; pactum de non dividundo*’ya uyulmaması hali için bkz. *Scaev. D. 45. 1. 122. 3.*

Herm. D.2.15.16; Diocl., Grat., Arcad. C.2.14.17,37,40,41;

²⁸⁶ *Paul. D. 44. 7. 44. 6.*

²⁸⁷ *Lab. D. 22.2.9; Afr. D. 44.7.23.*

²⁸⁸ *Iul. D. 18.4.18; Paul. D. 45.1.77; Ulp. D. 12.3.3; Ulp. D. 28. 8. 5. 1; Pomp. D. 28. 5. 23. 3; Pomp. D. 28. 5. 23. 3; Ulp. D. 5. 3. 23. 1; Paul. D. 12. 1. 40; Paul. D. 22. 1. 12; Paul. D. 42. 7. 1. 2; Mod. D. 22. 1. 44; Pap. D. 22. 1. 9 pr.-1; Vat. 11= Pap.- Ulp. D. 19. 1. 13. 26; Gord. C. 4. 32. 15. Tüketim ödöncü sözleşmesinde (*mutum*)’da sınırlı ölçüde faiz verildiği zamanlarda, *mutuum* olarak alınanın kararlaştırılan tarihte geri ödenmesi çoğu kez *stipulatio poenae* ile sağlanırdı. Yani burada borçlunun kararlaştırılan zamandan daha geç ödeme hali için faiz niteliğinde kararlaştırılan miktar, *poena* olarak ifade edilmekteydi ve en yüksek faiz oranı olan, ana paranın %12’sine kadar geçerliydi. Bu *stipulatio poenae* şu şekilde olabilirdi: “*si ad diem pecunia, ut inter eos convenit, salva nave soluta non erit, sestertium tot milia poenae nomine dari stipulatus est L. Tititus promisit C. Seius*” (Biscardi, La clause pénale, s. 262).*

²⁸⁹ *Donatio sub modo*: Klasik Hukuk Dönemi’nde belli bir işin yapılması şartıyla bir kimseye bağış yapıldığında, o kimsenin mükellefiyeti yerine getirmemesi, işlemin geçerliliğini bozmazken, söz konusu

Bunlara ek olarak, eşya ve aile hukukunda da ceza koşulu *stipulatio*'suyla karşılaşılabildi. Ancak Roma aile hukukundaki *stipulatio poenae*'nin kullanımının, genellikle *contra bonos mores*, yani ahlak kurallarına aykırı olduğu kabul edilirdi²⁹².

Borçlar hukuku alanında ceza koşulunun kullanılması kapsamında, tahkim anlaşmasında (*compromissum*), belirli gün, saat ve yerde *magistra* önünde bulunulacağına dair taahhütte (*vadimonium*), zapt (*evictio*) tehlikesine karşı yapılp satıcıyı malın değerinin iki katını ödemekle yükümlü tutan taahhütte (*stipulatio duplae*) ve deniz ödücünde (*pecunia traiectica*) ceza koşulu kararlaştırılması, özel bir öneme sahip olduğundan, aşağıda bu hukuki kavramların kullanımları açıklanacaktır.

B. CAUTIO VADIMONIUM SISTI

Roma hukukunda yargılamanın başlayabilmesi ve devam edebilmesi için her iki tarafın da *magistra* önünde hazır bulunması gerekirdi. Davalı, *in ius vocatio*²⁹³ devamında *magistra* önünde hazır bulunduktan sonra, *magistra*'nın işlerinin çokluğu, işlemin uzun sürmesi ya da söz konusu *magistra*'nın yetkili olmaması nedeniyle *in iure*²⁹⁴ aşaması o gün içerisinde bitirilememiş olabilirdi²⁹⁵. İşte belirtilen bu

mükellefiyetin yerine getirilmesi *stipulatio poenae* aracılığıyla sağlanırdı. Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde mükellefiyetli bağış, *contractus innominati* (isimsiz sözleşme) sayıldığından, mükellefiyetin yerine getirilmesi *actio praescriptis verbis* ile talep edilirdi (Umur, Lügat, s. 61; Monier, R., **Petit Vocabulaire de Droit Romain**, 3. Éd., Paris, 1942, s. 98; Rado, Borçlar Hukuku, s. 122-123).

²⁹⁰ Humbert, La stipulation de peine, s. 61.

²⁹¹ Knütel, Stipulatio Poenae, s. 38-39.

²⁹² Zimmermann, s. 103.

²⁹³ *In ius vocatio*: *Legis actio* ve *formula* yargılamasında, dava etmek isteyen kimsenin, davanın açılabilmesi ve işleyebilmesi için, karşı tarafı, *magistra* önüne davet etmesidir. *Legis actio* usulünde, karşı taraf bu davet üzerine *magistra*'ya gelmezse, davacı bunu tanıklar önünde ispat eder ve onun zorla *magistra* önüne getirilmesini talep ederdi. *Formula* yargılamasındaysa, dava etmek isteyen kimse, hangi dava *formula*'sına başvuracaksa, onu karşı tarafa bildirirdi. Karşı taraf *magistra* önüne gelmezse, *magistra* önüne zorla getirilebilirdi. Ancak karşı tarafın kaçıp saklanması halinde, *magistra* mallarına el konulmasına veya toptan satılmasına karar verebilirdi. Görüldüğü üzere bu yargılama usullerinde, dava edilmek istenen tarafın *magistra* önüne getirilmesi, dava açmak isteyen kişinin göreviydi (Umur, Lügat, s. 87; Öztekin, S., "Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları. Törelerden Şekle; Hususi Adaletten Devlet Adaletine", **İÜHFİM** 1985, C. LI, S.1-4, s. 342, 349, 363).

²⁹⁴ *In iure*: Önceleri *consul*, daha sonra *praetor* olarak adlandırılan *magistra* önünde, davanın görülen kısmına verilen isimdi (Umur, Lügat, s. 87).

²⁹⁵ Gai. Inst. 4.184: "Cum autem in ius uocatus fuerit aduersarius neque eo die finiri potuerit negotium, uadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti." "Hasım davet edilmiş fakat o gün zarfında iş bitirilememişse, bir *vadimonium* yapılması, yani tayin edilen günde hazır bulunulacağına dair

olasılıklardan birinde, davalının tekrar belirtilen gün, saat ve yerde orada olacağının *praetor* tarafından *stipulatio* yoluyla, yani *cautio vadimonium sisti*'yle taahhüt ettirilmesi *vadimonium*'u²⁹⁶ oluştururdu²⁹⁷.

Legis actio'lar usulüne kadar geri giden *vadimonium* kurumunda, söz konusu vaat üçüncü kişiler tarafından yapılmaktayken; *formula* yargılaması usulünde bizzat davalı tarafından yapılır olmuştu²⁹⁸.

Görüldüğü üzere, *vadimonium*'da kararlaştırılan gün, saat ve yerde davalının tekrar hazır bulunacağı sözü verildiğinden, bu kurum teminat işlevine sahipti ve davalının belirlendiği gibi kendisinin *magistra* önünde var olacağını bir *vadimonium* ile *praetor stipulatio*'suna bağlaması, *cautio vadimonium sisti*'yi oluştururdu²⁹⁹. *Cautio vadimonium sisti* de, diğer *praetor stipulatio*'ları gibi, *praetor*'un *imperium* yetkisine dayanılarak gerçekleştirilirdi ve bu *cautio*'yu vermekten kaçınmak isteyen davalıya karşı da, *praetor*'un zorlama imkanları mevcuttu³⁰⁰.

Vadimonium'un hukuki niteliği tartışmalı olsa da³⁰¹, *stipulatio* şu şekilde yapılırdı:

D. 45. 1. 115 pr. (Papinianus 2 quaest.)

“*Ita stipulatus sum te sisti in certo loco: si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes?...*”

bir vaatte bulunması lazımdır.” (Türkçe metin Umur, Z., **Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi**, İstanbul, 1974, s. 582).

²⁹⁶ *Vadimonium*'un yapılışı şu şekildeydi: “*In (diem) (loco) (hora) te sisti spondesne et, si non stiteris, HS ... mihi dari spondesne? Spondeo.*” (Platschek, J., “*Vadimonium factum Numerio Negidio*”, *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, Bd. 137, 2001, s. 291).

²⁹⁷ Kaser, M./Hackl, K., **Das Römische Zivilprozessrecht**, München, 1996, s.227; Di Marzo, s. 119; Umur, Roma Hukuku, s. 544, 582; Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 297; Kayak, S., “Davalının Davada Hazır Bulunmasını Sağlamaya Yönelik Bir Usul Hukuku Teminatı Olarak Roma Hukukunda *Vadimonium* Kurumu”, *İÜHF* 2012, C. LXX, S. 1, s. 277 vd.

²⁹⁸ Umur, Roma Hukuku, s. 544, 582. *Iustinianus* Dönemi'nde uygulanan *cognitio extra ordinem* usulünde, yargılama artık devlet eliyle gerçekleştirildiğinden, *cautio vadimonium sisti*'nin yerini *cautio iudicio sistendi*'nin alması yönünde bkz. Kayak, *Vadimonium*, s. 296-297; Umur, *Lügat*, s. 35.

²⁹⁹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 35; Kayak, *Vadimonium*, s. 276.

³⁰⁰ Rado, Roma Hukuku, s. 106-107.

³⁰¹ Kayak, *Vadimonium*, s. 283-289. Ayrıca *vadimonium*'un yapısıyla ilgili doktrindeki farklı görüşler hakkında bkz. Platschek, s. 281-284.

“Şöyle bir *stipulatio* yaptım: belli yerde olacaksın, eğer orada olmazsan elli altın vermeyi taahhüt ediyor musun?...”

Yukarıdaki metinde yapılışını gördüğümüz *vadimonium*’a genellikle uyuşmazlık değerinin yarısı kadar³⁰² ceza koşulu (*poena*) eklenirdi³⁰³. *Cautio vadimonium sisti* yapılırken belirlenen zaman ve yerde davalı tekrar hazır bulunamayacak olursa, bazen zararın ispatından kurtulmak için, bazen de davalının bir sonraki yargılamada bulunması hakkında daha çok baskı uygulanması amacıyla³⁰⁴, belli bir miktarın *stipulatio poenae* ile kararlaştırılması yaygındı. Ancak *vadimonium*, ceza *stipulatio*’su eklenmeden de (*sine poena*) gerçekleşebilirdi³⁰⁵. Bu olasılıkta davalının belirlenen yer ve zamanda bir kez daha *in iure* aşamasında bulunmaması durumu hakkında herhangi bir tutar saptanmadığından, sorumluluk da dava konusundan elde edilecek menfaate (*interesse*) eşit olurdu³⁰⁶.

Cautio vadimonium sisti, Pap. D. 45.1.115 pr.’de görüldüğü üzere “*te sisti in certo loco. Si non steteris quinquaginta aureos dari spondes?* (Belli yerde olacaksın. Orada olmazsan elli altın vermeyi taahhüt ediyor musun?)” örneğine uygun yapıldığından, KNÜTEL’e göre en eski bağımsız ceza koşuluna da örnek

³⁰² Gai. Inst. 4.186: “*Et si quidem iudicati depensive agetur, tanti fit uadimonium, quanti ea res erit; si uero ex ceteris causis, quanti actor iurauerit non calumniae causa postulare sibi uadimonium promitti: nec tamen pluris quam partis dimidia nec pluribus quam sestertium C milibus fit uadimonium. itaque si centum milium res erit nec iudicati depensive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta milium fit uadimonium.*” “Ve *actio iudicati* açıldığında veya *actio depensi* söz konusuysa, *vadimonium*, uyuşmazlık konusunun miktarı kadar tespit edilir. Ancak diğer nedenlerle dava açıldığında, (*vadimonium*’un) yüksekliği, kötüniyetle bağlı olmasın diye yemin etmek zorunda olan davacı, *vadimonium* olarak ne kadar söz vermek isterse odur (ona tekabül eder). Bununla birlikte *vadimonium*, uyuşmazlık konusunun değerinin yarısından ve (her halükarda) 100.000 sesters’den daha yüksek tespit edilemez. Bu yüzden uyuşmazlık konusu 100.000 sesters ise ve *actio iudicati* veya *actio depensi* açılmamışsa, *vadimonium* 50.000 sesters’den yüksek olmaz.”

³⁰³ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 35; Umur, *Roma Hukuku*, s. 582; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 297, dn. 51; Kayak, *Vadimonium*, s. 292.

³⁰⁴ Kayak, *Vadimonium*, s. 292.

³⁰⁵ Örn. bkz. Ner. D.2.11.14; Ulp. D.2.5.3; Ulp. D. 45.1.81.1.

³⁰⁶ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 35; Kaser/Hackl, s. 227-228; Reichard, I., **Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht**, Köln, 1993, s. 150.

D. 2. 5. 3 (Ulpianus 47 ad sab.): “*Cum quis in iudicio sisti promiserit neque adiecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita celsus quoque scribit.*” “Bir kimse yargılamada olacağına dair söz vermiş ve bunun gerçekleşmemesi hali için de herhangi bir ceza taahhüdü eklenmemişse, en doğru olan, ona karşı menfaat neyi gerektiriyorsa (*id quod interest*) ondan dolayı dava açılmasıdır ve bunu *Celsus* da yazar.”

oluşturmaktaydı³⁰⁷. Fakat bu konuda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Zira WOLF'a ve PLATSCHKE'ye göre³⁰⁸, Roma'dan ve eyaletlerden elde edilen buluntular, söz konusu *stipulatio poenae*'nin, takip edilen kimsenin belirli saat, gün ve yerde bulunacağına ilişkin yaptığı ana borcun içeriğini oluşturan *stipulatio*'ya eklenmiş olduğunu gösterir. Yani bu görüşe göre *vadimonium*, hem belirli yer, gün ve saatte bulunulacağına taahhüt edilmesinden, yani alacaklıyla bu konuda uyuşmaya varılmasından, hem de buna uymama olasılığı için belli bir miktar *poena* (ceza koşulu) ödeneceğinin tahhüt edilmesinden oluşurdu³⁰⁹.

C. COMPROMISSUM

Klasik Hukuk Dönem'inde *compromissum* (tahkim anlaşması), tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü devletin yargı organlarına götürmeden, bir hakemin (*arbiter*) gerçekleştirmesi hakkındaki anlaşmaya, hakemin verdiği karara uymamaları olasılığı için, karşılıklı³¹⁰ yaptıkları bir *stipulatio* 'yu eklemeleriyle meydana gelirdi³¹¹. *Compromissum*'un yapılması, olağan yargı mercilerine başvuruyu engellemese de, taraflardan biri böyle bir davayı açtığında, *stipulatio poenae* muaccel hale gelirdi ve söz konusu ceza koşulundan kaynaklanan miktarın talebi de *actio ex*

³⁰⁷ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 198, 257.

³⁰⁸ Wolf, J. G., "Das sogenannte Ladungsvadimonium", **Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata** (Hrsg. J. A. Ankum, J.E. Spruit, F.B. J. Wubbe), Fribourg, 1985, s. 61, 66-69, öz. dn. 9, 38); Platschek, s. 286.

³⁰⁹ WOLF, *vadimonium*'un asıl *vadimonium* ve ceza koşulu *stipulatio*'su olarak ikili bir yapıdan oluştuğunu belirtir ve *vadimonium*'u şu şekilde formüle eder: "*Vadimonium factum Numerio Negidio in Kalendas Ianuarias primas Puteolis in foro ante aram Augusti Hordionianam hora tertia; HS M dari stipulatus est Aulus Agerius sponondit Numerius Negidius. Actum Puteolis Kalendis Decembribus cos.*" Karş. *Gai. Inst. 4.184* (Wolf, *Vadimonium*, s. 66-67).

³¹⁰ Bkz. *Ulp. D. 4.8.11.4*; *Ulp. D. 4.8.21.11*.

³¹¹ Kaser, *RP I*, s. 584 dn. 18. *Compromissum*'un içeriğiyle ilgili olarak ayrıntılı açıklamaların yer aldığı *Tabulae Herculanenses 76*. 'ya göre "Crassius Firmus, L. Cominius Primus ve mirasçıları ile L. Appuleius Proculus ve mirasçıları arasındaki, *ex compromisso* tahkimin hakemi (*arbiter ex compromisso*) olmalıdır ve ihtilafla ilgili kararını; alenen, açık olarak, kendisinin ve tarafların mevcudiyetinde, gelecek Şubat ayının ilk gününden önce, beyan etmeli veyahut kararının beyan edilmesini emretmelidir. Hakem, ilgili günün tehir edilmesine ilişkin karar beyan edebilir veya beyan edilmesini emredebilir. Bu anlaşmaya karşın herhangi bir şey yapılmaz veyahut eksik yapılır ise, 1000 *sestertius* nakit para ödenecektir." (Naklen Söğüt, İ. S., **Roma Hukukunda Tahkim**, İstanbul, 2011, s. 105-106).

stipulatu ile gerçekleştirdi³¹². Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hakem yoluyla halledilmesi konulu *compromissum* anlaşması, *pacta legitima*, yani İmparator hukukunun tanıdığı anlaşmalardan sayıldığından, bu anlaşmaya aykırılık halinde tarafların birbirine karşı dava açabilme hakkı vardı³¹³.

Doktrinde hakim olan görüş, Klasik Hukuk Dönemi'nde uyuşmazlığın hakem yoluyla çözülmesi için *compromissum* yapıldığında, hakemin verdiği karara uyulmaması olasılığı için tarafların karşılıklı *stipulatio*'ları eklemesini, *compromissum*'un kurucu unsuru olarak kabul etmektedir^{314 315}. Doktrinde tartışmalı olan konuya, Klasik Hukuk Dönemi'nde söz konusu karşılıklı *stipulatio*'ların temelinde şekilsiz bir *conventio*'nun yer alıp yer almadığı ve bu şekilsiz anlaşmanın karşılıklı yapılan *stipulatio poenae* ile nasıl bir ilişki içerisinde bulunduğu³¹⁶. Hakim olan görüşe göre³¹⁷, tahkim anlaşması (*compromissum*), ancak Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde *pactum* niteliğinde görülürken, tahkim anlaşmasının içeriğini oluşturan kayıtlar da *stipulatio*'ların içeriği olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık diğer bir görüşe göre³¹⁸ ise, *compromissum* daha Klasik Hukuk Dönemi'nde, basit bir *pactum*'a

³¹² Küçükgüngör, E., "Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)", **BATIDER 1998**, C.XIX, S. 3, s. 144.

³¹³ Küçükgüngör, s. 138-140, 149-150; Günel, A. N., Roma Medeni Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 64 vd.; Söğüt, s. 104-119. Bir uyuşmazlığın hakem (*arbiter*) vasıtasıyla çözülmesi hakkında, iki taraf aralarında *compromissum* anlaşması yaparken, hakemin bu anlaşmayı kabul etmesiyle birlikte, taraflarla hakem arasında da *praetor*'ların tanıdığı anlaşmalardan *receptum arbitrii* meydana gelirdi (Rado, Borçlar Hukuku, s. 167).

³¹⁴ Ziegler, s. 60; Kaser, RP II, s. 384; Zimmermann, s. 526.

³¹⁵ D. 4.8.27.7 (*Ulpianus 13 ad ed.*): "*Sed si poena non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio.*" "Ancak tahkim sözleşmesinin karşılıklı *stipulatio*'larına ceza koşulu eklenmemişse, bilakis bir kimse basit bir *stipulatio* aracılığıyla taahhüt ettiğinde, ona karşı belirsiz dava talebinden oluşan bir dava tanınır."

Yukarıdaki metinde taraflar arasında karşılıklı *stipulatio poenae* yapılmadan, sadece basit bir *stipulatio* yoluyla *compromissum*'un meydana geldiği belirtilmiş olsa da, söz konusu oluşum için başka hiçbir kanıt bulunmadığından, bu metnin *interpolatio* gördüğü yönünde bkz. Küçükgüngör, Tahkim, s. 139; Söğüt, s. 114, dn. 375. Buna karşılık *compromissum sine poena*'nın Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde yapılabildiğine ilişkin bkz. Ziegler, s. 182-183. Ayrıca bir diğer görüşe göre, ceza koşulu olmadan yapılan *compromissum* sonucunda açılan *actio incerti*'nin zahmetli olması nedeniyle, ceza koşulsuz bir *compromissum*'un yapılamayacağı kabul edilmiş olmalıydı (Naklen Kayak, Cezai Şart, s. 248-249).

³¹⁶ Finkenauer, T., **Vererblichkeit und Drittwirkung der Stipulation im klassischen römischen Recht**, Tübingen, 2010, s. 125.

³¹⁷ Ziegler, s. 59-60, 180; Kaser, RP II, s. 384; Zimmermann, s. 526.

³¹⁸ Humbert, M., "Deux notes en marge de l'arbitrage en droit romain", **Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca**, Bd. IV, Napoli, 2001, s. 391; Finkenauer, s. 125.

ekli *stipulatio poenae*'lerle meydana gelirdi. Bu görüş, hakem kararına uymama hali için tarafların karşılıklı bir şekilde kararlaştırdığı *stipulatio poenae*'leri de, tarafların uyuşmazlığı hakeme götürecekleri *compromissum* anlaşmasından, yani basit *pactum*'dan, ayrı bir şekilde kabul etmektedir. Bu durumda daha Klasik Hukuk Dönemi'nde *compromissum*, basit bir *pactum* olarak kabul edildiğinden, taraflar *stipulatio poenae* kararlaştırmamış olsalar bile, *compromissum* anlaşması kurulabilmekteydi³¹⁹. Hatta bu görüşü savunan HUMBERT'e göre, *compromissum*'u gerçekleştiren tarafların amacına ve isteğine bağlı olarak üç olasılık söz konusu olabilirdi³²⁰: İlk *compromissum* anlaşması çerçevesinde hakemin verdiği karara taraflardan birinin uymaması olasılığı için, karşılıklı bir şekilde *stipulatio poenae* yapılmış ve uyuşmazlık çıkması halinde resmi yargı yoluna başvuru da açıkça kaldırılmamış olabilirdi. Böyle bir durumda hakem kararına uymayan taraf, aslında *poena*'yı da ödeyeceğini kabullenerek, resmi yargı yoluna başvurabilirdi³²¹. İkinci olasılık olarak da, taraflar *compromissum* anlaşmasında bilinçli bir şekilde resmi yargı yoluna başvuruyu kaldırmış; ancak, hakem kararına uyulmaması hali için de kendi aralarında *stipulatio poenae* yapmamış olabiliyorlardı. İşte tam da bu olasılıkta, *compromissum*'un basit bir anlaşmadan (*pactum*'dan) oluşması ön plana çıkardı. Zira böyle bir durumda, *stipulatio poenae*'lerin yer almaması ve sadece *pactum* niteliğinde *compromissum*'un bulunması sebebiyle, resmi yargı yoluna başvuru halinde hakem kararını ihlal eden kimseye karşı ileri sürülebilecek tek yol *exceptio pacti* olurdu. Üçüncü olasılık olarak da, *compromissum* yapılırken taraflar karşılıklı bir şekilde *stipulatio poenae* kararlaştırmış olmalarına rağmen, kendilerinin, mirasçılarının, *cognitor* veya *procurator*'un yargıca başvuruları engellendikten sonra, taraflardan biri aralarındaki anlaşmaya aykırı bir şekilde resmi yargı yoluna başvurmuşsa, *stipulatio*

³¹⁹ Bu hususta bkz. *Pomp.-Ulp. D. 4.8.11.2; Pomp.-Ulp. D. 4.8.11.3; Ulp. D. 4.8.27.7; C. Iust. 2.55.5 pr.*

³²⁰ Humbert, *L'arbitrage*, s. 396-400.

³²¹ Bu olasılık için ayrıca bkz. Günel, s. 65.

poenae talebiyle *exceptio pacti* yığılma ilişkisine de sahip olabilirdi. HUMBERT, daha Klasik Hukuk Dönemi'nde *compromissum*'un *pactum* niteliğine sahip olduğu görüşünü savunduğundan, tarafların bu karara uymamaları olasılığı için ayrıca *stipulatio poenae* kararlaştırmaları halinde, bu *stipulatio poenae* ile ana borç arasındaki ilişkiyi yukarıdaki açıklamalar ışığında incelemiştir³²².

Hakemin tahkim yargılamasında verdiği kararlar, sadece yargılamanın sonunda tarafların uyması gereken karardan (*sententia quae arbitrium finiat*) değil de, ayrıca o kararın verilmesine ve yargılamanın sonuçlanmasına hizmet eden kararlardan (*sententiae de praeparatione causae*) da oluşurdu³²³. Bu nedenle de *compromissum* yargılamasında taraflar, hem hakemin yargılamanın devam edebilmesi için verdiği kararlara, hem de yargılamanın sonunda verdiği hükme uymak zorundaydı. Taraflardan biri söz konusu iki tür hakem kararına aykırı hareket ettiği takdirde, *stipulatio poenae* de muaccel hale gelirdi³²⁴. Böylece hakemin yargılama sırasında verdiği kararlara ya da yargılama sonunda verdiği hükme uymamanın yaptırımı, aynen ifa ya da tazmin olmamakla birlikte, taraflar arasında *stipulatio* yoluyla taahhüt edilen ceza koşulundan doğan miktarın ödenmesiyle gerçekleşirdi³²⁵.

Stipulatio poenae'nin *compromissum*'un kurucu unsuru olduğunu kabul eden hakim görüşe göre, tarafların *stipulatio*'yu, mutlaka karşılıklı olarak taahhüt etmeleri

³²² Humbert, L'arbitrage, s. 389-400.

³²³ D. 4.8.19.2 (Paulus 13 ad ed.): "Unde videndum erit, an mutare sententiam possit. et alias quidem est agitatum, si arbiter iussit dari, mox vetuit, utrum eo quod iussit an eo quod vetuit stari debeat. et sabinus quidem putavit posse. cassius sententiam magistri sui bene excusat et ait sabinum non de ea sensisse sententia, quae arbitrium finiat, sed de praeparatione causae: ut puta si iussit litigatores calendis adesse, mox idibus iubeat: nam mutare eum diem posse. ceterum si condemnavit vel absolvit, dum arbiter esse desierit, mutare sententiam non posse." "Bu yüzden hakemin tahkim kararını değiştirip değiştiremeyeceğini incelemek gerekir. Önceden başka bir yerde, hakemin ilkin bir şeyin ifa edilmesini buyurup sonradan bunu yasakladığında, bu buyruğa uyulmasının zorunlu olup olmadığı veya bunun yasak olup olmadığı incelenmişti. Sabinus, hakemin bu kararını değiştirmeye yetkili olduğunu düşünür. Cassius hocalarının düşüncesini şiddetle savunur ve söyler ki, Sabinus tahkim yargılamasını bitiren kararı değil de, ilkin hakemin tarafların ayın başında, sonrasında da ayın sonunda yargılamada hazır bulunmasını buyurmuş olduğu gibi (yargılamada hazır olunacak günü değiştirebildiğinden), yargılamanın yapılmasına hizmet eden kararı kastetmektedir. Buna karşılık hakem mahkumiyet veya beraat kararı verdiğinde, artık hakem olmadığı için, kararını da bundan sonra değiştiremez."

³²⁴ Ziegler, s. 93-95.

³²⁵ Ziegler, s. 49, 54; Söğüt, s. 110.

gerekirdi. Taraflardan sadece birinin *stipulatio poenae*'yi taahhüt etmesiyle, *compromissum* meydana gelmezdi. *Compromissum* taraflarının karşılıklı olarak yaptığı *stipulatio poenae*'nin miktarı, uyuşmazlık konusunun miktarından az veya çok olabilmekle birlikte, konusunu para veya başka türde bir edim de oluşturabilirdi³²⁶. Hatta bu görüşü savunan SJÖGREN'e³²⁷, KNÜTEL'e³²⁸ ve WUBBE/PICHONNAZ'a³²⁹ göre, tarafların hakem kararına uyma taahhüdünü içeren karşılıklı yaptıkları *stipulatio poenae*, *formula* yargılamasında söz konusu hakem kararları dava edilebilir olmadığından ve bu *stipulatio poenae*'ler herhangi bir ana edime bağlanmadığından, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu niteliğindeydi.

D. STIPULATIO DUPLAE

Roma hukukunda alım satım sözleşmesinde satıcının borcu, günümüz hukukundan farklıydı. Çünkü günümüz hukukunda satış sözleşmesinde, satıcı tarafından malın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi gereklidir ve bunun sonuçlarından da sorumludur. Ancak Roma hukukunda satıcının borcu, malın sadece rahat zilyetliğini (*habere possidere licere*) alıcıya geçirmek olduğundan, satıcı mülkiyeti nakil muamalesini yapmakla yükümlü olup, bu muamelenin sonuçlarından sorumlu değildi. Bunun sonucu olarak da, eğer satıcı tarafından, alıcıya rahat zilyetlik sağlanmışsa (*habere possidere licere*) ve alıcı da kendisinden daha kuvvetli bir hakka sahip kimse olmasına rağmen, söz konusu kimse tarafından rahatsız edilmiyorsa, satıcı borcunu

³²⁶ Bkz. *Ulp. D. 4.8.11.2-3*; *Ulp. D.44.4.4.3*. Küçükgüngör, Tahkim, s. 139; Söğüt, s. 112, 115; Schmidlin, B., Rezension zu "Karl Heinz Ziegler: Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht (Münchner Beiträge zur Papyrusforschung und Antiken Rechtsgeschichte 58), München, 1971", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 91, 1974, s. 438.

³²⁷ Sjögren, s. 29

³²⁸ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 37

³²⁹ Wubbe/Pichonnaz, s. 271. Bu kapsamda *Lab.-Ven. D. 45.1.137.7*; *Ulp. D. 45.1.71*.

yerine getirmiş olurdu. Yani alıcı, zapt (*evictio*) dolayısıyla teminata, ancak malın alıcının elinden alınması halinde başvurabilirdi³³⁰.

Üçüncü kişi, alıcıya o malın gerçek sahibi olduğu veya o malda rehin veya *usus fructus* hakkı olduğu gibi sınırlı ayni hak iddiasıyla³³¹ dava açtığında³³², alıcının satıcıya *evictio* dolayısıyla başvurabileceği bazı çareler bulunmaktaydı:

İlk olarak *res mancipi* bir mal, satıcı tarafından *mancipatio* yoluyla devredilmiş ve alıcı da semenin tamamını ödemiş³³³ olduğu halde, üçüncü kişi tarafından alıcıya ayni dava açılmışsa, alıcı, kendisine açılan bu davaya karşı, satıcıdan *auctor* olarak kendisini savunmasını isterdi. Satıcı, alıcıya yardım etmezse veya yardım etmesine rağmen alıcının aleyhine bir karar verilmişse, alıcı, satıcıya karşı *actio auctoritatis* davasını açarak, ödemiş olduğu semenin iki katını talep ederdi. Görüldüğü üzere *actio auctoritatis*, sadece *mancipatio* aracılığıyla yapılmış ve semenin ödenmiş olduğu satışlarda, zapt (*evictio*) dolayısıyla alıcıya güvence sağlardı. Ayrıca *actio auctoritatis* aracılığıyla ödenen iki katı miktar, önceden ceza, sonradan da götürü tazminat

³³⁰ Rado, Borçlar Hukuku, s. 124, 125; Koschaker/Ayiter, s. 233; Emiroğlu, H., “Roma Hukukunda Alım-Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu”, *İNÜHFD*, Y. 2011, C. II, S. 2, s. 110 vd.; Topuz, M., *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, İstanbul, 2011, s. 405 vd.

³³¹ Deroussin, s. 225-226; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 81.

³³² Bütün alım satım sözleşmelerinde alıcı, malının hem fiziksel olarak tam ve sağlam olmasını, hem de o mal üzerinde üçüncü bir kimsenin hukuken kendisinden daha üstün hakka sahip olmamasını ister. Bu nedenle de hukuk tarihi boyunca, malda maddi veya hukuki ayıplardan biri çıkması halinde, satıcının ancak özel bir teminat vermesi koşuluyla veya hilesi veyahut da bu yönde susması durumunda sorumlu tutulmasında, satıcının korunmasından bahsedilirdi. Satıcının sattığı şeyi tanımak zorunluluğu neticesinde ayıpları bilse de bilmese de sorumlu tutulmasında da, alıcının korunmuş olduğundan bahsedilirdi. Roma hukukunda da XII Levha Kanunu’nda *mancipatio* ile yapılan satışlarda satıcı, ilkin *nuncipatio* işlemiyle malda ayıp olmadığı temin ederken, zamanla bu temini *stipulatio* ile meydana getirmesi yeterli sayılmış, hatta son dönemlerde sadece *actio empti*’nin açılmasıyla, alıcı ayıba karşı korunmuştu. Ancak *aedilis curulis*’lerin beyannamelerinde köle ve hayvan satımları çerçevesinde ayıp konusunda getirdikleri yeniliklerle, 6 ay içinde açılan *actio redhibitoria* ile köle veya hayvanın iadesi sağlanmışken, 1 yıl içerisinde açılan *actio quanti minoris*’le de, hayvan satışlarında semenin indirilmesi sağlanmıştı. Bu kurallar, sonradan bütün alım satım sözleşmeleri için uygulanır olmuştu (Rado, T., “Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Satıcının Mesuliyeti”, *İÜHFM* 1945, C. 10, S. 3-4, s. 604-616; Emiroğlu, s. 99 vd.).

³³³ *D. 18.6.19.1 (Papinianus 3 resp.): “Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur.”* “Semenin ödenmesinden önce (üçüncü şahıs tarafından) mülkiyet sorunu, yargılamanın konusu yapıldıysa, alıcı semenin ödenmesine zorlanamaz, meğer ki ona satıcı tarafından olası zapt nedeniyle elverişli bir kefil (teminat) sunulmuş olsun.” Bu hususta bkz. Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 83.

niteliğinde kabul edilirdi³³⁴. *Iustinianus* Dönemi'ne gelindiğinde, *mancipatio* ile birlikte *actio auctoritatis* de kaynaklardan kaldırılmıştı³³⁵.

Actio auctoritatis'in uygulaması sınırlı olduğundan, söz konusu sorumluluğun *stipulatio* ile taahhüt edilmesi uygulaması yerleşmişti. Yabancılarla olan hukuki ilişkilerin artması neticesinde *res Mancipi*'lerin yabancılara satışında, *res Mancipi* bir malın *in iure cessio* veya *traditio* ile devrinde ya da *res nec Mancipi*'lerin satışlarında *auctoritas* sorumluluğu söz konusu olamayacağından, zapt (*evictio*) tehlikesine karşılık, satıcının alıcıya semenin iki katını ödemesi hususunda, ceza koşulunun özel bir uygulaması niteliğindeki *stipulatio duplae*³³⁶ yapıldı³³⁷. *Stipulatio duplae*, malın üstün hak sahibi tarafından alıcının elinden alınması tehlikesine karşılık olarak, *actio auctoritatis*'in açılmadığı durumlarda, alıcının menfaatini korumak için yapıldı. Genellikle de *res Mancipi* bir malın satışında, devir *traditio* aracılığıyla yapıldıysa veya değerli bir *res nec Mancipi* satın alınmak isteniyorsa, *stipulatio duplae*'nin yapılması istenirdi. Ancak *evictio* dolayısıyla satıcının ödemeyi taahhüt ettiği miktar, satış parasının iki katı yerine, sadece o şeyin değeri, üç veya dört katı da olabilirdi³³⁸. Zapt (*evictio*), geciktirici bir şart oluşturmaktayken, *stipulatio duplae* alım satım sözleşmesine (*emptio venditio*) bağlandığı için, gerçek ceza koşulu niteliğindeydi. Ayrıca *poena*, genellikle zarardan daha fazla bir miktarı kapsadığından, alıcının uğrayacağı zararın ödenmesi bakımından teminat görevi de görürdü³³⁹:

³³⁴ Macqueron, J., **Histoire des Obligations**, Le Droit Romain, 2ème édition, Aix-en-Provence , 1975, s. 126; Rado, Borçlar Hukuku, s. 125; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 261-262.

³³⁵ Macqueron, s. 132; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 82; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 262.

³³⁶ Örn. bkz. *Ulp. D. 19.1.11.2; Ulp. D. 21.2.37.1*.

³³⁷ Watson, s. 83-86; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 263; Harke, J. D., *Römisches Recht*, München, 2008, s. 126-127.

³³⁸ Schulz, F., **Classical Roman Law**, Oxford, 1951, s. 534. Semen üç veya dört katının taahhüt edildiği somut bir örnek olmadığı yönünde bkz. Girard/Senn, s. 593, dn1.

³³⁹ Kaser, RP I, s. 555; Knütel, s. 37-38; Koschaker/Ayiter, s. 234; Pichonnaz, s. 467.

D. 21.2.17 (Ulpianus 29 ad sab.)

“*Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summo veri nemini dubium est, quamvis alio iure dominium quaesierit: improbe enim rem a se distractam evincere conatur. eligere autem emptor potest, utrum rem velit retinere intentione per exceptionem elisa, an potius re ablata ex causa stipulationis duplum consequi.*”

“Bizzat kendisinin sattığı malı, *vindicatio* (istihkak) davasıyla talep eden satıcının (talebinin) -aynı zamanda satıcının mülkiyeti başka bir nedenle elde etmesi halinde de- *exceptio doli* ile engelleneceğinden hiç kimse şüphe etmez. Çünkü o, kendisi tarafından devredilen malın, hileli bir şekilde *evictio*’sunu (zaptını) denemektedir. Öyleyse alıcı o malı elinde tutmak istemesine bağlı olarak, davaya karşı *exceptio*’yu kullanmayı seçmekle birlikte, alıcının elinden o şey alındıktan sonra, zapta karşı yapılan *stipulatio* ile semenin iki katını talep etmeyi seçebilir.”

Alım satım sözleşmesi (*emptio venditio*) iyiniyet sözleşmelerinden olduğundan, *stipulatio duplae*’ye rağmen, muacceliyet şartları olduğu takdirde, ceza koşulu miktarı *actio empti* ile de talep edilebilirdi. Ancak *stipulatio duplae* yapılmamışsa, satıcı aleyhine hükmedilecek tutar, sanki *stipulatio duplae* yapılmış gibi hangi tutara hükmedilecekse o miktar olmalıydı³⁴⁰.

O halde yukarıda görüldüğü üzere, bir mal zapt edildikten sonra alıcı, dilerse *actio empti*’ye de başvurulabilmekteydi. Önceleri bir malın zaptından sonra alıcı, *actio empti*’ye sadece satıcının kötünियeti (*dolus*) varsa başvurulabilirdi. Ancak M.S. 2. yy.’da *Iulianus*’tan³⁴¹ itibaren³⁴² *actio empti*, alıcının kötüniyeti söz konusu olmasa da

³⁴⁰ Kaser, RP I, s. 556.

³⁴¹ Bu hususta bkz. *Iul. D.21.2.8; Afr. D. 19.1.30.1; Paul. D. 19.1.43.*

³⁴² Dunand/Schmidlin/Winiger, s. 89.

bütün durumlarda, zapt zamanında³⁴³ satılan malın değerinin iki katıyla sınırlı olmadan, alıcının menfaati neyi gerektiriyorsa (*id quod interest*), *stipulatio duplae*'den bağımsız olarak açılabilir hale gelmişti. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde, *evictio* tehlikesine karşı *stipulatio* yapılmış olsun ya da olmasın, *actio empti*, alıcının menfaati neyi gerektiriyorsa (*id quod interest*) ona hükmedilecek şekilde kullanılırken, değerli mallar için yine *stipulatio duplae* yapılmasından vazgeçilmemişti³⁴⁴.

E. PECUNIA TRAIECTICIA

Stipulatio poenae'nin özel bir uygulama alanı da, *mutuum*'un türlerinden *pecunia traiectica*'da³⁴⁵ görülmektedir. Doğu hukukları kökenli³⁴⁶ *pecunia traiectica*'da, gemi sahiplerine faiz (*fenus nauticum*) karşılığında, *mutuum* şeklinde para verilirdi³⁴⁷. Söz konusu para, gemi sahiplerine uzak yerlerden aldıkları malların bedelini ödemeleri için verilirken, ancak ve ancak gemi belirlenen limana sağ salım vardığında talep edilebilirdi. Deniz ödücü, zaman ve mesafeyle sınırlı olmak üzere, geminin limandan çıkmasından, varma limanına gelene kadar olan süre için kararlaştırılabilirdi. Deniz ödücünü veren, bu işlerle ilgilenen kimse olduğundan, daha önceki deneyimlerine ve belirlenen zamanlardaki hava ve deniz şartlarına bağlı olarak rizikonun yüksekliğini tahmin ederek, ne miktarda faiz isteyeceğine karar verirdi. Eğer gemi yolda batarsa, korsan saldırısına uğrarsa, fırtına nedeniyle ya da deniz yolculuğundan kaynaklanan başka bir sebeple geminin avaryası atılmak zorunda kalırsa, bu tehlikelerin hepsi deniz

³⁴³ Macqueron, s. 132.

³⁴⁴ Deroussin, 227; Harke, Römisches Recht, s. 127-130; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 263-264.

³⁴⁵ CUQ, deniz ödücünün *pactum* ile gerçekleştiğini; ancak, bu sözleşmeden doğan borçların dava edilebilirliğinin de *stipulatio poenae* ile sağlandığını belirtmektedir. (Cuq, É., **Manuel des Institutions Juridiques des Romains**, Seconde Édition revue et complétée, Paris, 1928, s. 439-440; Visky, K., “Das Seedarlehn und die damit verbundene Konventionalstrafe im römischen Recht”, **Revue Internationale des Droits de l'Antiquité**, 3^e Série, Tome XVI, 1969, s. 391).

³⁴⁶ Atak, A. S., **Roma Hukukunda Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum)**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2015, s. 170-175.

³⁴⁷ *Pecunia traiectica* ile hukuki işlem değil, o hukuki işlemin içeriğini oluşturan paranın kast edilmesi yönünde bkz. Litewski, W., “Römisches Seedarlehen”, **IURA, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico**, 1973, XXIV, Parte Prima, s. 116.

yolculuğundan kaynaklanan mücbir sebepler olduğundan, gemi sahibi borcunu ödemekten kurtulurdu³⁴⁸. Bu sebeple deniz ödücünde (*pecunia traiecticia*) paranın geri ödenmemesi riski, tüketim ödücü sözleşmesinin (*mutuum*) aksine parayı verene aitti³⁴⁹. Dikkat etmek gerekir ki, bu deniz yolculuğunun rizikosu da büyük olduğundan, faiz (*usurae*) yüzdesi de, tüketim ödücünden (*mutuum*) daha yüksek tutulmuştu. Zira deniz ödücü (*pecunia traiecticia*) için Klasik Hukuk Dönemi’nde faiz hakkında herhangi bir sınır mevcut değilken, *Iustinianus* Dönemi’nde bu oranın sınırı %12 olarak tespit edilmişti. Ancak hiçbir şekilde tehlike içermeyen limanda geçen günler için faiz kararlaştırılmazdı³⁵⁰.

Söz konusu yolculuğa eşlik etmesi için alacaklı, genellikle bir kölesini gönderirdi³⁵¹ ve gemi limana sağ salim yanaştığında, söz konusu para ve faiz köleye teslim edilirdi. Hatta çoğu zaman anaparanın ve faizin kararlaştırılan tarihte ödenmesi için, bir de *stipulatio poenae* taahhüt edilirdi:

D.44. 7. 23 (Africanus 7 quaest.)

“Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta: ...”

“Alışıldığı üzere, deniz aşırı gönderilen (belirli) karzın (*mutuum*) belirlenen günde ödenmemesi hali için, aynı şeyi (karzı) tahsil etmeye izinli kölenin emekleri nedeniyle bir ceza, *stipulatio*’nun konusu yapıldı:...”

³⁴⁸ *Si navis perisset: Paul. D.22.2.6; vis, insidiae piratarum: Ulp. D. 4.9.3.1, Gai. D. 13.6.18 pr.; marina tempestas: C.4.33.4; naufragium: C.4.33.5.* Ancak borçlunun veya gemideki tayfanın kusuruyla geminde yangın çıkmış veya mallar zarara uğramışsa, borçlu deniz ödücünü ödemek zorundaydı. Bu hususta bkz. *Ulp. D. 13.4.2.8; C.Iust.4.33.3* (Visky, Das Seedarlehen, s. 393 dn. 10; Litewski, Römisches Seedarlehen, s. 125).

³⁴⁹ *D. 22. 2. 3 (Modestinus 4 reg.) : “In nautica pecunia ex eo die periculum spectat creditorem ex quo navem navigare conveniat.”* “Deniz ödücünde gemi anlaşılmaya uygun olarak –limandan- ayrıldığı anda hasar alacaklıya geçer.” (Türkçe Metin Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 54 dn. 104).

³⁵⁰ *Mod. D. 22. 2. 4. 1.; Pauli Sent. 2. 14. 3; Diocl. C. 4. 33. 2; karşı. C. Iust. 4.32.26.2.* (Rado, Borçlar Hukuku, s. 67; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 49-50; Umur, Lügat, s. 75; Atak, Mutuum, s. 165 vd.).

³⁵¹ Atak, Mutuum, s. 169.

Yukarıdaki metinde deniz ödücünde (*pecunia traiecticia*), *stipulatio poenae*'nin yapıldığı görülmektedir. *Stipulatio poenae* ile, *mutum* borcunun zamanında yerine getirilmeme haline bağlı olarak doğacak zararlar ve söz konusu gecikme nedeniyle, kölenin iş gücünden yoksun kalan efendinin zararı karşılanmış olurdu. Bu nedenle deniz ödücünde kararlaştırılan *stipulatio poenae* veya *poena pecuniae traiecticiae*, basit bir temerrüt faizi niteliğinde de olamazdı.

Pecunia traiecticia'da *stipulatio poenae*'nin kararlaştırılmasının zorunlu olup olmadığı konusunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır: bir görüşe göre³⁵², *stipulatio poenae*, deniz ödücü sözleşmesinin zorunlu bir unsuruyken, *poena* olmadan yapılan deniz ödünçleri (*pecunia traiecticia sine poena*) daha geç dönemlerde ortaya çıkmıştı. *Stipulatio poenae* olmadan yapılan deniz ödücü (*pecunia traiecticia*), *mutuum*'un bir türü olarak kabul edilmekteydi. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, deniz ödücü sözleşmesi *stipulatio poenae* olmadan da yapılabilirdi³⁵³. Fakat herhangi bir nedenle muaccel olan borçların ödenmesi *stipulatio poenae* yoluyla güçlendirilebilirdi. Bu nedenle, deniz yolculuğunun rizikosu altında olan alacaklıya, yüksek faiz kararlaştırma olanağı verilmişken, her durumda bir de *stipulatio poenae*'nin kararlaştırılmasını beklemek gereksizdi. Ayrıca her deniz ödücünde ceza koşulu kararlaştırılmasını beklemek, deniz ticaretinin ihtiyaçlarını karşılamayan, pratikte faydasız bir sonuç doğururdu. Ancak pek tabiidir ki *pecunia traiecticia*'da kararlaştırılan *stipulatio poenae*, *mutuum* borcunun zamanında yerine getirilmeme haline bağlı olarak doğacak zararlar ve söz konusu gecikme nedeniyle, kölenin iş gücünden yoksun kalan efendinin zararını

³⁵² CUQ, deniz ödücünün *pactum* ile gerçekleşeceğini, ancak bu sözleşmeden doğan borçların dava edilebilirliğini *stipulatio poenae*'nin sağladığını belirtmektedir. KLINGMÜLLER'e göre ise, deniz ödücü sözleşmesi, ödünç sözleşmesinin bir türüdür. Ancak özelliği, ödücü verenin deniz tehlikelerine bağlı olan tehlikeleri üzerine alması olduğundan, *sui generis* özelliğe sahiptir. VISKY'e göreyse, deniz ödücü sözleşmesi, Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren varlığı bilinen ve sadece *mutuum* sözleşmesinin özel bir türü olan sözleşmedir (Cuq, Institutions Juridiques, s. 439-440; Naklen Visky, Spuren der Wirtschaftskrise, s.90).

³⁵³ Biscardi, La clause pénale, s. 261.

karşılamiş olduğundan, diğer ceza koşullarından farklı bir görevi de yerine getirmekteydi³⁵⁴.

Pecunia traiecticia'da *stipulatio poenae*'nin kararlaştırılma şekli hakkında net bir bilgi olmasa da, *mutuum* sözleşmesi güvence altına alındığı için, gerçek ceza koşulunun söz konusu olduğu düşünülebilir³⁵⁵. Ayrıca *stipulatio poenae* hakkındaki uyuşmazlıklar için, *pecunia traiecticia*'dan doğan uyuşmazlıklar hakkında da geçerli olan *actio ex stipulatu*'ya başvurulurdu³⁵⁶.

F. EŞYA HUKUKU ALANINDA *STIPULATIO POENAE*'NİN KULLANIMI

Klasik Hukuk Dönemi'nde İtalya arazileri üzerindeki köy taşınmazları lehine tesis edilen irtifak hakları *res Mancipi* olarak görüldüğünden, *in iure cessio* veya *mancipatio* yoluyla tesis edilirdi. Diğer diğer bütün irtifak haklarıysa, *in iure cessio* ile kurulurdu. Bu işlemlere ek olarak, bazen de iki taşınmazından birini elinden çıkaran malik, elinden çıkardığı taşınmaz üzerinde, hakim taşınmaz olarak bir irtifak hakkı da tesis edebilirdi. Bu işleme de *deductio servitutis* adı verilirdi. Ayrıca irtifak hakları muayyen mal vasiyeti yoluyla (*legatum servitutis*) veya müşterek mülkiyetin taksiminde *formula*'da yer alan *adiudicatio* kısmı sayesinde, hakim kararıyla da tesis edilebilirdi³⁵⁷.

Mancipatio'nun yapılması *ius civile* mülkiyetini gerektirdiğinden, sadece Roma vatandaşları ya da *ius commercium*'a sahip yabancılar arasında yapılabilirdi. *Praetor* mülkiyetine sahip olunan bir taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesis edilmek istendiğinde de, yine bu devir işlemlerine başvurulamazdı. Üst hakkı veya uzun süreli kira hakkı

³⁵⁴ Bu görüşler hakkında bkz. Visky, *Das Seedarlehen*, s. 398-399; Litewski, *Römisches Seedarlehen*, s. 150-151; Litewski, W., "Bemerkungen zum Römischem Seedarlehen", *Studi in Onore di Cesare Sanfilippo IV*, 1983, s. 390-396.

³⁵⁵ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 39-40; Siber, s. 95-97. *Scaev. D. 45. 1. 122. 1.*

³⁵⁶ Litewski, *Römisches Seedarlehen*, s. 177.

³⁵⁷ Kaser, *RP I*, S. 443-444; Karadeniz Çelebican, Ö., **Roma Eşya Hukuku**, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış 4. Basım, Ankara, 2008, s. 247-248; Erdoğan, B., **Roma Eşya Hukuku**, Dördüncü Basım, İstanbul, 2009, s. 109; Öcal Apaydın, B., **Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları**, Ankara, 2014, s. 145-154.

sahiplerinin de, irtifak hakkı tesis etmek için bu işleme başvurması düşünülemezdi. Belirtilen bu nedenlerden ötürü, daha Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren, irtifak haklarının *mancipatio* veya *in iure cessio* dışında başka yollarla kurulma ihtiyacı ortaya çıkmıştı. *Praetor* mülkiyetine sahip olunan bir arazi üzerinde irtifak hakkı kurulmak istenildiğinde, taraflardan birinin yabancı olması halinde ya da uzun süreli kiralanan bir taşınmaza veya üst hakkıyla inşa edilmiş bir binaya irtifak hakkı tesis edilmek istendiğinde, Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren *pactum*, *stipulatio* veya *traditio/patientia* yollarına başvurulabilmekteydi³⁵⁸.

Bu açıklamalara ek olarak, eyalet arazileri *ius civile* mülkiyetinin konusunu oluşturmadığından, bu araziler üzerindeki irtifak hakları da *in iure cessio* veya *mancipatio* yoluyla kurulmazdı. Doktrinde hakim olan görüşe göre³⁵⁹ eyalet arazileri üzerinde irtifak hakları, "*pactiones et stipulationes*"³⁶⁰ yoluyla tesis edilirdi. Şekilsiz ve aynı etkili sonuç doğuran bir *pactum* ile bu hak kurulurken, ceza koşulu *stipulatio*'suyla güçlendirilen *stipulatio* ile de, arazi sahibinin kendisi veya mirasçısı, yararlananın bu hakkı kullanmasını engelleyemezdi:

Gai.Inst.2.31

"Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. alioquin in prouincialibus praediis siue quis usumfructum siue ius eundi agendi aquamue ducendi uel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus uicini officiatur, ceteraque similia iura constituere uelit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt."

³⁵⁸ Finkenauer, s. 333; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 172.

³⁵⁹ Girard/Senn, s. 400; Kaser, RP I, 445 dn. 63; Kunkel/Mayer-Maly, s. 190; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 41-42; Küçükgüngör, E., **Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus)**, Ankara, 1998, s. 74; Möller, s. 330-333; Öcal Apaydın, s. 156.

³⁶⁰ Kavramın bile tartışmalı olduğu yönünde bkz. Buckland, W. W., **The Main Intitutions of Roman Private Law**, Cambridge, 1931, s. 158-159.

“Ancak bu gerçekten de sadece İtalya arazileri için geçerlidir. Çünkü bu araziler hem *mancipatio* hem de *in iure cessio*’ya elverişlidir. Diğer taraftan bir kimse eyalet arazilerinde intifa hakkı veya *via, iter, actus* ya da *aquaeductus* veyahut da komşunun ışığı kesilmesin diye *servitus altius tollendi* ya da *non tollendi* veya başka herhangi bir benzer hak tesis etmek istiyorsa, bunu *pactiones et stipulationes* ile gerçekleştirebilir. Çünkü bu araziler ne *mancipatio*’ya ne de *in iure cessio*’ya elverişlidir.”

Theophilus Inst. 2.3.4

“Kim komşusuna bir irtifak hakkı tesis etmek isterse, bunu *pactiones et stipulationes* ile yapabilir. Çünkü irtifak hakkını kuran *pactum* yapıldıktan sonra, kurucu işlemi gerçekleştirenlerden her biri şöyle taahhüt ederdi: “kurulan irtifak hakkını korumayı bana taahhüt ediyor musun? Eğer bunu yapmazsan, 100 altını bana ceza koşulu olarak vermeyi taahhüt ediyor musun?... ve sonrasında irtifak hakkı *pactiones et stipulationes* aracılığıyla kurulmuş olurdu.”

Gaius’un yukarıda belirttiği üzere³⁶¹, irtifak haklarının *in iure cessio* veya *mancipatio* dışında başka bir kurulma yolu da, *pactiones et stipulationes* idi. Biraz önce de belirtildiği gibi, doktrinde hakim olan görüşe göre, *pactum* irtifak hakkını kurarken, yani ayni etkiye sahipken, onun icrasını temin etmek için yapılan *stipulatio*³⁶² da çoğunlukla *stipulatio poenae*³⁶³ içerirdi. Yükümlü taşınmaz sahibi, ceza koşulu *stipulatio*’sunun muaccel olmasından korkarak, taşınmazından yararlanılmasını engellememeye çalışırdı³⁶⁴.

KASER, *pactum*’un irtifak hakkını kurmasını, *hypotecea*’da da *pactum*’un ayni hak doğurabilmesiyle desteklemektedir. Buna ek olarak irtifak hakkını kuran *pactum*’a

³⁶¹ Ayrıca bkz. *Gai. D. 7.1.3 pr.*

³⁶² Bu *stipulatio* “*neque per te neque per heredem tuum non fieri quo minus mihi ire agere liceat*” şeklindeydi.

³⁶³ Bu *stipulatio poenae* şu şekildeydi: “*si adversus ea factum sit, centum dari?*”

³⁶⁴ Kaser, RP I, 445; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 42.

eklenen ve onun kullanımını güvence altına alan ceza koşulu *stipulatio*'suyla, *stipulatio habere licere*'yi karşılaştırıp, benzerlik kurmaktadır³⁶⁵.

FINKENAUER, bu görüşe karşı çıkıp, irtifak hakkının sadece *pactum* yoluyla değil de, ceza koşulu niteliğinde olmayan basit bir *stipulatio*'yla bile kurulabileceğini savunmaktadır. Yazara göre, "*pactiones 'et' stipulationes (pactum'lar ve stipulatio'lar)*" aslında, "*pactiones 'vel' stipulationes (pactum'lar veya stipulatio'lar)*" şeklinde okunmalıdır ki³⁶⁶, birçok metinde³⁶⁷ sadece *stipulatio* veya sadece *pactum* yoluyla da irtifak haklarının kurulabileceğinden bahsedilmiştir. Zira yazara göre, rehinde basit bir anlaşmaya, aynı hakkı kurucu etki verilmesine veya irtifak hakkının şekilsiz basit bir *pactum*'la da kurulabileceği kabul edilmesine rağmen, *pactum*'dan daha şekilci ve açık niteliğe sahip *stipulatio* ile de irtifak hakkı kurulabilmelidir³⁶⁸.

FINKENAUER bu görüşünü şu şekilde açıklamaktadır: Taraflar bazen kendi isteklerine göre, *stipulatio* ile sadece birbirlerine karşı irtifak hakkının içeriğiyle ilgili talep hakkı yaratabilirlerdi: "*mihi iter actus viam dari spondesne?*"³⁶⁹. Bazen de taraflar, irtifak hakkının içeriğinin kullanılmasını, kendisi ve mirasçıları için sınırlayabilirdi. Burada hizmet eden taşınmaz sahibi, yararlanan taşınmaz sahibine, kendi arazisinden geçme hakkını kısıtlamayacağını taahhüt ederdi. Bu taahhüt genellikle, sadece kendisi ve mirasçılarıyla sınırlı olduğu için, bu hakkın mirasçılara da etki etmesi, *stipulatio poenae* ile sağlanırdı: "*per te (heredemve tuum) non fieri, quo minus eam agam spondes? si adversus ea factum sit, tantum dari?*"³⁷⁰. Bu örnekteki ilk *stipulatio*,

³⁶⁵ Kaser, RP I, s. 445.

³⁶⁶ Jakab, É., Rezension zu "Thomas Finkenauer: Vererblichkeit und Drittwirkung der Stipulation im klassischen römischen Recht (=Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 108), Mohr Siebeck, Tübingen 2010. XIV, 460 S.", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 130, 2013, s. 613.

³⁶⁷ C. Iust. 3.34.3; Ulp. D.7.1.27.4; Ulp. D. 7.1.25.7; Ulp. D. 45.1.38.12; Ulp. D. 45.3.7.1; Pomp. D. 45.3.17; Pomp. D. 7.1.19 pr.; Iul. D. 45.1.56.4; Iav./Cass. D. 8.3.13 pr.; Iul. D.45.1.56.4; Pap. D. 8.1.4 pr.; Ulp. D. 13.3.1 pr.; Paul. D. 8.3.36.

³⁶⁸ Finkenauer, s. 360 vd.

³⁶⁹ Örn. bkz. Ulp. D. 7.1.25.2.

³⁷⁰ Bkz. Paul. D.45.1.85.3; Theoph. Inst. 2.3.4.

alıcının irtifak hakkının kullanılmasına yaramaktaydı³⁷¹. Son olarak da, bazen her iki tarafın cüzi halefleri hukuki ilişkinin içerisine dahil edilmek istenirse, irtifak hakkını kuran *stipulatio*'ya tam bir aynı etki tanınabilirdi: “*neque per te neque per heredem tuum eumve ad quem ea res pertinebit fieri, quo minus mihi heredique meo eique ad quem ea res pertinebit ire agere liceat, spondes?*”^{372 373}.

Iust. Inst. 2.3.4

“*Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. potest etiam in testamento quis heredem suum damnare, ne altius aedes tollat, ne luminibus aedium vicini officiat: vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere vel stillicidium habere: vel ut patiatur eum per fundum ire, agere aquamve ex eo ducere.*”

“Bir kimse komşusu ile bir irtifak tesis etmek isterse, bunu *pactum*'lar ve *stipulatio*'larla yapmak mecburiyetindedir. Bir kimse, vasiyetname ile de, mirasçısını, komşunun ışığını kesmemek için binasını yükseltmemeye veya duvarına giriş dayamasına müsaade etmeye veya komşuya saçak hakkı veyahut arazisi içinden atlı, yaya geçit veya su geçirme hakları vermeye icbar edebilir.”

Iustinianus Dönemiyle ilgili bilgi veren yukarıdaki metinde de görüldüğü üzere, doktrindeki hakim görüş³⁷⁴, *pactiones et/vel stipulationes*'in eyalet arazileri dışında İtalya arazilerindeki ilk uygulamalarının *Iustinianus* Dönemi'ne denk geldiğini kabul etmekteyken; FINKENAUER bu görüşe karşı çıkıp, Klasik Hukuk Dönemi'nin

³⁷¹ Örn. bkz. *Iaov. D.8.1.20; Pomp. D. 19.1.3.2.*

³⁷² Bkz. *Proc. D. 7.1.19 pr.; Pomp. D. 45.3.17; Ulp. D. 45.3.7.1; Iavol./Cass. D.8.3.13 pr.; Iul./Afr. D. 8.3.33 pr., 1; Gai. 2. 31; Iul. D. 45.1.56.4; Ulp. D. 45.1.38.12; Ulp. D. 7.1.27.4; Ulp. D. 8.4.13 pr.* Finkenauer, s. 403-405.

³⁷³ Finkenauer, s. 360 vd., 403-405.

³⁷⁴ Kunkel/Mayer-Maly, s. 190; Küçükgüngör, *Ususfructus*, s. 74-75; Karadeniz Çelebican, *Eşya Hukuku*, s. 248; Erdoğan, *Eşya Hukuku*, s. 109; Öcal Apaydın, s. 157-158. Kaser, *RP I*, s. 444' te bu konuyla ilgili şüphe duymaktadır.

sonlarından itibaren İtalya arazilerinde *pactiones et/vel stipulationes* yoluyla, irtifak hakkının kurulabileceğini kabul etmektedir³⁷⁵.

D. 8.3.33 pr.(Africanus 9 quaest.)

“Cum essent mihi et tibi fundi duo communes titianus et seianus et in divisione convenisset, ut mihi titianus, tibi seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret: recte esse servitutum impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit.”

“Titianus ve Seianus olmak üzere, bana ve sana birlikte ait olan iki taşınmaz, birlikte mülkiyetin taksiminde Titianus’unki bana, Seianus’unki sana ait olacak şekilde kararlaştırıldı ve her defasında devirde, bir diğer taşınmazın üzerinde etkili olan su geçirme hakkı belirtilerek, paylarımızı birbirimize devrettik. İrtifak hakkının, özellikle, *pactum*’a bir *stipulatio* eklendiğinde geçerli bir şekilde kurulacağını [Iulianus] söyler.”

MÖLLER’e göre³⁷⁶, bu metinde irtifak hakkı *pactum* ile kurulurken, ceza koşulu niteliğindeki *stipulatio* ile bu hakkın icrası kolaylaştırılırdı. Ancak FINKENAUER’a göre, bu metinde irtifak hakkının kurulması *pactum* yoluyla değil de, *stipulatio* yoluyla gerçekleşirdi. İrtifak hakkının kurulmasının Klasik Hukuk Dönemi’nin sonlarından

³⁷⁵Günümüzde baskın olan görüşe göre, *pactiones et stipulationes*’in İtalya arazilerinde de uygulanarak, irtifak haklarının genel kuruluş biçimi şeklinde kabul edilmesi, *Iust. Inst.* 2.3.4 ve *Iust. Inst.* 2.4.1’e dayanılarak *Iustinianus* Dönemi’dir. Ancak İtalya arazilerinde, irtifak haklarının türleri için kabul edilen *in iure cessio* veya *mancipatio*’nun uygulanamayacağı bazı durumlar söz konusu olabilirdi. Taraflardan biri Roma vatandaşı değilse; *in bonis* şeklinde mülkiyetinde bulunan bir mal üzerinde irtifak tesis edilmek isteniyorsa; *Iustinianus* Dönemi’nde ayrı bir irtifak hakkı olarak kabul edilen, ancak Klasik Hukuk Dönemi’nde de uygulanan üst hakkının veya uzun süreli kira hakkının sahipleri de taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesis etmek istiyorsa, *mancipatio* veya *in iure cessio*’ya başvurulamayacağından, irtifak hakkı tesisi için yeni işlemler kullanılmalıydı. İşte bu noktada da hukukçular çözüm yolunu *pactiones et/vel stipulationes* ile bulmuş olmalıydı. Bu noktada *Gai. Inst.* 2.31 de dikkatlice incelendiğinde, *pactiones et stipulationes*’in sadece eyalet arazileri üzerinde uygulandığı sonucu çıkarılmamalıdır. Çünkü bu metinde, eyalet arazilerinde niçin *mancipatio* ve *in iure cessio*’nun uygulanamayıp, irtifak hakkının yeni bir kuruluş biçimi olarak *pactiones et stipulationes* uygulamasının kabul edildiği belirtilmektedir. Ayrıca *Gai. D.* 7.1.3 pr.’de geçen *omnium praediorum* ifadesiyle, *pactiones et stipulationes*’in bütün arazilerde uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bu nedenle daha Klasik Hukuk Dönemi’nde *pactiones* ya da *stipulationes* yoluyla İtalya arazilerinde de irtifak hakkı kurulabilmeliydi. Örn bkz. *Pomp./Proc.* D.7.1.19 pr.; *Iavolen D.*8.3.13 pr.; *Iul. D.* 45.1.56.4; *Afr./Iul. D.* 8.3.33 pr., 1; *Pomp. D.* 45.3.17; *Ulp. D.* 7.1.27.4; *Ulp. D.* 8.4.13 pr.; *Ulp. D.* 45.1.38.12; *Ulp. D.* 45.3.7.1; *Alexander C.*3.34.3 8 (223); *Zenon C.* 8.10.12.1a.b.3b (Finkenauer, s. 360-402).

³⁷⁶Möller, C., **Die Sevituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB**, Göttingen, 2010, s. 322-324; Öcal Apaydın, s. 156-157.

itibaren *pactiones vel stipulationes* yoluyla da olabildiğini kabul eden yazar, *pactum*'a nazaran *stipulatio*'nun daha açık olması dolayısıyla, irtifak hakkının basit bir *stipulatio* yoluyla da kurulabileceğini belirtmiştir. Hatta yazar, metinde geçen “özellikle (*maxime*)” ifadesiyle *pactum*'a nazaran *stipulatio*'nun somut olayda tercih edilmesini, *Iulianus*'un tavsiye ettiğini belirtir. Bu nedenle, taraflar isterlerse şekilsiz *pactum* yolunu tercih ederlerdi, isterlerse de daha açık ve güvenilir olan *stipulatio*'ya başvurulardı. Eklemek gerekir ki, *pactiones vel stipulationes* yoluyla irtifak hakkının kurulması kabul edildiğinde, *pactum* aynı etkiyi haiz olmakla birlikte, *stipulatio poenae* de sadece bu irtifak hakkının kullanılmasının engellenmesi olasılığı için kararlaştırılırdı. Ayrıca *Afr./Iul. D. 8.3.33 pr.*'de *stipulatio* sözlü bir şekilde yapıldığından tarafların yararına olup, *pactum*'a nazaran ispat edilme kolaylığı da vardı³⁷⁷.

İrtifak haklarının kurulmasında, ceza koşulu *stipulatio*'sunun da kullanılmasıyla ilgili bir metin aşağıda incelenmiştir:

D. 8.3.36 (Paulus 2 resp.)

“*Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei forte frui non licuisset, relata est.*”

“[Bir satıcıya ait olan] iki araziden [başkası yararına] su geçirme hakkıyla yüklü olan bir araziye, satıcı kendisi için saklı tuttuğunda, satılmış olan arazi bir daha satılırsa, irtifak hakkı satılan arazi için iktisap edilmiş olacaktı. Alıcının şahsıyla ilgili, yani bu kişinin kullanmaktan men edilmesi durumuyla ilgili bir ceza koşulu ekli *stipulatio* kararlaştırılmış olsa bile, işin mahiyeti değişmez.”

Satıcı iki arazisinden, sonradan bir kez daha satılacak olan arazisini satmıştır. Kendisine saklamış olduğu arazide, satılan arazi lehine bir su geçirme hakkını tesis

³⁷⁷ Finkenauer, s. 363-367, 399-400.

etmiştir. Alıcıyla, bu irtifak hakkının kullanımının engellenmesine bağlı bir *stipulatio poenae* yapmıştır. İkinci alıcının, birinci satıcıya karşı *actio confessoria*³⁷⁸ açabilip açamayacağı sorulmasına karşılık, *Paulus* bunun mümkün olduğunu ve *stipulatio*'da sadece (ilk) alıcının adı geçse de, bunun hiçbir anlamı olmadığını ifade etmiştir. Ancak metinde, irtifak hakkının hangi yolla kurulduğu belirtilmemiştir. Geçerli bir şekilde kurulan irtifak hakkına, bir daha niçin ceza koşulu *stipulatio*'sunun eklenme gerekliliği duyulmuş olması da bilinmemektedir. Bunun gerekliliği, FINKENAUER tarafından, irtifak hakkının sadece *stipulationes vel pactiones*'in aracılığıyla kurulmasıyla açıklanmaktadır. *Paulus*, bu hakkın *pactum* ile kurulduğunu varsaydı, o halde metinde niçin sürekli *stipulatio* üzerinde durduğu sorusu akla gelirdi. Metinde ilk satıcıyla alıcı arasında bir *stipulatio poenae* yapıldığı açıkça görülmektedir. Ancak bu ceza koşulu *stipulatio*'sunun Roma hukukunda ceza koşulu türlerinden gerçek ceza koşulu şeklinde çifte *stipulatio* (*doppelstipulatio*) olarak yapıldığı varsayılırsa, bu durumda her iki *stipulatio* da aynı taraflar arasında yapılırdı. Ancak *stipulatio poenae* sadece birinci alıcının adını içerebilirken, irtifak hakkının kullanılması için yapılan *stipulatio* ise alıcının cüzi ve külli haleflerini içerebilirdi. Zira ceza koşulu *stipulatio*'sunun, alıcının haleflerini de içerdiği metinden anlaşılmamaktadır. Bundan dolayı, ikinci alıcı ceza koşulu *stipulatio*'sundan değil de, ilk *stipulatio*'dan yararlanabilirdi. *Paulus* da sadece ilk *stipulatio*'nun aynı etkiyi haiz olduğunu belirtip, buna bir de *stipulatio* eklendiğinde durumun değişmeyeceğini ifade etmiş olmalıydı. Bu şekilde düşünüldüğünde, *Paulus*'un bu metinde niçin *stipulatio* üzerinde durduğu da anlaşılmış olur. Zira Geç Klasik Dönem hukukçusu olan *Paulus*, *stipulatio*'nun sonraki alıcı olan cüzi halefi kapsamasa da, bu *stipulatio*'nun aynı etkiye sahip olduğunu belirtmek için sürekli *stipulatio* ifadesini kullanmış olmalıydı. Yani tarafların iradelerine göre, aynı etkiye

³⁷⁸ *Actio confessoria*: Taşınmaz üzerindeki irtifak haklarının korunmasına yarayan bu davayla, irtifak hakları saptanıp, bu hakkın kullanılması sağlanırken; zarar varsa bu zarar tazmin edilir ve hizmet eden taşınmazın, ileride bir daha irtifak hakkının kullanılmasını engellememesi sağlanırdı (Umur, Lügat, s. 3-4; Karadeniz Çelebican, Eşya Hukuku, s. 251).

sahip olan *stipulatio* ile, istisna belirtilmediği takdirde, irtifak hakkının icrasının sağlanabildiği belirtilmiştir. Böylece *stipulatio* da, bir bakıma üçüncü kişilere etkili hale gelmekteydi³⁷⁹.

MÖLLER ise³⁸⁰, burada *pactum*'u aynı etkili olarak irtifak hakkını kurucu bir işlem olarak görerek, ceza koşulu niteliğindeki saf borçlar hukuku etkili *stipulatio*'nun da ona eklenmiş olduğunu varsaymaktadır. Ceza koşulu *stipulatio*'sunun irtifak hakkının kurulmasına herhangi bir etkisi olmadığını bu görüş de kabul etmekteyken, ceza koşulunun sadece irtifak hakkıyla kazanılan yetkilerin kullanılmasını temin ettiğini belirtmektedir. O halde iki görüş, irtifak hakkını kuran işlemin, *pactiones et stipulationes*'ten ya da *pactiones vel stipulationes*'ten kaynaklanması bakımından birbirinden ayrılmaktadır.

III. ROMA HUKUKUNDA *STIPULATIO POENAE*'NİN (CEZA KOŞULUNUN) MUACCELİYETİ

A. ROMA HUKUKUNDA *STIPULATIO POENAE*'NİN (CEZA KOŞULUNUN) OBJEKTİF MUACCELİYET ŞARTLARI

1. İfa Etmeme

Stipulatio poenae'den kaynaklanan edimi yerine getirmekle yükümlü borçlu, koşula bağlı (*in condicione*) bulunan davranışı yerine getirmezse ceza koşulu muacceliyet kazanırdı. Eğer ana borç, *dare* veya *facere* ediminin yerine getirilmesinden oluşuyorsa, *stipulatio poenae* de bu edimlerin yerine getirilmemesiyle (*si ita factum non erit*) muaccel hale gelirdi. İfa etmeme durumu, borcun içeriğinden çıkarıldığı için

³⁷⁹ Finkenauer, s. 396-399; 406-407.

³⁸⁰ Möller, s. 345-346.

problem teşkil etmezken, çoğunlukla ceza koşulunun muaccel olma zamanıyla ilgili uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktaydı³⁸¹.

2. Aykırı Hareketin Yapılması

Ceza koşulu *stipulatio*'su bir yapmama (*non facere*) davranışına eklendiyse, ceza koşulu da yapmama davranışına bağlı aykırı hareketin gerçekleşmesiyle (*si adversus ea factum erit*) muaccel hale gelirdi. Yani ceza koşulu *stipulatio*'su bir yapmama veya kaçınma davranışına (*Unterlassung*) bağlanmışsa, söz konusu ceza koşulunun muacceliyet anı, aykırı hareketin yapılmasıydı. Bu nedenle yapmama borçlarında muacceliyet anı değil de, ceza koşulunun talep edilip edilememesi önemliydi. Öyle ki yapmama hareketi borçlunun dayandığı haklı bir sebepten ileri gelmişse, alacaklının açtığı *actio ex stipulatu*'ya karşı *exceptio doli* ileri sürülebilirdi³⁸². Yapmama şeklindeki davranışta ceza koşulunun muacceliyeti, aykırı hareketin gerçekleşmesi olmakla birlikte, önemli olan söz konusu davranışın gerçekten aykırı bir hareketi oluşturmasıydı. Zira borçlunun yapmama davranışına aykırı hareketi, sadece ona hazırlık hareketini, yani teşebbüs hareketini oluşturmuşsa, ceza koşulu muaccel hale gelmezdi. Yapmama borçlarında ceza koşulunun muacceliyet anı, aykırı hareketin yapılmasıyla gerçekleşirken, borçlunun davranışının aykırı hareketi oluşturup oluşturmadığı da yorum yoluyla bulunurdu³⁸³.

D. 45.1.137.7 (*Venonius 1 stipul.*)

"*Si ut aliquid fiat stipulemur, et usitatus et elegantius esse labeo ait sic subici poenam: " si ita factum non erit": at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo: " si adversus ea factum erit": et cum alia fieri, alia non fieri coniuncte stipulemur, sic comprehendendum: " si non feceris, si quid adversus ea feceris".*"

³⁸¹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 81.

³⁸² Örn bkz. *Paul. D. 19.2.54.1; Scaev. D. 45.1.122.6; Herm. D.2.15.16; Diocl. C. 2.4.17 ve 37; Arc. C. 2.4.41; Ulp. D. 2.14.10.1; Paul. D. 45.1.4.1; Pap. D. 45.1.121.1.*

³⁸³ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 82. *Paul. D. 19.2.54.1* metni için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, II, C, 2; *Pap. D. 18.7.6 pr.* metni için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, III, B, 3.

“Bir şeyin yapılması *stipulatio*’sunu gerçekleştirdiğimizde, *Labeo* bunun o şekilde yapılmaması halinde gerçekleşecek bir ceza koşuluyla bitmesinin çok yaygın ve benimsenmiş olduğunu söyler. Ancak bir şeyin yapılmaması *stipulatio*’sunu gerçekleştirdiğimizdeyse, buna aykırı hareket edildiğinde gerçekleşeceği söylenmelidir. Bazılarının yapılması veya bazılarının da yapılmaması hakkında aynı zamanda *stipulatio* gerçekleştirdiğimizdeyse, şu şekilde anlaşılmalıdır: onu yapmadığında, ona aykırı davrandığında (gerçekleşecektir).”

Yukarıda da görüldüğü üzere, bir şeyin yapılması veya yapılmaması için bir *stipulatio poenae* kararlaştırıldığında, tam tersi davranış, ceza koşulunun muacceliyetini meydana getirirdi. *Stipulatio poenae*, Cumhuriyet Dönemi hukukçuları tarafından geliştirilmekle birlikte, bir şeyin yapılması ve/veya yapılmaması şeklinde gerçekleştirilen *stipulatio*’lara ayrıca bir de *stipulatio poenae* eklenmesi daha hukukçu *Labeo*³⁸⁴ zamanında alışılmış ve yaygın bir uygulamaydı³⁸⁵.

3. Kısmi İfa

Doktrinde hakim olan görüşe göre, Klasik Hukuk Dönemi’nde kısmi ifa yasağı var olduğundan³⁸⁶, genel kural olarak borçlunun ceza koşuluyla güçlendirilmiş borcunu kısmen yerine getirmiş olması, ceza koşulunu da muaccel hale getirirdi. Yani kısmi ifa, ceza koşulunun muacceliyetini engellememekteydi³⁸⁷. Borçlunun ceza koşulu altında

³⁸⁴ *Marcus Antistius Labeo*: Cumhuriyet Dönemi’nin sonunda yaşamış, *Proculianus* mektebinin kurucusu ve hukuk alanında birçok yenilikler getiren hukukçu. Sonraki dönem hukukçuları, birçok alanda onun fikirlerine atıf yapmıştı (Umur, Lügat, s. 107; Schwarz, A. B. (Çev.: Türkân Rado), **Roma Hukuku Dersleri**, I. Cilt, 7. Bası, İstanbul, 1965, s. 122).

³⁸⁵ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 26.

³⁸⁶ Kaser, RP I, s. 637; Zimmermann, s. 749. Klasik Hukuk Dönemi’nde söz konusu kurala sıkı sıkıya bağlanılmaması hakkında bkz. Kaser/Knütel/Lohsse, s. 322. Di MARZO’ya göre, *Iustinianus* Dönemi’nde kısmi ifa halinde, ceza koşulu da kısmen (*pro rata*) muaccel olmalıydı (Di Marzo, s. 374).

³⁸⁷ Di Marzo, s. 374; Sturm, Rezension, s. 422; Biscardi, La clause pénale, s. 265. Aynı yönde D. 45.1.5.3a (*Pomponius 26 ad sab.*): “*Si sortem promiseris et, si ea soluta non esset, poenam: etiamsi unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilo minus poenam committet, donec portio coheredis solvatur.*” “Bir ana borç ve bunun ödenmemesi halinde de ceza taahhüt etsen, mirasçılardan biri bu borçtan kendi payını ödemek isterse, diğer ortak mirasçılar kendi paylarını ödeyene kadar ceza muaccel olurdu.”

borçlanmış olduğu edimi kısmen yerine getirmesinin ceza koşulunu muaccel hale getirmesi, *Labeo*'ya kadar geri giderdi:

D. 2.11.9.1(Ulpianus 77 ad ed.)

“Si plurium servorum nomine iudicio sistendi causa una stipulatione promittatur, poenam quidem integram committi, licet unus status non sit, labeo ait, quia verum sit omnes statos non esse: verum si pro rata unius offeratur poena, exceptione doli usurum eum, qui ex hac stipulatione convenitur.”

“Eğer birçok kölenin davada hazır bulunması bakımından tek bir *stipulatio* yapılmışsa, *Labeo*'nun söylediği gibi, sadece bir tanesi davada hazır bulunmazsa, yine de bütün ceza koşulu muaccel olur. Çünkü hepsinin davada hazır bulunmadığı gerçektir. Ancak [davada hazır bulunmayanın] payı yüksekliğinde ceza koşulu önerilirse, bu *stipulatio*'dan dava edilen kimse hile def'ini (*exceptio doli*) ileri sürebilir.”

Bu metinde görüldüğü üzere, birden çok kölenin davada hazır bulunacağı yönünde taahhütte bulunulmasına rağmen, içlerinden bir tanesinin davada hazır olmaması halinde taahhüt edilen ceza koşulu da muaccel olurdu. Zira taahhüdün konusunu, bütün kölelerin davada hazır bulunması oluşturduğundan, içlerinden bir tanesinin davada hazır bulunmaması kısmi ifayı gösterirdi ve ceza koşulu da muaccel hale gelmiş olurdu.

D. 19.1.47(Paulus 6 resp.)

“Lucius titius accepta pecunia ad materias vendendas sub poena certa, ita ut, si non integras repraestaverit intra statuta tempora, poena conveniatur, partim datis materiis decessit: cum igitur testator in poenam commiserit neque heres eius reliquam materiam exhibuerit, an et in poenam et in usuras conveniri possit, praesertim cum emptor mutuatus pecuniam usuras gravissimas expendit?...”

“*Lucius Titius* sattığı şeylerin (yapı kerestesi) karşılığı olan parayı kabul etti. Taraflar, satıcının satım konusu olan her şeyi kararlaştırılan zamanda teslim etmemesi hali için belirli bir ceza *stipulatio*’su ceza koşulu kararlaştırdılar. Satılan şeylerin bir kısmı verildikten sonra, satıcı öldü. Ceza koşulu, mirasçıların borcu (yükümlülüğü) olarak muacceliyet kazandığından ve mirasçılar da geri kalan yapı kerestesini teslim etmediğinden, alıcı, satış parası için kredi almış ve bunun için çok yüksek faiz ödemiş olduğundan, mirasçılara karşı hem ceza koşulu hem de faizler hakkında dava açıp açamayacağı soruldu...”

Yukarıdaki metinde görüldüğü üzere bu metinde kararlaştırılan her şeyin belli bir zamanda ödenmemesi hali için bir ceza koşulu taahhüt edilmiş, ancak bütün borcun ifa edilmesinden önce borçlu ölmüştür. Kısmi ifa, ceza koşulunu muaccel hale getirdiğinden, borçlunun ölümüyle ceza koşulunu ödeme borcu da mirasçılara intikal ederdi^{388 389}.

D. 34.5.13.5 (Iulianus l.S. de ambig.)

“*Si quis autem plura in stipulatum deducat, quorum unum fieri velit, ita comprehendere debet: ‘illud aut illud fieri spondes? si nihil eorum factum erit, tantum dabis?’*”

“Bir kimse *stipulatio*’nun içine, taahhüt edenin bir tanesini yapmasının istendiği birden çok şey koyduğunda, şu şekilde yapmak zorundaydı: bunu ya da diğerini yapmayı taahhüt ediyor musun? Bunlardan hiçbirisi gerçekleşmezse, o kadar vermeyi (taahhüt ediyor musun?)”

³⁸⁸ Biscardi, La clause pénale, s. 265. Aynı yönde *D. 45.1.85.6 (Paulus 75 ad ed.)*: “*Item si ita stipulatio facta sit: ‘si fundus titianus datus non erit, centum dari?’*”, nisi totus detur, poena committitur centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.” “Aynı şekilde eğer *stipulatio*, *Titius*’un arsası devredilmezse, yüz ödeyeceksin şeklinde yapılsaydı, arazinin bir kısmının devrinde, sadece birinin eksik olması hali (birinin temerrüde düşmesi), yüz miktarlık ceza koşulundan kurtulmaya neden olmazdı. Aynı şekilde, borcun bir kısmı alacaklıya ödendiğinde, bu rehinden kurtarmaya etki etmezdi.”

³⁸⁹ Karş. *Paul. D. 45.1.2.5; Paul. D. 45.1.85.3; Paul. D. 10.2.25.12; Paul. D. 10.2.44.6; Pomp. D. 45.1.5.4.*

Bu metinde geçen gerçek ceza koşulu, ya bunun ya da diğerrinin yapılmasının taahhüt edildiğı ana borca eklenmişti. Bu nedenle de ana borç seçimlik bir borçtan oluştuğı için, iki edimden birinin yerine getirilmesi, ceza koşulunun muacceliyetini önlemektedir. Ancak bu hususta özellik arz eden bir durum, bağımsız ceza koşulunda birbirine alternatif tarzda, yani seçimlik *in condicione* şeklinde bulunan edimlerin ifa edilmesinde ve kısmi zapt halinde *stipulatio duplae*'nin muaccel olmamasında görölmektedir. Bu çerçevede bağımsız ceza koşulunda seçimlik olarak iki edim yer alıyorsa, ceza koşulunun muacceliyetinden kaçınmak için, her iki edim birden ifa edilmeliydi³⁹⁰:

D. 34.5.13.2 (*Iulianus l.S. de ambig.*)

“Cum ita stipulationem concipimus: " si hominem aut fundum non dederis, centum dari spondes?" utrumque est faciendum, ne stipulatio committatur, id est sive alterum sive neutrum factum sit, tenebit stipulatio...”

“Köleyi veya araziyi vermediğinde, yüz vermeyi taahhüt ediyor musun şeklinde bir *stipulatio* yaptığımızda, ceza (koşulu) *stipulatio*'sunun muaccel olmaması için, her ikisinin de ifa edilmesi gerekir. Yani her ikisi de ifa edilmemiş veya her ikisinden sadece biri ifa edilmiş olduğunda, *stipulatio* sonuçlarını doğurur...”

Yukarıdaki metinde³⁹¹ ceza koşulunun oluşumundan görüldüğü üzere, bağımsız ceza koşuluyla ilgili bir durumdan bahsedilmektedir. Metinde özellik arz eden husus, *“si hominem aut fundum non dederis, centum dari spondes?”* şeklinde köle veya arsa verilmediğı takdirde, yüzün ceza koşulu olarak ödenmesinden kaçınmak isteniyorsa, köle ve arsanın da, yani her ikisinin de birden ifa edilmesi gerekirdi. Bu nedenle de, bağımsız ceza koşulunun muacceliyeti önlenmek isteniyorsa, kısmi ifa, yani ya arsanın

³⁹⁰ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 85-89.

³⁹¹ Bu metinde hukukçu *Iulianus*'un stoacı felsefenin bir uygulaması şeklinde uyumsuzluk çözümlemesine gittiğı, ceza koşulunun muacceliyet şartı için her iki edimin ifa edilmemesinin mantık kuralları çerçevesinde “de Morgan” yasasına uygun olduğu ve metnin *Iulianus*'un gerçek düşüncesini yansıttığı yönünde bkz. Armgardt, M., “Salvius Iulianus als Meister der stoischen Logik-zur Deutung von Iulian D.34,5,13(14),2-3”, **Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag** (Hrsg. Matthias Armgardt, Fabian Klinck, Ingo Reichard), Berlin, 2013, s. 30 vd.

ya da kölenin devri gerçekleşmemeliydi. O halde bağımsız ceza koşulunda, seçimlik ve *in condicione* (şarta bağlı) şekilde bulunan kölenin veya arsanın devrinde, köle veya arsa devredilmişse kısmi ifa gerçekleşmiş olduğundan, ceza koşulu da muaccel hale gelmiş olurdu. Bu nedenle ceza koşulunun muacceliyetinden kaçınmak isteniyorsa, hem kölenin hem de arsanın ikisinin birlikte devredilmesi gerekirdi³⁹². Metinde geçen *aut* (veya) ifadesiyle, ikisinden birinin ifasının ceza koşulunun muacceliyetini engelleyeceği düşüncesi, yanlış sonuçlara varmayı gerektirirdi. Bu nedenle de bu gibi metinlerde “*aut* (veya)” ifadesinin çevirisinde “*et* (ve)” kavramının da yan yana verilmesi ve “*et(ve)*” kavramının altının çizili olarak verilmesinin okuyucu için daha faydalı olabileceği belirtilmektedir. Zira ilk bakışta her ikisinden birinin ifa edilmemesiyle, ceza koşulunun muaccel olmaması gerektiği görüntüsü, *Iulianus*’un ceza koşulunun muaccel olmaması için, her ikisinin de birlikte ifa edilmesi gerektiği ifadesiyle boşa çıkmaktadır³⁹³. Hukukçuyu ceza koşulunun muacceliyetinden kaçınmak için, her iki edimin birden ifa edilmesine yönelten sebep, metinde bağımsız ceza koşulundan bahsedilmesi olmalıydı. Çünkü *tot stipulationes quot res* yorum kuralı uyarınca, bir *stipulatio*’da birden çok konu varsa, o kadar *stipulatio*’nun yapılmış olduğu kabul edilirdi³⁹⁴. Yani yukarıdaki metinde “*si hominem aut fundum non dederis, centum dari spondes?*” “Köleyi veya araziyi vermediğinde yüz vermeyi taahhüt ediyor musun?” şeklindeki bağımsız ceza koşulu, aslında “*si hominem non dederis (centum dari spondes?) aut si fundum non dederis, centum dari spondes?*” “Köleyi vermezsen (yüz vermeyi taahhüt ediyor musun?) ya da araziyi vermezsen, yüz vermeyi taahhüt ediyor musun?” şeklinde

³⁹² Armgardt, s. 34.

³⁹³ “*Si hominem aut fundum non dederis, centum dari spondes?*” ifadesinin Almanca çevirisinin şu şekilde yapılması önerilmektedir: “*Versprichst du, dass hundert gegeben werden, wenn du den Sklaven oder/und das Grundstück nicht leistest?*” (Kupisch, B., “Julian. lib. sing. de ambig. D. 34,5,13 (14), 2-3: Grenzen der Übersetzung”, **Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag** (Hrsg. Martin J. Schermaier, J. Michael Rainer und Laurens C. Winkel), Köln-Weimar-Wien, 2002, s. 363-365).

³⁹⁴ D. 45. 1. 140 pr. (Paulus 3 ad ner.): “*Pluribus rebus praepositis, ita stipulatio facta est: "ea omnia, quae supra scripta sunt, dari?" propius est, ut tot stipulationes, quot res sint.*” “Birden çok şey öne sürüldüğünde, *stipulatio* şöyle yapılmışsa, aşağıda yazan her şeyi verecek misin? O miktar şey kadar *stipulatio* da vardır demek, daha doğrudur.”

düşünülmeliydi. Böylece ceza koşulunun muacceliyetinden kaçınma da, ancak ve ancak her iki edimin birlikte ifa edilmesine bağlı olurdu³⁹⁵.

Kısmi ifa konusunda özellikli bir başka durum da, *stipulatio duplae*'de meydana gelmekteydi. Tam ve eksiksiz ifa halinde, ceza koşulunun muacceliyeti söz konusu olmazken, zapt (*evictio*) tehlikesi için kararlaştırılan *stipulatio duplae*'nin muaccel olması için de, malın bütününde *evictio*'nun söz konusu olması gerekirdi³⁹⁶. Malın sadece bir kısmının zapt edilmesi, yani kısmi zapt, *stipulatio duplae*'nin muacceliyetine neden olmazdı³⁹⁷:

D. 21.2.56.2 (Paulus 2 ad ed. aedil. curul.)

“*In stipulatione duplae cum homo venditur partis adiectio necessaria est, quia non potest videri homo evictus, cum pars eius evicta est.*”

“Bir köle satıldığında, kısmi zapt (*evictio*) durumu için satış parasının iki katına bir ek (*stipulatio duplae*) yapılması zorunludur. Çünkü onun sadece bir payı zaptedildiğinde, köle zaptedilmiş olarak sayılmaz.”

Yukarıdaki metinde işaret edildiği gibi, bir kölenin sadece bir payının zapt edilmesi halinde *stipulatio duplae*'nin ödenmesi için, ancak bunun kısmi zapt halinde de geçerli olduğunu belirtir bir ifadenin eklenmesi gerekirdi. Yani bir malın kısmen zapt edilmesi, zapt (*evictio*) olarak sayılmazdı. O halde kısmi zapt söz konusuysa, *stipulatio duplae*'nin sadece zapt (*evictio*) halinde değil de, kısmi zapt halinde de geçerli olacağına dair bir ifadenin eklenmesi şartıyla³⁹⁸, *stipulatio duplae*'den meydana gelen alacak muaccel hale gelirdi. Ancak bu hususla ilgili metinlerden açıkça

³⁹⁵ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 87.

³⁹⁶ Malın kısmen veya tamamen zapt edilmesi durumunda, *actio empti*'nin açılacağı yönünde bkz. Di Marzo, s. 439; Topuz, s. 410.

³⁹⁷ Bazen birden çok şey, tek bir satış parası kapsamında satıldıktan sonra, ilk önce birinin sonra diğerinin zaptı halinde kısmi zapt söz konusu olmamakla birlikte, zapt hali için kararlaştırılan *stipulatio duplae*, zapt edilen kısmın satış parasının iki katı (*duplum*) değerinde muaccel olurdu. Sonradan diğer şeyin de zaptı söz konusu olursa, satış parasının geri kalan kısmı kadarının iki katı (*duplum*) muaccel hale gelirdi. Bu hususta bkz. *Nerat. D. 21.2.48* (Knütel, R., “Der mehrfache Verfall von Kautionen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, romanistische Abteilung, Bd. 92, 1975, s. 136-138).

³⁹⁸ Knütel, *Das mehrfache Verfall*, s. 136.

anlaşılmasa da³⁹⁹, böyle bir şart içermeyen *stipulatio*'larda kısmi zapt halinde, alıcı malın bütün değerini değil de, sadece zapt edilen miktarının iki katını talep etmeliydi⁴⁰⁰.

B. BORÇLUNUN KUSURLU OLMASI SORUNU

1. Genel Olarak

Roma hukukunda ceza koşulunun muacceliyeti için, borçlunun kusurunun gerekip gerekmediği konusunda görüş birliği bulunmamaktaydı. Birçok yazara göre⁴⁰¹, Roma hukukunda ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun kusuru aranmamaktaydı⁴⁰². Ceza koşulunu oluşturan şartın gerçekleşmesiyle birlikte muacceliyet gerçekleştiğinden, borçlunun objektif sorumluluğu söz konusuydu. Ceza koşulu alacaklı yararına kararlaştırıldığından, alacaklının durumunun kötüleşmemesi için, muacceliyette objektif sorumluluk gerekliydi. Ancak bunu savunan yazarlardan GIRARD/SENN⁴⁰³, SIBER⁴⁰⁴ ve SEIDL⁴⁰⁵ göre, istisnaen, ceza koşulunun muacceliyet şartının gerçekleşmesi alacaklıdan kaynaklanıyorsa, objektif sorumluluğa dayanılmazdı. BISCARDI'ye göre ise, bağımsız ceza koşulunda, tıpkı şartın genel hükümlerinden yola çıkıldığı gibi borçlunun objektif sorumluluğu aranırken; gerçek ceza koşulundaysa, borçlu ana borcu

³⁹⁹ Kaser, RP I, s. 555 dn. 13.

⁴⁰⁰ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 89-90; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 262. *Iustinianus* Dönemi'nden itibaren bu talebin geçerli sayıldığı hususunda bkz. Di Marzo, s. 374.

⁴⁰¹ Girard/Senn, s. 703; Fliniaux, s. 234 vd.; Seidl, s. 115; Siber, s. 263-264; Fuhrmann, s. 851; Ziegler, s. 98 vd.; Berger, s. 634, 718.

⁴⁰² TBK m. 182/II: "Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez."

TBK m. 180/II: "Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez."

Günümüz Türk hukukunda ceza koşulunun talep edilebilmesi için, borçlunun borcunu yerine getirememesinde kendisine kusur isnad edilebilmesi gerekir. Ancak kusurun derecesi, fahiş ceza koşulunun indirilmesinde göz önünde bulundurulur. Buna karşılık kanunun borcun ifa edilmemesinde kusuru aramadığı durumlarda, ceza koşulunun talebi için de kusur aranmaz. Ancak ceza koşulunu aşan zararın tazmini için, borçlunun kusurlu olması gerekir (von Tuhr, s. 766; Takinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 348; Oğuzman/Öz, s. 517-518). Borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun, alacaklının ceza koşulunu talep edebileceği ve aksi kararlaştırılmadıkça, asıl borç kusursuz sonraki imkansızlık nedeniyle sona ererse, borçlunun borçtan kurtulmasının, ceza koşulunun fer'ilik ilkesinden kaynaklandığı yönünde bkz. Eren, s. 1187.

⁴⁰³ Girard/Senn, s. 703.

⁴⁰⁴ Siber, s. 263-264.

⁴⁰⁵ Sonuç sorumluluğu olduğu hakkında bkz. Seidl, s. 115.

yerine getirmemede kusurluysa ceza koşulu muaccel olacağından, sübjektif sorumluluk gerekirdi⁴⁰⁶. KASER⁴⁰⁷, KUNKEL/HONSELL⁴⁰⁸ ve ZIMMERMANN⁴⁰⁹,a göre ise, ceza koşulunun muacceliyeti konusunda borçlunun kusurunun aranması hususunda *Sabinianus* ve *Proculianus* mektebine⁴¹⁰ mensup Romalı hukukçular arasında görüş birliği söz konusu değildi. Bu kapsamda *Sabinianus* mektebine mensup olanlar ceza koşulunun muacceliyeti için, borçlunun sübjektif sorumluluğunu yeterli görmekteyken; *Proculianus* mektebine mensup olanlar, borçlunun objektif sorumluluğunu aramaktaydı. KNÜTEL'e göre ise, bu hususta modern hukukta kullanılan kusur kavramı yerine, sorumluluk kavramı tercih edilmeli ve genel olarak tarihsel gelişim süreci içerisinde, ancak borçlunun sorumluluk sahasında gelişen bir durum varsa ceza koşulu muaccel olmalıydı⁴¹¹.

Gerçekten de Roma hukukunda ceza koşulu birçok alanda kullanıldığından, Romalı hukukçular ceza koşulunun muacceliyeti çerçevesinde borçlunun kusurunun gerekip gerekmediğiyle ilgili diğer birçok alanda olduğu gibi, genel geçer bir kural vermekten çekinmiş olmalıydı. Romalı hukukçuların, ceza koşulundan farklı amaçlarla yararlandıkları göz önünde bulundurulduğunda, ceza koşulunun muacceliyeti hakkında da tek bir şartı aradıkları düşünülemez. Ancak gelişen zaman içinde, özellikle de Klasik

⁴⁰⁶ Naklen, Knütel, *Stipulatio Penae*, s. 196 dn. 6.

⁴⁰⁷ Kaser, *RP I*, s. 520.

⁴⁰⁸ Kunkel/Honsell, s. 240; Honsell, s. 93.

⁴⁰⁹ Zimmermann, s. 105.

⁴¹⁰ İlk mektep *Sabinus*'a, ikinci mektep de *Proculus*'a binaen bu adı almıştır. *Sabinianus*'lar ve *Proculianus*'lar arasındaki fikir ayrılıklarından *Pomp. D. 1.2.2.47*'de de bahsedilmiştir. *Sabinianus* mektebinin kurucularından *Capito* tutucuyken; *Proculianus* mektebinin kurucularından *Labeo* yenilikçiydi. Ancak bu açıklama, her hukuki uyumsuzlukta söz konusu mekteplerin fikir ayrılıklarının nedenini açıklayamamaktadır. Zira her hukuki uyumsuzlukta bu mektep mensupları, tutucu veya yenilikçi olmalarına göre karar vermemekteydi. Bazı modern Roma hukukçularının bu iki mektebin düşünce yapılarındaki farklılıkları belirtmiş olmasına karşın, Geç İmparatorluk Dönemi'nde bu düşünce ayrılıkları gitgide azalmaya başlamıştı. Hatta bazı hukukçular, bunların bir nevi tartışma toplantıları yapıp, yeni öğrencilerin bunlara katıldığını belirtmektedir. *Sabinianus* mektebine mensup başlıca hukukçular, *Capito*, *Masurius Sabinus*, *C. Cassius Longinus*, *Caelius Sabinus*, *Iavolenus*, *Salvius Iulianus*, *Pomponius*, *Gaius* iken; *Proculianus* mektebine mensup başlıca hukukçular, *Labeo*, *Proculus*, her iki *Nerva*, *Pegasus*, *Neratius*, baba ve oğul *Celsus* idi. (Schwarz, A. B. (Çev.: Türkân Rado), **Roma Hukuku Dersleri**, I. Cilt, 7. Bası, İstanbul, 1965, s.122-125; Gaudemet, J., **Institutions de l'Antiquité**, Paris, 1967, s. 591-592).

⁴¹¹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 196 vd., 261.

Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren, borçlunun kusurunu gerektiren daha hakkaniyetli bir sisteme eğilim söz konusuydu⁴¹².

Hukukçular arasındaki bu görüş farklılığından bahsetmek gerekirse, *Sabinianus* mektebi, ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun kusurunu aramaktayken (“*si per debitorem stetit quo minus ‘daret, non daret, veniat etc.’*”) ⁴¹³; *Proculianus* mektebi, ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun kusurunu aramamakta⁴¹⁴ (“*si per creditorem stetit,...*”), yani objektif sorumluluğu kabul etmekteydi. Ancak *Proculianus* mektebine mensup olan *Celsus*’un da ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun kusurunu aradığı⁴¹⁵ göz önünde bulundurulursa, *Celsus*’tan itibaren, borçlunun sorumluluğunun arandığı görüşünün ağırlık kazandığı görülür. Ancak *Proculianus* mektebi hukukçuları ve *Servius*, sadece alacaklının temerrüdü veya alacaklı tarafından kaynaklanan nedenlerle borcun ifa edilmemesi halinde, borçluyu ceza koşulunun muacceliyetinden sorumlu tutmazdı. *Sabinianus* mektebiyse, buna karşı borçluyu korurdu ve borçluyu borcuna aykırı harekette bir kusuru varsa sorumlu tuttuğundan, ceza koşulu ancak bu şekilde muaccel olurdu. Sadece borçlunun temerrüdü halinde, sorumluluk söz konusu olurdu⁴¹⁶.

Roma hukukunda ceza koşulunun uygulama alanında açıklamaya çalıştığımız gibi, Romalılar ceza koşulunu birçok hukuki işlemde kullanmaktaydı. Bu nedenle de, ceza koşulunun muacceliyeti hakkında, borçlunun kusurunun aranıp aranmaması sorusuna, bu kavramın değişik uygulama alanlarına ve türlerine göre hukukçuların farklı görüş bildirmesi muhtemeldi. Bu nedenle biz de, ceza koşulunun muacceliyeti konusunda borçlunun kusurunun gerekip gerekmediği konusunda hukukçular arasında görüş birliği olmadığı görüşüne katılmaktayız. Roma hukukunda ceza koşulunun

⁴¹² Zimmermann, s. 105.

⁴¹³ *Pap. D.45.1.115.2* metni için bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 3 ve *Iul./Afr. D. 44.7.23* metni için bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2.

⁴¹⁴ *Lab. D.22.2.9* metni için bkz. İkinci Bölüm, III, B, 6.

⁴¹⁵ *Cels./Ulp. D. 4.8.23.3* metni için bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 4; B.

⁴¹⁶ Honsell, s. 93; Kaser, RP I, s. 520; Zimmermann, s. 105.

muacceliyeti için borçlunun kusurunun aranıp aranmaması hususunda, ceza koşulunun kullanım alanlarının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir:

2. *Cautio Vadimonium Sisti*

Eğer *in iure* aşaması *magistra* önünde sona ermemişse, dava edilen kimsenin yargılamada tekrar hazır bulunması için yapılan *cautio vadimonium sisti*'de, ceza koşulunun muaccel olması, borçlunun kusuruna bağlı değildi. Bu nedenle de borçlunun objektif sorumluluğu söz konusuydu. Zira yargılamanın devam edebilmesi için sıkı kurallara bağlı olan ve dava edilmek istenen kimse üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılan *cautio vadimonium sisti*'yi oluşturan *stipulatio poenae*, borçlu herhangi bir nedenle tekrar *magistra* huzuruna gelmezse muaccel olurdu. Ancak yine de sorumluluk ilkelerinin gelişmesine paralel olarak, birçok durumda ceza koşulu muaccel hale gelmesine rağmen, *praetor*, *stipulatio poenae*'yi taahhüt edene *exceptio* tanıyarak, alacaklının talebini etkisiz hale getirmekteydi. Şöyle ki: delilik, hamilelik, yakınının cenaze törenine katılma⁴¹⁷, *noxal* davalarda kölenin önceden ölü olması⁴¹⁸, alacaklı nedeniyle *magistra* huzuruna gelinememesi⁴¹⁹ gibi durumlarda *cautio vadimonium sisti*'yi taahhüt edenin bu durumları ispat etmesi koşuluna bağlı olarak, alacaklıya *exceptio* ileri sürülebilirdi⁴²⁰:

D. 22.3.19.1 (Ulpianus 7 disp.)

“Cum quis promississet iudicio se sisti et rei publicae causa afuisse dicat et ob id non stetisse, vel dolo malo adversarii factum quo minus sisteretur, vel valetudinem sibi impedimento fuisse vel tempestatem, probare eum id oportet.”

“Bir kimse mahkeme huzurunda bulunacağını taahhüt ettikten sonra, devlet işlerinde görevli olması nedeniyle orada ve mahkeme önünde olamayacağından veya

⁴¹⁷ *Ulp. D. 2.11.4.2.*

⁴¹⁸ *Ulp. D. 45.1.69.*

⁴¹⁹ *Ulp. D. 2.11.4 pr.; Iul. D. 2.10.3.1.*

⁴²⁰ Lenel, O., **Das Edictum Perpetuum**. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung: mit dem für die Savigny-Stiftung Ausgeschriebenen Preise Gekrönt. Dritte, verbesserte Auflage, Amsterdam&Aalen, 2010, s. 501-502; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 198-201.

karşı tarafın hilesi nedeniyle mahkeme huzuruna gelememişse veya hastalık ya da fırtına onu engellemişse, o bunu ispat etmelidir.”

Cautio vadimonium sisti’nin muacceliyetinde borçlunun objektif sorumluluğu söz konusu olduğundan, ceza koşulunun muaccel olmasında yukarıdaki istisnai durumların etkisi varsa, taahhüt eden bunu ispat ettiği takdirde ona *exceptio* tanınırdı. Böylece borçlunun objektif sorumluluğu kapsamında *poena* muaccel olsa da, belirtilen nedenlerden ötürü alacaklının açtığı davada, borçlu *exceptio* ileri sürebilirdi. Bunlara ek olarak, *cautio vadimonium sisti*’yi taahhüt edenin *magistra* huzurunda bulunması, üçüncü kişi tarafından engellenmişse, ceza koşulu muaccel olduktan sonra, alacaklı *cautio vadimonium sisti*’de kararlaştırılan miktarı davalıdan talep edebilirdi; fakat, alacaklı da üçüncü kişiye rücu edebilirdi⁴²¹.

3. *Compromissum*

Daha önce de belirtildiği üzere, hakem yargılamasında verilen karara uyulması amacıyla, taraflar, karşılıklı olarak *stipulatio poenae* taahhüt ederlerdi. Zira hakemin verdiği karara uyulmaması halinde başvurulacak bir yol olmadığından, *compromissum*’da Klasik Hukuk Dönemi boyunca tarafların karşılıklı bir şekilde *stipulatio poenae* taahhüt etmeleri çok yaygındı. Ancak hakem sadece yargılamayı bitiren, hüküm niteliğinde karar vermezdi. Aynı zamanda yargılamayı sürdürülebilmek için, yargılama sırasında tarafların hazır bulunmaları hakkında da karar verirdi⁴²². İşte *cautio vadimonium sisti*’de olduğu gibi, hakem yargılamasında da taraflardan biri, haklı nedenle hazır bulunamasa bile, taahhüt edilen *stipulatio poenae* muaccel hale gelirdi:

D. 4.8.21.9 (Ulpianus 13 ad ed.)

“*Si quis ex litigatoribus ideo non adfuerit, quod valetudine vel rei publicae causa absentia impeditus sit aut magistratu aut alia iusta de causa, poenam committi*

⁴²¹ Lenel, s. 83. Ayrıca bkz. *Iul. D. 2.10.3.1*.

⁴²² *Cass.-Paul. D. 4.8.19.2* metni için bkz. dn. 324.

proculus et atilicinus aiunt: sed si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore. sed hoc ita demum verum erit, si arbiter recipere in se arbitrium fuerit paratus: nam invitum non esse cogendum iulianus libro quarto digestorum recte scribit: ipse autem nihilo minus poena absolvitur.”

“Eğer bir taraf, hastalık, askerlik görevi nedeniyle yokluk, bir *magistra* veya başka bir haklı sebep nedeniyle hakem önünde bulunmazsa, *Proculus* ve *Atilicinus*’un söylediği gibi, ceza (koşulu) onun hakkında muaccel olur. Ancak bu kimse, aynı hakem hakkında [yeni] bir tahkim sözleşmesi yapmaya hazır olduğunda, ona karşı açılan dava reddedilir veya bu kimse (bu taraf) def’i yoluyla korunur. Ancak bu durum, hakemin görevi [tekrar] üstlenmeye hazır olması halinde doğrudur. Çünkü bu görevi kabul etmediğinde, onun buna zorlanamadığını, *Iulianus Digestası*’nın dördüncü kitabında, yerinde bir şekilde yazar. Ancak bununla beraber engellenen taraf, cezadan bağımsız olur.”

Yukarıdaki metinde görüldüğü üzere *Proculus*’a göre, hastalık, askerlik, bir *magistra* veya başka bir haklı sebeple hakem yargılamasında bulunmayan taraf aleyhine ceza koşulu muaccel olurdu. Bu nedenle *compromissum* yargılamasında hazır bulunamayan tarafın, haklı bir nedenle dahi olsa yargılamada hazır bulunmamasıyla, ceza koşulu muaccel hale geldiğinden, borçlunun kusuru aranmamaktaydı ve objektif sorumluluk söz konusuydu⁴²³. Ancak bu açıklamalara rağmen, aynı kimse yeni bir *compromissum* yapmaya hazır olduğunda ve hakem de bu anlaşmayı yapmayı tekrar kabul ettiğinde, ceza koşulunun talebi için açılan davaya karşı *exceptio doli* ileri sürülerek, ceza koşulu miktarının elde edilememesi sağlanırdı⁴²⁴. Hatta HUMBERT bu metne dayanarak, *compromissum* çerçevesinde hakemin verdiği kararın yerine

⁴²³ Ziegler, s. 98-100; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 203 vd.

⁴²⁴ Aynı yönde *Ulp. D. 44.4.4.2* metni için bkz. İkinci Bölüm, V, B, 1, b.

getirilmeyip ceza koşulunun talep edilmesinde, *Iulianus*'tan önce borçlunun objektif sorumluluğunun kabul edilmesi düşüncesinin hakim olduğunu ifade etmektedir⁴²⁵.

Compromissum yargılamasında, hakemin verdiği kararlara uymama halinde ceza koşulunun muaccel olup olmamasıyla ilgili olarak, *Proculianus* ve *Sabinianus* mektepleri arasında görüş ayrılığı bulunmaktaydı. Aşağıdaki metne göreyse, *Sabinianus* mektebine mensup hukukçu *Sabinus*, ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun sorumluluğunu aramaktaydı:

D. 45.1.115.2 (Papinianus 2 quaest.)

“..*Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret...*”

“...Ancak *Sabinus* düşünür ki, sözleşme taraflarının düşüncelerine göre, köle verilebildikten sonra da hemen dava edilebilir. Bu da köleyi teslim etmemesi borçlunun kusuruna dayanmayan *stipulatio*'dan kaynaklanmadığı sürece geçerliydi...”

Yukarıdaki metinde görüldüğü üzere, *Sabinus*, (bağımsız) ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun sorumluluğunu dolyısıyla da borçlunun kusurunu aramaktaydı⁴²⁶. Bu nedenle de aslında, *compromissum*'u oluşturan *stipulatio poenae*'nin muacceliyeti için, *Proculianus* mektebinin objektif, *Sabinianus* mektebinin ise sübjektif sorumluluğu aradığı kabul edilmektedir. Ancak ceza koşulunun muacceliyeti için objektif sorumluluğu yeterli gören *Proculianus* mektebinden hukukçu *Servius*, borçlunun *compromissum*'da yerine getirmesi gereken edimi, alacaklının kabul etmemesi halinde, yani ceza koşulunun muacceliyet kazanmasına alacaklının bizzat

⁴²⁵ Humbert, La stipulation de peine, s. 60 dn. 2.

⁴²⁶ Aynı yönde bkz. *Cass.-Iaov. D. 4.8.39.1; Lab.-Iaov. D. 19.1.51.1; Iul.-Paul. D. 3.5.12 (13); Afr. D. 44.7.23.*

kendisinin hileli davranışlarla neden olduğu durumda, ceza koşulunun muacceliyet kazanmaması gerektiğini düşünür⁴²⁷:

D. 4.8.40 (Pomponius 11 ex var. lect.)

“Arbiter calendis ianuariis adesse iussit et ante eum diem decessit: alter ex litigatoribus non adfuit. procul dubio poena minime commissa est: nam et cassium audisse se dicentem aristo ait in eo arbitro, qui ipse non venisset, non esse commissam: quemadmodum servius ait, si per stipulatorem stet, quo minus accipiat, non committi poenam.”

“Bir hakem, tarafların ocak ayının ilk gününde yargılamada bulunmalarını buyurdu ve bugünden önce öldü; taraflardan biri (de) yargılamada hazır bulunmadı. Şüphesiz ki ceza (koşulu) hiçbir şekilde muaccel olmaz. Çünkü *Cassius*’tan öğrenen *Aristo*’nun belirttiği üzere, hakemin kendisi yargılamada bulunmazsa, ceza (koşulu) muaccel olmazdı. Aynı şekilde *Servius*, edimin kabul edilmemesi, alacaklıya dayanıyorsa, cezanın (ceza koşulunun) muaccel olmayacağını söyler.”

Ulp. D.4.8.21.9 metni açıklanırken belirtildiği üzere, *Proculianus* mektebi temsilcilerine göre, *compromissum*’da ceza koşulunun muacceliyeti için, hakem kararına aykırı hareket eden kimsenin sorumluluğu aranmadığından, sadece hakem kararının yerine getirilmemesi, ceza koşulunun muacceliyetine neden olurdu. Ancak ceza koşulu miktarı talep edildiğinde, *praetor*, haklı nedenle aynı hakem hakkında yeni bir hakem anlaşması yapmaya hazır olan ve hakemin bu anlaşmayı kabul ettiği kimseye *exceptio* tanırdı. Buna karşılık, sadece alacaklının temerrüdü halinde, alacaklı sonradan edimi kabule hazır olduğunu belirtse bile, ceza koşulu muaccel hale gelmezdi. Buna paralel olarak aşağıdaki metinde de, alacaklının sorumluluk sahasında gerçekleşen bir

⁴²⁷ Aynı yönde D. 22. 2. 8 (*Ulpianus 77 ad ed.*): “*Servius ait pecuniae traiectione poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quo minus eam intra certum tempus praestitutum accipiat.*” “*Servius* der ki, eğer sözleşmeyle kararlaştırılan süre içerisinde alacaklıya sunulan paranın kabul edilmemesi alacaklıya dayanıyorsa, deniz ödücünün gecikmiş olan geri ödemesi nedeniyle, ceza koşulu talep edilemez.” (Ziegler, s. 101; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 208 vd.).

durumdan ötürü borç ifa edilemiyorsa, ceza koşulunun muaccel olmamasıyla ilgili olarak, *Proculus*, *Servius* ile aynı düşünceyi paylaşmaktaydı. Ancak *Proculianus* mektebinin son mensuplarından *Celsus*, bu düşünceye karşı çıkmıştı ve alacaklı edimi kabule hazır olduktan sonra, borçlu borcunu makul bir süreden (*modicum tempus*) sonra ifa etmemişse, ceza koşulunun muaccel olacağını belirtmişti⁴²⁸:

D. 4.8.23.1 (*Ulpianus 13 ad ed.*)

“Idem ait, si iusserit me tibi dare et valetudine sis impeditus, quo minus accipias, aut alia iusta ex causa, proculum existimare poenam non committi, nec si post kalendas te parato accipere non dem. sed ipse recte putat duo esse arbitri praecepta, unum pecuniam dari, aliud intra kalendas dari: licet igitur in poenam non committas, quod intra kalendas non dederis, quoniam per te non stetit, tamen committis in eam partem, quod non das.”

“Bir hakem [eylül ayının birine kadar], sana bir miktar ödemem kararını verdi. Buna ek olarak sen hastalık nedeniyle veya başka bir haklı sebeple bunu kabul edemiyorsan, *Celsus*’un belirttiği gibi, *Proculus*’un düşüncesine göre, ceza muaccel olmaz. Aynı şey sen kabul etmeye hazır olsan bile, benim bir eylülünden sonra edimi yerine getirmemem halinde de geçerlidir. Ancak *Celsus*’un bizzat haklı bir şekilde belirttiği gibi, burada biri bütün paranın ve bir diğeri de paranın bir eylülünden önce ödenmesi olmak üzere, iki hakem buyruğu söz konusu olmalıydı. Bu yüzden ceza muaccel olmasa bile, zira bir eylülünden önce parayı ödemedin ve bu durum da senden (borçludan) kaynaklanmadı; yine de parayı hiç ödemediğin için, buyruğun diğeri yanı nedeniyle cezayı yerine getirmek zorunda olursun.”

Yukarıda görüldüğü üzere, Geç Klasik Dönem hukukçusu olan *Celsus*, *Proculianus* mektebine dahil olsa da, ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun sorumlu olmasını aramaktaydı. Bu nedenle de aslında Klasik Hukuk Dönemi’nin

⁴²⁸ Ziegler, s. 102-104; Seidl, s. 155; Knütel, *Stipulatio Poenae*, 214 vd.; Wubbe/Pichonnaz, s. 272, 279.

sonlarından itibaren, *compromissum*'da ceza koşulunun muacceliyeti hakkında borçlunun sorumlu olması gerektiği *Sabinianus* mektebi görüşünün ağır basmasıyla, *Proculianus* ve *Sabinianus* mektebi arasındaki görüş farklılığı da kaybolmaya başlamış olmalıydı⁴²⁹.

4. *Stipulatio Duplae*

Stipulatio duplae, alım satım sözleşmesinde, alıcının malın rahat zilyetliğini kaybetmesi olasılığı için taahhüt edildiğinden, üçüncü kişinin malı zapt etmesiyle birlikte ceza koşulu niteliğindeki *stipulatio duplae* de muaccel olurdu:

D. 21.2.16.1 (*Pomponius 9 ad sab.*)

“*Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.*”

“Satış parasının iki katı değerindeki *stipulatio* her defasında, o şey davacıya geri verildiğinde, alıcı uyuşmazlık konusu şeyin değerine mahkum edildiğinde veya satış konusu şeyin zilyedine karşı alıcının açtığı istihkak davası reddedildiğinde, muaccel olurdu.”

Satıcı, üçüncü kişinin üstün hakkını bilmese bile, *evictio* nedeniyle *stipulatio duplae* miktarını ödemeliydi. O halde *stipulatio duplae*'nin muacceliyeti, borçlu olan satıcının sorumluluğuna bağlı olmadığından, objektif sorumluluk söz konusuydu. Yani satıcı, üçüncü kişinin maldaki üstün hakkını bilmese bile, *stipulatio duplae*, malın sadece zapt edilmesiyle muaccel hale gelirdi⁴³⁰:

⁴²⁹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 214-218.

⁴³⁰ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 238-239; Wacke, A., “Die verschuldete Eviktion. Dogmengeschichtliches und Rechtsvergleichendes zu §440 Abs. 2 und Abs. 3 BGB”, **Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991** (Hrsg. Erik Jayme, Adolf Laufs, Karlheinz Misera, Gert Reinhart, Rolf Serick) Heidelberg, 1991, s. 152 vd., 173.

D.21.2.21.1 (Ulpianus 29 ad sab.)

“*Inde iulianus libro quadragesimo tertio eleganter definit duplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam emptori habere non liceat propter ipsam evictionem.*”

“Bu yüzden *Iulianus* [*Digestası*’nın] 43. Kitabında, satış parasının iki katı değerindeki *stipulatio*’nun muacceliyet halinin sadece, ziyanın, alıcının satış konusu şeyi artık zapt (*evictio*) nedeniyle zilyetliğinde bulundurmamasından kaynaklanması durumunda olacağını tespit etti.”

Yukarıdaki metinde görüldüğü üzere, *stipulatio duplae*’nin muacceliyet şartı olarak, sadece alıcının malın rahat zilyetliğini elinde bulunduramaması gösterilmiştir. Ancak objektif sorumluluğun aranmasının tek istisnasını, alıcının bizzat kendisinin *evictio*’ya neden olması oluştururdu⁴³¹:

D. 21.2.29.1 (Pomponius 11 ad sab.)

“*...vel ipso iure promissor duplae tutus erit vel certe doli mali exceptione se tueri poterit, sed ita, si culpa vel sponte duplae stipulatoris possessio amissa fuerit.*”

“...Bunun üzerine satış değerinin iki katını taahhüt edenin, ya *ipso iure* korunması ya da *exceptio doli* ile korunabilmesi, ancak zilyetliğin, satış parasının iki katını taahhüt ettiren kimsenin kusuru veya isteğiyle kaybedilmesi şartıyla geçerli olurdu.”

5. Pecunia Traiecticia

Deniz ödöncü sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun (*poena traiectionis pecuniae*) muaccel olması hakkında ilk olarak borçlunun objektif sorumluluğundan yola çıkılmış olmalıydı:

⁴³¹ Wacke, 163 vd.

D. 22.2.8 (Ulpianus 77 ad ed.)

“*Servius ait pecuniae traiectionis poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quo minus eam intra certum tempus praestitutum accipiat.*”

“*Servius* der ki, eğer sözleşmeyle kararlaştırılan süre içerisinde alacaklıya sunulan paranın kabul edilmemesi, alacaklıya dayanıyorsa, deniz ödücünün gecikmiş olan geri ödemesi nedeniyle, ceza koşulu talep edilemez.”

Bu metinde, deniz ödücü, alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple kabul edilmediğinden, söz konusu edimin yerine getirilmemesi nedeniyle kararlaştırılan ceza koşulu da muaccel olmazdı. Deniz ödücü kapsamında kararlaştırılan ceza koşulunda sorumluluk konusundaki en eski bilgiyi içeren metinde, *Servius*’un ceza koşulunun muaccel olmaması hali için alacaklıdan kaynaklanan nedenlere başvurması, objektif sorumluluktan yola çıkıldığını gösterir⁴³². Buna karşılık KNÜTEL, Geç Klasik Dönem hukukçusu *Iulianus*’un, *poena traiectionis pecuniae*’nin muacceliyeti için borçlunun kusuruna dayandığını belirtir⁴³³:

D.44.7.23 (Africanus 7 quaest.)

“*...consultus respondit eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, poenam peti posse: amplius etiamsi omnino interpellatus non esset: nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret...*”

“...Görüşü soruldu ve (*Iulianus*) cevap verdi ki: ihtar etmemiş olduğu süre içinde, ceza talep edilebilir. Aslında hiçbir ihtar yapılmasa da söz konusu olurdu. Borçlunun ödemeyi gerçekleştirmemesi, kendi kusuruna dayanmasa da, *stipulatio* tatbik edilmezdi...”

⁴³² Metnin *interpolatio* içermediği yönünde bkz. Watson, A., The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford, Clarendon Press, 1965, s. 2.

⁴³³ Knütel, Stipulatio Poenae, s. 224 vd.

Bu görüşe karşılık, FUHRMANN⁴³⁴, VISKY⁴³⁵, KASER⁴³⁶ ve BISCARDI⁴³⁷, aşağıdaki metni göz önünde bulundurarak *pecunia traiectica*'da *stipulatio poenae*'nin muacceliyeti için objektif sorumluluğun kabul edildiğini savunmaktadır. Ancak KNÜTEL'e göre⁴³⁸, para borçlarıyla ilgili miras hukuku olaylarında istisnai durumlar söz konusu olabilirdi:

D. 22.2.9 (Labeo 5 pith. a paulo epit.)

“Si traiecticae pecuniae poena (uti solet) promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris.”

“Yaygın olduğu gibi, borçlu bir miktar deniz ödücü parasının yerine getirilmemesi hali için bir cezayı kabul etmişse ve borcun vadesinin ilk günü gelmesine karşın, borçlunun ölümü nedeniyle, o borcun borçlusu bulunmuyorsa, bu andan itibaren sanki borçlu mirasçıya sahipmiş gibi, kararlaştırılan ceza koşulu istenebilecektir.”

6. Haksız Fiil Sorumluluğu ve *Stipulatio Poenae*'nin Muacceliyeti

Ceza koşulunun muacceliyeti için, borçlunun objektif sorumluluğunun gerekli olduğunu savunan yazarların dayandığı iki metin aşağıda verilmektedir⁴³⁹:

D. 9.2.22 pr.(Paulus 22 ad ed.)

“Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium.”

“Eğer sen benim cezai şart altında vermeyi taahhüt ettiğim bir köleyi öldürdüysen, bu davada benim menfaatlerim de nazarı itibare alınır.”⁴⁴⁰

⁴³⁴ Fuhrmann, s. 851.

⁴³⁵ Visky, Das Seedarlehen, s. 402.

⁴³⁶ Kaser, RP I, s. 520.

⁴³⁷ Biscardi, La clause pénale, s. 266.

⁴³⁸ Ayrıca bkz. *Lab. D. 22.2.9; Paul. D. 45.1.77; Paul. D. 3.5.12* (Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 228 vd.).

⁴³⁹ Girard/Senn, s. 703 dn.5; Filiniaux, s. 235.

⁴⁴⁰ Türkçe metin Somer, *Mala Verilen Zarar*, s. 63.

Bu metinde, ceza koşulu altında verilmesi gereken köleyi öldüren kişiye karşı açılan *actio legis Aquiliae*'de hakim, kölesi öldürülen kimsenin menfaatini (*utilitas*) takdir ederken, ceza koşulu miktarını da göz önünde bulundurmalıydı⁴⁴¹.

D. 47.2.68.1 (Celsus 12 Dig.)

“Si tibi subreptum est, quod nisi die certa dedisses, poenam promisisti, ideoque sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coaestimabitur.”

“Eğer senin belirli bir günde teslim etmediğin şey için bir ceza koşulu ödemeyi taahhüt etmişsen ve bu şey senden çalınmışsa, bu nedenle *poena*'yı ödemek zorundaydı, ki bu da *actio furti*'ye dahildi.”

Bu metindeki açıklamalara göre, belirli bir şeyin zamanında ödenmemesine karşılık *stipulatio poenae* yapılmış ve sonradan bu şey çalınmışsa, açılacak *actio furti*'de mahkumiyet tutarı, söz konusu *poena* miktarını da içermeliydi⁴⁴².

Yukarıdaki iki metnin ortak noktası, üçüncü bir kişi tarafından mala verilen zararda veya bir hırsızlıkta açılan davalarda, *poena*'nın göz önünde bulundurulması gerekliliğidir. Roma hukukunda her ne kadar hukukçular arasında görüş birliği olmasa da, ceza koşulunun muacceliyetinde Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren, gitgide borçlunun sübjektif sorumluluğunun gerektiği veya borçlunun kusursunun arandığı görülür. Ancak KNÜTEL, bu metinlerde *stipulatio poenae*'nin muaccel olmasıyla, sonradan açılacak olan davalarda ceza koşulu miktarının göz önünde bulundurulmasını, üçüncü kişinin zararının tazmini gibi görüldüğünü belirtir⁴⁴³. Bu görüşünü, *cautio vadimonium sisti*'de de davalının davada hazır bulunmasının

⁴⁴¹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 242; Reichard, I., “Stipulation und Custodiahaftung”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, romanistische Abteilung, Bd. 107, 1990, s. 72; Reichard, *Drittschadensersatz*, s. 34.

⁴⁴² Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 242; Reichard, *Custodiahaftung*, s. 72; Reichard, *Drittschadensersatz*, s. 34.

⁴⁴³ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 245-248.

engellenmesi durumuyla açıklar⁴⁴⁴. Buna karşılık doktrindeki bir başka görüş, *custodia* sorumluluğunu “ağırlaştırılmış sübjektif sorumluluk (*verschärfte subjektive Haftung*)” olarak gördüğünden, bu muacceliyetin *custodia* sorumluluğundan kaynaklandığını savunur⁴⁴⁵. Bu iki görüşe karşılık REICHARD tarafından savunulan üçüncü bir görüş de, söz konusu iki metinde ceza koşulu muacceliyeti konusunun, bilinçli olarak açık bırakıldığını belirtir. Bu iki metin, mala zarar verme ya da hırsızlık sonucunda mahkum edilecek miktarın, ceza koşulunu da içermesi gerektiğini gösterir. Zira her iki metinde de hukukçular, ceza koşulunun muacceliyet kazanması ifadelerinden açıkça kaçınarak, açılan *actio furti* veya *actio legis Aquiliae* davalarında davacının menfaatinin özellikle ceza koşulu miktarını da kapsadığını (“*utilitas venit in hoc iudicium*” veya “*hoc quoque coestimabitur*”) göstermiştir. Bu nedenle, ceza koşulunun muacceliyeti için objektif sorumluluğun gerektiğini savunan yazarların dayanak noktasını oluşturan söz konusu iki metin, ceza koşulunun muacceliyetinde objektif veya sübjektif sorumluluğun gerektiğini açıklamaktan çok, aslında haksız fiil nedeniyle açılacak olan davada, alacaklının menfaatini takdir eden hakimin, ceza koşulu miktarını da bu menfaate dahil etmesi gerektiğini belirtir⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ D. 2.10.1.3 (Ulpianus 7 ad ed.): “Si reus dolo actoris non steterit, non habebit reus adversus eum actionem ex hoc edicto, cum contentus esse possit exceptione, si ex stipulatu conveniatur de poena, quod ad iudicium non venerit. aliter atque si ab alio sit impeditus: nam actionem propositam adversus eum exercebit.” “Eğer davalı, davacının *dolus*’u sebebiyle yargılamada hazır bulunmazsa, davacıya karşı bu *edictum*’a göre hiçbir dava açamaz. Çünkü davalının yargılamada hazır bulunmaması nedeniyle, ceza koşulundan kaynaklanan dava açıldığında, kendisi *exceptio* ile tatmin edilmiş olurdu. Diğer taraftan, davalı üçüncü kişi tarafından (yargılamada hazır bulunmaya) engellenmiş olduğunda, bu *edictum*’da öngörülen dava açılabilirliğinden, farklı davranılmış olurdu.” Aksi görüş için bkz. Reichard, Drittschadensersatz, s. 53, 55, 59.

⁴⁴⁵ VOCİ’nin söz konusu görüşünün ayrıntıları için bkz. Knütel, Stipulatio Poenae, s. 243-245; Reichard, Custodiahaftung, s. 75.

⁴⁴⁶ Reichard, Custodiahaftung, s. 75-78; Reichard, Drittschadensersatz, s. 34-40, 60.

IV. ROMA HUKUKUNDA *STIPULATIO POENAE*'NİN (CEZA KOŞULUNUN) MUACCELİYET ANI

A. ROMA HUKUKUNDA İFA ZAMANI BELİRLİ OLAN EDİMLERDE *STIPULATIO POENAE*'NİN (CEZA KOŞULUNUN) MUACCELİYET ANI

1. İfa Zamanı Belirli Olan Yapma/Verme Edimleri Kapsamında Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Muacceliyet Anı

a. *Conditio Promiscua*'nın (İradi Koşulun) Varlığı ve İfa Zamanının Kararlaştırılması

Eğer ceza koşulu belirli bir süreye bağlı yapma edimi için kararlaştırılmışsa, sürenin dolmasıyla birlikte ceza koşulu muaccel hale gelirdi⁴⁴⁷. Bu kural hem gerçek ceza koşulu, hem de bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu için geçerliydi. Kararlaştırılan sürenin dolması beklenmeyip de, sadece koşulun gerçekleşmesiyle *poena* talep edilemezdi. Yani sadece koşulun gerçekleşmesi, vadenin de geldiğini ifade etmezdi:

D. 45.1.27.1(Pomponius 22 ad sab.)

“Si stipulatus hoc modo fuero: ‘si intra biennium capitolium non ascenderis, dari?’ , non nisi praeterito biennio recte petam.”

“İki sene içinde *Capitolium*’a çıkmazsan, bana onu vermek ister misin şeklinde bir *stipulatio* yaparsam, onu haklı bir şekilde iki senenin dolmasından sonra talep edebilirim.”

⁴⁴⁷ Filiniaux, s. 234.

D. 45.1.99.1(Celsus 38 Dig.)

“*Si stipulatus hoc modo fuero: " si intra biennium capitolium non ascenderis, dari?"*, non nisi praeterito biennio recte petam: nam etsi ambigua verba sunt, sic tamen exaudiuntur, si immutabiliter verum fuit te capitolium non ascendisse.”

“ ‘İki yıl içinde, *Capitolium*’a çıkmış olmayacaksan, bana onu vermeyi taahhüt ediyor musun?’ şeklinde bir *stipulatio* yaparsam, onu haklı bir şekilde ancak iki yılın sona ermesinden sonra talep edebilirim. Çünkü sözcükler şüpheli olsa da, yine de senin *Capitolium*’a çıkmamış olduğunun değişmezliğinin tespit edilmesi şeklinde anlaşılır.”

Yukarıdaki iki metinde ceza koşulu miktarının ne olduğu bilinmese de, bu edimin, belirli bir miktardan (*certa pecunia*) oluştuğu anlaşılmalıdır. Bu yorum sonucunda, metinlerde bağımsız ceza koşulundan bahsedildiği kuvvetle muhtemelken, her iki metinde de iradi koşula bağlı bağımsız ceza koşulu söz konusudur. O halde gerçek ceza koşulunda olduğu gibi, bağımsız ceza koşulunun da muacceliyeti için, taraflar ayrıca vade kararlaştırmışsa, ceza koşulunun bu vadenin bitiminden sonra muaccel olacağı ve ancak söz konusu vadenin bitiminden sonra talep edilebileceği, her iki metinden anlaşılmaktadır⁴⁴⁸.

İradi koşulun söz konusu olduğu bir *stipulatio poenae*’de, yapma şeklindeki edimin gerçekleşmeyeceğinin çok önceden saptanması halinde bile, vadenin gelmesi beklenmeliydi⁴⁴⁹:

D. 45.1.124 (Papinianus 2 def.)

“ *insulam intra biennium illo loco aedificari spondes?’ ante finem biennii stipulatio non committitur, quamvis reus promittendi non aedificaverit et tantum residui temporis sit, quo aedificium extrui non possit: neque enim stipulationis status, cuius dies certus in exordio fuit, ex post facto mutatur. idque et in stipulatione iudicio*

⁴⁴⁸ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 91.

⁴⁴⁹ Zimmermann, s. 105.

sistendi causa facta placuit, scilicet ut ante diem stipulatio non committatur, si certum esse coeperit parere stipulationi residuo tempore non posse.”

“İki yıl içinde o yerde bir bina inşa etmeyi taahhüt ediyor musun? Taahhüt eden inşa etmeseydi de ve binanın artık inşa edilemeyeceği kadar zaman kalmış olsa da, iki senenin sona ermesinden önce, *stipulatio*’nun sonuçlarını doğuracağı bir harekette bulunulmuş olmazdı. Başlangıcı (etki etmesi) belirli bir süreye bağlanmış *stipulatio*’nun niteliği sonradan kaynaklanan olaylarla değişmezdi. Aynı şey mahkemede hazır olmaya ilişkin *stipulatio*’ya uygun düştüğünden kabul edilirdi. Yani önceden, geri kalan zamanda *stipulatio*’ya artık uyulamayabileceği kesin bir şekilde belli olmuş olsaydı da, vadeden önce *stipulatio*’nun sonuçlarını doğuracağı harekette bulunulmuş sayılmazdı.”

Yukarıdaki metinde de bina inşa etme taahhüdünün oluşturduğu *stipulatio*, sonuçlarını ancak belirlenen iki yıllık sürenin sonunda doğuracaktı. Hatta iki yıllık sürenin dolmasından önce, binanın kalan zamanda inşa edilemeyeceği kesinleşmiş olsa da, yine de iki yıllık sürenin sona ermesi beklenmeliydi⁴⁵⁰. Belirtilen bu durum sadece gerçek ceza koşulunda değil de, bağımsız ceza koşulunda da geçerli olurdu. Yani edimin belirtilen vadeden önce gerçekleşemeyeceği tespit edilmiş olsa bile, yine de ceza koşulunun muacceliyeti için vadenin dolmasının beklenmesi gerekirdi ve bu uygulama, verme (*dare*) şeklindeki davranışların kapsamında kararlaştırılan bağımsız ceza koşulunda da yaygın bir şekilde kullanılırdı⁴⁵¹:

⁴⁵⁰ Zimmermann, s. 105. Ayrıca Ulp. D. 45.1.41.1 metni için bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 3.

⁴⁵¹ D. 45. 1. 115 pr. (Papinianus 2 quaest.): “...quod si ab initio id agebatur, ut quocumque die sisteres et, si non stetisses, pecuniam dares, quasi quaelibet stipulatio sub condicione concepta vires habebit, nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse.” “...Başlangıçtan beri, herhangi bir gün davada hazır olman ve bunu yapmaman halinde (de) bir cezanın (ceza koşulunun) ödenmesi söz konusu olduğunda, bu *stipulatio* bütün *stipulatio*’lar gibi şartlı olacaktır ve cezanın (ceza koşulunun) sadece taahhüt edenin orada (davada) hazır olamayacağı zaman talep edilebilmesi açıkça ortadadır.”

D. 2.11.10.1 (Paulus 1 ad plaut.): “Homo sisti promissus ante diem dolo promissoris periit: certo iure utimur non ante poenam peti posse, quam dies venerit: tota enim stipulatio in diem collata videtur.” “Davada hazır olması ceza söz verilerek (ceza koşulu) taahhüt edilen bir köle, süreden önce taahhüt edenin kastıyla hayatını yitirdi. Bunun sonucunda geçerli olan hukuka göre, sürenin dolmasından önce,

D. 45.1.8 (Paulus 2 ad sab.)

"In illa stipulatione: " si kalendis stichum non dederis, decem dare spondes?" mortuo homine quaeritur, an statim ante kalendas agi possit. sabinus proculus exspectandum diem actori putant, quod est verius: tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est et licet ad condicionem committi videatur, dies tamen superest. sed cum eo, qui ita promisit: " si intra kalendas digito caelum non tetigerit", agi protinus potest. haec et Marcellus probat."

“Şu şekildeki bir *stipulatio*’da: ‘Ayn ilk günü bana *Stichus*’u vermezsen, on vermeyi taahhüt ediyor musun?’, köle öldükten sonra (ancak) vadenin dolmasından önce, hemen dava açılıp açılmayacağı soruldu. *Sabinus* ve *Proculus*, şüphesiz ki doğru olacak şekilde davacının vadeyi beklemesi gerektiği görüşündedirler. Çünkü bütün borç, bir koşula ve belirli bir vadeye dayanmaktadır. Bir taahhüdü, ayn ilk günü içinde parmağınla gökyüzüne dokunamazsan koşulu altında yerine getirecek kimseye karşı, hemen dava açılabilirdi ve bunu *Marcellus* da doğru bulur.”

“Ayn ilk günü bana *Stichus*’u vermezsen, on vermeyi taahhüt ediyor musun? (*si kalendis stichum non dederis, decem dare spondes?*)” taahhüdü bağımsız ceza koşulunu oluşturmaktadır. Metnin devamında ayn ilk gününden önce kölenin ölmesi halinde ceza koşulunun talebi için, hemen dava açılıp açılmayacağı sorulmaktadır. *Sabinus* ve *Proculus* böyle bir durumda, şüphesiz doğru olacak bir şekilde vadenin beklenmesi sonucuna varmıştı. Bunun için de *stipulatio*’nun sadece kölenin verilmemesi koşulu altında olmadığı, ayrıca *stipulatio*’dan doğan borcun muacceliyeti için belirli bir vadenin de kararlaştırıldığı gösterilmiştir. O halde koşulun gerçekleşmesi, aynı zamanda vadenin sona erdiği anlamına da gelmemektedir. Aslında burada vadeyle koşul,

ceza(nın) (koşulunun) talep edilemeyeceği şüphe götürmez. Çünkü bütün *stipulatio*’nun bu günle ilgili olduğu bellidir.”

birbirinden bağımsız bir şekilde bulunmaktadır. Bu nedenle de, vadenin gelmesinden önce kölenin verilmesi imkansız hale gelmiş olsa bile, *poena*'nın talebi için vadenin beklenmesi gerekirdi. Ancak ceza koşulu hükümlerinin sadece koşul hükümleriyle değerlendirilmemesi gerekliliğine paralel olarak, eğer vadeye bağlanan bir koşul söz konusuysa, sonradan koşulun gerçekleştiği tespit edilmiş olsa bile, yine de vadenin gelmesi beklenmeliydi⁴⁵².

Yukarıdaki metinlerden çıkarılan ortak sonuç, genellikle olumsuz geciktirici koşullara bir de vade eklenmişse, bunların iradi koşulu oluşturduğudur. Ayrıca *stipulatio* aracılığıyla taahhüt edilen *poena*'nın da talep edilebilmesi için, borçludan beklenen edimin yerine getirilemeyeceği vadeden önce tespit edilmiş olsa bile, yine de vade sonu beklenmelidir. Zira iradi koşulla (*condicio promiscua*) oluşan *stipulatio*'larda vade ve koşul, birbirinden bağımsız iki ayrı unsur oluştururdu.

b. *Condicio Non Promiscua*'nın (İradi Olmayan Koşulun-Tesadüfi Koşulun) Varlığı ve İfa Zamanının Kararlaştırılması

Ceza koşulu *stipulatio*'su, tesadüfi koşuldan (*condicio non promiscua*'dan) oluşuyorsa, *poena*'nın ne zaman talep edilebileceği meselesi, iradi koşulun söz konusu olduğu (*condicio promiscua*) ceza koşulundan daha farklıydı. Zira içerisinde *condicio non promiscua* (tesadüfi koşul) bulunan *stipulatio poenae*'de, koşulun gerçekleş(e)meyeceği artık tespit edildiği zaman, ceza koşulu, sürenin dolması beklenmeden hemen talep edilebilirdi. Tesadüfi koşul (*condicio non promiscua*) ve vade

⁴⁵² Buradaki metinde, her ne kadar iradi bir koşul var gibi gözükse de, aslında kölenin insan olması nedeniyle, yani aslında kölenin verilip verilemeyeceği, kölenin de iradesine bağlı olduğu için, tesadüfi koşul söz konusudur. İleride açıklanacağı üzere, tesadüfi koşulun gerçekleşmesiyle ya da gerçekleşeceğinin kesinleşmesiyle, ayrıca vadenin dolması beklenmeden, alacaklı alacağını talep edebilmekteydi. Ancak burada, tesadüfi koşul için kabul edilen kurala istisna teşkil edebilecek bir durum söz konusudur. Aslında tesadüfi koşul söz konusu olsa da, hukukçuları iradi koşul gibi bir çözüme yönelten neden, burada sadece koşulla ilgili değil de, ceza koşulunun varlığından bahisle çözülmesi gereken bir durum olduğudur. Nasıl ki ceza koşulunda karşı tarafın bir yapma veya yapmama edimi güvence altına alınıyorsa, burada da aynı durum söz konusu olduğundan karşı tarafın verme ediminin koşula bağlı olduğu düşünülmelidir. Yoksa kölenin hem eşya statüsünde görülüp, hem de insan olması nedeniyle bazı farklılıkların ortaya çıkması gayet normaldir. Ancak açıklanan bu durum pek tabiidir ki, başlangıçtaki imkansızlığın, hem bağımsız hem de gerçek ceza koşulunu geçersiz kıldığı kurala aykırılık teşkil etmemektedir (Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 93-94, 99-100).

içeren bir borç söz konusuysa, koşulun gerçekleşmesiyle birlikte, alacaklının alacağını, bir de vadenin gelmesini beklemeden talep edebileceği kuralı, aşağıda da açık bir şekilde belirtilmiştir⁴⁵³:

D. 45.1.10 (Pomponius 3 ad sab.)

“Hoc iure utimur, ut ex hac stipulatione: si lucius titius ante kalendas maias in italiam ‘non venerit, decem dare spondes?’ non ante peti quicquam possit, quam exploratum sit ante eam diem in italiam venire titium non posse neque venisse, sive vivo sive mortuo id acciderit.”

“Lucius Titius, Mayıs ayının ilk gününden önce İtalya’ya varmazsa, bana on vermeyi taahhüt ediyor musun?” şeklindeki *stipulatio* nedeniyle, Titius’un bu tarihten önce İtalya’ya gelemeyeceğinin ya da hayattayken gelmediğinin veya öldüğünün tespit edilmiş olmasından önce bir şey talep edilememesi, bize göre haklıdır.”

Bu metinde *Lucius Titius*’un Mayıs ayının ilk gününden önce İtalya’ya gelemeyeceği veya gelmemiş olduğu tespit edilmedikçe, alacaklının borçludan talebi söz konusu olamazdı. O halde *Lucius Titius*’un Mayıs ayının ilk gününden önce İtalya’ya gelemeyeceği tespit edilirse, vade dolmadan da alacaklı, borçludan talepte bulunabilirdi. Yukarıdaki metinde geçen “*Lucius Titius*, Mayıs ayının ilk gününden önce İtalya’ya varmazsa, bana on vermeyi taahhüt ediyor musun?” ceza koşulunda, tesadüfi koşul (*condicio non promiscua*) yer almaktaydı. *Stipulatio poenae* yapılırken veya sonradan, *Titius*’un Mayıs ayının ilk gününden önce, İtalya’ya gelemeyeceği tespit edilmiş olursa, ceza koşulu “hemen” talep edilebilirdi. Yani böyle bir durumda *poena*’nın talep edilmesi için, Mayıs ayının ilk gününün beklenmesine gerek yoktu. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, iradi koşul (*condicio promiscua*) ve vade içeren

⁴⁵³ Aynı yönde D. 35.1.4.1 (Pomponius 3 ad sab.): “*Si ita scriptum sit: ‘si in quinquennio proximo titio filius natus non erit, tum decem seiae heres dato’, si titius ante mortuus sit, non statim seiae decem deberi, quia hic articulus ‘tum’ extremi quinquennii tempus significat.*” “Bir mirasbırakan şu şekilde bir düzenleme yaptı: Eğer mirasçım Titius beş yıl içinde çocuk sahibi olmazsa, o zaman Seia’ya on verecek. Titius beş senenin sona ermesinden önce (çocuk sahibi olmadan) ölürse, Seia’ya karşı hemen bir borç doğmaz. Çünkü ‘o zaman’ ifadesi, beş senenin bitiş anını gösterir.”

stipulatio'lardan kaynaklanan alacağın talep edilebilmesi için, koşulun gerçekleşmesinin yetmemesiydi. Böyle bir durumda, ayrıca vadenin dolması da gerekirdi. Buna karşılık tesadüfi koşul (*condicio non promiscua*) ve vade içeren *stipulatio*'larda, alacağın talep edilebilmesi için koşulun gerçekleşmesi yeterliydi. Ayrıca vadenin gelmesini beklemeye gerek yoktu⁴⁵⁴.

Tesadüfi ve iradi koşulla birlikte vade de kararlaştırıldığında, *poena*'nın talebinde meydana gelen farkın nedeni, iradi koşulun gerçekleşip gerçekleşmemesinin ya da ne zaman gerçekleşeceğinin borçlunun elinde olması; buna karşılık tesadüfi koşuldaysa, kararlaştırılan süre içerisinde herhangi bir zamanda da koşulun gerçekleşebilme olasılığıydı. Bu nedenle de, iradi koşulla birlikte vade kararlaştırıldığında, vadenin gelmesinden önce koşul gerçekleşse bile, yine de vadenin dolması beklenirdi. Ancak *stipulatio poenae*'deki koşul, tesadüfi koşuldan oluşup, buna bir de vade eklenmişse, koşul vadenin dolmasından önce gerçekleştiğinde, alacaklı *poena*'yı hemen talep edebilirdi. Bu durumda ayrıca vadenin gelmesini beklemeye gerek bulunmazdı⁴⁵⁵.

Roma hukukunda ceza koşulunun muacceliyetiyle ilgili olarak, yukarıdaki açıklamalardan sonra dikkat etmek gerekir ki, *stipulatio poenae*'de koşula bir de vade eklenmişse, koşulun türüne bağlı olarak, ceza koşulunun muacceliyeti de sürenin dolmasıyla veya sürenin dolmasından önce gerçekleşirdi. Ancak sadece şartın özelliklerinin ceza koşulunun muacceliyetine uygulanamayacağını gören Romalı hukukçular, farklı uyuşmazlıklarda değişik yönde kararlar da vermişlerdi⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 98.

⁴⁵⁵ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 98-99.

⁴⁵⁶ Girard/Senn, s. 703, Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 100-101.

2. Kararlaştırılan İfa Zamanının Ertelenmesinin Ceza Koşulunun Muacceliyetine Etkisi

Taraflar ceza koşulunun muacceliyeti hakkında, bazen koşulla birlikte vade de kararlaştırabilirdi. Böyle bir durumda ceza koşulunun muacceliyeti için, kural olarak taraflarca belirlenen vadenin gelmesi gerekirdi. *Poena*'nın muacceliyeti için belirlenen ilk vadeden önce ifa zamanı ertelenmişse, bu süreçte ceza koşulu da muaccel olmazdı. Yani *poena*'nın talep edilebilmesi iin, kural olarak kararlaştırılan ilk sürenin değil de, ikinci sürenin dolması gerekirdi. Ancak vadenin ne zaman ertelendiğinin ceza koşulunun muacceliyetine etkisini, *Proculus* aşağıdaki metinde aıklamıřtır⁴⁵⁷:

D. 45.1.113 pr.(*Proculus 2 epist.*)

“Cum stipulatus sim mihi, procule, si opus arbitrato meo ante kalendas iunias effectum non sit, poenam, et protuli diem: putasne vere me posse dicere arbitrato meo opus effectum non esse ante kalendas iunias, cum ipse arbitrio meo aliam diem operi laxiorem dederim? proculus respondit: non sine causa distinguendum est interesse, utrum per promissorem mora non fuisset, quo minus opus ante kalendas iunias ita, uti stipulatione comprehensum erat, perficeretur, an, cum iam opus effici non posset ante kalendas iunias, stipulator diem in kalendis augustis protulisset. nam si tum diem stipulator protulit, cum iam opus ante kalendas iunias effici non poterat, puto poenam esse commissam nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus ante kalendas iunias fuit, quo stipulator non desideravit id ante kalendas iunias effici, id est quo non est arbitratus ut fieret quod fieri non poterat. aut si hoc falsum est, etiam si stipulator pridie kalendas iunias mortuus esset, poena commissa non esset, quoniam mortuus arbitrari non potuisset et aliquod tempus post mortem eius operi perficiendo superfuisset. et propemodum etiam si ante kalendas iunias futurum esse coepit opus ante eam diem effici non posse, poena commissa est.”

⁴⁵⁷ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 103 vd.

“Bir eserin istediğim gibi haziranın ilk gününden önce bitirilmiş olması durumu için ceza *stipulatio*’su yaptım ve vadeyi uzattım. Eser, istediğim gibi haziranın ilk gününden önce bitirilmezse, eserin tamamlanması için vadeyi kendi kendime (kendi kararım) uzatmış olursam, benim haklı bir şekilde iddiada bulunacağıma (cezayı talep edebileceğime) inanıyor musun? *Proculus* cevap verdi ki: *stipulatio*’da kararlaştırıldığı gibi haziran ayının ilk gününden önce meydana gelebilecek olan eseri, taahhüt edenin tamamlamada temerrüde düşüp düşmediği ya da daha haziran ayının ilk gününden önce eser artık bitirilemeyecekse, *stipulatio*’yu yapanın vadeyi ağustosun ilk gününe kadar uzatıp uzatmadığının ayırt edilme zorunluluğu nedensiz değildir. Zira haziran ayının ilk gününden önce, eserin tamamlanması için artık yeterli zaman kalmayıp *stipulatio*’yu yapan (alacaklı) vadeyi uzattığında, inanıyorum ki ceza muaccel olacaktır. Bu da haziran ayının ilk gününden önce, alacaklının talep etmediği ve hala haziran ayının ilk gününden önce (eserin) tamamlanacak kadar zamanın var olmasına bağlı değildir; artık yapılamayacak olan bir şeyin gerçekleşmesini istememesidir. Alacaklının haziran ayının ilk gününden önce ölmüş olması halinde, ceza muaccel olmazdı. Çünkü ölen artık açıklama yapamazdı ve ölümünden sonra da hala eserin tamamlanması için, geriye zaman kalabilirdi. Bu yüzden her şeyden önce, eserin haziran ayının ilk gününden önce tamamlanamayacağı, kesin bir şekilde belirli olduğu müddetçe ceza (koşulu) muaccel olur.”

Metinde bir kimsenin haziran ayının ilk gününden önce eseri tamamlamaması hali için, bir *stipulatio poenae* yapılmıştı ve haziran ayının ilk günü gelmeden de, ifa zamanı ertelenmişti. İlk vadeden sonra süre uzatıldığından, *poena*’nın muaccel olup olmayacağı konusunda *Proculus*’tan görüş istenmekteydi. *Proculus* burada süreyi uzatan alacaklının bu süreyi ne zaman ertelemiş olduğunun ayırt edilmesi gerektiğini belirtmişti. Bu kapsamda hukukçu alacaklının süreyi, taahhüt edenin eseri belirlenen ilk vadede bitirebileceği bir zamanda mı, yoksa eserin zaten söz konusu ilk vadede tamamlanamayacağının belirli olduğu bir durumda mı erteleyip ertelemediğini

birbirinden ayırmıştı. Metnin sonunda da *Proculus*, eserin haziran ayının ilk gününden önce tamamlanamayacağını kesinleşmesi halinde süre uzatılmışsa, ceza koşulunun muaccel olacağına karar vermişti. Ceza koşulunun muacceliyeti için, belirlenen ilk sürenin sonradan uzatılması halinde, eseri tamamlamayı taahhüt eden borçlu, alacaklının kararı çerçevesinde eseri tamamlamak için ek süreye sahip olmuştu. *Proculus* bu metinde haklı bir şekilde, alacaklının vadeyi ne zaman ve nasıl uzattığını birbirinden ayırmıştı. Yani kararlaştırılan ilk sürenin dolmasına kadar, borçlunun eseri bitiremeyeceği kesinleştikten sonra alacaklı süreyi uzatmışsa, *poena* muaccel olurdu. Buna karşılık borçlu, eseri ilk vadenin gelmesine kadar bitirebileceği halde, alacaklı vadeyi yine de uzatmışsa, *poena* muaccel olmazdı. O halde bu metinde, süre dolmadan *poena*'nın talep edilememesi kuralına aykırılık bulunmamaktaydı. Eserin tamamlanmasının olanaksızlaşmasının ilk vadenin dolmasından önce kesinleşmesi halinde, alacaklı vadeyi uzatmışsa, ceza koşulu muaccel hale gelirdi. Buna karşılık eserin tamamlanması, ilk vadenin dolmasından önce gerçekleşebilecekken, vade alacaklı tarafından uzatılmışsa, *poena* muaccel hale gelmezdi⁴⁵⁸.

3. Alacaklının Temerrüdünün Ceza Koşulunun Muacceliyetine Etkisi

Ceza koşulunun muaccel olmaması için, bağlı olduğu ana borcun kararlaştırılmış olan vadede yerine getirilmiş olması gerekirdi. Alacaklı, borçlunun sunduğu edimi kabul etmemişse, yani alacaklının temerrüdü (*mora creditoris* veya *mora accipendi*)⁴⁵⁹ gerçekleşmişse, *Servius*'a göre, ceza koşulu muaccel olmazdı⁴⁶⁰:

⁴⁵⁸ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 104-106.

Karş. *D. 34.3.8.2 (Pomponius 6 ad sab.)*: “*Illud videndum est, an eius temporis, intra quod petere heres vetitus sit, vel usuras vel poenas petere possit. et priscus neratius existimabat committere eum adversus testamentum, si petisset: quod verum est.*” “Ancak belli bir süre boyunca hiçbir şekilde bir borcu talep edemeyen yükümlü mirasçı, aynı sürenin kazancını veya bu borç miktarı altında taahhüt edilen nakdi cezaları talep edebilir mi? *Priscus Neratius*, vasiyetçinin iradesine aykırı hareket etmeksizin onları talep edemeyeceğini düşünürdü, ki bu doğru olandır.”

⁴⁵⁹ Roma hukukuna göre alacaklının temerrüdü (*mora creditoris*), borçlu borcunu yerine getirmek için kendinden beklenen her şeyi yapmasına rağmen, alacaklı kendisine teklif edilen edimi sebepsiz olarak reddederse söz konusu olurdu. Alacaklının temerrüdünde borçlunun sorumluluğu hafiflerken, hasar da

D. 4.8.40 (Pomponius 11 ex var. lect.)

“*Arbiter calendis ianuariis adesse iussit et ante eum diem decessit: alter ex litigatoribus non adfuit. procul dubio poena minime commissa est: nam et cassium audisse se dicentem aristo ait in eo arbitro, qui ipse non venisset, non esse commissam: quemadmodum servius ait, si per stipulatorem stet, quo minus accipiat, non committi poenam.*”

“Bir hakem, tarafların ocak ayının ilk gününde yargılamada (hazır) bulunmalarını buyurdu ve bugünden önce öldü, taraflardan biri de yargılamada bulunmadı. Şüphesiz ki ceza (koşulu) hiçbir şekilde muaccel olmaz. Çünkü Cassius’dan öğrenen Aristo’nun belirttiği üzere, hakemin kendisi yargılamada bulunmazsa ceza (koşulu) muaccel olmazdı. Aynı şekilde Servius’a göre, edimi kabul etmeyen taahhüt edilen kimse nedeniyle, ceza koşulu muaccel olmazdı.”

Yukarıdaki metnin son cümlesinde görüldüğü üzere, borçlu edimi ifa etmek istemesine rağmen alacaklının edimi kabul etmemesi nedeniyle borç, alacaklı yüzünden ifa edilmemiş olurdu. Alacaklının temerrüdü nedeniyle borcun ifa edilmemiş olması, *poena*’nın talebine neden olmazdı. Alacaklı, borçlunun borcunu yerine getirmemesine dayanarak ceza koşulunu talep etmek isterse, söz konusu talebe karşı *exceptio doli*’nin ileri sürülmesine gerek yoktu. Çünkü alacaklının temerrüdü halinde ceza koşulu, *ius civile*’ye göre *ipso iure* muaccel olmadığından, ayrıca *exceptio doli*’nin ileri sürülmesine gerek yoktu⁴⁶¹.

alacaklıya geçerdi. Bozulacak şeyler, alacaklının hesabına satılabilirken, edim konusu resmi memura veya *magistra*’nın belirleyeceği bir yere tevdi edilebilirdi. Borçlu, ancak bu şekilde borcundan kurtulurdu. Alacaklı, edimi kabule hazır olduğunu bildirdiğinde, alacaklı temerrüdü sona ererdi. Ancak sözleşme ihlal edilmiş gibi görüldüğü için, borçlunun uğradığı zararların tazmin edilmesi gerekirken, borçlu bu süreçte mal için harcama yaptıysa veya zarara uğradıysa, söz konusu masraf veya zararlar kendisine ödenmeden borcunu yerine getirmek yükümlülüğünden *exceptio doli* ile kaçınabilirdi (Rado, Borçlar Hukuku, s. 227-228; Üçer, M., (Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta) Alacaklının Temerrüdü, Ankara, 2007, s. 12, 126-127).

⁴⁶⁰ Harke, J. D., *Argumenta Iuventiana: Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin, 1999, s. 101. Aynı yönde bkz. *Ulp. D. 22.2.8*.

⁴⁶¹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 108. Bu metin hakkında ayrıca bkz. Watson, s. 2.

4.Alacaklının Temerrüdünden Sonra Alacaklının Edimi Kabule Hazır Olmasını Bildirmesinin Ceza Koşulunun Muacceliyetine Etkisi

Alacaklının temerrüdünden sonra, alacaklı edimi kabule hazır olduğunu bildirirse, ceza koşulunun muaccel olup olmayacağı konusunda, hukukçular farklı görüşlere sahipti. Ancak bu konuda alacaklı temerrüdünün alacaklının sahasında oluşan bir nedenden dolayı mı gerçekleştiği önemli olmakla birlikte, Romalı hukukçuların değişik nedenlere dayanarak farklı kararlar verdiği görülmektedir. Bu nedenle, alacaklının temerrüdünden sonra, alacaklının edimi kabule hazır olmasını bildirmesinin ceza koşulunun muacceliyetine etkisi, söz konusu fikir ayrılıklarına yer verilerek açıklanmaya çalışılacaktır:

a. *Ulp. D. 4.8.23.1*

Alacaklının temerrüdünün ceza koşulunun muacceliyetine etkisi açıklanırken *Pomp. D. 4.8.40* metninde belirtildiği üzere, alacaklının temerrüdü halinde *Servius* ceza koşulunun muaccel olmadığını belirtmişti⁴⁶². *Proculianus* mektebine mensup *Servius*, ceza koşulunun muacceliyeti için esas olarak objektif sorumluluğu kabul etmiş olsa da⁴⁶³, istisnaen alacaklının temerrüdünde ceza koşulunun muacceliyetinin gerçekleşmeyeceğini belirtmişti. Buna karşılık, alacaklıdan kaynaklanan nedenlerle, borçlu borcunu ifa edememiş olmasına rağmen, bu nedenler ortadan kalktıktan sonra, alacaklı edimi kabule hazır olduğunu bildirmişse, ceza koşulunun muaccel olup olmadığıyla ilgili *Proculus* ve *Celsus* farklı düşüncelere sahipti:

D. 4.8.23.1 (Ulpianus 13 ad ed.)

“Idem ait, si iusserit me tibi dare et valetudine sis impeditus, quo minus accipias, aut alia iusta ex causa, proculum existimare poenam non committi, nec si

⁴⁶² *Pomp. D. 4.8.40* metni için bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 3.

⁴⁶³ Aynı yönde *Serv.-Ulp. D. 22.2.8* metni için bkz. İkinci Bölüm, III, B, 5.

post kalendas te parato accipere non dem. sed ipse recte putat duo esse arbitri praecepta, unum pecuniam dari, aliud intra kalendas dari: licet igitur in poenam non committas, quod intra kalendas non dederis, quoniam per te non stetit, tamen committis in eam partem, quod non das.”

“Bir hakem [Eylül ayının birine kadar], sana bir miktar ödemem kararını verdi. Buna ek olarak sen hastalık nedeniyle veya başka bir haklı sebeple bunu kabul edemiyorsan, *Celsus*’un belirttiği gibi, *Proculus*’un düşüncesine göre, ceza muaccel olmaz. Aynı şey sen kabul etmeye hazır olsan bile, benim 1 Eylül’den sonra edimi yerine getirmemem halinde de geçerlidir. Ancak *Celsus*’un bizzat haklı bir şekilde belirttiği gibi, burada biri bütün paranın ve bir diğeri de, 1 Eylül’den önce paranın ödenmesi olmak üzere iki hakem buyruğu söz konusu olmalıydı. Bu yüzden ceza muaccel olmasa bile, zira 1 Eylül’den önce parayı ödemedin ve bu durum da senden kaynaklanmadı, yine de parayı hiç ödemediğin için buyruğun diğer yanı nedeniyle, cezayı ödemekle yükümlü olursun.”

Proculus ceza koşulunun muacceliyeti için, borçlunun objektif sorumluluğunu kabul etmiş olsa da, alacaklıdan kaynaklanan nedenlerle borçlu borcunu ifa edemediyse, istisnaen ceza koşulunun muaccel olmayacağını belirtmişti. *Proculus*’a göre, vadenin gelmesinden sonra alacaklının borcu kabul etmeme nedeni ortadan kalkmış olmasına rağmen, borçlunun edimini yerine getirmemesi halinde, ceza koşulu yine muaccel hale gelmezdi⁴⁶⁴.

Ancak *Celsus* duruma farklı açıdan yaklaşmıştı ve *Ulpianus* da *Celsus*’un düşüncesini kabul etmişti. Şöyle ki: Borçlunun borcunu yerine getirememesinin nedenini alacaklının temerrüdü oluşturuyorsa, *Celsus* da *Proculus* gibi ceza koşulunun muaccel olmayacağını savunmaktaydı. Buna karşılık *Celsus*’a göre, borçlunun 1 Eylül’e kadar parayı ödemesini gerektiren hakem kararı, borçlunun hem bütün parayı, hem de

⁴⁶⁴ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 109-110; Wubbe/Pichonnaz, s. 272; Harke, *Argumenta Iuventiana*, s. 58. Bu hususta ayrıca bkz. Harke, *Römisches Recht*, s. 113-114.

parayı 1 Eylül'e kadar (*ad diem*) ödemesini içeren iki buyruktan oluşmaktaydı. Borçlu kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle 1 Eylül'e kadar borcunu yerine getirememiş olsa bile, alacaklının edimi kabul etmeme nedeni ortadan kalktıktan sonraki 1 Eylül'e kadar geçen zaman diliminde (makul süre içinde, yani "*modicum tempus*") borcunu yerine getirmemiş olduğundan, ceza koşulu muaccel olmalıydı. Bu nedenle borçlunun borcunu 1 Eylül'e kadar yerine getirmemesinde sorumluluğu olmasa da, hakem kararının hiç yerine getirilmemesini gösteren diğer buyruğun yerine getirilmemesinde *Celsus*, *Proculus*'tan bir adım daha ileri gitmişti. Keza *Proculus*'un aksine *Celsus*, alacaklı haklı sebeplerle edimi kabul etmede temerrüde düştükten sonra, edimi kabule hazır olduğunu bildirmiş olmasına rağmen, borçlu borcunu makul süre içinde yerine getirmediğinde, ceza koşulunun muaccel olacağını belirtmekteydi⁴⁶⁵. HARKE'ye göre hakem kararı, hem aleyhine karar verilen kimsenin kararı yerine getirmesini, hem de bu karar yerine getirilirken diğer tarafın ölçüsüz bir zaman beklemesini engellemeyi amaçladığından, *Celsus*, hakem kararını bu yönde yorumlayıp, ceza koşulunun muaccel olacağını savunmuştu⁴⁶⁶.

O halde borçlu alacaklıdan kaynaklanan nedenlerle borcunu yerine getirememişse, *Servius*'a göre ceza koşulu muaccel olmazken; alacaklının temerrüdü halinin sonradan ortadan kalkmasıyla, alacaklı edimi kabule hazır olduğunu belirtmesine rağmen borçlu borcunu ifa etmezse, ceza koşulu *Proculus*'a göre yine muaccel olmazdı. Ancak aynı durumda *Celsus* ve *Ulpianus*'a göre, alacaklının temerrüdünden sonraki makul sürede (*modicum tempus*) borçlunun borcunu ifa etmemiş olması nedeniyle, ceza koşulu muaccel hale gelirdi.

⁴⁶⁵ Knütel, R., "Verfallsvereinigung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe", *AcP*, Bd. 175, 1975, s. 67-68; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 109-110; Wubbe/Pichonnaz, s. 272, 273; Harke, *Argumenta Iuventiana*, s. 59.

⁴⁶⁶ Harke, *Argumenta Iuventiana*, s. 59.

b. Ulp. D. 4.8.23.3-Paul. D.4.8.24-Ulp. D. 4.8.31

Ulp. D. 4.8.23.1’de *Celsus, Proculus*’un aksine, alacaklı “hastalık veya diğer haklı sebeplerle” edimi kabul etmeyip, bu sebepler ortadan kalktıktan sonra edimi kabule hazır olduğunu bildirdiğinde, borçlu makul süre (*modicum tempus*) içinde borcunu ifa etmezse, ceza koşulunun muaccel olacağı görüşünü ileri sürmüştü. Ancak alacaklı, edimi herhangi bir haklı neden ileri sürmeksizin kabul etmeyip, sonradan edimi kabule hazır olduğunu belirttiğinde, ceza koşulunun muacceliyetiyle ilgili olarak hukukçular aşağıdaki gibi görüşlerini bildirmişti:

D. 4.8.23.3 (Ulpianus 13 ad ed.)

“Idem celsus ait, si arbiter me tibi certa die pecuniam dare iusserit, tu accipere noluisti, posse defendi ipso iure poenam non committi.”

“Eğer bir hakem, sana belirli bir günde para ödememi buyurduğunda, ancak sen bunu kabul etmek istemediğinde, *Celsus*’un söylediği gibi, cezanın *ipso iure* muaccel olmayacağı görüşü savunulabilir.”

D. 4.8.24 (Paulus 13 ad ed.)

“Sed si postea ille paratus sit accipere, non impune me non daturum: non enim ante feceram.”

“Ancak alacaklı sonradan kabule hazır olup, ben ödemeyi reddedersem, önceden yerine getirmediğim için, edimi cezasız bir şekilde yerine getirmekten kaçınmam.”

Ulp. D. 4.8.23.1 metni açıklanırken belirtildiği üzere, alacaklının temerrüdü, hastalık veya herhangi bir haklı sebebe⁴⁶⁷ dayanıyorsa, *Celsus*’a göre ceza koşulu

⁴⁶⁷ Roma hukukunda temerrüt (*mora*) sözleşmenin ihlali sayıldığı için, hem alacaklının temerrüdü (*mora creditoris*) hem de borçlunun temerrüdü (*mora debitoris*) için kusur aranır. Ancak Pandekt hukukunda ve günümüz Türk-İsviçre hukukunda alacaklının temerrüdü için kusur aranmamaktadır. Alacaklının

muaccel olmazdı. Ancak *Ulp. D. 4.8.23.3*'te alacaklının edimi kabul etmek istememesi hakkında “herhangi bir haklı sebepten” bahsedilmediği için, borçlunun keyfi davranışından kaynaklanan bir durum olduğu görülmektedir. Bu metinde alacaklı, hastalık veya herhangi bir haklı sebep olmaksızın edimi kabul etmek istemediği takdirde, *Celsus*'un ceza koşulunun sonradan da muaccel olmayacağı görüşünün savunulabilir olduğu belirtilmektedir. Böylece aslında hukukçular arasında görüş birliği olmadığı anlaşıp, *Ulpianus*'un da *Celsus*'un düşüncesini kabul ettiği görülmektedir. O halde, alacaklının sunulan edimi herhangi bir haklı sebep olmaksızın, kötüniyetle (*dolus*) kabul etmemesi halinde, ceza koşulu muaccel olmazdı. Ayrıca *Celsus*'a göre, alacaklı, borçlunun edimini “hiçbir haklı neden ileri sürmeksizin kabul etmezse”, ceza koşulunu talep etmekten de vaz geçmiş olurdu. Bu metnin hemen devamındaki *Paul. D.4.8.24*'te, alacaklının sonradan edimi kabule hazır olup da, borçlunun borcunu yerine getirmek istememesi halinde, *Paulus* ceza koşulunun muaccel olacağını belirtmişti. Bu nedenle, söz konusu metnin içeriğinin sonradan değişiklik gördüğü ve *Paulus*'un düşüncesinin kısaltıldığı düşünülmektedir⁴⁶⁸.

D. 4.8.31 (Ulpianus 13 ad ed.)

“Ita demum autem committitur stipulatio, cum adversus eam quid fit, si sine dolo malo stipulantis factum est: sub hac enim condicione committitur stipulatio, ne quis doli sui praemium ferat...”

“*Stipulatio*’dan doğan borç, alacaklının kötüniyeti neden olmadıkça, ancak buna (*stipulatio*’ya) aykırı davranılmış olduğunda muaccel hale gelir. Çünkü *stipulatio*’dan

temerrüdünde kusurun aranmaması görüşü, alacaklının borcun ifasını kabulle yükümlü olmadığı, aksine borcun ifasının kabulünün alacaklı için bir hak olduğu görüşünden kaynaklanmıştır. Bu görüşten etkilenen Türk hukukçuları da, alacaklının temerrüdünde kusuru aramamaktadır. Ancak 818 sayılı BK md. 90 ve 6098 sayılı BK md. 106’ya göre, alacaklı, borçlu tarafından kendisine önerilen edimi, haklı bir sebep olmaksızın kabul etmediğinde alacaklının temerrüdü söz konusu olur. Bu nedenle, bu konuda kasıtlı bir şekilde herhangi bir ifade içermeyen BGB yerine, aslında Türk-İsviçre hukukunda kusur şartı aranmasının kanunun ifadesine ve ruhuna daha uygun olacağı ve alacaklının kendisine tanınan ifayı kabul etmeme hakkının ona sınırsız bir şekilde tanınmadığı, bilakis bu davranışla borçlunun borçtan kurtulmadaki menfaatini zedelemiş olduğu yönünde bkz. Üçer, Alacaklının Temerrüdü, s. 23, 43, 47-49.

⁴⁶⁸ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 115 vd.

doğan borç, sadece kimsenin kendi kötünîyetinden yararlanmaması şartıyla muaccel hale gelirdi...”

Ulp. D.4.8.31'de⁴⁶⁹ genel bir şekilde *stipulatio*'dan bahsedilmesine karşın, bu metin tahkim başlığı altında düzenlendiğinden, aslında *stipulatio poenae*'yi de ilgilendirmektedir. Metne göre borçlunun borcunu yerine getirmesine alacaklının *dolus* içeren davranışı engel olmuşsa, ceza koşulu muaccel hale gelmezdi. Yukarıdaki metne göre, bir koşul haklı olmayan nedenlerden ötürü gerçekleşmişse, *ius civile*'ye göre hiç gerçekleşmemiş sayılırdı. Bu kuraldan yola çıkıldığında, alacaklının *dolus* ile hareket ederek borçlunun sunduğu edimi kabul etmemesi halinde, ceza koşulu *ipso iure* muaccel olmazdı. Alacaklı *poena*'yı talep ettiğinde, muacceliyet gerçekleşmediğinden, davalıya *exceptio doli*'nin tanınmasına gerek yoktu⁴⁷⁰.

O halde bu konuda Romalı hukukçuların görüşlerini özet halinde açıklamak gerekirse: *Pomp. D. 4.8.40*'nın son cümlesinde belirtildiği üzere, *Servius*'a göre hangi sebeple olursa olsun alacaklının temerrüdü gerçekleşmişse, ceza koşulu da muaccel hale gelmezdi. *Ulp. D. 4.8.23.1*, *Ulp. D. 4.8.23.3* ve *Paul. D. 4.8.24*'ten çıkarılan sonuç ise, *Proculus*, *Celsus*, *Ulpianus* ve *Paulus*'a göre, alacaklı hastalık veya diğer haklı sebeplerle edimi kabul etmediğinde, ceza koşulunun da muaccel olmayacağıydı. Ancak

⁴⁶⁹ *D. 4.8.31 (Ulpianus 13 ad ed.): "Ita demum autem committitur stipulatio, cum adversus eam quid fit, si sine dolo malo stipulantis factum est: sub hac enim condicione committitur stipulatio, ne quis doli sui praemium ferat. sed si quidem compromisso adiciatur " ut si quid dolo in ea re factum sit", ex stipulatu conveniri qui dolo fecit potest: et ideo si arbitrum quis corrumpit vel pecunia vel ambitione, vel advocatum diversae partis, vel aliquem ex his, quibus causam suam commiserat, ex doli clausula poterit conveniri, vel si adversarium callide circumvenit, et omnino si in hac lite dolose versatus est, locum habebit ex stipulatu actio: et ideo si velit de dolo actionem exercere adversarius, non debet, cum habeat ex stipulatu actionem. quod si huiusmodi clausula in compromisso adscripta non est, tunc de dolo actio vel exceptio locum habebit. hoc autem compromissum plenum est, quod et doli clausulae habet mentionem."* “*Stipulatio*’dan doğan borç, alacaklının kötünîyeti neden olmadıkça, ancak buna (*stipulatio poenae*’ye) aykırı davranılmış olduğunda muaccel hale gelir. Çünkü *stipulatio*’dan doğan borç, sadece kimsenin kendi kötünîyetinden yararlanmaması şartıyla muaccel hale gelirdi. Buna karşılık tahkim sözleşmesine “veya bunda hileyle herhangi bir şey gerçekleşirse” şartı eklenirse, sonuç olarak kim hileyle davranmışsa, ona karşı *stipulatio* nedeniyle dava açılabilir. Bu yüzden bir kimse hakeme para veya başka bir kazançla ya da karşı tarafın avukatına veya davasını teslim ettiklerinden birine rüşvet verdiğinde veyahut da hasmını hileli bir şekilde aldattığında, hile kaydı aracılığıyla dava açılabilir. Kısaca bu yargılamada hileli davrandıysa, *stipulatio*’dan kaynaklanan dava açılırdı. Bu şekilde bir kayıt tahkim sözleşmesine eklenmemişse, hile nedeniyle dava veya def’i uygulama bulurdu. Ancak bahsedilen hile kaydını da içeren tahkim sözleşmesi eksiksizdir.”

⁴⁷⁰ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 113-115.

Proculus, alacaklı edimi kabule hazır olduğunu belirttiğinde borçlu borcunu ifa etmezse, ceza koşulunun yine de muaccel olmayacağını savunmaktayken; *Celsus* ve *Ulpianus* sonradan makul sürenin (*modicum tempus*) geçirilmesinden dolayı, ceza koşulunun muaccel olacağını savunmaktaydı. Fakat *Ulp. D. 4.8.23.3*'ten de *Celsus*'un, alacaklı edimi kötüniyetle herhangi bir haklı sebep olmadan reddettiğinde, sonradan makul süre (*modicum tempus*) içerisinde edimi kabule hazır olduğunu bildirmişse, artık ceza koşulunun muaccel olmayacağını belirttiği anlaşılmaktadır. *Ulp. D. 4.8.31*'deki "hileyle gerçekleşen şart hiç gerçekleşmemiş sayılır" genel kuralı neticesinde de, alacaklının kötüniyetli davranışlarıyla edimi kabul etmemesiyle, ceza koşulunun da sonradan muaccel hale gelemeyeceği sonucu çıkarılmaktadır⁴⁷¹.

⁴⁷¹ Aynı sonuca *stipulatio poenae* ile muacceliyet şartları birbirine benzeyen *lex commissoria*'da da ulaşılmıştır:

D. 19.1.51.1 (Labeo 5 post. a iav. epit.): "Quod si fundum emisti ea lege, uti des pecuniam kalendis iuliis, et si ipsi kalendis per venditorem esset factum, quo minus pecunia ei solveretur, deinde per te staret quo minus solveres, uti posse adversus te lege sua venditorem dixi, quia in vendendo hoc ageretur, ut, quandoque per emptorem factum sit, quo minus pecuniam solvat, legis poenam patiatur. hoc ita verum puto, nisi si quid in ea re venditor dolo fecit." "Bir çiftliği satış parasını 1 Temmuz'da ödemen ek şartıyla satın alıp, tam 1 Temmuz'da paranın ona (satıcıya) ödenmemesine satıcı neden olduysa, parayı ödememiş olmandan (yine de) sen sorumlu olduğun için, benim [*Labeo*] söylediğim gibi, satıcı sana karşı ek şartlar nedeniyle kendi taleplerini ileri sürebilir. Çünkü bu şekilde bir anlaşmayla yapılan satışta, para ödenmemesinden her zaman alıcının sorumlu olduğu durumlarda, yan anlaşmalardan kaynaklanan "ceza" alıcıya ait olur. (Ancak) ben [*Iavoleno*] bunu, satıcının somut durumda hileyle davranmamış olması sınırlamasıyla doğru olarak kabul ederim."

Bu metinde de bir çiftlik, satış parasının belirli bir tarihte ödenmesi şartıyla satın alınmış, ancak belirlenen tarihte satıcı parayı kabul için hazır olmamıştır. Alıcı, parayı satıcının kabul için hazır olmaması nedeniyle ifa edemediği için, alacaklının temerrüdü gerçekleşmiştir. Alıcı satış parasını ödemediğinden, bu kayıt çerçevesindeki cezalar her zaman alacaklıya ait olacağından, *Labeo*'ya göre satıcı bu kayıt nedeniyle kendi taleplerini ileri sürebilirdi. Burada bu kaydın alıcı tarafından kabul edilmesi ve metnin sonunda ceza kelimesinin geçmesi *pactum* yoluyla yapılmış bir ceza koşulunu çağrıştırdığı gibi, aslında burada muhtemelen belirli bir tarihte alıcının satış parasını ödemediği takdirde satıcıya akdi feshetmek imkanı veren *lex commissoria*'nın bulunduğu kabul edilmektedir. *Lex commissoria* ile *stipulatio poenae*'nin muacceliyet şartları birbirine uygun olduğundan bu metindeki *interpolatio* araştırmalarını anlamaktan ziyade neyi anlatmak istediğini, yani içeriğini dikkatlice incelemek gerekir: Bu metinde ilk olarak alacaklı temerrüdünün bitiminden sonra, satıcının *lex commissoria*'ya başvurabilecek olması aslında *Cels.-Ulp. D.4.8.23.1* ve *Paul. D.4.8.24* ile uyum içindeyken; *Iavoleno*, *Labeo*'nun bu genel nitelikteki açıklamasını alacaklının hileyle davranmış olmasının dışında tutmuştur. Bu nedenle alacaklı temerrüdünün haklı bir sebeple gerçekleşmesi durumunda, tıpkı *Labeo* gibi *Iavoleno* da *lex commissoria*'nın sonradan uygulanabilir olduğunu kabul etmiş, ancak alacaklı durumundaki satıcının, hileli bir davranışla edimi kabul etmek istememesi halinde *lex commissoria*'nın uygulanamayacağını belirtmiştir. Yani aynı *stipulatio poenae*'deki gibi, *lex commissoria*'da da alacaklının hileli davranışlarla edimi kabulden kaçınması, sonradan *lex commissoria*'ya başvuramamasına neden olmuştur. Zira bu durum da tıpkı *stipulatio poenae*'deki gibi alıcının hileli davranışıyla gerçekleşmiş ve alıcı durumundaki satıcının sonradan *lex commissoria*'ya başvuramayacağı *ius civile*'de kabul edilmişti. Bu nedenle söz konusu durumda da alacaklı tarafından satıcıya karşı *exceptio doli*'nin ileri sürülmesine gerek yoktu. Çünkü böyle bir durumda, *lex commissoria*'ya sonradan satıcı tarafından başvurulamayacağı kuralı, *ius civile*'ce kabul edilmişti. O halde, alacaklı hileli davranışlarla edimi kabul etmeyip, sonradan arda kalan

B. VADESİ BELİRLİ OLMAYAN İŞLEMLERDE CEZA KOŞULUNUN MUACCELİYET ANI

1. Genel Olarak

Taraflar arasında kararlaştırılan ceza koşulunun muacceliyet anı hakkında herhangi bir vade belirtilmemişse, söz konusu muacceliyet anı yorum yoluyla bulunurdu. Ceza koşulunun muacceliyeti hakkında vade belirtilmeyen durumlarda, ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağıyla ilgili Romalı hukukçuların farklı görüşleri bulunmaktaydı: *Sabinus*'a göre, ceza koşulunun taahhüt edilmesinden sonra, ceza koşulunun muacceliyetinden kaçınılacak davranışın “derhal, hemen (*statim*)” gerçekleşmemesiyle, muacceliyet gerçekleşirdi. Genellikle kabul gören ve borçlu lehine olan *Pegasus*'un düşüncesine göreyse, ceza koşuluyla teminat altına alınan davranışın gerçekleşmesinin imkansız olduğu anda, ceza koşulunun muacceliyeti söz konusu olmalıydı. Bu husustaki son görüş ise, *Papinianus*'un görüşüdür. *Papinianus* bu hususta görüşünü, ceza koşulunu ikiye ayırarak belirtmişti. *Papinianus*, gerçek ceza koşulu olarak incelenen durumlarda, *Sabinus*'un düşüncesine katılmaktaydı. *Sabinus*'un ceza koşulunun muacceliyetinden kaçınılacak davranışın derhal gerçekleşmemesiyle, muacceliyetin söz konusu olacağını savunması, gerçek ceza koşulunun ana borca bağlılığıyla da uyum içindeydi. Buna karşılık *Papinianus*, bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu türünde *Pegasus*'un görüşüne katılarak, bağımsız ceza koşulunun muacceliyetini oluşturacak davranışın gerçekleşmesinin imkansızlaşmasından sonra, muacceliyetin gerçekleşeceğini savunmaktaydı⁴⁷².

zamanda edimi kabule hazır olduğunu belirttiğinde borçlu borcunu ifa etmezse, satıcının *lex commissoria*'ya başvuramaması, ceza koşulunun nihai bir şekilde muaccel olmayacağıyla da uyum içerisindedir (Peters, s. 74-76; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 117-119).

⁴⁷² Monier, Tome 2, s. 241; Zimmermann, s. 104; Klingenberg, G., “Das modicum-Kriterium”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, romanistische Abteilung, Bd. 126, 2009, s. 236.

Bu husustaki son görüş ise, aslında belirtilen ilk görüşün geniş bir yorumuyla ulaşılabilecek olan, ceza koşulunun muacceliyetinden kaçınılacak davranışın gerçekleşmemesindeki “hemen (*statim*)” ifadesinin “derhal” değil de, işlemin niteliğine göre yorum yoluyla, borcun yerine getirilmesi için belirli bir süre verilmesi anlamında⁴⁷³, yani “makul bir süre (*modicum tempus*)” şeklinde daha geniş anlaşılması yönündedir⁴⁷⁴.

2. Vade Belirtilmeyen Ceza Koşulunda Muacceliyet Anıyla İlgili Olarak *Pegasus*’un Görüşü

Pegasus, ceza koşulunun muacceliyet anıyla ilgili olarak herhangi bir vade belirtilmemişse, ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağıyla ilgili olarak, ceza koşuluyla gerçekleştirilmesi istenen *dare* (vermek) ediminin gerçekleşmesinin imkansızlaştığı anda, ceza koşulunun da muaccel olacağını savunmaktaydı⁴⁷⁵:

⁴⁷³ D. 46.3.105 (*Paulus lib. singulari ad Legem Falcidiam*): “*Quod dicimus in eo herede, qui fideiussori testatoris id, quod ante aditam hereditatem ab eo solutum est, debere statim solvere, cum aliquo scilicet temperamento temporis intellegendum est: nec enim cum sacco adire debet.*” “Bir mirasçı konusunda söylediğimiz şey, kefil, miras kalmadan önce ödemede bulunmuşsa, mirasçı, mirasbırakanın kefiline hemen ödeme yapmalıdır. Bundan da bir miktar az süre anlaşılmalıdır. Zira mirasçı, miras üzerinde hak kazandığı anda, (elinde) bir keseyle gelmek zorunda değildir.”

⁴⁷⁴ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 120; Klingenberg, s. 237; Babusiaux, U., **Papinians Quaestiones: zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen**, München, Verlag C. H. Beck, s. 78-79. EBK m. 74’e göre “Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir.” TBK m. 90’a göre ise “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça, her borç doğumu anında muaccel olur.” O halde günümüz hukukunda, TBK’nin ifa zamanına ilişkin bu hükmü emredici olmadığı için, borcun ifası hakkında taraflarca vade de kararlaştırılabilir. Söz konusu ifa zamanı kavramı alacaklı açısından, alacaklı tarafından borçludan edimin ifasının talep edilebileceği, borçlunun da ifayı yerine getirme zorunluluğunu ifade eden “borcun muacceliyeti” anlamına geldiği gibi; borçlu açısından da, borçlunun edimi yerine getirme yetkisine sahip, alacaklının da edimi kabulle yükümlü olduğu zaman anlamına, yani “ifa edilebilirlik (ifa kabiliyeti)” anlamına da gelmektedir. TBK m.90’a göre herhangi bir vade kararlaştırılmayan borçlarda, her borç doğumu anında muaccel olduğu için, alacaklı doğumu anında muaccel olan borcun ifasını talep edebilirken, gerektiğinde dava da açabilir. Ancak TBK m. 90’da borcun doğar doğmaz muaccel olması ve yine EBK m. 74’deki borç doğar doğmaz ilke olarak hemen ifasının talep edilebilmesi, borçlunun ifayı yerine getirilebilmesi için dürüstlük kurallarına göre ihtiyaç duyulan zamanın göz önünde tutulduktan sonraki ifasını ifade etmektedir. Yani TBK’deki alacağın doğumu anında borcun muaccel olacağı ifadesi de, dar yorumlanmamalı, borçlunun ifayı “*alacağın doğumunu takiben, iş hayatının gereklerine uygun olarak ve objektif bakımdan makul görülmeyen bir gecikmeye meydan vermeden*” yerine getirmesi olarak anlaşılmalıdır (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 800-801; Eren, s. 946 vd.).

⁴⁷⁵ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 122; Monier, Tome 2, s. 241.

D. 45.1.115.2 (Papinianus 2 quaest.)

“Item si quis ita stipuletur: ‘si pamphilum non dederis, centum dari spondes?’
pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse pamphilus
dari...”

“Aynı şekilde, bir kimse şu şekilde bir *stipulatio* yaptığında ‘bana Pamphilus’u
vermezsen, yüz vermeyi taahhüt ediyor musun?’ Pegasus’un cevap verdiği gibi,
Pamphilus’un verilme olanağı artık sona ermeden önce, *stipulatio*’dan kaynaklanan
ceza muaccel olmaz...”

Yukarıdaki metinde Papinianus, bağımsız ceza koşulunun muacceliyet anıyla ilgili olarak görüş bildirirken, *stipulatio*’nun hangi durumda etki etmeyeceğini, yani bağımsız ceza koşulundan kaynaklanan edimin hangi durumda talep edilemeyeceğini tespit etmişti. Bu kapsamda, bağımsız ceza koşulunu oluşturan şartın hemen gerçekleşmemesi, sonradan da gerçekleşmeyecek olmasını sağlamazdı. Papinianus görüşünü belirtirken de, Pegasus’un görüşüne atıfta bulunmaktaydı. Zira Pegasus’a göre, taraflar arasında önceden taahhüt edilmeyen bir davranışın gerçekleşmesi amacıyla kararlaştırılan ceza koşulunun muacceliyeti, o davranışın imkansız hale gelmesiyle gerçekleşirdi. O halde ceza koşulunu oluşturan şartın imkansızlığı sabit olduğu andan itibaren, bağımsız ceza koşulu da muaccel hale gelirdi⁴⁷⁶.

3. Vade Belirtilmeyen Ceza Koşulunda Muacceliyet Anıyla İlgili Olarak Sabinus’un Görüşü

Pap. D. 45.1.115.2’de belirtildiği üzere Pegasus, ceza koşulunun muacceliyet anı belirlenmediğinde, bağımsız ceza koşulunu oluşturan koşulun imkansız olmasıyla

⁴⁷⁶ Knütel, Stipulatio Poenae, s. 122.

birlikte muacceliyetin gerçekleşeceğini savunmaktayken, *Sabinus* bu konuya farklı bir açıdan yaklaşmıştı:

D. 45.1.115.2 (Papinianus 2 quaest.)

“Item si quis ita stipuletur: ‘si pamphilum non dederis, centum dari spondes?’ pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse pamphilus dari. sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti ‘si pamphilum non dederis, tantum dare spondes?’, sed ita concepta sit stipulatio: ‘pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?’ quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.”

“Aynı şekilde, bir kimse şu şekilde bir *stipulatio* yaptığında ‘bana Pamphilus’u vermezsen, yüz vermeyi taahhüt ediyor musun?’ Pegasus’un cevap verdiği gibi, Pamphilus’un verilme olanağı artık sona ermeden önce, *stipulatio*’dan kaynaklanan ceza muaccel olmaz. Ancak Sabinus düşünür ki, sözleşme taraflarının düşüncelerine göre, köle verilebildikten sonra da hemen dava edilebilir. Bu da köleyi teslim etmemesi taahhüt edenin kusuruna dayanmamış *stipulatio*’dan kaynaklanmadığı sürece geçerliydi. (Buna ek olarak) (Sabinus) bunu erzak vasiyeti örneğiyle destekler. Zira Mucius’un yazdığına göre, mirasçı erzakları verebilirken vermediyse, miras bırakılan paranın hemen ödenmesi icap eder. Bu menfaat, hem mirasbırakanın isteği, hem de eşyanın doğası nedeniyle kabul edildi. Sabinus’un düşüncesine, ancak bir şartla başlayan ‘Pamphilus’u vermezsen, o kadar vermeyi taahhüt ediyor musun?’

şeklinde olmayan bir *stipulatio* ile katılınabilir. Bilakis *stipulatio* şu şekildeyse: ‘*Pamphilus*’u vermeyi taahhüt ediyor musun? Onu vermezsen o kadar vermeyi taahhüt ediyor musun?’ Burada amacın hem köleyi hem de parayı vermek olması kanıtlandığında, eğer köle verilmezse bu (düşünce-*Sabinianus*’un düşüncesi-) hiç şüphesiz doğru olacaktır. Ancak aynı zamanda, köle verilmediği takdirde, sadece paranın ödenmesi gerektiği şeklinde bir *stipulatio* yapılsaydı, sözleşme taraflarının isteklerinin kölenin verilmesi veya paranın talep edilmesi yönünde olduğu kanıtlandığına göre, aynı düşünceyi desteklemek gerekirdi.”

Yukarıdaki *Pap. D. 45.1.115.2* metni *interpolatio* izleri taşısa da, bu metnin Klasik Hukuk Dönemi düşüncesini içerdiği düşünülmektedir⁴⁷⁷. Bu metinde muacceliyet anıyla ilgili olarak herhangi bir ifade içermeyen ceza koşullarında, Romalı hukukçuların yorum yoluyla farklı sonuçlara vardığı görülmektedir. İlk olarak *Sabinus*, icra edilmesi veya icra edilmemesi istenen davranışın gerçekleşmesi amacıyla kararlaştırılan (bağımsız) ceza koşullarında, söz konusu yapma ediminin, borçluyu sorumlu tutacak şekilde “derhal” yapılmamasıyla, muacceliyetin de gerçekleşeceğini kabul etmiştir. *Sabinus*’un bu yorumu, alacaklıyı söz konusu yapma ediminin imkansızlaşmasına kadar beklemekten kurtardığından, alacaklı lehinedir. *Sabinus* bu yorumunu, hem tarafların amacına (*sententia contrahentium*), hem de erzak vasiyeti (*legatum penoris*)⁴⁷⁸ örneğine dayanarak açıklamıştır. Zira *Sabinus*’a göre, tarafların bağımsız ceza koşulunu kararlaştırmasındaki amaç, belirli bir edimi taahhüt edenin, o taahhüdünü “derhal” gerçekleştirmesini sağlamaktır. Ayrıca bağımsız ceza koşulunda, ceza koşulunun daha sonraki bir zamanda muaccel olmasını sağlamak da alacaklının

⁴⁷⁷ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 124; Babusiaux, s. 79.

⁴⁷⁸ Aynı yönde *D. 36.2.19 pr. (Iulianus 70 Dig.)*: “*Cum sine praefinitione temporis legatum ita datum fuerit: "uxori meae penum heres dato: si non dederit, centum dato", unum legatum intellegitur centum et statim peti potest, penoris autem causa eo tantum pertinet, ut ante litem contestatam tradita peno heres liberetur.*” “Mirasçım karıma erzak sağlayacaktır, eğer sağlamazsa, yüz verecektir şeklinde herhangi bir süre belirlenmeden bir vasiyet yapıldığında, vasiyet tektir ve konusu yüzdür: bu hemen (o anda) istenebilir. Erzak sağlanmasından söz etme, ayrıca sadece *litis contestatio*’dan önce bu şeylerin verilmesiyle, mirasçıyı borcundan kurtarıcı etkiye sahiptir.”

elinde olduğundan, ifa için uzak bir yer kararlaştırılmamışsa⁴⁷⁹ herhangi bir vade içermeyen ceza koşulu için muacceliyet, kural olarak “derhal” gerçekleşmelidir⁴⁸⁰:

D. 45.1.41.1 (Ulpianus 50 ad sab.)

“Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore.”

“Borçlarda vadenin belirtilmediği her defa, oraya varmak için belirli bir süreyi gerektiren yer belirtilmedikçe, borç hemen ödenmiş (yerine getirilmiş) olmalıdır. Ancak belirtilen gün, borcun derhal yerine getirilme ihtiyacına neden olmaz. Öyle görünüyor ki, bir gün belirleme, taahhüt eden lehinedir; yoksa alacaklı lehine değildir.”

Iust. Inst.3.15.2

“Omnis stipulatio aut pure aut in diem aut sub condicione fit. pure veluti quinque aureos dare spondes? idque confestim peti potest...”

“Her stipulatio, ya kayıtsız şartsız ya vadeli veya şartlı olur. Kayıtsız şartsız olarak, mesela: «beş altın vermeyi taahhüt ediyor musun?»; bu takdirde derhal talepte bulunulabilir...”

⁴⁷⁹ Ayrıca bkz. Ven. D. 45.1.137.2.

D. 13.4.2.6 (Ulpianus 27 ad ed.): *“Qui ita stipulatur "ephesi decem dari": si ante diem, quam ephesum pervenire possit, agat, perperam ante diem agi, quia et iulianus putat diem tacite huic stipulationi inesse. quare verum puto, quod iulianus ait eum, qui romae stipulatur hodie carthagine dari, inutiliter stipulari.”* “Her kim ‘Efes’te on miktar vermiş olmayı’ taahhüt ettirir ve Efes’e varmadan önce dava ederse, (o kadar talep) hakkı olmaması nedeniyle kaybeder. Çünkü muacceliyetten önce dava açtığı bellidir. Zira Iulianus, muacceliyet anının, bu stipulatio’da zımnen var olduğunu düşünür. Bu yüzden, Iulianus’un söylediği gibi, “bugün Kartaca’da (bir miktar) vermiş olmayı” Roma’da taahhüt eden kimsenin taahhüdünü geçerli saymamayı düşünüyorum.”

Iust. Inst.: 3.15.5: *“Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti CARTHAGINE DARE 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.”* “Stipulatio’da, yeri belli etmek adettir: Mesela, Kartaca’da vermeyi taahhüt ediyor musun? Her ne kadar bu stipulatio kayıtsız şartsız yapılmış kabul edilirse 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 imkânsızdır.”

⁴⁸⁰ Siber, s. 262-263; Monier, Tome 2, s. 241; Knütel, Stipulatio Poenae, s. 124-125; Zimmermann, s. 104; Babusiaux, s. 79-80. Ayrıca bkz. Pomp. D. 50.17.14; Paul. D. 36.2.21 pr.

Yukarıdaki metinlerde, ifa zamanı kararlaştırılmayan borçların, derhal yerine getirilmesi belirtilmektedir. Bu örneklere ek olarak, *Sabinus*'un görüşünün açıklandığı asıl metin olan *Pap. D. 45.1.115.2*'de, *Sabinus*'un alacaklı lehine olan bu yorumunu dayandırdığı gerekçelerden ikincisi de, erzak vasiyeti örneği olarak gösterilmiştir. Bu örnekte vasiyeti yapan kimse, mirasçılarına, belirlediği bir kimseye -dul kalan kadına- erzak sağlamazlarsa belli bir miktar ödemeleri gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu vasiyet örneğinde de herhangi bir süre belirtilmemiş olduğundan, mirasçılar erzak sağlamayı gerçekleştirmediğinde, söz konusu miktardaki paranın talebi “derhal” gerçekleşmeliydi. Vasiyeti yapan kimsenin ölümünden sonra, dul kalan kadına söz konusu erzakın derhal sağlanması, vasiyetin ve vasiyeti yapan kimsenin amacına da uygundu⁴⁸¹.

4. Vade Belirtilmeyen Ceza Koşulunda Muacceliyet Anıyla İlgili Olarak *Papinianus*'un Görüşü

a. Vade Belirtilmeyen Bağımsız (Gerçek Olmayan) Ceza Koşulunda Muacceliyet Anıyla İlgili Olarak *Papinianus*'un Görüşü

Papinianus, ceza koşulunun muacceliyet anıyla ilgili olarak herhangi bir ifade söz konusu olmadığında, bu muacceliyetin ne zaman gerçekleşeceğiyle ilgili olarak, *Pegasus* ve *Sabinus*'un yorumlarını birleştirici, yeni bir yorum ileri sürmüştü:

⁴⁸¹ *D. 36.2.19 pr. (Iulianus 70 Dig.): “Cum sine praefinitione temporis legatum ita datum fuerit: “uxori meae penum heres dato: si non dederit, centum dato”, unum legatum intellegitur centum et statim peti potest, penoris autem causa eo tantum pertinet, ut ante litem contestatam tradita peno heres liberetur.”* “Mirasçım karıma erzak sağlayacaktır, eğer sağlamazsa, yüz miktar verecektir şeklinde herhangi bir süre belirlenmeden bir vasiyet yapıldığında, vasiyet tektir ve konusu yüz miktardır: bu hemen (o anda) istenebilir. Erzak sağlanmasından söz etme, ayrıca sadece *litis contestatio*'dan önce bu şeylerin verilmesiyle mirasçıyı borcundan kurtarıcı etkiye sahiptir.”

Her ne kadar *Sabinus* burada bağımsız ceza koşuluyla “*heres meus, si penum non dederit, centum dato*” şeklinde yapılan bir vasiyet örneği arasında bağlantı kurmuş olsa da; “*penum heres dato, si non dederit, centum dato*” şeklinde yapılan vasiyetlerle de aynı sonuca ulaşılabilirdiğinden bahsedilmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, vasiyette miras bırakanın iradesinin esas alınarak, gerek erzak sağlanması gerekse belirtilen miktarın ödenmesinin, miras bırakanın iradesine uygun olarak, her iki sonucun da bunların bırakıldığı eşin lehine, yani onun menfaatine uygun bir durum yaratmasıdır (Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 128).

D. 45.1.115 pr. (Papinianus 2 quaest.)

“Ita stipulatus sum: " te sisti in certo loco: si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes?" si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio. non secus ac si quod pondere numero mensura continetur sine adiectione ponderis numeri mensurae stipulatus essem, vel insulam aedificari non demonstrato loco, vel fundum dari non adiecto nomine. quod si ab initio id agebatur, ut quocumque die sisteres et, si non stetisses, pecuniam dares, quasi quaelibet stipulatio sub condicione concepta vires habebit, nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse.”

“Şu şekilde bir *stipulatio* yaptığımda, belli bir yerde (dava için) hazır olacaksın, eğer burada hazır olmazsan, elli parça altın vermeyi taahhüt ediyor musun? Eğer *stipulatio*’da belirli bir günde (dava için) hazır olman söz konusuysa ve *stipulatio*’da hatayla gün unutulmuşsa, *stipulatio* geçersiz olacaktı. Aynı şekilde ağırlıkla, sayıyla, ölçüyle değer biçildiğinde ve ben de ağırlıksız, sayısız ve ölçüsüz bir biçimde *stipulatio*’yu yapmışsam; (ya da) aynı şekilde yeri belirtmeksizin veya nasıl adlandırıldığı söylenmeksizin yer sağlanıp, bir ev inşasından bahsediliyorsa aynı şey söz konusu olurdu. Başlangıçtan beri, herhangi bir gün davada hazır olman ve bunu yapmaman halinde (de) bir cezanın (ceza koşulunun) ödenmesi söz konusu olduğunda, bu *stipulatio* bütün *stipulatio*’lar gibi şartlı olacaktır ve cezanın (ceza koşulunun), sadece taahhüt edenin orada (davada) hazır olamayacağı zaman talep edilebilmesi açıkça ortadadır.”

Bir kimsenin davada hazır olmasına ilişkin *vadimonium* ile ilgili olan bu metinde, davada hazır bulunma zamanı belirtilmediğinde, ceza koşulu aracılığıyla oluşan *cautio vadimonium sisti*’nin geçerli olup olmadığına ilişkin görüş bildirilmektedir. *Papinianus*’a göre, eğer davada hazır bulunma zamanı unutulmuşsa, diğer durumlarda verilen örnekler gibi *cautio vadimonium sisti* dolayısıyla ceza koşulu da hükümsüz olurdu. Eğer davada hazır bulunma zamanı bilerek eklenmemişse, yani davada hazır

bulunması istenilen kimsenin, bu hazır bulunma durumunun ne zaman gerçekleşeceği onun isteğine bırakılmışsa, söz konusu kimsenin davada hazır bulunması imkansızlaştığı anda, ceza koşulu da muaccel hale gelirdi. Zira davada hazır bulunma anı belirtilmediği için, yani davada hazır bulunma anı davada hazır bulunacak kimsenin isteğine bırakıldığından, o kimsenin davada hazır bulunması imkansızlaştığı anda ceza koşulu da muaccel hale gelirdi. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, *Papinianus*'a göre, yani ceza koşuluyla teminat altına alınan işlemin imkansızlaştığı anda ceza koşulunun da muaccel olması halinin, “bağımsız ceza koşuluna” ilişkin olmasıydı⁴⁸².

Metnin devamındaki diğer metinde de *Papinianus*, bağımsız ceza koşulunun, ancak bağımsız ceza koşuluyla teminat altına alınan davranışın imkansızlaştığı anda muaccel olacağı görüşünü, başka örneklerle desteklemişti:

D. 45.1.115.1 (Papinianus 2 quaest.)

“Sed et si ita stipulatus fuero: ‘ si in capitolium non ascenderis’ vel ‘alexandriam non ieris, centum dari spondes?’ non statim committetur stipulatio, quamvis capitolium ascendere vel alexandriam pervenire potueris, sed cum certum esse coeperit te capitolium ascendere vel alexandriam ire non posse.”

“*Capitolium*’a çıkmazsan veya İskenderiye’ye gitmezsen, yüz vermeyi taahhüt ediyor musun? şeklinde bir *stipulatio* yaptığımda, *Capitolium*’a çıkmış veya İskenderiye’ye gitmiş olduğunda, *stipulatio* hemen etki etmezdi. Bilakis senin *Capitolium*’a çıkamayacağının veya İskenderiye’ye seyahat edemeyeceğinin kesinliği sabit olduğu andan itibaren (*stipulatio*) etki eder (ceza muaccel olur).”

⁴⁸² Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 121-122. Aksi görüş için bkz. Hägerström, *Beil.* 9, s. 197. *Pap. D. 45.1.115 pr.*’de herhangi bir tarih verilmeyen *cautio vadimonium sisti*’nin geçerli olup olmadığı tartışılmakla birlikte, *cautio vadimonium sisti*’de tarih belirtmenin, bu *cautio*’nun esaslı unsuru olduğu metinden anlaşılmaktadır. Çünkü tarih belirtilmediği takdirde ceza koşulunun hükümsüz olduğu belirtilmektedir. Ancak tarih en başından beri, taahhüt eden herhangi bir tarihte davada hazır bulunsun diye bilerek *cautio*’ya eklenmediyse, taahhüt, şartın eklendiği diğer *stipulatio*’lar gibi geçerli olurdu. *Papinianus*’u bu düşünceye sevk eden neden, *cautio*’nun belirsizlik içermesiydi (Knütel, *Ars Iuris*, s. 241-242).

Yukarıdaki metinde *Papinianus*, bağımsız ceza koşuluyla teminat altına alınan işlemin imkansızlaştığı anda, ceza koşulunun muaccel olacağı görüşünü açıklarken, hep *facere* (yapma) edimlerinden yola çıkmıştı. Davada hazır bulunması, *Capitolium*'a çıkılması ya da İskenderiye'ye gidilmesi örnekleri, hep *facere* (yapma) edimlerini göstermekteydi. Buna karşılık, *Pap. D. 45.1.115.2* metninde⁴⁸³ *Pegasus*'un açıklamasındaki ceza koşulunun muacceliyeti örneği, *dare* (verme) edimine dayanmaktaydı. Şöyle ki: *Pap. D. 45.1.115.2* metninin başındaki ifadeye göre "...bana *Pamphilus*'u vermezsen, yüz vermeyi taahhüt ediyor musun? *Pegasus*'un cevap verdiği gibi, *Pamphilus*'un verilme olanağı (olasılığı) artık sona ermeden önce, *stipulatio*'dan kaynaklanan ceza, muaccel olmaz." Ancak *Papinianus* da bağımsız ceza koşulunda, *Pegasus*'un görüşünü kabul ettiğinden, bağımsız ceza koşulunun bağlandığı edim, *facere* veya *dare* edimi olabilirdi. Bağımsız ceza koşulunu oluşturan koşulun türüne göre, gerçekleşmesinin veya gerçekleşmemesinin imkansızlaşmasıyla, bağımsız ceza koşulu da muaccel olurdu. Zira bağımsız ceza koşulunda, gerçek ceza koşulunda olduğu gibi, taraflar arasında ana borç söz konusu olmadığından, sadece bağımsız ceza koşulundaki koşulun gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesine bağlı olan bir borç (*in condicione* şeklinde bir borç) söz konusu olduğundan, ancak şartın gerçekleşmesi imkansızlaştığı anda, vade belirtilmeyen bağımsız ceza koşulu da muacceliyet kazanırdı. Böylece alacaklı şartın imkansızlaşmasını bekleyeceğinden, aslında alacaklı aleyhine bir yorum söz konusuydu. Ancak *Papinianus* tarafından bu şekilde bir çözüm yoluna başvurulmasının nedeni, bağımsız ceza koşulu kararlaştırılırken, alacaklının elinde bulunan derhal muacceliyet veya herhangi bir ifa zamanı belirleme olanaklarının seçilmemesiydi⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Bkz. yuk. İkinci Bölüm, IV, B, 2.

⁴⁸⁴ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 131; Monier, Tome 2, s. 241.

b. Vade Belirtilmeyen Gerçek Ceza Koşulunda Muacceliyet Anıyla İlgili Olarak *Papinianus*'un Görüşü

Pap. D. 45.1.115.2'de *Papinianus*, vade belirtilmeyen ceza koşullarında muacceliyet anıyla ilgili olarak görüşünü örneklerle açıklarken, aslında vade belirtilmeyen bağımsız ceza koşulu ve gerçek ceza koşulunda, muacceliyet anlarının da farklı olması gerektiğini savunmuştu. Şöyle ki: *Pap. D. 45.1.115.2*' de *Sabinus*'un vade belirtilmeyen ceza koşulunda muacceliyet anının hemen muaccel olacağı görüşüne, *Papinianus*, ancak gerçek ceza koşulunda katılmaktaydı. Bunun için de, *Sabinus*'un ceza koşulunun derhal muaccel olacağı görüşünün, ancak bağımsız ceza koşulu haricindeki durumda, yani gerçek ceza koşulunda gerçekleşeceğini kabul etmekteydi. O halde '*Pamphilus*'u vermeyi taahhüt ediyor musun? Onu vermezsen o kadar vermeyi taahhüt ediyor musun?' şeklindeki gerçek ceza koşulu örneğinde, ifa gerçekleşebilecekse, ceza koşulu da "derhal" muaccel olmalıydı. Görüldüğü üzere bu yorum metoduyla ceza koşulunun "derhal" borçlanılması, alacaklı lehine olduğu gibi, borçlu aleyhinedir. İfa zamanı belirtilmeyen gerçek ceza koşulunda *Papinianus*'u derhal muacceliyete götüren gerekçe, *Sabinus*'un gerekçesinden farklıydı. Zira *Sabinus*, derhal muacceliyette tarafların amacından ve erzak vasiyeti örneğinden yola çıkarken; *Papinianus*'u gerçek ceza koşulunda "derhal" muacceliyete götüren neden, gerçek ceza koşulunda ceza koşulunun ana borca bağlı olması dolayısıyla ceza koşulunun fer'iliği⁴⁸⁵. Yani gerçek ceza koşulunun bağlı olduğu "*Pamphilus*'un verilmesi" ana

⁴⁸⁵ *D. 19.2.58.1 (Labeo 4 post. a iav. epit.): "In operis locatione non erat dictum, ante quam diem effici deberet: deinde, si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat. eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset, quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit."* "Eserin hangi tarihe kadar bitmiş olacağı (rıza) eser sözleşmesinde belirlenmemiştir. Bu eser sözleşmesine ilaveten müteahhit, (alışılmış şekilde) *stipulatio* formu altında, eserin tamamlanmamış olma hali için, iş sahibinin menfaatine (*interesse*) uygun gelen miktarı ödemeyi taahhüt etti. (*Stipulatio*'dan kaynaklanan) bu borcun süresinin dürüst, namuslu bir üçüncü kişinin (*bonus vir*) kabul ettiği sınırlayıcı şartla (süre şartıyla) meydana geldiğini düşünüyorum. Çünkü eser sözleşmesinde taraflarca bariz bir şekilde, eserin gerektiği sürede bitirilmiş olması kastedilmiştir."

Papinianus'un görüşüyle paralel başka bir metinde de, açıkça ceza koşulu kararlaştırılmasından bahsedilmese de, KNÜTEL'e göre, ana borca bağlı menfaat neyi gerektiriyorsa, o miktarın ödeneceği bir

borcunun muacceliyet anı “derhal” olduğundan, ona bağlı olan gerçek ceza koşulunun muacceliyeti de “derhal” olmalıydı⁴⁸⁶.

5. Hakem Kararının Yerine Getirilmesi için Herhangi Bir Süre Belirtilmemesi Halinde “Makul Süre (*Modicum Tempus*)” Kavramının Kullanılması

Hakem, kararında taraflardan birini belli bir miktarı ödemeye mahkum edip, zamanını belirtmediğinde, borçlu bu miktarı “hemen” ödemezse, *stipulatio* yoluyla kararlaştırılan *poena*’nın talebi hakkında dava açılıp açılmayacağıyla ilgili olarak hukukçuların farklı görüşleri bulunmaktaydı. *Africanus*’un *Servius*’a atıfta bulunduğu açıklamasına göre, hakemin (*arbiter*) verdiği kararın yerine getirilmesi hakkında herhangi bir süre belirlenmemişse, aleyhine karar verilen kimse bu kararı “*modicum tempus* (makul süre)” içerisinde yerine getirmeliydi. *Modicus*, orta, ortalama, az anlamlarına gelmekteydi⁴⁸⁷; tahkim yargılamasında hakemin verdiği kararın yerine getirilmesi bakımından da ölçüyü aşmayan, ölçülü, makul anlamına gelmekteydi⁴⁸⁸. Ancak *modicus* kavramındaki belirsizliği giderme yetkisi, diğer belirsiz hukuki durumları da açıklığa kavuşturan *praetor* veya *iudex*’e (hakim) verilmişti. *Modicus* kavramı, somut uyuşmazlıklardaki belirsizliklerin çözümü için, daha Klasik Hukuk Dönemi’nde hukukçular tarafından kullanılır olmuştur⁴⁸⁹.

stipulatio’dan bahsedilmektedir. Bu *stipulatio*’dan kaynaklanan alacağın talep edilebilmesi hakkında herhangi bir vade belirtilmemiş olsa da, *Labeo*’ya göre muacceliyet anı, dürüst, namuslu bir üçüncü kişi (*bonus vir*) için gereken sürenin sonudur (Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 132-134).

⁴⁸⁶ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 131; Babusiaux, s. 79-80.

⁴⁸⁷ Kabağaç/Alova, s. 372.

⁴⁸⁸ Klingberg, s. 188 dn.13.

⁴⁸⁹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 135; Klingenberg, s.188-190. Bu kavramın geçtiği metinlerin *interpolatio* izleri taşıdığı hakkında bkz. Berger, s. 585. Ayrıca *quod actum* söz konusuysa, *compromissum* devam ederken de, bazen ceza koşulunun birçok kez muaccel olması hakkında bkz. *Paul. D. 4.8.34.1* (Knütel, *Das mehrfache Verfall*, s. 158-160).

a. Hakem Kararında Mahkumiyetin Yerine Getirilmesi için Herhangi Bir Süre Belirtilmemesi Halinde, Borçlunun Borcunu Yerine Getireceği Sürenin Belirlenmesi Hakkında *Servius/Africanus* (Afr. D.44.7.23) ve *Celsus/Ulpianus*'un Görüşü (Ulp. D. 4.8.21.12)

aa. *Servius/Africanus*'un Görüşü (Afr. D.44.7.23)

D. 44.7.23 (Africanus 7 quaest.)

“...adeo ut et illud servius rectissime existimaverit, si quando dies, qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset, modicum spatium datum videri...”

“...*Servius* haklı bir şekilde düşünür ki, hakemin verdiği karar, ödeme için belirli bir gün içermiyorsa, uygun bir zaman aralığı verilmiş gibi düşünülür...”

Africanus'a göre, borcun yerine getirilmesi hakkında tahkim kararında herhangi bir süre belirtilmediğinde, mahkum edilen kimse bu borcunu yerine getirmede makul bir süreye sahiptir. *Africanus* bu görüşünü *Servius*'a dayandırdığı için, tahkim yargılamasında hakemin kararı mahkum olunan miktarın yerine getirilmesi hakkında herhangi bir süreyi içermediği takdirde, mahkum edilen kimsenin uygun bir süreye sahip olduğu düşüncesinin, *Servius*'a kadar geri gittiği ve Klasik Hukuk Dönemi'ndeki hukukçular tarafından da bu konunun tartışıldığı günümüzde kabul edilmektedir⁴⁹⁰.

bb. *Celsus/Ulpianus*'un Görüşü (Ulp. D. 4.8.21.12)

D. 4.8.21.12 (Ulpianus 13 ad ed.)

“*Intra quantum autem temporis, nisi detur quod arbiter iusserit, committatur stipulatio, videndum est. et si quidem dies adiectus non sit, celsus scribit libro secundo digestorum inesse quoddam modicum tempus: quod ubi praeterierit, poena statim peti*

⁴⁹⁰ Ziegler, s. 29; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 139-140; Klingenberg, s. 235-236.

potest: et tamen, inquit, et si dederit ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit.”

“Hakemin belirttiği (buyurduğu) şey yerine getirilmediğinde, hangi süre içerisinde cezanın (ceza koşulunun) muaccel olacağı düşünülmelidir. (Tahkim yargılamasındaki kararında) zaman açıkça belirtilmemişse, bu karar, *Celsus*’un *Digestası*’nın 2. kitabında yazdığı gibi, makul bir süreyi içerir. Bu süre geçer geçmez, ceza (koşulu) hemen dava edilebilir. Ayrıca *Celsus*’un söylediği gibi, borçlu *litis contestatio*’dan (anlaşmazlığın tespitinden) önce borcunu yerine getirirse, *stipulatio*’dan kaynaklanan dava başarılı bir şekilde açılmaz.”

Yukarıdaki metne göre, hakem kararında mahkum olunan miktarın yerine getirilmesi için herhangi bir süre belirtilmemişse, bu karar makul bir sürede (*modicum tempus*) yerine getirilmeliydi. KNÜTEL’e göre, tahkim yargılaması sonucundaki karara uyulması için *stipulatio* yoluyla kararlaştırılan ceza koşulu bağımsız ceza koşuluydu. Daha önce de belirtildiği üzere, vade belirtilmeyen ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağı Romalı hukukçular arasında tartışmalıydı. *Pegasus*’a göre, bağımsız ceza koşulunu oluşturan koşulun imkansız hale gelmesiyle ceza koşulu muacceliyet kazanırken; *Sabinus*’a göre ceza koşulunu oluşturan koşul, derhal yerine getirilmediğinde ceza koşulu muaccel olurdu. *Papinianus*, bağımsız ceza koşulunda *Pegasus*’un; gerçek ceza koşulundaysa *Sabinus*’un görüşünü paylaşıyordu. Fakat *Ulpianus* yukarıdaki metinde, tahkim yargılamasındaki (*compromissum*) özellikli durum gereği, mahkum edilen kimsenin mahkumiyet hükmünü yerine getirmesi için herhangi bir süre belirtilmemesi durumunda, *stipulatio* aracılığıyla taahhüt edilen ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağıyla ilgili farklı bir sonuca ulaşmıştı. Zira tahkim yargılaması sonucunda mahkum edilen miktarın ödenmesi için süreyi hakem belirlediğinden, yani tarafların belirleyebileceği bir süre söz konusu olmadığından böyle bir sonuca varılmış olmalıydı. Aynı şekilde *compromissum*’daki *stipulatio*’dan kaynaklanan ceza koşulu, mahkumiyet miktarının yerine getirilmemesi şartına

bağlandığından, mahkumiyetin yerine getirilmesinin imkansızlaşmasının beklenmesi, *compromissum*'da hiçbir pratik sonuca neden olmamaktaydı. Yine bu metinde *compromissum*'da mahkumiyet kararının yerine getirilmesi için uygun bir sürenin tanınmış olması ve *compromissum*'un zorunlu unsuru olan ceza koşulundan kaynaklanan edimin talep edilebilmesinin de söz konusu uygun sürenin geçirilmiş olmasına bağlanması, mahkumiyet kararını haklı nedenlerle derhal yerine getiremeyen kimse lehine adaletli bir çözüm yoluna başvurulduğunu göstermekteydi. Zira daha XII Levha Kanunu'nda mahkum olan kimsenin 30 gün içinde kararı yerine getirmesi⁴⁹¹ ve yine *formula* yargılamasında da mahkum olunan miktarın 30 gün içinde ödenmesi kabul edildiğinden⁴⁹², *compromissum*'da da uygun bir sürenin verilmiş olmaması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilirdi. *Ulpianus* bu nedenlerden dolayı, *compromissum*'da mahkumiyet kararının yerine getirilmesinde herhangi bir süre belirtmeyen hakem kararı karşısında, kararı yerine getirmeyen taraf aleyhine kararlaştırılmış olan ceza koşulunu talep etmeyi, uyuşmazlığın niteliğine göre mahkumiyet kararının yerine getirilmesi için gereken makul sürenin (*modicum tempus*) geçirilmiş olmasına bağlamış olmalıydı⁴⁹³.

b. Herhangi Bir Süre Belirtilmeyen Hakem Kararının Yerine Getirilmesinden Önce Borçlunun Ölmesiyle, Ceza Koşulunun Muacceliyeti Arasındaki İlişki Konusunda *Labeo*'nun Görüşü (*Ulp. D. 4. 8.27.1*)

D. 4.8.27.1 (Ulpianus 13 ad ed.)

“Si heredis mentio vel ceterorum facta in compromisso non fuerit, morte solvetur compromissum: nec utimur labeonis sententia, qui existimavit, si arbiter aliquem pecuniam dare iusserit et is decesserit antequam daret, poenam committi, licet heres eius paratus sit offerre.”

⁴⁹¹ *Leges XII Tabularum* (3.1) : “*aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt.*” “Borçlu olduğu kabul edildikten ve uyuşmazlık üstüne dava makamınca karar verildikten sonra (borçlunun borcunu ödemesi için) 30 gün yasal süre olsun.” (Türkçe metin Sandalcı, s. 27, 46).

⁴⁹² Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 309.

⁴⁹³ Ziegler, s. 141-142; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 136-137; Klingenberg, s. 235 vd. Aksi yönde bkz. Finkenauer, s. 133.

“Tahkim sözleşmesinde mirasçı veya diğer halefler belirtilmediğinde, tahkim sözleşmesi ölümle birlikte sona ermiş olur. Ancak hakem taraflardan birini bir miktar para ödemeye mahkum ettiğinde ve bu kimse de ödemeyi yapmadan öldüğünde, mirasçı o miktarı (ödemeyi) teklif etmiş olduğunda, cezanın muaccel olacağı görüşünü savunan *Labeo*’ya katılmıyoruz.”

Yukarıdaki metinde ilk olarak *Labeo*’ya göre, hakem kararında herhangi bir süre belirtilmeden belli bir miktarın ödenmesi hakkındaki mahkumiyet kararı söz konusu olduğunda, mahkum olanın ölmesiyle birlikte *stipulatio poenae* de muaccel hale gelirdi. Mirasçının mahkumiyet hükmünü yerine getirmeyi teklif etmesi, muaccel olan *stipulatio poenae*’nin sonuçlarının ortadan kalkmasına neden olmazdı. O halde *Labeo*, *compromissum* kararına uyulması hakkındaki *stipulatio poenae*’nin muacceliyeti için herhangi bir süre belirtilmediğinde, borçlunun makul bir süreye (*modicum tempus*) sahip olduğu fikrinden hareket etmemiştir. Bilakis *Pegasus*’un bağımsız ceza koşulunun dayandığı, fiilin imkansız olduğu anda *stipulatio poenae*’nin de muaccel olacağı görüşünü kabul etmekteydi. Çünkü hakem kararında herhangi bir süre belirtilmediğinde, mahkum olan kimsenin ölümüyle *stipulatio poenae*’yi oluşturan fiilin gerçekleşmesi imkansız hale geleceğinden, *stipulatio poenae* de ölüm olayıyla birlikte muaccel hale gelmiş olurdu. Hatta sonradan mirasçının mahkumiyet hükmünü yerine getirmeyi teklif etmiş olması bile, *stipulatio*’nun muacceliyetini ortadan kaldırmazdı. Bu nedenle *Labeo*, *compromissum*’da ceza koşulunun muacceliyeti bakımından, *Pegasus*’un düşüncelerini sıkı bir şekilde savunmaktaydı⁴⁹⁴.

Ancak *Ulpianus* bu metinde, *Labeo*’dan farklı düşünmekteydi. Çünkü *Ulpianus*’a göre, borçlunun mirasçıları muhtemelen *poena*’dan daha az olan hakem kararındaki mahkumiyeti yerine getirmek istediğinde, artık ceza koşulu muaccel olmamalıydı. Bu kapsamda *Ulpianus*, tahkim sözleşmesinin ölümle birlikte mirasçılara geçeceği şartının

⁴⁹⁴ Ziegler, s. 40-41, 73-74; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 142.

yer almaması durumunda⁴⁹⁵, taraflardan birinin ölümünün, sözleşmenin de sona ermesine neden olacağını belirtmişti. Bu görüş KNÜTEL'e göre *facere stipulatio*'larının (yapma edimi içeren *stipulatio*'ların) mirasçılara intikal etmeyeceği kuralıyla da uyum içindeydi. Zira hakemin vereceği karara uyulmaması hali için yapılan *stipulatio poenae*'nin içeriğini *facere* (yapma) edimi oluşturduğundan, tahkim sözleşmesi de ölümle birlikte sona ererdi (*compromissum morte solvitur*). Ancak *compromissum*'da, bu sözleşmeden kaynaklanan hükümlerin mirasçılara geçeceği belirtilmese bile, *Ulpianus*'un *Celsus*'un öncülük ettiği makul süre (*modicum tempus*) görüşünü kabul ettiği varsayıldığında, *Labeo*'nun düşüncesini de neden reddettiği anlaşılabilir. Zira borçlunun mahkumiyetle birlikte ve fakat ölmeden önce, mahkum olduğu miktarı yerine getirme bakımından makul bir süreye (*modicum tempus*) sahip olduğu var sayılırsa, söz konusu *facere* (yapma) edimi *dare* (verme) edimi haline geldiğinden artık bu borç mirasçılara da intikal ederdi⁴⁹⁶. Buna karşılık FINKENAUER bu metne farklı bir açıdan yaklaşp, Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren mirasçılara intikal edeceği şartı yer almasa bile, *compromissum*'u oluşturan *stipulatio poenae*'nin mirasçılara intikal edeceğini kabul eder. Bu nedenle de, borçlu hakem kararının yerine getirilmesi için belirlenen tarihten önce ölse de, başka hiçbir açıklamaya gerek kalmadan *poena*'yı ödeme yükümlülüğü de mirasçılara intikal etmeliydi⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Metnin bu kısmıyla ilgili açıklamalar için bkz. Finkenauer, s. 131

⁴⁹⁶ Ziegler, s. 40, 42; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 141 vd.

⁴⁹⁷ Finkenauer, s. 131 vd.

V. GERÇEKLEŞMİŞ OLAN CEZA KOŞULUNUN ARTIK ORTADAN KALKMAMASI (*SEMEL COMMISSA POENA NON EVANESCIT*) VE ÖZELLİKLE İSTİSNALARI

A. *SEMEL COMMISSA POENA NON EVANESCIT*

Gerçekleşmiş olan ceza koşulunun artık ortadan kalkmamasını ifade eden⁴⁹⁸ “*semel commissa poena non evanescit*” kuralıyla, ceza koşulunun muaccel olduktan sonra etkilerinin ortadan kaldırılamayacağı belirtilmektedir⁴⁹⁹. Uyuşmazlık çözümleriyle ilgili olan metinlerde Romalı hukukçuların her ne kadar söz konusu kurala uygun karar verdiği görülse de, birçok durumda, ceza koşulunun muaccel olduktan sonra bu etkileri kaybettiğine de rastlanılmaktadır⁵⁰⁰. *Poena* muaccel olduktan sonra meydana gelen bazı değişiklikler sonucunda artık talep edilebilse de, ya yorum yoluyla ceza koşulunun *ipso iure* sona erdiği kabul edilirdi ya da ceza koşulu talep edildiğinde borçluya *exceptio doli* tanınırdı. Özellikle de tahkim (*compromissum*) yargılaması sonucundaki kararda herhangi bir süre belirtilmemişse, kararın yerine getirilmesi için gereken makul süre (*modicum tempus*) sonrasında, alacaklı açısından değerini koruması şartıyla, *litis contestatio*’ya kadar hakem kararı yerine getirilirse, ceza koşulu da *ipso iure* sona ererdi. Ancak *compromissum* kararında, bu kararın yerine getirilmesi için belirli bir süre öngörülmüşse, bu süreden sonra borçlunun ifa etmek istediği edimi, alacaklı da kabul edip, sonradan ceza koşulunun muaccel olması nedeniyle dava açarsa, borçluya *exceptio doli* tanınırdı. Her ne kadar Roma hukukunda, günümüz modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, fahiş ceza koşulunun indirilmesiyle borçlunun korunması kuralı yer almadığından, borçlunun korunmadığı düşünülse de; *semel*

⁴⁹⁸ Erdoğmuş, Hukukta Latince, s. 135.

⁴⁹⁹ Honsell, s. 93; Siber, s. 264; Kaser, RP I, s. 521; Honsell, s. 93.

⁵⁰⁰ Kaden, E.-H., Rezension zu “Guarneri-Citati, A., Semel commissa poena non evanescit, Bull. XXXII, 1922, p.241/272”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, romanistische Abteilung, Bd. 47, 1927, s.563-564. *Cels. Ulp. D. 4.8.21.12; Paul. D. 4.8.22; Cels.-Ulp. D.4.8.23 pr.* metinleri için bkz. İkinci Bölüm, V, B, 1, a.

commissa poena non evanescit kuralının istisnalarının tanınmasıyla, borçlu yine de korunmuş olurdu⁵⁰¹.

B. SEMEL COMMISSA POENA NON EVANESCIT KURALININ (GERÇEKLEŞMİŞ OLAN CEZA KOŞULUNUN ARTIK ORTADAN KALKMAMASININ) İSTİSNALARI

1. Compromissum

a. Hakem Kararında Belirli Bir Sürenin Öngörülüp Öngörülmemesine Bağlı Olarak Ceza Koşulu Muacceliyetinin Sonuçlarının Ortadan Kalkması

D. 4.8.23 pr. (Ulpianus 13 ad ed.)

“Celsus ait, si arbiter intra kalendas septembres dari iusserit nec datum erit, licet postea offeratur, attamen semel commissam poenam compromissi non evanescere, quoniam semper verum est intra kalendas datum non esse: sin autem oblatum accepit, poenam petere non potest doli exceptione removendus. contra, ubi dumtaxat dare iussus est.”

“Celsus söyler ki, bir hakem eylül ayının birine kadar belli bir miktar edimin ödenmesini düzenlediğinde ve bu gerçekleşmediğinde, söz konusu tutarın sonradan ödenmesi teklif edilmiş olsa bile, tahkim sözleşmesinde tespit edilmiş olan ve bir kere muaccel olan ceza (koşulu) yine de ortadan kalkmaz. Çünkü eylül ayının birinden önce ödenmediği kesindir. Alacaklı sonradan teklif edilen edimi kabul ettiyse, exceptio doli def'i ile karşı konulacağından, ceza koşulunu dava edemez. Ancak sadece, edim (belirli bir süre olmadan) düzenlendiğinde, farklı davranılırdı.”

Yukarıdaki metinde, hakem kararında mahkum edilen miktarın yerine getirilmemesine bağlı olarak, ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağı sorunuyla ilgilenilmişti. Ancak burada *Celsus*’a atıfta bulunan *Ulpianus*, hakem kararında bir sürenin belirtilmiş veya belirtilmemiş olmasına dikkat çekerek sonuca varmıştı. *Ulp. D.*

⁵⁰¹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 147 vd.; Knütel, *AcP* 1975, s. 47 vd.; Zimmermann, s. 110 vd.

4.8.23 *pr.*'de ifade edildiği üzere, tahkim kararında bir süre belirtilmiş ve bu süre içerisinde tahkim kararı yerine getirilmemişse, “*semel commissa poena non evanescit*” kuralı gerçek anlamını bulurdu⁵⁰².

Bu kapsamda hakem kararının yerine getirilmesi için kararda belirli bir süre öngörülmüş olmasına rağmen, bu süreye kadar mahkumiyet hükmü yerine getirilmemişse, *stipulatio poenae* talep edilebilirdi. Ancak hakem kararının yerine getirilmesi için belirtilen süre geçirildikten sonra, yargılamayı kaybedenin mahkumiyet hükmünü gerçekleştirme önerisi kabul edilirse, alacaklının sonradan bir de *stipulatio poenae* talebine karşı, yargılamayı kaybeden taraf da *exceptio doli*'yi ileri sürerdi. Burada önemli olan husus, hakem kararında bir süre belirtilip, bu süre içerisinde mahkumiyet hükmü yerine getirilmediğinde, *stipulatio poenae*'nin muaccel hale gelmesiydi. Yargılamayı kaybeden tarafın söz konusu muacceliyet hükümlerinden kurtulması, kararda belirtilen süreden sonra mahkumiyet hükmünün gerçekleştirilmesinin alacaklı tarafından kabul edilmesine bağlanmıştı. Yani hakem kararında belirlenen süre içerisinde mahkumiyet hükmü yerine getirilmediğinden muacceliyet kazanan *stipulatio poenae*'nin hükümleri, kararın yerine getirilmesi için belirlenen süreden sonraki ifayı alacaklının kabul etmesiyle, *ipso iure* değil de; *stipulatio poenae* talebine karşı ileri sürülecek olan *exceptio doli* def'iyle, *ius honorarium*'a göre ortadan kalkmış olurdu⁵⁰³.

D. 4.8.21.12 (Ulpianus 13 ad ed.)

“...*quod ubi praeterierit (sc. modicum tempus), poena statim peti potest: et tamen, inquit, et si dederit ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit.*”

“...Bu süre (*modicum tempus*) geçer geçmez, ceza (koşulu) hemen dava edilebilir. Ayrıca *Celsus*'un söylediği gibi, borçlu *litis contestatio*'dan (uyuşmazlığın

⁵⁰² Zimmermann, s. 112.

⁵⁰³ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 149-150; Wubbe/Pichonnaz, s. 270-271.

tespitinden) önce edimi ifa ederse, *stipulatio*'dan kaynaklanan dava başarılı bir şekilde açılmaz.”

D. 4.8.22 (Paulus 13 ad ed.)

“*Utique nisi eius interfuerit tunc solvi.*”

“Her defasında (en azından) (edimin) önceden yerine getirilmiş olmasında, davacının özel bir menfaati olmadıkça (geçerli olurdu).”

Hakem kararında herhangi bir süre belirtilmemişse, yukarıdaki metinlerde de bahsedildiği gibi, “*semel commissa poena non evanescit*” kuralının istisnaları söz konusu olabilirdi. Şöyle ki: Hakem kararında, mahkum edilen miktarın yerine getirilmesinde herhangi bir süre belirtilmemişse, *Celsus*'un ifade ettiği gibi, yargılamayı kaybeden tarafın bu kararı yerine getirmesi için, makul bir süreye (*modicum tempus*) sahip olduğu düşünülürdü. Ancak bu makul sürenin geçirilmesinden sonra, *stipulatio poenae*'den doğan borç talep edilebilirdi. Hatta yargılamayı kaybeden taraf, mahkum edilen miktarı *litis contestatio*⁵⁰⁴'dan önce ifa ederse de, ceza koşulunun muacceliyet etkileri ortadan kalkmış olurdu⁵⁰⁵. Yani *poena*'nın talebi için açılan davada, *litis*

⁵⁰⁴ *Litis contestatio*: Uyuşmazlığın tespiti anlamına gelen *litis contestatio* aşamasında iddia sahibi, karşı tarafa *formula*'yı bildirdikten sonra, karşı taraf da *formula*'yı kabul ederdi. Ancak iddiaya maruz kalan tarafın *formula*'yı kabul etme yükümlülüğü olmaması, *litis contestatio*'nun gerçek bir anlaşma olarak görülmesini gerektirdiği halde, *formula*'nın kabulünden sonra, yani *litis contestatio*'dan sonra dava açılabilirdi. Uyuşmazlık, *litis contestatio*'da saptanan esaslara göre çözülmeliydi. Hatta *praetor formula*'da belirtilenlere çok sıkı bağlı olduğundan, kendi araştırmalarında saptadığı özellik arz eden diğer durumları göz önünde bulunduramazdı. *Litis contestatio* aşamasından sonra, taraflar arasındaki tek borç, *formula*'da saptanan esaslar çerçevesinde mahkumiyet hükümlerinin yerine getirilmesi haline gelirdi (Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 304-305).

⁵⁰⁵ Aynı yönde D. 45.1.122.2 (Scaevola 28 Dig.): “*Flavius hermes hominem stichum manumissionis causa donavit et ita de eo stipulatus est: " si hominem stichum, de quo agitur, quem hac die tibi donationis causa manumissionisque dedi, a te heredeque tuo manumissus vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat, poenae nomine quinquaginta dari stipulatus est flavius hermes, spopondit claudius". quaero, an flavius hermes claudium de libertate stichi convenire potest. respondit nihil proponi, cur non potest. item quaero, an, si flavii hermetis heres a claudii herede poenam supra scriptam petere voluerit, claudii heres libertatem sticho praestare possit, ut poena liberetur. respondit posse. item quaero, si flavii hermetis heres cum claudii herede ex causa supra scripta nolit agere, an nihilo minus sticho libertas ex conventionem, quae fuit inter hermetem et claudium, ut stipulatione supra scripta ostenditur, ab herede claudii praestari debeat. respondit debere.*” “*Flavius Hermes köle Stichus'u azad etme maksadıyla bağışladı ve onun üzerine şu şekilde bir stipulatio yapıldı: bahsettiğimiz ve azad etmenin gerçekleşmesi için sana bağış olarak verdiğim köle Stichus, sen ve senin mirasçılarının tarafından azad edilmediğinde ve değnekle özgür kılınmadığında, benim tarafımdan da kötünyle gerçekleşmedikçe, ellinin ceza olarak verilmesi Flavius Hermes tarafından kararlaştırıldı ve*

contestatio'dan önceki ifayla, borç *ipso iure* sona ermiş olurken, muacceliyetin etkileri de ortadan kalkmış olurdu. Hukukçuların bu şekilde karar vermesine neden olan şey, hakem kararında mahkumiyetin yerine getirilmesi için herhangi bir süre belirtilmemiş olmasına paralel olarak, söz konusu sürenin, yorum yoluyla makul bir süreden (*modicum tempus*) ibaret sayılmasıydı. Hakem kararı, belirli bir süre içermediğinden, mahkumiyetin yerine getirilmesi için makul süre (*modicum tempus*) geçtikten sonra, ancak *litis contestatio*'dan önce mahkumiyet hükmü yerine getirilmişse, artık *stipulatio poenae* talep edilemezdi. Ancak *litis contestatio*'dan önce borçlu borcunu ifa etmek istemiş, fakat alacaklı bunu reddetmişse, o zaman şartın gerçekleşmesine kendisi neden olduğundan, şart gerçekleşmemiş kabul edilirdi. *Litis contestatio*'ya kadar *poena*'nın ifasının, ceza koşulunun muacceliyet etkilerini sona erdirmesi, bu *poena*'nın ifa menfaatinin borçlu açısından hala korunuyor olmasını gerektirirdi. Makul süreden (*modicum tempus*) sonra, ancak *litis contestatio*'dan önce borçlunun borcunu ifa etmesinde alacaklının herhangi bir menfaati yoksa, o halde yorum yoluyla, makul süre (*modicum tempus*) sonrasında ceza koşulunun muaccel hale gelmiş olduğu kabul edilirdi. Bu nedenle, hakem kararında mahkumiyet hükmünün yerine getirilmesi herhangi bir süreyi içermediğinden, *litis contestatio*'dan önce bu mahkumiyet hükmünün yerine getirilmesi, *stipulatio poenae*'nin de *ipso iure* sona ermesine neden olurdu. Ancak burada önemli olan husus, makul süre (*modicum tempus*) geçtikten sonra mahkumiyet kararının *litis contestatio*'ya kadar yerine getirilmesinin alacaklı için hala bir öneme sahip olmasıydı. Alacaklının *litis contestatio*'ya kadar ifada, herhangi bir menfaatinin olmaması halinde, makul süre (*modicum tempus*) geçtikten sonra, *stipulatio*

Claudius da (aynen) taahhüt etti. Soruyorum ki: *Flavius Hermes*, *Stichus*'un azad edilmesi hakkında *Claudius*'u dava edebilir mi? O cevap verdi ki, onu bu haktan mahrum etmek için, hiçbir neden yoktur. Aynı şekilde soruyorum ki: *Flavius Hermes*'in mirasçısı tarafından *Claudius*'un mirasçısı yukarıda belirtilen ceza miktarında dava edilmek istendiğinde, *Claudius*'un mirasçısı cezayı ödemekten kurtulmak için, *Stichus*'a özgürlüğünü bahşedebilir mi? Onun buna hakkı olduğu yönünde cevap verdi. Aynı şekilde *Flavius Hermes*'in mirasçısı, *Claudius*'un mirasçısını aynı nedenle dava etmek istemediğinde, yukarıdaki *stipulatio*'da da görüldüğü üzere *Claudius* ve *Hermes* arasındaki anlaşma gereğince *Stichus*'a verilmek zorunda olan özgürlük, en azından *Claudius*'un mirasçısı tarafından mı verilmelidir? Onun (özgürlüğün) verilmek zorunda olduğu şeklinde cevap verildi.”

poenae talep edilebilirdi. Bu şekilde *poena*'nın ödenmesindeki belirsizlik de, *poena*'nın talebi nedeniyle açılan davada, *litis contestatio* aşamasından sonra giderilmiş olurdu⁵⁰⁶.

b. Tahkim Yargılamasında Haklı Nedenlerle Bulunamayan Taraf Aleyhine Muaccel Olan Ceza Koşulunun Sonuçlarının Ortadan Kalkması

Compromissum yargılamasına, taraflardan biri haklı bir nedenle katılamazsa, ceza koşulunun bu kimse aleyhine muacceliyetiyle ilgili olarak iki metin üzerinde durmak gerekir. Söz konusu metinlerden ilki:

D. 4.8.21.9 (Ulpianus 13 ad ed.)

“Si quis ex litigatoribus ideo non adfuerit, quod valetudine vel rei publicae causa absentia impeditus sit aut magistratu aut alia iusta de causa, poenam committi proculus et atilicinus aiunt: sed si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore. sed hoc ita demum verum erit, si arbiter recipere in se arbitrium fuerit paratus: nam invitum non esse cogendum iulianus libro quarto digestorum recte scribit: ipse autem nihilo minus poena absolvitur.”

“Eğer bir taraf, hastalık, askerlik görevi nedeniyle yokluk, *magistra*’lık görevinin icrası veya başka bir haklı sebep nedeniyle hakem önünde bulunmazsa, *Proculus* ve *Atilicinus*’un söylediği gibi, ceza (koşulu) onun hakkında muaccel olur.

Ancak bu kimse, aynı hakem hakkında [yeniden] bir tahkim sözleşmesi yapmaya hazır

⁵⁰⁶ Knütel, AcP 1975, s. 47-49; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 149, 153; Zimmermann, s. 111.

D. 4.8.52 (Marcianus 4 reg.): “Si qui iussus est ab arbitro ex compromisso solvere pecuniam moram fecerit, poenam ex compromisso debet, sed postea solvendo poena liberatur.” “Eğer bir kimse tahkim sözleşmesi nedeniyle hakem tarafından para ödemeye mahkum edilmiş ve (sonra da) temerrüde düşmüşse, tahkim sözleşmesinden kaynaklanan cezayı ödemeyi borçlanır. Ancak sonradan (bu cezayı) öderse, cezadan bağımsız olur.”

D. 4.8.27.1 (Ulpianus 13 ad ed.): “Si heredis mentio vel ceterorum facta in compromisso non fuerit, morte solvetur compromissum: nec utimur labeonis sententia, qui existimavit, si arbiter aliquem pecuniam dare iusserit et is decesserit antequam daret, poenam committi, licet heres eius paratus sit offerre.” “Tahkim sözleşmesinde mirasçı veya diğer halefler belirtilmediğinde, tahkim sözleşmesi ölümle birlikte sona ermiş olur. Ancak hakem, taraflardan birini bir miktar para ödemeye mahkum ettiğinde ve bu kimse de ödemeyi yapmadan öldüğünde, mirasçı o miktarı (ödemeyi) teklif etmiş olduğunda, cezanın muaccel olacağı görüşünü savunan *Labeo*’ya katılmıyoruz.”

Yukarıdaki metinlerde de hakem tarafından herhangi bir süre belirtilmeden bir miktar para ödenmesi kararı verildiği için, sonradan ödenen mahkumiyet miktarıyla birlikte, mahkum edilen kimse ceza koşulunu ödemekten kurtulurdu. Ancak her iki metinde de muaccel olan ceza koşulu miktarının ortadan kalkmasının nedeni, mahkumiyet miktarının makul süreden (*modicum tempus*) sonra, ancak *litis contestatio*’dan önce ödenmesiydi (Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 154).

olduğunda, ona karşı açılan dava reddedilir veya bu kimse (bu taraf) def'i yoluyla korunur. Ancak bu durum, hakemin bu görevi üstlenmeye hazır olması halinde doğru olarak kabul edilir. Çünkü hakem bu görevi kabul etmediğinde, onun buna zorlanmadığını, *Iulianus Digestası*'nın dördüncü kitabında yerinde bir şekilde yazar. Böylece bu taraf, ceza ödemekten kurtulur.”

Bu metinde belirtildiği gibi, taraflardan biri haklı bir sebeple tahkim yargılamasında yer almasa da, *Proculus* ve *Atilicunus*'a göre ceza koşulu muaccel olurdu. Ancak tahkim yargılamasında bulunmayan taraf, aynı hakem hakkında bu hakemin yeniden hakemliği kabul etmesine bağlı olarak, tekrar tahkim sözleşmesi yapmayı teklif ederse, ceza koşulunun muacceliyeti de ortadan kalkmış olurdu. Böylece *poena*'nın talebi dolayısıyla açılan davada, ceza koşulunun muacceliyeti ortadan kalktığından, dava ya reddedilirdi (*denegatio actionis*) ya da ceza koşulunu talep edene *exceptio doli* ileri sürülürdü. O halde, haklı bir sebeple olsa dahi, tahkim yargılamasında bulunmayan taraf nedeniyle ceza koşulu muaccel olsa da, sonradan bu tarafın aynı hakem hakkında yeni bir tahkim sözleşmesini tekrar yapması değil de, sadece bunu önererek hakemin hazır olması bile, ceza koşulunun muacceliyetini ortadan kaldırmaktaydı⁵⁰⁷.

Tahkim yargılamasında haklı nedenlerle bulunulmaması durumunda, ceza koşulunun muaccel olduktan sonra, muacceliyetinin ortadan kalkıp kalkamayacağıyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer metne göre:

D. 44.4.4.2 (Ulpianus 76 ad ed.)

“*Si in arbitrum compromiserimus, deinde cum non stetissem ob adversam valitudinem, poena commissa est, an uti possim doli exceptione? et ait pomponius prodesse mihi doli exceptionem.*”

⁵⁰⁷ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 156; Siber, s. 264; Monier, Tome 2, s. 241.

“Bir hakem hakkında tahkim sözleşmesi yaptığımızda ve ben hastalık nedeniyle, yargılamada bulunmadığımdan ceza (koşulu) muaccel hale geldiğinde, *exceptio doli*’yi ileri sürebilir miyim? Ve *Pomponius* söyler ki, *exceptio doli*’den yararlanırım.”

Yukarıdaki metinde de görüldüğü üzere, haklı bir sebeple tahkim yargılamasında bulunulmasa da, ceza koşulu muaccel hale gelirdi. Ancak sonradan, ceza koşulu talebi nedeniyle dava açıldığında, tahkim yargılamasında haklı sebeple bulunmayan tarafa *exceptio doli* tanınırdı. Bu metinde bir önceki metinde olduğu gibi, bu kimsenin yeni bir tahkim sözleşmesi yapma olasılığından bahsedilmiş değildir. Bununla birlikte her iki metinde de ortak olan nokta, haklı sebeple tahkim yargılamasında bulunmayan tarafa karşı *poena*’nın talebi nedeniyle dava açıldığında, yargılamada bulunamayan bu kimseye *exceptio doli* imkanının tanınmış olmasıdır. Yani hastalık gibi haklı bir nedenle yargılamada yer alınamamışsa, ceza koşulu muaccel hale gelse de, bu talep *exceptio doli* ile engellenirdi⁵⁰⁸.

2. *Stipulatio Duplae*

Satıcının sattığı malın zapt edilmesi halinde talep edilebilecek olan gerçek ceza koşulu niteliğindeki *stipulatio duplae* de bazı durumlarda muaccel olduktan sonra ortadan kalkabilir veya talep edilemeyebilirdi:

D. 21.2.57.1 (*Gaius 2 ad ed. aedil. curul.*)

“*Quod cum ita est, videamus, num et si ab eo qui vicerit donata legatave res fuerit emptori, aequè dicendum sit ex stipulatu actionem non nasci, scilicet si antequam abduceret vel auferret donaverit aut legaverit: alioquin semel commissæ stipulatio resolvi non potest.*”

⁵⁰⁸ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 157-158.

“Bu sorulduğunda, satılan şey zapt edilip, buna rağmen zapt eden kimse tarafından alıcıya geri döndüğünde, *evictio* hali için satıcı tarafından alıcı yararına yapılan *stipulatio*’dan kaynaklanan davanın açılıp açılmayacağını düşünelim. Malı zapt eden kimse, eşyayı geri almadan veya ele geçirirmeden önce, eşyayı bağışladığında veya miras olarak bıraktığında söz konusu davaya neden olmaz, aksi takdirde bir defa gerçekleşen ceza koşulunun artık ortadan kalkmaması söz konusu olur.”

Yukarıdaki metnin sonunda, bir defa gerçekleşen ceza koşulunun ortadan kalkmaması genel kuralı belirtilmeden önce, ceza koşulunun muaccel olmayacağı bir durum belirtilmiştir. *Evictio* nedeniyle açılan davayı kazanan malik⁵⁰⁹, alıcının elinden almadan önce, malı ona bağışlamış veya vasiyetle bırakmışsa, ceza koşulu muaccel hale gelmezdi. *Stipulatio duplae*’nin muaccel hale gelmesi için, sadece *evictio* nedeniyle davanın kazanılmış olması yeterli değildi. Buna ek olarak, davayı kazanan gerçek malik tarafından, malın fiilen de alıcının elinden alınmış olması gerekirdi. Yani mal, alıcının elinden fiilen alındığı anda, ceza koşulu muaccel olurken; gerçek malik tarafından dava kazanılıp, mal alıcıya bağışlandığında veya vasiyetle bırakıldığında, artık alıcı malik sıfatını da taşıyacağından, ceza koşulu da muaccel olmazdı. Ancak gerçek malik, malı alıcının elinden fiilen aldıktan sonra, malı alıcıya bağışlamış veya vasiyet yoluyla bırakmış olsaydı, mal alacaklının elinden bir kez alınmış olduğu için, malın sonradan tekrar alıcının eline geçmesi, ceza koşulunun muacceliyetini ortadan kaldırmazdı. O halde gerçek malik, malı alıcının elinden fiilen almayıp, alıcının malın rahat zilyedi

⁵⁰⁹ D. 21.2.57 pr. (Gaius 2 ad ed. aedil. curul.): “Habere licere rem videtur emptor et si is, qui emptorem in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint neque privatim a creditoribus distrahi: tunc enim nulla competit emptori ex stipulatu actio, quia rem habere ei licet.” “Zapt (*evictio*) nedeniyle, alıcıya karşı davayı kazanan, ancak hiçbir mirasçı bırakmadan ölen kişi eşyayı alıp götürmeden veya geri almadan önce, kabul edildiği üzere alıcı, eşyanın rahat zilyedliğine sahiptir. Yeter ki, arda kalan malvarlığı, ne hazineye ne de iflas yoluyla alacaklılara satılmış olsun. Alıcı, eşyanın rahat zilyedliğine sahip olduğu için, *stipulatio*’dan kaynaklanan dava, alıcıya ait değildir.”

olmasına bir engel çıkarmamışsa, *stipulatio duplae*'nin, yani ceza koşulunun muacceliyet şartı gerçekleşmediği için, *stipulatio duplae* de talep edilemezdi⁵¹⁰.

D. 21.2.67 (Papinianus 10 resp.)

“Emptori post evictionem servi quem dominus abduxit venditor eundem servum post tempus offerendo, quo minus praestet quod emptoris interest, non recte defenditur.”

“Malik, köleyi alıcının elinden aldıktan (zapt ettikten) sonra, satıcı köleyi malikten alıp, bir müddet sonra (*post tempus*) da aynı köleyi alıcıya tekrar teklif ettiğinde, satıcı, zararı ödemeyi ortadan kaldırmak için, alıcıya (karşı) bu durumu haklı bir biçimde öne süremez.”

Bu metinde köle, gerçek malik tarafından alıcının elinden alındıktan sonra, satıcı köleyi malikten alır ve tekrar aynı köleyi alıcıya teklif eder. Ancak bu durum alıcının zararının tazmini için açacağı *actio empti*'yi ortadan kaldırmayacağı gibi, satıcıya bu davaya karşı koyabileceği bir def'i de sağlamazdı. Bu metinde dikkat çeken nokta, “bir müddet sonra (*post tempus*)” aynı kölenin alıcıya tekrar teklif edilmesinin, alıcının zarar talebine engel olmamasıdır. O halde, malikin elinden kölenin alınmasından “belli bir zaman sonra” alıcıya teklif edilmesi, alıcının zararının talep edilmesine engel olmamalıydı. Zira malın satıcı tarafından gerçek malikten alınıp “hemen” alıcıya teklif edilmesi, bir taraftan *habere licere*'yi tekrar sağlarken, diğer taraftan da aynı kölenin derhal teklif edilmesi, alıcının sahasında herhangi bir zararı oluşturmadığından zarar talebini de önlerdi. Ayrıca aynı kölenin alıcıya “hemen” teklifi, alıcının eski durumunu sağlayacağından, alıcının zararını talep etmesi de iyiniyete aykırı bir davranışı oluştururdu. Gerçi söz konusu metinde *stipulatio duplae*'nin talep edilmesinden değil de, *actio empti*'den ya da ceza koşulunun bağlı olmadığı zarar talebinden bahsedilmesi, bir kere muaccel olan *stipulatio duplae*'nin sonradan ortadan kalkmasıyla ilgiliymiş gibi

⁵¹⁰ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 159-160; Ernst, W., *Rechtsmängelhaftung*, Tübingen, 1995, s. 47-48.

gözükmemektedir. Ancak “bir müddet sonra (*post tempus*)” ifadesiyle, alıcıya “bir müddet sonra” yapılan teklifin, eski durumu sağlamayacak olması nedeniyle, muacceliyet halinin *stipulatio duplae*’den doğacak alacaklar için de geçerli olduğu düşünülebilir. Bu nedenle de köle “bir müddet sonra değil” de, satıcı tarafından alıcıya “hemen” teklif edilmiş olduğunda, alıcının, eski durumu korunacağından, aslında ceza koşulu da muaccel hale gelmezdi⁵¹¹.

3. *Cautio Vadimonium Sisti*

a. *Cautio Vadimonium Sisti*’de Ceza Koşulunun Muacceliyet Etkilerinin Davalının Etkisiyle Tek Taraflı Olarak Ortadan Kalkması

D. 2.11.8 (*Gaius 29 ad ed. provinc.*)

“*Et si post tres aut quinque pluresve dies, quam iudicio sisti se reus promisit, secum agendi potestatem fecerit nec actoris ius ex mora deterius factum sit, consequens est dici defendi eum debere per exceptionem.*”

“Davalı mahkeme önündeki yargılamada hazır bulunmaya yönelik söz vermiş olduğu tarihten üç, beş ya da daha fazla gün sonra yargılamada hazır bulunduğunda, (artık davalı) davacıya dava açma olanağı vermiş olduğundan, davacının durumu geç kalma nedeniyle kötüleşmiş olmadıkça, davalının *exceptio* ile korunmak zorunda olduğunu söylemek mantıklıdır.”

⁵¹¹ Aynı yönde D. 21.2.35 (*Paulus 2 ad ed. aedil. curul.*): “*Evictus autem a creditore tunc videtur, cum fere spes habendi abscisa est: itaque si serviana actione evictus sit, committitur quidem stipulatio: sed quoniam soluta a debitore pecunia potest servum habere, si soluto pignore venditor conveniatur, poterit uti doli exceptione.*” “[Rehnedilen] bir köle, rehin alacaklısı tarafından, [alıcı için] onu alıkoyma ümidi ortadan kalktığı anda artık zapt edilmiş olur. Köle *actio Serviana* ile zapt edilmiş olduğunda, *stipulatio* muaccel olur. Borçlu borçlanılmış parayı öder ödemez, alıcı köleyi tekrar rahat zilyedliğinde bulundurduğundan, [zapt nedeniyle] rehnin kalkmasından sonra, alacaklı dava açtığı anda, satıcı *exceptio doli*’den istifade edebilir.” (Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 160-164; Wacke, A., “Die verschuldete Eviktion. Dogmengeschichtliches und Rechtsvergleichendes zu §440 Abs. 2 und Abs. 3 BGB”, **Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991** (Hrsg. Erik Jayme, Adolf Laufs, Karlheinz Misera, Gert Reinhart, Rolf Serick) Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1991, s. 161).

Davalının mahkeme önünde hazır bulunmasına yönelik yapılan *cautio vadimonium sisti*'yle taahhüt ettiği tarihten birkaç gün sonra yargılamada hazır bulunup, bu durumun davacının menfaatine hiçbir şekilde zarar vermemesine rağmen, davacı *stipulatio*'dan kaynaklanan miktar için dava açarsa, davalıya *exceptio* tanınırdı. Görüldüğü üzere aslında *cautio vadimonium sisti*'yle, taahhüt edilen tarihte davalı yargılamada hazır bulunmazsa, davacı ceza koşulunu talep etme hakkına sahip olurdu. Ancak belirlenen tarihten beş veya daha fazla gün sonra yargılamanın yapılması için davalının hazır bulunması davacının menfaatine zarar vermezse, davacı muaccel olan ceza koşulunun talebi hakkında dava açmış olsa da, davalı onun bu talebine karşı *exceptio* ileri sürerdi. Davacının hiçbir etkisi olmadan, sadece davalının davranışının *exceptio*'dan faydalanmasına neden olması, aslında muaccel olan ceza koşulunun etkilerinin ortadan kalktığını göstermekteydi. Bunun nedeni de, *cautio vadimonium sisti*'yle kararlaştırılan ceza koşulunun, aslında davanın yürütülmesini teminat altına almasıydı. Yani *cautio vadimonium sisti*'de asıl amaç, davanın yürütülmesiydi. Asıl amaç davanın yürütülmesi olduğundan, önceden kararlaştırılan tarihten birkaç gün sonra davalının yargılamada hazır bulunması, davacının menfaatine zarar vermiyorsa, davanın görülmesine neden olacaktı. Böylece aslında *cautio vadimonium* ile amaçlanmış olan davanın görülmesi de sağlanmış olurdu. Bu nedenle de, belli bir tarihte ve yerde yargılamada hazır bulunulacağını güvence altına alan ceza koşulu, o tarihten sonra davalının taahhüt ettiği gibi, yargılamada hazır bulunmaması nedeniyle muaccel olurdu. Fakat asıl amaç, davanın yürütülmesi olduğundan, davacının menfaatine zarar vermemek koşuluyla, davalının bu tarihten sonra da yargılamada hazır bulunması, davanın yürütülmesine engel oluşturmayacağı için, ceza koşulu talebine karşılık davalıya tanınan *exceptio* ile ceza koşulunun muacceliyet etkileri de ortadan kalkmış olurdu⁵¹².

⁵¹² Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 166-167.

D. 2.11.9.1 (Ulpianus 77 ad ed.)

“*Si plurium servorum nomine iudicio sistendi causa una stipulatione promittatur, poenam quidem integram committi, licet unus status non sit, labeo ait, quia verum sit omnes statos non esse: verum si pro rata unius offeratur poena, exceptione doli usurum eum, qui ex hac stipulatione convenitur.*”

“Eğer (davalı tarafından) birçok kölenin davada hazır bulunması, tek bir *stipulatio* ile taahhüt edilmişse, *Labeo*’nun söylediği gibi, sadece bir tanesi davada hazır bulunmazsa, yine de bütün ceza koşulu muaccel olur. Çünkü hepsinin davada hazır bulunmadığı gerçektir. Ancak [davada hazır bulunmayanın] payı yüksekliğinde ceza koşulu da önerildiğinde, bu (bütün ceza koşulu miktarını kapsayan) *stipulatio* nedeniyle dava edilen kimse, hile def’ini (*exceptio doli*) ileri sürebilir.”

Eğer davalı *cautio vadimonium sisti*’yle, birden çok kölenin belirli tarih ve yerde hazır bulunmasını tek bir *stipulatio* ile talep etmişse ve kölelerden biri de davada hazır bulunmamışsa, bütün ceza koşulu muaccel olurdu. Ancak davacının bütün ceza koşulunu talep etmesi, hakkaniyete aykırı bir durum oluşturacağından davalıya *exceptio doli* tanınırdı. Böylece sadece davada hazır bulunmayan kölenin payına düşen miktarın ödenmesi de, aslında muaccel olan ceza koşulunun sonuçlarının, o miktarda ortadan kalkmasına neden olurdu⁵¹³.

⁵¹³ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 168-169. Günümüz Ccfr. art. 1231-5’te, eskiden ayrı ayrı maddelerde düzenlenen götürü tazminat ve ceza koşulunun, çok mantıklı olmasa da, bir madde altında toplandığını görmekteyiz. Buna ek olarak, bundan önceki kanunda da var olan, kısmi ifa halinde hakimin cezada kısmi indirim yapabilmesinin art.1231-5 Abs.3’te korunması, Roma hukukundaki uygulamanın bir yansımasıdır (Zimmermann, s. 112; Lévy/Castaldo, s. 1003-1005; Sonnenberger, H. J., “Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom.10.2.2016”, **ZEuP** 2017, s. 61-62).

**b. *Cautio Vadimonium Sisti*'de Ceza Koşulunun Muacceliyet Etkilerinin
Tarafların Sonradan Anlaşmasıyla Ortadan Kalkması**

D. 2.11.2 pr. (Ulpianus 74 ad ed.)

“Non exigimus reum iudicio sisti, si negotium, propter quod iudicio sisti promisit, fuerit transactum: sed hoc ita, si prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret. ceterum si postea transactum est, exceptio doli opponi debet: quis enim de poena promissa laborat post negotium transactum? cum etiam transacti negotii exceptionem putaverit quis nocere, quasi etiam de poena transactum sit, nisi contrarium specialiter partibus placuerit.”

“Yargılamada hazır bulunmayı taahhüt etmesi dolayısıyla uyuşmazlık konusu üzerinde uzlaşıldığında, davalıdan yargılamada hazır bulunmasını talep edemeyiz. Ancak bu durum sadece yargılamada hazır bulunma zorunluluğundan önce uyuşmazlık konusu üzerinde uzlaşıldığında geçerli olur. Buna karşılık uzlaşma, bundan sonra (yargılamada hazır bulunma zorunluluğundan sonra) yapılmışsa, [ceza koşulundan kaynaklanan davaya karşı] *exceptio doli* ileri sürülmelidir. Çünkü uyuşmazlık konusunda uzlaşıldıktan sonra, kim cezayı düşünür ki? Aynı zamanda, ceza konusunda da uzlaşıldığından, aksi taraflarca açıkça kararlaştırılmış olmadıkça, uzlaşmadan kaynaklanan *exceptio*'nun ileri sürüleceği de düşünülebilirdi.”

Cautio vadimonium sisti'yle belirli bir tarih ve yerde yargılamada hazır bulunulacağına dair yapılan *stipulatio*, bu şartların gerçekleşmesiyle muaccel olurdu. Muacceliyetten sonra, uyuşmazlık konusu üzerinde taraflarca uzlaşılması, ceza koşulunun muacceliyet etkilerine, ancak *exceptio* ile karşı konulmasına neden olurdu. Buna karşılık ceza koşulunun muacceliyetinden önce, uyuşmazlık konusu üzerinde uzlaşılması, muacceliyetin *ipso iure* ortadan kalkmasına neden olurdu⁵¹⁴.

⁵¹⁴ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s, 171.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA *STIPULATIO POENAE*'NİN (CEZA KOŞULUNUN) HUKUKİ SONUÇLARI

I. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A. GENEL OLARAK

Hükümsüzlük, bir sözleşmenin kurucu unsurlarında eksiklik olmasını ifade ettiği gibi, kurucu unsurlarında eksiklik bulunmasa da hukuk düzenince belirlenen nedenlerle geçersiz sayılmasını ya da sözleşmenin belirli nedenlerle, hak sahibi ileri sürdükten sonra geçmişe etkili olarak geçersiz sayılmasını ifade eder. Roma hukukunda hükümsüzlük kavramında, diğer kavramlarda da olduğu gibi bir sistemleştirme söz konusu değildi. Hukuki uyumsuzlukların çözümünü, somut örnekler üzerinde gidermeye çalışan Romalı hukukçular, hükümsüzlük konusunda da somut hukuki uyumsuzluklardan yola çıkarak karar vermişlerdi. Bir hukuki işlemin geçerliliğinin hukuk düzeni tarafından belirlenmesine paralel olarak, Roma hukukunda hukuku yaratan güçlerin farklılığı, hükümsüzlüğün de *ius civile*'ye ve *ius honorarium*'a göre farklı olması sonucunu doğurmuştu. *Ius civile*'ye göre hükümsüzlük, hukuki işlemin temel öğelerinden birinin eksik olması durumunda veya o hukuki işlem için aranan şartların olmaması halinde söz konusu olurdu. *Ius civile*'ye göre hükümsüzlüğü, herkes, her zaman ileri sürebilirdi. *Ius civile* katı şekilci bir hukuk sistemi olduğundan, bazı istisnalar dışında, bir işlemi ya toptan geçerli sayardı ya da hükümsüz kabul ederdi. Ancak *praetor*'lerin hakkaniyeti sağlama çabaları sonucunda, bazen *ius civile*'ye göre geçerli sayılan bazı işlemler, hükümsüz sayılmaya başlanmıştı. *Praetor*'ler davayı reddetmek (*denegatio actionis*), def'i tanımak (*exceptio*), eski hale iade (*restitutio in*

integrum) yollarıyla, *ius civile*'ye göre geçerli olan işlemlerin, *ius honorarium*'a göre hükümsüz hale gelmesine olanak sağlamıştı⁵¹⁵.

Roma hukukunda ceza koşulunun hükümsüzlüğü konusunda, hukukçular somut uyuşmazlıklar üzerinde karar vererek, günümüz hukukuna da ışık tutacak çözümler geliştirmişti. Roma hukukunda ceza koşulu, gerçek ve bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu olarak ikiye ayrılmaktaydı. Bu kapsamda, gerçek ceza koşulu, ana borca eklendiği için, ana borcun başlangıçtaki imkansızlığı, hukuka veya ahlaka aykırı olması, gerçek ceza koşulunun da hükümsüzlüğü sonucunu doğururdu⁵¹⁶. Ancak başlangıçtaki imkansızlık halinde, bağımsız ceza koşulunun hükümsüz olduğu kabul edildiği gibi, bazı durumlarda geçerli olduğu kabul edilmiş, bazı durumlarda da daha değişik çözüm arayışı içine girilmişti⁵¹⁷. Ceza koşulunun ahlaka aykırılığı ise, evlenmede ve nişanlanmada kendini gösterirdi. Daha önce ceza koşulunun uygulama alanlarından bahsedildiğinde ifade edildiği üzere, ceza koşulunun aile hukukunda kullanımı, genellikle hükümsüz sayılırdı. Bazen de emredici hükümlere aykırılık kapsamında, ceza koşulunun kısmi hükümsüzlüğü de söz konusu olabilmekteydi.

Roma hukukunda hükümsüz sayılan ceza koşulunun talebi halinde, diğer hukuki işlemlerdeki hükümsüzlük halinde uygulan hukuki çarelere paralel olarak, *praetor* ya davayı reddederdi (*denegatio actionis*) ya da davalıya *exceptio* tanırdı⁵¹⁸.

B. BAŞLANGIÇTAKİ İMKANSIZLIK

Sözleşmenin konusunu oluşturan edim, en geç sözleşme kurulduğu anda imkansızsa, o sözleşme de hükümsüzdür. Ancak bu imkansızlık “objektif, sürekli,

⁵¹⁵ Üçer, M., *Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmî Butlanı*, Ankara, 2013, s. 33-47.

⁵¹⁶ Siber, s. 262; Kaser, RP I, s. 521. Aynı yönde TBK m. 182/II: “Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borcunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez...”

⁵¹⁷ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 100.

⁵¹⁸ Üçer, *Kısmî Butlan*, s. 45-46.

maddi veya hukuki bir imkansızlık” olmalıdır. Yani borç ilişkisini oluşturan edimin herkes için⁵¹⁹, herhangi bir süre sınırlaması olmadan madden veya hukuken ifası imkansız olmalıdır. Roma hukukunda da “*impossibilium nulla obligatio est*” yani “ifası imkansız olan bir sözleşmeden borç doğmaz” kuralı gereğince, ifası imkansız olan bir şeyden borç doğmazken, bu kuralın uygulaması kendini özellikle *stipulatio* veya alım satım sözleşmesinde göstermekteydi⁵²⁰.

Gerçek ceza koşulu da, ana borca eklenen fer’i bir borç olduğundan, ana borcun başlangıçtaki imkansızlık nedeniyle hükümsüzlüğü, ceza koşulunun da hükümsüzlüğü sonucunu doğururdu⁵²¹. Bu konuda herhangi bir problem söz konusu olmazdı. Zira gerçek ceza koşulu fer’i bir borç olduğundan, taraflar arasında kararlaştırılan asıl borcun başlangıçtaki imkansızlığı, gerçek ceza koşulunun da hükümsüzlüğüne neden olurdu. Buna karşılık, başlangıçtaki imkansızlığın bağımsız ceza koşulunda da hükümsüzlük sonucu doğurduğu, Klasik Hukuk Dönemi’nin sonları için genellikle kabul edilmektedir⁵²²:

D. 45.1.69 (Ulpianus 7 ad ed.)

“*Si homo mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur.*”

“Ölü birisi yargılamada hazır bulunamadığı gibi, olanaksız bir şeyin ceza (koşulu) da muaccel olamaz. Bir kimse ölü olan *Stichus*’un ona verileceğine dair *stipulatio* yapmışsa, onun (*Stichus*’un) ona (o kimseye) verilmediği durumu için de ceza (koşulu) *stipulatio*’su yapıldığında, aynı durum geçerli olurdu.”

⁵¹⁹ Karş. Ven. D. 45.1.137.4, 5.

⁵²⁰ Üçer, Kısmî Butlan, s.131-137.

⁵²¹ Siber, s. 261-262; Kreller, s. 335; Erdoğan/Tahiroğlu, s. 245.

⁵²² Siber, s. 262; Kaser, RP I, s. 521.

Yukarıdaki metinde görüldüğü üzere, *cautio vadimonium sisti*'de önceden ölmüş birinin yargılamada hazır bulunması taahhüt edilirse, bu bağımsız ceza koşulu, hükümsüz sayılırdı. Buna karşılık metnin devamında belirtildiği üzere, ana borç da başlangıçta imkansız ise, fer'i borç olan gerçek ceza koşulu da herhangi bir hüküm ifade etmezdi. Çünkü belirtilen ilk durumda aslında bir *cautio vadimonium sisti* söz konusu olduğu halde, ikinci durumda gerçek ceza koşulu söz konusuydu. Köle önceden ölü olduğu için, onun mahkeme önünde hazır bulundurulması taahhüdü de imkansızdı. Bu nedenle de *Ulpianus*'a göre, ceza koşulunun ana amacı olan belirli bir edimin yerine getirilmesini zorlama fonksiyonu gerçekleştiremeyeceğinden, ceza koşulu da hükümsüzdü. Ancak bu görüş, *cautio vadimonium sisti* için Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarında kabul edilen görüş olmalıydı⁵²³. Buna karşılık aşağıdaki metinde farklı bir çözüm tarzı benimsendiği görülmektedir:

D. 45.1.8 (Paulus 2 ad sab.)

"In illa stipulatione: " si kalendis stichum non dederis, decem dare spondes?" mortuo homine quaeritur, an statim ante kalendas agi possit. sabinus proculus exspectandum diem actori putant, quod est verius: tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est et licet ad condicionem committi videatur, dies tamen superest. sed cum eo, qui ita promisit: " si intra kalendas digito caelum non tetigerit", agi protinus potest. haec et Marcellus probat."

"Şu şekilde bir *stipulatio*'da: 'Ayın ilk günü bana *Stichus*'u vermezsen, on vermeyi taahhüt ediyor musun?', köle öldükten sonra (ancak) vadenin dolmasından önce, hemen dava açılıp açılmayacağı soruldu. *Sabinus* ve *Proculus*, şüphesiz ki doğru olacak şekilde davacının vadeyi beklemesi gerektiği görüşündedirler. Çünkü bütün borç, bir şarta ve belirli bir vadeye dayanmaktadır. Bir taahhüdü, eğer ayın ilk günü içinde parmağınla gökyüzüne dokunamazsan şartı altında yerine getirecek kimseye karşı, hemen dava açılabilirdi ve bunu *Marcellus* da doğru bulur."

⁵²³ Staffhorst, A., *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2006, s. 64.

Yukarıda görüldüğü üzere, *Paulus* ve *Marcellus*'a göre, imkansız olumsuz şartlar, hukuki işlemin geçerliğine etki etmezdi. Bu çok önemli bir noktadır. Zira hukukçuları bu şekilde çözüm tarzına yönelten sebep, “parmağınla gökyüzüne dokunamazsan” olumsuz şartının imkansız olduğunu her iki tarafın da bilmesiydi. Bu nedenle de *stipulatio poenae*, geçersiz şarta rağmen geçerli sayılmaktaydı. Zira başından beri şartın gerçekleşemeyeceği belli olduğundan, tarafların bu imkansızlığın da gerçekleşemeyeceğini önceden bildiği kabul edilirdi ve hukuki işlem, yine de geçerli kabul edilirdi. Buna karşılık ceza koşulunun önceden değil de, sonradan imkansız olması halinde, ceza koşulu *stipulatio*'sunda bir de vade söz konusuysa, vadenin bitimi beklenmeliydi. Çünkü *Cels. D.45.1.99 pr.*'de⁵²⁴ de görüldüğü üzere, taahhüt eden (borçlu) lehine yorum yapıldığından ve baştan şartları tespit edilen *stipulatio* sonradan değiştirilemeyeceğinden, vadeyle birlikte kararlaştırılan şartın gerçekleşmeyeceği sonradan belli olursa, vadenin dolması da beklenmeliydi⁵²⁵.

Görüldüğü üzere *cautio vadimonium sisti*'de başlangıçtaki imkansızlık, diğer ceza koşullarının uygulama alanlarından ayrı bir öneme sahip olmalıydı. Zira başlangıçtaki imkansızlık konusunda, hukukçular hep *cautio vadimonium sisti* örneğini vermişlerdi. Daha önce de belirtildiği gibi, *cautio vadimonium sisti*'de kararlaştırılan ceza koşulunun hukuki niteliğinin, gerçek ceza koşulu mu yoksa bağımsız ceza koşulu mu olduğu günümüzde tartışmalıdır. Buna paralel olarak Romalı hukukçuların da, *cautio vadimonium sisti*'de başlangıçtaki imkansızlık halinde farklı sebeplerle değişik çözümlere ulaştığı görülmektedir:

D. 45.1.97 pr. (Celsus 26 Dig.)

“Si ita stipulatus fuero: ‘te sisti? nisi steteris, hippocentaurum dari?’ proinde erit, atque ‘te sisti’ solummodo stipulatus essem.”

⁵²⁴

⁵²⁵ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 99-100.

“Şu şekilde bir *stipulatio* yaptığımda: ‘davada hazır bulunacak mısın? Davada hazır bulunmazsan, *hippocentaur* verecek misin?’. Bu senin davada hazır bulunman hakkındaki *stipulatio* yapmamla aynıdır.”

D. 45.1.126.3 (*Paulus 3 quaest.*)

“*Si ita stipulatus fuero te sisti et, nisi steteris, aliquid dari, quod promittenti impossibile est: detracta secunda stipulatione prior manet utilis et perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem.*”

“Davada hazır bulunmalısın, davada hazır bulunmayacak olduğunda, taahhüt eden taraf için verilmesi imkansız olan şeyin verilmesi hakkında *stipulatio* yaparsam, ikinci *stipulatio* ortadan kalktığı müddetçe, önceki *stipulatio* geçerli kalırdı. Bu nedenle, sadece senin orada bulunmanla ilgili *stipulatio* yapmış olmam olasılığı da, aynı şekilde geçerlidir.”

Yukarıdaki metinlerde ceza koşulunun hükümsüzlüğünün, *stipulatio*’nun geçerliliğine etki etmemesi gerektiği hem *Celsus* hem de *Paulus* tarafından kabul edilmişti. *Celsus* ve *Paulus* aslında tahvil yoluyla, hükümsüz ceza koşulunun, geçerli bir *stipulatio*’ya dönüşeceğini savunmuş olmalıydı. *Celsus* ve *Paulus*, gerçek ceza koşulunda, ceza koşulunun fer’iliği ilkesi nedeniyle, ceza koşulunun hükümsüzlüğünün, ana *stipulatio*’nun da hükümsüzlüğüne neden olduğunu belirtmek isteselerdi, her ikisi de bir varsayımdan yola çıkmak zorunda kalmazdı. Ancak metinlerde her iki hukukçunun da, davada hazır bulunma taahhüdünün geçerli bir taahhüt olduğu varsayımı sonucunu kabul ettiği görülmektedir. Eğer metinlerde gerçek ceza koşulunun yer almadığı kabul edilirse, hukukçuları bu şekilde çözüm tarzına götüren neden de, bağımsız ceza koşulunun tek bir *stipulatio*’dan oluşması nedeniyle “*tot stipulationes quot res*” yani “ne kadar konu varsa o kadar *stipulatio* vardır” yorum kuralı sayesinde⁵²⁶, bir tek *stipulatio*’yu, hem davada hazır bulunma hem de ceza koşulu

⁵²⁶ *Stipulatio*’nun geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, “...spondesne?” şeklinde sorulan soruya “spondeo” şeklinde cevap verilmeliydi, ki bu da soru ve cevabın birliğine, yani *unitas actus*’a işaret

taahhüdünün varlığı şeklinde iki *stipulatio* olarak yorumlamaları olmalıydı. Bunun sonucunda da, imkansız bir ceza koşulu kararlaştırmış olsa da, hukukçular, davada hazır olma taahhüdünün geçerli olduğu varsayımına ulaşmış olmalıydı⁵²⁷.

C. AHLAKA AYKIRILIK

Günümüz hukukunda olduğu gibi, Roma hukukunda da toplumda geçerli olan genel ahlak kurallarına⁵²⁸ aykırı sözleşmeler hükümsüzdü. Ancak Roma hukukunda ahlak kurallarına aykırılık “*contra bonos mores*” şeklinde, genel bir kural bulunmamaktaydı. Bunun yerine, Roma hukukunun kazuistik yapısına paralel bir şekilde, münferit durumlarda hukukçular, ahlak kurallarına aykırılık nedeniyle hukuki işlemlerin hükümsüzlüğüne karar vermişlerdi⁵²⁹. Bu nedenle de *Corpus Iuris Civilis*’in birçok bölümünde ahlak kurallarına aykırılıkla ilgili, ayrı ayrı metinler bulunmaktadır⁵³⁰.

Roma hukukunda ceza koşulunun ahlaka aykırılığına, genellikle aile hukukunda rastlanmaktaydı. Bu kapsamda ilk olarak nişanlanma halinde, gelecekteki evlenmenin gerçekleşmemesi durumu için yapılan bir *stipulatio poenae*, ahlaka aykırı olması nedeniyle geçersiz kabul edilmekteydi⁵³¹:

ederdi. Sıkı şekil kurallarına bağlı Roma hukukunda, hukukçular hakkaniyeti sağlamak amacıyla yorum metodunu da kullanabilmekteydi. Bu nedenle de, bir *stipulatio* bazen birden çok konu içeriyorsa, “*quot rest ot stipulationes*” kuralı sayesinde, aslında bir soru ve bir cevap olmasına karşın, yine de birden çok *stipulatio*’nun var olduğu sonucu çıkarılmaktaydı. Örn bkz. *Ulp. D. 45.1.29 pr.*; *Paul. D. 45.1.140 pr.*; *Ulp. D. 21.2.32 pr.* (Dobbertin, s. 91-92).

⁵²⁷ Staffhorst, s. 62-63.

⁵²⁸ Ahlak kurallarına aykırılık, o davranışı gerçekleştiren kimsenin ahlak anlayışına göre değil de, toplumun ahlak anlayışına göre belirlenmektedir. Bu hususta bkz. *Ulp. D. 47.10.15.6* (Üçer, Kısmî Butlan, s. 158).

⁵²⁹ Schmidt, H., **Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht**, Berlin 1973, s. 22; Üçer, Kısmî Butlan, s. 146 vd.

⁵³⁰ *Paul. D.2.14.27.4*; *Ulp. D.17.1.6.3*; *Pap. D.28.7.15*; *Ulp. D. 45.1.26*; *Pomp. D.45.1.27*; *Pap. D.45.1.123*.

⁵³¹ Di Marzo, s. 180; Schmidt, s. 8-10; Kunkel/Honsell, s. 239, dn. 3; Altop, Arra Sponsalicia, s. 370; Harke, Römisches Recht, s. 286. Klasik Öncesi Hukuk Dönemi’nde nişanlanma (*sponsalia*), taraflar veya *pater familias*’ları arasında, evlilikle sonuçlandırma yükümlülüğü doğuran, karşılıklı *stipulatio*’larla yapılan bir işlemdi. Bu nedenle, evlenme vaadine uymayan kimseye karşı da, *actio ex sponsione* açılabilirdi. Yine bu dönemde evlenme vaadini yerine getirmeyen taraf aleyhine, *stipulatio poenae* de kararlaştırılabilirdi. Klasik Hukuk Dönemi’nde nişanlanma artık, karşılıklı ve birbirine uygun irade

D. 45. 1. 134 pr. (Paulus 15 resp.)

“Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit gaius seio habente familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia gatii seii filio titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea gavius seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an gatii seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.”

“Başka birinden bir oğlu olan Titia, bir kızı olan Gavius Seius ile evlenmiştir. Evliliğin devamı sırasında taraflar Gavius Seius’un kızı ile Titia’nın oğlunun nişanlanmasını kararlaştırmışlardır. Bu hususta belge düzenlenmiş ve taraflardan birisinin bu evliliğe engel olması hali için ceza ilave edilmiştir. Sonradan, evlilik devam ederken Gavius Seius ölmüş ve kızı evlenmek istememiştir. Soruyorum: Gavius Seius’un mirasçıları *stipulatio*’dan sorumlu tutulabilir mi? Cevap şöyledir; taraflardan biri mevcut *stipulatio*’dan dolayı dava açarsa ona karşı *exceptio doli* (hile def’i) ileri sürülebilir, çünkü *stipulatio* iyi ahlak kurallarına göre yapılmamıştır. Mevcut veya müstakbel evliliklerin ceza bağına dayandırılması ahlaki değildir.”⁵³²

Roma hukukunda kişilik hakkına aykırılık, ahlak kurallarına aykırılık olarak görüldüğünden, metinde belirtildiği üzere *stipulatio poenae* de genel ahlak kurallarına aykırılık nedeniyle hükümsüz sayılmıştır⁵³³. Çünkü Roma hukukunda zorla evlilik

beyanıyla meydana geldiğinden, nişanlanmanın dava edilebilirliği de yürürlükten kalkmış oldu. Böylece bu dönemde evlenmeye zorlamak amacıyla konulan *stipulatio poenae* de, ahlak kurallarına aykırı olması nedeniyle geçersiz kabul edilmişti (Güneş Ceylan, s. 33 vd.; İpek, N., “Roma Hukukunda Nişanlanma (*Sponsalia*)”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul, 2011, s. 113, 115-118, 133). Aynı yönde TMK m. 119/II: “Evlenmeden kaçınma hâli için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.” Her ne kadar ceza koşulunun fer’iliği ilkesi gereğince, ana sözleşmenin geçersizliği ceza koşulunun da geçersizliğini gerektirse de, istisnaen nişanlanma geçerli olsa bile, nişanlılığın evlilikle sonuçlanmamasına bağlanan bir ceza koşulu kararlaştırılmazdı (Takinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 346; Eren, s. 1183).

⁵³² Türkçe metin Erdoğan/Tahiroğlu, s. 260. Türkçe metin için ayrıca bkz. Koçhisarlıoğlu/ Söğütü Erişgin, s. 68.

⁵³³ Koçhisarlıoğlu/Söğütü Erişgin, s. 68. Aynı yönde C. 5. 1. 1 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Bianori): “...ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse

olmaz, yani evliliğin serbest iradeyle gerçekleştirilmesi kuralı (*libera esse debent matrimonia*) geçerliydi⁵³⁴. Aynı şekilde Klasik Hukuk Dönemi'nde evliliğin devamına zorlamak amacıyla, boşanmamak için yapılan *stipulatio poenae* de hükümsüz sayılırdı⁵³⁵:

D. 45.1.19 (Pomponius 15 ad sab.)

“Si stipulatio facta fuerit: ” si culpa tua divortium factum fuerit, dari?”, nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis: nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa.”

“Senin kusurunla boşanma gerçekleşirse vermeyi taahhüt ediyor musun şeklinde bir *stipulatio* kararlaştırıldığında, *stipulatio* geçersizdir. Çünkü kanunlarla belirlenen cezalarla yetinmek zorundayız. O halde kanunla belirlenen yükseklikte *stipulatio* yoluyla tespit edilmeliydi.”

C. Iust. 8.38.2 (a.223)

Alex. A. Menophilo. Libera matrimonia esse antiquitus placuit. ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat.

“İmparator Alexander'dan Menophilus'a. Eskiden beri geçerli olduğu gibi, evlilikler serbest olmalıdır. Bu yüzden, boşanmanın gerçekleşmeyeceğine dair birlikteliklerin, tıpkı boşanma hali için bir kimsenin *poena* ödeyeceği şeklindeki *stipulatio*'lar gibi hükümsüz olduğu tespit edilmiştir.”

debet.” “...evlenmeyi gerçekleştirmede özgür irade söz konusu olduğundan, taraflardan hiçbiri bu konuda zorlayıcı bir gücü haiz değildir.” (Türkçe metin Altop, Arra Sponsalicia, s. 381 dn. 50.)

⁵³⁴ Schulz, s. 109; Güneş Ceylan, s. 46.

⁵³⁵ Harke, Römische Recht, s. 276. Günümüz hukukundan farklı olarak, Roma hukukunda evlilik (*matrimonium*), nasıl ki karşılıklı irade uyuşmasıyla meydana geliyorsa, evliliğin devamı için de bu husustaki istek ve niyetin, yani *affectio maritalis*'in devamı gerekirdi. *Affectio maritalis*'in ortadan kalkmasıyla boşanma gerçekleşmiş olurdu. O halde Roma hukukunda boşanma, *affectio maritalis*'in ortadan kalkmasının doğal bir sonucu olduğundan, Klasik Hukuk Dönemi'nde boşanmamak için *stipulatio poenae*'nin kararlaştırılması da geçersiz olarak kabul edilmişti. Fakat M.S. 6. yy.'dan itibaren, tarafların boşanmamak için kararlaştırdıkları *stipulatio poenae*, artık hükümsüz kabul edilmemekteydi (Di Marzo, s. 197; Gönenç, F. İ., “Roma Hukukunda Boşanma (Divortium), *AÜEHFD* 2003, C. VII, S. 1-2, s. 646-647; Humbert, s. 61 dn. 13).

Evliliğin devamı, yani boşanmamak için yapılan *stipulatio poenae*'nin ahlaka aykırı olduğu açıkça belirtilmese de, bu ceza koşulunun da ahlaka aykırı olduğu kabul edilmektedir⁵³⁶.

Roma aile hukukunda *stipulatio poenae*'nin genel olarak hükümsüz kabul edilmesine karşılık, istisnaen hükümsüz olarak kabul edilmediği durumlar da söz konusu olabildi:

D. 45.1.121.1 (Papinianus 11 resp.)

“*Stipulationis utiliter interponendae gratia mulier ab eo, in cuius matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset. nihil causae esse respondi, cur ex stipulatu, quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta condicione pecuniam adsequi non possit.*”

“Evlilik nedeniyle bir erkeğin evinde kalan kadın, evlilik süresince erkeğin yeniden bir *concubina*'sı olması hali için onun iki yüz vermesi yönünde bir *stipulatio* yapmıştı. Bu *stipulatio*, ahlaki saygınlığa uygun olması nedeniyle, şart gerçekleştiğinde kadının bu parayı talep edememesi için, hiçbir neden olmadığı şeklinde cevap verdim.”

Yukarıdaki örnekte *Papinianus*, evliliğin devamı süresince erkeğin bir daha *concubina*'sı⁵³⁷ (evlilik olmadan erkekle yaşayan azatlı veya hür kadın)⁵³⁸ olmayacağını, *stipulatio poenae* ile taahhüt etmesinde ahlaka aykırı bir durum

⁵³⁶ Kaser, M., “Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, romanistische Abteilung, Bd. 60, 1940, s. 123-124.

⁵³⁷ *Concubinatus*: *Ius civile*'ye uygun bir evliliğin sonuçlarını doğurmamakla birlikte, *Principatus* Dönemi'nde evlilik dışı yaşamak için öngörülen cezaları da gerektirmeyen, kadınla erkeğin evli gibi sürekli birlikte yaşamasıdır. Ancak bir kimsenin, evliliğinin yanında böyle bir birliktelik sürdürmesine imkan yoktu ve aynı anda iki farklı *concubinatus* birlikteliği de söz konusu olamazdı (Umur, Lügat, s. 42; Güneş Ceylan, s. 81).

⁵³⁸ İpek, N., “Concubinatus”, *YÜHFD*, Y. 2008, C.V, S.2, s. 18.

görmemişti⁵³⁹. Buna ek olarak evli kadının getirdiği *dos* hakkında *stipulatio poenae* yapılması da geçerli kabul edilmişti⁵⁴⁰:

D. 23.4.12.2 (Paulus 35 ad ed.)

“*Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, mela ait alterutro eam contentam esse oportere: vel exceptione pacti et acceptam facere poenae obligationem, vel, si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.*”

“Evli bir kadın, kendisinden çeyizin yarısından fazlasının talep edilemeyeceğini *pactum* yoluyla ve [bu duruma aykırılık halinde] belli bir miktarı ceza (koşulu) olarak *stipulatio* yoluyla kararlaştırdı. Bu nedenle *Mela*’nın dediği gibi, (evli kadın) iki hukuki yardımdan biriyle yetinmelidir: ya ceza koşulunun ibrası karşılığında *exceptio pacti*’yi ileri sürebilirdi veyahut da [ceza koşulu] *stipulatio*(su) nedeniyle dava açmışsa, *exceptio*’yu ileri sürme hakkından vazgeçmiş (imtina etmiş) olurdu.”

D. EMREDİCİ HUKUK KURALLARINA AYKIRILIK NEDENİYLE KISMİ BUTLAN

1. Genel Olarak

Günümüz hukukunda yer alan, fahiş ceza koşulunun hakim tarafından indirilmesi kuralı⁵⁴¹, Roma hukukunun hiçbir döneminde bulunmamaktaydı⁵⁴². Ceza koşulu, zararın

⁵³⁹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 81; Mayer-Maly, T., *Contra bonos mores, Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag* (Hrsg. Hans-Peter Benöhr, Karl Hackl, Rolf Knütel, Andreas Wacke, Graz-Wien, 1986, s. 160-161; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 76.

⁵⁴⁰ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 43.

⁵⁴¹ TBK m. 182/III: “Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.” BK m. 161’in uygulandığı dönemde hakim bu kuralı kendiliğinden mi, yoksa borçlunun talebi üzerine mi uygulayacağı yönünde doktrinde görüş farklılıkları yer almış olsa da, TBK m. 182/II ile bu görüş ayrılıklarına son verilmiş ve hakim bu kuralı kendiliğinden uygulayacağı belirtilmiştir. Hakimin fahiş ceza koşulunu indirme yetkisi olduğu kuralının tek istisnasını, tacirin ticari niktelikteki borçları için ceza koşulu kararlaştırması oluşturur. Ancak böyle bir ceza koşulunun, tacirin mahvına neden olmaması gerekir. Aksi takdirde, ceza koşulu kısmen veya tamamen geçersiz sayılabilir (von Tuhr, s. 770 vd.; Takinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 354 vd.; Oğuzman/Öz, s. 521-522; Eren, s. 1189-1190). Fransız hukukunda, 1975’ten itibaren Art. 1152 CCfr ile, hakim hem fahiş ceza koşulunu indirmeye hem de gülünç olacak şekilde düşük ceza koşulunu (*peine dérisoire*) yükseltmeye yetkisi bulunmaktadır (HKK/Hermann §§336-345, Rn. 44, 45. Ayrıca bkz. Baum, s. 1703). Hatta Ccfr. 1231-5’te de bu kural tekrarlanmıştır. Bu hususta bkz. BeckOGK/Ulrici, 1.5.2017, BGB § 339 Rn. 103 (Erişim Tarihi: 16.06.2017).

miktarından bağımsız olarak kararlaştırıldığından, miktarıyla ilgili olarak da bazı istisnai durumlar dışında herhangi bir sınırlama yer almamaktaydı. Söz konusu istisnai durumlardan ilki, *emptio venditio*'da zapt (*evictio*) için kararlaştırılan gerçek ceza koşulu niteliğindeki *stipulatio duplae*'nin, satılan eşyanın değerinin dört katını aşmaması gerektiği idi:

D. 21.2.56 pr. (Paulus 2 ad ed. aedil. curul.)

“Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quadruplum promitteretur, ex empto perpetua actione agi poterit...”

“Satımda söylenildiği gibi, [*evictio* hali için] o şeyin satış parası, üç veya dört katı taahhüt edildiğinde, *ex empto*'dan kaynaklanan dava süresizce açılabilir...”

Iust. Inst. 4.6.21

“Omnes autem actiones vel in simplum conceptae sunt vel in duplum vel in triplum vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.”

“Bütün davalar ya o şeyin değeri ya iki, üç veya dört katı olabilir. Daha fazlasını amaçlayan bir dava yoktur.”

⁵⁴² SOSSNA, Klasik Hukuk Dönemi'nde olduğu gibi, *Iustinianus* Dönemi'nde de ceza koşulu için zorunlu olarak herhangi bir sınırlamanın olmadığını belirtmektedir. *Iust. Inst. 3.19.19*'da ceza koşulunun zarardan bağımsız bir şekilde kararlaştırıldığı belirtilmekteyken, SOSSNA'ya göre *C. Iust. 7.47.1* ve *C. Iust. 5.1.5* uygulamaları *Iustinianus* Dönemi'nde bazı durumlarda, tazminat taleplerinde olduğu gibi, ceza koşulu taleplerinde de sınırlamaya gidilebildiğini gösterebilir. Zira metinde açıkça ceza ifadesinin geçmesini, ceza koşulunun tazminat fonksiyonunu da haiz olmasını ve bu emirnamenin çıkarılmasından yaklaşık altmış sene kadar önce yayımlanmış olan, nişanlama halinde evliliğin gerçekleşmemesi için kararlaştırılan ceza koşullarının iki katı aşmayacağı kuralını (*C. Iust. 5.1.5*) bu düşüncesine kanıt olarak göstermektedir. Ancak günümüz hukukunda fahiş ceza koşulunun indirilmesi, Kanonik hukukun ve hümanist doktrininin *aequitas* düşüncesinin bir sentezidir (Sossna, s. 15-20; Cordes, A., Rezension zu “Ralf-Peter Sossna: Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen. Eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § BGB § 343 (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, hg. v. Reiner Schulze, Elmar Wadle, Reinhard Zimmermann, Band 9), Berlin: Duncker&Humboldt 1993. XII, 204 S.”, **ZEuP** 1995, s. 702-704. Eleştirisi için bkz. Pennitz, M., Rezension zu Rezension zu “Ralf-Peter Sossna, Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen. Eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § 343 BGB (=Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 9) Duncker&Humboldt, Berlin 1993. XII, 204 S.”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, romanistische Abteilung, Bd. 113, 1996, s. 583 vd.).

Yukarıda görüldüğü üzere, alım satım sözleşmesinde zapt tehlikesi için yapılan *stipulatio duplae*'nin miktarı, satış parasının en çok dört katı olabilirdi⁵⁴³. Bu açıklamayla paralel olarak, *Iustinianus* Dönemi'nde de hiçbir davanın sonuncunda elde edilen miktar, dava konusuyla elde edilen miktarın dört katını aşamazken; aşağıda belirtilen sözleşmelerden doğan tazminat miktarı, hiçbir şekilde sözleşme konusunun değerinin iki katını aşamazdı⁵⁴⁴:

C. Iust. 7. 47. 1

“Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coartare. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigere, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio.”

“Zararın tazmini hakkında uzun zamandır sonu gelmeyen şüpheli sorular olduğu için, bu konu hakkında alışılmışın üstündeki yorumların olabildiğince sınırlanması, bize son derece uygun görünmektedir. Bu nedenle, konusu belirli bir tutar veya şey olan durumlarda –alım satım, kira, hizmet, eser sözleşmelerindeki gibi-

⁵⁴³ Ancak uygulamada üç veya dört katıyla ilgili somut bir örnek yer almadığı yönünde bkz. Girard/Senn, s. 593 dn.1.

⁵⁴⁴ Sossna, s. 11-12. Bu metin hakkında ayrıca bkz. Topuz, s. 169 vd., 326. Her ne kadar *Iustinianus* Dönemi'nde böyle bir sınırlama ihtiyacı *stipulatio duplae* örnek alınarak yapılsa da, Roma hukukunda tazmin edilmesi gereken menfaatin sınırlanması söz konusu değilken, zarar tazmininin makul ölçüler içinde tutulması gerektiği yönünde bkz. Topuz, s. 178.

sözleşmelerdeki tazminat talebini (sözleşme konusu değerinin) iki katını geçmemesi olarak düzenliyoruz. Diğer bütün belirsiz konulu sözleşmelerde, kararı verecek hakim bütün titizliğiyle, gerçekten oluşan zararın yerine geçen miktarı araştırmalı, kendi olanakları nedeniyle sonu olmayan bir hesaba çıkmaması için, fahiş bir şekilde yanlış yorumlanarak, şüpheli, içinden çıkılmaz hale getirmemelidir. Çünkü biliyoruz ki, doğasına uygun olduğu ölçüde, sadece tatbik edilen sınırlardaki veya belirli sınırlarla kuşatılan yasalara uygun olan cezalar dava edilebilir. Bu emirname de sadece zararları değil, ayrıca kazançları da kapsar, çünkü bu nedenle öncekiler menfaati tespit etmişti: bütün durumlarda bu emirnamenin ilan edilmesi, eski belirsizliğin sonunu ifade etmektedir.”

SOSSNA yukarıdaki bilgilerden yola çıkarak, aslında dolaylı bir şekilde, ceza koşulunun yüksekliğinin de, Klasik Sonrası Dönem’deki sınırlamalara ve özellikle *Iustinianus* Dönemi’nde zararın, sözleşmenin konusunun değerinin iki katını aşamayacağı sınırlamasına tabi tutulduğunu belirtmektedir. Ancak yine de Roma hukukunda ceza koşulunun yüksekliğiyle ilgili taraflara serbestlik tanındığına, bizzat ceza koşulunun yüksekliğiyle ilgili olarak bilinçli olarak hiçbir sınırlamanın getirilmediğine işaret etmektedir⁵⁴⁵.

Yukarıda belirtilenlere ek olarak, Roma hukukunda ceza koşuluyla ilgili olarak belki de en önemli sınırlama, para borçları için kararlaştırılan ceza koşulunun, emredici bir şekilde belirtilen faiz sınırlarından yüksek olmamasıydı. Yani para borçları için kararlaştırılan ceza koşulu, faiz şeklinde nitelendirilebildiğinde ve faiz kurallarına karşı hile yapılmak istendiğinde⁵⁴⁶, hiçbir şekilde belirlenen faiz sınırlarını aşamazdı⁵⁴⁷. Kanunen belirlenen faiz sınırlarıyla elde edilmek istenen sonuca, ceza koşuluyla ulaşılmak istendiğinde, ceza koşulu gecikme faizi görevi görürdü ve kanuni faizi aşan

⁵⁴⁵ Sossna, s. 15 vd. Ayrıca bkz. Tunçomağ, s. 133-134; HKK/Hermann §§336-345, Rn. 27; Baum, s. 1703.

⁵⁴⁶ Tunçomağ, s. 134.

⁵⁴⁷ Örn. bkz. *Mod. D. 22.1.44; Pap. D. 19.1.13.26; C.4.32.15* (Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise*, s. 74 vd.; Sossna, s. 14-15).

miktar hükümsüz sayılırdı. Bu nedenle, Roma hukukunda ceza koşulunun emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle kısmi butlanı⁵⁴⁸, kendini faiz sınırlarının ceza koşuluna etki etmesinde göstermekteydi. *Stipulatio poenae*'nin tamamen değil de, kanuni faizi aşan miktarının hükümsüz sayılmasının nedeni, alacaklıyla borçlunun menfaatini dengelemektir⁵⁴⁹.

Roma'da faiz sınırları, her dönemde kabul edildiği halde, özellikle M.S. 3. yy.'da yaşanan ekonomik kriz⁵⁵⁰, hukukçuları faizle denk niteliğe sahip ceza koşulunu

⁵⁴⁸ Roma hukukunda, günümüz hukukunda olduğu gibi, kısmi butlana ilişkin olarak genel bir kural bulunmamaktaydı. Hukukçular, bir hukuki işlemin geçersiz olan kısmının geçerli olan kısmına etki etmeyeceğini, “*quot rest tot stipulationes*” ve “*in maiore minus inest*” kurallarıyla yorum yoluyla geliştirmişlerdi. Ayrıca kurulan hukuki işlemi ayakta tutma amacı da, Romalı hukukçuları somut uyuşmazlıklarda, “*utile per inutile non vitiatur*” yani “hukuki işlemin bir kısmındaki geçersizlik, geri kalanı geçersiz kılmaz” olarak ifade edilen kısmi butlan sonucuna yöneltmekteydi (Üçer, Kısmî Butlan, s. 47 vd., s. 81 vd.).

⁵⁴⁹ Staffhorst, s. 70-72; Üçer, Kısmî Butlan, s. 97 vd., 169.

⁵⁵⁰ Genellikle M.S. 3. yy.'daki ekonomik krizin nedenleri, M.S. 2. yy.'daki İmparator *Trajan*'ın (98-117) hükümdarlığında aranmaktadır. Bu dönemde ordunun bakımı için yüksek miktarda para gerekmekteydi ve ordunun elinden tarımsal üretim de alınmıştı. Askeri hareketler ve barbar akınları, tacirler ve esnaflara da etki etmişti. Kamusal güvenliğin sarsılması nedeniyle de, ticaret sekteye uğramıştı. Bu nedenlerden dolayı, halkın gelirinin ve devletin vergi gelirinin azalması birbirine paralellik göstermekteydi. Yeni kamu görevlileri çağırılmaktayken, gereksiz ve geniş kapsamlı inşaa faaliyetleri de yapılmaktaydı. Bu nedenle de, devlet bütçedeki açıklıkları paranın sürekli değerini düşürerek gidermeye çalışmaktaydı. Özellikle de *Marcus Aurelius* zamanında (161-180) gümüş ve altın para basımında, artık daha çok bakır para kullanılarak paranın değeri düşürülmekteydi. Gümüş denarın içeriğindeki gümüş, *Septimius Severus* (193-211) zamanında %50'ye kadar gerilemişti. Paradaki bu değer azalışı da, bir kez vergi oranları belirlendikten sonra, bir daha bu vergi oranlarında bir değişiklik yapılmamasıyla açıklanmaktaydı. Bu dönemde, halkın zengin tabakası tutarsızca harcamalar içerisindeydi. Ayrıca yeni vergi türleri de getirilmekteydi. Örneğin *Caracalla* zamanında (211-222), her Roma vatandaşından %5 oranında veraset ve intikal vergisi alınmaktaydı. Buna ek olarak, müsadereler başlamıştı. Paranın alım gücü, Batı'da olduğu gibi, Doğu'da da azalmaya ve fiyatlar artmaya devam etmekteydi. İç karışıklıklar ve *Severus Alexander*'ın ölümünden *Diocletianus*'un tahta çıkacağı yaklaşık elli senelik dönemdeki birçok imparator değişimi nedeniyle yaşanan politik istikrarsızlık da krizi arttırmaktaydı. Maden ocaklarının kaybı dolayısıyla da artık, paralardaki maden değeri iyice azalmıştı. Ancak önceden olmadığı kadar iktisadi durumun çökmesi ve paranın değerinin de hiç olmadığı kadar azalması, *Diocletianus* Dönemi'ne (284-303) denk gelmekteydi. Paradaki metal değeri iyice azaldığından, nominal değeri ve gerçek değeri arasında sapma olmaktaydı. Artık para, değer ölçütü görevini yerine getiremez olmuştu. Esnaf ve sanatkarlar, tacirler ve çiftçiler ürünlerin fiyatlarını arttırırken, halkın alım gücü de azalmaktaydı. Onlar da kendilerinin mal ihtiyacını, değiş tokuşla sağlar olmuşlardı. Çiftlik sahipleri ve çiftçilerin vergilerini mal ile ödemeleri yönünde kurallar getirilmişti. Dolayısıyla Roma parasına olan güveni artırmak ve paranın değerini stabilize edebilmek için *Diocletianus*, 296 yılından itibaren bazı reformlar yapmıştı. M.S. 301'de *Diocletianus* tarafından hazırlatılan “*edictum de pretiis rerum venalium*’da” (Tavan Fiyatlar Fermanı’nda) yiyecek ile giyecek ürünleri ve önemli işler için en yüksek ücretler belirlenerek, paranın değerinin düşmesi ve iktisadi ilişkilerdeki kötülüğe bir son verilmesi düşünülmekteydi. Bu *edictum* ile, alıcı ve satıcı tarafından ihlal edilemeyecek olan üst sınırlar belirlenmişti. Aksi davranış, ölüm veya sürgün cezasını gerektirirdi. Bu fermanla eğitim gerektiren işgücü ücretleri gibi, asker ücretleri, öğretmen ücretleri, çoban, tuğla ustası, fırıncı gibi işçilerin veya zanaatkarların da ücretleri belirlenmişti. Et, yağ, sebze, meyve, tahıl, bakliyat, şarap, bira, canlı hayvan, giyecek, ayakkabı, ulaşım fiyatları gibi fiyatlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmişti. Söz konusu ferman bütün İmparatorluğu kapsar şekilde yayımlanmasına karşılık, *Diocletianus*'un hüküm sürdüğü Doğu'da uygulanmaktaydı. Ancak bu ferman, amaçladığı sonuca ulaşamamıştı. Zira her yerde her ürün yetişmediğinden, herhangi bir ürünün yapıldığı veya yetiştirildiği yerdeki fiyatıyla, getirildiği yerdeki fiyatının aynı olmaması gerekirdi. Ayrıca

(*Strafzins*) sınırlamaya itmiş olmalıydı. M.S. 3. yy.'da Roma İmparatorluğu büyük bir ekonomik krizin içerisine girmişti. Bu ekonomik krizde paranın⁵⁵¹ satın alma gücünün düşmesinin ve fiyatların yükselişinin, Roma özel hukukuna ve özellikle de Roma sözleşmeler hukuku sistemine büyük bir etkisi olmuştu. Bu ekonomik krizin ceza koşuluna etkisi, tüketim ödücü (*mutuum*) ve deniz ödücü (*pecuniae traiectionis*) sözleşmelerinde, faiz sınırlarının ceza koşulu için de kabul edilmiş olmasında kendini göstermekteydi. Faizin azami sınırı, daha XII Levha Kanunu'nda anaparanın %100'ü (*fenus unciarum*) olarak belirlenmişti. Artan miktarda faiz kararlaştırma gabin olarak görüldüğünden, dört katı miktarda ceza ödenmeliydi. Sonraki yüzyıllarda, bu azami faiz haddi, yarıya (*fenus semiunciarum*) indirilmişti. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru faiz oranı, aylık %1 ve yıllık %12 olarak hesaplanmıştı. İmparator *Konstantin* ise bunu %12.5'e çıkarmışken, hukuki işlemlerde bu oranın daha az ya da daha çok olabileceğini belirlemişti. Bu azami miktardan yüksek olan faizi, alacaklı davayla talep edemezdi. Ancak bu faiz oranları, İmparatorluğun her yerinde aynı şekilde uygulanmamaktaydı⁵⁵².

Iustinianus, Hristiyanlığın da etkisiyle tüketim ödücü için alınan faizleri yıllık % 6'ya düşürmüştü. Deniz ödücündeyse, *Iustinianus* Dönemi'ne kadar faiz için herhangi

vatandaşlar ve özellikle de tacirler, malları stoklama yoluna gittiği için, talep artışıyla birlikte ücretler de tekrar yükselmişti. Bu nedenle, söz konusu ferman iptal edilmeye mahkumdu (Visky, Spuren der Wirtschaftskrise, s. 11-23; İznik, E., "İmparator Diocletianus'un 'Tavan (En Yüksek) Fiyatlar Fermanı' 'Edictum de pretiis Rerum Venalium'", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, Y. 2011, C. XXX, S. 49, Ankara, s. 97-130).

⁵⁵¹ Cumhuriyet Dönemi'nin sonuyla, İmparatorluk Dönemi başında, gümüş para birimi *sestertius*'tu. Dört *sestertius*, bir *denar*'a denk gelirdi. O zamanlarda kullanılan bakır para birimiye *as*'tı, ve on *as* bir *denar*'a denk gelmekteydi. Aynı dönemde altın para birimi *aureus* veya *solidus*'tu. Bir altın para birimi, yüz *sestertius* veya yirmi beş *denar*'a denk gelmekteydi. İmparatorluğun birinci yüzyılında, altın ve gümüş para biriminin değeri nispeten istikrar göstermekteydi. İmparatorluğun ikinci yüzyılının sonlarına doğru sürekli olarak gümüş *denar*'a, bakır ve özellikle de bronz eklenmeye başlanmıştı (Visky, Spuren der Wirtschaftskrise, s. 13-14).

⁵⁵² Visky, Spuren der Wirtschaftskrise, s. 74-75; Staffhorst, s. 45 vd.; Üçer, M., "Roma Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Faiz Yasağı ve Faiz Sınırlamaları", *İKÜHFD*, Y. 2011, C. 10, S. 2, (<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, E.T.: 14.04.2017); Üçer, Kısmi Butlan, s. 167.

bir sınırlamala mevcut değilken; *Iustinianus*, bu faizlerde yıllık %12 olarak bir sınır belirlemişti⁵⁵³.

Gecikme faizi de tıpkı ceza koşulu gibi, edimin zamanında ifasına bir zorlama ve zarara karşılık oluşturmaktaydı. Bu nedenle, her iki hukuki kavram birbirine benzerlik gösterse de, birbirinden farklı kavramlardı ve faiz sınırları kanunen belirlenmişti. Ancak yukarıda belirtilen bir iki istisna dışında, söz konusu sınırlama ceza koşulu için çok nadirdi. En yüksek faiz sınırları önceden kararlaştırılmış olduğundan, faizin kararlaştırılamayacağı yerde, kanuna karşı hileyle, ceza koşulu kararlaştırılabilirdi. Özellikle tüketim ödöncü (karz) sözleşmesi (*mutuum*) borçlusunun borcunu belirtilen zamanda yerine getirmemesi durumu için, aylık olarak belirli bir miktar ceza koşulu kararlaştırdığında, bu aslında faizle aynı görevi görürdü. Bu nedenle de, özellikle para ödöncü sözleşmelerinde, faiz ile ceza koşulu adeta birbirine karışmış bir halde bulunmaktaydı⁵⁵⁴.

2. Roma Hukukunda Faiz Sınırlarının Ceza Koşulunun Kısmi Butlanına Sebebiyet Vermesi

Hukuk düzeni tarafından izin verilen faiz sınırlarını gizlemeye yarayan en elverişli hukuki kurum ceza koşulu olduğu için, Roma hukukunda tüketim ödöncü (*mutuum*) sözleşmesi başta olmak üzere bazı sözleşme tiplerinde, kanuni faiz sınırlarını aşan ceza koşullarının kararlaştırıldığı görölmekteydi. Ancak hukuk düzenin yasakladığı bir duruma, başka bir hukuki kurumu kullanarak ulaşmak mümkün olmadığından,

⁵⁵³ Atak, *Mutuum*, s. 128, 166.

⁵⁵⁴ Günümüz Türk hukukunda, en yüksek faiz miktarı altında kalan ceza koşulunun fahiş bir yükseklikte olduğu söylenemez. Hakimin ceza koşulunu indirme yetkisi bulunduğundan, tarafların en yüksek faiz sınırlarını kanuna karşı hileyle delme amaçları dışında, bu görüşün uygulanamayacağı yönünde bkz. Tunçomağ, s. 68.

taraf larca kararlařtırılan ceza kořulu miktarı, hukuk dűzeninin izin verdiđi en yűksek faiz sınırlarını ařmamalıydı⁵⁵⁵:

D. 22.1.44 (Modestinus 10 pand.)

“Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.”

“Hiç kimse faiz yerine, izin verilen faiz oranlarını aşan bir ceza koşulunu kararlaştıramaz.”

Görűldűđű üzere, faiz yerine kararlařtırılan ceza kořulunda, diđer bir ifadeyle ceza faizinde (*Strafzins*), her iki kurum aynı amaca hizmet ettiđinden, kanunen izin verilen faiz sınırlarına kadar ceza kořulu kararlařtırılabilmektedir. En yűksek faiz sınırlarının ceza kořuluna da etkisinin kabulűyle birlikte, ceza kořulunun Roma hukukunda kötüye kullanımı engellenmektedir. Özellikle de M.S. 3. yy.’dan itibaren hissedilen ekonomik krizle, paranın deđer ve dolayısıyla da faiz miktarları düřtűđűnden, çođu insan ödűnç olarak para vermek istememekteydi. Parasını ödűnç olarak vermek isteyen de, yűksek miktarda geliri faizle sađlayamayacađından, parasının kullanılması nedeniyle daha yűksek miktardaki geliri, kanuna karřı hile yoluyla, ceza kořulu kararlařtırmaya bařvurarak sađlamak isteyebilirdi. Ancak kredi iřlemlerinde, ödűnç olarak alınan paranın zamanında ödenmemesi hali için kararlařtırılan ceza kořulu, gecikme faiziyle aynı amaca hizmet ettiđinden, en yűksek faiz sınırlarının, kararlařtırılan ceza kořuluna da etki etmesinin kararlařtırılmasıyla, kanuna karřı hile durumları engellenmiř oldu. Böylece M.S. 3. yy.’da yařanan ekonomik kriz, tarafların sözleşme özgűrlűđűne de etki etmiř oldu⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ Sossna, s. 14; Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise*, s. 81-82.

⁵⁵⁶ Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise*, s. 83-85.

D. 45.1.90 (Pomponius 3 ex plaut.)

“Cum stipulati sumus pro usuris legitimis poenam in singulos menses, si sors soluta non sit, etiamsi sortis obligatio in iudicium sit deducta, adhuc tamen poena crescit, quia verum est solutam pecuniam non esse.”

“Kanuni faiz yerine, her bir ay için ceza koşulu *stipulatio*’su yaptığımızda, ana borcun ödenmemesi durumu halinde, ana borç mahkeme önüne getirilmiş olsa da, şüphesiz ki ana borç ödenmediğinden, yine de ceza (koşulu) artar.”

Yukarıdaki metinde azami faiz sınırından değil de, her ay kararlaştırılan miktarın niteliğinin, faiz yerine ceza koşulu olduğundan bahsedilmekteydi. Ayrıca Pomponius bu metinde edimin geciktirilmemesi amacıyla kararlaştırılan ceza koşuluyla ana borçtan kaynaklanan edimin yığılıp, ikisinin birden istenebileceğini açıklamıştı. Yani aslında bu metinde görüldüğü gibi, ceza koşulu *stipulatio*’sundan kaynaklanan edim, gecikme faizinin yerini tutmuş olmaktaydı. Aynı durum M.S. 2. yy.’ın ortasına kadar olan diğer bazı metinlerde⁵⁵⁷ de görülmektedir⁵⁵⁸:

D. 22.1.9 pr. (Papinianus 11 resp.)

“Pecuniae faenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae respondi non tenere: quare pro modo cuiuscumque temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit.”

“Bir ödücün belirlenen zamanda ödenmemesi halinde, iki katı kadar faiz kararlaştırılan geri ödeme taahhüdü hakkında, iki katın kanunen tanınan faiz oranını geçtiği müddetçe geçerli olmadığı yönünde cevap verdim. Bu yüzden, ödeme dönemleri için, izin verilen ölçüyü aşan miktarlar hesaba katılmadığında, *stipulatio* geçerli olur.”

Yukarıdaki metinde taraflar, borçlunun belirli bir tarihte yerine getireceğini taahhüt ettiği borcu ödememesi halinde, bu miktarın iki katı kadar “faiz” ödeneceğini

⁵⁵⁷ Örn. bkz. Pap. D. 12.1.40; Paul. D.45.1.126.6.

⁵⁵⁸ Fuhrmann, s. 851; Visky, Spuren der Wirtschaftskrise, s. 76-77.

kararlaştırsalar da, *Papinianus*, *stipulatio*'nun, kanuni faiz oranını aştığı muddetçe geçerli olmadığı yönünde cevap verir ve *stipulatio*'nun sadece, kanunen izin verilen faiz oranına kadar geçerli olacağını savunur. Bu metin aslında, bir ödöncün belirlenen zamanda ödenmesi için kararlaştırılan ceza koşulunun, kanuni faiz oranlarını da aşamayacağını göstermesi bakımından önemlidir. Zira iki katı kadar kararlaştırılan miktar, aslında faiz değil, ceza koşuluydu ve kanuni faiz oranlarını aşacak şekilde bir *stipulatio poenae* de yapılamamaktaydı. Ayrıca burada kanuni faiz sınırını aşan miktarın kabul edilmemesi, bu miktarın kısmi butlanla hükümsüz olduğunu da göstermektedir. Zira kanuni faiz sınırını aşan miktarda bir ceza koşulu ya da ceza faizi (*Strafzins*) kararlaştırıldığında, söz konusu ceza faizinin tamamı hükümsüz sayılmamaktaydı. Bunun yerine sadece aşan kısmın hükümsüz sayılması, kısmi butlanın tanındığına işaret ederdi. *Papinianus*'un ceza faizini kısmi butlana tabi tutması, alacaklıyla borçlunun menfaatlerini de denkleştirme çabasını gösterirdi. Zira ceza faizinin tamamı hükümsüz sayılısaydı, hiçbir müeyyideyle karşılaşmayacak olan borçlunun borcunu da geciktirmesine imkan sağlanmış olurdu⁵⁵⁹:

D. 19.1.13.26 (*Ulpianus* 32 ad ed.)

“Ibidem papinianus respondisse se refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adiectum, quod usuram legitimam excedit: diversamque causam commissoriae esse ait, cum ea specie, inquit, non faenus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur.”

“Aynı yerde *Papinianus*, [mühlet anlaşmasında belirli] zamanda satış parası ödenmediği takdirde, alıcının satıcıya iki katı kadar satış parasını ödeyeceğini kararlaştırdığında, kanuni faizi aşan kısmın açıkça İmparator *Constitutio*'larındakilere [burada düzenlenen faiz yüksekliğine] karşı hile olarak kararlaştırıldığına karar verdiğini açıklar. [Ödemenin gecikmesi] için belirtir ki, hukuki durum fesih ihtirazi

⁵⁵⁹ Staffhorst, s.45-47; Visky, Spuren der Wirtschaftskrise, s. 77; Üçer, Kısmî Butlan, s. 168-169.

kayıtındaki durumdan (*lex commissoria*) farklı olmalıdır. Çünkü söylediği gibi, caiz olmayan (hukuka aykırı) faiz kararlaştırılmamıştı, bilakis sözleşmeye [kanunlar tarafından] tasvip edilmeyen bir şart eklenmişti.”

Bu metinde *Papinianus*, satıcı, satış parasını belirlenen zamanda elde edemediği takdirde, *pactum* şeklinde kendisine iki katı kadar ödemenin yapılacağı taahhüdünün, İmparator düzenlemelerindeki kanuni faiz sınırını aştığı oranda hükümsüz sayılacağını belirtmişti. Bu metinde açıkça ceza koşulu (*poena*) kavramı geçmese de, alım satım sözleşmelerinde de aynı amacın, ceza koşulu tarafından yerine getirildiği bilinmekteydi. Bu nedenle de, söz konusu faiz haddini aşan *pactum*’un, kısmi butlanı söz konusuydu⁵⁶⁰ ve kanuna karşı hile yapılarak, kanuni faiz sınırı kurallarına aykırı bir faiz talep yetkisi verilmek istenmemekteydi⁵⁶¹.

C. Iust. 4.32.15

“*Cum adleges uxorem tuam ea condicione mille aureorum numero quantitatem sumpsisse, ut, si intra diem certum debito satis non fecisset, cum poena quadrupli redderet quod accepit, iuris forma non patitur legem contractus istius ultra poenam legitimarum usurarum posse procedere.*”

“Ödünç olarak alınanın kesin olarak belirlenen sürede ödenmemesi hali için, bunun dört katı tutarında cezanın geri ödenmesi şartıyla kararlaştırılan yüz miktar altın parayı, karının kabul ettiğini beyan etmekteisin. Ancak kanuni faiz sınırlarını aşan miktarda faizin *poena* olarak kararlaştırılmasına, hukuk düzeni izin vermemektedir.”

İmparator *Gordianus*’a ait bu metinde de görüldüğü üzere, kanuni faiz sınırlarını aşacak şekilde ceza koşulu kararlaştırılması açıkça yasaklanmıştı⁵⁶².

⁵⁶⁰ Staffhorst, s. 108-109.

⁵⁶¹ Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise*, s. 79; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 178.

⁵⁶² Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise*, s. 82; Sossna, s. 14.

3. *Iustinianus* Dönemi’nde Deniz Ödücü Sözleşmesindeki Faiz Sınırlarının Ceza Koşulunun Kısmi Butlanına Sebebiyet Vermesi

Roma hukukunda faiz konusunda, deniz ödücü için istenen faizle, tüketim ödücü için istenen faiz arasında bir ayırım yapılmıştı. Eski Hukuk Dönemi’nden itibaren tüketim ödücü için istenilen faiz bir sınırlamaya tabiiyken, deniz ödücü için istenen faiz *Iustinianus* Dönemi’ne kadar herhangi bir sınırlamaya tabii değildi. Ceza koşulunun, deniz ödücünün zorunlu bir unsuru olup olmadığı tartışmaları bir kenara bırakılırsa, metinlerden de anlaşıldığı üzere, deniz ödücünde ceza koşulu kararlaştırılması çok yaygın bir durumdu. Faiz için hiçbir sınırlamanın olmadığı *Iustinianus* Dönemi’nden önce ceza koşulu için de bir sınırlama olmadığından, geminin varma limanına gecikmesi halinde talep edilebilecek olan miktarın ceza koşulu mu olduğu yoksa deniz ödücü faizi mi olduğu taraflara bırakılmıştı. Yani aslında bu dönem için ceza koşulu, faiz olarak da anlaşılabilirdi⁵⁶³:

D. 22.2.8 (Ulpianus 77 ad ed.)

“Servius ait pecuniae traiectionis poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quo minus eam intra certum tempus praestitutum accipiat.”

“Servius der ki, eğer sözleşmeyle kararlaştırılan süre içerisinde alacaklıya sunulan paranın kabul edilmemesi alacaklıya dayanıyorsa, deniz ödücünün gecikmiş olan geri ödemesi nedeniyle, ceza koşulu talep edilemez.”

Cumhuriyet Dönemi hukukçularından *Servius Sulpicius Rufus*’a göre, alacaklıdan kaynaklanan bir nedenle borçlu, deniz ödücü borcunu yerine getiremiyorsa, alacaklı ceza koşulunu talep edemezdi⁵⁶⁴. Bu metnin çok ufak değişiklik haricinde, *interpolatio* içermediği kabul edilmektedir. Bu dönemde, deniz ödücünde, hiçbir faiz sınırlaması yer almadığından, faiz yerine ceza koşulu kararlaştırılmasında da herhangi bir sakınca

⁵⁶³ Litewski, *Römisches Seedarlehen*, s. 165.

⁵⁶⁴ Ayrıca *Pomp. D. 4. 8.40* metni için bkz. yuk. İkinci Bölüm, IV, A, 3.

bulunmamaktaydı. Zira bu dönemde *poena*, borcun taahhüt edilen şekilde, hızlıca yerine getirilmesine hizmet etmekteydi⁵⁶⁵.

D. 22.2.9 (*Labeo 5 pith. a paulo epit.*)

“*Si traiectione pecuniae poena (uti solet) promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris.*”

“Yaygın olduğu gibi, borçlu bir miktar deniz ödöncü parasının yerine getirilmemesi hali için bir cezayı kabul etmişse ve borcun vadesinin ilk günü gelmesine karşın, borçlunun ölümü nedeniyle, o borcun borçlusu bulunmuyorsa, bu andan itibaren sanki borçlu mirasçıya sahipmiş gibi, kararlaştırılan ceza koşulu istenebilecektir.”

Bu metinde ceza koşulunu ödeme borcunun, borçlunun ölümünden sonra mirasçılara geçtiği görölmektedir. Deniz ödöncünde, tehlikenin devri, alacaklıya yüklendiğinden, söz konusu karar ceza koşulunun amacına da uygun düşmektedir. Dikkat edilmesi gereken nokta da, ceza koşulunu yerine getirme borcunun borçluya isnat edilemeyen bir nedenden de olsa, talep edilebilir olduğudur. Çünkü metinde, taahhüt edilen *poena*, faiz *stipulatio*’su niteliğindedir. Ayrıca bu metinde göröldüğü üzere, *Labeo*’nun yaşadığı dönem için, deniz ödöncü sözleşmesinde, ceza koşulu kararlaştırılması yaygın bir uygulamaydı. Metinde ceza koşulunun başkaca fonksiyonlara da sahip olduğu anlaşılmadığından ve *Labeo*’nun yaşadığı dönemde, deniz ödöncünde faiz hakkında herhangi bir sınırlama olmadığı için, ceza koşulu ve faizin aynı işlevi gördüğü anlaşılır. Her ne kadar bir görüşe göre, bu metinde ceza koşulu, borçlunun kusuruna dikkat edilmeksizin muaccel olduğundan, bağımsız ceza koşulundan bahsediliyor olsa da; başka bir görüşe göre de, metinde aslında mirasçılarının

⁵⁶⁵ Visky, Spuren der Wirtschaftskrise, s. 93.

eksikliği nedeniyle, herhangi bir borçlu olup olmadığına bakılmaksızın ceza koşulunun muaccel olduğundan bahsedilmektedir⁵⁶⁶.

D. 22.2.4.1 (Papinianus 3 resp.)

“Pro operis servi traiecticiae pecuniae gratia secuti quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimae non ultra duplum debetur. in stipulatione faenoris post diem periculi separatim interposita quod in ea legitimae usurae deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.”

“Deniz yolculuğuna eşlik eden olarak yolculuk eden kölenin hizmetleri nedeniyle, her bir gün için -bir miktar- *stipulatio* yoluyla taahhüt edilen miktar, %12’ye kadar olan sınırla, iki katı kadar borçlanılan miktarı aşamazdı. Tehlikenin üstlenilmesinden sonrası için faiz *stipulatio*’su kararlaştırıldığında, onda kanunen izin verilen faiz oranı kadar eksik olan miktar, diğerinin yardımıyla, yani [eşlik eden kölenin] hizmetlerinde rastlanan *stipulatio* ile tamamlanırdı.”

Bu metinde kölenin hizmetlerine karşılık günlük oranla anlaşılan miktar, ceza koşulunu oluşturmaktayken, bir de geminin varış limanına gelmesinden sonra, yani tehlikenin bitiminden sonrası için kanuni faiz taahhüdü verilmişti. Ancak her ikisi birlikte, en yüksek kanuni faiz sınırını aşmamalıydı. Burada önemli olan daha *Papinianus*’un yaşadığı dönemde, ceza koşulu için kararlaştırılan miktarın ve deniz yolculuğu tehlikesinin bitiminden sonra, varış limanında geçen süre için kararlaştırılan faizin birlikte, kanuni faiz sınırlarına tabi olmasıydı. Metinde geçen iki katı kadar miktarın aşılamayacağı kuralı, metnin *interpolatio*’lu olduğunu göstermektedir. Ceza koşuluyla faizlerin bu şekilde birlikte kullanımı, M.S. 3. yy.’da yaşanan ekonomik krizde, paranın değer kaybetmesiyle, deniz ödöncü verenin parasının karşılığını alabilmesi için bulunan bir çözüm olmalıydı. Artık bu dönemden itibaren faiz

⁵⁶⁶ Visky, Spuren der Wirtschaftskrise, s. 94; Visky, Das Seedarlehen, s. 402-403; Litewski, Römisches Seedarlehen, s. 148; Litewski, W., “Bemerkungen zum Römisches Seedarlehen”, **Studi in Onore di Cesare Sanfilippo IV**, 1983, s. 392; Knütel, Stipulatio Poenae, s. 259.

kısıtlamaları, ceza koşuluna da uygulanır olmuştur. Bu metnin ilk kısmı, Klasik Hukuk Dönemi görüşünü yansıtırken, ikinci kısmı *Iustinianus* Dönemi düşüncesini yansıtmaktadır⁵⁶⁷. Şöyle ki:

Iustinianus Dönemi'ne gelindiğinde, artık deniz ödöncü için kararlaştırılan faizin yıllık %12 sınırlamayla kabul edildiği görölmektedir⁵⁶⁸. Bu nedenle deniz ödöncünde kararlaştırılan ceza koşulu ve yine varma limanından sonraki zaman için kararlaştırılan faizlerin toplamı da, hiçbir şekilde ödöncü verilen miktarın %12'sini aşamazdı. Böylece parasını deniz ödöncünde kullanmak isteyenler, bu kadar az karşılık nedeniyle bu işlemlere yönelmekten çekinmekteydi. *Iustinianus*'u bu şekilde bir değişiklik yapmaya iten neden ise, Hristiyanlığın borçluyu da koruyan niteliği olmalıydı. Ancak bu sınırlamalar hiçbir şekilde, deniz ödöncü sözleşmesinde, alacaklının üzerine aldığı tehlikeler bakımından elverişli değildi⁵⁶⁹.

II. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULUYLA ANA BORÇ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. GENEL OLARAK

Roma hukukunda *stipulatio poenae*, ana borç olarak bir *stipulatio*'ya veya iyiniyet sözleşmelerine eklenebilirdi. Bu durumda, bazen *stipulatio* aracılığıyla taahhüt edilen ana borcun yanında, bir de ceza koşulu *stipulatio*'su yer alırdı. Ancak ana *stipulatio*'dan kaynaklanan edim yerine getirilmediğinde, bazen her iki *stipulatio*'dan kaynaklanan edim ayrı ayrı talep edilebilirken; bazen de sadece *poena* miktarı talep edilebilirdi. İşte ceza koşulunun muacceliyetinden sonra, hangi talebe ne şekilde başvurulması gerektiği,

⁵⁶⁷ Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise*, s. 101; Litewski, *Römisches Seedarlehen*, s. 155-157.

⁵⁶⁸ *C. Iust. 4.32.26.2*: “...in traiectionis autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum...” “...Eski kanunlar bunu (faiz oranını) serbest bırakmış olsa da, deniz ödöncü olarak verilen para ve faizli misli mal ödöncülerinde, *stipulatio* ile taahhüt altına alınabilecek en yüksek faiz oranı aylık % 1'dir (yıllık % 12)...” (Türkçe metin Atak, *Mutuuum*, s. 166).

⁵⁶⁹ Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise*, s. 104-108.

aslında ana borçla ceza koşulu arasındaki ilişkiye bağlıydı. Ceza koşuluyla ana borç arasındaki ilişkiden kasıt, ana borçtan kaynaklanan edimle, ceza koşulunun birbirinden bağımsız olarak yan yana mı yer aldığı; götürü tazminat olarak kararlaştırılan ceza koşulunun aslında ilk borçtan kaynaklanan edimin talebine olanak sağladığı mı; yoksa ana borcun *stipulatio* aracılığıyla yenilenip, *stipulatio poenae*'den kaynaklanan davaya başvurabilme olanağının olup olmadığıdır. Romalı hukukçuların bu kapsamda ne şekilde karar verdiği, aşağıda her birinin belirli olaylarla açıklandığı *Digesta* metinleri göz önünde bulundurularak incelenecektir.

B. STIPULATIO'DAN DOĞAN ANA BORCA EKLENEN STIPULATIO POENAE

1. Pap. D. 45.1.115.2

D. 45.1.115.2 (Papinianus 2 quaest.)

"...sed ita concepta sit stipulatio: "pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?" quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur."

"...Ancak bilakis *stipulatio* şu şekildeyse: 'Pamphilus'u vermeyi taahhüt ediyor musun? onu vermezsen o kadar vermeyi taahhüt ediyor musun?' Burada amaç hem köleyi, hem de parayı verme olarak kanıtlandığında, eğer köle verilmezse bu (düşünce) hiç şüphesiz doğru olacaktır. Ancak aynı zamanda köle verilmezse, sadece paranın verileceği şeklinde bir *stipulatio* yapılsaydı, sözleşme taraflarının isteklerinin kölenin verilmesi veya paranın talep edilmesi yönünde olduğu kanıtlandığına göre, aynı düşünceyi desteklemek gerekirdi."

Stipulatio'dan doğan ana borcun, ona eklenen ceza koşuluyla (*stipulatio poenae*) ilişkisini anlamak için, ceza koşulunun bu türünden bahseden iki örneği ele almak

gerekir. İlk *Pap. D. 45.1.115.2*'de *stipulatio* aracılığıyla kararlaştırılan ana borca eklenen *stipulatio poenae* örneği şu şekilde verilmiştir: “*Pamphilem dari spondes?*” (*Pamphilus*'u vermayi taahhüt ediyor musun?), “*Si non dederis, tantum dari spondes?*” (*Pamphilus*'u vermezsen o kadar vermeyi taahhüt ediyor musun?). *Papinianus*, söz konusu iki *stipulatio*'nun hem ana borç olarak belirli bir şeyin verilmesini (*Pamphilem dare*), hem de ceza koşulu olarak belli bir miktarın ödenmesini (*tantum dare*) içerdiğini belirttikten sonra, iki borcun da birbirinden bağımsız şekilde yan yana bulunduğunu belirtmektedir. Bu nedenle de buna benzer bir durumda, ana borç belirtilen şekilde yerine getirilmezse, alacaklının hem ana borçtan hem de ceza koşulunu içeren borçtan kaynaklanan iki davayı açma hakkı bulunurdu⁵⁷⁰. O halde *Pap. D. 45.1.115.2* göz önünde bulundurularak denilebilir ki, *Papinianus*, ana borç olarak belirli bir şeyin verilmesini ve buna uymama hali için de belirli bir miktarın ceza koşulu olarak verilmesini içeren bir durumda, iki borç ayrı ayrı yan yana bulunduğundan, alacaklının iki borçtan kaynaklanan davayı açabileceğini belirtmişti⁵⁷¹.

2. *Paul. D. 44.7.44.6*

D. 44.7.44.6 (Paulus 74 ad ed. praet.)

“*Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.*”

“Ancak siz bana bir tekne yapmayı ve onu yapmadığınızda bana bir meblağ olarak, yüz vermeyi söz verdiniz. Bu durumda, biri şartsız, diğeri şartlı olmak üzere iki *stipulatio* mu vardır? İkinciye (ikinci *stipulatio*'ya) eklenen şart gerçekleştiğinde, birincisi (birinci *stipulatio*) her zaman varlığını sürdürür mü? Ya da birinci (*stipulatio*)

⁵⁷⁰ Ancak bu davaların birbiriyle seçimlik olarak mı yoksa kümülatif olarak mı bir yarışma içerisinde olduğu için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, III, A.

⁵⁷¹

ikincisine katılmış ve adeta birincisinin (birinci *stipulatio*'nun) yenilenmesi mi gerçekleşmiştir? Bu son düşünce daha doğrudur.”

Bu metinde *Paulus*, ana borç olarak bir teknenin yapılması ve bu ana borca aykırılık halinde belirli bir miktarın ceza koşulu olarak verilmesi *stipulatio* aracılığıyla taahhüt edildiğinde, her iki borcun birbirleri karşısındaki durumunu incelemiştir⁵⁷². Bu örnekte de geminin yapılması (*navem fieri*) *stipulatio* ile taahhüt edildikten sonra, *stipulatio poenae* (*si navem non feceris, centum promittis?*), belirtilen ana *stipulatio*'ya eklenmişti. *Paulus*'a göre bu örnekte, biri şartsız -daha doğru bir ifadeyle ceza koşulsuz- (*pura*), diğeri de şartlı -daha doğru bir ifadeyle ceza koşulu ekli- (*condicionalis*) olmak üzere iki *stipulatio* bulunmaktayken; ilk *stipulatio* 'dan doğan borç, ikinci *stipulatio* 'dan doğan borç aracılığıyla *quasi novatio* (yenileme benzeri) yoluyla sona ermişti⁵⁷³. Aslında bu şekilde hukukçu, ilk *stipulatio* 'nun ikinci *stipulatio* içine aktarılmış olduğunu belirtmişti. Bu nedenle de alacaklı, sadece ceza koşulu *stipulatio* 'su olan ikinci *stipulatio* 'dan kaynaklanan *poena* 'yı talep edebilirdi. Hukukçunun burada *quasi novatio* (yenileme benzeri) kavramını kullanmasının nedeni, *poena* borcunun, *navem facere* (teknenin yapılması) borcunun yerine geçmesi nedeniyle, iki tane aynı borç (*idem debitum*) bulunmamasıydı. Yani ilk *stipulatio* ile ikinci *stipulatio* 'dan kaynaklanan borçların içeriğinin aynı olmaması (*idem debitum*) olmaması nedeniyle, *Paulus*, *novatio* (yenileme) yerine *quasi novatio* (yenileme benzeri) yoluna başvurmuştu. Zira Roma hukukunda *novatio* (yenileme), ancak eski bir borca yeni bir şeyin (*aliquid novi*) eklenmesiyle gerçekleşirdi. Bu da borcun içeriğindeki veya borcun taraflarındaki bir değişiklikle söz konusu olurdu⁵⁷⁴. Ancak iki borcun konusu aynı olmadığından,

⁵⁷² Bu metin bazı *interpolatio* 'lar içerse de, Klasik Hukuk Dönem düşüncesini yansıttığı yönünde bkz. Sturm, s. 224; Kaser, M., “Die Stipulationsklausel ‘*quanti ea res erit*’”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, romanistische Abteilung, Bd. 90, 1973, s. 209. “*transferat in se et quasi*” ifadesinin *interpolatio* içermeyip, gerçek olduğu yönünde bkz. Kreller, s. 334 dn.9.

⁵⁷³ Giffard, s. 307.

⁵⁷⁴ Rado, s. 232.

teknenin yapılması taahhüdü (*navem facere*) de, *stipulatio poenae* ile yenilenemezdi⁵⁷⁵. Bu nedenle de *Paulus*, *navem facere* taahhüdünün yerine sadece *poena*'nın talep edilebilmesini, *novatio* (yenileme) yoluna değil de, kendisi tarafından bulunmuş bir ara yol olan *quasi novatio*'ya (yenileme benzerine) dayandırmıştı. *Quasi novatio* ile meydana gelen yeni borç da, götürü tazminat işlevine sahipti⁵⁷⁶. *Paulus* bulduğu bu çözüm yolunu, söz konusu durumda ceza koşulunun daha çok götürü tazminat⁵⁷⁷ işlevi görmesi nedeniyle, sadece *poena*'nın talep edilebilir olduğuyla açıklamak istemiş olmalıydı. Olayda, yeni bir tekne yapmaktan oluşan belirsiz (*incertum*) bir *facere* edimi bulunmaktaydı. Belirsiz (*incertum*) olan yapma (*facere*) edimi içeriği, *stipulatio poenae* aracılığıyla belirlenmek istenmekteydi. Bu kapsamda, *Paul. D.44.7.44.6*'da iki olanak söz konusuydu: ya ceza koşulunun muacceliyetiyle ana borç el değmemiş bir şekilde varlığını sürdürürdü ya da *stipulatio poenae*'nin sonuçlarını gerçekleştirmesiyle birlikte, ana borcun ortadan kaldırılması söz konusu olurdu⁵⁷⁸. Her iki düşünce tarzı da savunulabilirken, “*quod magis verum est* (daha doğru olan şudur ki...)” ifadesi

⁵⁷⁵ Buna karşılık GIRARD/SENN ve KRELLER, söz konusu metinde borcun *novatio* yoluyla yenilendiğini belirtmiştir (Girard/Senn, s. 704; Kreller, s. 334).

⁵⁷⁶ Humbert, M., Rezension zu “Rolf Knütel: Stipulatio poenae, Cologne-Vienne, Böhlau, 1976, 385 p. (*Forschungen zum röm. Recht* 34), *Revue Historique* 55, 1977, s. 512. Aynı yönde *Paul D. 19.1.43,45*.

⁵⁷⁷ Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri, borçlu tarafından ihlal edildiği takdirde, alacaklının zararının borçlu tarafından önceden belirlenen bir tazminatla ödenmesinin kararlaştırılmasına, götürü tazminat denir. Götürü tazminat anlaşması, kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir sözleşmedir. Götürü tazminatı ceza koşulundan ayırt etmek için dikkat edilmesi gereken, tarafların amacıdır. Çünkü ceza koşulunda amaç, borçlunun üzerinde zorlama oluşturarak ifayı taahhüt edildiği şekilde gerçekleştirmekken; götürü tazminatta amaç ise, sözleşmenin ihlal edilmesiyle, alacaklının zararının, önceden belirlenen bir miktar tazminatla giderilmesidir. Ayrıca dikkat edilmelidir ki, götürü tazminatta ceza koşulundan farklı olarak, zararın bulunmadığının veya daha az olduğunun ispat yükü borçluya aitken, götürü tazminatın talebi için alacaklının mutlaka bir zarara uğramış olması gerekir. Götürü tazminat, Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında herhangi bir kanuni düzenlemede yer almasa da, bu hukuki kavram pratik yararları dolayısıyla, doktrin tarafından kabul edilmektedir. Ancak Anglo-Amerikan hukukunda, Kıta Avrupası ülkelerinden farklı olarak, tarihsel gelişimleriyle de paralel bir şekilde, ceza koşulu (*penalties*) kararlaştırılması kabul edilmeyip, götürü tazminat (*liquidated damages*) kararlaştırılması kabul edilmiştir. Zira 17. yy.'da Anglo-Amerikan hukukunda borçlu, sözleşmeyi ihlal ederse, alacaklıya asıl borcun iki katını ceza olarak ödeyeceğini bir senetle taahhüt ederdi. Sonradan *equity law* ilkeleriyle yumuşatılan *common law* ilkelerinin bu duruma bir yansımaları olarak, sözleşmeler hukukunun da amacı, borçluyu cezalandırmak değil, uğradığı zararları paralel olarak zararının giderilmesidir. Bu nedenle Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ceza koşulu reddedilmekteyken, götürü tazminat kabul edilmiştir (Birinci Uzun, T., **Götürü Tazminat**, Ankara, 2015, s. 68, 90, 103, 104, 155, 171-177; Erdem, M., “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)**, Ankara, 2009, s. 98, 109 vd.. Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki uygulama için ayrıca bkz. Zimmermann, s. 107; Baum, s. 1703; HKK/Hermann §§336-345, Rn. 12).

⁵⁷⁸ Sturm, *Stipulatio Aquiliana*, s. 225.

nedeniyle, bu konuda hukukçular arasında bir tartışma olduğu görülmektedir. *Paulus*, söz konusu uyuşmazlıkta, davaların yığılması veya davaların seçimlik yarışmasını tercih etmeden, alacaklının sadece *poena* talebini ileri sürebileceğini belirtmişti⁵⁷⁹ 580. *Paulus*'un sadece *poena*'nın talep edilebileceği düşüncesi, bu uyuşmazlıktaki ceza koşulunun, ceza amacının zayıflamış olduğuna ve götürü tazminat işlevine sahip olduğuna dayanmaktaydı. Unutulmamalıdır ki, *facere* (yapma) *stipulatio*'larında, edimin belirli bir miktar para ile talep edilebilmesinin sağlanması ve ispat nedenlerinden dolayı ceza koşulu kararlaştırılması tavsiye edildiğinden, burada ceza koşulunun ceza amacının zayıflamış olduğu, buna karşılık götürü tazminat işlevini haiz olduğu görülmektedir⁵⁸¹. *Poena* talep edildikten sonra ceza koşulu *stipulatio*'su alacaklının zararını karşılamazsa, alacaklının başka başvurabileceği bir yol daha bulunmamaktaydı⁵⁸².

O halde ana borç ve ceza koşulunu iki *stipulatio* oluşturduğu için, taraflar arasında da iki borç (*obligatio*) bulunmaktaydı. Borçlu her iki borç için de taahhüt altına girmiş olmasına rağmen, *Paulus* burada ana borçtan kaynaklanan edim yerine getirilmediğinde sadece ceza koşulu *stipulatio*'sundan doğan edimin talep edilebilir olduğunu belirtmek istemişti⁵⁸³.

STURM ve KNÜTEL'e göre, *Paulus*'un bu metinde, sadece *poena*'nın talep edilebilmesi için *quasi novatio* (yenileme benzeri) yoluna başvurmasının nedeni,

⁵⁷⁹ Kreller, s. 335; Zimmermann, s. 100-101.

⁵⁸⁰ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 65-66. *Paulus* aynı düşüncesini *Paul. D. 36.2.24 pr.* ve *Paul. D. 35.2.1.8*'den anlaşıldığı üzere, *penus-legata*'da da (erzak vasiyetinde de) kabul etmekteydi. Çünkü söz konusu olan *penus-legata* örneklerinde de ilkin mirasçılar tarafından erzakın yerine getirilmesi gerekirken, söz konusu erzak vasiyeti yerine getirilmediğinde, alacaklı sadece onun yerine geçen para miktarını dava edebilirdi. Söz konusu metinlerde *penus* (erzak) vasiyeti, *in solutione* şeklinde yer almaktaydı. Ayrıca aynı yönde bkz. *Paul. D. 19.1.43, 45* (Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 267-270).

⁵⁸¹ Hägerström, Beil. 9, s. 192; Kaser, *quantum ea res erit*, s. 209, 210; Sturm, *Stipulatio Aquiliana*, s. 223-226; Kreller, s. 334-336; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 265-271; Humbert, *La stipulation de peine*, s. 65-66.

⁵⁸² Zimmermann, s. 101.

⁵⁸³ Karş. Hägerström, s. 192-193; Sturm, F., **Stipulatio Aquiliana**. Textgestalt und Tragweite der Aquilianischen Ausgleichsquittung im Klassischen Römischen Recht, München, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1972, s. 223-226.

novatio (yenilemeyle) ile borcun *ipso iure* sona ermesi nedeniyle, alacaklının ana *stipulatio*'ya dayanarak dava açması halinde, ana borçtan kaynaklanan dava hakkının da, *quasi novatio* yoluyla *novatio*'ya kıyasen *ipso iure* sona ermesiydi. Zira *quasi novatio* yoluyla ana borçtan kaynaklanan dava hakkı da, *ipso iure* sona erdiği için, artık *exceptio pacti* veya *exceptio doli* 'nin ileri sürülmesine de gerek kalmamaktaydı⁵⁸⁴.

O halde *Pap. D. 45.1.115.2* ve *Paul. D. 44.7.44.6* birlikte değerlendirilecek olursa: bu metinlerde her iki hukukçu da, *stipulatio*'dan doğan ana borca eklenen *stipulatio poenae*'de, borcun türüne ve tarafların amacına göre, ceza koşulu *stipulatio*'su ile ana borçtan kaynaklanan *stipulatio* arasındaki ilişkiyi belirlemekteydi. Bu hususta hukukçular arasında görüş birliğinin olmamasının nedeni, *stipulatio* aracılığıyla kararlaştırılan ana borca eklenen *stipulatio poenae*'de tarafların amacına göre, ya her iki *stipulatio*'dan doğan borca özerklik vermek isteği ya da ilk *stipulatio*'dan doğan borcun ikinci *stipulatio* olan ceza koşulu *stipulatio*'su ile ortadan kaldırılmasının düşünülmesi olmuştu. Bu nedenle de HUMBERT'e göre, *Pap. D. 45.1.115.2* ve *Paul. D. 44.7.44.6* metinlerinde *Paulus* ve *Papinianus* arasındaki görüş farklılığı da, "tarafların amacını" göz önünde bulundurarak bir karar verme çabasından ileri gelmekteydi. Buna karşılık KNÜTEL'e göre, *Pap. D. 45.1.115.2* ve *Paul. D. 44.7.44.6* metinlerinde *Paulus*, *Papinianus*'un düşüncesini geliştirerek karar vermişti⁵⁸⁵.

Sadece *poena*'nın talep edilebileceği yönünde varılan sonucun bir benzeri de, aşağıda görülmektedir:

D. 45.3.1.6 (Iulianus 52 Dig.)

"Cum servus communis titii et maevii stipulatur in hunc modum: " decem kalendis titio dare spondes? si decem kalendis titio non dederis, tunc maevio viginti dare spondes?" duae stipulationes esse videntur, sed si kalendis decem data non

⁵⁸⁴ Sturm, *Stipulatio Aquiliana*, s. 224 vd.; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 265-268.

⁵⁸⁵ Humbert, s. 66; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 271.

fuerint, uterque dominus ex stipulatu agere poterit, sed in secunda obligatione maevio commissa titius exceptioe doli summovebitur.”

“*Titius* ve *Maevius*’un birlikte (mülkiyetine) sahip oldukları köle şu şekilde *stipulatio* yaptığında: (ayın ilk günü) *Titius*’a on vermeyi taahhüt ediyor musun? Ayın ilk günü *Titius*’a on vermezsen, sonrasında *Maevius*’a yirmi vermeyi taahhüt ediyor musun? Öyleyse iki *stipulatio* olduğu görülür. Ayın ilk günü o kadarın ödenmesi gerçekleşmediyse, her iki efendi *stipulatio*’dan kaynaklanan davayı açabilir. Ancak *Maevius*’a taahhüt edilen ikinci borçta, *Titius*’a karşı *exceptio doli* ileri sürülür.”

Hukukçu *Iulianus*, yukarıda hem *stipulatio* aracılığıyla meydana gelen ana borcun, hem de *stipulatio poenae*’nin var olduğunu belirttikten sonra, metinde çok da açık bir şekilde verilmediği halde, ana borç olarak on miktar, ayın ilk günü *Titius*’a verilmezse, *Maevius*’un yirmi miktar kadar dava hakkı olduğunu açıklamıştır. Ancak *Maevius* değil de *Titius* dava açarsa, ona karşı *exceptio doli* ileri sürülerek, talebinin sonuçsuz kalması gerektiği belirtilmiştir⁵⁸⁶. Görüldüğü üzere *Iulianus* da burada iki *stipulatio* olduğunu ve bu *stipulatio*’lar arasında, ilk *stipulatio*’dan doğan borç yerine getirilmezse, sadece ikinci *stipulatio*’dan doğan borcun talep edilebileceğine dair bir ilişkinin var olduğunu kabul etmişti. O halde *Iulianus* ve *Paulus*’un görüşü bu noktada örtüşmekteydi. Ancak iki hukukçunun sadece ceza koşulundan kaynaklanan edimin talep edilebileceği yönündeki görüşleri arasındaki tek farklılık, *Iulianus*’un bunu *exceptio doli* ile sağlamasına karşılık, *Paulus*’un bu sonuca ilk borcun *ipso iure* sona ermiş olduğunu belirterek ulaşmasıydı. Zira *Paulus*’a göre ilk borç, ikinci borçla *quasi novatio* (yenileme benzeri) yoluyla ve *ipso iure* sona ermekteydi⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Avenarius, CRRS, s. 180.

⁵⁸⁷ Knütel, Stipulatio Poenae, s. 271-273; Humbert, La stipulation de peine, s. 66 dn. 28.

C. İYİNİYET SÖZLEŞMELERİNE EKLENEN *STIPULATIO POENAE*

1. *Iul. D. 19. 1. 28*

D. 19.1.28 (Iulianus 3 ad urs. ferocem.)

“*Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri.*”

“Bana bir arazi sattın ve bunun için bir şey yapmamı benimle kararlaştırdın. Bunu yapmamam durumu için bir ceza koşulu sözü verdim. O (muhtemelen *Urseius Ferox*) karar verdi ki: satıcı *stipulatio*’dan kaynaklanan ceza koşulunu dava etmeden önce, satış nedeniyle dava açabilir. (Bu yolla) ceza koşulunda kararlaştırılardan daha çok elde ettiyse, *stipulatio*’dan dava edildiğinde, *exceptio doli* ile reddedilebilirdi. *Stipulatio*’dan kaynaklanan ceza koşulunu elde ettiğinde, kararlaştırılanı aşan bir menfaat olsa da, hukuken (yani *doli*’siz-*exceptio doli* olmadan-) satış nedeniyle artık dava açamazsın.”

Bir arazi satışında, alıcı bu alım satım sözleşmesi nedeniyle borçlu olduğu parayı ve örneğin satıcının evinin tamir edilmesi gibi⁵⁸⁸ bir *facere* edimini yerine getirmeyi taahhüt ederken, bunların yerine getirilmemesi hali için de bir *stipulatio poenae* yapıldı. Alıcı yükümlülüklerini yerine getirmediğinde, satıcının hangi olanaklara sahip olduğu sorusuna cevap verildi. Satıcı alım satım sözleşmesinden doğan davayla ceza koşulu miktarından fazlasını elde etmişse, sonradan bir de ceza koşulu talebindeki mahkumiyete *exceptio doli* ile engel olunmalıydı. Ancak satıcı, ilk olarak ceza koşulu *stipulatio*’su nedeniyle dava açmışsa, ceza koşulunu geçen bir zararı bulunmadığı oranda, satıcının dava hakkı *ipso iure* sona erdiğinden alım satım sözleşmesinden

⁵⁸⁸ Bkz. *Pomp. D. 19.1.6.1.*

kaynaklı davayı açamazdı⁵⁸⁹. Buna karşılık, *actio venditi* açan satıcı, *poena*'nın altında bir miktardaki tazminatı bu davayla kazanırsa, arta kalan miktarı *stipulatio poenae*'den kaynaklanan davayla talep etmek istediğinde, ona karşı *exceptio doli* ileri sürülememesi söz konusu metnin ters yorumundan çıkmaktadır⁵⁹⁰.

Yani *Iulianus*'un ifade etmek istediği şey, metinde satıcı olmakla birlikte alacaklının, alım satım sözleşmesinden kaynaklanan *actio venditi* ile *stipulatio poenae*'den kaynaklanan dava arasında seçim yapması gerektiği idi. Bu nedenle de her iki talep birbiriyle kümülatif bir şekilde değil de, seçimlik yarışma halindeydi. Alacaklı ilk olarak *actio venditi*'yi açtıktan sonra, bir de *stipulatio poenae*'ye dayanan davayı açmak isterse, söz konusu davaya karşı *exceptio doli* ileri sürülürdü. Fakat satıcının uğramış olduğu zarar, kararlaştırılan ceza koşulu miktarından daha çoksa, satıcı ilk olarak *actio venditi* davasını açtıktan sonra, arta kalan miktarı talep etmek için, ayrıca *stipulatio poenae*'den kaynaklanan davaya başvurabilirdi. Bu nedenle de Romalı hukukçular, *stipulatio* aracılığıyla taahhüt edilen ana borca eklenen *stipulatio poenae*'nin aksine⁵⁹¹, iyiniyet (*bonae fidei*) sözleşmelerine eklenen ceza koşuluyla, gerçekte ne kadar zarar söz konusuysa, o miktarın talep edilebilmesine olanak sağlamıştı⁵⁹².

Bu metnin birçok *interpolatio* geçirdiği görüşü bulunsa da⁵⁹³, *Iulianus*'un, *Urseius*'un eserinden alıntı yapmış olması ve ilk önce alıntı yaptığı hukukçunun, sonra da kendi düşüncesini açıklaması, aslında metindeki olayın esası hakkında, Klasik

⁵⁸⁹ Giffard, s. 307.

⁵⁹⁰ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 320; Wolf, J. G., **Causa Stipulationis**, Köln-Wien, 1970, s. 89; Levy, E., **Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht**, Band 2, 1. (einzige) Hälfte, Neudruck der Ausgabe Berlin 1922, Aalen, Scientia Verlag, 1964, s. 126 vd.

⁵⁹¹ Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, B, 2.

⁵⁹² Zimmermann, s. 102; Lévy/Castaldo, s. 1003. Ceza koşulunu aşan zararın tazmininin, günümüz hukukunda olduğu gibi, Roma hukukunda da kabul edilmesi hakkında ayrıca bkz. Tunçomağ, s. 121. Günümüz hukukunda benzer durumlar için bkz. TBK md. 180/II, § 340 II BGB, art. 161 II OR.

⁵⁹³ Wolf, *Causa Stipulationis*, s. 89; Levy, *Konkurrenz II*, 126 vd.; Liebs, D., **Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht**, Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe, Göttingen, Vandenhoeck&Ruprecht, 1972, s. 208. MONIER ise, söz konusu arta kalan miktarın talebine, *Iustinianus* Dönemi'nde izin verildiğini belirtmiştir (Monier, Tome 2, s. 242).

Hukuk Dönem düşüncesinin yansıtıldığına bir işarettir⁵⁹⁴. Böylece *stipulatio poenae*'den kaynaklanan davayı açtıktan sonra, artan oranda zararı olmadıkça alım satım sözleşmesinden doğan dava hakkı da *ipso iure* sona ermiş olurdu. İyiniyet davalarında (*bonae fidei iudicia*) meydana gelebilecek zarar önceden kestirilemediği için, alacaklıya ayrı bir talep hakkının verilmesi, amaca uygun bir yorum olmakla beraber; günümüzde ağırlıklı olan görüş, metnin içeriğinin Kasık Hukuk Dönem görüşünü yansıttığı yönündedir⁵⁹⁵.

Bu kapsamda hukukçular, iyiniyet sözleşmelerine eklenen *stipulatio poenae*'de, ana borçla *stipulatio poenae* arasında nasıl bir ilişki olduğunu anlamak için, ilkin *stipulatio poenae*'yi tarafların hangi amaçla kararlaştırdıklarına bakardı. Taraflar genellikle iyiniyet sözleşmelerinden doğan edimlerin belirtilen şekilde ifasını güçlendirmek için *stipulatio poenae*'yi kararlaştırırlardı⁵⁹⁶. Bu nedenle de, ana borçtan kaynaklanan edim ile *stipulatio poenae* yan yana bulunurdu. Taraflardan biri, edimini belirtilen şekilde ifa etmezse, alacaklı *bonae fidei* sözleşmeden kaynaklanan davaya

⁵⁹⁴ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 326; Wolf, *Causa Stipulationis*, s. 89 dn. 33.

⁵⁹⁵ Wolf, *Causa Stipulationis*, s. 89 dn. 33; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 322-325. Aksi yönde bkz. Levy, *Konkurrenz II*, s. 126.

⁵⁹⁶ D. 17. 2. 41 (Ulpianus 20 ad ed.): “Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit.” “Bir kimse ortağından ceza koşulu sözü aldığında, ceza koşulu ile uğranılan zarar aynı yükseklikteyse, birlikte (aynı anda) *actio pro socio*'yu açamaz.”

D. 17. 2. 42 (Ulpianus 45 ad sab.): “Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata.” “Ceza koşulunu *stipulatio*'dan elde ettiyse, sonradan ortaklık davası açtığında (*actio pro socio*) (ortaklık davasıyla), ceza koşulu onun borçlandığı miktar olarak takdir edildiği için, ona uygun miktarda az tutarı kazanırdı.”

Yukarıdaki metinlerden çıkarılan ortak sonuç, iyiniyet sözleşmelerinden olan ortaklık sözleşmesinde (*societas*) ceza koşuluyla ilgili bir uyumsuzlukta *actio ex stipulatu* ve/veya *actio pro socio* açılabilirdi. Bir ortak, *stipulatio poenae*'den doğan davayı açtığında, sonradan da *actio pro socio*'yu açarsa, ilk davadan elde ettiği miktar, ikinci davada elde edilecek miktardan mahsup edilmeliydi. Buna ek olarak, bir ortak tarafından taahhüt edilen ceza koşulundaki (*poena*) miktarıyla, uğranılan zarar miktarı eş değer nitelikteyse, her ikisi aynı zamanda açılmazdı. Yani burada uğranılan zarar ile ceza koşulundan kaynaklanan *stipulatio*'daki değer birbirine eşitse, *stipulatio*'dan kaynaklanan davayı açmak daha avantajlıydı. Çünkü *actio pro socio*'nun açılmasıyla *societas* sona ereceğinden, *stipulatio poenae*'den doğan davanın açılması *societas*'ın sona ermesinden dolayı olmazdı (Liebs, *Klagenkonkurrenz*, s. 211; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 329-334; Humbert, *La stipulation de peine*, s. 67; Drosdowski, T., **Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividendo im klassischen römischen Recht**, Berlin, 1997, s. 47; Atak, A. S., **Klasik Dönem Roma Hukukunda Ortaklık Sözleşmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2004, s. 121 vd.; Dinçer, N., **Klasik Dönem Roma Hukukunda actio pro socio ve actio communi dividendo ilişkisi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011, s. 130 vd. Bu açıklamalara karşılık, *Ulp. D.17.2.41* metninin Klasik Hukuk Dönemi değil, *Iustinianus* Dönemi düşüncesini yansıttığı yönünde bkz. Levy, *Konkurrenz II*, s. 129-130).

ve/veya *stipulatio*'yu elde etmek için, *actio ex stipulatu*'ya başvurabilirdi. *Iul. D. 19. 1. 28*'de hukukçu *Iulianus*, *Iul. D.45.1.3.6*⁵⁹⁷ metninin aksine aksine, *bonae fidei* sözleşmeden kaynaklanan borcun, *quasi novatio* (yenileme benzeri) yoluyla yenilendiğini düşünmemektedir. Aksine borçlu, borcunu yerine getirmediğinde, iyiniyet sözleşmesinden doğan dava hakkını ve/veya *stipulatio poenae*'den kaynaklanan dava hakkını kullanabilmeliydi⁵⁹⁸. Hatta *Iul. D. 19. 1. 28*'de görüldüğü gibi, ilkin iyiniyet sözleşmesinden doğan dava açıldığında, *poena*'dan az bir miktara hükmedildiyse, ceza koşulunun arta kalan miktarı, Klasik Hukuk Dönemi'nde *actio ex stipulatu* ile dava edilebilmeliydi. O halde belirtmek gerekir ki, *stipulatio poenae*, iyiniyet sözleşmesinden kaynaklanan borca eklendiği için, bu borcun içeriğine bağlı bir şekilde bulunmaktaydı⁵⁹⁹.

2. Paul. D.19.2.54.1

D. 19.2.54.1 (Paulus 5 resp.)

“Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis seius conductor de fundo invitatus repelleretur et, si pulsatus esset, poenam decem praestet titius locator seio conductori: vel seius conductor titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aequae decem titio locatori praestare vellet: quod invicem de se stipulati sunt. quaero, cum seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit. paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret: et ideo, si poenam petere coeperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.”

⁵⁹⁷ Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, B, 2.

⁵⁹⁸ Bu davaların kümülatif veya alternatif bir şekilde nasıl yarıştığı hakkında bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, III, A.

⁵⁹⁹ Giffard, s. 307; Humbert, La stipulation de peine, s. 67.

“Bir çiftliğin kiraya vereni ve kiracısı, kira sözleşmesi süresince kiracı *Seius*’un kendi iradesi hilafına çiftlikten çıkarılamaması ve buna rağmen *Seius* kovulursa, kiraya veren *Titius*’un kiracı *Seius*’a, bu durum için on ceza koşulu ödemesini, aynı şekilde kiracı *Seius*’un da kira sözleşmesi süresince çiftliği terk ederse, *Titius*’a on ödemesini kararlaştırmışlardı. Bu diğerinden ayrı bir *stipulatio* şeklinde kararlaştırıldı. Şimdi kiracı *Seius* art arda iki kira bedelini ödemediğinde, ceza koşulu korkusu olmadan çiftlikten çıkarılabiliyor çıkarılamayacağını soruyorum. *Paulus* istişaren, ceza *stipulatio*’sunda kira bedelinin ödenmesinden açıkça bahsedilmese de, kiracının kendine ait olan yükümlülüklerini yerine getirdiğinde ve kira bedelini ödediğinde, kararlaştırılan süre içerisinde çiftlikten çıkarılamaması gerektiği yönünde karar verdi. Bu nedenle kira bedeli yükümlülüğünü yerine getirmeyen kiracı, ceza koşulu için dava açtığında, kiraya veren de buna karşı *exceptio doli*’yi ileri sürerdi.”

Bu metinde iyiniyet sözleşmelerinden olan kira sözleşmesine (*locatio conductio rei*), kiraya veren tarafından, süresinden önce kiracının çiftlikten çıkarılamaması ve aynı zamanda kiracının da süresinden önce kiralananı terk etmemesi amacıyla *stipulatio poenae* eklenmişti⁶⁰⁰. Kiracı, kira bedellerini ödemediği için çiftlikten çıkarıldıktan sonra, kendisinin vaktinden önce çiftlikten çıkarılmaması amacıyla kararlaştırılan ceza koşulunu talep ettiyse, bu talebine karşı *exceptio doli* ileri sürülürdü. Çünkü kiracı, kira parasını ödeme yükümlülüğüne aykırı davrandığı için, kiralananı çıkarılmıştı. Kiracı, kiralananı çıkarılmış olması nedeniyle, kiraya verenden ceza koşulunu talep ederse, ona *exceptio doli* ileri sürülürdü. İyiniyet sözleşmelerinden olan *locatio conductio rei*’ye zamanından önce son vermemek için, taraflar karşılıklı *stipulatio*’larla ceza koşulu eklemişlerdi. Kiracının kira bedellerini ödemediği takdirde, kiraya verenin kiracıyı kiralananı çıkarabileceği açıkça kararlaştırılmış olmasa da, bu şartın zımnen

⁶⁰⁰ TBK m. 346: “Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.” Her ne kadar günümüzde kira bedelinin zamanında ödenmemesine bağlı olarak ceza koşulu kararlaştırılamasa da, kira sözleşmesi yapıldıktan sonra, kiracı özgür iradesiyle hareket ettiğinden, bu aşamadan sonra artık ceza koşulu kararlaştırılabilmesi yönünde bkz. Takinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 347.

(*condicio tacita*) kararlaştırıldığı varsayılırdı. Kiracının aykırı hareketi nedeniyle de, kiraya verenden ceza koşulunu talep etmesine karşılık, kiraya verene *exceptio doli* tanınırdı⁶⁰¹.

Dikkat etmek gerekir ki, *Paulus* bu metinde, *Paul. D.44.7.44.6*⁶⁰² metninin aksine, alacaklının sadece *stipulatio poenae*'yi talep edebileceği yönünde bir karar vermemişti. Alacaklının hem *locatio conductio*'dan doğan, hem de *stipulatio*'dan doğan dava hakkı bulunurdu. Ancak kiracının *stipulatio*'dan doğan talep hakkının içeriği, iyiniyet (*bonae fidei*) sözleşmelerinden olan *locatio conductio rei*'nin içeriğine göre belirlenirdi. Yani kiracı, ana sözleşmedeki kira ödeme yükümlülüklerine aykırı davrandığından, ana sözleşmede bu hususta zımnen kararlaştırılan şart da yerine getirilmemiş sayılırdı. *Stipulatio poenae*, iyiniyet sözleşmesi niteliğindeki ana borca eklenmiş olduğundan, ana borcun içeriği, ceza koşulunun talep edilip edilemeyeceğini belirlerdi⁶⁰³.

D. STIPULATIO POENAE'NİN İÇERİĞİNİN ANA SÖZLEŞMEYİ YENİLEMESİ

Ana borçla ceza koşulu arasında nasıl bir ilişkinin var olduğu konusunda incelenmesi gereken son husus, ana borca eklenen *stipulatio*'nun ana borcu yenileyip, ana borçtan doğan borcu *stipulatio*'dan doğan borç haline getirmesiyle, ceza koşulu *stipulatio*'su ve ana borç *stipulatio*'su olmak üzere, iki borcun meydana gelip gelmediğinin ve davacının her iki borçtan meydana gelen dava hakkına sahip olup olamayacağının incelenmesidir:

D. 17.2.71 pr. (Paulus 3 epit. alf. Dig.)

“Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto

⁶⁰¹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 251.

⁶⁰² Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, B, 2.

⁶⁰³ Humbert, *La stipulation de peine*, s. 68.

convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: " haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?" quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. respondet, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, " haec ita dari fieri spondes?", futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati " ea ita dari fieri spondes?" sed " si ea ita facta non essent, decem dari?" non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse."

“İki kişi dilbilgisi dersi vermek ve bundan elde edecekleri kazancı aralarında paylaşmak amacıyla ortak olurlar. Şirketlerinin yönetileceğine dair birlikte anlaştıktan sonra, birbirlerine karşı şu ifadelerle *stipulatio* yaparlar: ‘Hiç kimse bu anlaşmaya aykırı davranmayacak şekilde, aşağıda yazan her şey, anlaştığımız gibi verilecek midir ve yapılacak mıdır? Bunların hepsi verilmezse ve gerçekleşmezse, 20.000 vermeyi [taahhüt ediyor musun]?’ [‘taahhüt ediyorum’.] Bir ortağın anlaşmaya aykırı davranması durumunda, *societas*’tan kaynaklanan davanın açılabilip açılmayacağı soruldu. O [Servius] görüşünü paylaştı: “Şekilsiz şirket anlaşması yapıldıktan sonra, bu iki ortak şu ifadelerle bir ortaklık sözleşmesi yaptıysa: ‘anlaşmanın aynı şekilde verilmesini ve gerçekleşmesini taahhüt ediyor musun?’, sonrasında şu şekilde hareket edilirdi ki, taraflar arasında *novatio*’nun yapıldığı müddetçe *actio pro socio* verilmezdi. Daha çok [*societas* hakkındaki] anlaşmanın, *stipulatio* tarafından kapsandığı düşünülürdü. Zira –aynı şekilde verilmesini ve gerçekleşmesini taahhüt ediyor musun?- şeklinde *stipulatio* yoluyla değil de, bilakis şu şekilde taahhüt edilmiş olsaydı: ‘eğer her şey aynı şekilde verilmez ve gerçekleşmezse, yirmi vermeyi [taahhüt ediyor musun]?, [şirket hakkındaki] anlaşmanın *stipulatio*’dan kaynaklandığı anlaşılmaz, bilakis sadece bir ceza koşulu kararlaştırılmış sayılır (çünkü taahhüt eden, her iki edimi, yani bir taraftan vermeyi, yapmayı ve diğer taraftan da

ihmal ettiği takdirde ceza koşulunu ifa etmeyi borçlanmış olamaz). Bu nedenle de *actio pro socio* açılabilirdi.”

Yukarıdaki metinde⁶⁰⁴ iki kişi dilbilgisi dersi vermek ve kazançlarını paylaşmak amacıyla bir *societas* sözleşmesi yaparlar. Anlaşmaya vardıkları hususu yazıya döktükten sonra, birbirleriyle aynı içerikte karşılıklı bir şekilde “*haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri: si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?*” şeklinde bir *stipulatio* yaparlar. Bunu takiben *societas* sözleşmesine aykırılık halinde, *actio pro socio*’ya başvurulup başvurulamayacağı sorulmuştur. Bu soruya hukukçu *Alfenus*’un, karşılıklı yapılan *stipulatio*’nun, ana sözleşmenin içeriğini yenileyip, *stipulatio*’dan doğan sözleşme haline gelip gelmemesi farkına dikkat çekerek cevap vermesi önemlidir. *Alfenus*’a göre, *stipulatio* “*haec ita dari fieri spondes?*” şeklinde olsaydı ve taraflar da *novatio*’yu istemiş olsalardı, bu *stipulatio* artık *societas* sözleşmesinin yerine geçerdi. Bu nedenle de artık *actio pro socio*’ya başvurulamazdı. Ancak *stipulatio*, “*ea ita dari fieri spondes?*” şeklinde değil de, “*si ea ita facta non essent, decem dari?*” şeklinde yapılmış olsaydı, *societas* sözleşmesine eklenen *stipulatio*, *stipulatio poenae*’yi gösterdiğinden, alacaklı *actio pro socio* yanında *actio ex stipulatu*’ya da başvurabilirdi⁶⁰⁵.

Hukukçu *Paulus* ve *Alfenus*’un görüşlerinin yer aldığı bu metinde, *societas* sözleşmesinden doğan borç *novatio* yoluyla yenilenip, *stipulatio*’dan doğan borç haline gelmediği takdirde ve tarafların amacı sadece *stipulatio poenae* yapma yönünde olduğunda, alacaklının *societas* sözleşmesinden ve *stipulatio poenae*’den olmak üzere iki dava hakkı bulunurdu. Görüldüğü üzere aynı hukukçu *Paulus*, ceza koşuluyla ilgili

⁶⁰⁴ Metinle ilgili *interpolatio*’lar hakkında ve asıl metinde çifte *stipulatio*’dan (*doppelstipulatio*’dan) değil de, tek bir *stipulatio*’dan bahsedilmiş olması gerektiği yönünde bkz. Hägerström, Beil. 9, s. 188-190; Roth, H.-J., *Alfeni Digesta: Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin, 1999, s. 122 vd.

⁶⁰⁵ Humbert, La stipulation de peine, s. 68-69; Roth, s.121; Krampe, s. 358 vd. Ancak bu metinde KNÜTEL’e göre, “*neque adversus ea fieri*” kısmına kadar olan yerde, bağımsız ceza koşulundan yola çıkılmış olması gerekirdi. Yazarı bu yoruma sevk eden neden, ilk *stipulatio*’da “*spondes?*” ifadesinin eksikliğidir (Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 69-70).

bu uyuşmazlıkta yine farklı bir karar vermişti. Zira *Paul. D. 44.7.44.6*'da⁶⁰⁶ da *stipulatio* ana borcuna eklenen bir ceza koşulu *stipulatio*'sunda *Paulus*, ilk *stipulatio*'nun ikincisine adeta *quasi novatio* (yenileme benzeri) yoluyla eklendiğini kabul ettiği halde, *Paul. D. 17. 2. 71 pr.*'de *societas* sözleşmesinin *novatio* (yenileme) yoluyla *stipulatio*'dan doğan borç haline geldiğini kabul etmişti. Ancak *Paul. D. 17. 2. 71 pr.*'de ilk *stipulatio*'nun ikincisine *quasi novatio* (yenileme benzeri) yoluyla eklendiğinden bahsetmemişti. *Paulus*, tarafların amacına göre (*id quod actum est*)⁶⁰⁷, *societas* sözleşmesine sadece bir ceza koşulu *stipulatio*'su eklenmek istendiğinde, alacaklının sadece ceza koşulu *stipulatio*'sundan doğan dava hakkına değil de, hem *societas*'tan hem de ceza koşulu *stipulatio*'sundan doğan dava hakkına sahip olduğunu belirtmek istemişti⁶⁰⁸.

III. ROMA HUKUKUNDA CEZA KOŞULU MUACCELİYETİNİN SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Roma hukukunda *stipulatio poenae* muaccel olduktan sonra, artık alacaklı tarafından talep edilebilir hale gelirdi. Bilindiği üzere Roma hukukunda iki tür ceza koşulu bulunurdu. İlk uygulaması çok sık olan bağımsız ceza koşulunda, ceza koşulunun bağlı olduğu bir ana borç bulunmadığı için, muacceliyetten sonra sadece bağımsız ceza koşulu talep edilebilirdi. Ancak gerçek ceza koşulu, ana borca bağlı olduğundan, muacceliyetten sonra, ana borcun mu yoksa ceza koşulunun mu, her ikisinin mi yoksa sadece ceza koşulu miktarının mı talep edileceği konusunda herhangi

⁶⁰⁶ Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, B, 2.

⁶⁰⁷ *Alfenus* burada kararını bir *distinctio*'ya (ayırt etme) dayandırdığında, uyuşmazlık taraflarının amaçlarına göre, farazi bir durumdan yola çıkarak yorum yapıp, iki farklı karar vermişti (Krampe, s. 360-361).

⁶⁰⁸ Humbert, La stipulation de peine, s. 69-70.

bir kural (*regula iuris*) bulunmamaktaydı⁶⁰⁹. Bu nedenle de ceza koşulunu kararlaştıran taraflar, ceza koşulunun muacceliyetinden sonra, hangi borcun ne şekilde talep edileceğini de aralarında kararlaştırabilirdi. Eğer taraflar arasında bu konuda bir anlaşma yoksa, tarafların amacına ve iradelerinin yorumuna göre Romalı hukukçular, ceza koşulunun farklı uygulama alanlarında, farklı kararlar vermişti. Bu çerçevede Roma hukukunda ceza koşulu muaccel olduktan sonra, alacaklı talebinin içeriği bakımından üç olasılık söz konusuydu: Bazı durumlarda ceza koşulu talebiyle ana borç talebi arasında alacaklı bir seçim yapmalıyken, bazı durumlarda her ikisini de birlikte talep edebilirdi. Hatta bazı durumlarda, ceza koşulu götürü tazminat niteliğine büründüğünde, sadece *poena*'nın talep edilebilmesine olanak verilmişti⁶¹⁰.

Roma hukukunda ceza koşulu muaccel olduktan sonra, ceza koşulu talebiyle ana borç talebi arasında nasıl bir ilişki olduğu hususunda günümüz hukukçuları arasında da görüş birliği bulunmamaktadır:

Pandekt düşüncenin etkisinde olan FLINIAUX ve HÄGERSTRÖM'e göre münhasıran ceza miktarı talep edilmeliyken⁶¹¹; STURM'a göre ana edim ve ceza koşulu birlikte talep edilebilirdi⁶¹². RABEL, SIBER, JÖRS-KUNKEL, BISCARDI ve KASER'e göre alacaklının ana borçtan ve ceza koşulundan doğan miktarı talep bakımından seçim hakkı bulunmaktaydı⁶¹³. SJÖGREN'e göre, Klasik Dönem hukukçuları arasında, alacaklının ana borçla ceza koşulunu seçme ya da sadece ceza koşulunu talep etme bakımından bir uyuşmazlık vardı⁶¹⁴. KNÜTEL'e göre, ceza koşulunun muacceliyetinden sonra, ceza koşulu talebiyle diğer hukuki çareler arasında nasıl bir ilişki olduğu hususunda, Romalı hukukçular farklı uygulama alanlarında ve

⁶⁰⁹ Zimmermann, s. 100.

⁶¹⁰ Windscheid, B./Kipp, T., Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9 Aufl., Frankfurt am Main, 1906, s. 169.

⁶¹¹ Hägerström, s. 67 vd., Beil. 9 s. 187 vd.; Fliniaux, s. 235 dn. 7.

⁶¹² Sturm, Stipulatio Aquiliana, s. 224.

⁶¹³ Rabel, s. 152-153; Siber, s. 262; Kunkel/Honsell, s. 240; Kaser, RP I, s. 519 vd., 8; Biscardi, La clause pénale, s. 264. Aynı yönde bkz. Kayak, Cezai Şart, s. 255.

⁶¹⁴ Sjögren, s. 75 vd.

tarafların amacına göre farklı düşüncelere sahipti⁶¹⁵.

Romalı hukukçuların ceza koşulunu kararlaştırma amaçlarına paralel olarak, ceza koşulunun muacceliyetinden sonra, bu edimin ana borçla yığılıp yığılmadığı, seçimlik bir ilişki oluşturup oluşturmadığı veya sadece ceza koşulunun mu talep edilebileceği yönünde farklı kararlar vermişlerdi. Bu nedenle de, ilkin taraflar hem ana borcun hem de *stipulatio poenae*'nin talep edilmesi yönünde bir anlaşma yaptılarsa, buna göre hareket edilmeliydi⁶¹⁶. İkinci olarak da ana borç zamanında veya gereği gibi gerçekleşmemişse Romalı hukukçular, ceza koşulu talebiyle diğer hukuki çarelerin yığılması gerektiği yönünde karar vermişlerdi⁶¹⁷. Ancak bunun dışındaki diğer tüm hallerde, ceza koşulu talebiyle diğer hukuki çareler arasında alacaklının seçim yetkisi olduğunu belirtmişlerdi⁶¹⁸. Bu kapsamda, ceza koşulunun veya ana edimin talep edilebildiği, yani her ikisi arasında seçimlik yarışma olduğu düşüncesini yansıtan metinler çoğunlukta olduğu için, kural olarak ana edimden kaynaklanan taleple birlikte ceza koşulu talebi seçimlik yarışırdı. O halde, ceza koşulunun muacceliyetinin sonuçları hakkında nasıl bir sonuca varıldığı hakkında, tarafların amacının önemli olduğu bilinmelidir. Ceza koşulunun ana borcu güçlendirmek için mi, yoksa ana borç yerine getirilmediğinde bir götürü tazminat talebi veya tazminat talebi amacıyla mı kararlaştırıldığı çerçevesinde, ceza koşulu muacceliyetinin de farklı sonuçları bulunurdu⁶¹⁹.

⁶¹⁵ Knütel, *Stipulatio Penae*, s. 262 vd.

⁶¹⁶ Lévy/Castaldo, s. 1003.

⁶¹⁷ Aynı yönde TBK m. 179/II: "Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkindan açıkça feraget etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir." Ancak Romalı hukukçular edimin gereği gibi ifa edilmemesi halinde de, alacaklının hem ifayı hem de ceza koşulunu talep edilebileceğini savunmuşlardı.

⁶¹⁸ TBK m. 179/I: "Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir." Günümüz Türk hukukunda da, ifanın belirlenen zaman veya yerde yapılmaması hali dışındaki tüm durumlarda, ceza koşulu muaccel olduktan sonra, kural olarak alacaklı ya ana sözleşmeden kaynaklanan borcu ya da ceza koşuluyla kararlaştırılan miktarı talep edebilir (von Tuhr, s. 767; Takinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 348; Oğuzman/Öz, s. 512; Eren, s. 1184-1185).

⁶¹⁹ Monier, Tome 2, s. 241.

B. CEZA KOŞULU TALEBİYLE DİĞER HUKUKİ ÇARELERİN YIĞILMASI

1. Tarafların Ceza Koşulu Talebiyle İlgili Kurallar Belirlemesi

Roma hukukunda ceza koşuluyla ilgili metinlere bakıldığında, ceza koşulu talebiyle ana borçtan kaynaklanan talebin çoğunlukla birbiriyle seçimlik şekilde yarıştığı görülmektedir. Buna karşılık ana borcun belirli bir tarihte veya belirtilen niteliklere uygun olmayan şekilde ifası dışında, ceza koşulunun muacceliyetinden sonra ana borç talebiyle ceza koşulu talebinin yığılması, tarafların buna karar vermelerine bağlıydı. Hem ana borçtan hem de ceza koşulundan kaynaklanan talebin birlikte talep edilebilmesi istisnaen tarafların bu amaca sahip olmasına bağlıydı⁶²⁰.

Hem ana borçtan kaynaklanan edimin hem de *poena*'nın talebi, yani taleplerin yığılması, en çok belirli bir vadede ifa edilmesi kararlaştırılan edimlerin, o vadede ifa edilmemesi halinde söz konusu olurdu. Örneğin ana borcun belirlenen zamanda yerine getirilmemesi şartıyla bazen faiz yerine ceza koşulu kararlaştırıldığında, söz konusu ana borç belirtilen zamanda yerine getirilmediğinde, alacaklı hem ceza koşulunu hem de ana borcu birlikte talep edebilirdi⁶²¹.

Ancak bir kere daha ifade etmek gerekir ki, ceza koşulu talebiyle ana borçtan kaynaklanan talebin bu şekilde yığılması, münhasıran edimin belirli bir vadede yerine getirilmemesi haliyle sınırlı değildi. Taraflar, belirledikleri başka durumlar için de söz konusu yığılma ilişkisini tercih edebilirlerdi. Örneğin *Pap. D. 45.1.115.2*'de⁶²² belirtildiği üzere, hem ana borç hem de ceza koşulu talebinin yığılma ilişkisi *stipulatio* ile kararlaştırılmışsa, alacaklı her iki borcun talebi için *actio ex stipulatu*'ya

⁶²⁰ Biscardi, La clause pénale, s. 264. TBK m. 179/II: "Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, haktan açıkça feraget etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir."

⁶²¹ Siber, s. 261; Sturm, Rezension, s. 429.

⁶²² Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, B, 1.

başvurabilirdi. Ancak belirtmek gerekir ki, *Pap. D. 45.1.115.2*'de ana borçtan kaynaklanan taleple ceza koşulundan doğan talep arasındaki yığılma ilişkisi, ancak tarafların bunu kararlaştırmasına bağlıydı. Taraflar arasındaki ilişkinin *quod actum*'u, taleplerin yığılmasını sağlardı. Aksi takdirde esas olan taleplerin birbiriyle seçimlik yarışmasıydı⁶²³.

O halde tarafların amacına göre, ceza koşulunun farklı türlerinde ceza koşulu talebiyle ana borçtan kaynaklanan talep, yığılma etkisi gösterebilirdi. Sadece geçek ceza koşulunda değil de, bağımsız ceza koşulunda da tarafların yığılma ilişkisini tercih etmesi konusunda tek ve yegane örnek olan ünlü *donatio Flavii Syntrophii*'de, *T. Flavius Syntrophus* adında bir kimse, azatlısı *T. Flavius Aithales*'e bazı bahçeleri, büyük binaları ve üzüm bağları gibi arazileri *mancipatio* aracılığıyla bağışladıktan sonra, *T. Flavius Aithales*'in de kendi azatlılarına aynı şekilde aynı arazileri ve buna ek olarak *Aithales*'in azatlılarının da kendi azatlılarına aynı arazileri bağışlamasını düzenlemiştir. Ayrıca bu metin, bağış yapanın azatlılarının ve azatlılarının azatlılarının da kasıtlı olarak buna aykırı davranışını ceza koşuluna bağlaması yoluyla bitmektedir (*poena si adversus ea factum erit*). Yani aslında azatlıların *dolus* içeren davranışlarının ifadesi, *T. Aithales*'in üçüncü kişinin fiilini üstlendiğini de göstermektedir⁶²⁴. Bu nedenle *T. Aithales*, kendi azatlılarının da bağış yapanın iradesine aykırı davranmayacağını taahhütünü vermişti. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin geçerli hale gelebilmesi için de, *poena* (ceza koşulu) kararlaştırılması yoluna başvurulmuştu. *Aithales* sadece kendisinin değil de, kendi azatlılarının da aynı şekilde davranmasını taahhüt ettiği için, bu taahhütün geçerlik kazanabilmesi, ancak ve ancak bağımsız ceza koşulu yoluyla olmaktaydı. Bu taahhüt gerçekleşmezse, *Aithales*'ten hem zararın tazmini, hem de ceza koşulu miktarı talep edilirdi. Sonuç olarak bağımsız ceza koşulunda da, bu tek ve

⁶²³ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 284 vd.

⁶²⁴ Bu hususta bkz. *Ulp. D. 45.1.38 pr., 1, 13*.

yegane örnekte, maddi zarar talebinin ve ceza koşulu talebinin birbiriyle yığılması kararlaştırılmıştı⁶²⁵.

Ceza koşulu talebiyle ana borçtan kaynaklanan talebin yığılmasını veya seçimlik yarışmasını taraflar şekilsiz bir *pactum* aracılığıyla da kararlaştırabilirdi. Her ne kadar sadece sözlerden dava hakkı doğmayacağı (*ex nudo pacto actio non nascitur*) şeklinde bir kural olsa da, Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren *stipulatio* yapılırken kararlaştırılan *pactum*'lar, *stipulatio*'nun içeriğine dahil olarak görülürdü (*pacta in continenti facta stipulationi in esse creduntur*)⁶²⁶. Ayrıca taraflar bu konuda açıkça herhangi bir kural belirlemeseler de, ceza koşulu talebi kararlaştırmanın amacından (*quod actum*), yorum yoluyla da çıkarılabilirdi. Örneğin *poena* miktarı, ana borca oranla az bir miktarsa, ceza koşulundan kaynaklanan borcun ana borca eklenerek her iki borcun arasında yığılma ilişkisi olduğu düşünülebilirdi. Bunun tam tersi olarak, ceza koşulu ana borcun değerine denk veya o değer üstündeysen de, tarafların iradesinin yığılma ilişkisinin tersine olduğu düşünülebilirdi⁶²⁷.

2. *Poena ve Exceptio Pacti*'nin Yığılması

Exceptio pacti ile *stipulatio poenae*'den doğan dava arasında yığılma ilişkisiyle ifade edilmek istenen, taraflar arasındaki *pactum*'a aykırılık nedeniyle *stipulatio poenae* kararlaştırıldığında, taraflardan birinin diğerine *pactum* anlaşmasına aykırılık nedeniyle açtığı davaya karşı, diğer tarafın *exceptio pacti* ileri sürüp, bir de *stipulatio poenae*'den doğan davayı açabilmesiydi. Yığılmacı bir ilişki, ancak ceza koşulunun bu önceden yapılan (sulh) anlaşmasına veya *pactum*'a eklenerek, söz konusu *pactum*'lara aykırı hareket edilmesi halinde söz konusu olurdu. Yani bu durumda ceza koşulu, sulh anlaşmasına veya *pactum*'a aykırı hareket eden tarafı cezalandırma amacı taşırdı.

⁶²⁵ Coudert, s. 157; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 282; Humbert, *La stipulation de peine*, 72; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 250.

⁶²⁶ Dobbettin, s. 95.

⁶²⁷ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 288-289.

Aslında hem uzlaşma hem de mirasın paylaşımına aykırı davranılması hali için kararlaştırılan ceza koşulu hakkındaki *pactum*'un ortak noktası da, taraflar arasında hiçbir zaman bu anlaşmalara aykırı bir durum yaratılmaması için ceza koşulunun kararlaştırılmış olmasıydı. Bu nedenle de taraflar arasında sürekli uyumu gerektiren ilişkiye aykırı hareket cezalandırılmak istenerek, ceza koşulu *stipulatio*'sundan doğan davayla *exceptio pacti* yığılmaktaydı⁶²⁸:

D. 2.15.16 (Hermogenianus 1 iuris epit.)

“Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur.”

“Her kim yapılan bir uzlaşmada kendi yükümlülüklerine aykırı davranırsa, sadece *exceptio* nedeniyle reddedilmezdi, bilakis uzlaşmanın geçerliğine halel getirilmemek üzere (ona aykırı davranmamak üzere) *stipulatio* yoluyla, geçerli bir şekilde alacaklıya karşı kararlaştırılan cezanın (ceza koşulunun) da ödenmesine zorlanılırdı.”

Yukarıdaki metinde geçerli bir uzlaşma anlaşmasına⁶²⁹ aykırı hareket eden tarafa karşı, sadece *exceptio pacti* ileri sürülmekle kalınmaz, bir de bu uzlaşmaya aykırı davranıldığı için ceza koşulu *stipulatio*'sundan kaynaklanan miktar talep edilirdi. Burada her iki hukuki çarenin yığılma (kümülatif) etkisi göstermesinin nedeni, uzlaşmaya aykırı hareketi cezalandırma amacıydı⁶³⁰. Bu düşüncüyü aşağıdaki metin de desteklemektedir:

⁶²⁸ Knütel, *Stipulatio Poenae*, 312-318; Sturm, F., “Vertragsstrafe und Vertragsanpassung beim Vergleich. Gedanken zu C.2.4.40 (381)”, *Acta Juridica, Essays in honour of Ben Beinart*, Volume III, 1978, Cape Town, Wetton, Johannesburg, s. 99-100.

⁶²⁹ Bkz. *Pap. D. 18.7.6 pr.* Sturm'a göre bu metinde “*rato manente pacto*” ifadesi önemli bir ifadedir. Zira uzlaşma anlaşması herhangi bir nedenden dolayı geçersizse, ceza koşulu da geçersiz hale gelirdi (Sturm, *Vertragsstrafe*, s. 99).

⁶³⁰ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 313, 318.

D. 45.1.122.6 (Scaevola 28 Dig.)

“*Duo fratres hereditatem inter se diviserunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit: post mortem alterius qui supervixit petit ab heredibus eius hereditatem quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relictis debitam et adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset: quaesitum est, an poena commissa esset. respondit poenam secundum ea quae proponuntur commissam.*”

“İki erkek kardeş kendi aralarında miras paylaşımı yaptılar ve kendilerinin bu paylaşımına aykırı davranmayacağını taahhüt ettiler. Biri buna aykırı davrandığında, diğerine ceza (ödeyeceğine) söz verdi. Birinin ölümünden sonra, hayatta kalan bu kimsenin mirasçısından, sanki ona babasından verilen *fideicommiss* sebebiyle borçluymuş gibi, mirası talep etti. Bununla birlikte, aynı şekilde bir uzlaşma kararlaştırılmış olsaydı, onun aleyhine karar verilirdi. Şimdi cezanın muaccel olup olmadığı soruldu. İzah edilen duruma göre, ceza muaccel olmalıydı diye cevap verdi.”

Yukarıdaki metinde de iki erkek kardeş onlara kalan mirası paylaşp, buna aykırı bir şekilde davranmayacakları yönünde bir *stipulatio poenae* kararlaştırmışlardı. Bir kardeşin ölümünden sonra sağ kalan, diğer erkek kardeşin mirasçılarından sanki babalarından kalan mirasa *fideicommiss* gibi sahip olması gerektiği yönünde talepte bulunmuştu. Ancak uzlaşma *fideicommiss*'i de içerdiğinden dava reddedilmişti. Hukukçu (Scaevola) bu metinde, ceza koşulunun muaccel olduğundan ve *exceptio pacti* ile *poena* arasındaki yığılmacı ilişkiden yola çıkmıştır. Görüldüğü üzere, paylaşma anlaşmasını (*pactum divisionis*) güçlendirmek için *exceptio* verilmekle kalmamış, ayrıca bu anlaşmanın sürekli devam etmesi için, bir de buna aykırılık halinde bir miktar ceza koşulu kararlaştırılmıştı. Yani burada özellikli bir durum olarak, tarafların bir de

stipulatio'dan kaynaklı ceza koşulunu talep edebilmesi, tarafların yığılmacı bir ilişkiyi istediklerini göstermekteydi⁶³¹.

3. Edimin Gereği Gibi İfa Edilmemesi

Taraflar arasındaki borcun hiç değil de, uygun olmayan şekilde yerine getirilmesi halinde, ceza koşulu talebiyle ana borç talebi arasında yığılma ilişkisi olduğu görülmüştü. Edimin gereği gibi ifa edilmemesi, özellikle belirli bir tarihte yerine getirilmesi gereken edimin, o tarihte yerine getirilmemesi halinde söz konusu olurdu. Bunun dışında, ana borcun içine dahil olan yan yükümlülükler aykırılık halinde veya geç ifa halinde ceza koşulu *stipulatio*'su yanında, tipik temerrüt zararları dışındaki zararların ortaya çıkmasında da, yığılma ilişkisi söz konusu olabilirdi⁶³².

İlk olarak ceza koşulu *stipulatio*'sunun faiz yerine geçtiği duruma bakılacak olursa, ceza koşulu *stipulatio*'sundan kaynaklanan miktarla birlikte, ana borçtan kaynaklanan miktarın birlikte talep edildiği görülür:

D. 45.1.90 (Pomponius 3 ex plaut.)

“Cum stipulati sumus pro usuris legitimis poenam in singulos menses, si sors soluta non sit, etiamsi sortis obligatio in iudicium sit deducta, adhuc tamen poena crescit, quia verum est solutam pecuniam non esse.”

⁶³¹ Siber, s. 261; Knütel, Stipulatio Poenae, s. 316-319; Sturm, Vertragsstrafe, s. 99. Ayrıca bkz. C. Iust. 2.4.17; C. Iust. 2.4.41; C Th.2.9.3. FINKENAUER'a göre *Scaevola* bu metinde *compromissum*'un mirasçılara intikal etmesiyle değil de, mirasın paylaşımıyla ilgilenmiş olsa da, Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren *compromissum*'un mirasçılara intikalinde bu şartın yer almasına gerek yoktu (Finkenauer, s. 129-131).

⁶³² Knütel, Stipulatio Poenae, s. 354. Art. 160 Abs.1 OR'de ifa etmeme (*Nichterfüllung*) halinde olduğu gibi, edimin gereği gibi ifa edilmemesi (*nicht richtige Erfüllung*) halinde de edimler arasında seçimlik yarışma olması, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olamaz. Çünkü gereği gibi ifa edilmeyen edimde, ceza koşulunu taleple borcun talebi farklı menfaatlere hizmet ettiğinden, hüküm *ratio legis*'e uygun olarak, Roma hukukundaki gibi her iki edimin birlikte talep edilmesi şeklinde yorumlanmalıdır (Buz, V., “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung”, *AJP* 2017, s. 490-497). Keza BGB Art. 341 Abs.1'de de, özellikle zamanında ifa etmeme hali, edimin gereği gibi ifa edilmemesi haline örnek olarak gösterilmiş olup, hem asıl borcun ifası, hem de ceza koşulu miktarı talep edilebilmektedir (Tunçomağ, s. 46).

“Kanuni faiz yerine, her bir ay için ceza koşulu *stipulatio*’su yaptığımızda, ana borcun ödenmemesi durumu halinde, ana borç mahkeme önüne getirilmiş olsa da, şüphesiz ki ana borç ödenmediğinden, yine de ceza (koşulu) artar.”

Görüldüğü üzere yukarıdaki metinde ödünç olarak alınan miktarın ödenmemesi için kararlaştırılan *stipulatio poenae*, kanuni faiz yerine kararlaştırıldığından, ödünç alınan miktar dava edilmiş olsa bile, ceza koşulu miktarı artardı⁶³³.

Edimin uygun olmayan şekilde ifası hakkında örnek gösterilebilecek bir diğer durum da, gecikme durumunda kararlaştırılan ceza koşulunun dışında, alacaklının uğradığı zararların da tazmin edilmesi idi:

D. 19.1.47 (Paulus 6 resp.)

“*Lucius titius accepta pecunia ad materias vendendas sub poena certa, ita ut, si non integras repraestaverit intra statuta tempora, poena conveniatur, partim datis materiis decessit: cum igitur testator in poenam commiserit neque heres eius reliquam materiam exhibuerit, an et in poenam et in usuras conveniri possit, praesertim cum emptor mutuatus pecuniam usuras gravissimas expendit? paulus respondit ex contractu, de quo quaeritur, etiam heredem venditoris in poenam conveniri posse. in actione quoque ex empto officio iudicis post moram intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere.*”

“*Lucius Titius* sattığı şeylerin (yapı kerestesi) karşılığı olan parayı kabul etti. Taraflar, satıcının satım konusu olan her şeyi kararlaştırılan zamanda teslim etmemesi hali için, belirli bir ceza *stipulatio*’su yaptılar (ceza koşulu kararlaştırdılar). Satılan şeylerin bir kısmı verildikten sonra, satıcı öldü. Ceza koşulu, mirasçılardan borcu (yükümlülüğü) olarak muacceliyet kazandığından ve mirasçılar da geri kalan yapı kerestesini teslim etmediğinden, aynı zamanda alıcı da, satış parası için kredi almış

⁶³³ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 354-355. Aynı yönde bkz. *D. 5.3.23.1 (Ulpianus 15 ad ed.)*: “*Proinde si non solum pretium, sed etiam poena tardius pretio soluto pervenerit, poterit dici, quia locupletior in totum factus est, debere venire, licet de pretio solummodo senatus sit locutus.*” “Sonrasında sadece satış parası değil, ayrıca satış parasının gecikmesi dolayısıyla ceza koşulu da zilyete verilir. Zira söylenebilir ki, zilyet toplamda zenginleşmiş görüldüğü için, *senatus* sadece satım parasından bahsetmiş olsa da, onları miras davası kapsar.”

olduğu ve bunun için çok yüksek faiz ödemiş olduğu için, mirasçılara karşı hem ceza koşulu hem de faizler hakkında dava açıp açamayacağı soruldu. *Paulus*'un verdiği istişareye göre, ihtilaflı sözleşmeyle satıcının mirasçılarında ceza koşulu talep edilebilirdi. Satın almadan kaynaklanan davada hakimin takdiri, temerrüdün gerçekleşmesinden sonra (geriye kalan), satış parasının faizine dikkat etmeye yönelik olmalıydı.”

Yukarıdaki metinde satıcı, borcunu kısmen ifa ettikten sonra ölmüştü. Satıcının mirasçıları da söz konusu borcu yerine getirmediği için, alacaklı hem borç alınan miktarın muhtemelen belirli bir tarihte ödenmemesi hali için kararlaştırılan ceza koşulunu, hem de bu gecikme halinde başka bir kimseden aldığı borç için kararlaştırılan faiz miktarını mirasçılardan talep edebilirdi. Ceza koşulu miktarıyla, faizlerin yığılma ilişkisine sahip olmasının nedeni, ceza koşulunun, edimin zamanında yerine getirilmemesi için kararlaştırılmış olması; buna karşılık, faizlerin ise, edimin zamanında yerine getirilmemesine bağlı olarak alacaklının uğradığı zararı oluşturmasıydı. Bu nedenle de biri ceza koşulu, bir diğeri de faiz talebinden oluşan her iki talep, farklı amaçlara sahip olduğu için yığılma ilişkisi göstermekteydi⁶³⁴.

Edimin gereği gibi ifa edilmemesi konusunda, ceza koşulunun yığılma ilişkisi göstermesi hakkındaki son örnek ise, *stipulatio poenae*'nin yan edim yükümlülüklerine aykırılık haline bağlı olarak kararlaştırılmasıydı⁶³⁵:

D. 18.7.6 pr. (Papinianus 27 quaest.)

“Si venditor ab emptore caverit, ne serva manumitteretur neve prostituatur, et aliquo facto contra quam fuerat exceptum evincatur aut libera iudicetur, et ex stipulatu poena petatur, doli exceptionem quidam obstaturam putant, sabinus non obstaturam. sed ratio faciet, ut iure non teneat stipulatio, si ne manumitteretur exceptum est: nam incredibile est de actu manumittentis ac non potius de effectu beneficii cogitatum. ceterum si ne prostituatur exceptum est, nulla ratio occurrit, cur

⁶³⁴ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 356-357.

⁶³⁵ Sturm, *Rezension*, s. 429.

poena peti et exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adfecerit et venditoris affectionem, forte simul et verecundiam laeserit: etenim alias remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem, si quid emptor contra quam lege venditionis cautum est fecisset aut non fecisset.”

“Bir satıcı alıcıya [satılan] köle kadının ne azat edileceği ne de fahişelik yapmaya izinli olması yönünde ihtirazi kayıt koştığında ve akdin hükümlerinden bir tanesi ihlal edildikten sonra, [üçüncü bir kişi tarafından alıcıdan] zapt edildiğinde veya bir azat etme prosedüründe özgür olarak açıklandığında (özgürlüğünü elde ettiğinde) ve [bunun üzerine] [alım satım sözleşmesine eklenen] ceza koşulu *stipulatio*’su dava edilirse, bazı hukukçular *exceptio doli* ile karşı konulacağı görüşünderken, *Sabinus* karşı konulamayacağı yönünde aksi fikirdedir. Bununla beraber hukuk mantığı gösterir ki, *stipulatio*, köle kadının azat edilemeyeceği şartı içerdiği müddetçe, hukuken muaccel olmaz. Çünkü [sözleşmede sadece] azat edenin bu iyiliğinin etkisinin değil de, dış eyleminin düşünülmesi dikkate değer değildir. Buna karşılık, köle kadının fuhuş yapmasına izin verilmemesi şartına bağlı olduğu sürece, ceza koşulundan kaynaklanan edimin niçin talep edilmediği yönünde geçerli bir neden yokken, geçerli bir şekilde dava edilebilirdi. Çünkü [alıcı] hem köle kadına kötülük yapmıştır hem de satıcının duyguları olmakla birlikte, belki de aynı zamanda ahlaksal durumuna zarar vermiştir. Bir de *stipulatio* göz önünde tutulmadığında, alıcı, alım satım sözleşmesinin bir hükmüne aykırı bir şey yaptığında veya yapmadığında, satımdan (*ex vendito*) kaynaklanan davaya hakkı olduğu herkesçe bilinir.”

Olayda satıcı, sattığı kölenin azat edilemeyeceğini (*ne manumittatur*)⁶³⁶ veya fahişelik yaptırılmayacağını (*ne prostituatur*)⁶³⁷ belirtip, buna aykırı davranış hali için de, belirli bir miktar ceza koşulu taahhüt eder. Alıcı, sözleşmeye aykırı bir biçimde köleyi azat ettikten veya ona fahişelik yaptırdıktan sonra, köle *evictio*’ya uğramış ya da bir yargılamada onun özgür olduğu belirlenmişse, her iki durumda da satıcı kendi

⁶³⁶ Örn. bkz. *Paul. D. 40.1.9; Ulp. D. 40.4.9.1.*

⁶³⁷ Örn. bkz. *Mod. D. 37.14. 7 pr.*

yükümlülüğüne aykırı davranmış olurdu. Şöyle ki: her iki durumda da, satıcının malın rahat zilyetliğini sağlayamamış olduğunun sonradan ortaya çıkması, onun alım satım sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmediğini gösterirdi. Bu nedenle de bazı hukukçular, satıcının ceza koşulunun muacceliyeti için açacağı davaya karşı, satıcının kendisinin alım satım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerine aykırı davranması nedeniyle *exceptio doli*'nin ileri sürülebileceğini belirtirken; *Sabinus* aksi görüşteydi. *Papinianus*'a göreyse, kölenin azat edilemeyeceği kaydına aykırı olacak şekilde aslında alıcı, köleyi gerçekten azat edemezdi. Çünkü kölenin bir yargılamada gerçekten özgür olduğu ortaya çıkmıştı veya *evictio*'ya uğramıştı. Yani *evictio*'ya uğrama veya kölenin aslında özgür bir kimse olması durumunda, kölenin azat edilmemesi şartına bağlı ceza koşulu da, aslında hiçbir zaman muaccel olamazdı. Çünkü kölenin mülkiyeti ya üçüncü bir kişiye aitti ya da köle zaten özgür olduğu için, azat edilme durumu da söz konusu olamazdı. Ceza koşulu *ipso iure* hükümsüz olduğu için satıcı, ceza koşulunun talebi için alıcıya başvuramazdı. Ancak taraflar azat etme işleminin gerçekte bir geçerlik taşıyıp taşımadığına dikkat etmeksizin, azat edilemeyeceğiyle ilgili bir ceza koşulu kararlaştırmışlarsa, *Papinianus* bunun bir yorum meselesi olarak değerlendirilip, inanılacak gibi olmadığını belirttikten sonra, bu davada *exceptio doli*'nin de herhangi bir sebebe bağlanmayacağını belirtmişti. Yani *Papinianus*, ilk olasılık olan kölenin azat edilemeyeceği şartında, işlemin sonucu yerine salt azat etme işleminin düşünülmesi halinde, ceza koşulunun geçerli olduğunu kabul etmişti. Bu nedenle, köle kadın hukuken azat edilememiş olsa da, alıcının salt buna teşebbüs etmesi bile, ceza koşulunu muaccel hale getirir ve daha başta sözleşme yapılırken kararlaştırılan yan yükümlülüklerle aykırı davranıştan dolayı ceza koşulu muaccel hale gelirdi⁶³⁸. Ancak fahişelik yaptırılmayacağı şartı (*ne prostituatur*) için, *Papinianus* farklı bir karar vermişti. Böyle bir durumda alıcı, kölenin gerçekten maliki olup

⁶³⁸ *Sabinus*'un seçimlik yarışmadan ve *Papinianus*'un onun düşüncesini belirterek hangi amaçla hareket ettiğiyle ilgili olarak bkz. Babusiaux, s. 73 dn. 347, s. 75.

olmadığına bakılmaksızın, aralarındaki alım satım sözleşmesinde kararlaştırılan bir şarta aykırı davranıldığından, satıcı ceza koşulu *stipulatio*'suna aykırılık nedeniyle dava açardı ve kendisine de *exceptio doli* ileri sürülemeyeceğinden, ceza koşulunu elde ederdi. Her ne kadar satıcı, alım satım sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemiş olsa da, alıcının alım satım sözleşmesinde kararlaştırılan şarta aykırı davranışı, satıcının ve özellikle de kölenin ahlaksal durumunu zedeleyip sözleşmenin ağır ihlalini oluşturduğu için, satıcı yine de ceza koşulunu talep edebilirdi. Zira bu metinden sonra gelen iki metinde de, alıcının köleye fahişelik yaptırması durumunda, söz konusu yan anlaşma *stipulatio* ile kararlaştırılmamış olsa bile, satıcı *actio venditi*'ye başvurabilirdi. *Papinianus*'un yaşadığı dönemde, satılan köleye fahişelik yaptırılması halinde kölenin özgürlüğünü kazanacağı bilindiği halde, bu şekilde ceza koşulu kararlaştırılmasının amacı, satılan köleye fahişelik yaptırılmamasının sağlanması, yani alıcıyı belli bir davranışı yapmamaya yöneltmekti⁶³⁹.

C. CEZA KOŞULU TALEBİYLE DİĞER HUKUKİ ÇARELERİN SEÇİMLİK YARIŞMASI

1. *Stipulatio* Ana Borcuna Eklenen *Stipulatio Poenae*

Ceza koşulunun ana borçla ilişkisinde görmüştük ki, *stipulatio* ana borcuna eklenen *stipulatio poenae*'de, ana borç *quasi novatio* (yenileme benzeri) yoluyla ceza koşulu borcunun içine aktarıldığı için, sadece ceza koşulu talep edilebilirdi⁶⁴⁰. Ancak bazen de ceza koşulu muaccel olduğunda, alacaklının ana *stipulatio*'dan kaynaklanan borcu veya *stipulatio poenae*'yi talep etme hakkı olabilirdi. Yani alacaklının söz konusu talep hakları birbiriyle seçimlik bir yarışma (*die elective Konkurrenz*) ilişkisi içerisinde olabilirdi:

⁶³⁹ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 357-361; Babusiaux, s. 73-75; Klinck, F., "Papinian D. 18,7,6 pr. und die Sanktionierung von Freilassungs- und Prostitutionsverboten bei Sklavenverkäufen", *Argumenta Papiniani, Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts* (Hrsg. Jan Dirk Harke), Berlin Heidelberg, 2013, s. 82-86, 95.

⁶⁴⁰ *Paul. D. 44.7.44.6* hakkında bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, B, 2.

D. 44.4.4.7 (Ulpianus 76 ad ed.)

“*Labeo ait, si de homine petitio secundum actorem fuerit iudicatum et iussu iudicis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi, et, si traditus non fuisset, poenam stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat et poenam petit, exceptione esse repellendum: iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exigere.*”

“Bir köle talep edildiğinde, yargılamada davacı lehine araya girildi ve hakimın emriyle, davalı belirlenen sürede köleyi davacıya geri vereceğine *cautio* ile söz verdi. Bu süre içinde köle geri verilmezse, bir ceza (koşulu) kararlaştırıldı. *Labeo* der ki, davacı hem köleyi (köleyi istihkak davasıyla) hem de *stipulatio*’su yapılan cezayı talep ettiğinde, bu istek def’i yoluyla önlenmelidir (reddedilmelidir). Çünkü hem köleyi elde etmek, hem de ceza koşulunu talep etmek haksızlık oluştururdu.”

Yukarıdaki metinde, bir kölenin talebine karşılık, hakim, kölenin verileceğine dair *cautio*’yu davalıya yaptırmış ve belirlenen tarihte de köle geri verilmezse ceza koşulu taahhüt edilmişti. Bu metin, kölenin ne şekilde talep edildiği bakımından belirsizlik içeriyor olsa da⁶⁴¹, daha hukukçu *Labeo*’nun bile hem ceza koşulunun hem de ana borcun konusunu oluşturan kölenin talep edilmesinin haksızlık oluşturduğunu belirtmesi bakımından önemlidir. Zira *Labeo*’ya göre, hem köleyi elde bulundurmak hem de cezayı talep etmek haksızlık oluştururdu. Aslında metinde, alacaklının iki dava hakkının seçimlik bir şekilde yarıştığı açıkça belirtilmemiştir. Ancak ana borcun konusunu oluşturan kölenin, bir şekilde “belirtilen zaman içinde” alacaklıya verilememesinden sonra, ceza koşulu muaccel olsa da, ceza koşulu talebine karşı *exceptio doli* ileri sürülmesi nedeniyle, metinden daha *Labeo*’nun bile, ana borç ile ceza koşulundan kaynaklanan dava haklarının seçimlik yarıştığını kabul ettiği sonucu çıkarılabilmektedir. Çünkü köle, herhangi bir şekilde sonradan alacaklının eline

⁶⁴¹ Krüger, H., *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli, Erstes Heft, Das Verhältniss der exceptio doli (generalis) zur exceptio rei venditae et traditae und zur exceptio pacti*, Halle, Max Niemeyer, 1892, s. 208-209.

geçmişse⁶⁴² veya köle borçlunun kusuru olmadan kaçıp, zamanında teslim edilmediği için kölenin elde edilmesi bakımından yeni bir dava açılmışsa⁶⁴³, metindeki gibi karara varılmış olabilirdi. Ancak *Labeo*, davaların yığılmadığı sonucuna, ceza koşulunun talep edildiği davada, ceza koşulu borçlusuna *exceptio doli* tanınması aracılığıyla ulaşmıştı. Yani ana borç elde edildikten sonra, ceza koşulu talebinin elde edilemeyeceğine, ceza koşulu borçlusuna *exceptio doli* tanıyarak dolaylı yoldan ulaşmış oluyordu⁶⁴⁴. Böylece *Labeo*'nun, hem *poena* talebinin hem de ana borç talebinin yığılmasına karşı çıktığı görülmektedir⁶⁴⁵.

O halde her iki edimin de talep edilmesinin haksız görülmesi, ceza koşulunun erken Klasik Dönem hukukçularından *Labeo* tarafından tazmin işlevini haiz olduğunu ifade etmektedir. Bu husus her somut olay için ceza koşulunun yüksekliğiyle orantılı bir şekilde değerlendirildiğinde, ceza koşulunun tazmin işlevi nedeniyle, ceza koşulu yanında ayrıca asıl edimin ifası da istenemezdi⁶⁴⁶.

2. *Pactum*'a *Stipulatio Poenae* Eklenmesi

Roma hukukunda *transactio* (uzlaşma), şekilsiz bir *pactum* ile kurulmakla birlikte, genellikle bir ceza koşuluyla da güçlendirilirdi. Klasik Dönem Roma hukukunda tarafların karşılıklı taleplerinden uzlaşma yoluyla vazgeçmesi, *pactum* yoluyla gerçekleştirilen bir ibra anlaşmasının uygulamasıydı. Romalı hukukçular, söz konusu uzlaşma anlaşmalarına, *stipulatio Aquiliana*'nın⁶⁴⁷ ve *stipulatio poenae*'nin

⁶⁴² Örneğin *litis contestatio*'dan sonra ve fakat hakimın kararından önce, köle davacıya teslim edildiyse (Hägerström, Beil. 9, s. 191).

⁶⁴³ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 277.

⁶⁴⁴ Levy, *Konkurrenz II*, s. 120.

⁶⁴⁵ Ayrıca bkz. *C. Iust.* 2.3.14. Hägerström, Beil. 9, s. 190-192; Levy, *Konkurrenz II*, s. 118-121; Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 274-277; Humbert, *La stipulation de peine*, s. 73-74.

⁶⁴⁶ Seidl, s. 114.

⁶⁴⁷ *Stipulatio Aquiliana*: Bu *stipulatio* ile her tür borç ibra edilebilirdi. *Stipulatio Aquiliana* ile öncelikle borç *stipulatio* borcu haline getiriliyor, sonra da *acceptilatio* yoluyla ibra ediliyordu (Umur, *Lügat*, s. 203).

eklenmesini tavsiye etmekteydi⁶⁴⁸:

D. 2.15.15 (Paulus 1 sent.)

“*Pacto convento aquiliana quidem stipulatio subici solet: sed consultius est huic poenalem quoque stipulationem subiungere, quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest.*”

“Bir şekilsiz uzlaşma anlaşmasına genellikle *stipulatio Aquiliana* eklenir. Buna bir ceza koşulu *stipulatio*’su eklenmesi çok faydalıdır. Çünkü anlaşmayı muhtemel bir ortadan kaldırmadan sonra, en azından *stipulatio*’dan kaynaklanan dava açılabilir.”

Roma hukukunda *pactum*’lar *ius civile*’nin tanıdığı dava haklarına neden olmadığı için, *pactum de non petendo*’ya⁶⁴⁹ aykırılık halinde *ius civile*’ye göre açılacak bir dava bulunmamaktaydı. Şayet *pactum de non petendo*’ya bir *stipulatio poenae* eklenirse, *pactum de non petendo*’ya aykırılık halinde ceza koşulu *stipulatio*’sundan doğan davaya başvurulabilirdi. Ancak *stipulatio poenae*’den kaynaklanan dava yanında *pactum* söz konusu olduğu için, *pactum de non petendo*’ya aykırılık oluşturan her talabe karşı alacaklının ileri sürebileceği *exceptio pacti*, *praetor* tarafından *formula*’ya da eklenebilirdi:

D. 23.4.12.2 (Paulus 35 ad ed.)

“*Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, mela ait alterutro eam contentam esse oportere: vel exceptione pacti et*

⁶⁴⁸ STURM’a göre *Paul. D.2.15.15* metni *Pauli sententiae I 1.3*’ten kaynaklandığı için, Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’nde de ceza koşulu *stipulatio*’su ve *stipulatio Aquiliana* uzlaşmada çok sık uygulanmaktaydı. (Sturm, Vertragsstrafe, s. 104). KNÜTEL bu metni hem alacaklı hem de borçlu yararına incelemiştir. Ancak STURM “*rescisso forte pacto*’nun”, alacaklının bütün talep ve haklarından vazgeçmesine karşılık, yine de borçluya karşı dava açması olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca STURM’un KNÜTEL’i bu metin hakkında eleştirmesi hakkında bkz. Sturm, Vertragsstrafe, s. 97-99, 104.

⁶⁴⁹ *Pactum de non petendo*: Alacaklı ile borçlu arasında, borçlunun borcunu istemeyeceğine ilişkin yaptığı ibra anlaşmasıdır. *Pactum de non petendo*, haksız fiilden doğan borçları *ipso iure* sona erdirirken, sözleşmeden doğan borçları *ope exceptionis* yoluyla sona erdirirdi. Zira *praetor*’un alacaklıya tanıyacağı pasif bir savunma olan *exceptio* ile sözleşmeden doğan borç, *ipso iure* sona ererdi (Rado, Borçlar Hukuku, s. 231; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 118).

acceptam facere poenae obligationem, vel, si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.”

“Evli bir kadın, kendisinden çeyizin yarısından fazlasının talep edilemeyeceğini *pactum* yoluyla ve [bu duruma aykırılık halinde] belli bir miktarı ceza (koşulu) olarak *stipulatio* yoluyla kararlaştırdı. Bu nedenle *Mela*’nın dediği gibi, (evli kadın) iki hukuki yardımdan biriyle yetinmelidir: ya ceza koşulunun ibrası karşılığında *exceptio pacti*’yi ileri sürebilirdi ya da [ceza koşulu] *stipulatio*(su) nedeniyle dava açmışsa, *exceptio*’yu ileri sürme hakkından vazgeçmiş (imtina etmiş) olurdu.”

Yukarıdaki metinde *Mela*’nın görüşüne katılan *Paulus*, *pactum dotale* veya *pactum de non petendo* olarak anlaşılması gereken anlaşmaya aykırı davranarak kararlaştırılan *dos* miktarının aksine dava açan kocaya karşı, kadına *exceptio pacti* tanınabileceğinden veya kadının ceza koşulu *stipulatio*’sundan kaynaklanan davayı açma hakkı olduğundan bahsetmektedir. Ancak kadın iki hukuki çareden biriyle yetinmeliydi. *Exceptio pacti*’yi ileri sürmesi, *stipulatio poenae* nedeniyle dava açmasını engellerken; *exceptio pacti* ileri sürülmezse, *pactum de non petendo*’ya aykırı davranıldığından, sonradan *stipulatio poenae*’den doğan davaya başvurabilirdi. Bu da şu şekilde olurdu: ilkin *exceptio pacti* tanınmışsa, kadın *praetor* önünde *acceptilatio* yoluyla, borçluyu *stipulatio poenae*’den doğan borçtan ibra etmiş olurdu. Buna karşılık *praetor* ilk davayı *denegatio actionis* yoluyla reddederse, sonradan *stipulatio poenae* nedeniyle dava açılabilirdi. Yani daha *in iure* aşamasında *praetor*’un faaliyeti sonucunda, kadının hangi iki hukuki çareden biriyle yetindiği belirlenmekteydi. Ancak her durumda, daha hukukçu *Mela* zamanında, *pactum de non petendo*’ya aykırı hareket eden kimseye karşı, iki hukuki çareden sadece birine başvurulabilirdi⁶⁵⁰.

Bir *pactum*’a *stipulatio poenae* eklendiği zaman, bu *pactum*’a aykırı hareket edilip

⁶⁵⁰ Levy, Konkurrenz II, s. 121-125; Liebs, Klagenkonkurrenz, s. 206, 207; Knütel, Stipulatio Poenae, s. 291-293; Humbert, La stipulation de peine, s. 74. *Exceptio doli* de ileri sürülebilirken, hukukçu *Mela*’nın bundan bahsetmemesi hakkında bkz. Krüger, s. 210.

dava açıldığında, *stipulatio poenae*'nin karşı tarafının *exceptio pacti* veya *actio ex stipulatu*'dan biriyle yetinmesi sonucunu⁶⁵¹ aşağıdaki metin de desteklemektedir. Hatta aşağıdaki metinden, bu iki yoldan birinin seçilmesinin ve bunlardan biriyle yetinilmesinin, *aequitas* (hakkaniyet) gereği olduğu çıkarılmaktadır⁶⁵²:

D. 2.14.10.1 (Ulpianus 4 ad ed.)

“Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre.”

“Bir *pactum* ceza *stipulatio*'su ile kuvvetlendirildiğinde, şekilsiz *pactum exceptio*'suna mı, yoksa *stipulatio*'dan kaynaklanan davaya mı başvurulacağı soruldu. *Sabinus*, cezayı kararlaştıranın, hal ve şartlara göre her iki yola da (kendisine avantajlı olan iki yoldan birine) başvurabileceğini düşünür, ki bu daha doğrudur. Bununla birlikte, *pactum* nedeniyle *exceptio*'ya başvurduğunda, *stipulatio*'yu şekilsiz bir ibra yoluyla ortadan kaldırmış olduğu hakkaniyete uygundur.”

3. *Stipulatio Duplae*

Alım satım sözleşmesinde zapta karşı tekeffül tehlikesine karşı kararlaştırılan *stipulatio duplae* halinde hukuki çarelerin seçimlik yarışması, satıcının sonradan maliki haline geldiği malı, alıcıdan *rei vindicatio* ile talep etmesi halinde ortaya çıkardı.

⁶⁵¹ *D. 2.15.15 (Paulus 1 sent.): “Pacto convento aquiliana quidem stipulatio subici solet: sed consultius est huic poenalem quoque stipulationem subiungere, quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest.”* “Bir şekilsiz uzlaşma anlaşmasına genellikle *stipulatio Aquiliana* eklenir. Buna bir ceza koşulu *stipulatio*'su eklenmesi çok faydalıdır. Çünkü anlaşmayı muhtemel bir ortadan kaldırmadan sonra, en azından *stipulatio*'dan kaynaklanan dava açılabilir.”

Stipulatio Aquiliana ile her tür borç ibra edilebilirdi. *Stipulatio Aquiliana* ile öncelikle borç *stipulatio* borcu haline getiriliyor sonra da *acceptilatio* yoluyla ibra ediliyordu. Yukarıdaki metinde *Paulus*, *stipulatio Aquiliana*'ya bir de *stipulatio poenae* eklenmesini, uzlaşmanın ortadan kaldırılması halinde başvurulması bakımından tavsiye ediyordu. *Paulus*'un bu tavsiyeyi alacaklıya mı borçluya mı verdiği bilinmese de, *C. Iust. 2.4.40*'da tarafların uzlaşma anlaşması, *stipulatio Aquiliana* ve *acceptilatio* ile gerçekleşiyse, buna aykırı hareket eden borçluya karşı *stipulatio poenae*'den doğan miktar için dava açılabilirliğinden, bu tavsiyenin alacaklıya verilmiş olabileceği düşünülmektedir (*Sturm, Stipulatio Aquiliana*, s. 230-233; *Knütel, Stipulatio Poenae*, s. 294 vd.). *Stipulatio Aquiliana* için bkz. *Ius. Inst. 3.29.2*.

⁶⁵² *Levy, Konkurrenz II*, s. 125; *Liebs, Klagenkonkurrenz*, s. 207; *Knütel, Stipulatio Poenae*, s. 294; *Humbert, La stipulation de peine*, s. 73.

Bilindiği üzere Roma hukukunda bir malı maliki olmayandan satın alma veya bir *res mancipi*'nin *traditio* ile devri halinde, alıcı *ius civile* mülkiyetini derhal kazanamazdı. Ancak alıcı, kazandırıcı zamanaşımı koşullarını taşıyorsa dönemlere göre farklılık arz eden süreler sonunda *ius civile* mülkiyetini kazanabilirdi. Eğer satıcı, malik olmadığı halde bir malı satmış, fakat sonradan miras gibi bir durumla sattığı malın maliki haline gelip *rei vindicatio* ile malı alıcıdan talep etmişse, satıcının bu davasına karşılık alıcı *exceptio doli* ileri sürebilirken; dilerse dava sonucunda malın satıcıya verilmesi kararlaştırılmışsa, alıcı da *stipulatio duplae* nedeniyle dava açabilirdi. Böyle bir sonuca ulaşılmasının nedeni, alıcının malda rahat zilyetliğe sahip olmasının engellenmesiydi⁶⁵³:

D. 21.2.17 (Ulpianus 29 ad sab.)

“*Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summo veri nemini dubium est, quamvis alio iure dominium quaesierit: improbe enim rem a se distractam evincere conatur. eligere autem emptor potest, utrum rem velit retinere intentione per exceptionem elisa, an potius re ablata ex causa stipulationis duplum consequi.*”

“Bizzat kendisinin sattığı malı, *rei vindicatio* ile talep eden satıcının (talebinin) -aynı zamanda satıcının mülkiyeti başka bir nedenle elde etmesi halinde de- *exceptio doli* ile engelleneceğinden hiç kimse şüphe etmez. Çünkü o, kendisi tarafından devredilen malın, hileli bir şekilde *evictio*'suna (zaptına) uğraşmaktadır. Öyleyse alıcı o malı elinde tutmak istemesine bağlı olarak, davaya karşı *exceptio*'yu kullanmayı seçmekle birlikte, alıcının elinden o şey alındıktan sonra, zapta karşı yapılan *stipulatio* ile semenin iki katını talep etmeyi seçebilir.”

D. 21.2.18 (Paulus 5 ad sab.)

“*Sed et si exceptio omissa sit aut opposita ea nihilo minus evictus sit, ex duplae quoque stipulatione vel ex empto potest conveniri.*”

⁶⁵³ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 301.

“Ancak *exceptio* ileri sürülmemiş veya *exceptio*’ya rağmen köle zapt edilmiş olsa da, satıcı, *stipulatio*’dan kaynaklanan iki kat semen veya alım satım sözleşmesi nedeniyle talebini ileri sürebilir.”

Yukarıdaki metinlerde de görüldüğü üzere, sattığı malın sonradan maliki haline gelip, satıcının alıcıya karşı *rei vindicatio* açması hileli bir davranış (*improbe*) addedildiğinden⁶⁵⁴, alıcı *exceptio doli* ileri sürebilirdi veya *exceptio* ileri sürüp davayı kaybederse, satıcıya karşı *stipulatio duplae* nedeniyle dava açabilirdi. Hatta alıcı *exceptio doli*’yi ileri sürdükten sonra davayı kaybetse bile, yine de *stipulatio duplae* nedeniyle dava açabilirdi. Çünkü *stipulatio duplae*’nin muacceliyeti, malın rahat zilyetliğinin alıcının elinden alınmasıyla gerçekleşirdi. Bu nedenle de, alıcı sonradan malik haline gelip, *rei vindicatio* açıp kazanmışsa, malın rahat zilyetliği alıcının elinden alınmış olacağından, alıcı ilk davada *exceptio doli*’yi ileri sürse bile, sonradan *stipulatio duplae* nedeniyle dava açabilirdi. *Rei vindicatio*’dan ve *stipulatio duplae*’den kaynaklanan davaların konuları aynı olmadığından, ilk davada *exceptio* ileri sürüldükten sonra dava kaybedilmiş olsa bile, yine de *stipulatio duplae*’den doğan davanın açılmasıyla, *exceptio* ve ceza koşulu talebi arasındaki seçimlik yarışma, hakkaniyet (*aequitas*) nedeniyle⁶⁵⁵ hak sahibi yararına hafifletilmiş oluyordu⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ Yukarıda Üçüncü Bölüm, II, D’de görüldüğü üzere, *exceptio pacti* ve *stipulatio poenae* talebinin ileri sürülmesinde de bu şekilde bir seçimlik ilişkinin varlığı hukukçular tarafından *aequitas*’a dayandırılmıştır. Bu hususta bkz. *Ulp. D. 2.14.10.1*; *Paul. D. 23.4.12.2*; *Lab.-Ulp. D. 44.4.4.7*.

⁶⁵⁵ Levy, *Konkurrenz* II, s. 126.

⁶⁵⁶ Knütel, *Stipulatio Poenae*, s. 306-310.

SONUÇ

Roma hukukunda *stipulatio poenae* (ceza koşulu), borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmediğinde, bir miktar paranın veya istisnaen başka bir şeyin önceden taahhüt edilmesi idi. Buna ek olarak, taraflar arasında, önceden taahhüt edilmeyen bir davranışın gerçekleşmemesi haline bağlı olarak da belirli bir miktarın taahhüt edilmesi anlamına gelmekteydi. Hem gerçek hem de bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu miktarı, kaynaklarda *poena* olarak geçmekle birlikte, kural olarak *stipulatio* aracılığıyla taahhüt edilmekteydi. Ancak kaynaklarda *poena*, sadece ceza koşulu anlamında değil de, özel veya kamu suçlarının müeyyidesi şeklinde; miras bırakanın mirasçılarının belirli davranışları yapmadıkları takdirde, onlara ceza niteliğinde bazı edimleri gerçekleştirmeyi yüklemesi şeklinde; mirasçılarının belirli kimselere erzak sağlamadıkları takdirde belirli bir miktarı ödemeleri şeklinde; davayı kaybeden tarafın, karşı tarafı daha çok uğraştırmak istemesi nedeniyle davayı reddetmesi halinde, ödemesi gereken miktar şeklinde de kullanılırdı.

Ceza koşulunun kaynaklarda sadece *poena* olarak geçmesi, onun özel suçlardan kaynaklanan bir miktarın ödenmesi şeklinde, Eski Hukuk Dönemi'nden kaynaklandığını göstermektedir. Ancak ceza koşulunun, tarihsel gelişimi içerisinde, yapma ya da yapmama edimlerinin gerçekleşmesini sağlama amacıyla bir miktar paranın önceden belirlenmesi şeklindeki, bağımsız ceza koşulu türü uygulaması gerçek ceza koşuluna göre daha eskiydi. Çünkü bu şekilde, hem belirli bir şekilde davranma, belirli bir miktarın ödenme baskısı altında gerçekleştirilirdi, hem de bu şekilde davranmayla elde edilecek menfaat önceden belirli bir miktar olarak tespit edilerek, hakimin yanlış bir değerlendirme yapmasının önüne geçilirdi. Buna ek olarak, Klasik Hukuk Dönemi boyunca uygulanan, mahkumiyetin mutlaka bir miktar paraya ilişkin olması kuralı nedeniyle, yapma veya yapmama davranışları da, dolaylı yoldan icra edilebilir hale

gelirdi. Bu nedenle de, borçlunun borcunu kararlaştırılan şekilde icrasına yarayan gerçek ceza koşulu uygulaması, bağımsız ceza koşulundan daha yeni olmalıydı.

Stipulatio poenae, *arra* ve *lex commissoria* benzer ve farklı özelliklere sahipti. Ortak Hukuk Dönemi'nde türlere ayrılan *arra*'nın bütün türleri gibi, gerçek ceza koşulu da ana sözleşmeye ek olarak taahhüt edilirdi. Yani *arra* gibi, gerçek ceza koşulu da, fer'i niteliğe sahipti. Buna karşılık, Roma hukukunun her döneminde *arra confirmatoria* (bağlanma parası), sözleşmenin kurulduğunu ispat etmek için, önceden verilen bir miktar paraydı. *Iustinianus* Dönemi'nde *arra poenitentialis* (cayma parası), cayma parasını verenin sözleşmeden dönmesi halinde bu miktarı talep edemediği, cayma parasını alanın sözleşmeden dönmesi halindeyse, aldığı paranın iki katını ödemekle yükümlü olduğu miktardı. Yine *Iustinianus* Dönemi'nde, sözleşmenin ön görüşmeleri bitirildikten sonra, sözleşmenin kurulmasından kaçınmamak amacıyla, karşı tarafa verilen *arra poenalis* (ceza parası) ile, *arra*'yı alan sözleşmeyi kurmaktan vazgeçerse aldığı paranın iki katını ödemek zorundaydı. Gerçek ceza koşulu, borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmesi bakımından, sözleşmeyi kuvvetlendirmekle; *arra poenitentialis* (cayma parası) belirli miktarların ödenerek sözleşmeden dönülmesini sağlaması bakımından, sözleşmeyi zayıflatmaktaydı. *Arra poenalis* (ceza parası) ise, aslında zorlama fonksiyonuna sahip olmakla birlikte, karşı tarafa önceden verildiği için, bir bakıma önceden verilmiş ceza koşulu gibi işlev görürdü. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde *arra sponsalicia* verildikten sonra, erkeğin haklı bir neden olmadan evlenmek istememesi halinde *arra*'nın karşı tarafta kalması veya kızın haklı bir sebep olmadan evlenmek istememesi halinde *arra*'nın iki katının ödenmesi, kızı evlenmeye zorlamak bakımından ahlaka aykırı olarak hükümsüz kabul edilen *stipulatio poenae* ile elde edilemeyen sonuçların, *arra* ile elde edilebilmesine olanak sağlardı.

Roma hukukunda alım satım sözleşmesinde alıcı, kendi borcunu yerine getirmediğinde, satıcının sözleşmeden dönme olanağı yoktu. Alıcıdan, sadece bu nedenle uğradığı zararların tazminini talep edilebilirdi. Ancak alım satım sözleşmesine ek olarak *lex commissoria* anlaşması yapılmışsa, alıcı kendi borcunu yerine getirmediğinde, satıcı sözleşmeden dönme yetkisine sahip olurdu. *Lex commissoria*'nın varlığı, tıpkı *stipulatio poenae*'de borçlunun borcunu kararlaştırılan şekilde yerine getirmesi gibi borçlu üzerinde baskı kurma ve zorlama fonksiyonuna sahipti.

Romalı hukukçular tarafından ceza koşulu ayrımı yapılmasa da, örneklerden hem gerçek hem de bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun benimsendiği bilinmektedir. Gerçek ceza koşulu, ana borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi koşuluyla taahhüt edilirdi. Gerçek ceza koşulunda, ana borç *stipulatio* ile meydana gelip, ceza koşulu taahhüdü de kural olarak *stipulatio* ile yapılırdı. Böyle bir durumda ceza koşulu talebi, *actio ex stipulatu* ile elde edilirdi. Ancak bazen iyiniyet sözleşmelerine, *stipulatio* veya *pactum* aracılığıyla da ceza koşulu eklenebilirdi. Ceza koşulu talebiyse, ya *actio ex stipulatu* ile ya da o iyiniyet sözleşmesinin davasıyla talep edilebilirdi. Gerçek ceza koşulu için verilen en ünlü örnek olan “*Pamphilus*’u vermeyi taahhüt ediyor musun? Taahhüt ediyorum. Eğer onu vermezsen 10.000 *sesters*’i vermeyi taahhüt ediyor musun? Taahhüt ediyorum.” örneğinde her iki *stipulatio*’dan sonra borçlu “taahhüt ediyorum” şeklinde cevap verse de, Klasik Hukuk Dönemi’nin sonlarından itibaren her iki soruya verilen tek cevabın, iki soruyu da kapsadığı şeklinde yorum yapılp, hem ana borcun hem de ceza koşulunun taahhüt edildiği sonucuna varılırdı.

Romalıların sıkça başvurduğu bağımsız ceza koşuluyla, taraflar arasında önceden taahhüt edilmeyen bir davranışın icra edilmesini sağlamak amacıyla, bir miktar para taahhüt edilirdi. Söz konusu davranış gerçekleşmediğinde, muhtemelen yüksek bir meblağın kararlaştırılması, dolaylı olarak o davranışın gerçekleştirilmesini

sağlamaktaydı. O davranışla elde edilmek istenen menfaatle, ceza koşulu menfaatinin aynı olması da, ceza koşulunun tazmin fonksiyonunu göstermekteydi. Romalı hukukçular, hukuk sisteminin kabul etmediği bazı taahhütlerin sonuçlarına, bağımsız ceza koşulu aracılığıyla ulaşmaktaydı. Bu nedenle, aslında yine kendi hukuk sistemlerinde tanıdıkları hukuki kavramla, belirli sonuçları elde etmeyi hedeflemekteydiler. Roma hukukunda “*Pamphilus*’u vermezsen, o kadar vermeyi taahhüt ediyor musun? Taahhüt ediyorum.” şeklindeki en ünlü bağımsız ceza koşulu örneğinde, ancak *Pamphilus*’un verilmesi davranışıyla, ceza koşulunun ödenmemesi sağlanırdı. Bu nedenle de, bağımsız ceza koşulunda, gerçek ceza koşulunun aksine ana borç yer almadığından, sadece ceza koşulu miktarı borçlanılırdı. Bağımsız ceza koşuluyla, özellikle ekonomik değeri olmayan edimlerin, dolaylı yoldan icra edilmesi sağlanırdı. Böylece yapma veya yapmama edimlerindeki belirsizliğin, ceza koşuluyla giderilmesi tavsiye edilirdi. Ayrıca bağımsız ceza koşulu, taraflar arasındaki ortaklık sözleşmesinin sona ermeden katılma payı taahhütlerinin dava edilmesine de olanak sağlardı. Bunlara ek olarak *stipulatio*, sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuracağından, üçüncü kişi yararına sözleşmeyle veya üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyle elde edilmek istenen sonuçlara, bağımsız ceza koşuluyla dolaylı yoldan ulaşmak istenirdi.

Ceza koşulunun kararlaştırılması, alacaklıyı, ispat zor(un)luğundan kurtarmış olduğu gibi, önceden belirli bir miktarın kararlaştırılması, aslında tazmin fonksiyonuna da sahip olduğunu gösterirdi. Gerçek zarar, ceza koşulu miktarını aşıyorsa, arta kalan zararın talep edilebilmesi ve borçlunun mirasçılarının da ceza koşulunu talep yetkisi, ceza koşulunun tazmin fonksiyonunun sonuçlarıydı. Ayrıca ceza koşulu, borçlunun borcunu kararlaştırılan şekilde ifa etmesi ve taahhüt edeni, belirli bir davranışın gerçekleşmesine yöneltmesi bakımından da zorlama işlevine sahipti.

Borcun konusunun objektif niteliğine göre yapılan ayrıma paralel olarak, ceza koşulunun bağlı olduğu edim türleri de vermek (*dare*), yapmak/yapmamak (*facere/non facere*) veya istisnaen yan yükümlülüklerle uymak anlamında *praestare* de olabilirdi. Gerçek ceza koşulu, bir borcun yerine getirilmemesi koşuluyla kararlaştırılırsa, muacceliyet, olumsuz bir davranışı gerektirirken; belli bir hareket tarzından kaçınmayı gerektiren ceza koşulunda muacceliyet, olumlu bir davranışı gerektirirdi. Ceza koşulu, kural olarak *stipulatio* ile kararlaştırılmasına karşılık, rızai sözleşmelere ve tüketim ödöncü veya deniz ödöncü dışındaki aynı sözleşmelere niteliğine uygun düştükçe *pactum* aracılığıyla da eklenebilirdi. Ancak yazılı sözleşmeler, Klasik Hukuk Dönemi'nde aile babasının defterine alacaklının karşısına borçlunun yazılmasıyla meydana geldiğinden, ceza koşulu kararlaştırılması söz konusu olmazdı. *Poena*, kural olarak bir miktar para olarak kararlaştırılırken, istisnaen paradan başka bir şey olarak da kararlaştırılabilirdi.

Roma hukukunda ceza koşulu uygulaması muazzam bir genişliğe sahipti. Borçlar hukuku, aile hukuku ve eşya hukukunda birçok ceza koşulu kullanımı örneğine rastlanmaktadır. Ancak bunlar içerisinde en geniş alana, borçlar hukuku sahiptir. Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi şartına bağlı gerçek ceza koşulu, birçok sözleşmede, borçlunun borcunu yerine getirmesi için kararlaştırılmaktaydı. Keza bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşuluna da sık sık başvurulmaktaydı. Bu kapsamda ceza koşuluna en çok alım satım sözleşmelerinde (*emptio venditio*), *locatio conductio*'da, şirket sözleşmesinde (*societas*), *stipulatio*'da, *pactum*'da, tüketim ödöncünde (*mutuum*), mükellefiyetli bağışta (*donatio sub modo*) rastlanmaktaydı. Bunlara ek olarak tahkim anlaşmasında (*compromissum*), belirli gün, saat ve yerde *magistra* önünde bulunulacağına dair taahhütte (*vadimonium*), zapt (*evictio*) tehlikesine karşı yapılıp, satıcıyı malın değerinin iki katını ödemekle yükümlü

tutan taahhütte (*stipulatio duplae*) ve deniz ödöncüde (*pecunia traiectica*) ceza koşulu kararlaştırılması, özel bir öneme sahipti.

Magistra önündeki aşama (*in iure*), *magistra*'nın işlerinin çokluğu veya yetkili olmaması sebebiyle aynı gün içinde bitmemişse, belirlenen gün, saat ve yerde tekrar *magistra* önünde bulunacağıının taahhüdü *vadimonium*'u oluştururdu. Takip edilen kimsenin, tekrar *magistra* önünde hazır bulunmaması hali için çoğunlukla *stipulatio poenae* de yapılmaktaydı. Ancak bu *stipulatio poenae*'nin gerçek veya bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulu olup olmadığı hakkında kesin bir bilgi bulunmamaktadır.

Klasik Hukuk Dönemi'nde *compromissum*'un (tahkim anlaşması) kurulabilmesi için, hakem kararına aykırı hareket eden taraf aleyhine muaccel olacak *stipulatio poenae*'lerin de yapılması, doktrinde ağırlıkta olan görüşe göre kurucu özelliğe sahipti. Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde *compromissum* artık İmparatorların tanıdığı anlaşmalardan (*pacta legitima*) olduğu için, hakem kararına aykırı hareket eden kimseye karşı, dava yoluna başvurulabilmekteydi.

Geçek ceza koşulunun özel bir uygulama şekli olan *stipulatio duplae*, alıcının rahat zilyedliğine zarar verilirse, semenin iki katının ödeneceğinin, satıcı tarafından taahhüt edilmesinden oluşurdu. *Iulianus*'tan itibaren *actio empti*'nin satıcının sadece kötünietinin varlığı durumunda açılmamasına paralel olarak, alıcının rahat zilyedliğine üçüncü kişi tarafından zarar verildiğinde, bu hususta *stipulatio duplae* yapılmamış olsa da, alıcı *actio empti* ile menfaati neyi gerektiriyorsa (*id quod interest*) tazmin edebilirdi. Ancak değerli malların satışında, *stipulatio duplae* yapılmasından vazgeçilmediği için, gerçek ceza koşulunun özel bir türü olan *stipulatio duplae*'ye sıkça başvurulmaktaydı.

Pecunia traiectica'da gemi sahiplerine, deniz yolculuğunda kullanılmak ve gemi varma limanına sağ salim vardığı takdirde geri ödenmek üzere bir miktar para, deniz

yolculuğundaki riskin fazla olması nedeniyle *Iustinianus* Dönemi'ne kadar herhangi bir faiz sınırlaması olmadan verilirdi. Ancak çoğu halde, anaparanın ve faizin kararlaştırılan tarihte ödenmemesi tehlikesine karşılık, *stipulatio poenae* de kararlaştırılırdı ve ödöncü veren, bir kölesini yolculuğa eşlik etmesi amacıyla gönderirdi. Deniz ödöncü sözleşmesinde, *stipulatio poenae*'nin yapılmasının zorunlu olup olmadığı konusu, doktrinde tartışmalıdır.

Stipulatio poenae'ye, eşya hukuku alanında da başvurulmaktaydı. Eyalet arazileri, *ius civile* mülkiyetinin konusunu oluşturamayacağından, bu araziler üzerinde irtifak haklarının kurulması için *pactiones et/vel stipulationes* yoluna başvurulmaktaydı. Doktrinde hakim olan görüşe göre, eyaletler üzerindeki arazilerde irtifak hakkı *pactum* aracılığıyla kurulurken, ona ekli bir *stipulatio duplae* ile güçlendirilen *stipulatio* ile bu irtifak hakkının kullanılmasına, arazi sahibinin kendisinin veya mirasçısının engel çıkarmayacağı taahhüt edilirdi. Ancak bu irtifak haklarının, sadece *pactum* ile değil de, *stipulatio* ile de kurulabileceği yönünde, doktrinde farklı bir görüş de ileri sürölmektedir.

Stipulatio poenae'nin muacceliyeti için gereken objektif şart, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesiydi. Fakat kaçınma veya yapmama davranışlarına aykırılık şartına bağılı olarak bir ceza koşulu kararlaştırılmışsa, o halde söz konusu kaçınma veya yapmama davranışına aykırı hareket, ceza koşulunun muacceliyetini gerektirirdi. Klasik Hukuk Dönemi'nde kısmi ifa yasağı var olduğundan, ifanın kısmen yapılması ceza koşulunun muacceliyetine engel teşkil etmezdi. Bağımsız ceza koşulunda da, seçimlik olarak iki edim yer alıyorsa, bağımsız ceza koşulunun muacceliyeti için iki edim de yerine getirilmeliydi. Bu edimlerden sadece birinin yerine getirilmesi, bağımsız ceza koşulunun muacceliyetini engellemezdi. Ancak bir malın kısmen zapt edilmesi halinde de ceza koşulunun talep edilebileceği şartını içermeyen *stipulatio*'lar, kısmi zapt

meydana geldiğinde *stipulatio duplae* talebine neden olmazdı. Ancak *stipulatio duplae*'de kısmi zapt, zapt edilen kısım oranına tekabül eden ceza koşulunun talebine olanak vermeliydi.

Stipulatio poenae'nin muacceliyeti için gerekip gerekmediği Romalı hukukçular arasında tartışmalı olan sübjektif şart ise, borçlunun kusuruydu. Ceza koşulunun birçok alanda kullanılmasına paralel olarak, ceza koşulunun muacceliyeti için de kusurun aranıp aranmadığı hakkında genel bir kural mevcut değildi. Ancak sorumluluk ilkelerinin gelişimine paralel olarak, ceza koşulunun muacceliyeti için de Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren, borçlunun kusurunun arandığı örnekler artmıştı. Bu kapsamda, *Sabinianus* mektebi, ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun sübjektif sorumluluğunu kabul etmekteydi; *Proculianus* mektebi, ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun objektif sorumluluğunu kabul etmekteydi. Buna rağmen alacaklıdan kaynaklanan bir nedenle, borçlu borcunu ifa edemiyorsa, *Proculianus* mektebine göre de ceza koşulu muaccel olmazdı. Ancak *Proculianus* mektebine mensup olan *Celsus*'tan itibaren ceza koşulunun muacceliyeti için, borçlunun sübjektif sorumluluğunun arandığı doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir.

Davanın yürütülebilmesi için, takip edilen kimse üzerinde bir baskı aracı olan ve *stipulatio poenae*'nin özellik gösterdiği *cautio vadimonium sisti*'de, ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun objektif sorumluluğu aranırdı. Ancak delilik, hamilelik, yakınının cenaze törenine katılma, *noxal* davalarda kölenin önceden ölü olması, alacaklı nedeniyle *magistra* huzuruna gelinememesi gibi haklı nedenler mevcutsa, *stipulatio poenae* muaccel olsa da, *poena* talebine karşı *exceptio* tanınarak, ceza koşulu miktarının elde edilmesine engel olunurdu.

Hakemin verdiği kararlara uymama şartıyla yapılan *stipulatio poenae*'nin muacceliyeti hakkında borçlunun kusurunun gerekip gerekmediği konusunda,

Proculianus ve *Sabinianus* mektepleri arasında görüş farklılığı bulunurdu. *Sabinianus* mektebine mensup *Sabinus*, hakem kararının yerine getirilmemesine karşılık kararlaştırılan *stipulatio poenae* bağımsız ceza koşulu olduğundan, muacceliyet için, borçlunun sübjektif sorumluluğunu aramaktaydı. *Proculianus* mektebi ise, borçlunun objektif sorumluluğunu gerekli görürdü. Zira hakemin yargılama sonunda verdiği karar, alacaklıdan kaynaklanan haklı bir sebeple yerine getirilemiyorsa, haklı sebep ortadan kalktığında ve alacaklı edimi kabule hazır olduğunu belirttiğinde bile muacceliyet kazanmazdı. Buna karşılık *Proculianus* mektebine mensup *Celsus*'a göre, alacaklının sahasında oluşan haklı bir nedenden dolayı, hakemin yargılama sonunda verdiği karar yerine getirilemediğinde, sonradan uygun süre içinde kararı yerine getirmişse, ceza koşulu artık muaccel olmazdı. Bu örnek nedeniyle, *Celsus* ile birlikte, ceza koşulunun muacceliyeti için objektif sorumluluğu arayan *Proculianus* mektebinin yerine, *Sabinianus* mektebinin görüşüne ağırlık verildiği kabul edilmektedir.

Satıcı *evictio* tehlikesini bilmese bile, malın satışını gerçekleştirip *stipulatio duplae*'yi taahhüt ettiğinden, muacceliyet için satıcının objektif sorumluluğu söz konusuydu. Bunun tek istisnasını, *evictio* nedeniyle açılan davanın, alıcının kusuru nedeniyle kaybedilmesi oluşturur. Ancak böyle bir durumda, ceza koşulu muaccel olmazdı.

Deniz ödücünde kararlaştırılan ceza koşulunun muacceliyeti için doktrinde ağırlıkta olan görüş, borçlunun objektif sorumluluğunun aranmasıdır. Zira borçlu, deniz ödücünün geri verilmesi anında ölmüş olsa bile, sanki mirasçıya sahipmiş gibi ceza koşulu talep edilebilmeliydi.

Ceza koşulunun muacceliyeti için, iradi koşul ve vade belirlenmişse, koşul gerçekleşmiş olsa veya koşulun gerçekleşmeyeceği çok önceden tespit edilmiş olsa bile, yine de vadenin beklenmesi gerekirdi. Ancak ceza koşulunun muacceliyeti için, tesadüfi

koşul ve vade belirlenmişse, koşul, vadenin gelmesinden önce gerçekleşmişse veya koşulun gerçekleşemeyeceği tespit edilmişse, vade gelmeden muacceliyet gerçekleşirdi. Ceza koşulunun muacceliyeti için vade belirlenmişse, kural olarak vadenin de beklenmesi gerekirdi. Ancak ifa zamanı ertelenmişse, ceza koşulunun muacceliyet kazanıp kazanmadığı, ertelemenin ne zaman yapıldığına bağlı olarak değişirdi. Çünkü vadesinde borcun ifasının mümkün olduğu bir durumda, ifa zamanı ertelenmişse ceza koşulu muaccel olmazdı. Ancak borcun vadesinde ifa edilmesinin imkansız olduğu bir durumda ifa zamanı ertelenmişse, ceza koşulu yine de muaccel hale gelirdi.

Her ne kadar *Proculianus* mektebi ceza koşulunun muacceliyeti için objektif sorumluluğu gerekli görse de, bu mektebe mensup *Servius*'a göre, alacaklıdan kaynaklanan bir nedenle borçlu borcunu ifa edememişse, ceza koşulu muaccel olmazdı. Alacaklıdan kaynaklanan nedenler ortadan kalktıktan sonra, alacaklı edimi kabule hazır olduğunu bildirmişse, *Proculus*'a göre ceza koşulu yine de muaccel olmazdı. Buna karşı *Celsus* ve onun düşüncesini kabul eden *Ulpianus*'a göre, alacaklının edimi kabule hazır olduğunu bildirdikten sonra, borçlu borcunu makul süre içerisinde (*modicum tempus*) yerine getirmezse, ceza koşulu muaccel olmalıydı. Ancak alacaklı, edimi hiçbir haklı sebep ileri sürmeden kabul etmemişse, borcun ifa edilmemesine kendisi sebep olduğundan, ceza koşulu muaccel olmamış kabul edilirdi. Böyle bir durumda, alacaklı edimi kabule hazır olduğunu sonradan bildirse bile, ceza koşulu yine de muaccel hale gelmezdi.

Herhangi bir ifa zamanı belirlenmeyen işlemlerde, ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağı konusu, Romalı hukukçular arasında tartışmalıydı. Bağımsız ceza koşulu örneğinden yola çıkan *Pegasus*'a göre, bir hareket tarzının gerçekleşmesi için kararlaştırılan ve vade belirtilmeyen ceza koşullarında muacceliyet, o hareket tarzının gerçekleşmesinin imkansızlaştığı anda meydana gelirdi. Çünkü şartın derhal

gerçekleşmemesi, ileride de gerçekleşmeyeceği anlamına gelmezdi. Buna karşılık aynı durumda *Sabinus*'a göre, o hareket tarzının derhal gerçekleşmemesiyle, ceza koşulu da muaccel olurdu. Çünkü daha en başta ceza koşulunu taahhüt eden borçluya soruyu soran alacaklının, muacceliyetin ne zaman olacağını belirleme yetkisi bulunmaktaydı. Eğer alacaklı, daha en başta ceza koşulunun muacceliyetinin ne zaman olacağını belirlememişse, onun aleyhine yorum yapıp, o hareket tarzının gerçekleşmesinin imkansızlaşmasını beklemeye gerek yoktu. Buna karşılık her iki düşünceyi birleştiren *Papinianus*, *Pegasus*'un düşüncesine bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunun muacceliyeti kapsamında katılmaktayken; *Sabinus*'un düşüncesine de gerçek ceza koşulunun muacceliyeti bakımından katılmaktaydı. Hakem kararının yerine getirilmesi bakımından herhangi bir süre belirtilmemişse, *Servius*, *Africanus*, *Celsus* ve *Ulpianus* bu kararın yerine getirilmesi kapsamında mahkum olan kimsenin makul bir süreye (*modicum tempus*) sahip olduğunu düşünürdü. Hakem kararının derhal yerine getirilmemesi değil de, makul bir süre (*modicum tempus*) içinde yerine getirilmemesi, ceza koşulunun muacceliyetine neden olurdu. Buna ek olarak hakem kararının ne zaman yerine getirileceği belirtilmeyip, mahkum olan kimse bu kararı yerine getirmeden öldüğünde, *Labeo*'ya göre, mirasçısı ödemeyi teklif etmiş olsa bile, ceza koşulu yine de muaccel olurdu. Aynı durumda *Ulpianus*, ceza koşulunun muaccel olmayacağını savunurdu.

Gerçekleşmiş olan ceza koşulunun sonradan ortadan kalkmamasıyla (*semel commissa poena non evanescit*) ifade edilmek istenen, ceza koşulu bir kez muaccel olduktan sonra, sonuçlarının artık ortadan kalkmamasıydı. Bu kural, muacceliyet zamanının belirli olduğu ceza koşullarında gerçek anlamını bulurdu. Ancak bu kuralın birçok istisnası da bulunmaktaydı. Bu çerçevede hakem kararında herhangi bir süre belirtilmemişse, borçlu, kendisine karşı açılan davada *litis contestatio*'dan önce ceza koşulunu ödediğinde, ceza koşulu bir kez daha talep edilemezdi. Ayrıca tahkim

yargılamasında haklı sebeple bulunmayan taraf aleyhine ceza koşulu muaccel olsa da, bu kimse aynı hakemle tekrar anlaşma yapmaya hazır olduğunu bildirdiğinde, muacceliyetin sonuçları artık ortadan kalkardı. *Stipulatio duplae*'nin talep edilebilmesi, malın rahat zilyedliğinin kaybedilmesi şartına bağlandığından, alıcının rahat zilyedliğine zarar verilmeden o malı tekrar elde etmesi halinde, ceza koşulunun talebiyle açacağı davaya *exceptio* ile karşı koyulması, ceza koşulunun muacceliyet sonuçlarının ortadan kalktığını gösterirdi. *Cautio vadimonium sisti*'yle davanın yürütülmesi amaçlandığından, o davayla takip edilen kimsenin belirlenen günden daha fazla gün sonra yargılamaya geleceğini belirtmesi, davacının menfaatini zedelemiyorsa, ceza koşulu talebi nedeniyle açılacak davaya karşı *exceptio* ileri sürülmesine sebebiyet verirken; muacceliyet sonuçları da artık ortadan kalkmış olurdu. Keza *vadimonium*'da taahhüt edilen ceza koşulunun muacceliyetinden sonra, uyuşmazlık konusu üzerinde uzlaşılması, muaccel olan ceza koşulunun sonuçlarının ortadan kalktığını gösterirdi.

Roma hukukunda da başlangıçtaki imkansızlık, ahlaka aykırılık veya emredici hükümlere aykırılık, ceza koşulunun hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktaydı.

Başlangıçtaki imkansızlık ve ceza koşulunun hükümsüzlüğü konusunda, Romalı hukukçular *vadimonium* kapsamındaki örneklerle açıklamalarda bulunmuştu. Ölü bir kimsenin yargılamada hazır bulunacağı taahhüdü dolayısıyla yapılan ceza koşulu hükümsüz olduğu gibi, ölü bir kölenin karşı tarafa verilmesi ana borcuna bağlı ceza koşulu da, kölenin verilmesi taahhüdünün baştan imkansız olması nedeniyle hükümsüzdü. Ancak baştan imkansız olan bir şartla oluşan bağımsız ceza koşulunda, tarafların bu imkansızlığı baştan bildiği kabul edilir ve ceza koşulu hükümsüz sayılmazdı. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nden önceyse, *vadimonium*'da, davada tekrar hazır bulunacağını taahhüt eden kimse, kendisi için imkansız bir şeyin

verilmesini *poena* olarak taahhüt ederse, yorum yoluyla, davada hazır bulunmaya ilişkin taahhüdün geçerli olduğu sonucuna varılmıştı.

Ahlaka aykırılık ve ceza koşulunun hükümsüzlüğü konusundaysa, Romalı hukukçular aile hukukuyla ilgili örnekler üzerinde durmuştu. Bu kapsamda evlenmeye veya boşanmamaya zorlamak amacıyla taahhüt edilen ceza koşulu, ahlaka aykırı görülüp hükümsüz sayılmıştı. Buna karşılık, erkeğin zina yapmayacağına (*concupina*) ilişkin veya çeyizin (*dos*) geri verilmesiyle ilgili ceza koşulu taahhüt edilmesi, ahlaka aykırı görülmeyip geçerli kabul edilirdi.

Emredici hukuk kurallarına aykırılık ve ceza koşuluyla ilgili olarak da, en çok faiz sınırlarının ceza koşuluna uygulanması sonucunda, ceza koşulunun kısmi butlanını gerektiren kararlar verilmişti. İlk başta bilinmelidir ki, günümüzde hakim aşırı gördüğü ceza koşulunu indirmeye yetkili olsa da, Roma hukukunda hakimin böyle bir yetkisi yoktu. Taraflar, ceza koşulu miktarını aralarında serbestçe, diledikleri yükseklikte kararlaştırabilirdi. *Iustinianus* Dönemi'nde bir sözleşmeden kaynaklanan zarar, hiçbir şekilde sözleşme konusunun değerinin iki katını aşamayacağından, bu kuralın dolaylı olarak ceza koşuluna da uygulanması gerektiğinden bahsedilse bile, Roma hukukunda ceza koşulunun yüksekliğini doğrudan sınırlandıran tek kural, para borçları için kararlaştırılan ceza koşulunun yüksekliğiyle ilgiliydi. Zira para borçlarının zamanında yerine getirilmemesi nedeniyle ödenmesi gereken ceza koşulu, M.S. 3. yy.'daki ekonomik krize bağlı olarak, emredici hükümlerle belirlenen faiz sınırlarını aşamazdı. Böylece kanuna karşı hile yoluyla, emredici hükümlere aykırı olarak, faiz sınırlarını aşacak şekilde ceza koşulu kararlaştırılmasının da önüne geçilmiş oldu. *Iustinianus* Dönemi'ne kadar, deniz ödücü kapsamında kararlaştırılan faizler için, rizikonun yüksekliği nedeniyle herhangi bir faiz sınırlaması mevcut olmadığından, ceza koşulunun yüksekliğiyle ilgili de herhangi bir sınırlama mevcut değildi. *Iustinianus*

Dönemi'nde Hristiyanlığın etkisiyle, borçlu korunmuş ve deniz ödöncü kapsamında kararlaştırılan ceza koşulunun da, yıllık en yüksek faiz sınırı miktarına tabii olacağı kabul edilmişti.

Stipulatio poenae, *stipulatio* şeklinde taahhüt edilen ana borca eklendiğinde, bazen ana borç ve ceza koşulunu ödeme borcu yan yana bulunurdu. Yani ana borçtan kaynaklanan edim kararlaştırıldığı gibi yerine getirilmediğinde, alacaklı hem ana borcun yerine getirilmesi hem de ceza koşulunun talebi için dava açabileceği gibi, bu iki talepten birine de başvurabilirdi. Ancak bazen de *stipulatio* ile taahhüt edilen ana borca, *stipulatio poenae* eklendiğinde, bu ceza koşulu götürü tazminat fonksiyonunu yerine getiriyorsa, o zaman sadece ceza koşulu miktarının talebi nedeniyle, borçluya başvurulurdu. Yapmak (*facere*) borcunun taahhüt edilmesinden sonra, bu borcun yerine getirilmemesine bağlı olarak bir de *stipulatio poenae* kararlaştırılırsa, Romalı hukukçular ceza koşulunun götürü tazminat fonksiyonunu yerine getirdiğini ifade etmek için, alacaklının sadece *poena* miktarını talep edebileceğine karar vermişlerdi. Ancak *stipulatio poenae*, iyiniyet sözleşmesinden kaynaklanan borcun kararlaştırılan şekilde yerine getirilmesi için eklenmişse, *stipulatio poenae*'nin talebinden sonra arta kalan miktarın talebi için iyiniyet sözleşmesinden kaynaklanan davaya da başvurulabilirdi. Yani iyiniyet sözleşmesinden kaynaklanan borcun yerine getirilmemesinde ceza koşulunu aşan bir zarar mevcutsa, bu zararın ayrıca tazmin edilebilmesi de mümkündü. Bazen de iyiniyet sözleşmesinin içeriğinin, ona ek olarak yapılan *stipulatio poenae* ile yenilenip yenilenmediğine paralel olarak farklı sonuçlara ulaşılabilirdi. Eğer iyiniyet sözleşmesinden kaynaklanan bir borcun içeriği yenilenip, bir *stipulatio* borcu haline gelmişse, o halde iyiniyet sözleşmesinden kaynaklanan davaya başvurulamazken, sadece ana borcun kararlaştırılan şekilde yerine getirilmesi amacıyla bir *stipulatio poenae* yapılmışsa, iyiniyet sözleşmesinden kaynaklanan davaya da başvurulabilirdi.

Ceza koşulunun muaccel olması, alacaklı tarafından talep edilebilmesini sağlardı. Bağımsız (gerçek olmayan) ceza koşulunda, taraflar arasında sadece koşula bağlı *poena* borcu bulunduğundan, muacceliyetle birlikte sadece bu miktar talep edilebilirdi. Fakat gerçek ceza koşulunda, ana borçla ceza koşulunun ne şekilde bir ilişki içerisinde olduğu, tarafların bu ceza koşulunu kararlaştırmadaki amaçlarından ve o ceza koşulunun işlevinden çıkarılırdı. Bu kapsamda Roma hukukunda ceza koşulu muaccel olduktan sonra, alacaklının talebi, ceza koşulu kararlaştırılmasındaki amaca paralel olarak, esasen ya ana edimden ya da ceza koşulundan doğan miktarın talebine yönelik olmalıydı. Yani bu durumda, davalar seçimlik yarıştırdı. Fakat ceza koşulu, borcun gereği gibi veya kararlaştırılan zamanda yerine getirilmemesine yönelik kararlaştırılmışsa, istisnaen hem borçtan kaynaklanan edim hem de ceza koşulu miktarı talep edilebilirdi. Bu durumda da davalar, kümülatif şekilde yığılırdı. Ancak götürü tazminat olarak görülen durumlarda da, ana borçla, seçimlik veya kümülatif yarışma söz konusu olmazdı. Bu durumda da sadece *poena* miktarı talep edilebilirdi.

Taraflar, hem ceza koşulunun hem de ana edimin birlikte talep edilmesine karar vermiş olabilirdi. Bu anlaşma *pactum* ile olsa bile, Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren, anlaşmaların içeriğinin de *stipulatio*'ya dahil olduğu kabul edilirdi. Bazen de kararlaştırılan *poena* miktarının, ana borçtan kaynaklanan edime kıyasla daha az olması nedeniyle, her iki edimin kümülatif yarıştığına yorum yoluyla ulaşılırdı. Ancak edimin zamanında ifa edilmemesi gibi, edimin gereği gibi ifa edilmemesi halinde de, hem ceza koşulu hem de ana borçtan kaynaklanan edimin ifası talep edilebilirdi. Örneğin ifa zamanı belirli olan borçlarda veya alım satım sözleşmesi yapılırken kararlaştırılan yan yükümlülöklere aykırı davranış halinde, ana borçtan kaynaklanan edimle birlikte *poena* da talep edilebilirdi. Taraflar arasındaki bir duruma sürekli uyulması yönünde, basit bir anlaşma yapıldı, aksi hareketin ceza koşulunu gerektirdiği yönünde bir *stipulatio poenae* kararlaştırılmışsa, *exceptio pacti* ve *stipulatio poenae*

kümülatif şekilde yarıştırdı. Zira bu anlaşmadaki amaç, taraflar arasındaki durumun sürekli olarak korunması olduğundan, açılan davaya anlaşmaya aykırılık nedeniyle *exceptio pacti* ileri sürülebilirken; bir de ceza koşulu muaccel olduğu için, ceza koşulu miktarı da talep edilebilirdi. Bağımsız ceza koşulunun da oluşan diğer maddi zararlarla kümülatif bir şekilde yarıştığını gösteren tek ve yegane örnek, azatlıya bağışlanan arsaların azatlının azatlılarının da bu arsaları başka kimselere devretmeyeceği yönünde yapılmasıydı. Bu bağışlamaya aykırı davranış, hem bağımsız ceza koşulu talebine hem de maddi zararın talebine olanak sağlardı.

Ceza koşulu talebiyle ana borçtan kaynaklanan edimin birlikte talep edilebilmesine yönelik bir anlaşma yoksa veya işlemin içeriğinden de yorum yoluyla çıkarılamıyorsa, esas olarak bu talepler birbiriyle seçimlik olarak yarıştırdı. Eğer ceza koşulu, o sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini gibi görülüyorsa, *Labeo*'dan beri, muacceliyetle ana edimin bir şekilde yerine getirilmesinden sonra, ceza koşulu talebi nedeniyle açılan davanın haksızlık oluşturacağı bilinmekteydi. Bu nedenle her iki dava arasında seçimlik yarışmanın olması, ceza koşulunun tazminat işlevinden kaynaklanırdı. Bazen de taraflar arasında yapılan bir uzlaşma, *ius civile*'ye göre dava hakkı doğurmadığından, bu anlaşmaya aykırılık halinde bir miktar *poena*'nın ödeneceği kararlaştırılabilirdi. Ancak burada anlaşmaya aykırılık halinde *exceptio pacti* ve *stipulatio poenae*, seçimlik yarışma halinde bulunurdu. Eğer *exceptio pacti* ileri sürülmüşse, alacaklının *stipulatio poenae*'den doğan alacağından zımnen vazgeçtiği kabul edilirdi ve ceza koşulunun talebi nedeniyle dava açılamazdı. Bazen de başkasına ait olan bir malı satan kimse, miras yoluyla o malın gerçek maliki haline geldiğinde, alıcıya dava açarsa, yaptığı hileli davranış karşısında açılan davaya karşı *exceptio doli* ileri sürülebilirdi. Ancak mal, alıcının elinden alınmışsa, alıcı malın rahat zilyetliğini kaybettiği için, gerçek ceza koşulu niteliğindeki *stipulatio duplae* muaccel hale gelip talep edilebilirdi.

ÖZET

Roma hukukunda ceza koşulu (*stipulatio poenae*) başlıklı tezimizle, günümüz hukukunda sözleşmesel ilişkilerde sıkça başvurulmuş ceza koşulu kavramının hangi ihtiyaçla ortaya çıktığı ve ne şekilde gelişim gösterip, hangi alanlarda kullanıldığı açıklanmıştır. Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi için kararlaştırılan ceza koşuluna nazaran daha eski olan bağımsız ceza koşulu, Roma hukukunda ceza koşulunun ilk uygulamalarını oluştururdu. Bağımsız ceza koşuluyla, sözleşmeyle taahhüt edilemeyen bazı edimlerle elde edilmek istenen sonuca ulaşılabilirdi. Buna rağmen sonradan ceza koşulunun tazminat fonksiyonu kazanmasıyla, borcun hiç veya gereği gibi tazmin edilmemesi sonucunda alacaklının zararı önceden çoğunlukla bir miktar para olarak belirlenirdi. Bu nedenle kural olarak, muacceliyet sonrasında ana borçtan kaynaklanan edim talebiyle birlikte ceza koşulu talebi, birbiriyle seçimlik bir şekilde yarışırdı. Her iki talebin birlikte istenebilmesi ancak borcun belirlenen yer veya zamanda ya da borcun gereği gibi ifa edilmemesiyle söz konusu olurdu. Ancak Roma hukukunda ceza koşulunun, götürü tazminat olarak görüldüğü bazı durumlarda, sadece ceza koşulu miktarı talep edilirdi.

Roma hukukunda ceza koşulu çoğunlukla sözleşmelere eklendiği gibi, yargılama önünde bir kez daha hazır bulunulacağına ilişkin taahhütte, tahkimde, deniz öduncünde, zapta karşı tekeffülde de kararlaştırılırdı. Sözleşmesel sorumluluk ilkelerinin gelişimine paralel olarak, ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun kusuru aransa da, ceza koşulunun bazı kullanımlarında kusur aranmazdı. Vadesi belirli olan edimlerde ceza koşulu vadeyle birlikte muaccel olurken; vadesi belirli olmayan ceza koşullarında muacceliyet için Romalı hukukçular farklı görüşlere sahipti. Ceza koşulu başlangıçtaki imkansızlık veya ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüz olabilirken; hakim ceza koşulu

miktarına müdahalesi mümkün olmamakla birlikte, faiz sınırlarını aştığı müddetçe ceza koşulu da kısmi butlan hükümlerine tabi tutulurdu.



ABSTRACT

In our thesis with the title "penalty clause (*stipulatio poenae*) in Roman Law", we explained what kind of necessity led the emergence of the concept "penalty clause", which is referred frequently in the contractual relationships of today's legal system, and its pattern of developments and the areas in which it is used. Being comparatively older than the penalty clause which was issued against the debtor's act of never paying of the debt or not paying it in a proper way, the independent penalty clause constituted the first applications of penalty clause in Roman law. With the independent penalty clause it was possible to reach the result we would want to get with some acts that can not be guaranteed with a contract. Despite this, after the penalty clause gained the function of compensation, an amount of money used to be determined for the loss of the creditors as a result of not compensating the debt at all or as required. For this reason, as a rule, the demands of acts due to the principal debt and penalty clause competed each other for being selected after the maturity. Requesting both of the demands would be available only if the debt was not paid in the determined place or time and as required. However, in Roman law, only penalty clause amount was demanded in some situations in which the penalty clause was considered as a lump sum compensation.

In the Roman law while the penalty clause was added mostly to the contracts, it was also issued in the commitment to be ready before the judge, in arbitration, maritime lien and quiet enjoyment. In parallel with the development of the principles of contractual liability, even if the fault of debtor was sought for the maturity of the penalty clause, fault was not sought in some uses of the penalty clause. The penalty clause becomes due and payable with the end of the maturity term for the act that are determined with a maturity term, Roman lawyers had different opinions about the maturity for the penalty clauses that are not determined with a maturity term. While the penalty clause was void because the impossibility or immorality at the beginning, it was

impossible for the judge to intervene in the amount of the penalty clause and the penalty clause kept subject to provisions of provisional nullity if it exceeds the limits of interest.

