

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

ROMA HUKUKUNDA
TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ (KARZ AKDİ-
***MUTUUM*)**

Ali Selkor ATAK

Danışman
Doç. Dr. Gökçe TÜRKOĞLU

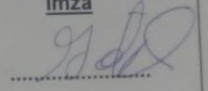
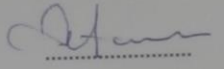
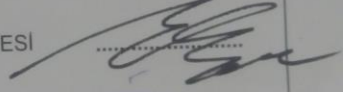
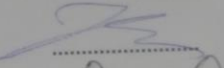
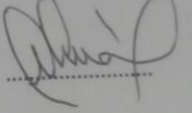
İZMİR - 2015

TEZ ONAY SAYFASI

DOKTORA TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi 2004800279
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Ali Selkor ATAK
Tez Başlığı : Roma Hukukunda Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz-Mutuum)
Savunma Tarihi : 09.09.2014
Danışmanı : Doç.Dr.Halide Gökçe TÜRKÖĞLU

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Unvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Doç.Dr.Halide Gökçe TÜRKÖĞLU	YAŞAR ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Ayşe HAVUTÇU	YAŞAR ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Oruç Hami ŞENER	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Yrd.Doç.Dr.İrem KARAKOÇ	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Nadi GÜNAL	ANKARA ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği 
Oy Çokluğu ()

Ali Selkor ATAK tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Roma Hukukunda Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz-Mutuum)" başlıklı tezi kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum “**Roma Hukukunda Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum)**” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

...../...../.....

Ali Selkor ATA

İmza

ÖZET
Doktora Tezi
Roma Hukukunda Tüketim Öduncü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum)
Ali Selkor ATAİK

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı
Doktora Tezi

Çalışma konumuzu oluşturan *mutuum*, Roma’da günümüzdeki tüketim öduncü sözleşmesine karşılık gelen sözleşmedir. Günümüz hukukundaki pek çok kavram ve kurumda olduğu gibi tüketim öduncü sözleşmesi üzerinde de Roma Hukukunun önemli etkileri görülmektedir. Roma Hukukunda *mutuum* real sözleşme niteliği taşımakta idi, yani sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların tüketim öduncü sözleşmesi yapmak üzerinde anlaşmaları yanında ödünç konusu paranın veya diğer mislî malın mülkiyetinin ödünç alana devredilmesi de gerekmekteydi. Günümüz hukukunda ise tüketim öduncü sözleşmesi rızâî bir sözleşmedir, sözleşmenin kurulmuş sayılması için tarafların anlaşması yeterlidir. Sözleşmenin tanımında görülen benzerlik, sözleşmenin kural olarak faizsiz olması gibi özellikler ise Roma Hukukundan bugüne taşınmış özelliklerdir.

Ödünç sözleşmesi İtalya, Fransa, Hollanda gibi ülkelerde halen real sözleşme olarak düzenlenmişken, ülkemizde, İsviçre, Almanya ve Avusturya’da ise rızâî sözleşme niteliği taşımaktadır. Özellikle *mutuum*’un yapısında tarihsel süreç içerisinde meydana gelen değişimin incelenmesi, bu konuda günümüz hukukunda farklı ülkelerdeki farklı yaklaşımların anlaşılmasında yararlı olacaktır.

Dört bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde *mutuum* kavramına, kavramın kökenine ve bu sözleşmenin ne şekilde ortaya çıkmış

olabileceğine yönelik görüşlere ve tartışmalı bir konu olan *nexum*'a değinilmiştir.

İkinci bölümde *mutuum*'un unsurları, Roma sözleşmeler sistemindeki yeri, taşıdığı diğer özellikler ve amacı ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde *mutuum*'un özel türleri incelendikten sonra son bölümde Roma Hukukunda uygulanmış farklı yargılama usullerinde *mutuum* için tanınmış hukukî korumalara değinilerek konu Roma Usul hukuku bakımından da değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Mutuum*, *Nexum*, Tüketim Ödücü Sözleşmesi, Real Sözleşme, *Condictio*.

ABSTRACT
Doctoral Thesis
Loan of Consumption in Roman Law (*Mutuum*)
Ali Selkor ATAİK

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law Program

The Roman term for the loan for consumption was *mutuum*. The remarkable effects of *mutuum* and Roman Law can be seen on the regulations of modern legal systems. *Mutuum* was a real contract, i. e. the transfer of the money or the other fungibles was necessary in order to create the obligation to return an equal sum. In modern Turkish law loan for consumption is a consensual contract, i. e. nothing more is necessary for its formation than the agreement, no matter how expressed, of the parties. The definition of loan for consumption comes from the Roman law. The loan for consumption is a unilateral contract as a rule, and this feature of the contract takes its roots from the ancient *mutuum*.

Loan for consumption is still a real contract in some countries like France, Italy and Holland, on the other hand it is a consensual contract in Turkey, Switzerland, Germany and Austria. To examine the historical development of *mutuum* will be helpful to understand these different regulations in different countries.

The study consists of four parts. In the first part the concept of *mutuum*, the origin of this concept, the different views about the emergence of this contract and the much disputed *nexum* have been approached.

In the second part the elements of *mutuum*, the position of *mutuum* in the Roman contractual system, the features and the purpose of *mutuum* have been discussed.

The special types of *mutuum* have been treated in the third part. In the fourth and the last part the different legal remedies for *mutuum* have been covered.

Keywords: *Mutuum*, *Nexum*, Loan for Consumption, Real Contract, *Condictio*

**ROMA HUKUKUNDA TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ (KARZ AKDİ-
MUTUUM)**

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTARCT	iv
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

**TERMİNOLOJİ, ROMA HUKUKUNDA *MUTUUM* KAVRAMI,
MUTUUM KELİMESİNİN KÖKENİ VE TARİHİ GELİŞİMİ**

I. TERMİNOLOJİ VE KAVRAM	4
A. Terminoloji	4
B. Kavram	7
II. <i>MUTUUM</i> KELİMESİNİN KÖKENİ	14
III. <i>MUTUUM</i> 'UN ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHİ GELİŞİMİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER	19
A. <i>Mutuum</i> 'un Ortaya Çıkışına İlişkin Görüşler ile <i>Mutuum</i> İçin Tanınmış Hukukî Korumalar Arasındaki Bağlantı	19
B. <i>Mutuum</i> ve Bağışlama ile Bağlantısı	20
C. <i>Nexum</i> ve Ödünç İlişkilerindeki Yeri	28
1. <i>Nexum</i> 'a İlişkin Ön Açıklamalar	28
2. <i>Nexum</i>	31
a. <i>Nexum</i> 'a İlişkin Kaynaklar ve <i>Nexum</i> Kavramı	31
b. <i>Nexum</i> ve <i>Mutuum</i>	41

İKİNCİ BÖLÜM
MUTUUM'UN UNSURLARI, ROMA SÖZLEŞMELER SİSTEMİNDEKİ
YERİ, TAŞIDIĞI DİĞER ÖZELLİKLER VE AMACI

I. <i>MUTUUM</i> 'UN UNSURLARI	46
A. Taraflar Arasındaki Anlaşma (<i>Consensus</i>)	46
B. Ödünç Konusu Olan Eşyanın Mülkiyetinin Ödünç Alana Doğrudan Devredilmesi Zorunluluğu (<i>Datio</i>)	55
1. Genel Kural	55
2. Ödünç Sözleşmesinin Temsil Yoluyla Kurulması	59
3. Ödünç Sözleşmesinin Ödünç Konusunun Doğrudan Teslim Edilmeden Kurulduğu Diğer Durumlar	62
a. Ödünç Konusunun Ödünç Sözleşmesinin Kurulmasından Önce Ödünç Alanda Bulunması Durumu	62
b. Ödünç Sözleşmesinin Havale Yoluyla Kurulması (<i>Anweisungsdarlehen</i>)	66
c. Roma Hukukçuları Arasında Farklı Görüşlerin Bulunduğu Örnekler	72
(1) Mevcut Bir Borcun Tarafların Anlaşmasıyla Ödünç Borcuna Dönüştürülmesi (<i>Mutabakat Öduncü - Vereinbarungsdarlehen</i>)	73
(i) <i>Africanus D.17.1.34.pr (8 quaest.)</i>	75
(ii) <i>Iulianus/Africanus</i> ve <i>Ulpianus</i> Arasındaki Görüş Ayrılığı	80
(2) Bir Şeyin Değerinin Tahminî Olarak Takdir Edilerek Ödünç Konusu Olması için Verilmesi	85
(3) <i>Contractus Mohatrae</i> (Bir Şeyin Satılması ve Satış Sonunda Elde Edilecek Bedelin Ödünç Olarak Kabul Edilmesi için Ödünç İsteyene Verilmesi)	88
C. Ödünç Konusu Eşyanın Mülkiyetinin Ödünç Verene Ait Olması ve Ödünç Veren Eşya Üzerinde Tasarruf Yetkisinin Bulunması	99
D. Ödünç Alanın Ödünç Konusu Olan Eşyanın Mülkiyetini Kazanması	103

E. Ödünç Verilen Şeyin Mislî Eşya Niteliğini Taşımaları	105
II. <i>MUTUUM</i> 'UN ROMA SÖZLEŞMELER SİSTEMİNDEKİ YERİ, TAŞIDIĞI ÖZELLİKLER VE AMACI	108
A. Roma Hukukunda Sözleşmeler Sistemi ve <i>Mutuum</i> 'un Bu Sistemdeki Yeri	108
B. <i>Mutuum</i> 'un Taşdığı Özellikler ve Amacı	116
1. Tek Tarafa Borç Yükleyen Karşılıksız Bir Sözleşme Olması	116
a. <i>Mutuum</i> 'da Faiz ve <i>Stipulatio</i>	120
b. Roma'da Cumhuriyet Dönemindeki Faiz Politikaları	124
c. Cumhuriyet Dönemi'nin Sonundan <i>Iustinianus</i> Dönemine Kadar En Yüksek Faiz Oranları	127
2. <i>Mutuum</i> 'un Amacı	131

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUTUUM'UN ÖZEL TÜRLERİ

I. AİLE EVLÂTLARINA VERİLEN ÖDÜNÇLER VE <i>SENATUS CONSULTUM MACEDONIANUM</i>	134
A. <i>Senatus Consultum Macedonianum</i> Hakkında Ön Açıklamalar	134
B. <i>Senatus Consultum Macedonianum</i> 'un Çıkarıldığı Tarih	134
C. <i>Theophilus</i> 'un Metni ve <i>Senatus Consultum Macedonianum</i> 'un Amacı	137
D. <i>Senatus Consultum Macedonianum</i> 'un Metni ve Roma Hukukundaki Uygulaması	143
II. DENİZ ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ (<i>FENUS NAUTICUM</i>)	165
A. Deniz Sigortasının Bir Türü Olarak <i>Fenus Nauticum</i> (veya <i>Pecunia Traiecticia</i>)	165
B. Yunan Örf ve Âdet Kuralları ve Bunların Romalılardaki Uygulaması	170

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA UYGULANMIŞ FARKLI YARGILAMA USULLERİNDE *MUTUUM* İÇİN TANINMIŞ HUKUKÎ KORUMALAR

I. ROMA YARGILAMA USULÜNE İLİŞKİN ÖN AÇIKLAMALAR	176
II. <i>LEGIS ACTIO</i> USULÜNÜN UYGULANDIĞI DÖNEMDEKİ DURUM	177
A. <i>Legis Actio Per Condictioem</i> 'in Getirilmesinden Önceki Durum	178
1. <i>Mutuum</i> ile Birlikte Bir <i>Stipulatio</i> 'nun da Yapılmış Olması Durumunda Tanınan Hukukî Korumalara İlişkin Görüşler	179
2. <i>Stipulatio</i> Yapılmadan Verilen Ödünçler (<i>Stipulatio</i> 'suz <i>Mutuum</i>) İçin Tanınan Hukukî Korumalara İlişkin Görüşler	181
B. <i>Lex Silia</i> ve <i>Lex Calpurnia</i> ile Getirilen Yeni Dava: <i>Legis Actio Per Condictioem</i>	185
1. <i>Legis Actio Per Condictioem</i> 'in Getirilme Sebebi	188
2. <i>Legis Actio Per Condictioem</i> 'in Özellikleri	192
3. <i>Legis Actio Per Condictioem</i> 'in Kapsamı ve Uygulama Alanı	195
4. <i>Legis Actio Per Condictioem</i> ile Diğer <i>Legis Actio</i> Türleri Arasındaki İlişki	196
5. Alacaklı ve Borçlu Arasındaki Menfaat Dengesi Açısından <i>Legis Actio Per Condictioem</i>	199
C. <i>Lex Aebutia</i> ve <i>Legis Actio Per Condictioem</i> 'e Etkisi	200
1. <i>Lex Aebutia</i> ve <i>Formula</i> Usulünün Getirilmesindeki Rolü	200
2. <i>Lex Aebutia</i> ile Getirilen Yeniliğin Kapsamı ve <i>Formula</i> Usulü ile <i>Legis Actio</i> Usulünün Seçimlik Olarak Uygulanıp Uygulanmayacağı	204
III. <i>FORMULA</i> USULÜNÜN UYGULANDIĞI DÖNEMDEKİ DURUM	
A. <i>Legis Actio Per Condictioem</i> ve <i>Condictio</i> Arasındaki	

Bağlantı	208
B. <i>Formula</i> Usulünde <i>Condictio</i> ve <i>Mutuum</i>	209
SONUÇ	213
KAYNAKÇA	217

KISALTMALAR

ABGB	: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
a.F.	: alte Fassung
Art.	: Article
aşa.	: aşağıda
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
Bd.	: Band
BGB¹⁹⁰⁰	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanununun 2002 Yılındaki Borçlar Hukuku Reformu Yasasından önceki hükümleri)
BGB²⁰⁰²	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanununun 2002 Yılındaki Borçlar Hukuku Reformu Yasasından sonraki hükümleri)
bkz.	: Bakınız
C.	: <i>Codex</i>
çev.	: çeviren
D.	: <i>Digesta</i>
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	: Dissertation
dn.	: dipnot
EBK	: 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu
ed.	: <i>Edictum</i>
Gai.	: <i>Gaius</i>
Gai. Inst.	: <i>Gai Institutiones</i>
H.	: Heft
HD.	: Hukuk Dairesi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
inst.	: <i>Institutiones</i>
I.	: <i>Iustiniani Institutiones</i>
karş.	: karşılaştırınız
m.	: madde

M.Ö.	: Milattan önce
M.S.	: Milattan sonra
n.F	: neue Fassung
Nr.	: Nummer
<i>Paul.</i>	: <i>Paulus</i>
<i>quaest.</i>	: <i>Quaestiones</i>
s.	: sayfa
S.	: Sayı
<i>sent.</i>	: <i>Sententiae</i>
Suppl.	: Supplementband
TBK	: 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu
<i>Ulp.</i>	: <i>Ulpianus</i>
yuk.	: yukarıda

GİRİŞ

Roma Hukukunda *mutuum* olarak adlandırılmış olan ödünç sözleşmesi, komşular ve dostlar arasındaki ilişkilerde çok önemli bir rol oynamaktadır. Hatta ödünç sözleşmesi en eski çağlardan beri ticarî hayatta da alım satım sözleşmesi ile birlikte en önemli yere sahip sözleşme olarak görülmektedir. Gerçi ticarî hayattaki ödünçlerin *mutuum*'dan çok *stipulatio*¹ yoluyla akdedildiğini savunanlar da vardır fakat bu iddianın doğru olduğu kabul edilse bile bu durum *mutuum*'un taşıdığı önemi yine de ortadan kaldırmayacaktır. Roma Hukukunda *mutuum*'un geçerli olarak kurulabilmesi için, günümüz terminolojisiyle ifade edilecek olursa, sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterli değildi. Bunun yanı sıra, bazı istisnaî ve tartışmalı durumlar dışında, ödünç konusunun mülkiyetinin ödünç alana devredilmesi de zorunlu idi ve *mutuum* real (teslimli) sözleşme niteliği taşımaktaydı. Roma Hukukunda ödünç para veren bir kişi eğer faiz de almak isterse, yalnızca *mutuum*'un yapılması yeterli olmazdı, faiz için ödünç alandan bir *stipulatio* ile taahhüt alınması gerekirdi. İlk bakışta ticarî hayatın gereklerine çok da uygun gibi görünmeyen ve faizi kapsamı dışında bırakan böyle bir sözleşmenin uzun süre varlığını muhafaza etmesi, hatta bazı ülkelerde yakın bir zamana kadar² bazı ülkelerde ise halen³ real sözleşme niteliğini koruması dikkate değerdir. Çalışma konusu olarak *mutuum*'u seçmemizin nedeni Roma Hukukundan günümüze önemini ve bazı özelliklerini halen muhafaza eden ve ticarî hayatın temel işlemlerinden olan bu sözleşme hakkında Türkçe Roma Hukuku literatüründe sözleşmeyi bütünüyle ele

¹ *Stipulatio*: Eski hukuk döneminden beri, sözlü şekle tâbi, tek tarafa borç yükleyen, dar hukuk davaları doğuran ve Roma Hukukunun borç doğurucu genel sözleşme tipi. Taraflardan birisinin belli kelimeler kullanarak sorduğu soruya, diğer tarafın aynı kelime ile kayıtsız ve şartsız olarak muvafakat cevabı vermesiyle oluşurdu, bkz. Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügati**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, (Lügat), s. 202.

² Avusturya Medenî Kanununda tüketim ödünçü 2010 yılına kadar real sözleşme olarak kabul edilmişken, 11.06.2010 tarihinde yürürlüğe giren Ödünç ve Kredi Hukukunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla (Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz) yapılan değişiklikten sonra rızai sözleşme olarak düzenlenmiştir (ABGB § 983), bu konuda bkz. Peter Apathy, Georg Klingenberg, Martin Pennitz, **Einführung in das römische Recht**, 5. verbesserte und ergänzte Auflage, Böhlau Verlag, Wien, Köln, Weimar, 2012, s. 158.

³ Bkz. İtalyan Medenî Kanunu (Codice Civile) md. 1813; Fransız Medenî Kanunu (Code Civil) md. 1892; Hollanda Medenî Kanunu (Burgerlijk Wetboek) md. 1791; Fransız ve Hollanda Medenî Kanunlarındaki ödünçle ilgili söz konusu hükümlere ilişkin olarak bkz. Willem Zwolve, "The Past and Future of 'Mutuum' ", **The Past and Future of Money, Proceedings of the Leiden Congress, celebrating the ninth lustrum of the Society for the Advancement of the Study of Roman Law and European Legal History 'Philips van Leyden', Leiden, August 31st and September 1st, 2006**, Editors W. J. Zwolve & E. Koops, Boom Juridische uitgevers, The Hague, 2008, s. 18.

alan bir çalışmanın henüz yapılmamış olmasıdır. Çalışmanın amacı ise *mutuum*'un hangi özelliklerini günümüze kadar taşıyabildiği hangi özelliklerinin ise daha Roma Hukuku döneminden başlayarak değişime uğradığını tespit ederek bu değişimlerin muhtemel sebepleri ile müessesenin tarihî gelişimini ve bu tarihî gelişimin günümüze kadar olan etkilerini ana hatlarıyla ortaya koymaya çalışmaktır.

Ödünç işleminin en eski uygulamalarının ne şekilde olduğu doktrinde hâlâ tartışmalara sebep olan ve tam olarak aydınlatılamamış bir konudur. Özellikle hukukî niteliği, yapısı ve etkileri tartışmalı olan ancak doktrinde büyük çoğunluğun maden külçesi ve terazi ile verilen bir ödünç olduğunu kabul ettiği *nexum* ve *nexum* ile *mutuum* arasındaki ilişki hakkında ileri sürülmüş çok sayıda teori vardır. Hakkında doğrudan kaynakların bulunmaması ve nispeten erken sayılabilecek bir dönemden itibaren uygulanmasına son verilmiş olması nedeniyle kesin ve sağlıklı bir sonuca ulaşmanın neredeyse olanaksız olduğu çetrefilli bir konu olan *nexum*'a ilişkin bütün tartışmaların bu çalışma kapsamında ele alınması hem mümkün değildir hem de çalışmanın amacına uygun olmayacaktır. *Nexum*'un hukukî niteliği, yapılış şekli, etkileri gibi çok tartışmalı konulara değinmek yerine, doktrinde bazı yazarlarca ödünç ilişkisiyle bağlantısı tartışma konusu edilen bu işlemin *mutuum* ile bir bağlantısının olup olmadığı ve bağlantının varlığı kabul edilirse bunun ne şekilde olduğu ele alınmaya çalışılacaktır.

İnceleme konumuz olan *mutuum*, Roma Hukukunda para veya başka misli şeylerin mülkiyetinin ödünç alana devredilmesiyle kurulan real ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme idi. Tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilen *mutuum*, faiz için ayrıca bir *stipulatio* yapılmadığı müddetçe, faizi kapsamayan bir sözleşme türü olmasına rağmen özellikle ticarî ödünçlerde faizin taşıdığı özel önem dolayısıyla faiz konusu da çalışmamızın sınırlarının elverdiği kapsamda ele alınmaya çalışılacaktır. Bu yapılırken de tartışmalı olan faiz oranları, faiz yasakları ve deniz ödünçlerinde faiz gibi başlı başına ayrı araştırma konusu olabilecek hususlarda ayrıntılı açıklamalara ve tüm tartışmalara değinmek mümkün olamayacağı için hem kaynak hem de içerik bakımından konumuzun sınırları içinde kalmaya özen gösterilecektir.

Çalışmamızda bu sözleşmeyi özel hukuk ilişkileri çerçevesindeki boyutuyla ele alacağız. Bu nedenle özel kişiler ile şehirler arasında gerçekleşen ve daha ziyade

kamu hukukunu ilgilendiren ödünç işlemleri inceleme konumuz kapsamı dışında kalmaktadır.

Çalışmamızda esas olarak ödünç sözleşmesinin Roma Hukukunda gösterdiği özelliklerin incelenmesi amaçlanmış olduğu için sözleşmenin günümüz hukukunda taşıdığı niteliklere ayrıntılı olarak değinilmemiş, sözleşmenin tarihî süreç içinde gösterdiği değişim çerçevesinde Roma Hukukunda ve günümüzdeki uygulaması arasındaki benzerlik ve farkların vurgulanmasıyla yetinilmiştir.

Roma Hukukunda *mutuum* kavramını konu alan çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde *mutuum* kavramı, *mutuum* kelimesinin kökeni ve *mutuum*'un ortaya çıkışına ilişkin görüşler ele alınmıştır. Ödünç ilişkilerinin tarihinde önemli bir rol oynamış olması ihtimali bulunan *nexum* ile ilgili açıklamalara da bu bölüm altında yer verilmiştir.

İkinci bölümde, *mutuum*'un unsurları, Roma Hukukundaki sözleşmeler sistemi içindeki yeri ve tek tarafa borç yükleyen karşılıksız bir sözleşme olması gibi diğer özellikleri incelenmiştir. Bu bölümde ağırlıklı olarak *mutuum*'un unsurlarından yola çıkılarak sözleşmenin ilk dönemlerdeki uygulanasıyla bu uygulamada zamanla ortaya çıkan değişiklikler ve sözleşmenin hayatın ve ticaretin değişen koşullarına göre nasıl bir gelişim gösterdiğine değinilmiştir.

Üçüncü bölümde *mutuum*'un değişik görünüş biçimleri ele alınmıştır. Bu başlık altında ilk önce taşıdığı farklı özellikler ve önem dolayısıyla aile evlâtlarına verilen ödünçler incelenmiş daha sonra *mutuum* ile çok benzerliği olmasa bile ödünç ilişkileri çerçevesinde özel bir yere sahip olan deniz ödünçüne değinilmiştir.

Çalışmamızın son bölümünde Roma Hukukunda uygulanmış farklı yargılama usullerinde *mutuum* için tanınmış hukukî korumalara yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TERMİNOLOJİ, ROMA HUKUKUNDA *MUTUUM* KAVRAMI, *MUTUUM* KELİMESİNİN KÖKENİ VE TARİHİ GELİŞİMİ

I. TERMİNOLOJİ VE KAVRAM

A. Terminoloji

Roma Hukukunda *mutuum* kavramıyla ifade edilen hukukî ilişki için günümüz hukukunda kullanılan kanunî terim “tüketim ödöncü”dür. 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda, kanunun beşinci bölümünde “Ödünç sözleşmeleri” başlığı altında kullanım ödöncüne ilişkin hükümlerden (TBK md. 379-385) sonra tüketim ödöncüne ilişkin hükümlere (TBK md. 386-392) yer verildiği görölmektedir. Yeni Borçlar Kanununda “tüketim ödöncü” olarak adlandırılmış bu sözleşme için 22.04.1926 tarih ve 818 sayılı eski Borçlar Kanunumuzda kullanılmış olan terim “karz” (EBK md. 306 vd.) idi. Eski Borçlar Kanunumuzda kullanım ödöncü için ise “âriyet” (EBK md. 299 vd.) terimi yer almaktaydı. Çalışmamızda *mutuum* kelimesinin karşılığı olarak yeri geldikçe “karz” ve “tüketim ödöncü” terimlerine de yer vermekle birlikte ifade ve okuma kolaylığı açısından bu kavramlar yerine daha çok “ödünç” terimini kullanmayı tercih edeceğiz. Muhtelif Türkçe sözlüklerde ödünç kelimesinin hem âriyet hem de karz kelimelerinin karşılığı olarak kullanıldığı görölmektedir⁴. Ödünç kelimesinin hem kullanma hem de tüketim ödöncünü kapsayacak anlam taşıması yalnızca Türkçeye özgü bir durum değildir. İngilizcede de ödünç anlamındaki “loan” kelimesi hem tüketim hem de kullanım ödöncünü kapsamaktadır ve bu nedenle de bu iki müesseseyi birbirinden ayırmak için kullanım ödöncü için “loan for use”, tüketim

⁴ Mehmet D.Doğan, **Doğan Büyük Türkçe Sözlük**, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 20. Baskı,Pınar Yayınları, İstanbul, 2008, s. 88, s. 907; İlhan Ayverdi, **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul, 2005, Cilt: 1, s. 164, Cilt: 2, s. 1592; buna karşın her iki sözlükte de “ödünç” kelimesinin karşılığı olarak kelimenin açıklamasının yanısıra yalnızca “âriyet” kelimesine yer verilmiştir, bkz. Doğan, s. 1288; Ayverdi, Cilt: 3, s. 2417; Latince de ise gündelik kullanımda veya hukukçu olmayan yazarlar tarafından *mutuum*’un kullanım ödöncü (*commodatum*) anlamında da kullanıldığı görölmekle birlikte, hukuk dilinde bu iki ödünç türü için iki ayrı terim (*mutuum* ve *commodatum*) kullanılmaktaydı, bkz. Fritz Schulz, **Classical Roman Law**, Clarendon Press, Oxford, 1951, (CRL), s. 508 vd.; Hein Leopold Wilhelm Nelson und Ulrich Manthe, **Gai Institutiones III 88-181, Die Kontraktobligationen**, Text und Kommentar, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, s. 81 (Eser, bundan sonraki atıflarda “Nelson ve Manthe” şeklinde zikredilecektir).

ödücü için “*loan for consumption*” terimleri kullanılmaktadır⁵. Fransız Medenî Kanununda hem tüketim ödücü hem kullanım ödücü “ödücü” (“*prêt*”) başlığı altında düzenlenmektedir⁶. Bu kanunda ödücü anlamına gelen “*prêt*” terimi her iki tür ödücü için de “kullanım” (*usage- “prêt à usage”*) veya “tüketim” (*consommation-“prêt de consommation”*) ibareleri eklemek suretiyle kullanılmaktadır⁷. İsviçre Borçlar Kanununun Fransızca metninde, kullanım ödücü için “*prêt à usage*”, tüketim ödücü için “*prêt de consommation*” terimleri yer almaktadır⁸. Bu örneklerin ve yeni Borçlar Kanunundaki bölüm başlığının da gösterdiği gibi “ödücü” kelimesi iki sözleşmeyi de kapsayacak şekilde anlaşılabilir. Çalışmamızda “ödücü” kelimesini kullandığımız yerlerde işaret ettiğimiz sözleşme türü “kullanma ödücü” değil “tüketim ödücü” sözleşmesidir⁹.

⁵ *mutuum* ve *commodatum* karşılığında kullanılan bu terimler için bkz. William Warwick Buckland, **A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 1932, (Textbook), ss. 462, 470; Alan Watson, **The Evolution of Law**, The Johns Hopkins University Press, Oxford, 1985, (Evolution), ss. 147, 149; Barry Nicholas, **An Introduction to Roman Law**, with an introductory foreword, revised bibliography and glossary of Latin terms by Ernest Metzger, Oxford University Press, New York, 2008, s. 167; Frederick Pollock ve Frederic William Maitland, **History of English Law before the time of Edward I**, 2. Edition reissued with a new introduction and select bibliography by S.F.C. Milsom, Cilt: II, Cambridge University Press, Cambridge, 1968, s. 169 ve s. 186’da İngiliz Hukukunda da “*commodatum* = kullanma ödücü” ile “*mutuum* = tüketim ödücü” arasındaki farkın uzun bir süreç sonunda ortaya çıktığına işaret edilmektedir. Ayrıca aynı eser s. 170 dn. 1’de bu iki kavramın başlangıçta birbirinden ayrılmamış olmasının etkisinin İngilizcenin kullanımında halen görüldüğü ve İngilizcede bu iki kavram arasındaki farkı açıkça ortaya koyacak bir kelimenin olmadığı belirtilmektedir: “Ödücü alanlara kitap ve 2,5 şilin ödücü verdiğimizde, aynı kitapları geri almayı umarız ancak aynı 2,5 şilini değil; buna rağmen her iki durumda da bir ödücü (*loan*) vardır.”

⁶ Bu konuda bkz. Schulz, CRL, s. 508; Janez Kranjc, “Der Darlehensgegenstand in der europäischen Tradition: vertretbare oder verbrauchbare Sachen?”, **Orbis Iuris Romani (OIR), Journal of Ancient Law Studies**, Cilt: 10, 2005, s. 105.

⁷ Fransız Medenî Kanununun 1874. maddesinde, tüketim ödücünün yalnızca “ödücü” (“*prêt*”) olarak da adlandırılabilirliği belirtilmektedir.

⁸ İsviçre Borçlar Kanununun kullanım ödücü (md. 305) ve tüketim ödücü (md. 312) ile ilgili maddelerinin Fransızca metinleri için bkz. Hansjörg Peter, **Texte zum römischen und schweizerischen Obligationenrecht**, 3. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, Basel, Genf, 2011, s. 230; Alman Medenî Kanununda konusu para olan tüketim ödücü sözleşmesi için “*Darlehensvertrag*” (BGB²⁰⁰² § 488 vd.), konusu para dışında diğer misli eşya olan tüketim ödücü sözleşmesi için “*Sachdarlehensvertrag*” (BGB²⁰⁰² § 607 vd.), kullanım ödücü sözleşmesi için ise “*Leihe*” (BGB²⁰⁰² § 598 vd.) terimi kullanılmaktadır. Schulz, kanundaki bu terminolojinin Almancadaki yaygın kullanımla örtüşmediğini ve yerinde olmadığını, Almancada tüketim ödücünü (*mutuum*) ifade etmek için “*Leihe*” teriminin tercih edildiğini belirtmektedir, bkz. Schulz, CRL, s. 508; misli eşya ödüçleri için aynı yönde bkz. Rudolf Meyer-Pritzl, **Kommentar von § § 607-609 (Sachdarlehensvertrag), in Historisch-kritischer Kommentar zum BGB**, Bd. III, 1. Teilband, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013 s. 675 vd. (Eser, bundan sonraki atıflarda “HKK/Meyer-Pritzl § § 607-609” şeklinde zikredilecektir.).

⁹ Velidedeoğlu, Arapça kökenli olan “karz” terimini “ödücü” olarak Türkçeleştirmiş, yine Arapçadan dilimize geçen “âriyet” teriminin Türkçe karşılığı olarak “eğreti” kelimesini kullanmıştır, bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türkçeleştirilmiş Metinleriyle Birlikte Türk Kanunu Medenîsi ve Borçlar Kanunu**, Cilt II, Borçlar Kanunu, 3. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1979, ss. 745, 747;

Yukarıda da belirtildiği gibi Roma Hukukunda *mutuum*'un geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yanında, ödünç konusunun mülkiyetinin ödünç alana devredilmesi de gerekmektedir. Sözleşme olgusunun tamamlanması, borçlunun borç altına girmesi için sonradan iade edeceği bir şeyi (*res*) alacaklıdan almasını gerektiren bu tip sözleşmeler Türkçe Roma Hukuku literatüründe genellikle “aynî akıt”¹⁰ veya “aynî sözleşme”¹¹ olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte bu sözleşme grubunun “real (teslimli) sözleşme” olarak adlandırıldığı da görülmektedir¹². Bir aynî hakkın doğumunu veya naklini sağlamak için yapılan sözleşmelere aynî sözleşme denilmektedir¹³. Taşınır bir malın

Tahiroğlu da eserinin yeni Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önceki baskısında *mutuum* için “ödünç akdi” kavramını kullanmaktadır, bkz. Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2003, (Roma Borçlar Hukuku), s. 133; eserin yeni baskısında ise *mutuum* karşılığı olarak bölüm başlığında “Tüketim, Ödünç Akdi” kullanımı tercih edilmekle birlikte metin içinde genel olarak “ödünç” teriminin kullanıldığı görülmektedir, bkz. Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku, [1.07.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Düzenlenmiş Yeni Bası]**, Der Yayınları, İstanbul, 2012, (Borçlar Hukuku), s. 148 vd.; Erdoğan’ın eserinin yeni baskısında ilgili bölümde “karz”, “ödünç”, “tüketim ödünçü” kullanımlarının üçüne de yer verildiği; “karz” terimi tek başına kullanıldığında terimin yan tarafında parantez içinde “ödünç” terimine de yer verildiği [“karz (ödünç)”], “karz akdi” ifadesi kullanıldığında ise bu ifadenin yanında parantez içinde “tüketim ödünçü” teriminin kullanıldığı görülmektedir [“karz akdi (tüketim ödünçü)”], bkz. Belgin Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.07.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası**, Der Yayınları, İstanbul, 2012, (Borçlar Hukuku), s. 50 vd.; “ödünç” kelimesinin “kullanım ödünçü” anlamında kullanıldığı bir örnek için, bkz. Arzu Oğuz, “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan *Traditio*’nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditio*)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 47, Sayı 1-4, 1998, ss. 51, 78.

¹⁰ Bkz. Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, (Ders Notları), s. 336; Türkân Rado, **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, (Borçlar Hukuku), s. 47; Tahiroğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 148; Kadir Gürten, **Roma Hukukunda Kefalet Akdi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 22; Pervin Somer, **Roma Hukukunda İstisna Akdi [Locatio Conductio Operis]**, **Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı**, Derin Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 38; Diler Tamer, **Roma Hukuku Uygulamaları**, XII Levha, İstanbul, 2008, (Uygulamalar), s. 72; Başak Karaman, **Roma Hukukunda Rehin Akti**, Galtasaray Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 11.

¹¹ Bkz. Erkan Küçükgüngör, **Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 23, s. 24; Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 49.

¹² Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No.: 39, İzmir, 1993, s. 217 vd.; Necip Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, Cilt I, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 91, s. 96 vd.; Cengiz Koçhisarlıoğlu ve Özlem Söğütü Erişgin, **Roma Özel Hukuku Uygulamalı Çalışmaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 55.

¹³ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 46; Türk Hukukunda ödünç sözleşmesi rızai sözleşme niteliğinde borç doğuran bir sözleşmedir. Aynî sözleşmeler ise borçlanma işlemleri değil tasarruf işlemleridir ve aynî hakka etki yaptıkları için bu şekilde adlandırılmışlardır, bkz. Oğuzman ve Öz, s. 46, dn. 34; Roma Hukukunda *mutuum*, ödünç alanın aldığı miktardakiyle aynı miktar, cins ve kalitedeki para veya diğer misli malı iade etmeyi üstlendiği tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte, malın mülkiyetinin ödünç alana devredilmesi zorunluluğundan ötürü tasarruf işlemi niteliğindeki aynî sözleşmeyi de bünyesinde

mülkiyetinin bir kişiden diğerine devredilebilmesi için malın zilyetliğinin mülkiyeti devralacak kişiye geçirilmesinin yanı sıra tarafların mülkiyetin bir taraftan diğerine geçmesi konusunda da anlaşmış olmaları aranmaktadır ve işte bu anlaşma bir aynî sözleşmedir¹⁴. Taşınır mülkiyetinin devrinde, tarafların mülkiyeti devredilecek taşınırın zilyetliğinin, mülkiyetin devri amacıyla devredildiği yolundaki irade uyuşmaları¹⁵ için kullanılan terimin de aynî sözleşme olmasını göz önünde bulundurarak çalışmamızda *mutuum*'un teslimli sözleşmelerden olma özelliğini vurgulamak amacıyla “aynî sözleşme” yerine “real sözleşme” terimini kullanmayı tercih edeceğiz.

B. Kavram

Mutuum kavramına ilişkin olarak farklı kaynaklarda birbirine çok benzeyen tanımların yer aldığı görülmektedir¹⁶. Bu tanımların ikisi ünlü Klâsik Dönem Hukukçusu *Gaius*'un *Institutiones* ve *Res Cottidianae*¹⁷ adlı eserlerinde¹⁸ yer almaktayken, *Digesta*'da ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde de bunlara benzer açıklamalar ve tanımlar bulunmaktadır. *Gaius*, *Institutiones* adlı eserinde *mutuum*'u şöyle nitelendirmiştir¹⁹:

barındıran bir işlemdir. *Mutuum* günümüz hukukundan şu noktada ayrılmaktaydı ki, sözleşmenin kurulmuş sayılması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sıra ödünç konusunun mülkiyetinin ödünç alana devredilmesi de sözleşmenin kurulmuş sayılması için zorunluydu, yani *mutuum*'un kurulabilmesi için aynî hakka etki yapan tasarruf işleminin de gerçekleşmesi gerekiyordu ve bu tasarruf işlemi aynı zamanda *mutuum*'un kurucu unsuruydu, bkz. Sonja Heine, **Condictio sine datione, Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB**, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, ss. 48, 105; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 149.

¹⁴ Oğuzman ve Öz, s. 47.

¹⁵ Aynî sözleşmenin bu anlamda kullanımı ve konuyla ilgili örnek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 96; ayrıca bkz. Oğuzman ve Öz, s. 47.

¹⁶ Esasen kaynaklarda yer alan açıklamalarda *mutuum*'un tanımlanmasından ziyade sözleşme konusunun ve sözleşmenin özelliklerinin belirtildiği görülmekle birlikte, bu açıklamaların kavramın sınırlarının çizilip belirlenmesine hizmet etmesi karşısında tanım olarak nitelendirilmesi de mümkündür, nitekim Nelson ve Manthe, s. 81'de *Gaius*'un açıklamaları “tanım” (*Definition*) olarak adlandırılmıştır.

¹⁷ *Res Cottidianae*: *Gaius* tarafından yazılmış, gündelik hukuk konularından bahseden yedi kitaplık (*liber*) eserin adı. *Esere Aurea* (Altın sözler, kurallar) da denmektedir, bkz. Umur, Lügat, s. 183; Adolf Berger, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953, (EDRL), s. 677.

¹⁸ *Res Cottidianae*'nin asıl metni günümüze kadar gelmiş değildir ve söz konusu tanım bir *Digesta* parçasında (*D.44.7.1.2*) yer almaktadır.

¹⁹ Çalışmamızda *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinden yapılan alıntılarda başvurulan kaynaklar şunlardır: **Gaius Institutiones**, Borçlar Kısım, çev. Türkân Rado, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul,

Gai. Inst. 3. 90

“*Re contrahitur obligatio velut mutui datione <mutui autem datio> proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur...*”

“Şey ile (re) borç, örneğin ödünç verilmesiyle (*mutui datione*) kurulur; gerçek anlamda²⁰ ödünç verme genellikle para, şarap, zeytinyağı, buğday, bakır, gümüş ve altın gibi tartı, sayı ve (veya) ölçü ile belirlenen şeyler üzerinde olur; bu şeyleri ya sayarak ya ölçerek veya tartarak, alanın mülkiyetine geçsinler (alanın olsunlar) ve bize aynı şeyler değil fakat aynı cinsten şeyler iade edilsin diye veririz...”

Gaius’un *Res Cottidianae* adlı eserinde yaptığı diğer bir tanım şu şekildedir:

D.44.7.1.2²¹ (Gaius 2 aur.)

1953 (Eser bundan sonraki atıflarda “Rado, Gai. Inst.” şeklinde zikredilecektir); **The Institutes of Gaius, Part I: Text with Critical Notes and Translation**, Clarendon Press, Oxford, 1946, **Part II: Commentary** by Francis de Zulueta, Clarendon Press, Oxford, 1953, (Commentary); **Gai Institutiones III 88-181, Die Kontraktobligationen, Text und Kommentar** von Hein Leopold Wilhelm Nelson und Ulrich Manthe, Duncker & Humblot, Berlin, 1999; **Gaius Institutiones, Institutionen des Gaius**, herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Ulrich Manthe, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2004.

²⁰ Rado’nun çevirisinde yer almayan “gerçek anlamda” ifadesi *proprie* karşılığı olarak kullanılmıştır. Nelson ve Manthe’ye göre *mutuum* (tıpkı dilimizdeki “ödünç” gibi) konuşma dilinde genel anlamda “kullanım ödünçü”nü ifade etmek amacıyla da kullanılabilmekteydi ve bu nedenle *Gaius* *proprie* kelimesini ekleyerek burada, tipik, hukukî-teknik anlamda bir *mutuum*’dan bahsettiğini vurgulamak istemiştir, bkz. Nelson ve Manthe, s. 81; Kelly ise *Gaius*’un metninde *proprie* kelimesinin bulunmasını, *mutuum*’un bazı çevrelerde aynı cins ve miktarda malı iade etme yükümlülüğü yükleyen misli mal ödünçü anlamı dışında da kullanılmış olma olasılığını gösterdiği yönünde yorumlamak ve *mutuum*’un başka şekilde de ödenebilecek bir ödünçü ifade etmek için de kullanılmış olabileceğini belirtmektedir, fakat kendisinin de kabul ettiği gibi böyle bir kavrama yönelik hiçbir kanıt yoktur, bkz. John Maurice Kelly, “A Hypothesis on the Origin of *Mutuum*”, **The Irish Jurist**, 1970, s. 160.

²¹ Çalışmamızda *Digesta*’dan yapılan alıntılarda başvurulan kaynaklar şunlardır: Carl Eduard Otto, Bruno Schilling, Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, **Das Corpus Juris Civilis in’s Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter**, Verlag von Carl Focke, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig, 1839; Bd. II, Leipzig, 1831; Bd. IV, Bd. V, Leipzig, 1832; Alan Watson, **The Digest of Justinian**, Cilt: I-II, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998; Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler, **Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung**, auf der

“Re contrahitur obligatio mutui datione. mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis.”

“Şey ile (re) borç, ödünç verilmesiyle kurulur. Bunun yanında ödünç verme örneğin şarap, zeytinyağı, tahıl, para gibi tartı, sayı veya ölçü ile belirlenen şeylere ilişkindir, bu şeyleri alanın olsunlar ve daha sonra aynı cins ve nitelikten başka şeyleri geri alalım diye veririz.”

Iustinianus’un *Institutiones*’inde yer alan metin de *Gaius*’un yapmış olduğu tanımlara çok benzemektedir:

I.3.14.pr.

“Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. mutui autem obligatio in his rebus consistit quae pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro: quas res aut numerando aut metiendo aut adpendendo in hoc damus ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur...”

“Şey ile (re) borç, örneğin ödünç verilmesiyle (*mutui datio*) kurulur. Ödünç verme meselâ şarap, zeytinyağı, buğday, para, bakır, gümüş, altın gibi tartı, sayı ve ölçü ile belirlenen şeylere ilişkindir: bu şeyleri ya sayarak ya ölçerek veya tartarak, alanların olsunlar ve bize aynı şeyleri değil fakat aynı cins ve nitelikten başka şeyleri iade etsinler diye veririz...”²²

Gaius’un *Institutiones*’inin ilk cümlesindeki “*proprie*” ve “*fere*” (genellikle, mutaden) kelimelerinin *Res Cottidianae* ve *Iustinianus*’un *Institutiones*’inde bulunmadığı²³, bu kelimenin yerine cümlenin sonuna “*et qualitatis*” ifadesinin

Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, C.F. Müller juristischer Verlag, Bd. II (1-10), Heidelberg, 1995; Bd. III (11-20), Heidelberg 1999; Knütel, Kupisch, Seiler, Behrends, Bd. IV (21-27), Heidelberg, 2005.

²² *Iustinianus Institutiones*, çev. Ziya Umur, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 241 (Eser bundan sonraki atıflarda “Umur, Institutiones” şeklinde zikredilecektir).

²³ Kelly, s. 160.

eklendiği görülmektedir²⁴. Nelson/Manthe'ye göre *Gaius, Institutiones*'teki metinde (*Gai. Inst. 3. 90*) “*fere*” kelimesini kullanarak misli şeylerin özelliklerinin belirlenmesinde miktar (sayı, tartı veya ölçü) dışında başka ölçütlerin de göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamak istemiş, fakat bu ölçütlerin neler olduğuna değinmemiştir²⁵. *Gai. Inst. 3. 90*'da belirtilmemiş olsa da, ödünç verilen şeyin misliyle iade edilmesi zorunluluğu kapsamında bu misli olma özelliğinin tespit edilmesinde başvurulabilecek ölçütlerden biri *Digesta*'da yer alan bir metinde ifade edilmiştir. Bu metne göre ödünç verilen şeylerin iadesinde bu şeylerin sadece miktarının değil niteliğinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir²⁶:

D.12.1.3 (Pomponius 27 ad sab.)

“*Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aequae bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriore rem, quae ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intellegitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.*”

“Bir şeyi ödünç olarak veriysek, aynı cins ve kalitede şeylerin geri verileceğini kararlaştırmış olmasak da, borçlu aynı cinsten olsa da daha kötü olan bir şeyi geri veremez, örneğin yıllanmış şarap yerine yeni şarap veremez. Çünkü bir sözleşme yapılırken gerçekte ne kastedildiyse e—o kararlaştırılmış sayılmalıdır. Ancak buradaki durumda verilmiş olanla aynı cins ve kalitede olan şeylerin geri verilmek zorunda olduğu kabul edilmelidir.”

Gaius'un eserleri ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'indeki *mutuum*'a yönelik açıklamaların yanı sıra *Digesta*'da da *mutuum*'un içeriğine ilişkin metinler bulunmaktadır. *Digesta*'da yer alan ve *Paulus*'a ait olan metin şöyledir:

D.12.1.2.1 (Paulus 28 ad ed.)

²⁴ Nelson ve Manthe, s. 81 vd.

²⁵ Nelson ve Manthe, s. 81.

²⁶ Ayrıca bkz. Nelson ve Manthe, s. 81.

“*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire*²⁷, *quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie...*”

“Ödünç verilmesi tartı, sayı, ölçü ile belirlenen şeylere ilişkindir²⁸, çünkü borcun ifasında parça olarak taşıdıkları özellikleriyle değil bir cinse ait olmalarıyla vazife gören böyle şeylerin verilmesiyle alacaklı olabiliriz...”

Bu metinler göz önünde bulundurulduğunda *mutuum*, ödünç verenin belirli bir miktardaki paranın veya diğer mislî şeyin mülkiyetini ödünç alana karşılıksız olarak devrettiği, ödünç alanın da aldığı miktardaki parayı veya mislî eşya ödöncü söz konusu ise aldığıyla aynı tür, kalite ve miktardaki malı daha sonra iade etmeyi üstlendiği bir real sözleşme olarak tanımlanabilir²⁹.

²⁷ “*in creditum ire*” ifadesinin ne anlama geldiği açık değildir. Fakat diğer *Digesta* parçalarında geçen “*creditum*” terimiyle aynı anlama gelmediği kesindir. Önceki dönemlerde *in creditum ire*’nin bir *mutuum*’un kurulması anlamına geldiği savunulmaktaydı, bkz. bu yönde Christian Friedrich von Glück, **Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld**, Bd. 11, 2, Johann Jacob Palm, Erlangen, 1809, (Bd. 11, 2), s. 468, dn. 20; Carl Eduard Otto, Bruno Schilling, Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, **Das Corpus Juris Civilis in’s Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter**, Bd. II, Verlag von Carl Focke, Leipzig, 1831, s. 6, dn. 4; Philipp Eduard Huschke, **Die Lehre des Römischen Rechts vom Darlehn und den dazu gehörigen Materien**, Gebrüder Kröner, Stuttgart, 1881, (Darlehen), ss. 2, 4; günümüzde ise “*in creditum ire*” teriminin hem ödünç hem de ödünç konusu olmaya uygun şeylerin temlik edildiği ödünce benzeyen diğer işlemleri kapsadığı kabul edilmektedir, bu konuda bkz. Thomas Rüffner, **Vertertbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensura constant**, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, s. 36; Jung, “*in creditum ire*”nin “ödünç konusu üzerinde malik olma sıfatının kaybedilmesi ve bunun yerine yalnızca aynı cinsten şeylerin iadesini talep hakkı kazanılması” anlamına geldiğini ve bu ifadenin ödünç verme ile hiçbir ilgisinin bulunmadığını savunmaktadır. Jung’a göre bu ifade teknik bir terimdir ve hem *Paulus*’un metninde hem de geçtiği diğer metinlerde ödünçle ilgili olarak değil mislî bir şeyin temlik edilmesiyle bağlantılı olarak kullanılmıştır, bkz. Byoung-Ho Jung, **Darlehensvaluation im römischen Recht**, Wallstein Verlag, Göttingen, 2002, ss. 56, 63, 89.

²⁸ Nelson ve Manthe’ye göre, *Paulus*’un metnindeki bu cümle ile *Gaius*’un metnindeki cümle arasındaki benzerlik, söz konusu tanımın hukuk eğitiminde nesilden nesile aktarıldığını göstermektedir, bkz. Nelson ve Manthe, s. 81; benzer şekilde Rüffner, *Paulus*’un, bu açıklamaları daha eski bir örnekten aldığını belirtmekle birlikte doğrudan *Gaius*’tan almamış olduğunu ifade etmektedir, bkz. Rüffner, s. 42.

²⁹ Bkz. Louis Alexander, **Über die Formen der Darlehnsbegründung im römischen Recht**, Buchdruckerei von D. Straus, Heidelberg, 1908, s. 11; Paul Friedrich Girard, **Geschichte und System des römischen Rechtes**, çev. Robert von Mayr, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1908, s. 550; Schulz, CRL, s. 508; , Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, beşinci tab’ından çev. Ziya Umur, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1959, s. 411; Max Kaser, **Das römische Privatrecht, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, erster Abschnitt**, Verlag C. H. Beck, München, 1971, (RP I), s. 530; Paul Jörs, Wolfgang Kunkel, Leopold Wenger, Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly, Walter Selb, **Römisches Recht**, 4. Aufl., Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, 1987, s. 296 vd. (Eser bundan sonraki atıflarda yazarların eserin önsözünde öngördükleri şekle uygun olarak ilk önce Kunkel’in daha sonra eserin ilgili paragrafını yazmış olan yazarın ismi verilmek suretiyle [“Kunkel ve Honsell”, “Kunkel ve Mayer-Maly” veya “Kunkel ve Selb” şeklinde] zikredilecektir); Nikolaus Benke ve Franz-Stefan

Roma hukukçularının yapmış oldukları açıklamalar ve tanımlar doğrultusunda Roma Hukukunda *mutuum*'un geçerli bir şekilde kurulabilmesi için gereken unsurlar şu şekilde sıralanabilir³⁰:

a. Tarafların bir ödünç sözleşmesi yapmak hususunda karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri³¹ (*conventio*³² veya *consensus*³³), b. Ödünç konusunun mülkiyetinin ödünç alana doğrudan³⁴ devredilmesi³⁵ (*datio*³⁶), c. Ödünç konusunun mülkiyetinin

Meissel, **Übungsbuch zum römischen Schuldrecht**, Manz Verlag, Wien, 1992, s. 41; Koschaker ve Ayiter, s. 218; Benedikt Maurenbrecher, **Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht, dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen**, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern, 1995, s. 32 vd.; Umur, Ders Notları, s. 339; Herbert Hausmaninger ve Walter Selb, **Römisches Privatrecht**, 9. Aufl., Böhlau Verlag, Wien, Köln, Weimar 2001, s. 213; Rado, Borçlar Hukuku, s. 47; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 148; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 50; Barbara Lindenmann ve Christoph Kander, **Repetitorium Römisches Recht**, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2011, s. 130; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 158.

³⁰ Benke ve Meissel, s. 42.

³¹ Huschke, Darlehen, s. 25 vd.; Alexander, s. 18; Girard, s. 552; Hans Kreller, “*Mutuum*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE Suppl. VI)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1935, (*Mutuum*), s. 573; Fritz Schwind, **Römisches Recht, I. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes**, Springer Verlag, Wien, 1950, s. 300; Di Marzo, s. 412; Jung, s. 57; Rado, Borçlar Hukuku, s. 47; Heine, s. 47; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 158; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 149; HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 690; bu unsurun şöyle ifade edildiği de görülmektedir: “tarafların, temlik edilen değer için ödünç olarak verildiğine dair mutabakatları” (bkz. Lindenmann/Candera, s. 130) veya “temlikin amacının ödünç olarak kararlaştırılmış olması” (bkz. Hausmaninger ve Selb, s. 213).

³² *Conventio*: Karşılaşma anlamına gelen bu tabirle, iki iradenin mutabık olarak birleşmesi, yani “karşılıklı rıza” kastedilirdi, bkz. Umur, Lügat, s. 50; ayrıca bkz. ve karşı. Berger, EDRL, s. 415-416; D.2.14.1.3 (*Ulpianus lib. 4 ad ed.*) : “...ut eleganter dicat pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.” : “*Pedius*’un da çok yerinde olarak belirttiği gibi ister bir şeyle (*re*-şeyin verilmesiyle) ister sözle (*verbis*) kurulsun, bir *conventio* (mutabakat, irade uyuşması, uzlaşma) barındırmayan hiçbir sözleşme (*contractus*), hiçbir borç ilişkisi (*obligatio*) yoktur, çünkü sözle kurulan *stipulatio* bile, tarafların *consensus*’u (mutabakatı) yoksa hükümsüzdür.”.

³³ *Consensus*: Tarafların iradelerinin mutabık olarak birleşmesi, karşılıklı rıza. Aynı zamanda *conventio* ismiyle de anılan *consensus*, her sözleşmenin temelinde bulunmakla beraber, Roma Hukukunda, genellikle, her türlü sözleşmenin kurulması için yeterli olmaz, yani her anlaşma bir sözleşme olarak kabul edilmezdi. Yalnızca rızai sözleşmeler ve sonraki devirlerde *contractus* olarak kabul edilen bazı *pactum*’lar sırf karşılıklı rıza ile borç doğurabilmekte idiler, bkz. Umur, Lügat, s. 46.

³⁴ Önceleri ödünç konusunun mülkiyetinin doğrudan ödünç veren tarafından ödünç alana devredilmesi koşulu aranmaktayken, bu koşulun sonradan yumuşatıldığı ve mülkiyetin dolaylı yollardan başka biçimlerde kazanılmasıyla da ödünçün geçerli olarak meydana geldiği durumların zamanla kabul edildiği görülmektedir, bu konudaki açıklamalar ve ilgili örnekler için bkz. William Warwick Buckland, **The Main Institutions of Roman Private Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 1931, (*Institutions*), s. 263; Benke ve Meissel, s. 44; Lindenmann/Candera, s. 131; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 158 vd.; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 51; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 153 vd.; Max Kaser ve Rolf Knütel, **Römisches Privatrecht**, 20. überarbeitete und erweiterte Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2014, s. 231; konuyla ilgili ayrıntılı bilgiye ve örneklerle aşağıda ayrıca yer verilecektir.

³⁵ Huschke, Darlehen, s. 45; Alexander, s. 17; Girard, s. 554; Schwind, s. 300; Di Marzo, s. 412; Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, New York, 1996, s. 153; Umur, Ders Notları, s. 339; Rado, Borçlar Hukuku, s. 49; Lindenmann/Candera, s. 130; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, ss. 149, 150; HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 690.

ödünç verene ait olması³⁷ ve ödünç verenin devir ehliyetine sahip olması³⁸ d. Ödünç alanın ödünç konusunun mülkiyetini kazanması³⁹, e. Ödünç konusunun mislî eşya olması⁴⁰.

Roma Hukukundaki *mutuum*'un Türk Borçlar Kanunundaki karşılığı olan tüketim ödünç sözleşmesi⁴¹ ise kanunun 386. maddesinde şöyle tanımlanmıştır: “Tüketim ödünç sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.”⁴². Bu tanımdan da anlaşıldığı gibi Türk Borçlar Kanununda tüketim ödünç sözleşmesi Roma Hukukundakinden farklı olarak real değil rızâî sözleşme olarak düzenlenmiştir⁴³. Eski Borçlar Kanunumuzda da kaynak İsviçre Borçlar Kanunundaki⁴⁴ düzenleme esas alınarak karz sözleşmesi rızâî

³⁶ *Datio*: Bir malın mülkiyetinin başkasına devredilmesi veya bir kimseye başkasına ait bir mal üzerinde bir aynî hakkın tesis edilmesi. Borç yükleyen taahhütten farklı olarak bir malın mülkiyetinin derhal devredilmesi, bkz. Umur, Lügat, s. 54.

³⁷ Huschke, Darlehen, s. 28; Alexander, s. 19; Nikolaus Benke, “Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der ‘*locatio conductio irregularis*’“, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 104, 1987, s. 227; Umur, Ders Notları, s. 339; Rado, Borçlar Hukuku, s. 48; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 151.

³⁸ Huschke, Darlehen, s. 28; Alexander, s. 19; Kreller, *Mutuum*, s. 577; Umur, Ders Notları, s. 339; Rado, Borçlar Hukuku, s. 48; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 151.

³⁹ *D.12.1.2.2 (Paulus 28 ad ed.)*: “... si non faciat tuum, non nascitur obligatio.” : “... (benim olan) senin olmazsa, (ödünçten doğan) borç meydana gelmez.”; Huschke, Darlehen, s. 28, s. 57 vd.; Kreller, *Mutuum*, s. 573; Ulrich von Lübtow, **Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und Novation**, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, (Darlehen), s. 15; Benke, s. 227; Manfred Harder, “Zum Anweisungsdarlehen und Vereinbarungsdarlehen”, **Juristische Arbeitsblätter (JA)**, 1990, Heft 7, s. 166; Koschaker ve Ayiter, s. 218; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 50, dn. 96; Şahin Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku, 818 sayılı BK ve 6098 sayılı TBK ile Mukayeseli**, Sayram Yayınları, Konya, 2013, s. 92.

⁴⁰ *D.12.1.2.1 (Paulus 28 ad ed.)*; Huschke, Darlehen, s. 16; Alexander, s. 14; Kreller, *Mutuum*, s. 573; Zimmerman, s. 154; Jung, s. 54; Dietmar Schanbacher, Rezension zu “Byoung-Ho Jung: Darlehensvaluation im römischen Recht, Göttingen 2002”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 121, 2004, s. 616; Rado, Borçlar Hukuku, s. 47; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 150; Nicholas, ana metinde *mutuum*'un konusunun kullanılması tüketilmesi bağlı mallardan oluştuğunu ifade etmekteyken, aynı sayfadaki dipnotta *mutuum*'un genellikle mislî mal ödünç olarak nitelendirildiğini belirtmektedir, bkz. Nicholas, s. 167, dn. 4; Akıncı, karz sözleşmesine konu olan şeylerin, tüketilmek suretiyle kendisinden istifade edilen şeyler olduğunu ifade etmektedir, bkz. Akıncı, s. 92.

⁴¹ Doktrinde *mutuum*'un tüketim ödünç anlamına geldiği genel kabul görmekle birlikte Kelly, *mutuum* kelimesinin ve *mutuus*'un sıfat gibi kullanılan diğer biçimlerinin *Gaius*'un döneminde bile tüketim ödünç karşılığı olarak tamamen yerleşmediğini savunmaktadır, bkz. Kelly, s. 159.

⁴² Yeni Türk Borçlar Kanununda yer alan bu tanıma yönelik eleştiriler ve yeni tanımın eski Borçlar Kanunundaki tanımla karşılaştırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ekrem Kurt, **Tüketim Ödünç Sözleşmesi (Karz Akdi)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 68 vd.

⁴³ Umur, Ders Notları, s. 336; Rado, Borçlar Hukuku, s. 49; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 148; Mehmet Deniz Yener, **Kredi Açma Sözleşmesi**, XII Levha, İstanbul, 2008, s. 57; Akıncı, s. 93.

⁴⁴ İsviçre Borçlar Kanunundaki hükümde de tüketim ödünç sözleşmesinin rızâî nitelikte olduğu görülmektedir: İBK md. 312: “Ödünç sözleşmesiyle ödünç veren belirli miktarda paranın veya diğer mislî eşyanın mülkiyetini devretmeyi, ödünç alan ise aynı cinsten, miktarda ve kalitede şeyi geri

sözleşme olarak hükme bağlanmıştı⁴⁵. Fakat ödünç sözleşmesine konu olabilecek şeyler bakımından Eski Borçlar Kanunumuz ve İsviçre Borçlar Kanunu ile yeni Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemede bir farklılığın olduğu göze çarpmaktadır. İsviçre Borçlar Kanununda ve Eski Borçlar Kanunumuzda ödünç sözleşmesine konu olabilecek şeyler “misli şeyler” olarak ifade edilmişken, Borçlar Kanunumuzdaki yeni hükümde “misli şeyler” yerine “tüketilebilen şeyler” ifadesi kullanılmıştır⁴⁶.

II. MUTUUM KELİMESİNİN KÖKENİ

Roma’da ödünç sözleşmesinin kendine has pek çok özelliklerinden biri de ismidir⁴⁷. *Mutuum* kelimesinin “değiştirmek, mübadele etmek, değiş tokuş etmek, bir mal yerine başka bir mal vermek” anlamındaki “*mutare*” fiilinden türetildiği tahmin edilmektedir⁴⁸. Doktrinde *mutuum*’un kökeninde arkadaşlar ve akrabalar arasında

vermeyi üstlenir.”; Avusturya, Fransız ve İtalyan Medenî Kanunlarındaki durum için bkz. yuk. s. 1, dn. 2 ve 3.

⁴⁵ 818 sayılı EBK md. 306: “Karz, bir akitir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğer bir misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavî aynı neviden şeyleri geri vermekle mükellef olur.”

⁴⁶ Günümüz hukukunda Alman Medeni Kanununda misli mal ifadesini içeren hükümlerin tamamının yorumlanmasında zorluklarla karşılaşıldığı, misli mallar (tartı, ölçü ve sayı ile belirlenen mallar-*res, quae pondere numero mensura constant*) kategorisinin pratik öneminin azaldığı ve bu kavrama ihtiyaç kalmadığı yönündeki görüş için bkz. Rüffner, ss. 150, 152, 153; Avusturya Medenî Kanununda, 11.06.2010 tarihinde yürürlüğe giren Ödünç ve Kredi Hukukunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla (Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz) yapılan değişiklikten önceki ödünç sözleşmesine ilişkin hükümde de (ABGB § 983) “tüketilebilen şey” (*verbrauchbare Sachen*) ifadesi geçmekte idi. Bu ifadenin terminolojik olarak hatalı olduğu savunulmaktaydı, bu konuda bkz. Hans Kreller, **Römisches Recht, II, Grundlehre des gemeinen Rechts, Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht**, Springer Verlag, Wien, 1950; (Römisches Recht), s. 316-317; yeni Türk Borçlar Kanununda “misli şeyler” yerine “tüketilebilen şeyler” ifadesinin kullanılmasına yönelik eleştiriler için bkz. Kurt, s. 75, s. 318; Avusturya Medenî Kanunundaki yeni hükümde “tüketilebilen şeyler” ifadesi yerine “misli şeyler” (*vertretbare Sachen*) ifadesi kullanılmaktadır (ABGB § 983: “*Im Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darlehensgeber, dem Darlehensnehmer vertretbare Sachen mit der Bestimmung zu übergeben, dass der Darlehensnehmer über die Sachen nach seinem Belieben verfügen kann...*”); Fransız Medenî Kanununu md. 1892 (“*choses qui se consomment par l’usage*”) ve Hollanda Medenî Kanunu md. 1791’de (“*verbruikbare goederen*”) ise ödünç konusu olabilecek şeyler için misli şeyler yerine tüketilebilecek şeyleri işaret eden ifadeler kullanılmıştır, bkz. Rüffner, ss. 21, 100.

⁴⁷ Kelly, s. 156.

⁴⁸ bkz. Alois Walde ve B. Johann Hofmann, **Lateinisches etymologisches Wörterbuch**, Bd. II, 3. Aufl., Winter, Heidelberg, 1954, s. 137 vd.; Kreller, *Mutuum*, s. 572; Schulz, CRL, s. 508; Kaser, RP I, s. 170; von Lübtow, *Darlehen*, s. 15, dn. 5; Umur, *Institutiones*, s. 241, dn. 6; Zimmermann, s. 153; HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 686, dn. 85; Erkan Ildız, **Eski Çağ’da Bankacılık ve Bankerlik**, Türkiye Bankalar Birliği, İstanbul, 2013, s. 210; Türkçede kullanılan “ödünç” terimi “öde[mek]” fiilinden gelmektedir. Bu fiilin eski biçimi ise “ötemek”tir, dolayısıyla “ödünç”ün eski söylenişi de “ötünç” şeklindedir. “Ötemek (ödemek)” fiilinin kökünü oluşturan “öt (üt)” sözü “başkası, yabancı” anlamını içermektedir, “öte”, “ötede”, “öteki” sözcüklerindeki “öt” kökü “başkası” anlamına

dostluğa ve hatıra dayanan bir işlem olduğu⁴⁹ ve karşılıklı güven⁵⁰ duygusunun egemen olduğu ilişkilerde genellikle kısa vadeler için verildiği kabul edilmektedir⁵¹. *Mutuum*'un bir mübadeleyi, karşılıklı değişimi işaret eden kökeninin de bu karşılıklı dayanışma veya karşılıklılık düşüncesini vurguladığı belirtilmektedir⁵².

gelmektedir (bu konudaki açıklamalar için bkz. İsmet Zeki Eyüboğlu, **Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü**, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 2004, s. 523). Bu nedenle “ödemek/ötemek” eyleminde, “başkasına vermek, başka birine sunmak” anlamı saklıdır. Dilimizdeki “ödünç” kelimesinin köken olarak “mübadele, değişim” ile bir bağlantısı bulunmamakla birlikte “ödünç”ün Latince kullanılabilecek başka bir terimle olan benzerliği dikkat çekicidir. Roma Hukukunda, borç için kullanılan kelimenin “*aes alienum*” olduğu belirtilmektedir (bkz. D.50.16.213.1 (*Ulpianus 1 reg.*): “*“aes alienum” est, quod nos aliis debemus: “aes suum” est, quod alii nobis debent.*” : “*“aes alienum” bizim başkalarına borçlu olduğumuzdur, “aes suum” başkalarının bize borçlu olduğudur.*”; Francis de Zulueta, “The Recent Controversy about Nexum”, **The Law Quarterly Review (LQR)**, Cilt: 29, 1913, (Nexum), s. 137; Berger, EDRL, s. 355). “*Aes alienum*”un kelime anlamı ise “başkasının parası”dır. Roma’da “borç” anlamında kullanılmış olan “*aes alienum*” teriminde de tıpkı dilimizdeki “ödünç” kelimesinde olduğu gibi “bir başkasına ait olmak” veya “bir başkasına vermek” anlamı göze çarpmaktadır.

⁴⁹ Gustav Demelius, “Plautinische Studien: III. Consensual- und Real-Contracte”, **Zeitschrift für Rechtsgeschichte**, Bd. 2, 1863, s. 217; Immanuel Ernst Bekker, **Die Aktionen des römischen Privatrechts, Bd. I: Ius civile**, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1871, (Aktionen), s. 28 vd.; Otto Karlowa, **Der römische Zivilprozess zur Zeit der Legislationen**, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1872, (Legislationen), s. 39; William Hepburn Buckler, **The Origin and History of Contract in Roman Law Down to the End of the Republican Period**, C.J. Clay and Sons, Cambridge University Press, London, 1895, s. 180; Wolfgang Stintzing, **Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte: 1. Zur Geschichte der *condictio* und der *actio certae creditae pecuniae***, G. Fischer, Jena, 1901, (Condictio), s. 1 vd.; Ulrich von Lübtow, “Zum Nexumproblem”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 67, 1950, (Nexumproblem), s. 141; Herbert Felix Jolowicz, **Historical Introduction to the Study of Roman Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 1952, s. 565; Max Kaser, “*‘Mutuum’ und ‘Stipulatio’*”, in: Eranion in honorem G. S. Maridakis, Bd. I, P. & A. Klissionis Press, Athen, 1963, (Mutuum), s. 168, s. 180; von Lübtow, Darlehen, s. 15, dn. 5; Kaser, RP I, s. 170; Detlef Liebs, **Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1972, (Klagenkonkurrenz), s. 99; David Daube, “The Self-Understood in Legal History”, **Collected Studies in Roman Law**, zweiter Halbband, herausgegeben von David Cohen und Dieter Simon, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1991, (Self-Understood), s. 1280 vd.; eser Almanca olarak da basılmıştır, bkz. David Daube, “Das Selbstverständliche in der Rechtsgeschichte”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 98, 1973, s. 1 vd.; Watson, Evolution, s. 9 vd.; Max Weber, **Economy and Society, An Outline of Interpretive Sociology**, Edited by Günther Roth and Claus Wittich, Translated by Ephraim Fischhoff, Hans Gerth, A.M. Henderson, Ferdinand Kogler, C. Wright Mills, Talcott Parsons, Max Rheinstein, Günther Roth, Edward Shils, Claus Wittich University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London 1978, s. 361; Kunkel ve Honsell, s. 297; Fögen de hem *mutuum*'un hem de genel olarak Roma Hukukundaki bütün real sözleşmelerin hatırı ilişkilerine dayandığını savunmaktadır, bkz. Marie Theres Fögen, “Vom “Typenzwang” des römischen Rechts am Beispiel des Realvertrags”, **Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huweiler zum 65. Geburtstag**, Stämpfli Verlag, Bern, 2007, s. 254; *mutuum*'un kaynağını farklı açıklayan yazarlar da vardır, örneğin Kelly, *mutuum*'un trampadan doğduğunu ileri sürmektedir, bkz. Kelly, s. 156 vd.; buna karşılık MacCormack, *mutuum*'u bağışlama ile bağlantılandırmaktadır, bkz. Geoffrey MacCormack, “Gift, Debt, Obligation and the Real Contracts”, **LABEO-Rasegna di diritto romano**, Napoli, Cilt: 31, 1985, (Gift), s. 139 vd.

⁵⁰ Friedrich Carl von Savigny, **System des heutigen römischen Rechts**, Bd. V, Deit und Comp., Berlin, 1841, (Bd. V), s. 512 vd.; HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 686.

⁵¹ Demelius, s. 217; Kaser, Mutuum, ss. 168, 180, dn. 86; Kaser, RP I, ss. 170, 531.

⁵² Bekker kelimenin etimolojisinin karşılıklılığı vurguladığını ifade etmektedir, bkz. Bekker, Aktionen, s. 28; Kaser’e göre *mutuum* ismi bir şeyin verilip iade edilmesine (yani karşılıklılığa) işaret

Bu konuda klâsik dönemin Roma hukukçularından *Gaius*'un *mutuum*'u etimolojik olarak nasıl açıkladığına ve bu açıklamanın günümüzde nasıl değerlendirildiğine değinilmesi yerinde olacaktır. *Gaius* açıkça bu terimin açıklanmaya muhtaç olduğunu hissetmiş⁵³ ve öğrencilerine ödünç sözleşmesinin neden *mutuum* olarak adlandırıldığını şu şekilde açıklamıştır:

Gai. Inst. 3. 90

“unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.”

“Dolayısıyla buna “*mutuum*” deniyor, çünkü benim bu şekilde sana verdiğim, benim olmaktan çıkıp (*ex meo*) senin (*tuum*) oluyor.”

Bu metinden anlaşıldığı gibi, *Gaius*'a göre *mutuum*, “(*ex*) *meo-tuum*”dan (yani “benimkinden seninki(ne)”) türemiştir⁵⁴. Ancak günümüz doktrininde *Gaius*'un *mutuum*'un kökenini “(*ex*) *meo-tuum*”a dayandırması filolojik açıdan kabul edilmemekte⁵⁵ ve bunun ancak “sahte” veya “sözde” bir etimolojik açıklama (*pseudoetymologie*)⁵⁶ olarak nitelendirilebileceği ileri sürülerek *mutuum*'un “(*ex*) *meo tuum*”dan gelmediği kesin bir şekilde ifade edilmektedir⁵⁷. *Gaius*'un, *mutuum* kavramının “(*ex*) *meo tuum*”dan doğduğunu ileri sürmesinin sebebi ise bir görüşe göre ödünçün kurulması için ödünç verilecek şeyin mülkiyetinin ödünç alana devredilmesinin zorunlu olmasına dair hukukî ilkenin daha kolay hatırlanmasını

etmektedir, bkz. Kaser, RP I, s. 170; Kelly, ödünçün temelini karşılıklılık düşüncesinde yattığını düşünmekle birlikte bu karşılıklılığın yardım ve iyilik yapma duygusunda aranmaması gerektiğini ifade etmektedir. İşlemin karşılıklı olma niteliği de yardım veya iyiliğe değil malların değiş tokuş edilmesine dayanırdı, bkz. Kelly, s. 158; ayrıca bkz. Liebs, *Klagenkonkurrenz*, s. 99.

⁵³ Kelly, s. 156.

⁵⁴ *Paulus* da *mutuum*'un etimolojisiyle ilgili olarak *Gaius*'unkine benzer bir açıklama getirmiştir, bkz. *D.12.1.2.2 (Paulus 28 ad ed.)*: “*Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non faciat tuum, non nascitur obligatio.*” : “Ödünce *mutuum* (*mutui datio*) denir, çünkü benimki(nden) (*de meo*), seninki (*tuum*), olur. Bu nedenle (benim olan) senin olmazsa, (ödünçten doğan) borç meydana gelmez.”, aynı yönde bkz. *I.3.14.pr.*: “*...quas res aut numerando aut metiendo aut adpendendo in hoc damus ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatibus reddantur: unde etiam mutuum appellatum sit, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat.*”: “...bu şeyleri ya sayarak ya ölçerek veya tartarak, alanların olsunlar ve bize aynı şeyleri değil fakat aynı cins ve nitelikten başka şeyleri iade etsinler diye veririz: buna *mutuum* denmesi bu yüzdendir, zira tarafımızdan bir şey sana, benim olmaktan çıkıp (*ex meo*), senin olacak şekilde (*tuum*) verilmektedir.”

⁵⁵ Alexander, s. 17-18; Kreller, *Mutuum*, s. 572; Di Marzo, s. 412; Kelly, s. 156; Kaser, RP I, s.170, dn. 1; Umur, *Institutiones*, s. 241, dn. 6; Kunkel ve Honsell, s. 297, dn. 8; fakat karşı. Huschke, *Darlehen*, s. 1.

⁵⁶ von Lübtow, *Darlehen*, s. 15, s. 20; Harder, s. 166; Zimmermann, s. 153.

⁵⁷ Kreller, *Mutuum*, s. 572; Di Marzo, s. 412; Kelly, s. 156; Kaser, RP I, s. 531; Umur, *Institutiones*, s. 241, dn. 6; Kunkel ve Honsell, s. 297, dn. 8; Zimmermann, s. 153; HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 686.

sağlamak içindir⁵⁸. Karşı görüşteki von Lübtow’a göre ise her ne kadar esas itibariyle mutlak sayılmasa bile etimoloji Roma Hukukçularının kararlarında belirleyici bir faktör olarak kalmaya devam etmiştir ve “*ex meo tuum*” kesinlikle “etimolojik bir oyun”dan veya “hatırlatıcı” bir araçtan ibaret değildir⁵⁹. Kelly’ye göre *Gaius*, öğrencilerinin günlük konuşma dilinde *mutuus* (*mutua*, *mutuum*) kelimesini kullandıklarını ve bu kullanımda kelimenin “karşılıklı”, “mütekabil” anlamlarına geldiğini biliyordu. *Mutuum* hukukî anlamda kullanıldığında ise tek tarafa borç yükleyen (ödünç alanın geri verme borcu) ve usul hukuku bakımından da davası sebepsiz zenginleşme davalarına benzeyen *mutuum* ile öğrencilerin günlük dilde kullandıkları *mutuum* kavramları arasında bir uyumsuzluk olduğunu sezmişti. Öğrencilerin zihnini bu uyumsuzluktan kurtarmak için de bu sahte etimolojiye başvuruyordu⁶⁰.

Mutuum’un etimolojik kökeninin *ex meo tuum*’a dayandırılması M.Ö. 2. yüzyıla kadar gitmektedir⁶¹. O dönemde stoacı filozofların etkilediği dil bilimi, hukuk öğretisi üzerinde nüfuz kazanmıştı⁶². Bu stoacı dil biliminin belirleyici bir özelliği etimoloji öğretisiydi. Bu öğreti, kelimenin, nesnenin gerçekliğini yansıttığına ilişkin felsefî düşünceye dayanıyordu. Başka bir ifadeyle, bu felsefî düşünceye göre; kelimeler, nesnenin (έννοιας) gerçekliğini yansıtmaktadır⁶³. Kelime ve kelimenin sözlük anlamı arasında bir bağlantı tespit edilmeye çalışılırdı. Birden çok hecesi olan kelimelerde bu bağlantının kurulmasında, bu kelimeleri farklı ve birden fazla

⁵⁸ Örneğin Dernburg ve Sokolowski, *mutuum*’un *ex meo tuum*’dan türetildiğinin öğretilmesinin, hukukla uğraşan gençler için böyle etimolojik oyunlarla işlemin hukukî esaslarının daha kolay akılda tutulması açısından yararlı olduğu belirtilmektedir, bkz. Heinrich Dernburg ve Paul Sokolowski, **System des römischen Rechts, der Pandekten**, 8. Aufl., zweiter Teil, Verlag von H. M. Müller, Berlin, 1912, s. 727, dn. 3; aynı şekilde Niederländer, *de meo tuum fieri*’nin ödünçün kurulması için mülkiyetin el değiştirmesinin zorunlu olduğuna dair hukukî ilkenin daha kolay akılda tutulmasına yardımcı olan bir araçtan başka bir şey olmadığını ileri sürmektedir; bkz. Hubert Niederländer, “Die Entwicklung des *furtum* und seine etymologischen Ableitungen”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 67, 1950, s. 259; aynı yönde bkz. Kreller, *Mutuum*, s. 572; keza Windscheid ve Kipp de *mutuum*’un etimolojisinin *ex meo tuum*’a dayandırılmasının sadece etimolojik bir oyun (*etymologische Spilerei*) olduğundan bahsetmektedir, bkz. Bernhard Windscheid ve Theodor Kipp, **Lehrbuch des Pandektenrechts**, Bd. 2, 9. Aufl., Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1906, s. 570, dn. 4; ayrıca bkz. Schulz, CRL, s. 508.

⁵⁹ von Lübtow, Darlehen, s. 20, dn. 31.

⁶⁰ Kelly, s. 157.

⁶¹ von Lübtow, Darlehen, s. 19.

⁶² Fritz Schulz, **History of Roman Legal Science**, Clarendon Press, Oxford, 1946, (History), s. 67; Helmut Coing, “Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung”, **Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz**, Cilt: I, Jovene, Napoli, 1953, s. 373; von Lübtow, Darlehen, s. 19.

⁶³ Coing, s. 373; von Lübtow, Darlehen, s. 19.

kelimeden türetmek yoluna başvurulurdu⁶⁴. Bunun yanında harmoniden ve yazım şeklindeki benzerliklerden de yararlanılırdı⁶⁵. M.S. 2. yüzyılda *mutuum*’un zorunlu ve eşya hukukuna dair unsurları çoktan oluşmuştu ve hukukçular o zaman kelimenin yeni keşfedilmiş olan etimolojisini, memnuniyetle analizlerinin tasdiki olarak kabul ettiler⁶⁶.

Ödünç başlangıçta, ödünç konusunun doğrudan ödünç alana verilmesi (*datio*) olarak tasavvur edilmekteydi⁶⁷. Ödünce yönelik tasavvur aynı zamanda klâsik dönemde somut hukukî olaylarda varılan hükümlerin veya yargıların çıkış noktasını oluşturmaktadır: ödünç, ödünç verenin ödünç konusu şeyin mülkiyetini alana doğrudan vermesi olarak düşünülmekteydi⁶⁸. Ödünç, paranın alacaklı ve borçlu arasında dolaşımını (alacaklının elinden borçlunun eline geçmesini) sağlayan tipik bir araç olarak kullanılmaktaydı⁶⁹. Buna göre geç klâsik dönem hukukçusu olan *Paulus*’ta bile şöyle ifadelerle rastlanmaktadır:

D.12.1.2.3 (Paulus 28 ad ed.)

“...item *mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia...*”

“...Ayrıca, para (bir malvarlığından diğerine) geçmezse, ödünç kurulamaz...”

Mutuum, basitçe ifade etmek gerekirse *mutuus*, -a, -um sıfatının genelleştirilmiş eril ve dişil olmayan cinsiyetsiz hâlidir⁷⁰. Bunun kanıtı da Cumhuriyet Dönemi edebiyatında “ödünç” düşüncesinin, çoğunlukla para veya diğer mislî şeyleri niteleyen bu sıfatla ifade ediliyor olmasıdır. Bu metinlerde *mutuum* nadiren bir isim olarak kullanılmıştır⁷¹, hatta isim olarak kullanıldığı bile şüphelidir,

⁶⁴ Coing, s. 373.

⁶⁵ Coing, s. 373; von Lübtow, Darlehen, s. 20; *Labeo*’nun etimoloji ile ilgili yaklaşımı hakkında bkz. Alfred Pernice, **Marcus Antistius Labeo, Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit**, Bd. I, Max NieMeyer, Halle, 1873, (*Labeo I*), s. 27 vd.

⁶⁶ von Lübtow, Darlehen, s. 20.

⁶⁷ von Lübtow, Darlehen, s. 20.

⁶⁸ Alfred Pernice, “Parerga III-Zur Vertragslehre der römischen Juristen”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 9, 1888, (Vertragslehre), s. 237; Ernst Rabel, **Grundzüge des römischen Privatrechts**, 2. Aufl., Wissenschaftliche Buchgesellschaft E. V. , Darmstadt, 1955, s. 101; von Lübtow, Darlehen, s. 20.

⁶⁹ von Lübtow, Darlehen, s. 20.

⁷⁰ Kelly, s. 156; Liebs, Klagenkonkurrenz, s. 98.

⁷¹ Kelly, s. 156.

çünkü bazen metinde birkaç satır önce *argentum* (gümüş) kelimesi geçmektedir ve bu durumda da *mutuum* isim olarak değil sıfat olarak kullanılmış olabilir⁷². Sıfat olan “*mutuus*”un “ödünç olarak” anlamına gelecek şekilde kullanılması çarpıcıdır çünkü “*mutare*” kökünden gelen “*mutuus*”un temel anlamı “karşılıklı”, “değiş tokuş için verilen”⁷³ gibi görünmektedir, hatta günümüz İngilizcesinde de kullanılan bir sıfat olan “*mutual*” (karşılıklı) ile aynı anlamı taşıdığı söylenebilir⁷⁴.

III. *MUTUUM*’UN ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHİ GELİŞİMİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A. *Mutuum*’un Ortaya Çıkışına İlişkin Görüşler ile *Mutuum* İçin Tanınmış Hukukî Korumalar Arasındaki Bağlantı

Klâsik Dönem hukukçuları davacının sözleşmeden hangi haklarının doğduğuna odaklanmaktan çok davacıya hangi davanın tanındığı üzerinde durmuşlar ve böylece maddî hukuk ve usûl hukuku arasında çok sıkı bir bağ oluşmasına neden olmuşlardır⁷⁵. Başka bir ifadeyle Roma Hukukunda ancak bir dava (*actio*) ile hukukî koruma sağlanmış olan durumlarda hakkın varlığından söz edilebilirdi, hak sahibi olan kişi davası olan kişiydi⁷⁶. Başvurulacak kanun yolu aynı zamanda maddi hukuk

⁷² Kelly, s. 156; *mutuum*’un, tıpkı *nexum* ve *votum* gibi sıfat niteliği taşıdığına ilişkin olarak bkz. Philipp Eduard Huschke, *Über das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht*, Gebauer’sche Buchhandlung, Leipzig, 1846, (Nexum), s. 30-31; ayrıca bkz. Liebs, *Klagenkonkurrenz*, s. 98.

⁷³ Umur, eskiden *mutuum* kelimesinin bizzat ödünç sözleşmesini değil, sözleşme konusu malı gösterdiğini, sözleşmeye ise *mutui datio* dendiğini ifade etmektedir, bkz. Umur, *Institutiones*, s. 241, dn. 6; Liebs de *mutuum*’un asıl anlamının “mübadele edilen, mübadele için verilen” olduğunu belirtmektedir, bkz. Liebs, *Klagenkonkurrenz*, s. 99.

⁷⁴ Kelly, s. 156.

⁷⁵ Ulrich von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1952, (Condictio), s. 134; Nelson ve Manthe, s. 70; Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku*, 4. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2005, (Roma Hukuku), s. 213, dn. 8; Meral Sungurtekin Özkan ve Gökçe Türkoğlu Özdemir, *Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 43 vd.; Roma Hukukunda hak ve dava arasındaki ilişki ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Diler Tamer Güven, *Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987, (Hak ve Dava), s. 1 vd., konuyla ilgili olarak bkz. s. 18.

⁷⁶ Benke ve Meissel, s. 14; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 16

anlamına gelmekteydi ve hukukî korumanın türünü ve ölçüsünü gösterirdi⁷⁷. *Actio* kavramı hem usûlî bir faaliyet olan (*magistra* tarafından tanınmış) davayı hem de bu davayla ileri sürülebilecek hakkın (veya maddî hukuka ilişkin talebin) içeriğini kapsardı⁷⁸. Hakkın içeriği ve kapsamı, o hak için tanınmış olan davaya göre belirlenirdi⁷⁹. Maddî hukuk ve usûl hukuku arasındaki bu sıkı bağ nedeniyle Roma Özel Hukukunun temel kavramının *actio* (dava) olduğu söylenebilir⁸⁰.

Mutuum'un kökenine ilişkin görüşlere değinirken de Roma Hukukunun davalara göre şekillenmiş yapısının ne kadar önemli bir rol oynadığı bir kere daha fark edilebilecektir. Gerçekten *mutuum*'un ne şekilde ortaya çıkmış olduğuna ilişkin tartışmalarda ister istemez bu sözleşme için nasıl bir hukukî koruma sağlandığının ve bu hukukî korumanın dayanağının da bu tartışmalarda ileri sürülen görüşlerde önemli bir yer tuttuğu görülmektedir. Diğer bir deyişle *mutuum* için açılacak davanın türü ve hukukî dayanağı ile sözleşmenin kökeni ve nasıl ortaya çıktığı arasında önemli bir bağlantı vardır. *Mutuum* için tanınmış olan hukukî korumaları aşağıda ayrı bir bölümde ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. Bu nedenle *mutuum* için açılacak dava olan *condictio*'yu ve bu davanın kökeni ile ilgili görüşleri de esas olarak orada ele alacağız. Bununla birlikte, *mutuum*'un ne şekilde ortaya çıkmış olabileceğine yönelik görüşlere değinirken konuyla bağlantılı olduğu ölçüde *condictio*'dan da bahsedeceğiz.

B. *Mutuum* ve Bağışlama ile Bağlantısı

Roma Hukukunda en erken ortaya çıkmış sayılabilecek sözleşmelerden birisi *mutuum* olarak adlandırılmış olan ödünç sözleşmesidir. *Mutuum* için oldukça alışılmadık bir dava olan ve davacının yasal olarak kendisine devredilmesi gereken bir şeyi davalının sahiplendiğini iddia ettiğinde açılan *condictio*⁸¹ olarak bilinen dava tanınmıştır. Öğretide pek çok yazar, *mutuum*'un çok eski olduğuna, *mutuum* için

⁷⁷ von Lübtow, *Condictio*, s. 134.

⁷⁸ Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 16-17; Kaser ve Knütel, s. 44.

⁷⁹ Kunkel ve Honsell, s. 218; Benke ve Meissel, s. 14; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 17.

⁸⁰ von Lübtow, *Condictio*, s. 134; Gökçe Türkoğlu Özdemir, "Roma Medeni Usul Hukukunda *Formula* Yargılaması", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2005, (*Formula*), s. 167; Schwarz da *actio*'nın Roma Hukukunun en esaslı kavramlarından biri olduğunu belirtmektedir, bkz. Andreas Bertalan Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, çev. Türkân Rado, Cilt I, 7. Bası, Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayii A.Ş. Basımevi, İstanbul, 1965, (*Roma Hukuku*), s. 193.

⁸¹ *Condictio* dördüncü bölümde ayrıca ele alınacaktır.

condictio tanınmadan önce de bu sözleşmenin uygulanmakta olduğuna inanmaktadır⁸². Ancak *condictio*'nun alışılmışın dışında, kendine özgü hatta garip olarak nitelendirilebilecek bazı özellikleri, bu davanın ortaya çıkışını *mutuum*'un hukukî bir kurum olarak yaratılmasına bağladığımızda, anlaşılır hale gelecektir⁸³. M.Ö. 184'te ölmüş olan *Plautus*'un *Rudens* adlı eserini yazdığı kadar erken bir dönemden itibaren *condictio*'nun *legis actio* yargılamasının yanı sıra *formula* yargılamasında da kullanıldığı söylenebilir⁸⁴.

Watson'a göre tüketim ödünçünün yani *mutuum*'un yasal olarak düzenlenmesi ihtiyacının duyulması, insanların dostlarından aldıkları borçları ödeyememeleri ve dostluk ve komşuluk ilişkilerinin bozulmasından kaynaklanmış olmalıdır; zira eski tarım toplumlarında hasattan sonra misli olarak geri verilmek üzere tohum ödünç alınması alışıldık bir durumdu ve ödünç alınan geri verilmediğinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların artması üzerine de *mutuum*'un yasal bir çerçevede düzenlenmesi ihtiyacı doğmuş olmalıdır.⁸⁵ Bir *stipulatio* yapılmazdı, çünkü arkadaşına dostça duygularla destek olan bir kişinin, onunla şekle bağlı bir sözleşme yapmayı talep etmesi ahlâken uygun görülmezdi. Ödünçün ticarî olduğu durumlarda ise faizi de kapsayacak bir *stipulatio* yapılabilirdi ve ayrı bir *mutuum*'a ihtiyaç duyulmazdı. *Mutuum*'a ilişkin davanın neden sadece ödünç konusu mala ilişkin olduğu ve faizi de kapsamadığı böylece anlaşılmış oluyor: dostlar birbirlerinden faiz talep etmezler⁸⁶. Dostluk ve komşuluk ilişkilerinin bozulması, Roma'nın büyümesiyle bağlantılı olabilir⁸⁷.

⁸² Watson, *Evolution*, s. 8.

⁸³ Watson, *Evolution*, s. 9; karşı görüşteki Behrends'e göre ise *mutuum* bizzat *lex Silia* ile tanınmış değildir çünkü bu aynı sözleşme açıkça *ius gentium*'a ve böylece her halükârda kanun haricindeki hukuka ait kabul edilmiştir, bu nedenle de *ius gentium*'a ait bir kurum olan *mutuum*'un bu yasa ile tanınmış ve hukuken takip edilebilir hale gelmiş olması mümkün değildir. Bunun yanı sıra *condictio*'lar için çıkarılmış olan bu iki yasa (*lex Silia* ve *lex Calpurnia*) maddi hukuk için bir anlam taşımaktan açıkça uzaktırlar, bkz. Okko Behrends, **Der Zwölftafelprozess, Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts**, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1974, (Zwölftafelprozess), s. 103, dn. 393.

⁸⁴ Watson, *Evolution*, s. 9; Watson, başka bir eserinde de *condictio*'nun *formula*'sının *Plautus* zamanında mevcut olduğunu ve *legis actio per conductionem*'in daha sonra yaratılmış olamayacağını savunmaktadır, bkz. Alan Watson, **Roman Private Law around 200 BC**, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1971, (RPL), s. 126, dn. 9; *Formula* usulü uygulanırken yeni bir *legis actio* türünü uygulamaya sokmanın muhtemelen çok da fazla bir getirisi olmayacaktır, bkz. Max Kaser, “ ‘Ius honorarium’ und ‘ius civile’ ”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 101, 1984, (Ius Honorarium), s. 52; Watson, *Evolution*, s. 9.

⁸⁵ Watson, *Evolution*, ss. 9-10.

⁸⁶ Watson, *Evolution*, s. 10; Watson'a göre Kaser, *legis actio per conductionem*'in ortaya çıkışından önce şekle bağlı olmayan ödünç sözleşmesi için aynı bir dava olan *legis actio sacramento in rem*'in

Mutuum için açılabilir olan ilk dava tahıl ödünçleri için değil para ödünçleri için öngörülmüştür⁸⁸. “Köken olarak dostluk ilişkilerinin (*fellowship*, *Gemeinschaft*-cemaat ilişkilerinin) getirdiği karşılıklı hediyeleşme anlayışı kapsamında olduğu kabul edilen bazı işlemler, işin içine para girdiğinde bir ortaklığın (*cemiyetin-partnership-Gesellschaft*) daha katı ve yasal olan özelliklerini üstlenmeye meyillidirler⁸⁹.” Özellikle *mutuum*’a ilişkin olarak –ilk önce para ödünçleriyle sınırlı olacak şekilde- bir dava tanınmış olması Daube’ye göre karşılıklı hediyeleşmeye veya başka bir ifadeyle hediyelerin değiş tokuşuna dayanan ekonomik anlayışın çöküşüne işaret etmektedir⁹⁰. Önceleri, ihtiyacı olan bir arkadaşına hediye edilen para veya tahılın, uygun bir zamanda (karşılık hediye olarak) iade edilmesi beklenirdi. Hatta Watson’a göre, *lex Silia*’dan önce bile *mutuum*’un ardında yatan düşünce bir ödünçün zamanında iade edilmesi gerektiği düşüncesidir⁹¹. Dikkate değer olan ise Daube’nin *condictio*’nun ilk olarak sadece para için başvurulabilen bir hukukî koruma yolu (dava) olmasına yönelik ikna edici bir açıklama sunmasıdır⁹².

Daube, bir makalesinde “söylenmesine gerek olmayan” veya “kendiliğinden anlaşılan” (*ça va sans dire-Selbstverständlich*) olguları, üzerinde derinlemesine düşünülmeyecek veya hakkında neredeyse hiç konuşulmayacak kadar emin olunan olgular olarak tanımlamıştır. Hukuk düzenlerinin bu olguları çoğu zaman bu nedenle dikkate almadığını belirtmiş ve buna çeşitli örnekler vermiştir. XII Levha

açılabilirliğini iddia etmektedir [bkz. Max Kaser, **Das altrömische Ius**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1949, (Ius), s. 286]. Bu iddiayı kabul etmeyen Watson ise bu iddia için bir kanıtın bulunmadığını ve *mutuum* için böyle bir davanın açılabilirliğinin kabul edilmesi halinde *condictio*’ya neden ihtiyaç duyulduğunun daha zor açıklanabilir hale geleceğini savunmaktadır. Diğer yandan bu iddianın, anlaşmanın arkadaşlar arasında olması ve bu durumda bir *stipulatio* yapılmasının ahlâken uygun olmaması nedeniyle *mutuum*’a özel bir (hukukî) koruma getirildiği düşüncesine de ters düşmediğini dile getirmektedir. Watson, hangi dönemde olursa olsun, ticari ödünçün faizi içerebileceği, bir *stipulatio*’nun yapılabilirliği ve *mutuum* için özel bir hukukî koruma yoluna ihtiyaç olmayabileceğini iddia etmektedir, bkz. Watson, *Evolution*, s. 10, dn. 14, s. 126.

⁸⁷ Watson, *Evolution*, s. 10.

⁸⁸ Daube, *Self-Understood*, s. 1281; Watson, *Evolution*, s. 10; Ziya Umur, **Roma Hukuku, Tarihî Giriş- Kaynaklar-Umumî Mefhumlar-Hakların Himayesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, (Roma Hukuku), s. 536; Susanne Hähnchen, **Die causa condictiois, Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, s. 126; Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 109, dn. 10.

⁸⁹ David Daube, “Money and Justiciability”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 96, 1979, (Money), s. 1.

⁹⁰ Daube, *Self-Understood*, s. 1281; Watson, *Evolution*, s. 10.

⁹¹ Watson, *Evolution*, s. 10.

⁹² Watson, *Evolution*, s. 10.

Kanununda, doğum, savaşta tutsak düşme gibi, köle olma sonucunu doğuran sebeplerin gösterilmemiş olması Daube'nin buna gösterdiği örneklerdendir⁹³.

Benzer biçimde XII Levha Kanununda şekilsiz bir öduncün geri ödenmesiyle ilgili olarak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Daube, önceleri bu durumu “kendiliğinden anlaşılır” olması sebebine dayandırmış olduğunu, fakat daha sonra bu konudaki görüşünü değiştirdiğini belirtmektedir⁹⁴. Öduncün geri ödenmesinden hiç bahsedilmemektedir, çünkü aslında bu konu hukukun dışında tutulmaktadır. O dönemde *mutuum* kelime olarak “karşılıklı” (*mutual-mutual service-das Gegenseitige*) anlamında kullanılıyordu, yani karşılıklı iş görme veya lütuf anlamına geliyordu⁹⁵. İhtiyacı olana para veya tohum ödünç verilirdi ve uygun bir zamanda bunu geri vermesi veya verenin ihtiyacı olduğuna bu sefer daha önce almış olanın ödünç vermesi beklenirdi⁹⁶. Bu işlem o dönemde karşılıklı hediyeleşme veya hediyelerin değiş tokuş edilmesi kapsamında kabul edilirdi ve bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıklar mahkeme önüne götürülmezdi⁹⁷. Daube, bu duruma modern bir örnek olarak, Profesör ve Eşi Bayan A tarafından yemeğe davet edilmiş olan Profesör ve Bayan B'nin de onları benzer bir akşam yemeğine davet etmelerinin beklenmesini göstermektedir⁹⁸. Gerçi her ne kadar bu durumda büyük bir sosyal baskı olsa da bunun –bugün için- yasal olarak talep edilemeyeceğini eklemektedir⁹⁹. Ülkemiz için de benzer bir örnek özellikle düğünlerde bir misafir tarafından takılan takıya eş değerdeki bir takının, takıyı takmış olan misafir gelecekte düğün sahibi olduğunda önceki düğün sahibi tarafından takılmasının beklendiği durumlarda görülmektedir. Hatta bazı yörelerde, takıyı takanın adının ve takmış olduğu takının cinsinin yüksek sesle bağırılarak düğüne katılan diğer misafirlerin de duyabileceği şekilde ilân edilmesi âdettendir. Böylelikle kimin kime ne taktığının bilinmesi sağlanmakta ve karşılıklı hediyeler arasında bir denge sağlama olanağı da doğmaktadır. Burada da sadece geleneksel kurallardan kaynaklanan bir toplumsal dayanışmanın (düğün sahibine maddi açıdan destek olmak) da söz konusu olduğu söylenebilir.

⁹³ Daube, Self-Understood, s. 1280.

⁹⁴ Daube, Self-Understood, s. 1280.

⁹⁵ Daube, Self-Understood, s. 1280; ayrıca bkz. Kunkel ve Honsell, s. 297, dn. 8.

⁹⁶ Weber, s. 361 vd., s. 677 vd.; Daube, Self-Understood, s. 1280; HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 686.

⁹⁷ Weber, s. 678; Daube, Self-Understood, s. 1281; Daube, Money, s. 11; HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 686.

⁹⁸ Daube, Self-Understood, s. 1281.

⁹⁹ Daube, Self-Understood, s. 1281.

Ödünç için başlangıçta bir dava açma olanağı yoktu ve aldığını iade etmeyen kişiye karşı başvurulabilecek tek yol onun üzerinde toplumsal bir baskı oluşturmak, toplumdan dışlanması, sosyal ilişkilerinin bozulmasıyla tehdit edilmesi gibi -kapalı tarım toplumlarındaki sosyal ilişkilerin önemi göz önünde bulundurulduğunda- etkili sayılabilecek toplumsal yaptırımlardı¹⁰⁰.

Mutuum'un M.Ö. 3. yüzyılda *lex Silia* ile dava edilebilir olması, hediye alışverişine dayanan ekonomik anlayışın çöküşüne işaret etmektedir¹⁰¹. Önce para ödöncünün dava edilebilir kabul edilmesi bir tesadüf değildir: para ödöncünün kişisel ilişkilerin konusu olmaktan ticari alışveriş konusu olmaya doğru geçirdiği değişim misli eşya ödöncünden daha önce gerçekleşmiştir. Roma Hukukunda, bir kişinin bir şeyi para karşılığında almak üzere anlaşması olan alım satım sözleşmesi ile bir şeyi başka bir şeyle değiş tokuş etmek üzere anlaşması olan *permutatio* (*mutuum* ile aynı kökten gelmektedir ve *trampa* anlamındadır) arasındaki ayrımın temelinde de paranın ticari hayatta oynadığı rol vardır. Paranın önemli rol oynadığı alım satım sözleşmesi hukuken nispeten erken sayılabilecek bir dönemde kabul edilmişken, *permutatio Corpus Iuris Civilis*'te bile dava edilebilir bir sözleşme olarak kabul edilmemektedir¹⁰².

Daube, Roma Hukukunda İmparatorluk döneminde bile *mutuum*'da faiz talep edilememesinin, başka bir ifadeyle faiz için ayrı bir *stipulatio*'nun yapılması zorunluluğunun¹⁰³ hediye alışverişine dayanan ekonomik anlayışın kalıntılarından

¹⁰⁰ Detlef Liebs, **Römisches Rect**, 5. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1999, (Römisches Recht), s. 242; HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 686; Weber, Çin ve Hindistan'da aldatılan alacaklının elinde başvurabileceği yaptırım olarak, kısmen tuhaf olarak nitelendirilebilecek ve daha sonra da uzun süre varlığını sürdürecektir olan büyümler dışında bir şey olmadığını belirtmektedir. Çin'de alacaklı borçluyu intihar etmekle tehdit ederdi ve hatta bazen borçluyu öldükten sonra takip edip ona huzur vermemek beklentisiyle gerçekten intihar ederdi. Hindistan'da alacaklı, borçlunun evinin kapısının önüne oturup açlıktan ölmeyi bekler veya kendisini asıp intihar ederdi, ama burada bunu aile veya klanın borçludan intikam almasını ve eğer alacaklı Brahman sınıfına mensup ise borçlunun bir Brahman mensubunun ölümüne sebep olmaktan hâkim önüne çıkmasını sağlamak için yapardı, bkz. Weber, s. 678.

¹⁰¹ Daube, Self-Understood, s. 1281; Daube, Money, s. 11.

¹⁰² Daube, Self-Understood, s. 1281.

¹⁰³ Daube, Money, s. 12; *mutuum*'da faiz talep edilebilmesi için ayrıca sözlü şekle tâbi bir sözleşme olan *stipulatio*'nun yapılması gerekiyordu, ayrıca ödünç için açılacak dava da yalnızca anapara (ya da ödünç konusu mal) için açılabilirdi ve faizi kapsamazdı, faiz için ayrı bir davanın açılması gerekirdi, bkz. Otto Karlowa, **Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Erster Teil Privatrecht und Zivilprozess-Strafrecht und Strafprozess**, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1901, (RG II), s. 553; Henry John Roby, **Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines**, Cilt: II, C. J. Clay and Sons Cambridge University Press, Cambridge, 1902, s. 72; Kaser, RP I, ss. 170, 497, 531; Watson, Evolution, s. 10; Zimmermann, s. 154; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 149; doktrinde *mutuum* için *stipulatio* ile faiz talep edilebilmesinin de daha sonraki bir gelişme olduğu ve ilk zamanlarda

olduğunu ileri sürmektedir¹⁰⁴. Bilindiği gibi *condictio*'da davacı, davasını dayandığı borcun sebebini göstermek zorunda değildi. Daube'ye göre bunun sebeplerinden birisi de, bu davanın ortaya çıktığı zamanlarda, sıradan şekilsiz bir ödünçün gerçek bir borç gibi görülmemesi idi¹⁰⁵. Yine vermek, hediye etmek anlamlarına gelen “*dare*” başlangıçtan beri bu davada göze çarpmaktadır: davacı davalının kendisine (para veya bir şey) vermekle yükümlü olduğunu iddia eder ve kendisinin daha önce davalıya vermiş olduğunu ispatlamak zorundadır. “*Dare*” her tür mülkiyet devrini kapsayan bir kavram olarak kullanılmakta iken, *condictio* için bu kelimenin seçilmesinde hediye (*gift*) kavramıyla özel bağlantısı olması büyük olasılıkla etkili olmuştur¹⁰⁶. Vermek, hediye etmek anlamlarına gelen *dare* fiilinin *condictio*, yani *mutuum* için öngörülmüş olan dava kapsamında güçlü bir şekilde öne çıkması ve davada herhangi bir hukukî sebep gösterme zorunluluğunun olmaması da *mutuum*'un kökeninde hediye alış verişi çerçevesinde görülmesine dayandırılabilir. Bütün bunlardan sonra, *mutuum*'un XII Levha Kanununda bulunmamasını, aile babasının kendi sebep olduğu zararın bulunmamasıyla aynı tarihsel sebeplere bağlamak ilk bakışta akla yakın gibi gelse de, bu yanlış da olabilir. Ödünç sözleşmesi hukuken korunmuyordu ve ödünç alanı aldığı geri ödemeye zorlamak hukuken mümkün değildi¹⁰⁷.

Diğer pek çok ilkel toplulukta olduğu gibi Roma'da da “sözleşme”lerin ilk halinde, sözleşme veya alış-veriş konusu malların el değiştirmesi karşılıklı olarak ve derhal gerçekleştiriliyordu¹⁰⁸. En eski Roma Hukukunda da her ilkel hukuk

mutuum'da hiçbir şekilde (bir ek *stipulatio* yoluyla dahi) faiz kararlaştırılamayacağını savunanlar vardır, bkz. Huschke, Darlehen, s. 11; Karlowa, RG II, s. 553; Ildız eserinde iki ayrı yerde (bkz. Ildız, s. 210, s. 216) *mutuum*'un “faizli borç” olduğunu ve “hukuki bakımdan faiz bağlamıyla” değerlendirildiğini ileri sürmekteyken bir başka sayfada (bkz. Ildız, s. 211) *mutuum*'un faizsiz olduğunu ve faiz için bir *stipulatio* yapılması gerektiğini belirterek birbiriyle çelişen ifadeler kullanmıştır. *Mutuum*, *Iustinianus*'a kadar kural olarak karşılıksızdı (faizsizdi), ancak *Iustinianus* bankerlerle yapılan ödünç sözleşmeleri için bu kurala bir istisna getirmiştir, bkz. Daube, Money, s. 12.

¹⁰⁴ Daube, Self-Understood, s. 1281.

¹⁰⁵ Daube, Money, s. 11.

¹⁰⁶ Daube, Money, s. 11.

¹⁰⁷ Daube, Self-Understood, s. 1281; Bu o dönemde dahi para veya buğday ödünçünün tamamen yaptırımsız olduğu anlamına gelmemektedir. Törenselleşmiş bir *nexum* yapılmış olması halinde alacaklı borçlusu üzerinde önemli bir güce sahip olurdu ve borcunu ödemeyen borçlu oldukça zor bir durumda kalabilirdi. Bunun ötesinde ödünç veren mutlaka bir dava açma olanağına sahip olmak istiyorsa, pekâlâ ayrı bir *stipulatio* yapmak suretiyle bu olanağı kavuşabilirdi (her ne kadar ahlâkî açıdan bu hoş görülüyor olsa da bunu yapma olanağı vardı). Bütün bu söylenenler, yine de bu dönem için, bizzat *mutuum*'dan kaynaklanan bir yaptırım olmadığı gerçeğini değiştirmemektedir, bkz. Daube, Money, s. 11.

¹⁰⁸ von Lübtow, Nexumproblem, s. 125.

düzeninde olduğu gibi “karşılıklılık düşüncesi”¹⁰⁹ (edimin anında karşı edimi veya iadeyi gerektirmesi) hüküm sürmekte olmalıydı. Keza eski Germen Hukukunda karşılıksız hukukî işlemler bilinmiyordu. Bağış yapılmış olması halinde bile karşılığında bir şeyin geri verilmesi gerekiyordu ki daha sonra Lombart hukukunda *launegild* denen müessesenin oluşumu da bu temele dayanmaktadır¹¹⁰. Bazı Doğu Afrika kabilelerinde de, zorlayıcı bir kural olmamakla birlikte, teamül gereği bir hediyeye karşılık tahminen aynı değerde bir hediye verilmesi beklenirdi¹¹¹. Bu teamül, Doğu Afrika dışında Kamerun¹¹² ve Herero¹¹³ yerlilerinin yanı sıra Büyük Okyanus’ta Avustralya kıtasının kuzeydoğusunda yer alan Mikronezya¹¹⁴ ile Papua ve Melanezya¹¹⁵ bölgelerinde yaşamış olan yerli halk arasında da görülmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi bu yerlerin hiçbirisinde zorlayıcı bir hukukî yükümlülük bulunmamakla birlikte, hediye alanın karşılık hediye vermek gibi bir eksik borcunun (*obligatio naturalis*) bulunduğu söylenebilir¹¹⁶.

¹⁰⁹ Marcel Mauss tarafından ortaya atılmış olan “karşılıklılık” kavramı, antropoloji, sosyoloji ve tarih öncesi ticaret ile ilgili çalışmalarda kullanılan en önemli kavramlardan biridir. Mauss’a göre her türlü paylaşımda, en duygusal ilişkilerde ve hediye alınıp verilmesi söz konusu olduğunda bile bilinçaltı bir karşılık bekleyişi vardır. Mauss, özellikle ekonomisi paraya dayanmayan toplumlarda, toplumsal ilişkilerin yapısının hediye alışverişleri ile belirlendiğini gözlemlemiştir. Bir birey diğer bir bireyle ilişki kurmak veya var olan bir ilişkiyi sağlamlaştırmak için ona bir şey hediye eder. Bu hediyein doğrudan bir maddî karşılığı yoktur, fakat hediyeyi alana en az aldığıyla aynı değerde bir hediye sunma zorunluluğu yüklenmiş olur, bu açıklamalar için bkz. İ. Banu Doğan, **Tarihöncesinde Ticaret ve Değiş Tokuş**, 2. Baskı, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2012, s. 39; ayrıca bkz. Marcel Mauss, **The Gift, Forms and Functions of Exchange in Archaic Societies**, translated by Ian Gunnison, W. W. Norton & Company Inc., New York, 1967 [1923], ss. 3-16, 45.

¹¹⁰ von Lübtow, Nexumproblem, s. 125.

¹¹¹ Erich Ewerth-Schulz, Leonard Adam, **Das Eingeborenenrecht, Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Ostafrika**, Bd. I, Strecker und Schröder, Stuttgart, 1929, s. 259 (Doğu Afrika’ya ilişkin olan cildi hazırlayan: Bernhard Ankermann); von Lübtow, Nexumproblem, s. 125.

¹¹² Erich Ewerth-Schulz, Leonard Adam, **Das Eingeborenenrecht, Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Togo, Kamerun, Südwestafrika die Südsee Kolonien**, Bd. II, Strecker und Schröder, Stuttgart, 1930, s. 198 (Kamerun’a ilişkin olan bölümü hazırlayan: Julius Lips).

¹¹³ Ewerth-Schulz ve Adam, s. 261 (Herero yerlileri ile ilgili bölümü hazırlayan: Berengar von Zastrow); Herero yerlilerinin güneybatı Afrika’da yaşamakla birlikte, bu bölgeye kuzeydoğudan göçtükleri belirtilmektedir, bkz. Ewerth-Schulz ve Adam, s. 217; günümüzde ise bu kavimden insanların büyük bir çoğunluğunun yine Afrika kıtasının güneybatısında yer alan Namibya’da, bir kısmının ise Namibya’nın doğudaki komşusu Botswana ve kuzeyindeki komşusu Angola’da yaşadıkları belirtilmektedir, bkz. <http://de.wikipedia.org/wiki/Herero>; http://en.wikipedia.org/wiki/Herero_people Erişim tarihi: 16.06.2014).

¹¹⁴ Ewerth-Schulz ve Adam, s. 525 (Mikronezya yerlilerine ilişkin olan bölümü hazırlayan: Hermann Trimborn).

¹¹⁵ Ewerth-Schulz ve Adam, s. 627 (Papua ve Melanezya bölgelerindeki yerlilere ilişkin olan bölümü hazırlayan: Richard Thurnwald).

¹¹⁶ von Lübtow, Nexumproblem, ss. 125-126.

Keza, Avrupa’da orta çağ’ın erken dönemlerinde bile, satış bilinmekte olmasına rağmen, mal/mülkiyet devirlerinde hediyein (*gift*) çok daha önemli bir rol oynadığı belirtilmektedir¹¹⁷. Bu açıdan bakıldığında, bunun gelişmemiş ekonomik sistemlerde görülen tipik bir özellik olduğu söylenebilir. Bu hediyeler, basit diğerkâmlık gösterileri değildi; tam tersine hediye verilmesi taraflar arasında sadece hediye alanın vereceği karşı bir hediyeyle giderebileceği bir gerilim yarattı. Bu karşılıklılık yükümlülüğü Kuzey Avrupa yazılı kaynaklarında büyük bir açıklıkla ifade edilmiştir¹¹⁸. En açık ifadesini İzlanda’nın *Hávamál*’ında bulan bu görüş, Norveç ve İsveç’in en eski yazılı kanunlarında da tekrarlanmıştır: “Hediye, daima karşılık bekler.”¹¹⁹.

Trampa ve satışıakinin aksine, ödünçte de tıpkı bağışlamada olduğu gibi, belirli miktarda bir şeyin veya tek taraflı olarak temlik söz konusudur. Ancak verilen şey veya değer alan tarafın devamlı olarak mülkiyetinde kalmamalı, hukuk gereğince geri verilmelidir¹²⁰. Bu nedenle, ödünç ile âriyet arasında önceleri bir ayrıma gidilmemişti¹²¹, çünkü eski dönemlerde eşyaların bireyselleştirilmesi sonraki dönemlerdeki kadar ön plana çıkmamıştı. Kullanma ve tüketim ödünçü arasındaki fark büyük bir olasılıkla para ekonomisinin ortaya çıkışından sonra görülmeye başlanmıştır¹²². Ancak başlangıçta ödünç verilen para da, kadim teknik terim “*aes alienum*”dan¹²³ anlaşılacağı gibi, Romalılarca “başkasının parası” olarak nitelendirilmiştir. Ödünç verilen paranın bu şekilde adlandırılması, muhtemelen paranın geri verilmesi gerektiğini daha keskin bir şekilde ifade etmek için

¹¹⁷ Bkz. David Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press, New York, 2001, s. 3.

¹¹⁸ Ibbetson, s. 3.

¹¹⁹ *Havamal* § 146; cf. §§ 40-6 (in Wistan H. Auden, Paul Beekman Taylor, *Norse Poems*, Athlone Press, London, 1981, ss. 152, 165); Karl von Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. I, Altschwedisches Obligationenrecht*, Veit & Comp., Leipzig, 1882, s. 506 vd.; Karl von Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. II, Westnordisches Obligationenrecht*, Veit & Comp., Leipzig, 1895, s. 612; Ibbetson, s. 3; Türkçede kullanılan “Komşu ekmeği komşuya borçtur.” atasözünde de komşumuz bize bir ikrâmda bulunur, bir şey armağan ederse bizim de ona ikrâmda bulunmamız, armağan vermemiz gerektiği ifade edilmektedir, bkz. Ömer Asım Aksoy, *Atasözleri ve Deyimler Sözlüğü, C. I: Atasözleri Sözlüğü*, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1981, s. 299.

¹²⁰ von Lübtow, *Nexumproblem*, s. 126.

¹²¹ Pollock ve Maitland, ss. 169, 186.

¹²² von Lübtow, *Nexumproblem*, s. 126.

¹²³ Karş. *D.50.16.213.1(Ulpianus 1 reg.)*: “*aes alienum*” est, quod nos aliis debemus: “*aes suum*” est, quod alii nobis debent.” : ““*aes alienum*” bizim başkalarına borçlu olduğumuzdur, “*aes suum*” başkalarının bize borçlu olduğudur.”

olmalıdır¹²⁴. Fakat daha sonra hukuk doktrini, ödünç verilen şeyin alanın mülkiyetine geçtiğini bütün açıklığıyla farkettiler ve yukarıda belirttiğimiz gibi Klâsik Dönem hukukçuları da bunu gelenek olduğu üzere sırf fonetik bir etimolojiye dayandırarak vurguladılar: *quod de meo tuum fit*¹²⁵.

C. *Nexum* ve Ödünç İlişkilerindeki Yeri

1. Nexum'a İlişkin Ön Açıklamalar

Nexum, Roma Hukuku doktrininde pek çok yazar tarafından ele alınmış ve mahiyeti, doğurduğu hukukî sonuçlar gibi noktalarda hâlâ bir fikir birliğine varılamamış, Roma Hukuku'nun en tartışmalı konularından biridir¹²⁶. *Nexum* hakkında farklı yorumlanabilecek nitelikte ve az sayıda kaynak bulunması pek çok farklı görüşe ve tartışmaya yol açmış olsa da *nexum*'un maden külçesi ve terazi (*per aes et libram*) ile yapılan ve bir kimsenin borcu nedeniyle alacaklının egemenliği altına girmesi sonucunu doğuran bir işlem olduğu söylenebilir¹²⁷. *Nexum*'un eski Roma Hukukunun çok önemli bir müessesesi olarak kabul edilmesini gerektiren birden çok sebep vardır¹²⁸. Öncelikle antik Roma'nın ekonomik hayatında özgür insanların borçları nedeniyle köleleştirilmesi¹²⁹ (*Knechtung*) çok önemli bir rol

¹²⁴ von Lübtow, Nexumproblem, s. 126.

¹²⁵ Bkz. D.12.1.2.2 (Paulus 28 ad ed.); Gai. Inst. 3. 90.

¹²⁶ Berger, EDRL, s. 595; Geoffrey MacCormack, “*Nexi, Iudicati and Addicti in Livy*”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 84, 1967, (Nexi), s. 350; Rado, Borçlar Hukuku, s. 49 vd.; hatta *nexum*’un kökeni ve gelişiminin Roma Hukukunda en tartışmalı konu olduğunun ileri sürüldüğü görülmektedir, bkz. Buckler, s. 22.

¹²⁷ Karl Friedrich Thormann, **Der doppelte Ursprung der Mancipatio, Ein Beitrag zur Erforschung des frühromischen Rechtes unter Mitberücksichtigung des nexum**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1943, s. 194 vd.; Alan Watson, **Rome of the XII Tables, Persons and Property**, Princeton University Press, New Jersey, 1975, (XII Tables), s. 111; MacCormack, Gift, s. 141-142; Jan Dirk Harke, **Römisches Recht, von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen**, Verlag C. H. Beck, München 2008, s. 36.

¹²⁸ Constantin St. Tomulescu, “*Nexum* bei *Cicero*”, **Rivista Internazionale di diritto romano e antico (IURA)**, Cilt: XVII, 1966, (*Nexum*), s. 42.

¹²⁹ Almanca ve İngilizcede kölelik benzeri bu durumu ifade etmek kullanılan *Schuld knechtschaft* ve *debt-bondage* terimleri için dilimizde kullanılan terim “borç köleliği”dir, bkz. Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme, md. 1/a (06.01.1964 Tarih ve 11559 Sayılı Resmi Gazete); sözleşmenin Almanca çevirisi ve metinde geçen kavram için bkz. Bundesgesetzblatt, Teil II, 10.07.1958, Nr. 16, s. 207 (web adresi: http://www2.bgb1.de/banzxaver/bgb1/start.xav?start=/*%5B@attr_id='bgb1258016.pdf'%5D#__bgb1__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D'bgb1258016.pdf'%5D__1402852492339, Erişim tarihi: 15.06.2014); sözleşmenin İngilizce metni ve metinde geçen kavram için bkz. Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, Art. 1/a

oynamaktadır¹³⁰. İkinci olarak, *nexum* antik Roma’da kişilerin borçları ve bunları ödeyememeleri nedeniyle ortaya çıkan problemlerle, Roma’nın siyasî tarihiyle ve *pleb*’lerin *patricius*’lara karşı vermiş olduğu mücadele ile yakından bağlantılıdır¹³¹. Son olarak -en azından bazı araştırmacılara göre- *nexum* Roma’daki borç ilişkisi (*obligatio*) kavramına önemli ölçüde ışık tutmaktadır¹³².

(<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx>, Erişim tarihi: 15.06.2014). Çalışmamızda borçları nedeniyle *nexum* ile alacakının egemenliği altına giren borçlular için “borç kölesi” ve içinde bulundukları durum için “borç köleliği” terimlerini kullanmakla birlikte belirtmek gerekir ki bu kişilerin hukukî statüsü kölelerle aynı değildi. Bu kişiler özgür ve Roma vatandaşı sayılmakta, hukukî statülerini (*sui iuris*) korumakta, kendi aile üyeleri ve malvarlığı üzerindeki egemenlikleri devam etmekteydi, fakat borçlarını ödeyene kadar alacaklı için köle gibi çalışmak zorunda idiler ve hukuken olmasa da fiilen köle gibiydiler, bu konuda bkz. Theodor Mommsen, **Gesammelte Schriften-Juristische Schriften**, Bd. III, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1907, (Schriften III), s. 591; Feodor Kleineidam, **Die Personalexekution der Zwölftafeln**, M & H. Marcus, Breslau, 1904, s. 51 vd.; Kaser, RP I, s. 150 vd.; Watson, XII Tables, s. 119, dn. 22, fakat karş. s. 120, dn. 24; Liisa Savunen, “Debt Legislation in the Fourth Century BC”, **SENATUS POPVLVSQVE ROMANVS, Studies in Roman Republican Legislation**, Helsinki, 1993, s. 155; Gökçe Türkoğlu-Özdemir, “Roma İcra Hukuku”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, Haziran-Aralık 2004, (İcra Hukuku), s. 132, dn. 15.

¹³⁰ Franz Leifer, “*Mancipium* und *auctoritas*. Mit Beiträgen zum römischen Schuld- und Haftungsproblem, I. Teil”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 56, 1936, s. 136; Stintzing, Niebuhr’un *nexum*’un taşıdığı ekonomik önemi ortaya koyduğunu belirtmektedir, bkz. Wolfgang Stintzing, **Nexum mancipiumque und mancipatio**, Verlag von B. Liebisch, Leipzig, 1907, (Nexum), s. 3, Tomulescu, Nexum, s. 42; bu durum Roma’ya özgü değildir ve aşırı borçlanmadan kaynaklanan sorunlar ve borç köleliği antik çağdaki diğer toplumlarda da yaygın olarak rastlanılan bir olgudur, bu konuda bkz. Savunen, s. 157; Ildız, s. 89; Babil’de M.Ö. 1792-1750 yılları arasında hüküm sürmüş olan *Hammurabi* döneminde çıkarılmış Kanunlarda (117. kısım) özgür bir kişinin borç kölesi olarak kalabileceği sürenin üç yıl ile sınırlandırıldığı ve bu kişinin dördüncü yılda borç köleliğinden Kurtulacağına hükme bağlandığı görülmektedir, bu konuda bkz. Edward M. Harris, “Did Solon abolish debt-bondage?”, **Classical Quarterly**, Cilt: 52.2, 2002, s. 418; ayrıca Antik Yunan’daki borç köleliği ile ilgili düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Harris, s. 419 vd.

¹³¹ Johann Jakob Bachofen, **I. Das Nexum, die nexi und die lex Petillia**, Verlag von J. G. Neukirch, Basel, 1845, s. 1 vd.; Friedrich Karl von Savigny, **Ueber das altrömische Schuldrecht**, in **Vermischte Schriften**, Bd. 2, Veit und Comp., Berlin, 1850, (Schuldrecht), s. 397; Tomulescu, Nexum, s. 42.

¹³² Bekker, *nexum* adı verilen işlemten doğan borcun (veya yükümlülüğün), Romalıların bildiği ilk gerçek borç (yükümlülük-*Obligatio*) olduğunu ileri sürmektedir, bkz. Bekker, *Aktionen*, s. 22; Mommsen’e göre *nexum*, en eski hukuktaki hukuken bağlayıcı borç ilişkisini (veya yükümlülüğü-*Obligatio*) ifade etmektedir, bkz. Theodor Mommsen, “*Nexum*”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 23, 1902, (Nexum), s. 349; Mitteis, genel olarak Roma Borçlar Hukuku tarihinin doruk noktasına *nexum* ve *stipulatio* kavramlarının yerleştirildiğini belirtmektedir, bkz. Ludwig Mitteis, “Ueber das Nexum”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 22, 1901, (Nexum), s. 96; Schlossmann, son derece dikkatli bir ifadeyle ve borç ilişkisi (*obligatio*) kavramının sınırlarını daraltmak suretiyle antik Roma Hukukunda sadece *nexum*’dan bir borç ilişkisi (*obligatio*) doğabileceğini belirtmektedir, bkz. Siegmund Schlossmann, **Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren**, A. Deichert’sche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1904, (Schuldrecht), s. 44; Girard’a göre *nexum*, maden külçesi ve terazi ile yapılan ve Roma özel hukukunun tanıdığı en eski sözleşme olarak kabul edilebilir ve nasıl ki *mancipatio* temelde bir alım satım işlemi ise *nexum* da kökeninde bir ödünç sözleşmesidir, bkz. Girard, s. 519, s. 521; von Lübtow, Roma Hukukunda borç kavramının oluşumunda *nexum*’a en önemli rolü atfetmektedir, bkz. Ulrich von Lübtow, “Das altrömisches *nexum* als Geiselschaft”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**,

Ödünç ilişkileri ve *mutuum* açısından *nexum*'un taşıdığı önem ve çalışmamız kapsamında ele alınma zorunluluğu ise, eski Roma Hukukunda maden külçesi ve terazi ile (*per aes et libram*) yapılan¹³³ şekle bağlı bu işlemin ödünç verilirken kullanıldığının pek çok yazar tarafından kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır¹³⁴.

romanistische Abteilung, Bd. 56, 1936, (Geiselschaft), s. 239; Buckland, Textbook, s. 406'da *nexum*'un en eski borç formlarından biri olduğunu ifade etmektedir; Zimmermann da sonraki dönemlerde sözleşmeden doğan borç ilişkileri olarak sınıflandırılmış olan işlemlerin tarihsel köklerinin antik Roma Hukukundaki *nexum* ve benzeri şekli işlemlere dayandığını belirtmektedir, bkz. Zimmermann, s. 5; ayrıca bkz. Tomulescu, Nexum, s. 43; Türkoğlu-Özdemir, İcra Hukuku, s. 131, dn. 10.

¹³³ *Nexum*'un maden külçesi ve terazi ile yapılan bir işlem olmadığını iddia eden yazarlar da vardır. Örneğin Tomulescu'ya göre *nexum*, maden külçesi ve terazi ile yapılan bir işlem değil, alacaklı ile borcunu ödeyemeyen borçlu arasında *in iure cessio* (*magistra* önünde gerçekleşen farazi bir davaya benzeyen işlem) şeklinde yapılan bir borç köleliği (*Schuld knechtschaft*) anlaşmasıdır. Bu anlaşmaya göre borçlu alacaklıya daha önce *stipulatio* ile belirli bir miktar para ödeyeceğine dair taahhüdünü vadesinde yerine getiremediğinde, borcunu çeşitli hizmetler görerek ifa edeceğini *in iure cessio* ile taahhüt etmektedir (Tomulescu'nun ifadesiyle "*in iure cessio operarum*"), bkz. Tomulescu, Nexum, s. 48, dn. 14, s. 57, s. 70 vd.

¹³⁴ *Nexum*'un maden külçesi ve terazi ile verilen bir ödünç olduğunu kabul edenlerin görüşleri arasında da pek çok noktada farklılıklar olduğu görülmektedir, fakat az sayıdaki mevcut kaynağın da çeşitli biçimlerde yorumlanmaya açık olması karşısında bu farklılıkların görülmesi doğal karşılanmalıdır. Birbirlerinden bazı esaslı noktalarda ayrışmalar bile *nexum*'u maden külçesi ve teraziyle yapılan (*per aes et libram*) bir ödünç işlemi olarak kabul eden görüşler için bkz. Huschke, Nexum, s. 49 vd.; Buckler, s. 22, s. 29; Karlowa, RG II, s. 553; Mitteis her ne kadar Huschke'nin *nexum*'a yönelik teorisinde, *nexum*'un bir mahkeme hükmüne ihtiyaç olmaksızın doğrudan şahıs üzerinde icra edilmeye olanak veren bir işlem olduğu iddiasını kabul etmese de, *nexum*'un maden külçesi ve terazi ile yapılan bir ödünç işlemi olduğu yönündeki görüşü kabul etmektedir, bkz. Mitteis, Nexum, s. 100 vd., 104, s. 118; Ludwig Mitteis, Rezension zu "H. H. Pflüger: *Nexum und Mancipium*, Leipzig 1908", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 29, 1908, (Rezension), s. 499; Ludwig Mitteis, **Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians**, Bd. I, unveränderter Neudruck der ersten Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1935, RP, s. 140 vd. [Mitteis'in *nexum* ödünçünü kabul ettiği yönündeki görüşler için ayrıca bkz. Heinrich Hackfeld Pflüger, ***Nexum und Mancipium***, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1908, (Nexum), s. 5; Max Kaser, Rezension zu "I. Popescu-Spineni: Die Unzulässigkeit des *nexum* als Kontrakt (Sonderabdruck aus dem Buletinul Facultății de Drept din Iași 1931)", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 53, 1933, (Rezension), s. 528; Rudolf Düll, "*Nexum*", **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft**, RE XVII, I, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1936, (Nexum), s. 164; von Lübtow, Nexumproblem, s. 118; Heinrich Siber, **Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, erster und zweiter Band-Bd. II: Römisches Privatrecht**, 2. Aufl., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, (Bd. II), s. 163, dn. 8; Mitteis'in *nexum* ödünçünü tartışmalı bir duruma getirdiğine yönelik görüş için bkz. Paul Koschaker, Rezension zu "Pierre Noailles: I: *Nexum* (aus der Revue historique de droit français et étranger, 1940/41, s. 205-274). II: *Vindicta* (aus derselben Zeitschrift, 1941, s. 1-57)", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 63, 1943, s. 462]; Immanuel Ernst Bekker, "Ueber die Objekte und die Kraft der Schuldverhältnisse", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 23, 1902, (Schuldverhältnisse), s. 14; Mommsen, Nexum, s. 350; Roby, s. 70, s. 308; Kleineidam, s. 115; Bernhard Kübler, "Kritische Bemerkungen zum *Nexum*", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 24, 1904, s. 273, (Nexum), s. 281; Erich Lübbert, "Der Kreditvertrag", **Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts**, Bd. 52, 1907, s. 314; Girard, s. 521, s. 550; Paul Kretschmar, "Das *Nexum* und sein Verhältnis zum *Mancipium*", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 29, 1908, (Nexum), s. 251; de Zulueta, Nexum, s. 148, s. 153; Rudolph Sohm, Ludwig Mitteis, Leopold Wenger, **Institutionen, Geschichte und System des römischen**

Bu çalışmanın amacı *nexum*'a ilişkin bütün görüşlerin ve tartışmalı noktaların ayrıntılarıyla değerlendirilmesi olmamakla birlikte Roma'da ödünç ilişkilerinin ve *mutuum*'un tarihî gelişiminin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından *nexum* kavramına ödünç ilişkileri çerçevesinde kalmak kaydıyla ve ana hatlarıyla da olsa değinilmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

2. *Nexum*

a. *Nexum*'a İlişkin Kaynaklar ve *Nexum* Kavramı

Nexum kelimesinin, Latince “bağlamak, zincirlemek” anlamlarına gelen “*nectere*” fiilinden türediği kabul edilmektedir¹³⁵. Kelimenin kökeni hakkında genel kabul görmüş bir görüş bulunmakla birlikte *nexum* kavramının neyi ifade ettiği,

Privatrechts, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1923, s. 51; Buckland, Textbook, s. 463, dn. 8 ; Kreller, Mutuum, s. 578; Lévy-Bruhl *nexum*'un tartılarak kullanılan madeni paradan (*aes rude*) önce genel bir mübadele işlemi olarak kullanıldığını, paranın kullanılmaya başlamasından sonra ise genel mübadele metodu olmaktan çıkıp para ödünçüne dönüştüğünü belirtmektedir, bkz. Henri Lévy-Bruhl, “The Act *per aes et libram*”, Fransızcadan çev. Francis de Zulueta, **The Law Quarterly Review (LQR)**, Cilt: 60, 1944, s. 58, s. 59; Kaser, Ius, s. 234; Schwind, s. 309; von Lübtow, Nexumproblem, s. 117, s. 142; Rabel, s. 99; Max Kaser, **Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht**, 2. Aufl. mit Nachträgen, Böhlau Verlag, Köln, Graz, 1956, (Eigentum), s. 148-149; Erwin Scharr, **Römisches Privatrecht, lateinisch und deutsch**, Artemis-Verlag, Stuttgart, 1960, s. 991, s. 993; Detlef Liebs, “*Contrarius actus*. Zur Entstehung des römischen Erlaßvertrags”, **Sympotica Franz Wieacker, Sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata. Ergebnisse des von den Schülern Franz Wieackers zur Feier seines 60. Geburtstags im August 1968 mit ihm in Sasbachwalden gehaltenen Symposions**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970, (Contrarius Actus), s. 129 vd.; Kaser, RP I, s. 166 vd.; Joseph Anthony Charles Thomas, **Textbook of Roman Law**, North-Holland Publishing Company, Oxford, 1976, s. 216; György Diószdi, **Contract in Roman Law, From the Twelve Tables to the Glossators**, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981, s. 30, dn. 18, s. 31, (Contract), s. 35; Kunkel ve Honsell, s. 297; Franz Wieacker, **Römische Rechtsgeschichte, erster Abschnitt**, Verlag C. H. Beck, München, 1988, (RG), s. 336; **Das Zwölftafelgesetz**, Texte, Übersetzungen und Erläuterungen von Rudolf Düll, Artemis & Winkler Verlag, Zürich, 1995, (Zwölftafelgesetz), s. 39, s. 86; Maurenbrecher, s. 31; Zimmermann, s. 4 vd.; s. 156; Liebs, Römisches Recht, s. 229 vd.; Harke, s. 36; Heinrich Honsell, **Römisches Recht**, Siebte ergänzte und aktualisierte Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 2010, s. 32 vd., s. 118; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 108, dn. 6; HKK/Meyer-Pritzl § 607-609, s. 688.

¹³⁵ Huschke, *Nexum*, s. 2 vd.; Mommsen, *Schriften III*, s. 589; Buckler, s. 23; Roby, s. 296; Lenel de Romalıların daha eski dönemlerde *nectere* kelimesini tıpkı Almanca'daki “binden” (bağlamak) fiili gibi geniş anlamda kullandıklarını ve *nexum* kavramının da hukuken “bağlayıcı” fiil olarak el koyma (*Verstrickung* [Beschlagnahme]-el koyma, karşılığı için bkz. <http://de.academic.ru/dic.nsf/Meyers/146590/Verstrickung-13.03.2014>) anlamına geldiğini savunmaktadır, bkz. Otto Lenel, “Das *Nexum*”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 23, 1902, (Nexum), s. 95; Kleineidam, s. 40, s. 42, s. 43, s. 46; Mitteis, RP, s. 142; Pflüger, *Nexum*, s. 33; Koschaker, s. 462; Thormann, s. 197 vd.; Rado, Borçlar Hukuku, s. 50; Elvan Sütken, “Roma Hukukunda Özel Kusursuz Sorumluluk Halleri”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan**, (Der. M. Murat İnceoğlu), Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 227.

kavramın kapsamı ve içeriği hakkında ise pek çok farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüş farklılıkları, *nexum* veya onunla bağlantılı diğer kavramların bulunduğu az sayıdaki kaynağın gösterdiği özelliklerden ve bu kaynaklarda kavramın anlam ve içeriğinin farklı yorumlanabilecek şekilde yer almasından doğmaktadır. Bu nedenle *nexum* kavramına ilişkin açıklamalara yer verirken kavramın geçtiği kaynakların gösterdiği özelliklere ve bu kaynaklarda ilgili kavramların nasıl kullanılmış olduğuna da aynı başlık altında değinilecektir.

Nexum'a ilişkin olarak birinci sınıf olarak nitelendirilebilecek ve bu çok tartışmalı kuruma ilişkin olarak aydınlatıcı ve kesin bilgilere ulaşmayı sağlayabilecek yeterli kaynak yoktur¹³⁶. Fakat eski dönemlere (özellikle Cumhuriyet Döneminin son yüzyılından öncesine) ait hukuk alanındaki yazılı eserlerden elimize geçenlerin sayısı o kadar azdır ki bu durum çok da şaşırtıcı değildir¹³⁷. *Nexum* ile ilgili bilgi edinebileceğimiz mevcut kaynaklarda da *nexum*'un ayrıntıları hakkında karmaşık ve çelişkili ifadelerin bulunduğu görülmektedir¹³⁸. Bunun sebebi metinlerin *nexum*'un uygulandığı dönemden ve *lex Poetelia*'nın¹³⁹ çıkarılmasıyla uygulamadan

¹³⁶ Bekker, Schuldverhältnisse, s. 14; Kübler, Nexum, s. 255 vd.; Alexander, s. 9; Savunen, s. 155; Nelson ve Manthe, s. 405; Sütken, s. 227.

¹³⁷ Buckland, Textbook, s. 429; Thomas, s. 215; Diósdí de (Buckland'ın bahsettiği döneme karşılık gelen) Klâsik Öncesi Döneme ait doğrudan kaynağın çok az sayıda olduğunu belirtmektedir, bkz. Diósdí, Contract, s. 37.

¹³⁸ Berger, EDRL, s. 557; Watson, XII Tables, s. 111.

¹³⁹ *Lex Poetelia*: Aciz halindeki borçluların durumunu ilk defa olarak düzelteren kanun. Romalı ünlü tarihçi Livius tarafından "Romalı pleblerin özgürlüklerinin başka bir başlangıç noktası" (*Livius, ab urbe condita*, 8, 28, 1) olarak anılan kanun. Bu kanunla borçlunun alacaklı tarafından özel olarak hapsedilmesi yasaklanmıştır. Bu bir tip köleleştirme olarak da kabul edilebilir, çünkü borçlu (*nexus*) borcu ödeyememesi durumunda alacaklı için köle gibi çalışmak zorunda kalırdı. Haksız fiilden borçlu olmamaları şartı ile borçluların zincire vurulmalarını yasaklamış, bazı yazarların görüşüne göre *nexum*'dan doğan *manus iniecto*'yu kaldırmıştı. Yazılı kaynaklardaki karmaşık ve çelişkili ifadelerden dolayı, borçlarından dolayı alacaklının egemenliği altına girenlerle (*necti*) ilgili ayrıntılar, *nexum*'a ilişkin bütün diğer konularda olduğu gibi, belirsizdir, bkz. Berger, EDRL, s. 557; Umur, Lügat, s. 122; *lex Poetelia*'nın çıkarılmış olduğu tarih hakkında da tarihî kaynaklarda ve doktrinde görüş birliği yoktur. Roma Tarihçisi Livius'un *Ab urbe condita* 8, 28, 8'deki ifadelerine dayanılarak bu kanunun M.Ö. 326 tarihinde çıkarıldığını kabul edenler olduğu gibi, Varro'nun *de lingua Latina*, 7, 105'teki ifadelerini esas alarak kanunun M.Ö. 313 tarihinde çıkarıldığını savunanların da olduğu görülmektedir. Livius, *lex Poetelia*'nın C. Poetelius Libo ve L. Papirius Cursor'un *consul* olarak görev yaptıkları dönemde (M.Ö. 326 yılında) çıkarıldığını belirtmektedir. Buna karşın Varro ise kanunun C. Poetelius Libo Visolus'un *dictator* olduğu dönemde (M.Ö. 313 yılında) çıkarıldığını ifade etmektedir. Bu konuda Varro'nun verdiği bilginin daha doğru olduğunu ileri sürerek kanunun M.Ö. 313 yılında çıkarılmış olduğunu savunan görüş için bkz. Huschke, Nexum, s. 131; Adolf Friedrich Rudorff, **Römische Rechtsgeschichte, zum akademischen Gebrauch, Bd. I-Rechtsbildung**, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1857, (Bd. I), s. 47; Alan Watson, **Law Making in the Later Roman Republic**, Clarendon Press, Oxford, 1974, (Law Making), s. 2, s. 9 vd.; Behrends, Zwölftafelprozess, s. 6, s. 159; Savunen, s. 154, dn. 63; Harris, s. 417; Livius'un vermiş olduğu bilgiyi esas alarak kanunun M.Ö. 326 yılında çıkarılmış olduğunu savunan baskın görüş için bkz. Girard, s. 526, dn. 2; Leopold Wenger, **Institutionen des römischen Zivilprozessrechts**, Verlag der

kalkmasından¹⁴⁰ yüzyıllar sonra yazılmış olmalarıdır¹⁴¹. Diğer yandan *nexum* ile ilgili bilgi edinebileceğimiz mevcut kaynakların genellikle hukukçu olmayan yazarlar tarafından yazılmış olduğu görülmektedir¹⁴². Özellikle *Livius* ve *Dionysios* gibi tarihçilerin eserlerinde hukukî ayrıntılardan çok borçları dolayısıyla alacaklının egemenliği altına girmiş borçluların fiilî durumundan bahsedilmektedir¹⁴³. *Nexum*'un ortadan kalkmasından çok sonra yazılmış ve ikinci elden kaynaklara dayanan metinlerin gösterdiği bu özellikler *nexum*'un bütün yönleriyle ve tam olarak tarif ve tasvir edilmesini zorlaştırmaktadır¹⁴⁴. Bu durum *nexum*'un hukukî niteliği ve ne şekilde uygulanmış olduğu hakkındaki bilgilerin çok sağlam temellere dayanmamasına ve bu konuda pek çok varsayım ileri sürülmesine yol açmıştır. *Nexum* hakkındaki bütün varsayımların burada ele alınması mümkün olmamakla

Hochschulbuchandlung Max Hueber, München, 1925, (Institutionen), s. 215; Adolf Berger, “*Lex Poetelia Papiria*”, *Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE Suppl. VII)*, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1940, (Lex Poetelia), s. 405; Berger, EDRL, s. 557; Gerhard Dulckeit, “Zur Rekonstruktion der Nexumformel”, *Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Cilt: I, Napoli 1953, (Nexumformel), s. 76; von Lübtow, Nexumproblem, s. 156, dn. 60; Heinrich Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, erster und zweiter Band, Bd. I: Römische Rechtsgeschichte*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, (Bd I), s. 14; Umur, Lügat, s. 122; Kaser, RP I, s. 154, dn. 36; Geoffrey MacCormack, “The «*lex Poetelia*»”, *LABEO-Rasagna di diritto romano*, Napoli, Cilt: 19, 1973, (Lex Poetelia), s. 306; Thomas, s. 79; Alfred Söllner, *Einführung in die römische Rechtsgeschichte*, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1989, s. 41; Wolfgang Kunkel ve Martin Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, 13. Aufl., Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien 2001, s. 46; Wolfgang Waldstein ve Johannes Michael Rainer, *Römische Rechtsgeschichte*, 10. neu bearbeitete Auflage des von Gerhard Dulckeit und Fritz Schwarz begründeten Werkes, Verlag C. H. Beck, München, 2005, s. 68; Fabian Klinck, “Die vorklassische Personalvollstreckung wegen Darlehensschulden nach der *lex Poetelia*”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 130, 2013, s. 395; Kunkel ve Mayer-Maly, s. 117, dn. 12, fakat aynı eserin Honsell tarafından hazırlanmış bölümlerinde ihtiyatlı bir ifade kullanılmış ve bu tarih kesin değil muhtemel bir tarih olarak verilmiştir, bkz. Kunkel ve Honsell, s. 100, dn. 7, s. 214; yine aynı eserde Selb ise kanunun M.Ö. 326 veya M.Ö. 313 tarihinde çıkarıldığını ifade etmiştir, bkz. Kunkel ve Selb, s. 8, dn. 5; *lex Poetelia* ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Huschke, Nexum, s. 129 vd.; Kretschmar, Nexum, s. 267 vd.; Berger, Lex Poetelia, s. 405 vd.; Kaser, Ius, s. 247 vd.; von Lübtow, Nexumproblem, s. 155 vd.; Tomulescu, Nexum, s. 98 vd.; MacCormack, Lex Poetelia, s. 306 vd.; Savunen, s. 154 vd.; Klinck, s. 393 vd.

¹⁴⁰ Doktrinde pek çok yazar, *lex Poetelia*'nın *nexum*'u doğrudan ortadan kaldırmamakla birlikte, onun en önemli unsuru olan icrai etkisine son vererek, dolaylı yoldan onun uygulamadan kalkması sonucunu doğurduğunu ifade etmektedir, bkz. Huschke, Nexum, s. 136; Karlowa, RG II, s. 559 vd.; Girard, s. 526; Buckland, Textbook, s. 430; Mitteis, RP, s. 261, dn. 17; Jolowicz, s. 292-293; buna karşılık *nexum*'un bu yasayla uygulamadan kaldırıldığını savunan görüş için bkz. Bernhard Kübler, *Geschichte des römischen Rechts*, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1925, (Geschichte), s. 166, s. 168; Thormann, s. 267; de Zulueta, Commentary, s. 143; Tomulescu, Nexum, s. 99; von Lübtow, 1936 tarihli bir eserinde (bkz. von Lübtow, Geiselschaft, s. 255) *lex Poetelia*'nın *nexum*'u uygulamadan kaldırmadığını savunmuşken 1950 tarihli bir başka eserinde bu yasanın *nexum*'u tamamen yasakladığını ifade etmektedir, bkz. von Lübtow, Nexumproblem, s. 157.

¹⁴¹ Bekker, Schuldverhältnisse, s. 14; Karlowa, RG II, s. 549; Kleineidam, s. 38; de Zulueta, Nexum, s. 138; Thormann, s. 180; Tomulescu, Nexum, s. 41-42; Watson, XII Tables, s. 111.

¹⁴² Bekker, Schuldverhältnisse, s. 14; de Zulueta, Nexum, s. 138; Thormann, s. 180.

¹⁴³ Bu kaynaklara aşağıda değinilecektir.

¹⁴⁴ Stintzing, Nexum, s. 3; de Zulueta, Nexum, s. 139; Thormann, s. 180.

birlikte, konu ile ilgili genel bir bakış açısı edinmeyi sağlayabilmek açısından öncelikle *nexum*'un veya onunla ilgili diğer kavramların hangi kaynaklarda ve ne şekilde yer aldığına değineceğiz. Çalışmanın amacı ve kapsamı göz önünde bulundurularak *nexum* ve onunla ilgili kavramların geçtiği bütün kaynakların ayrı ayrı ve ayrıntılı biçimde incelenmesi yoluna gidilmeyecek, söz konusu kaynaklar *nexum* kavramının konumuz çerçevesinde anlaşılmasına katkıda bulunacak ölçüde ele alınacaktır.

Elimizde *nexum* adı verilen bir sözleşme olduğuna dair hiçbir metin yoktur¹⁴⁵. Fakat yine de borç ilişkisi doğuran bir işlem olarak *nexum*'dan bahseden; *nexum aes* ve *nexi liberatio*¹⁴⁶ ile *nexi* olarak anılan borçluların durumunu anlatan pek çok edebî eser vardır¹⁴⁷. Bu nedenle, maden külçesi ve terazi ile yapılan (*per aes et libram*) ve borçluları bir şekilde bir tür borç kölesi haline getiren böyle bir işlemin var olduğuna kesin gözüyle bakılabilir¹⁴⁸.

Nexum ile ilgili elimizdeki en eski kaynak¹⁴⁹ XII Levha Kanununda geçen bir hükümdür (XII Levha Kanunu VI, 1: “*cum nexum faciet mancipiumque*^{150 151}, *uti*

¹⁴⁵ Buckland, Textbook, s. 429.

¹⁴⁶ *Nexum*'a ilişkin elimizdeki en önemli hukukî metinler, *Varro*'nun ve *Festus*'un zikretmiş olduğu tanımlardır. Bu tanımlardan *Varro*'nun metninde geçenler *Manilius* ve *Quintus Mucius Scaevola* tarafından; *Festus*'un metninde geçenler ise *Cincius* ve *Gallus Aelius* tarafından verilmiş tanımlardır, *Gai. Ins. 3, 173-174*'te de dolaylı olarak *nexum*'dan bahsedildiği söylenebilir, bkz. Buckland, Textbook, s. 429, dn. 7; Tomulescu'ya göre ise 1933'te bulunan yeni *Gaius* metinleri, *Gai. Inst. 3, 173-174*'teki ifadelerin *nexum* ile ilgisinin olmadığını göstermektedir, bkz. Tomulescu, *Nexum*, s. 52 vd.

¹⁴⁷ Buckland, Textbook, s. 429.

¹⁴⁸ Buckland, Textbook, s. 430; Kaser, *Ius*, s. 234.

¹⁴⁹ Lenel, *Nexum*, s. 86; Mitteis, *RP*, s. 138; Pflüger, *Nexum*, s. 19.

¹⁵⁰ “*cum nexum faciet mancipiumque*” şeklindeki ilk cümlemin XII Levha Kanunundan gelmiş olduğuna dair doğrudan bir delil yoktur, fakat *Festus*'un bunu zikrediş biçimi, bu konuda şüpheye yer bırakmamaktadır, bu yönde bkz. Roby, s. 303-304; Jolowicz, s. 168, dn. 1; Watson, *XII Tables*, s. 144, dn. 46; ayrıca karşı. Otto Gradenwitz, “Zu den XII Tafeln”, *Mélanges P. F. Girard*, tome premier, Larose & L. Tenin, Paris, 1912, s. 510; Popescu-Spineni ise doktrindeki genel kabulün aksine *Festus*'un *Epitome*'sinde yer alan ifadenin (*Festus p. 173*) XII Levha Kanununa ait olduğunu kabul etmemektedir ve bu ifadenin *Festus* parçasında adı geçen hukukçu *Cincius*'a ait olduğunu ileri sürmektedir, bkz. I. Popescu-Spineni, “Haben die Römer *per aes et libram* contrahiert?”, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, Roma, Cilt: II, Fusi, Pavia 1935, s. 549.

¹⁵¹ “...*nexum...mancipiumque*” ifadesindeki “*que*” bağlacının eski dönemlerde bazen (dilemizdeki “ve” ya da “ile” gibi) birleştirici bazen (“veya” gibi) ayırıcı olarak kullanıldığı ileri sürülmekte, bu nedenle de bu ifadeye ve bu bağlacın kullanılmış olmasına dayanılarak *nexum* ile *mancipatio*'nun bir bütün oluşturan tek bir işlem olduğunun ileri sürülemeyeceği savunulmaktadır, bkz. Kleinedam, s. 96 vd.; Kübler, *Nexum*, s. 267 vd.; Paul Jörs, Leopold Wenger, *Römisches Recht: Geschichte und System des römischen Privatrechts*, 2. Aufl., Verlag von Julius Springer, Berlin, 1927, s. 65, dn. 4, s. 152, dn. 4; Thormann, s. 269, dn. 3, von Lübtow, *Nexumproblem*, s. 120; Okko Behrends, “Das *nexum* im Manzipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libral Darlehens”, *Okko Behrends, Institut und Prinzip, ausgewählte Aufsätze*, herausgegeben von Martin Avenarius, Rudolf Meyer-Pritzl und Cosima Möller, Wallstein Verlag, Bd. II, Göttingen 2004, (*Nexum*), s. 590; ayrıca bkz. *D.50.16.53.pr*

*lingua nuncupassit*¹⁵², *ita ius*¹⁵³ *esto*” : “(bir kimse) bir *nexum* veya *mancipatio* yaptığında, söylediği söz, hukuk olsun¹⁵⁴”¹⁵⁵. XII Levha Kanunudaki bu hüküm ne anlama geldiği tartışmalı, anlaşılması güç ve belirsiz bir hükümdür¹⁵⁶. *Nexum* ile

(Paul. 59 ad. ed.); bununla birlikte *nexum* ve *mancipatio*’nun tek işlem olduğunu ve *nexum*’un *mancipatio* yerine kullanıldığını savunanların da olduğu görülmektedir, bkz. Lenel, *Nexum*, s. 87 vd., s. 93; Siegmund Schlossmann, *Nexum, Nachträgliches zum Altrömischen Schuldrecht*, A. Deichert, Leipzig, 1904, (Nexum), s. 4 vd.; Schlossmann, *Schuldrecht*, s. 30; Stintzing, *Nexum*, s. 11; Pflüger de “*nexum mancipiumque*” ifadesindeki “*que*”nin ayırıcı olarak kullanıldığını belirtmekle birlikte bu ikisinin tek bir işlem olduğunu ve yasadaki bu kullanımın yalnızca gereksiz bir tekrardan (totoloji-*Pleonasmus*) ibaret olduğunu savunmaktadır, bkz. Pflüger, *Nexum*, s. 33-34.

¹⁵² Eski Latince (ve XII Levha Kanunundaki hükümde) “*lingua nuncupare*” ifadesinin “konuşmak” anlamına geldiği belirtilmektedir, bkz. Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, zweiter Teil, zweite Abtheilung, 5. unveränderte Aufl., Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1898, s. 596, dn. 806; Tomulescu, *Nexum*, s. 73, dn. 64; bu ifadenin daha sonra ise tercihen yazı ve söze bağlı işlemler için işlemin yazılı kısmının aksine sözlü kısmını özellikle vurgulamak amacıyla kullanıldığı ifade edilmektedir, bkz. von Jhering, s. 596, dn. 806; fakat “*nuncupare*”nin genellikle kabul edildiği gibi “konuşmak” değil tam olarak “*mancipatio*’ya bir kayıt eklemek” anlamına geldiğinin savunulduğu da görülmektedir, bkz. Diósdi, *Contract*, s. 33.

¹⁵³ Bretone, “*ita ius esto*” cümlesindeki “*ius*” kelimesinin aynı anda hem subjektif hem de objektif hukuk anlamını ihtiva ettiğini, bir kuralı veya hükmü değil somut “hukukî durum”u ifade ettiğini belirtmektedir, bkz. Mario Bretone, *Geschichte des römischen Rechts, von den Anfängen bis zu Justinian* (Eseri İtalyanca aslının 1989 tarihli 3. baskısından çev.: Brigitte Galsterer), Verlag C. H. Beck, München, 1992, s. 70, dn. 90’a ait açıklamanın yer aldığı s. 285.

¹⁵⁴ Diósdi “*ita ius esto*” ifadesinin “söylenen söz hukuk olsun” (veya dilin söylediği hukuk olsun) şeklinde çevrildiğinde metnin asıl anlamını karşılamadığını belirtmektedir. Diósdi’ye göre “*ita ius esto*” ifadesi onaylayıcı nitelik taşımaktadır ve şu anlama gelmektedir: “bu hukuka uygundur”, “bu şekilde olması meşrudur”. XII Levha Kanunudaki hüküm, *mancipatio*’ya eklenmiş *nuncupatio*’nun kanunen bağlayıcı olduğu anlamını taşımaktadır, bkz. Diósdi, *Contract*, s. 33, s. 35.

¹⁵⁵ Farklı çeviriler için bkz. Popescu-Spineni, s. 549: “Maden külçesi ve terazi ile vasiyetname yapılacaksa, ağızdan çıkan söz hukuk olsun”; Ferid Ayiter, “Borç ve Mesuliyet, Türk hukuku tarihine ait metodolojik bir tetkik”, *Türk Hukuk Tarihi Dergisi*, Cilt: I, 1941-1942 (Basım Tarihi 1944), s. 171: “bir *nexum* mukavelesi ve bir *mancipatio* yapıldığı vakit, söylenen söz, hukuk olsun”; Scharr, s. 991: “Bir kimse bir ödünç taahhüdü ve şekle tâbi devir gerçekleştirdiğinde, şahitler önünde sözlü olarak beyan ettiği hukuk olsun.”; Tomulescu, *Nexum*, s. 73: “Bir kimse bir *nexum* veya *mancipatio* yaptığında, söylediği hukuk olsun”; Ziya Umur, *Roma Hukuku, Eşya Hukuku (Aynî Haklar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, (Eşya Hukuku), s. 70: “*nexum* ve *mancipatio* yaparken ağızdan çıkan beyanlar kanun olsun”; Bretone, s. 71: “Bir kimse bir yükümlülük altına (*nexum*) girdiğinde veya bir şeyi *mancipatio* ile devrettiğinde, sözlü olarak şart koştuğu hukuk olsun”; Sema Sandalcı, *On İki Levha Yasaları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Eskiçağ Dilleri ve Kültürleri Bölümü Latin Dili ve Edebiyatı Anabilim Dalı, İstanbul, 1993, s. 51: “(Taraf) yükümlülük bağı kurduğunda ve (iyelik) devri yaptığında, (mala sahip olmak için) diliyle nasıl bildirmişse öyle hükmolunsun.”; Düll, *Zwölftafelgesetz*, s. 39: “Bir kimse bir ödünç taahhüdü ve bir alım işlemi gerçekleştirdiğinde, sözlü olarak şart koştuğu hukuk olsun”; *Das Zwölftafelgesetz, Leges XII Tabularum*, herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Dieter Flach in Zusammenarbeit mit Andreas Flach, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2004, s. 96: “Bir kimse şahsıyla (bedeniyle) sorumlu olacak şekilde borç üstlendiğinde ve şekle tâbi devir işlemi yaptığında, sözlü olarak hitabı hukuk olsun” (Eser, bundan sonraki atıflarda “Flach ve Flach” olarak zikredilecektir).

¹⁵⁶ Kleineidam, s. 75; Mitteis, RP, s. 138.

ilgili olarak bu hükümden sağlıklı sonuçlara ulaşmanın mümkün olmadığını savunulduğu görülmektedir¹⁵⁷.

Nexum ile ilgili diğer metinler Romalı tarihçi *Livius*'un *Ab Urbe Condita* adlı eserinde¹⁵⁸ ve yine ona yakın bir dönemde yaşamış olan¹⁵⁹ Helen tarihçi Halikarnassos'lu *Dionysios*'un *Rhomaïke arkhaiologia* adlı eserinde¹⁶⁰ geçen parçalar¹⁶¹, *Varro*'nun *de lingua Latina*, 7, 105'teki anlatımları, *Festus*'un *nexum* ve *nexum aes* üzerine açıklamalarını içeren 3 parça, *Cicero*'nun farklı eserlerinden parçalar¹⁶², *Gaius*'un *Institutiones*'inden bir parça¹⁶³, *Frontinus*¹⁶⁴ ve *Boëthius*'tan birer parçadır¹⁶⁵.

Livius ve *Dionysios*'un yazmış oldukları metinlerde *nexum*'un hukukî niteliklerinden değil¹⁶⁶ eski dönemlerde borçları dolayısıyla *nexum* ile alacaklıların boyunduruğu altına girmiş olan borçluların düşmüş oldukları çaresiz ve kötü durumlardan bahsedilmektedir. *Livius* ve *Dionysios* ekonomik açıdan çaresiz kalmış insanların *nexum* yaptıklarını veya bunu yapmaya zorlandıklarını ve böylelikle alacaklıların egemenliği altına girmiş olduklarını anlatmaktadırlar¹⁶⁷. Bu parçalarda her ne kadar *nexus*'un¹⁶⁸ hukukî durumundan bahsedilmiş olsa bile ilişkinin nasıl kurulduğundan ve hukukî detaylardan söz edilmemektedir¹⁶⁹.

¹⁵⁷ Kleineidam, s. 75; Mitteis, RP, s. 138; bu hüküm özellikle *nexum* ile *mancipium*'un birbirinden farklı işlemler mi oldukları yoksa *nexum mancipiumque*'nin yeknesak bir işlemi mi ifade ettiği konusunda pek çok tartışmaya yol açmış bir hükümdür, fakat bu konudaki tartışmalar konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır.

¹⁵⁸ *Livius*'un *Ab Urbe Condita* adlı eserindeki *nexum* ile ilgili metinler ve bu metinlerle ilgili açıklamalar için bkz. Roby, s. 297 vd.; Kleineidam, s. 47 vd.; Thormann, s. 194 vd.

¹⁵⁹ Kleineidam, s. 62.

¹⁶⁰ *Dionysios*'un *Rhomaïke arkhaiologia* adlı eserinde geçen metinler ve bu metinlerle ilgili açıklamalar için bkz. Kleineidam, s. 62 vd.

¹⁶¹ *Livius* ve *Dionysios*'un eserlerini yazarlarken hangi kaynaklardan faydalandıkları, bu kaynaklar üzerinde ne şekilde çalışıp onları nasıl değerlendirmiş oldukları ve *nexum* ile ilgili araştırmalarda *Livius* ve *Dionysios*'un eserlerinden yararlanırken göz önünde bulundurulması gereken hususlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Thormann, s. 189 vd., s. 194, dn. 9.

¹⁶² Metinler için bkz. Roby, s. 304 vd.; Tomulescu, Nexum, s. 103 vd.

¹⁶³ *Gai. Inst. 2. 27: "...provincialis soli nexum non esse..."*

¹⁶⁴ "*Stipendiarii nexum non habent*" (de Zulueta, Nexum, s. 138, dn. 7'den naklen).

¹⁶⁵ de Zulueta, Nexum, s. 138; *Boëthius*'un metni için bkz. Stintzing, Nexum, s. 3, dn. 1; Pflüger, Nexum, s. 21.

¹⁶⁶ Thormann, s. 192.

¹⁶⁷ Kaser, Ius, s. 233.

¹⁶⁸ *Nexus*: *Nexum* işlemi ile alacaklısının egemenliği altına giren kişi, bkz. Umur, Lügat, s. 141.

¹⁶⁹ de Zulueta, Nexum, s. 138; Thormann, s. 192; Kaser, Ius, s. 233; Rado, Borçlar Hukuku, s. 50.

Cicero, Gaius, Frontinus ve *Boëthius*'un ise *nexum*'u maden külçesi ve terazi (*per aes et libram*) ile yapılan devir işlemi, yani *mancipatio* anlamında kullandıkları görülmektedir¹⁷⁰.

Hukukçuların *nexum*'a ilişkin görüşlerini aktaran, yani hukukî içerik açısından en önemli metinler, *Varro*'nun *de lingua Latina*, 7, 105'te yer alan metni¹⁷¹ ve *Festus*'un *nexum* ve *nexum aes* üzerine açıklamalarını içeren metinlerdir¹⁷². Bu eserlerde yer alan tanımlardan *Varro*'nun metninde geçenler *Manilius* ve *Quintus Mucius Scaevola* tarafından; *Festus*'un metninde geçenler ise *Cincius* ve *Gallus Aelius* tarafından verilmiş tanımlardır¹⁷³.

Varro'nun metninin bulunduğu el yazması (*Codex Laurentianus*) tahrip olmuş durumdadır¹⁷⁴ ve bunun sonucu olarak orijinal metin üzerinde pek çok değişiklik ve düzeltmelerin yapılmış olduğu görülmektedir¹⁷⁵. Metin üzerinde çalışan yazarların kendi görüşleri doğrultusunda değişiklik ve düzeltmeler öngörmesi

¹⁷⁰ Özellikle *Cicero*, *nexum* kelimesini ve zaman zaman da *nexi traditio*'yu, *mancipatio* anlamında kullanma eğilimindedir, bkz. *Cicero: Topica*, V, 28; *pro Murena*, II, 3; *de Oratore*, III, 40, 159; metinler ve *Cicero*'nun kullanımına ilişkin diğer örnekler için bkz. Pflüger, *Nexum*, s. 20 vd.; ayrıca bkz. Lenel, *Nexum*, s. 87; Gradenwitz, s. 519; de Zulueta, *Nexum*, s. 139; Thormann, s. 248; Lévy-Bruhl, s. 60; György Diósdí, **Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law**, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970, (Ownership), s. 64, dn. 10; Kaser, *RP I*, s. 43; Gerhard von Beseler, **Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen**, viertes Heft, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1920, (Beiträge), s. 101; Gerhard von Beseler, **Opora**, Universitätsverlag von Robert Noske, Leipzig, 1930, (Opora), s. 48.

¹⁷¹ Buckland, *Textbook*, s. 429, dn. 7; Diósdí, *Ownership*, s. 64, dn. 10; Watson, *XII Tables*, s. 111.

¹⁷² Buckland, *Textbook*, s. 429, dn. 7.

¹⁷³ Buckland, *Textbook*, s. 429, dn. 7.

¹⁷⁴ Bu konuda bkz. Kübler, *Nexum*, s. 256.

¹⁷⁵ *Varro* metninin üzerinde yapılmış farklı değişiklik ve düzeltmeler ile bu değişiklik ve düzeltmelere göre yeniden düzenlenmiş farklı metin örnekleri için bkz. Huschke, *Nexum*, ss. 32, 65, 129 dn. 180, 131; Roby, s. 305; Mommsen, *Schriften III*, ss. 126 dn. 1, 130, dn. 4 (Atıf yaptığımız eserdeki yazı Mommsen'in daha önce *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 23, 1902, ss. 348-355 arasında yayınlanmış "*Nexum*" başlıklı eseridir ve bu ilk eserde s. 349, dn. 1'in yedinci satırındaki son cümlede "*vocatur*" kelimesi yer almaktayken yazının yeni versiyonunda (s. 126, dn. 1'de yer alan *Varro* metninin yedinci satırında) "*dictum*" kelimesi kullanılmıştır); Kleineidam, s. 76; Schlossmann, *Nexum*, s. 23; Mitteis, *RP*, s. 138 vd.; Paul Kretschmar, "Zur Auslegung von *Varro, de Lingua Latina VII. 105*", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 30, 1909, (*Varro*), s. 62; Koschaker, s. 458; Lévy-Bruhl, s. 60; Kaser, *Ius*, s. 233, dn. 3; von Lübtow, *Geiselschaft*, s. 240.; Thormann, s. 180 vd.; Ayiter, s. 170, dn. 119; Ernst Schönbauer, "*Mancipium und nexus*", **Rivista Internazionale di diritto romano e antico (IURA)**, Cilt: I, 1950, s. 301 vd.; von Lübtow, *Nexumproblem*, s. 112; Kaser, *Eigentum*, s. 154; Watson, *XII Tables*, s. 112; Tomulescu, *Nexum*, s. 49; *Varro*'nun metninin son cümleye kadar olup son cümlesini içermeyen farklı versiyonları için bkz. Lenel, *Nexum*, s. 90; Pflüger, *Nexum*, s. 58; Flach ve Flach, s. 96 vd.; Kübler ise metin üzerinde sonradan yapılmış olan düzeltmelerin gereksiz olduğunu ileri sürmekte ve tek bir değişiklik önerisi getirmektedir, Kübler'e göre orijinal metinde yer alan "*quam*" yerine "*quom*" kelimesi gelmeli ve ilgili cümle şu şekli almalıdır: "*praeter quom Mancipio detur*", bkz. Kübler, *Nexum*, s. 258; Lévy-Bruhl de *Varro*'nun metninin mevcut haliyle iddia edildiği kadar anlaşılabilir olmadığını ve üzerinde çok değişiklik yapılması gerekmediğini savunmaktadır, bkz. Lévy-Bruhl, s. 61; aynı yönde bkz. Schönbauer, s. 301.

sonucunda farklı Latince metinler ortaya çıkmış ve bu da birbirinden farklı çeviri ve yorumların yapılmasına yol açmıştır¹⁷⁶. İlgili kaynak metinlerin asıl hali ve bu metinlerin nasıl çevrilmesi gerektiği konusunda doktrinde görüş birliği olmamasına rağmen metinlerin içeriğinin ana hatlarıyla da olsa ele alınması yararlı olacaktır. Bununla birlikte özellikle Varro'nun metni üzerinde yapılması gerektiği düşünülen değişiklikler ve bu değişiklikler için gösterilmiş olan filolojik gerekçelerin tek tek incelenmesi ise çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

Varro, *de lingua Latina*, 7. 105¹⁷⁷

“Nexum Manilius scribit omne quod per aes et libram geritur, in quo sint Mancipia; Mucius quae per aes et libram fiant ut obligetur praeter quom Mancipio detur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaeritur, nam id aes, quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Liber, qui suas operas in sevitutem pro pecunia quam debebat dabat, dum solveret, nexus vocatus¹⁷⁸, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret: et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti.”¹⁷⁹

Varro, önce Manilius'un¹⁸⁰ yapmış olduğu tanıma yer vermektedir. Manilius'un tanımından sonra Quintus Mucius Scaevola'nın¹⁸¹ yapmış olduğu

¹⁷⁶ Örnek olarak bkz. Popescu-Spineni, ss. 547, 549, 552-553; hatta aynı metin için birbirinden esaslı farkları olan çevirilerin yapılmış olduğu görülmektedir, örnek olarak bkz. Tomulescu, Nexum, ss. 51, dn. 17, 52, dn. 20.

¹⁷⁷ Burada aktarılan Varro metni, Mommsen'in vermiş olduğu metindir (bkz. Mommsen, Schriften III, ss. 126 dn. 1, 130, dn. 4), Mommsen'in vermiş olduğu metni kullanan diğer yazarlara örnek olarak bkz. de Zulueta, Nexum, s. 139; Behrends, Nexum, s. 577; Varro'nun elyazması metni ile ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Kübler, Nexum, s. 256 vd.

¹⁷⁸ Behrends, Mommsen'in vermiş olduğu metni kullanmakla birlikte, bu cümlede “vocatus” kelimesi yerine el yazmasında geçen “vocatur” kelimesini kullanmıştır, bkz. Behrends, Nexum, s. 577.

¹⁷⁹ Latince metin üzerinde çeşitli yazarlar tarafından öne sürülmüş muhtelif değişiklik ve düzeltmelere ilişkin bir değerlendirme için bkz. Tomulescu, Nexum, s. 49, dn. 16.

¹⁸⁰ Manilius'un kim olduğunu kesin olarak tespit etmek mümkün görünmese bile büyük olasılıkla M.Ö. 149 yılında consul olarak görev yapmış olan ünlü hukukçu olabileceği genellikle kabul edilmektedir, bu yönde bkz. Kleineidam, s. 77; Kübler, Nexum, s. 257, dn. 1; Stintzing, Nexum, s. 17; Ayiter, s. 179, dn. 141; Scharr, s. 992, dn. 5; Tomulescu, Nexum, s. 51, dn. 18.

¹⁸¹ Varro'nun zikrettiği Mucius'un büyük olasılıkla M.Ö. 95 yılında consul olarak görev yapmış olan Quintus Mucius Scaevola (Pontifex) olabileceği kabul edilmektedir, bkz. Stintzing, Nexum, s. 17; Pflüger, Nexum, s. 59; Leopold Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Druck und Verlag Adolf Holzhausens NFG, Wien, 1953, (Quellen), s. 481, dn. 79; Ayiter, s. 179, dn. 141; von Lübtow, Nexumproblem, s. 113; Tomulescu, Nexum, s. 51; Behrends, Nexum, s. 577 (bununla birlikte Behrends, Quintus Mucius Scaevola (pontifex)'in consul olarak görev yapmış olduğu yılı başka bir

tanıma değinmekte ve son olarak da *Quintus Mucius Scaevola*'nın yaptığı tanımları yorumlayarak kendi görüşünü belirtmektedir.

Varro'ya göre *Manilius*, maden külçesi ve terazi ile yapılan her işlemin *nexum* olarak adlandırıldığını ve *mancipatio*'nun da buna dâhil olduğunu belirtmektedir¹⁸². *Tomulescu*'ya göre bu ifadeden *nexum*'un maden külçesi ve terazi ile verilen bir ödünç olduğu sonucuna ulaşamaz, *Manilius*'un gerçekte bahsettiği hukukî işlemler yalnızca maden külçesi ve terazi ile yapılan vasiyetame, *mancipatio* ve maden külçesi ve terazi ile yapılan ödemedir¹⁸³.

Varro'nun ifadeleri uyarınca *Mucius*'a göre *nexum*, *mancipatio* dışında maden külçesi ve terazi ile yükümlülük altına girmek için kararlaştırılan her şeydir¹⁸⁴. *Kübler*'e göre *Varro* iki hukukçunun verdiği tanımlar arasında iki yönden farklılık olduğunu ifade etmek istemiştir¹⁸⁵. Birincisi: *Manilius*'un *nexum*'dan anladığı maden külçesi ve terazi ile yapılan bütün işlemlerken, *Mucius* yalnızca borçlandırıcı işlemleri *nexum* olarak görmektedir. İkinci olarak: *Manilius*, *mancipatio*'yu da *nexum* işlemlerinden saydığı halde, *Mucius* *mancipatio*'yu *nexum*'un dışında tutmaktadır. *Kübler*'e göre bu farklardan ilki verilen tanımlardan kendiliğinden de anlaşılabilen, ikinci farklılığı yaratan ise bizzat *Varro*'dur¹⁸⁶.

yerde M.Ö. 105 olarak göstermiştir, bkz. Behrends, *Nexum*, s. 566); Wenger, buradaki *Mucius*'un M.Ö. 133 yılının *consul*'ü (ve *Quintus Mucius Scaevola (pontifex)*'in babası) olan *Publius Mucius Scaveola* da olabileceğini belirtmekle beraber bunun daha düşük bir olasılık olduğunu ifade etmektedir, bkz. Wenger, *Quellen*, s. 481, dn. 79; Thormann ise doktrindeki baskın görüşün aksine bu konuda yeterli dayanak olmadığı için *Varro*'nun bahsettiği *Mucius* ile *Publius Mucius*'u mu yoksa *Quintus Mucius Scaevola*'yı mı kastettiğinin belirsiz olduğunu savunmaktadır, bkz. Thormann, s. 181, dn. 3; Kleineidam, *Quintus Mucius Scaevola*'nın adını vermekle birlikte, onun M.Ö. 133 yılında *consul* olduğunu belirtmiştir, bkz. Kleineidam, s. 77; fakat Kleineidam'ın ifadesinin aksine *Quintus Mucius Scaevola (pontifex)*'in M.Ö. 95 yılında *consul* olarak görev yapmış olduğu doktrinde genellikle kabul edilmektedir (ve M.Ö. 133 yılında *consul* olan *Quintus Mucius Scaevola (pontifex)* değil onun babası *Publius Mucius Scaveola*'dır), bkz. Paul Krüger, **Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts**, 2. Aufl., Verlag von Dunckler & Humblot, München und Leipzig, 1912, s. 64; *Kübler*, *Geschichte*, s. 138; Wenger, *Quellen*, s. 481; Max Kaser, **Römische Rechtsgeschichte**, 4. Nachdruck der 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1986, (RG), s. 166; Wieacker, RG, ss. 523, dn. 21, 549; Bretone, s. 50; Kunkel ve Schermaier, s. 138; Waldstein ve Rainer, ss. 135, 262.

¹⁸² *Nexum*'un maden külçesi ve terazi ile yapılan işlemler olarak değil mülkiyeti devredilen şey, yani *mancipatio* konusu olan şey olarak değerlendirildiği çeviriler ve yazarları için bkz. *Tomulescu*, *Nexum*, s. 51, dn. 17.

¹⁸³ *Tomulescu*, *Nexum*, s. 51.

¹⁸⁴ Farklı çeviriler için bkz. *Tomulescu*, *Nexum*, s. 52, dn. 20.

¹⁸⁵ *Kübler*, *Nexum*, s. 260.

¹⁸⁶ *Kübler*, *Nexum*, s. 260.

Tomulescu'ya göre ise bu metinden *nexum* olarak adlandırılan ve *per aes et libram* yani maden külçesi ve terazi ile verilen bir ödücün olduğu sonucu çıkarılamaz¹⁸⁷.

Varro, *Mucius*'un verdiği tanımın daha doğru olduğunu bizzat *nexum* kelimesinin gösterdiğini belirtmektedir. Bundan sonra gelen cümlelerin ise doktrinde farklı şekillerde yorumlandığı görülmektedir. Bunun sebebi ise bazı yazarların cümleyi el yazmasındaki haliyle değiştirmeden ele almasına karşılık başka yazarların cümleyi Mommsen'in yaptığı ve doktrinde genel kabul gören değişikliği esas alarak cümlelerin "...nam id *aes*, quod obligatur per libram neque suum fit, inde *nexum dictum*..."¹⁸⁸ şeklinde okunması gerektiğini ileri sürmelerinden kaynaklanmaktadır. Cümlelerin değiştirilmiş halini esas alan yazarlardan bir kısmı, cümlelerin terazi ile borçlanılan *aes*'in (maden külçesinin) "*neque suum*" ("onun olmayan") yani "*aes alienum*" (başkasının maden külçesi veya parası) olacağını ve buna bu nedenle *nexum* dendiği şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bir yorum getirmektedirler¹⁸⁹. Varro'nun burada *nexum* teriminin *neque suum*'dan ("onun değil") geldiğini belirlemek suretiyle yanlış bir etimolojik dayanak ileri sürdüğü¹⁹⁰ görülmektedir: *per aes et libram* (yani maden külçesi ve terazi ile) borçlanan borçlu, alacaklının mülkiyetine geçmez bu nedenle *nexum* olarak adlandırılır¹⁹¹. Varro'nun yapmış olduğu etimolojik açıklama yanlış bile olsa Varro bu açıklamayla, *nexum* yapmış bir borçlunun, efendisinin *dominium*'u (egemenliği) altında olan bir köleyle aynı durumda olmadığını ortaya koymaktadır¹⁹².

Festus'a ait metindeki tanımlar ise şunlardır (p. 165)¹⁹³: "**Nexum** est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur, id quod necti dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio . **Nexum aes apud**

¹⁸⁷ Tomulescu, *Nexum*, s. 54.

¹⁸⁸ Mommsen, *Schriften* III, s. 126, dn. 1; metni Mommsen'in yapmış olduğu bu değişikliği esas alarak değerlendiren yazarlar için bkz. Mitteis, *RP*, ss. 138, dn. 10, 139; Pflüger, *Nexum*, s. 58, dn. 103; de Zulueta, *Nexum*, s. 139, dn 4; von Lübtow, *Geiselschaft*, s. 240; Koschaker, s. 464; Behrends, *Nexum*, s. 177; Tomulescu, *Nexum*, s. 49.

¹⁸⁹ Bu yöndeki yorumlar için bkz. Koschaker, s. 464; Lenel ise cümleyi hem el yazmasında geçtiği şekliyle "...nam id est..." olarak kabul etmediği hem de Mommsen'in öngördüğü değişikliğe uygun olarak değiştirmedeği halde, "*id*" kelimesinden sonra hiçbir kelimenin gelmediğini savunarak aynı sonuca varmıştır. Lenel'e göre bu cümle şu şekilde olmalıdır: "...nam id quod obligatur per libram neque suum fit, inde *nexum dictum*", bkz. Lenel, *Nexum*, s. 95.

¹⁹⁰ Lenel, *Nexum*, s. 95, dn. 1; Pflüger, *Nexum*, s. 59; Gradenwitz, s. 511; Harris, s. 417; *Gaius*'un da *mutuum*'un *ex meo tuum*'dan türetildiğini ifade ederek (*Gai. Inst.* 3. 90) yine yanlış bir etimolojik dayanak ileri sürmüş olmasına yukarıda değinilmişti.

¹⁹¹ Kretschmar, Varro, s. 63; Watson, *XII Tables*, s. 112.

¹⁹² Harris, s. 417.

¹⁹³ Scharr, ss. 992-993.

antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur”: “Nexum, Gallus Aelius’un dediği gibi, maden külçesi ve terazi ile (*per aes et libram*) yapılan bütün işlemlerdir, buna “bağlanmış olmak” denir. Bu türden olanlar şunlardır: vasiyetname düzenlenmesi, *nexum* ile ödünç vermek (*nexi datio*)¹⁹⁴, böyle bir ödünç borcundan kurtulmak (*nexi liberatio*). *Nexum* yoluyla borçlanılmış olan paraya *nexum aes* (*nexum külçesi*) denir.”.

Bu metinlerden XII Levha Kanunundaki hüküm ve Varro’nun metni *nexum*’u maden külçesi ve terazi ile yapılan bir işlem¹⁹⁵ olarak nitelendirmektedirken, yine XII Levha Kanunundaki hüküm ve Festus’un metninde *nexum* borçlandırıcı bir işlem olarak nitelendirilmiştir. Fakat maden külçesi ve terazi ile yapılan diğer işlemlerin aksine bu birinci ve üçüncü metinlere göre *nexum* paranın farazî olarak değil fiilî olarak ödenmesine bağlıdır. Bu metinlere göre *nexum* bir para borcu (*pecunia obligata*) meydana getiriyorsa ve Varro’ya göre parayı alan kendisini kurtarana kadar (“*nexus, ut ab aere obaeratus*”) *nexus* olarak adlandırılıyorsa, bu ödemenin parayı alanın geri ödeme yaparak veya aldığı paranın karşılığını çalışıp ödeyerek kurtulması gereken bir sorumluluk doğurduğu söylenebilir¹⁹⁶.

b. *Nexum* ve *Mutuum*

Nexum’a ilişkin pek çok teori vardır ve yukarıda belirtildiği gibi bu çalışma kapsamında bu teorilerin tamamının incelenmesi ne mümkün ne de çalışmanın amacına uygun olacaktır¹⁹⁷. Bu nedenle burada yalnızca *nexum*’u maden külçesi ve

¹⁹⁴ Metinde Scharr, s. 993’te yer alan çeviri esas alınmıştır, bu yönde ayrıca bkz. Huschke, *Nexum*, s. 30 vd. *Nexum* ödünçünü kabul etmeyen Behrends ise burada *nexi datio*’yu maden külçesi ve terazi ile devir, *nexi liberatio*’yu ise maden külçesi ve terazi ile borçtan Kurtulma olarak değerlendirmektedir. Behrends’e göre, eski dönemlerdeki Roma hukukçuları *nexum* kelimesine borçla ilgili herhangi bir anlam yüklememişlerdi. Bu hukukçulara göre *nexum*, XII Levha Kanununda geçen ve maden külçesi ve terazi ile yapılan *mancipatio*’ya işaret eden çok eski bir işlemde başka bir şey değildi, bkz. Behrends, *Nexum*, s. 579; ayrıca bkz. Pflüger, *Nexum*, s. 36; Mitteis, *RP*, s. 141, dn. 16.

¹⁹⁵ Cicero da *nexum*’u bu şekilde değerlendirmektedir (*Cic. de orat. 3, 40, 159*: “*nexum, quod per aes et libram geritur*”) fakat Cicero’nun burada *nexum* ile kastettiğinin *mancipatio* olduğu gözden kaçırılmamalıdır, bkz. Kaser, *Ius*, s. 233, dn. 5.

¹⁹⁶ Kaser, *Ius*, s. 233.

¹⁹⁷ *Nexum*’a ilişkin olarak özellikle 19. yüzyılın son çeyreğine kadar ortaya konmuş görüşlere yönelik toplu bir değerlendirme için bkz. Heinrich Aemilius August Danz, **Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts**, Bd. II, 2. Aufl., Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1873, s. 21 vd.; günümüze daha yakın bir toplu değerlendirme için bkz. Tomulescu, *Nexum*, s. 39 vd.

teraziyle (*per aes et libram*) yapılan şekle bağlı bir ödünç sözleşmesi olarak kabul eden teori ve bu teoriye yöneltile eleştirilere değinilecektir.

Bu teori uyarınca *nexum* maden külçesi ve teraziyle yapılan (*per aes et libram*) bir hukukî işlemdir¹⁹⁸. Taraflar bir hukukî işlem olan *nexum*'u ödünç verme amacına yönelik olarak yapmaktadırlar.

Doktrinde eski dönemlerde birbirinden tamamen ayrılması gereken iki ayrı ödünç işlemi olduğu ileri sürülmektedir¹⁹⁹. Bunlardan şekle bağlı olan ödünçün *nexum*²⁰⁰ ve şekle bağlı olmayanın da *mutuum* olarak isimlendirilmiş olduğu genellikle kabul edilmektedir²⁰¹. Bu görüş uyarınca *nexum* daha çok ticarî amaçlar için kullanılmakta olup vadeli ve faizliyen²⁰², şekle bağlı olmayan ve çok eskiden beri uygulanmış olması muhtemel *mutuum* ise daha çok akrabalar ve dostlar arasında uygulanmakta olup faizsiz bir nitelik taşımakta ve genellikle kısa vadeler için verilmektedir²⁰³. Huschke, *nexum*'un *ius civile*'ye, *mutuum*'un da *ius gentium*'a ait birer kurum olduklarını belirtmektedir²⁰⁴. Huschke'ye göre *nexum*, *mutuum*'un bir

¹⁹⁸ Kaser, eski Roma'daki "sorumluluk ilişkileri"nin (*Haftungsverhältnisse*), Roma Hukukunun sonraki dönemlerinde uzun bir gelişimin sonucu olarak ortaya çıkmış *obligatio* (borç ilişkisi) kavramının ilk basamaklarını oluşturduğunu belirtmektedir. Eski dönemlerde henüz günümüzdeki anlamda bir sözleşme kavramının oluşmamış olması nedeniyle o dönemlerdeki hukukî işlemler (ve dolayısıyla *nexum*) için "*Haftungsgeschäft*" ("Sorumluluk işlemi" veya "Sorumluluk doğuran işlem") terimini kullanmaktadır, bkz. Kaser, RP I, ss. 149, 165; Kaser'in bu yöndeki kullanımını eleştiren Diósdí, sorumluluk kavramına işaret eden bir ifadenin Klâsik Hukuk Döneminde bile bulunmadığını vurgulayarak bu kavramın eski Roma Hukukuna en az sözleşme kavramı kadar yabancı olduğunu belirtmekte ve sözleşme yerine yapay bir terim olan "*Haftungsgeschäft*" kavramının kullanılmasını kabul etmeyerek eski Roma Hukukundaki bu işlemler için de sözleşme kavramını kullanmayı tercih etmektedir, bkz. Diósdí, Contract, s. 27, dn. 7; Girard, Roma Özel Hukukunun tanıdığı en eski sözleşmenin *nexum* olduğunu ileri sürmektedir, bkz. Girard, s. 519; aynı şekilde Jolowicz de *nexum*'un bilinen en eski sözleşme olduğunu ifade etmektedir, Jolowicz, s. 163.

¹⁹⁹ Huschke, *Nexum*, s. 49 vd.; Stintzing, *Condictio*, s. 1; Alexander, s. 7.

²⁰⁰ Alexander, s. 7; Kaser, *Mutuum*, s. 180 vd.; aynı yönde bkz. Egon Weiss, **Institutionen des römischen Privatrechts**, 2. Aufl., Verlag für Recht und Gesellschaft A. G., Basel, 1949, (RP), s. 340; Maurenbrecher, s. 31; Zimmermann, s. 156; Honsell, s. 118; bununla birlikte *nexum*'un ödünç işlemi ile ilgisinin bulunmadığını, eski Roma Hukukunda maden külçesi ve teraziyle yapılan ve *nexum* olarak adlandırılmış bir ödünç işleminin olmadığını savunan yazarlar da vardır, bu yöndeki görüşler için bkz. Lenel, *Nexum*, ss. 86, 88 vd., s. 95; Pflüger, *Nexum*, ss. 15, 19; Tomulescu, *Nexum*, ss. 48, dn. 14, 57, 70 vd.; Behrends, *Nexum*, s. 565 vd.; Behrends, *Zwölftafelprozess*, ss. 7, 38 vd., 151 vd.; Theo Mayer-Maly, **Römisches Recht**, 2. Aufl., Springer Verlag, Wien, New York 1999, s. 129.

²⁰¹ Huschke, *Nexum*, s. 48; Karlowa, RG II, s. 553; Alexander, s. 7; Kaser, *Mutuum*, s. 181; Kaser, RP I, s. 167; Zimmermann, s. 156.

²⁰² Huschke, *Nexum*, ss. 54, 96; Karlowa, RG II, s. 553; Alexander, s. 7; Kaser, *Mutuum*, s. 181; Kaser, RP I, s. 167; Zimmermann, s. 156.

²⁰³ Bkz. yuk. dn. 51.

²⁰⁴ Huschke, *Nexum*, s. 49.

türü değildir²⁰⁵ ve sadece para için değil her türlü misli eşya için kullanılabilen²⁰⁶ ve *ius gentium*’ ait olan *mutuum*, *nexum*’dan daha eski bir işlemdir²⁰⁷.

Nexum’un maden külçesi ve terazi ile ödünç verilmesinde kullanıldığını savunanlara göre *nexum*’un kurulması şu şekilde olurdu: kendisinden ödünç istenen kişi ödünç miktarını başlangıçta büyük olasılıkla maden külçesi şeklinde veya - basılmış paranın çıkmasından sonra- basılmış para şeklinde ödünç vermeye niyetlendiği kişiye, terazi tutanın (*libripens*) ve o tipteki hukukî işlemlerde daima bulunmaları gereken beş tanığın huzurunda ödünç alanın kendisine geri ödeme yapakla yükümlü olduğunu belirttiği bir söz kalıbını söyleyerek aynı anda maden külçesini tartardı²⁰⁸. Bunun üzerine ödünç alan *nuncupatio*’da²⁰⁹ törensel sözlerle ödünç aldığını ve aynı zamanda faiz şartı ve bunun gibi *nuncupatio*’ya dâhil ederek geçerli hale getirdiği kararlaştırılmış bütün yan anlaşmaları onaylardı²¹⁰.

Nexum’un maden külçesi ve terazi ile verilen bir ödünç olduğunu kabul etmeyen Tomulescu ise *nectere*’yi hizmetlerin *in iure cessio* ile hasredilmesi (*in iure cessio operarum*) olarak nitelendirmektedir²¹¹. Başka bir ifadeyle Tomulescu’ya göre *nexum*, alacaklı ile borcunu ödeyemeyen borçlu arasında *in iure cessio* şeklinde (*magistra* önünde) yapılan bir borç köleliği (*Schuld knechtschaft*) anlaşmasıdır²¹². Bu anlaşmaya göre borçlu alacaklıya daha önce *stipulatio* ile belirli bir miktar para ödeyeceğine dair taahhüdünü vadesinde yerine getiremediğinde, borcunu çeşitli hizmetler görerek ifa edeceğini taahhüt etmektedir²¹³. Tomulescu, Varro’nun metninin *nexum*’un maden külçesi ve terazi ile yapılan bir hukukî işlem olarak kabul

²⁰⁵ Huschke, *Nexum*, s. 49.

²⁰⁶ *Nexum* yalnızca para ödünçlerinde kullanılmaktadır, bkz. Huschke, *Nexum*, s. 49; Stintzing, *Condictio*, s. 2; Girard, s. 550; Weber, s. 678; von Lübtow, *Nexumproblem*, s. 140; MacCormack, *Gift*, s. 142.

²⁰⁷ Huschke, *Nexum*, s. 50; karşı görüşteki Alexander ise *ius civile*’nin ödünç işlemi olan *nexum*’un *mutuum*’dan daha eski olduğunu ve Roma’daki en eski ödünç işleminin *nexum* olduğunu ileri sürmektedir, bkz. Alexander, s. 8; Meyer-Pritzl de Roma Hukukunda ödünç sözleşmesinin kökeninin belirsiz olduğunu vurgulamakla birlikte, en eski ödünç sözleşmesinin (Meyer-Pritzl “ödünç yükümlülüğünün en eski şekli” (“*die älteste Form der Darlehensverpflichtung*”) ifadesini kullanmıştır fakat kanaatimizce bu ifade ile kastettiği şey ödünç sözleşmesidir) *nexum* olduğunu belirtmektedir, bkz. HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 688.

²⁰⁸ Huschke, *Nexum*, s. 50; Alexander, s. 8; de Zulueta, *Nexum*, s. 141.

²⁰⁹ *Nuncupatio*: Tanıklar huzurunda gerçekleşen törensel sözlü beyan. Maden külçesi ve teraziyle yapılan eski işlemlerde yer alması zorunlu olan bir unsurdur ve kalıp haline gelmiş belirli sözlerin söylenmesi suretiyle gerçekleştirilmesi gerekirdi, bkz. Berger, *EDRL*, s. 602, ayrıca bkz. Umur, *Lügat*, s. 143.

²¹⁰ Huschke, *Nexum*, s. 239, dn. 371; Alexander, s. 8.

²¹¹ Tomulescu, *Nexum*, s. 70 vd.

²¹² Tomulescu, *Nexum*, ss. 39, 57.

²¹³ Tomulescu, *Nexum*, s. 57.

edilmesi gerektiği yönündeki teoriye dayanak olarak gösterilemeyeceğini savunmaktadır²¹⁴. Behrends'e göre ise Tomulescu'nun bu değerlendirmesi, bu hukukî fiilin önemli unsurlarını, her şeyden önce borçlunun zincire vurulmasını ve borçlunun *status*'u üzerindeki etkisini hesaba katmamaktadır²¹⁵. Behrends, *nexum*'un şahsi borç köleliği doğuran en eski sözleşmesel borç ilişkisi olduğu görüşünü reddetmekte ve *nexum*'u çok eski dönemlere ait bir güvence (veya koruma) sağlama ayini olarak görmektedir²¹⁶. Behrends'e göre XII Levha Kanunun parçalarında (fragmanlarında) iki kez geçen *nexum* sözünün de, ödünç hukukuyla hiçbir ilgisi yoktur, daha çok sadece *mancipatio* hukukuna ait bir kurumdur²¹⁷.

Nexum işlemi ile XII Levha Kanununun borcunu ödeyemeyen borçlu için öngörmüş olduğu ağır icrai hükümlerden (muacceliyet tarihinden itibaren 60 gün içinde borcunu ödeyemeyen ve ödemesi için bir kefil de bulamayan borçlunun öldürülmesi, *Tiber* nehri ötesinde satılması veya parçlara ayrılması) kaçınılması için borçluya kendi isteğiyle kendisini alacaklının egemenliği altına sokarak aynı zamanda da borcunu çalışmak suretiyle ödeyebilme olanağı sunulduğu belirtilmektedir²¹⁸. Kendini bu şekilde alacaklının egemenliği altına sokma işlemi Romalı ve Helen tarihçilerin eserlerinde de karşımıza çıkmaktadır ve *nectere* veya *nexum se dare* olarak adlandırılmaktadır²¹⁹. *Nexi* olarak adlandırılmış olan ödünç borçlularının (Behrends buradaki ödünç borcunun *stipulatio* ile kurulduğunu savunmaktadır)²²⁰ borçlarını ödeyemeyeceklerini anladıklarında XII Levha Kanununun acımasız hükümleri yerine kendilerini *nectere* ile alacaklının egemenliği altına sokmayı tercih ettikleri belirtilmektedir²²¹. Bu anlamda *nexum* hem alacaklı hem de borçlu için daha avantajlı görülmektedir²²²: *nexus* çalışarak borcunu

²¹⁴ Tomulescu, *Nexum*, s. 55.

²¹⁵ Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 153, dn. 205.

²¹⁶ Behrends, *nexum*'u bir arazinin çevresinin çitle çevrilerek sınırlarının belirlenmesi suretiyle arazi üzerindeki egemenliğin sembolik olarak gösterilmesini sağlayan çok eski törensel bir fiil (*Hegungsakt*) olarak nitelendirmektedir, bkz. Behrends, *Nexum*, s. 596 vd.; *Ars Iuris*, Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Martin Avenarius, Rudolf Meyer-Pritzl und Cosima Möller, Köln, Kiel, Berlin 2009, Vorwort, s. 10.

²¹⁷ Behrends, *Nexum*, s. 565.

²¹⁸ Kleineidam, s. 55; Behrends, *Nexum*, s. 564; Savunen, s. 155.

²¹⁹ Behrends, *Nexum*, s. 564.

²²⁰ Behrends, *Nexum*, ss. 564, 579; aynı yönde bkz. Tomulescu, *Nexum*, s. 57.

²²¹ Behrends, *Nexum*, s. 564; aynı yönde bkz. Watson, *XII Tables*, s. 115.

²²² Watson, *XII Tables*, s. 115; Harris, s. 417.

ödeyebilecektir ve alacaklı da *nexus*'u satamayacaktır ve borçlu XII Levha Kanununun sert hükümlerinden kurtulmuş olacaktır²²³.

²²³ Savunen, s. 155.

İKİNCİ BÖLÜM

MUTUUM’UN UNSURLARI, ROMA SÖZLEŞMELER SİSTEMİNDEKİ YERİ, TAŞIDIĞI DİĞER ÖZELLİKLER VE AMACI

I. MUTUUM’UN UNSURLARI

Mutuum’un geçerli olarak meydana gelebilmesi için aranan unsurların neler olduğuna yukarıda değinilmişti. Bu başlık altında ise söz konusu unsurlar ayrı ayrı ele alınacaktır.

A. Taraflar Arasındaki Anlaşma (*Consensus*)

Mutuum’un sahip olduğu en göze çarpan özelliklerinden biri, sözleşmenin real sözleşme niteliği taşımasıdır. Başka bir ifadeyle ödünç konusunu oluşturan para veya misli eşyanın mülkiyetinin ödünç alana devredilmesi zorunluluğu (istisnalar saklı olmak üzere) sözleşmenin en temel unsurlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Klâsik Hukuk Döneminde bir real sözleşmenin kurulmasında tarafların karşılıklı iradelerinin de sözleşmenin kurucu unsurlarından kabul edilip edilmediği veya bu iradelerin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği hakkında ise farklı görüşler vardır.

19. yüzyılın sonu ile 20. yüzyılın başlarında ortaya çıkan bir görüş, sözleşmelerin kurulmasında *consensus*’u tamamen bir tarafa bırakıp yalnızca *obligatio* (borç ilişkisi) fikri üzerinde yoğunlaşarak²²⁴, sözleşmeleri, taraf iradelerinin manifestosu olarak kabul eden Pandektist yaklaşımı reddetmiştir²²⁵. 20. yüzyılın ortalarından itibaren ise, bu Pandektist yaklaşıma geri dönüş anlamında olmamakla birlikte, sözleşmelerin kurulmasında *consensus* unsurunun taşıdığı önemi vurgulayan görüş tekrar ağırlık kazanmıştır²²⁶.

²²⁴ Örnek olarak bkz. Pernice, *Vertragslehre*, s. 195 vd.

²²⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Roberto Fiori, “The Roman Conception of Contract”, **Obligations in Roman Law, Past, Present, and Future**, Edited by Thomas A. J. McGinn, Michigan 2012, s. 40.

²²⁶ Fiori bu görüşe, tarihsel koşulları ve hukukçuların katkılarını ayrı ayrı dikkate alan modern yöntemlerle ulaşıldığını ve dolayısıyla bu görüşün klâsik “hukukî işlem teorisi”nden daha gelişmiş ve incelikli bir yaklaşımının olduğunu savunmaktadır. Bu yaklaşım günümüzdeki fikirlerin basitçe geçmiş üzerine yansıtılması şeklinde bir hataya düşmemiş, daha çok irade teorisinin oluşturulmasında

Doktrinde *mutuum*'un kurulması için ödünç konusu şeyin mülkiyetinin devrinin yanında tarafların bu konudaki karşılıklı rızalarının da bulunması zorunluluğunun Klâsik Hukuk döneminde değil Klâsik sonrası dönemde, özellikle Doğu Romalı hukukçular tarafından kabul edilmiş bir prensip olduğunu savunanlar bulunmaktadır²²⁷. Örneğin von Lübtow'un görüşü uyarınca doğudaki hukuk öğretisine göre hukukî sonucu doğuran olgu, tarafların amaca yönelmiş gerçek (iç) iradeleri (*voluntas*) olarak kabul edilen niyetleridir²²⁸ (*animus*)²²⁹. O nedenle bir şeyin ödünç (*mutuum*) olarak mı bağış (*donatio*) olarak mı verildiğini de bu niyet belirler. Başka bir ifadeyle ödünçün bağıştan ayırt edilmesinde niyet (*animus*) kavramından yararlanılır. Klâsik dönem hukukçuları ise bu konuda farklı düşünmüşlerdir. Taraflar mülkiyetin devrindeki (*datio*) niyetlerini, açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde göstermişlerse (ödünç veya bağış), hangi sözleşme tipinin bulunduğunu ayrıca tespit etmeye çalışmak gerekmez. Fakat tarafların hangi sözleşmeyi yapmak istedikleri açıkça anlaşılamıyorsa hukukî işlemle gerçekte hangi amaca yöneldikleri, örneğin ödünç vermek mi bağış yapmak mı istedikleri, tarafların iradelerine göre değil daha çok genel yaşam tecrübeleri ve örf ve adet ölçütleri çerçevesinde araştırılmalıdır²³⁰. Yine von Lübtow'a göre, ödünç sözleşmesinde tarafların anlaşmaları başlı başına bağımsız bir manevi unsur teşkil etmez, sadece verme olgusundan (*datio*) ayrılması mümkün olmayan, bu olgunun içinde yer alan bir unsurdur²³¹. Ödünçte geri verme borcunun dayanağı, tarafların geri verme yükümlülüğü konusunda anlaşmaları değildir²³². Von Lübtow'un bu görüşlerine çeşitli eleştiriler yöneltmiştir, fakat bu konudaki eleştirilere ve farklı görüşlere

rol oynamış olan Roma dönemindeki hukuk âlimlerinin eserlerindeki belirli konu ve meselelerin ortaya çıkarılması yoluna başvurmuştur, bkz. Fiori, s. 41.

²²⁷ von Lübtow, *Condictio*, s. 103; von Lübtow, *Darlehen*, s. 18.

²²⁸ von Lübtow, *Darlehen*, s. 18.

²²⁹ *Animus* için Umur, "Justinianus hukukunda "niyet" anlamında kullanılan kelime. Belli bir amaca yönelen kayıtsız şartsız irade, istek." tanımını vermiştir, bkz. Umur, *Lügat*, s. 24. *Corpus Iuris Civilis*'te yer alan *animus*'un *Iustinianus*'un getirmiş olduğu bir yenilik veya en azından Klâsik Sonrası Dönem kaynaklı olduğu yönündeki eğilime karşın daha Klâsik Dönemden itibaren bu unsurun bilindiği savunulmaktadır, bkz. Berger, *EDRL*, s. 362; *animus* unsurunun *mutuum* için Klâsik Hukuk Döneminde de arandığı yönündeki görüş için bkz. Kaser, *RP I*, s. 237.

²³⁰ von Lübtow, *Darlehen*, s. 18.

²³¹ von Lübtow, *Darlehen*, s. 19; von Lübtow, Perozzi'nin görüşüne atıf yaparak real sözleşmelerde karşılıklı irade uyuşmasının kurucu unsur değil yalnızca tamamlayıcı bir unsur olduğunu belirtmektedir, bkz. von Lübtow, *Condictio*, s. 102, dn. 246.

²³² von Lübtow, *Darlehen*, s. 19; von Lübtow'a göre ödünçte alanın iade etme sorumluluğunun doğması daima şeyin verilmesine (*dare*) bağlı olmuştur, bkz. von Lübtow, *Condictio*, s. 98.

değinmeden önce *Digesta*'daki metinlerde konunun nasıl ele alındığını görmek faydalı olacaktır.

Bu tartışmada yol gösterici olabilecek kaynakların en önemlilerinden birisi *Digesta*'da yer alan *Paulus*'a ait bir parçadır²³³:

D.44.7.3.1 (Paulus 2 inst.)

“Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est.”

“Ayrıca bir borcun doğması²³⁴ için sadece paranın verene ait olması ve alanın mülkiyetine geçmesi yeterli değildir, bunun yanında paranın bir borç doğurmak niyetiyle (iradesiyle) verilmiş ve kabul edilmiş (*hoc animo dari et accipi*) olması gerekir. Dolayısıyla, birisi bana bağış yapmak niyetiyle parasını verirse, para ona ait iken benim olmuş olsa bile ona borçlanmış olmam, çünkü aramızda kararlaştırmış olduğumuz bu (yani bir borç ilişkisi kurmak) değildir.”

Bu metinde bir yükümlülüğün doğması için paranın temlik edilmesi ve alınmasının yeterli olmadığı, yükümlülüğün doğabilmesi için bir borç ilişkisi kurmak niyetiyle verilmesi ve kabul edilmesi gerektiği (*hoc animo dari et accipi*) vurgulanmaktadır. *Mutuum*'da borç ilişkisinin kurulabilmesi için ödünç konusu şeyin mülkiyetinin devrinin yanısıra zorunlu olan unsurun taraflar arasındaki irade uyuşması olduğu bu metinden açıkça anlaşılmaktadır²³⁵.

Von Lübtow, *Paulus*'un metninin Klâsik Hukuk Dönemindeki görüşü yansıtmadığını, bu metin üzerinde *interpolatio*²³⁶ yapıldığını savunmaktadır²³⁷. “*Hoc*

²³³ Fritz Raber, “*Hoc animo dare*”, **TR (Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 33, 1965, s. 58.

²³⁴ Burada kastedilen borcun ödünçten doğan bir borç olduğunu savunanlar bulunmaktadır, bkz. **Otto, Ed. Carl/Schilling, Bruno/Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand**: Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, Bd. IV, Leipzig 1832, s. 575 (*Digesta*'nın 44. kitabını Latince'den Almancaya çev.: **Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand**); *nascatur* kelimesinin yanında borcun *mutuum*'dan doğduğuna dair açıklayıcı bir not (*Glossa*) bulunduğu (“*nascatur: ex mutuo*”) ilişkin olarak bkz. Raber, s. 59, dn. 36.

²³⁵ Raber, ss. 59, 63.

²³⁶ *Interpolatio*: Yazılı bir metin üzerinde anlamını veya kapsamını değiştirmek, bazen kısaltmak veya basitleştirmek için, bile bile yapılan değişiklik. *Iustinianus*'un emriyle *Corpus Iuris Civilis*'i derleyen

animo” tabirinin Doğu Romalı hukukçular tarafından metne eklendiğini savunmakta ve bunu “*quasi creditos*” ifadesiyle değiştirmektedir²³⁸. Aynı şekilde “*ut obligatio constituatur*” ifadesinin de gerçek metinde bulunmadığını ve bunun sonucu olarak cümlelerin başında yer alan “*autem*” kelimesinin de üzerinin çizilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²³⁹. Fakat haklı olarak metnin borç ilişkisinin genel karakterinden bahseden bir önceki paragrafla olan bağlantısını sağlayan ifadeleri göz ardı eden von Lübtow’un önerdiği bu değişikliklerin yerinde olmadığı savunulmaktadır²⁴⁰. Von Lübtow da sonraki tarihli bir eserinde zikredilen bu son değişiklikten vazgeçmiş görünmektedir²⁴¹. Metnin Klâsik Hukuk Dönemindeki görüşü yansıtmadığını savunan von Lübtow’un aksine Pringsheim ve Raber bu metnin Klâsik döneme ait olduğunu kabul etmektedirler²⁴². Raber metnin Klâsik Hukuk Döneminin sonlarındaki teoriyi yansıttığını ileri sürmektedir²⁴³.

Paulus’un vurgulamış olduğu “*hoc actum est*”in (kararlaştırılan şey) ne şekilde anlaşılması gerektiği hakkında da farklı görüşler vardır. Von Lübtow’a göre *Paulus*, “*hoc actum est*”ten bahsederken bununla taraf iradelerini değil, objektif ve genel hayat tecrübelerinden çıkarılabilecek olan işlemin anlamını kastetmektedir²⁴⁴. Raber ise von Lübtow’un görüşüne katılmamakta ve işlemin anlamının hayat tecrübelerinden çıkarılabileceğini ve “*hoc actum est*”in bu anlamda kullanılmış olduğunu kabul etmemektedir²⁴⁵. Raber’e göre bu konuda Pringsheim’in yaklaşımı daha doğrudur²⁴⁶. Pringsheim, “*hoc quod inter nos actum est*”i (aramızda kararlaştırmış olduğumuz şey) “*hoc animo dari et accipi*” (vermek ve kabul etmek niyeti) ile bir tutmaktadır²⁴⁷. *Paulus*’un zikretmiş olduğu *animus* kavramının, Bizans

hukukçuların, Klâsik Dönem hukukçularından parçalar halinde aldıkları metinler ve imparator emirnameleri üzerinde yaptıkları değişiklikler için kullanılan tabir, bkz. Umur, Lügat, s. 95.

²³⁷ von Lübtow, *Condictio*, s. 103.

²³⁸ von Lübtow, *Condictio*, s. 103; von Lübtow sonraki tarihli başka bir eserinde “*hoc animo*” ifadesinin *interpolatio* olduğunu yine savunmakla birlikte bu sefer bu tabirin yerine “*sic*” kelimesini kullanmayı tercih etmiştir, bkz. von Lübtow, *Darlehen*, s. 17.

²³⁹ von Lübtow, *Condictio*, s. 103.

²⁴⁰ Raber, s. 62.

²⁴¹ von Lübtow, *Darlehen*, s. 17.

²⁴² Fritz Pringsheim, “*Id quod actum est*”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 78, 1961, (*Id quod actum est*), s. 79 vd.; Raber, s. 62 vd.

²⁴³ Raber, s. 63.

²⁴⁴ von Lübtow, *Condictio*, s. 103; von Lübtow, *Darlehen*, s. 18.

²⁴⁵ Raber, s. 60.

²⁴⁶ Raber, s. 60.

²⁴⁷ Pringsheim, *Id quod actum est*, s. 79; Pringsheim, “*id quod actum est*”i “işlemle kastedilen şey, tarafların işlemle tasavvur ettikleri şey” olarak nitelendirmiştir, bkz. Pringsheim, *Id quod actum est*, s.

dönemindeki *animus*'un öncüsü olduğunu belirtmektedir. Ancak Bizans dönemindeki *animus* zımnî, kişinin iç dünyasındaki bir irade oluşumuyken, klâsik dönemdeki *animus*, işlemde kendisi zikredilmemiş olsa bile varlığı farkedilebilen, tarafların (karşılıklı) rızasıdır. Klâsik dönemdeki *animus*'un Bizans dönemindeki *animus*'tan ayrıldığı nokta budur²⁴⁸. Raber'e göre Pringsheim bu ifadeleriyle, Klâsik Dönem hukukçularının iradenin yalnızca objektif değil sübjektif yönünü de dikkate aldıklarını kabul etmektedir²⁴⁹.

Klâsik Dönem Roma hukukçuları, *mutuum*'un real karakterini zedelemeksizin, tarafların gerçekte kararlaştırdıkları şeyin uygulanmasını sağlamaya çalışmışlardır. *Mutuum*'da *conventio*'nun taşıdığı önemi gösteren *Ulpianus*'a ait aşağıdaki metin, buna güzel bir örnektir²⁵⁰:

D.12.1.11.1 (Ulpianus 26 ad ed.)

“Si tibi dederō decem sic, ut novem debeas, proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. sed si dederō, ut undecim debeas, putat proculus amplius quam decem condici non posse.”

“Eğer sana dokuz borçlanman kaydıyla on verirsem, *Proculus*'un dediği gibi ve haklı olarak, hukuken dokuz'dan fazlasını borçlanmazsın. Ama eğer sana on bir borçlanman kaydıyla on verirsem, *Proculus*'a göre, on'dan fazlası talep edilemez.”

6; Wunner, “*id quod actum est*”in, hukukçuların bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde, tarafların açıkça kararlaştırmadıkları bir konuda çıkan hukukî problemi çözmeye çalıştıkları metinlerde kullanıldığını belirtmektedir, bkz. Sven Erik Wunner, **Contractus-Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht**, Böhlau Verlag, Köln, Graz, 1964, s. 179; Hausmaninger, ünlü Romalı hukukçu *Celsus* için “*id quod actum est*”in bireysel ve somut taraf iradesi anlamına geldiğini belirtmektedir, bkz. Herbert Hausmaninger, “*Id quod actum est* als Argumentationsfigur bei Celsus”, **Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag**, herausgegeben von Georg Klittingberg, Joh. Michael Rainer, Herwig Stiegler, Leykam Buchverlag GmbH, Graz, 1992, s. 160; “(*id quod actum est*)”in taraf iradesi anlamına gelmesi ve bu konu ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. Ulrike Babusiaux, ***Id quod actum est, zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess***, CH Beck, München, 2006, s. 1 vd.

²⁴⁸ Pringsheim, *Id quod actum est*, s. 79.

²⁴⁹ Raber, s. 61.

²⁵⁰ Zimmermann, s. 157.

Bu parçada iki olay ele alınmıştır ve her ikisinde de hukukî işlemin real ve rıza yönleri arasında bir çelişki vardır²⁵¹. Birinci olayda sadece 9 geri verileceği üzerine anlaşarak 10 verilmektedir. İkinci olayda ise, ödünç alan 11 geri vermeyi kabul etmiş, fakat buna rağmen yine yalnızca 10 almıştır²⁵². *Proculus*, yükümlülüğü bir olayda *conventio*'ya göre (10 yerine 9), diğer olayda *datio*'ya göre sınırlandırmıştır (11 yerine 10). Fakat bu, ikinci olayda *conventio*'nun tamamen göz ardı edildiği anlamına gelmez. Her iki olayda, sözleşmenin iki unsurunun da – uzlaşma ve paranın (10) mülkiyetinin devredilmesi- bulunması gerekir ve iki olay birbirinden yalnızca uzlaşma vasıtasıyla ayırdedilebilir. *Proculus* veya *Ulpianus*'un “*conventio*”, “*hoc animo dari et accipi*” veya “*id quod actum est*” ifadelerinden herhangi birisini kullanmamış olmaları da sözleşmenin kurulmasında rıza unsuru göz ardı ettikleri anlamına gelmemektedir²⁵³. Eğer birinci olayda, *Ulpianus/Proculus* sadece 9 için bir *condictio* tanıdılsa, bu ne alındıysa tam o miktarda şeyin iade edilmesine dair olan kuralın gevşetilmesi idi²⁵⁴, çünkü ilk olayda 10 verilmiş olmasına rağmen ödünç 9 için kurulmuş sayılmaktadır²⁵⁵. Buna karşın hukukçular, taraflar gerçekte ne üzerinde anlaşırsa onun esas alınmasında tereddüt etmemişlerdir, çünkü daha az miktar söz konusu ise, şeyin mülkiyetinin devri (*rei interventio*) gerekliliği de yerine getirilmiştir: az çokun içindedir (çok içinde azı da barındırır- çokun içinde az da vardır -*minus in maiore inest*)²⁵⁶. Ödünç veren ancak teslim ettiği miktar kadarını (9 teslim ettiyse 9'u) geri alabilir, fazlasını alamaz²⁵⁷. Yani ödünç verilen miktardan daha azının geri verileceğinin kararlaştırılması halinde bu geçerli olacaktır²⁵⁸. Bu durumda *mutuum*, ödünç verilmiş olan miktardan daha azı

²⁵¹ Zimmermann, s. 158; Herwig Stiegler, “*Do tibi X sic, ut IX debeas*”, **Iurisprudentia universalis: Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag**, herausgegeben von Martin J. Schermaier, J. Michael Rainer und Laurens C. Winkel, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien 2002, s. 752.

²⁵² Ayrıca karş. *D.2.14.17.pr. (Paulus 3 ad ed.)*: “*Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.*” : “Eğer sana on veririm ve bana yirmi borçlandığını kararlaştırırsak, on'dan fazlası için yükümlülük doğmaz; yani bir şeyin verilmesiyle kurulacak borç ilişkisi, sadece verilen şey ölçüsünde kurulabilir.”; Benke ve Meissel, s. 44; Zimmermann, s. 158; Stiegler, s. 752.

²⁵³ Stiegler, s. 752 vd.

²⁵⁴ Zimmermann, s. 158.

²⁵⁵ Benke ve Meissel, s. 44.

²⁵⁶ Zimmermann, s. 158.

²⁵⁷ Zimmermann, s. 158; *Proculus*'un savunduğu görüş şu sonucu doğurmaktadır: alacaklı birinci olayda 9'dan, ikinci olayda 10'dan fazlasını dava ile talep ederse, davayı *plus petitio* (fazla talepte bulunma) nedeniyle kaybederdi, bkz. Stiegler, s. 753.

²⁵⁸ Alexander, s. 12.

üzerinde kurulacaktır. İade edilecek olan bu miktarı aşan kısım ise muhtemelen bağış olarak görülmektedir²⁵⁹.

Bu durum ikinci olayda farklıdır. 11. sikke için, *mutuum*'un “real” unsuru gerçekleşmemiştir. 10 verildiyse ve 11 geri isteniyorsa, 11 için mülkiyetin devredilmesi zorunluluğu (*rei interventio*) yerine getirilmemiştir²⁶⁰. Bu nedenle *condictio*, bu durumda 10'dan fazlası için açılmaz²⁶¹. 10 verilip 11 için bir borç ilişkisi kurulmak isteniyorsa, ya 11. sikke için *mutuum* ile verilen 10'un yanısıra ayrı bir *stipulatio* yapılması veya başta 11'in tamamı için bir *stipulatio* yapılması gerekmektedir²⁶².

Ele alınan metinlerin gösterdiği gibi real sözleşme özelliğinin çok baskın olduğu *mutuum* ile ilgili olarak bile rızaîlik unsurunun zamanla artan biçimde vurgulanmaya başladığı görülmektedir²⁶³. Şurası açıktır ki her *datio*, *mutuum* için de açılan dava olan, *condictio*'nun açılması sonucunu doğurmaz. Malvarlığı (bağışlama durumunda olduğu gibi) alanı kalıcı olarak zenginleştirmek, bir borcu ifa etmek veya *drahoma* (çeyiz, cihaz) vermek için devredilmiş de olabilir²⁶⁴. Bu nedenle bir hukukî işlemin *mutuum* olarak nitelendirilebilmesi için yalnızca mislî şeylerin mülkiyetinin devredilmesine değil taraflar arasında bu devrin bir ödünç meydana getirmek için yapıldığına, yani alanın aldığı şey değerinde şeyi iade etmek zorunda olduğuna dair bir uyuşmanın da varlığına ihtiyaç vardır²⁶⁵.

Bu zihinsel unsur, *animus, ut obligatio constitutatur*, yani borç doğurma niyeti (amacı/iradesi), uzun süre yalnızca *datio*'nun yapılış amacıyla sınırlı kabul

²⁵⁹ Alexander, s. 12; Benke ve Meissel, s. 44; Benke ve Meissel 10 verilip 9 iade edilmesi üzerine kurulmuş bir ödünçte, ödünç verenin 10'uncu sikkeyi hataen vermiş olması durumunda bunu *condicto indebiti* (borç olmayan şeyin hataen borç sanılarak ödenmesi durumunda açılan sebepsiz zenginleşme davası) ile talep edebileceğini savunmaktadır, bkz. Benke ve Meissel, s. 44; fakat bu durumda açılacak davanın *condictio indebiti* olarak ifade edilmiş olmasının bir yanlışlık sonucu gerçekleşmiş olduğu ve burada Benke ve Meissel'in kastettiği davanın *condictio sine causa* (sebepsiz zenginleşme hallerinde sebepsiz zenginleşen kimselere karşı açılan davaların ortak ismi) olduğu belirtilmektedir, bkz. Stiegler, s. 757, dn. 53.

²⁶⁰ Zimmermann, s. 158.

²⁶¹ 11. sikke bakımından bir *datio*'nun yapılmamış olması ve bu nedenle geçerli bir *mutuum*'un kurulmamış olması, bütün işlemin geçersiz olması sonucunu doğurmaz: *utile per inutile non vitiatur*. 10 sikke için *condictio* açılabilir, bkz. Zimmermann, s. 158, dn. 50.

²⁶² Benke ve Meissel, s. 44.

²⁶³ Schwind, s. 300; Zimmermann, s. 156.

²⁶⁴ Zimmermann, s. 156.

²⁶⁵ Huschke, Darlehen, s. 25 vd.; Alexander, s. 18; Girard, s. 552; Kreller, *Mutuum*, s. 573; Schwind, s. 300; Di Marzo, s. 412; Raber, s. 58, s. 63; Benke, s. 232, dn. 268; Zimmermann, s. 156; Hausmaninger ve Selb, s. 213; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 47; Jung, s. 57; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 158; Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 149; HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 690.

edilmiştir²⁶⁶. Tam bir akdî uyuşma değildir²⁶⁷ ve ödünce ilişkin ayrıntıların düzenlenmesine olanak bırakmamaktadır²⁶⁸. Bununla beraber kaynaklardan anlaşıldığı kadarıyla, bu konuda zamanla gelişme olarak nitelendirilen bir değişimin gerçekleştiği görülmektedir²⁶⁹. Her şeyden önce *ius honorarium*²⁷⁰ geri ödeme zamanında taraflar arasında herhangi bir şekle bağlı olmadan yapılmış anlaşmaların göz önünde tutulması için çeşitli olanaklar tanımıştır²⁷¹. *Praetor*²⁷², alacaklının alacağını belirli bir vadeden önce istemeyeceğine dair yapılmış olan böyle bir şekilsiz anlaşmaya (*pactum de non petendo intra certum tempus*) dayanarak bir *exceptio pacti*²⁷³ tanıyabileceği gibi buna alternatif olarak borçluya bir *exceptio doli* (hile def'i) de tanıyabilirdi²⁷⁴. Fakat zamanla *mutuum*, diğer bütün sözleşmeler gibi, rızaya (*consensus*)²⁷⁵ dayanan gerçek bir borçlandırıci sözleşmeye dönüştü²⁷⁶, ancak

²⁶⁶ Zimmermann, s. 157; Hausmaninger ve Selb'e göre teslimin (*datio*'nun) amacı karşılıklı anlaşma ile tespit edilmeliydi. Amaç üzerindeki anlaşma, bir yandan mülkiyetin devredilmesini sağlayan teslimin (*traditio*) sebebini (*causa*) oluştururken diğer yandan sözleşme tipinin belirlenmesini sağlardı. Çünkü *mutuum* ile yine bir *datio*'nun gerçekleştiği âriyet, rehin, vedia, mevcut bir yükümlülüğün ifası, bağış veya borç olmayan bir şeyin ifası gibi olguların yalnızca *datio* ile ayırt edilmesi mümkün değildir, bkz. Hausmaninger ve Selb, s. 213 vd.

²⁶⁷ Zimmermann, s. 157.

²⁶⁸ Kaser, *Mutuum*, s. 170; Benke, s. 232; Zimmermann, s. 157.

²⁶⁹ Kaser, *Mutuum*, s. 171 vd.; Benke, s. 232, dn. 269; Zimmermann, ss. 157, 162.

²⁷⁰ *Ius Honorarium: Edictum*'lar (beyannameler) vasıtasıyla *magistra*'lar tarafından konulan ve örf ve âdetlerle kanunlar ve hukukçu içtihatlarından oluşan *ius civile* karşılığı olan hukuk kurallarının tamamına verilen isim. Bu kuralların çok büyük çoğunluğu *praetor* beyannamesi vasıtasıyla ortaya çıktığı için, *Ius Praetorium* ismini de alırdı, bkz. Umur, Lügat, s. 101.

²⁷¹ Kaser, *Mutuum*, s. 171; Zimmermann, s. 157.

²⁷² *Praetor*: Cumhuriyetin ilk devirlerinde, ordunun önünde giden (*praeire*) kumandanlar olmaları nedeniyle *consul*'lere verilen isim. *Praetor, imperium*'a sahip bir *magistra* olup daha çok şehirde kalır ve Romalılar arasındaki hukuk uyuşmazlıklarını tetkik ederek hâkime gönderirdi. M.Ö. 242 senesinde yabancılarla yabancılar ve yabancılarla Romalılar arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak üzere ikinci bir *praetor*'luk kurulmuştu, bkz. Umur, Lügat, s. 168.

²⁷³ *Exceptio pacti conventi*: Şekilsiz bir anlaşma (*pactum*) ile alacağını istemeyeceği konusunda anlaşmış olduğu borçlusuna, sonradan bu *pactum* ile *ius civile*'ye göre sukut etmemiş olan alacak davasını açan kimseye karşı borçlusunun ileri sürdüğü def'i, bkz. Umur, Lügat, s. 67 vd.

²⁷⁴ D.2.14.57.pr. (Florentinus 8 inst.): “*Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.*” : “Borçludan gelecekteki bir zaman için faiz kabul eden (alan) kişi, bu zaman süresince anaparanın ödenmesi için dava açmayacağına dair zımnî bir anlaşma yapmış sayılır.”; D.44.4.2.6 (Ulpianus 76 ad ed.): “*Non male dictum est, si creditor usuras in futurum acceperit, deinde pecuniam nihilo minus petat, antequam id tempus praetereat, cuius temporis usuras accepit, an doli exceptione repellatur. et potest dici dolo eum facere: accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus, quod est post diem usurarum praestitarum, et tacite convenisse interim se non petiturum.*” : “Alacaklı gelecekteki bir zaman için faiz kabul ederse (alırsa) fakat buna rağmen (bunu göz ardı ederek), almış olduğu faiz için geçmesi gereken zaman henüz geçmeden derhal anapara için dava açarsa, hile def'i ile karşı konup konamayacağının (engellenip engellenmeyeceğinin) sorulması yerindedir. Ve burada (alacaklının) hileli (kötü niyetli) davrandığı söylenebilir, çünkü faizin kabulüyle talebini ödenen faiz için geçmesi gereken zamanın sonuna kadar ertelediği ve bu esnada dava açmayacağına zımnî rıza gösterdiği kabul edilir.”; Kaser, *Mutuum*, s. 171; Zimmermann, s. 157; ayrıca karş. von Lübtow, *Condictio*, s. 135.

²⁷⁵ Karş. D.2.14.1.3 (Ulpianus 4 ad ed.); metinle ilgili değerlendirme için bkz. Fiori, s. 53 vd.

sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için buna ek olarak ödünç konusunun mülkiyetinin devredilmesi (*rei interventio*) de gerekmekteydi²⁷⁷. *Mutuum*'un rızaî boyutunun Klâsik Hukuk döneminde oldukça gelişmiş olduğuna, hatta geri ödeme süresine ilişkin anlaşmalara yer verilebildiğine yönelik bazı kanıtlar vardır²⁷⁸ ve bu anlaşmaların varlığı *ius civile*'ye dayanan *condictio*'nun açılmasının bu süre dolana kadar ertelendiği anlamına gelebilir²⁷⁹. Tabii ki bu gelişme Klâsik Dönemin sözleşmeler sisteminin genel olarak çözülmesine veya zayıflamasına paralel biçimde Klâsik Sonrası Dönemde de devam etmiştir²⁸⁰. Klâsik Sonrası Dönemde artık vurgu doğrudan taraflar arasındaki uzlaşma üzerindedir; *mutuum*'u diğer sözleşmelerden ayıran ve onu *contractus re* (real sözleşme) yapan *datio* sadece ek bir gereklilik olarak kalmıştır²⁸¹. *Mutuum* rızaî unsuru özünde barındırmaktaydı ve bu öz, Roma Hukukunda olmasa bile, bazı hukuk sistemlerinde ödünçün zamanla bir rızaî sözleşmeye dönüşmesini sağlamıştır²⁸².

²⁷⁶ Kaser, *Mutuum*, s. 173.

²⁷⁷ Zimmermann, s. 157.

²⁷⁸ Kaser, *Mutuum*, s. 172 vd.; Zimmermann, s. 157.

²⁷⁹ D.12.1.22 (*Iulianus 4 ex minic.*): “*Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si dictum non esset, quanti tunc fuisset, cum petitum esset. interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat. respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.*” : “Ödünç verilen şarabın mahkemede iadesi talep ediliyor. Sorulan, değer in takdirinde hangi anın esas alınması gerektiği: şarabın ödünç verildiği anın mı, *litis contestatio*'nun yapıldığı anın mı (uyuşmazlığın tespit edildiği anın mı), hükmün verildiği anın mı? *Sabinus*'a göre (*Sabinus* şöyle cevaplamıştır), ne zaman iade edileceği belirlenmişse, o zamanki değeri, belirlenmemişse, dava açıldığı zamanki değeri esas alınmalıdır. Değer in takdirinde hangi yer in esas alınacağını sordum. Cevapladı: belirli bir yerde iade edileceği kararlaştırılmışsa, o yerdeki değer, (bir yer) kararlaştırılmamışsa, davayla talepte bulunulan yerdeki değer esas alınır.”; aynı yönde bkz. D.13.3.4 (*Gaius 9 ad ed. provinc.*); Kaser, *Mutuum*, ss. 162, 173; Zimmermann, s. 157.

²⁸⁰ Zimmermann, s. 157.

²⁸¹ Zimmermann, s. 157; *Iustinianus* döneminde ise *mutuum*'un real sözleşme niteliğinin tekrar ağırlık kazanarak yükümlülüğün doğması için ödünç konusunun temlik edilmesi zorunluluğunun arandığı belirtilmektedir, bkz. Max Kaser, **Das römische Privatrecht - Die nachklassischen Entwicklungen**, zweiter Abschnitt, 2. neubearbeitete Aufl. mit Nachträgen zum ersten Abschnitt, Verlag C. H. Beck, München, 1975, (RP II), s. 369 vd.

²⁸² HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 690; ödünçün yalnızca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulabileceğinin kabul edilmesi yönündeki görüş, özellikle Alman Hukuk doktrininde 20. yüzyılın ortalarından itibaren ağırlık kazanmaya başlamış ve 2002 yılındaki Borçlar Hukuku Reformuyla da Alman Medenî Kanununda da benimsenmiştir, bkz. HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 697; bununla birlikte daha önce belirtildiği gibi İtalyan, Fransız ve Hollanda Medeni Kanunlarında ödünç halen real sözleşme niteliğini korumaktadır.

B. Ödünç Konusu Olan Eşyanın Mülkiyetinin Ödünç Alana Doğrudan Devredilmesi Zorunluluğu (*Datio*)

1. Genel Kural

Mutuum'da sözleşmenin kurulması için yalnızca tarafların karşılıklı rızaları yeterli görülmemiş, bunun yanında (istisnalar saklı olmak üzere) ödünç alanın malvarlığına dâhil olan ödünç konusunu oluşturan para veya mislî eşyanın mülkiyetinin ödünç alana ödünç veren tarafından doğrudan devredilmesi zorunlu tutulmuştur²⁸³. *Mutuum*'un kurulmasında başvuru olan temel model şöyle tasavvur edilmelidir: belirli miktarda para veya diğer mislî eşyanın maliki ödünç veren olarak ortaya çıkar ve ödünç konusu olan bu eşya üzerindeki mülkiyeti doğrudan bu amaca yönelik iradeyle yapılan bir *traditio* (teslim) ile ödünç isteyene temlik eder. Böylece “*ex meo tuum fieri*” koşulu yerine getirilmiş olur²⁸⁴. Hatta bu koşula öyle bir önem atfedilmiştir ki, kaynaklarda tekrar tekrar “*mutuum*” kelimesinin “*ex meo tuum fieri*”den türediği gibi gerçekte örtüşmeyen bir iddia öne sürülmüştür²⁸⁵. Hem *Gaius*'un hem *Paulus*'un bu konuda benzer ifadeleri bulunmaktadır:

Gai. Inst. 3. 90

“...unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.”

“...dolayısıyla buna “*mutuum*” deniyor, çünkü benim bu şekilde sana verdiğim, benim olmaktan çıkıp (*ex meo*) senin (*tuum*) oluyor.”

D.12.1.2.2 (Paulus 28 ad ed.)

“*Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non faciat tuum, non nascitur obligatio.*”

“Ödünç için kullanılan *mutuum* kelimesi, *meu* ve *tuum* kelimelerinden oluşmuştur, çünkü benim olan artık sana ait olacaktır ve bundan dolayı (benim olan) senin olmazsa, sözleşme meydana gelmez.”

²⁸³ Pernice, *Vertragslehre*, s. 237; Schulz, *CRL*, s. 509; Rabel, s. 101; von Lübtow, *Condictio*, s. 86; von Lübtow, *Darlehen*, s. 20; Harder, s. 166; Hausmaninger ve Selb, s. 214; Kaser ve Knütel, s. 231.

²⁸⁴ Alexander, s. 17.

²⁸⁵ Bkz. *Gai. Inst. 3. 90; D.12.1.2.2 (Paulus 28 ad ed.)*; Alexander, ss. 17-18, Zwölve, s. 23.

Paulus'un *D.12.1.2.2*'deki açıklamalarından anlaşılabileceği gibi ödünç verilen malın mülkiyeti ödünç verilen kişiye geçmezse, bir borç doğmayacak ve ödünç sözleşmesi meydana gelmeyecektir²⁸⁶. Von Lübtow'a göre sözleşmenin kurulmuş sayılması için mülkiyetin devredilmesi zorunluluğunu öngören teori, "*mutuum*" kelimesinin sözde kökeninden kaynaklanmamaktadır. *Mutuum* hakkında yapılmış bu "sözde" etimolojik açıklama, çok gelişmiş ve bilimsel temellere dayanan bir teorik anlayışın sonucu ortaya konmuş değildir. Başka bir ifadeyle, ödünç, hukuk öğretisince oluşturulmuş değildir, daha çok canlı alış-veriş hayatı içinde oluşmuştur. Hukuk bilimi onu alıp düzenleme konusu yapmak zorunda kalmıştır²⁸⁷. Ödücün, verilen şeyin bir elden çıkıp karşı tarafın eline geçmesiyle oluştuğu görülmüş ve alanın para üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceği tespit edilmişti. Çünkü ödünç alanın ödünç aldığı şeyden yararlanması, ancak onu elinde bulundurması halinde mümkün olabilirdi. Böylelikle ödücün amacına ulaşabilmesi için, ödünç alanın ödünç aldığı para miktarı üzerinde serbestçe tasarruf etme olanağına sahip olması gerektiği sonucuna varıldı. Bu amaç, ödünç alanın, kendisine ödünç verilen şeylerin mülkiyetini elinde bulundurması halinde gerçekleştirilebilir²⁸⁸. Ödünç konusunu oluşturacak olan misli şeyler *res nec Mancipi*²⁸⁹ mal kategorisinde idiler ve bunların mülkiyeti teslim (*traditio*) ile devredilirdi²⁹⁰. Bunun olabilmesi için ise ödünç verenin, ödünç verdiği şeyin maliki olması²⁹¹ ve şey üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekmektedir²⁹².

"*Ex meo tuum facere* (benimkini (benimkinden) seninki yapmak)" *mutuum*'un aslı özelliklerinden biridir²⁹³. Ödünç verilen şey veya şeylerin mülkiyetinin ödünç alana geçmesini sağlayan *datio*'nun (mülkiyetin devredilmesi)

²⁸⁶ *D.12.1.2.2 (Paulus 28 ad ed.):* "... si non faciat tuum, non nascitur obligatio." : "... (benim olan) senin olmazsa, (ödünçten doğan) borç meydana gelmez."; ayrıca bkz. Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 50, dn. 96.

²⁸⁷ von Lübtow, Darlehen, s. 15.

²⁸⁸ von Lübtow, Darlehen, s. 16.

²⁸⁹ *Res nec Mancipi*: *Res Mancipi* olmayan (İtalya'daki araziler ve binalar; köleler; fil ve deve hariç bütün yük ve çeki hayvanları, yani atlar, öküzler, katır ve eşekler; eski köy taşınmazları üzerindeki irtifaklar dışındaki) bütün mallar. Bu tip malların mülkiyeti şekle bağlı olmayan bir işlem olan *traditio* (teslim) ile devredilebilmekte idi. *Res Mancipi* ve *res nec Mancipi* ayrımı *Iustinianus* Hukukunda tamamen kalkmıştı, bkz. Umur, Lügat, s. 185.

²⁹⁰ Girard, s. 554.

²⁹¹ Girard, s. 554; von Lübtow, Darlehen, s. 16.

²⁹² Girard, s. 554.

²⁹³ Harder, s. 166; Zimmermann, s. 153.

gerçekleşmesi gerekiyordu²⁹⁴. Bu *datio* gerçekleştirildikten sonra, ödünç alan verene aldığı şeyi aynen değil (ödünç para aldıysa) aynı miktarı veya mislî bir şeyin ödünç verilmesi söz konusuysa aynı cins, miktar ve kalitede malı iade etmekle yükümlü olurdu²⁹⁵. *Datio* gerçekleştirilmedikçe yani ödünç verilen şeyin mülkiyeti ödünç alana geçirilmediği sürece borç doğmayacaktır²⁹⁶. Bu nedenle *mutuum* ile yalnızca ileride bir ödünç verileceğine dair yapılmış olan bir taahhüt olan ödünç vaadini (*pactum de mutuo dando*) birbirinden ayırmak gerekir²⁹⁷. Böyle bir ödünç vaadi Roma Hukukunda yalnızca bir önsözleşme niteliğindedir²⁹⁸ ve bu taahhüt *stipulatio* yoluyla gerçekleştirilmediği müddetçe, yerine getirilmesi dava yoluyla talep edilemeyecektir²⁹⁹.

Romalıların *mutuum*'un varlığını kabul ettikleri durumların tamamında, her bakımdan ödünç konusunun *traditio* ile doğrudan ödünç alana teslim edildiği ve ödünçün de bu *traditio*'nun gerçekleştirildiği anda geçerli olarak kurulduğunun kabul edildiği görülmektedir³⁰⁰. Hukukçular bu unsuru *mutuum* için yapılan “sahte” etimolojik açıklama ile desteklemişlerdir ve buna göre ödünç verilen şeyin mülkiyetinin alacaklı tarafından ödünç alana doğrudan devredilmesi gerekmektedir³⁰¹. *Paulus*'un da mecazî olarak belirttiği gibi, paralar (alacaklının

²⁹⁴ Girard, s. 554; Schulz, CRL, s. 509; Zimmermann, s. 153; Rado, Borçlar Hukuku, s. 49; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 150.

²⁹⁵ Zimmermann, s. 153; Nelson ve Manthe, s. 81; örneğin karş. *D.12.1.3 (Pomponius 27 ad sab.)*: “Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aequae bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intellegitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.” : “Bir şeyi ödünç olarak verdikçe, aynı cins ve kalitede şeylerin geri verileceğini kararlaştırmış olmasak da, borçlu aynı cinsten olsa da daha kötü olan bir şeyi geri veremez, örneğin yıllanmış şarap yerine yeni şarap veremez. Çünkü bir sözleşme yapılırken gerçekte ne kastedildiyse o kararlaştırılmış sayılmalıdır. Ancak buradaki durumda verilmiş olanla aynı cins ve kalitede olan şeylerin geri verilmek zorunda olduğu kabul edilmelidir.”

²⁹⁶ Girard, s. 554; Zimmermann, s. 154; Rado, Borçlar Hukuku, s. 48 vd.; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 150.

²⁹⁷ Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 158.

²⁹⁸ Günümüz hukukunda ise ödünç sözleşmesinin rızaî sözleşme niteliği taşıdığı hukuk düzenlerinde (İsviçre (İBK md. 312), Türk (TBK md. 386), Alman (BGB²⁰⁰² § § 488, 607) ve Avusturya (ABGB § 983) hukuklarında) taraflar ödünç verileceği ve alınacağı üzerine anlaşmalarından itibaren ödünç sözleşmesi kurulmuş sayılmaktadır, bkz. Rado, Borçlar Hukuku, s. 49; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 53.

²⁹⁹ Kunkel ve Honsell, s. 297; Zimmermann, s. 154; Hausmaninger ve Selb, s. 213; Rado, Borçlar Hukuku, s. 49; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 52 vd.; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 150; Kaser ve Knütel, s. 231; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 158.

³⁰⁰ Alexander, s. 31.

³⁰¹ von Lübtow, Darlehen, s. 20; Zimmermann, s. 158.

ellerinden borçlunun ellerine) “geçmezse”, ödünç sözleşmesi kurulamazdı³⁰². En eski dönemlerden itibaren ödünçün, ödünç konusunun elden ele teslim edilerek kurulacağı düşüncesi egemendi³⁰³. Başka bir ifadeyle ödünç verenin ödünç konusu şeyi alana doğrudan vermesi, mülkiyeti teslimle doğrudan alana devretmesi gerekmektedir³⁰⁴.

Ödünçle ilgili bakış açısının kavramsal olarak bu kadar sınırlı olması ve ödünç konusunun doğrudan ödünç alana teslim zorunluluğunun aranması, elverişsiz sonuçların ve anlamsız bir kuralcılığın doğmasına neden olmuştu³⁰⁵. Her şeyden önce *mutuum*’un bu şekilde kurulabilmesi için hem ödünç alanın hem de ödünç verenin aynı zamanda aynı yerde bulunması gerekmektedir³⁰⁶. Fakat çoğu zaman bu mümkün olmamaktaydı. Sözleşme yapmak isteyen tarafların aynı yerde bulunmaması durumunda taraflar arasındaki mesafe önemli bir sorun teşkil etmekteydi. Roma İmparatorluğu en geniş alana yayılmış imparatorluklardan biriydi ve Romalıların “bizim deniz” (*mare nostrum*) olarak adlandırmış oldukları Akdeniz, imparatorluğun bütün merkezlerini birbirine bağlayan büyük bir ulaşım yoluydu³⁰⁷. Sonuç olarak parayla ilgili işlemlerin imparatorluğun her yerinde rahatça gerçekleştirilebilmesi gerekiyordu fakat Roma Hukukunda ödünç sözleşmesinin bu özelliği bunun yapılmasını oldukça zorlaştırıyordu³⁰⁸.

Ticarî hayattaki gelişim, bu zorlukların aşılmasını gerektirmiş ve ödünç konusunun doğrudan verilmesinin söz konusu olmadığı bazı hallerde de bir ödünçün hukuken geçerli olarak kurulduğunun kabul edilmesi zorunluluğunu doğurmuştur³⁰⁹. Ticarî hayattaki hareketliliğin bir sonucu olarak ve hakkaniyetin gerektirdiği sebeplerle bazı durumlarda doğrudan mülkiyetin nakli (*datio*) zorunluluğundan vazgeçilmiş ve sözleşme taraflarının her ikisinin iradesi de bir *mutuum* kurmak yönündeyse, ödünç konusunun yalnızca farazî olarak teslimi yeterli görülmüştür³¹⁰.

³⁰² D.12.1.2.3 (Paulus 28 ad ed.): “...item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia...” : “...Ayrıca, para (bir malvarlığından diğerine) geçmezse *mutuum* kurulamaz...”; bkz. Harder, s. 167; Zimmermann, s. 158.

³⁰³ Pernice, Vertragslehre, s. 237; Rabel, s. 101; von Lübtow, Darlehen, s. 20.

³⁰⁴ von Lübtow, Darlehen, s. 20.

³⁰⁵ Zimmermann, s. 158; Zwölve, s. 20.

³⁰⁶ Zwölve, s. 21.

³⁰⁷ Zwölve, s. 20.

³⁰⁸ Zwölve, s. 21.

³⁰⁹ Alexander, s. 31; ayrıca bkz. Buckland, Textbook, s. 463; Harder, s. 167; Hausmaninger ve Selb, s. 214; Kaser ve Knütel, s. 231.

³¹⁰ Alexander, s. 31; bu yönde bkz. Kunkel ve Honsell, s. 298; Harder, s. 167; Kaser ve Knütel, s. 231.

Bu durum, başlangıçta aranan bir şart olan doğrudan teslim (*traditio*) yerine kısa elden teslime (*traditio brevi manu*)³¹¹ ilişkin ilkelerin çok geniş anlamda uygulanmasıyla açıklanabilir³¹². Ödücün kurulmasında eski hukukun aradığı katı ve şekilci formaliteler zamanla ister istemez bir tarafa bırakılmak zorunda kalınmış ve böylece bir ödücün kurulması için –gelişen hukukî ve ticari hayatın gereklerine uygun olarak- yeni olanaklar tanınmıştır³¹³. Aşağıda zamanla yaşanan bu değişimin sonucu olan yeni uygulamaları ayrı ayrı ele alacağız³¹⁴.

2. Ödünç Sözleşmesinin Temsil Yoluyla Kurulması

Bu başlık altına kadar incelemiş olduğumuz *mutuum* kavramı, hep ödünç verenin ödünç konusunu alana doğrudan teslim etmesiyle kurulan, *mutuum*’un ilk ve en yalın halini kapsamaktaydı. Fakat bu şekilde gerçekleşen mülkiyet devrinin eski Roma Hukukuna göre de her zaman doğrudan olması şart değildi³¹⁵.

Roma Hukukunda temsile ilişkin olarak, hiç kimsenin egemenlik altında olmayan bir temsilci aracılığıyla hak kazanamayacağı ve (*ius civile*’ye göre) hiç kimsenin üçüncü bir kişiyi yükümlülük altına sokacak şekilde bir taahhütte bulunmayacağı ilkeleri geçerliydi³¹⁶. Başka bir ifadeyle Roma Hukukunda bugünkü

³¹¹ *Traditio brevi manu*: Kısa elden teslim. Mülkiyeti devredilecek olan malı, kira, âriyet, vedia gibi başka bir sebeple elinde bulunduran kişinin malın mülkiyetini satış veya bağışlama gibi bir sebeple kazanması halinde söz konusu olurdu. Malı elinde bulundurandan geri alıp tekrar maddî teslim yapmaya gerek kalmazdı ve sırf mülkiyeti nakletme niyetiyle malın mülkiyeti devredilmiş olurdu, bkz. Berger, EDRL, s. 740; Umur, Lügat, s. 212.

³¹² Von Savigny, ödünçte önceleri ödünç alana karşı bir dava hakkı kazanılmasının yalnızca paranın doğrudan verilmesiyle mümkün olacağı şeklindeki katı ilkenin geçerli olduğunu belirtmektedir. Fakat zilyetliğin kazanılmasına ilişkin kuralların daha özgür bir şekil almasının, ödücün kuruluş şekilleri üzerinde de etkili olduğunu ifade etmektedir, bkz. Friedrich Carl von Savigny, **System des heutigen römischen Rechts**, Bd. I, Deit und Comp., Berlin, 1840, (Bd. I), s. 281, dn. (s); Alexander, s. 33; Girard, s. 556; Buckland, Textbook, s. 464; Belgin Erdoğan, “*Condictio De Bene Depensis*”, **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 2354, Hukuk Fakültesi No. 530, İstanbul, 1977, (Condictio), s. 258; Jung, s. 103.

³¹³ Alexander, s. 56; Harder, s. 167; Hausmaninger ve Selb, s. 214; Kaser ve Knütel, s. 231.

³¹⁴ Farklı görüşteki Jung, Roma’da ödünce uygulanan kurallarda böyle doğrusal bir gelişimin yani eski çağlardan günümüze yaklaştıkça ödünce uygulanan kurallarda bir ilerlemenin olduğunu kabul etmemekte, tersine Klâsik Öncesi Dönemde, doğrudan teslim kuralının çok katı uygulanmadığı örneklerin görüldüğünü buna karşın Klâsik Dönemdeki anlayışın daha katı olduğunu ileri sürmekte ve Klâsik Öncesi hukukçularından *Labeo*’nun bir metnini bu iddialarına dayanak olarak göstermektedir, bkz. Jung, ss. 143, dn. 390, 146 vd.; Jung’un bu görüşlerine yöneltmiş yerinde eleştiriler için bkz. Schanbacher, s. 616 vd.

³¹⁵ Alexander, s. 29.

³¹⁶ Kaser, RP I, s. 260.

anlamda doğrudan temsil kurumu bilinmemekteydi³¹⁷. Kural olarak her sözleşme, sözleşmeyi yapan taraflar arasında sonuç doğurur, yalnızca taraflar alacaklı ve borçlu olurlardı³¹⁸. Roma Hukukunda bir borç ilişkisinin, borç doğuran fiil veya işlemlere katılmamış kimseler hakkında sonuç doğurması tasavvur edilemiyordu (*alteri stipulari nemo potest*)³¹⁹.

Kaynaklarda *mutuum* için bu prensibe aykırı bazı kuralların uygulanmış olduğu görülmektedir. Genel olarak bir kişi bir başkasının bilgisi ve rızası dâhilinde bir şey veya bir miktar parayı yine bu başkasının adına üçüncü bir kişiye ödünç verirse, hukuken tam olarak geçerli bir ödünç sözleşmesi kurulmuş olacaktır³²⁰. Bu *mutuum*, verenle alan arasında değil, verenin malı adına verdiği kişiyle alan arasında kurulmuş sayılır. Burada ödünç verilen şeyin veya paranın kendisi adına ödünç verilen ödünç alacaklısı olan kişiye ya da onun temsilcisi olarak ödünç veren kişiye ait olup olmamasının *mutuum*'un tamamen geçerli olarak kurulması açısından hiçbir önemi yoktur³²¹. Aşağıdaki *Digesta* metinlerinde buna ilişkin açıklamalar yer almaktadır:

D.12.1.9.8 (Ulpianus 26 ad ed.)

“...si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederò, tibi acquiritur obligatio,...”

“...eğer kendi paramı senin adına ve senin onayınla veririm, bir alacak hakkı kazanırsın...”

D.12.1.2.4 (Paulus 28 ad ed.)

“...si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint.”

³¹⁷ Kaser, RP I, s. 260; Kunkel ve Honsell, s. 111; Hausmaninger ve Selb, s. 320; Rado, Borçlar Hukuku, s. 160.

³¹⁸ Kaser, RP I, s. 260; Rado, Borçlar Hukuku, s. 160.

³¹⁹ Rado, Borçlar Hukuku, s. 160 vd.; *D.45.1.38.17 (Ulpianus 49 ad sab.)*: “*Alteri stipulari nemo potest...*” : “Hiç kimse başkası adına *stipulatio* yapamaz...”; bu prensibin bütün borç ilişkileri için geçerli olmasına ilişkin olarak bkz. Kaser, RP I, s. 491.

³²⁰ Alexander, s. 29; Kaser, işlemi yapan bu kişinin veya ödemeyi yapan bankerin, malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi olan ve ödünç vermek isteyen kişinin *procurator*'u veya yardımcısı olarak nitelendirildiğini belirtmektedir, bkz. Kaser, RP I, s. 263; ayrıca bkz. Kunkel ve Honsell, s. 113, dn. 9.

³²¹ Alexander, s. 29.

“...benim onayım ile ödünç para verirken, yani paralar bana ait olmasa da dava açma hakkı bana aittir.”

D.45.1.126.2 (Paulus 3 quaest.)

“...plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur...”

“...sadece eğer özgür bir insan bizim adımıza, bize ifa edilmek (geri verilmek) üzere, kendisinin parasından veya bizim paramızdan ödünç verirse, ödünç verilen paradan doğan alacak hakkını bize kazandırır...”

Hatta bir kimsenin kendi parasını başkası adına onun yokluğunda ve rızası da olmaksızın ödünç vermesi halinde, yokluğunda kendisi adına ödünç verilen ödünç alan arasında bir *mutuum*’un kurulduğunu kabul edecek kadar ileri gidilmiştir³²². Klâsik Hukuk Döneminde, Roma imparatoru *Traianus* (M.S. 98-117) zamanında yaşamış olan hukukçu *Aristo Titius*³²³ tarafından ifade edilen bu görüşü yine Klâsik Hukuk Döneminin en önemli hukukçularından biri olan *Iulianus* ve yazmış olduğu *Edictum* şerhinde bu hukukçuların görüşlerini hiçbir ekleme yapmadan ve tereddüt etmeden tekrar eden *Ulpianus* da onaylamıştır:

D.12.1.9.8 (Ulpianus 26 ad ed.)

“Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, aristo scribit adquiri tibi conductionem: iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse aristonis sententiam...”

“Senin yokluğunda ve bilgin olmadan kendi paralarımı senin adına (sanki seninmiş gibi) veririm, *Aristo*’nun yazdığı gibi, bir *condictio* kazanırsın. Keza bu konuda görüşü sorulan *Iulianus* da (*Digesta*’sının) 10. kitabında *Aristo*’nun görüşünün isabetli olduğunu yazar...”

³²² Alexander, s. 30.

³²³ *Aristo Titus*: İmparator *Traianus* zamanında (M.S. 98-117) yaşamış ve M.S. birinci yüzyıldan ikinci yüzyıla geçildiği dönemde *Iavolenus* ve *Neratius* ile birlikte en önemli Klâsik Dönem hukuçularından biri, bkz. Wolfgang Kunkel, **Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen**, Böhlau Verlag, Weimar, 1952, s. 141 vd.; Umur, Lügat, s. 26.

Ödünç isteyen, ödünç konusunu bizzat teslim almaya ihtiyaç duymadığı, onun yerine bir üçüncü kişiyi görevlendirebileceği durumlarda, ödünç verenin olduğu gibi ödünç alanın da temsil edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Bu durumda da ödünç, ödünç verilen şeyi alan ve veren arasında değil, sadece veren ve eğer veren kendisi adına hareket etmiyorsa, adına ödünç verdiği kişi ve adına ödünç alınan kişi arasında kurulmuş olur³²⁴.

D.50.17.180 (Paulus 17 ad plaut.)

“Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset.”

“Başkasının talimatıyla ifa edilen (ödenen), kişinin kendisine ifa edilmiş (ödenmiş) olan gibidir.”

3. Ödünç Sözleşmesinin Ödünç Konusunun Doğrudan Teslim Edilmeden Kurulduğu Diğer Durumlar

a. Ödünç Konusunun Ödünç Sözleşmesinin Kurulmasından Önce Ödünç Alanda Bulunması Durumu

Ödünçün, ödünç konusu doğrudan teslim edilmeden de kurulabileceği hallerden ilki, ödünç isteyen, ödünç konusu olmaya müsait ve ödünç isteyeceği kişiye ait olan bir miktar şeyi zaten elinde bulundurması halidir³²⁵. Buna örnek olarak ödünç istenecek kişiden önceden vedia (*depositum*) olarak bir miktar para alınmış olmasını gösterebiliriz³²⁶. Bu durumda ödünç verme niyetinde olan kişi, ödünç isteyen vedia alana ödünç konusu olarak tekrar bir miktar para vermek yerine, vedia olarak saklaması için vermiş olduğu parayı ödünç olarak kullanmasını sağlayabilirdi³²⁷. Burada tarafların vedia sözleşmesi yapma niyetlerini ödünç

³²⁴ Alexander, s. 30.

³²⁵ Bkz. *D.17.1.34.pr. (Africanus 8 quaest.); D.12.1.9.9 (Ulpianus 26 ad ed.)*; Alexander, s. 31; von Lübtow, Darlehen, ss. 25, 55 vd.; Benke ve Meissel, s. 55; Zimmermann, s. 158.

³²⁶ Bkz. *D.17.1.34.pr. (Africanus 8 quaest.); D.12.1.9.9 (Ulpianus 26 ad ed.)*; paranın vedia alana (saklayana) bir kese veya kutu içinde aynı paraların iade edilmesi koşuluyla verilmiş olması gerekirdi. Saklanması için verilen paraların açık bir biçimde ve aynı paraların değil de aynı cins ve miktarda başka paraların iadesi kararlaştırılarak verilmiş olması durumunda sözleşme, *depositum irregulare* (gayrimuntazam vedia veya usulsüz tevdi) olarak nitelendirilirdi, bu konuda bkz. von Lübtow, Darlehen, s. 56, dn. 223.

³²⁷ Alexander, s. 31; von Lübtow, Darlehen, s. 25.

sözleşmesi yapma niyetine dönüştürdükleri görülmektedir³²⁸. Tarafların vedia alanın almış olduğu parayı ödünç olarak alıkoyabileceği üzerinde anlaşmalarıyla *depositum* (vedia), *mutuum*'a (ödünce) dönüşmüş olurdu³²⁹.

Tarafların karşılıklı uzlaşarak sözleşme türüne yönelik iradelerini değiştirmeleriyle teslim gerçekleşmiş gibi farzedilir ve böylece malı yalnızca elinde bulunduran (*detentor*)³³⁰ sıfatını haiz olan vedia alan, artık ödünç alan olarak zilyet (*possessor*) sıfatını kazanırdı³³¹. Bu kısa elden teslim (*traditio brevi manu*) aynı zamanda ödünç alanın ödünç konusu para üzerindeki mülkiyeti kazanması sonucunu doğururdu³³². Genel kabule göre bu durumda da “benim paramın senin olması” (“*nummi qui mei erant tui fiunt*”) koşulu burada tamamen yerine gelmiş sayılacağı için, *mutuum* kurulmuş kabul edilirdi³³³.

Bir real sözleşme olması dolayısıyla *mutuum*'un unsuru olan ödünç konusu paranın tesliminin, burada kolaylıkla taraflar arasındaki anlaşmayı ara aşamalara ayırmak suretiyle tamamlanabileceği düşünülebilir³³⁴. Önce parayı vedia olarak saklamak için alan (müstevdi), parayı vedia olarak saklaması için kendisine veren (mûdi) mâlike almış olduğu parayı geri vererek aralarındaki vedia ilişkisini sona erdirir ve parayı alan da bunun üzerine mülkiyetin nakli iradesiyle gerçekleştirilen yeni bir teslim (*traditio*) ile geri almış olduğu paraların mülkiyetini tekrar vedia alana geçirebilirdi³³⁵. Fakat ödünç konusunun böyle karmaşık bir şekilde karşılıklı elden ele teslim edilmesi (*traditio* ve *retraditio*) gereksiz görülerek bundan vazgeçilmiş ve eğer bir sözleşme ile zilyetliğin ve mülkiyetin devri kararlaştırılmışsa bu yeterli kabul edilmiştir³³⁶. Burada amaçlanan, paranın aynı taraflar arasında gereksiz yere karşılıklı el değiştirmesini engellemektir. Bu durumda para tevdi edilmiş olmasa da,

³²⁸ Benke ve Meissel, s. 55.

³²⁹ von Lübtow, Darlehen, s. 59; Burada bir borcun ortadan kaldırılıp yerini yeni bir borcun almasına yani borcun yenilenmesine (*novatio*) benzer bir durum ortaya çıkmış olmakla birlikte borcun yenilenmesi söz konusu değildir. Çünkü Romalılarda borcun yenilenmesi ancak *stipulatio* yoluyla gerçekleştirilebilirdi, bkz. von Lübtow, Darlehen, s. 60.

³³⁰ *Detentor*: Bir mal üzerinde, kendisinin olma (veya sahiplenme) niyeti bulunmaksızın hâkimiyet icra eden kimse. Roma Hukukunda âriyet alan, vedia alan ve kirazı zilyet (*possessor*) değil *detentor* (elde bulunduran, vâziü'l-yed) durumunda idiler, bkz. Umur, Lügat, s. 57.

³³¹ von Lübtow, Darlehen, s. 58; Benke ve Meisel, s. 55.

³³² Benke ve Meissel, s. 55; Zwölve, s. 23.

³³³ Alexander, s. 31; Kreller, Mutuum, s. 574; von Lübtow, Darlehen, ss. 25, 58; Benke ve Meissel, s. 55; Zimmermann, s. 159; Zwölve, s. 23.

³³⁴ Alexander, s. 31.

³³⁵ Alexander, s. 32; Zimmermann, s. 158.

³³⁶ Alexander, s. 32; von Lübtow, Darlehen, s. 59; Zimmermann, s. 158.

doğrudan ödünç verenin mülkiyetinden ödünç alanın mülkiyetine geçmiş kabul edilmektedir³³⁷. *Iulianus*'un (ve *Africanus*'un) bu nedenle uygulanması daha kolay ve elverişli olan bu görüşü benimsediğini görüyoruz³³⁸:

D.17.1.34.pr. (Africanus 8 quaest.)

“...*nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt...*”

“...Buna karşılık, sana saklaman için bırakılmış olan parayı ödünç alman için bir anlaşma yapılmış olması hâlinde ödünçün kurulmuş sayılması farklı bir durumdur, çünkü bu durumda (eskiden) benim olan paralar (artık) senin olmuştur...”

Ulpianus da *Iulianus* ve *Africanus* ile aynı sonuca ulaşmıştır:

D.12.1.9.9 (Ulpianus 26 ad ed.)

“*Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: nerva proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.*”

“Sana vedia olarak 10 bıraktım sonra bunları kullanmana izin verdim: *Nerva* ve *Proculus* para elden çıkarılmadan önce bile bunlar için, *mutuum*'da olduğu gibi, bir *condictio* açılabileceğini savunurlar ve bu doğrudur ve *Marcellus*'a göre de böyledir; çünkü niyet zilyetliği başlatmıştır. Bu nedenle hasar da ödünçü isteyene geçer ve ona karşı *condictio* açılabilir.”

Paranın alacaklıdan borçluya fiilen bir kere “geçmiş olması” olgusu, bu görüşlerin savunulmasını kolaylaştırmıştır³³⁹. Her ne kadar bu aşamada mülkiyetin devri tasarlanmamış olsa da, paraların doğrudan el değiştirmesi gerçekleşmiştir. Bu nedenle bu durumda, çok geniş anlamda olmak kaydıyla, “*ex meo tuum*” koşulu

³³⁷ von Lübtow, Darlehen, s. 25.

³³⁸ Zimmermann, s. 158.

³³⁹ Alexander, s. 31; von Lübtow, Darlehen, ss. 25, 58; Benke ve Meissel, s. 55; Zimmermann, s. 159; Zwölve, s. 23.

gerçekleşmiş sayılabilir³⁴⁰. Yine de bu, sadece anlaşmayla kurulan bir ödücün tanınmasının ilk adımıdır³⁴¹. Kredi ilişkilerinin gelişmesi bu gelişmelere uygun değişikliklerin yapılmasını gerektiriyordu³⁴². Finansal işlemler, kredi transferi yoluyla gerçekleştiriliyordu, ödemeler bugün havale emri olarak adlandırabileceğimiz şekilde veya *argentarius*'un³⁴³ defterlerindeki hesabın basitçe değiştirilmesi yoluyla yapılıyordu³⁴⁴. Bu şartlar altında, bir *mutuum*'un kurulmasında paranın ayrıca devredilmesi üzerinde ısrar etmek uygun değildi. *Mutuum*'un bu özelliğini muhafaza etmesi konusunda ısrar edilmesi, *mutuum*'u ödünç işlemlerinde kullanılan temel işlem olmaktan çıkarabilirdi³⁴⁵. Yani kredi ilişkilerinin değişen gerekleri, paranın doğrudan doğruya teslimiyle kurulan ödücün yanında başka şekilde açılan kredileri de *mutuum* olarak kabul etmeyi gerektirmiştir³⁴⁶. Bunun sebebinin, oldukça erken sayılabilecek bir zamanda, yani daha *Plautus* zamanında (yaklaşık olarak M.Ö.254-184 arası), Roma'daki parasal işlemlerin bankerlerin (*argentarii*) elinde toplanması olduğu söylenebilir³⁴⁷. M.Ö. 338-330 yıllarında³⁴⁸, *Forum*'da ilk *taberna*'lar (*tabernae*)³⁴⁹ devlet tarafından onlara tahsis edilmiştir³⁵⁰.

³⁴⁰ Alexander, s. 31; Kreller, *Mutuum*, s. 574; von Lübtow, *Darlehen*, ss. 25, 58; Benke ve Meissel, s. 55; Zimmermann, s. 159; Zwalve, s. 23.

³⁴¹ Zimmermann, s. 159.

³⁴² von Lübtow, *Darlehen*, s. 25; Zimmermann, s. 159; karşı görüş için bkz. Alfons Bürge, "Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 99, 1982, (Geldwirtschaft), s. 134.

³⁴³ *Argentarius*: Romalılar zamanında, çeşitli banka işlemleri yapan kimse; banker, bkz. Umur, *Lugat*, s. 26.

³⁴⁴ von Lübtow, *Darlehen*, s. 25 vd.; Zimmermann, s. 159; Bürge, havale işlemlerinin genellikle bankerler (*argentarii*) arasında gerçekleştiğine ilişkin bir delilin bulunmadığını savunmaktadır. Bürge'ye göre bankerlerin öncelikli işlevi parayı muhafaza etmektir, bunun yanı sıra imkân bulunduğu takdirde kendilerinde bulunan malvarlığı üzerinde havale (*delegatio*) yoluyla tasarrufta bulunurlardı, bkz. Bürge, *Geldwirtschaft*, s. 134.

³⁴⁵ Zimmermann, s. 159.

³⁴⁶ von Lübtow, *Darlehen*, s. 25.

³⁴⁷ Siegmund Schlossmann, "Das Darlehen auf fremden Namen", **Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart**, Bd. 9, 1882, (Darlehen), s. 537; Ludwig Mitteis, "Trapezitika", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 19, 1898, (Trapezitika), s. 203; von Lübtow, *Darlehen*, s. 25; karşı görüş için bkz. Bürge, *Geldwirtschaft*, s. 134.

³⁴⁸ Georg Thielmann, **Die römische Privatauktion-zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 1961, s. 43; von Lübtow, *Darlehen*, s. 25, dn. 55'te bu tarih M.Ö. 335-330 olarak gösterilmiştir.

³⁴⁹ *Taberna*: Mal satışı veya endüstriyel ya da ticarî bir faaliyet için kullanılan dükkân. Örneğin: *Taberna argentaria*: banker dükkânı. *Taberna*'lar genellikle özel girişimciler tarafından kamu arazileri üzerinde, cadde ve yol boylarında veya pazaryerlerinin çevresinde, yerel otoritelerden izin almak suretiyle kurulurdu. İnşa eden kişi, *taberna*'yı başka bir kişiye devredebilirdi, bkz. Berger, *EDRL*, s. 728; daha ayrıntılı bilgi için bkz. K. Schneider, "*Taberna*", **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE IV, A, 2)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1932, s. 1863 vd.; Herbert Wagner, "Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen", **Studi in**

Forum daha sonraları da para işlemlerinin merkezi olarak kalmıştır³⁵¹. Para işlemleri büyük bir oranda özellikle bankerlerin aracılık ettikleri ciro işlemleri (*Giroverkehr-takas işlemleri*) şeklinde yapılıyordu³⁵². Bu işlemlerde para ödemeleri düzenli olarak havalelerle veya aynı bankerin birden fazla müşterisinin katılımı söz konusuysa, bankerin defterlerindeki hesaba geçmek veya hesaptan düşmek şeklinde yapılırdı³⁵³. Şurası açıktır ki, hesabı idare eden bankerin yapmış olduğu ödemenin (*numeratio*) geçerliliği; ödenen madeni paraların, adına ve hesabına ödeme yapılan kişinin mülkiyetinde olmasına bağlı değildir. Havale yoluyla bir ödünçün kurulmasında bankere tevdi edilen parayla, bankerin tevdi eden hesabına yaptığı ödemede kullandığı paranın (tevdi eden hesabına ödediği paranın) aynı olması zorunluluğu aransaydı, bu zorunluluk ekonomik açıdan dayanılmaz sonuçlar doğururdu. Bu nedenle ödeme, madeni paralar kullanılmadan nakil veya havale (*delegatio ad promittendum*) yoluyla yapılabilirdi³⁵⁴. Bunun sonucu olarak hukuk öğretisi büyük bir olasılıkla en geç Cumhuriyet Döneminin sonlarına doğru, ödünç paranın bir banker aracılığıyla temin edilebileceğini kabul etmiştir³⁵⁵.

Başka bir ifadeyle, istisnâ bir uygulamayla, ödünç konusunun mülkiyetinin doğrudan devri gerekmeden havale (*delegatio solvendi*) yoluyla ödünç kurulabileceği kabul edilmiştir³⁵⁶.

b. Ödünç Sözleşmesinin Havale Yoluyla Kurulması (Anweisungsdarlehen)

Yukarıda belirtildiği gibi Roma hukukçuları, gelişen ticarî ilişkilerin doğurduğu yeni işlemler karşısında ödünçün daha kolaylaştırılmış yollarla

Onore di Arnaldo Biscaldi, Cilt: III, Istituto Editoriale Cisalpino, La Goliardica, Milano, 1982, s. 391 vd.

³⁵⁰ Thielmann, s. 43.

³⁵¹ Thielmann, s. 43, dn. 15.

³⁵² Schlossmann, Darlehen, s. 537; von Lübtow, Darlehen, ss. 25-26; farklı görüşteki Bürge, ciro işlemlerinin o dönemde bulunmadığını, para ödünçlerinin, paranın somut olarak teslim edilmesine bağlı olduğunu ve çok az sayıdaki istisnâ durumun M.S. 1. yüzyılda halen bu prensibin geçerli olduğunu gösterdiğini ileri sürmektedir, bkz. Bürge, Geldwirtschaft, s. 133 vd..

³⁵³ Schlossmann, Darlehen, s. 537; Mitteis, Trapezitika, s. 205; von Lübtow, Darlehen, s. 26.

³⁵⁴ Schlossmann, Darlehen, s. 537; von Lübtow, Darlehen, s. 26.

³⁵⁵ von Lübtow, Darlehen, s. 26.

³⁵⁶ *D.12.1.15 (Ulpianus 31 ad ed.)*; *D.17.1.34.pr. (Africanus 8 quaest.)*; Harder, s. 166 vd.; Zimmermann, s. 159.

kurulmasını da ister istemez kabul etmek zorunda kaldılar³⁵⁷. Klâsik Hukuk dönemi hukukçularının, eski katı hükümlere göre bir *mutuum*'un geçerli olarak kurulmuş sayılmasının kesinlikle mümkün görülemeyeceği pek çok durumda ödöncü kurulmuş kabul ettikleri görölmektedir³⁵⁸.

Bir kişinin kendi borçlusuna, bir üçöncü kişiye ödönc vermesi için talimat verdiği aşğıdaki *Digesta* parçası bu duruma ilişkin önemli bir örnek teşkil etmektedir:

D.12.1.15 (Ulpianus 31 ad ed.)

“Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam³⁵⁹. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis...”

“Para ödöncüne ilişkin olarak bazı istisnaî kurallar kabul edilmiştir. Çünkü borçluma sana para vermesi talimatını verirsem, paraları benden almış olmasan da bana borçlanmış olursun...”

Ulpianus birinci cümlede, ödönc verilmesinde genel kurallara aykırı bazı ilkelerin (*ius singulare*)³⁶⁰ kabul edildiğini belirtmekte ve daha sonra ödönc verilirken başvuru istisnaî yolu, yani ödöncün havale yoluyla verilmesini ele almaktadır³⁶¹.

Metinde geçen olayda alacaklı (*Ego*: ben), borçlusuna parayı ödönc vermek istediğı üçöncü bir kişiye (*Tu*: sen) ödemesi talimatını verir. Böylece üçöncü kişi

³⁵⁷ Alexander, s. 33; ayrıca bkz. Buckland, Textbook, s. 463; Kunkel ve Honsell, s. 298; Harder, s. 167; Kaser ve Knütel, s. 231.

³⁵⁸ Alexander, s. 33.

³⁵⁹ Bu ilk cümlede “*singularia*” gibi çoğul halde bir kelime kullanılmış olmasına rağmen “*nam*” ile “*ius singulare*” olarak kabul edilmiş yalnızca tek bir durumdan bahsedilmiş olması cümleinin gerçek olup olmadığı hakkında şüphelerin ortaya çıkmasına yol açmıştır, bkz. von Lübtow, Darlehen, s. 66; Fritz Schwarz, **Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht**, Böhlau-Verlag, Münster, Köln, 1952, s. 287; bu konuda ayrıca bkz. Harder, s. 166.

³⁶⁰ *D.1.3.16 (Paulus l. S. de iure singulari.)*: “*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*” : “*Ius singulare* (istisnâi veya olağanüstü hukuk (kuralı)), genel hukuk ilkesinin temel mantığına karşı, amaca uygunluk sebebiyle, yasa koyucunun otoritesiyle yürürlüğe konulan hukuktur.”; *Ius singulare*: Fayda ve hakkaniyet gereklerinin yerine getirilmesi amacıyla yalnız bazı kişilere veya insan topluluklarına uygulanmak üzere konan, yürürlükteki hukuk sisteminin genel anlayışına aykırı gibi görünen kurallardan oluşan hukuk, bkz. Umur, Lügat, s. 104; kavram ile ilgili bilgi için bkz. Weiss, RP, s. 10, dn 13; Kaser, RP I, s. 211.

³⁶¹ Jung, s. 136; metnin devamında yer alan diğör istisnaî durum (mutabakat ödöncü) aşğıda ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

parasını doğrudan ödünç verenden/alacaklıdan almamış olsa da aralarında bir *mutuum* kurulur³⁶². Burada *mutuum*'un kurulabilmesi için (*E*)go ve (*T*)u arasında bir ödünç kurma iradesinin bulunması gerekmektedir³⁶³.

Böyle kolaylaştırılmış biçimde bir ödünç sözleşmesi kurulabilmesi olanağını *Iulianus* ve *Africanus* da mümkün kabul etmiştir:

D.17.1.34.pr. (Africanus 8 quaest.)

“...item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est...”

“...aynı şekilde borçludan para alman için sana yetki verirsem ödünç kurulur, çünkü bu iyilikseverlik gereği olarak böyle kabul edilmektedir...”

Iulianus/Africanus'un bu görüşünü bir önceki olayla (*depositum*) karşılaştıracak olursak, düşüncesinin “*ex meo tuum*” temeline dayanmadığını tespit edebiliriz³⁶⁴. “*Benigne*³⁶⁵ *receptum*”, *Ulpianus*'un istisna (*singularium*) olarak atıfta bulunduğu durumu açıkça ortaya koymaktadır³⁶⁶. Yani bu görüşün istisnai niteliği, pratik yararların gerçekleştirilmesinde, yani o dönemde uygulamadaki ödeme işlemlerini dikkate almakta yatmaktadır³⁶⁷. Burada her iki metindeki olguyla, yukarıda *vedia* verenin, *vedia* olarak verdiği parayı *vedia* alanın ödünç olarak kullanması veya bir üçüncü kişiye kendisi adına ödünç vermesi talimatını vermesi olgusu arasındaki fark şurada yatmaktadır ki, bu son durumda ödünç konusu olacak paralar zaten parça olarak *vedia* alanın elinde bulunmaktadır. Hatta para, ödünç vermek isteyen *vedia* veren tarafından *vedia* alana, mülkiyeti devretmek iradesiyle olmasa ve *vedia* veren verdiği paranın daima maliki olarak kalsa da, teslim

³⁶² Benke ve Meissel, s. 44; Zimmermann, s. 159.

³⁶³ Benke ve Meissel, s. 45; bununla birlikte ödünçün kurulabilmesi için (*E*)go'ya borçlu olan üçüncü kişinin ödünç konusunu (*T*)u'ya teslim etmesinin de gerektiğini savunanlar olduğu gibi (bkz. Alexander, s. 35; Benke/Meissel, s. 45), bu teslim gerçekleşmeden yalnızca havale ile ödünçün kurulduğunu savunanlar da vardır, bkz. Hähnchen, s. 86; Heine, s. 43.

³⁶⁴ Harder, s. 166; Zimmermann, s. 159.

³⁶⁵ Von Lübtow, *Africanus*'un metninde geçen “*benigne*” kelimesinin Doğu Roma hukukçularının zihniyetinden doğduğunu, hristiyan olan bu hukukçular için hukuk uygulamasında “insafli ve iyilikle” hareket etmenin bir yükümlülük olduğunu savunmakta bu nedenle de “*benigne*” yerine “*utilitatis causa*” (menfaatler dengesi sebebiyle) ifadesinin gelmesi gerektiğini savunmaktadır, bkz. von Lübtow, Darlehen, s. 27; aynı yönde bkz. Zimmermann, s. 159; karşı görüşteki Harder ise “*benigne*” teriminin Klâsik Dönemde de kullanılmış olduğunu ileri sürmektedir, bkz. Harder, s. 167

³⁶⁶ Zimmermann, s. 159.

³⁶⁷ Benke ve Meissel, s. 44; Zimmermann, s. 159; Jung, ss. 111, 135.

edilmiştir³⁶⁸. Buradaki durumda ise yani alacaklı, kendisine parça olarak değil itibarı olarak borçlanmış olan, örneğin bir satış işleminden kendisine halen bir miktar para ödemekle yükümlü olan, borçlusuna borçlu olduğu bu miktarı bir üçüncü kişiye kendi adına ödünç vermesi talimatını verdiği durumda önceki ilişkinin alacaklısı, bu ilişkide ise *Ulpianus*'a göre ödünç veren konumunda olan kimse, ödünç paralar üzerindeki mülkiyeti kesinlikle kazanmamıştır, çünkü ödünç konusunu (*Darlehensvaluta*) oluşturan paralar parça olarak (*in specie*) alacaklıya ait değildir³⁶⁹. Bu alacaklı belli paralar üzerinde aynî bir hakka değil daha ziyade kendi borçlusuna karşı borcu ödemesine yönelik şahsî bir alacak hakkına sahiptir. Borçlunun borcunu doğrudan ödeme yoluyla mı yoksa örneğin mahsup etmek suretiyle ödeme yerine geçecek başka bir şekilde mi sonlandırdığı tartışmalıdır³⁷⁰. Ama önceki olayda olduğu gibi bu olayda da borçlanılmış miktarın önce borçlu tarafından alacaklıya verilmesi, alacaklının da paranın mülkiyetini kazandıktan sonra bunu ödünç isteyen kişiye vermek için ikinci bir *traditio* yapması fazla dolambaçlı ve bu yüzden de gereksiz kabul edilmiştir³⁷¹. Bu olayda da daha çok iki kere *traditio* yapmak yerine, borçlanılmış miktarın alacaklının onayıyla borçlu tarafından ödünç isteyene verilmesi yoluna gidilmiştir³⁷².

Bu yöntem ünlü hukukçu *Celsus*'un *delegatio solvendi*³⁷³ (ifa yoluyla havale) yorumu ile de uyum içindedir³⁷⁴. *Celsus*'un bu yorumu, borçlu (yani muhatap veya havale emri alan, kabul eden) tarafından ödünç alana (yani lehbara veya ödemeyi alacak kişiye) yapılan ödemenin iki hukukî sonucu olduğu anlayışına³⁷⁵ dayanır. Bu ödeme bir taraftan havale emri alanın alacaklı/havale emri verene borcunu ifa etmesi,

³⁶⁸ Alexander, s. 34.

³⁶⁹ Alexander, s. 34; Benke ve Meissel, s. 45.

³⁷⁰ Alexander, s. 34.

³⁷¹ Alexander, ss. 34-35; von Lübtow, Darlehen, s. 72; Zimmermann, s. 159; ancak karşı. Harder, s. 168.

³⁷² Alexander, s. 35; von Lübtow, Darlehen, s. 72; Zimmermann, s. 159.

³⁷³ Karş. D.24.1.3.9-13 (*Ulpianus 32 ad sab.*); von Lübtow, Darlehen, s. 30 vd.; Max Kaser, "Zur Frage einer *condictio* aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht", Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, Verlag Otto Schwarz, Göttingen, 1969, (*Condictio*), ss. 277 vd., 289 vd.; Hans Julius Wolff, "Julian und die celsinische 'Durchgangstheorie'", **Mélanges Philippe Meylan**, Cilt: I, Impr. Centrale, Lausanne, 1963, s. 409 vd.

³⁷⁴ Zimmermann, s. 159; Heine, s. 43.

³⁷⁵ Zimmermann, s. 159'da *Celsus*'un yorumundaki bu anlayışın modern sebepsiz zenginleşme teorisi için de temel bir önem taşıdığı belirtilmektedir.

diğer yandan alacaklının ödünç alana karşı yerine getirdiği ve böylece ödünç alanın iade borcunun meydana çıkmasına yol açan bir ifa olarak değerlendirilmelidir³⁷⁶.

Bunun yanında, alacaklının rızasının bulunmasının yanı sıra, ödünç alanın da ödünç verenin kim olduğunu bilmesi gerekir³⁷⁷. Burada eğer bir hata söz konusu olursa, örneğin ödünç alan gerçi ödünç konusunu ona teslim edenin ödünçü kendi adına verme niyetiyle hareket etmediğini bilse ama onun fiilen temsil ettiği başka bir kişiyi, kendisinden ödünç aldığı kişi sanırsa, bir *mutuum* kurulamaz³⁷⁸. Fakat verilmiş olan paranın maliki de, paranın verilmesiyle bir ödünç kurulduğu düşüncesindeyse ve yapılan hata nedeniyle de beklentileri boşa çıkmışsa, ödünç alacaklısı farz edilen bu kimse iadeyi talep etme hakkını kaybetmemiştir³⁷⁹. Ancak alandan iadesini talep ettiği şeyin iadesini ödünçten doğan davayla değil, sadece bir sebepsiz zenginleşme davasıyla (*condictio sine causa*) sağlayabilir³⁸⁰. Buradaki *condictio, condicito Iuventiana*³⁸¹ ismiyle anılmaktadır, çünkü bir *Digesta* parçasında buna benzer bir olay ünlü Roma Hukukçusu *Publius Iuventius Celsus*³⁸² tarafından ele alınmıştır³⁸³.

D.12.1.32 (Celsus 5³⁸⁴ Dig.)

“Si et me et titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed

³⁷⁶ Zimmermann, s. 160.

³⁷⁷ Alexander, s. 35.

³⁷⁸ Alexander, s. 35; D.12.1.32 (Celsus 5 Dig.) : “...(*hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest*)...” : “... (çünkü bu yalnızca anlaşmış taraflar arasında gerçekleşebilir)...”.

³⁷⁹ Alexander, s. 36.

³⁸⁰ Raber, s. 64.

³⁸¹ *Condictio Iuventiana* isminin ilk olarak J.L. Conradi tarafından 1774 tarihinde “*de Iuventiana Conditione, quae est in L. 32 D. de rebus creditis*” adıyla kullanıldığı belirtilmektedir, bkz. Christian Friedrich von Glück, **Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld**, Bd. 12, 1, Johann Jacob Palm, Erlangen, 1809, (Bd. 12, 1), s. 26, dn. 70; Heine, s. 42, dn. 78.

³⁸² *Publius Iuventius Celsus*: İmparator *Hadrianus* zamanında (M.S. 117-138), milâttan sonra ikinci yüzyılın birinci yarısında yaşamış, ünlü Roma Hukukçusu. *Proculianus* okulunun önde gelen temsilcilerindendir, hatta kendisinden daha az tanınan hukukçu babası Büyük (Yaşlı) *Publius Iuventius Celsus*’tan bu okulun liderliğini devralmıştır. *Celsus, praetor, consul* ve imparator *Hadrianus*’un danışma kurulunda üye olarak görev yapmıştır. Eserleri arasında yer alan 39 kitaplık *Digesta*’sı, *Epistulae* ve *Quaestiones*’i önemli bir yere sahip değerli eserlerdir, bkz. Berger, EDRL, s. 385; Umur, Lügat, s. 36.

³⁸³ Alexander, s. 36.

³⁸⁴ Metnin *Celsus*’un *Digesta* adlı eserinin 6. kitabında mı 5. kitabında mı yer aldığı tartışmalıdır, bu konudaki tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. Raber, s. 63, dn. 58; Hähnchen, s. 83, dn. 357; Heine, s. 41, dn. 75.

propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.”³⁸⁵

“Eğer hem benden hem de *Titius*’tan ödünç para istediysen ve ben kendi borçluma, sana *stipulatio* yoluyla borçlanması talimatını verdiysem ve sen onunla *Titius*’un borçlusu olduğu düşüncesiyle bir *stipulatio* yaptıysan, bana karşı (paranın verilmesinden sonra)³⁸⁶ bir borç altına girmiş olur musun? (Bu konuda) tereddütlüyüm, çünkü benimle hiç bir şekilde sözleşme yapmadın: fakat bana karşı yükümlü olduğunun kabulü bana daha yakın geliyor, sana ödünç para tediye ettiğimden ötürü değil (çünkü bu yalnızca (bu konuda) uzlaşmış taraflar arasında gerçekleşebilir): daha ziyade almış olduğun “benim” paramın, senin tarafından bana geri verilmesinin daha haklı ve adil olmasından ötürü.”

Celsus’un ele aldığı olayda, (İ), (H)’den ve (*T*)*itius*’tan kendisine ödünç vermelerini istemiştir. Bunun üzerine (H) kendisine para borcu olan (B)’ye, borçlu olduğu parayı (İ)’ye ödemeyi *stipulatio* ile taahhüt etmesi talimatını vermiştir. (B), (İ) ile *stipulatio* yaparak parayı ödemeyi taahhüt etmiştir, fakat (İ), (B)’nin (*T*)*itius*’un borçlusu olduğunu zannetmektedir. (İ) ile (H) arasında bir ödünç

³⁸⁵ Geçmişte bazı farklı görüşler ileri sürülmüş olsa da (örnek olarak bkz. von Lübtow, *Condictio*, s. 38 vd.) günümüzde metnin Klâsik Hukuk dönemine ait olduğu kabul edilmektedir, bkz. Raber, s. 68; Hähnchen, s. 83, dn. 357; Heine, s. 42.

³⁸⁶ Parantez içinde yer alan bu ifade Latince metinde bulunmamakla birlikte metni çeviren Frank Peters tarafından metne eklenmiştir, bkz. Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler, *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung*, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Bd. III (11-20), Heidelberg 1999, s. 63; doktrinde bir görüş, metnin Almanca çevirisindekine paralel olarak, bu olayda *Celsus*’un paraların ödenmesinin yalnızca *stipulatio* ile taahhüt edilmesini değil havale ödeyicisi tarafından fiilen havale alıcısına ödenmesini de aradığı ve ödünçün ödeme anında kurulduğu yönündedir, bkz. von Glück, Bd. 12, 1, s. 25; Gustav Ernst Heimbach, *Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Recht*, Verlag von Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1849, s. 153; Ernst Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1879, (Irrtum), s. 559; Raber, s. 63; farklı görüşte olan yazarlar ise *Celsus*’un paranın ödenmesinden hiç bahsetmediğini ve yalnızca havale ödeyicisinin *stipulatio* ile ödeme yapmayı taahhüt etmesini ödünçün kurulması için yeterli gördüğünü ve ödünçün paranın fiilen ödendiği anda değil *stipulatio* ile taahhüt anında kurulduğunu kabul etmektedirler, bkz. Huschke, *Darlehen*, s. 51; Botho von Salpius, *Novation und Delegation nach römischem Recht*, R v. Decker Verlag, Berlin, 1864, s. 110; Schwarz, s. 247; von Lübtow, *Darlehen*, s. 48; Horst Heinrich Jakobs, “Delegation und Durchgangserwerb”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 91, 1974, s. 218; Hähnchen, s. 86; Heine, s. 43.

sözleşmesi kurulmamıştır³⁸⁷, çünkü aralarında bir irade uyuşması yoktur, (İ) kendisine ödünç vermek isteyen kişinin şahsında hataya düşmüştür³⁸⁸. (H), (İ) ile sözleşme yaptığını düşünürken, (İ) kendisine ödünç verenin (T)itius olduğunu sanmaktadır.

Bu parçaya yukarıda ileri sürülen iddiayı desteklemek için dolaylı da olsa başvurulabilir. Bir borçlu alacaklısı adına borçlanmış olduğu miktarı üçüncü kişiye teslim ettiğinde, şeyi alanla teslim edilen şeyin asıl sahibi arasında bir ödünç meydana gelebilir. Çünkü eğer *Celsus*, bunu kabul etmeyecek olsaydı, verilen örnekte şahısta hata (*error in persona*) nedeniyle bir ödünçün meydana gelemeyeceğini iddia edemezdi³⁸⁹. Buradan çıkan sonuç daha ziyade, *Celsus*'un da, bu hata olmasaydı, bu şekilde bir ödünçün muhtemelen kurulabileceği görüşünde olduğudur³⁹⁰.

c. Roma Hukukçuları Arasında Farklı Görüşlerin Bulunduğu Örnekler

Aşağıda alt başlıklar şeklinde ele alacağımız farklı olaylarda bir ödünç sözleşmesinin kurulmuş sayılıp sayılmayacağı konusunda Roma Hukukçularının farklı görüşlere sahip oldukları görülmektedir. Tartışmalı olan bu durumlarda ödünç konusu doğrudan teslim edilmese de bir ödünçün kurulduğunu kabul eden Roma Hukukçuları olduğu gibi bunu kabul etmeyenlerin de olması nedeniyle bu örneklerin ayrıca incelenmesi gereği doğmuştur.

³⁸⁷ Bu durum (İ) ile (B) arasındaki *stipulatio*'nun geçerliliğini etkilemez, *stipulatio*'nun geçerli olarak kurulması için şekle tâbi sözleşmenin söylenmesinin yanı sıra (İ) ile (B)'nin (İ)'nin yalnızca bir başka alacaklıya ait olan belirli miktarda parayı alacağı üzerinde uzlaşmış olmaları yeterlidir, bkz. Raber, s. 65; benzer şekilde bkz. Alan Watson, “D.12.1.32 and *Delegatio*”, **SDHI (Studia et Documenta Historiae et Iuris)**, Cilt: 29, 1963, (*Delegatio*), s. 286; Heine, s. 45.

³⁸⁸ von Lübtow, *Darlehen*, s. 48; Raber, s. 63 vd.; Hähnchen, s. 84; Heine, s. 46.

³⁸⁹ Alexander, s. 36.

³⁹⁰ von Glück, Bd. 12, 1, s. 25; Huschke, *Darlehen*, s. 51; Alexander, s. 36; Buckland, *Textbook*, s. 464; von Lübtow, *Darlehen*, s. 48; Hähnchen, s. 86; Heine, s. 46.

(1). Mevcut Bir Borcun Tarafların Anlaşmasıyla Ödünç Borcuna Dönüştürülmesi (Mutabakat Ödücü - *Vereinbarungsdarlehen*)

Almancada genellikle *Vereinbarungsdarlehen* olarak adlandırılmış³⁹¹ ve Türkçeye mutabakat ödücü şeklinde çevrilebilecek olan bu ödünç tipinde ödünç alanın (A), ödünç verene (V) başka bir hukukî ilişkiden doğmuş (örneğin vekâlet sözleşmesinden) olan para borcunu, (V) ile anlaşarak, ona ödemeyip belirli bir süre için ödünç alması söz konusudur³⁹². *Ulpianus*, *D.12.1.15*'te, bir kimsenin başka bir sözleşme ilişkisinden borçlanılmış olan parayı ödünç olarak kullanabileceğinin kararlaştırılmış olması halinde, burada aynî bir teslim olmasa da, ödünç sözleşmesinin varlığını kabul etmektedir³⁹³. *Iulianus* ve *Africanus* ise ödücün bu şekilde kurulmasını kabul etmemişlerdir³⁹⁴. *Ulpianus*, *D.12.1.15*'teki metninde önce havale ödücünden sonra bu başlık altında ele alacağımız olaydan bahsetmektedir:

D.12.1.15 (Ulpianus 31 ad ed.)

“...quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.”

“...İki kişi için kabul edilmiş olan, tek ve aynı kişi için de kabul edilir. Bu nedenle eğer bana vekâlet nedeniyle para borçlanmışsan ve bu paranın ödünç olarak sende kalacağı konusunda anlaşmışsak, para önce bana verilmiş sonra benden sana geçmiş kabul edilir.”

³⁹¹ Örnek olarak bkz. Kunkel ve Honsell, s. 298; Harder, s. 169; Benke ve Meissel, s. 44; Jung, s. 136; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 159; Kaser ve Knütel, s. 231; bu ödünç türü için “*Verrechnungsdarlehen*” (mahsup veya takas ödücü) teriminin de kullanıldığı görülmektedir, bkz. Siber, Bd. II, s. 184; Kreller, Mutuum, s. 576; bu ödünç ilişkisinde bir takasın söz konusu olmadığı gerekçesiyle bu terimin kullanılmasının yerinde olmadığı savunulmuştur, bkz. Ulrich von Lübtow, “Ulpian's Konstruktion des sogenannten Vereinbarungsdarlehens“, *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Cilt: II, Jovene, Napoli, 1964, (Vereinbarungsdarlehen), s. 1215 vd.; von Lübtow, Darlehen, ss. 71, 81; von Lübtow, “*Vereinbarungsdarlehen*” teriminin de yanlış anlaşılmaya müsait olduğunu ileri sürmektedir, bkz. von Lübtow, Vereinbarungsdarlehen, s. 1215; von Lübtow, Darlehen, s. 81.

³⁹² von Lübtow, Darlehen, s. 66 vd.; Harder, s. 69 vd.; Benke ve Meissel, s. 44.

³⁹³ von Lübtow, Darlehen, s. 21.

³⁹⁴ Bkz. *D.17.1.34.pr (Africanus 8 quaest.)*.

Von Lübtow'a göre buradaki ödünç ilişkisinin hukukî yapısı da tıpkı havale öduncünde olduğu gibi ikili *datio* kurgusuna dayanmaktadır³⁹⁵. *Ulpianus*, vekâlet ilişkisinden dolayı borçlu olanın borcunu önce ödünç verene ödediği, daha sonra ödünç verenin bunu ödünç alana geri ödeyerek ödünç sözleşmesini kurduklarını varsaymaktadır³⁹⁶. Tarafların bu yoldaki anlaşmalarının (*pactum*) istisnâî durumlardan (*ius singulare*) biri olarak kabul edilmesini önermektedir³⁹⁷.

Ulpianus, havale öduncü için teslim gerekmeden ödünç kurulabiliyorsa, vekâlet ilişkisinden ötürü borçlanılmış olan paranın ödünç olarak muhafaza edilebileceği üzerinde tarafların anlaşmasıyla da öduncün kurulabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir³⁹⁸. Havale öduncünde, havale ödeyicisi ile havale alıcısı olmak üzere iki farklı kişi varken mutabakat öduncünde borçlu olan ve ödünç almak isteyen aynı kişidir. *Ulpianus*'a göre bu iki olay arasındaki benzerlikten ötürü iki durumda da öduncün kurulabileceğini kabul etmek gerekmektedir. İki tür ödünçte de ortak nokta yukarıda da belirtildiği gibi, ikili *datio*'dur³⁹⁹.

Ancak *Iulianus* ve *Africanus*, *D.17.1.34*'te zikredilen bir metinde *Ulpianus*'un söylediğinin tam aksini ifade etmekte ve bu şekilde bir *mutuum* kurulamayacağını yani alacaklı ve borçlunun o ana kadar başka bir borç ilişkisinden ötürü borçlanılmış olan miktarın gelecekte bir ödünç sözleşmesinden dolayı borçlanılmış sayılmasının mümkün olmadığını belirtmektedirler. *Iulianus/Africanus*'a göre bunun yanında, ödünç konusunun fiilen teslimi de gerekir ve bu teslimin yerine basit bir anlaşmanın geçmesi mümkün değildir, çünkü bunun kabulü *mutuum*'un taşıdığı real sözleşme tabiatına aykırı olurdu⁴⁰⁰.

³⁹⁵ von Lübtow, Darlehen, s. 21; ayrıca bkz. Erdoğan, *Condictio*, s. 258; Jung, s. 138; von Lübtow'a göre *Ulpianus*'un *D.12.1.15*'te yer alan metni, eski Alman Medenî Kanunu (BGB¹⁹⁰⁰) § 607/II'de yer alan hükmün temelini oluşturmuştur. BGB¹⁹⁰⁰ § 607/II: "Para veya diğer misli şeyleri farklı bir sebebe dayanarak borçlanmış olan kişi, alacaklı ile bu para veya şeylerin ödünç olarak borçlanıldığını kararlaştırabilir.", bu hükmün gereği gibi anlaşılmasının *Ulpianus*'un ikili kurgusu temelinde mümkün olacağı iddia edilmektedir, bkz. von Lübtow, Darlehen, s. 81 vd.; von Lübtow, *Vereinbarungsdarlehen*, s. 1212 vd.

³⁹⁶ Heimbach, s. 147 vd.; von Salpius, ss. 326, 332; Alexander, s. 41; Kurt IserMeyer, **Über Formen der Darlehensbegründung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche**, C. Hinstorffs Buchdruckerei, Rostock, 1913, s. 46 vd.; Rabel, s. 101 vd.; von Lübtow, Darlehen, ss. 21, 69 vd.; *Ulpianus*'un burada başvurduğu yöntemin varsayım değil kıyas olduğunu savunan görüş için bkz. Harder, s. 168.

³⁹⁷ von Lübtow, Darlehen, s. 69.

³⁹⁸ Alexander, s. 37; Jung, s. 137.

³⁹⁹ von Lübtow, Darlehen, s. 21; ayrıca bkz. Jung, s. 138.

⁴⁰⁰ Alexander, s. 37.

Ulpianus'un buradaki görüşleriyle *Iulianus/Africanus*'un *D.17.1.34.pr.de* yer alan görüşleri arasında açık ve doğrudan bir çelişki vardır⁴⁰¹ ve bu hukukçuların görüşlerini uyum içinde göstermeye çalışmak "Pandekt Harmonizm"inin tamamen nafile bir çabası olarak nitelendirilmelidir⁴⁰². Tamamen aynı olaya ilişkin olan bu iki metin birbiriyle doğrudan çelişki halindedir. Bununla birlikte *Ulpianus*, *Africanus*'tan yaklaşık iki nesil sonra yazmıştır ve onun zamanında eski "*ex meo tuum*" zorunluluğu tamamen ortadan kalkmamış olsa da çok daha yumuşatılmıştır⁴⁰³. *Ulpianus*'un metninden sonra *Iulianus*'un ve *Africanus*'un görüşlerini içeren metni de ayrıca ele almak gerekmektedir.

(i). *Africanus D.17.1.34.pr (8 quaest.)*

*Africanus, Quaestiones*⁴⁰⁴ adlı eserinin sekizinci kitabında şunları yazmıştır: "Qui negotia lucii titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debitum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. his argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat."

⁴⁰¹ von Glück, Bd. 12, 1, s. 14 vd..

⁴⁰² Zimmermann, s. 160; *Iulianus/Africanus* ve *Ulpianus*'un görüşleri arasında farklılık olmadığını iddia eden görüş için bkz. Huschke, Darlehen, s. 63 vd.

⁴⁰³ Zimmermann, s. 160.

⁴⁰⁴ *Quaestiones*: Öğrencilerin sordukları sorulara veya inceledikleri meselelere ilişkin cevaplar içeren, klâsik devrin hukuk eseri tipi. Sorular, meseleler. *Africanus*'un dışında, *Papinianus* ve *Paulus*'un da bu isimde eserleri vardı, bkz. Umur, Lügat, s. 176.

“*Lucius Titius*’un işlerini yürüten biri (vekili), onun (*Lucius Titius*’un) borçlularından para tahsil ettikten sonra, ona (*Lucius Titius*’a) elinde işleri idare etmesinden dolayı belirli bir miktar para olduğunu ve bunu yüzde altı faizle ödünç olarak almak istediğini beyan eden bir mektup gönderir: Burada sorulan, paranın bu sebebe dayanılarak ödünç verilmiş gibi dava edilip edilemeyeceği ve faizin de talep edilip edilemeyeceğidir. (*Iulianus*) ödünç olmadığı görüşündedir, çünkü aksi takdirde sadece anlaşmaya dayanan her türlü sözleşmeden ödünç doğabilirdi. Buna karşılık, sana saklaman için bırakılmış olan parayı ödünç alman için bir anlaşma yapılmış olması hâlinde ödünçün kurulmuş sayılması farklı bir durumdur, çünkü bu durumda (eskiden) benim olan paralar (artık) senin olmuştur. Aynı şekilde borçlumdan para alman için sana yetki verirsem ödünç kurulur, çünkü bu iyilikseverlik gereği böyle kabul edilmektedir. Bunun delili şudur ki, ödünç para vermek isteyen birisi, satılması için gümüş verirse, para ödünçü için açılacak olan davayı açamaz ve buna rağmen gümüşün satılmasından elde edilen paranın ziyayı halinde hasara gümüşü kabul etmiş olan katlanır. Buna göre söz konusu olayda vekilin vekâletten doğan davayla, paranın hasarı kendisine ait olmasına rağmen, kararlaştırılmış olan faizi ödemekle yükümlü kılınabileceği söylenebilir.”

Sextus Caecilius Africanus’un⁴⁰⁵ *Quaestiones*⁴⁰⁶ adlı eseri 9 kitaptan oluşmaktadır⁴⁰⁷. Yukarıdaki parçanın alınmış olduğu bu eserin 8. kitabında, *Africanus* diğer bazı konuların yanında vekâlete ilişkin teoriyi ele almaktadır ve alınan parça da esasen vekâlet alt başlığı altında incelenmiş olan metindir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ *Africanus*’un tam ismi *Ulpianus*’tan alınmış olan *D. 25.3.3.4*’te geçmektedir: “*et iulianus sexto caecilio africano respondit...*”, bkz. Krüger, s. 194, dn. 26; Christoph Krampe, “African und Julian im Dialog über das Darlehen-*D.17.1.34 pr. libro octavo quaestionum*”, **Römische Jurisprudenz-Dogmatik, Überlieferung, Rezeption, Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag**, herausgegeben von Karlheinz Muscheler, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, s. 347.

⁴⁰⁶ Bu eserle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Krüger, s. 195 vd.; Fritz Schulz, **Geschichte der römischen Rechtswissenschaft**, Hermann Böhlhaus Nachfolger, Weimar, 1961, (Geschichte), s. 291 vd.

⁴⁰⁷ Bkz. Otto Lenel, “Afrikan’s Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 51, 1931, (Quästionen), s. 3 vd.

⁴⁰⁸ Bkz. Lenel, Quästionen, s. 39.

Africanus, *Iulianus*'un öğrencisi veya arkadaşıdır⁴⁰⁹ ve muhtemelen *Iulianus*'un ölümünden sonra kaleme aldığı eserinde esasen *Iulianus*'un kararlarını tamamlayıcı açıklamalarını da ekleyerek bir araya getirmiştir⁴¹⁰. Münferit hukukî ilkeler veya olaylara ilişkin açıklamalar yapılmış ve bu açıklamalar da çoğunlukla soru cevap şeklinde ele alınmıştır⁴¹¹. *Africanus*, dinleyiciler tarafından sorulan soruları ve *Iulianus*'un bu sorulara verdiği cevapları yazmıştır⁴¹². Önce olay verilir, ardından soru gelir. Öznesi belirtilmeden kullanılmış olan “*respondit*” (cevap verdi-cevapladı) kelimesinin *Iulianus*'u işaret ettiği yani soruya cevap verenin *Iulianus* olduğu kabul edilmektedir⁴¹³.

Bu parçada ele alınmış olan olay şu şekildedir: *Lucius Titius*'un vekili (*procurator*'u), onun borçlularından para tahsil etmiştir. Almış olduğu para kendisine ait olmuştur, ancak bu parayı müvekkiline verme borcu altındadır ve ona açıkça paranın belirli bir miktarını yüzde 6 faiz karşılığında ödünç almayı teklif ettiği bir mektup gönderir⁴¹⁴. Sözleşmenin kurulmuş sayılması için *Lucius Titius*'un da bu mektubun içeriğini onaylaması (herhangi bir şekle tâbi olmaksızın) gerekmektedir⁴¹⁵. *Iulianus*'un çözmesi gereken hukukî mesele, *Titius*'un para için ödünçten doğan davayı açıp açamayacağı ve faizi de talep edip edemeyeceğidir⁴¹⁶.

⁴⁰⁹ Krüger, s. 195; Theodor Kipp, **Geschichte der Quellen des römischen Rechts**, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1919, (Geschichte), s. 126; Kübler, Geschichte, s. 265; Hans Kreller, **Römische Rechtsgeschichte**, 2. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1948, (RG), s. 84; Wenger, Quellen, s. 505; Kaser, RG, s. 190; Siber, Bd. I, s. 56; Erwin Seidl, **Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozessrecht**, 3. Aufl., Carl Heymann's Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 1971, s. 82; Söllner, s. 110; Kunkel, s. 172; Kunkel ve Schermaier, s. 157; Umur, Lügat, s. 21; Waldstein ve Rainer, s. 204; Karlowa, *Sextus Caecilius Africanus*'un *Iulianus*'u zikrediş şekline bakıldığında onun öğrencisi veya öğrencisi değilse bile ondan daha genç bir arkadaşı olması gerektiğini belirtmektedir, bkz. Otto Karlowa, **Römische Rechtsgeschichte, Bd. I, Staatsrecht und Rechtsquellen**, Leipzig, 1885, (RG I), s. 712; aynı yönde bkz. von Lübtow, Darlehen, s. 23.

⁴¹⁰ Kipp, Geschichte, s. 126; Wenger, Quellen, s. 505; von Lübtow, Darlehen, s. 23; ancak *Africanus*'un bu eserinde kendi görüşlerinden çok *Iulianus*'un görüşlerine yer verdiği ve görüşlerden hangilerinin *Iulianus*'a hangilerinin *Africanus*'a ait olduğunun saptanmasının güç olduğu belirtilmektedir, bkz. Krüger, s. 195, dn. 27; Schulz, Geschichte, s. 292; Seidl, s. 82'de *Africanus*'un kendi görüşlerine hiç değinmediği savunulmaktadır.

⁴¹¹ Theodor Mommsen, **Gesammelte Schriften-Juristische Schriften**, Bd. II, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1905, (Schriften II), s. 14.

⁴¹² Mommsen, Schriften II, s. 17 vd.; von Lübtow, Darlehen, s. 23.

⁴¹³ Mommsen, Schriften II, s. 15; Karlowa, RG I, s. 713; Krüger, s. 195, dn. 27; von Lübtow, Darlehen, s. 23; Krampe, s. 351.

⁴¹⁴ von Lübtow, Darlehen, s. 23; Krampe, s. 351.

⁴¹⁵ Bkz. Ernst Zitelmann, **Digestenexegese**, W. Rothschild, Berlin-Grunewald, 1925, (Digestenexegese), s. 38; *Lucius Titius*'un mektubu olumlu şekilde cevaplayıp sözleşmeyi kurduğu yönündeki görüş için bkz. Benke ve Meissel, s. 44; Jung, s. 108, dn. 287; karşı görüş için bkz. Krampe, s. 357 vd.

⁴¹⁶ von Lübtow, Darlehen, s. 23; Krampe, s. 351.

Romada ödünç kavramı, ortaya çıkmasından sonra oldukça önemli bir gelişim göstermiştir. Ancak *mutuum*'un katı koşullarının daha Cumhuriyet Devrinden başlayarak yumuşatılıp yumuşatılmadığından haklı olarak şüphe edilmesi gerekir. Burada *Iulianus* ve öğrencisi *Africanus* borç verenin sikkelerinin, aynî teslim (*datio*) olmasa bile, doğrudan borç alanın mülkiyetine geçmesini aramışlardır. Sikkelerin borç verenin mülkiyetinde olmaması halinde en azından üçüncü bir kişinin - borç verenin talimatıyla ve onun adına olacak şekilde – sikkeleri aynî olarak teslim (*datio*) etmesini aramaktadırlar⁴¹⁷.

Iulianus burada bir ödünç sözleşmesinin kurulmadığı görüşündedir. Ancak temel dayanağı olan *reductio ad absurdum* (saçma olana indirgeme) ile yetinmemiş, klâsik dönem hukukçularının izlediği metoda uygun olarak⁴¹⁸, konuya ilişkin iddiasını ispat etmek için iki farklı bir de benzer olayı zikretmiştir. Faiz hakkındaki görüşünü, müvekkilin sadece *actio mandati*'yi açabileceğini tespit ettikten sonra belirtmiştir. Burada bir *datio* gerçekleşmemiştir. *Iulianus*'un görüşünün ana dayanak noktası: “...*alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*” : “...aksi takdirde sadece anlaşmaya dayanan her türlü sözleşmeden (bir *datio* yapılmadan da) ödünç doğabilirdi.” şeklinde ifade ederek başvurduğu *reductio ad absurdum* yöntemidir. Göstermiş olduğu diğer deliller, asıl olaya benzediği iddia edilebilecek olmakla birlikte aslında benzemeyen iki olaydır⁴¹⁹. Bunlardan birincisi yukarıda ele almış olduğumuz vedia alan ve veren arasındaki ödünç sözleşmesidir.

Elinde vedia olarak para bulunduran birisi, vedia verenle parayı ödünç olarak kullanmak üzere anlaşır. Ödünç sözleşmesi kurulmuştur çünkü sikkeler vedia verenin mülkiyetinden alanın mülkiyetine geçmiştir. Paranın aynî olarak tevdi edilmesine gerek yoktur, tarafların parayı elinde vedia olarak bulunduranın ödünç almış olarak kabul edilmesi üzerinde sadece anlaşmış olmaları bile yeterli görülmektedir⁴²⁰. Burada amaçlanan, paranın aynı taraflar arasında gereksiz yere karşılıklı el değiştirmesini engellemektir. Bu durumda sikkeler tevdi edilmiş olmasa da, doğrudan ödünç verenin mülkiyetinden ödünç alanın mülkiyetine geçmiş kabul

⁴¹⁷ von Lübtow, Darlehen, s. 21.

⁴¹⁸ Max Kaser, “Zur Methode der römischen Rechtsfindung”, **Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, I. Philologisch-Historische Klasse**, Jahrgang 1962, Nr. 2, (Methode), ss. 53, 59, dn. 45.

⁴¹⁹ von Lübtow, Darlehen, s. 25.

⁴²⁰ Aynı yönde bkz. *D.12.1.9.9 (Ulpianus 26 ad ed.)*.

edilmektedir. Bundan dolayı söz konusu olay, geleneksel ödünç kavramıyla bağdaştırılabilmektedir: *nummi, qui mei erant, tui fiunt* (benim olan paralar(sikkeler), senin oldu)⁴²¹.

İkinci olay ise yine yukarıda değinmiş olduğumuz havaleden doğan ödünç sözleşmesidir. *Iulianus*, borçlusuna, ödemesi gereken parayı, kendisinden ödünç almak isteyen birisine ödemesi talimatı verdiğinde de, iyilikseverlik veya hayırseverlik bunu gerektirdiği için⁴²² ödünç sözleşmesinin kurulacağını söylemektedir⁴²³.

Buna karşılık *Iulianus* ve *Africanus* istisnaî kuralın mevcut bir borcun ödünç borcuna dönüştürülmesi durumuna uygulanmasını kabul etmemişlerdir. Bu sınırlayıcı eğilimleri için bir *argumentum ad absurdum*⁴²⁴ yaratmışlardır⁴²⁵: “...*alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*”: “...aksi takdirde sadece anlaşmaya dayanan her türlü sözleşmeden (bir *datio* yapılmadan da) ödünç doğabilirdi.” Böylece bu durumda bir ödünç sözleşmesinin doğabileceği fikrini de reddetmektedirler. *Lucius Titius*’un borçlularından para toplayıp daha sonra müvekkiline topladığı bu parayı ödünç olarak alıp alamayacağını soran vekili (*procurator*) ile müvekkili *Lucius Titus* arasında, *Lucius Titus* onun bu ricasını kabul etse bile, bir *mutuum* kurulmayacaktır⁴²⁶. Çünkü aksi takdirde bu tip bir sözleşme için zorunlu olan real unsur, pratik amaçlarla, ortadan kaldırılmış ve *mutuum* tamamen rızaî bir sözleşme haline gelmiş olurdu⁴²⁷.

⁴²¹ von Lübtow, Darlehen, s. 25; vedia olarak bırakılmış paralar üzerinde ödünç sözleşmesi kurulması örneğini metne ekleyen *Africanus* olduğu savunulmaktadır, bkz. Krampe, s. 359.

⁴²² Krampe, s. 352.

⁴²³ von Lübtow, Darlehen, s. 25; havale ödünçünü metne ekleyen de *Africanus* olduğu savunulmaktadır, bkz. Krampe, s. 359; karşı görüş için bkz. Jung, s. 107, dn. 277.

⁴²⁴ *Argumentum ad absurdum*: Anlamsızlık delili, karşı tarafın düşüncesini gerçekten uzak çıkarımlarla ve uç örneklemelerle abartarak, mantıksız görünen, kulağa saçma gelen veya istenmeyen sonuçlara ulaşmak suretiyle çürütmeye çalışmak, bkz. Dieter Meyer, **Juristische Fremdwörter, Fachausdrücke und Abkürzungen**, 11 Aufl., Luchthand, Flensburg, 2002, s. 15; Belgin Erdoğmuş, **Hukukta Latince Teknik Terimler-Özlü Sözler**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, (Latince Terimler), s. 13.

⁴²⁵ Zimmermann, s. 160; Bürge, *argumentum ad absurdum*’u ekonomik nedenlere dayanarak açıklamıştır. Bürge’ye göre o dönemde ciro işlemleri henüz bilinmediği için kaydî para kavramının oluşturulup kullanılması olanaksızdır, bkz. Bürge, Geldwirtschaft, s. 133 vd.; ayrıca bkz. Krampe, s. 351, dn. 18.

⁴²⁶ von Lübtow, Darlehen, s. 54; Benke ve Meissel, s. 47; Zimmermann, s. 160.

⁴²⁷ Zimmermann, s. 160.

Iulianus ve *Africanus*, ödünç isteyen kişiye para yerine satması için gümüş verilip satış bedelinin ödünç olarak muhafaza edilmek istenmesi⁴²⁸ halinde de bir *mutuum*'un kurulmasını kabul etmemişlerdir⁴²⁹.

Bütün bu konulara değindikten sonra sonuç olarak *Lucius Titius* ile vekili arasında bir *mutuum*'un kurulamayacağı ve taraflar arasındaki vekâlet ilişkisinin devam ettiği ve paranın hasarı vekile ait olmasına rağmen vekilin vekâletten doğan dava (*actio mandati*) ile kararlaştırılmış olan faizi ödemekle yükümlü kılınabileceği yönünde görüş bildirmişlerdir.

(ii). *Iulianus/Africanus* ve *Ulpianus* Arasındaki Görüş Ayrılığı

Ulpianus ve *Africanus* arasındaki görüş farklılığını açıklamak için çeşitli denemeler yapılmıştır. Hatta bazı yazarlar buradaki iki metin arasındaki olaylarda bir benzerliğin söz konusu olamayacağını, çünkü farklı olguların ele alındığını ve *Ulpianus* hazırlar arasındaki bir sözleşmeden bahsederken, *Africanus*'un hazır olmayanlar arasındaki bir sözleşmeden bahsettiğini veya *Ulpianus*'un zikrettiği olayda alacaklı ve borçlu arasında açıkça kararlaştırılmış bir sözleşme bulunduğu, buna karşı *Africanus*'un ele aldığı olayda sadece borçlunun tek taraflı bir beyanının bulunduğu iddia etmişlerdir⁴³⁰. Fakat Glück, haklı olarak bu metinler arasında böyle farklılıklar arama isteğinin nafile çabalardan ibaret kalacağını ve burada görüşler arasında bir çelişki olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴³¹. Yukarıda görüldüğü gibi *Ulpianus* tereddüt etmeden herhangi bir borcun basit bir anlaşmayla ödünç borcuna dönüştürüleceğini kabul etmiştir. Buna karşın *Iulianus/Africanus* bunu reddedip ele alınan olayda müvekkilin, verilmesi gereken parayı kendi rızasıyla faizli ödünç olarak muhafaza etmeye niyetlenen vekile karşı ödünçten doğan *condictio mutui*'yi (ödünç davasını) değil sadece *actio mandati*'yi (vekâlet sözleşmesinden doğan dava) açabileceğini kabul etmişlerdir. Bunun nedenlerinin neler olabileceğine yönelik olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Africanus*'a göre bu olayda vekil gelecekte borçlanılmış paranın kazaen zayı olması

⁴²⁸ Sonraki dönemlerde doğrudan Roma Hukukuna ait olmayan bir terimle *contractus mohatrae* olarak adlandırılmış olan bu sözleşme türü aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

⁴²⁹ Benke ve Meissel, s. 47; Krampe, s. 352.

⁴³⁰ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Glück, Bd. 12, 1, s. 14, dn. 37; ayrıca bkz. Alexander, s. 38.

⁴³¹ von Glück, Bd. 12, 1, s. 14 vd.

veya değerinin düşmesi tehlikesini de, yani başka bir ifadeyle hasarı da, üstlenmek ve kararlaştırılan faizi ödemekle yükümlüdür⁴³².

Alexander'a göre iki hukukçu arasındaki bu görüş ayrılığının ardında yatan sebep, *Ulpianus*'tan daha önce yaşamış olan *Africanus*'un⁴³³ katı ve şekle bağlı hukuk düşüncesini daha çok benimsemiş ve bu nedenle de kısa elden teslim (*brevi manu traditio*) faraziyesini uygulamaya yeltenmekten çekinmiş olmasıdır. *Africanus*, bir real sözleşme olarak *mutuum*'un sadece ödünç verenin mülkiyetinde bulunan bir şeyin tevdi (devir ve teslim-*Übergabe*) edilmesiyle kurulabileceği düşüncesinde ısrar etmiştir⁴³⁴. Öyle ki “...*ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fit*...” (“...tarafımdan bir şey sana, benim olmaktan çıkıp (*ex meo*), senin olacak şekilde (*tuum*) verilmektedir...”)⁴³⁵ zorunluluğu, alacaklı ile kendisinden ödünç isteyen borçlusunun, borçlanılmış olan ve alacaklının üzerinde hak sahibi olduğu ancak henüz kendi mülkiyetinde kabul edilemeyecek olan parayı ödünç alınmış para (*pecunia credita*) olarak borçlunun kendisi için muhafaza etmesi yolunda bir anlaşma yapmış olmalarıyla yerine getirilmiş sayılmaz⁴³⁶. Başka bir ifadeyle, *Iulianus* ve *Africanus*, para doğrudan alacaklı tarafından ödenmek zorunda olmayıp, onun emriyle veya onun adına üçüncü bir kişi tarafından devredilebilecek olmasına rağmen, halen *datio* unsurunu vurgulamakta ve bu unsurun varlığını aramaktadırlar. Şimdi geriye kalan sadece borçlu ve alacaklı arasında sahip olunan şeye ödünç olarak sahip olunduğuna dair yapılacak bir anlaşmadır⁴³⁷. Gerçekten, borçlunun ödünç isteyene doğrudan bir ödeme yaptığı üç köşeli bir hukukî ilişkide, yapılmamış olmasına rağmen sanki iki kere *datio* yapılmış kabul edilebiliyorsa, bu borçlu ve ödünç isteyen aynı ve tek kişi olduğu durumda evleviyetle kabul edilmelidir. Borçludan (*Africanus*'un ele aldığı olayda vekil (*procurator*) olan kişi), alacaklıya parayı (*actio mandati directa* dolayısıyla) devretmesini ve bu parayı bundan sonra

⁴³² Alexander, s. 38.

⁴³³ *Africanus* Roma İmparatorları *Hadrianus* (M.S. 117-138) ve *Antoninus Pius* (M.S. 138-161) zamanında yaşamışken, *Ulpianus* Roma İmparatorları *Antoninus Caracalla* (M.S. 211-217) ve *Alexander Severus* (M.S. 222-235) zamanında yaşamış ve tahminen M.S. 223 yılında ölmüştür, bkz. Kunkel, ss. 172 vd., 245 vd.

⁴³⁴ Alexander, s. 39.

⁴³⁵ *I.3.14.pr.*

⁴³⁶ Alexander, s. 39; *Africanus*'u bu tartışmalı olayda geçerli bir *mutuum* kurulamayacağı sonucuna götüren düşünce şudur (*D.17.1.34.pr.*): “...*alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*...” : “...çünkü aksi takdirde sadece anlaşmaya dayanan her türlü sözleşmeden ödünç doğabileceğinin kabul edilmesi gerekirdi...”.

⁴³⁷ Zimmermann, s. 160.

(akabinde) ödünç almasını istemek yerine, borçlunun (yani ödünç isteyenin) parayı elinde bulundurmasına izin vererek ve *datio*'nun iki kere yapılmış olduğunu kabul ederek bu süreç çok kolaylaştırılabilir⁴³⁸.

Burada *Ulpianus*'un, daha özgür ve ileri bir hukukî yorum tarzını benimsediği görülmektedir. Bu yorum tarzına göre, her iki tartışmalı *Digesta* metninde ele alınan olaylarda bir ödünçün tamamen geçerli olarak kurulmuş kabul edilmesi amaca uygun görülmektedir. Bu hiç görülmemiş bir şey değildir, çünkü daha önce değinildiği ve pek çok olayda da görüldüğü gibi geçerli bir ödünçün kurulması için başlangıçta aranan birçok şarttan uzaklaşmıştır. Ödünç verenin ödünç verdiği şeyi, onun üzerindeki mülkiyeti *traditio* ile doğrudan ödünç alana devredebilmesi için, ona parça olarak (*in specie*) malik olmasının gerekmesi zorunluluğunun aranmadığı hallerin ortaya çıkması buna güzel bir örnektir. Aynı zamanda, iyilikseverlik veya hayırseverlik sebebiyle, alacaklının talimatı gereğince borçlunun alacaklısı adına borçlu olduğu miktarı üçüncü kişiye ödünç konusu olarak vermesiyle bir ödünç sözleşmesi kurulmasının mümkün kabul edilmesine dair ilkenin tartışmasız geçerli kabul edilmesi de bu durum için verilebilecek diğer bir örnektir. Hatta bu sonuncu olayda *Africanus* da bizzat bir ödünç sözleşmesinin kurulmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir⁴³⁹.

Von Keller, *Ulpianus*'un da başka bir borcun ödünç borcuna dönüştürülmesi suretiyle bir ödünç sözleşmesi kurulmasını, sadece borçlunun alacaklının parasını fiilen elinde bulundurması durumunda mümkün gördüğünü iddia etmiştir⁴⁴⁰. Keller'e göre, başka bir borcun ödünç borcuna dönüştürülmesi olanağını, örneğin bir satın alma bedelinin ödünç olarak bırakılmasını, *Ulpianus* da reddederdi⁴⁴¹. Ancak Alexander bu görüşe katılmamaktadır⁴⁴².

Hatta Huschke bu noktada daha ileri giderek, vekâlet ilişkisinden doğacak her borcun, ödünç sözleşmesinden doğan bir borca dönüştürülemeyeceğini belirtmiş ve *Ulpianus*'un yalnızca vekilin vekâlet veren için tahsil ettiği paraları kendi paralarından ayrı saklaması durumunu göz önünde bulundurarak bu sonuca vardığını

⁴³⁸ Zimmermann, s. 161.

⁴³⁹ Alexander, s. 40.

⁴⁴⁰ Friedrich Ludwig von Keller, Pandekten, 2. Aufl., Bd. II, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1866, s. 2.

⁴⁴¹ von Keller, s. 2.

⁴⁴² Alexander, s. 40.

öne sürmüştür⁴⁴³. Bu olay yukarıda, vedia alanın vedia verenin belirli paralarını, diğer paralardan ayrı elinde bulundurduğu zaman ödünç para olarak muhafaza etmesine benzemektedir⁴⁴⁴. Huschke'ye göre, para vekilin elinde bireysel olarak ayrılmış şekilde bulunmuyorsa ve bu nedenle bütün diğer genel borçlularda, örneğin bir alıcıda veya kiracıda cins olarak bir miktar para bulunuyorsa, *Ulpianus* da kesinlikle böyle bir borcun ödünç borcuna dönüştürülebileceğini iddia etmezdi⁴⁴⁵. Örneğin bir alıcıyla satıştan elde edilen para üzerinden bir *mutuum* kurulabilmesi sadece alıcının semeni bir para kesesinde getirmesi ve satıcının bunu ödünç alması için o anda izin vermesi halinde mümkün olurdu. Huschke'ye göre böyle özel koşulların, yani paranın ayrıca getirilmiş olması gibi koşulların bulunmaması halinde para yalnızca alıcıda bırakılmış satım bedeli olarak kalırdı ve ödünç verilmiş kabul edilmezdi⁴⁴⁶. Sonuç olarak Huschke'ye göre, *Ulpianus* da tıpkı *Africanus* gibi ödünç alana paranın dışarıdan fiilen teslim edilmesi (*dari pecuniam*) ilkesinin ödünç sözleşmesi için zorunlu olduğunu ve yalnızca basit bir *pactum* ile mevcut bir borçtan ödünç borcu yaratılamayacağı düşüncesindedir⁴⁴⁷.

Alexander ise *Ulpianus*'un görüşlerini çok sınırlayıcı yorumlayan bu görüşlerin sağlam temellere dayanmadığını savunmaktadır⁴⁴⁸. Alexander'a göre *Ulpianus D.12.1.15*'te ilkin açıkça bir borçludan bahsetmekte ve ancak ikinci olayda –onda da sadece bir örnek olarak- vekilin müvekkil için para tahsil ettiği ve bu nedenle ona borçlandığı bir vekâlet ilişkisinden söz etmektedir⁴⁴⁹. Bu nedenle, *Ulpianus*'un burada ele aldığı olaydaki borcun bir ödünç borcuna dönüştürülmesi olanağını sınırlandırmak istediği yolundaki yoruma bir gerekçe bulamadığını ifade etmektedir⁴⁵⁰. *Ulpianus*, *Africanus*'un karşı çıktığı sadece anlaşmaya dayanan her türlü sözleşmeden ödünç doğabilmesine dayalı ilkeyi (*ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*) tamamen kabul etmektedir⁴⁵¹.

Ulpianus'un öne sürdüğü görüşün haklı çıkarılabilmesi için, ödünç verilmiş para niteliğini kazanacak olan fakat aslında başka sebeple borçlanılmış paraların

⁴⁴³ Huschke, Darlehen, ss. 63-64.

⁴⁴⁴ Alexander, s. 41.

⁴⁴⁵ Huschke, Darlehen, s. 64.

⁴⁴⁶ Huschke, Darlehen, s. 66.

⁴⁴⁷ Huschke, Darlehen, s. 64.

⁴⁴⁸ Alexander, s. 41.

⁴⁴⁹ Alexander, s. 41.

⁴⁵⁰ Alexander, s. 41.

⁴⁵¹ von Salpius, s. 326; Alexander, s. 41.

farazî olarak verilip geri alındığının, yani tarafların mülkiyeti birbirlerine karşılıklı olarak iki kere devrettiklerinin kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁵². Çünkü *Ulpianus*'un *D.12.1.15*'teki şu ifadeleri ancak böyle bir kurgunun yardımıyla anlaşılabilir: “...videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.” : “...para önce bana verilmiş sonra benden sana geçmiş kabul edilir.”. Örneğin tarafların satıştan doğan bir borcu ödünç borcuna dönüştürmek niyetinde olduklarını farz edecek olursak, gelişecek olan süreci ara aşamalarına ayırdığımızda, ilk önce borçlunun borçlu olduğu satış bedelini oluşturan tutardaki paranın mülkiyetini alacaklasına devrederek satış sözleşmesinden doğan borcunu ödediğini göz önünde bulundurmak zorundayız⁴⁵³. Bunun üzerine, satış sözleşmesinde alacaklı olanın zilyetliğine geçirilmiş olan paraları, önceleri bir *mutuum*'un kurulması için mutaat yol olan mülkiyetin devri iradesiyle yapılan doğrudan bir teslim (*traditio*) ile ödünç isteyen önceki borçlusuna ödünç para (*pecunia credita*) olarak teslim etmesi söz konusu olacaktır⁴⁵⁴.

Von Salpius bu şekilde kurulan bir ödünç gerçek anlamda bir *mutuum* olarak görmemektedir, çünkü gerçek anlamda bir teslimin eksikliğinin real sözleşme niteliğini zedelediğini savunmakta ve böyle bir ödünçün artık bir real sözleşme sayılamayacağını belirterek bunun *mutuum*'un rızai sözleşmelere çok yakın olan bir biçimi olduğunu söylemektedir⁴⁵⁵.

Bähr daha da ileri giderek, böyle bir sözleşme kural olarak ödünç sözleşmesi şeklinde nitelendirilse de bu durumda fiilen bir ödünçten söz edilemeyeceğini savunmaktadır⁴⁵⁶. Bähr ayrıca mevcut bir borcun gerçek bir ödünce dönüştürülmesinin, diğer herhangi bir maddî borca dönüştürülmesinden çok daha zor olduğunu söylemekte ve bu nedenle hayatın kendisine “ödünç” kelimesini kullanarak yardım etmesi halinde, bilimin bunu “ödünç” kavramıyla karıştırmaması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁵⁷.

Alexander ise Bähr'in bu iddialarını aşırı bulmaktadır, çünkü ona göre başka bir borcun ödünç borcuna dönüştürülmesi suretiyle kurulan bir ödünçün, ödünç

⁴⁵² Alexander, s. 42.

⁴⁵³ Çünkü *Ulpianus*, *D.19.1.11.2*'de şöyle demektedir: *D.19.1.11.2 (Ulpianus 32 ad ed.)* : “...emptor autem nummos venditoris facere cogitur.” : “...buna karşılık alıcı satıcıyı paraların maliki kılmak zorundadır.”

⁴⁵⁴ Alexander, s. 42.

⁴⁵⁵ von Salpius, s. 326.

⁴⁵⁶ Otto Bähr, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 2. neu bearbeitete Aufl., Georg H. Wigand, Cassel und Göttingen 1867, s. 279; Alexander, s. 43.

⁴⁵⁷ Bähr, s. 279.

konusunun doğrudan teslimiyle kurulan bir ödünçten farklı olarak düzensiz (*irregular*-gayri muntazam, usulsüz) veya dolaylı ödünç olarak nitelendirilmesine hiçbir şey söylenemiyorsa, burada hukukî anlamda da bir ödünç bulunduğu inkâr edilmemektedir⁴⁵⁸. Von Schey de yerinde olarak burada gerçek bir mülkiyet devrini kabul etmenin bir faraziye olacağını belirtmektedir. Ona göre burada da bir sermaye alacaklı tarafından borçluya devredilmektedir, yani bu sermaye ödünç verenin alandan alacak olarak kendisinin tahsil etmesi gereken sermayedir⁴⁵⁹. Ödünçün verilmesi ödünç alanın o zamana kadarki borcundan kurtulmasıyla veya ödünç verenin o zamana kadarki alacağından vazgeçmesiyle gerçekleşir. Bu nedenle burada da gerçek bir ödünç vardır⁴⁶⁰.

Başka bir borcun ödünç borcuna dönüştürülerek geçerli bir ödünçün kurulmasının ancak ödünç borcuna dönüştürülmek istenen eski borcun da hukuken mevcut olması halinde mümkün olacağı çok açıktır⁴⁶¹. Çünkü aksi takdirde bir ödünç konusundan ve bir ödünçten bahsedilemezdi⁴⁶².

(2). Bir Şeyin Değerinin Tahminî Olarak Takdir Edilerek Ödünç Konusu Olması için Verilmesi

Başka bir borcun ödünç borcuna dönüştürülmesi suretiyle bir ödünç sözleşmesinin kurulması olanağının tanınması da sürekli gelişen ticaret hayatının gerekleri karşısında yeterli olmamaya başladı. Çünkü bir şey fiilen teslim edilmeden bir ödünç sözleşmesinin kurulması ancak ödünç alacaklısı olacak kişinin başka bir borç ilişkisinden ötürü ödünç talep eden kişiden alacaklı olduğu hallerde mümkün sayılıyordu⁴⁶³. Fakat zaman geçtikçe önceden bir borç ilişkisi mevcut olmadan da, kendisinden ödünç istenen kişinin ödünç isteyene nakit para yerine mislî veya mislî olmayan bir şeyi kararlaştırılmış bir tahminî bedel üzerinden ve bu tahminî bedel de

⁴⁵⁸ Alexander, s. 43.

⁴⁵⁹ Josef Freiherrn von Schey, **Die Obligationenverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts**, Bd. I, Heft I, Einleitung- Das Darlehen, Manz'sche k. u. k Hof-Verlags- und Universitätsbuchhandlung (Julius Klinkhardt & Co.), Wien, 1890, s. 85.

⁴⁶⁰ von Schey, s. 85.

⁴⁶¹ Alexander, s. 44.

⁴⁶² Friedrich Schollmeyer, **Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche**, 2. völlig neu bearb. Aufl., J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1904, s. 88, dn. 1; Alexander, s. 44.

⁴⁶³ Alexander, s. 44.

ödünç konusunu oluşturacak şekilde bir ödünç sözleşmesinin kurulabileceği kabul edildi⁴⁶⁴. Çok açıktır ki bu hukukî işlem satım ve ödünç sözleşmelerinin unsurlarını taşıyan bir karma sözleşmedir⁴⁶⁵. Mevcut bir borcun ödünç borcuna dönüştürülmesinin ele alındığı son olayla buradaki durum çok benzemektedir ve burada da ödünç alan tahminî bedelle verilen şeyi satın almakta ve bu şekilde ortaya çıkan satış bedeli borcu ona satıcı tarafından o anda ödünç olarak bırakılmaktadır⁴⁶⁶. Yani yapılmış olan sözleşme bu şekilde aşamalara ayrıldığında bir ödünçün kurulmasının koşullarının yerine getirilmiş ve böylece *mutuum*'u geçerli olarak kurulmuş kabul edilmesi için hiçbir engel kalmamaktadır⁴⁶⁷. Burada ödünçün kuruluş koşulları, *datio solvendi causa* –ifa nedeniyle verme yani semenin ödenmesi- ve *redatio obligandi causa* –borç sebebiyle yeniden verme yani alınan satış bedelinin ödünç tutarı olarak verilmesi- varsayımının kabul edilmesi yoluyla yerine getirilmiş sayılmaktadır⁴⁶⁸. Bunun gelişen Roma hukuk yaşamında da fiilen kabul edildiğini Roma İmparatorları *Diocletianus* ve *Maximianus* tarafından çıkarılmış ve *Codex*'te yer alan şu emirnamede de görebiliyoruz:

C.4.2.8

“Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum vel iumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti...”

“Eğer alacaklından talep edeceğin nakit ödünç para yerine gümüş veya koşum atı veya değeri karşılıklı anlaşmayla belirlenecek başka bir şey almayı kabul edersen...”

Bazı yazarlara göre Klâsik Dönem Roma Hukukunda da ödünçün bu şekilde kurulması kabul edilmiş olmalıdır⁴⁶⁹. Bu, *Ulpianus*'un *praetor Edictum*'una yazdığı şerhten alınan aşağıdaki *Digesta* metninden anlaşılmaktadır⁴⁷⁰. *Ulpianus* burada,

⁴⁶⁴ Huschke, Darlehen, s. 21; Alexander, s. 44; Dernburg ve Sokolowski, s. 731.

⁴⁶⁵ Heimbach, s. 284; Alexander, s. 44.

⁴⁶⁶ Heimbach, s. 284; Alexander, s. 45; Dernburg ve Sokolowski, s. 731.

⁴⁶⁷ Heimbach, s. 284; Alexander, s. 45.

⁴⁶⁸ Heimbach, ss. 284-285; Alexander, s. 45.

⁴⁶⁹ Heimbach, s. 285; Alexander, s. 45; Kaser de daha ihtiyatlı bir ifadeyle Klâsik Hukuk döneminde de bu tip işlemlerin uygulanmış olabileceğini kabul etmektedir, bkz. Max Kaser, “Die Verteilung der Gefahr beim sogenannten ‘contractus mohatrae’”, *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Cilt: I, Jovene, Napoli, 1964, (Contractus Mohatrae), s. 82.

⁴⁷⁰ Heimbach, s. 285; Alexander, s. 45.

düzenlemenin amacına uygun olarak aile evlâdına yalnızca ödünç para verilmesinin *senatus consultum Macedonianum* hükmüne aykırı olacağını belirttikten sonra buna yönelik açıklamalar yapmıştır:

D.14.6.3.3 (Ulpianus 29 ad ed.)

“...*et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat senatus consultum. quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.*”

“...Bu nedenle bir aile evlâdına, para ödemediğim satıştan veya başka bir sözleşmeden onun ödeme yükümlülüğüne dayanarak bir ödünç versem ve parayı bana ödeyeceğini *stipulatio* ile taahhüt ettirmiş olsam bile, burada bir para ödünçü söz konusu olmasına rağmen, bir para ödemesi söz konusu olmadığı için *senatus* kararı uygulanmaz. Fakat bu, yalnızca bir aile evlâdına geçerli olarak ödünç para veremeyecek olan birinin, bunun yerine ona bir şey satın ödünç yerine şeyin değerini temin etmek suretiyle *senatus* kararını dolanmayı amaçlamadığı haller için söylenebilir.”

Metinden anlaşıldığı gibi, bir aile evlâdının bir ödemenin (*numeratio*) yapılmadığı bir hukukî işlemde -örneğin bir satış sözleşmesinden- bir şeyler borçlu olduğu kişinin bu tutarı bir *stipulatio* yoluyla ödünç borcuna dönüştürmesi *senatus consultum Macedonianum* hükümlerine aykırı olmayacaktır, meğerki satış bu *senatus* kararının hükümlerini dolanmak için seçilmiş olsun⁴⁷¹. Yani daha *Ulpianus*’un zamanında, ödünç isteyen kendisine ödünç vermek isteyen birisinden bir şeyi kararaştırılmış bir tahminî bedelle, bu bedelin daha sonra borçlanılmış semen değil ödünç tutarı olarak geçerli olması kaydıyla alması suretiyle farazî bir satış sözleşmesi yoluyla bir ödünç sözleşmesinin kurulabileceği söylenebilir⁴⁷².

Burada şu eklenmelidir ki böyle bir sözleşmeye, şeyin verilmesinde, o şeyin gerçek değerini çok aşan bir tahminî bedelin kararlaştırıldığı gizli bir tefecilik

⁴⁷¹ Alexander, s. 46; von Lübtow, Darlehen, s. 74.

⁴⁷² Heimbach, s. 285; Alexander, s. 46.

sözleşmesine hizmet etmesi amacıyla başvurulmaktadır⁴⁷³. Bu nedenle ödünç sözleşmesinin bu şekilde kurulmasına göz yumulmasının amaca uygun olup olmadığı tartışmalıdır⁴⁷⁴.

(3). *Contractus Mohatrae* (Bir Şeyin Satılması ve Satış Sonunda Elde Edilecek Bedelin Ödünç Olarak Kabul Edilmesi için Ödünç İsteyene Verilmesi)

Bundan önceki başlık altında ele alınmış olan örnekte yapılmış olan hukukî işlemi oluşturan satış ve ödünç sözleşmeleri aynı iki kişinin arasında, yani sözleşme konusu şeyi alan ve veren kişi arasında gerçekleşmekteydi ve böyle bir ödünç sözleşmesinin geçerli olarak kurulabileceğine değinilmişti. Ödünç vermek isteyen, mülkiyetinde olan bir şeyi ödünç almak isteyen vererek, onun bunu bir başkasına satıp bu satıştan elde ettiği semeni ödünç almış kabul edilmesi kaydıyla da bir ödünçün kurulabileceği *Ulpianus* tarafından kabul edilmekteydi⁴⁷⁵, *Iulianus/Africanus* ödünçün bu şekilde kurulabileceğini kabul etmemektedir⁴⁷⁶. Burada ödünç almak isteyen, bir önceki başlık altında ele alınmış olayda olduğu gibi, aynı zamanda şeyin alıcısı değildir, bilâkis şeyi malikinden üçüncü bir kişiye satmak ve satış bedelini ödünç olarak muhafaza etmek (satış bedeli üzerinden bir ödünç sözleşmesi kurulmasını sağlamak) amacıyla almaktadır.

Taraflar arasında bu şekilde kurulan bir ödünç sözleşmesi bugün *contractus mohatrae* olarak adlandırılmaktadır⁴⁷⁷. Buradaki “*mohatra*” kelimesi Arapçadan gelmektedir ve “*khâtâr*”, yani “kendini bir tehlikeye maruz bırakmak” fiilinden

⁴⁷³ Alexander, s. 46.

⁴⁷⁴ Dernburg ve Sokolowski, s. 731.

⁴⁷⁵ *D.12.1.11.pr. (Ulpianus 26 ad ed.)*; Kreller, Mutuum, s. 576; Kaser, *Contractus Mohatrae*, s. 75; Benke ve Meissel, s. 46 vd.; Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğmuş, **Roma Hukuku Meseleleri**, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2001, (Meseleler), s. 132, dn. 2; Schulz ise *Ulpianus*’un metnindeki açık ifadenin doğruluğunu reddederek *Ulpianus*’un burada bir ödünç sözleşmesinin kurulduğunu kabul etmediğini savunmaktadır, bkz. Schulz, CRL, s. 510.

⁴⁷⁶ *D.17.1.34.pr (Africanus 8 quaest.)*; ayrıca bkz. Kreller, Mutuum, s. 576; Kaser, *Contractus Mohatrae*, s. 75; Benke ve Meissel, s. 46 vd.; Tahiroğlu ve Erdoğmuş, Meseleler, s. 132, dn. 2.

⁴⁷⁷ Alexander, s. 47; Adolf Hohenstein, **Zur Darlehenslehre nach BGB**, Erlangen, 1907, s. 109; Kaser, *Contractus Mohatrae*, s. 75; von Lübtow, *Darlehen*, s. 64, dn. 262; Schulz günümüz hukukçularınca benimsenen bu kullanımın gereksiz ve hatalı olduğunu savunmaktadır, bkz. Schulz, CRL, s. 510; aynı yönde bkz. Kaser, *Contractus Mohatrae*, s. 75.

türetilmiştir⁴⁷⁸. Bununla birlikte önceleri bambaşka bir hukukî işlemi nitelendirmek için kullanılmış olan bir kelimedir. Burada önceleri kastedilen hukukî işlem, nakit paraya ihtiyacı olan bir kimsenin, önce bir başkasından yüksek fiyatla bir şeyi veresiye satın alması, aldıktan sonra ise nakit para elde etmek için aldığı şeyi aynı kişiye almış olduğundan daha düşük fiyata hemen geri satmasıdır⁴⁷⁹. Paraya ihtiyacı olan kişinin ödünç almakla sağlayacak olduğu ekonomik yarar, nakit parayı aldığı derecede burada da karşılanmış olacaktır. Ödünç isteyen ihtiyacı olan nakit parayı sağlamak için ona yüksek bir fiyata veresiye satmış olduğu şeyi hemen ondan daha düşük fiyata nakit para karşılığında geri alan kimsenin buradan sağlayacağı yarar ise, ödünç vermiş olsaydı kararlaştırılacak olan muhtemel bir faiz yerine, satış ve alış fiyatları arasındaki bu farktır. Buna karşılık bu şekilde kredi sağlayan kimse, kredi sağlamış olduğu borçlusunun ileride satış bedelini ödeyemeyecek durumda olması tehlikesine (riskine-khâtar) maruz kalmaktadır⁴⁸⁰.

Bu sözleşmenin daha sonra –bu sözleşmede de çoğu zaman gizli bir tefecilik söz konusu olması nedeniyle- yasal olarak ortadan kaldırılmasından sonra, bir kimsenin ödünç rica eden kişiye nakit para veya doğrudan ödünç konusu olarak kabul edilebilecek bir şey vermek yerine, ona herhangi bir şeyi satıp ve satış bedelini de ödünç konusu olarak muhafaza etmesi için bıraktığı sözleşme *contractus mohatrae* olarak adlandırılmıştır⁴⁸¹.

Daha sonra *contractus mohatrae* olarak adlandırılacak olan böyle bir sözleşme ile hukuken geçerli bir ödünçün kurulabileceği, *Ulpianus*’tan alınmış olan *D.12.1.11.pr.*deki olaydan da çıkarılmaktadır:

D.12.1.11.pr. (Ulpianus 26 ad ed.)

“Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto⁴⁸² mutuam pecuniam factam...”

⁴⁷⁸ Isermeyer, bu sözleşmenin basılmış paranın fazla olmadığı dönemlerin ürünü olduğunu ve ekonomik hayatta da sık karşılaşılan bir işlem olduğunu belirtmektedir, bkz. Isermeyer, s. 63.

⁴⁷⁹ Alexander, s. 47; Isermeyer, s. 63; Kaser, *Contractus Mohatrae*, s. 75, dn. 3.

⁴⁸⁰ Alexander, s. 47.

⁴⁸¹ Alexander, s. 48; Isermeyer, s. 64.

⁴⁸² Burada ihtiyatlı olarak kullanılmış olan ve “bana göre” anlamına gelen “*puto*”, karşıt bir görüşün de varlığına işaret etmektedir, bkz. Kaser, *Contractus Mohatrae*, s. 75; Zimmermann, s. 161.

“Benden sana ödünç para vermemi rica ettin: param olmadığı için satman ve semeni kullanman için sana bir kâse veya altın külçesi verdim. Eğer satmışsan, bana göre para ödöncü meydana gelmiştir...”

Burada (*E*)go (ben), (*T*)u’ya (sana) ödünç para vermeyi çok istemesine rağmen nakit parası olmadığı için verememektedir. Bu nedenle “*tu*”ya satması ve satış bedelini de ödünç olarak alması için altından yapılmış bir tabak veya külçe vermiştir⁴⁸³. *Ulpianus* bu durumda ödöncün kurulduğunu kabul etmektedir.

Buna karşılık başka bir *Digesta* metninde *Africanus* bir ödöncün bu şekilde kurulamayacağına dair görüş belirtmiştir:

D.17.1.34.pr. (Africanus 8 quaest.)

“...*qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum...*”

“...ödünç para vermek isteyen birisi, satılması için gümüş verirse, para ödöncü için açılabilir olan davayı açamaz ve buna rağmen gümüşün satılmasından elde edilen paranın ziyaı halinde hasara gümüşü kabul etmiş olan katlanır...”

Burada iki hukukçu arasında bir görüş farklılığının olup olmadığı sorunu doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Heimbach ve Huschke tarafından savunulan bir görüş uyarınca *Ulpianus* ve *Africanus*’un *D.12.1.11.pr.* ile *D.17.1.34.pr.*deki görüşleri arasında bir fark vardır, fakat buna rağmen bu görüşlerin birbirine zıt olduğundan söz edilemez. Çünkü *Ulpianus*’un kararının dayandığı olgu ile *Africanus*’un kararının dayandığı olgu birbirinden tamamen farklıdır⁴⁸⁴.

Önceleri de çok sayıda taraftar bulmuş olan bu görüşün temsilcilerinden Huschke, *Ulpianus* tarafından ele alınan olayda bir şey satılması için verilirken, satış sonucu elde edilecek semenin şeyi satmak için alan tarafından ödünç konusu olarak muhafaza edilebileceğine dair bir niyetin şeyi verende daha başlangıçtan itibaren

⁴⁸³ Kaser, *Contractus Mohatrae*, s. 75; Zimmermann, s. 161.

⁴⁸⁴ Huschke, *Darlehen*, s. 61; Heimbach, ss. 279, dn. 1, 280 vd.

mevcut olduğunu savunmaktadır⁴⁸⁵. Buna karşılık *Africanus*’un verdiği örnekte bu niyetin başlangıçta olmadığını, daha çok sözleşmeye sonradan eklenecek bir anlaşmayla bilahare bu eksikliğin telafi edilmesi gerektiğini ve keza *Africanus*’un da bu anlaşmayı, sadece anlaşmaya dayanan her türlü sözleşmeden ödünç doğabilmesini (*ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*) kabul etmemesi nedeniyle bir ödücün kurulması için yetersiz olarak nitelendirmek zorunda kaldığını kabul etmektedir⁴⁸⁶. Huschke’ye göre *Africanus*, *Ulpianus* gibi düşünmemektedir. *Ulpianus*, kendisine ait dört parçada da yaptığı “*ut nummis, pretio, pecunia uteretur*” (“paraların, satış bedelinin (semenin), paranın kullanılması için”) amaç ekleri ile açıkça, paraların verilmesi esnasında peşinen satış sonunda elde edilecek paranın belirli bir miktarında satış ve satış bedelinin alınmasıyla bir ödücün gerçekleşeceğinin kararlaştırılmasını şart koşturmuş⁴⁸⁷. *Africanus* ise bu ödücün, satış sonucu elde edilen bedelin şeyi satmak üzere alan tarafından sonradan muhafaza edilmesi ve kendisinden ödünç rica edilenin paranın ödünç olarak talep edilmesine onay vermesi ile meydana gelebileceğini savunmaktadır. Huschke’ye göre bütün bu açıklamalar, bu konuda iki hukukçunun görüşleri arasında bir karşıtlığın olmadığını göstermektedir⁴⁸⁸.

Glück ve Alexander ise *Africanus* ve *Ulpianus*’un görüşleri arasında bir karşıtlığın olduğunu savunmakta ve Huschke’nin görüşlerine karşı çıkmaktadırlar⁴⁸⁹. Bu yazarlara göre, *Africanus* ile *Ulpianus* arasında bir görüş ayrılığı olmadığını savunanlar, *Ulpianus*’un açıkça “*ut nummis uteris*” sözleriyle vurguladığı, başlangıçtan beri mevcut olan ödünç sözleşmesi kurma niyetinin, *Africanus* tarafından ele alınan olayda da mevcut olması zorunluluğunu gözden kaçırmaktadırlar. *Africanus*’un ele aldığı olayda da taraflarda ödünç sözleşmesi yapma niyetinin başlangıçtan beri mevcut olduğu kabul edilmediği takdirde “*cum mutuum pecuniam dare vellet*” (ödünç para vermek istediği için) sözlerinin açıklanması mümkün olmazdı⁴⁹⁰. Bu son sözlerden açıkça ortaya çıkmaktadır ki, *Africanus* da ele aldığı olayda, şeyin satılması için ödünç isteyene verildiği anda,

⁴⁸⁵ Huschke, Darlehen, ss. 59-60, 62; ayrıca bkz. Alexander, s. 50.

⁴⁸⁶ Huschke, Darlehen, s. 61; ayrıca bkz. Alexander, s. 50.

⁴⁸⁷ Huschke, Darlehen, s. 62.

⁴⁸⁸ Huschke, Darlehen, s. 62.

⁴⁸⁹ von Glück, Bd. 12, 1, s. 9; Alexander, s. 50.

⁴⁹⁰ von Glück, Bd. 12, 1, s. 9; Alexander, s. 50.

ödünç isteyenin satıştan elde edeceği parayı ödünç bedeli olarak muhafaza etmesine yönelik bir niyetin olmasını şart koşmaktadır, yani burada da *Ulpianus*'un ele aldığı olaydaki durumun aynısı söz konusudur⁴⁹¹. Her iki hukukçunun bu olay üzerine verdikleri kararları bağdaştırmaya yönelik bütün girişimler boşa çıkmış kabul edilebileceği için, geriye *Ulpianus* ile *Africanus* arasında bir görüş ayrılığı olduğu seçeneği kalmaktadır⁴⁹². Fakat bu görüş ayrılığı, yukarıdaki açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, hiç de şaşırtıcı değildir⁴⁹³. *Africanus* burada da, bir ödünçün yalnızca ödünç konusunun (miktarının-*Darlehensvaluta*) mülkiyeti devretmek niyetiyle fiilen teslimi (*traditio*) ile kurulabileceğini öngören eski şekilci hukuk bakış açısından olaya yaklaşmaktayken, *Ulpianus* daha özgür ve gelişmiş bir hukukî bakış açısının temsilcisi olması dolayısıyla burada farazî bir teslimin, ödünç konusunun fiilen teslimi yerine geçebileceğini savunmaktadır⁴⁹⁴. *Ulpianus*'un daha sonra doktrin ve uygulamada da kabul edilmiş olan görüşüne göre, ödünçün kurulmasına giden süreci aşamalara ayırmak gerekmektedir. Buna göre, ilk önce satılması için verilen şeyi alan kimse, şeyin satılmasıyla elde ettiği parayı şeyin (eski) malikine tevdi etmekte, bunun üzerine şeyi satılması için veren eski malik bu şekilde elde ettiği parayı, ödünç para (*pecunia credita*) olarak sözleşmenin diğer tarafına vermektedir⁴⁹⁵. Başka bir ifadeyle, *D.12.1.15 (Ulpianus 31 ad ed.)*'teki iddialar burada da ileri sürülebilir: “*tu*”, elverişsiz ve gereksiz formalitelerden kaçınmak uğruna, satıştan elde ettiği bedeli “*ego*”ya teslim etmiş ve sonra aynısını ondan ödünç olarak almış gibi kabul edilebilir⁴⁹⁶.

Fakat *contractus mohatrae* olarak adlandırılan sözleşmede görülen bu sürecin yukarıda anlatıldığı şekilde aşamalara ayrılması, başka bir soru için büyük önem taşımaktadır⁴⁹⁷. Bu soru da şudur: ödünç hangi andan itibaren tam olarak kurulmuş

⁴⁹¹ Alexander, s. 51.

⁴⁹² von Glück, Bd. 12, 1, s. 9; Alexander, s. 51.

⁴⁹³ Alexander, s. 51.

⁴⁹⁴ von Glück, Bd. 12, 1, s. 10; Alexander, s. 51; Isermeyer, s. 64, dn. 9; Zimmermann, s. 161.

⁴⁹⁵ Alexander, s. 51; Zimmermann, s. 161.

⁴⁹⁶ Zimmermann, s. 161.

⁴⁹⁷ Alexander, s. 51.

sayılacaktır?⁴⁹⁸. Bir görüşe göre ödünç aşağıdaki üç andan herhangi birinde kurulmuş kabul edilebilir⁴⁹⁹:

1. Satılması için verilecek olan şeyin tevdi edildiği anda,
2. Satışın yapıldığı anda,
3. Satıştan elde edilen paranın satıcı tarafından alındığı anda⁵⁰⁰.

Bu üç seçenektan ilki daha baştan reddedilmelidir, çünkü ödünçün konusunu oluşturan şey satılması için verilen şey değildir, bu şey sadece daha sonra fiilen ödünç konusunun gerçekleştirilmesi için kullanılmaktadır. Ayrıca satılması için verilen şeyle aynı miktarda ve cinsten (*tantundem eiusdem generis*) şeyin değil, satış sonucu elde edilen parayla aynı miktar ve cinsten (kalitede) (*tantundem eiusdem generis*) paranın iade edilmesi gerekmektedir⁵⁰¹. Doktrinde genellikle kabul edilen görüşe göre, bir ödünçten söz edilebilmesi için şeyin satılmış olması yeterli değildir, satış sonucu elde edilecek paranın da alınmış (tahsil edilmiş) olması gerekmektedir⁵⁰². Çünkü görüldüğü gibi, *contractus mohatrae* yoluyla bir ödünç sözleşmesinin kurulmasının kabul edilmesi ancak satış sonucu elde edilen paranın karşılıklı olarak elden ele teslim edilmiş (*traditio* ve *retraditio*'sunun yapılmış) olduğunun varsayılmasıyla mümkündür⁵⁰³. Fakat bu varsayımın uygulanabilmesi için satış sonucu elde edilecek paranın fiilen satıcı tarafından alınmış olması gerekmektedir⁵⁰⁴. Satılması için verilen şeyin satılmış ancak satıcının, satış bedelini peşin almamış ve alıcıya bedeli vermesi için süre tanımış olması durumunda, yani satıcının paraya değil de bir alacak hakkına sahip olması durumunda henüz almamış olduğu para üzerinden bir ödünç sözleşmesinin kurulması mümkün görünmemektedir, çünkü ödünce konu olabilecek şeyler para ve diğer misli şeylerle sınırlıdır ve bir alacak hakkı üzerinden ödünç sözleşmesi kurulamaz⁵⁰⁵.

⁴⁹⁸ Hohenstein, s. 109.

⁴⁹⁹ Hohenstein, s. 109; karşı görüşteki Isermeyer, Hohenstein'in sözünü ettiği üç andan ilk ikisinde ödünçün kurulmuş kabul edilemeyeceğini kanıtlamaktadır, bkz. Isermeyer, s. 88 vd.; ayrıca bkz. Alexander, s. 52 vd.

⁵⁰⁰ Hohenstein, s. 109.

⁵⁰¹ Alexander, s. 52; IserMeyer, s. 89.

⁵⁰² Heimbach, s. 277; Huschke, Darlehen, s. 59; von Schey, s. 82; Alexander, s. 52; Isermeyer, s. 90; von Lübtow, Darlehen, s. 65; Kaser, Contractus Mohatrae, s. 81; Tahiroğlu ve Erdoğan, Meseleler, s. 132.

⁵⁰³ Heimbach, s. 277; Alexander, s. 52.

⁵⁰⁴ Alexander, s. 52.

⁵⁰⁵ Alexander, ss. 52-53; yukarıda ele alınmış olan havale ödünçü ve mutabakat ödünçünde bu konudaki farklı görüş için bkz. Hähnchen, s. 86; Heine, s. 43.

Alexander'a göre *contractus mohatrae* ile bir ödünç sözleşmesinin kurulmasında, ödünçün şeyin satıldığı anda kurulduğunu da kabul etmediğimizde, satışın yanında bu satış sonucunda elde edilecek paranın alınmasıyla (tahsil edilmesi- *Erlös*) ve ödünç sözleşmesinin de bu anda kurulduğunu kabul etmek durumundayız. Böylece, satıcı fiilen aldığı paraları, ödünç verene, ondan daha sonra ödünç konusu olarak geri almak üzere tevdi etmeksizin doğrudan ödünç olarak kullanabilecektir⁵⁰⁶.

Varılan bu sonuç, *Ulpianus*'un da *contractus mohatrae*'den kaynaklanan hukukî ilişkileri incelediği birden fazla *Digesta* parçasındaki görüşleriyle paralellik taşımaktadır⁵⁰⁷. Konuyla ilgili olarak bahsedilmesi gereken ilk metin *D.19.5.19.pr.dir.*

D.19.5.19.pr. (Ulpianus 31 ad ed.)

“Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.”

“Benden sana ödünç para vermemi rica ettin: Param olmadığı için sana satman ve elde ettiğin parayı ödünç olarak kullanman için bir şey verdim. Şeyi satmamışsan veya satmış olsan da satıştan elde ettiğin parayı ödünç olarak muhafaza etmediysen, *Labeo*'nun dediği gibi, *actio praescriptis verbis* açılması daha doğru olur, çünkü aramızda kendine has bir sözleşmesel hukukî ilişki meydana gelmiştir.”

Burada da şeyi satılması için veren, ödünçten doğan davayı ancak şeyi alan onu satmış ve satış bedelini almışsa açabilir⁵⁰⁸. Buna karşılık, şeyin satılıp satış bedelinin alınmasına kadar şeyi veren ne ödünç sözleşmesinden doğan davayı ne de

⁵⁰⁶ Alexander, s. 53.

⁵⁰⁷ Alexander, s. 53; Kaser, *Contractus Mohatrae*, s. 81.

⁵⁰⁸ Alexander, s. 53; Kaser, *Contractus Mohatrae*, ss. 79, 81.

başka bir sözleşmeden doğan davayı açabilir, bu ana kadar açabileceği tek dava isimsiz sözleşmeler için tanınmış olan *actio praescriptis verbis*'tir⁵⁰⁹.

Ulpianus'un *contractus mohatrae* ile bir ödünçün hangi anda kurulmuş sayılacağına dair görüşünü en net şekilde bu metinde açıkladığı görülmektedir⁵¹⁰. *Ulpianus*'a göre bir şeyin satılması ve satış sonucunda elde edilecek bedelin de ödünç olarak kullanılması için verilmesi halinde, ödünçten doğan dava ne şey fiilen satılmadan önce ne de satış gerçekleşmiş olsa da satış bedeli satıcı tarafından fiilen alınmadan önce açılabilir⁵¹¹. Yani *Ulpianus* da, ödünçün kurulduğu an olarak şeyin sadece satılmış olmasını yeterli görmemekte, satış bedelinin de satıcı tarafından fiilen alındığı anda sözleşmenin kurulacağını kabul etmektedir⁵¹².

Contractus mohatrae teorisi ele alınırken zikredilmiş olan ilk olayı göz önünde bulunduracak olursak *Ulpianus*'un fiilen burada da aynı görüşü savunduğunu görebiliriz. Gerçi burada “*si vendideris, puto mutuam pecuniam factam* (eğer satmışsan, bana göre para ödünçü meydana gelmiştir)” demektedir, fakat “*puto mutuam pecuniam factam* (bana göre para ödünçü meydana gelmiştir)” kelimelerinden, *Ulpianus*'un burada sadece satışı ödünçün kurulması için yeterli görmediği, aksine yine elde edilmiş bir bedelin, “*pecunia*”nın varlığını şart koştuğu sonucuna varılacaktır⁵¹³.

Digesta'da *Ulpianus*'un bu görüşünü teyit eden üçüncü bir metin daha bulunmaktadır. *Ulpianus, senatus consultum Macedonianum*'un hükümlerinin yalnızca bir aile evlâdına ödünç para verilmesi halinde uygulanabileceğini, yani eğer bir kimse bir aile evlâdına tahıl ödünç verirse, bu tahıl ona satılması ve satıştan elde ettiği parayı ödünç konusu olarak kullanması için verilmiş olmadığı sürece, *senatus consultum Macedonianum*'un tanıdığı olduğu def'iden korkmasına gerek olmadığını ifade etmektedir. Ancak *Ulpianus*'a göre tahıl, aile evlâdına satması ve satıştan elde edeceği parayı ödünç olarak kullanabileceği baştan kararlaştırılarak verildiyse, aile

⁵⁰⁹ *Actio praescriptis verbis*: Son imparatorluk döneminde tanınan ve isimsiz sözleşmeleri (*contractus innominati*) koruyan dava. Anlaşmanın gereğini kendiliğinden yerine getirmiş olan taraf, bu dava ile diğer tarafın da karşılık edimini yerine getirmesini talep ederdi, bkz. Umur, Lügat, s. 11.

⁵¹⁰ Alexander, s. 54.

⁵¹¹ Alexander, s. 54; Kaser, *Contractus Mohatrae*, s. 81.

⁵¹² Alexander, s. 53; Kaser, *Contractus Mohatrae*, s. 81.

⁵¹³ Alexander, s. 55.

evlâdı *senatus consultum Macedonianum*'un tanıdığı korumadan yararlanabilecektir⁵¹⁴.

Ulpianus'u burada bu şekilde düşünmeye iten sebep, bir ödücün hangi andan itibaren *senatus consultum Macedonianum*'un hükümlerine aykırı kabul edileceğinin tespitinde, tahılın aile evlâdına verildiği değil aile evlâdının satılmış tahıldan elde edilecek parayı aldığı anı göz önünde bulundurmasıdır. *Ulpianus*'un, *contractus mohatrae* olarak tanıdığımız sözleşmenin *senatus consultum Macedonianum*'un hükümlerine tâbi olmasını, yalnızca bu *senatus consultum* tarafından tanınan def'inin "ödünç para vermek (*mutuam pecuniam dare*)" koşulunun gerçekleşmesiyle mümkün olduğunu kabul etmesi de ancak bu şekilde anlaşılabilir⁵¹⁵.

Yukarıda incelenen farklı metinlerden çıkarılacak sonuç, *Ulpianus*'un bir ödücün *contractus mohatrae* ile kurulabileceğinde hiçbir tereddütünün olmadığı ve ödücün daima verilen şeyin satılmasından elde edilen paranın ödünç isteyen tarafından alıcıdan alındığı anda geçerli olarak kurulduğunu kabul ettiğidir⁵¹⁶.

Sadece anlaşma yoluyla bir ödücün kurulabileceğinin kabul edilmesi yolunda bir adım daha atılması yalnızca imparator *Diocletianus* (M.S. 284-305) zamanında gerçekleşmiştir: ödünç alan verenden belirli şeyler almış ve her iki taraf bu şeylerin değeri üzerinde anlaşmışlarsa, kararlaştırılan bu değer ödünç alanın geri verme yükümlülüğü altına girdiği miktar olarak kabul edilirdi⁵¹⁷. Kendisine ödünç veren tarafından verilmiş olan şeyi ihtiyacı olan parayı elde etmek için ne şekilde kullandığı tamamen ona bırakılmıştır ve artık ödünç vereni ilgilendirmemektedir⁵¹⁸. Ödünç veren alana karşı, para yerine başka bir şey vermiş olduğuna dayanarak ödücün iadesi için *actio certae creditae pecuniae*'yi açabilir⁵¹⁹. Ödünç anlayışındaki bu ilerleme, bu şeylerin ödünç alan tarafından satılmalarından önce kaybolmaları veya zarar görmelerinden doğan hasara kimin katlanması gerektiği

⁵¹⁴ *D.14.6.7.3 (Ulpianus 29 ad ed.)*; ayrıca bkz. Alexander, s. 55.

⁵¹⁵ Alexander, s. 55 vd.

⁵¹⁶ Alexander, s. 56.

⁵¹⁷ Zimmermann, s. 161.

⁵¹⁸ Zimmermann, ss. 161-162.

⁵¹⁹ Ödünç alanın borçlanmış olduğu değer, almış olduğu şey veya şeylerin taraflarca belirlenmiş olan değeridir. Ödünç alan, almış olduğu şeyleri takdir edilenden daha az bir bedelle satarsa, bu sonuca kendisinin katlanması gerekir ve bu durum onun geri vermekle yükümlü olduğu miktarı etkilemez. Diğer yandan *D.12.1.11.pr.*deki durumda, ödünç alanın sorumluluğu yalnızca satıştan fiilen elde etmiş olduğu değerle sınırlıdır, bkz. Zimmermann, s. 162, dn. 45.

sorununu da beraberinde getirir⁵²⁰. Klâsik sonrası dönemde, kendisine verilen şeyleri en iyi nasıl kullanabileceği kararının kendisine bırakılmasının ve *mutuum*'un bu şeyleri satmış olsa da olmasa da kurulmuş sayılmasının doğal sonucu olarak, hasarın ödünç alana ait olduğu kabul ediliyordu. Diğer yandan, klâsik dönemin sonlarına doğru, hasarın, şeyler satılıp satış tamamlanana kadar, ödünç verende olduğu söylenebilirdi. Çünkü ödünç veren mülkiyeti ancak bu andan sonra kaybederdi ve aynı şekilde ödünç sözleşmesi de ancak bu andan sonra kurulmuş sayılırdı⁵²¹. Bu çözüm hasar konusundaki genel ilkelerden biri olan “*casum sentit dominus*”⁵²² ilkesiyle uyum içindedir: bir şeyin beklenmedik hal sonucu yok olması, bozulması veya zarar görmesinden doğan hasara normal olarak o şeyin sahibi katlanır⁵²³. Fakat bu ilkenin kabul edilmesinden doğacak sonuçlar hem hakkaniyete hem de tarafların menfaatleri ve tahmini niyetlerine her zaman uymayabilir. Ödünç veren, kendisinin hiçbir zaman satmayacağı altın bir kabı, paraya ihtiyacı olan bir arkadaşına, bu kabı satıp satış bedelini de ödünç alması için verdiğinde, hasarı ödünç verene yüklemek adil olmayacaktır⁵²⁴. Çünkü ödünç veren, sonuçta ödünç isteyenini işini görmek için bir zahmete katlanmaktadır⁵²⁵. Ödünç alan yalnızca kabın fiili egemenliğine sahip olmakla kalmaz, bunun yanında bütün işlem onun menfaatine gerçekleştirilmiştir⁵²⁶. *Nerva*'nın, aşağıdaki ayrımı yapmasının sebebi de budur:

D.12.1.11.pr. (Ulpianus 26 ad ed.)

“...quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu uteris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.”

⁵²⁰ Benke ve Meissel, s. 46; Zimmermann, s. 162; Tahiroğlu ve Erdoğan, Meseleler, s. 133.

⁵²¹ Zimmermann, s. 162.

⁵²² “Beklenmedik hal maliki etkiler”, bkz. Erdoğan, Latince Terimler, s. 19; ayrıca bkz. Meyer, s. 22.

⁵²³ Kaser, *Contractus Mohatrae*, s. 77; Zimmermann, s. 162.

⁵²⁴ Zimmermann, s. 162.

⁵²⁵ Kaser, *Contractus Mohatrae*, ss. 77, 80 vd.; Zimmermann, s. 162.

⁵²⁶ Zimmermann, s. 162.

“...Fakat kâseyi veya altın külçesini satmadan önce kusurun olmaksızın yitirirsen, hasarı senin mi benim mi üstleneceğim şüphelidir. Bu kâseyi veya altın külçesini satmak isteyip istemediğimin belirleyici olduğunu düşünen *Nerva*’nın ayrımı bana tamamen doğru görünüyor, öyle ki eğer onu satmak istiyor olsaydım, hasarı ben üstlenirdim, tıpkı satması için bir başkasına vermiş olduğumda olacağı gibi. Buna karşın, bunları satmaya niyetim yoksa ve satışın nedeni senin satış bedelini kullanmansa, hasarı sen üstlenirsin, özellikle de ödünçü faizsiz verdiğimsem.”

Bu nedenle hasarın kime yükletileceği belirlenirken satışın kimin yararına olduğu göz önünde bulundurulur⁵²⁷. Satış yalnızca ödünç alanın yararınaysa, hasara o katlanır, buna karşılık ödünç veren o şeyleri her halükârda satmak istiyorsa ve bu nedenle satış ödünç verenin de yararınaysa, hasara o katlanır⁵²⁸.

D.12.1.11.pr.de tartışılan mesele sadece dogmatik bakış açısı bakımından değil bir satış sözleşmesinin bir ödünç sözleşmesi yapmak için nasıl kullanılabileceğini göstermesi açısından da ilginç bir meseledir⁵²⁹. Ortaçağ’da hukukçular faize ilişkin sınırlamaları bertaraf edebilmek için bu olanaktan çok dâhice bir şekilde yararlanmaya başladılar⁵³⁰. Eğer (A) 100 değerindeki altın kabını, satış bedelini belli bir sürenin geçmesinden sonra ödemesine izin vererek, (B)’ye 120’ye satar ve (B) de bu kabı daha sonra (C)’ye 100’e satarsa, (B) aslında (A)’dan 100 ödünç alıp bunu yüzde 20 faizle geri ödemek zorunda olan bir kişi durumundadır. Bu süreç üçüncü kişiyi devreden çıkarıp, böylece işlemi sadece (A) ve (B) arasında sınırlandırmak suretiyle büyük ölçüde kolaylaştırılabilir⁵³¹. Örneğin, eğer (A) kabını (B)’ye 120’ye satsa ve (B) bunu (A)’ya anında 100’e geri satsa, ikinci satış bedelinin hemen ödenmiş, ilk satış bedelininse belli bir zamanın geçmesinden sonra ödenecek olması dolayısıyla aynı sonuç elde edilmiş olur⁵³². Burada ilk satış işleminden doğan borcun ödenmesi için tanınmış olan bu süre aslında ödünçün vadesini oluşturur.

⁵²⁷ Kaser, *Contractus Mohatrae*, s. 74 vd.; Zimmermann, s. 162.

⁵²⁸ Benke ve Meissel, s. 46; Zimmermann, s. 162; Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 51, dn. 98.

⁵²⁹ Zimmermann, s. 162.

⁵³⁰ Schulz, CRL, s. 510; Zimmermann, s. 162.

⁵³¹ Zimmermann, s. 163.

⁵³² Siber, Bd. II, s. 184, dn. 2; Schulz, CRL, s. 510; Zimmermann, s. 163.

Ayrıca kabın taraflar arasında fiilen karşılıklı olarak devredilmiş olup olmamasının bir önemi yoktur⁵³³. Bu nedenle böyle bir varsayımsal çifte satış bir *mutuum* ve faiz *stipulatio*'sunun yerine kullanılabilir⁵³⁴. Doğal olarak 17. yüzyılda yaşayan hukukçuların, oldukça basit bir yolla yapılabilecek böyle bir işlemi neden bu kadar dolambaçlı bir yoldan yaptıkları sorusu akla gelecektir. Bu sorunun cevabı, ortaçağdaki kilise hukukunun etkisiyle, Avrupa müşterek hukukunun (*ius commune*) faiz oranlarının belirlenmesinde genel bir yasaklama getirmiş olmasıdır⁵³⁵. İki satış sözleşmesi biçiminde gizlenmiş ve Arapça bir terimin Latinceleştirilmesiyle bu şekilde anılan bir ödünç sözleşmesi tipi olarak *contractus mohatrae*, böylece sözleşme özgürlüğü ve genel olarak ticarî hayat üzerindeki bu (idealist fakat elverişli olmaktan uzak) sınırlamayı bertaraf etmek için başvurulmuş pek çok yoldan biridir⁵³⁶.

C. Ödünç Konusu Eşyanın Mülkiyetinin Ödünç Verene Ait Olması Ve Ödünç Veren Eşya Üzerinde Tasarruf Yetkisinin Bulunması

Yukarıda belirtilmiş olduğu gibi Roma Hukukunda *mutuum*'un kurulabilmesi için ödünç konusu eşyanın mülkiyetinin ödünç verene devredilmesi gerekmektedir. Bunun gerçekleşebilmesi için de ödünç konusunun mülkiyetinin ödünç verene ait olması ve ödünç verenin eşya üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekir⁵³⁷. Eğer bu koşullardan biri bulunmazsa, örneğin ödünç veren, ödünç konusu para veya şeyin maliki değilse veya küçük, akıl hastası ya da müsrif bir kişi ödünç verecek olursa, *traditio* ile mülkiyet devredilemeyecek ve ödünç veren için *mutuum*'dan kaynaklanan bir alacak hakkı doğmayacak, böylelikle iade için bir *condictio* açma hakkı da olmayacaktır⁵³⁸. Ödünç alan Roma Hukukunda geçerli olan “kimse sahip olduğu

⁵³³ Zimmermann, s. 163.

⁵³⁴ Schulz, CRL, s. 510; Zimmermann, s. 163.

⁵³⁵ Zimmermann, s. 163.

⁵³⁶ Schulz, CRL, s. 510; Zimmermann, s. 163.

⁵³⁷ Alexander, s. 19; Di Marzo, s. 412; Erdoğan, Condictio, s. 259; *Paulus*'a ait bir *Digesta* metninde şu ifade yer almaktadır: *D.12.1.2.4 (Paulus 28 ad ed.): “In mutui datione oportet dominum esse dantem...”*: “Ödünç verilmesinde veren (kişi) malik olmak zorundadır...”

⁵³⁸ Alexander, s. 19; Erdoğan, Condictio, s. 259; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 158.

haktan fazlasını başkasına devredemez”⁵³⁹ ilkesi gereğince ödünç konusu para veya eşyanın maliki olamayacaktır⁵⁴⁰.

Ödünç veren, verdiği para veya eşyanın maliki değilse, örneğin başkasına ait parayı ödünç verdiğinde, ödünç alan paralar üzerindeki mülkiyeti kazananmayacağı için yukarıda belirtildiği gibi ödünç sözleşmesi meydana gelmeyecektir. Fakat ödünç alan almış olduğu paraları iyiniyetle tüketirse⁵⁴¹ veya paralar ayırt edilemeyecek biçimde alanın kendi paralarıyla karışmak suretiyle onun mülkiyetine geçtiyse⁵⁴² ona karşı bir *condictio* açılabilir⁵⁴³. Bu *condictio*’nun sebepsiz zenginleşmeden mi ödünçten mi doğduğu ise tartışmalıdır⁵⁴⁴.

Ödünç verenin fiil ehliyeti kısıtlı ise, örneğin vesayet altındaki ergen olmayan bir küçük (*impubes*) vasisinin *auctoritas*’ı⁵⁴⁵ olmadan ödünç verdiğinde mülkiyet ödünç alana geçmeyeceği için ödünç sözleşmesi meydana gelmezdi⁵⁴⁶. Bu durumda

⁵³⁹ D.50.17.54 (Ulpianus 46 ad ed.): “Nemo plus ad alium transferre potest quam ipse haberet.”, ayrıca bkz. Kaser, RP I, s. 413; Umur, Lügat, s. 141.

⁵⁴⁰ Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 52; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 151.

⁵⁴¹ Bu konuda bkz. Erdoğan, Condictio, s. 262 vd.

⁵⁴² D.46.3.78 (Iavolenus 11 ex cass.): “Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris gatii scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competere.” : “Malikin bilgisi veya rızası olmadan onun parasıyla ödeme yapıldığında, para kime aitse onun mülkiyetinde kalır. Gaius (Cassius Longius)’un kitaplarında, bu para ayırt edilemeyecek şekilde alanın paralarıyla karışmışsa, alanın olacağı, (eski) malikin parayı verene karşı hırsızlıktan doğan davayı açabileceği yazılıdır.”, ayrıca bkz. Rado, Borçlar Hukuku, s. 48 vd.; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 52, dn. 99.

⁵⁴³ Rado, Borçlar Hukuku, s. 49; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 52; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 151.

⁵⁴⁴ Erdoğan, Condictio, s. 263; Rado, Borçlar Hukuku, s. 49; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 52; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 151; D.12.1.13.pr. (Ulpianus 26 ad ed.): “Nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit, sed consumptis eis nascitur condictio.” : “Nitekim hırsız sana ödünç verme niyetiyle para vermişse, para alanın olmaz, fakat tüketildiğinde *condictio* doğar.”, D.12.1.13.1 (Ulpianus 26 ad ed.): “Unde papinianus libro octavo quaestionum ait: si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris. quod si per partes eos consumpseris, an per partes tibi condicam, quaerit: et ait condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse ideo per partem condico, quia nondum totos consumptos compereram.” : “Bu nedenle Papinianus Quaestiones’in 8. kitabında şöyle der: başkasına ait paraları sana ödünç vermişsem, onları tüketene kadar bana karşı sorumlu olmazsın. Papinianus, paranın bir kısmını tükettiysen, bu kısım için sana *condictio* açıp açamayacağımı sormaktadır ve açabileceğimi söylemektedir, paranın başkasına ait olduğu hakkında bilgilendirildiysem, sadece o kısım için *condictio* açarım, zira henüz hepsinin tüketilmediğini öğrendim.”; metinler için bkz. Erdoğan, Condictio, s. 261 vd.

⁵⁴⁵ *Auctoritas tutoris*: Vesayet altında bulunan bir kimsenin yapmak istediği hukukî işlem sırasında vasisinin hazır bulunarak iradeyi tamamlaması. Vasi işleme bizzat iştirak etmeyecek olursa, işlemin vesayet altındakini bağlayan kısmı geçerli olmazdı, bkz. Umur, Lügat, s. 27.

⁵⁴⁶ Gai. Inst. 2. 82; Di Marzo, s. 412; Erdoğan, Condictio, s. 259; Rado, Borçlar Hukuku, s. 48; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 52, dn. 101; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, ss. 151, dn. 64, 154; buna karşın bir kadın vasisinin *auctoritas*’ı olmadan ödünç para verirse geçerli bir ödünç sözleşmesi kurulmuş olur, çünkü Gai. Inst. 2. 80’de belirtildiği gibi vesayet altındaki kadın *res nec Mancipi* niteliği taşıyan malların mülkiyetini vasisinin *auctoritas*’ı olmadan da devredebilirdi. Para *res nec Mancipi* kabul edildiği ve vesayet altındaki kadın vasisinin *auctoritas*’ı olmadan paranın mülkiyetini

mülkiyet devredilememiş olduğu için bir ödünç de meydana gelmeyecek ve teslim edilen para veya malın iadesi, alanın iyi veya kötü niyetli olup olmaması göz önüne alınmaksızın, ödünçten doğan bir davayla (*condictio*) değil sadece istihkak davasıyla (*rei vindicatio*) talep edilebilecektir⁵⁴⁷. Bununla birlikte ödünç verilmiş paranın veya malın iadesinin *rei vindicatio* ile talep edilebilmesi ancak teslim edilen şeyin değiştirilmemiş olarak alanın elinde bulunması halinde mümkündür⁵⁴⁸. Fakat artık durum böyle değilse, yani ödünç konusu para veya mal bu arada iyi niyetle tüketildiyse veya kazandırıcı zamanaşımıyla⁵⁴⁹ ya da ayırt edilemeyecek biçimde alanın kendi paraları veya mallarıyla karışması suretiyle onun mülkiyetine geçtiyse, Roma Hukukçularının hükümlerine göre böyle bir durumda *traditio*'ya sonradan ilâve olunan mülkiyet kazanımı yoluyla başlangıçtaki eksiklik giderilmiş olur ve şeyi veren için bir *condictio* açma olanağı doğar⁵⁵⁰. Ancak ödünç konusu para veya malı alan, verenin gereken temlik yetkisine sahip olmadığını biliyordu ise, yani teslim edilen şeyi kötü niyetle tükettiye, alacaklı ona karşı *actio ad exhibendum*⁵⁵¹ denen

devredebileceği için geçerli olarak ödünç sözleşmesi yapabileceği kabul edilmişti, bkz. *Gai. Inst.*, 2. 80-81; Erdoğan, *Condictio*, s. 259, dn. 6; Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 52, dn. 101; Tahiröglü, *Borçlar Hukuku*, s. 151, dn. 64.

⁵⁴⁷ Alexander, s. 19; Erdoğan, *Condictio*, s. 259; Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 52.

⁵⁴⁸ Alexander, s. 19.

⁵⁴⁹ Paranın mülkiyetinin kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılması yoluyla *mutuum*'un kurulmasına metinlerde rastlanmadığı ifade edilmektedir, bkz. Erdoğan, *Condictio*, s. 261, dn. 13.

⁵⁵⁰ Alexander, s. 20; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 48; Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 52, dn. 100; *D.12.1.19.1 (Iulianus 10 Dig.)*: “*Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia conditionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod facto eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse: quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea et ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit et eum cui dederit obligatum habebit vel se ab eo liberabit. nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit.*” : “Küçük, vasisinin *auctoritas*’ı olmadan ödünç vermek veya borcunu ifa etmek amacıyla para vermişse, paranın tüketilmesiyle *condictio* açabilir veya borcundan Kurtulur, bunun sebebi, parayı alanın onun fiiliyle zenginleşmiş olmasından başka bir şey değildir. Bu yüzden ödünç veya ifa amacıyla almış olan, bu parayı yine bir başkasına ödünç veya ifa amacıyla verirse, paranın tüketilmesinden sonra kendisi küçüğe borçlanır veya onu kendisine olan borcundan Kurtarır ve parayı verdiği kişi ona borçlanır veya ona olan borcundan Kurtulur. Zira genellikle başkasına ait parayı ödünç olarak veren, para tüketildikten sonra, alanın alacaklısı olur: bunun gibi ifa amacıyla veren, alana olan borcundan Kurtulur.”, metin için bkz. Erdoğan, *Condictio*, s. 265 vd.

⁵⁵¹ *Actio ad exhibendum*: İstihkak davasına (*rei vindicatio*) veya *nox*a davalarına (*actiones noxales*) bir hazırlık niteliğinde olmak üzere, çekişmeli olan taşınır malın, zilyet tarafından *magistra* önüne (*in iure*) arz edilerek ortaya çıkarılmasını sağlayan şahsi, *arbitraria*, *ius civile* davası: teşhir etme, ortaya çıkarma davası, bkz. Umur, *Lügat*, s. 2.

davayı açma hakkı kazanır⁵⁵². Aşağıda belirtilmiş olan metinler de burada ileri sürülen iddiaların doğruluğunu kanıtlamaktadır:

I.2.8.2

“ *Nunc admonendi sumus, neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. ideoque si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis, ideoque vindicare nummos possunt, sicubi extent: sed si nummi, quos mutuos dedit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt, condici possunt, si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.*”

“Burada bilmemiz gerekir ki, vesayet altında bulunan kız veya erkek, vasinin *auctoritas*’ı olmaksızın hiçbir şeyin mülkiyetini devredemez. Bu itibarla, bir kimseye, vasinin *auctoritas*’ı olmaksızın, karz olarak bir miktar para verirse, bir borç ilişkisi kurmuş olmaz, zira o para alanın mülkiyetine geçmez. Binaenaleyh, paralar nerde olurlarsa olsunlar, istihkak davası ile geri istenebilirler: fakat eğer küçüğün karz olarak verdiği paralar, alan tarafından iyi niyetle sarf edilmişlerse, *condictio* ile geri istenebilirler; kötü niyetle sarf edilmişlerse, *ad exhibendum* dava ile takip edilebilirler.”⁵⁵³

D.12.1.11.2 (Ulpianus 26 ad ed.)

“...*fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo non facit accipientis. quid ergo? vindicari nummi possunt, si exstant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.*”

“...kaçak olan veya (olmayan) diğer bir köle malikin iradesine aykırı olarak ödünç vermekle mülkiyeti alana geçiremez. Hukukî durum nasıl olacaktır? Para hâlâ mevcutsa, istihkak edilebilir veya kötü niyeti sonucunda artık

⁵⁵² Girard, s. 554; ayrıca karşı. Heine, s. 105, dn. 196; Erdoğan, parayı alanın kötü niyetle yani paranın kendisine ait olmadığını bilerek sarfetmiş olması durumunda, başkasına ait paranın tüketilmesi *furtum* (hırsızlık) olduğu için, parayı alana karşı *condictio furtiva* açılabilirliğini belirtmektedir, bkz. Erdoğan, *Condictio*, s. 259 vd.

⁵⁵³ Umur, *Institutiones*, ss. 110-111.

(alanın) zilyetliğinde değilse *actio ad exhibendum* açılabilir⁵⁵⁴. Buna karşılık (parayı) kötü niyetli olmaksızın tükettiysen, sana *condictio* açabilirim.”

D. Ödünç Alanın Ödünç Konusu Olan Eşyanın Mülkiyetini Kazanması

Bir şey ödünç alındığında aynı anda eşit miktarda ve kalitede şeyi geri verme yükümlülüğü de doğduğu için, sadece hukuken bağlayıcı bir sözleşme akdetmeye ehil olan kişiler ödünç alabilirler. Yani yukarıda tasarruf yetkilerindeki eksiklikten ötürü veremeyeceklerini belirtmiş olduğumuz kişiler, hukuken bağlayıcı olacak şekilde ödünç alamazlar⁵⁵⁵.

Eğer bir şey ödünç almaya ehil olmayan kişiye bir şekilde, sanki ödünç kurulmuş gibi, ödünç verildiyse, ödünç konusunun mülkiyeti ödünç alana geçmez⁵⁵⁶, kesinlikle bir sözleşme meydana gelmez ve veren verdiği için iadesini talep etme hakkı kazanamaz⁵⁵⁷. Hatta burada bir eksik borç (*obligatio naturalis*) bile doğmaz. Yani yasayla böyle korunan bir kişi, sanki sebepsiz verilmişçesine, geri vermiş olduğu şeyin kendisine iade edilmesini talep edebilir⁵⁵⁸.

D.44.7.58 (Licinius 8 reg.)

“Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur.”

“Ödünç para alan vesayet altındaki küçük, doğal hukuka göre bile borç altına girmez.”

Bu durumun tek bir istisnası vardır: bir küçüğe bir şeyler ödünç vermiş olan kişi, daha sonra alanın bu sayede fiilen zenginleştiğini delil olarak ileri sürebilir. Bu duruma ilişkin olan şu *Digesta* metnine göre, alan ergin olduktan sonra, almış olduğu şeyi iade ederse, bu iade geçerlidir ve verdiği için artık geri isteyemez⁵⁵⁹.

D.12.6.13.1 (Paulus 10 ad sab.)

⁵⁵⁴ Buradaki *actio ad exhibendum*’un *interpolatio* olduğuna ilişkin görüş için bkz. von Lübtow, *Condictio*, s. 36 vd.; ayrıca karşı. Erdoğan, *Condictio*, s. 260, dn. 10.

⁵⁵⁵ Alexander, s. 21.

⁵⁵⁶ von Lübtow, *Condictio*, s. 47; farklı görüş için bkz. Huschke, *Darlehen*, s. 79.

⁵⁵⁷ Alexander, s. 21; von Lübtow, *Condictio*, s. 47.

⁵⁵⁸ Alexander, s. 21.

⁵⁵⁹ Alexander, s. 21; von Lübtow, *Condictio*, s. 47.

“Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit.”

“Benzer şekilde vesayet altındaki bir küçük vasisinin *auctoritatis*’i (onayı) olmaksızın ödünç aldığı ve bu suretle zenginleştiğinde, reşit olduktan sonra (aldığını) ödemişse, bunun iadesini talep edemez.”

Baba egemenliği, yani *patria potestas* altındaki aile evlâtlarının bir ödünçü bağlayıcı şekilde kabul etmeye ehil olmadıklarının hükme bağlandığı *senatus consultum Macedonianum* da bu kapsama dâhildir. Bu *senatus consultum* gereğince aile evlâtlarına karşı ödünç konusunu oluşturan miktarın kendilerinden talep edildiği ödünçten doğan bir dava açıldığında, aile evlâtları *exceptio senatus consulti Macedoniani* adı verilen def’i ile bu davanın reddedilmesini sağlayabilirlerdi⁵⁶⁰.

Mutuum’un kurulabilmesi için ödünç verilen şeyin mülkiyetinin ödünç alana geçmesi zorunluluğunun aranması sonucunda ve bu devir yapılmadan bu sözleşmeden bir borç meydana gelemeyeceği için, ödünç verilen şeyin telef olması halinde hasara kimin katlanacağına yönelik problemlerin ortaya çıkması mümkün değildir. Eğer ödünç alan aldığı parayı veya şeyleri kaybederse, bu tamamen kendi meselesidir ve bu durum *mutuum*’dan doğan borcunu hiçbir şekilde etkilemez⁵⁶¹.

I.3.14.2

“...et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incurso, nihilo minus obligatus permanet...”

“...diğer taraftan, ödünç alan, aldığını, herhangi bir beklenmedik hal (*fortuitus casus*) sonucunda, örneğin yangın, felâket, fırtına, düşman veya haydutların tecavüzü nedeniyle kaybetse, yine de borçlu kalır...”

Bu “*casum sentit dominus* (beklenmedik hal maliki etkiler)”⁵⁶² veya “*res perit suo domino* (mal maliki aleyhine telef olur)”⁵⁶³ ilkesiyle tamamen uyum içindedir⁵⁶⁴:

⁵⁶⁰ Alexander, s. 21; *senatus consultum Macedonianum* aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

⁵⁶¹ Zimmermann, s. 154.

⁵⁶² “Bir mal beklenmedik hal yüzünden telef olursa, bu kayba malın maliki katlanmak zorundadır.”, bkz. Erdoğan, Latince Terimler, s. 19; ayrıca bkz. Meyer, s. 22.

⁵⁶³ Erdoğan, Latince Terimler, s. 117.

şeyin kazaen telef olması veya zarar görmesi riskini üstlenmesi gereken maliktir ve sigorta yolu istisna olmak üzere, bu riski başkasının omuzlarına yükleyememelidir⁵⁶⁵.

E. Ödünç Verilen Şeyin Mislî Eşya Niteliğini Taşımaması

Roma Hukuku kaynaklarında yalnızca tartı, sayı veya ölçü ile belirlenen (*res, quae pondere numero mensura constant*) şeylerin ödünce konu olabileceğinin vurgulandığı görülmektedir⁵⁶⁶. Varlıkları eşyanın nesnel niteliklerine göre⁵⁶⁷ ve sayı, ölçü ya da tartı ile belirlenebilen ve yerlerine nitelik olarak eş başka mal konması mümkün olan bu tip şeyler doktrinde “misli eşya” olarak adlandırılmaktadır⁵⁶⁸.

Mislî olmayan şeyler *mutuum*’un konusu olamazlar çünkü ödünç alanın iade yükümlülüğü aynı cinsten olan eşdeğerde bir şeyin varlığını zorunlu kılar⁵⁶⁹. Yani *mutuum*, daima misli şeyler üzerinde kurulur. Ancak misli şeylerin ödünç verilmesi her zaman *mutuum* olarak nitelendirilemez (özellikle kullanılmaları tüketilmelerine bağlı olmayan misli şeylerde, ödünç veren genellikle verdiği şeyle aynı cinsteki bir başka dengini değil kendisini isteyecektir, zaten bu nedenle taraflarca ödünç verilen şeyin mülkiyetinin ödünç alana devredilmesi de öngörülmemiştir)⁵⁷⁰. Yani her ne

⁵⁶⁴ Zimmermann, s. 154; bu kural kayıptan doğan zararı başkasına yüklemek için özel bir sebep olmadığı sürece geçerlidir. Örneğin kayıptan doğan zarara katlanacak olanın değişmesi ihmal (*culpa*) ve kast (*dolus*) hallerinde adil görülebilir. Ancak belirtilmelidir ki bir şeyin kimsenin kusur olmaksızın, kazaen telef olması halinde bile bundan doğan hasara malikin katlanmayacağı durumlar vardır, bkz. Zimmermann, s. 154, dn. 12.

⁵⁶⁵ Zimmermann, s. 154.

⁵⁶⁶ D.44.7.1.2 (*Gaius 2 aur.*): “...*mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis...*” : “...Bunun yanında ödünç verme örneğin şarap, zeytinyağı, tahıl, para gibi tartı, sayı veya ölçü ile belirlenen şeylere ilişkindir, bu şeyleri alanın olsunlar ve daha sonra aynı cins ve nitelikten başka şeyleri geri alalım diye veririz...” ; D.12.1.2.1 (*Paulus 28 ad ed.*): “*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt...*” : “Ödünç verilmesi tartı, sayı, ölçü ile belirlenen şeylere ilişkindir...” ; I.3.14.pr.: “...*mutui autem obligatio in his rebus consistit quae pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro...*” : “...ödünç verme meselâ şarap, zeytinyağı, buğday, para, bakır, gümüş, altın gibi tartı, sayı ve ölçü ile belirlenen şeylere ilişkindir...” ; ayrıca bkz. Huschke, Darlehen, s. 16; Rüffner, ss. 20, 32.

⁵⁶⁷ Rüffner, s. 105.

⁵⁶⁸ Umur, Eşya Hukuku, s. 12; Özcan Karadeniz-Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış 3. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, (Eşya Hukuku), s. 48; Türk Medenî Kanununda misli eşyanın tanımı bulunmamakla birlikte Alman Medenî Kanununda misli eşyanın tanımı verilmiştir ve bu tanım da Roma Hukukuna dayanmaktadır (BGB²⁰⁰² § 91: “Kanun anlamında misli eşya, alışveriş hayatında, sayı, ölçü veya tartı ile belirlenen taşınır eşyadır.”), bkz. Sanem Aksoy Dursun, **Eşya Kavramı**, XII Levha, İstanbul, 2012, s. 39.

⁵⁶⁹ Nicholas, s. 167; Zimmermann, s. 154.

⁵⁷⁰ Zimmermann, s. 154.

kadar *mutuum*, mislî, yani serbestçe değiştirilebilmelerine yetecek kadar benzer veya aynı niteliği taşıyan ve böylece biri diğerinin yerine geçebilecek şeyler üzerinde kurulsa da bu yanlış anlamalara yol açabilir⁵⁷¹. Çünkü pek çok mislî eşya (örneğin aynı şekilde üretilmiş çok sayıda çömlek), tüketilmesi söz konusu olmaksızın kullanılmaktadır. Modern zamanların getirdiği seri üretim tekniğinin sonucu olarak, mislî eşya kategorisine giren malların sayısında çok büyük bir artış olmuştur ancak bu tip mallar antik dünyada da bulunmaktaydı. Böyle bir mislî malın ödünç verilmesinde, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğini belirlerken başvurulacak ölçüt, ödünç alanın iade borcunun taraflarca nasıl nitelendirildiğidir. Ödünç alanın almış olduğu şeyi aynen iade edeceği kararlaştırılmışsa bir âriyet sözleşmesi (*commodatum*) söz konusu olacakken, aynen olmasa da bir eşdeğerini iade edeceği kararlaştırılmışsa bir ödünç sözleşmesi (*mutuum*) söz konusu olacaktır. Ancak burada tüketimi geniş anlamda değerlendirmek gerekir, örneğin bir tuğla veya çivi ödünç alınmışsa, bu tip mallar kelime anlamıyla tüketilemeseler bile kullanıldıktan sonra aynen iade edilemeyecekleri için tüketilmiş sayılacaklar ve böylece *mutuum*'a konu olabileceklerdir⁵⁷².

Ödünç sözleşmesinin konusunu oluşturacak şeyler, ödünç alan için yükümlülüğüne uygun olarak aynı miktarda ve cinsten (*tantundem eiusdem generis*)⁵⁷³ şeyi geri verme olanağını sağlayacak nitelikte olmalıdırlar. *Mutuum*'un kurulabilmesi için, ödünç alanın, almış olduğu şeyle aynı cinsten ve (belirli bir) kalitede olan şeyi ileride geri verme yükümlülüğü altına girmesi gerekmektedir⁵⁷⁴. Yani eğer borçlunun farklı cinsten şeyleri de geri verebileceği kararlaştırılmış olursa, *Paul. D.12.1.2.pr.de* de açıkça belirtilmiş olduğu üzere, burada bir ödünç doğmaz.

D.12.1.2.pr (Paulus 28 ad ed.)

⁵⁷¹ Nicholas, s. 167.

⁵⁷² Nicholas, s. 167, dn. 4.

⁵⁷³ “*tantundem eiusdem generis et qualitatis*”; “aynı miktarda ve kalitede şeyler” (dieselbe Menge gleichartiger Sachen/Sachen gleicher Menge und Qualität) olarak çevrilmektedir bkz. Hausmaninger ve Selb, s. 213; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 158.

⁵⁷⁴ Alexander, s. 16.

“Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.”

“Verdiğimiz parçayı aynen değil – yoksa âriyet veya vedia olurdu – fakat aynı cinsten geri almak için ödünç veririz: yani başka cinste bir şey, örneğin buğday yerine şarap alacak olsaydık bu ödünç olmazdı.”

Burada ayrıca belirtilmelidir ki, bir para ödücünde, ödücün kurulması esnasında açıkça kararlaştırılmamışsa, fiilen verilmiş olanlarla aynı türden madenî paranın iade edilmesi şart değildir. Yani altın para olarak ödünç almış olunan miktarın ne şekilde geri ödeneceği tamamen borçlunun tercihine bırakılmıştır, borçlu geri ödemeyi almış olduğu şekilde altın parayla yapabileceği gibi aynı değerdeki gümüş parayla da yapabilecektir⁵⁷⁵. Çünkü bir para ödücünde madeni paranın türünden çok temsil ettiği değer önem taşımaktadır⁵⁷⁶. Ama tabii ki burada bu durumun ödünç alacaklısı aleyhine bir sonuç doğurmaması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır:

D.46.3.99 (Paulus 4 resp.)

“Respondit debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit.”

“(Paulus) eğer bundan dolayı kendisi herhangi bir zarara uğrayacaksa, alacaklının (vermiş olduğundan) farklı türde parayı kabul etmeye zorlanamayacağı cevabını vermiştir.”

Paulus’un bu cevabında ileri sürdüğü düşünce, belli miktarda parayı belli bir zaman aralığı için temlik etmek suretiyle ona yardım eden kişinin bu ödünçten kaynaklanacak bir zarara uğramaması gerektiği yönündedir. Çünkü bir *mutuum*’un kurulmasındaki temel etken yardım etme saikidir ve arkadaşının beklenmedik bir şekilde sıkıntıya düşmüş olmasından ötürü ona yardım edenin, bu yardımına karşılık olarak bir zarara uğraması kabul edilemez. Bu nedenle ödünç konusunun geri

⁵⁷⁵ Alexander, s. 16.

⁵⁷⁶ D. 46.3.94.1 (Papinianus 8 quaest.): “...in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.” : “...parada tür (varlık-corpora) değil miktar göz önünde tutulur.”

verilmesinde daima alınmış olan şeyle aynı kalitede şeylerin iade edilmesi gerekmektedir. Alacaklının vermiş olduğu kaliteli şarabın yerine, aynı cinsten ve miktarda olsa bile, daha düşük kalitedeki şarabın geri verilmesini kabul etmek zorunda olduğu düşüncesi adalet duygusuna aykırı olurdu⁵⁷⁷. Bu husus *Pomponius* tarafından da aşağıdaki *Digesta* metninde ifade edilmiştir:

D.12.1.3 (Pomponius 27 ad sab.)

“Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aeque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriolem rem, quae ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intellegitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.”

“Bir şeyi ödünç olarak verdik, aynı cins ve kalitede şeylerin geri verileceğini kararlaştırmış olmasak da, borçlu aynı cinsten olsa da daha kötü olan bir şeyi geri veremez, örneğin yıllanmış şarap yerine yeni şarap veremez. Çünkü bir sözleşme yapılırken gerçekte ne kastedildiyse o kararlaştırılmış sayılmalıdır. Ancak buradaki durumda verilmiş olanla aynı cins ve kalitede olan şeylerin geri verilmek zorunda olduğu kabul edilmelidir.”

II. MUTUUM’UN ROMA SÖZLEŞMELER SİSTEMİNDEKİ YERİ, TAŞIDIĞI ÖZELLİKLER VE AMACI

A. Roma Hukukunda Sözleşmeler Sistemi ve Mutuum’un Bu Sistemdeki Yeri

Modern hukukta, hukuka ve ahlâka aykırı olmamak kaydıyla, her sözleşmenin borç doğuracağı ve buna ilişkin bir dava açılabilirliği yolunda bir genel kural mevcuttur⁵⁷⁸. Roma Hukukunda ise bir sözleşmenin dava ile korunabilmesi için bu sözleşmenin *ius civile* tarafından geçerli sayılıp kendisi için dava hakkı tanınmış sözleşme tiplerinden birisine dâhil olması gerekirdi⁵⁷⁹. Bunlar dışında kalan

⁵⁷⁷ Alexander, s. 17.

⁵⁷⁸ von Lübtow, *Condictio*, s. 88; Zimmermann, s. 164; Umur, *Ders Notları*, s. 335; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 43; Somer, s. 36; Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 123.

⁵⁷⁹ Umur, *Ders Notları*, s. 335; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 42 vd.; Küçükgüngör, s. 22; Somer, s. 35 vd.; Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 123.

anlaşmalar ve sözleşmeler borç doğurmazlar, bir dava ile takip edilemezlerdi⁵⁸⁰. Bu nedenle Roma Borçlar hukukunda tipe bağlılık ilkesi geçerliydi⁵⁸¹, başka bir ifadeyle sözleşmeler belirli tipte ve sınırlı sayıda idiler⁵⁸².

Ayrıca, Roma Hukukunun eski dönemlerinde, *ius civile* devrinin şekilci anlayışının sonucu olarak yalnızca tarafların rızasının (*consensus*) borç doğurabileceği esas kabul edilmemişti⁵⁸³. Zaman içerisinde Roma'nın genişlemesi ve yabancılarla olan ilişkilerin artmasıyla hem ticarî hayatın gelişmesinin getirdiği zorunluluklar hem de *praetor*'ların faaliyetleri sonucunda, bazı istisnâî durumlarda sadece tarafların uzlaşmış olmasının, yani sadece rızanın (*consensus*) borç kaynağı olabileceği kabul edilmiştir⁵⁸⁴. Zamanla bu istisnalar artmış olsa bile, Roma Hukukunda sözleşmelerin rızâlığı ilkesi hiçbir zaman genel geçerliliğe sahip bir ilke haline dönüşmedi⁵⁸⁵. Roma Hukukunda, istisnâî durumlar haricinde, bir sözleşmenin kurulabilmesi için yalnızca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterli olmamakta, anlaşmaların belli şekillerde yapılması veya anlaşmanın yanı sıra sözleşme konusu şeyin karşı tarafa verilmesi gerekmektedir⁵⁸⁶.

Hem sözleşmelerin belirli tipte ve sınırlı sayıda olması hem de sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için yalnızca rızanın yeterli olmaması nedeniyle Roma Hukukunda sözleşmelerin kurulmaları bakımından belirli gruplara ayrıldığı görülmektedir⁵⁸⁷. Başka bir ifadeyle, Romanın sözleşmeler hukuku, her biri ayrı bir davaya sahip olan sözleşmelerin oluşturduğu bir sözleşmeler sisteminden

⁵⁸⁰ Kaser, RP I, s. 484; Rado, Borçlar Hukuku, s. 43.

⁵⁸¹ Kaser, RP I, s. 484.

⁵⁸² Zamanla yeni anlaşmalara (*pactum*) dava hakkı verilerek, sözleşmelerin sayısı artırılmış olmasına rağmen, hiçbir zaman çağdaş hukuka egemen olan her sözleşmenin borçlandığı ve mahkeme önünde takip edilebileceği ilkesine erişilememiştir, bkz. Umur, Ders Notları, s. 335; Rado, Borçlar Hukuku, s. 43; Küçükgüngör, s. 22; Diósdí, Roma Hukukunda tipe bağlılık esasının sözleşmeler için değil davalar için geçerli olduğunu, sınırlı sayıda olanın sözleşmeler değil, davalar olduğunu savunmaktadır ve ona göre sözleşmeler için tipe bağlılığın olduğundan bahsedilebilmesi, ancak davaların tipe bağlı olmasından bahsedilebildiği ölçüde söz konusu olabilir, bkz. Diósdí, Contract, s. 77 vd.

⁵⁸³ von Lübtow, *Condictio*, s. 86; Rado, Borçlar Hukuku, s. 44; Thomas Henning, **Die mittelbare Darlehensvalutierung, Eine Untersuchung zur Tatbestandsseite der Darlehensgewährung**, Diss. Tübingen, 2008, s. 8.

⁵⁸⁴ Rado, Borçlar Hukuku, s. 44; Somer, s. 37.

⁵⁸⁵ Umur, Ders Notları, s. 335; Küçükgüngör, s. 23.

⁵⁸⁶ Küçükgüngör, s. 23; Somer, s. 37.

⁵⁸⁷ Umur, Ders Notları, s. 336; Rado, Borçlar Hukuku, s. 44; Küçükgüngör, s. 23.

oluşmaktadır⁵⁸⁸. Hem *Gaius*'un hem de *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde⁵⁸⁹ sözleşmelerin dört gruba ayrılmış oldukları görülmektedir:

Gai. Inst. 3. 89

“Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.”

“İlk önce sözleşmeden doğanları (doğan borçları) görelim. Bunlar dört çeşittirler, zira her borç ilişkisi ya bir şeyle (*re*), ya sözlerle (*verbis*), ya yazılarla (*litteris*) veyahut da rıza ile (*consensu*) oluşur.”⁵⁹⁰

Bu metinlere göre sözleşmeler real, sözlü, yazılı ve rızaî olmak üzere dört gruba ayrılmaktadır. *Mutuum*'un da dâhil olduğu real sözleşmelerin kurulabilmesi için yalnızca tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklanması yeterli değildir, borçlunun borç altına girmesi için sonradan iade edeceği bir şeyin (*res*) mülkiyetini alacaklıdan devralması gerekmektedir (*consensus + res*)⁵⁹¹.

En eski real sözleşme olan *mutuum*⁵⁹², yani tüketim ödöncü (*karz*) sözleşmesi real sözleşmelerin “prototipi” olarak kabul edilmektedir⁵⁹³. Hatta esasen *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde incelediği tek real sözleşmedir⁵⁹⁴. *Mutuum* real

⁵⁸⁸ Rado, Borçlar Hukuku, s. 43; Lindenmann ve Kander, s. 107.

⁵⁸⁹ I.3.13.2: “...prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu...” : “İlk önce sözleşmeden doğanlardan bahsedelim. Bunlar da dört çeşittirler: ya şey ile (*re*=aynî), ya sözlerle (*verbis*), ya yazılarla (*litteris*) veya rıza ile (*consensu*) kurulurlar.”, bkz. Umur, *Institutiones*, s. 239.

⁵⁹⁰ Rado, Borçlar Hukuku, s. 44.

⁵⁹¹ Rado, Borçlar Hukuku, s. 44; Umur, yalnızca bir şeyin verilmesinin değil bir işin yapılmasının da *res* olacağını belirtmektedir, bkz. Umur, *Ders Notları*, s. 336; bir işin yapılmasının *res* niteliğini taşıması, real sözleşme şeklinde oluşan isimsiz sözleşmelerde söz konusu olacaktır, bkz. Karaman, s. 14, dn. 37.

⁵⁹² Umur, *Ders Notları*, s. 336; Rado, Borçlar Hukuku, s. 44; Roma Hukukunda real sözleşmeler grubuna giren diğer sözleşmeler, saklama (*vedia-depositum*), kullanma ödöncü (*âriyet-commodatum*), rehin (*pignus*) sözleşmeleridir. Sonradan bazı anlaşmalara dava hakkı tanınarak ortaya çıkan ve isimsiz sözleşmeler başlığı altında toplanan yeni sözleşme tiplerinin de real sözleşmeler grubuna girdiği kabul edilmektedir, bkz. Rado, Borçlar Hukuku, s. 45; Küçükgüngör, s. 23; Karaman, s. 13; Roma Hukukunda *fiducia* olarak adlandırılmış olan inançlı işlemlerin de real sözleşme grubuna girip girmediği ise tartışmalıdır, bu konudaki tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. Karaman, s. 31.

⁵⁹³ Kreller, *Römisches Recht*, s. 315; Nicholas, s. 167; Kaser ve Knütel, s. 230; Zimmermann, s. 153.

⁵⁹⁴ Bkz. *Gai. Inst. 3. 90*; Di Marzo, s. 407; Zimmermann, s. 153; Küçükgüngör, s. 35; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 49, dn. 92; Mayer-Maly'ye göre *Gaius*, yalnızca *mutuum*'u zikretmiş olsa bile *mutuum* dışında başka real sözleşmelerin de olduğunu biliyordu ve metinde kullandığı “*velut*” (“örneğin”) kelimesi bunu göstermektedir, bkz. Mayer-Maly, s. 129; Watson'a göre *Gaius*'un *Institutiones*'inde real sözleşme olarak yalnızca *mutuum*'u ele alması ve *depositum* (saklama-vedia),

sözleşmelerin prototipi olmasının yanı sıra kredi işlemlerindeki aslî sözleşme tipi olarak kabul edilmektedir⁵⁹⁵.

Mutuum'un real sözleşme niteliği taşıması, Roma Hukukuna özgü bir durum değildir⁵⁹⁶. Antik Yunan Hukukunda da ödünç sözleşmesinin real sözleşme olduğu görülmektedir⁵⁹⁷.

Bununla birlikte Roma Hukuku, ödünç sözleşmesini (*mutuum*), ödünç verileceğine dair yapılan şekilsiz anlaşmayı (*pactum de mutuo dando*) ve faiz *stipulatio*'sunu hiçbir zaman iyi niyet davasına tâbi tek bir rızaî sözleşme çatısı altında birleştirmemiştir⁵⁹⁸. Ödünç verileceğine dair şekle tâbi olmayan anlaşmalar (*pactum de mutuo dando*) hiçbir zaman icrai bir kuvveti haiz olmamış ve faiz talep edilebilmesi için de bunun ayrıca *stipulatio* ile taahhüt edilmiş olması koşulu aranmıştır⁵⁹⁹. Herhangi bir şekle bağlı olmaksızın yapılmış olan *pactum de mutuo dando* bir dava doğurmazdı. Klâsik dönem hukukçuları bu *pactum*'u ödünç işlemiyle bir bütünlük oluşturacak anlayışa ulaşmadılar⁶⁰⁰. *Mutuum* ise gerçek bir sözleşme niteliği kazanmış fakat “real” niteliğini muhafaza etmiş ve rızaî sözleşme niteliği taşımamıştır⁶⁰¹.

commodatum (âriyet-kullanma ödünçü) ve *pignus*'tan (rehin sözleşmesi) bahsetmemesinin sebebi, bu sözleşmelerin varlığından da kesinlikle haberdar olmasına rağmen, *Institutiones*'i bu sözleşmeler ortaya çıkmadan önce yazılmış başka bir eseri model alarak yazmış olmasıdır. *Mutuum* diğer real sözleşmelerden çok farklıdır ve onlardan çok daha eskidir, bkz. Alan Watson, **The Law of the Ancient Romans**, Southern Methodist University Press, Dallas, 1970, (Ancient Romans), s. 65; *Gaius*, *Digesta*'da yer alan ve başka bir eserinden (*Res Cottidianae*) alınmış olan metinlerde *mutuum*'un yanı sıra diğer real sözleşmelere de yer vermiştir, bkz. *commodatum* için D.44.7.1.3 (*Gaius 2 aur.*), *depositum* için D.44.7.1.5 (*Gaius 2 aur.*), *pignus* için D.44.7.1.6 (*Gaius 2 aur.*), bu konuda ayrıca bkz. de Zulueta, Commentary, s. 150; Nelson ve Manthe, ss. 65, 70.

⁵⁹⁵ Kaser, RP I, s. 530; Kunkel ve Honsell, s. 296; Kranjc, s. 103, s. 109; Henning, s. 8; farklı görüşteki Behrends XII Levha Kanunundan Klâsik Dönem'in sonuna kadar, faizin kararlaştırılabildiği tek sözleşme olarak, başlangıçtan beri kredi işlemlerinde egemen olan sözleşme tipinin *sponsio-stipulatio* olduğunu savunmaktadır, bkz. Behrends, Zwölftafelprozess, ss. 34, 210.

⁵⁹⁶ HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 689.

⁵⁹⁷ Fritz Pringsheim, **Greek Law of Sale**, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1950, (Sale), s. 66; Harke, s. 49; HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 689.

⁵⁹⁸ Zimmermann, s. 163.

⁵⁹⁹ Baskın görüşe göre yalnızca deniz ödünçlerinde, tahıl ödünçlerinde, şehirlerin kendi aralarında yaptıkları ödünç işlemlerinde ve bankerlerin verdikleri ödünçlerde sırf anlaşmadan doğan faiz borcu (*usurae ex nudo pacto*) kabul edilmiştir, bkz. Di Marzo, s. 413; Toshio Hironaka, “Zur formlosen Zinsvereinbarung beim Naturaldarlehen im römischen Recht”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 93, 1976, s. 287.

⁶⁰⁰ von Lübtow, *Condictio*, s. 87.

⁶⁰¹ Zimmermann, s. 163.

Hukukun bu alanını geliştirmeye ve daha verimli hale getirmeye ve böylece faiz ilişkilerini teşvik etmeye karşı belirgin bir tereddüdün olduğu söylenebilir⁶⁰². Özellikle faiz söz konusu olduğunda, şekle bağlılık konusundaki tutuculuk ve ileride ödünç verileceğine dair şekle bağlı olmayan bir taahhüdün borç doğurmayacağı ilkesi; hem ödünç verenin hem de ödünç alanın riskli olabilecek kredi işlemlerini düşünmeden yapmalarını engelleyen çok kullanışlı bir uyarı sistemi olarak değerlendirilebilir⁶⁰³. Romalıların, ödünç yalnızca ödünç alanı geri verme borcu altına sokan real bir sözleşme olarak görmeleri, özellikle “*pacta sunt servanda*” ilkesinin genel olarak kabul görmesi sonucunda, ödünç verileceğine dair şekle bağlı olmayan anlaşmaların (*pacta de mutuo dando*) ve yine şekle bağlı olmayan faiz anlaşmalarının fiilen geçerli ve bağlayıcı olduklarının kabul edilmesiyle çeşitli problemlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur⁶⁰⁴. Özellikle 19. yüzyıldaki müşterek hukuk (*ius commune*) dönemi yazarları, bu birleşme ve “rızaîleştirmenin” avantajlarından yararlanmak yerine Romalıların real sözleşme fikrinin mantıken zorunlu ve kavramsal olarak reddedilemez olduğunu kabul etmektedirler⁶⁰⁵.

“İsimli real sözleşmeler, kelimenin tam anlamıyla “*real*”dirler. Olayın tabiatı itibariyle böyledirler ve daima böyle olacaklardır, çünkü hepsi mülkiyetin bir kişi tarafından diğerine devredilmesi (karşı tarafın da bunu iade etme borcu ile birlikte) unsurunu içermekte ve bu durumda “*res*” borcun hem dayanağını hem de içeriğini belirlemektedir. Sonuç olarak isimli real sözleşmeler bugün bile real nitelik taşımaktadırlar: mülkiyetin iadesi ancak mülkiyetin önceden devredilmiş olması halinde talep edilebilecektir”⁶⁰⁶.

Von Lübtow’a göre öne sürülmüş olan bu gerekçe, zikredilen sözleşmelerin real sözleşme olma niteliklerini ne pahasına olursa olsun korumak için yapılmış bir “ölümcül atlayış” niteliğindedir⁶⁰⁷. Buradaki mantıksal hata, “sözleşmenin yapılış tarzı” ile “ifa yükümlülüğünün şekli” kavramlarının karıştırılmasından kaynaklanmaktadır. Aynı mantıkla hareket edilecek olursa kira ve hâsılat kirası sözleşmelerinin de zorunlu olarak real sözleşme sayılmaları gerekecektir, çünkü bu

⁶⁰² von Lübtow, *Condictio*, s. 139 vd.; von Lübtow, *Darlehen*, s. 95 vd.; Zimmermann, s. 163.

⁶⁰³ von Lübtow, *Condictio*, s. 140; Zimmermann, s. 163.

⁶⁰⁴ Zimmermann, s. 164.

⁶⁰⁵ von Lübtow, *Darlehen*, s. 95; Zimmermann, s. 164.

⁶⁰⁶ Sohm, *Mitteis*, Wenger, s. 400, dn 8.

⁶⁰⁷ von Lübtow, *Condictio*, s. 87.

sözleşmelerde de şeyin iade edilmesi yükümlülüğü ancak teslim alınmasından sonra doğmaktadır⁶⁰⁸.

Buna karşın, tıpkı *mutuum* gibi, âriyet (kullanma ödöncü) sözleşmesi de real sözleşme olarak nitelendirilmelidir, çünkü bu sözleşmede de malı geri verme yükümlülüğü ancak mal önceden teslim edildiyse ortaya çıkardı⁶⁰⁹. Pandektistlerin göz ardı etme eğiliminde oldukları, ilk olarak Roma Hukukundan farklı olarak modern hukukta –hukuka ve ahlaka aykırı olmadıkça- her fiilin bir sözleşmeye konu olabileceğidir⁶¹⁰. İkinci olarak, ödönc alanın şahsında böyle bir borcun yaratılmasının bütün bu işlemin içeriğı ve temel amacı olamayacağını gerektiğı gibi göz önünde bulundurmuyarak, ödönc alanın almış olduğunu geri verme borcunu gereğinden fazla vurgulamışlardır⁶¹¹. İşlemin temel amacı ödönc alana iade borcu yüklemek olsaydı, ödönc veren malvarlığından vermek yerine bunu kendisine saklamayı tercih ederdi⁶¹². Başka bir ifadeyle, ödönc parayı geri almak için değil, karşı tarafın parayı belli bir süre için kullanmasını sağlamak ve (eğer ayrıca kararlaştırıldıysa) paranın geçici olarak devredilmesinden ötürü bir faiz elde etmek için verilir. Esas olarak Roma’nın davalar sistemine dayanan böyle bir düşüncenin üstesinden gelinmesi uzun zaman almıştır. BGB¹⁹⁰⁰ § 607’ye göre, ödöncün temeli para veya başka misli şeyleri ödönc olarak almış olan bir kişinin, almış olduğu şeyle aynı cins, kalite ve miktarda şeyi ödönc verene geri vermeyi taahhüt etmesidir⁶¹³. Bu paragrafta ödönc verenin yükümlölüklerine hiç değinilmemiştir⁶¹⁴. Alman Medeni Kanununda 2002 yılındaki Borçlar Hukuku reformuna kadar ödönc sözleşmesinin real sözleşme niteliğı taşıdığını savunanlar olduğu gibi rızaî sözleşme niteliğı taşıdığını savunanlar da vardı, konu çok tartışmalı idi ve kanundaki hükmün (BGB¹⁹⁰⁰ § 607) belirsizliğı

⁶⁰⁸ von Lübtow, *Condictio*, s. 87.

⁶⁰⁹ Zimmermann, s. 164.

⁶¹⁰ von Lübtow, *Condictio*, s. 88; Zimmermann, s. 164.

⁶¹¹ Zimmermann, s. 164; karşı görüşteki von Tuhr’a göre ödöncde kazandırıcı işlemin amacı, iade üzerinde bir talep hakkı kazanmaktır bkz. Andreas von Tuhr, **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**, Bd. II, 2, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1918, s. 70; bu konu aşağıda ayrıca ele alınmıştır.

⁶¹² Hermann Lammfromm, **Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag**, Duncker & Humblot, Leipzig, 1897, s. 71; Hohenstein, s. 58, s. 122; Isermeyer, s. 7; Walter Heidbrink, **Die Begründung eines Darlehens**, Dissertationsdruckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten, 1935, s. 23; von Lübtow, *Condictio*, s. 132; von Lübtow, *Darlehen*, s. 17; Maurenbrecher, s. 65; Zimmermann, s. 164.

⁶¹³ Zimmermann, s. 164.

⁶¹⁴ Zimmermann, s. 165; Dieter Medicus, **Schuldrecht II, Besonderer Teil**, 13. Aufl., C. H. Beck, München, 2006, s. 106; Henning, s. 8.

nedeniyle Alman Federal Mahkemesinin de bu konuda çelişkili kararlar verdiği görülmekteydi⁶¹⁵.

BGB¹⁹⁰⁰ § 607'nin ödünç sözleşmesini real sözleşme olarak düzenlediğini savunanlara göre, ödünçün kendisi bir real sözleşme (*contract re*) iken ödünç verme taahhüdü ise yalnızca bir *pactum de contrahendo*'dur⁶¹⁶. Buna karşın bugün hem kavramsal düzeyde hem de pratik sonuçları bakımından bu görüşün ihtiyaçları karşılamaya uygun olmadığı çoğunlukla kabul edilmektedir⁶¹⁷.

Real sözleşme teorisinin zayıf noktası, özellikle yalnızca ödünç alanın iade yükümlülüğünün göz önüne alınmasıdır⁶¹⁸. Bununla beraber bu teoride ödünç verenin aslî yükümlülüğü olan ödünç konusunu geçici olarak devretme yükümlülüğü ise hiç göz önünde bulundurulmamaktadır⁶¹⁹. Yatırım kararı ve ödünç sözleşmesinin akdedilmesi için büyük önem taşıyan sözleşmenin esasa ilişkin koşullarının ve yan anlaşmaların bir arada değil asıl (aynî) sözleşmeden önce yapılan bir önsözleşme ile düzenlenmesi modern bir hukuk sistemi için alışılmadık ve zorlaştırıcı bir uygulamadır⁶²⁰.

Rızaî sözleşme teorisi bu zaafları bertaraf etmektedir⁶²¹. Ödünç sözleşmesi için Alman Medeni Kanununda Borçlar Hukuku reformu ile yapılan değişiklikten sonra para ödünçleri (*Darlehensvertrag* BGB § 488 vd.) ile mislî eşya ödünçlerinin (*Sachdarlehensvertrag*: BGB²⁰⁰² § 607 vd.) farklı başlıklar altında sözleşmenin niteliği konusundaki tartışmalar sona erdirilmiş ve doktrindeki baskın görüş benimsenerek ödünç sözleşmesi rızaî nitelik taşıyacak şekilde düzenlenmiştir⁶²².

⁶¹⁵ Bu konuda bkz. Kai-Oliver Knops, **Verbraucherschutz bei der Begründung, Beendigung und Übernahme von Immobiliarkreditverhältnissen: Darlehensbegründung und -kündigung, Vorfälligkeitsentschädigung, Ersatzkreditnehmerstellung, Grundschildablösung und -übernahme**, Springer, Heidelberg, 2000, s. 42 vd.

⁶¹⁶ Medicus, s. 106; Henning, s. 8; Kurt, s. 11; bu düşünce Fransa'da (Fransız Medeni Kanunu md. 1892) ve İtalya'da (İtalya Medeni Kanunu md. 1813) halen egemendir, bkz. Zimmermann, s. 165, dn. 62.

⁶¹⁷ Bu konuda özellikle bkz. Albert Affolter, "Das verzinsliche Darlehen", **Archiv für bürgerliches Recht**, Bd. 26, 1905, s. 1 vd.; Gustav Boehmer, "Realverträge im heutigen Rechte", **Archiv für bürgerliches Recht**, Bd. 38, 1913, s. 314 vd.; Zimmermann, s. 165.

⁶¹⁸ Henning, s. 9.

⁶¹⁹ von Lübtow, *Condictio*, s. 88; Henning, s. 9.

⁶²⁰ Peter Mülbert, "Das verzinsliche Darlehen", **Archiv für die civilistische Praxis**, Bd. 192, H. 6, 1992, s. 464 vd.; Henning, s. 9.

⁶²¹ Henning, s. 9.

⁶²² Henning, s. 9; HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609, s. 683 vd.; Berger bu değişikliği ödünç hukukundaki teorik (dogmatik) bir arınma ve Roma Hukuku kökeninden kopuş olarak değerlendirmektedir, bkz. Klaus Peter Berger, "Kreditvertragsrecht und Schuldrechtsreform", **Bankrecht 2002, Tagungsband zum RWS-Forum am 14. und 15. März 2002 in Berlin**, herausgegeben von Norbert Horn und

Böylece modern bir ekonomik yapının gereklerine uygun olarak, ödünç konusu paranın verilmesi gerekmeksizin, yalnızca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile sözleşmenin kurulmuş sayılacağı kabul edilmiştir. Ödünç verenin ödünç alana kararlaştırılmış miktardaki parayı temin etmek ve bu parayı ona belirlenmiş sürede yararlanması için devretme yükümlü olduğu öngörülmüştür. Bir önsözleşme yapılması gibi dolambaçlı yollara başvurulmasına artık gerek yoktur⁶²³. Doktrinde çoğunluğun kabul ettiği görüş uyarınca BGB'nin değiştirilmeden önceki hali de rızâî sözleşme teorisi ile uyumludur⁶²⁴, paranın ödünç alana verilmesi borç doğurma sebebine (*obligandi causa*) değil ifa sebebine (*solvendi causa*) dayanmaktadır⁶²⁵. Ödünç veren paranın mülkiyetini ödünç alana devretmekle ve kararlaştırılan süre boyunca bu değere sahip olmasını sağlamakla yükümlüdür. Ödünç veren maldaki hukukî ayıplardan ve maddi ayıplardan sorumlu tutulabilir⁶²⁶.

Alman Medenî Kanunu değiştirilmeden önce ödünç sözleşmesine ilişkin hükümde sözleşmenin niteliği ile ilgili olarak belirsiz bir ifade kullanılmışken⁶²⁷, Avusturya Medenî Kanunundaki hükmün 2010 yılında değiştirilmeden önceki halinde ödünç sözleşmesinin açıkça real sözleşme olarak düzenlenmiş olduğu görülmekteydi⁶²⁸. Kanunda, 11.06.2010 tarihinde yürürlüğe giren Ödünç ve Kredi Hukukunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla (Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz) yapılan değişiklikten sonra ise ödünç sözleşmesi artık rızâî sözleşme niteliği taşımaktadır⁶²⁹.

Achim Kramer, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln, 2003, s. 41; 2002 yılındaki Borçlar Hukuku reformundan sonra Alman Hukukunda para ödünçleri (*Darlehensvertrag* BGB § 488 vd.) ile mislî eşya ödünçlerinin (*Sachdarlehensvertrag*: BGB²⁰⁰² § 607 vd.) Alman Medenî Kanununda farklı başlıklar altında düzenlendiği görülmektedir.

⁶²³ Henning, s. 9.

⁶²⁴ Affolter, s. 1 vd.; Boehmer, s. 314 vd.; von Lübtow, Darlehen, s. 89 vd.; Mülberr, s. 451; Knops, s. 42; Henning, s. 9.

⁶²⁵ von Lübtow, Darlehen, s. 90; Zimmermann, s. 165.

⁶²⁶ Zimmermann, s. 165.

⁶²⁷ Mülberr, s. 450, dn. 3; Knops, s. 42.

⁶²⁸ ABGB § 983 a.F.: “Wenn jemandem verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden, daß er zwar willkürlich darüber verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit ebensiviel von derselben Gattung und Güte zurückgeben soll; so entsteht ein Darlehensvertrag” : “Bir ödünç sözleşmesi, bir kimseye dilediği gibi tasarruf edebilmesi, fakat belirli bir süre sonra aynı cins ve nitelikte şeyi iade etmesi koşuluyla tüketilebilen şeylerin devredilmesiyle kurulur.”, ayrıca bkz. Kranjc, s. 105.

⁶²⁹ ABGB § 983 n.F.: “Im Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darlehensgeber, dem Darlehensnehmer vertretbare Sachen mit der Bestimmung zu übergeben, dass der Darlehensnehmer über die Sachen nach seinem Belieben verfügen kann”: “Ödünç sözleşmesinde, ödünç veren, ödünç alana mislî eşyayı, ödünç alanın bunlar üzerinde dilediğince tasarruf edebilmesi kaydıyla, devretmeyi taahhüt eder.”; ayrıca bkz. Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 158; Alman ve Avusturya Medeni

B. *Mutuum*'un Taşıdığı Özellikler ve Amacı

Mutuum'un taşıdığı başlıca özellikler, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, sözleşmeye konu olabilecek eşyanın mislî eşya olması, karşılıksız bir sözleşme olması ve bu sözleşme için açılacak davanın bir dar hukuk davası olmasıdır⁶³⁰. Bu özelliklerden *mutuum*'a konu olabilecek eşyanın mislî eşya olması daha önce ayrı bir başlık altında ele alınmıştı. *Mutuum* için açılacak davanın dar hukuk davası olmasına ise aşağıda “*Mutuum* İçin Tanınmış Olan Hukukî Korumalar” başlığı altında değinilecektir. Dolayısıyla bu başlık altında ele alacağımız konular, *mutuum*'un tek tarafa borç yükleyen karşılıksız bir sözleşme olması ile faizin ödünç ilişkilerindeki rolü ve *mutuum*'un amacından ibaret olacaktır.

1. Tek Tarafa Borç Yükleyen Karşılıksız Bir Sözleşme Olması

Her şeyden önce belirtmelidir ki *mutuum*'un en göze çarpan temel özelliklerinden birisi, kavramın tarihî gelişiminin doğruladığı gibi, karşılıksız bir işlem olmasıdır. Bir real sözleşme olan *mutuum*'un bu özelliği nedeniyle, sözleşme ile borçlu için, ödünç konusunun teslimi (*traditio rei*) ile ortaya çıkan iade yükümlülüğünden başka hiçbir yükümlülüğün doğmayacağı sonucuna varılacaktır. Yani *mutuum*'da, başkasına ait sermayenin kullanılması karşılığında bir ivaz verilmesi söz konusu değildir ve *mutuum* tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Yukarıda açıklanmış olduğu gibi, *mutuum*'un esasen, *nexum*'un aksine ticarî işlemlerde değil, arkadaşlar arasında hayır için verilen bir yardım ödünçü olarak kullanılmış olması da bu durumu anlaşılır kılmaktadır⁶³¹.

Ancak *lex Poetelia*'dan⁶³² sonra başka yasalarla da en katı hükümleri yumuşatılmış olan *nexum*'un, sonunda M.Ö. 4. yüzyılın ortalarında tamamen ortadan

Kanunlarında yapılan değişikliklerden sonra ödünç sözleşmesi rızâ sözleşme olarak düzenlenmiş olmasına rağmen Türkçe literatürde ödünçün bu hukuk düzenlerinde real sözleşme olarak düzenlendiğini ifade edenlerin olduğu görülmektedir, bkz. Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 53, dn. 102; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 150, dn. 59; Kurt, s. 20.

⁶³⁰ Umur, Ders Notları, s. 339 vd.; Rado, Borçlar Hukuku, s. 47 vd., s. 51; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 50, s. 53; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 149 vd., s. 156 vd.

⁶³¹ Alexander, s. 11.

⁶³² Kaser ve Knütel, *lex Poetelia*'nın borç köleliğinin kurulmasını sınırlandırdığını, ancak bunu tamamen ortadan kaldırmadığını ifade etmektedir, bkz. Kaser ve Knütel, s. 230; ayrıca bkz. Max

kaldırılmasından sonra, *mutuum* hatır ödöncü olma özelliğini yitirmeye başlamıştır⁶³³. Gerçi Roma Hukukunda daima real sözleşme niteliğini korumuş olan *mutuum*'da borçlu sonraki zamanlarda da alacaklıdan almış olduğu ödönc miktarını aynen geri ödemek dışında başka bir yükümlölük altına giremezdi⁶³⁴. Borçlunun temerrüt faizi veya aldığından daha yüksek bir meblağı ödemeyi taahhüt etmesi real bir sözleşme olan *mutuum*'un bu özelliğiyle örtüşmezdi⁶³⁵. Konuyla ilgili bazı metinlerde de bunu teyit eden ifadeler yer almaktadır:

D.2.14.17.pr. (Paulus 3 ad ed.)

“Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.”

“Eğer sana on veririm ve bana yirmi borçlandığını kararlaştırırsak, on'dan fazlası için yükümlölük doğmaz; yani bir şeyin verilmesiyle kurulacak borç ilişkisi, sadece verilen şey ölçüsünde kurulabilir.”

D.12.1.11.1 (Ulpianus 26 ad ed.)

“...sed si dedero, ut undecim debeas, putat proculus amplius quam decem condici non posse.”

“...Ama eğer sana on bir borçlanman kaydıyla on veririm, *Proculus*'a göre, on'dan fazlası talep edilemez.”

C.4.9.30

“Cum ultra hoc quod accepit re obligari neminem posse constet...”

“Kimse aldığından fazlasına yükümlölük altına sokulamayacağından...”

Yukarıdaki durumun tam tersinin, yani ödönc verilen miktardan daha azının geri verileceğinin kararlaştırılması halinde bunun geçerli olacağı belirtilmelidir⁶³⁶.

Kaser ve Karl Hackl, **Das römische Zivilprozessrecht**, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1996, s. 145, dn. 95.

⁶³³ Alexander, s. 12.

⁶³⁴ Alexander, s. 12; Mülberr, s. 453; Henning, s. 8.

⁶³⁵ Alexander, s. 12.

⁶³⁶ Alexander, s. 12.

Ulpianus'un yukarıda zikredilmiş olan metninin ilk kısmında da onaylamış olduğu gibi, bu durumda *mutuum*, ödünç verilmiş olan miktardan daha azı üzerinde kurulacak, iade edilecek olan bu miktarı aşan kısım bağışlanmış gibi kabul edilecektir⁶³⁷.

D.12.1.11.1 (Ulpianus 26 ad ed.)

“*Si tibi dederō decem sic, ut novem debeas, proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem...*”

“Eğer sana dokuz borçlanman kaydıyla on verirsem, *Proculus*'un dediği gibi ve haklı olarak, hukuken dokuz'dan fazlasını borçlanmazsın...”

Ancak ödünç veren kendisine ait bir şeyi borçluya vermiş olmasından dolayı bir karşılık elde etmek isterse, bu muhtemel faiz *stipulatio* şeklinde yapılacak yeni bir sözleşme ile kararlaştırılmak zorundadır⁶³⁸. Çünkü burada basit bir ek anlaşma (*pactum adiectum*) yoluyla faiz talep etmek mümkün değildir⁶³⁹.

Ödünç alacaklısının faiz ödenmesini talep etmesi, sadece faiz ödeneceğini ayrıca *stipulatio* yoluyla taahhüt ettirmiş olması durumunda mümkün olurdu. Faizin ödenmemesi halinde de faize ilişkin talep ödünce ilişkin davalarla (*condictio mutui* veya para veya mislî mal ödünç verilmiş olması durumuna göre *actio de certa credita pecunia* veya *condictio triticaria*) değil sadece *stipulatio*'dan doğan ayrı bir *actio ex stipulatu* ile ileri sürülebilirdi⁶⁴⁰. Roma Hukukunda faizli ödünç sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmemiştir⁶⁴¹. Fakat bu yalnızca sözleşmenin yapılış şekline yönelik nedenlerden kaynaklanmaktadır. Roma Hukukunda real sözleşme olduğu kabul edilen ödünç sözleşmesi, faiz kararlaştırılması durumunda da bu özelliğini kaybetmemeliydi ve bu nedenle de faizin asıl sözleşmenin yanı sıra bir yan sözleşme ile (*stipulatio*) ayrıca kararlaştırılması gerekirdi⁶⁴². Fakat günümüz hukukunda ödünç sözleşmesi rızâî sözleşme olarak nitelendirildikten sonra faiz için ayrı bir sözleşme yapılmasına gerek

⁶³⁷ Karlowa, RG II, s. 553; Roby, s. 72; Alexander, s. 12; Kaser, RP I, ss. 170, 497, 531; Watson, Evolution, s. 10; Zimmermann, s. 154; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 149.

⁶³⁸ Alexander, s. 13.

⁶³⁹ *D.19.5.24 (Africanus 8 quaest.)*.

⁶⁴⁰ Alexander, s. 13.

⁶⁴¹ Affolter, s. 6.

⁶⁴² Affolter, s. 6.

kalmadı⁶⁴³. Ödünç verenin taahhüt ve edim yükümlülüğüne bir karşı taahhüt ve edim yükümlülüğü olarak bizzat ödünç sözleşmesine dâhil edilmesi yeterli oldu⁶⁴⁴. Günümüzde faizsiz ödünç, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşımaktadır⁶⁴⁵. Faizli ödünç ise tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve faiz kararlaştırılmamış olsa bile ödünç sözleşmesi yalnızca ödünç alan için değil ödünç veren için de yükümlülük doğurur, yani artık Roma Hukukunda olduğu gibi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme değildir⁶⁴⁶. Doktrindeki baskın görüşe göre ödünç verenin ödünç verme (ödünç konusu şeyin mülkiyetini geçirme ve teslim) yükümlülüğü ile ödünç alanın geri ödeme yükümlülüğü arasında ise bir karşılıklılık (*synallagma*) ilişkisi yoktur⁶⁴⁷. Yine baskın görüşe göre ödünç sözleşmesi ancak ödünç alanın ödünç verene faiz ödeyeceği kararlaştırılmışsa karşılıklı nitelik kazanır⁶⁴⁸. Faiz ödünç sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir ve ayrıca kararlaştırılması gerekir⁶⁴⁹.

Bu şekilde faizin özel olarak ayrıca kararlaştırılmış olduğu ödünç sözleşmeleri de, faizsiz hatır ödünçü olma özelliği taşımadıkları için, Romalılar tarafından *mutuum* olarak nitelendirilmemiş, bu tip faizli ödünçler için “*foenus*”, “*faenus*” veya “*fenus*” gibi ayrı isimler kullanılmıştır⁶⁵⁰. *Corpus iuris civilis*’te de bu farklı kullanımlara örnekler bulmak mümkündür:

C.4.32.3

“*Quamvis usurae fenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt...*”

⁶⁴³ Affolter, s. 6; ödünç sözleşmesinin günümüz hukukunda real sözleşme niteliği taşınamaması gerektiği konusunda bkz. Gerhard Dulckeit, “Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht”, *Festschrift für Fritz Schulz*, Bd. I, Hermann Böhlhaus Nachfolger, Weimar, 1951, (Rechtsgeschäft), s. 171; von Lübtow, *Condictio*, s. 88; Hartmut Oertker, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994, s. 150.

⁶⁴⁴ Affolter, s. 6.

⁶⁴⁵ Yener, s. 57 vd.; Akıncı, s. 94; Kurt, s. 17.

⁶⁴⁶ Zimmermann, s. 165; Knops, s. 42.

⁶⁴⁷ Mühlert, s. 454; ayrıca bkz. Klaus Bartels, *Der Vertragliche Schuldbeitritt im Gefüge gegenseitiger Dauerschuldverhältnisse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, s. 204; Yener, s. 58; karşı görüş için bkz. Lübbert, s. 360.

⁶⁴⁸ Medicus, s. 106; Bartels, s. 204.

⁶⁴⁹ Bartels, s. 204.

⁶⁵⁰ Karlowa, *RG II*, s. 591; Kreller, *Mutuum*, s. 572.

“Her ne kadar ödünç verilen paranın faizi *stipulatio* borcu olmadıkça dava edilemese de...”

D.12.1.33 (Modestinus 10 pand.)

“*Principalibus constitutionibus cavetur, ne hi qui provinciam regunt quive circa eos sunt negotientur mutuamve pecuniam dent **faenusve** exerceant.*”

“İmparator emirnamelerine göre bir eyaleti yönetenler ve onların çevresindekiler ne ticarete atılabilirler (ne ticaret yapabilirler-ne ticaretle uğraşabilirler), ne ödünç para verebilirler ne de faiz işletebilirler (faiz yürütebilirler-faiz ile uğraşabilirler)(*faenusve exerceant*).”

D.12.1.34.1 (Paulus 2 sent.)

“*Praeses provinciae mutuam pecuniam **faenebrem** sumere non prohibetur.*”

“Eyalet yöneticilerinin (valilerinin) faizle ödünç almaları yasak değildir.”

a. Mutuum’da Faiz ve Stipulatio

Mutuum’un bir başka çok önemli karakteristik özelliği de, bu sözleşmeden ötürü sadece tek bir dava açılabilmesi (ki o da ödünç verenin ödünç alana karşı açabileceği *condictio*’dur) ve bunun sonucu olarak tek bir borcun doğmasıdır (yani ödünç alanın aynı cinsten şeyi iade etme borcu). Bu nedenle özellikle bir ödünç sözleşmesinde faiz talebinin (*mutuum*’dan doğan davayla) ileri sürülebilmesi mümkün değildir⁶⁵¹.

Buna karşılık ticarî hayatta, tıpkı günümüzde olduğu gibi, tamamen başkalarının iyiliğini düşünerek bu şekilde karşılıksız olarak ödünç vermeye çok az kişi istekli olurdu⁶⁵². Hatta genellikle ödünçün faizsiz olarak verilmiş olmasının her zaman (hatta çoğu zaman) tümüyle fedakârlığa dayanan sebeplerden kaynaklandığı söylenemez. Roma toplumunun belirgin ve ayırt edici özelliklerinden birisi, karşılıksız ödünç vermenin ahlâki bir görev olduğu bilinci ile oluşmuş olabilecek veya böyle bir ahlâki görev doğuran gayri resmî bir ilişkiler ağıdır. Bu nedenle, ödünç sadece faiz elde etmek için değil politik güç kazanmak, sadakati sağlamak

⁶⁵¹ Zimmermann, s. 154.

⁶⁵² Zimmermann, s. 155.

veya bir bağımlılık ilişkisi yaratmak için de verilebilirdi⁶⁵³. Bunun yanında, Romalıların çok önem verdiği bir kavram olan “*amicitia*”dan⁶⁵⁴ (dostluk) kaynaklanan olağan ödevler de göz önünde bulundurulmalıdır. Hem ödünç alanın geçici bir nakit problemiyle başa çıkabilmesini sağlamak için (genellikle kısa vadeli) ödünç verilmesi hem de böyle dostça bir davranışa başka hizmetlerle veya iyiliklerle verilecek (gayri resmî) “ödül-karşılık (*renumeration*)” dostların birbirine karşı yerine getirmeleri gereken ödevleri arasında yer alırdı⁶⁵⁵. Ortalama bir Romalı aile babası (*pater familias*), paraya ihtiyacı olduğunda ödünç vermeyi meslek edinmiş bir kimseden (*fenerator*)⁶⁵⁶ ödünç istemek yerine arkadaşlarından ödünç istemeyi tercih ederdi⁶⁵⁷.

Ödünç veren, vermiş olduğu ödünç için faiz elde etmek isterse, ödünç alandan faiz için *stipulatio* yoluyla bir taahhüt (söz) almalıydı, yani taraflar faiz için farklı, ek bir sözleşme yapmak zorundaydılar⁶⁵⁸. Aslında genellikle rastlanan durum da buydu ve ödünç faiz elde etmek amacıyla veriliyorsa, zaten her halükârda bir *stipulatio* yapılması gerekeceği için taraflar genellikle faiz borcunun yanında asıl borcu da *stipulatio*’nun kapsamına alıyorlar ve böylece ödünç alanın iade borcu da *stipulatio*

⁶⁵³ Zimmermann, s. 155, dn. 13.

⁶⁵⁴ Roma’da dostluk bugünkünden çok daha önemli bir rol oynuyordu. Dostluk anlamına gelen *amicitia* vefa ve sadakate dayanan ve taraflara (yasal anlamda olmasa da) sayısız ve katı görevler yükleyen kalıcı bir ilişkiydi. Roma’da özellikle eski dönemlerde aynı güvenceden ziyade kişisel güvencenin ön planda olmasında Romalıların dostluğa verdikleri önemin de payının olduğu savunulmaktadır, çünkü dostluğun gereklerinden biri de zor durumda olana arka çıkmak, kefil olmaktır, bu konuda bkz. Zimmermann, s. 155; Fritz Schulz, **Principles of Roman Law**, çev. Marguerite Wolff, Clarendon Press, Oxford, 1936, (Principles), s. 233 vd.; ayrıca bkz. *Cicero, Laelius de amicitia*, XXII, 82 : “...omnia... alter pro altero suscipiet...” : “...(dostlardan) biri diğeri için her şeyi yapar...”, metin ve İngilizce çevirisi için bkz. http://www.uah.edu/student_life/organizations/SAL/texts/latin/classical/cicero/deamicitia1fram.html (13.08.2014)

⁶⁵⁵ Zimmermann, s. 155, dn. 13.

⁶⁵⁶ *Fenerator*’ların toplumdaki düşük sosyal konumları ve genel olarak Roma’daki bankacılık işlemlerine ilişkin olarak bkz. Alfons Bürge, “Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 104, 1987, (Bankwesen), s. 488 vd., s. 495 vd.; ayrıca Roma’da büyük ölçekli bir bankacılık sistemi kurulmamış olduğu için bunun yerini kredinin özel bağlantılarla kişilerden alması (ve bu sistemin bir yandan bir bankacılık sisteminin doğuşunu da engellemiş olması) hakkında bkz. Zimmermann, s. 217 vd.

⁶⁵⁷ Zimmermann, s. 155, dn. 13; ayrıca bu konunun Roma dönemindeki edebi metinlere dayanılarak ortaya konulan sosyo-ekonomik temelleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Alfons Bürge, “Vertrag und personale Abhängigkeiten in Rom der späten Republik und der frühen Kaiserzeit”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 97, 1980, (Vertrag), s. 114 vd.

⁶⁵⁸ *D.19.5.24 (Africanus 8 quaest.)* : “...respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi...” : “...(Iulianus) cevap verdi: gerçi ödünç verilen para için faiz, eğer bu *stipulatio*’da yapılmadıysa istenemez”; Zimmermann, s. 155.

yoluyla teyit edilmiş oluyordu⁶⁵⁹. Bu aynı zamanda geri ödeme zamanı veya edimin ifa edileceği yer gibi belli ikincil unsurları bağlayıcı kılmak açısından da elverişli bir yoldu⁶⁶⁰. Bu koşullar altında yapılan işlem sadece *re* (real) olmaktan ziyade *re et verbis* (real ve sözlü)⁶⁶¹ niteliği taşıyordu: *datio* ve *stipulatio* anaparayı iade etme borcu doğuran ve her ikisi de *condictio* ile takip edilebilen iki işlemi. Fakat doğal olarak edim yalnızca bir kere ifa edilmek zorundaydı ve edim ifa edilmediğinde alacaklı da *condictio*'yu yalnızca bir kere açabilirdi. Alacaklı bu davayı da büyük olasılıkla *stipulatio* temeline dayandırarak açıyordu, çünkü Roma hukukçuları burada *obligatio verbis*'in *obligatio re*'yi içine aldığı görüşüne sahip gibi görünmektedirler⁶⁶².

D.46.2.7 (Pomponius 24 ad sab.)

“Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri.”

“Ödünç verilen para için *stipulatio* yaparsak, borcun ödeme ile (*numeratione*) doğacağını düşünmüyorum ve *stipulatio* ile yenilenmiş olduğu (kanaatindeyim), çünkü amaçlanan sadece *stipulatio*'nun bağlayıcı olmasıdır

⁶⁵⁹ Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 159; Zimmermann, s. 155; ayrıca karş. *D.12.1.40 (Paulus 3 quaest.)*; *D.45.1.122.1 (Scaevola 28 Dig.)*; *D.45.1.126.2 (Paulus 3 quaest.)*; *D.46.2.6.1 (Ulpianus 46 ad Sab.)*.

⁶⁶⁰ Zimmermann, s. 155.

⁶⁶¹ *D.12.1.9.3 (Ulpianus 26 ad ed.)*: “*Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis sive coniunctim, referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat.*” : “Yani bu konusu belirli olan şeylere ilişkin *condictio*, sözleşme ister bir şeyin verilmesiyle, ister sözle, ister her ikisiyle kurulmuş olsun, bütün sözleşmelere teşmil edilebileceği için, bu davanın ilgili talepler için açılıp açılmayacağına dair bir araştırmayı hak eden birkaç olayı zikretmemiz gerekir.”; *D.44.7.52.pr. (Modestinus 2 reg.)*: “*Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato.*” : “Ya bir şeyle (*re*), ya sözle veya aynı anda her ikisiyle, ya rızayla ya yasayla ya *praetor* hukukuyla (*aut iure honorario*) ya zorunlulukla veya da haksız fiil sebebiyle borç altına gireriz.”; bu metinlerin, üzerinde oynama yapılmış, gerçek olmayan metinler olduğu ileri sürülmüştür, bkz. Alfred Pernice, “Parerga IV-Der sogenannte Realverbalcontract”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 13, 1892, (Realverbalcontract), s. 246 vd.; Schulz, CRL, s. 507; ancak bkz. Kaser, Mutuum, s. 155 vd.; Zimmermann, s. 155.

⁶⁶² Zimmermann, s. 155.

ve ödemenin daha çok *stipulatio*'dan doğan edimin ifa edilmesi için gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.”⁶⁶³

Yukarıdaki görüşlerle ilgili olarak söylenebilecek diğer bir şey de, paranın geri ödenmesi için bir tarih belirlemenin, açıkça ödünç alanın yararına olduğudur. Paranın ödünç veren tarafından ödünç alana verildikten hemen sonra iade edilmesi gerekseydi, ödünç sözleşmesinden beklenen amacın gerçekleşmesi çok zorlaşırdı. Doğrusunu söylemek gerekirse, *mutuum*'a bir *stipulatio*'nun eşlik etmediği veya *mutuum*'un bir *stipulatio* ile teyit edilmediği hallerde durum böyleydi. Çünkü parayı geri ödeme borcu doğuran olgu paranın mülkiyetinin ödünç alana devredilmesi yani *datio* idi ve bu geri ödeme borcu paranın mülkiyeti geçtiği anda doğardı. Taraflarca geri ödeme vadesinin ileri bir tarihe alınması, en azından başlangıçta, mümkün değildi çünkü şekle bağlı olmadan kararlaştırılmış olan herhangi bir hususun *ius civile* kapsamında değerlendirilmesi söz konusu değildi⁶⁶⁴. Bu sonuç görüldüğü kadar sakıncalı değildir, çünkü *mutuum* başlangıçta arkadaşlar veya komşular arasında faizsiz kısa dönem ödünçleri için kullanılmaktaydı. Burada Romalıların *amicitia* ve *humanitas*⁶⁶⁵ kavramlarına verdikleri önem ve onların bu tutumu sayesinde oluşmuş olan sosyal bağlar, alacaklının yasal konumunu kötüye kullanmasını ve *condictio*'yu hemen açmasını engellemeye yetecek kadar sağladı. Ticarî ödünç işlemleri için şekle bağlı ancak, çok tehlikeli sonuçlara yol açabilen *nexum* ödünçüne başvurulması olanağı vardı. *Nexum* Cumhuriyet döneminde ortadan kalktığında, *mutuum* onun ticari işlevini de yüklendi ve genel ödünç işlemi niteliğini kazandı. Fakat ticarî bir ödünç sözleşmesi yapılmak istendiğinde, *mutuum* ile birlikte uygulamada mutlaka tarafların bütün özel düzenlemelerini içeren bir *stipulatio* da yapılmaktaydı⁶⁶⁶.

⁶⁶³ Karş. Pringsheim, *Id quod actum est*, s. 79 vd.; Kaser, *Mutuum*, s. 157 vd.

⁶⁶⁴ Zimmermann, s. 156.

⁶⁶⁵ *Humanitas*'ın insanlık sevgisini, insan ululuğunu en yüce amaç sayan öğreti; insancılık, hümanizma anlamına geldiği ve *Caesar* ve klâsik hukukçuların bu kelime yerine “*clementia* (nezaket)” ve “*pietas* (sorumluluk bilinci, saygı)” kelimelerini kullandıkları belirtilmektedir, bkz. Diler Tamer Güven, “*Humanitas*”, *Argumentum*, Yıl: 3, Sayı: 30, Ocak 1993, (Humanitas), ss. 515, 519 (Fritz Schulz'un “*Prinzipien des römischen Rechts*” adlı kitabının “*Humanitas*” bölümünün İngilizce çevirisinden (Principles of Roman Law, çev. Marguerite Wolff, Oxford, 1936, ss. 189-222).

⁶⁶⁶ Zimmermann, s. 156.

b. Roma’da Cumhuriyet Dönemindeki Faiz Politikaları

Arkadaşlar veya komşular arasında olanların dışındaki ödünç para verme işlemleri yasa koyucu için daima çözülmesi gereken bir mesele ortaya çıkarmıştır. Ödünç alan genellikle ekonomik olarak zayıf durumdadır (aksi halde ödünç paraya muhtaç olmazdı) ve bu nedenle ödünç verenin onun bu zor durumunu sömürmekten kendini alamaması olasılığı her zaman mevcuttur. Bu nedenle çok yüksek faiz talep edilerek bu durumun kötüye kullanılmasını engellemesi için devletten müdahale etmesi ve dezavantajlı olan taraf için koruyucu önlemler alması beklenmiştir. Roma yasa koyucusu bu probleme ikili bir mücadele yolu seçmiştir. Öncelikle çok yüksek faiz oranlarıyla mücadele etmiştir, ikinci olarak da özellikle baba egemenliği altındaki aile evlâtlarının ödünç almış oldukları durumları özellikle ele almıştır⁶⁶⁷.

Roma Hukukunun en önemli özelliklerinden biri sözleşme yapan tarafların kendi ilişkilerini düzenlerken sahip oldukları özerkliğe verilen önemdir⁶⁶⁸. Bu özellik özgürlük ilkesine dayanır ve *pater familias*’ın Roma toplumundaki otoriter pozisyonuna da uygundur. Bu nedenle Roma Hukukunda, örneğin satış ve kira sözleşmelerinde tarafların edimleri arasında büyük bir oransızlık söz konusu olsa bile buna yönelik bir hukukî koruma öngörülmemiştir. Bununla birlikte hukukun daha erken dönemlerden itibaren çok yüksek faiz oranlarına müdahale ettiği görülmektedir. Ödünç sözleşmelerinde tarafların sözleşme içeriğini ve koşullarını müzakere etme özgürlüğü genellikle alacaklının (yani ödünç verenin) sözleşme koşullarını dayatma özgürlüğü olarak tezahür etmektedir⁶⁶⁹. XII Levha Kanununda bu konuda faiz oranının anaparanın on ikide birini (1/12’sini) geçemeyeceğine dair bir kural olduğu görülmektedir⁶⁷⁰. Burada kullanılan “*unciarium fenus*” (anaparanın 1/12’si) terimi bir şekilde bilmece gibidir ve modern doktrinde üst sınırın yılda % 8⅓ veya % 10 ya da % 83⅓ veyahut da % 100 olarak mı anlaşılması gerektiği

⁶⁶⁷ Zimmermann, s. 166.

⁶⁶⁸ Schulz, Principles, s. 140 vd.; Zimmermann, s. 166.

⁶⁶⁹ Zimmermann, s. 166.

⁶⁷⁰ “...nam primo duodecim tabulis sanctum, ne quis unciario faenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur...” : “...Önce XII Levha Kanununun, önceleri zenginlerin keyiflerine göre hükmettikleri faiz oranının, aylık 1/12’yi geçemeyeceğini belirten hükmü geldi...”, Tacitus, *Annales*, 6, 16, metin ve metinle ilgili açıklamalar için bkz. *Anallium ab excessu divi Augusti libri*, The Annals of Tacitus, edited with introduction and notes by Henri Furneaux, Cilt: I, Books I-VI, Oxford 1884, s. 564 vd. <http://www.archive.org/stream/annaliumabexcess00taciuoft#page/n7/mode/2up> (16.02.2011), metnin İngilizce çevirisi için bkz. http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Tacitus/Annals/6A*.html (01.11.2011).

konusunda tartışmalara yol açmıştır⁶⁷¹. Bu anlaşmazlık XII Levha Kanununa göre faizin ne şekilde hesaplanacağını açık olmamasından kaynaklanmaktadır. XII Levha Kanununda faizin yıllık veya aylık olarak mı hesaplanacağı ve bu hesapta bir yılın on ay olarak mı yoksa on iki ay olarak mı kabul edileceği belli değildir⁶⁷². Bununla birlikte, bir kişinin XII Levha Kanununu ihlâl edip tefecilik yapması halinde cezai bir yaptırımla karşılaşacağı açıktır: bir tefeci vermiş olduğu zararın⁶⁷³ dört katını (*poena quadrupli*) ödemeye mahkûm edilirdi⁶⁷⁴. İlerleyen yüzyıllarda faiz oranlarında değişiklikler olmuştu, örneğin M.Ö. 347’de eskisinin yarısına indirilmişti (*fenus semiunciarium*)⁶⁷⁵. Fakat uygulamada daha yüksek faiz oranlarının talep edildiği

⁶⁷¹ Fritz Klingmüller, “Streitfragen um die römische Zinsgesetzgebung”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 23, 1902, s. 68 vd.; Gustav Billeter, **Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian**, Druck und Verlag von B. G. Teubner, Leipzig, 1898, s. 157 vd.; Zimmermann, s. 166, dn. 71’de yıllık % 83⅓ veya % 100 oranları şaşırtıcı derecede yüksek gibi görünse de, bu oranların ilkel bir takas ekonomisinin egemen olduğu eski hukuk sistemleri için alışıldık olduğunu; ayrıca ekonomik ilişkiler konusunda çok da marifetli olmayan bir tarım toplumunda hüküm süren genel güvensizliğin de faiz oranlarının bu kadar yüksek olmasında etken olabileceğini ifade etmektedir, karşı görüş için bkz. Klingmüller, s. 68 vd.

⁶⁷² Klingmüller, s. 71; eski Roma yılının yalnızca on aydan oluştuğu söylenmektedir. Yıl Mart ayıyla, yani buzların çözüldüğü başka bir ifadeyle toprağa cemre düştüğü, doğa kış uykusundan uyanıp bitkiler ve hayvanlar alemi tekrar canlanmaya başladığı zaman başlardı. Görünen o ki yaşam özünün akışının, esasen eril bir nitelik taşıdığı kabul edilmekteydi, zira “*Martius*” kavramı *mas* (yani “erkek, erkek özelliklerine sahip, erkeğe ait, eril”, *genitiv* hali: *maris*) kelimesinden gelmektedir. Bu yılın bahardan bahara mı sürdüğü yoksa doğanın kış uykusunda olduğu dönemin hesaba katılmayıp sadece tarımsal üretim yapılabilen zaman dilimini mi kapsadığı açık değildir. Birinci durumda yani yılın bir bahardan diğerine dek on iki ay sürdüğü kabul edildiğinde *fenus unciarum* ile kastedilen yıllık faiz oranının üst sınırı % 8⅓ olacaktır. Buna karşın bir yılın on ay sürdüğü kabul edilecek olursa, bu on ay için % 8⅓ olan üst sınır, bir yıla iki ay daha eklenip yılın on aydan değil on iki aydan oluştuğu kabul edildikten sonra yıllık % 10 olarak hesaplanacaktır. Roma’nın ikinci kralı *Numa Pompilius*’un bir yıla, *Januarius* (Ocak) ve *Februarius* (Şubat) olmak üzere iki ay daha eklediği ve böylece on iki ay ve 355 günden oluşan bir yıl anlayışı getirdiği söylenmektedir, bkz. Zimmermann, s. 167, dn. 72; XII Levha Kanunu dönemindeki faiz üst sınırıyla ilgili ayrıntılı bilgi ve farklı görüşler için bkz. Billeter, s. 158 vd.; ayrıca Roma takvimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Wenger, Quellen, s. 335 vd.; Bülent İplikcioğlu, **Eskibati Tarihi I, Giriş, Kaynaklar, Bibliyografya**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1997, s. 19 vd.; Çiğdem Dürüşken, “Roma’da Takvim”, **Cogito**, S. 22 (Takvim: Zamanın Haritası), Bahar 2000, s. 101 vd.; Oğuz Tekin, **Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s. 220.

⁶⁷³ Bkz. Flach ve Flach, s. 66.

⁶⁷⁴ *Cato, de Agri Cultura, praefatio*: “*Maiores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli. Quanto peiorem civem existimarint feneratorem quam furem, hinc licet existimare.*” : “Atalarımız bu düşüncedeydiler ve kanunlarında hırsızın (zararın) iki katına, tefecinin dört katına mahkûm edileceğini düzenlediler. Bir tefecinin bir hırsıza nazaran ne kadar daha kötü bir vatandaş sayıldığı buradan anlaşılır. ”, Latince metin ve metnin İngilizce çevirisi için bkz. http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Cato/De_Agricultura/home.html (13.08.2014), metnin Almanca çevirileri için bkz. Ulrich von Lübtow, “*Catos Seedarlehen*”, **Festschrift für Erwin Seidl**, Peter Hanstein Verlag, Köln, 1975, (Cato), s. 113; Flach ve Flach, s. 66; *Cato*’nun metninde bahsettiği kanunun XII Levha Kanunu olduğu konusunda bir tereddüt yoktur, bkz. Billeter, s. 117; Zimmermann, s. 167.

⁶⁷⁵ *Tacitus, Annales*, 6, 16; *Livius, Ab urbe condita*, 7, 27, 3: “*idem otium domi forisque mansit T. Manlio Torquato C. Plautio consulibus. semunciarium tantum ex unciario fenus factum, et in*

görülmekteydi⁶⁷⁶ ve borçluların bu yüksek oranlara karşı herhangi bir şekilde korunduklarından bahsedilemezdi⁶⁷⁷. Bu nedenle yalnızca beş yıl sonra (yani M.Ö. 342’de) *lex Genucia* ile faiz tamamen yasaklandı⁶⁷⁸. Fakat bu bile tefeciliği engelleyemedi⁶⁷⁹. Hatta bununla ilgili olarak *Appianos*’un bir eserinde⁶⁸⁰ M.Ö. 89’da yaşanmış olan dramatik bir ayaklanmadan bahsedilmektedir⁶⁸¹:

“Aynı zamanda şehirde borçlular ve alacaklılar arasında anlaşmazlıklar baş gösterdi, çünkü eski bir kanun faizle ödünç vermeyi yasaklasa ve bunu yapanlara bir ceza verilmesini öngörmüş olsa da, alacaklılar borçlulardan parayı zorla faiziyle almaktaydılar. Öyle görünüyor ki eski Yunanlılar gibi Romalılar da, fakirlere sıkıntı veren ve kolayca çekişme ve düşmanlık yaratan bir düzenbazlık olarak gördükleri faizden ödünç alınmasından nefret ediyorlardı. Aynı sebeplerle Persler de ödünç bizzat hilekârlığa ve yalana sebep olan bir şey olarak görüyorlardı. Fakat zamanla faiz almak mutad hale geldiği için alacaklılar örf ve âdete dayanarak faiz talep ediyorlardı. Diğer yandan borçlular ödemelerini savaş ve iç karışıklıklar nedeniyle erteliyorlardı. Hatta bazıları faiz alanları onlardan yasal cezayı tahsil etmekle tehdit ediyorlardı. Bu konularla ilgilenen *Praetor Asellio*, taraflar arasındaki uyuşmazlığı onları ikna ederek çözemeyince, birbirlerine dava açmalarına olanak sağladı ve böylece kanun ve teamül (gelenek-*custom*) arasındaki çelişki nedeniyle ortaya çıkan çıkmazı hâkimlerin önüne getirdi. Artık

pensiones aequas triennii, ita ut quarta praesens esset, solutio aeris alieni dispensata est” : “*Titus Manlius Torquatus* ve *Gaius Plautius*’un *consul*’luğu sırasında yurt içinde ve dışında aynı sessizlik ve asayiş hüküm sürmeye devam etti. Fakat faiz oranı yüzde birden yarıma indirildi. Borçlar ödenebilir duruma getirildi, borçların dörtte biri indirildi ve geri kalan da yılda üç takside bağlandı.”, Latince metin için bkz. *Titus Livius (Livy): The History of Rome, Books V, VI and VII With An English Translation by Benjamin Oliver Foster, London 1924, s. 449* <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0202%3Abook%3D7%3Achapter%3D27#note2> (13.10.2011); metnin Türkçe çevirisi için bkz. *Titus Livius: Roma Tarihi, Şehrin Kuruluşundan İtibaren (Ab urbe condita), Kitap: V-VI-VII, çev. Sabahat Şenbark, İstanbul 1999, s. 236.*

⁶⁷⁶ Uygulamada mutaden hangi oranlarda faiz talep edildiğine ilişkin örnekler için bkz. Billeter, s. 163 vd.

⁶⁷⁷ Zimmermann, s. 167.

⁶⁷⁸ Zimmermann, s. 167.

⁶⁷⁹ Umur, Lügat, s. 119’da da *lex Genucia*’nın çok kısa bir süre için uygulanabildiği belirtilmektedir.

⁶⁸⁰ *Appianos, Bella Civilia*, I, 54.

⁶⁸¹ Zimmermann, s. 167.

uygulanmayan bir kanunun yeniden canlandırılması nedeniyle çileden çıkan alacaklılar *praetor*'u öldürdüler.”⁶⁸²

Asellio, *Forum Romanum*'un ortasında boğazı kesilerek katledildi. Senato, *Asellio*'nun öldürülmesiyle ilgili olarak bir delil gösterecek olan özgür vatandaşlara ödül, kölelere özgürlük, suç ortaklarına af vaadinde bulundu, fakat bu da işe yaramadı ve kimse bir bilgi vermedi. Alacaklılar (ödünç verenler) her şeyi örtbas etmişlerdi⁶⁸³.

c. Cumhuriyet Dönemi'nin Sonundan *Iustinianus* Dönemine Kadar En Yüksek Faiz Oranları

Appianus'un renkli ve canlı tasvirinden anlaşıldığı gibi çok yasaklayıcı önlemlerin her zaman tatmin edici sonuçlar sağlamadığı açıktır. Hatta aslında bu gibi hükümlerin bazen tam ters etki yarattığı da söylenebilir. *Sulla*⁶⁸⁴, bu nedenle, M.Ö. 88'de eski *fenus unciarum*'u yeniden uygulamaya koymuş görünmektedir⁶⁸⁵.

Buna karşın Cumhuriyet Döneminin sonlarına doğru *centesimae usurae* olarak adlandırılan faiz oranı (aylık 1/100, yani yıllık % 12)⁶⁸⁶ uygulanmaya başlamıştır⁶⁸⁷. Bu oranlar 6. yüzyıla kadar imparatorluk dönemindeki en yüksek oran olarak, esaslı şekilde değişmeden, muhafaza edildi⁶⁸⁸. İmparator *Alexander Severus*

⁶⁸² Metnin çevirileri için bkz. Appian's von Alexandrien Römische Geschichten, übersetzt von Ferdinand Ludwig Immanuel Dillenius, Bd. VI, Stuttgart 1830, s. 942 vd.; http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Appian/Civil_Wars/1*.html (07.08.2014).

⁶⁸³ Appian, *Bella Civilia*, I, 54.

⁶⁸⁴ *Sulla* (*Sylla*): Cumhuriyet döneminin son asrının başında yaşamış devlet adamı ve diktatör. *Tribunus plebis*'lerin çok artan itibarlarını kısarak, *senatus* oligarşisini yeniden ihdas etmeye çalışmış, eyaletlerin idare şekli ve ceza hukuku alanında önemli kanunlar çıkarmıştı, bkz. Umur, Lügat, s. 207.

⁶⁸⁵ Zimmermann, s. 168.

⁶⁸⁶ Farklı faiz oranları için kullanılan terminoloji için karşı. *Inst. II, 14, 5*; örneğin *sextans*: 1/6; yani % 12'nin altıda biri = %2; *quadrans*: 1/4; % 12'nin dörtte biri = % 3; *triens*: 1/3; % 12'nin üçte biri = % 4 gibi.

⁶⁸⁷ Buna karşın M.Ö. 56'da iki Romalı için (*M. Scaptius* ve *P. Matinius*) Kıbrıs'taki *Salamis* kentine % 48 faiz oranı ile ödünç vermek halen mümkündü. M.Ö. 58'de Kıbrıs Romalılarca fethedilmiş ve Kilikya eyaletine katılmıştı. *Salamis*liler Roma valisi *P. Cornelius Lentulus Spinther*'in askerlerini kış boyunca orada konaklatmamasını sağlamak için ona rüşvet verebilmek istediklerinden ötürü paraya ihtiyaç duymuşlardı. Ödünçün geri ödenmesi gerektiği zaman taraflar arasında çok uzun süren bir anlaşmazlık yaşandı. Bu süreç boyunca *Scaptius*, *Salamis* senatörlerinin beşi aklıktan ölünceye kadar görev yaptıkları binadan çıkmalarını engelledi. *Cicero* M.Ö. 50-51'de Kilikya valisiyken uyuşmazlığı çözmeye çalıştı. Faiz oranını % 12'ye indirmeyi fakat birikmiş (tahakkuk etmiş) faizin anaparaya dahil edilmesine de izin vermeyi (*anatocismus*: faizin faizi, bileşik faiz) teklif etti. Ancak bu teklif *Scaptius* tarafından reddedildi, bkz. *Cicero, Epistulae ad Atticum*, 6, 1, § 5.

⁶⁸⁸ Zimmermann, s. 168.

(M.S. 222-235) senatörlerin faizle ödünç vermelerini yasakladı, fakat kısa bir süre sonra onlar için de *usurae dimidiaae centesimae* (% 6) gibi özel bir sınır tespit edildi⁶⁸⁹. *Iustinianus*, Hristiyanlığın da etkisiyle faiz alınmasına sıcak bakmıyordu⁶⁹⁰. Faiz yasalarını kısıtladı ve olağan en yüksek faiz oranını % 6'ya, yüksek sınıf mensuplarının faizle ödünç vermeleri halinde talep edebilecekleri faiz oranını da % 4'e düşürdü⁶⁹¹. Tüccarlar veya herhangi meşru bir işle uğraşanlar içinse bir ayrıcalık tanınmıştı ve bu kişiler yıllık % 8 oranında faizle ödünç verebilirlerdi⁶⁹².

Roma Hukukunda faize faiz yürütmek (*usurae usurarum*) yasaktı.

D.12.6.26.1 (Ulpianus 26 ad ed.)

“*Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae.*”

“(Anaparanın) iki katını geçen faizler ve bileşik faiz ne bir *stipulatio* konusu olabilir ne de talep edilebilir ve tıpkı gelecekteki faizler üstündeki faizde olduğu gibi, ifa edilmişse geri istenebilir.”

Roma Hukukunda faiz sorununun üstesinden gelebilmek için cezai yaptırım uygulama politikasının güdülmesi ilginçtir⁶⁹³. Eski hukuklardaki kanuna dayalı bütün yasaklarda olduğu gibi, faize ilişkin kanunlar da *lex imperfecta*⁶⁹⁴ niteliği taşıyorlardı, yani gereken şekli şartlara uyulduysa, kanuna aykırı işlem geçersiz

⁶⁸⁹ Bkz. *Codex Theodosianus*, 2.33.4.

⁶⁹⁰ Zimmermann, s. 168.

⁶⁹¹ C. 4.32.26.2, karşı. Billeter, s. 306 vd.; Rado, Borçlar Hukuku, s. 52; Umur, Ders Notları, s. 341; Erdoğmuş, Borçlar Hukuku, s. 61.

⁶⁹² C. 4.32.26.2; ayrıca bankerlerin (*argentarii*) *stipulatio* yapılmaksızın, yalnızca şekle tâbi olmayan basit bir anlaşmayla da % 8 faiz talep edebileceklerine ilişkin olarak bkz. Nov. 136, 4; diğer özel faiz oranları için bkz. C. 5.12.31; C. 5.13.1.7 b; C. 7.54.2.

⁶⁹³ Aynı politika tahıl satışlarına ilişkin insafsız anlaşmalar ve tahıl fiyatlarını yükseltmek amacıyla kurulmuş birlikler (veya ortaklıklar) için de uygulanmıştır. Bununla beraber devlet, erken bir devirde Roma halkına tahıl sağlama sorumluluğunu üzerine almıştır. Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru herkese bedava tahıl temin edilmesi sonucunu doğurmuş, daha sonra ise yalnızca ihtiyacı olup olanakları olmayan kesimlere bedava tahıl verilmiştir. *Augustus* zamanında bu olanaktan yararlananların sayısı 320.000'e ulaşmıştır, bkz. Zimmermann, s. 169, dn. 84.

⁶⁹⁴ *Leges imperfectae*: Tam olmayan kanunlar. Yaptırımsız kanunlar. Bunlar bir işlemin yapılmasını yasaklamakla beraber, yasağa aykırı hareket edildiği takdirde, hiçbir yaptırım (*sanctio*) öngörmezdi, bkz. Umur, Lügat, s. 111.

sayılmazdı⁶⁹⁵. Buna karşın, klâsik hukuka göre borçlu fahiş faiz oranını ödemek zorunda değildi:

D.22.1.29 (Marcianus 14 inst.)

“Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras, quod illicite adiectum est pro non adiecto haberi et licitas peti posse.”

“Bir kimse tespit edilmiş (yasal) sınırı aşan oran için veya faizin faizi (bileşik faiz) için *stipulatio* ile taahhütte bulunursa, haksız olarak eklenmiş kısım eklenmemiş olarak kabul edilir ve yasal orandaki faiz talep edilebilir.”

Burada sözleşme halen geçerliydi, fakat borçlu yalnızca yasal faiz oranını ödemekle yükümlüydü. *Marcianus* bu sonuca yasal bir varsayım üreterek varmıştır. Buna göre tarafların, yasal faiz üst sınırına dair temel bir *stipulatio* yaptıklarını ve buna sonra da yasal sınırı aşan kısmın eklendiğini varsaymıştır. Böylece yalnızca bu yasal olmayan kısmın eklenmemiş sayılmasıyla (*pro non adiecto haberi*) yasal faiz oranının talep edilebilmesinin yolu açılmıştır. Bu süreç tarafların sözleşmeyle kararlaştırmış oldukları hususlara büyük bir engel oluşturmaz, özellikle alacaklının parasının geri verilmesini talep etme hakkı bu durumdan hiçbir şekilde etkilenmez. *Mutuum* ve faiz *stipulatio*’su birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşmedir⁶⁹⁶.

D.22.1.20 (Paulus 12 ad sab.)

“Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat, ceterum sortem non vitiare.”

“Anaparaya karıştırılmış yasal olmayan faizin bizzat borçlanılmış olmadığı, fakat anapara borcunun geçerliliğinin bundan etkilenmediği açıktır.”

⁶⁹⁵ Kunkel ve Mayer-Maly, s. 117; Zimmermann, s. 169.

⁶⁹⁶ Zimmermann, s. 169.

Yasal sınırı aşan faiz borçlu tarafından zaten ödenmişse, bu fazlalık anapara borcu üzerinden mahsup edilirdi, eğer bu miktar anapara miktarını aşarsa veya hataen ödendiye, geri verilmesi talep edilebilirdi⁶⁹⁷.

D.12.6.26.pr. (Ulpianus 26 ad ed.)

“Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit: sed si supra legitimum modum solvit, divus severus rescripsit (quo iure utimur) repeti quidem non posse, sed sorti imputandum et, si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae quasi sors indebita repetuntur. quid si simul solverit? poterit dici et tunc repetitionem locum habere.”

“Bir kimse anaparayı değil de onun yerine borçlu olmadığı faizleri, borçlanmış olduğu anaparanın faizleri olarak öderse, (ödemiş olduğunu) geri isteyemez (ödemiş olduğunun geri verilmesini talep edemez). Fakat yasal oranı aşan bir ödeme yaptıysa, ilâhi imparator (Septimius) Severus’un bir cevabında⁶⁹⁸ belirttiği gibi (ki bu uyguladığımız hukuktur), gerçi ödediğini geri isteyemez, ancak ödeme anaparadan mahsup edilir ve daha sonra (borçlu) anaparayı (zamanında) geri öderse, (fazladan ödemiş olduğu faizi) borçlanılmamış parayı ödemiş gibi geri isteyebilir. Bu nedenle anapara daha önce ödenmiş olsa bile yasal oranı aşan miktarda ödenmiş faizler, borçlanılmamış para gibi geri istenebilir. (Anaparayı ve faizi) Aynı anda ödediye ne olacak? Bu durumda da geri alma talebinin bulunduğu söylenebilir.”

⁶⁹⁷ Paul. Sent. 2.14.2: “Usurae supra centesimum solutae sortem minuunt, consumpta sorte repeti possunt” : “Aylık yüzde birin üzerindeki faiz anaparadan düşülür ve anapara ödendiğinde (oranı aşan miktardaki faiz) geri istenebilir.” Paul. Sent. 2.14.4: “Usurae, quae centesimam excedunt, per errorem solutae repeti possunt” : “Yıllık yüzde on ikiyi aşan faizler, hataen ödenmiş gibi geri istenebilir.”; Zimmermann, s. 169.

⁶⁹⁸ Rescriptum: Kişilerin yazılı olarak sordukları sorulara imparatorun verdiği cevap. Kanun gücünü kazanmış imparator emirnamelerinden sayılırdı, bkz. Umur, Lügat, s. 186.

2. Mutuum'un Amacı

Ödücün amacı, bugün olduğu gibi o zaman da bir miktar paranın veya misli eşyanın belirli bir süre için kullanılmasını sağlamak maksadıyla devredilmesi⁶⁹⁹. Burada kullanmakla kastedilen ödünç verilen şeyin tüketilmesidir. Bir şeyin kullanılması amacıyla devredildiği sözleşmelerden (kira ve âriyet) farklı olarak, *mutuum* devredilen şeyin tüketilmesini sağlamaya yönelik olduğu için tüketim ödünçü niteliği taşır⁷⁰⁰. Romalı hukukçular da bu anlamda olmak üzere ödünç verilen paranın kullanılmasından (*uti*) bahsederler⁷⁰¹.

Geri verme yükümlülüğü bir karşı edim veya verilen şeyin karşılığını teşkil etmez⁷⁰². Bu yükümlülük daha ziyade, paranın kesin olarak değil sadece geçici olarak kullanılmak üzere verilmiş olmasının sonucunda ortaya çıkmıştır⁷⁰³. Ödünç verilen paranın ödünç alana devredilmesi, işlemin gereklerinden olsa da işlemin amacı değil, sadece ödünç alanın paradan bir süre için yararlanmasını mümkün kılma amacını gerçekleştirme yolunda bir araçtır⁷⁰⁴.

Ödünç ilişkisinin bir vadenin dolmasıyla sona erdirilmesi Romalılara yabancıydı⁷⁰⁵. Ancak ödünç sözleşmesi, *stipulatio* yoluyla yapıldığında bir vadeye bağlanması mümkündür⁷⁰⁶. Vadesi belirlenmemiş bir ödünç, alacaklı tarafından her

⁶⁹⁹ von Lübtow, Darlehen, s. 16; Lammfromm, ss. 74, 96; Siegmund Schloßmann, "Klagen, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges", *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Bd. 45 (zweite Folge, Bd. 9), 1903, (Klagen), s. 136; Hohenstein, s. 55 vd.; Boehmer, s. 320 vd.; Isermeyer, s. 6 vd.; Herbert Glaub, *Gibt es heute noch Realkontrakte?*, Buchdruckerei Richard Mayr, Köln, 1934, s. 56; von Lübtow, *Condictio*, s. 132.

⁷⁰⁰ von Lübtow, *Condictio*, s. 132.

⁷⁰¹ *D.12.1.9.9 (Ulpianus 26 ad ed.)*: "Deposui apud te decem, postea permisi tibi *uti*..." : "Sana saklaman için (veya "vedia olarak") on bıraktım, sonra (bunları) kullanmana izin verdim..."; *D.12.1.10 (Ulpianus 2 ad ed.)*: "Quod si ab initio, cum deponerem, *uti* tibi si voles permisero..." : "Diğer yandan eğer parayı sana tevdi ettiğim andan itibaren onu kullanmana izin vermişsem..."; *D.12.1.11.pr. (Ulpianus 26 ad ed.)*: "Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis uteraris." : "Benden sana ödünç para vermemi rica ettin, param olmadığı için satman ve semeni kullanman için sana bir kâse veya altın külçesi verdim."; *D.16.3.29.1 (Paulus 2 sent.)*: "Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur." : "Eğer tevdi edilmiş olan para benim iznimle tevdi edilen tarafından kullanılırsa, diğer iyi niyet davalarında olduğu gibi, bana faiz ödemeye icbar edilir."

⁷⁰² Lammfromm, s. 218; Fritz Blum, *Darlehen und Darlehensvorvertrag*, Buchdruckerei von Ernst René Grosser, Erlangen, 1912, s. 36 vd.; Glaub, s. 28; Heidbrink, s. 30; Hohenstein, s. 120 vd.

⁷⁰³ von Lübtow, Darlehen, s. 16.

⁷⁰⁴ von Lübtow, Darlehen, s. 16; Lammfromm, s. 71 vd.; Isermeyer, s. 6.

⁷⁰⁵ von Lübtow, Darlehen, s. 16.

⁷⁰⁶ von Lübtow, Darlehen, s. 17; Kaser, *Mutuum*, ss. 161, 180.

zaman geri istenebilirdi⁷⁰⁷. Alacaklı ile borçlu arasında borcun belirli bir süre içinde istenmeyeceğine dair şekilsiz bir anlaşmanın (*pactum de non petendo intra certum tempus*) yapılmış olması ve alacaklının buna rağmen belirlenen süre dolmadan alacağını talep etmesi halinde, borçlu alacaklıya karşı aralarındaki anlaşmadan doğan bir def'i ileri sürebilirdi (*exceptio pacti conventi*)⁷⁰⁸. Bu def'inin klâsik dönem zarfında özel hukuk açısından tanınmış olması olasılığı ise şüpheli görünmektedir⁷⁰⁹.

Ödücün gerçek amacı bir geri verme yükümlüğü yüklemek değildir⁷¹⁰. Ödücün geri verme yükümlülüğü yüklemek amacıyla verildiği kabul edilirse, ödünç verilmesinin bir anlamının kalmayacağı görülecektir. Zira ödünç verenin verdiği parayı geri almak amacıyla ödünç vermektense, ödünçü hiç vermeyip parasını kendisine saklaması kendisi için daha mantıklı bir hareket olacaktır⁷¹¹. Ödücün özelliği ve gerçek amacı, belirli bir şey veya değer geçici, karşılıklı (faiz karşılığında) veya karşılıksız olarak devredilmesidir⁷¹². Keza *Gaius* da *Institutiones*'inde şöyle demektedir:

Gai. Inst. 3. 90

“...*quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur...*”

“...Bu şeyleri ya sayarak, ya ölçerek veya tartarak, **alanın mülkiyetine geçsinler (alanın olsunlar)** ve bize aynı şeyler değil fakat aynı cinsten şeyler iade edilsin diye⁷¹³ veririz...”

⁷⁰⁷ von Lübtow, Darlehen, s. 17.

⁷⁰⁸ von Lübtow, Darlehen, s. 17; von Lübtow, *Condictio*, s. 135; Kaser, *Mutuum*, ss. 171 vd., 180.

⁷⁰⁹ von Lübtow, Darlehen, s. 17; Kaser, *Mutuum*, ss. 172 vd., 180.

⁷¹⁰ Farklı görüş için bkz. von Tuhr, s. 70: “Karzda temlik işlemin amacı, iade üzerinde bir talep hakkı kazanmaktır.”; buna karşılık bkz. Schloßmann, *Klagen*, s. 45; Boehmer, s. 320 vd.; Willy Wommelsdorff-Friedrichsen, **Vorverträge und Realkontrakte**, Noske, Leipzig, 1909, s. 56; von Lübtow, *Condictio*, s. 132; M. S. Jacoby, “Wuchergeschäft”, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts**, Bd. 60 (zweite Folge, Bd. 24), 1912, s. 236 vd. da ödücün amacını nakit paranın mülkiyetinin devredilmesi ve bunun geri verilmesini talep etme hakkının paranın ödenmesinden sonrasına ertelenmesi olarak açıklamıştır; karş. von Lübtow, Darlehen, s. 17, dn. 17.

⁷¹¹ Lammfromm, s. 71; Hohenstein, ss. 58, 122; Isermeyer, s. 7; Heidbrink, s. 23; von Lübtow, *Condictio*, s. 132; von Lübtow, Darlehen, s. 17; Maurenbrecher, s. 65.

⁷¹² von Lübtow, *Condictio*, s. 132.

⁷¹³ Rado'nun çevirisi bu görüşlerle çelişiyor gibi görünmektedir, çünkü *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinin Borçlar Hukuku ile ilgili kısmını Türkçeye kazandırmış olan Rado'nun yapmış olduğu Türkçe çeviride açıkça “iade etmesi için” şeklinde bir ifade geçmektedir: “...bu şeyleri ya sayarak, ya

Bu ifadede, bir Klâsik Dönem hukukçusu olan *Gaius*'un, ödünçün ekonomik amacına ilişkin düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Burada “verme” (*dare*) eyleminin ne amacı ne de sonucu gösterilmektedir. Klâsik dönem hukukçuları ödünç işleminin sonucu ile amacını karıştırmamışlardır, bu hata daha çok Bizans ve müşterek hukuk teorisine yüklenebilir. Ödünçün ekonomik yapısı incelendiğinde görülecektir ki, iade, temlik ile hiçbir şekilde bağlı olmadığı için, işlemin amacı iade olamaz⁷¹⁴.

Keza *Paulus*'a ait bir başka metinde şöyle denmektedir:

D.12.1.2.pr (Paulus 28 ad ed.)

“Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus.”

“Verdiğimiz parçayı aynen değil – yoksa âriyet veya vedia olurdu – fakat aynı cinsten geri almak için ödünç veririz.”

Burada ödünç ile bir yandan âriyet diğer yandan vedia sözleşmesi arasındaki fark vurgulanmaktadır. Madenî paranın veya diğer şeylerin verilmesinden, bununla hangi tipik amacın güdüldüğü anlaşılamaz⁷¹⁵. Bir miktar paranın hediye edilmiş veya ödünç olarak veyahut bir şeyin âriyet ya da vedia verilmiş olarak nitelendirilmesiyle sadece bir yargı bildirilmiş olur: Bu bir miktar para veya şey, teslim alanın aldığını aynı cins ve miktarda geri verme yükümlülüğü altında (*tantundem eiusdem generis reddere*)⁷¹⁶ onu kesin olarak elinde bulundurması veya geçici olarak kullanması için verilmiş olabilir. Bunun yanında şey, kullanılması⁷¹⁷ veya muhafaza edilmesi amacıyla aynı şeyin geri verilmesi yükümlülüğü karşılığında da verilmiş olabilir⁷¹⁸.

ölçerek veya tartarak, alanın mülkiyetine geçmesi ve onun da bize aynı şeyleri değil fakat aynı neviden şeyler iade etmesi için veririz”, bkz. Rado, *Gai. Inst.*, s. 11; ayrıca bkz. Rüffner, s. 34, dn. 72.

⁷¹⁴ von Lübtow, *Condictio*, s. 131.

⁷¹⁵ von Lübtow, *Darlehen*, s. 18.

⁷¹⁶ Benke ve Meissel, s. 41.

⁷¹⁷ *D.43.26.1 (Ulpianus l. inst.)*: “*Qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.*” : “Ve (*precarium* sözleşmesi) âriyet ile benzer, çünkü bir şeyi âriyet olarak veren de, verdiği şeyi teslim alan kişinin mülkiyetine geçirmek için değil kullanılması için verir.”

⁷¹⁸ von Lübtow, *Darlehen*, s. 19.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUTUUM'UN ÖZEL TÜRLERİ

I. AİLE EVLÂTLARINA VERİLEN ÖDÜNÇLER VE *SENATUS CONSULTUM MACEDONIANUM*

A. *Senatus Consultum Macedonianum* Hakkında Ön Açıklamalar

Senatus consultum Macedonianum ödünç para verme işlemlerinden kaynaklanabilecek kendine özgü tehlikelere karşı çıkartılmış bir *senatus* kararıdır⁷¹⁹. Bu *senatus* kararına dair bugün bildiklerimizin tamamına yakın bir kısmını *Corpus Iuris Civilis* aracılığıyla günümüze kadar gelen metinlerden öğreniyoruz⁷²⁰. Hukuk dışı metinlerde ise *senatus consultum Macedonianum*'dan bahseden iki kaynak olduğu görülmektedir. Bunlar Romalı tarihçi *Tacitus*'un “*Anallium ab excessu divi Augusti libri*” adlı eserinin M.S. 47 yılına ilişkin olan 11. kitabının 13. kısmı ve *Suetonius*'un “*De vita Caesarum*” adlı eserinde imparator *Vespasianus* için yapılan açıklamaların bulunduğu bölümdür (8, 11)⁷²¹. *Senatus consultum Macedonianum* ve buna ilişkin metinler, ayrı ve bağımsız bir çalışmaya konu olabilecek kadar kapsamlı bir içeriğe sahip olmakla birlikte⁷²², bu konuyu çalışmamızın sınırlarının elverdiği ölçüde ana hatlarıyla incelemeye çalışacağız.

B. *Senatus Consultum Macedonianum*'un Çıkarıldığı Tarih

Yukarıda adı geçen iki ayrı metin *senatus consultum Macedonianum*'un çıkarılma tarihine ilişkin olarak iki farklı dönemi işaret etmektedir:

⁷¹⁹ Zimmermann, s. 177.

⁷²⁰ Türkân Rado, *Principatus Devrinde Roma Hususî Hukukunun Senatus Consultum'lar Yoluyla İslahı*, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1953, (Senatus Consultum), s. 136.

⁷²¹ Rado, Senatus Consultum, s. 136.

⁷²² Örnek olarak bkz. Türkân Rado, *Senatus Consultum Macedonianum ve Roma Hukukunda filius familias'ların Para Ödünçleri, Roma Borçlar Hukuku hakkında bir deneme*, İstanbul, 1944, (S.C.M), ss. 6-140; Andreas Wacke, “Das Verbot der Darlehnsverleihung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 112, 1995, ss. 239-329.

Tacitus, Annales, 11, 13, 2: “(...Claudius...).....et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum faenori darent ...”

“ ... ve (*Claudius*) alacaklıların acımasızlığını yasa yoluyla, bir aile evlâdına babasının ölümünden sonra ödenmek üzere ödünç verilmesini yasaklayarak frenlemiştir...”⁷²³

Suetonius, De Vita Caesarum, Divus Vespasianus, 11: “Libido atque luxuria coercente nullo invaluerant; auctor senatui fuit decernendi, ut quae se alieno servo iunxisset, ancilla haberetur; neve filiorum familiarum faeneratoribus exigendi crediti ius umquam esset, ne post patrum quidem mortem.”

“Sefahat ve savurganlık bir sınırlama olmaksızın artıyordu, bu nedenle (*Vespasianus*) *senato*’yu başka bir kişinin kölesiyle ilişki kuran herhangi bir kadının kendisinin de hizmetçi sayılmasına ve aile evlâtlarına ödünç para verenlerin, aile evlâdının babasının ölümünden sonra bile, parayı geri alma haklarının olmadığına karar vermeye sevk etti.”⁷²⁴

Görüldüğü gibi *Tacitus*’un metninde imparator *Claudius* (M.S. 41-54) döneminde (M.S. 47 yılında) çıkarılmış bir yasadaki söz edilmekteyken, *Suetonius*, *Vespasianus* (M.S. 69-79) döneminde çıkarılmış bir *senatus consultum*’dan bahsetmektedir.

⁷²³ Latince metin için bkz. *Anallium ab excessu divi Augusti libri*, The Annals of Tacitus, edited with introduction and notes by Henri Furneaux, Cilt: II, Books XI-XVI, 2nd. Edition revised by H. F. Pelham and C. D. Fisher, Oxford 1907, s. 18 <http://www.archive.org/stream/annaliumabexces00tacigoog#page/n178/mode/2up> (16.02.2011); metnin Türkçe çevirisi için bkz. Rado, *Senatus Consultum*; metnin İngilizce çevirileri için bkz. David Daube, “Did Macedo murder his father?”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 65, 1947, (Macedo), s. 309 ve http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Tacitus/Annals/11A*.html (13.08.2014).

⁷²⁴ Latince metin için bkz. http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Suetonius/12Caesars/Vespasian*.html (13.08.2014); metnin İngilizce çevirileri için bkz. Daube, Macedo, s. 265, s. 308-309 ve http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Suetonius/12Caesars/Vespasian*.html (13.08.2014); farklı bir çeviri için bkz. *Suetonius, Gaius Tranquillus: On İki Sezar’ın Yaşamı*, Latince’den Çevirenler: Fafo Telatar ve Gül Özaktürk, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2008, s. 236: “Ahlâki bozukluk ve aşırılık hiç denetlenmediği için arttı; başkasının kölesiyle ilişki kuran bir kadının kendisinin de köle sayılması ve tefecilerin, babasının koruması altındaki gençlere verdikleri parayı, babasının ölümünden sonra bile geri isteme hakkının olmaması konularını senatoya getirdi.”

Doktrinde bazı yazarlar aile evlâtlarının almış oldukları para ödünçlerine ilişkin olarak *senatus consultum Macedonianum* dışında, *Claudius* döneminde çıkarılmış olan ayrı bir yasanın olduğunu kabul etmektedirler⁷²⁵. Bazı yazarlar ise *Tacitus*'un metnine dayanarak *senatus consultum Macedonianum*'un *Claudius* döneminde M.S. 47 yılında çıkartılmış olduğunu savunmaktadırlar⁷²⁶. *Senatus consultum Macedonianum*'un *Claudius* döneminde çıkarıldığını savunanların, *Tacitus*'un metninde geçen kanunla (*lex Claudii*) *senatus consultum Macedonianum*'un aynı olduğunu ileri sürdükleri belirtilmektedir⁷²⁷. Bir başka görüş ise *Suetonius*'un ve *Tacitus*'un metinlerini uzlaştırmaya çalışmaktadır. Buna göre, *senatus consultum Macedonianum*'un çıkarılması teklifini senatoya getiren *Vespasianus*'tur, fakat bu teklifi kendi imparatorluğu döneminde değil *Claudius*'un imparatorluğu döneminde kendisi *consul* olarak görev yapmakta iken sunmuştur,

⁷²⁵ Thomas, s. 273, dn. 23; Huschke, Darlehen, ss. 150-151, ayrıca s. 152 vd.da *Claudius*'un çıkardığı kanundan yaklaşık 20 yıl sonra aynı konunun *senatus consultum Macedonianum* ile kesin olarak düzenlendiği ve kanunla getirilen yeni bir hukuk kuralının daha sonra bir *senatus consultum* ile daha ayrıntılı olarak düzenlenmesinin o zaman için yerleşik bir uygulama olduğu belirtilmektedir; aynı yönde Rado, *Senatus Consultum*, s. 138'de *Claudius* döneminde hazırlanan kanunun durumunun şüpheli ve karanlık olduğu belirtilmekte, bu kanunun diğer bazı *senatus consultum*'lar için olduğu gibi imparator *constitutio*'su şeklinde yapılan ve hazırlayıcı nitelikte bir kanunî tedbir olarak görülebileceği ifade edilmektedir; yine Rado, *Senatus Consultum*, s.137'de *Tacitus*'un metninde bahsi geçen düzenlemenin *senatus consultum Macedonianum* olmadığı belirtilmektedir; Buckland, *Tacitus*'un bu metninde geçen *lex lata* kavramını *senatus consultum Macedonianum* ile ilişkilendirmemiş, içeriği bilinmeyen bu düzenlemeyle, aile evlâtlarına verilmiş ve aile babasının ölümünden sonra ödenecek olan faizli ödünçlere sınırlama getirildiğini belirtmiştir, bkz. Buckland, *Textbook*, s. 465; Daube, *Macedo*, s.309'da *Claudius* tarafından *Vespasianus* dönemindekine benzer bir düzenlemenin daha önce yapılmış olduğunu belirtmekte ve böylece *Claudius* döneminde bu konuya ilişkin ayrı bir yasa çıkarıldığı yönündeki görüşü takip ettiğini ifade etmektedir, fakat bu düzenlemenin *senatus consultum Macedonianum* olma ihtimalinin de çok yüksek olduğunu savunmakta ve *Suetonius*'un kısmen veya tamamen yanılmış olabileceğini ileri sürmektedir; Girard, s. 563, dn. 3'te *Claudius*'un çıkartmış olduğu yasanın *senatus* kararından muhtemelen daha sınırlı olduğu ve yalnızca babanın ölümüyle muaccel olacak para borçları için getirildiği veya yalnızca para cezası öngören bir düzenleme olabileceği belirtilmektedir.

⁷²⁶ Schwarz, *Roma Hukuku*, s. 115; Kunkel ve Honsell, s. 298 (ancak aynı eserin Mayer-Maly tarafından kaleme alınmış bölümünde *senatus consultum Macedonianum*'un imparator *Vespasianus* döneminde (M.S. 69-79 arasında) çıkartıldığı belirtilmektedir, bkz. Kunkel ve Mayer-Maly, s. 117); Mayer-Maly, s. 130'da *senatus consultum Macedonianum*'un muhtemelen M.S. 47'de çıkarılmış olduğu belirtilmekle beraber, aynı eserin bir başka bölümünde (s. 113'te) bu *senatus* kararının M.S. 69-79 arasında çıkarıldığı ifade edilmektedir; keza Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 53'te de *senatus* kararının çıkış tarihi M.S. 47 olarak gösterilmekle birlikte, bunun *Vespasianus* döneminde (M.S. 69-79) gerçekleştiği belirtilmiştir; buna karşın Rado'nun başka bir eserinde bu eserin bu *senatus* kararının imparator *Vespasianus* döneminde (M.S. 69-79 arasında) çıkarıldığı görüşü kabul edilmektedir, bkz. Rado, *Senatus Consultum*, s. 138; aynı şekilde Umur, *Roma Hukuku*, s. 213'te bu *senatus* kararının M.S. 47'de çıkarıldığı ifade edilmekteyken, aynı yazarın bir başka eserinde bu kararın imparator *Vespasianus* döneminde çıkarıldığı belirtilmektedir, bkz. Umur, *Ders Notları*, s. 342; Kunkel ve Schermaier, s. 166, dn. 97'de bu *senatus* kararının M.S. 47'de çıkarılmış olduğu belirtilmektedir; aynı yönde bkz. Honsell, s. 119.

⁷²⁷ Christian Friedrich von Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Bd. 14, 2, Johann Jacob Palm, Erlangen, 1813, (Bd. 14,2), s. 308, aynı yönde bkz. Daube, *Macedo*, s. 309.

yani bu görüş uyarınca teklifi *senatus*'a getiren imparator *Claudius* değil *Vespasianus*'tur, fakat *senatus consultum Macedonianum* imparator *Claudius* döneminde çıkarılmıştır⁷²⁸.

Her ne kadar *senatus consultum Macedonianum*'un imparator *Claudius* döneminde çıkarıldığını savunanlar olsa bile, doktrinde *senatus consultum Macedonianum*'un imparator *Vespasianus* döneminde (M.S. 69-79 yılları arasında) çıkarıldığı görüşünde olanların çoğunlukta olduğu görülmektedir⁷²⁹. Bununla birlikte bu *senatus consultum*'un tam olarak hangi tarihte çıkarıldığı tespit edilememiştir⁷³⁰.

C. *Theophilus*'un Metni ve *Senatus Consultum Macedonianum*'un Amacı

Senatus kararları genellikle, *senatus*'a karar için teklifi getiren *magistra* veya *princeps*'in adıyla anılırlardı⁷³¹. *Senatus consultum Macedonianum* ise adını, *senatus*'a teklifi getiren kişinin adından değil fakat, istisnai olarak, çıkarılmasına neden olan fiili işleyen kişinin adından (*Macedo*) almaktadır⁷³². Doktrinde böyle bir

⁷²⁸ von Glück, Bd. 14, 2, s. 308; Daube, Macedo, s. 310; Zimmermann, s. 177, dn. 142'de böyle bir varsayımın mümkün olabileceği belirtilmektedir.

⁷²⁹ von Glück, Bd. 14, 2, s. 305; Huschke, Darlehen, s. 152; Windscheid ve Kipp, s. 583, dn. 1; Girard, s. 563; Sohm, Mitteis, Wenger, s. 393; Kübler, Geschichte, s. 248; Buckland, Textbook, s. 465; Daube, Macedo, s. 261; Kreller, RG, s. 134; Rado, Senatus Consultum, s. 138; Weiss, RP, s. 341; Schulz, CRL, s. 511; Jolowicz, s. 373; Berger, EDRL, s. 698; Siber, Bd. II, s. 185; Kaser, RP I, s. 532; Thomas, s. 273; Umur, Ders Notları, s. 342; Benke ve Meissel, s. 49, dn. 8; Tahiroğlu ve Erdoğan, Meseleler, s. 144; Waldstein ve Rainer, s. 156; Kaser ve Knütel, s. 231; Söllner, *senatus consultum Macedonianum*'un M.S. 70 yılı civarında (yani imparator *Vespasianus* dönemine karşılık gelen bir zamanda) çıkarıldığını belirtmektedir; bkz. Söllner, s. 100; aynı yönde bkz. Hausmaninger ve Selb, s. 33; bununla birlikte bazı yazarlar ise bu *senatus* kararının hangi imparator döneminde çıkarıldığını değinmeyip, yalnızca M.S. 1. yüzyılda çıkarıldığını belirtmektedirler, bkz. Koschaker ve Ayiter, s. 219; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 160; Alfons Bürge, **Römisches Privatrecht**, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1999, (RP), s. 200.

⁷³⁰ Rado, Senatus Consultum, s. 138.

⁷³¹ Kreller, RG, s. 69; Schwarz, s. 115; Berger, EDRL, s. 696; Kaser, RG, s. 66; Siber, Bd. I, s. 48; Umur, Roma Hukuku, s. 213; Kunkel ve Schermaier, ss. 166-167; Waldstein ve Rainer, s. 156; fakat belirtmek gerekir ki *senatus* kararlarına verilen bu isimler, kararların resmi isimleri değildir ve herhangi bir isme sahip olmayan pek çok *senatus* kararı bulunmaktadır; ayrıca *senatus* kararlarının, teklifi götüren kişinin adının veya soyadının sıfat haline getirilmiş şekliyle adlandırmak suretiyle kullanımının hukukçulara özgü olduğu da ifade edilmektedir, bu açıklamalar için bkz. Karlowa, RG I, s. 643; Krüger, s. 91; Kipp, Geschichte, s. 64; Jolowicz, s. 373; aynı şekilde Schulz, CRL, s. 511'de de hukukçuların bu *senatus* kararını *senatus consultum Macedonianum* olarak adlandırmış oldukları belirtilmektedir.

⁷³² *Ulp. D.14.6.1.pr.*; von Glück, Bd. 14, 2, s. 308; Karlowa, RG I, s. 643; Girard, s. 563; Krüger, s. 91; Kipp, Geschichte, s. 64; Sohm, Mitteis, Wenger, s. 393; Kübler, Geschichte, s. 249; Buckland, Textbook, s. 465; Daube, Macedo, s. 301; Weiss, RP, s. 342; Schulz, CRL, s. 512; Jolowicz, s. 373; Rado, Senatus Consultum, s. 143; Kunkel ve Selb, s. 16, dn. 8; Zimmermann, s. 177.

fiilin işlenip işlenmediği konusu her ne kadar tartışmalı olsa da⁷³³, baskın görüş *Macedo* adlı aile evlâdının, kendi borçlarını ödeyebilmek için babasını öldürdüğünü ve *senatus consultum Macedonianum*'un bu nedenle çıkarılmış olduğunu kabul etmektedir⁷³⁴. Gerçi *senatus consultum Macedonianum*'un *Digesta*'da *Ulpianus* tarafından verilen metninde, *Macedo*'nun babasını öldürdüğüne dair açık bir ifade yoktur⁷³⁵, sadece *Macedo*'nun işlemiş olduğu bir suçtan bahsedilmekte (*scelus*) fakat bu suçun ne olduğuna değinilmemektedir⁷³⁶. Yine *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde yer alan bir parçada, *Macedo*'nun babasını öldürdüğünden açıkça bahsedilmese de genel olarak zor duruma düşmüş aile evlâtlarının, ebeveynlerinin hayatları için tehlike oluşturabileceklerinden söz edilmektedir⁷³⁷:

I.4.7.7

“...quae ideo senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumeabant, vitae parentum insidiabantur.”

“...Aile evlâtları bir çok defalar başkalarından karz olarak aldıkları parayı sefahat âlemlerinde israf ettikten sonra, yüklendikleri borçlar dolayısıyla ebeveynlerinin hayatlarını tehdit ettikleri için, *senatus*, bu kararları almıştır.”

⁷³³ Bu tartışmalar aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

⁷³⁴ von Glück, Bd. 14, 2, s. 304; Windscheid ve Kipp, s. 583, dn. 1; Girard, s. 563; Kübler, Geschichte, s. 249; Daube, *Macedo*, s. 267 vd.; Weiss, RP, s. 342; Jolowicz, s. 373; Kaser, RP I, s. 532; Umur, Ders Notları, s. 342; Tahiroğlu ve Erdoğan, Meseleler, s. 144; Zimmermann, s. 177; Kaser ve Knütel, s. 231.

⁷³⁵ Bkz. *D.14.6.1.pr. (Ulpianus 29 ad ed.)*: “*Verba senatus consulti macedoniani haec sunt: "cum inter ceteras sceleris causas macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset..."* : “*Senatus consultum Macedonianum*”un lafzı şöyledir: “*Macedo* kendisini suça iten sebepler arasında, mizacından kaynaklananların yanında para borcunu da gösterdiği için...””; ayrıca bkz. Rado, S.C.M, s. 43; Wacke, s. 247; von Beseler’e göre *senatus consultum Macedonianum*’un metninde geçen ifadelerden burada bir cinayet işlenmiş olduğu sonucuna varılamaz, bkz. von Beseler, Beiträge, s. 130.

⁷³⁶ Rado, *Senatus Consultum*, s. 140’ta *Macedo*’ya atfedilen suçun ne olduğunun ve cinayet olayının *senatus consultum Macedonianum*’un metninde yer almadığı belirtilmektedir; Tahiroğlu ve Erdoğan, Meseleler, s. 144’te ise “*senatus* kararını içeren parçada, karara neden olarak *Macedo* isimli aile evlâdının, alacaklıların sıkıştırmasından bunalarak babasını öldürmesi gösterilmektedir.” ifadesi kullanılarak *senatus* kararının metninde, işlendiği tahmin edilen cinayetin de yer aldığı görüşü ileri sürülmüştür.

⁷³⁷ Daube, *Macedo*, s. 267; Rado, *Senatus Consultum*, s. 140 vd.

Macedo'nun babasını öldürdüğünü ve *senatus consultum Macedonianum*'un bu nedenle çıkarıldığını açıkça ifade edense⁷³⁸ *Theophilus*'tur⁷³⁹. *Theophilus*'un söz konusu metni, *Institutiones*'i Latince'den Yunancaya çevirmek ve şerh etmek suretiyle yazmış olduğu "*Paraphrasis*" adlı eserinde bulunmaktadır⁷⁴⁰:

"... fuit Romae quidam nomine Macedo, qui cum in sui patris potestate esset, mutuam pecuniam a quodam accepit sperans parentis sui morte aes alienum solvere posse. longo tempore elapso, urgebat creditor pecuniam repetens. Macedo non habens unde daret, utpote qui filius familias esset, patrem suum occidit. res ad senatus consultum autem Macedonianum factum est, quo cautum est, ut nemo, qui filio familias crediderit, mutuum repetere possit, ut ita quisque sciens sese mutuum repetere non posse, a credendo abstineat..."

"Roma'da *Macedo* isminde biri vardı. Babasının egemenliği altında iken, babasının ölümünden sonra ödeyebileceğini ümit ederek birinden ödünç para almıştı. Aradan epey süre geçtikten sonra alacaklı parasını istemek suretiyle aile evlâdını takip etmeye başlamış, *Macedo* da, aile evlâdı olduğu için, verecek bir şeyi olmadığından babasını öldürmüştür.

Mesele *senatus*'a aksederek *senatus consultum Macedonianum* yapılmış ve bundan böyle aile evlâdına ödünç para verenin ödücüsü geri alamayacağı esası getirilmiştir. Bu hükmün amacı böyle bir ödücüsünün geri alınamayacağını bilerek, herkesin ödünç vermekten çekinmesini sağlamaktır..."

Yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi *Theophilus*'un anlatmış olduğu bu hikâyeye doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Özellikle Gerhard von Beseler tarafından, bu

⁷³⁸ Rado, S.C.M, s. 45; Wacke, s. 248.

⁷³⁹ *Theophilus*: İstanbul'da hukuk hocası. *Iustinianus* derlemesinde en etkin rol oynayanlardan birisidir. *Digesta*'yı ve (5 sene sonra ikinci *Codex*'in yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkacak olan) birinci *Codex*'i hazırlayan kurulun üyesidir ve *Dorotheus* ile birlikte *Institutiones*'i kaleme almıştır. Ayrıca *Digesta*'nın başlangıç kısmının bir özetini ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inin şerhini yazmıştır, bkz. Berger, EDRL, s. 736; Umur, Lügat, s. 211; ayrıca bkz. .

⁷⁴⁰ Yunanca yazılmış olan bu eserin Yunanca metni ve burada kullanılan Latince çevirisi için bkz. *Institutionum Graeca Paraphrasis*, Theophilio Antecessori, instruxit **Ferini, E.C.**, Berlin 1884, s. 450 (metnin yer aldığı web adresi: <http://www.archive.org/stream/institutionumgr02linggoog#page/n930/mode/2up> (05.08.2014); metnin Türkçe çevirisi için bkz. Rado, *Senatus Consultum*, s. 141 vd.; ayrıca bkz. von Glück, Bd. 14, 2, s. 306; metnin ilgili kısmının Yunanca orijinali ve İngilizce çevirisi için bkz. Daube, *Macedo*, s. 268.

anlatının “saçma bir Bizans efsanesi” olduğu ileri sürülmüştür⁷⁴¹. Bu tartışmaların kaynağı oldukça eski tarihlere dayanmaktadır. Von Beseler’den çok daha önce de *Macedo* hakkında anlatılanların *senatus consultum Macedonianum*’un metniyle çeliştiğini düşünen çok sayıda yazar olmuştur ve bu yazarlar da bu hikâyenin ancak bir efsaneden ibaret olabileceği görüşündedirler⁷⁴². Yine bu yazarlara göre *Macedo* babasını öldüren kişinin değil, kötü nam salmış bir tefecinin adıdır ve borçlusunun babasını öldürüp, *senatus* kararına ismini veren *Macedo* da öldürdüğü kişinin oğlundan alacaklı olan bu tefecidir⁷⁴³. Karşı görüşte olanlar ise *senatus consultum Macedonianum*’un metni ile *Macedo* hakkında anlatılanların birbiriyle örtüştüğünü ifade etmektedirler⁷⁴⁴.

Theophilus’un anlatımını en ikna edici ve zarafetle savunanlardan biri de Daube olmuştur⁷⁴⁵. Aslında *Theophilus*’un metni bize *senatus consultum*’un asıl çıkarılma amacını anlamak için gereken zemini sağlamaktadır⁷⁴⁶. Burada en önemli nokta bu *senatus* kararının, aile babasının ölümünden sonra alacaklının alacağı için dava açmasını engellemesidir⁷⁴⁷. Tabii ki aile babasının yaşadığı dönemde, aile

⁷⁴¹ von Beseler, Beiträge, s. 130 vd.; bu cinayet olayının o dönemdeki başka hiçbir kaynaktan geçmediği, ilk olarak *Theophilus* tarafından dile getirildiği ve büyük olasılıkla *Theophilus*’un hayal gücünün ürünü (mahsülü) olabileceği ifade edilmektedir, bkz. Sohm, Mitteis, Wenger, s. 393, dn. 1; Schulz, *Macedo*’nun alacaklıların baskısı üzerine babasını öldürmesinden bahseden hikâyenin gerçek olamayacağını belirtmiştir. Çünkü klâsik dönemde aile evlâdından alacaklı olan bir kişi borcunu ifa etmesi için aile evlâdını zorlayamazdı. Ayrıca babasının ölümüyle aile evlâdının durumu iyileşmek yerine kötüleşecektir. Zira aile evlâdı babanın ölümünden önce borcunu ödememekten ötürü sorumlu tutulamazken babanın ölümüyle birlikte *sui iuris* olacak ve ödememiş olduğu borcundan dolayı artık sorumlu tutulabilecektir. Bununla birlikte Schulz’a göre *Macedo*’nun babasını öldürmüş olduğu iddiası doğru olabilir, belki de *Macedo* lüks içindeki hayatını sürdürebilmek için daha fazla paraya ihtiyaç duyuyordu ve borçları nedeniyle kimseden ödünç alamıyordu. Babasından yüklü bir miras bekliyorsa, borçlarını kapatıp alacaklılarını tatmin edebilir ve yeni krediler temin edebilirdi. *Macedo* babasını öldürmüş olsa bile *senatus consultum*’un amacı babaları kana susamış evlâtlardan korumak değildi, bkz. Schulz, CRL, s. 512.

⁷⁴² Bu yazarlar için bkz. von Glück, Bd. 14, 2, s. 306, dn. 75.

⁷⁴³ Bkz. von Glück, Bd. 14, 2, ss. 306-307.

⁷⁴⁴ Ritter Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*, 7. Aufl., August Mylius, Berlin, 1820, s. 549, dn. 2.

⁷⁴⁵ Daube, *Macedo*, s. 261 ve özellikle s. 283 vd. ile s. 306 vd.; Zimmermann, s. 178.

⁷⁴⁶ Zimmermann, s. 178.

⁷⁴⁷ Ayrıca aile evlâdına *peculium* tahsis edilmişse, aile babasının yaşadığı sırada ona karşı *actio de peculio*’nun da açılmasını yasaklamıştır, bkz. C.4.28.6.pr.: “*Si filius tuus in potestate tua agens contra senatus consultum macedonianum mutuam sumpsit pecuniam, actio de peculio adversus te eo nomine efficaciter dirigi nequaquam potest.*” : “Senin egemenliğin altında olan oğlun *senatus consultum Macedonianum*’a aykırı olarak ödünç para alırsa, hiçbir surette sana karşı bu nedenle *actio de peculio* açılmaz.”

evlâdının borcu için alınmış hiçbir hüküm icra edilebilir değildi; aile babasının sahip olduğu *patria potestas*⁷⁴⁸, hükmün icrasına yönelik her türlü girişimi engellerdi⁷⁴⁹.

Senatus consultum Macedonianum'un çıkarılmasından önemli bir süre önce, durum çok tatmin edici değildi. Bir ödünç veren veya tefeci babası hâlen hayattayken bir aile evlâdına ödünç verdiğinde, ona karşı dava açsa bile bir sonuç elde edemeyeceğini tabii ki bilmekteydi. Buna rağmen bir aile evlâdına ödünç para verdiyse, bunu hayır için yapmamış olduğu çok açıktır. Hem ödünç karşılığında fahiş bir faiz aldığı hem de her nasılsa paranın makul bir süre zarfında geri ödeneceğine dair belli güvenceleri de temin etmiş olduğu kabul edilebilir. Kendi malvarlığı olmayan bir aile evlâdı yine de babasına ait mücevherleri elde edip çalabilirdi. İşte *senatus* kararında kastedilen yasadışı süreç böyle bir süreçtir. Ayrıca böyle bir ödünç sözleşmesinin taraflarının aile babasının ölümünü sevindirici bir gelişme olarak görüp dört gözle beklemeleri kaçınılmazdı. Çünkü aile evlâdı ve mirası ile özgürlüğü arasında ve ödünç veren ile davasını serbestçe sürdürmesi arasındaki engel aile babasıydı⁷⁵⁰.

Macedo'nun içinde bulunduğu durum bir önceki paragrafta bahsedilenlerle tamamen örtüşmektedir. Babasının uzun yaşamış olması ve alacaklıların kendisine rahat vermemesi üzerine babasını öldürmüştür. Bunun üzerine *senatus*, aile evlâtlarına verilmiş olan para ödünçleri için, aile babasının ölümüyle aile evlâdı *sui iuris* olduktan sonra bile, ona karşı dava açılmayacağını karara bağlamıştır. Bu açıklamalar ışığında *senatus consultum*'un öncelikli amacının aile evlâtlarına ödünç para verilmesini gözden düşürerek engellemek olduğu söylenebilir⁷⁵¹. Zira kimse geri alamayacağını bildiği bir meblağı ödünç vermek istemeyecektir, verecek olsa bile bunu bir kere daha düşünmek durumunda kalacaktır. *Senatus consultum*'un diğer amacı ise geri alması için hukukî bir korumanın sağlanmadığını bile bile bir aile evlâdına ödünç para verme riskini göze alan tefecilerin, aile evlâdını kendi babasını öldürmekten başka çıkar yol bırakmayacak şekilde rahatsız etmelerinin önüne geçmektir. Bu *senatus* kararından itibaren artık babanın ölümü alacaklıya bir avantaj

⁷⁴⁸ *Patria potestas*: Bir aile babasının (*pater familias*) ailesi içinde bulunan bireyler üzerinde icra ettiği egemenlik. Aile içinde *alieni iuris* olanların, aile babasının tabii alt soyu olup olmamalarına bakılmaksızın tâbi oldukları mutlak egemenlik, bkz. Umur, Lügat, s. 153.

⁷⁴⁹ Zimmermann, s. 178.

⁷⁵⁰ Daube, Macedo, s. 268.

⁷⁵¹ Daube, Macedo, s. 269; Schulz, CRL, s. 511; Zimmermann, s. 178; Tahiroğlu ve Erdoğan, Meseleler, s. 144.

sağlamaktan uzaktır. Çünkü alacaklı, aile babasının ölümünden sonra bile aile evlâdından borcunu ödemesini talep edemeyecektir⁷⁵².

Bu nedenle *senatus consultum*'un amacı, savurgan ve genç delikanlıları borçlanarak kuracakları şatafatlı bir hayatın tehlikelerinden korumak olamazdı⁷⁵³. *Senatus consultum*'un hükümleri, *alieni iuris* (yani bir aile babasının egemenliği altında) oldukları sürece ak saçlı *senatus* üyelerine ve *consullere* de uygulanırdı. Fakat kanı kaynayan gençlere, *sui iuris* olmaları durumunda uygulanmazdı⁷⁵⁴:

D.14.6.1.3 (Ulpianus 29 ad ed.)

“*In filio familias nihil dignitas facit, quo minus senatus consultum macedonianum locum habeat: nam etiamsi consul sit vel cuiusvis dignitatis, senatus consulto locus est: nisi forte castrense peculium habeat: tunc enim senatus consultum cessabit.*”

“Bir aile evlâdının sahip olduğu mevki, *Senatus Consultum Macedonianum*'un uygulanmasını hiçbir şekilde engellemez, çünkü *consul* veya başka bir yüksek mevki sahibi olsa bile, *senatus* kararı uygulama alanı bulur⁷⁵⁵: meğer ki *peculium castrense*'si⁷⁵⁶ olsun, yani bu durumda *senatus* kararı uygulanmaz.”

Ulpianus'un bu metninde de görüldüğü gibi *senatus consultum Macedonianum*'un tanıdığı def'i, ergin olup olmamasına veya önemli bir makam işgal edip etmemesine bakılmaksızın *sui iuris* olmayan bütün aile evlâtlarına tanınırdı⁷⁵⁷. Yani def'inin tanınmasında önemli olan kişinin yaşı değil, aile babası egemenliği altında olup olmaması idi. Bir kimse erginlik yaşını tamamlanmış olsa da, halen baba egemenliği altındaysa *senatus consultum Macedonianum* ile tanınmış olan hukukî korumadan yararlanabilirdi. *Senatus consultum Macedonianum*'un

⁷⁵² Daube, Macedo, s. 269; Zimmermann, s. 178.

⁷⁵³ Rado, S.C.M, s. 52 vd.; Daube, Macedo, s. 307; Kaser, RP I, s. 532; farklı görüşte olan Alexander'a göre ise *senatus consultum*'un amacı, bu karar ile tanınan *exceptio* vasıtasıyla korunan kişilerin düşüncesizce borç altına girmelerini engellemektir, bkz. Alexander, s. 22; aynı yönde bkz. von Beseler, Beiträge, s. 131; Schulz, CRL, s. 512.

⁷⁵⁴ Zimmermann, s. 179.

⁷⁵⁵ 539 yılında çıkarılmış bir *Novellae* ile uygulama alanı sınırlandırılmıştır; bkz. Behrends ve diğerleri, Bd. III, s. 238, dn. 1.

⁷⁵⁶ *Peculium castrense*: Asker aile evlâdının savaşta elde etmiş olduğu mallardan oluşan *peculium* (sernaye), bkz. Umur, Lügat, s. 154.

⁷⁵⁷ Alexander, ss. 21-22; Rado, S.C.M, s. 64; Wacke, s. 260.

uygulama alanı aile evlâtlarıyla sınırlandırılmıştı, başka bir ifadeyle babanın saf dışı edilme ya da ortadan kaldırılma tehlikesinin olduğu durumlarda uygulanırdı⁷⁵⁸, ki bu da neden yalnızca aile evlâtları için uygulama alanı bulacağını açıklamaktadır. Bu nedenle Roma *senatus*'u *senatus consultum Macedonianum*'u çıkarırken, aile babalarını *Macedo*'nun korkunç eylemini örnek alabilecek olan ümitsiz evlâtların saldırılarından korumak amacıyla hareket etmiş gibi görünmektedir. Bu düzenleme, çoğu zaman tefecilerin etkisi altında hareket eden düşük ahlâklı aile evlâtlarının, babalarını öldürmelerinin önüne geçmeyi amaçlamıştır⁷⁵⁹. Tefeci, bu uğursuz entrikaların arkasındaki esas suçlu gibi görünmektedir ve bu nedenle *senatus consultum*'un esas hamlesi borçlusunu bu ümitsiz durum adımları atması için kışkırtan kötü tefeci modelinin kökenini kazımaya yönelmiştir⁷⁶⁰.

D. *Senatus Consultum Macedonianum*'un Metni ve Roma Hukukundaki Uygulaması

Ünlü Romalı hukukçulardan olan *Ulpianus*, *Digesta*'nın 14. kitabının 6. bölümünün ilk parçasının giriş kısmında (*principium*)⁷⁶¹ *senatus consultum Macedonianum*'un metnini aktarmıştır:

D.14.6.1.pr. (Ulpianus 29 ad ed.)

“Verba senatus consulti macedoniani haec sunt: ” cum inter ceteras sceleris causas macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut

⁷⁵⁸ Bkz. *D.14.6.3.3 (Ulpianus 29 ad ed.)*: “... nam pecunia datio pernicioosa parentibus eorum visa est...” : “...çünkü babalar için tehlikeli görülen para (ödünç) verilmesidir...”, Zimmermann, s. 179.

⁷⁵⁹ Daube, *Macedo*, s. 308; Zimmermann, s. 179.

⁷⁶⁰ Zimmermann, s. 179; aynı yönde bkz. Rado, *S.C.M.*, s. 52 vd.; Daube, *Macedo*, s. 307; Kaser, *RP I*, s. 532.

⁷⁶¹ *Principium*: *Corpus Iuris Civilis*'in metinleri zikredilirken bir *Digesta* parçasının (*fragmentum*'un) veya imparator emirnamesinin (*constitutio*'nun) giriş kısmına verilen isim. *Pr.* şeklinde yazılır ve ondan sonra 1., 2., 3. paragraflar sıralanır, bkz. Umur, *Lügat*, s. 170.

scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen expectata patris morte fieri."

“*Senatus consultum Macedonianum*”un lafzı şöyledir: “*Macedo* suçunun sebepleri arasında, karakterinden kaynaklananlar yanında (para) borcunu da gösterdiği ve güvenilmez borçlulara ödünç para verilmesi şeklindeki menfur âdet, bu kişileri suça teşvik ettiği için, bir aile evlâdına ödünç para vermiş olan hiç kimseye, evlâdın egemenliği altında bulunduğu baba öldükten sonra dahi bir dava hakkı verilmeyeceği kararlaştırılmıştır, böylelikle aile evlâdına en fahiş şekilde faizle ödünç para verenler, babanın beklenen ölümüyle düzelmeyeceğini bilmelidirler.”⁷⁶²

Yukarıda da belirtildiği gibi, bu düzenlemeyle egemenlik altındaki bir aile evlâdına ödünç para verenin aile evlâdının egemenliği altında bulunduğu aile babasının ölümünden sonra bile, parasının iadesi için dava açma hakkı olmadığı hükme bağlanmıştır⁷⁶³.

Senatus consultum Macedonianum’un amacı, bazı yazarların ileri sürdüğü gibi düşüncesiz ve havai gençlerin gelecekteki malvarlıklarını düşüncesizce sarfetmelerini önlemek ve bu suretle onları korumak değil, onlara ödünç para verdikten sonra borçlarını ödemeleri için üzerlerinde baskı oluşturup işi babalarını öldürmelerine neden olacak kadar ileri götüren tefecileri engellemektir. Tıpkı *senatus consultum Vellaeum*’da olduğu gibi düzenlemenin alanını ve sınırlarını belirlerken Romalı hukukçuların amaçsal veya teleolojik bir yaklaşımı benimsedikleri görülmektedir⁷⁶⁴. Aşağıdaki metin bunu ispatlamaktadır:

⁷⁶² Çeviride büyük oranda Tahiroğlu ve Erdoğan, Meseleler, s. 144, dn. 9’da yer alan metinden yararlanılmıştır; metnin anlaşılıp çevrilmesinin taşıdığı zorluklar ve farklı bir Türkçe çeviri için bkz. Rado, *Senatus Consultum*, s. 139; *senatus consultum Macedonianum*’un *Digesta*’da zikredilen metninde geçen “*incertis nominibus*” kavramının başka hangi anlamda kullanılmış olabileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi ve farklı bir çeviri ve yorum için bkz. Daube, *Macedo*, s. 263 vd.

⁷⁶³ *Praetor* ya dava hakkını reddeder (*denegatio actionis*) veya (daha sık görüldüğü şekilde) yargıcın ileri sürülen iddiaları inceleyebilmesi için *senatus consultum Macedonianum*’a dayanarak getirilmiş bir def’i olan *exceptio senatus consulti Macedoniani*’yi tanırdı, bkz. Schulz, *CRL*, s. 511; Zimmermann, s. 177.

⁷⁶⁴ Zimmermann, s. 179; ayrıca karş. Buckland, *Textbook*, s. 465 vd.; Windscheid ve Kipp s. 583 vd.

D.12.6.40.pr. (Marcianus 3 reg.)

“Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest: sed hoc non est perpetuum. nam si quidem eius causa exceptio datur cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatus consulto de intercessionibus: ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filius familias contra macedonianum mutuam pecuniam acceperit et pater familias factus solverit, non repetit.”

“Daimi def’i (exceptio perpetua)⁷⁶⁵ (ileri sürme hakkı) olan yanlışlıkla ifa etmiş olduğunu geri isteyebilir. Fakat bu her zaman geçerli değildir. Yani def’i, *senatus consultum Velleaenum*’da olduğu gibi⁷⁶⁶, davalının yararına tanınmışsa ifa edilen geri istenebilir. Buna karşılık def’i alacaklıya karşı bir yaptırım olarak tanındıysa, hataen ifa edilmiş olan geri istenemez. Örneğin bir aile evlâdı *senatus consultum Macedonianum*’a aykırı olarak ödünç para aldıysa ve aile babası olduktan sonra bunu öderse, ödediğini geri isteyemez.”

Üçüncü kişi yararına borç altına giren kadınları korumak amacıyla çıkarılan *senatus consultum Velleaenum*’a dayanılarak tanınan def’iden farklı olarak, *senatus consultum Macedonianum*’a dayanılarak tanınan hukukî koruma borç altına giren aile evlâdının menfaatleri gözetildiği için değil, alacaklıyı engellemek için getirilmiştir⁷⁶⁷. Pomponius’a ait bir başka metinde de bu görüşün teyit edildiği görülmektedir:

⁷⁶⁵ *Exceptiones perpetuae* (veya *exceptiones peremptoriae*): Dava ne zaman açılmış olursa olsun, davalının daimi olarak ileri sürebildiği ve davayı tamamen çürüten def’iler: *exceptio metus*, *exceptio doli specialis* gibi, bkz. Umur, Lügat, s. 69.

⁷⁶⁶ Latince metinde “*intercessio*”lara dair *senatus consultum*” ifadesi kullanılmış olmakla birlikte burada kastedilen, kadınların üçüncü kişiler lehine borç altına girmelerini (*intercessio*) yasaklayan *senatus consultum Velleaenum* olduğu için bu cümlede doğrudan *senatus consultum Velleaenum*’un ismi zikredilmiştir.

⁷⁶⁷ Rado, S.C.M, s. 53; Daube, Macedo, s. 289 vd.; Zimmermann, s. 179.

D.12.6.19.pr. (Pomponius 22 ad sab.)

“Si poenae causa⁷⁶⁸ eius cui debetur debitor liberatus est, naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest.”

“Borçlunun kanun yoluyla borçtan kurtarılması alacaklının cezalandırılması amacını taşıyorsa, borç eksik borç olarak varlığını sürdürür ve bundan dolayı da ifa edilmiş olan geri istenemez.”

Bu nedenle bir aile evlâdının almış olduğu ödöncü *sui iuris* olduktan sonra yanlışlıkla geri ödemesi durumunda bunun kendisine iade edilmesini talep etmesi mümkün değildir⁷⁶⁹. Yalnızca geçici nitelikte bir def’i ileri sürme hakkı olan kişinin aksine daimi def’i ileri sürebilecek olan kimse yanlışlıkla ödemiş olduğu parayı geri isteyebilir⁷⁷⁰.

Buna karşılık ödünç borçlusunun aile evlâdı iken almış olduğu borcu *sui iuris* olduktan sonra kabul etmesi ve icra edilebilir hale getirmesi mümkündür⁷⁷¹. Bu kabul, *C.4.28.2*’de bir örneğini gördüğümüz gibi, açık bir irade beyanıyla gerçekleşebileceği gibi⁷⁷² ödöncün kabul edildiğini gösteren herhangi bir şekilde, zımnî olarak da gerçekleşebilir⁷⁷³. Bu nedenle egemenlik altında bir aile evlâdıyken daha sonra babasının ölümüyle *sui iuris* bir aile babası olan kişi ödöncü fiilen geri ödemeye başladıktan sonra ödünç sözleşmesi artık tamamen geçerli hale gelirdi ve *senatus consultum Macedonianum*’a dayanarak ileri sürebileceği def’iye başvuramazdı⁷⁷⁴:

⁷⁶⁸ Daube, *Marcianus “in odium”* (baltalamak amacıyla, engellemek amacıyla) gibi daha çarpıcı bir kavram kullanmışken, *Pomponius*’un “*poenae causa*” (cezalandırmak amacıyla) gibi daha gösterişsiz bir ifadeyi kullanmış olduğunu belirtmektedir, bkz. Daube, Macedo, s. 291.

⁷⁶⁹ *Paulus* da bu durumda bir eksik borcun olduğunu savunmuştur, bkz. *D.14.6.10 (Paul. ad 30 ed.)*: “*Quia naturalis obligatio manet...*” : “Eksik borç varlığını sürdürdüğü için...”

⁷⁷⁰ Zimmermann, s. 179.

⁷⁷¹ Alexander, s. 24; Daube, Macedo, s. 266; Zimmermann, s. 180.

⁷⁷² *C.4.28.2*: “*Zenodorus cum sui iuris esse publico videretur aut patris voluntate contraxit aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est.*” : “Eğer *Zenodorus sui iuris* olduğu intibainı uyandırarak, babasının rızasıyla sözleşme yapar veya babasının masrafları için kullanılmak üzere para alır veyahut baba egemenliğinden çıktıktan sonra yenileme yoluyla borç altına girer ya da borcu ikrar ederse, aklın gereklerine uygun olarak, *senatus* kararının uygulanmasına yer yoktur.”

⁷⁷³ Alexander, s. 24.

⁷⁷⁴ Zimmermann, s. 180.

D.14.6.7.16 (Ulpianus 29 ad ed.)

“Si pater familias factus solverit partem debiti, cessabit senatus consultum nec solutum repetere potest.”

“Bir aile evlâdı, aile babası olduktan sonra borcun bir kısmını ödediye *senatus* kararı uygulanmaz ve ödediğini de geri isteyemez.”

Bunun yanı sıra aile babası, aile evlâdının borç altına girdiği ödünç sözleşmesine önceden izin verir veya sözleşmeyi sonradan onaylarsa, işlem geçerli sayılırdı ve aile babası bu borçla ilgili olarak herhangi bir hukukî koruma talep edemezdi:

C.4.28.7

“Si filius familias citra patris iussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum habuerit contractum, veterum ambiguitatem decidentes sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandato filius familias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse huiusmodi contractum, cum testimonium paternum respuere satis iniquum est. necesse est enim patris ratihabitionem principali patris mandato vel consensui non esse absimilem, cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitione prorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae subsequuta sunt...”

“Bir aile evlâdı, babasının talimatı, vekâleti veya rızası olmadan ödünç para aldığı ve baba daha sonra sözleşmeye onay verdiğinde, eski hukukçuların bu konudaki şüphelerini ortadan kaldırmak amacıyla, burada egemenlik altındaki aile evlâdı parayı babasının önceden izni veya talimatıyla almış olsaydı tamamen sorumlu tutulacak olduğundaki gibi, babası sözleşmeyi sonradan onaylamış olduğunda bile sözleşmenin geçerli olacağını karara bağladık, çünkü babanın onayını kabul etmemek adaletsiz olurdu. Zira babanın (sonradan verdiği) onayı, başlangıçtaki vekâletinden ya da rızasından çok da farklı değildir, çünkü yeni düzenlememiz gereğince her onay geçmişe etkilidir ve baştan beri yapılan her şeyi geçerli kılar...”

Ödünç alan aile evlâdının babası bu işlemi onaylamış olmakla birlikte, babanın babası halen hayattaysa, yani hem aile evlâdının hem de babasının dedenin egemenliği (*partia potestas*'ı) altında olmaları halinde ise dedenin rızası olmadıkça, babanın kendi oğluna verdiği talimat geçerli olmayacaktır. Çünkü torunun babası ödünç alabilmek için kendi babasının rızasını veya onayını almak zorundadır. Bu durum büyük hukukçu *Iulianus* tarafından şöyle ifade edilmiştir:

D.14.6.14 (Iulianus 12 Dig.)

“Filiu habeo et ex eo nepotem: nepoti meo creditum est iussu patris eius: quaesitum est, an contra senatus consultum fieret. dixi, etiamsi verbis senatus consulti filii continerentur, tamen et in persona nepotis idem servari debere: iussum autem huius patris non efficere, quo minus contra senatus consultum creditum existimaretur, cum ipse in ea causa esset, ut pecuniam mutuam invito patre suo accipere non possit.”

“Bir oğlum ve bu oğlumdan bir torunum var, torunuma babasının talimatıyla ödünç veriliyor. Burada *senatus* kararının ihlâl edilip edilmediği soruluyor. Dedim ki, *senatus* kararının lafzında sadece evlâtlardan bahsediliyor olsa da aynı kural torunlar için de uygulanmalıdır. Yani bu babanın talimatı, ödünç *senatus* kararına uygun hale getirmez çünkü babanın kendisi de kendi babasının rızası olmaksızın ödünç alabilecek durumda değildir.”

Ödünçün bir kısmının aile babası tarafından geri ödenmiş olması da onun bu işlemi onaylamış olduğunu gösterirdi⁷⁷⁵. Bu nedenle bu durumda da aile babasının *senatus consultum Macedonianum*'a dayanılarak sağlanan hukukî korumadan yararlanması mümkün değildi.

D.14.6.7.15 (Ulpianus 29 ad ed.)

“Hoc amplius cessabit senatus consultum, si pater solvere coepit quod filius familias mutuum sumpserit, quasi ratum habuerit.”

⁷⁷⁵ Rado, S.C.M, s. 91 vd.

“Bunun dışında eğer baba oğlunun almış olduğu bir ödöncü geri ödemeye başlarsa, (bu davranışıyla) âdeta borcu onaylamış gibi olacağı için, *senatus* kararı uygulanmaz.”

Aile evlâdının pervasız bir taşkınlıkla yaşamaya girişmek amacıyla değil de babasının istek ve amaçlarına uygun olarak hareket etmek suretiyle ödöncü para aldığı bazı durumlar ortaya çıkabilir. Aile evlâdının yurt dışında eğitim görürken iâşesi için paraya ihtiyaç duyması halinde normalde babası tarafından düzenli olarak karşılanan giderleri için makul miktarda ödöncü almış olmak kaydıyla ödöncü alması bu duruma örnek olarak verilebilir⁷⁷⁶:

D.14.6.7.13 (Ulpianus 29 ad ed.)

“*Quod dicitur in eo, qui studiorum causa absens mutuum acceperat, cessare senatus consultum, ita locum habet, si probabilem modum in mutua non excessit, certe eam quantitatem, quam pater solebat subministrare.*”

“Öğrenim amacıyla yurt dışında olan bir aile evlâdı ödöncü aldığında ona *senatus* kararının uygulanmayacağı söylendiğinde, bu ancak (ödöncü alınan miktar) makul bir miktarı (*probabilem modum*), yani babasının onu desteklemek için temin ettiği miktarı aşmadığı müddetçe geçerlidir.”⁷⁷⁷

Aile evlâdının ödöncü almış olduğu para babasının malvarlığı lehine kullanıldığında da *senatus consultum Macedonianum* uygulanmazdı:

D.14.6.7.12 (Ulpianus 29 ad ed.)

“*Proinde si acceperit pecuniam et in rem patris vertit, cessat senatus consultum: patri enim, non sibi accepit. sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare senatus consultum libro duodecimo digestorum iulianus ait intellegendumque ab initio sic accepisse, ut in rem*

⁷⁷⁶ Rado, S.C.M, s. 81; Zimmermann, s. 180.

⁷⁷⁷ Ayrıca bkz. C.4.28.5.pr.: “*Macedoniani senatus consulti auctoritas petitionem eius pecuniae non impedit, quae filio familias studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus, quos patris pietas non recusaret, credita est.*” : “*Senatus consultum Macedonianum*’un hükümleri (emirleri), öğrenim veya elçilik dolayısıyla başka bir yerde yaşayan bir aile evlâdına, babanın sevgisi nedeniyle reddetmeyeceği, zorunlu giderlerini karşılaması için verilmiş para ödöncü için açılmış bir davayı engellemez”

verteret. non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit et ideo, si pater ignoravit, adhuc senatus consulto locus erit.”

“Aynı şekilde aile evlâdı ödünç para alır ve bunu babasının malvarlığı için kullanırsa *senatus* kararı uygulanmaz, çünkü bu durumda parayı kendisi için değil babası için almıştır. Fakat ödünç başlangıçta bu amaçla almamış olsa bile (aldığını) sonradan babasının malvarlığı için kullanmışsa, *Iulianus Digesta*’sının 12. kitabında *senatus* kararının uygulanmayacağını yazmıştır ve bu durumda ödünç baştan beri bu amaçla (babasının malvarlığı için kullanmak amacıyla) aldığı kabul edilmelidir. Fakat aile evlâdı ödünç aldığı parayı babasına kendi borcunu ödemek amacıyla verirse, bu babanın malvarlığı yararına bir harcama olarak kabul edilmez ve bu nedenle, baba da bu durumu bilmiyorsa, *senatus* kararı uygulanır.”

Ödünç alanın statüsünün parayı geri ödeyeceğini taahhüt ettikten sonra, fakat para kendisine henüz fiilen ödenmeden önce değişmiş olması durumunda kabul edilen çözüm yolu da oldukça mantıklıdır⁷⁷⁸. Ödünç alacak kişi parayı fiilen almadan önce *alieni iuris* olan bir aile evlâdıyken ödünç ödünç verene geri ödeyeceğini *stipulatio* ile taahhüt etmişse ve daha sonra ödünç parayı fiilen aldığı anda ise herhangi bir sebeple baba egemenliğinden kurtulup *sui iuris* sıfatını kazanmış olursa, *senatus consultum Macedonianum* hükümleri uygulanmazdı. Çünkü belirleyici olan ödünçün fiilen verildiği andaki statüydü⁷⁷⁹:

D.14.6.3.4 (Ulpianus 29 ad ed.)

“Si a filio familias stipulatus sim et patri familias facto crediderim, sive capite deminutus sit sive morte patris vel alias sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus, debet dici cessare senatus consultum, quia mutua iam patri familias data est:”

⁷⁷⁸ Zimmermann, s. 180.

⁷⁷⁹ Daube, Macedo, s. 277.

“Eğer bir aile evlâdından *stipulatio* ile (ödöncü geri ödeyeceğine dair) taahhüt alırsam ve parayı ona –statüsünün değışmesi (*capitis deminutio*)⁷⁸⁰ veya babasının ölümü ya da *capitis deminutio* dışında başka herhangi bir sebeple *sui iuris* olmasıyla- aile babası olduğu zaman verirsem, *senatus* kararının uygulanmayacağını söylemek lâzımdır, çünkü para o aile babası iken verilmiştir.”

Bu durumun tersine olarak eğer bir kişi *sui iuris* iken alacağı ödöncü geri ödeyeceğini *stipulatio* ile taahhüt eder, fakat parayı evlât edinme (*adrogatio*)⁷⁸¹ yoluyla *alieni iuris* statüsüne geçtiğı zaman, yani bir başkasının egemenliğı altına girdikten sonra alırsa *senatus consultum Macedonianum*’a dayanılarak tanınan def’iden yararlanabilirdi, çünkü yukarıda da belirtildiğı gibi belirleyici olan ödöncün fiilen verildiğı andaki statüydü⁷⁸²:

D.14.6.6 (Scaevola 2 quaest.)

“*Contra etiam recte dicitur, si a patre familias stipulatus sis, credas postea filio familias facto, senatus potestatem exercendam, quia expleta est numeratione substantia obligationis.*”

“Diğer yandan haklı olarak bir aile babasından *stipulatio* ile (ödöncü geri ödeyeceğine dair) taahhüt alırsan, fakat parayı ona aile evlâdı olduktan sonra (fiilen) ödersen, *senatus* kararının uygulanması gerektiğı söylenmektedir, çünkü borcun esasının tamamlanması ödemeyle olur.”

Senatus consultum Macedonianum’un sorumsuz gençleri ve onların gelecekteki servetlerini korumak için yani onların iyiliğı için çıkarıldığı kabul edilecek olursa, buradaki ayrımı anlamak mümkün olmayacaktır⁷⁸³. *Senatus consultum Macedonianum*’un tecrübesiz ve düşüncesiz gençleri korumak için

⁷⁸⁰ *Capitis deminutio*: *Status*’larda gerçekleşen alçalmalar, kelime olarak başın eksilmesi anlamına gelen bu kavramla ifade edilirdi, bkz. Umur, Lügat, s. 32.

⁷⁸¹ *Adrogatio*: *Pater familias* olan bir kimsenin (erkek *sui iuris* Roma vatandaşı), başka bir *pater familias*’ın egemenliğı altına girecek şekilde evlât edinilmesi. Bu suretle evlât edinilen *alieni iuris* statüsüne geçtiğinden, zamanında kendi egemenliğı altında bulunan aile bireyleri ile birlikte ailenin malvarlığı da katıldığı ailenin egemenliğı altına girerdi, bkz. Umur, Lügat, s. 19.

⁷⁸² Daube, Macedo, s. 277.

⁷⁸³ Daube, Macedo, s. 278.

çıkarıldığını savunan görüş açısından bakıldığında, bu parçada geçen olayda ödünç alanın genç ve tecrübesiz değil tedbirli ve basiretli olduğu kabul edilebilecektir. Çünkü bütün anlaşmalar ödünç alan bir aile babasıyken yapılmıştır. Bu anlaşmalara *senatus consultum Macedonianum*'un uygulanacağını kabul edilmesinin nedeni, ödünç alanın parayı teslim almadan önce evlât edinilmiş olmasıdır. Parayı alan, almadan önceki halinden genç değil, daha yaşlıdır ve yaş almasına rağmen yasak kapsamına girmekten kurtulamamıştır. Bu *Digesta* parçasının anlaşılması, *senatus consultum Macedonianum*'un genç ve tecrübesiz kişilerin düşüncesizce ödünç para almalarını engelleyip onları korumak için değil, *Macedo*'nun işlemiş olduğuna benzer suçların tekrar işlenmesini önlemek için çıkarıldığı kabul edilirse mümkün olacaktır⁷⁸⁴.

Senatus consultum Macedonianum'un lafzına bakıldığında⁷⁸⁵ bu *senatus* kararının sadece para ödünçlerini kapsadığı görülecektir⁷⁸⁶. *Senatus consultum Macedonianum*'un kapsamının yorum yoluyla genişletilerek ödünç vermeye yönelik başka işlemler için de uygulanması mümkün değildir. *Iustinianus*'un hazırlatmış olduğu *Codex*'te ve *Digesta*'da bu tespiti doğrulayan metinler vardır:

C.4.28.3

“Si filius familias aliquid mercatus pretium stipulanti venditori cum usurarum accessione spondeat, non esse locum senatus consulto, quo fenerare filiis familias prohibitum est, nemini dubium est: origo enim potius obligationis quam titulus actionis considerandus est.”

“Eğer bir aile evlâdı satıcıya bedeli ve ek olarak faizini ödemeyi *stipulatio* ile taahhüt ederek (veresiye) bir şey alırsa, aile evlâtlarına faizle ödünç verilmesini yasaklayan *senatus consultum*'un uygulanmayacağından kimsenin şüphesi yoktur: çünkü davanın adından çok borcun kaynağı göz önünde bulundurulmalıdır.”

⁷⁸⁴ Zimmermann, s. 180.

⁷⁸⁵ *D.14.6.1.pr. (Ulpianus 29 ad ed.): “...qui filio familias mutuam pecuniam dedisset...”* : “...bir aile evlâdına ödünç para vermiş olan kimseye...”

⁷⁸⁶ Ayrıca bkz. *D.14.6.7.3 (Ulpianus 29 ad ed.): “Mutui dationem non solum numeratae pecuniae, verum omnium, quae mutua dari possunt, an accipere debeamus, videndum. sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri: ait enim senatus “mutuam pecuniam dedisset...”*: “Ödünç vermekten sadece paranın mı yoksa ödünç verilebilecek başka her şeyin de ödünç verilebileceğinin mi anlaşılması gerektiğine bakılmalıdır. Ancak lafza bakıldığında bana göre sadece para ödünçü kastedilmiştir: çünkü *senatus* “*mutuam pecuniam dedisset*” (ödünç para vermiş olan) der...”

D.14.6.3.3 (Ulpianus 29 ad ed.)

“Is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuam pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio pernicioosa parentibus eorum visa est. et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat senatus consultum. quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.”

“Senatus kararına aykırı davranan yalnızca aile evlâdına ödünç para verendir, onunla başka bir sözleşme yapan, örneğin ona bir şey satan veya onunla kira, eser veya hizmet sözleşmesi yapan veyahut da herhangi başka bir türde sözleşme yapan değil, çünkü babalar için tehlikeli görülen para (ödünç) verilmesidir. Bu nedenle bir aile evlâdına, para ödemediğim satıştan veya başka bir sözleşmeden onun ödeme yükümlülüğüne dayanarak bir ödünç versem ve parayı bana ödeyeceğini *stipulatio* ile taahhüt ettirmiş olsam bile, burada bir para ödünçü söz konusu olmasına rağmen, bir para ödemesi söz konusu olmadığı için *senatus* kararı uygulanmaz. Fakat bu, yalnızca bir aile evlâdına geçerli olarak ödünç para veremeyecek olan birinin, bunun yerine ona bir şey satıp ödünç yerine şeyin değerini temin etmek suretiyle *senatus* kararını dolanmayı amaçlamadığı haller için söylenebilir.”

Bu parçadan da anlaşılacağı gibi, *senatus consultum Macedonianum* bir aile evlâdının ne sayıda olursa olsun veresiye satın almış olduğu ve elinde bulundurduğu atlar ve gladyatörler veya her sabah kahvaltısında kendisine eşlik eden aynı şekilde parasını ödemediği bülbüller için getirilmiş değildi⁷⁸⁷. Yani bir aile evlâdı istediği her şeyi veresiye satın alabilirdi ve borcunu ödememesi halinde babasının ölümünden sonra satıcı ona alacağı için dava açabilirdi. *Senatus* kararı, yasağı dolanmak için yapılmış olmadıkça, bu tip işlemleri engellemezdi⁷⁸⁸. Fakat *senatus* kararının getirdiği yasağın dolanılması amaçlanmışsa, örneğin tefeci ve aile evlâdı

⁷⁸⁷ Daube, Macedo, s. 280.

⁷⁸⁸ Daube, Macedo, s. 279.

arasında bir satım sözleşmesi yapılmış, fakat bu işlemin yapılmasının asıl nedeni bir ödünç sözleşmesinin yapılmak istenmesiye *senatus consultum Macedonianum* hükümleri uygulanır ve işlem yasak kapsamına alınır⁷⁸⁹.

Hukukçular veresiye veya kredi esasına dayanarak yapılmış diğer işlemleri bu yasak kapsamına sokmamaya çok özen göstermişlerdi⁷⁹⁰. *Senatus* kararını dolanmak amacıyla yapılmamış olmak koşuluyla aile evlâdının savurgan bir arkadaşına kefil olması dahi mümkündü:

D.14.6.7.pr. (Ulpianus 29 ad ed.)

“Item si filius familias fideiusserit, neratius libro primo et secundo responsorum cessare senatus consultum ait...”

“Aynı şekilde *Neratius*’un, “*Responsa*” adlı eserinin birinci ve ikinci kitaplarında söylediği gibi, bir aile evlâdı kefil olduğunda *senatus* kararı uygulanmaz...”

Yukarıda belirtildiği gibi, bu *senatus* kararı ile tanınan def’i, yalnızca para ödünçünün söz konusu olduğu durumlarda uygulanabilecektir⁷⁹¹. Para dışında başka bir şeyin, örneğin tahıl veya benzeri bir şeyin ödünç verilmiş olması durumunda bu *exceptio*’nun ileri sürülebilmesi için, ödünç olarak para değil başka bir şeyin verilmiş ama fiilen doğrudan bir para ödünçünün verilmesiyle aynı sonucun doğmasının amaçlanması suretiyle kanuna karşı hile kastıyla hareket edilmiş olması gerekmektedir⁷⁹². Aşağıda zikredeceğimiz metin de bunu doğrulamaktadır:

D.14.6.7.3 (Ulpianus 29 ad ed.)

“Mutui dationem non solum numeratae pecuniae, verum omnium, quae mutua dari possunt, an accipere debeamus, videndum. sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri: ait enim senatus “mutuam pecuniam dedisset”. sed si fraus sit senatus consulto adhibita, puta frumento vel vino

⁷⁸⁹ Zimmermann, s. 181.

⁷⁹⁰ Daube, Macedo, s. 293.

⁷⁹¹ Alexander, s. 22; Rado, S.C.M, s. 102.

⁷⁹² Alexander, s. 22.

vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, subveniendum est filio familias.”

“Ödünç vermekten sadece paranın mı yoksa ödünç verilebilecek başka her şeyin de ödünç verilebileceğinin mi anlaşılması gerektiğine bakılmalıdır. Ancak söze (lafza) bakıldığında bana göre sadece para ödünç içindir: yani *senatus* “*mutuam pecuniam dedisset* ” (ödünç para vermiş olan) der. Fakat *senatus* kararı dolanılacak olursa, örneğin aile evlâdının bunları satıp para elde etmesi amaçlanarak tahıl, şarap veya yağ ödünç verilirse aile evlâdına yardım edilmelidir.”

Ödünç verilmiş olan paranın alanda halen aynı parçalar halinde bulunması veya tüketilmiş ya da başka paralarla karışmış olmasının, bu *exceptio*’nun uygulanması açısından hiçbir önemi yoktur⁷⁹³.

D.14.6.9.2 (Ulpianus 29 ad ed.)

“Hoc senatus consultum et ad filias quoque familiarum pertinet nec ad rem pertinet, si adfirmetur ornamenta ex ea pecunia comparasse: nam et ei quoque qui filio familias credidit decreto amplissimi ordinis actio denegatur nec interest, consumpti sint nummi an exstent in peculio.”

“Bu *senatus* kararı *filiae familiaeyi* de (baba egemenliği altında bulunan kız evlâtları da) kapsar ve ödünç aldıkları ile kendilerine mücevherat almış olduklarının iddia edilmesi önemsizdir. Çünkü yüce *senatus*’un kararına göre bir aile evlâdına ödünç veren kişi dava hakkından mahrum kalır ve bu, paranın kullanılmış olup olmadığına veya halen *peculium*’da bulunup bulunmadığına bağlı değildir.”

Keza *exceptio*’nun uygulanmasında, ödünç alanın davanın açıldığı andaki değil, ödünç verilen şeyin *traditio* ile teslim edildiği andaki hukukî statüsü göz önünde bulundurulurdu. Yani ödünç alan, dava açıldığı anda baba egemenliği (*patria potestas*) altında olmasa da, ödünç verilen parayı teslim aldığı anda baba egemenliği

⁷⁹³ Alexander, s. 22.

altında idiyse (yani *alieni iuris* idiyse), *senatus consultum Macedonianum* def'inden yararlanırdı⁷⁹⁴.

Senatus consultum Macedonianum def'inden yalnızca aile evlâtları değil, aile evlâdına ödünç verilmiş olması nedeniyle *actio de peculio* ile kendisinden talepte bulunulan aile babası ve bu ödünç için kefil olmuş her hangi bir üçüncü kişi de yararlanabilir ve ödeme yapmaktan kaçınabilirdi⁷⁹⁵.

D.14.6.9.3 (Ulpianus 29 ad ed.)

“Non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque et mandatori eius...”

“Sadece aile evlâdına ve babasına değil, kefillerine ve (kredi) vekillerine de yardım edilir...”

Diğer yandan bu def'i sadece şeyi verene karşı değil, onun hukukî haleflerine karşı da ileri sürülebilir⁷⁹⁶.

D.14.6.7.6 (Ulpianus 29 ad ed.)

“Non solum ei, qui mutuum dedisset, sed et successoribus eius deneganda est actio.”

“Sadece ödünç vermiş olanlar değil, hukukî halefleri de davadan mahrum bırakılırlar.”

Bir aile evlâdının ödünçün kurulması anında veya daha sonra *exceptio*'ya başvurma olanağından vazgeçebileceğinin kabul edilmesi hükmün amacına ve mantığına aykırı olacaktır. Çünkü *senatus consultum Macedonianum* yalnızca aile evlâdının (*filius familias*) değil, aynı zamanda aile babasının (*pater familias*) çıkarlarının korunmasını da amaçlamaktadır. Buna karşılık ödünç borçlusunun aile evlâdı iken almış olduğu borcu *sui iuris* olduktan sonra kabul etmesi ve icra edilebilir hale getirmesini engelleyen bir sebep yoktur⁷⁹⁷. Bu kabul, C.4.28.2'de görüldüğü

⁷⁹⁴ Alexander, s. 23.

⁷⁹⁵ Alexander, s. 23.

⁷⁹⁶ Alexander, s. 23.

⁷⁹⁷ Alexander, s. 24.

örneğini gördüğümüz gibi, açık bir irade beyanıyla gerçekleşebileceği gibi⁷⁹⁸, örneğin kısmî bir ödeme yapılması⁷⁹⁹ veya ödünçün kabul edildiğini gösteren herhangi bir şekilde, zımnî olarak da gerçekleşebilir⁸⁰⁰.

Senatus consultum Macedonianum, aile evlâtlarına yalnızca ödünç para alarak düşüncesizce borç altına girme fırsatı tanımamak maksadıyla, aile evlâdına ödünç para vermiş olanların davalarını yürütmelerini engeller. Bu nedenle aile evlâdına verilen paranın açıkça ona karşı hukuken geçerli ve icra edilebilir bir alacağı olan alacaklısını tatmin etmek için verildiği durumlarda dahi *exceptio*'nun uygulanabileceğini kabul etmek hükmün amacına aykırı olurdu⁸⁰¹. Roma Hukukçuları da bunu kabul etmişlerdir:

D.14.6.7.14 (Ulpianus 29 ad ed.)

“Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summo veretur, senatus consulti cessabit exceptio.”

“Bir aile evlâdı ödünç parayı, (kendisine) dava açtığında def’i yoluyla karşı koyamayacağı bir alacaklısını tatmin etmek için kabul ettiyse, *senatus* kararının (tanıdığı) def’i uygulanmaz.”

Aynı şekilde aile babası, aile evlâdının ödünç almasına önceden açıkça izin verdiğinde veya bunu bilmesine rağmen ödünç alındıktan sonra açıkça ya da itiraz etmemek suretiyle zımnî olarak onayladığında da *senatus consultum Macedonianum*'un tanıdığı def’i olanağını reddetmek gerekmektedir. Yani aile babası her şeyden önce çocuklarının fiillerine daima dikkat etmekle yükümlüdür ve burada *senatus* kararı aile evlâdının, aile babasının bilmediği veya bilmek zorunda olmadığı, bu nedenle de engelleyemeyeceği bir fiilinden doğan bir zarardan aile

⁷⁹⁸ C.4.28.2: “*Zenodorus cum sui iuris esse publico videretur aut patris voluntate contraxit aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis constitutus novatione facta fidei suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est.*” : “Eğer Zenodorus *sui iuris* olduğu intibainı uyandırarak, babasının rızasıyla sözleşme yapar veya babasının masrafları için kullanılmak üzere para alır veyahut baba egemenliğinden çıktıktan sonra yenileme yoluyla borç altına girer ya da borcu ikrar ederse, aklın gereklerine uygun olarak, *senatus* kararının uygulanmasına yer yoktur.”

⁷⁹⁹ D.14.6.7.16 (Ulpianus 29 ad ed.): “*Si pater familias factus solverit partem debiti, cessabit senatus consultum nec solutum repetere potest.*” : “Bir aile evlâdı, aile babası olduktan sonra borcun bir kısmını ödemişse *senatus* kararı uygulanmaz ve ödediğini de geri isteyemez.”

⁸⁰⁰ Alexander, s. 24.

⁸⁰¹ Alexander, s. 25.

babasını korumak söz konusuysa sadece tâli olarak devreye girer⁸⁰². Fakat aile babası *senatus* kararının sağladığı korumadan kendisi vazgeçtiyse, doğal olarak *senatus* kararı uygulanmayacaktır. Bu konuya ilişkin olarak aşağıdaki *Digesta* ve *Codex* metinleri örnek verilebilir:

D.14.6.12 (Paulus 30 ad ed.)

“Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare senatus consultum.”

“Eğer babanın sadece bilgisi dahilinde (ama onayıyla değil) evlâda ödünç verildiyse, *senatus* kararının uygulanmayacağı söylenmelidir.”

C.4.28.4

“Si permittente patre filio familias pecuniam mutuam dedisti, senatus consulti potestas non intervenit...”

“Eğer bir aile evlâdına babasının izniyle ödünç para verdiysen, *senatus* kararının hükmü kalmaz.”

Aile babasının ifa etmekte temerrüde düştüğü bir yükümlülüğün ifa edilmesi için aile evlâdının ödünç para aldığı durumda olduğu gibi aile babasına karşı *actiones adiecticiae qualitatis*⁸⁰³ olarak adlandırılan ve aile babasının bazı durumlarda aile evlâtlarının (ve kölelerinin) yapmış olduğu hukukî işlemlerden doğan borçlardan sorumlu tutulabilmesini sağlayan ek davaların açılabilceği durumlarda da *senatus consultum Macedonianum* ile tanınan def’iye başvurulamayacaktır⁸⁰⁴. Bu konuya ilişkin örnekler aşağıdaki metinlerde açıkça görülmektedir:

⁸⁰² Alexander, s. 25.

⁸⁰³ *Actiones adiecticiae qualitatis*: Ek nitelikte davalar. Bir aile babasının, kölenin efendisinin, iş yeri veya gemi sahibinin, belirli koşullar altında egemenlikleri altındaki aile evlâtları, köleler veya bazen özgür kişiler tarafından yapılan işlemlerden dolayı sorumlu tutulmalarını sağlayan ek nitelikteki davaların tamamına Ortaçağda *Corpus Iuris Civilis*’i skolâstik metotla inceleyen *Glossator*’ların verdiği isim. Burada aile babasının veya diğer kişilerin sorumlulukları, işlemin yapılmasına katılmış olmasalar da, işlemi yapan kişinin sorumluluğunun yanında ek bir sorumluluk niteliği taşır, bkz. Umur, Lügat, s. 13; Berger, EDRL, s. 462 (“*Exercitor Navis*” başlığı altında).

⁸⁰⁴ Alexander, s. 25.

C.4.28.2:

“Zenodorus cum sui iuris esse publico videretur aut patris voluntate contraxit aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet.....non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est.”

“Eğer Zenodorus sui iuris olduğu intibainı uyandırarak, babasının rızasıyla sözleşme yapar veya babasının masrafları için kullanılmak üzere para alırsa.....aklın gereklerine uygun olarak, *senatus* kararının uygulanmasına yer yoktur.”

D.14.6.7.12 (Ulpianus 29 ad ed.)

“Proinde si acceperit pecuniam et in rem patris vertit, cessat senatus consultum: patri enim, non sibi accepit...”

“Aynı şekilde eğer aile evlâdı ödünç (para) alırsa ve bunu babasına (babasının malvarlığına) bağışlarsa (*vertit*-babasının yararına kullanırsa-sarf ederse), *senatus* kararı uygulanmaz, çünkü (bu durumda) kendisi için değil babası için ödünç almıştır...”

D.14.6.17 (Paulus 2 sent.)

“Filius familias si in id acceperit mutuam pecuniam, ut eam pro sorore sua in dotem daret, pater eius de in rem verso actione tenebitur: ipsi enim mortua in matrimonio puella repetitio dotis datur.”

“Bir aile evlâdı, kız kardeşine çeyiz olarak vermek amacıyla, ödünç para alırsa, (aile evlâdının) babası *actio de in rem verso*⁸⁰⁵ ile sorumlu tutulur: çünkü kızı evlilik esnasında ölürse, çeyizin iadesini talep etme hakkı babaya aittir.”

Ödünç almış olan aile evlâdının, ödünç aldığı anda asker olması halinde de *senatus consultum Macedonianum* ile tanınan def’iden yararlanamayacağı kabul

⁸⁰⁵ *Actio de in rem verso*: Başkasının egemenliği altında bulunduğu halde, bir borç altına girip, borcu karşılığında elde ettiği menfaati kısmen veya tamamen aile babasının malvarlığına sarf etmiş olan özgür kimse veya köle yerine, sarf ettiği miktar oranında aile babasını sorumlu tutan ek nitelikte *praetor* davası, bkz. Umur, Lügat, s. 5.

edilmektedir. Bu durumda ödünç veren, vermiş olduğunun iadesine ilişkin davayı, ödünçün hangi amaçla alınmış olduğu veya ne için harcandığına bakılmaksızın, başarıyla sonuçlandırabilir. Bunun böyle kabul edilmesinin sebebi, bir taraftan her askerin hak ehliyeti bakımından *sui iuris* olduğunun kabul edilmesi diğer taraftan askerler tarafından alınmış olan bütün paraların sadece savaştan doğan ihtiyaçları karşılamak için alınmış olduğuna dair bir karinenin olmasıdır⁸⁰⁶.

C.4.28.7.1

“Sin autem miles filius familias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato vel consensu vel voluntate vel ratihabitione patris, stare oportet contractum, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae vel ubi consumptae sunt. in pluribus enim iuris articulis filii familias milites non absimiles videntur hominibus qui sui iuris sunt, et ex praesumptione omnis miles non credatur in aliud quicquam pecunias accipere et expendere nisi in causas castrenses.”

“Ama aile evlâdı olan bir asker, yine babasının vekâleti, rızası, iradesi veya icazeti olmadan ödünç para aldıysa, paranın ne için alındığına veya nerede kullanıldığına bakılmaksızın, sözleşme mevcut kabul edilmelidir. Çünkü asker olan aile evlâtları pek çok hukukî noktada *sui iuris* olanlardan farklı değildirler ve bir askerin askeri hizmetiyle bağlantılı olanlar dışında bir şey için para almayacağı ve harcamayacağı karine olarak kabul edilir.”

Senatus consultum Macedonianum def’inin, aile evlâdının ödünç aldığı parayı hukukun tasvip ettiği amaçlar için kullanmak istediği konusunda tam bir kanaat oluşturmadan aile evlâdının eline nakit parayı tutuşturanlar için bir ceza gibi kabul edilebileceğini görmüştük. Bunu göz önünde bulundurduğumuzda, ödünç verenin alanı iyi sebeplere dayanarak *sui iuris* zannettiği durumlarda da alanın def’iye başvurabileceğini kabul etmek hakkaniyete aykırı olurdu. Doğal olarak, ödünç almaya niyetlenen aile evlâdının, ödünç verene karşı sadece artık bir aile babasının egemenliği altında olmadığını iddia etmesi yeterli değildir, bilakis aile evlâdı bu iddiasını inandırıcı kılmak zorundadır. *Senatus consultum Macedonianum* def’i,

⁸⁰⁶ Alexander, s. 26.

yalnızca ödünç verdiği kimsenin aile evlâdı olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişilere karşı ileri sürülebilir⁸⁰⁷.

D.14.6.19 (Pomponius 7 ex var. lect.)

“Iulianus scribit exceptionem senatus consulti macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret aut scire potuisset filium familias esse eum cui credebatur.”

“Iulianus, senatus consultum Macedonianum def’inin yalnızca ödünç verdiği kişinin aile evlâdı olduğunu bilen veya bilebilecek durumda olan kimseye karşı ileri sürülebileceğini yazar.”

D.14.6.3.pr. (Ulpianus 29 ad ed.)

“Si quis patrem familias esse credidit non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, sed quia publice pater familias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus consultum.”

“Eğer bir kimse, hiçbir sebep olmaksızın veya hukuku bilmemekten değil, bilâkis karşısındaki toplum içinde bir aile babası olarak kabul edildiği, o şekilde davrandığı, sözleşmeler yaptığı ve kamusal görevleri üstlendiği için bir aile babası ile muhatap olduğuna inanmışsa, senatus kararı uygulanmaz.”

C.4.28.1

“Si filius, cum in potestate patris esset, mutuam a te pecuniam accepit, cum se patrem familias diceret, eiusque adfirmationi credidisse te iusta ratione edocere potes, exceptio ei denegabitur.”

“Eğer halen aile babası egemenliği altında olan bir aile evlâdı, kendisini aile babası olarak tanıtip senden ödünç para alırsa ve sen onun beyanlarına inanmanın haklı sebeplere dayandığını kanıtlayabilirsen, ona def’i tanınmaz.”

Gayet tabiidir ki, bizzat ödünç verenin halen baba egemenliği altında olması (yani *alieni iuris* olması) halinde, kesinlikle geçerli bir ödünç sözleşmesi meydana gelmez. Mantıken de ödünç verenin, ödünçten doğan bir dava açma hakkı olmadığı

⁸⁰⁷ Alexander, s. 27.

için, açılmayacak davaya karşı ileri sürülebilecek bir def'inin olması düşünülemez. Burada para, parayı alanda halen parça olarak bulunduğu müddetçe, paranın iadesi aile babası tarafından *rei vindicatio* (istihkak davası) ile talep edilebilir. Buna karşılık, para tüketildiyse veya alanın paralarıyla karıştıysa (*commixtio*), parayı alanın iyi niyetli mi kötü niyetli mi olduğuna bakılarak, parayı veren duruma göre ya bir *condictio de bene dependis* ya da bir *actio ad exhibendum* açabilir⁸⁰⁸.

D.14.6.3.2 (Ulpianus 29 ad ed.)

“...quemadmodum ipse dicit iulianus libro duodecimo, si filius familias crediderit, cessare senatus consultum, quod mutua pecunia non fit, quamvis liberam peculii administrationem habuit: non enim perdere ei peculium pater concedit, cum peculii administrationem permittit: et ideo vindicationem nummorum patri superesse ait.”

“...aynı şekilde *Iulianus*’un kendisinin (*Digesta*’sının) 12. kitabında söylediği gibi bir aile evlâdının (başka bir aile evlâdına) ödünç vermesi halinde, kendi *peculium*’unu özgürce idare etme yetkisi olsa bile, bir ödünç meydana gelmeyeceği için *senatus* kararı uygulanmaz. Çünkü babasının *peculium*’u yönetme yetkisi vermesi, onu boşa harcamasına (veya israf etmesine) izin verdiği anlamına gelmez. Bu nedenle *Iulianus*, babanın paraların istihkakını talep edebileceğini söyler.”

Bu durumun tek istisnası, erginlik yaşını doldurmamış bir küçükten ödünç alan aile evlâdının da küçük olması halidir. Yani bu durumda ödünç veren, alandan verdiği iadesini talep etme hakkına sahip olması, alanın dava açıldığı anda almış olduğu para dolayısıyla doğrudan veya dolaylı olarak fiilen zenginleşmiş olması şartına bağlıdır⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ Alexander, s. 27; alan iyi niyetliyse *condictio de bene dependis*, kötü niyetliyse *actio ad exhibendum* açılabilir, bkz. I.2.8.2.

⁸⁰⁹ Alexander, s. 28.

D.4.4.34.pr. (Paulus 1 sent.)

“Si minor viginti quinque annis filio familias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit.”

“Yirmi beş yaşından küçük bir kişi, aile evlâdı olan bir küçüğe ödünç para verirse, alan uyuşmazlığın tespit edildiği anda (*litis contestatae*) aldığı paradan ötürü halen zenginleşmemişse (aldığı paradan halen yararlanmamışsa), parayı harcamış olanın hukukî durumu daha elverişlidir.”

Aile evlâdının üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir *peculium*’u varsa, böyle bir aile evlâdının almış olduğu ödünçün nasıl bir özellik gösterdiğine de değinilmelidir. Aile babasına, aile evlâdının almış olduğu ödünç için dava açılmış olması halinde, aile evlâdının *peculium*’a sahip olması, aile babasının *senatus consultum Macedonianum* def’ine başvurma olanağını engellemez. Ancak böyle bir durumda, aile evlâdına bu def’inin ileri sürülmesiyle ödünç aldığı parayı geri verme yükümlülüğünden kurtulma hakkı verilmesi, geri ödemesi gereken miktar tasarrufu altında bulundurduğu *peculium* miktarını aşmadığı müddetçe, hakkaniyete aykırı olacaktır. Bir aile evlâdına üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi için bir miktar sermaye verilmesi, bu sermaye miktarı oranındaki para üzerinde de tasarruf etme hakkının tanınması anlamına gelmektedir⁸¹⁰. Romalılarda bu kuralın uygulanmasıyla ilgili olarak, her ikisi de Klâsik Hukuk Döneminde yaşamış olan Romalı hukukçu *Ulpianus*’un iki farklı eserinden alınmış olan ve birbirini takip eden *Digesta* parçalarına değinilmesi gerekmektedir. *Ulpianus*’un *praetor edictum*’una yazmış olduğu şerhlerin 29. ve 64. kitabından alınmış olan bu *Digesta* parçalarında (D.14.6.1.3 ve D.14.6.2), ödünç para alan aile evlâdının *peculium castrense*’si olması halinde, sahip olduğu *peculium* miktarına kadar olan ödünçler için *senatus consultum Macedonianum*’dan doğan def’iye başvuramayacağı belirtilmekte ve buna gerekçe olarak da bir aile evlâdının *peculium castrense*’ye ilişkin durumlarda aile babası konumunda olmaları gösterilmektedir⁸¹¹.

⁸¹⁰ Alexander, s. 28.

⁸¹¹ D.14.6.1.3 (*Ulpianus 29 ad ed.*): “...*senatus consulto locus est: nisi forte castrense peculium habeat: tunc enim senatus consultum cessabit*”; D.14.6.2 (*Ulpianus 64 ad ed.*): “*usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur.*”

Bütün bu açıklamalardan, *senatus consultum Macedonianum* ile aile evlâtlarına verilen ödünçlerin geçersiz olduğunun ileri sürülmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılabilir. *Senatus consultum Macedonianum*'a aykırı olarak bir aile evlâdına ödünç verilmiş olması durumunda da, bir *mutuum*'un kurulması için gereken bütün koşullar yerine getirildiyse, *mutuum*'un kurulmuş olduğu kabul edilir ancak bu *mutuum*'dan doğan borç tabii (eksik) borç (*obligatio naturalis*), yani kural olarak ifa edilebilen fakat icra edilemeyen bir borçtur⁸¹².

Bütün bu metinlerden anlaşıldığı gibi *senato*'nun engellemeye veya hiç olmazsa zararsız hale getirmeye çalıştığı şey aile evlâdının bir tefeciden faizle ödünç para almasıydı. Bir cinayet işlenmesine kolayca yol açabilen veya *Ulpianus*'un *D.14.6.3.3*'te açıkladığı gibi “babalar için tehlikeli görülen” işlem ödünç para verilmesiydi. Von Beseler ve onun görüşlerini takip edenler, *Ulpianus*'un öne sürmüş olduğu bu sebebi *Iustinianus* döneminde eklenmiş bir *interpolatio* olarak değerlendirdiler. *Senatus* kararının katı bir şekilde yalnızca para ödünçleriyle sınırlandırılması ancak bu sebebe dayanarak açıklanabilir⁸¹³.

Her ne kadar *senatus consultum Macedonianum* bütün bir *patria potestas* (baba egemenliği) sistemiyle yakından bağlantılı olsa da, bu sistemin olmadığı Almanya'da 19. yüzyılın sonunda Alman Medenî Kanununun (BGB) yürürlüğe girmesine kadar varlığını sürdürmüştür⁸¹⁴.

⁸¹² Alexander, s. 29.

⁸¹³ Daube, Macedo, s. 294.

⁸¹⁴ Zimmermann, s. 181; 1900 tarihli Alman Medeni Kanununda *senatus consultum Macedonianum*'unkine benzer hükümlerin yer almadığı belirtilmektedir, bkz. Windscheid ve Kipp, s. 590.

II. DENİZ ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ (*FENUS NAUTICUM*)

A. Deniz Sigortasının Bir Türü Olarak *Fenus Nauticum* (veya *Pecunia Traiecticia*)⁸¹⁵

Ödünç alanın aldığı şeyi yangın, deprem veya gemi batması gibi bir sebeple kaybetmiş olması halinde bile ödünç verene karşı sorumluluğu devam eder. Başka bir ifadeyle ödünç sözleşmesinde hasara, doğal olarak, ödünç alan yani malik katlanırdı. Fakat *pecunia traiecticia* veya klâsik sonrası dönemde kullanılmış olan daha açık bir terimle ifade edilecek olursa *fenus (faenus) nauticum*⁸¹⁶ söz konusuysa sermayenin hasarına ödünç veren katlanırdı. Yunan ve Roma döneminde Akdeniz'deki deniz seferleri fırtınalar ve korsanlar⁸¹⁷ yüzünden oldukça tehlikeli görülürdü ve bu nedenle ortalama bir tacir deniz sigortası gibi bir güvenceye ihtiyaç duyardı. *Fenus nauticum*'un işlevi de bunu sağlamaktı: ödünçün geri ödenmesi geminin varma limanına yüküyle birlikte sağ salim ulaşmasına bağlıydı. Genellikle ödünç hem gidiş hem de dönüş yolculuğu için verilirdi: tacir parayı yurt dışında satmaya elverişli malları varma limanında satın almak için kullanırdı. Bu satıştan elde ettiği geliri de dönüş yolculuğunda yeni mallar alıp ülkesinde satmak için kendi

⁸¹⁵ *Fenus (Faenus veya Foenus) Nauticum*: Bir kimsenin deniz ticareti yapan armatörlere faiz karşılığında ödünç olarak para vermesi işlemini ifade eden tabir. Verilen para, eğer gemi parayı veya o para ile alınmış malı salimen limana getirecek olursa talep edilebilir, bu nedenle (deniz kazası veya korsan saldırısı gibi sebeplerden ötürü) rizikosu büyük olduğundan, faiz yüzdesi daha yüksek tutulurdu, bkz. Umur, Lügat, s. 75; bu şekilde ödünç verilen para, “denizasıra nakledilen para” anlamına gelmek üzere *pecunia traiecticia* olarak adlandırılırdı, çünkü ya paranın kendisi veya bu parayla alınan yük gemiyle taşınmak durumundaydı, bkz. Berger, EDRL, s. 469.

⁸¹⁶ *Fenus nauticum*'a ilişkin hükümler *Digesta*'da 22.kitabın 2. bölümünde, *Codex*'te ise 4. kitabın 33. bölümünde yer almaktadır; Roma Hukukunda kullanılan terminoloji için bkz. Wiesław Litewski, “Römisches Seedarlehen”, *Rivista Internazionale di diritto romano e antico (IURA)*, Cilt: XXIV, 1973, (Seedarlehen), s. 113 vd.; Hans Ankum, “Tabula Pompeiana 13: ein Seefrachtvertrag oder ein Seedarlehen?”, *Rivista Internazionale di diritto romano e antico (IURA)*, Cilt: XXIX, 1978, s. 156 vd.

⁸¹⁷ Roma Cumhuriyeti döneminde korsanlık bütün deniz seferleri için çok ağır bir tehlike teşkil etmekteydi, bu konuda bkz. *Plutarchus, Vitae, Pompeius*, 25-28, metnin İngilizce çevirisi için bkz. http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Lives/Pompey*.html (06.10.2011); Mommsen'in Cumhuriyet Dönemindeki korsanlık faaliyetleriyle ilgili ilginç tespiti için bkz. Theodor Mommsen, *Römische Geschichte*, Bd. II, 13. Aufl., Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1921, (RG II), s. 64: “Akdeniz'de kayda değer tek deniz gücü Korsan filolarıydı, insan avıysa gelişen tek zanaat. Roma yönetimi buna seyirci kaldı, fakat köle pazarının en iyi müşterileri olarak Romalı tacirler kaptan korsanlarla bu malların en önemli büyük tacirleri olarak canlı ve dostane iş ilişkileri içindeydiler.”; *Pompeius* M.Ö. 67'de korsanlarla girişmiş olduğu bir savaşta onları bozguna uğratarak Akdeniz'deki korsanlığı büyük oranda sona erdirdi, ayrıntılı bilgi için bkz. Karl Heinz Ziegler, “*Pirata communis hostis omnium*”, *De iustitia et iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, s. 93 vd.

yararına kullanabilirdi. Faiz oranları, ödünç alanın üstlendiği risk yüzünden, *Iustinianus* dönemine kadar sınırlandırılmamıştı⁸¹⁸:

C.4.33.2

“Traiecticiam pecuniam, quae periculo creditoris datur, tamdiu liberam esse ab observatione communium usurarum, quamdiu navis ad portum appulerit, manifestum est.”

“Hasarı alacaklıya ait olan deniz yoluyla taşınan (veya deniz ödöncü olarak verilen) paranın (*pecunia traiectica*), gemi varma limanına ulaştığı müddetçe, faize ilişkin genel kuraldan muaf olacağı açıktır.”⁸¹⁹

Iustinianus ise faiz oranını yıllık en yüksek %12 olacak şekilde sınırlandırmıştır:

C.4.32.26.2

“...in traiecticiis 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 ödünçlerinde, *stipulatio* ile taahhüt altına alınabilecek en yüksek faiz oranı aylık % 1’dir (yıllık % 12)...”

Henüz klâsik dönemin sonlarından itibaren faiz talep edilebilmesi için bunun ayrıca *stipulatio* ile taahhüt altına alınması şartı ortadan kalkmıştı, şekle tâbi olmayan basit bir anlaşmanın (*pactum*) yapılması yeterliydi⁸²⁰:

⁸¹⁸ Zimmermann, s. 182.

⁸¹⁹ Ayrıca bkz. *Paul. Sent. 2, 14, 3*: “*Traiecticia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest.*” : “Alacaklının üstlendiği risk (hasar) nedeniyle, deniz yoluyla taşınan (veya deniz ödöncü olarak verilmiş olan) para için, gemi yol aldığı sürece, sınırsız oranda faiz istenebilir.”

⁸²⁰ bkz. Kaser, RP I, ss. 497-498; Litewski, Seedarlehen, s. 165 vd; Zimmermann, s. 182, dn. 179.

D.22.2.7 (Paulus 3 ad ed.)

“In quibusdam contractibus etiam usurae debentur quemadmodum per stipulationem. nam si dedero decem traiectica, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est posse me sortem cum usuris recipere.”

“Bazı sözleşmelerde sanki *stipulatio* yapılmış gibi faiz borcu doğar. Çünkü eğer sana, gemi limana sağlam olarak (sâlimen) varırsa, ana parayı belirli oranda faizle geri almak kaydıyla deniz ödücü olarak on verirsem, (bir *stipulatio* yapılmamış olsa da) anaparayı faiziyle geri alabileceğim kabul edilmelidir.”

Yüksek oranda faiz talep edilmesi sakıncalı ve tefecilik kabilinden görülmüyordu, çünkü bu yüksek oranlar yalnızca ana paranın kullanılmasının karşılığı olarak değil fakat yüksek bir riske girmenin bedeli (mükâfatı-ödülü) (*pretium*⁸²¹-*premium periculi*)⁸²², yani deniz seferinin kendine has zorluklarından kaynaklanan riskin üstlenilmesinin karşılığı olarak kabul edilmekteydi. Bu nedenle de geminin limanda olduğu günler için değil seferde olduğu günler için yüksek oranda faiz ödenmesi gerektiği kabul edilmişti:

D.22.2.1 (Modestinus 10 pand.)

“Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiectica. sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiectica pecunia fit.”

“Traiecticia pecunia (deniz ödücü) deniz aşırı nakledilen paradır. Eğer para verildiği yerde kullanılırsa deniz ödücü olmaz. Fakat bu parayla elde edilen

⁸²¹ *Digesta* metninde ve Billeter, s. 254'te “*pretium periculi*”, Zimmermann, s. 182'de “*premium peculi*” olarak geçiyor, Zimmerman “hasarın mükâfatı-ödülü” demek istemiş de olabilir, fakat sanki bir yazım hatası olması ihtimali bulunmaktadır, çünkü *Digesta* metninde geçen kavram da “*pretium periculi*”.

⁸²² Karş. D.22.2.5.pr. (Scaevola 6 resp.): “Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat...” : “Eğer cezai şartın kararlaştırılmadığı bir durumda bile, işlemin kumar niteliği taşımaması şartıyla, vermiş olduğun parayı ve bundan fazlasını geri alabiliyorsan, riski (hasarı) üstlenmenin bedeli söz konusudur...”-“Bir kimse bir riski (hasarı) üstlenmenin bedeli olarak, vermiş olduğu parayı ve daha fazlasını, işlemin kumar niteliği taşımaması şartıyla, cezai şart kararlaştırılmamış olsa bile geri alabilir...”, bu *Digesta* parçasıyla ilgili daha geniş bilgi için bkz. Christian Friedrich von Glück, **Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld**, Bd. 21, 1, Johann Jacob Palm, Erlangen, 1820, (Bd. 21, 1), s. 153 vd.; ayrıca bkz. ve karş. Windscheid ve Kipp, s. 577, dn. 8 ve Litewski, Seedarlehen, s. 160 vd.

(alınan-*comparatae*) malların (deniz öduncüyle) aynı durumda olup olmadıklarına bakılmalıdır. Ve mesele malların da hasarı (riski) alacaklıya ait olmak üzere mi taşınıp taşınmadığına bağlıdır. Eğer böyleyse *traiecticia pecunia* (deniz öduncü) olur.”

D.22.2.3 (Modestinus 4 reg.)

“*In nautica pecunia*⁸²³ *ex eo die periculum spectat creditorem, ex quo navem navigare conveniat.*”

“Deniz öduncünde, geminin limandan sefere çıkacağına kararlaştırıldığı günden itibaren hasar alacaklıya aittir.”

Diğer yandan borçlunun öduncü geri ödeme yükümlülüğünden kurtulması, malın alelâde bir sebeple değil denizden kaynaklanan bir risk yüzünden telef olması halinde söz konusu olurdu⁸²⁴. Mal, borçlunun kendisinden kaynaklanan bir kaza veya dikkatsizlik sebebiyle telef olduysa, borçlu öduncü geri ödemekten kurtulamazdı⁸²⁵.

M.Ö. 1. yüzyılın sonlarına kadar Roma’da ticari teamüllere göre fiilen hangi faiz oranlarının uygulandığı tam olarak bilinmemektedir⁸²⁶. Buna karşın M.Ö. 4 yüzyılda Yunanlı tefeciler (faizciler) gemiyle katedilecek mesafeye⁸²⁷ ve seferin taşıdığı riske bağlı olarak⁸²⁸ % 22,5 ile % 33,3⁸²⁹ arasında değişen oranlarda faiz

⁸²³ *Nautica pecunia*’nın *traiecticia pecunia* ile eş anlamlı olduğu belirtilmektedir, bkz. Carl Eduard Otto, Bruno Schilling, Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, **Das Corpus Juris Civilis in’s Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter**, Bd. II, Verlag von Carl Focke, Leipzig, 1831, s. 616, dn. 56 (*Digesta*’nın 22. kitabını Latince’den Almanca’ya çeviren Robert Schneider); nispeten daha geç görülen bu kavramın, Yunan terminolojisinden alındığı ve *χρήματα ναυτικά* (*chrimata nautika*) teriminin karşılığı olduğu ifade edilmektedir, bkz. Litewski, Seedarlehen, s. 117.

⁸²⁴ C.4.33.4: “*marina tempestas*” (fırtına); C.4.33.5: “*naufragium*” (deniz kazası); ayrıca *Gaius*’un ariyet (kullanma öduncü) sözleşmesinde ariyet alanın almış olduğu şeyi gözetirken göstermesi gereken özenin derecesini anlattığı D.13.6.18.pr.de, ariyet alınan şeye önlenemez olaylar nedeniyle gelen zarardan sorumlu olmayacağını belirttiği *Digesta* parçasında, borçlunun sorumluluğunun ortadan kalktığı önlenemez olaylar arasında gösterdiği örnekler arasında bulunan korsanların kurduğu pusular (*piratarum insidiae*) da denizden kaynaklanan risklerdendir, bkz. Zimmermann, s. 182, dn. 181.

⁸²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Litewski, Seedarlehen, s. 125 vd.; Wieslaw Litewski, “Bemerkungen zum römischen Seedarlehen”, **Studi in onore di Cesare Sanfilippo**, Cilt: IV, A. Giuffrè, Milano, 1983, (Bemerkungen), s. 384 vd..

⁸²⁶ Billeter, s. 115; Zimmermann, s. 182.

⁸²⁷ Bütün rotaların orta noktasının Atina olduğu ve buradan Karadenize, Mısır’a, Adriyatik Denizine, Trakya’ya, Anadolu’ya (Küçük Asya’ya), örneğin Rodos’a olmak üzere bütün coğrafi yönlerle doğru ticaret rotalarının olduğu görülmektedir. Fakat burada da rotalar için farklı sınıflandırmalara esas oluşturan belirli sınırlar öngörülmüştür, bkz. Billeter, s. 31.

⁸²⁸ Örneğin Atinalı politikacı ve hatip *Demosthenes* (M.Ö. 384-322) tarafından M.Ö. 346 ile 340 tarihleri arasında verilmiş olduğu tahmin edilen bir söylevde geçen ve Lakritos olayı olarak anılan olayda, Atina’dan Selanik’in güneydoğusundaki Halkidiki yarımadasındaki Mende veya Skione

uygulamışlardır⁸³⁰. Doğal olarak tacirler, kâr oranlarından bu kadar büyük bir miktarı ödünç verenlere ödemek istememekteydiler, bu nedenle de zaman zaman kendilerini deniz kazasına uğramış gibi gösterdiklerine veya gemilerini kasıtlı olarak batırdıklarına ilişkin metinlere rastlanmaktadır⁸³¹. Hem bu tip sûistimâllerin önüne geçmesi hem de kararlaştırılmış olan rotadan sapılmasını engellemesi veya böyle bir sapmayı bildirmesi, bunun yanında malların alım ve satımını kontrol etmesi ve sermaye varma yerinde muaccel oluyorsa onu teslim alması için ödünç veren genellikle kölelerinden birini bütün sefere eşlik etmekle görevlendirir ve onu gemiye gönderirdi⁸³².

üzerinden Bosporus'a veya yine Atina'dan aynı şekilde Mende veya Skione yoluyla Karadeniz'deki Borysthenes'e kadar yapılacak bir gidiş geliş gemi seferi için % 22,5; eğer dönüş yolculuğu deniz seferi için tehlikeli dönemin başlangıcı kabul edilen 20 Eylül'den sonraya kalacak olursa % 30 oranında faiz ödeneceğinin kararlaştırıldığı görülmektedir, bkz. Billeter, s. 32; aynı yönde bkz. Sidney Homer ve Richard Sylla, **A History of Interest Rates**, 4th edition, John Wiley & Sons Inc., New Jersey, 2005, s. 35; M.Ö. 4. yüzyılda deniz seferleri için Yunanlı tacirlerce farklı faiz oranlarının kararlaştırılmış olduğu örnekler için bkz. Billeter, s. 40.

⁸²⁹ Belirtmek gerekir ki bu oranlar gidiş ve dönüş seferleri için öngörülmüştür, yani sadece gidiş için kararlaştırılmış faiz oranı yukarıda belirtilmiş olan oranların yarısı miktarında (% 11,25 veya % 16,6) olacaktır, aynı yönde açıklamalar için bkz. Billeter, ss. 33, 40.

⁸³⁰ Bu faiz oranları bir yıl üzerinden değil deniz seferinin süresi üzerinden hesaplanırdı, bkz. Heinrich Sieveking, **Das Seedarlehen des Altertums**, Veit & Comp., Leipzig, 1893, s. 17; Billeter, s. 40; deniz seferlerinin süreleri farklılıklar göstermekle birlikte, bu farkları göz ardı ederek denilebilir ki, belli miktardaki anapara Nisan sonundan Ekim ayı dâhil olmak üzere bu ayın sonlarına kadar yaklaşık 6 aylık bir zaman dilimini kapsayan bütün bir sefer süresi için tahsis edilmiştir, bu konuda bkz. Billeter, s. 40.

⁸³¹ *Livius, Ab urbe condita*, 25, 3, 10-11: "hi, quia publicum periculum erat a vi tempestatis in iis quae portarentur ad exercitus et ementiti erant falsa naufragia et ea ipsa quae vera renuntiaverant fraude ipsorum facta erant, non casu. in ueteres quassasque naues paucis et parui pretii rebus impositis, cum mersissent eas in alto exceptis in praeparatas scaphas nautis, multiplices fuisse merces ementiebantur" Latince metin için bkz. <http://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.25.shtml#3> (05.08.2014), ayrıca Latince metin ve metnin İngilizce çevirisi için bkz. *Titus Livius (Livy): The History of Rome, Books XXIII-XXV, With An English Translation by Frank Gardener Moore*, London 1940, s. 348-349, Latince metin için bkz. <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0204%3Abook%3D25%3Achapter%3D3>; İngilizce metin için bkz. <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0204%3Abook%3D25%3Achapter%3D3> (05.08.2014); *Livius*'un bu metnine göre, orduyla iş yapan *Lucius Pomponius Veientanus* ve Pirgi'li (*Pyrgi*-Sakız Adasında bir köy) *Marcus Postumius* adlı iki tacir, orduya taşınan malların bir fırtına sebebiyle kaybolmasından doğan bütün zararlar devlet tarafından karşılandığı için, aslında gerçekleşmemiş deniz kazaları uydurmuşlar ve gerçekleşmiş olanlarda da kötü niyetli olarak bu kazaların meydana gelmesine bizzat sebep olmuşlardır. Çürümeye yüz tutmuş eski gemilere az miktardaki değersiz malı yüklemişler, daha sonra gemicilerin önceden hazırlanan kayıklara çıkmasını sağlayıp, gemiyi açık denizde batırmışlar ve kaybolan malların değerini de olduğundan çok daha yüksek göstermişlerdir, ayrıca bkz. von Lübtow, Cato, s. 105, dn. 16.

⁸³² von Lübtow, Cato, s. 105; Zimmermann, s. 183; aynı şekilde eski Yunan'da (*Demosthenes*'in söylevlerinden anlaşıldığı kadarıyla) deniz ticaretiyle uğraşan kimselerin sahtekâr ve yalancı olduklarına dair genel bir kanı olduğu için onlara güvenilmediği ve tedbirli iş adamlarının seferlere ya bizzat katılarak ya da güvendikleri bir kölelerinin katılmasını sağlayarak kendilerini garantiye aldıkları belirtilmektedir, bkz. Sieveking, s. 12.

B. Yunan Örf ve Âdet Kuralları ve Bunların Romalılardaki Uygulaması

Fenus nauticum yoluyla yapılan bu türde bir deniz ödücü, Roma Hukukunda deniz hukukuna ilişkin diğer pek çok hüküm gibi, doğudaki Yunan Hukukundan⁸³³ gelmektedir⁸³⁴. Yunan deniz ödücü esas olarak ikame (halefiyet -*surrogation*) düşüncesine dayanmaktaydı⁸³⁵. Roma Hukukundakinden farklı olarak, ödünç veren ana parayı devrettikten sonra bile onun üzerinde halen hak sahibiymiş gibi görünmekteydi. Aynı şekilde bu parayla alınan her şey üzerinde de hakkı vardı. Bu nedenle mal üzerinde rehin kurmuş kabul edilirdi⁸³⁶. Eğer mallar sefer esnasında yok olursa, alacaklı borçlunun sorumluluğunun bağlı olduğu şeyi kaybetmiş ve bunun bir sonucu olarak da geri ödemeyi talep hakkını yitirmiş sayılırdı. Romalı hukukçular bu yabancı kurumu kendi hukuklarının terim ve kavramlarına çevirip adapte etmekte çeşitli zorluklarla karşılaşmış gibi görünmektedirler⁸³⁷. Bu durum “*pecunia traiectica*” kavramından ve *Modestinus*’un bu kavrama ilişkin olarak yapmış olduğu şu tanımlamadan da açıkça anlaşılmaktadır:

D.22.2.1 (*Modestinus 10 pand.*)

⁸³³ Károly Visky, “Das Seedarlehen und die damit verbundene Konventionalstrafe im römischen Recht”, **RIDA (Revue internationale des droits de l’antiquité, Bruxelles)**, Cilt: 16, 1969, s. 390’da da Roma Hukukunda deniz ödücüne ilişkin kuralların Yunan Hukukundan geldiğini belirtmekte fakat daha doğru ifadenin Attika yarımadasının hukuku olduğunu vurgulamaktadır.

⁸³⁴ Fritz Pringsheim, **Der Kauf mit fremdem Geld**, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1916, (Kauf), s. 143; Kaser, RP I, s. 532; Litewski, Seedarlehen, s. 112; von Lübtow, Cato, s. 107; Kunkel ve Honsell, s. 299; Zimmermann, s. 183; Hausmaninger ve Selb, s. 216; Sieveking, s. 30’da Romalıların deniz ödücünü Yunanlılardan iktibas ettiğini belirtmekte, fakat bunun ne zaman gerçekleştiğine dair bir bilginin olmadığını da eklemektedir. Sieveking her halükârda Yunanlıların deniz ödücü işlemiyle Romalıların deniz ödücü işleminin aynı olduğunu ifade etmektedir; karşı görüşteki Litewski, Romalıların bu kurumu Yunanlılardan olduğu gibi almadıklarını belirtmektedir. Litewski’ye göre deniz ödücü ne başlangıçta ne de daha sonraki dönemde tamamen iktibas edilmiş değildir, çünkü her şeyden önce başlangıçta Roma’da deniz ödücünün uygulaması o dönemdeki Yunan şehir devletlerindeki kadar geniş ölçekli değildi. Bunun yanında Romalıların deniz ticaretine nisbeten geç başlamış oldukları da genel olarak bilinen bir olgudur. Bu nedenle deniz ödücünün kullanılması da aşama aşama gerçekleşmiş olmalıdır. Ayrıca Yunan Hukukunda geminin tamir edilmesi veya mürettebatın ücretlerinin ödenmesi gibi amaçlarla da deniz ödücü alınabiliyorken, Roma Hukukunda bu amaçlarla deniz ödücü alınamaması da Romalıların bu kurumu Yunan hukukundan aynen almadığının bir göstergesidir, bkz. Litewski, Seedarlehen, s. 118, s. 181.

⁸³⁵ Pringsheim, Kauf, s. 4 vd.

⁸³⁶ Zimmermann, s. 183.

⁸³⁷ *Iustinianus* dönemine kadar Romalı hukukçuların bu konuda yeni kurallar yaratmak veya Yunanlıların süregelmış olan uygulamalarını değiştirmek gibi bir amaçları olmamıştır, yalnızca bu uygulama ve kuralları anlayıp kendi hukukî sistemlerine dâhil etmeyi amaçlamışlardır, Zimmermann, s. 183, dn. 185, karş. Nov. 106; Pringsheim, Kauf, s. 146 vd.

“*Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur...*”

“*Traiecticia pecunia* (deniz ödöncü) deniz aşırı nakledilen paradır...”

Bu ifade işlemin temel özelliklerini, yani hasarın (veya riskin) ödöncü verene yükletilmiş olmasını yansıtmamaktadır⁸³⁸. Ayrıca burada tanım düzeyinde bile uygun bir kullanım yoktur, çünkü deniz aşırı taşınan şey para değil⁸³⁹, ödöncü alınan parayla satın alınmış olan ve pek çok olası deniz felaketlerinden birinde yok olma riski taşıyan mallardır. Zaten deniz aşırı para taşımak için *fenus nauticum*’un kullanılması çok da anlamlı olmazdı, zira bu durumda para, kâr elde etmek için kullanılmadan denizden gelebilecek büyük risklere karşı korumasız bırakılmış olurdu⁸⁴⁰. Bununla beraber Romalılar uygulamada, antik çağlarda denizcilikle uğraşan bütün kavimlerin bir tür *ius gentium*’u olarak kabul edilebilecek olan Yunan geleneklerini çok yakından takip etmişlerdir⁸⁴¹. Bu konuda *Digesta*’da *Quintus Servidius Scaevola*’nın *Callimachus* adlı bir tacirin yapmış olduğı işleme ilişkin olarak vermiş olduğı örnek oldukça bilgilendiricidir⁸⁴². Parçada bahsi geçen konu şöyle özetlenebilir:

Romalı bir tefecinin kölesi olan *Stichus*, belli miktarda parayı Beyrut’ta (*Berytus*) *Callimachus*’a ödöncü olarak verir. *Callimachus* bu parayla mal alıp malı Brindisi’ye (*Brentesium*) götürerek, orada malları satıp bu satıştan elde ettiğı gelirle tekrar ithal mal satın alarak bu malları geminin çıkış limanına, yani Beyrut’a geri götürmekle yükümlüdür. Hem Beyrut’ta hem de Brindisi’de satın alınan mallar alacaklının alacağı için rehin teşkil ediyordu ve malların hasarı alacaklıya aitti⁸⁴³.

⁸³⁸ Pringsheim, Kauf, s. 143; von Lübtow, Cato, s. 106; Zimmermann, s. 183.

⁸³⁹ Litewski’ye göre Romalılar deniz ödöncünü önce ödöncü alınan parayı deniz aşırı taşıyıp (varma limanından) mal satın almak amacıyla kullanmışlardır. Yazar deniz ödöncünün, kalkış limanından mal alıp bu malın deniz yoluyla taşınması amacıyla kullanılmasının ise daha sonra gerçekleştiğini ifade etmektedir, bkz. Litewski, Seedarlehen, s. 181.

⁸⁴⁰ Zimmermann, s. 183; Litewski de yalnızca para taşımının alacaklıya ödenecek yüksek oranda faiz için borçluya gereken faydayı sağlamayacağını belirtmektedir, bkz. Litewski, Seedarlehen, s. 122, dn. 51.

⁸⁴¹ Pringsheim, Kauf, s. 143 vd.; her ne kadar Romalılar Yunan geleneklerini çok yakından takip etmiş olsalar da, bu kurumu onlardan birebir almadıkları iddia edilmektedir, bkz. Litewski, Seedarlehen, ss. 118, 181.

⁸⁴² D.45.1.122.1 (*Scaev. 28 dig.*), bu *Digesta* parçasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ulrich von Lübtow, “Das Seedarlehen des *Callimachus*”, *Festschrift für Max Kaser*, C. H. Beck, München, 1976, (*Callimachus*), s. 329 vd.

⁸⁴³ *Fenus nauticum* ile bağlantılı olarak yapılan rehinler için genel olarak bkz. Litewski, Seedarlehen, s. 169 vd.; konuya ilişkin olarak *Digesta*’da geçen (D.22.2.6 (*Paul. 25 quaest.*)) ilginç bir örnek Röhle tarafından incelenmiştir. Röhle, modern yorumlara karşı, Cuiacaius tarafından yapılmış olan şerhteki (*exegese*) açıklamaları (*Commentarii in XXV Quaest. Pauli, col. 1216 vd.*) savunmuştur, bkz. Robert Röhle, “Zum Beispiel D. 22, 2, 6”, *SDHI (Studia et Documenta Historiae et Iuris)*, Cilt: 45, 1979,

Bunun yanı sıra *Callimachus* sefere eşlik etmekte olan ödünç verenin kölelerinin bakım ve yaşlerinden de sorumluydu (fakat sonuçta sefere yalnızca *Eros* isimli köle katılmıştı). Son olarak *Callimachus*'a verilen ödünç en fazla 200 gün sonra geri ödenmek üzere verilmişti. En geç bu 200 gün içinde gidiş ve dönüş yolculuklarının tamamlanması gerekiyordu. Bununla birlikte *Callimachus*'un Brindisi'den *intra idus Septembres*, yani 13 Eylül'de veya daha önce sefere çıkmak ve doğrudan varma yeri olan Suriye'ye gitmek zorunda olduğu da kararlaştırılmıştı. Brindisi'den hareket tarihi olarak özellikle bu tarihin belirlenmesi, 200 günlük sürenin denizlerin "kapalı" olduğu kış sezonu ile örtüşme olasılığının bulunmasından kaynaklanıyor olmalıdır⁸⁴⁴.

Kış seferlerinin özellikle riskli bulunmasının nedeni fırtınalar değil (zira Akdeniz'de Mistral ve Karayel gibi yaz fırtınalarının gerçekleştiği de bilinmektedir), fakat henüz pusulanın bilinmediği bir çağda yön bulmayı ciddi ölçüde güçleştiren görüş mesafesindeki düşüşü⁸⁴⁵.

Callimachus sefer sezonunun açılmasından hemen sonra (yani 11 Mart'ta) Beyrut'tan ayrılmış olsaydı bile geri dönmek için 26 Eylül'e kadar vakti olacaktı. Beyrut ve Brindisi arasındaki mesafe 13 ve 26 Eylül tarihleri arasında kolayca katedilebilecek bir mesafeydi⁸⁴⁶.

Stichus ile *Callimachus* arasındaki sözleşmenin tamamı bir *stipulatio* ile taahhüt altına alınmıştı⁸⁴⁷. Brindisi'den hareket zamanına uyulması cezai şart içeren bir *stipulatio* (*stipulatio poenae*) ile güvence altına alınmıştı: *Callimachus* 14

s. 549 vd.; Zimmermann'a göre çözümün anahtarı *pignus*'un fer'iliğinde (*accessoriness*-fer'i hakların bağımlılığı, bağımlılık) yatmaktadır, bkz. Zimmermann, s. 184, dn. 190.

⁸⁴⁴ 8 Haziran ile 14 Eylül tarihleri arasında deniz seferine çıkmak güvenlidir; 11 Mart ile 8 Haziran ve 14 Eylül ile 10 Kasım tarihleri arasında deniz seferine çıkmak çok güvenli değildir; 11 Kasım ile 10 Mart tarihleri arasında denizler "kapalı"dır, bkz. *Vegetius, Flavius Renatus: Epitome rei militaris*, 4, 39: "a die VI. kal. Iunias usque in Arcturi ortum, id est in diem VIII. decimum kal. Octobres, secura nauigatio creditur,... post hoc tempus usque in tertium idus Nouembres incerta nauigatio est... Ex die... tertio idus Nouembres usque in diem sextum idus Martias maria clauduntur.", metin için bkz. <http://www.thelatinlibrary.com/vegetius4.html> (05.08.2014); metnin ilgili kısımlarının İngilizce çevirisi için bkz. Zimmermann, s. 184, dn. 191.

⁸⁴⁵ Bkz. *Vegetius*, 4, 39: "...Nam lux minima noxque prolixa, nubium densitas, aeris obscuritas, ventorum imbri vel nivibus geminata saevitia non solum classes a pelago sed etiam commeantes a terrestri itinere deturbat..."; Yeni Ahit'te bahsi geçen St. Paul'un gemisinin kazaya uğraması da, kaptanın sezon kapandıktan sonra Girit'ten denize açılmayı göze almasından kaynaklanmıştır, bkz. *The Acts of the Apostles* 27, 9 İngilizce metin için bkz. <http://ebible.org/web/Acts.htm> (05.08.2014).

⁸⁴⁶ Antik çağdaki yelkenli gemiler doğru yönden esen bir rüzgâr ile 4,5 ilâ 6 knot (1 knot = 1,852 km/saat; yani saatte 8,334 ilâ 11,112 km.) arasında yol katedebiliyorlardı. Örneğin uygun rüzgâr koşulları varsa Kartaca ile Cebelitarık arası mesafe (820 deniz mili) 7 günde katedilebilmekteydi, bkz. Zimmermann, s. 184, dn. 191.

⁸⁴⁷ *Fenus nauticum*'un genellikle ne şekilde yapıldığına ilişkin olarak bkz. Litewski, Seedarlehen, s. 137 vd.; Ankum, s. 171 vd.

Eylül’de halen Brindisi’den ayrılmamış olursa, ana paranın tamamı ve faizler sanki “sefer tamamlanmış gibi” (“*quasi perfectio navigio*”) talep edilebilir olacaktı. *Callimachus* dönüş seferine zamanında çıkmadı, gemiye yükü 13 Eylül’den önce yüklemiş olmasına rağmen Brindisi’den bu tarihten sonra sefere çıktı. Bununla birlikte *Stichus*’un kölesi *Eros* bu sefere geç çıkılmasını kabul etti⁸⁴⁸.

Bu işlem bir deniz öduncünün (*fenus nauticum*’un) bütün tipik özelliklerini taşımaktaydı⁸⁴⁹. Tabii ki bunun dışında başka şekillerde deniz öduncü sözleşmelerinin yapılması da mümkündür. Böyle bir örneği, Roma imparatorluk çağının en önemli ve çok yönlü Helen yazarlarından biri olan *Plutarkhos*’un⁸⁵⁰ M.S. 105-115 yılları arasında yazmış olduğu, tarihsel bakımdan en önemli ve kendisinden sonraki dönemleri en çok etkilemiş olan, “Paralel Yaşamlar”(*Bioi paralleloi-Bíoi παράλληλοι*)⁸⁵¹ adlı eserinde görmek mümkündür. Bu eserin *Marcus Porcius Cato*’nun⁸⁵² yaşam öyküsünün anlatıldığı kısmında, *Cato*’nun yapmış olduğu bir ödünç sözleşmesiyle ilgili bilgiler verilmektedir⁸⁵³. Bu ödünç sözleşmesi, deniz

⁸⁴⁸ Bu olay ve olaya ilişkin sorunlar için bkz. von Lübtow, *Callimachus*, s. 329 vd.

⁸⁴⁹ *Fenus nauticum*’a eklenen cezai şart içeren *stipulatio*lar (*stipulatio poenae*) ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Visky, s. 389 vd.; Litewski, Seedarlehen, s. 173 vd.; Rolf Knütel, **Stipulatio Poenae, Studien zur römischen Vertragsstrafe**, Böhlau Verlag, Köln, 1976, s. 39 vd.; Litewski, *Bemerkungen*, s. 390 vd.

⁸⁵⁰ *Plutarkhos, Mestrius* (M.S. yaklaşık 46-120): *Boiotia*’daki *Khaironeia* kentinde doğmuştur. M.S. 83-84 yıllarında Asin eyaletinde *proconsulluk* yapmış olan *Lucius Mestrius Florus* sayesinde Roma vatandaşlığına alınmış ve bu dostuna gönül borcunu ödemek için kendi adına *Mestrius* adını eklemiştir, bkz. İplikçioglu, s. 383; *Plutarkhos, Yaşamlar XXI, Lysandros-Sulla*, çev. Nilüfer Gürsoy (Bayar) ve Ayşe Sarıgöllü (Önsay), Çağdaş Yayıncılık, İstanbul, 1999, eserin başlangıcında yer alan ve Prof. Dr. Georg Rohde tarafından kaleme alınmış olan “*Plutarkhos*’un Yaşamı ve Yapıtları” başlıklı kısım, s. 10.

⁸⁵¹ *Plutarkhos*, bu yaşam öykülerinin her birinde ünlü bir Yunanlının ve Romalının yaşam öykülerini anlatır ve bunları karşılaştırır. Eserinde (*Ephoros, Theopompos, Thauromenion*’lu *Timaos, Polybios* gibi) Yunan tarihçilerden yararlandığı anlaşılan *Plutarkhos*’un, Lâtince kaynakları ne ölçüde kullandığı tam olarak anlaşılamamaktadır. *Plutarkhos*’un bu eseri, Shakespeare’in “*Coriolanus*”, “*Iulius Caesar*”, “*Antonius ile Kleopatra*” gibi Roma tarihine ilişkin dramları için ilham kaynağı olmuş; Rousseau, Montesquieu ve Napoleon da bu esere hayranlık duymuşlardır, bkz. İplikçioglu, s. 383; *Plutarkhos: Yaşamlar XXI, Lysandros-Sulla*, s. 17.

⁸⁵² *M. Porcius Cato Censorius*: Yaklaşık olarak M.Ö. 234-149 tarihleri arasında yaşamış olan, eski bir soydan gelen bir Romalıdır. M.Ö. 195’te *consul*, M.Ö. 184’te de *ensor* olmuştur. Ziraat hakkında yazdığı eserde (*De agricultura*), bazı ziraî sözleşme tiplerinin yer aldığı ve bu eserin tümüyle korunmuş bilinen en eski düz yazı örneği olduğu belirtilmektedir. Ayrıca Lâtincede dilinde yazılmış ilk tarih eseri de *Cato*’nun yazmış olduğu *Origines* (Kökenler) adlı eserdir, bkz. Umur, Lügat, s. 33; Sabahat Atan, **Roma Tarihi’nin Ana Hatları, I. Kısım, Cumhuriyet Devri**, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, No. 1529, İstanbul, 1970, s. 265; İplikçioglu, ss. 59, 403; ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kunkel, s. 9; Meliha Kuloğlu, “*M. Porcius Cato*”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi**, Cilt: 33, Sayı: 1.2, 1990, s. 321 vd. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/26/1242/14171.pdf>) (18.08.2014).

⁸⁵³ *Plutarchus, Vitae, Cato Maior* 21, 5-7 metnin İngilizce çevirisi için bkz. http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Lives/Cato_Major*.html (06.10.2011) ; ayrıca bkz. von Lübtow, *Cato*, s. 103 vd.; Franz-Stefan Meissel, **Societas, Struktur und**

ödücü ile ticari bir ortaklığın dâhice ve ustalıklı bir araya getirilmesinden oluşmaktadır⁸⁵⁴ ve Roma'nın Yunan dünyasıyla olan canlı ticarî ilişkileri göz önünde bulundurulduğunda *Marcus Porcius Cato*'nun bu işlemde açıkça Helenistik doğudan esinlendiği söylenebilecektir⁸⁵⁵. *Cato*, bu işlerde tecrübeli olan *M. Porcius Quinctio*⁸⁵⁶ isimli azatlısına sermaye vererek, deniz aşırı ticaret yapmak için 50 donatanı ve taciri bir araya getirme yükümlülüğü altına soktu. *Quinctio* bu parayı deniz ticaretiyle uğraşan tacirlere ödünç verdi. Böylelikle ortaklar olası tehlikelerden doğabilecek zararları paylaşmış ve ödünç alacaklısının üstlenmiş olduğu risk azalmış olacaktı⁸⁵⁷. Eğer 50 gemiden biri batacak olursa, her birine düşecek zarar oranı da yalnızca 1/50 olacaktı.

Bu tacirler daha çok sermaye sıkıntısı çeken ve alt veya orta düzeyde işler yürütebilen kimselerdi. *Quinctio* borçlu tacirlerle birlikte sefere katıldı ve ticari işlemleri onlarla birlikte yürüttü. Her ne kadar *Plutarkhos*'un metninde buna yönelik bir ifade bulunmasa da, tacirlerin yaptığı işlemlerin *Quinctio* tarafından daima denetlendiği ve *Quinctio*'nun verdiği talimatlarla tacirleri yönlendirdiği savunulmaktadır. Bu ticarî faaliyeti yöneten aslında *Quinctio*'dur⁸⁵⁸.

Sermayesi olmayan tacirlerin bu şekilde bir araya gelmesi aslında geniş kapsamlı bir deniz ticaretine olanak sağlamıştı⁸⁵⁹. *Plutarkhos*'un anlattığı kapsamda böyle bir deniz ticareti faaliyeti için ödünç verilmesi, büyük bir malvarlığına sahip olmayı gerektirmekteydi. *Cato*'nun da gençliğinde olmasa bile⁸⁶⁰ zamanla böyle bir girişimde bulunabilmesine yetecek malvarlığını edindiği bilinmektedir. *Cato*, büyük tarım arazilerinin yanı sıra, balığı bol göllere, termal su kaynaklarına, keçecilik

Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2004, s. 175.

⁸⁵⁴ von Lübtow, *Cato*, s. 104; Zimmermann, s. 185.

⁸⁵⁵ von Lübtow, *Cato*, ss. 106, 107.

⁸⁵⁶ "*Quinctio*"nun uydurma bir isim olmadığı ve bir *gens* ismi olan "*Quinctus*" isminden küçültme son eki "-io" ile türetildiği ve *Marcus Porcius Quinctio*'nun eski efendisinin *Quinctius gensine* mensup olabileceği belirtilmektedir, bkz. von Lübtow, *Cato*, s. 104, dn. 6.

⁸⁵⁷ von Lübtow, *Cato*, s. 104; Zimmermann, s. 185; Meissel, s. 175.

⁸⁵⁸ von Lübtow, *Cato*, s. 105.

⁸⁵⁹ von Lübtow, *Cato*, s. 104 vd.

⁸⁶⁰ Bkz. *Plutarchus, Vitae, Cato Maior*, 25, 1'de *Cato*'nun genç ve yoksulken tarımla azimle ve ciddi olarak uğraştığını ve gerçekten o zaman tarım ve tutumluluk olmak üzere yalnızca iki kaynaktan gelir elde ettiğini söylediğinden bahsedilmektedir, bkz. http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Lives/Cato_Major*.html (05.08.2014); ayrıca bkz. von Lübtow, *Cato*, s. 115, dn. 83; Zimmermann, s. 185, dn. 198.

yapmaya elverişli alanlara, zift imalathanelerine⁸⁶¹, doğal otlakları olan orman ve topraklara sahipti⁸⁶². Kendi ifadesiyle, bunlar ona öylesine gelir getiriyordu ki, bunlara *Iuppiter*⁸⁶³ bile zarar veremezdi⁸⁶⁴. *Cato* elde ettiği geliri deniz ticareti faaliyeti için de kullanıyordu. Bu arada kendisi gemi yolculuklarına çok da hevesli olmayan⁸⁶⁵ *Cato*'nun ödünç işlemlerinin (tefeciliğin) en “uygunsuz”u olarak kabul edilen bu işleme (yani *fenus nauticum*'a) hoşgörüyü yaklaşması, *Plutarkhos* tarafından eleştirilmiştir. *Plutarkhos*'un bu değerlendirmesi, ticarî amaçla ödünç vermeyi de kapsayan ticarî faaliyetler yürütmenin, o dönemlerde genel olarak namussuzluk ve güvenilmezlikle yaftalanmayı getirmesinden kaynaklanmaktadır⁸⁶⁶. Von Lübtow ve Zimmermann'a göre ise bu değerlendirme, Romalı tarihçi *Livius*'un “erdemli ve dürüst adam (*vir sanctus et innocens*)”⁸⁶⁷ olarak nitelendirdiği ve tarihe Roma'nın sadelik ve namusluluk timsali olarak geçmiş bir kişiye haksızlık olarak kabul edilebilir⁸⁶⁸.

⁸⁶¹ Antik çağlarda katran ve zift çok çeşitli alanlarda kullanılmaktaydı. Her şeyden önce yağ ve şarap kaplarının iç kısımları bunlarla sıkıştırılır (kalafatlanır) ve böylece hava almamaları sağlanırdı, bkz. von Lübtow, *Cato*, s. 108.

⁸⁶² *Plutarchus, Vitae, Cato Maior 21, 5*; metnin bu kısmının çevirisi için bkz. Paul Veyne, “Roma İmparatorluğu”, **Özel Hayatın Tarihi 1, Roma İmparatorluğundan 1000 Yılına**, (Ed. Philippe Ariès ve Georges Duby), çev. Turhan Ilgaz, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 159; *Cato*'nun bu malvarlığına, katı bir tutumluluk, topraklarını o dönem geçerli olan ekonomik ilkeler doğrultusunda yoğun bir biçimde işletmesi ve savaşlardan elde ettiği ganimetler sayesinde sahip olduğu belirtilmektedir, bkz. von Lübtow, *Cato*, s. 115.

⁸⁶³ *Iuppiter*: *Zeus* ile özdeşleştirilmiş Roma tanrısı, Roma *pantheon*'unun en eski en büyük tanrısıdır. Adı *Zeus* baba, baba tanrı ya da gök tanrı anlamına gelen *Dies-pater*'den (yani *Zeus pater*'den) türetilmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. Pierre Grimal, **Mitoloji Sözlüğü, Yunan ve Roma**, çev. Sevgi Tamgüç, Sosyal Yay., İstanbul, 1997, s. 348; Azra Erhat, **Mitoloji Sözlüğü**, 2. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1978, s. 177.

⁸⁶⁴ *Plutarchus, Vitae, Cato Maior 21, 5*; *Cato*'nun ekonomik bakımından refah içinde olmaya bu derece önem vermesinin rahat veya sefahat içinde bir hayat geçirmek istemesinden değil olabildiğince bağımsız kalmayı istemesinden kaynaklandığı söylenmektedir, bkz. von Lübtow, *Cato*, s. 115; Zimmermann, s. 185, dn. 198.

⁸⁶⁵ Kaynaklara göre *Cato* hayatında üç hata yaptığını söylemiştir ve karadan gidebilecekken bir gemiye yolculuk etmiş olmasını da bu hatalarından biri olarak saymıştır (*Cato*'ya göre diğer iki hatasından biri eşine bir sır vermiş olması ve diğeri de bütün bir günü hiçbir amacı (istek, arzu-*will*) olmadan geçirmiş olmasıdır), bkz. *Plutarch, Vitae, Cato Maior 9,9*.

⁸⁶⁶ Zimmermann, s. 185.

⁸⁶⁷ *Livius, Ab Urbe Condita*, 32, 27, 2-4.

⁸⁶⁸ von Lübtow, *Cato*, s. 117; Zimmermann, s. 185.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA UYGULANMIŞ FARKLI YARGILAMA USULLERİNDE *MUTUUM* İÇİN TANINMIŞ HUKUKÎ KORUMALAR

I. ROMA YARGILAMA USULÜNE İLİŞKİN ÖN AÇIKLAMALAR

Mutuum için farklı dönemlerde tanınmış hukukî korumaları ele alırken Roma Usul Hukukunun tarihi gelişiminden de kısaca ve yalnızca ana hatlarıyla da olsa bahsetmek gerekmektedir. Roma’da “Özel Yargılama Sistemi (Hususî Mahkemeler Nizamı)” (*Ordo Iudiciorum Privatorum*)⁸⁶⁹ ve “Sistem Dışı Yargılama (Nizam Harici Usul)” (*Cognitio Extra Ordinem*)⁸⁷⁰ olmak üzere iki farklı yargılama usulünün uygulandığı görülmektedir⁸⁷¹. Krallık Döneminden itibaren yaklaşık M.S. 4. yüzyıla kadar “Özel Yargılama Usulü”nün daha sonra ise “Sistem Dışı Yargılama”nın uygulandığı söylenebilir⁸⁷². “Özel Yargılama Sistemi”nin uygulandığı dönemde de ilk uygulanan usul “*Legis Actio*’lar Usulü”⁸⁷³ iken bu yargılama şekli yerini aşamalı

⁸⁶⁹ *Ordo iudiciorum privatorum*: Özel Yargılama Sistemi. Belli başlı özelliği, davanın önce *magistra* önünde düzenlenerek tespit edilmesi, sonra da özel bir şahıs olan hâkimin (*iudex, arbiter*) önünde karara bağlanması olmak üzere, iki aşamaya ayrılmasıydı, bkz. Umur, Lügat, s. 148; Berger, EDRL, s. 613; bu isim yaygın olarak kullanılmakla birlikte Romalılar tarafından verilmiş bir isim değil daha sonra Roma Hukuku literatüründe kullanılmaya başlanmış bir isimdir, kaynaklarda doğrudan bu şekilde geçmese bile bu ifadenin kaynaklarla çelişmediği savunulmaktadır, bu konuda bkz. Moritz Wlassak, **Römische Prozessgesetze, Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens**, zweite Abteilung, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig 1891, (Bd. II), s. 11; Wenger, Institutionen, s. 27, dn. 21; Kaser ve Hackl, s. 163, dn. 1; kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Erich Sachers, “*Ordo*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE Suppl. VII)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1940, s. 792 vd.

⁸⁷⁰ *Cognitio extra ordinem*: Sistem dışı yargılama (Nizam harici usul) veya Fevkalade Muhakeme Usulü. Son İmparatorluk Döneminde, hakların korunmasında yararlanılan yargılama usulü. Özel Yargılama Sisteminde (*Ordo iudiciorum privatorum*) dava iki aşama halinde görülmekteydi (dava önce *magistra* önünde tespit edildikten sonra, özel hâkim önünde karara bağlanırdı), Sistem Dışı Yargılamada dava bir kamu görevlisi önünde tek aşamada karara bağlanırdı. *Principatus* döneminde istisnai olan bu usul, Klâsik Sonrası Dönemden itibaren normal usul haline gelmişti, bkz. Umur, Lügat, s. 38; Berger, EDRL, s. 394; kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Moritz Wlassak, “*Cognitio*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE IV)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1900, (Cognitio), s. 206 vd., özellikle s. 215 vd.; Sachers, s. 793 vd.

⁸⁷¹ Umur, Roma Hukuku, s. 506 vd.; Özcan Karadeniz-Çelebican, **Roma Hukuku, Tarihî Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması**, Yeni Medenî Kanun’a Uyarlanmış 12. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, (Roma Hukuku), s. 275 vd.; Tahiroğlu ve Erdoğan, Roma Hukuku, s. 232; Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Hukukunda Plus Petitio Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, (Plus Petitio), s. 21.

⁸⁷² Umur, Roma Hukuku, s. 508; Karadeniz-Çelebican, Roma Hukuku, s. 275; Tahiroğlu ve Erdoğan, Roma Hukuku, s. 232.

⁸⁷³ *Legis actio*: Roma’da usul hukukunda kullanılan en eski dava şekli. En belirgin özelliği davanın *magistra* önündeki aşamasında belirli sözlerden oluşan kalıpların kullanılmasıydı ve önceden

olarak “*Formula Usulü*”ne⁸⁷⁴ bırakmıştır⁸⁷⁵. Klâsik Hukuk Dönemi boyunca uygulanan *formula* usulünün yerini de yaklaşık M.S. 4. yüzyıldan itibaren “Sistem Dışı Yargılama” almıştır⁸⁷⁶.

Roma Usul Hukukunda görülen bu değişim, *mutuum* için tanınan hukukî korumalarla ilgili olarak da önemli gelişmeleri beraberinde getirmiştir. *Mutuum*’a yönelik bu gelişmelerde *legis actio* usulünde ve bu usulden *formula* usulüne geçiş aşamasında çıkarılan bazı kanunlar önemli bir rol oynamıştır. Bu nedenle çalışmamızda bu kanunları, kanunlar çıkarılmadan önceki durumu ve bunların getirdiği değişiklikleri temel almak suretiyle, tarihî gelişimi de ortaya koymaya çalışacağız. Önce *legis actio* usulünün uygulandığı dönemdeki durumu ele alacağız ve bunu takiben de *formula* usulünün uygulandığı dönemde ne gibi değişiklikler olduğuna değineceğiz.

II. *LEGIS ACTIO* USULÜNÜN UYGULANDIĞI DÖNEMDEKİ DURUM

Roma’da yargılama usulünde yeni gelişmelere yol açan bazı kanunlar, *mutuum* için tanınan hukukî korumalarla ilgili önemli değişiklikler getirmiştir.

Çıkarılmış olduğu tarih tam olarak bilinmeyen fakat yaklaşık olarak M.Ö. 3. yüzyılın ikinci yarısında çıkarıldığı kabul edilen⁸⁷⁷ *lex Silia*⁸⁷⁸ ile konusu belirli

belirlenmiş olan bu kalıplardaki sözlerde yapılacak bir hata veya değişiklik bunu yapan tarafın davayı kaybetmesi sonucunu doğururdu. Beş farklı *legis actio* vardı. Bunlardan üçü hukuk usulüne (*legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, *legis actio per conditionem*), ikisi icra usulüne (*legis actio per manus iniunctionem*, *legis actio per pignoris capionem*) ilişkindi, bkz. Berger, EDRL, s. 541 vd.; Umut, Lügat, s. 112.

⁸⁷⁴ *Formula Usulü*: Özel Yargılama Sisteminde (*ordo iudiciorum privatorum*), *legis actio*’lardan sonra uygulanan usul. *Formula* belli bir düzene konmuş kelimelerden oluşan (*concepta verba*) yazılı bir belge anlamına gelmekteydi. Dava tıpkı *legis actio* usulünde olduğu gibi *formula* usulünde de iki farklı aşamada görüldü. Bununla birlikte *legis actio*’larda belirli sözlerin kullanılmasını gerektiren katı bir şekilcilik olmasına rağmen *formula* usulü ortaya çıkan yeni uyumsuzluklara da uyarlanıp uygulanabilen esnek ve gelişime açık bir yapıya sahipti, *formula* usulüyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kaser ve Hackl, s. 151 vd.; Kunkel ve Selb, s. 524 vd.; Umut, Roma Hukuku, s. 551 vd.; Hausmaninger ve Selb, s. 374 vd.; Karadeniz-Çelebican, Roma Hukuku, s. 292 vd.; Tahiroğlu ve Erdoğan, Roma Hukuku, s. 240 vd.; Türkoğlu Özdemir, *Formula*, s. 167 vd.

⁸⁷⁵ Umut, Roma Hukuku, s. 508; Karadeniz-Çelebican, Roma Hukuku, s. 275 vd.

⁸⁷⁶ Yargılama usullerindeki bu değişiklikler birden bire değil aşamalı olarak gerçekleşmiştir, önce eski usulle birlikte yeni usulün de uygulanmasına devam edilmiş, eski usulün zamanla uygulamadan kalkmasıyla birlikte yeni usul eski usulün yerini almıştır, bu konuda bkz. Moritz Wlassak, **Römische Prozessgesetze, Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens**, erste Abteilung, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig 1888, (Bd. I), s. 104; Sachers, s. 794; Umut, Roma Hukuku, s. 508; Karadeniz-Çelebican, Roma Hukuku, ss. 275-276 ; Tahiroğlu ve Erdoğan, Roma Hukuku, s. 232; Türkoğlu Özdemir, Plus Petitio, s. 22.

miktardaki para (*certa pecunia*) olan borç ilişkileri için *legis actio per conditionem* adı verilen yeni bir dava getirilmiştir⁸⁷⁹. *Lex Silia*'dan sonra çıkarıldığı kabul edilen⁸⁸⁰ *lex Calpurnia*⁸⁸¹ ile bu davanın konusu para dışındaki belirli bir şey (*aliae certae res*) olan borç ilişkileri için de açılabilmesi olanağı tanındı⁸⁸². Çalışmamızda öncelikle, *mutuum*'dan doğan ödünç alacaklarının takibi için açılabilen *legis actio per conditionem* getirilmeden önce *mutuum* için tanınmış bir hukukî korumanın olup olmadığına yönelik tartışmalara değineceğiz. Daha sonra *legis actio per conditionem*'i ele alacağız.

A. *Legis Actio Per Conditionem*'in Getirilmesinden Önceki Durum

Mutuum için henüz *legis actio per conditionem* getirilmemişken başka bir dava açılmasının mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmaların ele alınmasından önce *stipulatio*⁸⁸³ adı verilen sözlü şekle tâbi sözleşmenin ödünç ilişkilerinde ve *mutuum* için tanınmış hukukî korumalar bakımından taşıdığı öneme değinmek gereklidir. Ödünç verilmesi sırasında ayrıca bir *stipulatio*'nun da yapılmış olması,

⁸⁷⁷ Bu kanunun ortaya çıkış tarihine ilişkin görüşler için bkz. Kaser, *Ius*, s. 284, dn. 4; Jolowicz, s. 198; von Lübtow, *Condictio*, s. 106; Alan Martin Prichard, "The Origin of the «*Legis Actio per Conditionem*»", *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Cilt: I, Jovene, Napoli, 1964, s. 261; Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 98, dn. 364, s. 107; Max Kaser, *Ius Gentium*, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien, 1993, (*Ius Gentium*), s. 127, dn. 516; Kaser, *Ius Honorarium*, s. 52, dn. 252; Kaser ve Hackl, s. 111, dn. 4, dn. 5; Umur, *Roma Hukuku*, s. 536; Watson, *Evolution*, s. 9; Mayer-Maly, s. 156; Hähnchen, s. 39; Cannata kanunun M.Ö. 3. yüzyılın ilk yarısında, *lex Aquilia* (muhtemelen M.Ö. 286) ile aynı dönemde çıkarıldığını savunmaktadır, bkz. Carlo Augusto Cannata, "Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen", *SDHI (Studia et Documenta Historiae et Iuris)*, Cilt: 53, 1987, s. 300, dn. 11.

⁸⁷⁸ *Lex Silia de conditione*: Konusu belirli bir miktar para olan borçları takip etmek için kullanılacak olan *legis actio per conditionem*'i düzenleyen ve çıkarıldığı tarih tam olarak bilinmeyen kanun (M.Ö. 200 civarları), bkz. Umur, *Lügat*, s. 124.

⁸⁷⁹ *Gai. Inst.* 4. 19; Daube, *Self-Understood*, s. 1281; Watson, *Evolution*, s. 10; Umur, *Roma Hukuku*, s. 536; Kaser ve Hackl, s. 111.

⁸⁸⁰ Pernice, *Labeo I*, s. 423 vd.; Stintzing, *Condictio*, s. 10; Roby, s. 345; Ignacy von Koschimbahr-Lyskowski, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, Bd. II, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1907, s. 40; Buckland, *Textbook*, s. 617; von Lübtow, *Condictio*, s. 106; Schwarz, s. 280; Prichard, s. 261, s. 267; Kaser, *RP I*, s. 170; Daube, *Self-Understood*, s. 1281; Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 97; Umur, *Roma Hukuku*, s. 536; Watson, (*RPL*), s. 126; Watson, *Evolution*, s. 9, s. 10; Alan Watson, "Artificiality, Reality and Roman Contract Law", *TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)*, Cilt: 57, 1989, (*Roman Contract Law*), s. 151; Mayer-Maly, s. 156; Hähnchen, s. 39; Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 95, dn. 10.

⁸⁸¹ *Lex Calpurnia de conditione*: M.Ö. 200 seneleri civarında çıkarılmış ve konusu belirli şeyler olan bütün uyumsuzlukları *legis actio per conditionem* dava şekli ile talep etmek olanağını sağlamış olan kanun, bkz. Umur, *Lügat*, s. 115.

⁸⁸² Bkz. Umur, *Roma Hukuku*, s. 537; Kaser ve Hackl, s. 113.

⁸⁸³ Bkz. yuk. dn. 1.

ödünç alacağının takibi açısından önemli bir yer tutmaktadır. Çünkü *mutuum* ile birlikte bir *stipulatio*'nun da yapılmış ve ödücün (faizli veya faizsiz olarak) bu *stipulatio* ile taahhüt edilmiş olması halinde *legis actio* usulünde *stipulatio* için tanınmış olan davanın açılması olanağı doğmaktadır. *Stipulatio* yapılmış olup olmamasının ödünç alacakları için taşıdığı bu önem nedeniyle *mutuum* ile birlikte bir *stipulatio*'nun da yapılması suretiyle veya *stipulatio* yapılmaksızın yalnızca *mutuum* ile ödünç verilmiş olması olasılıklarını ayrı başlıklar altında ele alacağız.

1. *Mutuum* ile Birlikte Bir *Stipulatio*'nun da Yapılmış Olması Durumunda Tanınan Hukukî Korumalara İlişkin Görüşler

Roma Hukukunda özellikle ticarî amaçlı ödünçlerde *mutuum* ile birlikte ödücün geri ödeneceğine dair ve tarafların özel anlaşmalarını da içeren bir *stipulatio*'nun yapılması çok sık görülen bir durumdu⁸⁸⁴. Hatta önceleri ödünç verilmesi ile *stipulatio* arasında kesin bir bağlantı olduğunu ve ödünç işleminin *lex Silia* ve *lex Calpurnia*'dan önce de tanındığını fakat bu kanunlardan önce ödünç para verilmesinin ancak *stipulatio* yoluyla gerçekleşebileceğini savunanlar vardır⁸⁸⁵.

⁸⁸⁴ Buckland, Textbook, s. 463; Kaser, *Mutuum*, s. 156; Prichard, s. 267, dn. 28; Watson, RPL, s. 125; Kaser, *Ius Honorarium*, s. 51; Zimmermann, s. 156; Mayer-Maly, s. 127; Kaser ve Knütel, s. 231; Peter Gröschler, "Die Konzeption des *mutuum cum stipulatione*", **TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 74, 2006, s. 265; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 159.

⁸⁸⁵ Buckland *mutuum*'un çok sık rastlanan bir işlem olmadığını, çünkü iade için (genellikle faizi de içeren) bir *stipulatio* yapıldığını ve ödünç *stipulatio* ile takviye edildiğinde *stipulatio*'nun ödücün yerini aldığını ifade etmektedir, bkz. Buckland, *Institutions*, s. 264; Buckland, Textbook, s. 463; Watson tüketim ödücünün sık rastlanan bir işlem olduğunu fakat bunun tüketim ödücü işlemlerinde *mutuum*'un yaygın olarak kullanılmış olduğu anlamına gelmediğini belirtmektedir. Watson'a göre ticarî ödünçlerde genellikle faiz talep edildiği için ve bu da bir *stipulatio*'nun yapılmasını gerektirdiği için, uygulamada *stipulatio* faizin yanı sıra anaparayı da kapsayacak şekilde yapılmaktaydı ve bu tip ödünçlerde temel işlem *mutuum* değil *stipulatio* idi, bkz. Watson, RPL, s. 125; Buckler, *lex Silia* çıkarılmadan önce ödünç para verilmesiyle *stipulatio* arasında zorunlu bir bağlantı olduğunu, yani *stipulatio* yapılmadan ödünç para (*pecunia credita*) verilemediğini savunmaktadır, bkz. Buckler, s. 101; Voigt, kredi işlemlerinin (*credere*) en eski ve tek şeklinin *stipulatio* olduğunu savunmaktadır, bkz. Moritz Voigt, **Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer, Bd. IV: Die gemeinsame Tendenz des ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer**, Ernst Julius Günther, Leipzig, 1875, (Ius Naturale IV), s. 402, dn. 30; Behrends de tıpkı Voigt gibi eski dönemlerde kredi hukukuna egemen olan ve ödünç işlemlerinde kullanılan tek sözleşmenin *stipulatio* olduğunu savunmaktadır, bkz. Behrends, *Zwölftafelprozess*, ss. 7, 34, 38 vd., 151 vd.; Kaser ve Hackl, Behrends'in görüşlerine şüpheyile yaklaşmaktadır ve *stipulatio*'nun eski Roma'da ödünç verme için kullanılan tek işlem olduğuna ve bunun yanında borç doğurucu etkiye sahip bir *nexum*'un mevcut olmadığına yönelik görüşleri kabul etmemektedir, bkz. Kaser ve Hackl, s. 108, dn. 7; Schwarz, ödücün iş yaşamında genellikle *stipulatio* ile birlikte yapılmasının mutad olduğu yönündeki görüşe karşı çıkmakta ve *stipulatio* yapılmadan yalnızca malın mülkiyetinin devredilmesiyle (*datio*) verilen ödücün de çok sık görüldüğünü savunmaktadır, bkz. Schwarz, s. 290; Raber, Klâsik dönem Roma

Stipulatio yapılmak suretiyle verilen ödünçler için, *legis actio per conditionem* usulü getirilmeden önce (yani yaklaşık olarak M.Ö. 3. yüzyılın ikinci yarısına kadar), açılacak olan dava, XII Levha Kanunuyla getirildiği kabul edilen⁸⁸⁶ *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*⁸⁸⁷ idi⁸⁸⁸. Doktrinde *stipulatio* için getirilmiş olan bu davanın yanı sıra *stipulatio*'dan doğan alacaklar için bu davadan daha eski olan *legis actio sacramento in personam*'ın⁸⁸⁹ da açılabilceği genellikle kabul edilmektedir⁸⁹⁰.

Hukukçuları için *mutuum*'un *stipulatio*'dan bağımsız, münferit bir işlem olduğunu belirtmektedir, bkz. Raber, s. 75; Gröschler ticarî ödünçlerde *mutuum* ile birlikte bir *stipulatio*'nun da yapılmasının mutad olduğunu belirtmekle birlikte, *stipulatio* yapılmadan da ödünç verildiğini ve *mutuum*'a ek olarak bir *stipulatio* yapılmasının zorunlu olmadığını, *mutuum*'un başlı başına yükümlülük doğuran bir işlem olduğunu kabul etmektedir, bkz. Gröschler, s. 265.

⁸⁸⁶ Berger, EDRL, s. 542; Bruno Schmidlin, “Zur Bedeutung der *legis actio*: Gesetzesklage oder Spruchklage?”, **TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 38, 1970, s. 370; Behrends, Zwölftafelprozess, s. 39 vd.; Max Kaser, “‘Unmittelbare Vollstreckbarkeit’ und Bürgenregress”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 100, 1983, (Vollstreckbarkeit), s. 111; Kaser, *Ius Honorarium*, s. 51; Detlef Liebs, “The History of the Roman *Condictio* up to Justinian”, **The Legal Mind, Essays for Tony Honoré**, edited by Neil MacCormick and Peter Birks, Clarendon Press, Oxford, 1986, (*Condictio*), s. 164; Wieacker, RG, s. 259; Kaser, *Ius Gentium*, s. 140; Kaser ve Hackl, ss. 86, 107; de Zulueta, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*'in XII Levha Kanunuyla getirildiği tahmin edildiğini, fakat bunun kesin olmadığını belirtmektedir, bkz. Francis de Zulueta, “The New Fragments of Gaius, Part III: The *legis actiones*”, **The Journal of Roman Studies**, Cilt: 26, Part 2 (1936), (*Legis Actiones*), s. 176; doktrinde *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*'in XII Levha Kanunundan önce ortaya çıktığı ve XII Levha Kanunu ile bu davanın yalnızca kanun hükmüne bağladığı görüşü de savunulmaktadır, bu görüş ve görüş taraftarı yazarlar ve eserleri için bkz. Kaser ve Hackl, s. 107, dn. 2.

⁸⁸⁷ *Legis actio per iudicis (arbitrivi) postulationem*: Hâkim veya hakem talebi ile olan hukuk usulüne ilişkin olan bu dava şekline hangi hallerde başvurulabileceği kanun tarafından belirlenmekteydi. XII Levha Kanununa göre tereke taksimi (*actio familiae erciscundae*), konusu para olan *stipulatio* sözleşmesinden doğan uyumsuzluklar ve ortak malın taksimi (*actio communi dividundo*) için bu dava şekline başvurulmakta idi, bkz. Umur, Lügat, s. 112.

⁸⁸⁸ *Gai. Inst.* 4. 20; Kreller, *Mutuum*, s. 580; Kaser, *Ius Honorarium*, s. 51; Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 97; Liebs, *Condictio*, s. 164; Kaser, *Ius Gentium*, s. 153.

⁸⁸⁹ *Legis actio sacramento in personam*: Konusu şahsi hak olan *legis actio*. Bu davalarda, taraflar *magistra* önüne giderek, davacı iddiasını ileri sürer, davalı inkâr ederse, *sacramentum*'a başvurularak, hâkimin kararına uyulacağı kabul edilirdi. *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinin *legis actio sacramento in personam*'a ilişkin kısmında (*Gai. Inst.* 4. 17) okunamayan yaklaşık 48 satır bulunması nedeniyle bu dava hakkında fazla bilgi yoktur, bkz. Theodor Kipp, “*Condictio*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE IV, 1)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1900, (*Condictio*), s. 848; Umur, Lügat, s. 113.

⁸⁹⁰ *Gai. Inst.* 4. 20'ye bakıldığında, *Gaius*'un böyle alacaklar için *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*'in yanı sıra *legis actio sacramento in personam*'ın da açılabilceğini belirttiği görülmektedir: “...cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agi, ualde quaeritur.” : “...çünkü bize verilmesi gereken şey için ya *sacramentum* ya da *iudicis postulatio* (hâkim (veya hakem) talebi) ile dava açabilirdik.”; de Zulueta, XII Levha Kanunundan önce *stipulatio* (sponsio) borçları için *legis actio sacramento in personam*'ın açılıp açılmadığı hakkında kesin bir bilgiye sahip olmamıza rağmen, XII Levha Kanunundan sonra *stipulatio* borçları için her halükârda *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*'in yanı sıra bu davanın da açılabilceğini savunmaktadır, bkz. de Zulueta, *Legis Actiones*, s. 184; Behrends, ise *Gaius*'un metninde *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*'in yanı sıra *legis actio sacramento in personam*'ı da zikretmiş olmasının anakronik olduğunu savunarak bu metne şüpheyile yaklaşmakta ve bu tip alacaklar için *legis actio sacramento in personam*'ın açılmayacağını savunmaktadır, bkz. Behrends, *Zwölftafelprozess*, ss. 7, 99, dn. 368; karşı görüşteki Liebs ise XII Levha Kanunundan önce

Kaser/Hackl'a göre XII Levha Kanunuyla getirilen yeni yargılama usulü olan *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* ile *patricii* ve *pleb*'ler arasında toplumsal gerginliğin olduğu XII Levha Kanunu döneminde öncelikle kredi alanın (yani genellikle ödünç alan konumunda olan *pleb*'lerin) korunmak istendiği görülmektedir⁸⁹¹.

2. *Stipulatio* Yapılmadan Verilen Ödünçler (*Stipulatio*'suz *Mutuum*) İçin Tanınan Hukukî Korumalara İlişkin Görüşler

Stipulatio yapılmadan verilen ödünçler için *legis actio per conditionem* getirilmeden önce bir hukukî koruma sağlanmış olup olmadığı ve bir hukukî koruma sağlandıysa bunun ne şekilde gerçekleştiği hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Günümüzde doktrinde genellikle kabul edilen görüşe göre, *stipulatio* yapılmaksızın yalnızca ödünç konusunun verilmesiyle (*mutui datio*) ödünç ilişkisinin hiçbir şekle tâbi olmadan kurulmuş olduğu durumlarda⁸⁹², *mutuum* için hukukî koruma sağlanıp bu ilişkiden doğan hakkın talep edilebilmesi ancak -yaklaşık olarak M.Ö. 3. yüzyılın ikinci yarısında çıkarıldığı kabul edilen- *lex Silia* ve *lex Calpurnia* ile getirilen *legis actio per conditionem*'den sonra mümkün olmuştur. Başka bir ifadeyle *mutuum* için tanınan ilk davanın *legis actio per conditionem* olduğu ve *legis actio per conditionem*'in getirilmesinden önce bir hukukî korumanın olmadığı

stipulatio'dan doğan bu taleplerin *legis actio sacramento in personam* ile takip edilmesi gerektiğini savunmaktadır, bkz. Liebs, *Condictio*, s. 164, dn. 6; Kaser ve Hackl *stipulatio* için yeni getirilen bu davanın yanında eskiden beri mevcut olan *legis actio sacramento in personam*'in da açılabileceğini savunmaktadır, bkz. Kaser ve Hackl, s. 109; aynı yönde bkz. Kaser, *Vollstreckbarkeit*, s. 111; Selb ve Waldstein da *sponsio-stipulatio*'nun yanı sıra verme yükümlülüğü (*dare oportere*) doğuran diğer durumlar için de *legis actio sacramento in personam*'in açılabilceğini savunmaktadırlar, bkz. Walter Selb, "Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des *iudex* in der *legis actio*", **Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel**, herausgegeben von Dieter Nörr und Dieter Simon, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1984, s. 410 vd., s. 433 vd.; Wolfgang Waldstein, "Haftung und *dare oportere*", **Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag**, herausgegeben von Georg Klingenberg, J. Michael Rainer, Herwig Stiegler, Leykam Buchverlag GmbH, Graz, 1992, s. 523 vd.

⁸⁹¹ Kaser ve Hackl, s. 108.

⁸⁹² Liebs, eski çağlarda borçlusuyla *nexum* (Liebs'in tanımlamasıyla "kendini borch kölesi haline getirme" [*Selbstverknechtung*]) yapmadan, borçlusuna geri ödemeyi *stipulatio* ile taahhüt ettirmeden veya ödünç ilişkisini yazılı olarak hesap defterine kaydetmeden herhangi bir şekle tâbi olmaksızın ödünç veren kişinin, ödünç konusunun iadesi için mahkemeden hukukî koruma talep edemeyeceğini belirtmektedir. Liebs'e göre erken dönem Roma Hukukunda ödünçten doğan alacağın talep edilmesi ancak bu ödünçün şekle tâbi başka bir işlemin de yapılarak verilmiş olması halinde mümkün olurdu ve şekle tâbi olmadan verilen ödünçlerin iadesinin mahkeme yoluyla talep edilmesi, eski dönemlerde mümkün değildi, bkz. Liebs, *Römisches Recht*, s. 242; aynı yönde bkz. Prichard, s. 265 vd., ayrıca bkz. aşa. dn. 898'e ait metin.

savunulmaktadır⁸⁹³. Bununla birlikte *mutuum* için söz konusu kanunların çıkarılmasından önce açılacak bir dava olmadığını savunan yazarlar arasında, şekle tâbi olmadan verilen ödünçün dava yoluyla olmasa bile başka şekillerde korunduğunu ileri sürenlerin olduğu görülmektedir. Örneğin *mutuum*'un *legis actio per condictioem*'in getirilmesinden önce de bir sözleşme olarak mevcut olduğunu savunan Karlowa, arkadaşlığa ve menfaat beklemeksizin karşılıksız yardımlaşmaya dayanan bu işlemde doğan hakların *legis actio per condictioem* öncesinde dava dışı yollarla korunduğunu savunmaktadır⁸⁹⁴. Karlowa'ya göre ödünç veren bir kimse tamamen korunmasız değildi, bu kimse için *lex* (kanun) ile bir dava tanınmamış olsa bile bu kişi *ius* (hukuk) kapsamında kralın (veya *magistra*'nın) yargılama yetkisi dolayısıyla (*iurisdictio*) kendisine hukuki koruma sağlanmasını talep etmeliydi⁸⁹⁵. *Mutuum*'dan doğan uyuşmazlıklarda tanınacak hukukî koruma ise çekişmeli bir dava değil yalnızca bir *iurgium*⁸⁹⁶ idi⁸⁹⁷. Eski dönemlerde şekle tâbi olmadan verilen ödünçlerin iadesinin dava yoluyla talep edilmesinin mümkün olmadığını savunan Liebs'e göre ise, arkadaşlar arasında veya komşular arası dayanışma çerçevesinde elden verilen ödünçün (*mutuum*'un) iadesi dava yoluyla olmasa da örf ve adet

⁸⁹³ Lübbert, s. 316; Prichard, s. 265'te *mutuum*'un Cumhuriyet Döneminin ortalarına kadar dava edilemediğini belirtmektedir; Daube, Self-Understood, s. 1281; Behrends, Zwölftafelprozess, s. 103, dn. 393; Diósdí, Contract, s. 31; Watson, Evolution, s. 9; Watson, Roman Contract Law, s. 151; Kaser, Ius Gentium, s. 153; Maurenbrecher, s. 31; Kaser ve Hackl, s. 112; *mutuum* için hukukî koruma sağlanmasının ancak *lex Silia* ve *lex Calpurnia* ile *legis actio per condictioem*'in getirilmesinden sonra gerçekleştiğini savunan yazarlardan farklı olarak, *mutuum* için dava açılabilmesinin daha da sonraki bir tarihte, aşağıda ayrıca ele alacağımız *lex Aebutia*'nın çıkarılmasından ve *ius gentium*'un oluşmasından sonra gerçekleştiğini savunan Voigt, bu görüşünü *mutuum*'un bir *ius gentium* kurumu olmasına bağlamaktadır, bkz. Voigt, Ius Naturale IV, s. 614 vd.

⁸⁹⁴ Karlowa, Legisactionen, ss. 39, 235.

⁸⁹⁵ Karlowa, Legisactionen, s. 39.

⁸⁹⁶ *Iurgium*: Münakaşa, ihtilaf, kavga. Bir taşınmaz üzerinde ortaklığın giderilmesi, komşu taşınmazlar arasındaki sınır uyuşmazlıkları veya aile üyeleri arasındaki hukukî uyuşmazlıklar gibi bir hakem önüne götürülen uyuşmazlıklar için kullanılan terim. Bu tip uyuşmazlıkların bir davadaki kadar çekişmeli olmadığı kabul edilmekteydi. Bunların bir anlamda günümüzdeki çekişmesiz yargı alanına giren işlere benzediği söylenebilir, bu konuda bkz. Berger, EDRL, ss. 523, 565 ("*Lis*" başlığı altındaki açıklama); Umur, Lügat, s. 98; *iurgium* ile ilgili farklı görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Voigt, Ius Naturale IV, s. 447 vd.; Karlowa, Legisactionen, s. 5 vd.; Mitteis, RP, ss. 31, dn. 7, 51, dn. 28; Rudolph Leonhard, "*Iurgium*", **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE X, 1)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1918, (Iurgium), s. 1146; Egon Weiss, "*Lis*", **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE XIII, 1)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1926, (Lis), s. 729; Kaser ve Hackl, ss. 58, dn. 20, 75, dn. 35.

⁸⁹⁷ Karlowa, Legisactionen, s. 39, s. 127; Karlowa hem "uyuşmazlık" hem de "uyuşmazlık konusu olan şey" anlamına gelen "*lis*" kavramı ile "*iurgium*" kavramı arasında tıpkı "*lex*" ve "*ius*" kavramları arasında olduğu gibi bir karşıtlık ilişkisi olduğunu iddia etmektedir, fakat doktrinde "*lis*" ve "*iurgium*"un karşıt kavramlar oldukları görüşünü kabul etmeyenler de vardır; Leonhard, Iurgium, s. 1146'da "*iurgium*"un hem "*lis*" ile aynı hem de ondan farklı olabileceğini savunmaktadır; Weiss, Lis, s. 729'da "*lis*"ten farklı ve "*iurgium*" olarak adlandırılmış ikinci bir hukukî uyuşmazlık grubunun bulunmadığını savunmaktadır.

kuralları gereğince en az dava kadar etkili bir yolla sağlanırdı: aldığı ödünçü geri vermeyen kişi, kapalı tarım toplumunda hayati öneme sahip olan komşuluk ilişkilerinin bozulması ve kendisinin güvenilir bir kişi olduğu bilgisinin yayılması tehdidi altında kalırdı⁸⁹⁸.

Diğer yandan *legis actio per conditionem* getirilmeden önce her hangi bir şekle tâbi olmadan yalnızca ödünç konusunun verilmesiyle yapılan *mutuum*'dan doğan alacağın başka bir *legis actio* türü olan *legis actio sacramento in personam*⁸⁹⁹ ile talep edilebileceğini savunanlar da vardır⁹⁰⁰. *Mutuum* için *legis actio per conditionem* getirilmeden önce *legis actio sacramento in personam*'ın açılabilirliğini savunanlar arasında, bu davanın hangi hukukî sebebe dayandığı konusunda görüş ayrılıkları olduğu görülmektedir. İşte *mutuum* için tanınan hukukî koruma ve bu korumanın dayanağı ile sözleşmenin kökeni arasındaki bağlantı tam da bu görüş ayrılıkları çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. *Mutuum* için açılabilirliği iddia edilen *legis actio sacramento in personam*'ın hukukî dayanağı bir görüşe göre sebepsiz zenginleşme⁹⁰¹, başka bir görüşe göre (hırsızlığa veya güveni kötüye

⁸⁹⁸ Liebs, Römische Recht, s. 242; Liebs başka bir eserinde de benzer şekilde sıkı toplumsal ilişkilerin tarafların anlaşmalarına uygun davranmalarını sağlamanın garantisi olacak derecede önem taşıdığını belirtmektedir, bkz. Liebs, Klagenkonkurrenz, s. 99; aynı yönde bkz. HKK/Meyer-Pritzl § 607 609, s. 686.

⁸⁹⁹ *Legis actio sacramento in personam*'a ilişkin olarak bkz. yuk. dn. 889.

⁹⁰⁰ von Koschimbahr-Lyskowski, s. 320; Kreller, *Mutuum*, s. 581; de Zulueta, *Legis Actiones*, s. 184; Kaser, *Ius*, s. 286 vd., Kaser daha sonra bu konudaki görüşünü değiştirmiştir, bkz. aşağı. dn. 902; von Lübtow, *Condictio*, s. 90; Schwarz, s. 279; Girard, eski dönemlerde şekle bağlı olmadan verilen *mutuum*'un aslında dava doğurmayan basit bir *pactum* olduğunu belirtmiş olsa da daha sonra bu sözleşme için sebepsiz zenginleşme ilkesine dayanılarak *legis actio sacramento in personam*'ın açılabilirliğini savunmaktadır, bkz. Girard, s. 551; de Zulueta, *legis actio per conditionem*'den önce, en azından para ödünçleri için *legis actio sacramento in personam*'ın açılabilirliğini savunmaktadır, bkz. de Zulueta, *Commentary*, s. 149; MacCormack, XII Levha Kanunundan önce *mutuum*'dan kaynaklanan talepler için *legis actio sacramento in personam*'ın açılıp açılmadığının şüpheli olduğunu belirtmekle beRaber XII Levha Kanunundan sonra *mutuum*'dan doğan alacakların bu dava ile takip edilebileceğini ifade etmektedir, bkz. MacCormack, *Gift*, s. 143.

⁹⁰¹ Girard, s. 551; *mutuum*'un *lex Silia* ve *lex Calpurnia*'dan itibaren, hatta muhtemelen çok daha önceden beri dava edilebilir olduğunu ileri sürmekte olan de Zulueta, bu durumun taraflar arasındaki anlaşmadan çok sebepsiz zenginleşmeye dayandığını belirtmektedir, bkz. de Zulueta, *Commentary*, s. 146, s. 149; Buckland, *nexum* yapılmadan verilen yalın ödünçün geri ödenmemesi halinde real sözleşme kavramının ortaya çıkmasından çok önce de sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak iadesinin talep edilebileceğini belirtmekle beRaber sebepsiz zenginleşme iddiasıyla açılacak davanın *legis actio sacramento in personam* olup olmadığı hakkında herhangi bir bilgi vermemektedir, bkz. Buckland, *Institutions*, s. 263; Jolowicz, şekle tâbi olmayan *mutuum*'dan kaynaklanan talepler için dava hakkının tanınmadığı dönemler olduğunu ve *mutuum* için dava hakkının ilk olarak ne zaman tanındığının bilinmediğini ifade etmekle birlikte *mutuum*'un dava edilebilir olmasının onun bir sözleşme olarak tanınmasına değil kimsenin başkası aleyhine sebepsiz olarak zenginleşemeyeceği ilkesine dayandığını yani ödünç alanın iade borcunu yerine getirmemesi durumunda ödünç alanın veren aleyhine sebepsiz zenginleşmiş olacağını ve *mutuum*'dan doğan alacağın da sebepsiz zenginleşme olgusuna dayanılarak dava edilebileceğini belirtmektedir. Ayrıca Jolowicz, *mutuum*'dan kaynaklanan taleplerin dava

kullanmaya benzeyen) haksız fiil⁹⁰², diğer bir görüşe göre ise sebepsiz zenginleşme veya hırsızlık benzeri davranış değil mülkiyetin devralınmasıyla ortaya çıkan bir borcun varlığıdır⁹⁰³. Bu görüşlerden *mutuum*'daki hukukî ilişkinin haksız fiillere benzemesi dolayısıyla bu dava için *legis actio sacramento in personam*'ın açılmasının da haksız fiillerle olan bu benzerlikten kaynaklandığını savunan görüş, *mutuum*'dan doğan talebi haksız fiiller ile bağdaştırarak, *mutuum*'un kökenine ilişkin dikkat çekici varsayımlar ileri sürmüştür. 20. yüzyılın ortalarına kadar baskın nitelik kazanmış olan bu görüş, daha sonra ciddi itirazlarla karşılaşmıştır. Günümüzde bu konuda ileri sürülen teorilerin kesin kanıtların olmaması nedeniyle tahminlerden ibaret kalmaya mahkûm olduğu görüşü ağır basmaktadır⁹⁰⁴.

edilebilmesinin *legis actio per conditionem* ile başladığı yönündeki görüşleri kabul etmemekte ve bu tip alacaklar için *legis actio per conditionem*'den önce *legis actio sacramento*'ya başvurulabileceğini savunmaktadır, bkz. Jolowicz, ss. 296, 297 vd., 565.

⁹⁰² von Koschimbahr-Lyskowski, s. 320; Kaser, Ius, s. 286 vd.; von Lübtow, *Condictio*, s. 90; Schwarz, s. 279; Kaser, RP I, s. 593'te belirli bir şeyin iadesine yönelik olan *condictio*'nun ne şekilde ortaya çıktığının karanlık olduğunu belirtmekle birlikte hukuka aykırı bir şekilde zorla alınan paranın alıkonulmasından, yani hırsızlık ve malı hukuka aykırı olarak edinme suçundan (veya güveni kötüye kullanma benzeri bir suçtan) doğmuş olabileceğini ileri sürmektedir. Kaser'e göre şekle tâbi olmayan ödünç önceleri bağlayıcı bir sözleşme olarak görülmüyordu ve ödünçten doğan iadeyi talep etme hakkı sözleşmeye değil "başkasının parasının" (*aes alienum*) alıkonulmuş olduğu düşüncesine dayanırdı. Bu nedenle de ödünç alınan paranın geri ödenmemesi suç oluştururdu ve bu da hırsızlığa dayanarak açılacak *condictio furtiva* ile ödünçten doğan *condictio*'nun aynı kökten gelmiş olabileceklerini göstermektedir, bu yönde ayrıca bkz. Max Kaser, "Zur iusta causa traditionis", **Bulletino dell'Institut di diritto Romano (BIDR)** 64, 1961 (Yeni Seri: BIDR³ 3), (Iusta Causa), s. 73; fakat belirtmek gerekir ki Kaser önceleri ödünç ve hırsızlıktan doğan *condictio*'nun ortak bir kökten gelme olasılıkları olduğunu savunmaktayken, daha sonra bu görüşü terk etmiştir, bkz. Kaser, Ius Honorarium, s. 22, dn. 89; Kaser, Ius Gentium, s. 155, dn. 632; Kaser ve Hackl, s. 335, dn. 57; Kaser, *condictio* ile ilgili taleplerin dayanağının haksız fiillerde değil, *Stoa* felsefesinden etkilenerek geliştirilen ve kimsenin bir başkası aleyhine zenginleşmemesi yönündeki hakkaniyet ilkesinde aranması gerektiğini savunmaktadır, bkz. Kaser ve Knütel, s. 285; Zimmermann, s. 836, dn. 20'de Kaser'in eski görüşüne atıf yapmakta, fakat Kaser'in bu konudaki görüşünü daha sonra değiştirmiş olmasına değinmemektedir; bu yöndeki bir eleştiri için bkz. Hähnchen, s. 38, dn. 123.

⁹⁰³ MacCormack, Gift, s. 143, dn. 33, ayrıca karşı. Nicholas, s. 160, s. 167 vd.

⁹⁰⁴ Behrends, *mutuum* için açılacak davanın haksız fiil düşüncesine dayandığı görüşünü kabul etmemekte ve bu görüşün *mutuum*'un bir *ius gentium* kurumu olmasıyla da bağdaşmadığını savunmaktadır, bkz. Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 103, dn. 393, Behrends, *Nexum*, s. 584, dn. 98; ödünç ve hırsızlıktan doğan *condictio*'nun aynı kökten gelmediğini ileri süren MacCormack, *mutuum*'un komşular arasında dostça bir yardımlaşmaya dayandığını savunan yazarların, borcun geri ödenmemesi durumunu hırsızlığa benzer bir haksız fiil olarak nitelendirmelerinin yerinde olmadığını savunmaktadır, bkz. MacCormack, Gift, s. 141, dn. 29; benzer yönde görüş belirten Liebs de *mutuum* ve *furtum* arasında ortak bir nokta bulunmadığını savunmaktadır, bkz. Liebs, *Condictio*, s. 164, dn. 4; Watson, *legis actio per conditionem*'in ortaya çıkışından önce şekle bağlı olmayan ödünç sözleşmesi için aynı bir dava olan *legis actio per sacramentum*'un açılabilmesi iddiası için bir kanıtın bulunmadığını ve *mutuum* için böyle bir davanın açılabilmesinin kabul edilmesi halinde *condictio*'ya neden ihtiyaç duyulduğunun daha zor açıklanabilir hale geleceğini savunmaktadır, bkz. Watson, *Evolution*, s. 10, dn. 14, s. 126; Hähnchen da *mutuum* ve haksız fiil arasında bir bağlantı olduğunu savunan görüşlerin varsayımlardan öteye gitmeyeceğini belirtmektedir, bkz. Hähnchen, s. 38; daha önce *mutuum*'un kökeninin hırsızlığa benzer bir haksız fiilden kaynaklanıyor olabileceğini düşünen ve bu görüşünü daha sonra değiştirmiş olan Kaser bile görüşü ilk ileri sürdüğü dönemlerde kaynaklarda

Stipulatio yapılmaksızın verilen yalın ödünçün (*mutui datio*) yabancılarla da uygulandığından şüphe edilememelidir ve *Gaius*'a göre bu işlem *ius gentium*'a aittir (*Gai. Inst. 3. 132*)⁹⁰⁵. Bir yabancıyla yapılmış olan ödünç sözleşmesi için tanınan hukukî korumanın mahiyeti ise belirsizdir⁹⁰⁶. Kaser/Hackl'a göre burada bir *actio in factum* veya farazi şekil kullanılmış olması pek muhtemel değildir⁹⁰⁷. En akla yakın gelen olasılık *condictio*'nun (ve *actio ex stipulatu*'nun) *oportere*'sinin⁹⁰⁸ yabancılar için de kabul edilmesi ve böylece onlar için de aynı şeklin kullanılmış olmasıdır⁹⁰⁹. Erken dönemlerde Romalı olmayanlarla yapılan şekle bağlı olmadan paranın verilmesiyle kurulan ödünç sözleşmesinden doğan geri ödeme yükümlülüğü *fides*'e değil "denkleştirici adalet" anlamında olmak üzere *aequitas*'a dayanırdı⁹¹⁰.

B. Lex Silia ve Lex Calpurnia ile Getirilen Yeni Dava: Legis Actio Per Condictioem

XII Levha Kanunundan sonra ihdas edilmiş olan tek ve dolayısıyla en yeni *legis actio* türü *legis actio per condictioem*'dir⁹¹¹. *Legis actio per condictioem*'e dair bütün bildiklerimiz *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserindeki anlatımlarına

haksız fiile dayanan bir (öncü) davaya yönelik açık ve somut herhangi bir ize rastlanmadığını kabul etmektedir, bkz. Kaser, *Ius*, s. 288; ayrıca bkz. Diósdí, *Contract*, s. 31, dn. 22; Hähnchen, s. 38, dn. 123.

⁹⁰⁵ Kaser, *Ius Honorarium*, s. 20, dn. 70; *Gai. Inst. 3. 132*: "Unde non proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis iuris gentium est." : "Bunun neticesi olarak yabancıların da kasa kayıtlarıyla borçlandıklarını söylemek doğru değildir, çünkü bunlar bizzat kayıt ile değil, paranın verilmesiyle borçlanmışlardır, bu borç türü ise *ius gentium*'dandır (kavimler hukukundandır)."

⁹⁰⁶ Kaser ve Hackl, s. 155.

⁹⁰⁷ Kaser ve Hackl, s. 155, dn. 36.

⁹⁰⁸ *Oportere*'nin *ius civile* uyarınca yükümlülük altına girmeyi ifade eden teknik bir terim olduğu kabul edilmektedir, Max Kaser, "Oportere und ius civile", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 83, 1966, (*Oportere*), s. 1, ancak Kaser aynı yerde bu terimin *praetor* tarafından yayınlanan beyannamede (*edictum*) *ius civile* ile bağlantılı olmadan da kullanıldığını ifade etmektedir; Umur, *Roma Hukuku*, s. 534'te *oportere*'nin On iki Levha Kanunundan itibaren teknik bir kelime olarak "bir borcun mevcudiyeti" anlamına geldiğini belirtmektedir; yine Umur başka bir eserinde daha yerinde olduğunu düşündüğümüz bir ifadeyle *oportere* için "*ius civile* tarafından tanınmış ve müeyyidelenmiş olarak borçlanmak, mükellef olmak" karşılığını vermiştir, bkz. Umur, *Lügat*, s. 147; ayrıca bkz. Berger, *EDRL*, s. 609; Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 40, dn. 48; *oportere*'nin yalnızca *ius civile* 'den değil *ius gentium*'dan doğan yükümlülükleri de ifade eden ve hukuken tamamen sönük bir kavram olup özel bir anlama sahip bir terim olmadığı yönündeki karşı görüş için bkz. Fritz Sturm, "Oportere", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 82, 1965, s. 226.

⁹⁰⁹ Kaser ve Hackl, s. 155, dn. 36.

⁹¹⁰ Kaser ve Hackl, s. 155, dn. 36.

⁹¹¹ Umur, *Roma Hukuku*, s. 536.

dayanmaktadır⁹¹². Bu eserin 1816'da Niebuhr tarafından keşfedilen Verona metninde bulunmayan *legis actio per condictioem* ile ilgili bölümün başlangıç kısmı (*Gai. Inst. 4. 17b*), 1933 yılında Mısır'da *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserine ait olan ve mevcut metinlerde yer almayan yeni parçaları içeren parşömen parçalarının bulunmasıyla elimize geçmiştir⁹¹³.

Gaius'un bu konuda vermiş olduğu bilgilerin genel olarak güvenilir olduğu kabul edilmekle birlikte, bize vermemiş ve muhtemelen verememiş olduğu bilgiler nedeniyle *condictio*'nun kökeni ve sisteminin anlaşılabilmesi için dayanabileceğimiz tek vasıta varsayımlarımız olmaktadır⁹¹⁴. Örneğin *Gaius*'un *legis actio per condictioem*'in getirilme sebebi ile ilgili olarak bilgi vermediğini ve davanın neden getirildiğinin tartışmalı olduğunu belirtmek suretiyle bu konuda bilgi sahibi olmadığını da kabul ettiğini görmekteyiz⁹¹⁵. *Legis actio per condictioem* ile ilgili daha ayrıntılı açıklamalara geçmeden önce *Gaius*'un metnini burada bütünüyle ele almak yararlı olacaktır:

Gai. Inst. 4. 17 b-20

17 b. *Per condictioem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIA X MILIA DARE OPORTERE: ID POSTULO, AIAS AN NEGES. adversarius dicebat non oportere. actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, IN DIEM TRICENSIMUM TIBI IUDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO. deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant. "condicere" autem "denuntiare" est prisca lingua. 18. Itaque haec quidem actio proprie*

⁹¹² Bkz. *Gai. Inst. 4. 17b-20*; Prichard, s. 260; Girard, s. 1060'da genel olarak *legis actio*'lara ilişkin temel bilgi kaynağının *Gaius*'un *Institutiones* adlı eseri olduğunu belirtmektedir; Hähnchen da benzer bir ifadeyle *condictio*'nun kökeni ve gelişimine ilişkin bütün varsayımların başka bir kaynak olmadığı için *Gai. Inst. 4. 17b-20*'ye dayandığını ve doğrudan bu konuyla ilgili en eski ve tek bilgi kaynağının *Gaius*'un *Institutiones*'i olduğunu ifade etmiştir, bkz. Hähnchen, ss. 37, 39, 41; Kaser ve Hackl, s. 111'de bu *legis actio*'dan ilk bahsedenin *Gaius* olduğu belirtilmektedir.

⁹¹³ de Zulueta, *Legis Actiones*, s. 175 vd.; Jolowicz, s. 198; Kaser ve Hackl, s. 111, dn. 1.

⁹¹⁴ Prichard, s. 260; aynı yönde bkz. Zimmermann, s. 836, dn. 15; Hähnchen, s. 37.

⁹¹⁵ Karlowa, *Legisactionen*, s. 235; Alfred Pernice, **Marcus Antistius Labeo, Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit**, Bd. III, 1, Max NieMeyer, Halle, 1892, (Labeo III, 1), s. 226; Kreller, *Mutuum*, s. 580; von Lübtow, *Condictio*, s. 115; Prichard, s. 260; farklı görüşteki Düll ise *Gaius*'un *Gai. Inst. 4. 20*'deki ifadelerinin bir bilgi boşluğundan çok Bizanslı hukukçulara özgü bir metin kısaltma tekniği olduğunu ileri sürmektedir, bkz. Rudolf Düll, "Zu Gaius Veronensis, den *iudicia* der Legisaktionen und zum Vorformularprozeß", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 95, 1978, (Vorformularprozeß), s. 277.

condictio vocabatur. nam actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX. adesset; nunc vero non proprie conductionem dicimus actionem in personam, <qua> intendimus dari nobis oportere. nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. 19. Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re. 20. Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur.”

“**17 b.** *Condictio* (ihtar, bildirim) ile dava şu şekilde açılır: “SENİN BANA ONBİN SESTERS VERMEKLE YÜKÜMLÜ OLDUĞUNU İDDİA EDİYORUM, SENDEN BUNU KABUL VEYA REDDETMENİ TALEP EDİYORUM”. Karşı taraf yükümlü olmadığını söyler. Davacı: “MADEM Kİ REDDEDİYORSUN, OTUZ GÜN İÇİNDE HÂKİM SEÇİLECEĞİNİ SANA İHTAR EDİYORUM.” der. Bundan sonra taraflar hâkimin seçilmesi için (*magistra* huzurunda) otuzuncu günde hazır bulunmak zorunda idiler. Diğer yandan “*condicere*” eski dilde “bildirmek (tebliğ etmek)” anlamındadır. **18.** Bu nedenle bu davaya isabetli olarak “*condictio*” denirdi, çünkü davacı karşı tarafa, hâkim seçilmesi için otuzuncu günde hazır olmasını ihtar ederdi; bugün ise, bize BİR ŞEY VERİLMESİYLE YÜKÜMLÜ OLUNDUĞUNU iddia ettiğimiz şahsi davalara isabetsiz olarak “*condictio*” diyoruz. Çünkü günümüzde bu amaçla yapılan bir ihtar söz konusu değildir. **19.** Bu *legis actio*, *lex Silia* ve *lex Calpurnia* ile ihdas edildi; *lex Silia* ile belirli miktarda para, *lex Calpurnia* ile belirli olan diğer her türlü şey için. **20.** Bu davanın (*legis actio per conductionem*’in) neden istendiği çok tartışmalıdır, çünkü bize verilmesi gereken bir şey için ya *sacramentum* (*legis actio sacramento*) ya da *iudicis postulatio* (*legis actio per iudicis postulationem*) yoluyla dava açabilirdik.”

Görüldüğü gibi *Gaius* önce *legis actio per conductionem*’in seyrini anlatmakta ve sonrasında “*condicere*” teriminin anlamına değinmektedir. Daha sonra bu davayı getiren *lex Silia* ve *lex Calpurnia*’dan bahsetmekte ve son olarak da bu yeni *legis*

actio'nun getirilme sebebinin tartışmalı olduğunu, çünkü bu dava yerine diğer iki *legis actio* türünden birinin de seçilebileceğini belirtmektedir.

1. *Legis Actio Per Condictioem*'in Getirilme Sebebi

Yukarıda belirtildiği gibi *lex Silia* ve *lex Calpurnia* ile yeni bir dava türü olan *legis actio per condictioem*'in neden getirilmiş olduğu hakkında *Gaius* da kesin bir bilgi vermemekte ve konunun tartışmalı olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle *legis actio per condictioem*'in neden getirilmiş olduğu konusunda farklı görüşler vardır⁹¹⁶. Bu konuda elimizde güvenilir deliller olmadığı için bu sorunun cevabını kesin olarak vermek mümkün olmamakla birlikte⁹¹⁷ ileri sürülen varsayımların ele alınması, *mutuum*'un tarihî gelişiminin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından yararlı olacaktır.

Legis actio per condictioem'in getirilme sebebine ilişkin görüşlerin iki yönde olduğu görülmektedir. Bazı yazarlara göre *legis actio per condictioem* yalnızca usul hukukundan kaynaklanan sebeplerle getirilmiştir ve bu davanın getirilmesinin maddi hukuka ilişkin sebeplerle ilgisi yoktur⁹¹⁸. Diğer yandan *lex Silia* ile yalnızca yeni bir yargılama usulünün değil maddi hukuka ilişkin yeni talep haklarının da getirildiğini yani *legis actio per condictioem*'in daha önce dava edilemeyen bazı talepler için dava açılabilmesini sağlamak amacıyla getirildiğini savunanlar da vardır⁹¹⁹. Bu ikinci görüş çerçevesinde *mutuum*'un tarihî gelişimini

⁹¹⁶ Hähnen, s. 40; Mısır'da 1933 yılında yeni metinlerin bulunması da bu konudaki tartışmaların sona ermesini sağlayamamıştır, çünkü yeni bulunan metinlerde de konuyu doğrudan açıklığa kavuşturacak yeni bir bulgu yoktur, bkz. Constantin St. Tomulescu, "Origin of the *legis actio per condictioem*", *The Irish Jurist*, Cilt: IV, Part 1 1969, (Origin), s. 180.

⁹¹⁷ Kipp, *Condictio*, s. 849.

⁹¹⁸ Tomulescu, *Origin*, s. 180, dn. 2; Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 103, dn. 393; Kunkel ve Selb, s. 508.

⁹¹⁹ Örneğin Pernice yabancıların taleplerinin dava edilebilmesi için bu davanın getirildiğini savunmaktadır, bkz. Pernice, *Labeo III*, 1, s. 233 vd.; Kaser borç olmayan şeyin borç varmış zannedilerek hataen ödenmiş olması durumunda (*indebitum solutum*) ödenmiş olanın iadesinin ilk olarak *legis actio per condictioem* ile gerçekleştiğini düşünmektedir, bkz. Kaser, *Iusta Causa*, s. 73; Baron, *legis actio per condictioem* ile *mutuum* dışındaki diğer real sözleşmeler için de dava açma olanağının sağlandığını savunmaktadır, bkz. Julius Baron, *Abhandlungen über den römischen Civilprocess, Bd. I, Die Condictio*, Leonhard Simion, Berlin, 1881, s. 196; farklı görüşteki Hähnen ise bu konudaki iddiaların somut bir delile dayanmadığını ve bu konuda elimizdeki tek kaynak olan *Gai Inst. 4. 20*'de *legis actio per condictioem* ile dava edilebilecek taleplerin zaten *legis actio sacramento* veya *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* ile takip edilebileceğinin belirtilmiş olmasının bu iddiaları geçersiz kıldığını savunmaktadır, bkz. Hähnen, s. 41; aynı yönde bkz. Tomulescu, *Origin*, s. 180, dn. 2; Behrends ise bu iki yazarın aksine *Gai. Inst. 4. 20*'deki

ilgilendiren husus şekle tâbi olmayan ödünç sözleşmesi *mutuum*'dan doğan taleplerin de ilk olarak bu dava ile dava edilebileceğini ileri süren görüşlerin olmasıdır⁹²⁰.

Doktrinde genellikle kabul edilen görüşe göre, *legis actio per conditionem*'in getirilmesiyle her şeyden önce yargılamanın kolaylaştırılması ve çabuklaştırılması amaçlanmıştır⁹²¹. Daha önce *sacramentum*⁹²² yatırılarak *legis actio sacramento in personam* ile dava edilebilecek talepler için artık böyle karmaşık bir sürece gerek kalmadan daha kolay bir şekilde dava açılabilir⁹²³.

Legis actio per conditionem'in getirilmesinin sebeplerinden bir diğerinin de bu davada tarafların uzlaşmalarını sağlamaya çalışmak olduğu ileri sürülmektedir⁹²⁴. Aşağıda ayrıca ele alınırken de görüleceği gibi *legis actio per conditionem*'de davacı açtığı davada borçlu olduğunu kabul etmeyen davalıya 30 gün sonra *magistra*

ifadelerin gerçeğe uygun olmadığını savunmaktadır, bkz. Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 99, dn. 368, ayrıca bkz. yuk. dn. 890.

⁹²⁰ Kaser, *Ius*, s. 286; Daube, trampa ekonomisinin veya ödünç işleminin karşılıklı bağışlamalar olarak görüldüğü dönemin sona ermesiyle artık ödünç için de dava açılabilirliğini ve bunun ilk olarak *legis actio per conditionem* ile gerçekleştiğini ileri sürmektedir, bkz. Daube, Money, s. 11; McCormack, Gift, s. 143; Watson, *Evolution*, s. 9; Watson, *Roman Contract Law*, s. 151; Kaser, *Ius Gentium*, s. 153; Kaser ve Hackl, s. 112, dn. 10; fakat Kaser başka bir eserinde şekle tâbi olmayan *mutui datio*'dan doğan davanın *ius gentium* kaynaklı olduğunu ve bu nedenle de bu davanın *lex Silia* ile getirilmiş olamayacağını savunarak yukarıda anılan eserlerdeki görüşüyle bağdaşmayan bir görüş ileri sürmüştür, bkz. Kaser, *Ius Honorarium*, s. 22, dn. 89.

⁹²¹ Buckland, *Institutions*, s. 352; Ernst Levy, "Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 44, 1934, s. 309; de Zulueta, *Legis Actiones*, s. 176; Kaser, *Ius*, s. 286; von Lübtow, *Condictio*, s. 115; Christian Wollschläger, "Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft", *Römisches Recht in der europäischen Tradition, Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, herausgegeben von Okko Behrends, Malte Diesselhorst, Wulf Eckart Voss, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1985, s. 83; Liebs, *Condictio*, s. 164 vd.; Liebs, *Römisches Recht*, s. 241.

⁹²² *Sacramentum*: Kökeni ve eski dönemlerdeki niteliği, bu konuda elimizde güvenilir kaynakların olmaması nedeniyle tam olarak tespit edilememiş olsa da önceleri yemin anlamında kullanıldığı tahmin edilen bu kelime daha sonra *legis actio sacramenti*'de tarafların yatırdıkları belirli miktarda para anlamında kullanılmıştır. İlk dönemlerde, davalı ve davacı ilâhları şahit tutmak üzere yemin ederler ve aynı zamanda dava konusunun değerine göre beş öküz veya beş koyunu ilâhlara kurban etmeyi taahhüt ederlerdi. Basılmış para kullanılmaya başlandıktan sonra beş öküz yerine 500 as, beş koyun yerine 50 as yatırılarak bu para ile yine ilâhlara adak adanmaya başlanmıştı. Daha sonraları, yeminle birlikte yatırılan bu para, devlet hazinesine gitmekte idi. Davayı kazanan taraf *sacramentum*'unu geri alır, kaybeden tarafın *sacramentum*'u ise dava masrafı olarak devlete geçerdi, bkz. Umur, *Lügat*, s. 190; Berger, *EDRL*, s. 542 ("*Legis actio sacramento*" başlığı altındaki açıklama).

⁹²³ Levy, s. 309; de Zulueta, *Legis Actiones*, s. 176; Kaser, *Ius*, s. 286; von Lübtow, *Condictio*, s. 115; Liebs, *Römisches Recht*, s. 241.

⁹²⁴ Baron, s. 191 vd., s. 210 vd.; Kaser, *Ius*, s. 286; Kaser ve Hackl, ss. 112, 114; Hähnchen, ss. 40, 43; farklı görüş için bkz. Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 101 vd., Behrends bu konuda farklı ve konunun kapsamı bakımından burada ele alınması mümkün olmayan varsayımlar ileri sürmüş olmasına rağmen davalıya tanınan sürenin taraflar arasındaki uzlaşmayı teşvik ettiğini belirtmektedir, bkz. Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 103.

önünde hâkim seçilmesi için hazır olmasını ihtar ederdi⁹²⁵. Bu ihtarın yapıldığı ilk aşama ile hâkimin seçileceği ikinci aşama arasında davalıya tanınan 30 günlük sürenin tarafların uzlaşmalarını kolaylaştırmaya yönelik olduğu savunulmaktadır. Bir yönüyle bu görüş kapsamında kaldığı da kabul edilebilecek Prichard'ın görüşü, *lex Poetelia*⁹²⁶ ile *legis actio per condictioem*'in çıkarılması arasında kurduğu bağlantı nedeniyle dikkat çekmektedir. Prichard, Cumhuriyet Döneminin başlarında bir alacaklının ödünç vermiş olduğu paranın iadesini sağlamak için ya geri ödemeyi ayrı bir *stipulatio* ile taahhüt altına almak veya borçlusu ile *nexum* işlemi yapmak yoluna gittiğini belirtmektedir⁹²⁷. Fakat *lex Poetelia* ile *nexum*'un etkisini tamamen kaybetmesinden⁹²⁸ ve mahkeme kararı olmadan *manus iniectio* yoluyla doğrudan icranın kaldırılmasından⁹²⁹ sonra alacakların takibi konusunda bir boşluk doğduğunu ve bu boşluğun doldurulması için de *legis actio per condictioem*'in getirildiğini savunmaktadır⁹³⁰. Prichard'a göre *legis actio per condictioem*'de davalıya tanınan 30 günlük süre, düşünmesi ve borcu ödemesi için bir fırsat olarak değerlendirilebilir⁹³¹.

Tomulescu'ya göre *legis actio per condictioem*'in getirilmesinin ardında yatan sebebi bu davanın taşıdığı yeni özelliklerde aramak gerekir⁹³². Tomulescu, davanın yeni özelliklerinin *legis actio per condictioem*'in soyut bir dava olması ve *sponsio et restipulatio tertiae partis*'in⁹³³ getirilmiş olması olarak kabul

⁹²⁵ Bu konudaki açıklamalar için bkz. aş. II, B, 2.

⁹²⁶ Bkz. yuk. dn. 139.

⁹²⁷ Prichard, s. 265 vd.

⁹²⁸ Bkz. yuk. dn. 140.

⁹²⁹ Tomulescu ise *manus iniectio*'nun böyle bir etkisinin olmadığını, yani mahkeme hükmü olmadan *manus iniectio* yoluyla doğrudan icraya başvurulamayacağını savunmaktadır, bkz. Tomulescu, Origin, s.181, dn. 6; Tomulescu, Nexum, s. s. 82, dn. 86.

⁹³⁰ Prichard, s. 268; Kübler'e göre *lex Poetelia*'nın *nexum*'u kaldırarak hukuk düzeninde meydana getirdiği boşluk muhtemelen *stipulatio* ile doldurulmuştur, bkz. Kübler, Nexum, s. 281; Stintzing'e göre ise *lex Poetelia* ile *lex Silia*'nın çıkarılması arasında geçen sürede ödünç para alacakları (*pecunia credita*) için açılacak dava *actio certae creditae pecuniae*'dir, bkz. Stintzing, Condictio, s. 5.

⁹³¹ Prichard, s. 266; Prichard'ın görüşünü dikkate değer olarak nitelendiren Hähnchen, *legis actio per condictioem*'in alacaklı ile borçlu arasındaki uzlaşmayı teşvik etmek amacıyla getirildiği görüşüne yakın bulduğu bu görüşü desteklemektedir, bkz. Hähnchen, s. 43, dn. 154.

⁹³² Tomulescu, Origin, s. 182.

⁹³³ *Sponsio et restipulatio tertiae partis*: *Actio certae creditae pecuniae*'de taraflardan biri karşı taraftan davayı kaybetmesi halinde dava konusu tutarın üçte birini ceza olarak ödemeyi taahhüt etmesini (*sponsio*) talep edebilirdi. Bu teklifi kabul ederek taahhütte bulunan taraf da karşı taraftan aynı şekilde taahhütte bulunmasını (*restipulatio*) talep edebilirdi. Bu taahhütler davanın *praetor* önünde görülen aşamasında (*in iure*) ve *praetor*'un gözetiminde gerçekleştirilirdi. Usule ilişkin bu *sponsio*'ların amacı düşüncesizce ve gereksiz yere dava açılmasını engellemekti, bkz. Berger, EDRL, s. 713; ayrıca bkz. Wenger, Institutionen, s. 97, dn. 18; Umur, Lügat, s. 187 ("*restipulatio tertiae partis*" maddesi), s. 201 ("*sponsio dimidae veya tertiae partis*" maddesi).

etmektedir⁹³⁴. Tomulescu bu yeni özelliklerin alacaklı yararına özellikler olduğunu ve bu yeni usulün de genellikle *pleb* zümresine mensup olduğu görülen borçluların *patricius* zümresinden olan alacaklılar karşısında daha güçlü bir konuma geldikleri bir dönemde getirilmiş olduğunu savunmakta, *legis actio per condictioem*'in üst zümreyi oluşturan alacaklıların durumunu iyileştirmek için getirildiğini iddia etmektedir⁹³⁵.

Liebs'e göre ise bu yeni usulün getirilmesinin en önemli sebebi (ve *legis actio per condictioem*'in soyut olmasının getirdiği en büyük avantaj), davacının artık dava esnasında alacağının dayanağını *stipulatio*'dan *transscriptio*'ya⁹³⁶ veya *transscriptio*'dan *stipulatio*'ya çevirebilecek olmasıdır⁹³⁷.

⁹³⁴ *Legis actio per condictioem*'de *sponsio et restipulatio tertiae partis*'in uygulanmış olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde çoğunluk *sponsio et restipulatio tertiae partis*'in *lex Silia* ile getirilip, *formula* usulünden önce *legis actio per condictioem*'de de (yalnızca para ödünçleri için) uygulandığını kabul etmektedir, bu yöndeki görüşler için bkz. von Savigny, Bd. V, s. 611; Rudorff, Bd. I, s. 48; Huschke, Darlehen, s. 204; Friedrich Ludwig von Keller ve Adolf Wach, **Der römische Civilprocess und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen**, 6. Auflage, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1883, s. 94; Robert von Mayr, **Die Condictio des römischen Privatrechts**, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1900, (Condictio), s. 29; Robert von Mayr, "Condictio incerti", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 24, 1903, (Condictio Incerti), s. 263, dn. 1; Girard, s. 1084; Wenger, Institutionen, s. 97, dn. 18; Prichard, s. 264 vd.; Tomulescu, Origin, ss. 812, 184; Watson, RPL, s. 127; Kaser, Ius Gentium, s. 153, dn. 625; *sponsio et restipulatio tertiae partis*'in *legis actio* usulünde uygulanmayıp ilk olarak *formula* usulünde uygulanmaya başladığını savunan farklı yöndeki görüş için bkz. Baron, s. 186 vd.; Pernice, Labeo III, 1, s. 226; Karlowa, RG II, s. 595 (Karlowa önceki tarihli bir eserinde (bkz. Karlowa, Legisactionen, s. 232, dn. 1, s. 233 vd.) aksi yöndeki görüşü savunmuşken sonradan bu görüşünü değiştirmiştir); de Zulueta, Legis Actiones, s. 185 vd.; Liebs, Condictio, s. 165; ayrıca Tomulescu, çoğu yazar tarafından *legis actio per condictioem* ile getirildiği kabul edilen 30 günlük sürenin, *legis actio sacramento* yargılamasında daha önce uygulandığını ve yeni usule de önceki yargılamadaki uygulamadan geçtiğini savunmaktadır, bu konudaki tartışmalar bir sonraki başlık altında (II, B, 2) ayrıca ele alınacaktır.

⁹³⁵ Tomulescu, Origin, s. 186; bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağı II, B, 5.

⁹³⁶ *Transscriptio (a re in personam)*: Aile reislerinin günlük gelir ve giderlerini kaydettikleri defterler (*adversaria*) üzerinde, bir borç ilişkisinin konusunu değiştirerek, yeni bir yazılı (*litteris*) borç ilişkisi ikame etmek üzere geçirdikleri kayıt. Aile reisi önce, mesela bir alım satımdan veya *stipulatio*'dan doğan bir borcu giderler kısmına (*expensa*) kaydetmek suretiyle onu yazılı borç haline getirir; diğer taraftan önceki borcu gelirler kısmına (*accepta*) kaydetmekle, ödenmiş gibi sona erdirirdi. Böylece alacaklı, eski borcun sebebini ispat etme külfetinden Kurtulmuş olurdu, bkz. Umur, Lügat, s. 214; Berger, EDRL, s. 597 ("Nomina trans(s)cripticia" maddesi).

⁹³⁷ Liebs, Klagenkonkurrenz, s. 97; Liebs, *legis actio per sacramentum in personam* ve *legis actio per iudicis postulationem*'in sözlü dava kalıplarında alacaklının talebinin hukukî dayanağının (aynî dava *legis actio sacramento in rem*'e ilişkin olan *Gai. Inst. 4. 16*'daki hukukî dayanağa yönelik "*secundum suam causam*" ifadesi Liebs'e göre şahsi davalar için de geçerlidir, *legis actio per iudicis postulationem* için de *Gai. Inst. 4. 17a*'daki "*ex sponsione*" davanın hukukî dayanağının belirtilmek zorunda olduğunu göstermektedir) gösterilmesinin zorunlu olması nedeniyle, hukukî dayanağın değiştirilmesi olanağının bu iki davada bulunmadığını belirtmektedir, bkz. Liebs, Klagenkonkurrenz, s. 97, dn. 51.

2. *Legis Actio Per Condictioem*’in Özellikleri

Legis actio per condictioem’in en karakteristik özelliklerinden biri, davacının davalıya açtığı davada *magistra* önündeki aşamada⁹³⁸, 30 gün sonra yine *magistra* önünde hâkim seçilmesi için hazır bulunmasını ihtar etmesiydi⁹³⁹. Doktrinde *legis actio per condictioem*’de tanınan bu 30 günlük sürenin daha önce *legis actio sacramento* için *lex Pinaria* ile tanınmış olduğunu savunanlar vardır⁹⁴⁰. Fakat baskın görüş, *lex Pinaria*’nın *lex Silia* ve *lex Calpurnia*’dan sonra çıkarıldığı yönündedir⁹⁴¹. Bu nedenle *legis actio per condictioem*’deki 30 günlük süre kaynağını *lex Pinaria*’dan ve *legis actio sacramento*’daki uygulamadan almamış tam aksine *legis actio per condictioem* ile getirilmiş olan 30 günlük süre, daha sonra *lex Pinaria* ile *legis actio sacramento*’ya uygulanmıştır⁹⁴².

Daha önce de belirtildiği gibi *legis actio per condictioem*’in getirilmesinden önce, geri ödemenin ödünç alan tarafından *stipulatio* ile taahhüt edildiği ödünç işlemlerinde açılacak dava XII Levha Kanununu ile tanınmış olan *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* idi. Bu davada belirli sözlerin söylendiği bir sözlü şekilde hemen bir hâkim tayin edilmesi talep edilirdi⁹⁴³. Bu davanın aksine, yeni

⁹³⁸ Doktrinde davacının davalıya 30 gün sonra hâkim seçmek üzere *magistra* önünde hazır bulunması gereğini bildirdiği aşamanın da *magistra* önünde gerçekleştiği görüşü egemendir, bkz. Theodor Mommsen, Recension zu “Gustav Asverus: Die Denunciation der Römer und ihr geschichtlicher Zusammenhang mit dem ersten processeinleitenden Decrete, Leipzig 1843”, **Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft**, Bd. 18, 1845, (Recension), s. 879 vd.; Heinrich Dernburg, “Rezension zu Friedrich Ludwig von Keller: Der römische Civilprocess und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauch bei Vorlesungen, Leipzig 1852”, **Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft**, Bd. I, 1853, (Rezension), s. 469; Adolf Friedrich Rudorff, **Römische Rechtsgeschichte, zum akademischen Gebrauch, Bd. II-Rechtspflege**, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1859, (Bd. II), s. 83; Moritz August von Bethmann-Hollweg, **Der römische Civilprozess, Bd. I-Legis Actiones**, Adolph Marcus, Bonn, 1864, (Civilprozess), s. 152; Karlowa, *Legisactionen*, s. 231; Baron, s. 192 vd.; Kipp, *Condictio*, s. 848; Buckland, *Institutions*, s. 352; Liebs, *Condictio*, s. 164; bununla birlikte, bu aşamanın mahkeme dışında tarafların kendi aralarında gerçekleştiğini ileri süren yazarlar da olmuştur, bkz. Fridolin Eisele, **Die materielle Grundlage der Exceptio, eine römisch-rechtliche Untersuchung**, Weidmann, Berlin, 1871, s. 159, dn. 17; von Keller ve Wach, s. 90.

⁹³⁹ Kipp, *Condictio*, s. 847; bu ihtar davalıya yöneltilmiş olmakla birlikte 30. günde hâkim talep edilmesi yönündeki bu ihtarın *praetor*’a da yöneltilmiş olduğu kabul edilmelidir, bkz. Levy, s. 308; de Zulueta, *Legis Actiones*, s. 176.

⁹⁴⁰ Karlowa, *Legisactionen*, s. 258; Roby, s. 345; de Zulueta, *Legis Actiones*, s. 175 vd.; Jolowicz, s. 198; Tomulescu, *Origin*, ss. 181, 186.

⁹⁴¹ Baron, s. 211; Prichard, s. 266; Behrends, *Zwölftafelprozess*, ss. 102, 108, dn. 417; Kunkel ve Selb, s. 510; Kaser ve Hackl, s. 114, dn. 5; Hähnchen, s. 40, dn. 132.

⁹⁴² Baron, s. 211; Prichard, s. 266; Behrends, *Zwölftafelprozess*, ss. 102, 108, dn. 417; Kaser ve Hackl, s. 114; Hähnchen, s. 40, dn. 132.

⁹⁴³ Kaser ve Hackl, s. 111.

getirilen usulde ise *condicere trigensimum diem* ile hâkimin hemen değil 30 gün sonra *praetor* önünde tayin edileceği şekli olarak ihtar edilirdi⁹⁴⁴. Bu yeni *legis actio* türü ismini de burada bahsedilen “*condicere*” fiilinden almaktadır⁹⁴⁵. *Gaius*’un belirttiğine göre “*condicere*”, “ihtar (veya tebliğ) etmek” anlamına gelmektedir⁹⁴⁶. Doktrinde “*condicere*”nin tek anlamının bu olmadığı ve “uzlaşmak”, “anlaşmak”, “kararlaştırmak”, “feshi ihbar etmek”, “feshetmek” gibi anlamlar taşıdığı da ileri sürülmektedir⁹⁴⁷.

Legis actio per conditionem, ismini *legis actio* usulünden sonra kullanılan *formula* usulündeki dava *formula*’sına da taşımış olan tek *legis actio*’dur⁹⁴⁸. Konu ile ilgili dikkat çekici diğer bir husus da “*condicere*” fiilinden türetilmiş bir isim-fiil olan “*condictio*”nun bir isim olarak *Corpus Iuris Civilis*’deki kullanımından⁹⁴⁹ önce ilk defa *Gaius* tarafından kullanılmış olmasıdır⁹⁵⁰.

Legis actio per conditionem’in ve *formula* usulünde bu davanın devamı niteliğinde olduğu kabul edilen⁹⁵¹ *condictio*’nun en öne çıkan özelliklerinden diğeri soyut bir dava olmasıdır⁹⁵², yani dava kalıbında veya formülünde davanın hukukî

⁹⁴⁴ Kaser ve Hackl, s. 111.

⁹⁴⁵ Jolowicz, s. 198; Umur, Roma Hukuku, s. 536; Zimmermann, s. 835; Kaser ve Hackl, s. 111; Mayer-Maly, s. 211; Hähnchen, s. 42.

⁹⁴⁶ Bkz. *Gai. Inst. 4. 17b*; ayrıca bkz. Karlowa, *Legisactionen*, s. 231; Kipp, *Condictio*, s. 847; Schwarz, s. 280; Jolowicz, s. 198; Prichard, s. 265; Umur, Roma Hukuku, s. 536; Liebs, *Condictio*, s. 164; Kunkel ve Honsell, s. 219, dn. 8; Kaser, *Ius Gentium*, s. 152; Zimmermann, s. 835; Nadi Günel, **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 504, Ankara, 1996, s. 16; Kaser ve Hackl, s. 111; Mayer-Maly, s. 156.

⁹⁴⁷ Baron’a göre her ne kadar *Gaius*’tan başka kaynaklarda da *condicere*’nin “ihtar (veya tebliğ) etmek” anlamında kullanıldığı görülmesine rağmen kelimenin başlangıçtaki anlamı bu değildir ve kavram daha sonra da bu anlamla sınırlı kalmamıştır, ilgili metinler ve açıklamalar için bkz. Baron, s. 206, vd.; ayrıca bkz. von Mayr, *Condictio*, s. 87; Düll, *Vorformularprozeß*, s. 277; Hähnchen, s. 42; farklı görüşteki Kipp’e göre ise “*condicere*” “anlaşma” veya “uzlaşma” anlamını içermez, bkz. Kipp, *Condictio*, s. 847.

⁹⁴⁸ Hähnchen, s. 42.

⁹⁴⁹ Von Mayr, *Digesta*’da “*condictio*” kavramının 270, “*condicere*” kavramının ise 215 defa kullanıldığını belirtmekle birlikte *Digesta*’nın oluşturulmasında kullanılan kaynakların yetersiz ve rastgele seçilmiş olması gerekçesiyle bu ve benzeri verilerden hareketle çıkarılacak sonuçların çok da güvenilir olmayabileceğini vurgulamaktadır, bkz. von Mayr, *Condictio*, s. 88 vd.

⁹⁵⁰ Nelson ve Manthe, s. 85; Hähnchen, s. 43; Hähnchen hem *Plautus*’a hem de *Cicero*’ya ait metinlerde *condicere*’nin teknik bir kavram olarak kullanılmamış olmasının şaşırtıcı olduğunu belirtmekte ve bu nedenle *formula* usulünde açılacak davanın gerçek isminin *condictio* olduğu konusunda şüpheler bulunduğunu ifade etmektedir, bkz. Hähnchen, s. 44; Nelson ve Manthe’ye göre ise *Gaius*, *condictio* usulünün *legis actio* yargılamasından geldiğini ve *lex Silia* ve *lex Calpurnia* ile getirildiğini belirttiği için bu davaya ait terim olan *condictio* teriminin de daha Klâsik öncesi dönemde mevcut olduğu kabul edilmelidir, bkz. Nelson ve Manthe, s. 85.

⁹⁵¹ Bu konuda bkz. aşağı dn. 1031.

⁹⁵² Baron, s. 188; Pernice, *Realverbalcontract*, s. 274; Pernice, *Labeo III*, 1, s. 212; von Mayr, *Condictio*, s. 44; Girard, s. 662; von Koschimbahr-Lyskowski, s. 33; Buckland, *Institutions*, s. 352;

dayanağının gösterilmek zorunda olmayışıdır⁹⁵³. *Condictio*'nun soyut, yani dava sebebinin gösterilmesinin zorunlu olmadığı bir dava olduğu yönündeki görüşü ilk ortaya atan ise Baron'dur⁹⁵⁴.

Hem *legis actio per conditionem*'de hem de *formula* usulündeki *condictio*'da yükümlülüğün dayanağı (*causa*) açıklanmaksızın belirli miktarda para veya şeyin verilmesi talep edilmektedir⁹⁵⁵. Böylece, usulî özelliğinden aldığı ismi (*condictio*) maddî hukuka ilişkin taleplere de geçen, *legis actio per conditionem* daha başlangıçtan itibaren yalnızca ödünç ile sınırlı değildi ve belirli bir şeye (*certum*) yönelik *ius civile* kapsamındaki bütün talepler için kullanılabilirdi⁹⁵⁶. *Legis actio per conditionem*'in soyut olması o dönemdeki hukukçuların gelişmiş bir hukukî düşünüş tekniğine sahip olduklarını göstermektedir⁹⁵⁷. Davanın bu özelliği *lex Silia*'nın çıkarıldığı dönemde, bu kanunu hazırlayan hukukçuların şekle ilişkin teknik bir genellemeyi yapabilecek yetenekte olduklarını da göstermektedir⁹⁵⁸.

Kaser, Ius, s. 248 vd.; von Lübtow, *Condictio*, s. 138; Jolowicz, s. 200; Prichard, s. 264; Tomulescu, *Origin*, s. 183; Kaser, RP I, ss. 170, 225, dn. 15; Watson, RPL, s. 127; Liebs, *Klagenkonkurrenz*, s. 97; Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 106 vd.; Günal, s. 15; Kaser ve Hackl, s. 111 vd.; Zimmermann, s. 835; Hähnchen, s. 42; Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 95; Haluk Emiroğlu, ***Ius Gentium (Kavimler Hukuku)***, Değişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 161, fakat karşı. s. 162.

⁹⁵³ Tomulescu davacının açtığı davada iddiasının hukukî dayanağını göstermek zorunda olmadığını ve davalının bu dayanağı bilmeden borcu ikrar veya reddetmekle yükümlü olduğunu, çünkü davalının davacının iddialarının bütün hukukî dayanaklarını tetkik ederek onunla mücadele etmek zorunda olduğunu ileri sürmüştür. Başka bir ifadeyle Tomulescu'ya göre davacı, davanın hukukî dayanaklarını davalıdan gizleyebilirdi, bkz. Tomulescu, (*Origin*), s. 183; farklı görüşteki Behrends ise *condictio*'nun daima temel özelliği olarak görülen soyutluğunun hukuken ikincil nitelikte ve yalnızca şekle ilişkin teknik bir genelleme olduğunu ifade etmektedir. Behrends'e göre soyutluktan anlaşılması gereken, belirli miktar para veya diğer şeyler hakkındaki maddi hukuka ilişkin belirli taleplerin bir araya getirilmesiyle sağlanan teknik bir kolaylıktır ve bu taleplerin her biri için kendi özel sorumluluk sebebine göre karar verilecektir. Davanın soyut olmasından davacının iddiasının gerçek dayanağı olan bütün vakiaları davalıdan gizleyebileceği sonucu çıkarılamaz. Tam aksine *legis actio per conditionem*'i getiren kanunların amacı uzlaşmayı teşvik etmek ve her halükârda uyuşmazlık konusunun hâkime açık bir şekilde sunulmasını sağlamaktır. Hatta klâsik dönemde mevcut olduğu bilinen davacının *in iure* aşamasında (yani *magistra* tarafından davanın hâkim önüne götürülüp götürülmeyeceğine karar verildiği aşamada) davalıyı uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak kapsamlı bir şekilde bilgilendirme ve delilleri ibraz yükümlülüğü (*D. 2.13.1.3 Ulp. lib. 4 ad ed.*) muhtemelen *legis actio per conditionem* için de geçerlidir, bkz. Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 106, dn. 412, aynı yönde bkz. Kaser, *Ius Honorarium*, s. 52, dn. 249.

⁹⁵⁴ Baron, ss. 2, 21 vd., 32 vd., 154 vd., 188; Otto Lenel, ***Das Edictum Perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung***, 3. verbesserte Aufl., Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1927, (*Edictum*), s. 237, dn. 6; Girard, s. 662, dn. 3; von Koschimbahr-Lyskowski, s. 33; ayrıca bkz. Huschke, *Darlehen*, s. 200; Hähnchen, s. 71, dn. 288.

⁹⁵⁵ Kaser, *Ius Gentium*, s. 153; Kaser ve Hackl, s. 111.

⁹⁵⁶ Kaser, *Ius Gentium*, s. 153; karşı görüş için bkz. Hähnchen, s. 49.

⁹⁵⁷ Kaser ve Hackl, s. 112; Kaser, *Ius Gentium*, s. 153.

⁹⁵⁸ Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 106; Kaser, *Ius Gentium*, s. 153; Kaser ve Hackl, s. 112; Emiroğlu, s. 162.

3. *Legis Actio Per Condictioem*’in Kapsamı ve Uygulama Alanı

Legis actio per condictioem’in kapsamı ve uygulama alanı hakkında kesin bilgimiz yoktur. *Gai. Inst. 4. 19*’da bu davanın belirli miktarda para (*certa pecunia*) için *lex Silia* ve para dışında kalan diğer her şey (*de omni certa re*) için *lex Calpurnia* ile getirildiğinden bahsedilmektedir. Bu durumda davanın bazı talepleri kapsamı bazılarını da kapsam dışında tutması gerektiği ortadadır fakat hangi taleplerin dava kapsamında olup hangilerinin kapsam dışında kaldığını tam olarak tespit etmek mümkün değildir. Gerçi *legis actio per condictioem*’e göre hakkında daha çok ve güvenilir kaynak bulunan *formula* usulündeki *condictio*’nun uygulama alanı hakkında sahip olunan bilgilerden yola çıkılarak *legis actio per condictioem*’in uygulama alanı hakkında bazı çıkarımlarda bulunmak mümkün görünse bile bu çıkarımlar ile ulaşılabilecek sonuçların da varsayımlardan ibaret kalacağı göz ardı edilmemelidir⁹⁵⁹.

Doktrinde kökleri von Savigny’ye kadar uzanan ve konumuz açısından da önem taşıyan bir görüş uyarınca, *lex Silia* ve *lex Calpurnia* ile getirilen *legis actio per condictioem* ilk olarak *stipulatio* veya *nexum* yapılmadan verilen ödünçten, yani *mutuum*’dan doğan davalar için tanınmıştı⁹⁶⁰. Kaser, bu davanın sebepsiz zenginleşmeden doğan diğer uyuşmazlıklarda da uygulandığını kabul etmektedir⁹⁶¹.

Legis actio per condictioem’in ilk önce *mutuum* değil *stipulatio* alacakları için açıldığını, *mutuum* için bu davanın açılabilmesinin daha sonra gerçekleştiğini savunan yazarlar da vardır⁹⁶².

⁹⁵⁹ Hähnchen, s. 41.

⁹⁶⁰ von Savigny, Bd. V, s. 576 vd.; Kaser, *Ius Gentium*, s. 153; Kaser başka bir eserinde de aynı şekilde *condictio*’da öncelikle kredi verilmesinden doğan taleplerin söz konusu olduğunu belirtmiştir, bkz. Kaser, *Ius Honorarium*, s. 51; Kaser ve Hackl, s. 112; aynı yönde Baron, *condictio*’ya hangi talepler için başvurulabileceğine dair yaptığı sıralandırmada ilk önce ödünce, bunu takiben *stipulatio*’ya, *stipulatio*’dan sonra yazılı sözleşmeye yer vermekte ve son olarak da herhangi bir borç için şekilsiz olarak yapılan bir kredi anlaşmasının (*Creditabrede*) caiz görülmesi suretiyle *condictio*’nun gelişiminin son aşamasına ulaştığını belirtmektedir, bkz. Baron, s. 157; Watson, *Evolution*, s. 9; Watson, *Roman Contract Law*, s. 151; *condictio*’nun kökeni ve tarihî gelişimi konusunda ihtiyatlı ifadeler kullanmış olsa bile (bkz. Hähnchen, s. 37) Hähnchen da *legis actio per condictioem*’in çıkış noktasının ödünçte, muhtemelen şekle bağlı olmayan *mutuum*’da aranması gerektiğini ifade etmektedir, bkz. Hähnchen, ss. 49, 126.

⁹⁶¹ Kaser, *Ius Gentium*, s. 164; farklı görüşteki Hähnchen’a göre ise borç olmayan şeyin ödenmesi (*indebitum solutum*), hırsızlık (*furtum*) ve *condictio*’nun açılabilmesi diğer durumlarda *legis actio per condictioem*’in açılıp açılmayacağı kanıtlanamamıştır, bkz. Hähnchen, s. 49.

⁹⁶² Örneğin Voigt, *condictio*’nun çıkış noktasının *stipulatio* olduğunu savunmaktadır, bkz. Moritz Voigt, *Conditiones ob Causam, Causa und Titulus im allgemeinen*, Voigt & Günther, Leipzig,

4. *Legis Actio Per Conditionem* ile Diğer *Legis Actio* Türleri Arasındaki İlişki

Gaius, *Institutiones*'inin 4. kitabının 20. parçasında *legis actio per conditionem* ile dava edilebilecek taleplerin *legis actio sacramento in personam* ve *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* ile de takip edilebileceğini belirtmektedir. Buna rağmen bu yeni usulün, yani *legis actio per conditionem*'in neden getirildiğinin anlaşılamadığını⁹⁶³, yani yeni usulün ihdas sebebini bilmediğini ifade etmektedir⁹⁶⁴:

Gai. Inst. 4. 20

“*Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur.*”

“Bu davanın (*legis actio per conditionem*'in) neden istendiği çok tartışmalıdır, çünkü bize verilmesi gereken bir şey için ya *sacramentum* (*legis actio sacramento*) ya da *iudicis postulatio* (*legis actio per iudicis postulationem*) yoluyla dava açabilirdik.”

Gaius'un vermiş olduğu bu bilgiye rağmen *lex Silia* ve *lex Calpurnia* ile getirilen *legis actio per conditionem*'in bu tip borç ilişkilerinden doğan alacaklar için diğer iki *legis actio* türünün (*legis actio sacramento in personam*-*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) yanı sıra seçimlik olarak açılabilceği kabul edilerek

1862, (Condictio), s. 258; aynı yönde bkz. Behrends, *Zwölftafelprozess*, ss. 103, 105; Liebs, *Condictio*, s. 166; Zimmermann da *condictio*'nun önce *stipulatio* borçları için uygulandığını, hırsızlık için de uygulandığını ve daha sonra (M.Ö. 76'dan önce) öduncün bunu takip ettiğini belirtmektedir, bkz. Zimmermann, s. 836; farklı görüşteki Hähnchen'a göre ise kronolojik açıdan bakıldığında *stipulatio*'nun *mutuum*'dan daha önce dava edilebilir olduğu doğru olmakla birlikte bu daha önceki bir dönemde gerçekleşmiş olmalıdır, bkz. Hähnchen, s. 41, dn. 143.

⁹⁶³ Umur, *Roma Hukuku*, s. 537; Kaser, *Ius Gentium*, s. 153, dn. 625; Günel, s. 15; Hähnchen, s. 40.

⁹⁶⁴ Bu konuda bkz. yuk. dn. 915.

getirilmiş bir dava mı olduğu yoksa açılabilir tek dava olarak mı öngörülmüş olduğu tartışmalıdır⁹⁶⁵.

Doktrinde çoğu yazar tarafından, *Gai. Inst. 4. 20*'deki açık ifadeye dayanılarak, *legis actio per condictionem*'in açılabilir durumlarda, davacının bu davanın yerine diğer iki *legis actio* türünden (*legis actio sacramento in personam* veya *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) birini de açabileceği savunulmaktadır⁹⁶⁶. Fakat *lex Silia* ve *lex Calpurnia* ile *legis actio per condictionem*'in tanınmasından sonra konusu (belirli) bir şeyin verilmesine yönelik olan borç ilişkilerinden doğan alacaklar için diğer iki *legis actio*'nun hiçbir suretle açılmayacağını savunanlar da vardır⁹⁶⁷. Bu görüşü savunanlara göre *lex Silia* ile *lex Calpurnia legis actio per condictionem*'i getirerek bu davanın açılabilir durumlarda diğer iki *legis actio* türüne başvurulmasını engellemekte ve konusu (belirli) bir şeyin verilmesine yönelik olan borç ilişkilerinde *legis actio per condictionem*'i bu tip borç ilişkilerinden doğan alacaklar için açılabilir tek dava olarak öngörmektedir⁹⁶⁸. Başka bir ifadeyle bu görüş uyarınca *legis actio per condictionem* diğer davaların yanı sıra seçimlik olarak getirilmiş bir dava değildir.

Konusu belirli bir şeyin verilmesine yönelik olan *stipulatio*'lar için *formula* usulünde açılacak dava *actio ex stipulatu* değil *condictio*'dur⁹⁶⁹. Behrends,

⁹⁶⁵ Franz Horak, "Kreditvertrag und Kreditprozess in den Zwölftafeln" (Rezensionsmiszelle zu Okko Behrends: Der Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts, Göttingen 1974), *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 93, 1976, s. 277.

⁹⁶⁶ Adolf Schmidt, "Ueber die *legis actio per iudicis postulationem*", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 15, 1881, s. 151 vd.; Wlassak, Bd. I, s. 105; von Koschimbahr-Lyskowski, s. 41, dn. 1; Girard, s. 1089, dn. 2; Levy, s. 310; de Zulueta, *Legis Actiones*, s. 184; Prichard, s. 268; Tomulescu, *Origin*, ss. 184-185; Hähnchen, s. 41; Kaser ve Hackl, s. 113; Kaser ve Hackl'in eserinde ve bu eserin Kaser tarafından yayınlanmış ilk baskısında (bkz. Kaser, Max: Das römische Zivilprozessrecht, München 1966, s. 82) bu görüş savunulmaktadır. Fakat Kaser'in bir makalesinde *lex Silia* ve *lex Calpurnia* ile belirli bir şeyin verilmesi yükümlülüğüne ilişkin olarak *legis actio per condictionem*'in açılabilir tek dava olarak öngörüldüğünü ve bu davanın diğer *legis actio*'lara alternatif veya seçimlik olarak getirilmediğini savunduğu görülmektedir, bkz. Kaser, *Ius Honorarium*, s. 52.

⁹⁶⁷ Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 100; Kaser, *Ius Honorarium*, s. 52.

⁹⁶⁸ Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 100; Kaser, *Ius Honorarium*, s. 52.

⁹⁶⁹ *D.12.1.24 (Ulpianus lib. sing. pandectarum)*: "Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa conditicia actione id persequi debet, per quam certum petitur." : "Bir kimse *stipulatio* ile belirli bir şeyi (*certum*) taahhüt ettirdiyse, *stipulatio*'dan doğan davayı (*actio ex stipulatu*) açamaz, ilgili talebini, belirli bir şey(in verilmesi) için açılan *condictio* ile takip etmelidir"; *I.3.15.pr.*: "...ex qua duae proficiscuntur actiones, tam *condictio*, si certa sit *stipulatio*, quam ex *stipulatu*, si incerta..." : "...(*Stipulatio*'dan) konusu belirli ise *condictio*, belirli değil ise *actio ex stipulatu* olmak üzere, iki dava hakkı doğar..."; *formula* usulünde konusu belirli bir şeyin verilmesi olan *stipulatio*'lar için *condictio*'nun yanısıra açılabilir bir *actio certi ex stipulatu*'nın olup

Digesta'da *formula* usulünde geçerli olan bu kuralı gösteren metnin esasen *legis actio per condictioem* ile *legis actio per iudicis postulationem* arasındaki ilişkiyi de gösterdiğini ileri sürmektedir⁹⁷⁰. Başka bir ifadeyle Behrends, *legis actio per condictioem*'in getirilmesinden sonra *stipulatio*'dan doğan verme borçları için *legis actio per iudicis postulationem*'in değil yalnızca *legis actio per condictioem*'in açılabilirliğini savunmakta ve *Digesta*'da *formula* usulünde uygulanmış olan kuralın yer aldığı metni bu görüşüne dayanak olarak göstermektedir. Yine Behrends'e göre *legis actio per condictioem*'in açılması gereken durumlarda dava kalıbının *legis actio per iudicis postulationem* açılyormuş gibi formüle edilmesi halinde, yani yanlış yargılama şekline başvurulması durumunda davacı davasını kaybederdi. Çünkü *legis actio per iudicis postulationem*'de kullanılan dava kalıbındaki sözlerde davanın sebebi ("*ex sponsione*"-"*sponsio*'dan ötürü") gösterilirdi. Oysa bu iki yasayla getirilen *legis actio per condictioem* soyut bir davaydı, yani davanın sebebi ve hukukî dayanağı belirtilmezdi. Bu nedenle fazladan söylenen bu kelimeler esas yönünden isabetli olsa bile usulen soyut olan *condictio*'nun şekline uymazdı ve davanın kaybedilmesi sonucu doğardı⁹⁷¹. Farklı görüşteki Horak ise, dava esas bakımından isabetli olsa bile yalnızca fazladan söylenen *ex sponsione* ile *legis actio per condictioem*'in şekline uyulmadığı için davanın kaybedilmesi sonucunun doğduğu iddiasını şüpheyile karşılamaktadır⁹⁷². Horak'a göre her ne kadar *Gai. Inst. 4. 11*'de belirtildiği gibi *legis actio* usulünde söylenmesi gereken sözler kesin bir biçimde belirlenmiş olsa ve bu kurallara en ufak bir aykırılıkta bile davanın kaybedilmesi sonucu doğsa bile, *lex Aebutia*'nın çıkarılmasından kısa bir zaman öncesine denk gelen *legis actio per condictioem*'in çıkarıldığı dönemde kuralların bu katılıkta uygulanmış olması muhtemel değildir⁹⁷³.

olmadığı tartışmalıdır, bu konudaki tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. Kaser, RP I, s. 542, dn. 47; Kunkel ve Honsell, s. 295, dn. 10; *Digesta*'da bir *certum* borcu için (yani konusu belirli bir şeyin verilmesi olan borçlar için) *condictio* değil de *actio certi ex stipulatione*'nin açılabilirliğini gösteren metinlerin ne anlama gelebileceğine ilişkin olarak bkz. Horak, s. 277.

⁹⁷⁰ Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 100.

⁹⁷¹ Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 100, dn. 376.

⁹⁷² Horak, s. 277.

⁹⁷³ Bkz. Horak, s. 277; ayrıca bkz. Kaser, *Ius Honorarium*, s. 52, dn. 251; MacCormack da *Gai. Inst. 4. 11*'deki ifadelerden XII Levha Kanunu döneminde sıkı bir biçimde şekle bağlılığın hukuk düzenin aradığı genel bir koşul olduğu sonucunun çıkarılamayacağını belirtmektedir, bkz. Geoffrey MacCormack, "Formalism, Symbolism and Magic in early Roman Law", **TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 37, 1969, (Formalism), s. 440.

Behrends'e göre para ödünçleri için *legis actio per iudicis postulationem* gibi *legis actio sacramento in personam* da açılmazdı çünkü bu dava özel ceza hukuku alanında başvurulmuş bir davaydı, bu nedenle de kredi yargılaması için bu davanın açılması söz konusu olamazdı⁹⁷⁴.

5. Alacaklı ve Borçlu Arasındaki Menfaat Dengesi Açısından *Legis Actio Per Condictioem*

Legis actio per condictioem'in getirilmiş olmasının borçlu yararına bir yenilik olduğunu savunanların doktrinde çoğunlukta olduğu görülmekteyken⁹⁷⁵, Tomulescu ise bu durumun alacaklı lehine bir yenilik olduğunu savunmaktadır⁹⁷⁶. Tomulescu'ya göre *legis actio per condictioem* daha çok *pleb* zümresine mensup olan borçluların *patricius* zümresine mensup alacaklılar karşısında güçlendiği bir dönemde alacaklılar lehine olmak üzere çıkarılmıştır⁹⁷⁷. *Pleb* (genellikle borçlu) ile *patricius* (genellikle alacaklı) zümreleri arasındaki siyasal mücadelenin sonucunda çıkarılmış olan *lex Poetelia* ile *nexum*'un artık uygulanmaması ile birlikte şahıs üzerinde icra usulleri derinden etkilenmiştir hatta yumuşamıştır. Gerek davanın soyut bir nitelik taşıması gerekse bu dava için de öngörülmüş olması muhtemel *sponsio et restipulatio tertiae partis* sebebiyle⁹⁷⁸ *lex Silia*'nın ve getirdiği yeniliklerin alacaklı *patricius* zümresinin borçlu *pleb* zümresine karşı kazandığı bir zafer olduğu söylenebilir. *Legis actio per condictioem*'in getirilmesi M.Ö. 3. yüzyıla özgü belirli

⁹⁷⁴ Behrends, Zwölftafelprozess, s. 7.

⁹⁷⁵ Wieacker, *legis actio per condictioem* ile getirilen 30 günlük sürenin borçlunun menfaatine olduğunu savunmaktadır, Franz Wieacker, **Vom römischen Recht, Zehn Versuche**, Zweite, neubearbeitete und erweiterte Aufl., K. F. Koehler, Stuttgart, 1961, (Vom röm. Recht), s. 100; aynı yönde bkz. Kaser, *Ius Honorarium*, s. 52, dn. 253; Hähnenchen, s. 43; Behrends *legis actio per condictioem*'in getirdiği yeniliklerin özellikle borçlu yararına olduğunu, borçlunun dava ile uzlaşma için getirilen süreyi kendi lehine yasal bir moratorium (olağanüstü hallerde kanunla veya sözleşmeyle verilen mühlet) olarak değerlendirebileceğini ve bu sürenin borçluya davaya hazırlanması için fazladan zaman kazandırdığını da belirtmektedir, bkz. Behrends, Zwölftafelprozess, s. 99; Behrends'in borçlu lehine bir avantaj olarak ileri sürmüş olduğu davaya hazırlanmak için zaman kazanma durumunun alacaklı için de bir avantaj teşkil edebileceği gözden kaçırılmamalıdır.

⁹⁷⁶ Tomulescu, Origin, ss. 183, 186; her ne kadar Behrends *legis actio per condictioem*'in öncelikle ve görünürde borçlu yararına yenilikler getirmiş olduğunu belirtmiş olsa da alacaklıya da borçlununki kadar belirgin olmamakla birlikte aslında daha değerli avantajlar getirdiğini ifade etmektedir. Bu avantajların da alacaklının alacağını takip etme koşullarının, tek hâkim önünde görülecek yeni yargılama usulüyle göreceli olarak iyileştirilmesi suretiyle ortaya çıktığını ileri sürmektedir, bkz. Behrends, Zwölftafelprozess, s. 101; ancak karşı. Horak, s. 277.

⁹⁷⁷ Tomulescu, Origin, s. 186.

⁹⁷⁸ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tomulescu, Origin, s. 182 vd.

siyasî ve ekonomik koşullardan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle de kanunun çıkarılmasından yaklaşık olarak 400- 450 sene sonra (M.S. 2. yüzyılda) yaşamış olan *Gaius* ve çağdaşlarının bu kanunun çıkarılışının ardında yatan sebepleri neden bilmediklerini anlamak çok da zor olmasa gerektir⁹⁷⁹.

C. *Lex Aebutia* ve *Legis Actio Per Condictioem*'e Etkisi

1. *Lex Aebutia* ve *Formula* Usulünün Getirilmesindeki Rolü

Formula usulü⁹⁸⁰ ile ilgili olan *lex Aebutia*, Roma Medeni Usul Hukukunun gelişiminde en önemli kanunlardan birisidir⁹⁸¹. Fakat –yaklaşık aynı dönemden gelen- kaynaklardaki bilgi ve kayıtların azlığı nedeniyle hakkındaki detaylar bilinmemekte, bu nedenle de çok tartışmalı olduğu kabul edilmektedir⁹⁸². Ayrıntılar hakkında pek çok eksiğı bulunsa da, *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserindeki açıklamaları (*Gai. Inst.* 4. 30) halen bu konuya temel teşkil etmektedir⁹⁸³. *Gaius* bu metninde *legis actio*'ların kaldırılıp yerine *formula* usulünün getirilmesinin *lex Aebutia* ve iki *lex Iuliae* ile gerçekleştiğinden bahsetmektedir⁹⁸⁴. Fakat bu iki kanunun sebep olduğu yargılama reformunun birlikte ele alınması sonucunda, neyi *lex Aebutia*'nın neyi yargılamaya ilişkin iki *lex Iulia*'nın emrettiğı belirlenememektedir⁹⁸⁵. *Gellius*'un *Noctes Atticiae* adlı eserindeki bilgi daha da yetersizdir. *Gellius*, yalnızca XII Levha Kanununun *legis actio* yargılamasında varlığını sürdürmesi üzerinde *lex Aebutia*'nın gösterdiği olumsuz etkiden bahsetmektedir⁹⁸⁶. *Lex Aebutia*'nın çıkarılması için teklifte bulunan kişinin kim olduğu da bilinmemektedir. Bu nedenle kanunun ne zaman çıkarıldığını tespit etmek

⁹⁷⁹ Tomulescu, Origin, s. 186.

⁹⁸⁰ *Formula* usulü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kaser ve Hackl, s. 151 vd.; Kunkel ve Selb, s. 524 vd.; Umur, Roma Hukuku, s. 551 vd.; Hausmaninger ve Selb; s. 374 vd.; Karadeniz-Çelebican, Roma Hukuku, s. 292 vd.; Tahiroğlu ve Erdoğmuş, Roma Hukuku, s. 224 vd.; Türkoğlu Özdemir, Formula, s. 167 vd.

⁹⁸¹ Adolf Berger, “*Lex Aebutia*”, *Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE Suppl. VII)*, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1940, (*Lex Aebutia*), s. 379.

⁹⁸² Berger, *Lex Aebutia*, s. 379.

⁹⁸³ Berger, *Lex Aebutia*, s. 379.

⁹⁸⁴ Jolowicz, s. 226; Kaser ve Hackl, s. 161

⁹⁸⁵ Berger, *Lex Aebutia*, ss. 379-380.

⁹⁸⁶ *Gell. Noctes Atticiae*, XIV. 10. 8: “*omnisque illa duodecim tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit.*”; Berger, *Lex Aebutia*, s. 380.

de çok güçleşmiştir⁹⁸⁷ ve tam olarak çıkarıldığı tarihi tespit etmek mümkün görünmemektedir⁹⁸⁸. Bununla birlikte her halükârda kanunun M.Ö. 2. yüzyılda çıkarıldığı kabul edilmektedir⁹⁸⁹.

Mitteis'a göre bu kanun, Roma vatandaşlarına daha önce kullanamadıkları yeni bir yargılama usulünü yabancılar hukukundan aktarmaktan çok, daha önce kullanabildikleri bir usulü, gerçek bir *ius civile* yargılamasının etkileriyle (hükümleriyle) donatmıştır⁹⁹⁰. *Formula* usulünün yabancılar için kullanılan yargılama usulünden doğduğu genellikle kabul edilmektedir⁹⁹¹. *Lex Aebutia* yalnızca Roma içinde, Roma vatandaşları arasında tek hâkim önünde (*unus iudex*) görülecek davalara ilişkindi⁹⁹². *Gaius*'un yargılama reformuna ilişkin bu kanunları fark gözetmeksizin bir arada ele alması, zikrettiği bütün kanunların *legis actio* usulünün kaldırılmasına yönelik olduğuna ve *lex Aebutia*'nın başlattığı bu kırılmanın *leges Iuliae* ile tamamlandığına, böylece *legis actio* usulünün -iki istisnai durum hariç- tamamen ortadan kaldırıldığına işaret etmektedir. Buna göre *lex Aebutia* bir geçiş aşaması oluşturmuştur, fakat *Gaius*'un konuya ilişkin açıklamaları bu aşamanın özelliklerini tamamen anlamayı sağlamaktan uzaktır. *Lex Aebutia*'nın ayrı ayrı hükümlerini ortaya çıkarma denemeleri, bu konudaki kaynakların niteliği ve durumu gereğince mümkün görünmemektedir⁹⁹³.

Gaius'a göre *legis actio*'ların kaldırılıp yerine *formula* usulünün getirilmesi *lex Aebutia* ve iki *lex Iuliae* ile gerçekleşmiştir⁹⁹⁴. Fakat bu kısa açıklama biz bazı

⁹⁸⁷ Berger, *Lex Aebutia*, s. 380; Bretonne, s. 102.

⁹⁸⁸ Jolowicz, s. 226; Mayer-Maly, s. 209.

⁹⁸⁹ Wenger, *Quellen*, s. 44; Kaser ve Hackl, s. 159; Mayer-Maly, s. 209; Mitteis bu kanunun her halükârda M.Ö. 203'ten sonra çıkarıldığını ileri sürmektedir, bkz. Mitteis, *RP*, s. 52, dn. 30; *lex Aebutia*'nın çıkarılış tarihinin yaklaşık olarak M.Ö. 2. yüzyılın 2. yarısında gerçekleştiğini savunan yazarlar için bkz. Girard, s. 1090 (M.Ö. 148 ile M.Ö. 126 yılları arasında); aynı yönde bkz. de Zulueta, *Legis Actiones*, s. 178 (yaklaşık olarak M.Ö. 150); Berger, *Lex Aebutia*, s. 380; Jolowicz, s. 98, dn. 4, s. 179; Thomas, s. 35 (yaklaşık olarak M.Ö. 140-120), s. 83; Seidl, s. 58 (tartışmalı olduğunu belirtmekle birlikte M.Ö. 149-125) Watson, *RPL*, s. 127, dn. 4 (yaklaşık olarak M.Ö. 140); Umur, *Roma Hukuku*, s. 198 (yaklaşık olarak M.Ö. 120-110); buna karşılık farklı görüşteki Kaser, bu kanunun M.Ö. 2. yüzyılın ikinci yarısında değil ilk yarısında çıkarıldığını savunmaktadır, bkz. Max Kaser, "Die *lex Aebutia*", *Studi in Memoria di Emilio Albertario*, Cilt: I, A. Giuffrè, Milano, 1953, (*Lex Aebutia*), s. 50; Kaser, *Ius Honorarium*, s. 53; aynı yönde bkz. Kipp, *Geschichte*, s. 51; Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 109; Hausmaninger ve Selb, s. 368; Waldstein ve Rainer, s. 120 (bu eserde kanunun M.Ö. 169-149 tarihleri arasında çıkarıldığı ifade edilmektedir).

⁹⁹⁰ Mitteis, *RP*, s. 53.

⁹⁹¹ Wlassak, *Bd. II*, s. 302; Berger, *Lex Aebutia*, s. 380; *formula* usulünün kökeni hakkındaki tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. Umur, *Roma Hukuku*, s. 553 vd.; Kaser ve Hackl, s. 153 vd.

⁹⁹² Berger, *Lex Aebutia*, s. 380.

⁹⁹³ Berger, *Lex Aebutia*, s. 381.

⁹⁹⁴ *Gai. Inst.* 4. 30; Jolowicz, s. 226.

sorularla baş başa bırakmaktadır. Yeni bir yargılama usulü fikrinin ne zaman doğduğu, (*lex Iulia*'ların tarihi nispeten belirlenebilir olsa bile) *lex Aebutia*'nın tarihi veya bu iki kanun arasında ne gibi bir ilişki olduğu hakkında bilgimiz yoktur. Açık olarak bilinen tek nokta, *lex Aebutia*'nın bütün *legis actio*'ları ortadan kaldırmamış olduğudur, çünkü kaldırmış olsaydı bunu için ayrıca *lex Iulia*'ların da çıkarılmasına gerek olmazdı⁹⁹⁵.

Formula usulünün birdenbire bir kanunla ortaya çıkarılmış yeni bir buluş olması pek muhtemel değildir. Bu tip değişikliklerin tek bir hareketle yapılması nadiren görülür ve ayrıca *lex Aebutia*'nın henüz çıkarılmamış olduğu bir dönemde Roma senatosunun otoritesi altında olan Yunan şehirleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan usulî şeklin Roma *formula* usulünden kopyalandığına dair bazı deliller bulunmaktadır. Jolowicz'e göre en akla yatkın olan varsayım bu sistemin Roma *magistra*'sının yabancılar arasındaki uyuşmazlıklarda yargılama yetkisini kullandığı ve bundan dolayı *imperium*'unun hiçbir kanun (*lex*) tarafından kısıtlanmadığı mahkemelerde ortaya çıktığı varsayımdır⁹⁹⁶. Bu nedenle *formula* usulünün ya Roma'da yabancılar *praetor*'unun veya eyalet valilerinin faaliyetlerinden doğmuş olduğu söylenebilir. *Formula* büyük olasılıkla bu kişilerin talimatlarından doğmuştur⁹⁹⁷.

Bu söylenenler doktrinde genellikle kabul edilmekle birlikte konuyla ilgili yeterli delil bulunmamaktadır. Görüşteki büyük çelişki şu soruya ilişkindir: yeni usulün Roma vatandaşları arasında ve bizzat Roma'da kullanılması *lex Aebutia*'nın çıkarılmasıyla mı mümkün olmuştur yoksa bu *lex Aebutia* çıkarılmadan önce de mümkün müydü? Bu soru yalnızca usul hukuku tarihi bakımından önem taşımakla kalmayıp, soruya verilecek cevap Cumhuriyet Dönemi boyunca görülen hukukî gelişim hakkındaki görüşlerimizi önemli ölçüde etkileyecektir. Çünkü bu gelişimi büyük oranda mümkün kılan şey *formula* usulüdür ve Roma vatandaşları arasında *lex Aebutia*'nın çıkarılmasına kadar *formula* usulünün kullanılmadığını kabul edersek bazı gelişmelerin şaşırtıcı bir biçimde oldukça geç tarihlerde gerçekleşmiş olduğunu kabul etmek zorunda kalırız⁹⁹⁸.

⁹⁹⁵ Jolowicz, s. 227.

⁹⁹⁶ Jolowicz, s. 227.

⁹⁹⁷ Jolowicz, s. 227; *formula* usulünün ilk olarak yabancılarla ilişkin olaylarda kullanılmış olduğu yönündeki görüş için bkz. Wlassak, Bd. I, s. 165; Wlassak, Bd. II, ss. 301-302; Mitteis, RP, s. 50.

⁹⁹⁸ Jolowicz, s. 228.

Lex Aebutia ve *leges Iuliae* daha önce yalnızca *legis actio*’ların uygulandığı alanda *formula* usulünün uygulanmasını sağlamışlardır. Böylece *legis actio* usulü aşamalı olarak uygulamadan kalkmıştır⁹⁹⁹.

Kaser sadece Roma vatandaşları arasında *legis actio* usulünde görülebilen davalar için erken sayılabilecek dönemlerden itibaren *formula* usulünde de dava açılabilmesini savunmaktadır¹⁰⁰⁰. Daha M.Ö. 3. yüzyılda *formula* usulünde de *condictio* açılması mümkün hale gelmişti¹⁰⁰¹. Bu ilk önce yabancıların da dâhil olabildiği, örneğin *stipulatio (fideipromissio)* ve *mutui datio* ([şekle tâbi olmadan] ödünç verme) sonucu doğan yükümlülükler için geçerlidir¹⁰⁰². Her ne kadar *formula* usulünün kökeni ve yasal dayanağı hatta bu usulün kanunlarla getirilmiş olup olmadığı halen aydınlatılamamış ve tartışmalı bir konu olsa da¹⁰⁰³, çıkarıldığı tarih tam olarak tespit edilememiş olan *lex Aebutia*’dan önce de *formula* usulünün uygulanmış olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰⁴. Fakat *formula* usulünde de *condictio* açılabilmesinin, Roma vatandaşları arasındaki davalardan mı yoksa yabancılar arasındakilerden mi kaynaklandığı tartışmalıdır ki bu son durumun doğru olduğu kabul edilirse davayı *ius gentium*’dan saymak gerekirdi¹⁰⁰⁵. Gerçi her ne kadar *condictio*’nun daha Klâsik dönemden önce *ius gentium*’a ait bir dava olduğu kabul edilse bile, *legis actio per condictioem*’in bir *ius gentium* davası olduğu söylenemez¹⁰⁰⁶.

Kaser/Hackl’a göre *formula* usulü yabancılar arasındaki yargı işlerinde ve taleplerine uygun bir *legis actio* bulunmadığı durumlarda da Roma vatandaşları

⁹⁹⁹ Kaser ve Hackl, s. 159.

¹⁰⁰⁰ Kaser, *Ius Honorarium*, s. 48.

¹⁰⁰¹ Kaser, *Ius Gentium*, s. 164.

¹⁰⁰² Kaser, *Ius Honorarium*, s. 48.

¹⁰⁰³ Bu konuda bkz. Wieacker, RG, ss. 448 vd.,450; Kaser ve Hackl, s. 153.

¹⁰⁰⁴ Wlassak, Bd. II, s. 302; Alan Watson, “Some Cases of Distortion by the Past in Classical Roman Law”, **TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 31, 1963, (Distortion), s. 73; Max Kaser, Rezension zu “Alan Watson: Law Making in the Later Roman Republic, Oxford 1974”, **TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 45, 1977, (TR 45, 1977), s. 164; Kaser ve Hackl, s. 153 ve s. 159’da *formula* usulünün etki alanının hem yabancılar arasındaki yargı işlerini hem de talepleri için uygun bir *legis actio*’nun bulunmadığı durumlarda Roma vatandaşları arasındaki yargılamaları kapsadığı belirtilmektedir. Karşı görüşteki Mayer-Maly’ye göre ise bu görüşe iki gerekeçle itiraz edilebilir. Öncelikle bu görüş *Gaius*’un bu konudaki açık hükmüne aykırıdır. Diğer yandan kanunla getirilmiş olanın (yani *legis actio* usulünün) yeni bir kanun çıkarılmadan lağvedilemeyeceği düşüncesi ile bu görüşe itiraz edilebilir, bkz. Mayer-Maly, s. 209.

¹⁰⁰⁵ Kaser, *Ius Gentium*, s. 164.

¹⁰⁰⁶ Kaser, *Ius Gentium*, s. 45.

arasında uygulanmıştır¹⁰⁰⁷. Yani daha sonra çıkarılmış iki *lex Iulia* ile bütün davaların *formula* usulünde görülmesi zorunlu kılınıp *legis actio* usulü uygulamadan kaldırılana kadar konusu belirli miktarda para olan borç ilişkileri için açılacak davalarda *legis actio per condictionem*'e başvurulabileceği gibi *formula* usulüne de başvurulabiliyordu¹⁰⁰⁸ ve *lex Aebutia*, *legis actio* usulünü ortadan kaldırmamıştı¹⁰⁰⁹. Uygulamada ise yaklaşık olarak M.Ö. 2. yüzyıldan itibaren her iki şekilde de dava açılabilmesine rağmen *legis actio per condictionem*'den ziyade daha gelişmiş olan ve *lex Aebutia* ile getirilen *formula* usulünün tercih edilmiş olduğu söylenebilir¹⁰¹⁰. Ancak doktrinde *lex Aebutia*'nın *legis actio per condictionem*'i yürürlükten kaldırarak onun yerine *formula* usulünü getirdiğini savunan yazarlar da vardır¹⁰¹¹.

2. *Lex Aebutia* ile Getirilen Yeniliğin Kapsamı ve *Formula* Usulü ile *Legis Actio* Usulünün Seçimlik Olarak Uygulanıp Uygulanmayacağı

¹⁰⁰⁷ Kaser ve Hackl, s. 159; Watson da *lex Aebutia*'dan önce de *legis actio* ile takip edilebilecek *ius civile* kapsamındaki talepler için *formula* usulünde dava açmanın mümkün olduğunu savunmaktadır, bkz. Watson, Distortion, s. 73; karşı görüşteki Girard, *lex Aebutia*'nın çıkarılışına kadar Roma vatandaşları arasındaki davalarda kullanılabilecek olan tek usulün *legis actio* usulü olduğu yönündeki görüşü desteklemiştir, Girard, s. 1087 vd.; aynı şekilde Kipp de *lex Aebutia*'dan önce Roma vatandaşları arasında *formula* usulünün kullanıldığını kabul etmemektedir, bkz. Kipp, Geschichte, s. 51.

¹⁰⁰⁸ *Lex Aebutia*'nın uygulama alanını yalnızca *legis actio per condictionem* ile sınırlı görmemekle birlikte, *lex Aebutia*'dan sonra *formula* usulünün yanı sıra *legis actio* usulünün de uygulanmaya devam ettiğini savunan görüşler için bkz. Wlassak, Bd. I, ss. 104 vd.; 153; von Koschimbahr-Lyskowski, s. 41, dn. 4; Girard, s. 1088, s. 1089, dn. 2; Wenger, Institutionen, s. 20; Mitteis, RP, s. 52, dn. 30; Berger, Lex Aebutia, s. 380; Kaser, Lex Aebutia, s. 28; Kaser ve Hackl, s. 160, dn. 62; fakat Kaser başka bir makalesinde *lex Aebutia*'dan sonra konusu belirli miktarda para alacağı olan davalarda artık *legis actio* usulünün değil yalnızca *formula* usulünün kullanılabileceğini belirtmektedir, bkz. Kaser, Ius Honorarium, s. 53.

¹⁰⁰⁹ Wlassak, Bd. I, s. 104 vd.; von Koschimbahr-Lyskowski, s. 41, dn. 4; Girard, s. 1088; Wenger, Institutionen, s. 20; Mitteis, RP, s. 52, dn. 30; Kaser, Lex Aebutia, s. 28; Kaser ve Hackl, s. 160, dn. 62.

¹⁰¹⁰ Kaser ve Hackl, ss. 113, 159, 160, dn. 62.

¹⁰¹¹ Moritz August von Bethmann-Hollweg, "Über die Kompetenz des Centumviralgerichts", *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. 5, 1825, (Kompetenz), ss. 364-366, ss. 381-383'te davacının seçim hakkının yalnızca *centumviri* tarafından görülecek davalarda söz konusu olduğunu, ss. 379-380'de de *lex Aebutia*'nın *centumviri* tarafından görülecek davalar istisna olmak üzere, *legis actio* usulünü kaldırarak yerine *formula* usulünü getirdiğini ve diğer bütün şahsi davalarda (*actiones in personam*), *formula* usulünü zorunlu kıldığını savunmaktadır; Watson da *lex Aebutia* ve *leges Iuliae* ile güdülen öncelikli amacın *formula* usulünün getirilmesi değil *legis actio* usulünün ortadan kaldırılması olduğunu savunmaktadır, bkz. Watson, Distortion, s. 73; Waldstein ve Rainer, s. 120'de *lex Aebutia* ile *legis actio per condictionem*'in yerini *formula* usulündeki "*actio (condictio) certae creditae pecuniae*"nin aldığını belirtmektedir; ayrıca bkz. Behrends, Zwölftafelprozess, s. 109.

Legis actio usulünün yanı sıra daha *lex Aebutia*'nın çıkarılmasından önce de *formula* usulünün uygulanmış olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹². Bu usul, kaynağını *praetor* hukukundan (*ius honorarium*) almaktadır¹⁰¹³. Uygulama alanı da hem yabancılar için uygulanan yargıda hem de talepleri için uygulanacak bir *legis actio* olmadığında Roma vatandaşları arasındaki davalarda aranmalıdır¹⁰¹⁴. O zamana kadar yalnızca *legis actio*'ların uygulanabildiği talepler için *formula* usulüne başvurulabilmesi ilk olarak *lex Aebutia* ile mümkün olmuştur¹⁰¹⁵.

Lex Aebutia'nın getirilmesiyle kanunun kapsamına giren uyuşmazlıklarda artık yalnızca *formula* usulünün mü uygulandığı yoksa kanundan sonra *formula* usulünün yanı sıra *legis actio* usulünün de uygulanmaya devam edip etmediği tartışmalıdır. 20. yüzyılın ortalarına kadar baskın olan görüş uyarınca *lex Aebutia*, *formula* usulünü, *legis actio* usulünün yanı sıra seçimlik olarak getirmiştir¹⁰¹⁶. 20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren ise *lex Aebutia*'nın yeni usulü seçimlik olarak getirmediği ve eski usulün (*legis actio*) yerine yeni usulde (*formula*) dava açılmasını zorunlu hale getirdiğinin savunulduğu görülmektedir¹⁰¹⁷. Fakat bu görüşü savunan yazarlar aynı zamanda *lex Aebutia* kapsamındaki *formula* usulünün uygulanmasının, bütün *legis actio* türleri için değil yalnızca *legis actio per condictioem* ile sınırlı kalmış olduğunu belirtmektedirler¹⁰¹⁸. *Lex Aebutia*'nın uygulama alanının yalnızca

¹⁰¹² Watson, Distortion, s. 73; Kaser, TR 45, 1977, s. 164; Umur, Roma Hukuku, s. 555; Kaser ve Hackl, s. 159.

¹⁰¹³ Kaser ve Hackl, s. 159.

¹⁰¹⁴ Kaser, TR 45, 1977, s. 164.

¹⁰¹⁵ Kaser, TR 45, 1977, s. 164; Kaser ve Hackl, s. 159; Watson ise *lex Aebutia*'dan önce de *legis actio*'nun uygulama alanına giren bir talep hakkında *formula* usulüne başvurulabileceğini savunmuş ve *Plautus*'un *Rudens* adlı eserine dayanarak Roma vatandaşları arasındaki bir *stipulatio*'dan kaynaklanan uyuşmazlık için *formula* usulüne başvurulmasını buna örnek olarak göstermiştir, bkz. Watson, Distortion, s. 73; Watson, RPL, s. 127, dn. 3; Kaser, *Plautus*'un *legis actio*'ya başvurma olanakları olmayan yabancıardan bahsetmiş olabileceğini ileri sürmektedir. Yabancılar için uygulanan *formula* usulündeki bir *stipulatio* davası veya *condictio*'nun, *legis actio* usulüne göre daha avantajlı olan *formula* usulünün vatandaşlar arasında da uygulanması için güçlü bir teşvik olduğunu kabul etmektedir, bkz. Kaser, TR 45, 1977, s. 164; Kipp ise *lex Aebutia*'dan önce Roma vatandaşları arasında *formula* usulünün kullanıldığını kabul etmemektedir, bkz. Kipp, Geschichte, s. 51.

¹⁰¹⁶ Berger'e göre *formula* usulünün seçimlik olarak getirildiği ve isteyen *legis actio* usulüne de başvurabileceği görüşü (o dönem için) tartışmasız kabul edilmektedir, bkz. Berger, *Lex Aebutia*, s. 380; Wlassak, Bd. I, s. 104, s. 153; Fritz Schulz, **Prinzipien des römischen Rechts**, Duncker & Humblot, München, 1934, (Prinzipien), s. 63; Wenger, Institutionen, s. 20; Mitteis, RP, s. 52, dn. 30; Kaser, *Lex Aebutia*, s. 28.

¹⁰¹⁷ Watson, Distortion, s. 73; Behrends, Zwölftafelprozess, ss. 110-111; Kaser, *Ius Honorarium*, s. 53; Waldstein ve Rainer, s. 120.

¹⁰¹⁸ Behrends, Zwölftafelprozess, s. 110; Kaser, *Ius Honorarium*, s. 53; ayrıca bkz. Watson, Distortion, s. 73; Wieacker, RG, s. 450, dn. 26; Kaser ve Hackl, s. 159; Waldstein ve Rainer, s. 120; *lex Aebutia*'nın bütün *legis actio* türleri için *formula* usulünün de uygulanmasını mümkün kıldığı

legis actio per conditionem kapsamına giren uyuşmazlıklarla sınırlı olduğunu savunan görüş de kendi içinde iki farklı kola ayrılmıştır. Bazı yazarlar *lex Aebutia*'nın hem para hem de para dışındaki diğer mislî şeyler için açılacak iki *condictio* türünü de kapsamına aldığını savunmaktadırlar¹⁰¹⁹. Farklı görüşte olanlar ise *lex Aebutia*'nın yalnızca para alacakları için açılacak davaları kapsamına aldığını ileri sürmektedirler¹⁰²⁰. Bu görüş taraftarlarına göre *lex Aebutia*, Roma vatandaşları arasında *formula* usulünde *actio certae creditae pecuniae*¹⁰²¹ açılabilir durumlarında artık *legis actio per conditionem*'in (veya diğer bir *legis actio* türünün) açılmamasını sağlamayı, yani *legis actio* usulü ile *formula* usulündeki davaların yarışmasını engellemeyi amaçlamaktadır¹⁰²². Yani *lex Aebutia*'dan sonra artık belirli miktarda para alacakları için *legis actio per conditionem* değil yalnızca *actio certae creditae pecuniae* açılabilir¹⁰²³. Buna karşın para dışındaki diğer mislî şeylerin ödünç verilmiş olması halleri, *lex Aebutia*'nın kapsamı dışında kalmaktadır¹⁰²⁴.

III. FORMULA USULÜNÜN UYGULANDIĞI DÖNEMDEKİ DURUM

Formula usulünde ödünç verenin alacağını talep etmek için ödünç alana açacağı davanın *condictio* ismini taşıdığı doktrinde genel kabul görmektedir¹⁰²⁵.

yönündeki karşı görüş için bkz. Wlassak, Bd. I, s. 104; Girard, s. 1088, dn. 2'de *lex Aebutia*'dan sonra da *formula* usulü yanı sıra bütün *legis actio* türlerinin varlıklarını devam ettirdiklerini *lex Aebutia*'nın en yeni ve basit usul olan ve bir reforma en az ihtiyaç duyan *legis actio per conditionem*'i kaldırmak için getirildiğinin kabul edilemeyeceğini belirtmektedir; aynı yönde bkz. Jolowicz, s. 233, dn. 3.

¹⁰¹⁹ Pflüger, *lex Aebutia*'nın her iki *condictio* türünü (*actio certae creditae pecuniae* ve *actio certae rei*'ye) kapsadığını belirtmektedir, bkz. Heinrich Hackfeld Pflüger, "Causa iudicati", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 43, 1922, (Causa), s. 164, s. 165; aynı yönde bkz. Kaser, *Lex Aebutia*, s. 28 vd.; Umur, *Roma Hukuku*, s. 555.

¹⁰²⁰ Behrends, *Zwölftafelprozess*, ss. 110-111; Kaser, *Ius Honorarium*, s. 53; Waldstein ve Rainer, s. 120.

¹⁰²¹ *Actio certae creditae pecuniae*: Belirli para borcu davası. *Stipulatio, mutuum* (ödünç) veya yazılı sözleşmeden doğan belirli bir para alacağının takibine ilişkin, şahsî, dar hukuk davası, bkz. Umur, *Lügat*, s. 3.

¹⁰²² Behrends, *Zwölftafelprozess*, ss. 110-111; Kaser, *Ius Honorarium*, s. 53.

¹⁰²³ Behrends, *Zwölftafelprozess*, ss. 110-111; Waldstein ve Rainer, s. 120; Behrends, *lex Aebutia*'nın XII Levha Kanununun temel alanı olan belirli miktardaki para borçları için (*certa credita pecunia*) *formula* usulünü zorunlu kıldığını ve böylece *legis actio per iudicis postulationem* ve *legis actio per conditionem*'in diğer uygulama alanlarına da önce fiilen sonra *lex Iulia* ile hukuken yalnızca *formula* usulünün uygulanabilmesi yolundaki gelişimi getirdiğini belirtmektedir, bkz. Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 109.

¹⁰²⁴ Behrends, *Zwölftafelprozess*, s. 110; Kaser, *Ius Honorarium*, s. 53.

¹⁰²⁵ *I.3.14.pr.*; Zimmermann, s. 153; Mayer-Maly, s. 156; Hausmaninger ve Selb, s. 214; Kaser ve Knütel, s. 231; Honsell, s. 159; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 159; von Lübtow, *Klâsik Hukuk Döneminden önce datio* (bir şeyin verilmesi), *expensilatio* (bir tür borç kaydıyla oluşturulan yazılı

Doktrinde çoğunluk, bir para ödöncü söz konusu olduğuunda bu davanın *actio certae creditae pecuniae*¹⁰²⁶ olarak da adlandırıldığını, yani *condictio* ile *actio certae creditae pecuniae*'nin eş anlamlı olduğunu¹⁰²⁷ veya *actio certae creditae pecuniae*'nin *condictio*'nun asıl veya teknik ismi olduğunu¹⁰²⁸ kabul etmektedir. Fakat bu iki davanın farklı olduğunu savunanlar da vardır¹⁰²⁹.

Kökeni, tarihî gelişimi, uygulama alanı ve hukukî dayanağı açısından çok sayıda tartışmalara yol açmış olan *condictio* gibi geniş kapsamlı bir konunun bu çalışmada tüm yönleriyle incelenmesi mümkün değildir. Özellikle 19. yüzyılın ortalarında ve daha sonra yirminci yüzyılın başlarında ve ortalarında yayınlanmış

sözleşme) veya *stipulatio* (belirli sözlerin söylenmesiyle kurulan şekle bağlı sözleşme) için açılacak dava için kullanılan en eski ismin *condictio* değil *actio certae creditae pecuniae* olduğunu savunmaktadır. Ona göre daha sonra *Corpus Iuris Civilis*'i hazırlayan hukukçular bu *actio*'nun yerine *condictio certi* terimini koymuşlar ancak bunu her metinde yapmamışlardır, bkz. von Lübtow, *Condictio*, s. 136; fakat doktrinde *condictio*'nun *mutuum* için açılacak davanın asıl ismi olup olmadığı konusunda tereddüt eden yazarlar da vardır. Örneğin von Mayr, *lex Aebutia*'nın çıkarılmasından sonra hem *formula* usulüne hem de *legis actio* usulüne başvurulabilen dönemde (bu konu da tartışmalıdır), *formula* usulündeki davanın adının *condictio* olmadığını, *praetor*'un bu iki usul (sözlü *legis actio* ve yazılı *formula*) bir arada yürürlükte olduğu müddetçe bunları isim bakımından ayırma eğiliminde olacağını kabul etmekte ve *formula* usulünde bir şeyin verilmesi talebi ile açılan davaların *actio certae creditae pecuniae* olarak adlandırıldığını savunmaktadır, bkz. von Mayr, *Condictio*, s. 48; benzer olarak Hähnchen da *formula* usulü ortaya çıktıktan sonra bu usulde açılacak davanın gerçek isminin *condictio* olup olmadığı konusunda şüpheler bulunduğunu ve bu konunun ayrıca ele alınması gerektiğini belirtmektedir, bkz. Hähnchen, s. 44.

¹⁰²⁶ Heimbach, Klâsik Dönem hukukçularının, kanunların etkisiyle davanın adını oluşturan kelimeleri *pecunia certa credita* (*lex Rubria de Gallia Cisalpina Cap. 21, 22*; *Gai. Inst. 4. 177*) veya *certa credita pecunia* (*Quintil. inst. orat. IV 2 § 6*; *Gai. Inst. 4. 13*; 171) şeklinde sıralayarak kullandığını, bunlardan farklı bir kullanıma rastlanmadığını ifade etmekte ve bu davayı *certae creditae pecuniae actio* olarak zikretmektedir, bkz. Heimbach, s. 553, dn. 1.

¹⁰²⁷ Baron, s. 154; Kipp, *Condictio*, s. 849; Rudolf Leonhard, “Creditor”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE IV, 2)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1901, (Creditor), s. 1700; Kaser, *RP I*, s. 531; Alan Watson, **The Law of Obligations in the Later Roman Republic**, Clarendon Press, Oxford 1965, (Obligation), s. 14; Zimmermann, s. 153; Liebs, *Römisches Recht*, s. 242, s. 290; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 51; Hausmaninger ve Selb, s. 214; Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 53; Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 161; Kaser ve Knütel, s. 231; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 159.

¹⁰²⁸ Pernice, *Labeo III*, 1, s. 212; von Koschimbahr-Lyskowski, *condictio*'nun yalnızca bilimsel bir kavram olduğunu ileri sürmekte ve davanın asıl ve teknik isminin *actio certae creditae pecuniae* olduğunu savunmaktadır, bkz. von Koschimbahr-Lyskowski, s. 39, s. 42; von Mayr, *Condictio Incerti*, s. 260, dn 2; Lenel, *Edictum*, s. 234; Schwarz, s. 283, s. 291; von Lübtow, *Condictio*, s. 136, s. 138, dn. 459; Liebs, *Klagenkonkurrenz*, s. 98; Tomulescu, *Origin*, s. 185; Bürge, *RP*, s. 124.

¹⁰²⁹ Heimbach, *actio certae creditae pecuniae* ile *condictio certi*'nin *formula*'larının farklı olduğunu ve M.S. 3. yüzyıldan itibaren *actio certae creditae pecuniae*'nin bağımsız bir dava niteliği kazandığını ileri sürmektedir, bkz. Heimbach, ss. 41, 44, 553; Karlowa da *actio certae creditae pecuniae* ile *condictio certi*'nin farklı davalar olduklarını ve *actio certae creditae pecuniae*'nin *legis actio per conditionem*'den gelmediğini savunmaktadır, bkz. Karlowa, *RG II*, s. 594 vd.; von Mayr *actio certae creditae pecuniae*'nin *legis actio per conditionem*'den daha eski bir dava olma ihtimalinin bulunduğunu ileri sürmekte fakat mevcut kaynaklardan kesin bir sonuca varmanın mümkün olamayacağını da belirtmektedir, bkz. von Mayr, *Condictio Incerti*, s. 260; Stintzing de *actio certae creditae pecuniae*'nin *legis actio per conditionem*'den daha eski bir dava olduğunu ileri sürmektedir, bkz. Stintzing, *Condictio*, s. 5.

kapsamlı eserlere¹⁰³⁰ bakıldığında konunun ne kadar çok boyutlu olduğu daha iyi anlaşılmaktadır. Böylesine kapsamlı bir konunun bütün boyutlarıyla ele alınması çalışmanın amacına uygun olmayacağı için konu yalnızca ödünç sözleşmesini ilgilendirdiği özellikleri çerçevesinde ele alınacaktır.

A. *Legis Actio Per Condictio* ve *Condictio* Arasındaki Bağlantı

Legis actio per condictio ile *condictio* arasında bir bağlantının bulunduğu çoğu yazar tarafından kabul edilmektedir ve bu yazarların hemen hepsi *condictio*'nun çıkış noktasının *legis actio per condictio* olduğunu kesinlik belirten ifadelerle dile getirmişlerdir¹⁰³¹. Bununla birlikte *condictio*'nun kökenini, nasıl ortaya çıktığını ve tarihsel gelişiminin ne şekilde gerçekleştiğini net olarak tespit etmenin, hem konuyla ilgili kaynakların azlığı hem de mevcut metinlerin bu konuyla ilgili sağlıklı bir sonuca ulaşmayı sağlamaktan uzak olması nedeniyle mümkün görünmediğini¹⁰³² ve bu nedenle bu konuda ileri sürülecek görüşlerin varsayımlardan ibaret olacağını ileri süren yazarlar olduğu da görülmektedir¹⁰³³. Bu yazarların görüşüne göre *formula* usulündeki *condictio*'nun çıkış noktasının kesin olarak belirlenmesi mümkün değildir¹⁰³⁴.

¹⁰³⁰ İlgili eserler için bkz. Liebs, *Condictio*, s. 163, dn. 1, dn. 2.

¹⁰³¹ Baron, *legis actio per condictio* ile *condictio* arasında kesin olarak bir bağlantı bulunduğunu ve *condictio*'nun *legis actio per condictio*'in halefi olduğunu belirterek bu iki dava arasında bir devamlılık ilişkisi bulunduğunu ileri sürmektedir, bkz. Baron, s. 185 vd.; aynı yönde bkz. Kreller, *Mutuum*, s. 581; Kaser ve Hackl, s. 334; Jolowicz de *formula* usulündeki *condictio*'nun *legis actio per condictio*'in yerini aldığını belirtmektedir, bkz. Jolowicz, ss. 198, 222, dn. 6; benzer şekilde Berger, *condictio*'nun kaynağını *legis actio per condictio*'den aldığını ifade etmektedir, bkz. Berger (ED), s. 405; aynı görüşteki von Lübtow, Klâsik Dönemdeki *condictio*'nun kökeninin *legis actio per condictio*'e dayandığını savunmaktadır, bkz. von Lübtow, *Condictio*, s. 105; Liebs de kesin bir ifadeyle *condictio*'nun çıkış noktasının aşikâr olduğunu ("The origin of *condictio* is clear.") ve bunun da *legis actio per condictio* olduğunu ifade etmiştir, bkz. Liebs, *Condictio*, s. 164; Nelson ve Manthe tarafından Klâsik dönem *formula* yargılamasında *condictio* olarak adlandırılmış olan davanın Klâsik dönem öncesindeki *legis actio per condictio*'den doğduğu ileri sürülmektedir, bkz. Nelson ve Manthe, s. 85; Apathy, Klingenberg, Pennitz de tıpkı Liebs ve Nelson ve Manthe gibi kesin bir ifadeyle *condictio*'nun çıkış noktasının *legis actio per condictio* olduğunu belirtmiştir, bkz. Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 216; aynı yönde bkz. Hausmaninger ve Selb, s. 270; Harke, s. 46; Kaser ve Knütel, ss. 285, 436-437.

¹⁰³² Bu yönde bkz. Bekker, *Aktionen*, s. 101; Hähnchen, s. 37.

¹⁰³³ Bkz. Zimmermann, s. 836, dn.15; Hähnchen, s. 37.

¹⁰³⁴ Örneğin Hähnchen bu konuda kaynak olarak gösterilebilecek tek metin *Gai. Inst. 4. 17-20* iken ve yalnızca bu metne dayanarak, Liebs 'in *condictio*'nun çıkış noktasına ilişkin olarak kesin bir ifade kullanmasını eleştirmiştir. Çünkü Hähnchen'a göre *Gai. Inst. 4. 17-20*, *formula* usulündeki *condictio*'nun gerçek kökeni ve gelişimi hakkında fazla bilgi vermemektedir ve sadece *Gai. Inst. 4.*

Condictio'nun kökenine ilişkin olarak ileri sürülecek görüşlerin varsayımlardan ibaret olacağı yönündeki görüş kabul edilse bile, yani *legis actio per conductionem* ile *condictio* arasında bir bağlantı bulunduğu görüşü kesin olarak kanıtlanmamış bir varsayım olarak değerlendirilse bile, bu doğru olma olasılığı çok yüksek bir varsayımdır.

B. Formula Usulünde Condictio ve Mutuum

Roma Hukukunda diğer sözleşmelerde her bir sözleşme için o sözleşmeye özel (ve genellikle sözleşmenin adına veya taraflarına göre isimlendirilmiş)¹⁰³⁵ bir dava olmasına rağmen *mutuum* için *actio ex mutuo* adı verilen ayrı bir dava bulunmamaktaydı¹⁰³⁶. Yukarıda belirtildiği gibi *formula* usulünde *mutuum*'dan doğan yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için alacaklının başvurabileceği dava *condictio*'dur¹⁰³⁷. Açılacak dava para ödöncü söz konusu ise *actio certae creditae pecuniae* (veya *condictio certi*), para dışında diğer mislî mal ödünçleri için *condictio certae rei* (veya buğday *condictio*'su anlamındaki *condictio triticaria*¹⁰³⁸) olarak adlandırılmıştı¹⁰³⁹.

von Lübtow'a göre Roma'da ödünce uygulanan hukuk kuralları tamamen ödünç verenin sahip olduğu *condictio*'nun etkisi altındadır¹⁰⁴⁰. Ödünç sözleşmesi için tek bir dava vardır, çünkü Roma hukukçuları şekle tâbi olmayan bir ödünç verme vaadinden verme yükümlülüğünün (*dare oportere*) doğmasını daima

17-20'ye dayanarak böyle kesin bir sonuca varmak mümkün değildir. Hähnchen, bu konuda Zimmermann'ın *condictio*'nun kökenine ilişkin görüşlerin varsayımlardan ibaret kalacağı yönündeki görüşünü desteklemektedir, bkz. Hähnchen, s. 37; ayrıca bkz. Zimmermann, s. 836, dn 15.

¹⁰³⁵ Örneğin satım sözleşmesinde (*emptio venditio*), alıcının (*emptor*) satıcıya (*venditor*) açacağı dava *actio empti*, satıcının açacağı dava *actio venditi* olarak; âriyet (kullanma ödöncü) sözleşmesinde (*commodatum*) âriyet verenin âriyet alana açacağı dava *actio commodati directa*, âriyet alanın âriyet verene açacağı dava *actio commodati contraria* olarak isimlendirilmiştir, bkz. Rado, Borçlar Hukuku, s. 57 vd., s. 91.

¹⁰³⁶ Dernburg ve Sokolowski, s. 731, dn. 1; Schulz, CRL, s. 510.

¹⁰³⁷ Jolowicz, s. 297; de Zulueta, Commentary, s. 149; Siber, Bd. II, s. 184; Zimmermann, s. 153; Apathy, Klingenberg, Pennitz, s. 159.

¹⁰³⁸ Lenel, *D.13.3.1.pr. (Ulpianus 27 ad ed.)*'de geçen "*condictio triticaria*" teriminin *Ulpianus*'a ve Klâsik Hukuk dönemine ait olmadığını ve *Corpus Iuris Civilis*'i derleyen hukukçular tarafından *interpolatio* ile metne eklendiğini savunmaktadır, bkz. Lenel, Edictum, s. 239.

¹⁰³⁹ Buckland, Textbook, s. 463; Siber, Bd. II, s. 184; Kunkel ve Honsell, s. 298; Rado, Borçlar Hukuku, s. 51; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 53; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 161.

¹⁰⁴⁰ von Lübtow, *Condictio*, s. 134.

reddetmişlerdir¹⁰⁴¹. Hukukî işlem tasavvuru *condictio*'ya, tabiri caiz ise, dıştan getirilmiştir¹⁰⁴². Başka bir ifadeyle, Romalılar sözleşme ilişkisine dair tasavvurlarını davanın ardı sıra oluşturmuşlardır, sözleşme dava aracılığı ile hukuken bağlayıcı bir yükümlülük halini almıştır¹⁰⁴³. O zaman *condictio* henüz yeni ortaya çıkmıştı ve ilk ortaya çıktığı zamanlarda günümüz hukukundaki kadar kapsamlı etkiler göstermiyordu. Dava *res* ile çok sıkı bir bağlantı içindeydi¹⁰⁴⁴.

Tıpkı *legis actio per condictioem* gibi bu davanın *formula* usulündeki devamı niteliğinde olan *condictio* da soyut bir davaydı, yani *condictio*'da da davacı, davanın hukukî dayanağını göstermek zorunda değildi¹⁰⁴⁵. Borcun kaynağı daha sonra, özel bir şekle bağlı olmadan hâkim önündeki aşamada gösteriliyordu¹⁰⁴⁶. Bu davanın *intentio*'sunun¹⁰⁴⁷ soyut olarak belirlenmiş olması sebebiyle (yani dava konusu yükümlülüğün hukukî dayanağının belirtilmek zorunda olunmaması nedeniyle), bu dava çok esnekti ve belirli bir şeyin verilmesinin (*certum dare*) borçlanıldığı bütün durumlarda açılabilirdi¹⁰⁴⁸. Başka bir ifadeyle bu davanın diğer bir özelliği, para veya belirli bir şeye mâlik olmayan kişinin, para veya şeyin malikinin bunu yasal olarak kendisine vermekle yükümlü olduğunu iddia ettiği her durumda açabileceği genel bir dava olmasıydı¹⁰⁴⁹. Konusu belirli bir şeyin verilmesine ilişkin olan *stipulatio*'larda (*stipulationes certi*) ve yazılı sözleşmelerde de *condictio* ile karşılaşmamızın nedeni budur¹⁰⁵⁰.

Davanın sahip olduğu diğer bir özellik, istisnaî durumlar bir tarafa bırakılacak olursa¹⁰⁵¹, davacının dava konusu şeyi önceden davalıya devretmiş olmasının gerekmesidir¹⁰⁵². Bu nedenle *condictio* hem bir sözleşmenin olduğu hem de olmadığı

¹⁰⁴¹ von Lübtow, *Condictio*, s. 134.

¹⁰⁴² von Lübtow, *Condictio*, s. 134; Bürge, RP, s. 127.

¹⁰⁴³ Bürge, RP, s. 127.

¹⁰⁴⁴ von Lübtow, *Condictio*, s. 134.

¹⁰⁴⁵ Watson, *Evolution*, s. 9.

¹⁰⁴⁶ Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s.110

¹⁰⁴⁷ *Intentio: Formula*'nın en önemli kısımlarından birisi. *Si paret* (sabit olursa) kelimeleriyle başlayarak davacının iddiasını belirten ve şartlı bir cümle ile davacının davalıya karşı ileri sürdüğü hukukî dayanağı şematik bir şekilde açıklayan kısım, bkz. Umur, *Lügat*, s. 90; ayrıca bkz. *Gai. Inst.* 4. 40.

¹⁰⁴⁸ Zimmermann, s. 153; Bürge, RP, s. 124; Kaser ve Knütel, s. 285.

¹⁰⁴⁹ Watson, *Evolution*, s. 9.

¹⁰⁵⁰ Zimmermann, s. 153.

¹⁰⁵¹ Bizi burada doğrudan ilgilendirmeyen ve hırsızlık durumunda açılan *condictio furtiva* istisnaî nitelik taşımaktadır, bkz. Watson, *Evolution*, s. 126'da yer alan 9. sayfanın 11 numaralı dipnotu.

¹⁰⁵² Watson, *Evolution*, s. 9; Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 279; Kaser ve Knütel, s. 286.

durumlarda açılabilirdi¹⁰⁵³. Davanın genel olmasının yanı sıra soyut nitelik taşıması bir açıklama gerektirmektedir ve en basit açıklama *condictio*'nun aslen bir somut durum için tasarlanmış olmasıydı. Bu somut durum da o kadar barizdi ki bu açıkça düzenlenmemişti ve daha sonra diğer durumları da kapsamına alabileceği kabul edilmişti. *Condictio*'nun açılabilirdiği bu somut durum *mutuum*'du¹⁰⁵⁴. Başka bir ifadeyle *condictio*'nun ilk olarak *mutuum* için kullanılmış bir dava olduğu savunulmaktadır¹⁰⁵⁵.

Condictio'nun bir diğer özelliği bir dar hukuk davası olmasıdır (*actio stricti iuris*)¹⁰⁵⁶. Bu nedenle hâkimin, taraflar arasında şekle bağlı olmayan, tâli anlaşmalara etki tanıma veya âdil değerlendirme yapma konusunda bir takdir yetkisi yoktu¹⁰⁵⁷. Hâkim, ödünç alanı yalnızca ödünç verenden almış olduğu miktar kadarını iade etmeye mahkûm edebilirdi¹⁰⁵⁸. Bu nedenle *mutuum* kelimenin tam anlamıyla tek tarafa borç yükleyen, karşılıksız bir sözleşmedir¹⁰⁵⁹. Hukukî korumanın türü ve ölçüsü tarafların kararlaştırmış oldukları hükümlere göre değil *condictio*'nun uygulama alanına göre belirlenirdi. *Formula* usûlü ortaya çıkmadan önce *condictio*'lar için *legis actio per conductionem*'in açıldığı dönemde de yalnızca verilmiş miktarın iadesi talep edilebilirdi. Davanın temelini bir şeyin verilip alınması oluşturuyordu. Bunu takip eden dönemlerde de muhafazakârca bu temele bağlı kalınmıştı, fakat burada aslında hukuk politikasından kaynaklanan sebeplerin

¹⁰⁵³ Watson, *Evolution*, s. 9; Kaser ve Knütel, s. 285.

¹⁰⁵⁴ Watson, *Evolution*, s. 9.

¹⁰⁵⁵ Prichard, s. 265; Watson, *Evolution*, s. 9; Kaser, *Ius Gentium*, s. 153; Kaser ve Hackl, s. 112; Kaser ve Knütel, ss. 285, 437; farklı görüşteki Liebs ise *condictio* ile dava edilebilen ilk borçların, şekle bağlı olmayan *mutuum* borçları değil konusu belirli miktar para (*certa pecunia*) veya belirli miktardaki şeyler (*certain res*) olan *stipulatio* borçları olduğunu savunmaktadır, şekle bağlı olmayan *mutuum* için *condictio*'ya başvurulması *stipulatio* ve yazılı sözleşmelerden (*expensilatio*) doğan borçlardan sonra gerçekleşmiştir, bkz. Liebs, *Condictio*, ss. 165, 166.

¹⁰⁵⁶ *Actiones* (veya *Iudicia*) *Stricti Iuris*: *Iustinianus* döneminde, hâkimlerin yetkilerinin sınırlı bırakıldığı davalara verilen isim: dar hukuk davaları. Klâsik dönemde *iudicia stricta* denen bu davalarda hâkim, *formula*'da belirtilmiş olaylara sıkı sıkıya bağlı kalmakta idi. Eskiden sayısı çok olan bu tip davalar gittikçe azalmış, sonunda *Iustinianus* hukukunda, yalnız *mutuum* ve *stipulatio*'dan doğan davalar dar hukuk davası özelliğini korumuşlardı, bkz. Umur, *Lügat*, s. 97; ayrıntılı bilgi için bkz. Umur, *Roma Hukuku*, s. 588 vd.; Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 303 vd.; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 35 vd.; Tahiroğlu ve Erdoğmuş, *Roma Hukuku*, s. 243 vd.; ayrıca *actiones stricti iuris* kavramının (*actiones bonae fidei* kavramının aksine) klâsik döneme ait olmadığı ve Klâsik dönem hukukçularının sınıflandırma yapmaktan çok her davayı ayrı ayrı ele alma eğiliminde olmalarından ötürü, o dönemde böyle bir ayrıma gitmedikleri belirtilmektedir, bkz. Kaser ve Hackl, s. 334, dn. 46; Kaser, *RP I*, s. 485; Kaser, *RP II*, s. 333.

¹⁰⁵⁷ Zimmermann, s. 154.

¹⁰⁵⁸ Sohm, Mitteis, Wenger, ss. 389, 393; Zimmermann, s. 154; Bürge, *RP*, s. 125; Hausmaninger ve Selb, s. 214.

¹⁰⁵⁹ Siber, *Bd. II*, s. 183; Zimmermann, s. 154.

belirleyici rol oynadığı görülmektedir. *Condictio*'nun tamamen ödünç verilen miktarın iadesine yönelik olan baskın özelliği, alacaklının yükümlülüklerinin tamamen arka planda kalmasına yol açmıştı¹⁰⁶⁰. Roma Hukukunda ödünçün ne zaman iade edilmesi gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktaydı bu nedenle de ödünç veren verdiği andan itibaren ödünçün iadesini talep edebilirdi¹⁰⁶¹. Özellikle ödünç verenin, *condictio* ile verdiğini vadesinden önce istemiş olması durumunda ödünç alanın buna karşı nasıl korunduğu hakkında hiçbir bilginiz yoktur¹⁰⁶². Roma hukukçuları kullanma ödünçü (âriyet) sözleşmesinin sona ermesine yönelik hükümleri açıkça ele almış olmalarına rağmen, görülebildiği kadarıyla ödünçte buna hiçbir yerde değinmemişlerdir¹⁰⁶³.

Condictio'dan doğan ve belirli miktarda paranın veya mislî bir şeyin verilmesine yönelik davalarda, edimin ifası objektif olarak daima olanak dâhilindedir ve temerrütten doğan zararın talep edilmesi mümkün değildir¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁰ von Lübtow, *Condictio*, s. 134.

¹⁰⁶¹ Heinrich Dernburg, **Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs**, Bd. II, 3. Aufl., Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1882, (Lehrbuch), s. 237; Watson, RPL, s. 126; Siegbert Lammel ve Frank L.Schäfer, **Kommentar von §§ 488-512 (Geld Darlehen, Finanzierungshelfen und Ratenlieferungsvertrag)**, in Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III, 1. Teilband, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, s. 350.

¹⁰⁶² von Lübtow, *Condictio*, s. 134.

¹⁰⁶³ von Lübtow, *Condictio*, s. 134.

¹⁰⁶⁴ Kaser, RP I, s. 513.

SONUÇ

Roma Hukukundan günümüze en önemli sözleşmelerden biri olma özelliğini koruyan ödünç sözleşmesinin ortaya çıktığı ilk dönemlerdeki uygulama biçiminin ve yapısının, tarihî süreç içerisinde ekonomik ve sosyal koşullarda meydana gelen değişimin getirdiği yeni ihtiyaçlar karşısında, bütün hukuk sistemlerinde olmasa da pek çoğunda, tedricî ve uzun soluklu bir değişime uğradığı görülmektedir.

Mutuum'un kökeni ve ne şekilde ortaya çıktığı konusunda elimizde güvenilir kanıtlar bulunmadığı için kesin bir sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. Yine de bu hukukî ilişkinin genellikle dostlar ve komşular arasındaki yardımlaşma ve dayanışmaya, dolayısıyla güvene dayandığı bununla birlikte eski dönemlerde yapılan bağışlarda dahi görülen karşılıklılık düşüncesinin bu hukukî ilişkinin yapısında önemli bir rol oynamış olma olasılığı kesin bir şekilde ispat edilemese de göz ardı edilmemesi gereken bir olasılıktır.

Yine çok tartışmalı bir konu olan *nexum* ile ilgili olarak da kaynakların azlığı ve mevcut olanların da güvenilir bir sonuca ulaşmayı sağlamaktan uzak olması nedeniyle kesin bir hükme varmak mümkün görünmemektedir. Ödünç ilişkileri açısından eski dönemlerde bir yanda dostlar ve komşular arasındaki dayanışmaya dayanan ve bir karşılık gerektirmeyen *mutuum*'un diğer yanda ise genellikle ticarî amaçlarla uygulanan ve yalnızca para ödünçleri için uygulanmış olup faiz kararlaştırmanın da mümkün olduğu *nexum*'un olması yüksek bir olasılıktır. Dolayısıyla her ne kadar yapısı, özellikleri, uygulama şekli gibi konularda pek çok farklı görüş bulunsa ve bu konularda kesin bir yargıya varmak mümkün olmasa bile *nexum*'un zamanla ortadan kalkmasına kadar ödünç ilişkilerinde önemli bir rol oynadığı söylenebilir.

Roma Hukukundaki *mutuum*'un en önemli özelliklerinden biri, *mutuum*'un geçerli olarak kurulmuş sayılması için sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yeterli olmayıp, sözleşme konusu para veya diğer mislî eşyanın mülkiyetinin ödünç veren tarafından ödünç alana devredilmesinin de zorunlu olmasıydı. Başka bir ifadeyle Roma Hukukunda *mutuum*, real sözleşme niteliği taşımaktaydı. Bununla birlikte Roma Hukukunda ödünç verileceğine dair herhangi

bir şekilde tâbi olmadan yapılan bir taahhüt (*pactum de mutuo dando*), dava edilebilir bir sözleşme niteliği taşımamaktaydı.

Mutuum bu özelliğini ilk ortaya çıktığı dönemden *Iustinianus* dönemine kadar muhafaza etti. Hatta ödünç sözleşmesinin günümüzde dahi, İtalya, Fransa, Hollanda Medenî Kanunlarında olduğu gibi real sözleşme olarak düzenlendiği hukuk sistemlerinin bulunduğu göz önüne alındığında Roma Hukukundan gelen bu etkinin ne kadar güçlü olduğu farkedilebilecektir. Diğer yandan *mutuum* için sözleşme konusunun mülkiyetinin devri zorunluluğu oldukça belirleyici ve karakteristik bir özellik olmakla birlikte *mutuum*'un taşıdığı rızaî unsurun etkisinin zaman içinde arttığı söylenebilir.

Ödünç konusunun mülkiyetinin doğrudan ödünç veren tarafından ödünç alana devredilmesi zorunluluğu uygulamada çeşitli zorluklara yol açmaktaydı. Zamanla küçük bir şehir devletinden geniş topraklara sahip bir imparatorluğa dönüşen Roma devletinde, *mutuum* için uygulanan bu katı kural farklı yerlerde bulunan insanların ödünç ilişkilerine girmesini zorlaştırmaktaydı. Ticarî hayattaki gelişim, bu zorlukların aşılmasını gerektirmiş ve ödünç konusunun doğrudan verilmesinin söz konusu olmadığı bazı hallerde de bir ödünç hukuken geçerli olarak kurulduğunun kabul edilmesi zorunluluğunu doğurmuştu. Ödünç kurulmasında eski hukukun aradığı katı ve şekilci formaliteler zamanla ister istemez bir tarafa bırakılmak zorunda kalmış ve böylece bir ödünç kurulması için –gelişen hukukî ve ticari hayatın gereklerine uygun olarak- yeni olanaklar tanınmıştı. Klâsik Hukuk Döneminde, bir kişinin başka bir sebeple elinde bulundurduğu parayı ödünç almak istemesi durumunda bunun parayı doğrudan ödünç verenden teslim alma koşulu aranmaksızın mümkün kabul edildiği veya bir kimsenin kendisine borçlu olan bir kişiye borcunu ödünç istemiş olan üçüncü bir kişiye ödemesi talimatını vermesi surtiyle *mutuum*'un kurulabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Bu örneklerde görüldüğü gibi *mutuum*'daki “real” unsur, ticaret hayatının gereklerinin dayattığı yeni koşullar nedeniyle, hiçbir zaman tamamen ortadan kalkmasa da, zamanla daha esnek şekilde yorumlanmıştır. Günümüzdeki modern hukuk sistemlerine bakıldığında yakın bir zamana kadar ödünç sözleşmesinin real sözleşme niteliği taşıdığını savunanların bulunduğu Almanya ve kanunda açıkça real sözleşme olarak öngörüldüğü Avusturya'da ödünç nüvesinde bulunan rızaî unsur baskın gelmiş ve

bu ülkelerin kanunlarında yapılan değişikliklerle ödünç sözleşmesi rızaî sözleşme olarak düzenlenmiştir. Keza Türk ve İsviçre hukuklarında da ödünç sözleşmesinin öteden beri rızaî nitelik taşıdığı görülmektedir. Bu değişim komşular ve arkadaşlar arasındaki hatır ödünçleri bakımından ödücün doğasına aykırı gibi görünse ve bu durumlarda ödücün real sözleşme niteliği taşıması gereği daha akla yakın gelse bile ödücün ticarî hayattaki işlevi göz önüne alındığında rızaî sözleşme olarak düzenlenmesi ticarî hayattaki ihtiyaçları karşılamak bakımından daha elverişli olmuştur.

Mutuum'un diğer bir önemli özelliği tek tarafa borç yükleyen karşılıksız bir sözleşme olmasıdır. Ödünç veren kimse vermiş olduğu ödünç karşılığında faiz elde etmek isterse, faiz için ödünç alanla sözlü şekle bağlı ayrı bir sözleşme (*stipulatio*) yapması gerekirdi. Günümüz hukukunda ise TBK md. 387 ile ticari olmayan tüketim ödücü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemeyeceği hükme bağlanmıştır. Yine günümüz hukukuna göre faizsiz ödünç sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme iken faizli tüketim ödücü sözleşmesinin ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

Mutuum için tanınmış olan hukukî korumalar konusunda ilk dönemlere ilişkin aydınlatıcı kaynak bulunmadığı için kesin sonuçlara ulaşmak pek mümkün görünmemektedir. Doktrinde özellikle ilk dönemlerde *mutuum* için bir hukukî koruma tanınmış olup olmadığı konusunda farklı görüşlerin bulunduğu görülmektedir. *Mutuum*'un komşular ve dostlar arasındaki yardımlaşma ve dayanışmaya dayanan yapısı göz önünde bulundurulduğunda ilk dönemlerde *mutuum* için herhangi bir dava tanınmamış olduğunu savunan görüşün çok sayıda temsilcisi bulunmaktadır. Fakat bu görüşü savunanların dava yoluyla olmasa bile *mutuum* için toplumdan dışlanmak gibi sosyal bir yaptırımın bulunduğunu kabul ettikleri görülmektedir. Bununla birlikte *mutuum* için en eski dönemlerden itibaren dava açılabilirdiğini savunanlar da bulunmaktadır. Kanaatimizce de eski dönemlerde yardımlaşma ve dayanışma amacı ile de olsa verilen ödücün iade edilmemesinin yaptırımsız bırakılması insan tabiatına ve hakkaniyet duygusuna aykırı gibi görünmektedir. Bu yaptırımın bir dava mı yoksa ahlâki yönü ağır basan başka bir toplumsal yaptırım mı olduğunu kesin olarak tespit etmek şimdilik mümkün görünmemektedir. Ayrıca *mutuum* için bir yaptırım öngörülmüş olduğuna dair

kanaatin de “insan tabiatı” ve “hakkaniyet duygusu” gibi genel ve soyut nitelik taşıyan dayanaklardan ötesini gerektirdiği gözden kaçırılmamalıdır.

Roma yargılama usulünde eski dönemlerde uygulanmış ilk usul olan *legis actio* usulünde *mutuum* için *legis actio per condictioem* adlı davanın açılabilirdiğini *Gaius*’un *Institutiones* adlı eserindeki anlatımlarından öğrenmekteyiz. Bu dava, farklı görüşler de olmakla birlikte, Roma yargılamasında *legis actio*’lar usulünden sonra uygulanan *formula* usulündeki *condictio*’nun da hem temelini teşkil etmektedir hem de bu davaya ismini veren davadır. Klâsik Hukuk döneminde para ödünçleri için *actio certae creditae pecuniae* (veya *condictio certi*), diğer mislî mal ödünçleri için ise *condictio certae rei* adı verilen davalar açılabilirdi. *Condictio*’nun en önemli özelliklerinden birisi soyut bir dava olması yani davacının davanın hukukî dayanağını göstermek zorunda olmayışı idi. Genellikle ilk olarak *mutuum* için tanınmış olduğu kabul edilen bu dava daha sonra sebepsiz zenginleşme durumlarında da açılabilen bir dava niteliği kazandı. *Condictio*’nun diğer bir özelliği dar hukuk davası olmasıydı. Dar hukuk davası niteliği taşıyan *condictio*’da ödünç veren yalnızca verdiği miktarın iadesini talep edebilir, daha fazlasını talep edemezdi. Faiz için ayrı bir *stipulatio* yapılmış ve faizin ödenmemiş olması durumunda bunun için ayrı bir dava açılması gerekirdi.

KAYNAKÇA

Affolter, Albert. “Das verzinsliche Darlehen”, **Archiv für bürgerliches Recht**, Bd. 26, 1905, ss. 1-6.

Akıncı, Şahin. **Roma Borçlar Hukuku, 818 sayılı BK ve 6098 sayılı TBK ile Mukayeseli**, Sayram Yayınları, Konya, 2013.

Aksoy, Ömer Asım. **Atasözleri ve Deyimler Sözlüğü, C. I: Atasözleri Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1981.

Aksoy Dursun, Sanem. **Eşya Kavramı**, XII Levha, İstanbul, 2012.

Alexander, Louis. **Über die Formen der Darlehnsbegründung im römischen Recht**, Buchdruckerei von D. Straus, Heidelberg, 1908.

von Amira, Karl. **Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. I, Altschwedisches Obligationenrecht**, Veit & Comp., Leipzig, 1882.

von Amira, Karl. **Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. II, Westnordisches Obligationenrecht**, Veit & Comp., Leipzig, 1895.

Ankum, Hans. “Tabula Pompeiana 13: ein Seefrachtvertrag oder ein Seedarlehen?”, **Rivista Internazionale di diritto romano e antico (IURA)**, Cilt: XXIX, 1978, ss. 156-173.

Apathy, Peter, Georg Klingenberg ve Martin Pennitz. **Einführung in das römische Recht**, 5. verbesserte und ergänzte Auflage, Böhlau Verlag, Wien, Köln, Weimar, 2012.

Veyne, Paul. “Roma İmparatorluğu”, **Özel Hayatın Tarihi 1, Roma İmparatorluğundan 1000 Yılına**, (Ed. Philippe Ariés ve Georges Duby), çev. Turhan Ilgaz, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2006, ss. 17-251.

Atlan, Sabahat. **Roma Tarihi'nin Ana Hatları, I. Kısım, Cumhuriyet Devri**, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, No. 1529, İstanbul, 1970.

Auden, Wystan H. ve Paul Beekman Taylor. **Norse Poems**, Athlone Press, London, 1981.

Ayverdi, İlhan. **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul, 2005.

Ayiter, Ferid. "Borç ve Mesuliyet, Türk hukuku tarihine ait metodolojik bir tetkik", **Türk Hukuk Tarihi Dergisi**, Cilt: I, 1941-1942 (Basım Tarihi 1944), ss. 133-183.

Babusiaux, Ulrike. **Id quod actum est, zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess**, CH Beck, München, 2006.

Bachofen, Johann Jakob. **I. Das Nexum, die nexi und die lex Petillia**, Verlag von J. G. Neukirch, Basel, 1845.

Bähr, Otto. **Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund**, 2. neu bearbeitete Aufl., Georg H. Wigand, Cassel und Göttingen, 1867.

Baron, Julius. **Abhandlungen über den römischen Civilprocess, Bd. I, Die Conditionen**, Leonhard Simion, Berlin, 1881.

Bartels, Klaus. **Der Vertragliche Schuldbeitritt im Gefüge gegenseitiger Dauerschuldverhältnisse**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

Behrends, Okko. **Der Zwölftafelprozess, Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts**, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1974.

Behrends, Okko. "Das *nexum* im Manzipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libral Darlehens", **Okko Behrends, Institut und Prinzip, ausgewählte Aufsätze**, herausgegeben von Martin Avenarius, Rudolf Meyer-Pritzl und Cosima Möller, Bd. II, Göttingen 2004, ss. 563-598 (İlk Basımı: **RIDA (Revue internationale des droits de l'antiquité, Bruxelles)**, 21, 1974, ss. 137-184).

Behrends, Okko, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler. **Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung**, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, C.F. Müller juristischer Verlag, Bd. II (1-10), Heidelberg, 1995; Bd. III (11-20), Heidelberg, 1999; Knütel, Kupisch, Seiler, Behrends, Bd. IV (21-27), Heidelberg, 2005.

Bekker, Immanuel Ernst. **Die Aktionen des römischen Privatrechts, Bd. I: Ius civile**, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1871.

Bekker, Immanuel Ernst. “Ueber die Objekte und die Kraft der Schuldverhältnisse”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 23, 1902, S. 1-30.

Benke, Nikolaus. “Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der ‘*locatio conductio irregularis*’ ”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 104, 1987, SS. 156-237.

Benke, Nikolaus und Franz-Stefan Meissel. **Übungsbuch zum römischen Schuldrecht**, Manz Verlag, Wien, 1992.

Berger, Adolf. “*Lex Aebutia*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE Suppl. VII)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1940, SS. 379-382.

Berger, Adolf. “*Lex Poetelia Papiria*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE Suppl. VII)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1940, SS. 405-409.

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

Berger, Klaus Peter. “Kreditvertragsrecht und Schuldrechtsreform”, Bankrecht 2002, **Tagungsband zum RWS-Forum am 14. und 15. März 2002 in Berlin**,

herausgegeben von Norbert Horn und Achim Kramer, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln, 2003, ss. 1-43.

von Beseler, Gerhard. **Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen**, viertes Heft, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1920.

von Beseler, Gerhard. **Opora**, Universitätsverlag von Robert Noske, Leipzig, 1930.

von Bethmann-Hollweg, Moritz August. “Über die Kompetenz des Centumviralgerichts”, **Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft**, Bd. 5, 1825, ss. 358-400.

von Bethmann-Hollweg, Moritz August. **Der römische Civilprozess, Bd. I-Legis Actiones**, Adolph Marcus, Bonn, 1864.

Billeter, Gustav. **Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian**, Druck und Verlag von B. G. Teubner, Leipzig, 1898.

Blum, Fritz. **Darlehen und Darlehensvorvertrag**, Buchdruckerei von Ernst René Grosser, Erlangen, 1912.

Boehmer, Gustav. “Realverträge im heutigen Rechte”, **Archiv für bürgerliches Recht**, Bd. 38, 1913, ss. 314-334.

Bretone, Mario. **Geschichte des römischen Rechts, von den Anfängen bis zu Justinian** (Eseri İtalyanca aslının 1989 tarihli 3. baskısından çev. Brigitte Galsterer), Verlag C. H. Beck, München, 1992.

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

Buckland, William Warwick. **A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge 1932.

Buckler, William Hepburn. **The Origin and History of Contract in Roman Law Down to the End of the Republican Period**, C.J. Clay and Sons, Cambridge University Press, London, 1895.

Bürge, Alfons. “Vertrag und personale Abhängigkeiten in Rom der späten Republik und der frühen Kaiserzeit”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 97, 1980, ss. 105-156.

Bürge, Alfons. “Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 99, 1982, ss. 128-157.

Bürge, Alfons. “Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 104, 1987, ss. 465-558.

Bürge, Alfons. **Römisches Privatrecht**, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1999.

Cannata, Carlo Augusto. “Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen”, **SDHI (Studia et Documenta Historiae et Iuris)**, Cilt: 53, 1987, ss. 297-312.

Coing, Helmut. “Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung”, **Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz**, Cilt: I, Jovene, Napoli, 1953, ss. 365-388.

Danz, Heinrich Aemilius August. **Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts**, Bd. II, 2. Aufl., Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1873.

Daube, David. “Did Macedo murder his father?”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 65, 1947, ss. 261- 311.

Daube, David. “The Self-Understood in Legal History”, **Collected Studies in Roman Law**, zweiter Halbband, herausgegeben von David Cohen und Dieter Simon, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1991, ss. 1277-1285. (eser Almanca olarak da basılmıştır, bkz. Daube, David. “Das Selbstverständliche in der Rechtsgeschichte”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 90, 1973, ss. 1- 13)

Daube, David. “Money and Justiciability”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 96, 1979, ss. 1- 16.

Demelius, Gustav. “Plautinische Studien: III. Consensual- und Real-Contracte”, **Zeitschrift für Rechtsgeschichte**, Bd. 2, 1863, ss. 177-238.

Dernburg, Heinrich. Rezension zu “Friedrich Ludwig von Keller: Der römische Civilprocess und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauch bei Vorlesungen, Leipzig 1852”, **Kristische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft**, Bd. I, 1853, ss. 457-478.

Dernburg, Heinrich. **Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs**, Bd. II, 3. Aufl., Verlag der Buchhandlung der Waisenhauses, Halle, 1882.

Dernburg, Heinrich ve Paul Sokolowski. **System des römischen Rechts, der Pandekten**, 8. Aufl., zweiter Teil, Verlag von H. M. Müller, Berlin, 1912.

de Zulueta, Francis. “The Recent Controversy about *Nexum*”, **The Law Quarterly Review (LQR)**, Cilt: 29, 1913, ss. 137-153.

de Zulueta, Francis. “The New Fragments of Gaius, Part III: The legis actiones”, **The Journal of Roman Studies**, Cilt: 26, Part 2 (1936), ss. 174-186.

Di Marzo, Salvatore. **Roma Hukuku**, (beşinci tab’ından çev. Ziya Umur), 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1959.

Diósdi, György. **Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law**, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970.

Diósdi, György. **Contract in Roman Law, From the Twelve Tables to the Glossators**, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981.

Doğan, İ. Banu. **Tarihöncesinde Ticaret ve Değiş Tokuş**, 2. Baskı, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2012.

Doğan, Mehmet D. **Doğan Büyük Türkçe Sözlük**, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 20. Baskı, Pınar Yayınları, İstanbul, 2008.

Dulckeit, Gerhard. “Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht”, **Festschrift für Fritz Schulz**, Bd. I, Hermann Böhlau's Nachfolger, Weimar, 1951, ss. 148-190.

Dulckeit, Gerhard. “Zur Rekonstruktion der Nexumformel”, **Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz**, Cilt: I, Jovene, Napoli, 1953, ss. 74-82.

Düll, Rudolf. “*Nexum*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE XVII, I)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1936, ss. 163-166.

Düll, Rudolf. “Zu Gaius Veronensis, den *iudicia* der Legisaktionen und zum Vorformularprozeß”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 95, 1978, ss. 270-280.

Dürüşken, Çiğdem. “Roma’da Takvim”, **Cogito**, S. 22 (Takvim: Zamanın Haritası), Bahar 2000, ss. 101-111.

Eisele, Fridolin. **Die materielle Grundlage der Exceptio, eine römisch-rechtliche Untersuchung**, Weidmann, Berlin, 1871.

Emiroğlu, Haluk. ***Ius Gentium (Kavimler Hukuku)***, Değişim Yayınları, İstanbul, 2007.

Erdoğan, Belgin. “*Condictio De Bene Depensis*”, **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 2354, Hukuk Fakültesi No. 530, İstanbul, 1977, ss. 257-269.

Erdoğan, Belgin. **Hukukta Latince Teknik Terimler-Özlü Sözler**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.

Erdoğan, Belgin. **Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.07.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası**, Der Yayınları, İstanbul, 2012.

Erhat, Azra. **Mitoloji Sözlüğü**, 2. Basım, Remzi Yayınevi, İstanbul, 1978.

Ewerth-Schulz, Erich ve Leonard Adam. **Das Eingeborenenrecht, Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Ostafrika**, Bd. I, Strecker und Schröder, Stuttgart, 1929.

Ewerth-Schulz, Erich ve Leonard Adam. **Das Eingeborenenrecht - Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, Togo, Kamerun, Südwestafrika, die Südsee Kolonien**, Bd. II, Strecker und Schröder, Stuttgart, 1930.

Eyüboğlu, İsmet Zeki. **Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü**, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 2004.

Fiori, Roberto. “The Roman Conception of Contract”, **Obligations in Roman Law, Past, Present, and Future**, Edited by Thomas A. J. McGinn, Michigan 2012, ss. 40-75.

Fögen, Marie Theres. “Vom “Typenzwang” des römischen Rechts am Beispiel des Realvertrags”, **Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huweiler zum 65. Geburtstag**, Stämpfli Verlag, Bern, 2007, ss. 249-265.

Gaius. **Institutiones**, Borçlar Kısımı, çev. Türkân Rado, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1953.

Gai Institutiones III 88-181, Die Kontraktsobligationen, Text und Kommentar von Hein Leopold Wilhelm Nelson und Ulrich Manthe, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.

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

Girard, Paul Friedrich. **Geschichte und System des römischen Rechtes** çev. Robert von Mayr, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1908.

Glaub, Herbert. **Gibt es heute noch Realkontrakte?**, Buchdruckerei Richard Mayr, Köln, 1934.

von Glück, Christian Friedrich. **Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld**, Bd. 11, 2, Johann Jacob Palm, Erlangen, 1809.

von Glück, Christian Friedrich. **Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld**, Bd. 12,1, Johann Jacob Palm, Erlangen, 1809.

von Glück, Christian Friedrich. **Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld**, Bd. 14, 2, Johann Jacob Palm, Erlangen, 1813.

von Glück, Christian Friedrich. **Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld**, Bd. 21, 1, Johann Jacob Palm, Erlangen, 1820.

Gradenwitz, Otto. “Zu den XII Tafeln”, **Mélanges P. F. Girard**, tome premier, Larose & L. Tenin, Paris, 1912, ss. 505-522.

Grimmal, Pierre. **Mitoloji Sözlüğü, Yunan ve Roma**, çev. Sevgi Tamgüç, Sosyal Yay., İstanbul, 1997.

Gröschler, Peter. “Die Konzeption des *mutuum cum stipulatione*”, **TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 74, 2006, ss. 261-287.

Günel, Nadi. **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 504, Ankara, 1996.

Gürten, Kadir. **Roma Hukukunda Kefalet Akdi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Hähnchen, Susanne. **Die causa condictionis, Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2003.

Harder, Manfred. “Zum Anweisungsdarlehen und Vereinbarungsdarlehen”, **Juristische Arbeitsblätter (JA)**, 1990, Heft 7, ss. 165-173.

Harke, Jan Dirk. **Römisches Recht, von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen**, Verlag C. H. Beck, München, 2008.

Harris, Edward M. “Did Solon abolish debt-bondage?”, **Classical Quarterly**, Cilt: 52.2, 2002, ss. 415-430.

Hausmaninger, Herbert. “*Id quod actum est* als Argumentationsfigur bei Celsus”, **Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag**, herausgegeben von Georg Klingenberg, Joh. Michael Rainer, Herwig Stiegler, Leykam Buchverlag GmbH, Graz, 1992, ss. 159-176.

Hausmaninger, Herbert ve Walter Selb. **Römisches Privatrecht**, 9. Aufl., Böhlau Verlag, Wien, Köln, Weimar 2001.

Heimbach, Gustav Ernst. **Die Lehre von den *Creditum* nach den gemeinen in Deutschland geltenden Recht**, Verlag von Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1849.

Heidbrink, Walter. **Die Begründung eines Darlehens**, Dissertationsdruckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten, 1935.

Heine, Sonja. ***Condictio sine datione*, Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB**, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

Henning, Thomas. **Die mittelbare Darlehensvaluierung, Eine Untersuchung zur Tatbestandsseite der Darlehensgewährung**, Diss. Tübingen, 2008.

Hironaka, Toshio. “Zur formlosen Zinsvereinbarung beim Naturaldarlehen im römischen Recht”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 93, 1976, ss. 287-290.

Hohenstein, Adolf. **Zur Darlehenslehre nach BGB**, Erlangen, 1907.

Homer, Sidney ve Richard Sylla. **A History of Interest Rates**, 4th edition, John Wiley & Sons Inc., New Jersey, 2005.

Honsell, Heinrich. **Römisches Recht**, Siebte ergänzte und aktualisierte Aufl., Springer, Berlin, Heidelberg, 2010.

Horak, Franz. “Kreditvertrag und Kreditprozess in den Zwölftafeln”, (Rezensionsmiszelle zu Okko Behrends: Der Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts, Göttingen 1974), **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 93, 1976, ss. 261-286.

Hugo, Ritter. **Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian**, 7. Aufl., August Mylius, Berlin, 1820.

Huschke, Philipp Eduard. **Über das Recht des *nexum* und das alte römische Schuldrecht**, Gebauer'sche Buchhandlung, Leipzig, 1846.

Huschke, Philipp Eduard. **Die Lehre des Römischen Rechts vom Darlehn und den dazu gehörigen Materien**, Gebrüder Kröner, Stuttgart, 1881.

Ibbetson, David. **A Historical Introduction to the Law of Obligations**, Oxford University Press, New York, 2001.

Ildız, Erkan. **Eski Çağ'da Bankacılık ve Bankerlik**, Türkiye Bankalar Birliği, İstanbul, 2013.

Isermeyer, Kurt. **Über Formen der Darlehensbegründung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche**, C. Hinstorffs Buchdruckerei, Rostock, 1913.

İplikçioğlu, Bülent. **Eskibatı Tarihi I, Giriş, Kaynaklar, Bibliyografya**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1997.

Institutionum Graeca Paraphrasis, Theophilio Antecessori, instruxit Ferini, E.C., Berlin, 1884.

The Institutes of Gaius, Part I: Text with Critical Notes and Translation, Clarendon Press, Oxford, 1946, Part II: Commentary by Francis de Zulueta, Oxford, 1953.

Iustinianus Institutiones, Türkçe metin: Ziya Umur, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.

Jacoby, M. S. "Wuchergeschäft", **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts**, Bd. 60 (zweite Folge, Bd. 24), 1912, ss. 229-254.

Jakobs, Horst Heinrich. "Delegation und Durchgangserwerb", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 91, 1974, ss. 205-250.

von Jhering, Rudolf. **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**, zweiter Teil, zweite Abtheilung, 5. unveränderte Aufl., Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1898.

Jolowicz, Herbert Felix. **Historical Introduction to the Study of Roman Law**, Cambridge University Press, Cambridge 1952.

Jörs, Paul ve Leopold Wenger. **Römisches Recht: Geschichte und System des römischen Privatrechts**, Verlag von Julius Springer, Berlin 1927.

Jörs, Paul, Wolfgang Kunkel, Leopold Wenger, Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly, Walter Selb. **Römisches Recht**, 4. Aufl., Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, 1987.

Jung, Byoung-Ho. **Darlehensvalutierung im römischen Recht**, Wallstein Verlag, Göttingen, 2002.

Karadeniz-Çelebican, Özcan. **Roma Hukuku, Tarihî Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması**, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış 12. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

Karadeniz-Çelebican, Özcan. **Roma Eşya Hukuku**, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış 3. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

Karaman, Başak. **Roma Hukukunda Rehin Akti**, Galtasaray Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2008.

Karlowa, Otto. **Der römische Zivilprozess zur Zeit der Legislationen**, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1872.

Karlowa, Otto. **Römische Rechtsgeschichte, Bd. I, Staatsrecht und Rechtsquellen**, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1885.

Karlowa, Otto. **Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Erster Teil, Privatrecht und Zivilprozess-Strafrecht und Strafprozess**, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1901.

Kaser, Max. Rezension zu "I. Popescu-Spineni: Die Unzulässigkeit des *nexum* als Kontrakt (Sonderabdruck aus dem Buletinul Facultății de Drept din Iași 1931)", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 53, 1933, ss. 527-531.

Kaser, Max. **Das altrömische Ius**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1949.

Kaser, Max. "Die *lex Aebutia*", **Studi in Memoria di Emilio Albertario**, Cilt: I, A. Giuffrè, Milano, 1953, ss. 27-59.

Kaser, Max. **Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht**, 2. Aufl. mit Nachträgen, Böhlau Verlag, Köln, Graz, 1956.

Kaser, Max. "Zur Methode der römischen Rechtsfindung", **Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, I. Philologisch-Historische Klasse**, Jahrgang 1962, Nr. 2, ss. 49-78.

Kaser, Max. " 'Mutuum' und 'Stipulatio' ", **Eranion in honorem G. S. Maridakis**, Bd. I, P. & A. Klissionis Press, Athen, 1963, ss. 155 – 182.

Kaser, Max. "Die Verteilung der Gefahr beim sogenannten 'contractus mohatrae' ", **Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz**, Cilt: I, Jovene, Napoli, 1964, ss. 74-82.

Kaser, Max. "Zur *iusta causa traditionis*", **Buletino dell'Instituto di diritto Romano (BIDR)**, Cilt: 64, 1961 (BIDR³ 3 = Yeni seri), ss. 61-97.

Kaser, Max. "Oportere und *ius civile*", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 83, 1966, ss. 1- 46.

Kaser, Max. “Zur Frage einer *condictio* aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht”, **Festschrift für Wilhelm Felgentraeger**, Verlag Otto Schwarz, Göttingen, 1969, s. 277-295.

Kaser, Max. **Das römische Privatrecht, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht**, erster Abschnitt, 2. neubearbeitete Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1971.

Kaser, Max. **Das römische Privatrecht - Die nachklassischen Entwicklungen**, zweiter Abschnitt, 2. neubearbeitete Aufl. mit Nachträgen zum ersten Abschnitt, Verlag C. H. Beck, München, 1975.

Kaser, Max. Rezension zu “Alan Watson: Law Making in the Later Roman Republic, Oxford 1974”, **TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 45, 1977, ss. 161-167.

Kaser, Max. “ ‘Unmittelbare Vollstreckbarkeit’ und Bürgenregress”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 100, 1983, ss. 1-114.

Kaser, Max. “ ‘Ius honorarium’ und ‘ius civile’ ”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 101, 1984, ss. 1-114.

Kaser, Max. **Römische Rechtsgeschichte**, 4. Nachdruck der 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1986.

Kaser, Max. **Ius Gentium**, Böhlau Verlag, Köln, 1993.

Kaser, Max ve Karl Hackl. **Das römische Zivilprozessrecht**, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1996.

Kaser, Max ve Rolf Knütel. **Römisches Privatrecht**, 20. überarbeitete und erweiterte Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2014.

von Keller, Friedrich Ludwig. **Pandekten**, 2. Aufl., Bd. II, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1866.

von Keller, Friedrich Ludwig ve Adolf Wach. **Der römische Civilprocess und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen**, 6. Auflage, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1883.

Kelly, John Maurice. "A Hypothesis on the Origin of *Mutuum*", **The Irish Jurist**, Cilt: V, 1970, ss. 156-163.

Kipp, Theodor. "*Condictio*", **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE IV, 1)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1900, ss. 847-858.

Kipp, Theodor. **Geschichte der Quellen des römischen Rechts**, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1919.

Kleineidam, Feodor. **Die Personalexekution der Zwölftafeln**, M & H. Marcus, Breslau, 1904.

Klinck, Fabian. "Die vorklassische Personalvollstreckung wegen Darlehensschulden nach der *lex Poetelia*", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 130, 2013, ss. 393-404.

Klingmüller, Fritz. "Streitfragen um die römische Zinsgesetzgebung", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 23, 1902, ss. 68-83.

Knops, Kai-Oliver. **Verbraucherschutz bei der Begründung, Beendigung und Übernahme von Immobiliarkreditverhältnissen: Darlehensbegründung und -kündigung, Vorfälligkeitsentschädigung, Ersatzkreditnehmerstellung, Grundschuldablösung und -übernahme**, Springer, Heidelberg 2000.

Knütel, Rolf. ***Stipulatio Poenae***, Studien zur römischen Vertragsstrafe, Böhlau Verlag, Köln, 1976.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, Cilt: I, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz ve Özlem Söğütlü Erişgin. **Roma Özel Hukuku Uygulamalı Çalışmaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Koschaker, Paul. Rezension zu “Pierre Noailles: I: *Nexum* (aus der Revue historique de droit français et étranger, 1940/41, s. 205-274). II: *Vindicta* (aus derselben Zeitschrift, 1941, s. 1-57)”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 63, 1943, ss. 457-469.

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

von Koschembahr-Lyskowski, Ignacy. **Die *Condictio* als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht**, Bd. II, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1907.

Krampe, Christoph. “African und Julian im Dialog über das Darlehen-*D.17.1.34 pr. libro octavo quaestionum*”, **Römische Jurisprudenz-Dogmatik, Überlieferung, Rezeption, Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag**, herausgegeben von Karlheinz Muscheler, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, ss. 347-359.

Kranjc, Janez. “Der Darlehensgegenstand in der europäischen Tradition: vertretbare oder verbrauchbare Sachen?”, **Orbis Iuris Romani (OIR), Journal of Ancient Law Studies**, Cilt: 10, 2005, ss. 103-126.

Kreller, Hans. “*Mutuum*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE Suppl. VI)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1935, s. 571- 584.

Kreller, Hans. **Römische Rechtsgeschichte**, 2. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1948.

Kreller, Hans. **Römisches Recht, II, Grundlehre des gemeinen Rechts, Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht**, Springer Verlag, Wien, 1950.

Kretschmar, Paul. “Das *Nexum* und sein Verhältnis zum *Mancipium*”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 29, 1908, ss. 227-280.

Kretschmar, Paul. “Zur Auslegung von Varro, *de Lingua Latina* VII. 105”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 30, 1909, ss. 62-64.

Krüger, Paul. **Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts**, 2. Aufl., Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1912.

Kuloğlu, Meliha. “*M. Porcius Cato*”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi**, Cilt: 33, Sayı: 1.2, 1990, ss. 321-329 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/26/1242/14171.pdf>) (18.08.2014).

Kunkel, Wolfgang. **Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen**, Böhlau Verlag, Weimar, 1952.

Kunkel, Wolfgang ve Martin Schermaier. **Römische Rechtsgeschichte**, 13. Aufl., Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien 2001.

Kurt, Ekrem. **Tüketim Öduncü Sözleşmesi (Karz Akdi)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Kübler, Bernhard. "Kritische Bemerkungen zum *Nexum*", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 25, 1904, ss. 254-283.

Kübler, Bernhard. **Geschichte des römischen Rechts**, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1925.

Küçükgüngör, Erkan. **Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (*Depositum*)**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002.

Lammel, Siegbert ve Frank L. Schäfer. **Kommentar von §§ 488-512 (Geld Darlehen, Finanzierungshelfen und Ratenlieferungsvertrag)**, in Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III, 1. Teilband, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, ss. 327-438.

Lammfromm, Hermann. **Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag**, Duncker & Humblot, Leipzig, 1897.

Leifer, Franz. "*Mancipium* und *auctoritas*. Mit Beiträgen zum römischen Schuld- und Haftungsproblem, I. Teil", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 56, 1936, ss. 136-235.

Lenel, Otto. "Das *Nexum*", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 23, 1902, ss. 84-101.

Lenel, Otto. **Das Edictum Perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung**, 3. verbesserte Aufl., Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1927.

Lenel, Otto. "Afrikan's Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 51, 1931, ss. 1-53.

Leonhard, Rudolf. “*Creditor*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE IV, 2)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1901, ss. 1699-1700.

Leonhard, Rudolf. “*Iurgium*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE X, 1)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1918, ss. 1146-1147.

Lévy-Bruhl, Henri. “The Act *per aes et libram*” (Fransızcadan çev. Francis de Zulueta), **The Law Quarterly Review (LQR)**, Cilt: 60, 1944, ss. 51-62.

Levy, Ernst. “Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 44, 1934, ss. 258-311.

Liebs, Detlef. “*Contrarius actus*. Zur Entstehung des römischen Erlaßvertrags”, **Symptica Franz Wieacker, Sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata. Ergebnisse des von den Schülern Franz Wieackers zur Feier seines 60. Geburtstags im August 1968 mit ihm in Sasbachwalden gehaltenen Symposions**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970, ss. 111-153.

Liebs, Detlef. **Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1972.

Liebs, Detlef. “The History of Roman *Condictio* up to Justinian”, **The Legal Mind, Essays for Tony Honoré**, Clarendon Press, Oxford, 1986, ss. 163-183.

Liebs, Detlef. **Römisches Rect**, 5. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1999.

Lindenmann, Barbara ve Christoph Kandra. **Repetitorium Römisches Recht**, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2011.

Litewski, Wieslaw. "Römisches Seedarlehen", **Rivista Internazionale di diritto romano e antico (IURA)**, Cilt: XXIV, 1973, ss. 113-183.

Litewski, Wieslaw. "Bemerkungen zum römischen Seedarlehen", **Studi in onore di Cesare Sanfilippo**, Cilt: IV, A. Giuffré, Milano, 1983, ss. 383-397.

Livius, Titus. **Roma Tarihi, Şehrin Kuruluşundan İtibaren (Ab urbe condita), Kitap: V-VI-VII**, çev. Sabahat Şenbark, İstanbul, 1999.

Lübbert, Erich. "Der Kreditvertrag", **Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts**, Bd. 52, 1907, ss. 313-427.

von Lübtow, Ulrich. "Das altrömisches *nexum* als Geiselschaft", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 56, 1936, ss. 239-255.

von Lübtow, Ulrich. "Zum Nexumproblem", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 67, 1950, ss. 112-161.

von Lübtow, Ulrich. **Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht**, Duncker & Humblot, Berlin, 1952.

von Lübtow, Ulrich. "Ulpian's Konstruktion des sogenannten Vereinbarungsdarlehens", **Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz**, Cilt: II, Jovene, Napoli, 1964, ss. 1212-1224.

von Lübtow, Ulrich. **Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und Novation**, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.

von Lübtow, Ulrich. "Catos Seedarlehen", **Festschrift für Erwin Seidl**, Peter Hanstein Verlag, Köln, 1975, ss. 103-117.

von Lübtow, Ulrich. “Das Seedarlehen des *Callimachus*”, **Festschrift für Max Kaser**, C. H. Beck, München, 1976, ss. 329-349.

MacCormack, Geoffrey. “*Nexi, Iudicati and Addicti* in Livy”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 84, 1967, ss. 350-355.

MacCormack, Geoffrey. “Formalism, Symbolism and Magic in early Roman Law”, **TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 37, 1969, ss. 439-468.

MacCormack, Geoffrey. “The «*lex Poetelia*»”, **LABEO-Rasegna di diritto romano**, Napoli, Cilt: 19, 1973, ss. 306-317 (Lex Poetelia).

MacCormack, Geoffrey. “Gift, Debt, Obligation and the Real Contracts”, **LABEO-Rasegna di diritto romano**, Napoli, Cilt: 31, 1985, ss. 131-154.

Maurenbrecher, Benedikt. **Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht, dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen**, Bern, 1995.

Mauss, Marcel. **The Gift, Forms and Functions of Exchange in Archaic Societies**, translated by Ian Gunnison, W. W. Norton & Company Inc., New York, 1967 [1923].

Mayer-Maly, Theo. **Römisches Recht**, 2. Aufl., Springer Verlag, Wien, New York 1999.

von Mayr, Robert. **Die *Condictio* des römischen Privatrechts**, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1900.

von Mayr, Robert. “*Condictio incerti*”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 24, 1903, ss. 258-278.

Medicus, Dieter. **Schuldrecht II, Besonderer Teil**, 13. Aufl., C. H. Beck, München, 2006.

Meissel, Franz-Stefan. **Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages**, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2004.

Meyer, Dieter. **Juristische Fremdwörter, Fachausdrücke und Abkürzungen**, 11 Aufl., Luchterhand, Flensburg, 2002.

Meyer-Pritzl, Rudolf. **Kommentar von §§ 607-609 (Sachdarlehensvertrag), in Historisch-kritischer Kommentar zum BGB**, Bd. III, 1. Teilband, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, ss. 672-699 (Eser, ilk atıftan sonra “HKK/Meyer-Pritzl §§ 607-609” olarak zikredilmiştir).

Mitteis, Ludwig. “Trapezitika”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 19, 1898, ss. 198-260.

Mitteis, Ludwig. “Ueber das Nexum”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 22, 1901, ss. 96-125.

Mitteis, Ludwig. Rezension zu “H. H. Pflüger: *Nexum und Mancipium*, Leipzig 1908”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 29, 1908, ss. 498-501.

Mitteis, Ludwig. **Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians**, Bd. I, unveränderter Neudruck der ersten Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig 1935.

Mommsen, Theodor. Recension zu “Gustav Asverus: Die Denunciation der Römer und ihr geschichtlicher Zusammenhang mit dem ersten processeinleitenden Decrete, Leipzig 1843”, **Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft**, Bd. 18, 1845, ss. 865-890.

Mommsen, Theodor. “*Nexum*”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 23, 1902, ss. 348-355.

Mommsen, Theodor. **Gesammelte Schriften-Juristische Schriften**, Bd. II, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1905.

Mommsen, Theodor. **Gesammelte Schriften-Juristische Schriften**, Bd. III, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1907.

Mommsen, Theodor. **Römische Geschichte**, Bd. II, 13. Aufl., Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1921.

Mülbert, Peter. “Das verzinsliche Darlehen” , **Archiv für die civilistische Praxis**, 192, 1992, ss. 447-515.

Nicholas, Barry. **An Introduction to Roman Law**, with an introductory foreword, revised bibliography and glossary of Latin terms by Ernest Metzger, Oxford University Press, New York, 2008.

Niederländer, Hubert. “Die Entwicklung des *furtum* und seine etymologischen Ableitungen”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 67, 1950, ss. 185-260.

Oertker, Hartmut. **Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994.

Oğuz, Arzu. “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan *Traditio*’nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Tradititonis*)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 47, Sayı: 1-4, 1998, s. 49-83.

Oğuzman, Kemal, M. ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Otto, Carl Eduard, Bruno Schilling, Carl Friedrich Ferdinand Sintenis. **Das Corpus Juris Civilis in’s Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter**, Verlag

von Carl Focke, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig, 1839; Bd. II, Leipzig, 1831; Bd. IV, Bd. V, Leipzig, 1832.

Pernice, Alfred. **Marcus Antistius Labeo, Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit**, Bd. I, Halle, 1873.

Pernice, Alfred. "Parerga III-Zur Vertragslehre der römischen Juristen", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 9, 1888, ss. 195-260.

Pernice, Alfred. **Marcus Antistius Labeo, Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit**, Bd. III, 1, Halle, 1892.

Pernice, Alfred. "Parerga IV-Der sogenannte Realverbalcontract", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 13, 1892, ss. 246- 286.

Peter, Hansjörg. **Texte zum römischen und schweizerischen Obligationenrecht**, 3. Aufl., Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, Basel, Genf 2011.

Pflüger, Heinrich Hackfeld. **Nexum und Mancipium**, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1908.

Pflüger, Heinrich Hackfeld. "*Causa iudicati*", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 43, 1922, ss. 153-170.

Plutarkhos. Yaşamlar XXI, Lysandros-Sulla, çev. Nilüfer Gürsoy (Bayar) ve Ayşe Sarıgöllü (Önsay), Çağdaş Yayıncılık, İstanbul, 1999.

Pollock, Frederick ve Frederic William Maitland. **History of English Law before the time of Edward I**, 2. Edition reissued with a new introduction and select bibliography by S.F.C. Milsom, Cilt: II, Cambridge University Press, Cambridge, 1968.

Popescu-Spineni, I. “Haben die Römer *per aes et libram* contrahiert?”, **Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano**, Roma, Cilt: II, Fusi, Pavia, 1935, s. 545-553.

Prichard, Alan Martin. “The Origin of the «*Legis Actio per Conditionem*»”, **Synteieia Vincenzo Arangio-Ruiz**, Cilt: I, Jovene, Napoli, 1964, ss. 260-268.

Pringsheim, Fritz. **Der Kauf mit fremdem Geld**, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1916.

Pringsheim, Fritz. **Greek Law of Sale**, Hermann Böhlaus Nachfolger, Weimar, 1950.

Pringsheim, Fritz. “*Id quod actum est*”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 78, 1961, ss. 1-91.

Rabel, Ernst. **Grundzüge des römischen Privatrechts**, 2. Aufl., Wissenschaftliche Buchgesellschaft E. V. , Darmstadt, 1955.

Raber, Fritz. “*Hoc animo dare*”, **TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 33, 1965, ss. 51-77.

Rado, Türkân. **Senatus Consultum Macedonianum ve Roma Hukukunda *filius familias*’ların Para Ödünçleri**, Roma Borçlar Hukuku hakkında bir deneme, İstanbul, 1944.

Rado, Türkân. **Principatus Devrinde Roma Hususî Hukukunun *Senatus Consultum*’lar Yoluyla Islahı**, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1953.

Rado, Türkân. **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

Roby, Henry John. **Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines**, Cilt: II, C. J. Clay and Sons Cambridge University Press, Cambridge, 1902.

Röhle, Robert. “Zum Beispiel D. 22, 2, 6”, **SDHI (Studia et Documenta Historiae et Iuris)**, Cilt: 45, 1979, ss. 549-568.

Rudorff, Adolf Friedrich. **Römische Rechtsgeschichte, zum akademischen Gebrauch, Bd. I-Rechtsbildung**, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1857.

Rudorff, Adolf Friedrich. **Römische Rechtsgeschichte, zum akademischen Gebrauch, Bd. II-Rechtspflege**, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1859.

Rüffner, Thomas. **Vertertbare Sachen? Die Geschichte der *res, quae pondere numero mensura constant***, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

Sachers, Erich. “*Ordo*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE Suppl. VII)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1940, ss. 792-797.

von Salpius, Botho. **Novation und Delegation nach römischem Recht**, R. v. Decker Verlag, Berlin, 1864.

Sandalcı, Sema. **On İki Levha Yasaları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Eskiçağ Dilleri ve Kùltürleri Bölümü Latin Dili ve Edebiyatı Anabilim Dalı, İstanbul, 1993.

von Savigny, Friedrich Carl. **System des heutigen römischen Rechts**, Bd. I, Deit und Comp., Berlin, 1840.

von Savigny, Friedrich Carl. **System des heutigen römischen Rechts**, Bd. V, Deit und Comp., Berlin, 1841.

von Savigny, Friedrich Karl. **Ueber das altrömische Schuldrecht**, in Vermischte Schriften, Bd. 2, Deit und Comp., Berlin, 1850.

Savunen, Liisa. "Debt Legislation in the Fourth Century BC", **SENATUS POPVLVSQVE ROMANVS, Studies in Roman Republican Legislation**, Helsinki, 1993, ss. 143-169.

Schanbacher, Dietmar. Rezension zu "Byoung-Ho Jung: Darlehensvalutierung im römischen Recht, Göttingen 2002", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 121, 2004, ss. 613-623.

Scharr, Erwin. **Römisches Privatrecht, lateinisch und deutsch**, Artemis-Verlag, Stuttgart, 1960.

von Schey, Josef Freiherrn. **Die Obligationenverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts**, Bd. I, Heft I, Einleitung- Das Darlehen, Manz'sche k. u. k Hof-Verlags- und Universitätsbuchhandlung (Julius Klinkhardt & Co.), Wien, 1890.

Schlossmann, Siegmund. "Das Darlehen auf fremden Namen", **Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart**, Bd. 9, 1882, ss. 505-552.

Schloßmann, Siegmund. "Klagen, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges", **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts**, Bd. 45 (zweite Folge, Bd. 9), 1903, ss. 97-140.

Schlossmann, Siegmund. **Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren**, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1904.

Schlossmann, Siegmund. **Nexum, Nachträgliches zum Altrömischen Schuldrecht**, A. Deichert, Leipzig, 1904.

Schmidlin, Bruno. “Zur Bedeutung der *legis actio*: Gesetzesklage oder Spruchklage?”, **TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 38, 1970, ss. 367-387.

Schmidt, Adolf. “Ueber die *legis actio per iudicis postulationem*”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 15, 1881, ss. 145-164.

Schneider, K. “*Taberna*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE IV, A, 2)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1932, s. 1863-1872.

Schollmeyer, Friedrich. **Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche**, 2. völlig neu bearb. Aufl., J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1904.

Schönbauer, Ernst. “*Mancipium und nexus*”, **Rivista Internazionale di diritto romano e antico (IURA)**, Cilt: I, 1950, ss. 300-305.

Schulz, Fritz. **Prinzipien des römischen Rechts**, Duncker & Humblot, München, 1934.

Schulz, Fritz. **Principles of Roman Law**, çev. Marguerite Wolff, Clarendon Press, Oxford, 1936.

Schulz, Fritz. **History of Roman Legal Science**, Clarendon Press, Oxford, 1946.

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

Schulz, Fritz. **Geschichte der römischen Rechtswissenschaft**, Hermann Böhlaus Nachfolger, Weimar, 1961.

Schwarz, Andreas Bertalan. **Roma Hukuku Dersleri**, çev. Türkân Rado, Cilt I, 7. Bası, Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayii A.Ş. Basımevi, İstanbul, 1965.

Schwarz, Fritz. **Die Grundlage der *Condictio* im klassischen römischen Recht**, Böhlau-Verlag, Münster, Köln, 1952.

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

Seidl, Erwin. **Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozessrecht**, 3. Aufl., Carl Heymann's Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1971.

Selb, Walter. "Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des *iudex* in der *legis actio*", **Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel**, herausgegeben von Dieter Nörr und Dieter Simon, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1984, ss. 391-448.

Siber, Heinrich. **Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, erster und zweiter Band, Bd. I: Römische Rechtsgeschichte (Bd. I)-Bd. II: Römisches Privatrecht (Bd. II)**, 2. Aufl., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968.

Sieveking, Heinrich. **Das Seedarlehen des Altertums**, Veit & Comp., Leipzig, 1893.

Sohm, Rudolph, Ludwig Mitteis und Leopold Wenger. **Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts**, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1923.

Somer, Pervin. **Roma Hukukunda İstisna Akdi [*Locatio Conductio Operis*], Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı**, Derin Yayınevi, İstanbul, 2008.

Söllner, Alfred. **Einführung in die römische Rechtsgeschichte**, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1989.

Stiegler, Herwig. "*Do tibi X sic, ut IX debeas*", **Iurisprudentia universalis: Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag**, herausgegeben von Martin

J. Schermaier, J. Michael Rainer und Laurens C. Winkel, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien 2002, ss. 745-757.

Stintzing, Wolfgang. **Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte: 1. Zur Geschichte der *condictio* und der *actio certae creditae pecuniae***, G. Fischer, Jena, 1901.

Stintzing, Wolfgang. ***Nexum Mancipiumque und Mancipatio***, Verlag von B. Liebisch, Leipzig, 1907.

Sturm, Fritz. “*Oportere*”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 82, 1965, ss. 211-226.

Suetonius, Gaius Tranquillus. **On İki Sezar’ın Yaşamı**, Latince’den Çevirenler: Fafo Telatar ve Gül Özaktürk, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2008.

Sungurtekin Özkan, Meral ve Gökçe Türkoğlu Özdemir. **Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Sütken, Elvan. “Roma Hukukunda Özel Kusursuz Sorumluluk Halleri”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan**, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, Der Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 221-242.

Tahiroğlu, Bülent. **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2003.

Tahiroğlu, Bülent. **Roma Borçlar Hukuku, [1.07.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Düzenlenmiş Yeni Bası]**, Der Yayınları, İstanbul, 2012.

Tahiroğlu, Bülent ve Belgin Erdoğan. **Roma Hukuku Meseleleri**, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2003.

Tahiroğlu, Bülent ve Belgin Erdoğan. **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku**, 8. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2012.

Tamer Güven, Diler. **Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1987.

Tamer Güven, Diler. “*Humanitas*”, **Argumentum**, Yıl: 3, Sayı: 30, Ocak 1993, ss. 515, s. 519 (Fritz Schulz’un “*Prinzipien des römischen Rechts*” adlı kitabının “*Humanitas*” bölümünün İngilizce çevirisinden (Principles of Roman Law, çev. Marguerite Wolff, Oxford, 1936, s. 189-222).

Tamer, Diler. **Roma Hukuku Uygulamaları**, XII Levha, İstanbul, 2008.

Tekin, Oğuz. **Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008.

Thielmann, Georg. **Die römische Privatauktion-zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 1961.

Thomas, Joseph Anthony Charles. **Textbook of Roman Law**, North-Holland Publishing Company, Oxford, 1976.

Thormann, Karl Friedrich. **Der doppelte Ursprung der Mancipatio, Ein Beitrag zur Erforschung des frühromischen Rechtes unter Mithberücksichtigung des nexum**, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1943.

Tomulescu, Constantin St. “*Nexum bei Cicero*”, **Rivista Internazionale di diritto romano e antico (IURA)**, Cilt: XVII, 1966, ss. 39-113.

Tomulescu, Constantin St. “Origin of the *legis actio per condictioem*”, **The Irish Jurist**, Cilt: IV, Part 1, 1969, ss. 180-186.

von Tuhr, Andreas. **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**, Bd. II, 2, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1918.

Türkoğlu Özdemir, Gökçe. **Roma Hukukunda Plus Petitio Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Türkoğlu-Özdemir, Gökçe. “Roma İcra Hukuku”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, Haziran-Aralık 2004, ss. 127-171.

Türkoğlu-Özdemir, Gökçe. “Roma Medeni Usul Hukukunda *Formula* Yargılaması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı 1, 2005, ss. 167-212.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku, Eşya Hukuku (Aynî Haklar)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku, Tarihî Giriş- Kaynaklar-Umumî Mefhumlar-Hakların Himayesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1984.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. **Türkçeleştirilmiş Metinleriyle Birlikte Türk Kanunu Medenîsi ve Borçlar Kanunu**, Cilt II, Borçlar Kanunu, 3. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1979.

Visky, Károly. “Das Seedarlehen und die damit verbundene Konventionalstrafe im römischen Recht”, **RIDA (Revue internationale des droits de l’antiquité, Bruxelles)**, Cilt: 16, 1969, ss. 389-419.

Voigt, Moritz. **Das *ius naturale, aequum et bonum* und *ius gentium* der Römer, Bd. IV: Die gemeinsame Tendenz des *ius naturale, aequum et bonum* und *ius gentium* der Römer**, Ernst Julius Günther, Leipzig, 1875.

Voigt, Moritz. ***Conditiones ob Causam, Causa* und *Titulus* im allgemeinen**, Voigt & Günther, Leipzig, 1862.

Wacke, Andreas. “Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung**, Bd. 112, 1995, ss. 239-329.

Wagner, Herbert. “Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen”, **Studi in Onore di Arnaldo Biscaldi**, Cilt: III, Istituto Editoriale Cisalpino, La Goliardica, Milano, 1982, ss. 391-422.

Walde, Alois ve B. Johann Hofmann. **Lateinisches etymologisches Wörterbuch**, Bd. II, 3. Aufl., Winter, Heidelberg, 1954.

Waldstein, Wolfgang. “Haftung und *dare oportere*”, **Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag**, herausgegeben von Georg Klingenberg, J. Michael Rainer, Herwig Stiegler, Leykam Buchverlag GmbH, Graz, 1992, ss. 519-530.

Waldstein, Wolfgang ve Johannes Michael Rainer. **Römische Rechtsgeschichte**, 10. neu bearbeitete Auflage des von Gerhard Dulckeit und Fritz Schwarz begründeten Werkes, C. H. Beck, München, 2005.

Watson, Alan. “*D.12.1.32* and *Delegatio*”, **SDHI (Studia et Documenta Historiae et Iuris)**, Cilt: 29, 1963, ss. 285-287.

Watson, Alan. “Some Cases of Distortion by the Past in Classical Roman Law”, **TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 31, 1963, ss. 69-91.

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

Watson, Alan. **The Law of the Ancient Romans**, Southern Methodist University Press, Dallas, 1970.

Watson, Alan. **Roman Private Law around 200 BC**, Edinburgh University Press, Edinburgh 1971.

Watson, Alan. **Law Making in the Later Roman Republic**, Clarendon Press, Oxford, 1974.

Watson, Alan. **Rome of the XII Tables, Persons and Property**, Princeton University Press, New Jersey, 1975.

Watson, Alan. **The Evolution of Law**, The Jons Hopkins University Press, Oxford, 1985.

Watson, Alan. "Artificiality, Reality and Roman Contract Law", **TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis)**, Cilt: 57, 1989, ss. 147-156.

Watson, Alan. **The Digest of Justinian**, Cilt: I-II, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998.

Weber, Max. **Economy and Society, An Outline of Interpretive Sociology**, Edited by Günther Roth and Claus Wittich, Translated by Ephraim Fischhoff, Hans Gerth, A.M. Henderson, Ferdinand Kogler, C. Wright Mills, Talcott Parsons, Max Rheinstein, Günther Roth, Edward Shils, Claus Wittich, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1978.

Weiss, Egon. "*Lis*", **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE XIII, 1)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1926, ss. 729.

Weiss, Egon. **Institutionen des römischen Privatrechts**, 2. Aufl., Verlag für Recht und Gesellschaft A. G., Basel, 1949.

Wenger, Leopold. **Institutionen des römischen Zivilprozessrechts**, Verlag der Hochschulbuchhandlung Max Hueber, München, 1925.

Wenger, Leopold. **Die Quellen des römischen Rechts**, Druck und Verlag Adolf Holzhausens NFG, Wien, 1953.

Wieacker, Franz. **Vom römischen Recht, Zehn Versuche**, Zweite, neubearbeitete und erweiterte Aufl., K. F. Koehler, Stuttgart, 1961.

Wieacker, Franz. **Römische Rechtsgeschichte**, erster Abschnitt, C. H. Beck, München, 1988.

Windscheid, Bernhard ve Theodor Kipp. **Lehrbuch des Pandektenrechts**, 9. Aufl., Bd. 2, Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1906.

Wlassak, Moritz. **Römische Prozessgesetze, Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens**, erste Abteilung, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1888.

Wlassak, Moritz. **Römische Prozessgesetze, Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens**, zweite Abteilung, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1891.

Wlassak, Moritz. “*Cognitio*”, **Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft (RE IV)**, Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1900, ss. 206-218.

Wolff, Hans Julius. “Julian und the celsiniche ‘Durchgangstheorie’ ”, **Mélanges Philippe Meylan**, Cilt: I, Impr. Centrale, Lausanne, 1963, ss. 409-433.

Wollschläger, Christian. “Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft”, **Römisches Recht in der europäischen Tradition, Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker**, herausgegeben von Okko Behrends, Malte Diesselhorst, Wulf Eckart Voss, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1985, ss. 41-88.

Wommelsdorff-Friedrichsen, Willy. **Vorverträge und Realkontrakte**, Noske, Leipzig, 1909.

Wunner, Sven Erik. **Contractus-Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht**, Böhlau, Köln, 1964.

Yener, Mehmet Deniz. **Kredi Açma Sözleşmesi**, XII Levha, İstanbul, 2008.

Ziegler, Karl Heinz. “Pirata communis hostis omnium”, **De iustitia et iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag**, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, ss. 93-103.

Zimmermann, Reinhard. **The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, New York, 1996.

Zitelmann, Ernst. **Irrtum und Rechtsgeschäft**, Duncker & Humblot, Leipzig, 1879.

Zitelmann, Ernst. **Digestenexegese**, W. Rothschild, Berlin-Grunewald, 1925.

Zwolve, Willem. “The Past and Future of ‘*Mutuum*’ ”, **The Past and Future of Money**, Proceedings of the Leiden Congress, celebrating the ninth lustrum of the Society for the Advancement of the Study of Roman Law and European Legal History ‘Philips van Leyden’, Leiden, August 31st and September 1st, 2006, Editors W. J. Zwolve & E. Koops, Boom Juridische uitgevers, The Hague 2008, ss. 17-39.

Das Zwölftafelgesetz, Texte, Übersetzungen und Erläuterungen von Rudolf Düll, Artemis & Winkler Verlag, Zürich, 1995.

Das Zwölftafelgesetz, *Leges XII Tabularum*, herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Dieter Flach in Zusammenarbeit mit Andreas Flach, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 2004.