

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

ROMA HUKUKUNDA REHİN AKTİ

145942

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Başak KARAMAN

**Tez Danışmanı:
Prof. Dr. Nami BARLAS**

EYLÜL 2005

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	vii
YARARLANILAN ESERLER.....	viii
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	xiv
I. Roma Hukuku Kaynakları.....	xiv
II. Yardımcı Kaynaklar.....	xiv
GİRİŞ.....	1
I. Sunuş.....	1
II. Çalışmanın Amacı.....	3
III. İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması.....	4

Birinci Bölüm

ROMA HUKUKUNDA REHİN AKTİNİN (*PIGNUS DATUM*)

NİTELENDİRİLMESİ VE OLUŞUMU

I. Roma Hukuku Borç Kaynakları ve Rehin Aktinin Yeri.....	5
1. Roma Hukukunda Borç Doğuran Kaynaklara Genel Bakış.....	5
2. Akitlerden Doğan Borçlar (<i>Obligatio Ex Contractus</i>).....	7
a) Akit (<i>Contractus</i>) Kavramı.....	7
b) Akitlerin Sınıflandırılması.....	9
c) Aynî Akit (<i>Contractus Realis</i>) Kavramı.....	11
d) Aynî Aktin Oluşumu.....	14
e) Rehin Aktinin Bir Aynî Akit Olması.....	15

II. Roma Hukukunda Rehin Aktinin Tanımı ve Hukukî Niteliği.....	17
1. Rehin Aktinin Tanımı.....	17
2. Rehin Aktinin Hukukî Niteliği.....	19
III. Roma Hukukunda Rehin Aktinin Amaç ve Fonksiyonu.....	24
IV. Roma Hukukunda Rehin Aktinin Tarihsel Kökenleri.....	26
1. <i>Legis Actio Per Pignoris Capionem</i>	27
2. Alacaklı ile Yapılan İnançlı Akit (<i>Fiducia Cum Creditore</i>).....	29
a) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Aktin Hukukî Niteliği ve Meydana Gelmesi.....	32
aa) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Aktin Hukukî Niteliği.....	32
bb) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Aktin Oluşumu.....	33
aaa) İnanç Anlaşması (<i>Pactum Fiduciae</i>).....	34
bbb) Devir Muamelesi.....	35
b) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Aktin Konusu.....	36
c) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Akitle Teminat Altına Alınan Alacağa Yönelik Problemler.....	38
d) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Akitten Doğan Haklar ve Borçlar.....	39
aa) İnanılanın Hak ve Borçları.....	39
bb) İnananın Hak ve Borçları.....	49
e) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Akitten Doğan Davalar ve Sorumluluk.....	51
aa) İnançlı Akitten Doğan ve İnanılana Karşı Açılan Dava (<i>Actio Fiduciae Directa</i>).....	52
bb) İnançlı Akitten Doğan ve İnanana Karşı Açılan Dava (<i>Actio Fiduciae Contraria</i>).....	52
f) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Aktin Uygulamasının Sona Ermesi.....	54
V. Roma Hukukunda Rehin Aktinin Oluşumu.....	56
1. Tarafların Anlaşması (<i>Consensus</i>).....	57
2. Zilyedliğin Devri (<i>Traditio Possessionis</i>).....	58

VI. Rehin Aktinin Tarafları.....	59
1. Rehin Alan.....	60
2. Rehin Veren.....	62
VII. Rehin Aktinin Konusu.....	64
VIII. Rehin Aktinden Doğan Borç İlişkisinin Özellikleri.....	65
1. Esas Borç İlişkisinin Rehin Akti Üzerindeki Etkisi.....	65
2. Rehinden Kaynaklanan Borç İlişkisinin Bölünmezliği.....	67
IX. Rehin Aktinin Kapsamı.....	67
X. Rehin Akti ve İpoteğin (<i>Hypotheca / Pignus Conventum</i>) Karşılaştırılması.....	69

İkinci Bölüm

ROMA HUKUKUNDA REHİN AKTİNİN HÜKÜMLERİ

I. Tarafların Rehin Aktinden (<i>Pignus Datum</i>) Doğan Hak ve Borçları.....	72
1. Rehin Alanın Rehin Aktinden Doğan Hak ve Borçları.....	72
a) Rehin Alanın Rehin Aktinden Doğan Hakları.....	73
aa) Borç Muaccel Olmadan Önce.....	73
aaa) Zilyed Olma Hakkı (<i>Ius Possidendi</i>).....	73
bbb) Semereleri İktisap Hakkı (<i>Ius Fruendi</i>).....	75
bb) Borç Muaccel Olduktan Sonra.....	75
aaa) Satış Hakkı (<i>Ius Vendendi</i> ya da <i>Distrahendi</i>).....	76
bbb) Rehin Alanın <i>Lex Commissoria</i> Sebebi ile Rehinli Malın Mülkiyetini Kazanması	78
ccc) Hapis Hakkı (<i>Ius Retentionis</i>).....	82
b) Rehin Alanın Rehin Aktinden Doğan Borçları.....	82

aa) Borç Muaccel Olmadan Önce.....	83
aaa) Rehinli Malın Kullanılmaması.....	83
bb) Borç Muaccel Olduktan Sonra.....	84
aaa) Rehin Konusunun Zilyedliğinin Rehin Verene İadesi.....	85
bbb) <i>Superfluum</i> 'un Rehin Verene İadesi.....	85
2. Rehin Veren Rehin Aktinden Doğan Hak ve Borçları.....	86
a) Rehin Veren Rehin Aktinden Doğan Hakları.....	86
aa) Rehinli Malın Zilyedliğinin İadesini Talep Hakkı.....	87
bb) Rehin Veren Rehinli Malın Semerelerine İlişkin Hakları.....	87
cc) <i>Superfluum</i> 'u Talep Hakkı.....	88
b) Rehin Veren Rehin Aktinden Doğan Borçları.....	89
II. Rehin Akti Sebebiyle Tarafların Sorumluluğu.....	90
1. Rehin Alanın Rehin Aktinden Doğan Sorumluluğu.....	91
2. Rehin Veren Rehin Aktinden Dolayı Sorumluluğu.....	94
III. Zapttan (<i>Evictio</i>) Doğan Sorumluluk.....	95
IV. Rehin Aktinden Doğan Davalar ve Diğer Himaye Araçları.....	97
1. <i>Interdictum</i> 'lar.....	97
2. Rehin Aktinden Doğan Şahsi Dava (<i>Actio Pigneraticia In Personam</i>).....	99
a) Rehin Alana Karşı Açılan Dava (<i>Actio Pigneraticia Directa</i>).....	101
b) Rehin Verene Karşı Açılan Dava (<i>Actio Pigneraticia Contraria</i>).....	103

Üçüncü Bölüm

ROMA HUKUKUNDA REHİN AKTİNİN SONA ERMESİ VE REHİN AKTİNE İLİŞKİN ESASLARIN TÜRK HUKUKUNA YANSIMASI

I. Rehin Aktinin Sona Ermesi.....	106
--	------------

1. Rehin Aktinin Sona Ermesinin Rehinle Teminat Altına Alınan Borcun	
Sona Ermesinin Bir Sonucu Olduğu Durumlar.....	107
a) Borcun İfası (<i>Solutio</i>).....	107
b) Borcun Yenilenmesi (<i>Novatio</i>).....	108
c) İbra (<i>Acceptilatio</i>).....	110
d) Yemin (<i>Iusiurandum</i>).....	111
e) Borcun Talep Edilmeyeceğine Yönelik Yapılan Anlaşma (<i>Pactum De Non Petendo</i>).....	112
2. Rehin Aktinin Asıl Borçtan Ayrı Bağımsız Bir Borç Olarak Sona Ermesi.....	114
a) Yeni Bir Teminat Verilmesi.....	114
b) Teminat Olarak Gösterilen Malın Telef Olması.....	115
c) Birleşme (<i>Confusio</i>) Sebebi ile Sona Erme.....	115
d) Rehin Konusu Malın Vasiyetname ile Rehin Verene Bırakılması.....	116
e) Rehin Aktinin Dava Sırasında Sona Ermesi.....	116
f) Alacaklının İzni ile Rehinli Malın Satılması.....	117
g) Rehinli Malın Rehin Verene İade Edilmesi.....	118
h) Rehinli Malın Alacaklı Tarafından Satılması.....	119
i) Rehinli Alacaklının Rehinli Mal Üzerindeki Zilyedliğini ve Rehinli Malı Elinde Bulunduran Üçüncü Kişiden Talep Yetkisini Kaybetmesi.....	119
j) Uzun Zaman Def'i (<i>Praescriptio Longi Temporis</i>).....	119
II. Rehin Aktinin Sona Ermesinin Sonuçları.....	120
1. Rehin Alan Açısından.....	121
2. Rehin Veren Açısından.....	121
III. Roma Hukukundaki Rehin Aktinin Türk Hukuku ile Genel Olarak Karşılaştırılması.....	122
1. Teminata Bakış Açısı.....	123
2. Mal Ayırımı Farkı.....	124
3. Roma Hukukunun Rehin Aktinin Esaslarının Türk Hukukuna Yansımaları.....	125

a) Taşınmaz Rehni Açısından.....	125
b) Taşınır Rehni Açısından.....	126
aa) Taşınır Rehnine Yönelik Genel İlkeler ve Bu İlkelerin Roma Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....	127
aaa) Fer'îlik İlkesi.....	127
bbb) Teslim İlkesi ve Kamuya Açıklık Prensibi.....	128
ccc) Teminatın Bölünmezliği.....	129
ddd) Güvenin Korunması Prensibi.....	130
eee) Belirlilik Prensibi.....	131
fff) Öncelik Prensibi (<i>Prior Tempore Potior Iure</i>).....	131
bb) Teslime Bağlı Rehnin ve Roma Hukukunda Rehin Aktinin Kuruluşlarının Genel Olarak Karşılaştırılması.....	132
cc) Rehin Alan ve Rehin Veren Sahip Oldukları Haklar ve Borçlar Açısından Türk ve Roma Hukukunun Genel Olarak Karşılaştırılması.....	134
dd) Teslime Bağlı Rehin Hakkının ve Roma Hukukunda Rehin Aktinin Sona Ermelerinin Genel Olarak Karşılaştırılması.....	136
SONUÇ.....	139

KISALTMALAR

bkz	: bakınız
BK.	: Borçlar Kanunu
C.	: <i>Codex</i>
Cic. De Off	: <i>Cicero De Officis</i>
C. Th.	: <i>Codex Theodosianus</i>
Çev.	: Çeviren
D.	: <i>Digesta</i>
EMK.	: Eski Medenî Kanun
E.P.	: <i>Edictum Perpetuum</i>
Fr. Vat.	: <i>Fragmenta Vaticana</i>
Gai.	: <i>Gaius Institutiones</i>
I.	: <i>Iustinianus Institutiones</i>
İİK.	: İcra ve İflas Kanunu
Lin.	: <i>linea</i>
m.	: madde
MK.	: Türk Medenî Kanunu
Orig.	: <i>Isidorus Originum</i>
Paul. Sent.	: <i>Paulus Sententiae</i>
pr.	: <i>principium</i>
s.	: sayfa
Tab.	: <i>tabula</i>
vd.	: ve devamı

YARARLANILAN ESERLER

- **ALBANESE** Bernardo, *Actio Pigneraticia In Personam* Ed Inesistenza Del Credito Garantito, Studi In Onore Di Cesare San Filippo, 1.Cilt, Milano 1982
- **ANKUM** Hans, La Responsabilit  Del Creditore Pignorazio Nel Diritto Romano Classico, Studi In Onore Di Arnaldo Biscardi, 4.Cilt, Milano 1983
- **ARANGIO-RUIZ** Vincenzo, Istituzioni Di Diritto Romano, 14. Bası, Napoli 2002
- **AYYILDIZ** Havva, Roma Hukukunda Aynı Teminat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstit s , Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989
- **BARDER** Ross, *Fiducia and Hypothec*, The Irish Jurist, 13. Cilt: 13, 1. Kısım, 1978
- **BARTOŐEK** Milan, La Responsabilit  Del Creditore E La Liberazione Del Debitore Nella Vendita Pignorizia Secondo Il Diritto Romano, Bullettino Dell' Istituto Di Diritto Romano "Vittorio Scialoja", Seri: 51-52, 10. ve 11. Ciltten Ayrı Bası, Milano 1947
- **BIONDI** Biondo, Istituzioni Di Diritto Romano, 4. Bası, Milano 1972
- **BISCARDI** Arnaldo, Le Garanzie Reali Del Credito, Siena 1957
- **BISCARDI** Arnaldo, La "*Lex Commissoria*" Nel Sistema Delle Garanzie Reali, Studi In Onore Di Emilio Betti, 2. Cilt, Milano 1962 (*Lex Commissoria*)
- **BISCARDI** Arnaldo, Appunti Sulle Garanzie Reali In Diritto Romano, Milano 1976 (Appunti)
- **BISCARDI** Arnaldo, La Dottrina Romano Dell' *Obligatio Rei*, Milano 1991 (*Obligatio Rei*)
- **BONFANTE** Pietro, Corso Di Diritto Romano / La Propriet , 2. Cilt, 1. Kısım, Milano 1966 (La propriet )
- **BONFANTE** Pietro, Istituzioni Di Diritto Romano, 10. Bası, Milano 1897 (Istituzioni)
- **BOVE** Lucio, Pegno (Diritto Romano), Novissimo Digesto Italiano, 12. Cilt, Torino 1957

- **BUCKLAND M. A.W.W.**, Elementary Principles Of The Roman Private Law, Florida 1994
- **BURDESE Alberto**, Pegno / a) Diritto Romano, Enciclopedia Del Diritto, 32. Cilt, Italia 1985
- **CANSEL Erol**, Türk Menkul Rehni Hukuku, 1. Cilt, Ankara 1967 (Menkul Rehni)
- **CANSEL Erol**, Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İllîliği Meselesi ve Aynî Sözleşme Kavramı, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970 (İllîlik)
- **CARCATERRA Antonio**, Della Estensione Del Pegno Sula Cosa Madre Ai Frutti E Ai Parti Della Schiava, Giuliano Enriques'e Anısına, Camerino Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anal'inden Ayrı Bası, 16. Cilt, Napoli 1938
- **CENDERELLI Aldo**, Divieto Della "*Lex Commissoria*": Principio Generale O Regola Occasionale?, Atti Del Semminario Sulla Problematica Contrattuale In Diritto Romano, 1. Cilt, Milano 1987
- **DAVRAN Bülent**, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972
- **DEVILLA Vittorio**, L' *Ius Distrahendi* Nella *Fiducia* E Nel Pegno, Misc. 5150, Sassari 1937
- **DI MARZO Salvatore**, Roma Hukuku (5. Basıdan Çeviren: Ziya UMUR), 2. Bası, İstanbul 1959
- **ERDOĞMUŞ Belgin**, Roma Hukukunda Borcun Aynî Teminatına Genel Bakış, Prof. Dr. Ümit Y. Doğanay'a Armağan C. 1' den Ayrı Bası, İstanbul 1982 (Aynî Teminat)
- **ERDOĞMUŞ Belgin**, Roma Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2003 (Eşya Hukuku)
- **ERDOĞMUŞ Belgin**, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005 (Borçlar Hukuku)
- **FREZZA Paolo**, Le Garanzie Delle Obbligazioni, Corso Di Diritto Romano, Aynî Teminatlar, 2. Cilt, Padova 1963
- **GIRARD Paolo Federico**, Manuale Elementare Di Diritto Romano (4. Basıdan Çeviren: Carlo LONGO), Milano 1909
- **GOEBEL Roger J.**, Reconstructing The Roman Law Of Real Security, Tulane Law Review, Cilt: 36, Luisiana 1961

- **GUARINO** Antonio, Diritto Privato Romano, 12. Bası, Napoli 2001
- **GÜRSOY** Kemal T. / **EREN** Fikret / **CANSEL** Erol, Türk Eşya Hukuku – Zilyetlik, Tapu Sicili – Mülkiyet – Sınırlı Aynî Haklar, 2. Bası, Ankara 1984
- **HATEMİ** Hüseyin / **SEROZAN** Rona / **ARPACI** Abdülkadir, Eşya Hukuku - **SEROZAN R.**, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 1991
- **HELVACI** İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre *Lex Commissoria* (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997
- **HONIG** Richard, Roma Hukuku (Çeviren: Şemsettin TALİP), 2. Bası, İstanbul 1938
- **KARADENİZ - ÇELEBİCAN** Özcan, Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar - Genel Kavramlar - Kişiler Hukuku - Hakların Korunması, 8. Bası, Ankara 2003
- **KARAGÖZ ÇOKYAŞAR** Havva, Roma Hukukunda *Traditio*' nun (Teslim) Tarihsel Gelişimi ve *Constitutum Possessorium* (Zilyedlik Anlaşması), İstanbul 2001 (*Constitutum Possessorium*)
- **KARAGÖZ ÇOKYAŞAR** Havva, İntifa Hakkının Roma Hukukundaki Gelişimi ve Türk Hukukuna Etkisi, İstanbul 2003 (İntifa)
- **KARAGÖZ ÇOKYAŞAR** Havva, Roma Hukukunda *Lex Commissoria* Yasağının Kapsamı ve Bu yasağın Uygulama Alanını Daraltan İşlemler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybaya' a Armağan, İstanbul 2004 (*Lex Commissoria*)
- **KARAMAN** Başak, *Fiducia Cum Creditore*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, İstanbul 2002
- **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip, Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, 2. Bası, İstanbul 1985
- **KOSCHAKER** Paul, Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, (Kitabı Yeniden Elden Geçiren: Kudret Ayiter), Ankara 1975
- **KÖPRÜLÜ** Bülent / **KANETİ** Selim, Sınırlı Aynî Haklar, 2. Bası, İstanbul 1983
- **LA PIRA** Giorgio, La Sturuttura Classica Del *Pignus*, Frederico Cammeo' ya Armağan Cilt 2' den Ayrı Bası, Padova 1932 (*Pignus*)

- **LA PIRA** Giorgio, *La Sturuttura Classica Del Conventio Pignoris*, Siena Üniversitesi Hukuk Sirküleri, Siena 1933 (*Conventio Pignoris*)
- **MARRONE** Matteo, *Istituzioni Di Diritto Romano*, 2. Bası, Palermo 1994
- **NOORDRAVEN** Bert, Pomp., D. 13,7,6 pr.: Un Caso Di *Pignus*, *Bullettino Dell'Istituto Di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 3. Seri, 22. Cilt, Milano 1980
- **OĞUZ** Arzu, *Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 41, Sayı: 1-4, Ankara 1991 (İnançlı İşlem)
- **OĞUZ** Arzu, *Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı (Iusta Causa Traditionis)*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 47, Sayı 1-4, Ankara 2000 (*Traditio*)
- **OĞUZMAN** M. Kemal / **SELİÇİ** Özer / **OKTAY-ÖZDEMİR** Saibe, *Eşya Hukuku, Zilyedlik-Tapu Sicili, Taşınmaz Ve Taşınır Rehni, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Aynî Haklar*, 10. Bası, İstanbul 2004
- **OĞUZMAN** M. Kemal / **ÖZ** M. Turgut, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 2002
- **OĞUZMAN** M. Kemal / **BARLAS** Nami, *Medenî Hukuk, Giriş – Kaynaklar - Temel Kavramlar*, 11. Bası, İstanbul 2004
- **ÖZSUNAY** Ergun, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 1968
- **PEROZZI** Silvio, *Istituzioni Di Diritto Romano*, 1. Cilt, 2. Bası, Roma 2002
- **PETER** Hans, *Roma Ve Pandekt Hukukunda Fiducia Ve Güvenli Kazandırıcı Hukukî Muameleler* (Çeviren: Özcan KARADENİZ), *Anakara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 Cilt, Sayı 1-4, Ankara 1964
- **PUGLIESE** Giovanni, *Istituzioni Di Diritto Romano*, 3. Bası, Torino 1991
- **RADO** Türkân, *Roma Hukuku Dersleri - Borçlar Hukuku*, İstanbul 2001
- **RATTI** Umberto, *Sul 'Ius Vendendi' Del Creditore Pignoratizio*, "Studi Urbinati" den Ayrı Bası, Urbino 1927
- **SAYMEN** Ferit H / **ELBİR** Halid K., *Türk Eşya Hukuku-Aynî Haklar*, İstanbul 1954

- **SCAPINI** Nevio, *Manuale Elementare Di Diritto Romano*, Milano 2002
- **SEROZAN** Rona, *Taşınır Eşya Hukukunda “Kamuya Açıklık” (Teslim) İlkesinin Delinmesi: Sözlü ve Söзде Zilyetlik Devirleri, Bülent Davran’ a Armağan, İstanbul 1998 (Kamuya Açıklık)*
- **SEROZAN** Rona, *Medenî Hukuk - Genel Bölüm, İstanbul 2005*
- **SCHMIDLIN** Bruno, *Droit Privé Romain I, Sources-Famille-Bien*, 12. Bası, Lausanne 1988
- **SCHWARZ** Andreas B., *Roma Hukuku Dersleri - Tarihi Kısım Ve Umumî Doktrinler (Çeviren: Türkân BASMAN), 1. Cilt, İstanbul 1943*
- **TAHİROĞLU** Bülent, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 3. Bası, İstanbul 2001 (Mülkiyet Hakkı)
- **TAHİROĞLU** Bülent, *Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003 (Borçlar Hukuku)*
- **TAHİROĞLU** Bülent / **ERDOĞMUŞ** Belgin, *Roma Hukuku Dersleri – Tarihi Giriş – Hukuk Tarihi – Genel Kavramlar – Usul Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2003 (Roma Hukuku)
- **TAHİROĞLU** Bülent / **ERDOĞMUŞ** Belgin, *Roma Hukuku Meseleleri*, 3. Bası, İstanbul 2003 (Meseleler)
- **TALAMANCA** Mario, *Istituzioni Di Diritto Romano*, Milano 1990 (Istituzioni)
- **TALAMANCA** Mario, *Elementi Di Diritto Privato*, Milano 2001 (Elementi)
- **TEKİNAY** Selâhattin Sulhi, *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku II / 3, İstanbul 1994*
- **UMUR** Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları – Usul Hukuku – Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku – Miras Hukuku*, 3. Bası İstanbul 1999 (Roma Hukuku)
- **VAN DEN BERGH** G.C.J.J., *Custodia and Furtum Pignoris, Studi In Onore Di Cesare Sanfilippo*, 1. Cilt, Milano 1982
- **VITRANO** Filippo Messina, *Per La Storia Del ‘Ius Distrahendi’ Nel Pegno*, Palermo 1910
- **VOCI** Pasquale, *Istituzioni Di Diritto Romano*, 7. Bası, Milano 2004

- **ZIMMERMANN** Reinhard, *The Law Of Obligations / Roman Foundations Of The Civilian Tradition*, New York 1996



YARARLANILAN KAYNAKLAR

I. Roma Hukuku Kaynakları

- **RICCOBONO S. - BAVIERA J. - FERRINI C. - FURLANI J. – ARANGIO-RUIZ V.**, *Fontes Iuris Anteiustiniani II*, Firenze 1968
- **ARANGIO-RUIZ Vincenzo / GUARINO Antonio**, *Breviarum Iuris Romani*, 8. Bası, Milano 1998

II. Yardımcı Kaynaklar

- **BALZARINI Marco**, *Le Istituzioni Di Gaio, Traduzione Italiana*, 2. Bası, Torino 2000
- **CASTIGLIONI Luigi / MARIOTTI Scevola**, *IL - Vocabolario Della Lingua Latina – Latino Italiano - Italiano Latino*, 6. Bası, Milano 1994
- **CERVENCA Giuliano**, *Il Processo Privato Romano, Le Fonti*, 2. Bası, Bologna 1986
- **DEL GIUDICE Federico**, *Codice Civile Spiegato Articolo Per Articolo, Costituzione / Adozione-Divorzio-Società / Tabella Di Corrispondenza Tra Vecchio E Nuovo Articolato Del C.C. In Materia Societaria / Formulario*, 7. Bası, Napoli 2004
- **GAIUS**, *Institutiones*, Borçlar Kısmı (Çeviren: Türkân RADO), İstanbul 1953
- **IUSTINIANUS**, *Institutiones* (Çeviren: Ziya UMUR), İstanbul 1968
- **KABAĞAÇ Sina / ALOVA Erdal**, *Latince Türkçe Sözlük*, İstanbul 1995
- **MOMMSEN Theodor / KRUEGER Paul / WATSON Alan**, *The Digest Of Justinian*, 4 Cilt, Philadelphia 1985
- **NARDI Enzo**, *Codice Civile E Diritto Romano-Gli Articoli Del Vigente Codice Civile Nei Loro Precedenti Romanistici*, Milano 1997
- **ÖZKAYA Eraslan**, *Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları*, 3. Bası, Ankara 2004
- **UMUR Ziya**, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul 1983 (Lügat)

- **VENITTELLI M. R. / CRASTO V.**, Dizionario Giuridico Romano, 3. Bast, Napoli 2003



GİRİŞ

I. Sunuş

Roma hukukunun, modern hukuklara, özellikle de özel hukuk açısından katkısı oldukça büyüktür. Ancak hukukun yapılanmasında siyasî, sosyal ve ekonomik etkenler belirleyicidir. Bilindiği gibi Roma hukuku da, çeşitli evrelerden geçerek şekillenmiş ve bu durum da, incelenen hukukî kurumların yapısını dönemlere göre farklı şekillerde etkilemiştir. Bu açıdan Roma hukukuna, hukuk tarihi açısından az da olsa değinmek çalışmamızın gidişatının kavranmasında yardımcı olacaktır.

Öncelikle, Roma tarihinin dönemlerinin belirlenmesinde, kesin ve aksi iddia edilemeyecek bir düzenlemenin söz konusu olduğu söylenemez. Bununla birlikte genel kabul gören görüşe göre, Roma hukuk tarihi, dört ayrı döneme ayrılır. Bunlar sırasıyla eski dönem, klasik öncesi dönem, klasik dönem ve klasik sonrası dönemdir.

Eski dönem, Roma'nın kuruluşundan (M.Ö. 754 veya 753) *Licinia Sextiae* kanunlarının çıkarıldığı M.Ö. 367'ye kadar devam eden dönemdir ki söz konusu kanun ile sınıflar arası eşitlik bir anlamda sağlanmış, artık *pleb* 'lerin de *consul* olarak seçilmelerinin ve diğer *magistra* 'lık makamlarında bulunmalarının yolu açılmıştır. Bu dönem, hem krallık dönemi hem de cumhuriyet döneminin bir kısmını içine alır.

Klasik öncesi dönem M.Ö. 367'den, *Augustus*'un ilk *princeps* yetkilerini kazandığı dönem olan M.Ö. 27'ye kadar devam eder. Bu süreç, Roma devletinde cumhuriyet dönemidir. Nitekim cumhuriyet kurumları gelişip, en parlak düzeye ulaşır. Ancak klasik öncesi dönemin ikinci safhasında cumhuriyet kurumlarının krize girdiği görülür.

Klasik dönemde siyasî idare artık *princeps* 'tedir. Nitekim bu dönem M.Ö. 27'den M.S. 3. yüzyıla kadar süren dönemdir. Roma vatandaşlarına uygulanan hukuk (*ius civile*), kavimler hukuku (*ius gentium*) ve *praetor*'lar tarafından geliştirilen hukuk (*ius honorarium*) tabakalarına; bir de *princeps* 'in faaliyetlerinin de eklenmesiyle Roma hukuku

gelişimini sürdürmeye devam etmiştir. Klasik dönem, Roma'nın hukuk ilmi açısından en parlak dönemidir. M.S. 212'de *Caracalla*'nın *Constitutio Antoniniana* ile, imparatorluğun sınırları içinde yaşayan herkese vatandaşlık vermesi ile Roma hukuku bir nevi evrensellik kazanmıştır.

Klasik sonrası dönem M.S. 3 yüzyıldan, imparator *Iustinianus*'un ölümüne yani M.S. 565'e kadar uzanır. Bu dönemde, imparatorluk içinde kamusal yapılanmalara yönelik karşılıklar görülür ve "romalılık" daha az etkin hale gelir. İmparatorluk doğu ve batı olmak üzere ikiye bölünür ve hristiyan dini klasik kurumları etkisi altına alır.

Ancak klasik sonrası dönemde her ne kadar hukuk ilmi açısından gelişim oldukça az olsa da, Roma hukukuna ait elimize geçen en önemli eser olan *Corpus Iuris Civilis*, bu döneme aittir.

İnceleme konumuz olan rehin akti de, farklı dönemlerde değişik özelliklere sahip olmuştur. Bu özellikler; aktin konusu, tarafların sorumluluğu ve aktin taraflarının sahip olduğu hukukî koruma yollarını etkilemiştir.

Bunun dışında bir diğer önemli nokta da, romalıların teminata bakış açısıdır. Nitekim Roma hukuku açısından teminat denilince akla ilk gelen şahsî teminattı, yoksa aynî teminat değil. İleride de değineceğimiz gibi, Roma'da borçlu, *nexum* muamelesinin kaldırılmasına kadar olan safhada, borcundan şahsî ile sorumlu idi. Şahıs üzerinde icra usulünün söz konusu olduğu bir durumda tarafların aynî teminata ihtiyaç duymaması doğaldı. Bu açıdan romalıların aynî teminata ihtiyaç duymaları ve bunu sağlamak için çeşitli hukukî kurumları geliştirmeleri, zaman içinde olmuştur. Nitekim rehin aktinin tarihi kökenlerine değinirken inceleyeceğimiz alacaklı olan tarafa mülkiyetin geçmesini gerektiren *fiducia cum creditore*, yani alacaklı ile yapılan inançlı akit; yerini önce zilyedliğin alacaklıya geçmesinin zorunlu olduğu *pignus datum*'a yani rehin aktine bırakmış ve daha sonra zilyedliğin geçmesinin gerekli olmadığı ve sadece anlaşmanın yeterli olduğu *pignus conventum* ya da diğer adı ile *hypotheca* uygulanmaya başlamıştır.

II. Çalışmanın Amacı

Yukarıda değinilen noktalara paralel olarak çalışmamızın amacı, aynı teminata ihtiyaç duyulması ve buna paralel olarak gelişen hukukî kurumlar ve özellikle rehin aktinin Roma hukukundaki kökenlerini ve esaslarını belirlemek olacaktır.

Nitekim rehin akti her ne kadar önceleri hukukî korumadan yoksun bir şekilde ortaya çıkmış ise de; zamanla, öncelikle *praetor* 'ların faaliyetleri dolayısıyla savunulmaya başlanmış ve daha sonraları aynı akitler arasında ele alınması söz konusu olmuştur. Ancak unutulmamalıdır ki, rehin akti ile bir aynı hak oluştuğunun kabulü de zaman gerektirmişti. Sonraki dönemlerde ise, rehin aktinin, yine şekilsiz olarak gerçekleşen ancak tarafların anlaşmasının yeterli gören rehin anlaşmasından önemli bir farkı kalmamıştı. Nitekim rehin akti ile zilyedliğin geçirilmesi, sadece alacaklının kendini daha fazla güvende hissetmesi için kullanılmaya başlanmıştı. Tarafların, artık çok daha kolay uygulama imkanı olan rehin anlaşmasına bir diğer adı ile *hypotheca* 'ya başvurmalarına daha sık rastlanmaktaydı

Bununla birlikte, rehin akti ve rehin anlaşması ya da diğer adı ile ipotek arasında kavram kargaşası yaşanmaya devam etmektedir. Rehin akti ve rehin anlaşması açısından ele alınan fark; rehin akti ile zilyedliğin rehinli alacaklıya geçtiği, buna karşılık rehin anlaşmasının zilyedliğin geçmesini gerektirmeden sadece basit bir anlaşma (*conventio*) ile meydana gelmesi olarak belirlenmektedir. Oysa aralarında bunun dışında da çok önemli farklar bulunmaktadır. Bizim çalışmamızın amacı borçlar hukuku alanına ilişkin sonuçlar ile bağlı kalmaya çalışarak bir aynı akit olan *pignus datum* 'u değerlendirmektir.

Türk hukuku ile yapılan kıyaslama ise belirli sınırdan kalacaktır. Nitekim romalılar açısından mallara yönelik yapılan ayırım çok daha sonraları taşınır ve taşınmazlar olarak önem kazanmıştır. Roma hukuku açısından aslî ayırım malları *res mancipi* ve *res nec mancipi* olarak ayırmaktır. Oysa Roma'da her türlü akit için geçerli olan bu ayırım bizim hukukumuzda uzaktır. Türk hukuku ve diğer modern hukuklarda eşyanın taşınmaz olması ona ayrı bir önem verilmesine neden olmuştur. Şu halde, genel bir ifade ile bizim hukukumuzdaki teslim şartlı menkul rehni, Roma hukukunda rehin akti olarak, hem taşınırlar hem de taşınmazlar açısından uygulama alanı bulmaktadır.

III. İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması

Çalışmamız üç ana bölümden ve sonuç kısmından oluşacaktır.

İlk bölümde rehin aktinin tanımından yola çıkarak öncelikle, Roma akitler sistemi içindeki yerine, aktin ortaya çıkış sebepleri ve amacına değinilmiş ve tarihi gelişimi saptanmıştır. Bunun devamında rehin aktinin oluşumu, konusu ve kapsamı ele alınmış ve son kısımda ise, rehin akti ve anlaşması arasındaki farka değinilmiştir.

İkinci bölümde ise, aktin hükümleri, önce tarafların hak ve borçlarına yönelik açıklamalar yapılarak sonrasında ise rehin alan ve rehin verenin sorumlulukları ve söz konusu akitten doğan davalar ele alınarak incelenmiştir.

Üçüncü bölüm rehin aktinin sona ermesine ayrılmıştır. Aktin sona erme sebepleri çeşitli ihtimaller göz önüne alınarak açıklandıktan sonra, Türk hukukundaki rehinle, genel bir bakış açısıyla sınırlı kalarak, kıyaslama yapılmıştır.

Sonuç bölümünde, konuya ilişkin genel gözlemlerimiz ve çalışmanın sonucunda tespit ettiğimiz önemli noktalar yer almaktadır.

Konumuzu borçlar hukuku alanı ile sınırlı tutmayı ve eşya hukuku alanında rehini çalışmanın kapsamı dışında bırakmayı amaçladık. Ancak unutulmamalıdır ki, her ne kadar rehin akti ve anlaşması farklı hukukî ilişkilere yol açsalar da, bir madalyonun iki yüzünü andırmaktadırlar. Dolayısı ile, karşılaştırma yapıldığında eşya hukuku anlamında rehne değinmemek olası değildir. Ancak elbette ki bu durum genel bir bilgi verilmesinden öteye gitmeyecektir.

Birinci Bölüm

ROMA HUKUKUNDA REHİN AKTİNİN (*PIGNUS DATUM / DATIO PIGNORIS*) NİTELENDİRİLMESİ VE OLUŞUMU

I. Roma Hukuku Borç Kaynakları ve Rehin Aktinin Yeri

Roma hukukunda, rehin akti kavramına değinirken, öncelikle borç doğuran kaynaklara yönelik bir girişle başlamayı uygun gördük. Bunun sebebi, konumuzun esas itibarı ile borçlar hukuku alanına yönelik olmasında yatmaktadır.

Roma hukukunda borç doğuran kaynaklara yönelik yapacağımız inceleme, rehin aktinin bu kaynaklar içerisindeki yerini tespit etmemiz açısından bize yardımcı olacaktır.

1. Roma Hukukunda Borç Doğuran Kaynaklara Genel Bakış

Roma hukukunda borçlar, kaynaklarına göre bir sınıflandırılmaya tâbi tutulmuşlar ve bu sınıflandırma da, hukuk dönemlerine göre çeşitli farklılıklar göstermişti.

Borç doğuran kaynaklar açısından yapılan en eski ayırım *Gaius*¹ 'a aittir.

Gaius 'un *Institutiones* 'inin borçlar kısmının başlangıcında, borç doğuran kaynaklar ikiye ayrılmış ve sadece akitlerin ve haksız fiillerin borç doğurduğu kabul edilmişti.

Gai. 3, 88:

“...*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*”

“...çünkü her borç ya akitten ya da haksız fiilden doğar.”

¹ *Gaius, Iustinianus* 'un *Institutiones* 'ine model olan *Institutiones* isimli eseri ile ünlü, M.S 2. yüzyılın sonlarında ölmüş, *Sabinus* Mektebinden olan, çok açık ve temiz bir tarza sahip ve uygulamacı olmaktan çok, büyük bir hoca olan ünlü hukukçudur (Ziya UMUR, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, s. 79).

Oysa ki yine *Gaius*'un Altın Sözlünün 2. kitabından alınan *Digesta* metninde², borç kaynakları üçe ayrılarak incelenmekte ve borçların (*obligationes*) ya akitlerden (*ex contractu*), ya haksız fiillerden (*ex maleficio*) ya da çeşitli görünüşte nedenlerden (*ex varis causarum figuris*) doğdukları belirtilmekteydi³.

Bu çelişkinin sebebinin *interpolatio*⁴lardan kaynaklanması oldukça büyük bir olasılıktır.

Nihayet *Iustinianus* döneminde *Gaius*'un çeşitli görünüşte nedenlerden ayrımını genişletilmiş ve akit benzerleri (*quasi ex contractu*) ve haksız fiil benzerleri (*quasi ex maleficio*) de borç doğuran kaynaklar içerisinde sayılarak dördümlü bir sınıflandırmaya gidilmişti⁵.

² D. 44, 7, 1, pr.

³ *Digesta*'da yer alan bir diğerk ayrım da *Modestinus*'a aittir. *Modestinus*'un kurallarının 2. kitabından alınan *Digesta* metninde (D. 44, 7, 52 pr.), ünlü hukukçu; ya şey ile, ya sözlü olarak, aynı zamanda bunların her ikisiyle de, ya tarafların iradelerinin uyuşmasından (*consensus*), ya kanundan (*lege*), ya *praetor* hukukundan (*iure honorario*), ya gereklilikten (*necessitate*), ya da haksız fiil nedeniyle (*ex peccato*) borçlanırs demektir.

⁴ *Interpolatio*, *Iustinianus*'un emriyle meydana gelen *Corpus Iuris Civilis*'i derleyen hukukçuların, klasik hukukçuların eserlerinden alınan metinler ve imparator emirnameleri üzerinde yaptıkları değışikliklerdir. Böylece *Corpus Iuris Civilis*'te yer alan hukukî metinler ve imparator emirnameleri zamanın zihniyetine ve adâlet fikrine uygun hale getirilmeye çalışılmıştı. Yapılan çalışmalar, *Digesta*'nın yarısının *interpolatio* 'lar ile değıştirildiğini göstermektedir (UMUR, Lügat, s. 95).

⁵ I. 3, 13, 2

Türk Borçlar Kanunu ise "Borçların Teşekkülü" başlığı taşıyan birinci babında borçları üçlü bir ayrıma tabi tutmuştur. Birinci fasılda 'Akitten Doğan Borçlar (BK. m. 1-40)', ikinci fasılda 'Haksız Muameleden Doğan Borçlar (BK. m. 41-60)' ve üçüncü fasılda 'Haksız Bir Fiil ile Mal İktisabından Doğan Borçlar (BK. m. 61-66)' söz konusudur. Bunların dışında kalan borçlar, kanunun değışik maddelerinde yer almaktadırlar.

İtalyan Medeni Kanunu'nun "Borçlara Dair" başlığı taşıyan 4. kitabının, "Genel Olarak Borçlar" başlığı taşıyan 1. faslının, "Genel Düzenlemeler" adlı 1.başlığının altındaki 1173. maddesi "Borçların Kaynakları" alt başlığı ile getirdiğı düzenlemeye göre; borçlar akitten, haksız fiilden veya hukukî düzenlemeye uygun olarak bunlara sebebiyet veren tüm diğerk fiil (bu duruma örnek olarak tek taraflı vaadleri) veya muamelelerden (sebepsiz zenginleşme bu kategoride ele alınır) doğarlar. Hukukî düzenlemeyle kastedilen, bir ülkede yürürlükte olan kanunların bütünüdür (Federico DEL GIUDICE, Codice Civile Spiegato Articolo Per Articolo, Costituzione / Adozione-Divorzio-Società / Tabella Di Corrispondenza Tra Vecchio E Nuovo Articolato Del C.C. In Materia Societaria / Formulario, 7. Bası, Napoli 2004, s. 712).

Nardi, bu düzenlemeye bakıldığında, İtalyan Medeni Kanununun borç doğuran kaynaklarda önce akitleri ele alması, sonra haksız fiil (*maleficio*) ve haksız fiil benzerleri (*quasi maleficio*) ayrımını, haksız fiil başlığı altında birleştirmesi, ve borç doğurması mümkün olabilecek diğerk sebepleri kanun normlarını çağırarak tamamlaması *Gaius*'un D. 44, 7, 1 pr.'de yaptığı ayrıma benzediğinin görüldüğünü belirtir (Enzo NARDI, Codice Civile E Diritto Romano - Gli Articoli Del Vigente Codice Civile Nei Loro Precedenti Romanistici, Milano 1997, s. 57). Gerçekten de yapılan karşılaştırmada, en azından İtalyan Medeni Kanununun borcun kaynaklarını incelerken sahip olduğı düşünce sisteminin, Roma

2. Akitlerden Doğan Borçlar (*Obligatio Ex Contractu*)

Roma hukukunda *contractus*⁶ olarak ifade edilen akit, borç doğuran kaynakların en önemlisiydi.

Ancak, akitlerden doğan borçlardan bahsedilmek için öncelikle Roma'nın klasik hukukçularının anladığı akit (*contractus*) ile günümüz hukuku arasında önemli farklılıklar olduğunu belirtmemizde yarar vardır.

a) Akit (*Contractus*) Kavramı

Modern hukuklarca ve günümüz Türk hukukunca “rızaîlik” prensibi kabul edilmiş ve akitler bu prensip ışığında değerlendirilmiştir. Borçlar Kanunumuzun 1. maddesinde de belirtildiği gibi, iki taraf karşılıklı ve birbirlerine uygun şekilde rızalarını beyan edince akit tamam hale gelecektir. Söz konusu prensibe göre aktin oluşması için esas unsur rızadır⁷. Dolayısı ile aktin kurulması, kural olarak⁸ arzu edilen hukukî sonucun meydana gelmesi için iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması, yani *consensus* ile gerçekleşecek, başka bir unsura gerek duyulmayacaktır⁹.

Romalılar için ise genel ve soyut bir akit tanımlaması bulunmamakta, sözleşmeden doğan borçların (*obligationes ex contractu*) belirli şekilleri söz konusu olmaktadır. Bu

hukuku ile paralellik, hatta büyük ölçüde aynılık gösterdiğini söyleyebiliriz. Bu durumda Nardi'ye katılmamak mümkün değildir.

⁶ *Contractus, contrahere* fiilinden gelmektedir. *Contrahere*'nin anlamı ise, genel anlamı ile iradeye uygun olarak çeşitli hukukî sonuçlar doğurabilen her hangi bir muameleyi yapmak anlamına gelir. Özel anlamı ile *contrahere*, akit yapmak anlamına gelir (UMUR, Lügat, s. 49).

⁷ UMUR, Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku - Borçlar hukuku - Eşya Hukuku - Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1999, s. 335.

⁸ Bu durumun istisnaları mevcuttur. Bazı akitlerin geçerli olması için bir kısım şekil şartlarına uyulması gerekecektir. Evlenme akti buna örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu aktin gerçekleşmesi için tarafların beyanlarını evlendirme memurunun önünde, hazır olarak bildirmeleri gerekmektedir.

⁹ M. Kemal OĞUZMAN / Nami BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar - Temel Kavramlar, 11. Bası, İstanbul 2004, s. 121; M. Kemal OĞUZMAN / M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, 3. Bası, s. 43 vd.

durumda ancak Roma vatandaşlarına uygulanan hukuk olan *ius civile*¹⁰ tarafından kabul edilen sözleşmeler akit olarak kabul edilmekte ve borç doğurmaktaydı.

Ius civile dışında kalan diğer anlaşmalar için *pactum*¹¹ tabiri kullanılıyor ve bunların *ius civile* tarafından tanınmış davaları (*actiones*)¹² bulunmuyor, dolayısı ile hukukî korunmadan yoksun oluyorlardı.

Bu durumun önemini romalıların hakka, daha çok *actio* 'lar yönünden yaklaşmış oldukları ve hakkın korunmasının ona has bir dava tanındığı ölçüde mümkün olması¹³ ve Roma'da "usulî görüş"ün¹⁴ hâkim olduğunu hatırlatarak açıklamamız mümkün olacaktır.

¹⁰ *Ius civile* ya da diğer ifade tarzıyla *ius quiritum*, yalnız *quirites* denilen roma vatandaşlarına özgü olan hukuktu. Kaynağını örf ve âdetlerden, kanunlardan ve bu kanunların yorumuyla elde edilen hükümlerden alırdı. *Papinianus*'un tanımlarının 2. kitabından alınan *Digesta* metninde (D. 1, 1, 7 pr.) *ius civile*'nin kanunlardan (*leges, plebiscita*), *senatus* kararlarından (*senatus consulta*), imparator kararlarından veya hukuk âlimlerinin (*prudentes*) otoritesinden kaynaklandığını belirtilmektedir.

¹¹ *Pactum*, *pacisci*'den gelmektedir. *Pacisci*'nin kökeni ise barış anlamına gelen *pax*'a dayanır ve uzlaşmak, uyuşmak anlamına gelir. XII Levha devrinde *pactum* 'ların borç doğurucu mahiyetleri olmasa da zamanla kimi *pactum* 'lara dava hakkı tanındı. Bunlar üçlü bir *pactum* grubu oluşturuyorlardı. Bazıları teamül hukuku (*pacta adiecta*/munzam anlaşmalar), bazıları *praetor* hukuku (*actiones in factum* ile korunan *pacta praetoria* / *praetor* anlaşmaları) ve diğer bazıları imparatorlar hukuku (*pacta legitima* / yasal anlaşmalar) aracılığı ile dava hakkına sahip oldular. Bu üç *pactum* grubuna, dava aracılığı ile korunmaları dolayısıyla *pactum vestita* deniliyordu. Hukukî korunmadan faydalanmayan *pactum* 'lar ise, *pactum nuda* olarak adlandırılıyorlardı (Richard HONIG, Roma Hukuku (çev.: Şemsettin TALİP), 2. Bası, İstanbul 1938, s. 206,276-282; Türkân RADO, Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, İstanbul 2001, s. 163-172; UMUR, Roma Hukuku, s. 377-380; Bülent TAHİROĞLU, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003, s. 230-239; Salvatore DI MARZO, Roma Hukuku (5. Basıdan çev.: Ziya UMUR), 2. Bası, İstanbul 1959, s. 456-461; Vincenzo ARANGIO -RUIZ, Istituzioni Di Diritto Romano, 14. Bası, Napoli 2002, s. 353-355; Pietro BONFANTE, Istituzioni Di Diritto Romano, 10. Bası, Milano 1987, s. 409-412; Mario TALAMANCA, Istituzioni Di Diritto Romano, Milano 1990, s. 606-609; Mario TALAMANCA, Elementi Di Diritto Privato, Milano 2001, s. 313-315; Biondo BIONDI, Istituzioni Di Diritto Romano, 4. Bası, Milano 1972, s. 374-379; Giovanni PUGLIESE, Istituzioni Di Diritto Romano, 3. Bası, Torino 1991, s. 587-590; Antonio GUARINO, Diritto Privato Romano, 12. Bası, Napoli 2001, s. 936-947; Nevio SCAPINI, Manuale Elementare Di Diritto Romano, Milano 2002, s. 280-282).Günümüz hukukunda gerek *pactum* gerek *contractus* bugün anladığımız anlamda akitler, aralarında nitelik farkı yoktur.

¹² *Actio* hem dava, hem de dava hakkı yani bir kimsenin adli makamlar önünde, kendisine ait olan bir hakkı, bir malı veya alacağı talep edebilmesi anlamındadır (UMUR, Lügat, s. 2).

¹³ Karadeniz Çelebican, Roma Hukukunda bütün hakların adâlet makamları önünde ileri sürülebilecek genel bir "*actio*"su olmamasından, özel bir dava öngörülmemiş olan bir hakkın söz konusu olamamasından yola çıkarak, Roma Özel Hukuku'nun bir "*actio* 'lar sistemi" oluşturduğundan bahseder (Özcan KARADENİZ ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Kaynaklar - Genel Kavramlar - Kişiler Hukuku - Hakların Korunması, 8. Bası, Ankara 2003, s. 122-123). Kanatımca, bu nitelendirme yerindedir. Nitekim günümüz aynı hak- şahsî hak ayırımı dahi Roma Hukukundan hareketle ve aynı dava (*actio in rem*) ve şahsî dava (*actio in personam*) ayırımı temel alınarak yapılmıştır (Bülent TAHİROĞLU / Belgin ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku Dersleri - Tarihi Giriş - Hukuk Tarihi - Genel Kavramlar - Usul Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2003, s. 105).

b) Akitlerin Sınıflandırılması

Günümüz “akit serbestisi” prensibi iki yönü ile Borçlar Hukukumuzda hâkimdir. İlk yönüyle kural olarak kişilerin istedikleri kimse ile akit yapmakta serbest olmaları ve istemedikleri bir akti de yapmaya zorlanamamaları anlamına gelir. İkinci yönü ise tarafların yapacakları aktin konusunu belirlemekte ve düzenlemekte özgür olmalarını ifade eder¹⁵.

Oysa Roma hukukunda “akitler sistemi” mevcuttu. Buna bağlı olarak, sözleşmeden doğan borçlar da dört sınıfa ayrılarak incelenmekteydi. Bunlar aynı akitlerden doğan borçlar (*obligationes re contracte*), sözlü akitlerden doğan borçlar (*obligationes verbis contracte*), yazılı akitlerden doğan borçlar (*obligationes litteris contracte*) ve rızai akitlerden doğan borçlar (*obligationis consensu contracte*) idi¹⁶. Bu sınıflardan birine giren akitler *contractus* olarak kabul edilir, dolayısıyla borç doğurur, ve *actio*’lar aracılığıyla himâye edilirdi¹⁷.

Sözlü akitlerin (*verbis contrahitur / contractus verbalis*) oluşması için *Gaius*’un Gai. 3, 92’de belirttiği gibi tarafların rızalarını soru ve cevapla belirli sözlü şekle uyararak açıklamaları veya bir tarafın belirli sözler söylemesine karşılık karşı tarafın susması

¹⁴ Roma hukukunda hak ve dava arasındaki ilişki çok sıkıdır. Hakkın hukukî himayesi yani bir davası olması önemlidir. Nitekim hak, ancak bu şekilde hukuka yansiyacaktır. Bu görüşe “usulî” görüş denmesinin sebebi “*actio*”nun esasında bir usul hukuku kavramı olmasıyla açıklanmaktadır (TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 104).

¹⁵ OĞUZMAN / ÖZ, s. 19-20.

¹⁶ Gai. 3, 89:

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

“Evvvelâ akitten doğanları (borçları) görelim. Bunlar dört çeşittirler, zira her borç münasebeti ya bir şeyle (*re*), ya sözlerle (*verbis*), ya yazılarla (*litteris*) veyahut da rıza ile (*consensu*) oluşur.” [Metin ve çevirisi için bkz: *Gaius, Institutiones - Borçlar Kısmı* (çev.: Türkân RADO), İstanbul 1953, s. 8- 9].

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....*”

“...Evvvelâ akitten doğanlardan bahsedelim. Bunlar da dört çeşittirler: ya şey ile (*re*), ya sözlerle (*verbis*), ya yazılarla (*litteris*), veya rıza ile (*consensu*) aktolunurlar....” [Metin ve çevirisi için bkz: *Iustinianus, Institutiones* (çev.: Ziya UMUR), İstanbul 1968, s. 238-239]

¹⁷ RADO, s. 60 vd.

gerekmekteydi¹⁸. Bu akitlerin en önemli örneğini *Gaius*’un, Gai. 3, 93’te belirttiği gibi “*Vermeyi Taahhüt Ediyor Musun? Taahhüt Ediyorum (Dari Spondes? Spondeo)*” soru ve cevaplarının kullanılmasıyla oluşan ve yalnız Roma vatandaşlarına özgü olup genel bir akit tipi olan *stipulatio* teşkil etmektedir.

Şekle uyulması zorunluluğu getiren bir diğer akit tipi de yazılı akitler (*litteris contrahitur / contractus litteralis*) idi¹⁹. Klasik devrin yazılı akitlerine, *Gaius*’un, Gai. 3, 128’de bahsettiği aile babasının (*pater familias*) tuttuğu günlük hesap defterine kayıt etmesi ile oluşan deftere kayıt (*nomina transcripta*) ile örnek verebiliriz. Ancak klasik devrin bu yazılı şekli, modern hukuklarca kabul edilen yazılı şekilden oldukça uzaktır.

Rızai akitlerin (*consensu contrahitur / contractus consensualis*) geçerli bir şekilde oluşmaları için tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları yani *consensus* yeterliydi²⁰. *Gaius*’un Gai. 3, 136’da belirttiği gibi bu akitlerin yapılması için ne sözlere, ne yazıya, ne de mülkiyetin nakline gerek olmadığı gibi tarafların hazır olması lüzumu da yoktu. Bu akit tiplerine alım satım (*emptio venditio*), kira (*locatio conductio rei*), istisna (*locatio conductio operis*), hizmet (*locatio conductio operarum*), şirket (*societas*) ve vekâlet (*mandatum*) akitlerini örnek olarak gösterebiliriz.

¹⁸ Roma hukukundaki sözlü akitler ve sözlü akit tipleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: RADO, s. 62-63,90-111; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 110-111,113-133; Belgin ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 58-64; UMUR, Roma Hukuku, s. 336-337,349-354; DI MARZO, s. 421-427; HONIG, s. 234-242; Paul KOSCHAKER, Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, (Kitabı yeniden elden geçiren: Kudret Ayiter), Ankara 1975, s. 205,27-218; BONFANTE, Istituzioni, s. 372-379; TALAMANCA, Istituzioni, s. 559-577; TALAMANCA, Elementi, s. 286-296; BIONDI, s. 463-468; PUGLIESE, s. 548-553; GUARINO, s. 821-848; Matteo MARRONE, Istituzioni Di Diritto Romano, 2. Bası, Palermo 1994, s. 472-477; Pasquale VOCI, Istituzioni Di Diritto Romano, 7. Bası, Milano 2004, s. 425-430; Reinhard ZIMMERMANN, The Law Of Obligations / Roman Foundations Of The Civilian Tradition, New York 1996, s. 68-114; SCAPINI, s. 265-268; Arangio-Ruiz, sözlü akitlerden, şekle bağlı akitler başlığı altında bahsetmiştir. Dolayısıyla yazılı şekil de, konunun içinde değerlendirilmiştir (ARANGIO-RUIZ, s. 320-336).

¹⁹ Roma hukukundaki yazılı akitler ve yazılı akit tipleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: RADO, s. 63,111-114; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 111,165-167; UMUR, Roma Hukuku, s. 337,354-355; DI MARZO, s. 428-431; HONIG, s. 242-245; BONFANTE, Istituzioni, s. 379-380; TALAMANCA, Istituzioni, s. 577-580; TALAMANCA, Elementi, s. 297-298; BIONDI, s. 468-471; PUGLIESE, s. 553-555; GUARINO, s. 848-855; SCAPINI, s. 268-269; Arangio-Ruiz, daha önce de belirtildiği gibi yazılı akitleri şekle tâbi akitler başlığı altında, sözlü akitlerle birlikte incelemektedir (ARANGIO-RUIZ, s. 320-336).

²⁰ Roma hukukundaki rızai akitler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: RADO, s. 63-64; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 112; ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 65; UMUR, Roma Hukuku, s. 337; DI MARZO, s. 409; KOSCHAKER, s. 207; HONIG, s. 257-258; ARANGIO-RUIZ, s. 336-337; BONFANTE, Istituzioni, s. 327-328; BIONDI, s. 454; PUGLIESE, s. 556-557; GUARINO, s. 875-880; SCAPINI, s. 260.

Aynî akitlerde (*re contrahitur / contractus realis*), genel bir ifade ile aktin tamamlanması için tarafların anlaşmasının yanı sıra, bir şeye yani *res*'e ihtiyaç vardı²¹. *Res*'in sahip olduğu anlam, aktin niteliğine göre değişir, her zaman aynı şeyi ifade etmezdi. Nitekim bir aynî akit olan rehin aktinde *res*, zilyedliğin naklini ifade ederken, karz aktinde yani *mutuum*'da mülkiyetin nakli, vedia yani *depositum* ve âriyet yani *commodatum* akitlerinde *detentio*²²'nin naklini ifade etmekteydi²³.

c) Aynî Akit (*Contractus Realis*) Kavramı

Aynî akitler, oluşmaları için maddi bir unsura, *res*²⁴'e ihtiyaç gösteren, sadece tarafların anlaşmasının yeterli olmadığı ve bu durum göz önüne alınarak diğer akit türlerinden ayrılan *contractus* 'lardı.

Ancak hemen belirtmekte fayda vardır ki, günümüz hukukundaki aynî sözleşme ile Roma hukukundaki aynî akit farklı hukukî kavramlardır. Günümüz aynî sözleşmeleri; bir aynî hak kuran, aynî hakkı değiştiren, aynî hakkın devrini gerçekleştiren sözleşmelerdir ve her zaman tasarruf işlemi niteliğindedirler. Oysa ki, Roma hukukundaki aynî akit yani

²¹ Gai. 3, 90

“*Re contrahitur obligatio...*”

“Borç şey (*res*) ile akte edilir...”

²² *Detentio*, bir mal üzerinde fiilî hakimiyettir. Zilyedliğin aksine, *interdictum* 'lardan faydalanma imkanı vermez ve malın zamanasını ile kazanılmasına yol açmazdı (UMUR, Lügat, s. 57).

²³ Aynî akit kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: RADO, s. 62; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 111; ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 45-46; UMUR, Roma Hukuku, s. 336; UMUR, Lügat, s. 48-49; DI MARZO, s. 421-427; HONIG, s. 245-247; KOSCHAKER, s. 205-206; TALAMANCA, Istituzioni, s. 539-540; TALAMANCA, Elementi, s. 276-277; BIONDI, s. 452-453; PUGLIESE, s. 548-553; GUARINO, s. 855-859; SCAPINI, s. 258-259; ARANGIO-RUIZ, s. 301-303; MARRONE, s. 456; PUGLIESE, s. 533-534.

²⁴ *Res*, bir çok şeyi kapsar nitelikte kullanılmaktadır. Bu durum, *res*'in tanımını yapmakta bizi zorlar. *Res*, türk-çe manası ile hem “şey”, hem “mal”, hem de bunların çoğulları olan “eşya” ve “mallar” anlamındadır. Geniş anlamı ile maddi bir varlığı ve aynı zamanda hukukî varlıkları bulunan eşyayı ifade eder. Ancak dar anlamı ile *res*, maddi malları; bir bütün olarak malvarlığını; bir hakkın veya bir davanın konusu olabilen şeyleri belirtir. Ekonomik yönden bir kısıtlama getirerek baktığımızda *res*, iktisadî değeri olabilen ekonomik ve sosyal bilinç ışığında kendi başına bir varlık olarak kabul edilen, bireyin dışında her şeydir (Ayrıntılı bilgi için: UMUR, Lügat, s. 183; UMUR, Roma Hukuku, s. 404; Belgin ERDOĞMUŞ, Roma Eşya Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 2003, 1 no'lu dipnot, s. 1; DI MARZO, s. 229; HONIG, s. 307; Pietro BONFANTE, Corso Di diritto Romano / La Proprietà, 2. Cilt, 1. Kısım, Milano 1966, s. 5-8; Silvio PEROZZI, Istituzioni Di Diritto Romano, 1. Cilt, 2. Bası, Roma 2002, s. 580-584).

contractus realis, tamam hale gelmesi ve hüküm ifade etmesi için tarafların irade beyanlarının yani *consensus*'larının yanı sıra, *res*'in karşı tarafa teslimini gerektiren sözleşmelerdi²⁵. Bir başka deyişle, Roma hukukundaki aynî akitlerinde söz konusu olan *res*'in karşı tarafa teslimi, borçlanma işemi niteliğindedi ve tasarruf işlemi niteliğine sahip değildi²⁶.

Gaius, Institutiones'inde aynî akitlere örnek olarak karzı yani *mutuum*²⁷, u ele almış ve aynî akitlerin söz konusu olabilmesi için para, şarap, zeytinyağı, buğday, bakır, gümüş, altın gibi, sayı ve ölçü ile ifade edilebilen şeylerin mülkiyetinin bir kişiden diğerine geçmesinin gerektiğinden bahsetmiştir²⁸.

Oysa ki aynî akitler; vedia (*depositum*)²⁹, âriyet (*commodatum*)³⁰, rehin (*datio pignoris*)³¹ ve *interpolatio* öncesinde büyük olasılıkla inançlı akit yani *fiducia*³² ile, kavimler hukukunun (*ius gentium*)³³ etkisi ile genişlemişlerdi³⁴.

²⁵ Necip KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, 2. Bası, İstanbul 1985, s. 92-93.

Taşınır mülkiyetinin satımında bahsederek, günümüz aynî sözleşmelerine bir örnek verebiliriz. Nitekim taşınır bir malın satımı için yapılan satış sözleşmesi, taraflar arasında bir borç ilişkisi kurmaktadır. Satış sözleşmesi gereğince satıcı, satılan malı alıcıya teslim etmek ve mülkiyeti ona geçirmek borçları altına girmiş; ancak satılan malın mülkiyeti henüz alıcıya geçmemiştir. Malın mülkiyetinin alıcıya geçmesi için, ikinci bir hukukî işlemin, bir tasarruf işleminin yapılması zorunludur. Bu tasarruf işlemi ise; taraflar arasında gerçekleşen ve zilyedliğin naklinin, mülkiyeti alıcıya geçirmek amacı ile yapıldığı konusunda alıcı ve satıcının anlaşmaları ile meydana gelen aynî sözleşme ve satılan malın zilyedliğinin naklinden ibarettir.

²⁶ Günümüz Türk hukukunda da, Roma hukukunun aynî aktinin özelliğini taşıyan sözleşme örneği mevcuttur. Ticaret Kanunumuzun 768. maddesinin birinci fıkrasına göre, eşya taşıma sözleşmesinin kurulması için, tarafların irade beyanları dışında, eşyanın karşı tarafa tesliminin gerçekleşmiş olması zorunludur.

²⁷ Roma hukukunda karz akti ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: RADO, s. 65-74; TAHİROĞLU, Borçlar Huku-ku, s. 133-143; ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 46-50; Bülent TAHİROĞLU / Belgin ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku Meseleleri, 3. Bası, İstanbul 2003, s. 131-151; UMUR, Roma Hukuku, s. 339-342; DI MARZO, s. 411-413; HONIG, s. 247-249; KOSCHAKER, s. 219-220; ARANGIO-RUIZ, s. 303-307; BONFANTE, Istituzioni, s. 382-385; TALAMANCA, Istituzioni, s. 539-546; TALAMANCA, Elementi, s. 276-280; BIONDI, s. 473-476; PUGLIESE, s. 534-537; GUARINO, s. 862-866; SCAPINI, s. 260-262; MARRONE, s. 457-460; VOICI, s. 431-435; ZIMMERMANN, s. 153-187.

²⁸ Gai. 3, 90. Ancak *Gaius*, bunun dışında Gai. 3. 91'de ödenmesi gerekmeyeni ödeyenin de şey ile borçlandığından bahseder.

²⁹ Roma hukukunda vedia akti ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: RADO, s. 79-85; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 150-157; ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 54-57; TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, Meseleler, s. 191-199; UMUR, Roma Hukuku, s. 344-346; DI MARZO, s. 416-420; HONIG, s. 251-253; KOSCHAKER, s. 221-223; ARANGIO-RUIZ, s. 309-313; BONFANTE, Istituzioni, s. 400-402; TALAMANCA, Istituzioni, s. 549-551; TALAMANCA, Elementi, s. 281-283; BIONDI, s. 477-480; PUGLIESE, s. 538-543; GUARINO, s. 869-874; SCAPINI, s. 262-263; MARRONE, s. 460-465;

Bir diğ er gelişim de, zamanla bazı anlaşmalara dava hakkı tanınarak yeni akit tiplerinin ortaya çıkması ile gerçekleşmişti. *Iustinianus* döneminde, isimsiz akitler (*contractus innominati*) başlığı altında toplanan bir grup akitle, aynı akitlerin sayıları artmıştı. Bu akitlere isimsiz akit denmesinin sebebi, her birinin ayrı bir ismi olmamasında yatmaktadır³⁵.

İsimsiz akitlerin en önemlisi ise trampa akti (*permutatio*) idi³⁶. İsimsiz akitlerin oluşması için de, tarafların anlaşması yeterli değildi. Bunun yanında taraflardan birinin

VOCI, s. 437-438; **ZIMMERMANN**, s. 205-220; Paolo Federico **GIRARD**, *Manuale Elementare Di Diritto Romano* (4. Basıdan çev.: Carlo **LONGO**), Milano 1909, s. 542-544.

³⁰ Roma hukukunda âriyet akti ile ayrıntılı bilgi için bkz: **RADO**, s. 74-79; **TAHİROĞLU**, *Borçlar Hukuku*, s. 144-150; **ERDOĞMUŞ**, *Borçlar Hukuku*, s. 51-54; **UMUR**, *Roma Hukuku*, s. 342-344; **DI MARZO**, s. 414-416; **HONIG**, s. 249-250; **KOSCHAKER**, s. 220-221; **ARANGIO-RUIZ**, s. 313-315; **BONFANTE**, *Istituzioni*, s. 385-386; **TALAMANCA**, *Istituzioni*, s. 547-549; **TALAMANCA**, *Elementi*, s. 280-281; **BIONDI**, s. 480-483; **PUGLIESE**, s. 543-545; **GUARINO**, s. 867-869; **SCAPINI**, s. 263-264; **MARRONE**, s. 465-466; **VOCI**, s. 435-436; **ZIMMERMANN**, s. 188-205; **GIRARD**, s. 542.

³¹ Rehin akti konumuzu teşkil ettiğinden, burada ek bir açıklama yapmaya ihtiyaç yoktur. İleride akit etraflıca incelenecektir.

³² **Arangio-Ruiz**, inancılı aktin (*fiducia*) de, mülkiyetin geçmesi ile gerçekleştiğ i düşünülürse, *Gaius*'un *Institutiones* 'inde buna yer vermemiş olmasının sebebinin, *fiducia*'nın gerçek bir akit yani *contractus* olmaktan ziyade, bir *pactum* olarak görülmüş olmasından kaynaklanmasının olası olduğunu belirtmektedir (**ARANGIO-RUIZ**, s. 302).

³³ Kanunların şahsiliğ i prensibi gereğince, yabancılara Roma hukuku değ il, kendi uluslarının hukuku uygulanır-dı. Ancak yabancılarla olan ilişkilerin artması, romalıları bir ç are arayışına götürecektir, bunun sonucunda da yeni bir *praetor* 'luk makamı ihdas edilerek, yabancılar *praetor* 'u (*praetor peregrinus*) göreve getirilecektir ve onun tarafından geliştirilen hukuk sistemi de, bütün kavimler için geçerli olmasına dayanılarak *ius gentium* (kavimler hukuku) adını alacaktır. Bu ayırım M.S 212'de *Constitutio Antoniniana* ile imparator *Caracalla*'nın vatandaşlığ ı Roma İmparatorluğ un sınırları içerisindeki herkese tanımasıyla önemini kaybedecektir. *Gai.* 1, 1, 9; *D.* 1, 1, 9; *I.* 1, 2, 1 vatandaşlar hukuku ve kavimler hukuku ayırımına yer verir. (*Ius civile – ius gentium* ayırımını hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **SCHWARZ**, *Andreas B.*, *Roma Hukuku Dersleri - Tarihi Kısım Ve Umumi Doktrinler* (çev.: Türkân **BASMAN**), 1. Cilt, İstanbul 1943 s. 128-133; **TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ**, *Roma Hukuku*, s. 101-103; **UMUR**, *Roma Hukuku*, s. 93-94; **HONIG**, s. 9-12; **DI MARZO**, s. 7-9; **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, s. 100-103; **BONFANTE**, *Istituzioni*, s. 10-11; **ARANGIO-RUIZ**, s. 5-6; **TALAMANCA**, *Istituzioni*, s. 50-54; **TALAMANCA**, *Elementi*, s. 32-34; **BIONDI**, s. 70-75; **PUGLIESE**, s. 185-188,208-211; **GUARINO**, s. 128-129,132-134; Bruno **SCHMIDLIN**, *Droit Privé Romain I, Sources – Famille – Bien*, 12. Bası, Lausanne 1988, s. 18-22).

³⁴ **TALAMANCA**, *Istituzioni*, s. 540.

³⁵ **UMUR**, *Roma Hukuku*, s. 375.

³⁶ Bunun dışında iğreti akti (*precarium*), *aestimatum* akti, uyuşma ,uzlaşma akti (*transactio*) diğ er önemli isim-siz akit tipleridir (İsimsiz akitler ve tipleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **RADO**, s. 157-163; **TAHİROĞLU**, *Borçlar Hukuku*, s. 220-230; **ERDOĞMUŞ**, *Borçlar Hukuku*, s. 102-106; **UMUR**, *Roma Hukuku*, s. 374-377; **DI MARZO**, s. 452-456; **HONIG**, s. 254-256; **KOSCHAKER**, s. 224-226; **ARANGIO-RUIZ**, s. 315-320; **BONFANTE**, *Istituzioni*, s. 403-409; **TALAMANCA**, *Istituzioni*, s. 554-559; **TALAMANCA**, *Elementi*, s. 284-286; **BIONDI**, s. 514-519; **PUGLIESE**, s. 585-587;

kendiliğinden edimini yerine getirmesi gerekirdi. Bu durumda akit tamamlanmış olurdu ve diğer taraf da kendi edimini ifa borcu altına girerdi.

d) Aynî Aktin Oluşumu

Consensus + res şeklinde formüle edebileceğimiz aynî akitlerde *res*, aktin niteliğine göre değişmekteydi. *Res* bir şeyin verilmesi ya da bir işin yapılması olarak kendini gösterirdi³⁷. Örnek vermek gerekirse *res*, karz aktinde (*mutuum*) bir miktar paranın ya da diğer misli eşyanın, aynı neviden ve aynı miktarda şeyleri iade borcu altına giren kimseye ya da inanca akitte (*fiducia*), inanca konusu şeyin inanılan kişiye “mülkiyetlerinin” geçirilmesi, rehin aktinde (*datio pignoris*) rehin konusu şeyin “zilyedliğinin (*possessio*)” bizzat borçlu veya üçüncü bir şahıs tarafından alacaklıya verilmesi ya da âriyette (*commodatum*), âriyet konusu şeyin kullanılması için âriyet alana veya vedia aktinde (*depositum*) vedia konusu menkul bir malın saklanmak üzere vedia alana “*detentio* larının” geçirilmesi ya da yapıyorum yapman için (*facio ut facias*)³⁸ şeklinde gerçekleşen bir isimsiz aktin söz konusu olduğu durumlarda bir işin yapılması olabilmekteydi.

Bunun yanı sıra aynî akitlerin her zaman iki tarafa borç yükleyen akitlerden olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim karz akti tek taraflı bir akit, buna karşılık *fiducia*, *commodatum*, *depositum* ve *pignus*, iki tarafa borç yükleyen akitlerdendir, ancak eksik iki tarafa borç yüklerler.

Guarino³⁹ da aynî akitlerin, tek taraflı olabilecekleri gibi, her iki tarafa borç yükleyen akit niteliğinde de olabileceklerinden bahseder. Ancak bu ayrımı dayandırdığı nokta farklıdır. *Res*'in verilmesinin sadece veren kişinin iradesi ile gerçekleştiği durumlarda, aktin tek taraflı olduğunu söyler. Ancak hem *res*'i veren, hem de alanın aralarındaki bir anlaşmanın sonucunda *res*'in verilmesinin gerçekleştiği durumlarda, aktin iki tarafa borç yüklediğini belirtir.

GUARINO, s. 948-957; SCAPINI, s. 278-280; MARRONE, s. 502-508; VOGLI, s. 460-465; ZIMMERMANN, s. 532-537).

³⁷ Bir işin yapılması, aynî akit şeklinde oluşan isimsiz akitlerde söz konusu olacaktır.

³⁸ Örneğin, doktorun kendisine bakması karşılığında, terzinin ona gömlek dikmesinde olduğu gibi.

³⁹ GUARINO, s. 855-856

Kanaatimizce bu değerlendirme yanlıştır. Karz akti her ne kadar tek taraflı bir akit olsa da, ona bu niteliği veren sadece karz alanın borç altına girmesinden kaynaklanmasındı. Yoksa karz veren kişinin iradesinin yeterli görülmesinden değil. Akitlerin söz konusu olması için zaten her iki tarafında rızasına, daha doğru bir ifade ile iradelerinin uyuşmasına yani *consensus*'a ihtiyaç vardı. Bu durumda aktin tek taraflı bir akit mi yoksa iki tarafa borç yükleyen bir akit mi olduğunun belirlenmesinde rızaların kıstas olarak alınması yanlıştır.

e) Rehin Aktinin Bir Aynî Akit Olması

Aynî akitlerden olan rehin aktinin de oluşması tarafların rızalarının uyuşmasını gerektirirdi; ancak sadece *consensus*'un bulunması aktin dava edilebilir hale gelmesini sağlamazdı. Tarafların anlaşması ile henüz bir aynî akit oluşmamıştır ancak aynî aktin yapılması için bir ön akit (*pactum de contrahendo*) meydana gelmiştir. *Consensus*'un yanında fiilen bir olayın eklenmesi gerekecektir ki akit tamam hale gelsin ve borç doğursun⁴⁰.

Şu durumda rehin aktinin tamamlanması için;

1- Alacaklı ve borçlunun anlaşmaları yani *consensus*,

2- *Datio rei* yani *res*'in karşı tarafa geçirilmesi, verilmesi gerekirdi. *Res*'in verilmesi ile borçlu aldığı şeyi iade etmek borcu altına girecekti.

İşte bu durum aynî akitleri günümüz aynî sözleşmelerinden ayırmaktadır. Nitekim aynî sözleşmeler tasarruf sözleşmeleri türünden işlemler olup, aynî haklara yönelik ilkelerle bağlıdırlar⁴¹. Oysa ki aynî akitler, oluşmaları için irade beyanlarının yanı sıra sözleşmeye konu olan *res*'in üzerindeki hakkın karşı tarafa geçirilmesini de kapsayan borçlanma işlemleriydiler. Roma hukuku aynî akitlerinden kaynaklanan davalar da, bu

⁴⁰ KOSCHAKER, s. 218-219.

⁴¹ Taşınır ve taşınmaz mülkiyetini bir taraftan diğerine aktaran ve bu sonucun gerçekleşmesi içinde taşınırlarda zilyedliğin geçirilmesi, taşınmazlarda ise tescilin yapılmasını gerekli kılan işlemler gibi. Serozan, buradaki teslim maddi fiilinin ve tescil resmî fiilinin, aynî tasarruf sözleşmelerinin hukukî etki doğurmasının yasal geciktirici şartı gibi düşünülebileceğinden bahsetmektedir (Rona SEROZAN, Medeni Hukuk - Genel Bölüm, İstanbul 2005, s. 245).

nedenle aynı davalar değil, şahsî davalardı. Dolayısı ile, akit taraflarına aynı bir koruma sağlamaktan uzaktılar⁴².

Bu kavram karışıklığının bir sebebinin de, *traditio* yani teslimin aslında mülkiyetin devri işlemlerinden biri⁴³ olmasından kaynaklandığı düşünülebilir. Nitekim rehin aktinin tamamlanması, *consensus* sonrasında, rehin konusu malın zilyedliğinin devri (*traditio possessionis*) ile gerçekleşirdi.

Traditio yabancılarla olan hukukî işlemlerde mülkiyetin devri için kullanılan, klasik dönemde *ius civile* mülkiyetini, sadece *res nec mancipi* mallara yönelik devreden⁴⁴, bunun dışında eyaletlerdeki taşınmazların, mülkiyete benzer bir biçimde zilyedliğinin ve kullanma hakkının devredilmesinde de kullanılan, *res*'in şekle bağlı olmadan teslimini yani zilyedliğin devrini sağlayan geçerli bir hukukî nedene (*ex iusta causa*) dayanılarak yapılan bir işlemdi. Ancak *traditio* her ne kadar zilyedliğin devri ile gerçekleşse de, alêlade bir elden ele verme olarak anlaşılmalıdır. Nitekim her zilyedlik nakli, mülkiyeti geçirmezdi⁴⁵.

Traditio'nun soyut bir muamele olarak kabul edilmesi, ancak onun bir aynı sözleşme olarak kabul edilmesi ile mümkündür ki klasik Roma hukuku bunu tanımazdı. Romalılar teslimle, *res*'in geçmesini öngörmüşlerdi, yoksa aynı hakkın geçmesini değil⁴⁶. Roma hukukunda *traditio*'yu devir yapan unsur *causa*'ydı, yani sebebi. *Traditio*, sadece bunun fiilî olarak icrasıydı. Bu sebeptendir ki, *traditio*, *res*'in mülkiyet hakkı sahibinin değiştirilmesinin düşünülmediği durumlarda da, örneğin ödünç, kira, vedia ve rehinde olduğu gibi, yapılmaktaydı⁴⁷.

⁴² Aynı sözleşme kavramı ile ayrıntılı bilgi için bkz: Erol CANSEL, Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi Ve Aynı Sözleşme Kavramı, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1967, s. 333-358.

⁴³ Roma hukukunda mülkiyetin diğer devir işlemleri *mancipatio* ve *in iure cessio*'dur. Ancak bu devir işlemleri *traditio*'nun aksine şekilci ve soyut devir işlemleridir.

⁴⁴ Nitekim *res mancipi* malların *traditio* ile devri, *ius civile* mülkiyetini sağlamamakta, ancak *praetor* mülkiyeti-ne izin vermekte idi.î

⁴⁵ UMUR, Roma Hukuku, s. 443-444.

⁴⁶ KOSCHAKER, s. 140.

⁴⁷ Arzu OĞUZ, Roma Hukuku'nda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan *Traditio*'nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 47, Sayı 1-4, Ankara 2000, s. 51.

Ancak mülkiyetin şekilci ve soyut bir şekilde devri için kullanılan muameleler olan *mancipatio*⁴⁸ ve *in iure cessio*⁴⁹'nun ortadan kalkması ile, *Corpus Iuris Civilis* hazırlanırken metinlerde bulunan *mancipatio*'ya ait bölümler, *interpolatio*'lar yolu ile değiştirilerek yerlerini *traditio*'ya bırakmışlardı. Bunun sonucu olarak da *Iustinianus* hukukunda, aslında taşınır malların iktisabına uygun gelen *traditio*, tüm aynî haklar hakkında uygulanmaya başlanmıştır⁵⁰.

Sonuç olarak şunu belirtmek isteriz ki, Roma hukukunda rehin aktinin bir aynî akit olduğunu belirtmek, onun bugünkü anlamı ile aynî bir sözleşme olduğunu ileri sürdüğümüz şeklinde anlaşılmalıdır. Roma hukukunda rehin akti bir aynî akitti. Ancak Roma hukukunun aynî akti, bugün kullandığımız anlamda aynî sözleşme değildir.

II. Roma Hukukunda Rehin Aktinin Tanımı ve Hukukî Niteliği

Roma hukukunda rehin aktinin tanımı üzerinde, romanist doktrinde tartışmalar olmasa da, hukukî niteliği ve bir akit olup olmadığına yönelik ciddi tartışmalar mevcuttur.

1. Rehin Aktinin Tanımı

Rehin akti (*pignus datum*)⁵¹, rehin verenin ya kendisine ya da bir başkasına ait olan borcu teminat altına almak amacıyla, bir malın zilyedliğinin rehin alana geçtiği ve rehin

⁴⁸ *Mancipatio, per aes et libram* yani maden külçesi ve terazi ile yapılan, Roma'nın en eski devir muamelelerinden biriydi. Sekiz kişinin hazır bulunması ile gerçekleştirilirdi ki bunlar malı devreden (*mancipio dans*), malı devralan (*mancipio accipiens*), terazi tutan bir kişi (*libripens*) ve şahit olarak beş ergen Roma vatandaşından oluşurdu. *Iustinianus* hukukunda *mancipatio*'nun uygulanmasına artık rastlanmamaktadır (UMUR, Lügat, s. 131).

⁴⁹ *In iure cessio*'nun kelime anlamı *magistra* önünde terktir. Özellikle *res mancipi*'lerin mülkiyetini nakletmek için kullanılan ve *praetor* önünde veya eyalet valisinin önünde görülen hayali bir dava şeklinde gerçekleşirdi. Malı iktisap etmek isteyen kişi, *magistra* önünde mala dokunarak "*Quirites hukukuna göre, bu malın bana ait olduğumu iddia ediyorum*" derdi. Buna karşılık malı devredecek olan sessiz kalırdı. *In iure cessio*, mülkiyetin naklinden başka; intifa, irtifak hakkı kurulması, mirasçılık, kölelerin azat edilmesi ve vesayet haklarının nakli gibi bir çok amaca hizmet ederdi (UMUR, Lügat, s. 88).

⁵⁰ KOSCHAKER, s. 142.

⁵¹ *Gaius*'un 12 Levha Kanunlarına dair yazığı 6. kitabından alınan *Digesta* metni (D. 50, 16, 238, 2), *pignus* kelimesinin kökeni hakkında bize bilgi verir. *Pignus, pugnus*'tan gelmektedir. *Pugnus* ise, yumruk anlamına gelir (Sina KABAĞAÇ / Erdal ALOVA, Latince Türkçe Sözlük, İstanbul 1995, s.

alanın da söz konusu rehinli malı muhafaza etme ve borç ifa edildiği takdirde geri verme; ifa edilmediği takdirde ise rehinli malı satarak satış bedeli üzerinden alacağını elde ettikten sonra artan kısmı rehin verene iade etme borcu altına girdiği eksik iki tarafa borç yükleyen⁵² bir aynî akit (*re contrahitur / contractus realis*) ti⁵³.

492; Luigi CASTIGLIONI / Scevola MARIOTTI, IL-Vocabolario Della Lingua Latina-Latino Italiano-Italiano Latino, 6. Bası, Milano 1994, s. 853). *Datum* ise *dare* fiilinden gelir, *dare* vermek demektir (KABAAĞAÇ / ALOVA, s. 186; CASTIGLIONI / MARIOTTI, s. 283). Rehlin *pignus* olarak nitelendirilmesinin sebebi, belki de rehinli alacaklı tarafından kendisine ait olmayan bir mal üzerinde hak iddia edebilmesi, baskı kurabilmesinden kaynaklanmaktadır. *Dare*'nin kullanılma sebebi ise açıktır. Nitekim, rehin aktinin kurulması için rehin konusu malın zilyedliğinin nakli yani rehinli malın rehin alana verilmesi (*dare*) gerekir.

⁵² Biondi rehin aktinin tıpkı *vedia* (*depositum*) ve âriyet (*commodatum*) de olduğu gibi tek taraflı bir akit olduğundan bahsetmekte ve bunun ardından da rehinli alacaklıya sadece bazı durumlarda karşı dava (*iudicium contrarium*) açma hakkı tanıdığından bahsetmektedir (BIONDI, s. 483).

Kanımızca, yazar kendisi ile çelişkiye düşmektedir. Nitekim gerek rehin, gerek *vedia*, gerek âriyet iki tarafa borç yükleyen akitlerdendir ve kendilerine bir *iudicium contrarium* tanınmış olması da bu durumu kanıtlamaktadır. Konumuzla sınırlı olarak bir değerlendirme yaparsak, rehin akti söz konusu olduğunda asıl borçlu her ne kadar rehinli alacaklı ise de, kimi durumlarda rehin verenin de, sözleşme dolayısıyla borç altına girdiği durumlar söz konusu olabilmekteydi. Örneğin, rehin konusu mal dolayısı ile, rehinli alacaklının zarara uğramış olması durumunda, rehin veren sorumlu tutulabilir ve rehinli alacaklı tarafından kendisine dava açılıp zararı tazmin etmesi istenebilirdi. Asıl borçlunun rehinli alacaklı olması, ancak bazı durumlar söz konusu olduğunda rehin verenin borç altına girmesi, rehin aktinin tek taraflı bir akit olmasından değil, eksik iki tarafa borç yükleyen bir akit olmasından kaynaklanmaktadır.

⁵³ RADO, s. 85; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 157; ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 57; UMUR, Roma Hukuku, s. 346; DI MARZO, s. 420; HONIG, s. 253; KOSCHAKER, s. 223; ARANGIO-RUIZ, s. 315; BONFANTE, Istituzioni, s. 389; TALAMANCA, Istituzioni, s. 551-552; TALAMANCA, Elementi, s. 283; PUGLIESE, s. 545; GUARINO, s. 867; SCAPINI, s. 264; MARRONE, s. 467; GIRARD, s. 544; Alberto BURDESE, Pegno / a) Diritto Romano, Enciclopedia Del Diritto, 32. Cilt, Italia 1985, s. 666; Lucio BOVE, Pegno (Diritto Romano), Novissimo Digesto Italiano, 12. Cilt, Torino 1957, s. 763-764; ZIMMERMANN, s. 220)

Voci, rehin aktini borçlar hukuku kısmında incelememiş, aynî haklar kısmında akde yer vermiştir. Yazar, rehlin hem aynî etkilerinin, hem de borçlandırıcı etkilerinin birlikte bulunduğunu ve rehne yönelik anlaşmanın rehin konusu malın anında teslimi ile ya da teslimsiz meydana geldiğini belirterek, ilk durumda rehin aktinin ikinci durumda ipoteğin oluştuğunu söylemektedir.

Kanaatimce, rehin akti (*pignus datum*) ve ipotek (*hypotheca*) arasındaki farkı bu kadar basite indirgeyerek açıklamak mümkün değildir. Her ne kadar *pignus datum* ve *hypotheca* aralarındaki fark dışarıdan sadece, ilk durumda *res*'in zilyedliğinin geçmesinin gerekli olması, ikincisinde ise anlaşmanın yeterli olması olarak gözükse de; ilkinde önceleri sadece şahsî bir hak doğarken diğerinde aynî bir hak doğması ile kendisini gösterecek ve bu durumda çok ciddi farklara yol açacaktı. Zaten yazar da; rehin aktinin şahsî bir dava, ipoteğin ise aynî bir dava hakkı verdiğini belirtmektedir. Rehlin konusu malın zilyedliğinin teslimi ile gerçekleşen rehin akti, ipoteğin oluşmasını sağlayan rehin anlaşmasından (*conventio pignoris*) farklıdır.

Voci, kaynaklarda (D. 44, 7, 1, 6; I. 3, 14, 4) rehlin sadece aynî akitle gerçekleştiği gibi bir izlenim verilmesini ve sadece rehin konusu malın tesliminin rehin aktine yol açtığının düşünülmesini eleştirmektedir. Ancak bu duruma cevap olarak da, Roma hukukunda akidlerin (*contractus*) ve anlaşmaların (*pactum*) farklı olarak ele alındığını belirterek açıklık getirebiliriz. Nitekim rehin anlaşması ancak ipotekten bahsedildiği durumlarda söz konusu olur. Ancak rehin aktinden bahsedebilmek için, rehin konusu şeyin zilyedliğinin geçirilmesi ile şarttır (*VOCI*, s. 326-327).

2. Rehin Aktinin Hukukî Niteliği

Romanist doktrindeki bu tartışmalar rehlin aynî akit olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine yöneliktir.

Her ne kadar çoğunluk tarafından kabul edilen⁵⁴ ve bizim tarafımızdan da benimsenen görüş, zilyedliğin devri ile gerçekleşen rehlin bir aynî akit niteliğinde olduğu yönünde ise de, kimi Roma hukukçuları⁵⁵ bunu kabul etmemektedirler.

Biscardi⁵⁶, zilyedliğin rehin alan devrine (*traditio possessionis*) bağlı bir şekilde oluşan rehlin, aslî olarak bir zilyedlik ilişkisi yarattığını belirtmekte ve klasik sözleşmeler sisteminde yer almadığını söylemektedir. Yazar, bu sebeple, zilyedliğin devri ile gerçekleşen rehlin oluşumu açısından yediemine yani *sequester*⁵⁷ zilyedliği ve iğreti akti yani *precarium*⁵⁸ zilyedliği ilişkileri ile birlikte incelenmesi gerektiğini söyler.

La Pira⁵⁹ da, **Biscardi** ile aynı görüştedir. Yazara göre, alacaklının rehin konusu malı geri verme borcu vardı; ancak, bu borcun kaynağını akit oluşturmamaktaydı. Yazar, aynî akit olan rehlin, tıpkı iğreti akti gibi, klasik sözleşmeler sistemi tablosunda yer alamayacağını belirtir. Nitekim her iki durumda da, hukukî kurumlar yani gerek zilyedliğin

⁵⁴ RADO, s. 85; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 157; ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 57; UMUR, Roma Hukuku, s. 346; DI MARZO, s. 420; HONIG, s. 253; KOSCHAKER, s. 223; ARANGIO-RUIZ, s. 315; BONFANTE, Istituzioni, s. 389; TALAMANCA, Istituzioni, s. 551-552; TALAMANCA, Elementi, s. 283; PUGLIESE, s. 545; GUARINO, s. 867; SCAPINI, s. 264; MARRONE, s. 467; GIRARD, s. 544; BURDESE, s. 666; BOVE, s. 763-764; ZIMMERMANN, s. 220.

⁵⁵ Arnaldo BISCARDI, La Dottrina Romana Dell'*Obligatio Rei*, Milano 1991, s. 50; Arnaldo BISCARDI, Appunti Sulle Garanzie Reali In Diritto Romano, Milano 1976, s. 143; Arnaldo BISCARDI, Le Garanzie Reali Del Credito, Siena 1957, s. 206; Giorgio LA PIRA, La Struttura Classica Del *Pignus*, Federico Cammeo'ya Armağan Cilt 2'den Ayrı Bası, Padova 1932, s. 6; Giorgio LA PIRA, La Sturuttura Classica Della *Conventio Pignoris*, Siena Üniversitesi Hukuk Sirküleri, Siena 1933, s. 3-4.

⁵⁶ BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 206; BISCARDI, *Obligatio Rei*, s. 50.

⁵⁷ *Sequester*, yediemin demektir. *Sequestratio* veya diğer adı ile *depositum apud sequestrum*, yediemine tevdi anlamına gelir. Bu durum, vedianın özel bir şekli olarak incelenmektedir. Bunun sebebi, olağan vediten farklı olarak, taşınmazların da *sequestratio*'nun konusu olabilmektedir. Uyuşmazlık konusu malın zilyedliğinin, yediemine emanet edilmesi ile gerçekleşir. Yediemin malı, anlaşmaya konulan şartlara uyarak, taraflardan birine iade etme borcu altındadır (UMUR, Lügat, s. 57).

⁵⁸ *Precarium*, klasik sonrası dönemde isimsiz akitler grubuna giren bir akitir. Bir kimsenin, genelde taşınmaz bir malının zilyedliğini veya bir hakkını karşı tarafa, kullanması için vermesini ve istediği zaman geri alabilmesi söz konusuydu (UMUR, Lügat, s. 169).

⁵⁹ LA PIRA, *Pignus*, s. 6-7.

devri ile gerçekleştirilen rehin, gerek iğreti akti, bir borç ilişkisi yaratmaya yönelik değildiler, ancak farklı pratik amaçlar ile, bir *res*'in zilyedliğinin devrine ilişkinlerdi. Böylece her iki durumda da sözü edilen zilyedliğin devri borcu, akitten farklı bir kaynaktan doğacaktı. Yazar, rehine *praetor* 'lar tarafından bir dava tanınmış olmasından yola çıkarak, *ius civile* tarafından bu hukukî ilişkinin korunması için yeterli bir saygınlığa sahip olmadığını düşünmekte ve tüm klasik dönem boyunca bu davanın *actio in factum*⁶⁰ yapısını devam ettirmesinin, bize klasik hukukçuların düşüncesine göre de, rehlin, akitler siteminde yer almadığını kanıtlamakta olduğunu söylemekte ve bu durumun *Iustinianus* döneminde değiştiğinin dahi şüpheli olduğunu eklemektedir.

La Pira⁶¹; borç ilişkileri, aynî haklara yönelik ilişkiler ve zilyedlik ilişkileri arasındaki farkları şu şekilde belirler:

“Borç ilişkilerinin kaynaklarının akitler veya haksız fiillerdi. Aynî hakların kaynağını (aslî iktisap şekillerini ayrık tutarak) *macipatio*, *in iure cessio* ve *tradito* oluşturmaktaydı. Zilyedlik ilişkiler ise *possessio* 'yu geçiren bir hukukî kurumdan, ki buna *tradito possessionis* adını verir, kaynaklanırdı.

Tradito possessionis de, tıpkı *traditio* gibi iki unsuru barındırırdı. Bunlar *res*'in karşı tarafa verilmesi olan somut unsur ve sebep (*causa*) adı altında anılan soyut unsurdur. Zilyedlik, ancak *possessio* 'nun karşı tarafa geçirilmesi fiilinin hukuk tarafından tanınan sebeplerle gerçekleştirilmesi durumunda geçerdi ki klasik hukukta bu sebepleri yaratan üç tane hukukî kurum vardı: iğreti akti (*precarium*), zilyedliğin devri ile gerçekleşen rehin (*datio pignoris*) ve yedieminine tevdi .

Borç ilişkisi, sadece taraflar arasında; aynî haklar ise, hak sahibi ve bu hakkı ihlal eden herkes arasında hukukî bir zincir yaratmaktaydı.

Oysa zilyedlik ilişkisinde, geçici olmasından kaynaklanan iki yönlü bir bağ oluşurdu. Bu bağ bir yönü ile taraflar arasındadır ki borç ilişkisiydi, diğer yönü ile hukuka

⁶⁰ *Actio in factum* 'lar, *praetor* 'lar tarafından tanınmış davalardır. Böylece *praetor* 'lar *ius civile* 'ye göre tanınmadıkları için dava imkanından yoksun olan, ancak himaye edilmelerinin hakkâniyete uygun olduğunu düşündükleri bir olayı, *formula* 'nın *intentio* kısmına dahil ederdi. Bu durumda hakim, olayın doğruluğunu tespit edebilirse, davalıyı mahkum ederdi (UMUR, Lügat, s. 15).

⁶¹ LA PIRA, *Pignus*, s. 9 vd.

uygun olarak zilyed olan⁶² kimse ve üçüncü kişiler arasındaydı ki bu aynî haklarda söz konusu olan ilişkiydi.

Bununla birlikte, borç ilişkisinin konusunu genel olarak bir şeyin ifası (*praestare*) oluştururdu, aynî haklarının ise egemenlik (*ius in re* – şey üzerinde hak). Oysa zilyedliğin ilişkisinin konusu, *possessio* 'nun geçici olarak karşı tarafa yüklenmesiydi.

Gerek borç ilişkileri gerek aynî haklara yönelik olan ilişkiler, davalar aracılığı ile korunmaktayken; zilyedlik, *interdictum* 'lar⁶³ aracılığı ile hukukî korumadan faydalanırdı. Ancak burada da *traditio possessionis* 'in iki yönlü görünümü söz konusuydu. Nitekim ilk yönü ile üçüncü kişilere karşı zilyed, aynî (*in rem*) diyebileceğimiz *interdictum* 'lar ile kendini savunurdu. Diğer yönü ile ise, zilyed, kendine zilyedliği devretmiş olan kişiye karşı, borçlu konumunda bulunabilir ve şahsî (*in personam*) diyebileceğimiz bir *interdictum* ile kendini savunmak durumunda kalabilirdi.”

Nitekim, tıpkı *precarium* gibi, zilyedliğin devri ile oluşan rehnin kaynağı da ne akitti, çünkü taraflar bir borcun yaratılmasına amaçlamamaktadırlar; ne de *traditio* 'ydu, çünkü tarafların elde etmek istedikleri mülkiyetin geçirilmesi değildi. *Datio pignoris* 'in kaynağını da, *precarium* gibi, zilyedliğin devri (*traditio possessionis*) oluşturmaktaydı. *Traditio possessionis*, rehin verenin *res* 'in zilyedliğini geçici olarak, alacaklı rehin alana geçirdiği iki taraflı hukukî bir muameleydi ki burada rehinli alacaklının *detentio* 'yu değil

⁶² Burada, doğrudan zilyed demeyi uygun bulmuyoruz. Nitekim Roma hukuku açısından zilyedlik kavramı, günümüz hukukundan oldukça farklıydı. Romalılar, aynı mal üzerinde birden fazla kişinin zilyedliğini kabul etmiyorlar, hukuka uygun zilyedlik ve hukuka uygun olmayan zilyedlik şeklinde bir ayırımı yapıyorlardı. Böylece rehin alanın zilyedliği mal kendisinden isteninceye kadar hukuka uygun zilyedlik oluyordu. Rehin alan, rehinli mal kendisinden istendiği halde iade etmez ise, hukuka uygun olmayan zilyed haline geliyordu (ERDOĞMUŞ, Eşya Hukuku, s. 21). Medenî Kanunumuzun 974. maddesine göre, bir şeye malik sıfatı ile veya malik olma iradesi ile zilyed olan kimseye aslı zilyed denir. Fer'î zilyed ise, sınırlı bir aynî hakka veya şahsî hakka dayanarak zilyed olan kişidir. Şu halde modern doktrinde fer'î zilyed olarak kabul edilen rehinli alacaklı, Roma hukuku açısından başkası için zilyed durumundadır. Bu konuya ileride değineceğinden, bu kısa açıklamayı yapmakla yetiniyoruz.

⁶³ *Interdictum* 'un çoğulu *interdicta* 'dır. Özellikle zilyedliğin korunması için kullanılan, *praetor* 'ların ve eyalet valilerinin *imperium* 'larına dayanarak, hakim karar vermesine lüzum göstermeyecek bir şekilde, uyuşmazlık konusu bir işin yapılmasını yasaklamaları veya emretmeleri aracılığı ile geçici olarak halletmelerine yarayan hukukî himaye aracıdır. Normal dava usulüne oranla, uyuşmazlık çok daha çabuk bir şekilde halledilirdi. Tarafların ileri sürecekleri tüm sebepler incelenmeden karara bağlanırdı. Bu durumda istenirse, ayrıca şahsî dava açılarak, hakim kararına göre, *interdictum* hükmü değiştirilebilirdi. *Interdictum* 'lar ile, *ius civile* tarafından düzenlenmeyen bazı durumların himayesi sağlanmaktaydı (UMUR, Lügat, s. 57).

de, zilyedliği elde etmiş olmasının sebebi, *res*'in *possessio* 'yu geçirmeye uygun bir sebeple verilmiş olmasıydı⁶⁴.

Datio pignoris'de de, *precarium* gibi, rehinli alacaklı üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde, zilyed olma sıfatı ile, malikinki gibi bir konuma sahipti. Bununla birlikte rehin verene karşı da; ifa durumunda, *res*'i geri vermek zorundaydı. Ancak bu son durumda, rehin veren ve rehin alan arasındaki ilişki, borç ilişkisi olarak nitelendirilemezdi⁶⁵.

Precarium ve *datio pignoris*'i birbirinden ayıran tek nokta, usulî olarak korunmaları durumunda ortaya çıkmaktaydı. Nitekim *precarium*'a tanınan koruma, her iki boyutu ile, yani gerek üçüncü kişilere, gerek *precarium* verene karşı, *interdictum*'lar aracılığı ile gerçekleşirdi. Oysa, zilyedliğin devri ile gerçekleştirilen rehin öncelikli olarak *actio*'lar ile korunurdu. Ancak bu duruma karşılık olarak da La Pira, rehinden kaynaklanan davanın tüm klasik dönem boyunca *actio in factum* niteliğini koruduğundan yola çıkarak, rehin ilişkisinin ortaya çıkmasına sebep teşkil eden borcun ödenmesi durumunda, rehin verenin, önceleri *actio pigneraticia* ile değil, *interdictum*'lar ile korunmuş olduğunu söyler⁶⁶.

Bizim görüşümüz, Biscardi ve La Pira'nın aksine rehin aktinin bir aynî akit olduğu yönündedir.

Rehin, zilyedliğin devri ile gerçekleşmesine yönelik izler, cumhuriyet döneminin sonlarında görülmüştür. Bunun sebebi ancak bu dönemlerde *pignus datum*'a *praetor*'lar tarafından bir dava tanınmış olmasında yatmaktadır. Dolayısı ile bu durum bizi rehin ilişkisinin, daha önceki dönemlerde bulunmadığı sonucunu götürmekten çok, o zamana kadar hukukî bir korumadan yoksun bulunması olasılığını kanıtlar niteliktedir⁶⁷.

Rehin akti, alacaklı rehin alanın, bizzat kendi borçlusu tarafından veya üçüncü bir kişi tarafından, teminat olarak bir şeyin (*res*) zilyedliğinin kendisine geçirilmesi ile tamamlanan bir aynî akitti. Aktin kurulması için tarafların anlaşmaları yeterli olmamakta,

⁶⁴ LA PIRA, *Pignus*, s. 10-11.

⁶⁵ LA PIRA, *Pignus*, s. 11.

⁶⁶ LA PIRA, *Pignus*, s. 11.

⁶⁷ BISCARDI, *Le Garanzie Reali*, s. 162; BISCARDI, *Obligatio Rei*, s. 49.

aktin borç doğurur hale gelmesi ve tamamlanmış olması için *res*'in zilyedliğinin karşı tarafa geçirilmesi gerekmektedir. Rehin alan, aktin tamamlanması ile birlikte; rehinle teminat altına alınan alacağının sona ermesi durumunda, rehin konusu malı, rehin verene iade etme borcu altına girerdi.

Rehin akti, önceleri *interdictum* 'lar aracılığı ile himaye edildiği dönemlerde⁶⁸ bir akit niteliğine sahip olmasa da, en azından kendisine bir dava tanındığı dönemden itibaren, bir aynî akit olarak ele alınması gerekir⁶⁹. Rehin aktinden doğan davanın ilk olarak bir *actio in factum* olarak tanındığı doğruysa da, zamanla rehin aktinin biri *in ius concepta*⁷⁰, biri *in factum concepta* olmak üzere iki *formula*'sı olduğu gözükmekteydi⁷¹. Roma'da bu durum şaşırtıcı değildir. Nitekim bu özelliğe sahip olan başka akitler de mevcuttu. Bunlara örnek olarak âriyet⁷² ve vedia⁷³ akitleri gösterilebilir. Bu akitlerin de hukukî korumadan faydalanması önce *praetor* 'ların faaliyetlerine dayanan *actio in factum* 'un verilmesi ile gerçekleşmiş, daha sonraları *ius civile* tarafından akit (*contractus*) olarak kabul edilmeleri ile birlikte davaları da, iyiniyet davaları⁷⁴ grubuna giren *in ius concepta* olmuştu. Ancak eski *actio in factum concepta* 'larının da *formula*'sı saklanmaya devam etmişti. Bunun nedenin Roma hukukunda, yeni bir hukukî kurumun getirilmesi ile öncekinin ilga edilmesinin değil, ancak öncekinin yavaş yavaş uygulanmamaya başlayarak, hukuk hayatından çıkması söz konusu olması ile açıklanması mümkündür.

⁶⁸ **Di Marzo**, buna örnek olarak *interdictum de migrando* 'yu gösterir. Bu durumda kiracının kira bedeline teminat olarak, kiraladığı eve getirdiği eşyayı rehin olarak bağladığına dair ev sahibi ile anlaştığı durumda, kira bedelini ödemiş ve eşyalarını alıp evden çıkmak istediği zaman kendisine engel olunmuş ise, sadece *interdictum de migrando* 'yu, yani eşyalarının taşınmasına engel olamayacağı yönünde olan bu *interdictum* 'u ileri sürebilme imkanına sahipti. Sonraları, *actio pignoratitia* ile genel bir korunma sağlanmıştı. Böylece rehin ile teminat altına alınan alacağın sona ermesi durumunda, rehin konusu mal kendisine geri verilmemiş ise, borçlu bu davayı açarak rehin konusu malının zilyedliğinin kendisine verilmesini isterdi (**DI MARZO**, s. 420).

⁶⁹ Nitekim **Biscardi** de; teorik olmaktan öteye giden bir öneme sahip olmasa da, klasik sonrası dönemde rehinin aynî akit kategorisi içerisinde ele alındığını belirtir (**BISCARDI**, *Le Garanzie Reali*, s. 244).

⁷⁰ *In ius concepta* olan davalarda, *formula* 'nın *intentio* kısmında, *ius civile* tarafından tanınmış bir haktan bahsedilirdi (**UMUR**, *Lügat*, s. 15).

⁷¹ **RADO**, s. 87.

⁷² **RADO**, s. 77.

⁷³ **RADO**, s. 81.

⁷⁴ İyiniyet davaları (*iudicia bonae fidei* / *actiones bona fidei*), *formula* 'larının *intentio* kısmında "*ex bona fide*" yani iyiniyet göre kelimeleri bulunan şahsî davalardır. Bu durumda hakim, hakkâniyete göre karar verebilme, dolayısı ile, akitle birlikte yapılan *pactum* 'ları da dikkate alarak, geniş bir takdir imkanına sahip olabilmekteydi (**UMUR**, *Lügat*, s. 96).

III. Roma Hukukunda Rehin Aktinin Amaç ve Fonksiyonu

Rehin aktinin amacını, borç ilişkisinden yola çıkarak açıklamamız mümkün olacaktır.

Borç yani *obligatio*, *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde⁷⁵ *Fiorentinus* tarafından şu şekilde tanımlanmıştır:

“...*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*”

“Borç (*obligatio*) öyle bir hukukî zincirdir ki (*iuris vinculum*), onunla devletimiz hukukuna göre (*secundum nostrae civitatis iura*)⁷⁶, bir kimseye karşı bir şeyi çözmekle kaçınılmaz olarak bağlarız.”

Bu tanımdan yola çıkarak şöyle diyebiliriz. Borç yani “*ligare*” fiilinden türeyen *obligatio*, ancak hukukî zincirin yani “*iuris vinculum*’un” çözülmesi ile, yani borcun ifası için kullanılan ve bir bağın, bir düğümün çözülmesi anlamına gelen “*solvere*” ile, sona erecektir.

Bunun dışında bir diğer tanımda *Paulus*'un *Institutiones*'e dair 2. kitabından alınan *Digesta* metninde⁷⁷ verdiği ve borcun hukukî niteliğini, aynı haklarla kıyaslamak sureti ile yaptığı tanımdır:

“*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*”

“Borç ilişkilerinin özü bunların bize bir şey üzerinde bir mülkiyet veya irtifak hakkı temin etmelerinde değil, fakat bir kimseyi bize karşı bir şey vermeye veya yapmaya veya bir edayı ifaya mecbur edişlerinde görülür⁷⁸.”

⁷⁵ I. 3, 13 pr.

⁷⁶ *Secundum nostrae civitatis iura* kısmı, *interpolatio*'lar ile getirilmiştir. *Biscardi* bunun, Bizans tabii hukuk doktrinin etkisi ile *obligatio*'nun, tabii hukuktan doğan borçlar (*obligatio iuris naturalis*) şeklinde anlaşılan tabii borçları (*obligatio naturalis*) dışlamak amacı ile getirildiğini söylemektedir (*BISCARDI, Appunti*, 11 no'lu dipnot, s. 16).

⁷⁷ D. 44, 7, 3 pr.

Bu şekilde; borç bizi, bir mülkiyet hakkı ya da irtifak hakkı sahibi yapmayacak, ancak bir kimseyi, bizimle olan ilişkisinin sınırları içerisinde bir ifade bulunmaya- ki bu vermek (*dare*), yapmak (*facere*) veya ifa etmek (*praestare*) şeklinde olabilecektir-zorlayacaktır ve dolayısıyla bu ilişkiden sadece şahsî bir dava yani *actio in personam* ortaya çıkacaktır⁷⁹.

Her iki durumda da, borçlunun ifa etme ödevi ve sorumluluğu söz konusudur.

Borç ilişkisinde iki taraf vardır. Bunlardan biri alacaklı yani *creditor*, diğeri ise borçlu yani *debtor*'dur. Kelimelerin kökenine indiğimizde, borcun aktif süjesi olan *creditor*'un, "*credere*" yani inanmak fiilinden geldiği; buna karşılık pasif süje olan *debtor*'un, "*debere*" den yani sorumlu olmak fiilinden geldiğini görmekteyiz⁸⁰.

Ancak her ne kadar borçlunun borcunu ifası ve bundan dolayı sorumlu olması asılsa da, borcun ifa edilip edilmeyeceği her zaman bir risk taşıyacaktır. Bu durumda, alacaklının, alacağını elde edememe olasılığına karşılık, bir korumaya ihtiyaç duyması doğaldır. Bu sonucu gerçekleştirmek de teminat verilmesi ile mümkün olabilecektir.

Roma hukukunda önceleri borcun teminatı, kişinin kendisi olmakta idi. Yani garanti edilen borç karşısında, borçlu olan kişi yani *obligatus* veya borca garanti olarak verilen şey (*res obligata*) arasında herhangi bir fark yoktu⁸¹. Nitekim ancak, *nexum* muamelesinin⁸² ortadan kaldıran *lex Poetelia Papiria* (M.Ö. 326) ile, borç (*obligatio*), kişinin başkalarına karşı belirli bir davranışı göstermesini gerektiren hukukî zincir yani bir *iuris vinculum* görünümünü almıştır⁸³. Bu da borçlunun şahsı üzerinde baskıyı azaltmıştır. Rehnin doğuş sebebi de, alacaklı ile yapılan inançlı aktin aksine, ödenmeyen alacak için alacaklının tatmin edilmesini sağlayan bir araç olmak değildir. Borçlunun, borcunu

⁷⁸ Metnin çevirisi için bkz: RADO, s. 15.

⁷⁹ RADO, s. 14-15.

⁸⁰ RADO, s. 18.

⁸¹ Zaten önceleri şahıs üzerinde icranın mümkün olması ve sonraları da borçlunun ödenmeyen borcuna karşılık malvarlığının tamamının icraya konu olması, Roma hukukunda aynı teminatların, şahsî teminatlara oranla daha az tercih edilmesinin başlıca sebebidir (Belgin ERDOĞMUŞ, Roma Hukukunda Borcun Aynı Teminatına Genel Bakış, Prof. Dr. Ümit Y. Doğanay'a Armağan C. 1'den Ayrı Bası, İstanbul 1982, s. 256).

⁸² *Nexum* muamelesi, külçe ve terazi ile (*per aes et libram*) yapılan, ve borcuna karşılık, kişinin kendisini alacaklına teslim ettiği bir muameledir (UMUR, Lügat, s. 141).

⁸³ BISCARDI, Appunti, s. 18-19.

ödemesini sağlayacak psikolojik bir itici güç oluşturmaktır. Rehin ile amaçlanan; borçlunun, sahip olduğu şeyi rehinli alacaklıdan geri almak istiyorsa, borcunu ödemesinin gerekli olduğuna yönelik bir bilince onu itmektir⁸⁴.

Alacaklıya sağlanan hakkın niteliği bakımından zilyedliğin devri ile gerçekleşen rehin (*pignus datum*), önceleri bir aynî teminat sağlamaz. Nitekim aynî teminatın söz konusu olduğu durumlarda; alacaklı, aynî teminata konu olan mal üzerinde gerek malike, gerek üçüncü kişilere karşı *actio in rem* yani bir aynî dava ile koruyabileceği, kural olarak teminat verenin malvarlığı ile, içindeki belirli bir değer ile sorumlu olduğu bir aynî hak kazanacaktır⁸⁵. Oysa *pignus datum*'da, alacaklı borçluya karşı borç ilişkisinden doğan ve bu sebeple de *actio in personam* yani şahsî dava niteliğinde bir dava ileri sürebilir, üçüncü kişilere karşı karşı *actio in rem* ileri sürecektir olan kişi ise, rehin verendir. Rehin aktinde, rehin alan kişi başkası için zilyed olduğundan, üçüncü kişilere karşı sadece zilyedliğin korunmasına yarayan hukukî savunma mekanizmalarına başvurabilecektir⁸⁶. Rehin akti ile bir aynî hak doğduğunun kabulü, M.Ö 1. yüzyıl sonlarında, *pignus conventum* için kabul edilen *actio Serviana*'nın⁸⁷, kaybolan şeyin tazminine yönelik olarak *pignus datum*'un söz konusu olduğu durumlarda da kullanılabilmesi ile gerçekleşmiştir⁸⁸.

IV. Roma Hukukunda Rehin Aktinin Tarihsel Kökenleri

Rehin aktinin tarihsel kökenlerine yönelik yaptığımız araştırma, bize alacaklı ile yapılan inançlı aktin (*fiducia cum creditore*), rehin uygulanmaya başlamasından önce aynî teminat sağlanmak amacı ile kullanılmakta olduğunu göstermektedir. Bizim yapacağımız inceleme bu eski hukukî kurumu açıklamanın yanı sıra alacaklı ile yapılan inançlı aktin

⁸⁴ BISCARDI, Appunti, s. 148.

⁸⁵ ERDOĞMUŞ, Aynî Teminat, s. 256.

⁸⁶ Rehin aktinden (*pignus datum*) doğan davalara ileride etraflıca değineleceği için, burada sadece davaların ay-nî dava ya da şahsî dava olup olmadığını belirtmekle yetinmekteyiz.

⁸⁷ *Actio Serviana*, *interdictum Salvianum*'un genişlemesinden doğan aynî davadır. *Actio quasi Serviana* ile kapsamı daha da genişletilerek, rehin hakkının doğmasına sebep olmuştur (UMUR, Lügat, s. 12). Erdoğan, *actio Serviana*'nın rehin aktinde (*pignus datum*) de kaybedilmiş zilyedliğin tekrar elde edilmesi için açılabilceğini belirtmektedir (ERDOĞMUŞ, Aynî Teminat, s. 274).

⁸⁸ TALAMANCA, Istituzioni, s. 479-480.

uygulamasının ortadan kalkmasının nedenlerini ve ne gibi sebeplerin rehin aktinin doğmasına yol açtığını göstermek olacaktır.

Ancak rehin aktinin tarihsel kökenlerine değinirken, her ne kadar bizim kanaatimize göre *pignus datum*'un tarihsel kökeni olarak kabul edilemese de, kimi Roma hukukçularınca⁸⁹ ileri sürülen ve kanunî dava şekillerinden biri olan *legis actio per pignoris capionem*'e de değinmekte yarar görmekteyiz.

1. *Legis Actio Per Pignoris Capionem*

Legis actio'nun kelime anlamı kanunî davadır⁹⁰. *Gaius*, kanunî davalar hakkında *Institutiones*'inde bize bilgi vermektedir. Ünlü hukukçu, eskiler tarafından kullanılan davaların, kanunî dava adını aldıklarını belirtmekte ve bunun sebebinin ya *legis actio*'ların kanunlar tarafından yaratılmış olmalarından, ya da kanun terimleri üzerinden şekillendiklerinden, kanunlar gibi değiştirilemeyecek olmalarından kaynaklanabileceğini söylemektedir⁹¹.

Legis actio'ların bir çeşidi olan *legis actio per pignoris capionem* hakkında da, *Gaius* bize *Institutiones*'inde bilgi vermektedir⁹². Söz konusu kanunî dava, borcunu ödemeyen borçlunun mallarının bazılarının, belirli sözleri söyleyen alacaklı tarafından bizzat ele geçirilmesini sağlardı. Böylece, önceden mahkum olmasına gerek olmayan borçlunun el konulmuş olan mallarını ödemek için çaba sarf etmesi sağlandığı gibi

⁸⁹ BISCARDI, *Obligatio Rei*, s. 49 vd.

⁹⁰ *Lex*, yasa, nizam, kanun, hukuk, kanun teklifi, kanun tasarısı, şart, anlaşma, sözleşme anlamlarına gelir (KABAAĞAÇ / ALOVA, s. 343; CASTIGLIONI / MARIOTTI, s. 602). *Actio* ise dava, fiil, duruşma, eylem demektir. (KABAAĞAÇ / ALOVA, s. 6; CASTIGLIONI / MARIOTTI, s. 16). *Umur*, *actio*'nun o zamanlar, sonradan kazandığı “dava” anlamından farklı bir anlam taşıdığını belirtir. Yazar, *agere* fiilinden türeyen *actio*'nun maddi anlamının sürmek, öne itmek, bir yere sevk etmek anlamına geldiğini söyler. Kelimenin mecazî anlamının ise, belirli usuller dahilinde iş yapmak demek olduğunu ilave eder. *Umur*, bu açıklamalar ışığında, *actio*'nun manasının, “adalet huzurunda hakkını elde etmek için, muayyen usullere riayet ederek bir faaliyette bulunma” olması gerektiğine değinir. Böylece *legis actio*'daki *actio*'nun, “davanın hangi usul ve şekiller dahilinde sevk edileceğini gösteren yol” olarak tanımlanmasının, isabetli olduğu sonucuna varır (UMUR, Roma Hukuku, s. 229).

⁹¹ Gai. 4, 11

⁹² Gai. 4, 26-29

alacaklının elinde bulunan mallar borç için teminat teşkil ederdi⁹³. Bu dava şekline başvurulabilen haller, kaynaklarını ya örf ve âdetten⁹⁴ ya da kanundan⁹⁵ almaktaydı⁹⁶.

Biscardi⁹⁷, *pignus datum*'un en eski şekli olarak *pignoris capio*'dan bahsedebilmenin mümkün olduğunu söyler. Yazar bu sonuca şu şekilde varmaktadır: *Pignus datum*'un genel bir yaptırıma sahip olduğu zaman, cumhuriyet döneminin sonlarıdır. Rehin akti, bir *actio in factum* olan davası ile, hukukî korumadan faydalanır hale gelmiştir. Bu yüzden, eğer *pignus datum*'un amacından yola çıkarsak, her ne kadar farklı hukukî kurumlar da olsalar, *pignoris capio*'yu *pignus datum*'un ilkel bir şekli olarak kabul etmek mümkün olabilecektir. Nitekim *pignoris capio*, *manus iniectio*⁹⁸ gibi icraî işleve sahip bir kanunî dava değil; ama *sui generis* olan usulî bir şekildir⁹⁹. Bu durumda gerek *pignoris capio*, gerek *pignus*'un amacı; borcunu ödemeyen borçlu üzerinde, borcun ödenmesine yönelik psikolojik bir baskı kurmaktır. Daha önce de belirtildiği gibi, *pignus datum*'da da ilk etap, alacaklının tatmin edilmesi değildir.

Kanaatimce, *legis actio per pignoris capio*'nun benzer amaçlarla yola çıkmasından bahsedebilmek mümkün olsa dahi, *legis actio per pignoris capio*'ya başvurulmuş hallerin sınırlı ve belirli olmaları, aslen kamu hukuku alanına girmeleri¹⁰⁰, alacakla orantılı olarak, borçlunun mallarına el konulması¹⁰¹, belirli sözler söylenerek yapılmasınının gerekmesi yani

⁹³ UMUR, Roma Hukuku, s. 239.

⁹⁴ Gai. 4, 27

⁹⁵ Gai. 4, 28

⁹⁶ Gai. 4, 26

⁹⁷ BISCARDI, *Obligatio Rei*, s. 49 vd.

⁹⁸ *Manus iniectio*, icra usulüne ait en eski kanunî dava şeklidir. Daha çok para ile ilgili uyuşmazlıklarda uygulanır. Bazı durumlarda uygulanması için, mahkumiyet kararına gerek yoktur. Kararın infazı için 30 gün bekleyen davacı, *magistra* huzurunda, mahkum olduğu bedeli ödemediği için borçlusuna el koyduğunu beyan eder. *Magistra* kendisini haklı görürse, borçluyu alacaklısına teslim ederdi. Borçlu, mahkeme dışındaki safhada da borcunu ödemez ise, Tiber nehrinin ötesinde satılabılırdi (UMUR, Lügat, s. 112-113).

⁹⁹ Bu durum *Gaius*'un *Institutiones*'inde de belirtilmektedir. Gai. 4, 29'da *pignoris capio*'nun belirli sözler söylenerek yerine getirildiği söylenmekte ve çoğunluğun *pignoris capio*'yu bir *legis actio* olarak gördüğü belirtilmektedir. Buna karşılık azınlıkta kalanların, öncelikle *pignoris capio*'nun mahkeme dışında veya *praetor* önünde meydana gelmemesinden ve çoklukla uygulandığı sırada hasmın bulunmamasından yola çıkarak; *pignoris capio*'nun, bir *legis actio* olmadığını düşündükleri belirtilmektedir.

¹⁰⁰ UMUR, Roma Hukuku, s. 239.

¹⁰¹ Paolo FREZZA, *Le Garanzie Delle Obbligazioni*, Corso Di Diritto Romano, 2. Cilt, Padova, s. 82.

sözlü şekle uyulması, *pignus datum*'un ilk şeklinin bu kurumdan kaynaklandığını söylemek konusunda bir kesinlik arzettirmeye yeterli değildir.

2. Alacaklı ile Yapılan İnançlı Akit (*Fiducia Cum Creditore*)

Alacaklı ile yapılan inanca akit (*fiducia cum creditore*)¹⁰², teminat sağlamak amacı ile *res*'in mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio* devir muamelelerine bağlı bir inanca anlaşması (*pactum fiduciae*) ile karşı tarafa geçirilmesi ile meydana gelen, güvene dayanan bir hukukî muameleydi¹⁰³.

¹⁰² *Fiducia*, sadece teminat amacı ile kullanılmamaktaydı. Bunun dışında, malın saklanması ya da karşılıksız kullanılması gibi amaçlara da hizmet edebilmekteydi (*Fiducia*'nın çeşitli uygulama alanları hakkında bkz: Başak KARAMAN, *Fiducia Cum Creditore*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, İstanbul 2002, s. 334-335; Arzu OĞUZ, Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 41, Sayı: 1-4, Ankara 1991, s. 234-235).

¹⁰³ BISCARDI, *Appunti*, s. 25; BISCARDI, *Le Garanzie Reali*, s. 76; FREZZA, s. 4; BISCARDI, *Obligatio Rei*, s. 41; KARAMAN, s. 331; ERDOĞMUŞ, *Aynî Teminat*, s. 258-259; Roger J. GOEBEL, *Reconstructing The Roman Law Of Real Security*, *Tulane Law Review*, Cilt: 36, Louisiana 1961, s. 29-30; OĞUZ, *İnançlı İşlem*, s. 235; RADO, s. 88; ERDOĞMUŞ, *Borçlar Hukuku*, s. 58; TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, *Meseleler*, s. 95; UMUR, *Roma Hukuku*, s. 348; DI MARZO, s. 320, 409-410; KOSCHAKER, s. 176; ARANGIO-RUIZ, s. 307; BONFANTE, *Istituzioni*, s. 381; TALAMANCA, *Istituzioni*, s. 552-553; TALAMANCA, *Elementi*, s. 283; BIONDI, s. 471-472; PUGLIESE, s. 547-548; GUARINO, s. 859-860; SCAPINI, s. 262; MARRONE, s. 469; VOCI, s. 439-440; GIRARD, s. 532.

Modern hukuklarda inançlı muamele¹⁰⁴ olarak varlığını sürdüren *fiducia*'nın, kelime kökeni itimat etmek, güvenmek, inanmak anlamına gelen *fides*'e dayanmaktadır¹⁰⁵. Kaynaklarda, inanç anlaşması (*fiduciam contrahere*) ve inançlı akit (*fiducia contracta*) ifadeleri ile *fiducia* terimi ilk etapta hukukî muamele için kullanılmakta ise de, çok daha sık olarak inanç aktinin konusu olan *res*'i belirtmek için kullanılırdı. Örneğin, inançlı aktin konusunun verilmesi (*fiduciam dare*), inançlı aktin konusunun kabul edilmesi (*fiduciam accipere*), inançlı aktin konusunun satılması (*fiduciae vendere* veya *distrahere*), inanç aktinin konusunun gizlice alınıp götürülmesi (*fiduciam subripere*) gibi. Tüm bu örneklerde, *fiducia* terimi inançlı aktinin konusu verilen şeyi (*res fiduciae data*) veya inançlı aktin konusu olan şeyi (*res fiduciaria*) ifade etmek için kullanılmıştır¹⁰⁶.

Cicero öncesinde, inançlı akte yönelik önemli edebî kaynaklara rastlamamaktayız. Ancak *Cicero*'nun *fiducia*'ya yönelik metinleri, bize inançlı akit konusunda, kayda değer bilgiler vermektedir¹⁰⁷.

Bununla birlikte *Plautus*'un güldürü oyunlarında *fiducia* ve *pignus*'tan şaka yollu söz edilmektedir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ İnançlı muamelelerin tanımı, *Özsunay* tarafından şu şekilde yapılmıştır: “İnanan ile inanılan arasında gerçekleştirilen ve inananın teminat oluşturması amacı veya idare olunmak amacı ile malvarlığına dahil bir *res* veya hakkı inanılana inançlı olarak kazandırmasıyla meydana gelen hukukî muamelelere inançlı muameleler adı verilir.” (Ergun *ÖZSUNAY*, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 1968, s. 1). Pek tabiidir ki inançlı muameleler hakkında bizi asıl ilgilendiren, teminat amaçlı olarak yapılanıdır. Ancak belirtilmelidir ki, hukukumuzda bu kavramı doğrudan doğruya düzenleyen kanun metinleri olmamasına rağmen, yasaklanmamış olması dolayısıyla, Borçlar Kanunumuzun 19. maddesindeki genel kurala, yani “sözleşme serbestisine” dayanarak, inançlı işlemlerin düzenlenebileceği ve geçerli olacağı gerek uygulama gerek doktrin tarafından kabul edilmektedir. *Özsunay*, inaçlı muamelelerin, kanunkoyucu tarafından dolayısı ile düzenlendiğini söylemekte, buna örnek olarak da MK. m. 766'yı (EMK. m. 690) örnek göstermektedir. Yazara göre, madde metni *argumentum a contraria*, teminat amacı güden, ancak hükmen teslim sureti ile yapılmayan inançlı devirlerin muteber olduğuna bizi götürmektedir. Bir diğer örnek de İİK. m. 188'dir. *Özsunay*, bu madde ile, emre veya hamile yazılı senetlerin, tahsil ve karşılık oluşturmak amacı ile devredildiği durumlarda, inananın tanınan bir çıkarma hakkı ile inançlı devrin geçerliliğinin, dolayısı ile kabul edildiğini söyler (*ÖZSUNAY*, s. 80-83). İnançlı muamelelere yönelik mahkeme kararları için bkz: Eraslan *ÖZKAYA*, *Açıklamalı - İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları*, 3. Bası, Ankara 2004, s. 53-161.

¹⁰⁵ *RADO*, s. 89.

¹⁰⁶ *BISCARDI*, *Obligatio Rei*, s. 42.

¹⁰⁷ *Boezio*'nun *Cicero*'nun *Topica*'sına yönelik yorumlarında (*In Ciceronis Topica* 4, 10, 41) ve *Siviglialı Isidorus*'un *Originum sive ethymologiarum libri* (*Orig.* 5, 25, 23) adlı eserinde inançlı akte yönelik iki tane tanıma rastlamaktayız [*BISCARDI*, *Obligatio Rei*, s. 42; *BISCARDI*, *Appunti*, s. 20].

¹⁰⁸ *OĞUZ*, *İnançlı İşlem*, s. 234.

Hukukî kaynaklara ve *Iustinianus* öncesi derlemelere baktığımızda, *Gaius*'un *Institutiones*'inde, birkaç yerde inançlı akte rastlamaktayız¹⁰⁹. Bunun dışında *Paulus*'un *Sententiae*'sinde¹¹⁰ ve bazı klasik yazarların eserlerinde¹¹¹ ve İmparator *Theodosianus*'un emirnamesinde¹¹² inançlı akte yönelik hatırlatmalar vardır. Kimi cumhuriyet kanunlarında¹¹³ inançlı akte yönelik bilgiler bulunmakta ve *praetor*'lar tarafından oluşturulmuş olan daimî beyannamede (*Edictum perpetuum*¹¹⁴) inançlı akitten doğan davadan bahsedildiği görülmektedir¹¹⁵.

Üzerinde durulması gereken diğer kaynaklar da, özel çalışmalar sonucunda ortaya çıkmıştır ki bunlar: 1867 yılında bulunan *Formula Baetica* adı verilen, büyük olasılıkla M.Ö. 1. veya 2. yüzyıla ait olan bir inançlı akit modeli ya da *formula*'sı içeren bronz levhalar, 1887'de Pompei'de bulunan ve M.S 61 yılına ait olan inanç anlaşması ile bağlı *mancipatio* ile inançlı akti gösteren balmumu levhalar ve M.S 79'daki Vesuvio patlamasından öncesine ait, bize inançlı aktin teminat fonksiyonunun oldukça yaygın olarak kullanıldığını gösteren levhalardır¹¹⁶.

Iustinianus döneminde, artık *fiducia* görülmemekte ise de, bu kurumdan kalanlar, *Lenel*¹¹⁷'in çalışmaları ile bize gösterdiği üzere, oldukça fazladır. *Lenel*, inançlı akitten doğan davanın (*actio fiduciae*), vadiadan doğan dava (*actio depositi*) ve vekâlet aktinden doğan dava (*actio mandati*) arasında yer aldığı hakkında 16. yüzyılda ortaya atılan tezi kanıtlamıştır. *Lenel*, *Iustinianus*'un *Digesta*'sında, içeriklerinde herhangi bir değişikliğe

¹⁰⁹ Gai. 2, 59-60; 3, 201

¹¹⁰ *Paul. Sent.* 2, 12-13

¹¹¹ *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (10,2,2), *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* (6, 8) ve *Fragmenta Vaticana* (Fr. Vat. 94)

¹¹² C. Th. 15,14, 9; 2, 30, 2

¹¹³ *Fragmentum Atestinum pr., Tabula Heracleensis, Lex Iulia municipalis*, 1. 111

¹¹⁴ *E.P.* 3, 207

¹¹⁵ *BISCARDI, Obligatio Rei*, s. 43; *BISCARDI, Appunti*, s. 21-22.

¹¹⁶ *BISCARDI, Appunti*, s. 22-23.

¹¹⁷ *Otto Lenel*, Bavyera İlimler Akademisi'nin ödülü yarışmasına katılma amacıyla, *Tabula Baetica* ve Pompei'de bulunan levha gibi, epigrafik bulgular sonrasında, 1880'de *praetor* tarafından meydana getirilen daimî beyannamenin (*Edictum perpetuum*) yeniden oluşturulması için çalışmış ve *Digesta*'nın klasik devir hukukçularına ait beyanname şerhlerinden alınmış, dağınık bir biçimde bulunan paragrafları eski sırası ile bir araya toplamıştır [Hans PETER, *Roma Ve Pandekt Hukukunda Fiducia Ve Güvenli Kazandırıcı Hukukî Muameleler* (çev.: Özcan KARADENİZ), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21. Cilt, Sayı 1-4, Ankara 1964,s. 537].

gidilmeksizin alacaklı ile yapılan inançlı akitten (*fiducia cum creditore*) bahsedilen metinlerin, rehin; dostla yapılan inançlı akitten (*fiducia cum amico*)¹¹⁸ bahsedilen metinlerin de, vedia (*depositum*) ile değiştirilerek *interpolatio*'ya uğradıklarını göstermiştir¹¹⁹.

a) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Aktin Hukukî Niteliği ve Meydana Gelmesi

Alacaklı ile yapılan inançlı aktin oluşması için *res*'in mülkiyetinin karşı tarafa *in iure cessio* veya *mancipatio* ile devri gerekmektedir¹²⁰. Ancak söz konusu mülkiyeti devir muamelelerin yapılması yetmeyecek bununla birlikte bir inanç anlaşması yapılarak, mülkiyetin hangi amaçla devredildiğinin belirlenmesi şarttı. Nitekim inançlı akitle karşı tarafa devredilen şey üzerindeki mülkiyetin kesin olarak devredilmediği, yalnızca teminat amacıyla yapıldığı, bu nedenle de alacağın ödenmesi durumunda, inanılanın inançlı aktin konusunu teşkil eden şeyi (*res fiduciaria*), inanana geri vermekle yükümlü olduğu, bu inanç anlaşması (*pactum fiduciae*) ile belirlenirdi.

aa) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Aktin Hukukî Niteliği

İnançlı akit, bir aynî akit şeklinde oluşmakta ise de akit olma niteliği tartışmalıdır.

Bu tartışmanın en önemli nedeni *Gaius*'un şeyin verilmesi yani *datio rei* ile tamam hale gelen akitlerden bahsederken inançlı akte yer vermemiş olmasıdır.

Önceleri, mülkiyetin geçişine eklenen tarafların arasındaki anlaşmanın herhangi bir özerkliği bulunmasa da, sonraları, *mancipatio* ve *in iure cessio*'nun inanç sebebi (*fiduciae causa*) içerir hale gelmesi ve inanılanın hak ve borçlarının bir anlaşma ile buna eşlik etmesi sonucunda, hukukçular, bu anlaşmayı ve bağlı olduğu mülkiyetin geçişini ayırmışlar ve *Cicero* zamanından az önce, inançlı akte hukukî bir koruma sağlamışlardı¹²¹. Böylece esas

¹¹⁸ Dostla yapılan inançlı akit hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: OĞUZ, İnançlı İşlem, s. 236-237.

¹¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: BISCARDI, Appunti, s. 23-24.

¹²⁰ Mülkiyetle birlikte zilyedliğinde karşı tarafa geçmesi şart değildir.

¹²¹ ARANGIO-RUIZ, s. 308.

borçlu olan inanılana karşı olarak tanınan doğrudan bir davanın (*iudicium directum*) ve kimi durumlarda borçlu olan inanana karşı açılabilen bir karşı davanın (*iudicium contrarium*) bulunması nedeniyle; inançlı akti, kanaatimize göre, bir aynî akit olarak ele almak yerindedir.

Frezza¹²² ve **Koschaker**¹²³ de *fiducia*'yı bir aynî akit olarak kabul ederken, **Biscardi**¹²⁴, *sui generis* bir yapısı olduğunu savunmaktadır. **Di Marzo**¹²⁵ ise, *fiducia*'nın çok çeşitli amaçlarla yapıldığından bahsetmekte ve bu yüzden hiç bir zaman bir akit şekline girmediği ve giremeyeceğini söylemektedir. **Bonfante**¹²⁶, *fiducia*'nın meydana gelişi düşünüldüğünde onun aynî akitler arasında ele alınması gerektiğini söylemekte, hatta belki de aynî akit olarak ele alınmış olabileceğini belirtmekte ise de, *fiducia*'yı tanımlarken onun bir anlaşma, bir konvansiyon olduğunu belirtmiş, akit terimi kullanmamayı tercih etmiştir. **Oğuz**¹²⁷ da, *fiducia*'nın Roma sözleşmeler sisteminde yer almadığını belirtirken, bunun sebebinin *fiducia*'nın ikincil niteliğinden kaynaklanabileceğini söylemektedir. Yazar, inançlı muameleye bu ikincil olma niteliğinin verilmesinin sebebinin, daima asıl anlaşma olan devir anlaşmasına ek olarak yapılmasında bulur.

bb) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Aktin Oluşumu

Alacaklı ile yapılan inançlı aktin tamamlanması için sadece devir muamelesinin yapılması yetmemekte ayrıca bir inanç anlaşması ile tarafların hak ve borçlarının belirlenmesi gerekmektedir. Gerek inanç anlaşmasının, gerek de devir muamelesinin kendilerine has birtakım özellikleri bulunmaktaydı. Şimdi sırasıyla bunları incelemeye geçelim.

¹²² FREZZA, s. 12-13.

¹²³ KOSCHAKER, s. 206.

¹²⁴ BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 202.

¹²⁵ DI MARZO, s. 408.

¹²⁶ BONFANTE, Istituzioni, s. 381.

¹²⁷ OĞUZ, İnançlı İşlem, s. 233-234.

aaa) İnanç Anlaşması (*Pactum Fiduciae*)

İnanç anlaşması herhangi bir şekle tâbi olmayan¹²⁸, mülkiyetinin belirli bir şekile (*mancipatio* veya *in iure cessio*) uyularak inanılana devredildiği, içerdiği şartların gerçekleşmesi halinde ise inanılanın, inanana inanç konusu malın mülkiyetini devretme (*remancipatio* veya *ricedere in iure*) borcunu içeren bir anlaşmaydı. Daha açık bir ifade ile, inanç anlaşmasında, inanç aktinin tamam hale gelmesi için yapılan devir muamelesi hangisi ise, o devir muamelesinin tersinin yapılması öngörülmekteydi. Bununla birlikte, borcun ifa edilmemesi halinde, inanılanın, inanç aktinin konusu olarak verilen şeyden (*res fiduciae data*) alacağını tahsil etmesinin ne şekilde gerçekleşeceği de, inanç anlaşmasının içeriğinde bulunmak zorundaydı¹²⁹.

İnanılanın mülkiyeti devir borcu, verdiği sözden doğardı ve *fides*’ten kaynaklanırdı yoksa bir haktan değil. Nitekim, inanılan *fiducia*’nın tamam hale gelmesi ile, her ne kadar inanç konusu mal üzerindeki mülkiyeti tartışılabilir da¹³⁰, inanç konusu malın maliki olacaktı¹³¹. Bu durumda da, kural olarak inanç anlaşmasına aykırı olsa dahi; inanılanın, inanç konusu şey üzerindeki tüm tasarrufları, malikin tasarrufları gibi geçerliydi. Bu durumun sebebi inançlı aktin yapılması için gerekli olan inanç anlaşmasının sınırlamalarının aynı haklar alanında bir etkisinin olmaması, borçlar hukuku alanına yönelik olmasından kaynaklanmaktadır¹³².

Bu konuda tartışılan bir husus, inanç anlaşması ile devir muamelesi arasındaki ilişkidir. **Biscardi**¹³³, bu konuda doktrinde üç görüşün bulunduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilki *mancipatio*’da inanç anlaşmasının bütünü itibari ile yer alması gerektiğini söylemektedir. Bir diğer görüş ise, bunların birbirinden tamamı ile bağımsız olduklarını

¹²⁸ Peter, inanç anlaşmasının şekle tâbi olmasa da, çoğunlukla yazılı şekilde yapıldığını belirtir (PETER, s. 532).

¹²⁹ PETER, s. 532.

¹³⁰ İleride, bu konu üzerindeki tartışmalara değinileceğinden, burada sadece konu hakkında tartışmaların bulunduğunu belirtmekle yetinmekteyiz.

¹³¹ Guarino, inanılanın mülkiyetine yönelik olarak, onun görünürdeki malik, şekli malik olduğunu söylemektedir (GUARINO, s. 860).

¹³² PETER, s. 533.

¹³³ BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 91.

söyler. Üçüncü görüş ise, *mancipatio* 'da inanç sebebine yönelik basit bir atfı yeterli görmektedir.

İlk görüşün kabul edilmesi, *mancipatio* 'nun gerçekleşme şekli düşünüldüğünde oldukça zayıftır. Bunun sebebi *mancipatio* 'nun gerçekleşmesi sırasında kural olarak her iki tarafın da hazır olmasına rağmen, malı devreden tarafın susmasına karşılık malı devralanın konuşmasıydı. Dolayısı ile taraflar arasında diyalog gerçekleşmezdi. Frezza¹³⁴ ise ikinci görüşü benimsemektedir. Yazar, *mancipatio* ile inançlı aktin gerçekleştiği durumlarda “*fidi fuciae*” kelimelerinin yer almamasından hareket ederek bu kanıya varmaktadır. Oysa *Formula Baetica* 'da geçen ve *mancipatio* 'nun *fiducia* sebebi ile kabul edildiğini gösteren kelimeler¹³⁵, bize *mancipatio* 'nun gerçekleşmesi sırasında bunun inanç sebebi ile gerçekleştiğinin belirtildiğini düşündürmektedir ve dolayısı ile üçüncü görüşe katılmamız mümkündür.

bbb) Devir Muamelesi

Isidorus 'un *fiducia* 'dan bahsettiği metinde¹³⁶ inançlı aktin gerçekleşmesinin *mancipatio* veya *in iure cessio* devir muameleleri sayesinde olacağı (*gratia vel mancipatur vel in iure ceditur*) belirtilmektedir.

Devir muamelesinin *traditio*¹³⁷ şeklinde yapılabilmesi mümkün değildir¹³⁸. Nitekim, bu durum inançlı aktin uygulanmamaya başlaması ve *mancipatio* ile *in iure cessio* muamelelerinin ortadan kalkmasının aynı zamanlara denk gelmesi ile de kanıtlanmaktadır.

¹³⁴ FREZZA, s. 9.

¹³⁵ BISCARDI, *Le Garanzie Reali*, s. 93.

¹³⁶ *Isidorus. Origines* 5, 25, 23

¹³⁷ *Res nec mancipi* 'lerin *ius civile* mülkiyetini devretmek için kullanılan *traditio* (teslim) iki unsuru içermeliydi Bunlar, mülkiyeti devretmek niyeti (*animus tradendi*) ve mülkiyetin devrini haklı gösteren bir hukukî sebebin (*iusta causa traditionis*) bulunmasıydı. *Traditio* ile bir malın, devreden tarafından, devralana maddeten terk edilmesi söz konusuydu. *Iustinianus* hukukunda *res mancipi* - *res nec mancipi* ayırımı kalmadığından, bütün malların devri *traditio* ile yapılmaktaydı (UMUR, Lügat, s. 212).

¹³⁸ Goebel, bunun sebebinin inançlı akitten kaynaklanan davanın uygulanmasının, mülkiyetin *traditio* ile devredilmiş olduğu hallerde mümkün olmamasından kaynaklandığını söyler (GOEBEL, s. 34).

Hatta *in iure cessio* devir muamelesinin dahi, inançlı akitte sıklıkla kullanıldığından bahsetmemiz mümkün değildir. Bununla birlikte teoride *in iure cessio* devir muamelesi ile inançlı aktin konusunu oluşturan şeyin devredilmesinde herhangi bir sakınca yoktur. **Buckland**¹³⁹ bu durumu, *in iure cessio* 'nun en önemli uygulama alanının belirli şeylerin mülkiyetinin devredilmesinde değil, *mancipatio* ve *traditio* ile yapılamayan, hak ve yükümlülüklerin ve hak ve yükümlülük gruplarının devredilmesinde kullanılıyor olması ile açıklamaktadır.

Daha genel bir bakış açısı ile de, şu şekilde bir sonuca varmamız mümkün gözükabilir. *In iure cessio*, *magistra* önüne gitmeyi gerektirdiğinden¹⁴⁰, Roma vatandaşları arasında, *mancipatio* ile kıyaslandığında daha az tercih edilen bir devir muamelesiydi¹⁴¹. Dolayısı ile inançlı akitte de genel olarak *mancipatio* 'nun kullanılmasının bir sebebini de, buna dayandırabiliriz.

b) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Aktin Konusu

Kural olarak inançlı aktin konusunu gerek *res mancipi* 'lerin gerekse *res nec mancipi* 'lerin oluşturabildiğini söyleyebiliriz.

Bunun sebebi, ne *Gaius* 'un ne de *Isidorus* 'un, inançlı akitten bahsederken *res* 'in mülkiyetinin geçirilmesinden bahsetmiş olmaları, *res mancipi* - *res nec mancipi* şeklinde bir ayırma gitmemiş olmalarıdır.

Ancak, **Boezio** 'nun *mancipatio* devir muamelesi ile gerçekleştirilebilen her hangi bir şey (*res aliqua quae mancipatur*) diyerek yaptığı açıklama, bu duruma uyabilecek malların da sadece *res mancipi* 'lerle sınırlı olması şeklinde bir sonuca varmamızı gerektirebilir. Fakat yazarın burada yaptığı *Cicero* 'nun *Topica* 'sında yer alan bir kısmı¹⁴² açıklamaktan ibarettir. Dolayısı ile, yaptığı yorum inançlı akti genel olarak ve bütünüyle ele almaz. Bu yüzden de; kaynaklarda *res nec mancipi* 'lerin inançlı aktin konusunu

¹³⁹ M. A.W.W. BUCKLAND, Elementary Principles Of The Roman Private Law, Florida 1994, s. 98.

¹⁴⁰ Gai. 2, 25

¹⁴¹ ERDOĞMUŞ, Eşya Hukuku, s. 63.

¹⁴² In Ciceronis Topica 4, 10, 41

oluşturmasına yönelik sessiz kalınması; bizi, *fiducia*'nın uygulama alanına sadece ve sadece *res mancipi*'lerin girdiği sonucuna götürmez¹⁴³.

İnançlı aktin konusu teşkil ederek inanılana verilen *res*'in, aynı zamanda *ius civile*'ye göre mülkiyetinin kazanılabilir olması gerekirdi. Bu durum inançlı aktin, *mancipatio* veya *in iure cessio* devir muamelelerinin gerçekleşmesi ile meydana gelmesinden kaynaklanan bir sonuçtur.

Ancak, sormamız gereken bir diğer soru da, inançlı aktin konusu olarak verilen şeyin (*res fiduciae data*), inanana ait olmaması durumunda ya da zaten inanılanın mülkiyetinde olması olasılığında ne olacaktır.

İkinci olasılıkta, çözüm kolaydır. *Ulpianus*'un beyanname şerhinin 30. kitabından alınan *Digesta* metninde¹⁴⁴ bunun cevabını bulmak mümkündür. Söz konusu metninde *Ulpianus*; rehin, vedia, iğreti, satım akitlerinin kişinin kendi malı ile oluşturulamayacağını söylemektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, *Lenel*'in çalışmaları, bize bu kısmın *interpolatio* ile değiştirildiğini ve burada aslında rehlin (*pignus*) yerinde inançlı aktin (*fiducia*) bulunduğunu göstermektedir. Dolayısı ile, inanılanın, zaten inançlı akte konusunu teşkil eden *res*'in maliki olması durumunda, hukukî muamele geçersizdir¹⁴⁵.

İlk olasılığa gelince, Roma hukukunun, günümüze kadar gelmiş olan “kimse kendi hakkından fazlasını devredemez (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*)” kuralı burada da işleyecektir.

Ancak yapılan devrin geçersiz olmasının inanç anlaşmasına etkisi ne olacaktır? Bunun cevabını *Ulpianus*'un beyanname şerhinin 30. kitabından alınan *Digesta* metninde¹⁴⁶ buluruz. Söz konusu metindeki olayda, bir hırsızın çalınmış bir malı rehin olarak vermesi söz konusudur. Ancak metinde bahsi geçen kısım aslen inançlı akte aittir. Bizde metindeki rehni, inançlı akti olarak ele alıp, değerlendirmemizi buna göre yapmaya devam edeceğiz. Şu halde; hırsıza, kendisine ait olmayan bir malın devrini gerçekleştirmiş olsa dahi, semerelerin kendisinin olması konusunda bir hakkı olmamasına rağmen, bunlarla

¹⁴³ BISCARDI, *Le Garanzie Reali*, s. 95.

¹⁴⁴ D. 50, 17, 45 pr.

¹⁴⁵ BISCARDI, *Le Garanzie Reali*, s. 105-106.

¹⁴⁶ D. 13, 7, 22, 2

ilgili olarak inanılana karşı, dava açma hakkı verilmesi gerektiği söylenmektedir. Bu durumda hırsız, semereleri iktisap eden inanılan alacaklıya karşı, semerelere ilişkin olarak inançlı akitten doğan davayı (*actio fiduciae*) açabilecektir. Bu demektir ki, inançlı aktin konusu olan *res*, inananın mülkiyetinde olmasa dahi, kendisine inançlı akitten doğan davanın (*actio fiducia*) açılabilmesi hakkı tanınmıştır. O halde mülkiyetin geçirilmesinin geçerli olup olmaması ve inanç anlaşmasının geçerliliği birbirinden bağımsız olarak ele alınmış ve her ne kadar mülkiyetin geçmesi geçersiz ise de inançlı akit tamamlanmıştır. Bu nedenle, inançlı aktin borç doğuran etkisi, mülkiyetin devri geçersiz olsa dahi devam edecektir¹⁴⁷.

c) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Akitle Teminat Altına Alınan Alacağa Yönelik Problemler

Alacaklı ile yapılan inançlı akit, alacaklının, borçlusundan olan alacağının ödeneğine dair bir teminatının olmasını sağlamak amacı ile gerçekleştirilmektedir. Bunu belirttikten sonra, burada inançlı akitle teminat altına alınan alacağa yönelik olarak, gelecekteki bir alacak için inançlı aktin söz konusu olup olamayacağı ve alacağın belirli olması gerektiği konusunda bilgi vereceğiz.

İnançlı akit ile verilen teminatın, ileride doğacak bir alacak için söz konusu olup olamayacağına dair bir soru aklımıza gelebilir.

Bu konuya olumlu yaklaşmak gerekecektir. Nitekim *Tabula Baetica*'da¹⁴⁸ “...verdi, vermiş olacak (*dedit dederit*), inandı, inanmış olacak (*credit crediderit*), ...taşıdı, taşımış olacak (*tulit tulerit*), ...söz verdi, söz vermiş olacak (*promisit promiserit*), ...taahhüt etti, taahhüt etmiş olacak (*spondit sponderit*), ...emretti, emretmiş olacak (*iussit iusserit*)...” fiilleri; gerek geçmiş zamanda, gerekse gelecek geçmiş zamanda kullanılmaktadır.

Bir diğer konu da belirlilik ilkesidir. Nitekim inançlı akitle teminat altına alınan alacak belirli bir alacak olmak zorundadır. Bundan dolayı mevcut ve ileride doğacak bütün

¹⁴⁷ BISCARDI, *Le Garanzie Reali*, s. 106-107.

¹⁴⁸ *Tab. Baetica*, lin. 7-10.

alacaklara yönelik inançlı aktin yapılması pek tabii ki mümkün değildir. Alacak gelecekte doğabilir, ancak belirli bir alacak veya belirlenmiş alacaklar söz konusu olmalıdır¹⁴⁹.

d) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Akitten Doğan Haklar ve Borçlar

Alacaklı ile yapılan inançlı akit, eksik iki tarafa borç yükler. Bundan dolayı aktin bir tarafı, inançlı aktin tamamlanması ile daimi borçlu haline gelirken diğeri bazı durumlarda borçlu konumunda olacaktır. İnançlı aktin esas borçlu tarafını inanılan oluşturur. İnanan ise bazen borç altına giren taraftır.

İnanılan, borcun ödenmesi sonucunda, inanana inançlı aktin konusu olan ve aktin tamam hale gelmesi için kendisine verilen şeyin mülkiyetini; inançlı akit ile devraldığı aynı mülkiyeti devir işleminin tersini gerçekleştirerek inanana geri iade ederdi¹⁵⁰.

Tarafların borçları, yapılan inanç anlaşmasına göre belirlenirdi. Bir diğeri ifade ile, malın mülkiyetini devralan kişi olan inanılanın, inançlı aktin tamamlanması için kendisine verilen *res* üzerindeki egemenliğinin sınırlarını bu anlaşma çizirdi¹⁵¹. Bunu belirttikten sonra, sırasıyla önce inanılanın, daha sonra da inananın, alacaklı ile yapılan inançlı akitten (*fiducia cum creditore*) doğan hak ve borçlarını incelemeye geçebiliriz.

aa) İnanılanın Hak ve Borçları

Her şeyden önce inanılanın, inançlı aktin konusunu oluşturan *res* üzerinde mülkiyet hakkı doğardı. Nitekim alacaklı ile yapılan inançlı aktin tamamlanması ile aktin konusu şeyin mülkiyetine inanılan sahip olurdu.

Ancak romanist doktrinde mülkiyetin niteliği tartışmalıydı.

¹⁴⁹ FREZZA, s. 18.

¹⁵⁰ KOSCHAKER, s. 177.

¹⁵¹ OĞUZ, İnançlı İşlem, s. 233.

Bir görüşe göre¹⁵², inançlı akitle inanılana geçen mülkiyet kesin olmaktan uzaktı.

Diğer görüş ise mülkiyetin daimî nitelikte olmamasının her zaman için geçerli olmadığını söylemekteydi. **Biscardi**¹⁵³ inanan tarafın, borcunu ifa etmekle alacaklıyı tatmin etmiş olduğu durumda, inançlı aktin tamam olması için verilen *res*'in inanana geri dönmesi gerektiğinin açık olduğunu belirtir. Ancak alacaklı inanılanın, alacağını tahsil edemediği durumlarda, satış hakkının (*ius distrahendi* ya da *ius vendendi*) inançlı aktin asli bir unsuru olarak kabul edilmesine kadar, *mancipatio* veya *in iure cessio* ile kendisine devredilen malın kesin maliki olacağını söyler.

Koschaker¹⁵⁴ ve **Erdoğan**¹⁵⁵ da, **Biscardi** ile aynı görüşü savunmaktadırlar.

Bizim kanaatimiz inanılanın sahip olduğu mülkiyet hakkının kesin olmadığı yolundadır.

Daha önce de değindiğimiz gibi inanılanın, inançlı aktin konusu olan *res* üzerindeki mülkiyet hakkı, borcun ödenmesi durumunda, kendiliğinden inanılana geçmezdi. İnançlı akit hangi devir muamelesi gerçekleştirilerek yapılmış ise, onun tersi olan devir muamelesinin yapılması ile *res*'in mülkiyetine tekrar inanan sahip olurdu.

İnanan borcunu zamanında ödemiş ise, inanılan, inanç konusu *res*'in mülkiyetini geçirmesi gerekmekteydi, aksi takdirde inançlı akitten doğan dava ile sorumlu olacaktı. Bununla birlikte borç muaccel olduktan sonra dahi, inananın borcunu ödenmesi yine aynı sonucu gerçekleştirecekti. Bu durumda dahi inanan, inanç konusu *res*'in mülkiyetinin kendisine geçmesini isteme hakkına sahipti. İnanılan borç muaccel olduğu halde borcun ödenmemiş olduğunu dayanarak, inanç konusunu vermekten kaçınamaz, aksi takdirde inançlı akitten doğan dava ile sorumluluğuna gidilirdi.

Unutulmamalıdır ki, borç ödense dahi, mülkiyet hakkının geçirilmesine, inanılanın zorlanması inanç anlaşmasından kaynaklanacaktı. Dolayısı ile inanılan borcunu ödediği her

¹⁵² Ross **BARDER**, *Fiducia and Hypothec*, The Irish Jurist, 13.Cilt, 1. Bölüm, 1978, s. 192; **OĞUZ**, İnançlı İşlem, s. 235.

¹⁵³ **BISCARDI**, Le Garanzie Reali, s. 109; **BISCARDI**, *Obligatio Rei*, s. 46.

¹⁵⁴ **KOSCHAKER**, s. 177.

¹⁵⁵ **ERDOĞMUŞ**, Aynî Teminat, s. 260.

durumda, mülkiyeti geçirmez ise sadece inançlı akitten doğan dava ile sorumluydu, yoksa istihkak davası (*rei vindicatio*) ile değil¹⁵⁶.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, inanılanın satış hakkına (*ius distrahendi* ya da *ius vendendi*) sahip olup olmadığının incelenmesidir.

Bu durum cidden çelişkili gibi gözükmemektedir. Nitekim inanılan zaten maliktir ve bu yüzden de malı satmasına bir engel yoktur.

Ama burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur: İnanılan her ne kadar malik sıfatına sahip ise de, satış hakkı kendisine tanınmış olmadıkça, inançlı akitten doğan dava ile (*actio fiduciae*) inanana karşı sorumlu olmaya devam ederdi. Nitekim bir kimsenin satış hakkına sahip olması başka, satış yetkisine sahip olması başkadır. Zaten kaynaklar da bize, satış hakkının, inançlı akit açısından söz konusu olabildiğini göstermektedir¹⁵⁷. Ancak Devilla¹⁵⁸, inanılanın zaten mülkiyet hakkı sahibi olması ve zaten kendisine ait olan bir şeyi satmak için borçlunun rızasına ihtiyaç duymaması dolayısı ile, böyle bir anlaşmaya gerek olmadığını söylemektedir. Yazar, satıma ilişkin inanılan ve inanan arasında yapılan anlaşmanın ancak ve sadece satımın koşullarını belirlediğini ve bunun dışında herhangi bir işlevi olmadığını söylemektedir. Devilla, inançlı aktin konusu malın satımının engellenmesinin mümkün olmadığını ve zaten malik olan inanılana, inanana ihbar dışında herhangi bir borç yüklediğini belirtmektedir.

Ancak yazara katılmamız mümkün değildir. Gerçekten de, inanılan mülkiyet hakkına (*ius dominium*) dayanarak pek tabiidir ki malı satabilecek, satımın geçersizliği de söz konusu olmayacaktı. Ancak kendisine bu hak tanınmadığı halde malı satması durumunda, inanana karşı sorumlu olmadığı düşünülemez. Zira, hem inanç anlaşmasına

¹⁵⁶ ÖZSUNAY, s. 11.

¹⁵⁷ Pomponius'un *Sabinus* şerhinin 35. kitabından alınan *Digesta* metninde (D. 13, 7, 6 pr.) rehin konusu malın satılması konu edinilir. Söz konusu *Digesta* metninde her ne kadar rehinden (*pignus*) bahsedilse de, Lenel'in çalışmaları, burada söz konusu olan *pignus*'un aslen inançlı akit olduğunu ve *interpolatio* ile değiştirildiğini kanıtlamıştır (Metnin, *interpolatio*'ya uğramamış olduğu ve rehinden bahsettiğine yönelik aksi görüş için bkz: Bert NOORDRAVEN, Pomp., D. 13,7,6 pr.: Un Caso Di *Pignus*, *Bullettino Dell'Istituto Di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 3. Seri, 22. Cilt, Milano 1980, s. 248 vd.).

Klasik devrin sonlarında satış hakkı; rehin ilişkisinin öncesini oluşturan inançlı aktin, asli unsurlarından biri haline gelmişti (*Paul. Sent. 2, 13, 5*).

¹⁵⁸ Vittorio DEVILLA, *L'Ius Distrahendi Nella Fiducia E Nel Pegno*, *Miscellanea*. 5150, Sassari 1937, s. 14-15.

hem de *fides*'e aykırı hareket etmiştir. Kendisine karşı inançlı akitten doğan dava (*actio fiduciae*) açılabilir ve mahkum olması durumunda, *infamia*¹⁵⁹ söz konusu olacaktır¹⁶⁰.

Satıma yönelik bir diğer problem de, satış sonucunda elde edilen değer, inançlı akit ile teminat altına alınan alacaktan az ya da çok olması durumunda ne yapılması gerektiğidir.

Her ne kadar alacaklının, alacağından az olan bir değeri, inançlı akitle teminat altına alması olasılığı düşük gözükse de, böyle bir durum söz konusu olduğunda, şayet teminat altına alınan alacağın değeri, inançlı aktin konusu olan *res*'in satımı sonucunda elde edilen meblağ ile karşılanamıyorsa, aradaki bu miktarın (*reliquum*) ödenmesi inananın, inananın aynı zamanda borçlusu olması durumunda, istenebilecektir¹⁶¹.

Buna karşılık satımından, teminat altına alınan alacağı aşan bir değer (*superfluum*) elde edilmiş ise, o halde inanan, bunu inananından isteyebilecektir¹⁶². Hatta söz konusu bu değer (*superfluum*) üzerinden işleyen faizden de, inananın sorumlu tutulacaktır¹⁶³.

¹⁵⁹ *Infamia*, romalılar için son derece önem arzeder ve hak ehliyetini daraltan hallerin başlıcalarındandı. *Infamia* kelimesi, şerefsizlik anlamına gelirdi. *Infamis* olan kişiler; senato üyesi seçilemezler, önemli kamu hizmetlerine getirilmezlerdi. Haksız fiil davalarından veya kimi akitlerin davalarından mahkum olanlar, bazı meslekleri icra edenler, askerlikten kaçanlar *infamis* sayılırlardı (UMUR, Lügat, s. 86). *Gaius da Institutiones*'inde (Gai. 4, 182), *infamia*'ya yol açan davalar arasında, inançlı akitten doğan davadan da bahsetmektedir.

¹⁶⁰ PUGLIESE, s. 548.

¹⁶¹ GOEBEL, s. 35.

¹⁶² BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 121.

¹⁶³ D. 13, 7, 6, 1

*Lex commissoria*¹⁶⁴ ile ise taraflar, teminat konusu olan malın, borç ödenmediği takdirde, alacaklının malvarlığında kalacağını kararlaştırırlardı¹⁶⁵. Nitekim sonraları *lex commissoria*, borçlu açısından âdil sonuçlar doğurmadığı gerekçesi ile¹⁶⁶, İmparator *Constantinus* tarafından 320 yılında¹⁶⁷ bir emirname ile¹⁶⁸ yasaklanmıştı¹⁶⁹. Bu durum

¹⁶⁴ Ancak hemen belirtmemiz gerekir ki *lex commissoria* kaynaklarda iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri alım satıma bağlı olan ek anlaşma şeklinde yapılan *lex commissoria*'dır. Bununla alıcının, belirli bir süre içinde semeni ödememesi durumunda satıcıya, alım satım konusu malın geri dönmesi veya satıcının karşı tarafa teslim etme borcunu ortadan kaldırılması sağlanırdı. *Lex*, şart anlamına gelir. *Committtere* fiilinden türeyen *commissoria* ise olumsuz bir anlam içermektedir. Bu durumda *committtere* fiilinin yanlış bir iş yapmak, hata etmek şeklindeki anlamları kullanılmalıdır, yoksa biraraya getirmek, birleştirmek anlamları değil (*Committtere* fiilinin birleştirmek anlamında ele alınması gerektiğine yönelik olarak bkz: Havva KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, Roma Hukukunda *Lex Commissoria* Yasağının Kapsamı ve Bu Yasağın Uygulama Alanını Daraltan İşlemler, Prof. Dr. Aydın Aybaya'a Armağan, İstanbul 2004, s. 127; İlhan HELVACI, Türk Medeni Kanununa Göre *Lex Commissoria* (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997, s. 12-13).

Alım satımdaki *lex commissoria*'nın satıcı lehine koyulduğu açıktır. Nedeni ise, şart alıcı lehine konulmuş olsaydı, alıcı *actio empti* açabilir, ödediği semenin iadesini isteyebilir ve genelde satım konusu malı satıcıya geri verdiği takdirde malvarlığı dengesinin yeniden sağlanmasını talep edebilirdi. Şu halde, alım satımdaki *lex commissoria*'nın da bir teminat teşkil etme işlevi olduğu düşünülebilir. Biscardi, alım satımdaki *lex commissoria*'nın bundan önceki rehin ilişkisinden isteğe bağlı olarak dönülebilmesi şeklinde bir görünüm sergilediğinden bahsetmektedir. Her ne kadar modern romanist doktrin tarafından, aynı teminat konusunda *lex commissoria*'ya yönelik izlerin *Constantinus*'un yasağından sonra Roma hukuk kaynaklarında yok olmasına dayanarak, rehindeki *lex commissoria* ve alım satımdaki *lex commissoria*'nın birbirinden tamamı ile ayrı olduğu konusunda birleşmiş ise de, bizim de kannatımız Biscardi ile aynı yöndedir. Alım satım akti ve rehin aktinde uygulanan *lex commissoria* her ne kadar farklı sonuçlara sebep olsalar da, amaçları açısından benzerlik arz etmektedirler (Arnaldo BISCARDI, La "Lex Commissoria" Nel Sistema delle Garanzie Reali, Studi In Onore Di Emilio Betti, 2. Cilt, Miano 1962, s. 575-584).

¹⁶⁵ Biscardi, alım satımdaki *lex commissoria* ve ayı teminatlarda geçen *lex commissoria*'nın bir başka açıdan bağlantısının kaynağını, her ikisinin de belirli bir zamana kadar ödeme yapılmaması şartına bağlı olarak, etki kazanmasında görür (BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 154).

¹⁶⁶ Karagöz Çokyaşar; *lex commissoria*'nın yasaklanma sebebini, sonradan tekrarlanan emirname metinlerin-den yola çıkarak [*Iustinianus*'un emirnamesindeki, C. 8, 34 (35),3 *Imp. Constantinus A. ad Populum*], kimi hile ve desiselerin engellenmesi olduğunu belirtir. Yazara göre, yasağın ortaya çıkış sebebi *Constantinus* döneminde etkili olan ekonomik krizler ve tefecilerin hileleridir (Ayrıntılı bilgi için bkz: KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, *Lex Commissoria*, s. 132-133).

Cenderelli, *Constantinus*'un bu emirnamesinin borçluları rahatlatmaktan ilham alınarak ele alındığını söylemekle beraber, amacının farklı olduğunu belirtmektedir. Yazar, 320 yılında, Roma İmparatorluğunun yimi yıllık bir iç savaş ve anarşi döneminden çıktığından, bu sebeple, idari yapısının zayıflamış ve zaten uzun bir süredir krizde olan ekonomik durumunun daha da ağırlaştığından ve en çok zarar gören kesimin de halk olduğundan bahseder. Cenderelli emirnamenin çıkış sebebini; *Constantinus*'un kendi konumunu güçlendirmek, halkın sempatisini ve desteğini kazanmak için her türlü bedeli ödemeyi yapmaya hazır olmasının bir sonucu olduğu fikrindedir (Aldo CENDERELLI, Divieto Della "Lex Commissoria": Principio Generale O Regola Occasionale?, Atti Del Semminario Sulla Problematica Contrattuale In Diritto Romano, Cilt: 1, Milano 1987, s. 256-257).

¹⁶⁷ TALAMANCA, Istituzioni, s. 483. *Lex commissoria*'nın 326 yılında yasaklanmış olduğuna dair bakınız: RADO, s. 87; KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, *Lex Commissoria*, s. 132.

¹⁶⁸ C. Th. 3, 2, 1 *Imp. Constantinus A. Ad Populum*. :

çelişkili gibi gözükabilir. Bunun sebebi alacaklı inananın, zaten malik olmasında yatar. Bu nedenle *lex commissoria* ile amaçlananın; yani borç ödenmediği takdirde teminat altına alınan malın alacaklının mülkiyetinde kalmasının kararlaştırılmasının, ne gibi bir faydasının olabileceği düşünülebilir.

Erdoğan¹⁷⁰ da malın zaten alacaklının mülkiyetinde olmasından yola çıkarak, *lex commissoria*'nın yapılmasının gerekli olmadığını söylemektedir. Yazara göre, muacceliyet tarihinde, inanlı akitle teminat altına alınan esas borç ödenmez ise, borçlu zaten malı alacaklının elinden kurtarmak imkanına sahip olmayacaktır.

Ancak *lex commissoria*'nın inanlı akitte uygulama alanı bulduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır¹⁷¹. Bu görüşü savunanlar, alım satıma yönelik *lex commissoria*'yı düzenleyen *Digesta*'ya ait iki metnin¹⁷², inanlı akitteki *lex commissoria* ile karşılaştırma yapmak amacı ile ele alındığını savunmaktadırlar¹⁷³.

D. 18, 3, 2 (*Pomponius libro trigensimo quinto ad Sabinum*):

“Cum venditor fundi in lege ita caverit: ‘si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit’, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate

“Quoniam inter alias captiones praecipuae commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quid igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt.”

C. Th. 3, 2, 1:

“Diğer aldatmacalar (hileler) arasında *lex commissoria*’ların etkisi çoğaldığından, onun geçersiz kılınması ve önceki bütün etkilerinin kaldırılması kabul edilir. Eğer bir kimse, bu yüzden, bu tür bir akitle iş görür ise, bu yasakla öncekilerle birlikte hazırdakilerinin (etkilerinin) ortadan kalkmasına ve gelecektekilerinin (etkilerinin) yasaklanmasına katlanır. Alacaklıların mal elden çıkmış olsa bile, vermiş olduklarını geri almalarını emrediyoruz.” (Metin ve çevirisi için bkz: **KARAGÖZ ÇOKYAŞAR**, *Lex Commissoria*, s. 132).

¹⁶⁹ Günümüzde bu yasak, halen rehin hukuku alanında uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim Medeni Kanunumuzun 873. maddesinin ikinci fıkrası taşınmazlara yönelik olarak; 949. maddesi ise, taşınırlara yönelik olarak *lex commissoria* yasağını düzenlemektedir. Türk hukukunda ve bazı modern kanunlarda *lex commissoria* uygulamasına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz: **HELVACI**, s. 31 vd.

¹⁷⁰ **ERDOĞMUŞ**, *Aynî Teminat*, s. 261.

¹⁷¹ **BISCARDI**, *Le Garanzie Reali*, s. 141 vd.

¹⁷² D. 18, 3, 2; D. 18, 3, 3

¹⁷³ **BISCARDI**, *Le Garanzie Reali*, s. 144; **FREZZA**, s. 43.

emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.”

D. 18, 3, 2 (*Pomponius* 'un *Sabinus* 'a dair 35. kitabından):

“Bir arazinin satıcısı şu şartı koymuşsa: ‘belirli bir tarihe kadar semen ödenmez ise arazi satılmamış olsun’, eğer satıcı, onun satılmamış olmasını ister ise, arazinin satılmamış olduğu kabul edilir, zira bu satıcı lehine kabul edilmiştir: zira eğer başka bir şey kabul edilirse, satıştan sonra yanan evin alıcısı, hasarı kendisine ait olan bu araziye satılmamış hale getirebilirdi¹⁷⁴.”

Bu metindeki “belirli bir tarihe kadar semen ödenmez ise arazi satılmamış olsun (*si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*)” şartı, bir diğer ifade ile *lex commissoria*, taraflar arasında kararlaştırılan, satıcı lehine olan ve belirli bir müddet içinde semen ödenmediği takdirde, alım satım aktinin yok sayılacağını değil, fakat, satıcının, eğer isterse, satımı dikkate almayabileceğini söylemektedir.

Bilindiği gibi, kural, alım satım aktindeki hasarın, alıcıya ait olduğudur (*periculum emptoris est*). Bu yüzden de alıcı olan taraf için, şeyin yok olması gerçekleştiğine göre, semeni ödmeden borcundan kurtulmak oldukça kolay olacaktır. Ancak bu durum doğru olmayan bir sonuca götürdüğü için, metinde, gereksiz bir şekilde *lex commissoria* 'nın satıcı lehine konulmuş bir şart olduğunu belirtme yoluna gidilmiştir.

D. 18, 3, 3 (*Ulpianus libro trigensimo ad edictum*):

“*Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus.*”

D. 18, 3, 3 (*Ulpianus* 'un beyanname şerhinin 30. kitabından):

“Zira *commissoria* kaydı ki satışlara eklenir, eğer satıcı isterse seçilecektir, bunun yanı sıra onun isteğine karşı değil.”

¹⁷⁴ Metin ve çevirisi için bkz: KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, *Lex Commissoria*, 4 no'lu dipnot, s. 128.

Bizim kanaatimiz, yukarıda inanılanın mülkiyetine yönelik belirttiğimiz görüşe paralel olarak¹⁷⁵, şu şekildedir: Alacaklı ile olan inançlı akitle amaçlanan, alacaklının tatmin edilmesini sağlamaktır. Bu durumda da gerçekten *lex commissoria*'nın bir yararı olmadığı düşünülebilirdi, çünkü alacak ödenmediği takdirde inanılan zaten malik olarak kalmaya devam edecekti. Ancak zaman içerisinde, cumhuriyetin geç devirlerinden itibaren, alacaklı ile yapılan inançlı akit, rehlin ekonomik işlevini gerçekleştirme sebebi ile, örneğin satış hakkının inançlı aktin aslı unsuru haline gelmesi gibi, rehne benzer kurallara tâbi olmuştur¹⁷⁶. Nitekim satım üzerine tarafların anlaşması ve inanılana verilen satım hakkının *lex commissoria* ile bir şekilde bağlantılı bir çizgi izlediğini ileri sürmek mantığa uygundur¹⁷⁷. Bize göre de, bu değişim sürecinde *lex commissoria*'nın inançlı akitte uygulama alanı bulmaya başlamış olması mantıklıdır. Ancak *lex commissoria*'nın inançlı akit veya rehinde, ne kadar yaygın olarak uygulandığını klasik sonrası ve *Iustinianus* dönemindeki kaynaklara bakarak belirlemek, İmparator *Constantinus* ile *lex commissoria*'nın yasaklanması sebebi ile, zordur¹⁷⁸. Nitekim kaynakların bize sunduğu örnekler, aslen alım satımdaki *lex commissoria*'ya yönelik uygulamalardır¹⁷⁹.

Bu noktada *lex commissoria*'nın, inançlı akitte uygulama alanı bulsa dahi, bunun pratikte izlediği amacın ne olduğu bizi düşündürülebilir.

Bu duruma şöyle bir açıklık getirmemiz mümkündür. İnançlı akitte inanılanın, inançlı aktin konusunu teşkil eden şeyin iade edilmesine yönelik borcu, borç vadesinde

¹⁷⁵ **Biscardi**, *fiducia*'nın 'geçici' bir mülkiyet oluşturduğuna yönelik görüşün, *Sabinianus* mektebi ile bağlantılı olduğunu söylemektedir. Her ne kadar *Proculianus* mektebi tarafından aksi savunulsa da, *Sabinus*'ların görüşü üstün gelmiştir (BISCARDI, *Le Garanzie Reali*, s. 151-152).

¹⁷⁶ **PETER**, s. 532.

¹⁷⁷ **Frezza**; inançlı akitte *lex commissoria* bahsine girerken, satım anlaşması ile bağlantılı olan bir diğer uzlaşma şeklinin de *lex commissoria* olduğunu belirtir (FREZZA, s. 42).

¹⁷⁸ **Karagöz Çokyaşar**, *lex commissoria* yasağının uygulama alanına yönelik bize bilgi vermektedir. Yazara göre, *lex commissoria* yasağını daraltan sebepler -ki bunlar, rehinli malın borç ödenmediği takdirde, o tarihte belirlenecek bir bedel karşılığında rehinli alacaklıya satılacağına dair yapılan anlaşmalar; ifa makamına temlik, yani alacaklının rızası ile borçlunun borcun konusunun yerine başka bir şey temlik ederek borcundan kurtulması ki bu durumda rehinli mal rehinli alacaklıya teslim edilirdi ve *impetratio dominii* yani borç ödememiş ve rehin konusu mal satılmak istenmesine rağmen satılmamış olduğundan ki bu gerek alıcı bulunamamasından, gerek uygun bir fiyat alınmadığından dolayı gerçekleştirilebilirdi, rehinli alacaklı imparatorun veya onun yetkilendirdiği bir memurdan rehinli malın kendisine verilmesini isteyebilirdi- dolayısı ile Roma hukukunda uygulama alanı kısıtlıdır (KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, *Lex Commissoria*, s. 133 vd.).

¹⁷⁹ **BISCARDI**, *Lex Commissoria*, s. 589; **FREZZA**, s. 43.

ödenmese dahi, devam edecekti. Bu durumda, inanan, borcunu vadesinden sonra ödediğinde, borcunu daha sonra ödemiş olsa dahi, inançlı aktin konusu olan *res*'in geri verilmesini talep edebilecekti. Bu nedenle inançlı akitte uygulama alanı bulan *lex commissoria*, borç muaccel olduğu halde ödenmemiş ise, inanılanın malın mülkiyetini iade borcunun sona ereceğini belirtiyordu¹⁸⁰.

Bununla birlikte, inanan tarafın, *Paulus*'un *Sententiae*'sinde belirttiği gibi¹⁸¹, inançlı aktin konusunu, *lex commissoria* ile belirlenen zaman sona ermeden, üçüncü bir kişiye satıp ve alacaklı olan inanılanı tatmin etme imkanı da vardı¹⁸².

Ancak belirtmek gerekir ki, *lex commissoria*, borcun vadesinde ifa edilmemesinin sonucu olarak, inançlı aktin konusu olan *res*'in mülkiyetinin alacaklı tarafından kesin olarak kazanılmasını sağlayan tek yol değildi. Bir diğer olasılık da kelime anlamı mülkiyetin talep edilmesi demek olan *impetratio domini*¹⁸³ idi. Bu durum, büyük olasılıkla, zilyedliğin inananda kaldığı durumlarda söz konusu oluyordu. Nitekim, *impetratio domini*; *lex commissoria* üzerinde anlaşılmadığı zaman söz konusu olabileceği gibi, örneğin tarafların inançlı aktin konusu olan *res*'in borç ödenmediği takdirde satılacağına dair anlaşma (*pactum vendendi*) yapılmamış olduğu durumlarda da başvurulabilecek bir yoldu¹⁸⁴.

Konuya semereler yönünden yaklaşırsak, inanılanın, mülkiyet hakkına dayanarak gerek tabiî gerek hukukî semereleri iktisap ettiği muhakkaktır. Ancak inançlı aktin konusu *res*'in mülkiyetinin teminat amacı ile inanılanın elindedir ve bu durumda kendisi lehine sebepsiz zenginleşmenin ortaya çıkmasının engellenmesi için, elde ettiklerini alacağından indirmek durumundadır¹⁸⁵.

İnançlı aktin konusunun çalınması durumunda inanılan, hırsıza karşı bir ceza davası olan *actio furti*'yi ve bir tazminat davası olan *condictio ex causa furtiva*'yı yani hırsızlıktan kaynaklanan, sebepsiz zenginleşmeye dayanan davayı açabilecektir. Bu durumda hırsızın

¹⁸⁰ KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, *Lex Commissoria*, s. 130.

¹⁸¹ *Paul. Sent.* 2, 13, 3

¹⁸² FREZZA, s. 43.

¹⁸³ *Impetratio domini*'ye yönelik bilgi için bkz: 178 no'lu dipnot.

¹⁸⁴ FREZZA, s. 44.

¹⁸⁵ BISCARDI, *Le Garanzie Reali*, s. 158.

her iki davadan da mahkum olması sonucunda; her iki davadan da kazanılanlar, hırsızın bizzat inanan olması durumu dışında, teminat altına alınan alacaktan indirilecekti ¹⁸⁶.

Hırsızlık, inanılanın kusuru olmaksızın bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmiş ise, alacaklı olan inanılan, davada kazandığını inananın kendisine olan borcundan indirir, ancak artan bir miktar yani *superfluum* söz konusu olursa bunu kendinde tutardı. Fakat hırsızlığın meydana gelmesinde kusuru söz konusu ise, elde ettiklerinin tümünü, *superfluum* da dahil olmak üzere inana iade etmek durumundaydı ¹⁸⁷.

Şayet hırsız inananın kendisi ise, bu durumda, **Bicardi**¹⁸⁸ inanılanın iade borcunun tazminat davası ile elde ettiği miktarla sınırlı tutarken; **Frezza**¹⁸⁹ bu durumda inanılanın, hiç bir şekilde iade borcu doğmadığını söylemektedir.

Bizim kanaatimiz **Biscardi** ile aynı yöndedir. Zaten bu konumda, hukukî korunma ile yeterince donatılmış olan inanılanın, malvarlığında olması gerekenin çok üstünde bir artış meydana gelmesinin engellenmesi gerekir.

İnanılanın inançlı akit nedeni ile kendisine verilen *res* üzerindeki yetkileri, inanç anlaşmasından kaynaklanan ve *fides*'e göre belirlenen sınırlarla çevriliydi. Bu durumda, aksine anlaşma olmadıkça malı kullanamaz, semerelerinden faydalanamazdı.

İnanılan, inançlı akitle teminat altına alınan borç ifa edildiği takdirde, inançlı aktin konusu olan *res*'in mülkiyetini inana geri vermek zorundaydı. Kaynaklarda paranın ödenmesi ile ifanın gerçekleşmesi (*soluta pecunia*) şartından bahsedilmektedir. Ancak bu sadece ödeme ile borcun sona ermesi şeklinde değil, daha geniş olarak, borcu sona erdiren her türlü sebebi içine alacak şekilde anlaşılmalıdır¹⁹⁰.

İnanılan, inançlı aktin konusunun korunması ve iyileştirilmesi için birtakım masraflarda bulunmuş veya inançlı akit konusu *res* yüzünden zarara uğramış ise, inanılan

¹⁸⁶ **BISCARDI**, *Le Garanzie Reali*, s. 160-161.

¹⁸⁷ **FREZZA**, s. 49-50.

¹⁸⁸ **BISCARDI**, *Le Garanzie Reali*, s. 160.

¹⁸⁹ **FREZZA**, s. 50.

¹⁹⁰ **BISCARDI**, *Le Garanzie Reali*, s. 168.

asıl borcunu ödemiş olsa dahi, hapis hakkına (*ius retentionis*) dayanarak, *res*'i geri vermekten kaçınılabirdi¹⁹¹.

bb) İnananın Hak ve Borçları

İnananın sahip olduğu başlıca hak, inanca akit ile teminat altına alınan borcun ifası ya da diğer başka bir sebeple sona ermesi ile birlikte, inanca aktin konusu *res*'in mülkiyetinin inanan tarafından kendisine geri verilmesini isteyebilmektir. İnanılan bunu gerçekleştirmediği takdirde, inanca akitten doğan dava (*actio fiduciae*) ile sorumluydu.

İnanılanın, inanca aktin konusu *res*'i inananın geri verme borcu -şayet mülkiyet *mancipatio* ile kendisine geçirilmiş ise *remancipatio*, *in iure cessio* olarak geçirilmiş ise *ricedere in iure* ile- inanca akitle teminat altına alınan borcun sona erdiği her durumda (*ipso iure* yani kendiliğinden veya *ope exceptionis* def'i yolu ile) söz konusu olurdu. Bununla birlikte şayet taraflar, inanca aktin konusu *res*'in yerine bir başkasının geçeceğini kararlaştırırlarsa; inanan, ilk verdiği malın, ifadan bağımsız olarak geri verilmesini, inanca akitten doğan dava (*actio fiduciae*) ile isteyebilirdi¹⁹².

Ayrıca inanan tarafından gerçekleştirilen ifa, inanca akitle teminat altına alınan borcun bütününe yöneliktir. Kısmî ifa söz konusu olursa inananın, inanca aktin konusu *res*'i geri iade etme borcu söz konusu olmazdı. Bu durum düşünüldüğünde, inananın ölümü ve borcun birden fazla mirasçıya geçmesi söz konusu olursa ve bütün mirasçılar, bir kişi

¹⁹¹ Bunun dışındaki diğer savunma yolu da; asıl borç ifa edilmiş olup malın mülkiyetinin geri verilmesi istendiğinde ya da borcun ifa edilmemesi sonucunda *res*'in satılmış olup *superfluum* elde edilmiş olduğu durumlarda, bunun talep edilmesi için inanan tarafından kendisine açılan davada (*actio fiducia directa*), inananın denkleştirme talebinde bulunabilmesidir. Bu savunma yolları kullanılmadığı durumlarda pek tabii ki inananın karşı, inanca akitten doğan dava (*actio fiducia contraria*) ileri sürülebilirdi (BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 171-172).

¹⁹² *Africanus*'un sorularının 8. kitabından alınan *Digesta* metni (D. 23, 3, 50, 1) bize bu konuda bilgi vermekte-dir. *Africanus*, her ne kadar rehinden bahsetse de, örnek aslen inanca akte yöneliktir. Bu metindeki *interpolatio*, Lenel'in çalışmaları öncesinde de, Grandenwitz tarafından da savunulmuştur (BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 169-171). Olayda, bir kimse (falanca bir kimse), inanca akit sebebi ile, bir araziye garanti teşkil etmek amacı ile alacaklıya devretmiştir. Ancak sonra, alacaklı ile, teminat teşkil eden arazinin bir başka arazi ile ikâme edilmesi üzerine anlaşmışlardır. Anlaşmada kararlaştırılan arazi değişimi gerçekleştirilmiştir. Bu durumda, borçlu (falanca borçlu), borcunu ödemesi dahi, ilk olarak teminat göstermiş olduğu arazinin mülkiyetinin kendisine geri verilmesi için dava açabilecektir.

hariç olmak üzere kendilerine düşen borcu yerine getirseler dahi, artan kısım üzerinde, inançlı akit bir bütün olarak teminat teşkil etmeye devam ederdi¹⁹³.

Taraflar, inançlı aktin konusu *res*'in zilyedliğinin, inananda kalmasını kararlaştırabilirlerdi. Böylece, inanılan malik olarak kalmaya devam eder, ancak borçlu olan inanan malını kullanmak ve ondan yararlanmak olanağından yoksun kalmazdı. Ancak bu durum, genelde inaç anlaşmasında malın eski malikte kira veya *precarium*¹⁹⁴ olarak kalacağı belirtilmesi ile gerçekleştirilirdi. Aksi takdirde, malın zilyedliği kendisinde bulunduğu için dolaylı inanan, zamanaşımı ile iktisabın özel bir türü olan ve hukukî sebep (*iusta causa*) ve iyiniyeti (*bona fides*) gerektirmeyen *usureceptio*¹⁹⁵ yolu ile yeniden malik olabilirdi. Bu koşullarda, inanan zilyedlik sıfatına, kiracı olarak veya *precarium* alan olarak sahip olduğundan, zamanaşımı ile iktisap söz konusu olamazdı. Erdoğmuş¹⁹⁶, *usureceptio* 'daki zamanaşımı süresinin bir yıl olması nedeni ile, inançlı aktin genelde bir yıldan önce muaccel olan borçlar için tesis edildiği sonucuna varmaktadır.

İnanan, inanılana karşı, onun yaptığı gerekli ve faydalı masrafları ödemekle yükümlü olmakla beraber, ki bunları ödemediği takdirde kendisine karşı inançlı akitten doğan dava (*actio fiduciae contraria*) açılacaktır, herhangi bir anlaşmaya gerek duyulmaksızın, vergilerden de sorumlu idi¹⁹⁷.

¹⁹³ BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 168-169.

¹⁹⁴ *Precaium* 'un açıklaması için bkz: 58 no'lu dipnot.

¹⁹⁵ Oysa, *usucapio* ile zamanaşımın gerçekleşmesi için zilyedlik (*possessio*, yani malı elinde bulunduran kişinin bu malı, kendi malı gibi tutmak niyetinin bulunması unsuru), zaman (*tempus* unsuru ki bu süre kural olarak taşınır için üç, taşınmazlar için hazırlar arasında on, hazır olmayan arasında yirmi senedir), zamanaşımı ile iktisaba elverişli bir malın (*res habilis* malın zamanaşımı ile iktisaba elverişli bir mal olması unsuru, örnek vermek gerekirse, hukukî muameleye konu olmayan, ticari olmayan mallar yani *res extra commercium* bu unsura sahip değillerdi) söz konusu olması dışında, hukukî sebep (*iusta causa*, zilyedliğin hukukî bir esası olduğunu beyan eden, objektif bir şartı) ve iyiniyet (*bona fides* ki bu unsurun, zamanaşımı başlarken bulunuyor olması yeterliydi) gerekirdi (Gai. 2, 60.; Ayrıntılı bilgi için bkz: DI MARZO, s. 271-275).

¹⁹⁶ ERDOĞMUŞ, Aynı Teminat, s. 260.

¹⁹⁷ Vergilerin borçlu olan inananı yüklediğine dair *Digesta* metninde (D. 2, 14, 52, 2) her ne kadar rehinden bahsedilse de, metnin aslı inançlı akte yöneliktir. Metindeki *fiducia* kelimesi *interpolatio* 'lar aracılığı ile değiştirilmiş ve yerini *pignus* 'a bırakmıştır (FREZZA, s. 45).

e) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Akitten Doğan Davalar ve Sorumluluk

İlk zamanlarda *fiducia*, hukukî korumadan yoksundu. Dolayısı ile taraflar *fiducia*'dan doğan haklarını dava ile takip edemiyorlardı¹⁹⁸. Bu durumda, borç ifa edildiği takdirde inanç konusunun mülkiyetinin geri iade edilmesine yönelik inanılanın borcu, *fides*'e dayanmaktaydı¹⁹⁹.

Taraflara bu imkan; ancak cumhuriyetin geç dönemlerinde, M.Ö 2. yüzyılda *formula* usulünün²⁰⁰ devreye girmesi ile öncelikle *praetor*'lar tarafından bir *actio in factum* tanınması; ardından da *fides*'in, *ius civile* tarafından borç kaynağı olarak tanınması ile *fiducia*'ya iyiniyet davası verilmesi yoluyla sağlanmıştı²⁰¹.

Bu sebeptendir ki, inançlı aktin biri *in ius concepta*²⁰², diğeri *in factum concepta*²⁰³ olmak üzere iki tane *formula*'sı bulunmaktaydı²⁰⁴.

Kaynaklara²⁰⁵ baktığımızda inançlı aktin, iyiniyet davaları²⁰⁶ doğuran akitler arasında sayıldığını görmekteyiz.

¹⁹⁸ PETER, s. 534.

¹⁹⁹ BUCKLAND, s. 237.

²⁰⁰ *Formula* usulü, *legis actio*'lardan yani kanunî davalardan sonra ortaya çıkmış ve *lex Iulia* ile tek usul haline gelmiştir. *Lex Aebutia* ile (M.Ö 110 civarı) kanunî hale gelen *formula* usulüne göre, *magistra* taraflara aralarındaki ihtilafa uygun bir *formula* verirdi. *Formula*, hâkimin ismi ile başlar, sonraki *intentio* kısmında ise davacının iddiası belirtilirdi. *Condemnatio* adı verilen bölümde ise, hâkime *intentio*'daki iddia sabit olduğu takdirde, davalıyı mahkum etmesi; aksi takdirde beraat ettirmesi emri verilirdi (UMUR, Lügat, s. 75).

²⁰¹ ERDOĞMUŞ, Aynî Teminat, s. 262.

²⁰² *Actio in ius concepta* hakkındaki açıklama için bkz: 70 no'lu dipnot.

²⁰³ *Actio in factum concepta* hakkındaki açıklama için bkz: 60 no'lu dipnot.

²⁰⁴ BUCKLAND, s. 236, Ayrıca, bu konuda romanist doktrinindeki tartışmalar için bkz: BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 180 vd.

²⁰⁵ *Cic. De. off.* 3, 17, 70 ;Gai. 4. 62.

²⁰⁶ *Actiones bona fidei* hakkındaki açıklama için bkz: 74 no'lu dipnot

aa) İnançlı Akitten Doğan ve İnanılana Karşı Açılan Dava (*Actio Fiduciae Directa*)

Bu dava inançlı aktin unsurlarından olan inanç anlaşmasının ihlali durumunda; inanan tarafından, inanılana karşı açılacaktı.

İnançlı akit, eksik iki tarafa borç yükleyen bir aynî akitti. Zaten inançlı akte *iudicium contrarium* ve *iudicium directum* tanınmış olması da bu yüzdendi. Nitekim, bilindiği gibi, *iudicium directum*, eksik iki taraflı akitlerde, esas borçluya karşı açılan davalardı. Buna karşılık, bazen borçlu olan tarafa karşı açılan davalar ise, *iudicium contrarium* niteliğindedir. Şu halde, inançlı akitte asıl borçlu inanılan olduğuna göre, ki bu borç inançlı akitle teminat altına alınan borç sona erdiği takdirde inançlı aktin konusu *res*'in mülkiyetini devretmekti, ona karşı açılacak olan dava, *actio fiduciae directa*'ydı. Bu davanın bir iyiniyet davası olması dolayısıyla mahkumiyet, şerefsizlik (*infamia*)²⁰⁷ ile sonuçlanacaktı.

Sadece inançlı aktin konusu *res*'in mülkiyetinin inanılana geri verilmesi amacı ile değil, inanılanın diğer birtakım sorumlu olduğu hallerin ortaya çıktığı durumlarda da inançlı akitten doğan ve inanılana karşı olan bu dava açılabilirdi. Örneğin inanılanın malı satıp *superfluum* elde etmiş olması ve bunu inananı iade etmekten kaçınması, inançlı aktin konusu *res*'in bir başkasıyla ikâme edilmesinin karşılaştırılmasına dayanılarak bu işlemin gerçekleştirilmesi, ve alacağa teminat olarak gösterilen ilk *res*'in mülkiyetinin inananı geçirilmemesi durumunda söz konusu olduğu gibi.

bb) İnançlı Akitten Doğan ve İnanana Karşı Açılan Dava (*Actio Fiduciae Contraria*)

İnananın kimi zaman borç altına girmesi dolayısı ile kendisine karşı açılacak olan dava *actio fiduciae contraria*'ydı.

²⁰⁷ *Infamia* hakkındaki açıklama için bkz: 159 no'lu dipnot.

Bunu belirttikten sonra, inananın hangi durumlarda söz konusu dava ile sorumlu tutulabileceğine örnek vermemiz gerekir ise, bu pek tabii ki, yeri geldikçe değindiğimiz gibi, inanılanın birtakım gerekli ve faydalı masraflar yapmış olması ve bunların inanan tarafından kendisine ödenmemesi dolayısı ile sorumluluğunun söz konusu olması durumunda olabilirdi. Bunun dışında bir diğer olasılık inançlı aktin konusu *res* dolayısıyla inanılanın zarar görmesi ile gerçekleşebilirdi. Bu durumda da inananın sorumluluğuna gidilmesi gerekirdi.

Bunun gibi, satış hakkına dayanılarak inançlı aktin konusu *res* satılınca, *res*'in değeri inançlı akitle teminat altına alınan alacaktan az olursa, inanan bu miktar (*reliquum*) oranında borçlu olmaya devam ederdi. Böylece bunu ödememesi durumunda *actio fiduciae contraria* ile sorumlu olurdu. *Usureceptio*'nun engellenmesi için, inançlı aktin konusu *res*'in zilyedliğinin kira (*locatio conductio rei*) veya iğreti (*precarium*) akitlerine dayanılarak inananda kaldığı durumlarda da, *res fiduciae data*'nın geri verilmesi amacı ile bu davaya başvurulabilirdi²⁰⁸.

İnanılanın malı, inanç anlaşmasında belirtilen şekillere uygun olarak kullanması gerekirdi. Aksi takdirde *actio fiduciae contraria* ile sorumlu olacaktı. Bunun dışında inanılanın inançlı aktin konusu olan *res* üzerindeki kullanımına yönelik bir diğer sınır da *fides*'ti.

*Cicero*²⁰⁹, kendi dönemlerine ait *actio fiduciae*'nin çekirdeğini oluşturan kayıt da, "...kişiler arasında iyiniyetli ve hilesiz bir şekilde davranılması (*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*)..." gerektiğini belirtir. Bu durumda her iki tarafın da iyiniyet prensiplerinin gerektirdiği şekilde ve hilesiz bir şekilde davranmak zorunda olduğunu söylemek mümkündür²¹⁰.

İnanılan *Modestinus*²¹¹ zamanına kadar olan devirde, sadece kasttan (*dolus*) sorumluydu. Ancak bu sorumluluk daha sonraları, kusuru (*culpa*) da içine alacak şekilde

²⁰⁸ OĞUZ, İnançlı İşlem, s. 238.

²⁰⁹ *Cic. De off.* 3, 17, 70

²¹⁰ BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 164-165.

²¹¹ *Modestinus*, *Herennius* zamanının ünlü hukukçularındandır. *Ulpianus*'un öğrencisi ve klasik hukukçuların sonuncusudur (UMUR, Lügat, s. 137).

genişletilmiştir²¹². Nitekim, inançlı akitte²¹³ tıpkı âriyette²¹⁴ olduğu gibi, kimi zaman esas borçlunun, kimi zamansa her iki tarafın da menfaati söz konusu olabilmekteydi. Bu durumda, fayda menfaat prensibi (*utilitas*) gereğince, daha geniş bir sorumluluk ölçüsü ile donatılmalarına gerek duyulması da normaldir²¹⁵.

Cicero 'nun, *Modestinus* 'tan önce yaşadığını göz önünde bulundurarak, bizim varacağımız sonuç şu yönde olacaktır. Önceleri, inanılanın *fides* 'in sınırları içinde iyiniyetli ve hilesiz davranmış olması yeterliyken; sonraları, ihmal (*culpa*)²¹⁶ de dahil edilerek, inanılanın sorumluluk ölçüsü ağırlaştırılmıştır²¹⁷.

f) Alacaklı ile Yapılan İnançlı Aktin Uygulamasının Sona Ermesi

İnançlı akit, bağlı bulunduğu mülkiyeti devir muamelelerinden *mancipatio* ve *in iure cessio* 'nun ortadan kalkması ile kaybolmuştur²¹⁸. *Iustinianus* hukukunda artık *fiducia* 'dan bahsedilmemektedir²¹⁹. Nitekim *Corpus Iuris Civilis* 'in oluşturulması esnasında, klasik hukukçuların eserlerinde bulunan *fiducia* 'ya yönelik metinler, *interpolatio* 'ya uğrayarak, o zaman yürürlükte bulunan kurumlarla değiştirilmiştir.

²¹² BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 162.

²¹³ Nitekim, aktin yapılmasının asıl sebebi, inananın, inanılana olan borcun ifa edilmesine yönelik teminat oluşturmaktır. Ancak bu durumda da menfaat sadece inanılanın değildir. Bir diğer yönü ile, inananın menfaatine hizmet edebilecektir. Örneğin gelecekte doğacak bir alacağa yönelik teminat oluşturmak üzere yapılan inançlı akit, inananın kredi almasını kolaylaştırabilecektir.

²¹⁴ Âriyet aktinde menfaat, genelde âriyet alanındır. Ancak bunun istisnaları da söz konusu olabilir. Mesela müstakbel koca tarafından, geline yapılan âriyet akti söz konusu olduğunda (D. 13, 6, 5, 10), ki bunun amacı gelinin uygun bir şıklıkta ve zerafette eve gelebilmesidir, âriyet; sırf âriyet verenin menfaatine yönelik yapılmıştır. Bir başka örnekte âriyetin her iki tarafın da menfaatine hizmet etmesi ile ilgili olarak verilebilir. Ortak bir arkadaşına verilecek bir ziyafetin yükünü üstüne alan kimseye, gümüş takımların ödünç verilmesinde (D. 13, 6, 18 pr.) âriyet her iki tarafında menfaatine hizmet edebilirdi (DI MARZO, s. 415).

²¹⁵ BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 162.

²¹⁶ Oğuz, hafif ihmalin (*culpa levis*) de sorumluluğun kapsamında olduğunu belirtir (OĞUZ, İnançlı İşlem, s. 238).

²¹⁷ Zilyedliğin inanılana bulunduğu durumlarda, kendisinin inançlı aktin konusu olan *res* 'i geri verememesi durumunda nezaret yani *custodia* ile sorumlu olup olmadığı meselesi hala tartışılmaktadır (BARDER, s. 193).

²¹⁸ PETER, s. 536.

²¹⁹ BONFANTE, Istituzioni, s. 381.

Interpolatio 'ların en sık uygulandığı hukukî kurum rehin ve ipoteki. Bunun sebebi her ikisinin de aynı amaca hizmet etmeleri, teminat işlevleri ile açıklanabilir²²⁰.

Genel bir değerlendirme yaptığımızda, borçlu inanan açısından, inançlı aktin çok da elverişli neticeler ortaya çıkarmadığı bir gerçektir. Her şeyden önce, inanan, borcunun teminatına karşılık, malının mülkiyetini inanılana geçirmekte idi. Mülkiyet hakkını devrettiği inançlı aktin konusu olan *res*'in, borç ifa edildiği halde geri verilmemesi durumunda, ancak inanılana karşı açabileceği şahsî bir davası vardı. Oysa inanılan, malik sıfatını elinde bulundurduğu için; malı başkasına devredebilir, inanılanın alacaklıları, inançlı aktin konusu olarak verilen *res*'i *bonorum venditio*²²¹ yolu ile satabilir²²²; kısacası inanılan mülkiyet hakkına dayanarak her türlü tasarrufta bulunabilirdi. Bu durumlar söz konusu olduğunda inananın, malı iktisap eden üçüncü kişilere yönelik talep hakkı söz konusu olmazdı. Nitekim inançlı akit inanılana *res*'in mülkiyetinin devri ile tamam hale geldiğinden inanan artık malik değildi. Bu durumdan kaynaklanan bir diğer sonuç da, inançlı aktin konusu olan *res*'in maliki olmadığı gerekçesi ile, malı diğer borçları için teminat olarak gösterme imkanından yoksun olmasıydı. Ayrıca zilyedliğin kendisinde kalmadığı durumlarda, maldan faydalanması da söz konusu olmayacaktı.

Ayrıca uygulanma alanı şekilci mülkiyeti devir muameleleri olan *mancipatio* ve *in iure cessio* düşünüldüğünde oldukça kısıtlıydı. Nitekim bu muameleler Roma vatandaşı olanlar tarafından gerçekleştirilebiliyordu²²³. Ayrıca *in iure cessio*, *magistra* önüne gitmeyi gerektirdiğinden genel olarak tercih edilmeyen bir mülkiyeti devir muamelesiydi. Bu kısıtlamalar, bir yönü ile de aktin konusunu da etkilemekteydi. Her ne kadar *in iure cessio* 'nun inançlı akitte kullanılmasının mümkün olması dolayısıyla *res nec mancipi* 'lerin de inançlı aktin konusu olabildiğini kabul etsek de, inançlı akitte genel olarak uygulanan devir işleminin *mancipatio* olması, aktin genel uygulamasının *res mancipi* 'lerden ibaret olduğunu düşündürebilmektedir.

²²⁰ DI MARZO, s. 411; RADO, s. 90; ERDOĞMUŞ, Aynî Teminat, s. 262-263.

²²¹ *Bonorum venditio*, *praetor* tarafından getirilmiştir. Aciz halindeki borçlunun malları üzerinde uygulanan icra usulüdür (UMUR, Lügat, s. 31).

²²² RADO, s. 90.

²²³ En azından *ius civile* mülkiyetinin devrini düşündüğümüzde, durum böyleydi. Hatta daha da ileri giderek, bir diğer kısıtlamayı da bu şekilci devir muamelelerinin sadece hazırlar arasında yapılmasının mümkün olduğundan yola çıkarak belirleyebiliriz.

Barder²²⁴, aktin inanılan açısından da birtakım sakıncaları olduğuna değinmektedir. Bu duruma örnek olarak da borçlunun temerrüde düşmesinden sonra dahi, inanılanın kesin bir mülkiyete sahip olmamasını gösterir. İnanılan, inançlı aktin konusu olan *res*'i, borcun ödemesi olasılığına karşılık, borçluya vermek üzere elinde tutmalıdır.

Bu olumsuzluklar düşünülerek, *praetor*'lar tarafından, alacaklı ile yapılan inançlı aktin sakıncalarını giderecek yeni bir akit yaratılmıştır ki konumuzun aslını teşkil eden söz konusu akit, rehin akti (*pignus datum / datio pignoris*) dir.

V. Roma Hukukunda Rehin Aktinin Oluşumu

Borç ilişkisi oluşurken, alacaklı, elbette ki borçlusunun sahip olduğu özellikleri dikkate alacaktır. Daha doğru bir ifade ile, borçlunun malvarlığı, çalışma gücü, dürüstlüğü gibi birtakım özellikleri; alacaklının “o borçlu” ile ilişkiye girmesinde etkili olacaktır. Ancak rehin aktinin amacını açıklarken değindiğimiz gibi, borçlunun borcunu ifa edip etmeyeceği her zaman için bir risk taşıyabilir. Alacaklı bu riskini rehin akti aracılığı ile gidermeyi seçebilir ve *pignus datum*, aslında mevcut bir borç ilişkisinden kaynaklanan borcun teminatını sağlamak için kurulurdu.

Rehin akti, bir aynî akit olması dolayısıyla, aktin tamamlanması için iki unsurun gerçekleşmesini gerektirirdi. Bunlardan ilki tarafların iradelerinin uyuşması yani *consensus*, diğeri ise, rehin konusu malın zilyedliğinin devriydi. Bundan yola çıkarak, tüm âyni akitler için söz konusu olan özelliğe rehin aktinin de sahip olduğunu görüyoruz ki bu tarafların anlaşmasının aktin tamamlanması için yetmediği, ayrıca *res*'e -ki rehin aktinde bu zilyedliğin devri olarak anlaşılmalıdır-de ihtiyaç olduğudur. Ancak zilyedliğin karşı tarafa geçirilmesiyle ki, rehin akti borç doğurur hale gelecektir.

²²⁴ BARDER, s. 192.

1. Tarafların Anlaşması (*Consensus*)

Consensus 'un anlamı tarafların iradelerinin uyuşmasıdır. Rızai akitlerin oluşmaları için *consensus* yeterliydi. Bunun dışında herhangi bir şeyin yapılmasına, bir şeyin verilmesine ya da bir şeyle uyulmasına gerek yoktu. Ancak rehin aktinde, tarafların rehin aktinin yapılması konusunda anlaşmaları yetmeyecektir. Taraflar, yani rehin alan ve rehin veren (rehin veren bizzat borçlu olabileceği gibi bir üçüncü şahıs da olabilir) aralarında rehin konusu mal ve bu malın zilyedliğinin alacaklı rehin alana geçirileceği, rehnin hangi alacağı teminat altına almak için kurulduğu, rehin konusu malın teminat teşkil ettiği borcun ifası veya diğer başka bir sebeple sona ermesi durumunda rehin konusu malın rehin verene iade edileceği üzerinde anlaşmış olababilirlerdi. Ancak bu anlaşma, rehin aktinin yapılmasına yönelik bir ön anlaşma olmaktan öteye gidemezdi. Aktin kurulması için elbette ki, tarafların iradelerinin uyuşması gerekecekti. Ancak bu yeterli olmazdı. Anlaşmanın borç doğurması için, bir şeye daha ihtiyaç vardır ki bu *res*'in zilyedliğinin geçirilmesiydi. Böylece akit tamam hale gelecekti. Ancak unutulmamalıdır ki, ileride görüleceği üzere, sadece tarafların anlaşmasının yeterli olduğu, yani *conventio* ile tamam hale gelen eşya hukuku anlamında rehnin kurulması için, *res*'in zilyedliğinin geçirilmesine, bir *traditio possessionis*'e ihtiyaç yoktu. *Conventio pignoris* olarak bilinen rehin anlaşması ile, rehin verenin rehinli mal üzerinde rehin hakkının kurulması mümkündür. Rehin anlaşması; *in rem* etkileri ile yani aynı etkileri ile rehin hakkının ortaya çıkmasını, zilyedliğin devrine gerek göstermeden, sağlardı.

D. 13, 7, 1 pr. (*Ulpianus libro quadragesimo ad Sabinum*):

“*Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est...*”

D. 13, 7, 1 pr. (*Ulpianus* 'un *Sabinus* şerhinin 40. kitabından):

“Rehin sadece *traditio* ile değil, fakat aynı zamanda yalnız *conventio* ile, *traditio* olmasa bile, aktedilir...”

Frezza²²⁵, *Digesta*'yı derleyenlerin, bu metni “*de pigneraticia actione vel contra* (akitle meydana gelen rehinden doğan davalara dair)” başlığı altında incelemelerinin sebepsiz olmadığını belirtir. Yazara göre, derleyicilerin *Ulpianus*'un *Digesta*'ya alınan bu metni ile, rehnin sözleşmesel alanda ikili oluşumundan bizi haberdar etmek istedikleri açıktır ki bu oluşumlardan ilki bir aynı akit şeklinde meydana gelen *datio pignoris* ve rızaî anlaşma şeklinde oluşan ve aynı etkiler yaratan rehin anlaşması yani *conventio pignoris*'tir.

2. Zilyedliğin Devri (*Traditio Possessionis*)

Zilyedlik, *res* üzerindeki fiilî hakimiyettir²²⁶. *Paulus*'un beyanname şerhinin 54. kitabından alınan *Digesta* metninde²²⁷, ünlü hukukçunun ifade ettiği gibi, zilyedliğin iktisabı için fiilî hakimiyet ve irade (*corpus* ve *animus*) unsurları birlikte bulunmalıydı. Sadece *res* üzerinde fiilî hakimiyetin bulunması veya sadece iradenin bulunması zilyedliğin kazanılması için yetmezdi.

Teslim yani *traditio*²²⁸ ise zilyedliğin devren iktisabını sağlardı. Ancak, burada bahsettiğimiz *traditio*, malın karşı tarafa teslimini ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu durumu belirtmemizin sebebi, *traditio*'nun Roma hukukunda mülkiyetin devrine yarayan bir hukukî muamele olarak da ele alınması dolayısıyladır. Ancak her teslim (*traditio*) mülkiyeti nakletmezdi. Nitekim rehin aktinin tamamlanması için gerekli olan, zilyedliğin karşı tarafa geçirildiği *traditio possessionis*'ti²²⁹.

²²⁵ FREZZA, s. 93.

²²⁶ KOSCHAKER, s. 121.

²²⁷ D. 42, 2, 3, 1

²²⁸ *Traditio* kelimesi *trans* ve *do* kelimelerinin birleşmesinden oluşmaktadır. *Trans*, nakletmek, karşıya vermek demektir, *do* ise *dare* fiilinden gelir ve vermek anlamını içerir (*Tradere* fiilinin anlamı ve değişkenliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Havva KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, Roma Hukunda *Traditio*'nun (Teslim) Tarihsel Gelişimi ve *Constitutum Possessorium* (Zilyedlik Anlaşması), İstanbul 2001, s. 7 vd.).

²²⁹ Kısa elden teslimin söz konusu olduğu durumlarda, o ana kadar zilyed olan kimse, zaten malı, başka bir hukukî sebebe dayanarak elinde bulunduruyorsa -vedia, âriyet, kira örneklerinde söz konusu olabileceği gibi- malı geri verip tekrar almaya gerek kalmadan, tarafların anlaşması ile zilyedliği iktisap ederdi (*Brevi manu traditio* için bkz: ERDOĞMUŞ, Eşya Hukuku, s. 25-26).

Rehin aktinin oluşması için de, bizzat borçlu veya bir üçüncü kişi tarafından rehin aktine konu olan malın zilyedliğinin devredilmesi yani *traditio possessionis*'in gerçekleşmesi gerekirdi. Böylece rehinli alacaklı rehin konusu malın zilyedi olur ve akit tamamlanmış olarak borç doğurur hale gelirdi.

D. 13, 7, 9, 2 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*):

“Proprie pignus dicimus, quod ad creditonem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditonem”

D. 13, 7, 9, 2 (*Ulpianus* 'un beyanname şerhinin 28. kitabından):

“Özellikle, alacaklıya (zilyedlik) geçtiğinde rehin, alacaklıya zilyedlik dahi geçmezse ipotek deriz.”

Böylece rehin aktinin kurulması ile rehinli alacaklının, bir başkasına ait mal üzerinde, borcun teminatına karşılık olmak üzere zilyedlik elde etmesi söz konusu olmaktaydı.

VI. Rehin Aktinin Tarafları

Rehin aktinde iki taraf bulunurdu. Bunlardan biri rehin alan, diğeri ise rehin verendi.

Rehin alan belirli bir borcuna teminat teşkil etmek üzere, rehin verenden bir malın zilyedliğini devralacak, rehinle teminat altına alınan borcun sona ermesi durumunda, rehine konu olan malı, rehin verene iade edecekti.

Rehin veren ise, rehin alanın rehinle teminat altına alınan alacağının bizzat borçlusu olabileceği gibi, bir üçüncü kişi de olabilirdi. Bu ikinci durumda rehin veren, rehin alanın teminat altına alınmasını istediği borcun bizzat borçlusu değildi, ancak borçlu lehine, rehine konu olacak malın zilyedliğini rehin alana geçiren taraftı.

1. Rehin Alan

Rehin aktinin esas borçlusu olan taraf rehin alandı²³⁰. Nitekim aktin kurulması ile, teminat altına alınan borcun ifası durumunda, rehin konusu malın zilyedliğini, karşı tarafa iade etme borcundadır. Rehin akti, sadece *interdictum* 'lar ile korunabilen zilyedliğin (*possessio ad interdicta*) geçirilmesi ile tamamlanmış olacağından, aktin kurulması ile, rehin alan rehin konusu malın zilyedliğine sahip olacaktı. Ancak rehin alanın zilyedliği birtakım özellikler gösterirdi.

Zilyedlik için iki unsura ihtiyaç vardı. Bunlar zilyedlik iradesi ve zilyed konusu *res*'in fiilen elde bulundurulmasıydı. Dolayısı ile, bir malın zilyedliğini *traditio* ile devralacak olan kişi hem *corpore possidere* 'ye, yani malı fiilî hakimiyetinde bulundurmak özelliğine sahip olmalı; hem de buna zilyed olma niyeti yani *animus possidendi* de eşlik etmeliydi. Bunun dışında malı fiilen elde bulundurma, sadece *detentor* sıfatını verirdi.

Rehin alan, zilyeddi, ancak söz konusu zilyedliği, başkası için elinde bulundururdu. Bir diğer ifade ile; rehin alanın rehin konusu malı kendisi için elinde bulundurma iradesi yani *animus rem sibi habendi*'si yoktu²³¹.

Zilyedliğin *animus* unsuru olmadan, varolduğunun kabulü elbetteki istisnaî bir durum teşkil edecektir. Nitekim Roma hukukunda, zilyedliğin himayesi, günümüz terminolojisi ile belirtebiliriz ki, kural olarak aslî zilyede yönelikti²³². Bir kimsenin aslî ya da fer'î zilyed olup olmadığına da *animus* unsuruna bakılarak karar veriliyordu. Fer'î zilyed *interdictum* 'lardan faydalanamıyordu²³³. Bu durumda her ne kadar, rehin alan *animus* unsurunu kıstas aldığımızda, fer'î zilyed de olsa, ona zilyedlik *interdictum* 'larından yararlanma imkanı verilmişti. Erdoğmuş²³⁴, bunun nedeninin, bu tür zilyedliğe sahip

²³⁰ ARANGIO-RUIZ, s. 315; RADO, s. 87.

²³¹ Zilyedliği başkası için elinde bulunduranlara yönelik diğer örnekler, uzun vadeli kirada (*emphyteusis*) kiracı, *precarium* alan ve yediemindir (ERDOĞMUŞ, Eşya Hukuku, s. 19). Koschaker, bu duruma üst hakkı sahibini de dahil eder (KOSCHAKER, s. 123).

²³² Aslî zilyed - fer'î zilyed ayırımına yönelik açıklama için bkz: 62 no'lu dipnot.

²³³ KOSCHAKER, s. 122.

²³⁴ ERDOĞMUŞ, Eşya Hukuku, s. 19-20.

olanların özel, önemli durumlarından kaynaklandığını belirtir. Koschaker²³⁵ ise, bunun nedenini *possessio* 'nun tarihi gelişimine dayandırır. Yazar, *possessio* 'nun önceleri *usus* olarak ifade edildiğini²³⁶ ve bu terimin anlamının da zamanla sınırlı olarak bir mal üzerinde faydalanma hakkının bulunmasını ifade ettiğinden bahseder. Teslim şartlı rehinde de aynı durum söz konusudur. Bunun sebebi de, rehinli alacaklının da rehinli mal üzerinde benzer bir faydalanma hakkının olmasıdır.

Di Marzo²³⁷ da Koschaker'e benzer bir sonuca gitmektedir. Yazar öncelikle, bu istisnaî durumların sebebini; üçüncü şahıslara karşı malın savunulmasını -rehin akti ile ilgili olarak belirtirsek- borçludan çok, rehinli alacaklıya bırakmanın daha uygun görülmesinden kaynaklandığının genel olarak kabul olan görüş olduğunu belirtmektedir. Ancak, bunun açıklamasının, *interdictum* korumasının, önceleri, sınırlı bir zaman için şeyi kendisininmiş gibi nezdinde bulundurmaya niyeti mevcut olan durumlara da uygulanmasında aramanın daha doğru olacağını söyler.

Bizim kanaatimiz, Erdoğmuş ile aynı yöndedir. Nitekim, tarihi gelişimden yola çıkarak bu durumu açıklamaya çalışmak, istisna oluşturan diğer hukukî kurumlar için mümkün olsa da –mesela uzun süreli kirada, kiracının durumu gibi- rehin aktinde, rehin alanın kural olarak rehin konusu malı kullanmasının yasak olması, bu açıklamayı geçersiz kılacaktır. Nitekim rehin alanın rehin aktinin konusunu kullanması, onun kullanma hırsızlığı (*furtum usus*) ile sorumlu olmasına sebep olacaktır.

Bir diğer önemli nokta da, kişinin kendi malını rehin olarak elinde bulundurmasının mümkün olmamasıydı. Bu duruma yönelik bir örnek *Iulianus* 'un *Digesta* 'sının 44. kitabından alınan *Digesta* metninde²³⁸ verilmektedir. *Iulianus*, alacaklısına ait bir şeye iyiniyetle zilyed olan bir kimsenin, alacaklısına bunu rehin olarak vermesi ve alacaklısının

²³⁵ KOSCHAKER, s. 123.

²³⁶ Gerçekten de XII Levha Kanunlarında *possessio* ya da *possidere* kelimeleri bulunmaz. Ancak *usufructus* 'ya ilişkin düzenlemede, şey üzerindeki fiili hakimiyet için *usus* terimi kullanılırdı. Roma hukuku kaynaklarında *possessio* terimine, M. Ö. 3. yüzyılın sonlarında, kamu mallarının yani *ager publicus* 'un özel kişiler tarafından kullanılması bahsinde rastlamaktayız. Bu dönemde, zilyedliğin korunmasına yönelik *interdictum* 'lar, bu belirli duruma yönelik kabul edildi. Sonraki adım da, *interdictum* 'ların alanının, taşınır ya da taşınmaz mallar üzerinde somut olarak kullanılabilirliğinin bulunduğu her durumu kapsayacak şekilde genişlemesiydi (TALAMANCA, Istituzioni, s. 486).

²³⁷ DI MARZO, s. 334.

²³⁸ D. 41, 3, 33, 5

da malın kendisine ait olduğunu bilmemesi durumunda, rehin veren borçlunun zamanaşımının kesildiğini belirtir. *Iulianus*, bunun sebebini bir kimsenin kendi malını rehin olarak elinde bulundurmasının mümkün olmamasına dayandırır ve ardından, akit yapılmaksızın rehinin verilmesi söz konusu olsaydı, yani rehin anlaşması gerçekleşmiş olsaydı, rehin veren açısından zamanaşımının kesilmeyeceğini belirtir. Nitekim bu durumda rehin akti yapılmamıştır.

2. Rehin Veren

Rehin aktinin diğer tarafı olan rehin veren, rehinli alacaklının bizzat kendi borçlusu olabileceği gibi, bir üçüncü şahıs da olabilmekteydi. Nitekim, rehin alanın menfaati, borcun teminat altına alınmasını sağlamak ve borcun ifa edilmemesi durumuna karşı olan riskini ortadan kaldırmak veya azaltmaktı.

Rehin alan, zilyed sıfatı ile malı elinde bulunduracaktı, ama onun zilyedliği, başkası için zilyedlikti ve sahip olduğu önem dolayısı ile sadece *interdictum*'lar aracılığı ile korunmaya elverişliydi.

Buna karşılık rehin verende, rehin konusu malın mülkiyeti veya zamanaşımı ile iktisaba elverişli zilyedliği yani *possessio ad usucapionem*'i kalırdı.

Bu durumda rehin aktini oluşturabilecek kişi, sadece *ius civile*'ye göre malik olan kişi (*dominus ex iure Quiritum*) değil, aynı zamanda, *praetor* mülkiyetine sahip olan (*in bonis rem habere*) kişiydi ve genelde mülkiyet hakkına sahip olmayandan, mülkiyeti iyiniyetle iktisap etmiş olandı ki, bu kim olursa olsun, *res* ile olan ilişkisini savunmak amacı ile *actio publiciana*²³⁹, ya dayanabilecek olan kişiydi²⁴⁰.

Actio publiciana, zamanaşımı ile iktisap süresinin sona ermiş olduğu faraziyesine yani *fictio*'suna dayanan davaydı. Davanın *formula*'sında hâkime, davacıyı zamanaşımı ile iktisap süresi geçmiş ve malik olmuş şeklinde değerlendirmesi söyleniyordu. Bu durumda, davayı açabilecek olan kişiler; *res Mancipi* bir malı, geçerli bir hukukî nedene (*iusto titulo*)

²³⁹ KOSCHAKER, s. 164-165.

²⁴⁰ BISCARDI, *Le Garanzie Reali*, s. 207.

dayanarak *traditio* ile elde eden kişi, yani *praetor* mülkiyeti sahibi ve malik olmayandan, *res*'i iyiniyetle ve *iusta causa*'ya dayanarak iktisap eden kişiydi. Ayrıca, *ius civile* mülkiyetine sahip olan kişi de, mülkiyetin isbatını basitleştirmek için *actio publiciana*'ya başvurabilirdi. Bu aynı bir davaydı ancak bazı kimseler karşı tesir etmezdi. Gerçek malike karşı dava açılırsa, malikin *actio publiciana*'ya karşı mülkiyet def'i (*exceptio dominii*) vardı. Ayrıca, zamanaşımından faydalanan diğer zilyedlere karşı da etkisi sınırlıydı. Burada şu durumlar söz konusu olabilirdi. İlk olarak davacı ve davalı farklı kişilerden malı iktisap etmişlerse, *res*'in o anki zilyedi korunurdu. Diğer olasılık da her ikisinin de aynı kimseden malı iktisap etmiş olması durumuydu. Buradaki çözüm de, iktisabı daha önce gerçekleştirmiş olanın davayı kazanmasıydı.

Bunu daha iyi anlayabilmek için, Roma hukukundaki mülkiyet kavramına, kısa da olsa değinmekte yarar vardır.

Romalılar, iki çeşit mülkiyet hakkının varlığından bahsederlerdi²⁴¹. *Ius civile*'ye göre kazanılan mülkiyet, *Quirites* hukuku mülkiyetiydi. Ancak zamanla, şehir devleti (*civitas*) için oluşan hukuk, yeni ihtiyaçları karşılayamaz hale gelmiş ve bunun neticesinde *praetor*'lar *ius civile*'nin tanımadığı kimi iktisap usulleri ile mal elde edenleri, herkese karşı koruyan bazı hukukî himaye vasıtaları yaratmışlardı. Bunla birlikte *praetor*'lar, *res* ile olan ilişkileri dolayısıyla, bu ilişkiye sahip olan kişileri, zamanaşımı ile *ius civile* maliki de yapmaktaydı ki buna örnek olarak şu durumları gösterebiliriz: *bonorum possessio*²⁴²,

²⁴¹ Gai. 2, 40:

“Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium, nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: ait enim ex iure Quiritum unusquisdominus erat, aut non intellegebatur dominus; sed postea divisionem accepit dominium, ut aliud possit esse ex iure Quiritum dominus, alius in bonis habere.”

“Şimdi şu nokta üzerinde dikkat çekmek gerekir ki, yabancılarda tek bir mülkiyet vardır. Bu şekilde, bir kimse ya maliktir veya malik olarak kabul edilmemektedir. Bir zamanlar, aynı hukuk, Roma halkı nezdinde de muteberdi: Ya *Quirites* hukukuna göre malik olunurdu veya malik olunmadığı kabul edilirdi; fakat sonradan mülkiyet fikrinin bölündüğü kabul edildi: O şekilde ki, bir kimse *Quirites* hukukuna göre bir malın maliki iken diğer bir kimse aynı malı kendi malları arasında bulundurabilir (*in bonis habere*).” (Metin ve çevirisi için bkz: Bülent TAHIROĞLU, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, 3. Bası, İstanbul 2001, s. 30-31).

²⁴² *Bonorum possessio* durumunda, *ius civile*'ye göre mirasçı olamayacak bir kimseye; *praetor* tarafından, zamanaşımı ile iktisaba götüren zilyedliği elde etmesi imkanının verilir. *Praetor*, ölen kimseye ait terekenin tamamının veya bir kısmının, bu kimse tarafından elde edilmesini hakkaniyete uygun olduğu kanaatiyle davranmış olmalıdır. Böylece, *ius civile*'ye göre mirasçı olamayacak olan kişi, *actio publiciana in rem* ve *interdictum quorum bonorum* ile korunmuş oluyor ve bunun sonucunda da *ius civile* mirasçılığının yanında bir de *praetor* mirasçılığı yaratılmış oluyordu (UMUR, Lügat, s. 29).

*bonorum emptio*²⁴³, *clausa arbitraria*²⁴⁴ haliydi. Ancak *Iustinianus* hukukunda, *formula* usulünün kalkması dolayısı ile *ius civile* davaları ve *praetor* davaları arasındaki farkın önemini kaybetmesi, malların *res mancipi* ve *res nec mancipi* ayrımının artık fiilen kaybolmuş olması, malların devrinin artık *mancipatio* ve *in iure cessio* ile değil, *traditio* ile yapılır hale gelmesi sonucunda, mülkiyetin bu ikililiği gereksiz hale gelmiş olduğundan, klasik devirdeki bu ayırım kaybolmuştu²⁴⁵.

VII. Rehin Aktinin Konusu

Klasik hukuk döneminde rehin aktinin konusunu taşınır ve taşınmazlar, *res mancipi* mallar ve *res nec mancipi* mallar oluşturabiliyordu.

Ancak bu durum her zaman için böyle olmamıştı. Nitekim, önceleri alacaklı ile yapılan inançlı aktin (*fiducia cum creditore*) uygulama alanı genelde *res mancipi*'ler olduğuna göre, rehin aktinin (*pignus datum*) en azından ilk dönemler için *res nec mancipi*'leri konu edindiğini şeklinde bir sonuca varabiliriz. Bunun dışında ilk dönemlere ilişkin kaynakların bize verdiği bilgilere dayanarak, rehin aktinin önceleri taşınırlarda söz konusu olduğunu söyleyebilmemiz mümkündür²⁴⁶.

Gaius, 12 Levha Kanunlarına dair altıncı kitabından alınan *Digesta* metninde²⁴⁷ şöyle demektedir:

²⁴³ *Bonorum emptio*, aciz halindeki borçlunun mallarının, en yüksek fiyatı verene toptan olarak satılması sonucunda, bu kimsenin malları elde etmesiydi. Borçlunun mallarını en yüksek fiyat vererek elde eden bu kişi, borçlunun alacaklılarına taahhüt ettiği oranda, selefının borçlarını ödemeliydi (UMUR, Lügat, s. 64).

²⁴⁴ *Clausula arbitraria*, bazı davaların *formula*'sına eklenen bir kayıttı. Bununla hakim, davalıya uyuşmazlık konusu malı aynen iade etmesini emrederdi. Davalı bu emre uyup uymamakta serbestti. Ancak bu emre uyup malı davacıya vermesi durumunda, mahkumiyetten kurtulurdu. Karşı gelmesi durumunda ise, malı iade etmez, fakat dürüst hareket edeceğine dair yemin eden davacının taktir ettiği parayı ödemek durumunda kalırdı. Nitekim *formula* usulünde mahkumiyet, daima bir miktar paraydı (UMUR, Lügat, s. 37).

²⁴⁵ TAHİROĞLU, Mülkiyet Hakkı, s. 30 vd.

²⁴⁶ BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 207; BISCARDI, *Obligatio Rei*, s. 51.

²⁴⁷ D. 50, 16, 238, 2

“*Pignus*’ appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Unde etiam videri potest verum esse, quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.”

“*Pignus, pugnus*’tan gelmektedir, çünkü rehin olarak verilen şey, elle geçmektedir. Ki o nedenden, şimdi bile gerçek gibi görülebilir ki birileri rehnin özellikle taşınabilir şeyle oluştuğunu düşünebilir.”

Bu metin bize, “*pignus.....a pugno*” diyerek öncelikle *pignus*’un etimolojik kökeni hakkında bilgi vermektedir. Ancak bizim için önem arzeden nokta, *Gaius*’un rehnin konusunun öncelikle taşınmazların oluşturduğunun altını çizmesidir. Nitekim *Gaius*, “*manu traduntur*” diyerek rehnin elle tesliminin söz konusu olduğunu belirtir. *Gaius*’un “*unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant...*” şeklindeki açıklamasından, onun yaşadığı döneme ait günlük deneyimlerinde artık hem taşınırınların hem de taşınmazların rehnin konusu olduğunu görmekteyiz. Nitekim **Biscardi**²⁴⁸, *Gaius*’un rehnin etimolojik kökeninden yola çıkmasının sebebinin bunu belirtmek için olduğunu söyler.

VIII. Rehin Aktinden Doğan Borç İlişkisinin Özellikleri

Rehin akti, diğer tüm teminat ilişkileri gibi, fer’î bir ilişki yaratırdı. Bu durum, rehin aktini de etkileyecekti. Böylece rehin aktinden doğan borç ilişkisinin de bazı özellikler taşınması gerekir.

1. Esas Borç İlişkisinin Rehin Akti Üzerinde Etkisi

Rehin akti de, asıl borç ilişkisinden ayrı ancak fer’î bir ilişki oluşturmaktaydı.

Bu durumda asıl borç ilişkisinin geçersizliği, rehni de etkileyecekti.

Keza hiç kurulmamış bir borç ilişkisine yönelik olarak rehin akti yapılırsa, rehin veren istihkak davası yani *rei vindicatio* ile, rehin konusu malı, rehin alandan geri alabilecekti.

²⁴⁸ BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 208.

Ancak hemen hatırlatmakta fayda vardır ki *Marcinianus*'un ipotek *formula*'sına dair tek kitabından alınan *Digesta* metninde²⁴⁹ de belirttiği gibi rehin vadeli bir borç için, veya şarta bağlı bir borç için, hatta gelecekteki bir borç için kurulabilirdi. Ayrıca borcun *ius civile*'ye dair bir borç olmasına gerek yoktu. *Praetor* hukukundan yani *ius honorarium*'dan kaynaklanan bir borç olabileceği gibi, tabii borç da rehin aktinin kurulmasına sebep olabilirdi. Ancak tüm bu durumlarda rehin, rehin ile teminat altına alınan alacağa ilişkin borç hüküm ifade ettiği zaman tam olarak geçerli hale gelecekti²⁵⁰.

Bir diğer sorun da, rehnin hiç gerçekleşmemiş bir alacağı teminat altına almak için değil de, hukukî düzenlemeye konu olmuş bir kurala aykırılık teşkil eden bir alacağa teminat oluşturmak amacı ile yapıldığında ne olacağıdır.

Bu duruma örnek olarak kaynaklarda *Senatus Consultum Macedonianum*²⁵¹ ve *Vallaeorum*²⁵² gösterilmektedir ki bu iki *senatus* kararı arasındaki dikkat edilmesi gereken fark şudur. İlk durumda karz olarak para alan aile evladının (*filius familias*) oluşturduğu rehin kendisi için (*pro se*) ise, *Senatus Consultum*'a aykırılıktan dolayı geçersiz sayılacaktı. Buna karşılık eş olan kadının oluşturduğu rehin başkası için (*pro alio*) olduğu takdirde, *Senatus Consultum Vallaeorum*'a aykırı olacak ve geçersiz olacaktı²⁵³.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, *Senatus Consultum Macedonianum*'a aykırı hareket edildiği her durumda, rehnin geçersiz olduğu ileri sürülemezdi. Nitekim aile evladı, aile babası (*pater familias*) olur ve rehin verirse, bu durumda rehin alana karşı, asıl borç ilişkisinin *Senatus Consultum Macedonianum*'a göre geçersiz olduğu savunmasında

²⁴⁹ D. 20, 1, 5 pr.

²⁵⁰ FREZZA, 1 no'lu dipnot, s. 100.

²⁵¹ *Senatus Consultum Macedonianum*, aile evlatlarına konusu para olan karz aktinin yapılmasını yasaklayan senato kararıdır. *Macedo* isimli bir aile evladı, karz olarak aldığı parayı ödemek için aile reisini öldürmüş ve bunun sonucu olarak da *senatus* kararı ile söz konusu yasak getirilmiştir. Uygulaması *exceptio* ile yürürlüğe (UMUR, Lügat, s. 194). D. 14, 6, 1 pr.

²⁵² *Senatus Consultum Vallaeorum* ile, kadınların üçüncü şahıslar lehine tasarrufta bulunmaları (*intercessio*) yasaklanmıştı. *Exceptio Senatus Consulti Vallaeani* adı verilen *praetor*'lar tarafından tanınmış olan def'i aracılığı ile uygulanması söz konusuydu (UMUR, Lügat, s. 195). D. 6, 1, 39, 1

²⁵³ FREZZA, 2 no'lu dipnot, s. 101.

bulunamazdı²⁵⁴. Ancak *Senatus Consultum Vallaeorum*'a aykırılık, her durumda, rehnin hükümsüzlüğü ile sonuçlanacaktı²⁵⁵.

2. Rehin Aktinden Kaynaklanan Borç İlişkisinin Bölünmezliği

Papinianus'un sorularınının 8. kitabından alınan *Digesta* metninde²⁵⁶, *Papinianus* “...çünkü rehin bölünmez (*indivisam pignoris causam*)...” diyerek rehin ilişkisinin bölünmezliğine değinir. Bunun anlamı şudur: Teminat altına alınan borcun bölünmesi veya kısmen ifası rehin ilişkisinin de bölünmesi ile sonuçlanmazdı. Buna bağlı olarak şayet, rehin konusu şey kısımlara ayrılabiliriyorsa veya rehne teminat olarak birden fazla şey verilmiş ise, her kısım veya her şey tüm borç için teminat teşkil edecekti²⁵⁷.

Bununla birlikte, rehin veren kişinin ölmesi durumunda, birden fazla mirasçısı varsa borç, *ipso iure* olarak, mirasçılar arasında sahip oldukları miras oranınca bölünecek, ancak rehin ilişkisi her bir oran üzerinde bölünmeden devam edecekti. Eğer alacaklı rehin alan ölmüş ve birden çok mirasçısı söz konusu olmuş ise, alacak yine miras payları ile orantılı olarak mirasçılar üzerinde bölünecek, ve her bir mirasçı, rehin konusunun bütünü üzerinden borcun ifa edilmesini talep etme yetkisine sahip olacaktı²⁵⁸.

IX. Rehin Aktinin Kapsamı

Burada ele alacağımız problem, rehin aktinin kapsamının nereye kadar genişleyebileceğine yönelik olacaktır. Dolayısı ile çözmemiz gereken sorunlar, rehin konusunun semerelerinin, ya da köleden doğanların, rehnin kapsamına kendiliğinden mi gireceği yoksa rehnin kapsamına dahil olmaları için tarafların bu yönde anlaşmış olmasının mı gerekeceğidir.

²⁵⁴ D. 14, 6, 9 pr.

²⁵⁵ FREZZA, s. 102.

²⁵⁶ D. 21, 2, 65

²⁵⁷ D. 20, 1, 19

²⁵⁸ FREZZA, s. 98-99.

Buna tek bir yanıt vermemiz mümkün değildir. Bunun sebebi, farklı dönemlere göre değişik çözümlere gidilmesi gerekliliğidir.

Nitekim, klasik dönemde, rehin konusu malın semerelerinin ve rehin konusu bir köle olduğu takdirde ondan doğan çocuğun rehnin kapsamında olması bu yönde anlaşılmiş olmasına bağlıydı.

Rehnin kapsamının semerelere yönelik olarak genişlemesi için açık bir anlaşmanın yapılması gerektiğine yönelik bir örnek, *Papinianus*'un cevaplarınının 11. kitabından alınan *Digesta* metninde²⁵⁹ bulunmaktadır. Rehnin kapsamına köleden doğan çocukların da dahil olması için aktin tarafları arasında anlaşılmiş olmasının gerektiğine dair bir metne de, *Paulus*'un *Sententiae*'sinde²⁶⁰ rastlamaktayız.

Paulus'un cevaplarınının 5. kitabından alınan *Digesta* metni²⁶¹, kölelerin rehnin konusu olması durumunda, onlardan doğanların da (*partus ancilliae*) rehnin konusu olacağını; bunun açıkça belirtilmiş olup olmamasının önemli olmadığını belirtmektedir.

Paulus'un bahsedilen *Digesta* metninde, *Sententiae*'sinde belirttiğinden farklı bir sonuca varması bizi şaşırtmamalıdır. Nitekim *Carcattera*²⁶², bunun Bizans ilkesi olduğunu belirtmektedir. Dolayısı ile, *interpolatio* ile değişikliğe uğramış bir metindir.

Ancak, kölelerden doğanların, semerelerden farklı bir hukukî rejime sahip olduğunu, tıpkı köle üzerinde intifa hakkının söz konusu olduğu durumlardaki gibi, belirtmek gerekir. Bunun sebebi, kölelerin, semere olarak kabul edilmemesinden ileri gelmektedir²⁶³.

²⁵⁹ D. 20, 1, 1,2 (*Papinianus libro undecimo responsorum*):

“*Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit...*”

D. 20, 1, 1, 2 (*Papinianus*'un Cevaplarınının 11. kitabından):

“Küçük bir taşınmazın rehin verilmesinde, özellikle, semerelerin de rehnin kapsamında olması gibi, anlaşılır...”

²⁶⁰ *Paul. Sent.* 2, 5, 2

²⁶¹ D. 20, 1, 29, 1

²⁶² Antonio CARCATERA, Della Estensione Del Pegno Sula Cosa Madre Ai Frutti E Ai Parti Della Schiava, Giuliano Enriques'e Anısına, Camerino Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anal'inden Ayrı Bası, 16. Cilt, Napoli 1938, s. 41.

²⁶³ I. 2, 1, 37

“...*partus vero ancillae in fructu non est...*”

Kölelerin çocukları, dölleme zamanında annenin mülkiyeti kimde ise o kişiye ait olurlar. Bu nedenle kölenin üzerinde kurulmuş olan rehin, hukukî zincirin, doğuma kadar genişlemesini gerektirirdi²⁶⁴.

Paulus'un beyanname şerhinin 29. kitabından alınan *Digesta* metninde²⁶⁵ de, ünlü hukukçu tarafından, rehin konusu taşınmazın satılması durumunda, taşınmazı iktisab eden kişi onu rehinli olarak alır demekte ve bu durumu satımdan sonra dünyaya gelen kölenin çocuğu ile kıyaslamaktadır.

Ayrıca, semereleri de kapsayan rehin ancak rehin aktinde söz konusu olabilecektir²⁶⁶.

Iustinianus döneminde ise, tarafların bu yönde açık bir anlaşma yapmış olması gerekmemektedir. Rehlin ilişkisi rehinle birleşen tüm semereleri, mesela alüvyonları ve rehin konusunun ürettiklerini mesela köleden doğan çocuğu kanunen (*ope iuris*) kapsamına alırdı²⁶⁷.

X. Rehın Akti ve İpoteğin (*Hypotheca / Pignus Conventum*) Karşılaştırması

Marcinianus, ipotek *formula*'sına dair tek kitabından alınan *Digesta* metni²⁶⁸ bize, ipotek ve rehin arasındaki tek farkın isimlerinden kaynaklandığını söylemektedir.

Ancak bilindiği gibi, öncelikle rehin ve ipoteğin ya da diğer adı ile *pignus conventum*'un arasında meydana gelişleri açısından önemli bir fark vardır ki bu *pignus datum*'un yani rehin aktinin eksik iki taraflı, şekilsiz bir âyni akit olarak meydana gelmesi ve zilyedliğin devrini gerektirmesi, buna karşılık olarak *pignus conventum*'un yine şekilsiz

“...köle kadından doğanın semere olmadığı gerçektir...”

Köleden doğan çocuğun semere olarak nitelendirilmemesine dair ayrıntılı bilgi için bkz: Havva KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, İntifa Hakkının Roma Hukukundaki Gelişimi ve Türk Hukukuna Etkisi, İstanbul 2003, s. 126 -128.

²⁶⁴ FREZZA, s. 150.

²⁶⁵ D. 13, 7, 18, 2

²⁶⁶ ERDOĞMUŞ, Aynı Teminat, s. 269.

²⁶⁷ FREZZA, s. 193; CARCATERRA, s. 50.

²⁶⁸ D. 20, 1, 5, 1

olan ancak zilyedliğin devrini dahi gerektirmeyen basit bir anlaşma (*conventio*) ile kurulabilmesiydi²⁶⁹.

Birbirleri ile bağlantılı olan iki hukukî kurumun karmaşık oluşumu, yani aynı etkileri ile rehnin oluşması ve bunun yanında rehnin konusunun geri verilmesini konu eden aktin bulunması, Roma hukuku için oldukça tipik bir durumdur ve aynı hak yaratan işlemlerle, borçlandırıcı etki yaratan işlemleri ayırmak açısından gereklidir.

Ayrıca rehin akti ile bir aynı hakkın doğduğunun kabulü, M.Ö. 1. yüzyılın sonlarında, ipotekli alacaklıya tanınan *actio Serviana*'nın, kaybolan şeyin tazminine yönelik olarak, rehin aktine de tanınması ile, gerçekleşmişti. Böylece zamanla, *Marcianus*'un rehin akti ve ipotek arasında fark kalmadığı yönünde bize verdiği bilgi doğrulanmış olacaktır. Rehın akti, ancak zilyedliğin alacaklıda kalmasını gerektirmesi sebebi ile alacaklı açısından, rehin anlaşmasına kıyasla daha etkili bir teminat sağlar hale gelmiştir. Ancak unutulmamalıdır ki, *pignus datum*, M.Ö. 3. yüzyıldan beri uygulanmaktaydı. *Pignus conventum*'a yönelik ilk uygulamalara ise, M.Ö. 2. yüzyılın başlarında rastlanmaktadır²⁷⁰.

Bunun dışında rehin anlaşmasında, teminat konusu malın zilyedliğinin geçmemesi, aynı malın birden fazla alacak için teminat olarak gösterilebilmesini sağlar. Oysa rehin akti ile zilyedlik geçirildiğinden, aynı malın yeni bir rehin aktine konu olması düşünülemez. Ayrıca, zilyedliğin karşı tarafa geçirilmesi ile, rehin veren rehin aktine konu olan malını kullanamayacak ve ondan faydalanamayacaktır²⁷¹.

Bizim konumuz açısından ise aradaki en önemli fark borçlar hukuku alanına yöneliktir. Nitekim rehin akti ile, teminat konusu malın geri verilmesine yönelik, rehin alanın *praetor*'lar tarafından tanınan bir şahsî dava (*actio in personam*) ile sorumlu

²⁶⁹ Bunun dışında rehin hakkı, kanundan veya bir makamın kararı ile de doğabilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz: Havva AYYILDIZ, Roma Hukukunda Aynı Teminat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989, s. 55.

²⁷⁰ TALAMANCA, Istituzioni, s. 479 vd.

²⁷¹ BISCARDI, Le Garanzie Reali, s. 214.

olmasıdır ki bu *actio pignoratitia*²⁷²'dir. Rehin anlaşması ise, eşya hukukunun konusudur, aynı hak yaratır ve asıl olarak *actio in rem* ile korunurdu.

²⁷² Ancak hemen belirtmekte fayda vardır ki, rehin anlaşmasında da *actio pignoratitia*'nın açılması söz konusu olabilecektir. Örneğin, *superfluum* iade edilmediği takdirde, rehinli alacaklıya yani rehin anlaşmasının esas borçlusu olan tarafına karşı, *actio pignoratitia* açılabilir (TALAMANCA, Istituzioni, s. 552).

İkinci Bölüm

ROMA HUKUKUNDA REHİN AKDİNİN HÜKÜMLERİ

I. Tarafların Rehin Aktinden Doğan Hak ve Borçları

Roma hukukunda rehin akti, alacaklı ile yapılan inançlı akit (*fiducia cum creditore*) ile aynı amaca hizmet etmekle birlikte, rehinli alacaklının *res*'in mülkiyetinin sahibi olmasını gerektirmeyen, sadece şeyin zilyedliğinin rehin verenden, rehinli alacaklıya geçmesini yeterli gören bir aynî akitti.

Rehinli alacaklı, rehin akti gereği sahip olduğu rehin konusunun zilyedliğini esas borcun ödenmesi ile birlikte karşı tarafa geri verme borcu altına girerdi.

Buna karşılık aktin rehin veren, rehin alanın rehin konusunun korunması için birtakım masraflar yapmış olması veya rehin konusu *res* dolayısı ile zarara uğramış olması durumunda, bu masrafları ödemekle yükümlüydü.

1. Rehin Alanın Rehin Aktinden Doğan Hak ve Borçları

Rehinli alacaklı, her ne kadar rehin aktinin esas borçlusu olsa da rehin akti gereğince, rehin konusu olan *res*'in zilyedliğine sahip olurdu. Borcun ifa edilmemesi ile, rehin konusu malı satıp alacağını tahsil etme imkanına sahip olabilecekti.

Buna karşılık rehin ilişkisine temel teşkil eden borcun ifası ya da diğer şekillerde sona ermesi ile²⁷³, rehin konusu olan *res*'in zilyedliğini rehin verene iade etme borcu altına girecekti.

²⁷³ Bu konuyu ayrıntılı olarak üçüncü bölümde inceleyeceğimizden, burada bir ek açıklama yapma gereği görmemekteyiz.

a) Rehin Alanın Rehin Aktinden Doğan Hakları

Rehin alanın rehin aktinden doğan başlıca iki hakkı söz konusuydu. Bunlar, rehinli mal üzerinde sahip olduğu zilyed olma hakkı (*ius possidendi*) ve yine borç ödenmediği takdirde, rehinli malı satabilmesini sağlayan satış hakkı (*ius vendendi*)'di.

Ancak bunun dışında da, taraflar arasında anlaşılmış olması kaydı ile imparator *Constantinus* zamanına kadar *lex commissoria*'dan doğan rehinli malı iktisap hakkı söz konusu olabileceği gibi, bazı durumlarda rehinli malı hapis hakkı ve semere veren bir mal söz konusu olduğu takdirde, semerelere yönelik birtakım hakları da söz konusu olabilecekti.

aa) Borç Muaccel Olmadan Önce

Borç muaccel olmadan önce rehin alan, rehinli mal üzerinde zilyedliğe sahipti. Ancak rehinli alacaklının zilyedliği, borcun muaccel olmasına kadar pasif bir hak görünümündeydi ve sadece sahip olduğu zilyedliği koruma imkanı verirdi. Bununla birlikte, semere vermeye elverişli bir malın zilyedliğinin rehin konusu olarak rehinli alacaklıya devredilmiş olması durumunda, semerelere yönelik olarak rehin alanın bazı haklarının söz konusu olması düşünülebilir. Burada akla ilk gelen örnek tarafların, semerelerin rehinle teminat altına alınan borcun faizi olarak kararlaştırıldığı *antichresis* anlaşmasıdır. Bu anlaşma dolayısı ile, rehin alan rehinli maldan kaynaklanan semereleri iktisap edebileceği, aktif bir hakka sahip olacaktı.

aaa) Zilyed Olma Hakkı (*Ius Possidendi*)

Rehin konusu malın zilyedliği, rehin akti söz konusu olduğu takdirde, akitle birlikte rehin alana geçerdi. Nitekim rehin aktinin kurulması için, rehin konusu malın zilyedliğinin rehin alana geçirilmesi şarttı. Tarafların anlaşması aktin tamam hale gelmesi için yeterli değildi. Rehin konusu malın zilyedliği, *datio pignoris*'i oluşturan zilyedliğin devri yani *traditio possessionis* ile rehin alana geçecekti.

Oysa rehin hakkını oluşturan rehin anlaşmasında (*conventio pignoris*), rehinli malın zilyedliği, borçlunun, esas borcunu ifa etmemesi şartına bağlı olarak gerçekleşirdi²⁷⁴.

Bir diğer önemli nokta da, rehinli alacaklının rehin konusunu zamanaşımı ile iktisap etmesinin söz konusu olmamasıydı. Nitekim rehin alanın sahip olduğu zilyedlik (*possessio*), sadece *interdictum* 'larla savunulma imkanı veren *possessio ad interdicta* 'ydı, yoksa *possessio ad usucapionem* yani zamanaşımı ile iktisaba elverişli olan zilyedlik (*possessio*) değil²⁷⁵.

Bu konuda *Paulus* 'un *Plautus* şerhinin 5. kitabından bir örnek verebiliriz

D. 41, 3, 9, 13 pr. (*Paulus libro quinto ad Plautium*):

“*Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.*”

D. 41, 3, 9, 13 pr. (*Paulus* 'un *Plautus* şerhinin 5. kitabından):

“Rehin olarak aldığımız malı zamanaşımı ile iktisap edemeyiz, zira başkası için zilyedizdir.”

Paulus 'un beyanname şerhinin 54. kitabından alınan *Digesta* metninde²⁷⁶ rehin verilmiş köle aracılığı ile zilyedliğin iktisap edilemediğinden bahsedilmektedir. *Iulianus* 'un *Digesta* 'sının 13. kitabından alınan *Digesta* metninin²⁷⁷ de ise, rehin sebebi ile araziye alacaklıya teslim eden kimsenin, zilyed kabul edildiğine dair bize bilgi verilmektedir. Buna karşılık, rehin verenin zamanaşımı, sadece zilyedliğin, alacaklıdan bir üçüncü kişiye geçirilmesi ile kesilirdi²⁷⁸.

²⁷⁴ FREZZA, s. 196

²⁷⁵ MARRONE, s. 467

²⁷⁶ D. 41, 2, 1, 15

²⁷⁷ D. 41, 2, 36

²⁷⁸ D. 41, 3, 33, 4

bbb) Semereleri İktisap Hakkı (*Ius Fruendi*)

Rehinli alacaklı, rehin konusu malı kullanamazdı. Buna aksi bir şekilde davranırsa, kullanma hırsızlığından (*furtum usus*) sorumlu olacaktı. Bununla birlikte, rehinli alacaklının semerelerden faydalanma imkanı olabilirdi.

Bu durumun söz konusu olabilmesi iki şekilde gerçekleşebilirdi.

Her iki durumda da, öncelikle semere veren bir malın rehin konusunu oluşturması şarttı. Bir diğer önemli nokta da, semerelere yönelik rehin alan açısından bir hakkın doğması²⁷⁹ için, rehin aktinin söz konusu olmasının gerekmesiydi.

Pignus datum durumunda; rehin alan, rehinli şeyden (*res pignerata*) elde edilen semerelere, rehin veren ile yaptığı anlaşmaya uygun olarak iktisap edecek ve semerelerden elde ettiği miktar, kendisine ödenmesi gereken asıl borçtan indirilecekti. Bunu yapmadığı takdirde rehin aktinden doğan dava (*actio pigneraticia*) ile sorumlu olacaktı.

Bu durum, Yunan kökenli olan bir kurum olan *antichresis* anlaşmasından farklıdır. Nitekim özellikle Mısır'da ve diğer Helen eyaletlerinde oldukça sık uygulanan *antichresis* anlaşması gereğince taraflar aralarında rehin konusu malın semerelerinin faiz olarak rehin alana bırakılmasını kararlaştırırlardı. Böylece rehinli alacaklı, rehin konusu malın semerelerini, rehin konusu alacağının faizi olarak elde edecek ve bu durum kendisine asıl borç ifa edilinceye kadar devam edecekti²⁸⁰. Ancak hemen belirtelim ki rehinli alacaklı, semerelerin faizi karşılamadığı durumlarda fazlasını isteyemeyeceği gibi, faizden fazlasını da iadeye mecbur değildi²⁸¹.

bb) Borç Muaccel Olduktan Sonra

Borç muaccel olduktan sonra ve rehinle teminat altına alınan borcun ifa edilmemiş veya herhangi bir sebeple sukut etmemiş olması durumunda; rehin alan, rehin konusu malı

²⁷⁹ Rehlin anlaşmasında zilyedlik zaten rehin verende kalmaktadır.

²⁸⁰ PUGLIESE, s. 871.

²⁸¹ KOSCHAKER, s. 181-182.

satıp, satış bedelinden alacağını tahsil etmek, hapis hakkı gibi yeni bazı haklara sahip olacaktır.

aaa) Satış Hakkı (*Ius Vendendi* ya da *Distrahendi*)

Rehinli alacaklı, önceleri, borç ifa edilmediği takdirde, rehinli malın zilyedliğini elinde bulundurarak, borçlu üzerinde, borcun ifa edilmesine dair psikolojik bir baskı kurmakla yetinmekteydi.

Ancak klasik dönemde, borcun ifa edilmemesi halinde, tarafların rehin konusu malın satımını kararlaştırdıkları anlaşmalar görülmeye başlanmıştır. Bu duruma yönelik elimize geçen en eski metin, *Gaius*'un *Institutiones*'inde bulunmaktadır. Gai. 2, 64'te *Gaius*, rehinli alacaklının rehin konusu malı satmaya yetkili olmasının, bu yönde tarafların açık olarak anlaşmaları ile mümkün olmasından bahseder. Buna paralel olarak *Ivolenus*'un *Cassius*'a dair 15. kitabından alınan *Digesta* metninde²⁸², rehinli alacaklının rehin konusu malı, anlaşma yapıp kendisine satış yetkisi verilmeden satması durumunda hırsızlıktan sorumlu olacağı belirtilmektedir²⁸³.

Klasik dönemin sona ermesi ile, rehin konusu malın satımına yönelik yapılan anlaşma yani *pactum vendendi*, artık rehin aktinin aslı unsuru haline gelmiş, tarafların bu konuda anlaşmalarına gerek olmadan, borç ifa edilmediği takdirde, rehin alanın rehin konusu malı satabilmesi mümkün olmuştur. Bu duruma yönelik olarak bize tanıklık eden *Digesta* metni²⁸⁴ ise, *Ulpianus*'un *Sabinus*'a dair 41. kitabından alınmıştır. *Ulpianus*, tarafların aralarında rehin konusu malın satılmasına dair önce veya sonra anlaşabilmelerinin mümkün olduğunu söyler. Rehlinli alacaklının, rehinli malı satması dolayısı ile sorumlu olması ancak aralarında rehin konusu malın satılmamasına yönelik bir anlaşma yapmış olmaları yani *pactum de non vendendo*'nun gerçekleştirilmiş olması ile

²⁸² D. 47, 2, 74 (73)

²⁸³ Yine D. 44, 3, 14, 5'te de *Scaevola*, taraflar arasında yapılan *pactum de vendendo*'dan yani rehinli malın, tarafların anlaşması ile, anlaşma koşullarına uyarak rehin alan tarafından satılmasından bahsedilmektedir.

²⁸⁴ D. 13, 7, 4

mümkün olacaktı. Bu örnek bizi, artık *Ulpianus* zamanında²⁸⁵, rehin konusu malın, borç ifa edilmediği takdirde satılmasının, tarafların anlaşmasına gerek göstermeden mümkün olduğu sonucuna götürür. Metinden çıkaracağımız bir diğer sonuç da rehin konusu malın satılmamasının, ancak tarafların *pactum de non vendendo* yapmış olması ile mümkün olmasıdır. Eğer *pactum de non vendendo* 'ya rağmen rehinli malın satımı gerçekleşmiş ise, rehinli alacaklı hırsızlıktan sorumlu olacaktı.

Ancak *ius vendendi* ya da *distrahendi*'nin rehin aktinin aslî bir unsuru haline gelmesini sağlayan *Iustinianus* olmuştur. İmparator bunu, *Ulpianus*'un söz konusu metnine, *pactum de non vendendo* yapılmış ve buna rağmen rehinli malı satmış olan rehinli alacaklının, hırsızlıktan sorumlu olmasına bir istisna getirerek gerçekleştirmiştir. Söz konusu istisnaya göre, rehinli alacaklı, borçluya borcunu ödemesine dair üç bildirimde bulunmuş ve cevap alamamışsa, rehinli malı, hırsızlıktan sorumlu olmaksızın satabilecektir²⁸⁶.

Ratti²⁸⁷, rehinli alacaklının üç kere bildirim (*denuntatio*) yapması zorunluluğuna yönelik olarak şöyle bir açıklama getirmektedir. Yazara göre, rehinli alacaklının bildirimde bulunma zorunluluğu satımın geçerliliğine yönelik getirilmiş bir düzenleme değildir. Amaç, satışı ve dolayısı ile rehin konusu malın devrini gerçekleştirmeye geçerken gerekli niteliklerin varlığını kesin bir şekilde saptamak ve rehinli alacaklının, rehinli malın satılmasından dolayı sorumlu olmasını engellemektir. Bildirimle, rehinli malın geçerli olarak satılmasının, borçlunun kusuru yüzünden gerçekleştiği gösterilir. Bunun dışında rehin konusu malın satılması her iki tarafı da ilgilendirecektir. Rehlin veren açısından, satış sonunda *superfluum* elde edilmesinde önem arzedecektir. Böylece bu artan değer rehin veren kimseye verilmesi gerekecek, rehin verenin bu hakkını korumak üzere bu yönde rehin aktinden doğan bir davası (*actio pignoratitia*) bulunacaktır. Ayrıca borçlu, rehin konusu malın satış değeri, ve rehinli alacaklının yapacağı seçimler hakkında bilgi sahibi olabilecektir. Bu durumda da rehinli alacaklı tarafından satıma hile karıştırılması

²⁸⁵ *Ulpianus*, M.S 238 yılında ölmüştür (UMUR, Lügat, s. 217) Buradan, ünlü hukukçunun bahsettiği zaman diliminin klasik dönemin sonlarında olduğu sonucu çıkarmamız mümkündür.

²⁸⁶ Filippo Messina VITRANO, Per La Storia Del '*Ius Distrahendi*' Nel Pegno, Palermo 1910, s. 7.

²⁸⁷ Umberto RATTI, Sul '*Ius Vendendi*' Del Creditore Pignoratizio, "Studi Urbinati" den Ayrı Bası, Urbino 1927, s. 23 vd.

durumunda *actio pignoratitia* ile onu sorumlu tutabilecektir. Rehinli alacaklı yönünden ise, rehinli malın satılacağına yönelik yapılan bildirim, borçlunun borcunu ödemesi yönünde ona yapılan baskıyı arttıracaktır. Ayrıca yapılan bildirimler (*denuntiatio*) sayesinde, satış alenî hale gelecek ve alacağa karşılık verebilecek bir bedelin söz konusu olmasına yönelik olasılık artacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, rehinli alacaklının malı satın devretmesi ancak *traditio* ile mümkündür. Rehinli malı *mancipatio* veya *in iure cessio* ile devredemezdi²⁸⁸. Bu koşullarda, rehinli alacaklıdan malı satın alan kişi, rehin konusu malın *res mancipi* olması durumunda *praetor* mülkiyetine sahip olacaktı. Rehinli malın *res nec mancipi* olması, *ius civile* mülkiyetinin kazanılmasına izin verecekti.

bbb) Rehin Alanın *Lex Commissoria* Sebebi ile Rehinli Malın Mülkiyetini Kazanması

Lex commissoria ile taraflar aralarında anlaşarak, borcun muaccel olduğu halde ifa edilmemesi durumunda; teminat konusu malın, alacaklının mülkiyetine geçeceğini kararlaştırabilirlerdi. Rehin aktine bu yönde bir kayıt konulduğu takdirde, rehinli alacaklı, rehin konusu malın, borcun ifa edilmemesi şartına bağlı olarak maliki oluyordu. Klasik dönemde, rehinli malın mülkiyetinin kendiliğinden geçmesi mümkün değildi, rehinli alacaklının bu kaydı harekete geçirmesi gerekmektedir. Ancak *lex commissoria*'ya dayanarak rehinli malın mülkiyetini elde etmeyi seçen rehinli alacaklı, *superfluum*'a yönelik herhangi bir talepte bulunamayacağı gibi, rehin verene karşı olan şahsî davasını da (*actio in personam*) açama imkanında mahrum kalırdı²⁸⁹.

Rehinli alacaklının *lex commissoria*'ya dayanarak, rehinli malın mülkiyetini elde etmesi durumunda; malın *res nec mancipi* olması, onu *ius civile* maliki, *res mancipi* olması ise *praetor* mülkiyeti sahibi yapardı.

²⁸⁸ BURDESE, s. 670.

²⁸⁹ TALAMANCA, Istituzioni, s. 482.

Her ne kadar *lex commissoria*'nın uygulaması, satış hakkı (*ius vendendi*) ile kıyaslandığında, yaygın olmasa da,²⁹⁰ İmparator *Constantinus* tarafından yasaklanmıştı. Böylece rehin aktinde *lex commissoria*'ya ilişkin böyle bir kaydın bulunması rehin aktinin geçersizliği ile sonuçlanır hale gelmekte ise de, rehinli alacaklının rehin verene karşı şahsî dava (*actio in personam*) açma hakkı korunmaktaydı.

Iustinianus, *lex commissoria*'nın yasaklanmasına ilişkin olan uygulamayı onaylamakla birlikte, *impetratio iure domini*'yi yani mülkiyet hakkını kazanmak için imparatora yapılan talebi yeniden düzenleyerek, borçluya daha ciddi bir koruma sağlamayı amaçladı²⁹¹. *Iustinianus*'tan önce mülkiyet hakkının talebi için iki şart gerekliydi. Bunlar devlete başvuruda bulunulması (*publica proscriptio*) ve bir yıllık ödeme süresinin beklenmesiydi. Ancak *Iustinianus*, ödeme süresini iki yıla çıkarmış ve devlete başvurunun yanı sıra, borçluya da bildirimde bulunulmasını öngörmüştür. Ayrıca malın değerinin, rehinle teminat altına alınan alacaktan fazla olması durumunda *superfluum*'un borçlu lehine ve malın değeri borçtan düşük ise, *reliquum*'un alacaklı lehine dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir²⁹².

Ancak buna rağmen, rehin veren rehin konusu malı, rehinli alacaklıya satabilirdi.

D. 20, 5, 12 pr. (*Tryphoninus libro octavo disputationum*):

“*Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.*”

D. 20, 5, 12 pr. (*Triphoninus*'un 8. tartışmalar kitabından):

“İmparator tarafından, *Papinianus*'a karşı cevap olarak, mülkiyet borçluda kaldığından, alacaklının, borçludan rehinli malı satınalabileceği buyrulmuştur²⁹³.”

²⁹⁰ RATTI, s. Nitekim Karagöz Çokyaşar da, 178 no'lu dipnotta belirttiğimiz gibi, *lex commissoria* yasağının Roma hukukunda oldukça az uygulama alanı bulduğundan bahsetmektedir.

²⁹¹ TALAMANCA, Istituzioni, s. 482.

²⁹² KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, *Lex Commissoria*, s. 140-141; DI MARZO, s. 326.

²⁹³ Metnin çevirisi için bkz: KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, *Lex Commissoria*, s. 134.

Fr. Vat. 9:

“*Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit*²⁹⁴.”

Fr. Vat. 9:

“Ya aktin başlangıcına veya sonrasına uygun gelmek kaydıyla, alacaklı, borçludan rehinli malı hakkıyla satın alır; eğer faiz parası ödenmezse, alacaklı alım satımdan dolayı mülkiyeti alikoysun diye anlaşmışlarsa, paranın ödenme gününe kadar ana para ve faizlerin yüklenilmesi kesin olduğundan, alım satımın belirsiz semenle yapıldığı kabul edilmez²⁹⁵.”

Bu durumda, *superfluum*’dan bahsedilmemektedir. Nitekim metne göre, paranın ödenme gününe kadar ana para ve faizlerin yüklenmesi kesin olduğundan denmesi, *superfluum* kaydını ortadan kaldırmaktadır²⁹⁶.

D. 20, 1, 16, 9 (*Marcinianus libro singulari ad formulam hypothecariam*):

“*Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim causa videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita diuus Severus et Antonius rescripserunt.*”

D. 20, 1, 16, 9 (*Marcinianus*’un ipotek *formula*’sına dair tek kitabından):

“Belli bir zamanın gelmesiyle, para ödenmemişse, mal alım satımdan dolayı (alacaklıya) ait olsun diye, *pignus* verilebilir veya *hypotheca* yapılabilir, o zamandan sonra doğru bir semen tespit edilmelidir; zira bu durumda, belirli bir tarzda alım satımın şartlı olarak yapıldığı görülür. İlahi *Severus* ve *Antonius* da, bu şekilde buyururlar²⁹⁷.”

²⁹⁴ Metin için bkz: Salvatore RICCOBONO- J. BAVIERA-C. FERRINI-J. FURLANI- Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Fontes Iuris Anteiustiniani*, II, Firenze 1968, s. 465.

²⁹⁵ Metnin çevirisi için bkz: KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, *Lex Commissoria*, s. 135.

²⁹⁶ FREZZA, s. 227.

²⁹⁷ Metnin çevirisi için bkz: KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, *Lex Commissoria*, s. 136.

Bu metinde, doğru bir semen tespit edilmesinin söz konusu olduğunu ve şartlı alım satımın belirtilmesi yönünde bir kaygı taşındığını görmekteyiz. Bunun sebebi, *Marcinianus*'un, *Constantinus*'tan sonra ve belki de *Iustinianus* ile aynı zamanda yaşamış olmasından kaynaklanır. Böylece, *res pignorat*'nın mülkiyetinin rehinli alacaklıya geçmesi, semenin tekrar yani borcun toplamına göre belirlenmesi ve olası bir *superflum* söz konusu olduğunda bunun borçluya verilecek olması dolayısı ile *lex commissoria* yasağına aykırılık taşımayacaktı²⁹⁸.

Rehin konusu malın üçüncü kişilere satılmasına gelince; bu durumda, şayet *res pignorat*, rehinli alacaklının rızası olmaksızın, üçüncü kişilere satılır ve mülkiyeti veya zilyedliği nakledilirse ise, rehin veren hırsızlıktan (*furtum*) sorumlu olacaktır.

Burada, zilyedlik hırsızlığı (*furtum possessionis*) söz konusu olurdu. Nitekim rehin verenin rehinli alacaklıya zilyedliği devretmesi, aynı zamanda mülkiyeti devretmesi anlamına gelmeyeceğinden, kendi mülkiyetindeki *res pignorat*'yı satabilecekti. Kişinin kendi malını çalması gibi bir durum söz konusu olamayacağından hareketle, Romalılar, bu durum için zilyedlik hırsızlığı kavramını geliştirmişlerdir. *Res pignorat*'nın zilyedliği alacaklıda olduğundan, rehin veren bunu satıp mülkiyeti naklederse, zilyedlik hırsızlığını gerçekleştirmiş olurdu²⁹⁹.

Bir diğer problem de, rehin verenin bir başka hukukî düzenlemeye başvurmasının söz konusu olmasında karşımıza çıkabilir. Rehlin veren, *res pignorat* üzerinde, örneğin şahsî ya da arzî bir irtifak kurma hakkına sahip olabilecek midir?

Frezza³⁰⁰ her ne kadar kaynaklarda buna yönelik bir örneğe rastlanmasa da, bu durumun *causa pignoris* yani rehin sebebinin bütünlüğünün sınırları içerisinde mümkün olduğunu söylemektedir.

Bizim kannatımız de bu yöndedir. Çünkü malını rehin veren kimse, onun maliki olarak kalmaya devam edeceğinden bu duruma hukuken bir engel yoktur. Ancak aktin sınırları içerisinde kalmasının gerekmesi, rehin verenin gerek rehinli alacaklıya gerekse,

²⁹⁸ **FREZZA**, s. 227

²⁹⁹ Gai. 3, 204

³⁰⁰ **FREZZA**, s. 240.

örneğin lehine sınırlı aynı hak oluşturduğu üçüncü kişilere karşı sorumlu olmasını engelleme gereğinden kaynaklanır.

ccc) Hapis Hakkı (*Ius Retentionis*)

Hapis hakkı yani *ius retentionis*, borç ifa edilmediği takdirde, rehinli şeyin (*res pignorat*) mülkiyetini iktisap etme olasılığı bulunmaksızın, rehin alanın rehin konusu malı zilyedliğinde bulundurmaya devam etmesine ilişkin sahip olduğu haktır. Ancak, rehinin geçersiz olması durumunda, rehinli alacaklı bu hakkından faydalanamazdı³⁰¹.

Bir diğer önemli nokta da imparator *Gordianus* tarafından getirilen düzenlemeydi³⁰². İmparator *Gordianus* rehinli alacaklıya, rehinin kurulmasına sebep olan borç ifa edilmiş olsa dahi, aynı borçlunun kendisine diğer başka borçlarının da bulunması durumunda, rehin konusu malı, rehin verene iade etmekten, kendisine olan bütün borçlarını ödeyinceye kadar, kaçınma imkanı tanımıştı³⁰³.

Gordianus'un getirdiği düzenleme hapis hakkından farklıydı. Nitekim bu durumda rehinli alacaklının borçlusu, rehne esas teşkil eden borcu ifa etmiştir. Ancak aynı alacaklıya başka borçları da bulunmaktadır. Bu durumda, rehinli alacaklının, rehinli malı iadedden kaçınması, rehinle teminat altına alınan borç değil, aynı borçlu tarafından kendisine ifa edilmesi gereken diğer borçlardır.

b) Rehın Alanın Rehın Aktinden Doğan Borçları

Rehin alanın başlıca borcu, rehin akti ile teminat altına alınan borç ifa edildiği takdirde, rehin konusu malın zilyedliğini rehin verene geçirmektir. Bunun dışında, rehin akti, zilyedliğe sahip olan rehinli alacaklıya, rehinli şeyi (*res pignorat*) kullanma

³⁰¹ D. 20, 1, 25

³⁰² *Gordianus* M.S 239 senesinde bu emirnameyi (C. 8, 26 , 27, 1.) çıkarmıştır. Bu durumda borçlu, rehinsiz borçlarını ödemededen önce, *res pignorat* 'yı istemek üzere dava açtığı takdirde, kendisine karşı rehin alan *exceptio doli* yani hile def'i ileri sürebilecektir (UMUR, Lügat, s. 158).

³⁰³ BOVE, s. 765.

yetkisini vermezdi. Bir diğer önem arzeden husus da, satış hakkına yönelik olarak malın satılması durumunda, *superfluum* elde edilmiş ise, rehin alanın bunu rehin verene iade etmek durumunda olmasıydı.

Rehin alanın haklarından bahsederken yaptığımız ayırım burada da söz konusu olacak ve rehin alanın borçlarını ikili bir ayırıma tâbi tutacağız. Bu ayırımın temelini de rehinle teminat altına alınan borcun muaccel olup olmaması belirleyecektir.

aa) Borç Muaccel Olmadan Önce

Borç muaccel olmadan önceki kısım aslında, rehinli alacaklının rehin akti süresince zilyedliği kendinde bulunan rehinli maldan kaynaklanır ki bu da rehinli alacaklının rehinli şeyi (*res pignorat*) kullanma hakkının bulunmamasıdır.

aaa) Rehinli Malın Kullanılmaması

Rehin aktinin tamamlanması ile *res pignorat*'nın zilyedliğini elinde bulunduran rehinli alacaklı, rehin konusu malı kullanma hakkına sahip değildi. Bunun aksi şekilde davranması, onu sadece akte aykırılıktan dolayı rehin aktinden doğan dava (*actio pignoratitia*) ile sorumlu hale getirmekle kalmaz; bunun yanı sıra rehinli alacaklı, kullanma hırsızlığını (*furtum usus*) da gerçekleştirmiş olurdu.

D. 47, 2, 55 (54) pr. (*Gaius libro tertio decimo ad edictum provinciale*):

“*Si pignore creditor utatur, furti tenetur.*”

D. 47, 2, 55 (54) pr. (*Gaius* 'un eyalet beyannamesi şerhinin 13. kitabından):

“Eğer alacaklı rehni kullanırsa, hırsızlık (*furtum*) oluşur.”

Romalıları, *furtum* haksız fiilini üç ayrı çeşidi bulunduğunu belirtmektedirler. Bunlar eşya hırsızlığı yani *furtum rei*, zilyedlik hırsızlığı olan *furtum possessionis* ve kullanma hırsızlığı olan *furtum usus* 'tur. *Paulus* hırsızlığı şu şekilde tanımlamaktadır:

D. 47, 2, 1, 3 (*Paulus libro trigesimo nono ad edictum*):

“*Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve...*”

D. 47, 2, 1, 3 (*Paulus* 'un beyanname şerhinin 39. kitabından):

“Bir şeyle menfaat kazanmak amacıyla (*lucri faciendi*), şeyin kendisinin ya da kullanılmasının ya da zilyedliğinin hileli olarak ele geçirilmesi hırsızlık (*furtum*) tır...”

Rehinli alacaklı malı kullandığı zaman *furtum* 'un bu üç çeşidinden kullanma hırsızlığını gerçekleştirmiş olacaktır. Nitekim bu durumda *furtum rei* 'nin gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir; çünkü rehin alan, rehin konusu malın kendisini çalmamakta ancak kullanma hakkı kendisine verilmediği halde malı kullanmaktadır. Ayrıca zilyedlik hırsızlığının da gerçekleştiği söylenemez, nitekim rehinli alacaklı zaten rehin aktinin tamamlanması ile zilyed haline gelmiştir. Bu durumda kendi zilyedliğinde bulunan bir malın zilyedliğini çalması düşünülemez.

Ayrıca kullanma hırsızlığının (*furtum usus*) söz konusu olabilmesi için, hırsızlığın (*furtum*) diğer halleri için de geçerli olan bir diğer sınırlama da, hırsızlığa konu olabilecek malın taşınır bir mal olması gerekliliğidir. *Ulpianus* 'un *Sabinus* şerhinin 41. kitabından alınan *Digesta* metninde³⁰⁴ bu durum, taşınmazlara yönelik hırsızlığın mümkün olmadığını, bir çok yazar tarafından kabul edildiği belirtilerek açıklanmaktadır.

bb) Borç Muaccel Olduktan Sonra

Borcun sona ermesi ile, rehin alan açısından ortaya çıkan asıl borç rehin konusu malın rehin verene iade edilmesi olsa da, bazı durumlarda diğer birtakım borçların da ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecektir.

³⁰⁴ D. 47, 2, 25 pr.

aaa) Rehin Konusunun Zilyedliğinin Rehin Verene İadesi

Rehin aktinde esas borçlu rehin alandı. Rehin alan, rehin kurulmasına sebep teşkil eden borcun sona ermesi durumunda, rehin konusu malı rehin alana iade etmekle yükümlüydü. Rehinin amacı; yukarıda da belirttiğimiz gibi, öncelikle borçlunun üzerinde borcun ifasına yönelik psikolojik açıdan bir baskı kurmaktı. Esas borcun sona ermesi ile, rehin konusu malın zilyedliğinin rehin alanda kalmasını gerektiren durum son bulmuş ve rehin alanın rehinli şeyin (*res pignorat*) zilyedliğini geri verme borcu doğmuştur.

Bilindiği gibi, rehin akti ile geçen zilyedlikti. Rehin veren, zilyedliği *traditio* ile rehin alana geçirmiş ve rehin akti kurulmuştur. O halde, rehine konu teşkil eden borcun sona ermesi ile, rehin veren, tekrar *traditio*'ya başvurarak *res pignorat*'nın zilyedliğini rehin alana geçirmeliydi. Aksi takdirde rehin aktinden doğan dava (*actio pignoratitia*) ile sorumlu olacaktı.

Bir diğer olasılık da, rehin verenin borcunu ifa etmemesi durumunda, rehin alanın, *impetratio dominii*'ye başvurmasıydı. *Iustinianus* döneminden önce bir yıllık olan ve sonrasında iki yıla çıkan bekleme süresi içerisinde, rehin verenin borcunu ödemesi sonucunda rehin alanın *res pignorat*'nın zilyedliğini rehin alana geçirmek borcu söz konusu olurdu.

bbb) *Superfluum*'un Rehin Verene İadesi

Rehin aktinde, akitle teminat alınan borç ifa edilmediği takdirde, rehinli alacaklının rehin konusu malı satabilmesi söz konusu olurdu. Satış gerçekleştiğinde, rehin konusu malın satılmasından elde edilen miktar, rehinle teminat altına alınan borçtan fazla olabileceği gibi, onun altında bir değerden de satılması söz konusu olabilirdi.

Rehinle teminat altına alınan alacaktan daha az bir değere satılan *res pignerata*, *reliquum* meydana getirecek ve bu arta kalan kısım için borçlunun sorumluluğu devam edecekti³⁰⁵.

Ancak bir diğer olasılık da, satış sonucu elde edilen miktarın rehinle teminat altına alınmak istenen borçtan daha fazla olması durumudur ki bu miktara *superfluum* adı verilmekteydi. *Superfluum*'un elde edilmesi durumunda, rehinli alacaklının bunu rehin verene iade etmesi gerekecekti. Aksi takdirde rehin aktinden doğan dava ile, rehin verene karşı sorumlu olurdu³⁰⁶.

Rehin veren, *pignus datum*'un zayıf tarafıydı. *Lex commissoria*'nın yasaklanması ve satış hakkının (*ius vendendi*) zamanla aktin aslî bir unsuru haline gelmesi gibi düzenlemelerin asıl amacı, aktin zayıf tarafının zor duruma düşmesini engellemektir.

Kanaatimizce, rehinli alacaklının alacağını teminat altına almak için alacağından daha az değerli bir malı teminat olarak kabul etmesine çok sık rastlanması olası değildir. Bunun sonucu olarak, *reliquum*'un söz konusu olmasındansa *superfluum*'un ortaya çıkması olasılığı çok daha yüksektir.

2. Rehlin Vereninin Rehlin Aktinden Doğan Hak ve Borçları

Rehin veren, rehin aktinin bazı durumlarda borçlu durumunda olan tarafıydı. Esas borçlu rehin alan olduğundan, rehin ilişkisine esas teşkil eden borcun ifası ile birlikte rehin konusu malın iadesini istemek hakkına sahip olacağı gibi, diğer bazı hakları da söz konusu olabilecekti.

a) Rehlin Vereninin Rehlin Aktinden Doğan Hakları

Rehin aktinde rehin veren, rehine sebep teşkil eden alacağın borçlusu olabileceği gibi, bir üçüncü kişi de olabilecekti. Rehlin aktinde asıl borç rehin alanın borcuydu. Rehlin

³⁰⁵ FREZZA, s. 223.

³⁰⁶ Di Marzo ise, alacaklının rehini satması durumunda, rehin verenin aynı dava ile olası *superfluum*'u talep edebilmesinden bahsetmektedir (DI MARZO, s. 421).

veren ise, aktin kurulmasından sonra, alacağın ödenmesi ya da herhangi bir şekilde sona ermesi durumunda rehin aktine konu teşkil eden *res pignoratitia*'nın kendisine geri verilmesini, daha doğru bir ifade ile zilyedliğinin geçirilmesini talep edebilecekti. Bunu gerçekleştirilmeyen rehin alan ise, rehin aktinden doğan dava (*actio pignoratitia*) ile sorumlu olacaktı.

aa) Rehinli Malın Zilyedliğinin İadesini Talep Hakkı

Rehin aktine esas teşkil eden borç ilişkisi sona erdiğinde rehin alan, rehin konusu malın zilyedliğini rehin verene iade etmek zorundaydı.

Zilyedlik rehin alanda bulunduğundan, rehinli malın zilyedliği rehine esas teşkil eden borç sona erdiğinde kendiliğinden geçmeyecekti. Şu halde rehin alan, *traditio* 'yu gerçekleştirerek *res pignoratitia* 'yı rehin verene iade edecektir. Bunu gerçekleştirmediği takdirde rehin aktinden doğan dava ile sorumlu olacağı gibi, rehin verenin malik olması durumunda kendisine karşı istihkak davası (*rei vindicatio*) açılabilir.

Bu talep hakkının bir istisnası, İmparator *Gordianus* tarafından getirilen kuraldır. *Gordianus*, rehinin kurulmasına sebep teşkil eden borç ödenmiş olsa dahi, borçlunun rehinli alacaklıya yönelik, söz konusu rehin aktinden doğmayan diğer borçları da ifa edilinceye kadar, rehinli alacaklının *res pignoratitia* 'yı geri vermektan kaçınmasına imkan verirdi. Bu durumda, rehin alanın rehin aktinden doğan dava (*actio pignoratitia*) ile sorumluluğuna gidilemeyecekti. Nitekim rehin alan, *Gordianus* 'un getirdiği düzenlemeyi; rehinli malın teminat teşkil ettiği borç ifa edilmiş olsa dahi, kendisine açılan davada ileri sürebilecekti.

bb) Rehin Veren Rehinli Malın Semerelerine İlişkin Hakları

Rehinli alacaklı, semere veren bir malı rehin olarak zilyedliğinde bulundurduğu takdirde, elde ettiği semereleri alacağından mahsup etmeliydi. Bu durum esas itibariyle,

rehinli alacaklının borçlusunun semerelere yönelik hakkı nedeniyle gerçekleşmekteydi. Nitekim rehinli alacaklı, semereleri kendisi için değil, borçlu adına elde etmekteydi.

Bunu gerçekleştirmediği takdirde de, yukarıda belirttiğimiz üzere, rehin aktinden doğan dava (*actio pignoratitia*) ile sorumlu olacaktı.

Bu hakkın varlığının bir diğer kanıtı da, *antichresis* anlaşmasıydı. Bu anlaşma ile rehin alan; rehinli maldan kaynaklanan semereleri, esas alacağının faizi olarak elde etme konusunda bir hakka sahip olacaktı. Bu durumda rehin veren, semereler üzerinde sahip olduğu hakkı, esas alacağın faizlerini karşılamak üzere, rehinli alacaklı ile anlaşarak ona vermektedir. Rehlin verenin, rehin konusu malın semereleri üzerinde hakkının bulunmadığını düşünürsek; bu durumda esas alacağının faizi olarak semerelerin rehinli alacaklıda kalması yönünde bir anlaşmaya yapabilmemesinin hukuken korunması mümkün olmazdı.

cc) *Superfluum*'u Talep Hakkı

Klasik dönemde, borcun ifası gerçekleşmediği takdirde, rehinli alacaklı için iki çözüm yolu söz konusuydu ki bunlar *ius vendendi* ve *lex commissoria* idi. *Lex commissoria*, aktin arızî bir unsuruydu ve her defasında tarafların bu yönde anlaşmalarını gerektirmekteydi. Ayrıca, rehinli alacaklının *res pignoratita*'nın mülkiyetini *lex commissoria* ile elde etmesi için, rehinli alacaklının bu kayda dayanmak istediğini belirtmesi gerekirdi; dolayısı ile, rehinli malın mülkiyetinin geçişi kendiliğinden gerçekleşmemekteydi. *Lex commissoria*'ya dayanan alacaklının *superfluum* talep etme ve borçluya karşı rehin aktinden doğan şahsî davayı ileri sürme hakları ortadan kalkardı.

Buna göre, rehin veren açısından *superfluum*'u talep edebilme yönünde bir hakkın söz konusu olabilmesi için öncelikle rehne esas teşkil eden borcun ifa edilmemiş olması şarttı. Ayrıca, rehinli alacaklının *lex commissoria*'ya dayanmasının mümkün olmaması ya da taraflar aralarında bu konuda anlaşmış olsalar dahi, rehinli alacaklının *lex commissoria*'nın uygulanmasını talep etmemiş olması gerekmektedir.

Lex commissoria'ya başvurulmamış ve rehine esas teşkil eden borcun ifa edilmemesi sonucunda rehinli malın satımı söz konusu olmuş ise; rehinli alacaklı, *res pignerata*'nın satımından elde ettiği miktarla öncelikle kendi alacağını karşılayacaktır. Bundan arta kalan miktarı (*superfluum*) rehin verene iade etmekle sorumlu olacaktır.

Superfluum'un ya da diğer adı ile *hyperocha*'nın miktarını tayin etmek için, rehinli alacaklı tarafından değil, rehin veren tarafından gösterilen deliller hakim tarafından dikkate alınır³⁰⁷

Rehin veren, *superfluum* elde edilmiş ise, bunu talep etme hakkına sahiptir. Rehlinli alacaklının *superfluum*'u iade etmemesi durumunda, rehin aktinden doğan şahsî dava (*actio pigneraticia in personam*) ile sorumluluğu söz konusu olurdu³⁰⁸.

b) Rehin Veren Rehin Aktinden Doğan Borçları

Rehin aktinde, rehin veren asıl borçlu olmadığından her zaman rehin aktinden doğan bir borcu veya borçları olduğundan bahsedemeyiz. Rehin veren, rehine esas teşkil eden borcun ifası ile rehin konusu şeyin (*res pignerata*) zilyedliğinin kendisine geçirilmesini isteyecekti. Rehin akti, rehine esas teşkil eden borç sebebi ile yapılmıştır, ancak ayrı bir akittir. Şu halde, çok açıktır ki, rehine esas teşkil eden borcun ifa edilmesi, rehin aktinin sona ermesini beraberinde getirirse de, esas borcun ifası rehin aktinden kaynaklanmaz. Rehin akti, borçluyu, doğrudan değil, ancak dolayısı ile borç ödemeye zorlama işlevini görür³⁰⁹.

Şu halde, rehin veren rehin aktinden kaynaklanan borçlarını çeşitli ihtimalleri göz önünde bulundurarak değerlendirebiliriz. Bu konuda aklımıza öncelikle rehinli alacaklının *res pignerata*'ya yönelik zorunlu masraflarda bulunmuş olması³¹⁰, rehin konusu mal

³⁰⁷ FREZZA, s. 207.

³⁰⁸ Daha önce 272 no'lu dipnotta belirttiğimiz gibi *superfluum*'un rehin verene iade edilmemesi durumunda açılacak olan *actio pigneraticia in personam*, sadece rehin akti söz konusu olduğunda değil, taraflar arasında rehin anlaşması yapılmışsa da söz konusu olurdu. Dolayısı ile, *conventio pignoris*'in tarafı olan rehin alan dahi, bu durumda *actio in personam* ile sorumluydu.

³⁰⁹ RATTI, s. 4.

³¹⁰ MARRONE, s. 468.

yüzünden zarara uğramış olması gibi durumlar gelir. Bu ihtimaller söz konusu olduğunda, rehinli alacaklı, rehin verenden bunları karşılmasını isterdi. Ayrıca rehin alanın *res pignerata* için ödediği vergileri de, rehin veren iade etmek durumundaydı³¹¹. Bir diğer olasılık da, rehin konusu malın satılması durumunda, satıştan elde edilen miktarın rehinli alacaklının alacağını karşılamadığı durumlarda, yani ortaya *reliquum*'un çıkmasında, rehin alanın bunu talep edebilmesiydi. Ancak bu son durum, rehin yapılmasına esas teşkil eden borç dolayısı ile. Bu sebeple de, örneğin rehin alanın, daha önce de belirttiğimiz gibi, *lex commissoria*'ya dayanması durumunda söz konusu olamayacaktır. Bunun sebebi de, rehinli alacaklının *lex commissoria*'dan faydalanmak konusunda yapmış olduğu seçim ile, artık tatmin olmuş olduğunun varsayılmasından kaynaklanır. Ancak genel kural, rehin alanın, *superfluum*'u iade etme borcu altında olması gibi, *residuum debiti*'yi, yani borçtan arta kalan miktarı talep edebilmesinin de söz konusu olmasıdır³¹². Rehlin veren, bunları yerine getirmediği takdirde, rehin alana karşı rehin aktinden doğan dava (*actio pignericia contraria*) ile sorumlu olacaktır.

II. Rehlin Akti Sebebi İle Tarafların Sorumluluğu

Rehin aktinin yapılması her iki tarafında menfaatine olduğundan, gerek rehin alanın, gerek rehin verenin tüm kusurlarından sorumlu olduğunu söylememiz mümkündür. Nitekim rehin alan, esas alacağına yönelik rehin akti sebebi ile teminat elde etmekte, rehin verenin³¹³ ise kredi alması kolaylaşmaktaydı³¹⁴.

Ancak pek tabiidir ki, Roma'nın çeşitli dönemlerinde diğer akitlerde olduğu gibi sorumluluk ölçülerinin farklılıklar göstermesi söz konusu olacaktır.

³¹¹ BONFANTE, Istituzioni, s. 389.

³¹² D. 20, 5, 9,1

³¹³ Bu durum rehin verenin rehinli alacaklının bizzat kendi borçlusu olduğu durumlarda oldukça açık olarak gözükür.

³¹⁴ ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 57.

1. Rehin Alanın Rehin Aktinden Doğan Sorumluluğu

Rehinli alacaklının, önceleri, *res pignorat*'yı kullanmama ve ona nezaret etme sorumluluğu olduğu hakkında kaynaklar bize bilgi vermektedir³¹⁵. Şu halde, ilk zamanlarda rehinli alacaklının nezaret (*custodia*³¹⁶) sorumluluğu olduğunu söyleyebiliriz³¹⁷.

Custodia; bazı beklenmedik hallerden de sorumlu olmayı gerektiren, klasik devre ait ağır bir sorumluluk türüydü. Nitekim bazı durumlarda, beklenmedik hallerin beşeri önlemler alınarak ve özellikle devamlı denetim ve gözetim ile önlenileceği düşünülmekte ve kişi bunu gerçekleştirmediği takdirde sorumluluğuna gidilebilmekteydi³¹⁸.

Rehin aktinden doğan davanın (*actio pignoratitia*) adının geçtiği *Ulpianus*'un beyanname şerhinin 38. kitabından alınan *Digesta* metninde³¹⁹ *custodia*'dan bahsedilir.

*Rado*³²⁰, bu nedenle, rehin alanın, klasik hukukta bazı beklenmedik olaylar yüzünden gelen zararlardan da sorumlu olacağını belirtmektedir. Nitekim klasik anlamda nezaret sorumluluğu, bu sorumluluğun yüklendiği kişinin kimi beklenmedik hallerde veya hiç bir kusur olmadığı halde sorumlu olmasını gerektirirdi³²¹.

Iustinianus hukukunda, rehinli alacaklının sorumluluğu hafifletilmişti. Bu konuda *Paulus*'un beyanname şerhinin 29. kitabından alınan *Digesta* metni³²² bize bilgi vermekte

³¹⁵ D. 13, 7, 13, 1

³¹⁶ *Custodia* sorumluluğunda *diligentia exactissima* söz konusu olurdu. *Diligentia exactissima*, normalin üstünde, çok dikkatli önem anlamına gelirdi. *Custodia*'dan sorumlu olan borçlu, başkasına ait olup elinde bulunan malın yok olmasını veya zarar görmesini engellemek için normalin üzerinde bir özen göstermeliydi. *Custodia*'dan doğan sorumluluk, bazı durumlarda, kusursuz sorumluluk yani *casus* sorumluluğu adı da verilen sonuç sorumluluğu halini de gösterebilirdi (UMUR, Lügat, s. 53).

³¹⁷ DI MARZO, s. 421; ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 57.

³¹⁸ ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 34; RADO, s. 44. *Custodia*'nın bir yükümlülük olduğuna dair bkz: TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 56.

³¹⁹ D. 13, 7, 13, 1

³²⁰ RADO, s. 88.

³²¹ RADO, s. 44.

³²² D. 13, 7, 14

ve artık rehinli alacaklıdan beklenen sorumluluk ölçüsünün aile babasının kendi işlerinde gösterdiği özen olarak değerlendirildiğini göstermektedir.

Iustinianus, rehinli alacaklının sorumluluğundan bahsederken aile babasına değinmemiş ancak tam ihtimamı (*diligentia exacta*) sorumluluğun ölçütü olarak almıştır.

I. 3, 14, 4:

“...*Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.*”

I. 3, 14, 4:

“...Fakat, rehin her ikisinin de menfaati icabı verilmiş olduğundan, yani hem, daha kolaylıkla kredi temin etmesi için, borçlunun, hem de alacağını daha sağlam bir surette temin etmek için alacaklının istifadeleri bulunduğu, alacaklının, rehin üzerinde tam bir ihtimam göstermesi kâfi görülmüştür; bu ihtimamı gösterdiği halde, herhangi bir beklenmedik hal neticesinde o şeyi kaybederse, mesuliyet altında değildir ve kendi alacağını takip etmesine mani yoktur³²³.”

Iustinianus, *Institutiones*’inde rehinli alacaklının ihtimam derecesinden bahsederken hem *exacta diligentia*’dan söz etmesi, hem de bu ihtimam gösterildiği halde, şeyin kaybolması durumunda rehinli alacaklının sorumluluk altında olmadığını belirtmesi bir çelişki gibi gözükabilir.

ANKUM³²⁴ bu konuya şöyle bir açıklık getirmektedir: Yazar, öncelikle *Institutiones*’i tekrar gözden geçirenlerin, rehinli alacaklının sorumluluğunu, artık kendileri için bir dogma haline gelen *utilitas* ilkesi³²⁵ ile uyum içinde değerlendirdiklerinden

³²³ Metin ve çevirisi için bkz: *Iustinianus*, s. 242-243.

³²⁴ Hans ANKUM, *La Responsabilità Del Creditore Pignoratizio Nel Diritto Romano Classico*, Studi In Onore Di Arnaldo Biscardi, 4. Cilt, Milano 1983, s. 595.

³²⁵ *Utilitas*, fayda anlamına gelir. Bu prensibe göre, borçlunun sorumluluğu, borç ilişkisinden bir fayda sağladığı zaman, fayda sağlamadığı zamana göre daha ağır olacaktır. Bunun nedeni, menfaati söz konusu olan borçludan, daha fazla bir dikkat ve özen göstermesinin beklenebilmesidir. Büyük olasılıkla, klasik döneme kadar uzanan bir teamülden kaynaklanan bu ilke, *Iustinianus* hukukunda bulunur (RADO, s. 42).

bahsetmiştir. Rehin aktinde hem rehinli alacaklının hem de borçlunun menfaatleri söz konusudur³²⁶. Bu sebeple de, nezaret sorumluluğuna (*custodia*) dayanan bir sorumluluk ölçütünü kullanmak elbette ki, rehinli alacaklıya yönelik katı bir yaklaşımdır. Bu yüzden de *Institutiones* 'ten alınan yukarıdaki metinde kullanılan “*exacta diligentia ad eam rem custodiendam*” yani “ kendi şeyini gözetirken gösterdiği tam ihtimam” yeterli görülmüştür. Burada aile babasının (*pater familias*) ihtimam derecesinin ölçüt olarak alınmamış olmasının sebebi, *Institutiones* 'i tekrar gözden geçirenlerin, *utilitas* ilkesine dayanarak aynı sonucu temin etmeye çalışmalarından ve *Gaius* 'un *Res Cottidiana* 'de rehinli alacaklının sorumluluğundan bahsederken *custodia* 'yı ele almasından kaynaklanmaktadır.

Sonuç olarak, bize göre, önceleri rehinli alacaklı *custodia* ile sorumlu ise de³²⁷; artık *Iustinianus* hukukuna gelindiğinde rehinli alacaklının sorumluluğu, bütün kusurlarından sorumluluk yani *omnis culpa*³²⁸ sorumluluk haline gelmiştir³²⁹.

Rehinli alacaklı *Iustinianus* hukukunda hafif ihmalinden (*culpa lieve*) dahi sorumlu olsa da, artık *custodia* 'dan sorumlu değildir. Sorumluluğunun belirlenmesinde ise, aile babasının yani *pater familias* 'ın gösterdiği özen dikkate almaktadır³³⁰.

³²⁶ Van Den Berg, rehinli alacaklının, rehin aktine yönelik bir menfaatinin olmadığını, buna karşılık akitle ilgisinin (*interesse*) bulunduğunu söylemektedir (G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Custodia and Furtum Pignoris*, Studi In Onore Di Cesare Sanfilippo, 1. Cilt, Milano 1982, s. 606).

³²⁷ Nitekim *Gaius* 'un *Institutiones* 'inde (Gai. 3, 204), doğrudan olmasa dahi, rehin verilen şeyin çalınmasından bahseden metinlerde, rehinli alacaklının *custodia* 'dan sorumlu olduğu belirtilmektedir.

³²⁸ *Omnis culpa* sorumluluk; içinde *dolus* (kast), *culpa lata* (ağır ihmal) ve *culpa lieve* (hafif ihmal) sorumlulukları barındırır (TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 51).

Bir diğer önemli nokta da *Iustinianus* hukukunda artık *culpa lata* 'nın kasta eşit sayılmasıdır.

D. 50, 16, 226 (*Paulus libro primo manualium*):

“...manga culpa dolus est.”

D. 50, 16, 226 (*Paulus* 'un elkitabına dair 1. kitabından):

“...ağır ihmal kasttır.”

³²⁹ Rehinli alacaklının *culpa* 'dan sorumlu olduğuna dair bize bilgi veren *Digesta* metinleri için bkz: D. 13, 7, 30; D. 13, 6, 5, 2; D. 20, 1, 2

³³⁰ RADO, s. 88.

2. Rehin Verenin Rehin Aktinden Dolayı Sorumluluğu

Rehin aktinin eksik iki taraflı bir aynî akit olduğu ve aktin asıl borçlusu rehin alan olsa da, rehin verenin de kimi zaman, rehinli mal dolayısı ile rehin alanın gördüğü zararlardan ve rehin alan tarafından *res pignerata*'ya yönelik harcamalardan dolayı *pignus datum*'dan kaynaklanan borçları bulunabileceğinden ve aktin aslen iki tarafın da menfaatine hizmet ettiğinden bahsetmiştik.

Bu durumda rehin verenin sorumluluğu düşünülüğünde, *utilitas* ilkesi gereğince kendisine yüklenen sorumluluk, hafif ihmali yani *culpa lieve*'yi de içirecek şekilde olacaktır³³¹. Böylece rehin verenin sorumluluğunun da, tıpkı rehin alan gibi *omnis culpa* olduğu açıktır.

Umur³³², gerek rehin alanın gerek rehin verenin sorumluluk derecelerinin aynı olmasından yola çıkarak, rehin verenin de klasik hukuktaki sorumluluğunun *custodia* olduğunu söylemektedir.

Bir diğer önemli nokta ise, rehin verenin, bir başkasının malını veya açıklanan değer altunda bir malı rehin olarak verdiği takdirde, hileden sorumlu olacağı ve kendisine karşı hileden doğan dava olan *actio de dolo*³³³ açılacağıdır.

Bu konuya yönelik bir örneğe *Ulpianus*'un *Sabinus* şerhinin 40. kitabından alınan *Digesta* metninde³³⁴ rastlamaktayız. *Ulpianus*, söz konusu metinde altın olduğunu söyleyerek bronz verilmesi durumunda; rehin verene karşı, rehin aktinden doğan davanın açılabilmesini ve bunun dışında rehin verenin hile sebebi ile de haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olacağını belirtmektedir.

³³¹ BONFANTE, Istituzioni, s. 389.

³³² UMUR, Roma Hukuku, s. 348.

³³³ *Actio de dolo*, bir *praetor* davasıydı. Hileye maruz kalan kişinin 1 yıl içinde, hile yapan tarafa karşı açabileceği ve yüklendiği borçlardan kendisinin kurtulmasını sağlardı. Bu davanın açılabilmesi için zararı başka yoldan telafi etmeye imkan olmaması gerekirdi. Hile yapan tarafa, davanın herhangi bir safhasında, sebep olduğu zararı tazmin etme imkanı tanınırdı. Nitekim, bu davadan mahkumiyetin cezası çok ağırdı ve verdiği söze uymayan, kötüniyetli kimse, *infamis* sayıldığı gibi sebep olduğu zararın dört mislini ödemek durumunda kalırdı (UMUR, Lügat, s. 6).

³³⁴ D. 13, 7, 1, 2

Bir diğerk örnek de yine *Ulpianus*'un beyanname şerhine dair 11. kitabından alınan *Digesta* metninden³³⁵ verilebilir. *Ulpianus*, yine rehin olarak altınla bronzun yer değıştirmesinde kimin sorumlu olacağını tartışmaktadır. *Ulpianus*, bu durumda *Sabinus*'un görüşüne hak vererek şöyle bir açıklama yapmaktadır. Şayet rehin olarak altın verilip, sonra bu değıştirilmiş ise; o halde hırsızlıktan sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak altın yerine bronz verilmesi yanlışlıkla olmuş ise, o halde hırsızlıktan sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak *Ulpianus* bu durumda, rehin verenin rehin aktinden doğan dava (*actio pigneraticia*) ile sorumlu olacağını, *Pomponius*'un görüşüne de katılarak belirtmekte ve nizam harici usul (*extra ordinem*³³⁶) ile, *stellionatus* (hile ile işlenmiş suç)³³⁷ ile cezalandırılabilmesinin söz konusu olabileceğini eklemektedir.

Oysa, rehin verenin, rehin alan tarafından yapılan masrafları ödememesi ya da *res pignerata* dolayısı ile rehin alanın uğradığı zararları gidermemesi durumunda kendisine karşı rehin alan, hapis hakkını kullanacaktır³³⁸.

III. Zapttan (*Evictio*) Doğan Sorumluluk

Zapt yani *evictio*, ayıbın bir türüdür. Bu ayıp, malın hukukî durumunda bulunan bir düzensizlik nedeni ile bir üçüncü kişinin o mal üzerinde hak iddia etmesi ile karşımıza çıkar³³⁹.

Zapt, rehin akti açısından da önem arz ederdi. Bunun sebebi rehin aktinde, önceleri tarafların anlaşması sonucunda ortaya çıkan, ardından da aktin tabîî bir unsuru haline gelen

³³⁵ D. 13, 7, 36 pr.

³³⁶ Nizam harici usulde karar, özel mahkemeler düzenlemesinin (*Ordo iudiciorum privatorum*) aksine; tek safhada ve bir devlet memuru olan aynı *magistra* önünde alınırđı. İlk imparatorluk döneminde istisna teşkil eden bu yargılama şekli, klasik sonrası dönemden itibaren olağan usul haline gelmişti (UMUR, Lügat, s. 38).

³³⁷ *Stellionatus*, D. 47, 20, 3, 1'deki özel durumlarda söz konusu olurdu. Kaynaklarda bu suçun tarifi bulunmamakta ise de, *furtum* ve sahtekarlık (*falsum*) suçları arasına girmeyen suçlara bu isim verilmekte ve kamu suçu sayılmamaktadır. Hile ile aldatma ile işlenmiş bir suç olan *stellionatus*, *honestiores* yani üst tabaka için geçici sürgün ve toplumun alt tabakası olan *humiliores* için de kürek cezası idi (UMUR, Lügat, s. 202).

³³⁸ ARANGIO-RUIZ, s. 315.

³³⁹ TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 189.

satış hakkı yani *ius vendendi* ya da diğer adı ile *ius distrahendi*, rehinli alacaklıya, rehinli malı satabilme imkanını vermesiydi. Şu halde; rehinli mal, rehinli alacaklı tarafından bir üçüncü kişiye satılır ve rehin konusu malın asıl sahibi, bu üçüncü kişiye karşı üstün hak iddiasında bulunur ve malını geri isterse zapt söz konusu olacaktı. Bu durumda rehinli alacaklı, malı satan kişi olduğundan acaba malın ayıp içermesine yönelik olarak malı satın alana karşı sorumlu olacak mıdır?

Bu soruya olumsuz cevap vermekteyiz. Bunun sebebi, zapttan doğan sorumluluğun rehin veren üzerinde gerçekleşeceğine yönelik bize kaynakların verdiği bilgilerdir³⁴⁰. Rehlinli malı satan rehinli alacaklı, kural olarak zapta yönelik bir teminat vermezdi.

Bilindiği gibi, rehin akti ile, geçen zilyedlikte, mülkiyet değil. Bu durumda, rehin veren malik olmasa dahi, bir başkasının malını rehin olarak verebilecekti.

Iustinianus hukukuna göre, satılan malın zaptı gerçekleştiğinde, rehinli alacaklının *ex empto* yani satımdan dolayı, rehinli malın alıcısına rehin ilişkisinden doğan taleplerini de vermiş olduğu kabul edilirdi. Bu durumda malın alıcısı, rehinden doğan dava ile rehin verenin sorumluluğuna gidebilecekti³⁴¹.

Ancak rehinli alacaklı, malı üçüncü kişiye satarken, taraflar aralarında ek bir anlaşma yapmışlarsa, genel kural işlemeyebilirdi. Örneğin bu bir *pactum de non praestanda evictione*³⁴² olabilir ki tüm bu ihtimalde ek anlaşmayı da göz önüne alarak sorunu çözmek gerekecektir³⁴³.

³⁴⁰ D. 20, 5, 13

³⁴¹ Milan BARTOŠEK, La Responsabilità Del Creditore E La Liberazione Del Debitore Nella Vendita Pinoratizia Secondo Il Diritto Romano, Bullettino Dell'Istituto Di Diritto Romano "Vittorio Scialoja", Seri: 51-52, 10. ve 11.Ciltten Ayrı Bastı, Milano 1947, s. 239-240.

³⁴² Taraflar arasında yapılan, alım satım sonucunda meydana gelen zapttan, malı devredenin teminat sorumluluğunun olmamasına yönelik olan anlaşmadır. Böylece zapt gerçekleştiği takdirde, satıcı ne semeni iade etmek zorundaydı, ne de henüz almadığı semeni talep etme yetkisini kaybetmesi söz konusu oluyordu (UMUR, Lügat, s. 150).

³⁴³ BARTOŠEK, s. 257.

IV. Rehin Aktinden Doğan Davalar ve Diğer Himaye Araçları

Rehin aktinden doğan davalardan bahsederken, *interdictum*’lardan başlayarak ilerlemeyi uygun görmekteyiz. Her ne kadar, rehin sadece *interdictum* yolu ile himaye edildiği zamanlarda henüz bir aynı akit niteliğinde olmasa da³⁴⁴, aktin tarihi gelişimi ve gerek *in factum concepta*, gerek *in ius concepta* davalarla korunmadan önce, nasıl bir çözüme gidildiğini anlamak, rehin aktinden doğan davaların gelişim süreci hakkında bize bilgi vereceğinden, bu konuya değinmenin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

1. *Interdictum*’lar

Interdictum’lar *praetor*’ların çalışmaları sonucunda, fiilî bir hakimiyet olan zilyedliğin korunması amacıyla ortaya çıkmıştır ve gördükleri işlev bakımından başlıca iki kısma ayrılarak incelenebilir. Bunlar zilyedliğin devamını korumaya yarayan *interdictum*’lar (*interdicta retinendae possessionis*) ve zilyedliğin tekrar elde edilmesini sağlayan *interdictum*’lar (*interdicata recuperandae possessionis*) idi³⁴⁵.

Rehinli alacaklı; önceleri, *interdictum*’larla korunmaktaydı. Zaten rehinli alacaklının sahip olduğu zilyedlik *possessio ad interdicta* idi. Yani, rehin alan, diğer herhangi bir zilyed gibi, *interdictum*’lardan faydalanabilecek, buna karşılık rehin verene, *res pignerata*’nın mülkiyeti ya da *possessio ad usucapionem*’i yani zamanaşımına elverişli zilyedliği kalacaktı.

Rehin verenin korunması da, rehin aktinden doğan dava olan *actio pigneraticia*’nın *actio in factum* olarak tanınmasından önce, borçlunun borcunu ifa etmesi sonucunda, *res pignerata*’yı geri alması için usulî bir vasıta ile gerçekleşirdi ki bu da *interdictum*’du.

Bu durumun önemli bir kanıtını, *Ulpianus*’un beyanname şerhin 73. kitabından alınan *Digesta* metninde³⁴⁶ konu edilen *interdictum de migrando*’dan yola çıkarak verebiliriz. Metinde bize verilen bilgiye göre, kiraya veren ve kiracı, eve getirdiği eşyaların

³⁴⁴ DI MARZO, s. 420.

³⁴⁵ BIONDI, s. 331; UMUR, Roma Hukuku, s. 464.

³⁴⁶ D. 43, 32, 1

kira bedeline teminat olacağını kararlaştırmışlardır. Kiracı, kira bedelini ödemiş ve gitmek istemektedir. Buna engel olunması durumunda kiracı, *interdictum de migrando* 'yu kiraya verene karşı ileri sürebilir.

La Pira³⁴⁷; gerek *actio pigneraticia*, gerek *interdictum de migrando*'nun *formula* 'ları arasında yapılan kıyaslamanın, aynı yapıya sahip olmaları ve aynı amaca yani ifa (*solutio*) sonucunda *res*'in tekrar elde edilmesi amacına hizmet etmelerinden yola çıkarak, rehin aktinden doğan dava olan *actio pigneraticia*'nın, *interdictum de migrando*'dan kaynaklandığını söylemektedir. **Di Marzo**³⁴⁸ da, *interdictum de migrando*'nun yerini, borcunu ifa eden veya borcu diğer herhangi bir şekilde sona eren borçlunun, rehin konusu malı rehinli alacaklıdan geri almak için tanınan *actio pigneraticia* 'ya bıraktığını belirtir. **Biscardi**³⁴⁹, rehin aktinden doğan *actio pigneraticia* 'nın önceleri bir *interdictum de pignore reddendo* yani bir anlamda rehnin geri dönmesini sağlayan *interdictum* ile korunduğunu ve bunun da *interdictum de migrando*'nun özel bir çeşidi olduğundan bahseder.

Biscardi³⁵⁰ ve **Erdoğan**³⁵¹; aynı durumun, *interdictum Salvianum* ve *actio Serviana*³⁵² ya da diğer adı ile *actio hypothecaria* 'da da görüldüğünü belirtir.

Gerçekten de *interdictum Salvianum*³⁵³ ile mal sahibi, vadesi geldiği halde, kira ücretinin ödenmemesi durumunda, kiracının taşınmaza getirdiği mallarını elde edebiliyor ve kiracının buna karşı koyması durumunda, ona karşı *interdictum Salvianum* 'u ileri sürebiliyordu.

Ancak belirtmemiz gerekir ki, *interdictum Salvianum*, *interdicta retinendae possessionis* veya *interdicata recuperande possessionis* niteliğinde değildi. *Interditum Salvianum*, bir *interdictum adipiscendae possessionis* yani zilyedliğin elde edilmesine

³⁴⁷ LA PIRA, *Pignus*, s. 11.

³⁴⁸ DI MARZO, s. 420.

³⁴⁹ BISCARDI, *Appunti*, s. 144.

³⁵⁰ BISCARDI, *Obligatio Rei*, s. 51.

³⁵¹ ERDOĞMUŞ, *Aynî Teminat*, s. 273.

³⁵² *Actio Serviana*, *interdictum Salvianum* 'un genişlemesinden doğan aynî davadır. *Actio quasi Serviana* ile kapsamı daha da genişletilerek, rehin hakkının doğmasına sebep olmuştur (UMUR, *Roma Hukuku*, s. 12).

³⁵³ D. 43, 33, 1

yarayan bir *interdictum* niteliği taşırdı. Nitekim rehin alan, o ana kadar elinde olmayan zilyedliği elde edecekti³⁵⁴.

Bunun dışında rehin veren, üçüncü kişilere karşı, rehin konusu malın *ius civile* maliki ise, istihkak davasına yani *rei vindicatio*'ya dayanabileceği gibi; *praetor* mülkiyetine sahip olduğu durumlarda, *actio publiciana in rem*'e başvurabilecekti.

Ancak, rehin aktinin sadece *interdictum*'larla korunduğu dönemde, rehin alanın sahip olduğu *interdictum* zilyedliğinin zor kullanılarak ihlali dışında, onu korumamakta ve kendisinin *res pignerata* üzerinde tasarruf yetkisi, dolayısı ile rehin konusu malı satıp devretme yetkisi bulunmamaktaydı. Böylece, rehin verenin *res pignerata* üzerinde sahip olduğu hak, kendisine dava hakkı tanınmadığı dönemlerde, sadece rehin verenin borç ödeninceye kadar rehin konusu maldan faydalanmasının engellenmesini sağlıyordu³⁵⁵.

2. Rehın Aktinden Doğan Şahsî Dava (*Actio Pigneraticia In Personam*)

Romalılar davaları yani *actio* 'ları başlıca iki guruba ayırmışlardı. *Actiones in rem*, ki bunlar herkese karşı ileri sürülebilen aynî davalar ve *actiones in personam* yani bir akit ya da bir haksız fiilden kaynaklanarak bir kimseye karşı ileri sürülebilen şahsî davaları³⁵⁶.

Bizim konumuz borçlar hukukunun konusu olan rehin akti ile sınırlı olduğundan, burada ele alacağımız dava yine borçlar hukukunun kapsamına giren *actio pigneraticia in personam* olacaktır.

Actio pigneraticia in personam, rehin aktinden kaynaklanan şahsî davaydı. Bu yüzden *actio pigneraticia in rem*³⁵⁷ ile, yani aynî nitelikteki rehin davası ile

³⁵⁴ KOSCHAKER, s. 178.

³⁵⁵ KOSCHAKER, s. 178.

³⁵⁶ Gai. 4, 1

³⁵⁷ *Iustinianus* hukukunda, *actio pigneraticia in rem*, artık rehin akti için de uygulanabilmekteydi. Zaten daha önce de belirttiğimiz gibi M. Ö 1. yüzyılın sonlarına doğru *actio Serviana*'nın *pignus datum* için de uygulanabilir olması ile, rehin aktinin söz konusu olduğu durumlarda da, rehin alanın, *res pignerata* üzerinde aynî hakkının doğduğu kabul edilmişti (TALAMANCA, Istituzioni, s. 480).

karıştırılmaması gerektiğini hatırlatmanın yerinde olacağı kanaatindeyiz³⁵⁸. Bundan sonraki kısımlarda rehin aktinden doğan şahsî dava için, *actio pignoratitia* demekle yetineceğiz.

Rehin akti, *actio* 'larla himaye edilmeye, öncelikle *praetor* 'lar tarafından tanınmış olan *actio in factum* 'lar ile başlamış sonraları kendisine *actio in ius* da tanınmıştır. Bu durumda rehin aktinin, tıpkı vedia (*depositum*) ve âriyet (*commodatum*) akitlerinde olduğu gibi³⁵⁹, biri *in factum concepta* diğeri *in ius concepta* olmak üzere iki *formula* 'sının mevcut olduğunu söyleyebiliriz³⁶⁰.

Bütün eksik iki taraflı akitlerde olduğu gibi, *actio pignoratitia* 'nın da biri *directa* diğeri *contraria* olmak üzere iki şekli mevcuttu. Eksik iki taraflı akitlerin esas borçlusuna karşı açılan dava *directa* ve bazı hallerde borçlu olan tarafa karşı açılan dava ise *contraria* 'ydı³⁶¹.

Şu halde, rehin aktinde asıl borçlu rehin alan olduğuna göre, kendisine yöneltilecek olan dava *actio pignoratitia directa* 'ydı. Rehin veren ise *actio pignoratitia contraria* ile sorumlu olacaktı.

³⁵⁸ Zaten *actio pignoratitia in rem* 'in yani diğeri adı ile *actio Serviana* 'nın tanınmasıyla, rehin hakkı bir *ius in re aliena* yani başkasına ait bir şey üzerinde aynı hak oldu (KOSCHAKER, s. 179).

³⁵⁹ Nitekim *Gaius*, *Institutiones* 'inde (Gai. 4, 47), kimi durumlarda *praetor* 'un, *depositum* ve *commodatum* 'da olduğu gibi, kaynağını hem haktan alan *formula* 'lar, hem de bir olaydan alan *formula* 'lar önerdiğini söylemektedir.

³⁶⁰ RADO, s. 87.

³⁶¹ Örneğin eksik iki taraflı bir akit olan vedia, asıl borçlu olan vedia alana *actio depositi directa*, vedia verene *actio depositi contraria* açılır (ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 55; RADO, s. 80 vd.; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 151 vd.). Âriyette ise, âriyet alan esas borçlu olduğu için onun sorumluluğuna *actio commodati directa* ile gidilir; âriyet veren muhtemel borçluya açılacak dava ise *actio commodati contraria* 'dır (UMUR, Roma Hukuku, s. 343; RADO, s. 77-78; ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 52; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 148-150).

a) Rehin Alana Karşı Açılan Dava (*Actio Pignericia Directa*)

Bu dava rehin alana karşı açılır ve borcun ifa edilmesi veya diğer başka bir şekilde sona ermesi dolayısı ile *res pignerata*'nın zilyedliğinin ya da *superfluum* elde edilmesi durumunda bunun verilmesi talep edilirdi³⁶².

Actio pignericia directa'nın, *actio in factum* olarak açılabilmesi için aşağıdaki şartların oluşması gerekirdi:

1-*Pecunia* yani parayı konu edinen bir borca teminat olarak bir şeyin rehin olarak rehin alana verilmiş olması,

2-Borcun ifası veya borcu sona erdiren diğer bir sebebin gerçekleşmiş olması veya

3-Rehinli alacaklının, alacaklı temerrüdüne (*mora accipiendi*) düşmüş olması gerekirdi.

Bu şartlar gerçekleştiği takdirde, davacı olan rehin veren, rehin olarak verdiği şeyin iadesini *actio directa* ile talep edebilirdi³⁶³.

Ancak bu şartlara ilişkin açıklık getirmemiz gereken önemli bir nokta vardır. Bunlardan ilki borcun parayı konu edinmesinin ne şekilde anlaşılması gerektiğine yöneliktir. Bunun cevabını bize *Gaius, Institutiones*'inde³⁶⁴; *pecunia* ile kastedilenin her türlü şey (*omnes res*) olabileceği şeklinde yaptığı açıklama ile vermektedir.

Actio pignericia directa'nın rehin alana karşı açılabilmesi için *res pignerata*'nın rehin verene ait olması gerekmez. Bunun sebebi rehin aktinden doğan sorumluluğun tarafların aralarında rehin aktini tamamlamaları ile doğmasıydı. Böylece taraflar arasında rehin akti gerçekleştiğinden, rehin veren, rehin konusu şeyin maliki olmasa, bir başkasının malını rehin olarak vermiş olsa dahi, rehine esas teşkil eden borcunu ifa etmekle, *actio pignericia directa* vasıtasıyla rehin alanın sorumluluğuna gidebilecekti. *Ulpianus* da,

³⁶² *Superfluum*'ün ortaya çıkması halinde, *pignus conventum*'da da, *actio pignericia in personam* açılacaktır (Bkz: 272 no'lu dipnot).

³⁶³ FREZZA, s. 320.

³⁶⁴ Gai 3, 124

beyanname şerhinin 28. kitabından alınan *Digesta* metninde³⁶⁵, bir başkasının malını rehin olarak veren kişinin, *pignus*'tan doğan davayı açabileceğini belirtir. Ancak *Ulpianus*, bu davanın ancak borç ödendikten sonra açılabileceğini söyler.

Bu konuya yönelik bir diğer bilgi, *Marcinianus*'un cevaplarının 4. kitabından alınan *Digesta* metninde³⁶⁶ bize verilmektedir. *Marcinianus*, rehinli alacaklının bir başkasının malını rehin olarak veren borçluya karşı *actio pigneraticia contraria* ileri sürebileceğini, bunu borç ödenmiş olsa dahi yapabileceğini belirtmektedir.

Bunun dışında rehin aktinin gerçekleşmiş olmasına rağmen, rehine esas teşkil eden alacağın olmaması durumunda da *actio pigneraticia*'ya başvurulabilirdi. *Albanese*³⁶⁷ bu konuda bize iki olasılık olduğunu söylemektedir ki bunlar:

- 1- Rehne esas teşkil eden alacağın mevcut olmaması
- 2- Rehne esas teşkil eden alacağın sonradan hükümsüz hale gelmesi

Bu durumu doğrulayan *Digesta* metni³⁶⁸, *Ulpianus*'un beyanname şerhinin 28. kitabından alınmıştır. *Ulpianus*, birisinden, para vereceğini söyleyerek rehin alan ve ona bir şey vermeyen kişinin, rehin veren henüz hiçbir şey yapmamış olsa dahi *actio pigneraticia* ile sorumlu olduğunu söyler. Aynı durumun alacağın geciktirici şarta bağlı olduğu ve şartın gerçekleşmediği durum için ya da borcun istenmeyeceğine dair geçerli bir anlaşma yapıldığı zamanda söz konusu olduğunu belirtir.

Bunun dışında, *actio pigneraticia*'nın açılması için gereken şartlardan yine sadece *datio rei* gerçekleşmiş olsa dahi, rehinden doğan davanın açılabileceği bir diğer durum da; alacaklı için zilyedliği kazanmaya yetkili olmayan bir kişiye, rehin verilmiş olmasıdır. Buna örnek olarak da *Tryphoninus*'un tartışmalı meselelerinin 8. kitabından alınan *Digesta* metnini³⁶⁹ örnek gösterebiliriz. *Tryphoninus*, birisinin *Titius*'a veya alacaklıya ödemeyi yapacağına dair söz vermesi durumunda, ödemeyi *Titius*'a yapmış ise, bu durumda bunu

³⁶⁵ D. 13, 7, 9, 4

³⁶⁶ D. 13, 7, 32

³⁶⁷ Bernardo ALBANESE, *Actio Pigneraticia In Personam Ed Inesistenza Del Credito Garantito*, Studi In Onore Di Cesare San Filippo, 1. Cilt, Milano 1982, s. 5.

³⁶⁸ D. 13, 7, 11, 2

³⁶⁹ D. 20, 1, 33

geri alamayacağını söylemekte; ancak *Titius*'a rehin vermesi durumunda, borcunu ifa etmeden önce dahi, rehinli malı geri isteyebileceğini eklemektedir.

Yukarıda incelediğimiz ve *actio pignoratitia*'nın açılması için gereken şartlara istisna getiren bu örnekler rehin aktinin geçerli olarak doğmuş olup olmamasının, tarafların sorumluluklarının doğmayacağı şeklinde anlaşılamayacağını bize göstermektedir. *Frezza*³⁷⁰,ya göre bu durumun sebebi; romalı hukukçuların, akitten doğan davaları, tarafların *in contrahendo* sorumluluklarını yani akte yönelik henüz görüşmeler esnasındaki davranışlarına yönelik sorumluluklarını da içine alacak şekilde ele almalarından kaynaklanmaktadır.

Kanaatimce, rehin olarak verilen şeyin iadesi için, *actio pignoratitia*'ya gidilmesi dışında, şartları gerçekleştiği takdirde *rei vindicatio* ile de rehin olarak verilenin iadesinin istenebilmesi düşünülebilmelidir. Bunun dışındaki zararlar için elbette ki *actio pignoratitia* ileri sürülebilir.

Actio pignoratitia ile, rehin olarak geri verilen, rehin akti yapıldığı sıradaki durumu ile geri iade edilmeliydi. Nitekim rehin alan, rehin konusu mala gelen zararlardan *omnis culpa* sorumluydu. Rehın konusu malın geri verilmesi, onun akit kurulduktan sonra meydana gelen semere ve rehin konusu köle kadın ise *partus ancillae*'nin geri verilmesini içerir. Ancak, bu durum, rehinden kaynaklananların rehine esas teşkil eden alacaktan indirilmemiş olması söz konusu olduğunda veya tarafların *antichresis* anlaşması yapmamış olması durumunda geçerlidir.

b) Rehın Verene Karşı Açılan Dava (*Actio Pignoratitia Contraria*)

Actio pignoratitia contraria, rehin alan tarafından rehin verene karşı açılan dolayısı ile rehin verenin sorumluluğuna gidildiğinde kullanılan rehin aktinden doğan şahsî davaydı.

³⁷⁰ FREZZA, s. 321

Rehin veren, bazı durumlarda borç altına girerdi. Bu durumlara örnek olarak rehin alanın birtakım masraflarda bulunmuş olması, rehin olarak verilen şey dolayısı ile rehin alanın zarara uğraması ya da zapt hali gösterilebilir.

Umur³⁷¹, **Rado**³⁷² ve **Tahiroğlu**³⁷³ faydalı masrafların da söz konusu olduğu durumlarda rehin alanın, rehin verenin sorumluluğuna gidebileceğini belirtmektedir. Kannatimizce, asıl olan zorunlu masrafların talep edilebilir olması olsa da, en azından rehin aktinden doğan davanın bir iyiniyet davası olarak kabul edilmesi, (bu imkan *Iustinianus* döneminde tanınmıştır³⁷⁴), sonrasında, duruma göre, rehin alanın sorumluluğuna, faydalı masrafların söz konusu olduğu durumlarda da, gidilebilmelidir.

Kaynaklar bu davanın *formula*'sını bize tam bir kesinlikte sunmasalar da, *actio pigneraticia contraria*'dan bahseden *Digesta* metinleri mevcuttur.

Bunlardan biri, *Paulus*'un eyalet beyannamesi şerhinin 29. kitabından alınan *Digesta* metnidir³⁷⁵. *Paulus*, *actio pigneraticia*'nın *contraria* olanının, rehin alan tarafından açılacağını söylemekte ve rehin konusu malın rehin verene ait olmaması meselesini tartışmaktadır. *Paulus* rehin verenin kendisine ait olmayan bir malı rehin olarak vermesi durumunda *stellionatus*³⁷⁶'tan sorumlu olacağını söylemekte ve *stellionatus*'un söz konusu olması için rehin verenin bunu bilip bilmemesinin önemi üzerinde durmaktadır. *Paulus* cezaî açıdan bakıldığında, rehin verenin bunu bilmemesinin, onun açısından bir özür oluşturduğunu belirtir. Ancak *Marcellus*'un görüşünü de eklemektedir. *Marcellus*'un kendisine ait *Digesta*'sının 6. kitabında; rehin verenin, kendisine ait olmadığını bilmesede dahi, başkasına ait bir malı rehin vermesi durumunda *stellionatus*'tan sorumlu olacağını söylediğini ve borçlunun bilmemesinin onun için bir özür oluşturmadığını belirttiğini söyler. *Paulus*, söz konusu metnin son kısmında, rehin alanın, rehin verenin bir başkasına

³⁷¹ UMUR, Roma Hukuku, s. 347.

³⁷² RADO, s. 88.

³⁷³ TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 161.

³⁷⁴ *Iustininus*, *Institutiones* 'inde (I. 4, 6, 28), *actio pigneraticia* 'yı iyiniyet davaları arasında saymıştır.

³⁷⁵ D. 13, 7, 6, 1

³⁷⁶ *Stellionatus* hakkında, yukarıda 337 no'lu dipnotta gerekli açıklama yapıldığından, burada tekrardan kaçınıyor ve *stellionatus* 'un hile ile işlenen suç olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

ait olduğunu bildiği bir malı rehin olarak kabul etmesi durumunda, *actio pignoratitia contraria*'yı rehin verene karşı ileri süremeyeceğini de belirtir.

Rehin alan, *actio pignoratitia contraria* ile rehin verenin sorumluluğuna gittiği ve rehin veren akitten doğan borcunu ifa etmediği takdirde, *ius retentionis* yani hapis hakkını kullanabilecektir³⁷⁷.

³⁷⁷ UMUR, Roma Hukuku, s. 348.

Üçüncü Bölüm

ROMA HUKUKUNDA REHİN AKTİNİN SONA ERMESİ VE REHİN AKTİNE İLİŞKİN ESASLARIN TÜRK HUKUKUNA YANSIMASI

I. Rehin Aktinin Sona Ermesi

Rehin aktinin normal seyirinde beklenen sona erme sebebi, rehin aktinin yapılmasına sebep teşkil eden borcun ifasıydı. Böylece alacağını elde eden rehinli alacaklı, *res pignorat*'nın zilyedliğini rehin verene iade edecekti.

Frezza³⁷⁸, rehin aktinin sona ermesini iki ayrı gruba ayırarak incelemektedir:

1- İfa (*Solutio*)

Ulpianus, Sabinus şerhinin 45. kitabından alınan *Digesta* metninde³⁷⁹ ifanın kabul edilen her türlü tatmin edilmeyi içine aldığını belirtir. Bunun ardından vaad ettiğini yapmanın ifa etmiş olduğunu belirtir.

İfanın söz konusu olduğu durumlarda, rehin aktinin sona ermesi genelde rehinle teminat altına alınan borcun sona ermesinin bir sonucuydu.

2- Alacaklının Tatmin Edimesi (*Satisfactio*)

Alacaklının tatmin edilmesi ile rehin aktinin sona ermesi söz konusu olurdu. Her ne kadar birtakım istisnaî durumlar içerse de, *satisfactio* sonucunda, rehin akti , genelde asıl borç ilişkisinden ayrı, bağımsız bir borç olarak sona ererdi.

³⁷⁸ **Frezza**, her ne kadar Lenel'in *Edictum Perpetuum*'unda (Lenel, *E.P.*, p. 255) belirtilen rehinin *actio in factum formula*'sında, her ne kadar rehin ilişkisinin sona ermesi için üç durum öngörülmüşse de ki bunlar, *solutio*, *satisfactio* ve *mora accipendi*'dir, alacaklı temerrüdünün özel bir durum içermemesinden yola çıkarak rehni sona ermesini *solutio* ve *satisfactio* başlıkları altında incelemesinin uygun olduğunu belirtmiştir (**FREZZA**, s. 277).

³⁷⁹ D. 50, 16, 176

1. Rehin Aktinin Sona Ermesinin Rehinle Teminat Altına Alınan Borcun Sona Ermesinin Bir Sonucu Olduğu Durumlar

Burada inceleyeceğimiz sebepler, tarafları rehin aktinin yapılmasına götüren borç ilişkisinin, bir diğer ifade ile temel borç ilişkisinin sona ermesine yol açanlar olacaktır. Söz konusu borç ilişkisinin sona ermesi, rehin aktinin de sona ermesini beraberinde getirecektir. Bunun sebebi, rehin aktinden doğan borç ilişkisinin teminat altına aldığı alacağa bağlı olmasından kaynaklanır. Nitekim rehin akti, kural olarak mevcut bir borç ilişkisini teminat altına almak için yapılmıştır ve teminat altına aldığı borç ilişkisinin sona ermesi, rehin aktinin de sona ermesine yol açacaktır.

a) Borcun İfası (*Solutio*)

*Solutio*³⁸⁰ yani ifa, borcu *ipso iure* yani hukuken bir diğer ifade ile kendiliğinden sona erdiren³⁸¹ sebeplerden en önemlisiydi³⁸².

Gaius, Institutiones'inde³⁸³ borç ilişkisinin öncelikle borç olanın ifası ile ortadan kalkar demektedir.

Solutio'nun tarihi gelişimine bakıldığında, önceleri borç ilişkisinin ortadan kaldırılması için, o borç ilişkisini kuran hukukî muamelenin tersinin yapılması gerekliydi³⁸⁴. Ancak klasik hukukta, bu durum değişmiş, borcun nasıl meydana geldiği

³⁸⁰ *Solutio*'nun aslında çözmek anlamına gelen *solvere*'den geldiğini daha önce belirtmiştik. Bunun sebebi, borcun tanımına yer verirken belirttiğimiz gibi, borç ilişkisinin aslen bir hukukî zincir olarak kabul edilmesi idi. Dolayısı ile bu zincir, çözülme ile yani *solutio* ile son bulacaktır (Bkz: s. 24 vd).

³⁸¹ Borç ilişkisinin sona ermesi, romanistler tarafından ikili bir ayırma tabi tutulmaktadır. Bu iki ana gruptan ilkinin borcu hukuken yani *ipso iure* sona erdiren sebepler teşkil ederken, diğer grubu borcu def'î yoluyla yani *ope exceptionis* ortadan kaldıran borç sebepleri oluşturmaktaydı (UMUR, Roma Hukuku, s. 322 vd.; RADO, s. 223 vd.; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 72 vd.; DI MARZO, s. 380 vd).

³⁸² RADO, s. 224; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 73; ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, s. 141.

³⁸³ Gai. 3, 168

³⁸⁴ Bu duruma yönelik bir örneğe, rehin aktinin tarihçesinden bahsederken sözünü ettiğimiz alacaklı ile yapılan inançlı akit yani *fiducia cum creditore*'de rastlamaktaydık (Bkz. s. 34 vd.) Nitekim *mancipatio* ile devredilen mülkiyet, borcun ödenmesi sonucunda *emancipatio* yolu ile geri alınabilmekte, *in iure cessio* devir muamelesi kullanıldığı takdirde ise, malın mülkiyetinin inanana devrinin *ricedere in iure* devir muamelesi kullanılarak yapılması gerekmektedir. Erdoğan, bunun sebebini, ifanın eski devirde,

önem arzetmemiştir. Böylece, borç konusunun yerine getirilmesi, borç ilişkisinin ortadan kalkması için yeterli hale gelmiştir³⁸⁵.

Nitekim *Ulpianus*'un beyanname şerhinin 73. kitabından alınan *Digesta* metninde³⁸⁶ de, rehinin *slotuio* ya da *satisfactio* sonucunda etkisiz hale geleceği belirtilmektedir.

Şu halde, rehin verenin vaad ettiğini gerçekleştirmesi, rehine esas teşkil eden borcu ifa etmesi, rehin aktini sona erdirecekti.

Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, rehinli alacaklıya yapılan kısmî ifa, rehin aktini sona erdirmeye yetmeyecekti. Böyle bir durumda, rehin bütünüyle geçerli kalmaya devam ederdi³⁸⁷. *Ulpianus*'un beyanname şerhinin 75. kitabından alınan *Digesta* metninde³⁸⁸, bu durum açıkça belirtilmiştir. *Ulpianus*, rehinli alacaklıya yapılan kısmî ödemenin rehinin serbest kalmasına yol açmayacağını söyler.

Yine *Ulpianus*'un beyanname şerhinin 21. kitabından alınan *Digesta* metni³⁸⁹; rehinli alacaklının, değişik şeyleri rehin olarak alması durumunda, bütün borç kendisine ödenmediği sürece, rehinli malların bağlı kalmaya devam edeceğini belirtir.

b) Borcun Yenilenmesi (*Novatio*)

Yenilemenin yani *novatio*'nun söz konusu olduğu durumlarda, borcun sukutu, yeni borç ilişkisinin önceki borç ilişkisinin yerini alması sonucunda meydana gelirdi³⁹⁰. Yenileme *Ulpianus*'tan alınan oldukça ünlü bir *Digesta* metninde şu şekilde tarif edilmişti:

borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldıran bir muamele olarak görülmesine bağlamaktadır (Bkz: ERDOĞMUŞ, Borçlar Hukuku, 269 no'lu dipnot, s. 141).

³⁸⁵ RADO, s. 225; D. 50, 16, 176.

³⁸⁶ D. 20, 6, 6 pr.

³⁸⁷ DI MARZO, s. 327.

³⁸⁸ D. 45, 1, 85, 6

³⁸⁹ D. 20, 1, 19

³⁹⁰ UMUR, Roma Hukuku, s. 326; RADO, s. 234; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 81; DI MARZO, s. 389

D. 46, 2, 1 pr. (*Ulpianus libro quadragesimo sexto ad Sabinum*):

“*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio...*”

D. 46, 2, 1 pr. (*Ulpianus*’un *Sabinus* şerhinin 46. kitabından):

“Önceki borcun, tam veya eksik olan bir diğerine nakli (*translatio*) ve aktarılması (*transfusio*) yenileme (*novatio*) dir...”

Roma hukukunda *novatio* ’nun yapılması *stipulatio* ile gerçekleşirdi. Böylece bir alacak hakkı, *stipulatio* ile değiştirilerek yeni bir borç ortaya çıkıyor ve önceki borç *ipso iure* olarak ortadan kalkıyordu³⁹¹.

Novatio; ancak önceki borca, mutlaka yeni bir şeyin (*aliquid novi*) eklenmesi durumunda söz konusu olabilirdi ki bu değişiklik borcun içeriğinde veya kapsamında bir değişiklik³⁹² olabileceği gibi, tarafların değişmesi ile de meydana gelebilirdi³⁹³.

Bunun dışında geçerli bir yenileme yapılabilmesi için, daha önce de belirtildiği gibi bir *stipulatio* yapılmalı, sukut ettirilmek istenen tam veya eksik bir borcun bulunması, yeni borcun da tam ve geçerli bir şekilde oluşması gerekmektedir³⁹⁴.

Rehin söz konusu olduğunda, borcun *novatio* ile sukutuna dair kaynaklara rastlamaktayız. Örneğin *Ulpianus*’un beyanname şerhinin 28. kitabından alınan *Digesta* metnine³⁹⁵ göre, rehin ile teminat altına alınan borç *novatio* ile yenilendiğinde rehin sona erecektir.

³⁹¹ UMUR, Roma Hukuku, s. 326; DI MÀRZO, s. 389; RADO, s. 234; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 81.

³⁹² Klasik hukukta, borcun içeriğindeki değişiklik, borcun asıl konusunu değiştirmezdi. Yapılan değişiklik, önceki borcun ifa yerinin değiştirilmesi, teminat eklenmesi gibi fer’î borçlarda değişiklik veya vadede değişiklik gibi şekillerde meydana geliyordu. Oysa *Iustinianus*, *novatio* ’nun söz konusu olabilmesi için *animus novandi* yani yenileme niyetinin açıkça beyan ve ifade edilmiş olmasını arayarak şekil bakımından olan kısıtlamayı kaldırdı ve borcun konusunda da değişiklik meydana getirerek *novatio* yapılmasına imkan tanıdı (UMUR, Roma Hukuku, s. 327; RADO, s. 236; DI MARZO, s. 390).

³⁹³ RADO, s. 234

³⁹⁴ UMUR, Roma Hukuku, s. 326.

³⁹⁵ D. 13, 7, 11, 1

Bir diğerk örnek de *Paulus* 'un beyanname şerhinin 57. kitabından alınan *Digesta* metninde³⁹⁶, mevcuttur. *Paulus*, yasal bir şekilde yapılan *novatio* ile ipotek ve rehin serbest kalır demekte ve bu durumda fazilerin de işlemeyeceğini belirtmektedir.

c) İbra (*Acceptilatio*)

İbra ile borç *ipso iure* sukut ederdi. *Acceptilatio*, alacaklı ile borçlunun borcun istenmeyeceği konusunda anlaşmaları ile meydana gelirdi³⁹⁷.

Giaus, *Institutiones* 'inde³⁹⁸ şöyle der:

“*Item per acceptilationem tollitur obligatio. acceptilatio est veluti imaginaria solutio...*”

“Aynı şekilde, borç, ibra aracılığı ile sona erer. İbra, hayali ifa (*immaginaria solutio*) gibidir...”

Ancak ibra, Roma hukuk tarihinde değişik aşamalardan geçmiştir.

Önceleri *acceptilatio*, *stipulatio* yolu ile yapılmakta ve ancak *stipulatio* 'dan doğan borçlar bu şekilde ibra edilmekteydi.

Bu konuda *Gaius*, *Institutiones* 'inde³⁹⁹ *acceptilatio* ile sadece sözlerle meydana gelen borç ilişkilerinin ortadan kalktığını söyler ve başka bir sebepten ifa edilmesi gerekenler, *stipulatio* 'ya tahvil edilerek *acceptilatio* ile çözülebilir diyerek devam eder.

Bu durumda, *stipulatio* ile meydana getirilmeyen bir borç ibra edilmek istenirse, önce *novatio* yolu ile borç yenilenerek bir *stipulatio* borcu haline getirilirdi ve ancak ondan sonra ibra edilebilir hale gelirdi⁴⁰⁰.

³⁹⁶ D. 46, 2, 18

³⁹⁷ UMUR, Roma Hukuku, s. 327; RADO, s. 231; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 82.

³⁹⁸ Gai. 3. 169

³⁹⁹ Gai. 3, 170

⁴⁰⁰ TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 83; UMUR, Roma Hukuku, s. 327; RADO, s. 232.

Cumhuriyet devrinin son asrında getirilen *stipultio Aquiliana*⁴⁰¹ ile; hem borcun *stipulatio* borcu haline gelmesi, hem de ibra edilmesi aynı hukukî muamele ile gerçekleştirilebilir hale gelmişti⁴⁰².

Iustinianus hukukunda ise, artık sözlü şekle uymak zorunluluğu bulunmamaktaydı⁴⁰³.

İbra ile rehnin sona ermesine yönelik olarak bir bilgi, *Iulianus*'un *Digesta*'sının 13. kitabından alınan *Digesta* metninde⁴⁰⁴ bulunmaktadır. *Iulianus*, tıpkı borçlu tarafından verilen yemin (*iusiurandum*) gibi, *acceptilatio*'nun da, rehini serbest bıraktığından bahseder.

d) Yemin (*Iusiurandum*)

Yemin, sadece usul hukuku bakımından uygulama alanı bulmamakta, kişiler de, şüpheli durumları açıklığa kavuşturmak amacı ile, *iusiurandum*'a başvurabilmekteydiler⁴⁰⁵. Tarafların anlaşması ile oluşan ve *Iulianus*'un *Digesta*'sının 10. kitabından alınan *Digesta* metninde⁴⁰⁶, "*iusta conventio*" olarak adlandırılan *iusiurandum*, kişinin lehte olan durumunu garantilemekteydi. *Iusiurandum*'a uyulmaması durumunda hukukî koruma *praetor*'lar tarafından sağlanmıştı. Bir *actio in factum* ya da *exceptio* ile alacaklı borçludan ya da borçlu alacaklıdan korunmaktaydı⁴⁰⁷.

Yemin çok çeşitli sebeplerle yapılabilir; bir diğer ifade tarzı ile, değişik konuları içerebilirdi. Örneğin kişi, malik olduğuna ya da zilyed olduğuna dair yemin edebildiği gibi alacaklı olduğuna ya da borçlu olmadığına dair de *iusiurandum*'a başvurabilirdi.

⁴⁰¹ RADO, s. 232; UMUR, Roma Hukuku, s. 327; DI MARZO, s. 388

⁴⁰² UMUR, Roma Hukuku, s. 327.

⁴⁰³ RADO,, s. 233.

⁴⁰⁴ D. 12, 2, 40

⁴⁰⁵ VOICI, s. 468.

⁴⁰⁶ D. 12, 2, 39

⁴⁰⁷ VOICI, s. 468-469.

Iusiurandum 'un *solutio* ya da *satisfactio* başlığı altında incelenmesi gerektiğine dair bir kesinlik bulunmamaktadır. Bu durumun sebebi kaynaklarda *iusiurandum* 'u *solutio* olarak gören metinlerin yanı sıra *satisfactio* niteliğinde olduğunu söyleyen kaynakların da bulunmasıdır.

Iulianus, borçlu tarafından teklif edilen yemin sonucunda, rehinin serbest kaldığını belirtmektedir. *Iulianus* 'un *iusiurandum* 'u *acceptilatio* ile benzeterek metinde bahsetmesinden hareketle, hukukçunun, yemini *solutio* niteliğinde gördüğü sonucuna varabiliriz.

Buna karşılık *Marcinianus* 'un ipotek *formula* 'sına dair tek kitabından alınan *Digesta* metninde⁴⁰⁸, yemin teklif edilmiş ve kabul etmiş olan rehinli alacaklının tatmin olmuş olduğu belirtilmektedir.

Biz, *Marcinianus* 'un görüşüne katılmayı daha uygun bulmaktayız. Bunun sebebi, yeminin, ifadan çok, *satisfactio* ile borcu sukut ettirmeye uygun olduğunu düşünmemizdir. Nitekim yeminle, aslında borcun ifası gerçekleşmemekte, fakat borç sukut etmekteydi. Bize göre, aynı durum ibrada da söz konusuymuştu. *Acceptilatio* 'da, borçlunun vaad ettiğini yapması yani ifa etmesi söz konusu olmamasına rağmen borç sukut ederdi.

e) Borcun Talep Edilmeyeceğine Yönelik Yapılan Anlaşma (*Pactum De Non Petendo*)

Pactum de non petendo, yani talep etmeme, istememe anlaşması, *praetor* hukuku tarafından yaratılmış, alacaklı ve borçlu arasında yapılan şekle bağlı olmayan bir ibra anlaşmasıydı. Borcun *ope exceptionis* sona erme şekillerinin biri olan *pactum de non petendo* ile, alacaklı ile borçlu, alacaklının ifayı talep etmeyeceğine dair anlaşmışlardı⁴⁰⁹.

Bu anlaşma, her ne kadar *acceptilatio* ile aynı amaca yönelik olsa da, aynı şekillerde gerçekleşmediklerinden, alacaklının bir dava ileri sürerek üzerinde anlaşmışları borcu talep etmesine engel olamazdı. Bunun nedeni, *pactum* 'ların *ius civile* tarafından borç

⁴⁰⁸ D. 20, 6, 5, 3

⁴⁰⁹ KOSCHAKER, s. 285. TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 87; UMUR, Roma Hukuku, s. 330; RADO, s. 233; ARANGIO-RUIZ, s. 400.

doğurduklarının kabul edilmemesiydi. Ancak bu durumda, borçlunun da kararlaştırılmış olan anlaşma def'î yani *exceptio pacti conventi* ileri sürme hakkı vardı⁴¹⁰. Böylece alacaklı dava açmış olsa bile, borçlunun *exceptio pacti conventi*'yi ileri sürmesi, alacaklının açtığı davanın hükümlerini ortadan kaldırırdı⁴¹¹.

Acceptilatio gibi⁴¹², *pactum de non petendo* da, sebep gösterilmeyen soyut hukukî muamelelerdendi. Ancak bu durum bütün ibra muameleleri için geçerli değildi⁴¹³.

Pactum de non petendo, belirli bir zaman dilimi için de yapılabilirdi. Bu durumda borçluya sadece, ödeme ya da daha geniş bir ifade ile ifa zamanını geciktirme bakımından faydası dokunurdu⁴¹⁴.

Rehin aktinin sona ermesinin rehinle teminat altına alınan borcun *pactum de non petendo* ile sona ermesinin bir sonucu olduğu duruma örnek olarak, *Ulpianus*'un beyanname şerhinin 28. kitabından alınan *Digesta* metnini⁴¹⁵ verebiliriz.

Bahsi geçen metinde *Ulpianus*, bir kimsenin para vermek üzere, karşı taraftan rehin aldığı ve para vermediği durumda, rehin veren tarafından *actio pigneraticia (directa)* açılabileceğini söylemektedir. Aynı durumun geciktirici şarta bağlı bir alacağın mevcut olup da, şartın gerçekleşmemesi ve *pactum de non petendo* yapılmış olması durumunda da geçerli olduğunu belirtir.

⁴¹⁰ Belirtmemiz gereken bir diğer önemli nokta da, klasik hukukçular için yalnız taraflar için hüküm ifade eden, ancak kefilin de fer'î bir borcu bulunmasından dolayı onun da kullanabildiği, mirasçılardan ise, isimleri açıkça belirtilmedikçe faydalanma imkanlarının olmadığı *pactum*'lar, *Iustinianus* hukukunda, *pactum in rem* ve *pactum in personam* olmak üzere iki farklı nitelikte karşımıza çıkmaktaydı. Bu ayırma esas teşkil eden nokta *pactum*'un kime karşı ileri sürülebileceğidir. *Pactum in personam*'ın söz konusu olması durumunda, *pactum* sadece borçlu kişiye karşı ileri sürülebilecek, ancak ne mirasçılara ne kefile karşı ileri sürülemeyecekti. Buna karşılık *pactum in rem*'ler, sadece borçluya karşı değil, gerek onun mirasçılardan gerekse kefillerine karşı da ileri sürülebilirdi. *Pactum de non petendo* ile ibra sadece taraflar için hüküm ifade eder (RADO, s. 233; DI MARZO, s. 396).

⁴¹¹ UMUR, Roma Hukuku, s. 330; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 87; RADO, s. 233; DI MARZO, s. 395-396.

⁴¹² En azından *acceptilatio*'nun *stipulatio* ile yapılmasının zorunlu olduğu zamanlar bunu belirtmeye dahi gerek yoktur. Nitekim *stipulatio* zaten soyut bir hukukî muameledir.

⁴¹³ Rado, bu duruma örnek olarak *transactio* denen uzlaşmayı ve cihaz tesisini örnek gösterir (RADO, s. 233-234).

⁴¹⁴ ARANGIO-RUIZ, s. 400.

⁴¹⁵ D. 13, 7, 11, 2

Konumuzla ilgili olarak, bu konuda *Ulpianus*'un söylediklerinden Şu Şekilde bir çıkarımda bulunabiliriz: Söz konusu örnekler, her ne kadar *Ulpianus* tarafından rehin verenin, rehin alana karşı rehin aktinden doğan davayı açıp açamaması meselesi olarak incelse de; geciktirici Şarta baēlı bir alacak mevcut olup Şartın gerçekteŐmemiŐ olmasın ya da alacaklı ve borçlu arasında rehinele teminat altına alınan alacaēa yönelik *pactum de non petendo* yapılmış olmasın benzer hukukî durumlar olarak ele alınmıştır. Bōylece, biz de rehinele alacaēa yönelik yapılan *pactum de non petendo* 'nun, tıpkı alacak geciktirici Şarta baēlı olup Şartın gerçekteŐmemesinin, borçlunun borcunun sukut etmesi sonucunu getirmesi gibi, aynı Şekilde rehinele teminat altına alınan borcu sukut ettirdiēini ve bunun bir devamı olarak rehin aktini de sona erdiēini söyleyebiliriz.

2. Rehin Aktinin Asıl Borçtan Ayrı Baēımsız Bir Borç Olarak Sona Ermesi

Burada ele alacaēımız durumlarda, rehin akti, temel borç ilişkisinin sona ermesi nedeniyle ikincil bir borç ilişkisi olmasından dolayı sona ermeyecektir.

Rehinin sona ermesinin sebebi, genelde rehinele alacaklının tatmin edilmiş olmasın ile gerçekteŐecek ve rehin akti, asıl borçtan ayrı, baēımsız bir borç olarak son bulacaktır.

a) Yeni Bir Teminat Verilmesi

Bazı sebepler, *satisfactio* kavramını altında, teminat altına alınan borçtan baēımsız olarak, rehinele sona erdirirlerdi ki bunlardan birisi de yeni bir teminat verilmesiydi. Bu durumda, kiŐisel bir teminatın verilmesi veya başka bir rehinele verilmesi, rehinele alacaklı tarafından *satisfactio* olarak kabul edilmiŐti⁴¹⁶.

Ancak unutmamak gerekir ki, rehinele alacaklı rehin akti söz konusu olduēu zaman rehin konusu malın zilyedliēine sahip olduēundan dolayı, verilecek olan yeni teminat aynı mal için söz konusu olamazdı.

⁴¹⁶ TALAMANCA, Istituzioni, s. 484.

b) Teminat Olarak Gösterilen Malın Telef Olması

Marcianus'un ipotek *formula*'sına dair tek kitabından alınan *Digesta* metninde⁴¹⁷ de belirtildiği gibi, rehin veya ipotek, rehin konusu malın telef olması ile sona ererdi.

Tahiroğlu⁴¹⁸, rehin konusunun bir ev olması durumunda, telef olan ev yerine yeni bir evin yapılması örneğini vererek, bu durumda ipotek hakkının devam ettiğini zira bu durumda "*superficies solo cedit*" kuralının yani üst, toprağa katılır kuralının işlediğini söylemektedir.

c) Birleşme (*Confusio*) Sebebi ile Sona Erme

Confusio, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi sebebi ile, borcu ortadan kaldırırdı⁴¹⁹. Bu durumun iki yönü vardır: öncelikle borçlu ve alacaklının aynı kişi olması durumunda, borcun varlığı imkansız hale gelirdi ve diğer açıdan ise *confusio* sonucunda alacaklı, alacağını almış gibi olurdu⁴²⁰.

En sık olarak, miras nedeniyle meydana gelirdi⁴²¹. Örneğin kişinin kendi alacaklısının mirasçısı olması durumunda, miras yoluyla hâlefiyet neticesinde, kişi kendisinin borçlusuna düşer ve artık borcun ifası söz konusu olmayacağından, borç *ipso iure* olarak ortadan kalkardı. Ya da bunun tam tersi gerçekleşir ve kendi borçlusunun mirasçısı olan, kendi kendinin alacaklısı olamaz ve borç ortadan kalkardı. Nitekim *Ulpianus*'un *Sabinus* şerhinin 49. kitabından alınan *Digesta* metninde⁴²² de, borçlusunun mirasçısı haline gelen kişinin, artık *confusio* nedeni ile alacaklı olmadığı belirtilir.

⁴¹⁷ D. 20, 6, 8 pr.

⁴¹⁸ TAHIROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 161.

⁴¹⁹ RADO, s. 237; TAHIROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 84; UMUR, Roma Hukuku, s. 328; DI MARZO, s. 392.

⁴²⁰ UMUR, Roma Hukuku, s. 328; TAHIROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 84.

⁴²¹ DI MARZO, s. 392; RADO, s. 237.

⁴²² D. 18, 4, 2, 18

Ulpianus'un beyanname şerhinin 30. kitabından alınan *Digesta* metninde⁴²³ de, bir kimsenin kendisine ait bir mal üzerinde; ne rehin, ne vedia, ne *precarium*, ne satım, ne de kira gerçekleştiremeyeceğini belirtir.

Bunun dışında *Iulianus*'un *Digesta*'sının 11. kitabından alınan *Digesta* metninde⁴²⁴ ünlü hukukçu şöyle bir örnek vermektedir. Bir yabancıya ait bir şey satın alıp, bana rehnettiğin ve *precarium* olarak geri aldığın farzedilirse, şayet, ben bu şeyin asıl malikinin mirasçısı olursam, rehin sona erer, sadece *precarium* devam eder demektir.

d) Rehin Konusu Malın Vasiyetname ile Rehin Verene Bırakılması

Bu durumu ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun görmemizin sebebi, burada söz konusu olanın birleşme yani *confusio* olmamasından kaynaklanır. Nitekim *confusio*, tarafların iradesinden bağımsız olarak, borcu *ipso iure* olarak sona erdirmekteydi⁴²⁵.

Bu duruma örnek olarak kaynaklarda *Ulpianus*'un *Sabinus* şerhinin 21. kitabından alınan *Digesta* metnini⁴²⁶ gösterebiliriz. *Ulpianus*, rehin olarak verilen şeyin, alacaklısı tarafından borçluya vasiyetname ile bırakıldığı durumda, vasiyetname geçerli ise, borçlunun parayı ödemediği rehin konusunu rehinden kurtarmak için dava açabileceğini söyler.

e) Rehin Aktinin Dava Sırasında Sona Ermesi

Bu duruma yönelik bir örneğe, *Ulpianus*'un beyanname şerhinin 28. kitabından alınan *Digesta* metninde⁴²⁷ rastlamaktayız. Metinde *Ulpianus*, ödeme yapmadan önce, *actio pignoratitia*'nın öne sürülmesinin söz konusu olduğu bir durumu düşünerek şöyle bir

⁴²³ D. 50, 17, 45 pr.

⁴²⁴ D. 13, 7, 29

⁴²⁵ FREZZA, s. 295.

⁴²⁶ D. 34, 3, 1, 1

⁴²⁷ D. 13, 7, 9, 5

açıklama getirmektedir. Bu durumda; dava açılması yanlış olsa da, borçlu dava sırasında, parayı ödemeyi teklif ederse rehin konusu malı geri alıp zararlarını telafi edebilmesi gerekir, demektir.

Burada, aklımıza şöyle bir soru gelebilir. Alacak miktarını zaten ödeyebilecek iken, neden dava açılmaya ihtiyaç duyulmuştur?

Rehin konusu malın satılmasını engellemek ya da rehin olarak verilen malın alacaklının eline geçmesinin istenmemesi gibi sebeplerden kaynaklanabildiğini düşünebiliriz.

Bu durumda gerçekleşenin alacaklının tatmin edilmesinden çok ifa olduğu bir gerçektir. Bunun sebebi *Ulpianus*, parayı ödemeyi teklif edenin alacaklının rızasına ihtiyaç duyduğundan bahsetmemektedir. Oysa; *satisfactio* yani alacaklının tatmin edilmesi sonucunda borcun sona ermesi için, alacaklının da rızası gerekirdi⁴²⁸.

f) Alacaklının İzni ile Rehinli Malın Satılması

Rehinin alacaklının *consensus*'u ile satılması, rehin aktinin sona ermesini beraberinde getiren özel bir durumdu⁴²⁹.

Ulpianus'un beyanneme şerhinin 73. kitabından alınan *Digesta* metninde⁴³⁰, alacaklının *consensus*'u dahilinde yapılan satım, örneğin yasal bir engel olmasından dolayı geçersiz ise, bu durumda rehin geçerli olmaya devam edecektir demektir.

Aynı problem, *Paulus*'un Sorularının 3. kitabından alınan *Digesta* metninde⁴³¹ de gözükmektedir. Söz konusu metinde verilen örnekte borçlu, alacaklının *consensus*'u ile rehinli malı satmış; ancak daha sonra alıcı ile anlaşarak satımdan dönmüştür. *Paulus*, bu durumda alacaklının rehini korunmalıdır demektir.

⁴²⁸ FREZZA, s. 285.

⁴²⁹ FREZZA, s. 291.

⁴³⁰ D. 20, 6, 4, 2

⁴³¹ D. 20, 6, 10 pr.

Ulpianus, satılan şeyin⁴³², satımın geçersizliği tartışırken, *Paulus* aksi yönde yapılan anlaşma dolayısı ile satımın geçersizliğini tartışmıştır.

Her iki durumda da, satıma konu olan rehinli mal, borçlunun malvarlığından çıkmadığı için, alacaklının satıma yönelik olan *consensus*'u, rehin sebebini yani *causa pignoris*'i ortadan kaldırmayacaktı⁴³³.

Marcinianus'un ipotek *formula*'sına dair tek kitabından alınan *Digesta* metninde⁴³⁴, alacaklının *consensus*'unun, satımın gerçekleşmiş olması şartına bağlı olarak, rehni sona erdiren anlaşma etkisinde olduğu kabul edilmektedir.

g) Rehlinli Malın Rehlin Verene İade Edilmesi

Bu duruma örnek olan metin *Pomponius*'un *Sabinus* şerhinin 18. kitabından alınan *Digesta* metnidir⁴³⁵. *Pomponius*'un ele aldığı olayda, rehinli alacaklı, borçluya, paranın verileceği beklentisi ile rehin konusu malı geri verir. Ancak borçlu bunu pencereden dışarı fırlatır ve bu iş için tutulan bir adam tarafından rehinli mal alınır. *Pomponius*, *Labeo*'nun bu durumda, rehinli alacaklının borçluya karşı hem hırsızlıktan doğan davayı hem de *actio ad exhibendum*⁴³⁶'u açabileceğini söylediğini belirtir.

Bu örnekten, rehinli alacaklının, rehinle teminat altına alınan borcun ifa edileceğini düşünerek, borç henüz ifa edilmeden, rehinli malı borçluya iade etmesi ile rehin aktinin sona erceği sonucuna varabiliriz. Bu durumda, borcun sonradan, yani rehinli malın iadesinden sonra ödenmesi durumu değiştirmeyecekti.

⁴³² Ticarete konu olamayacak bir malın söz konusu olması düşünülebilir. Satım konusunun ticari bir mal olmadığı metinde söylenmemektedir. Biz burada yasal engeli bir örnekle açıklamanın daha aydınlatıcı olacağından hareket etmiş bulunmaktayız.

⁴³³ FREZZA, s. 291-292.

⁴³⁴ D. 20, 6, 8, 6

⁴³⁵ D. 13, 7, 3

⁴³⁶ *Actio ad exhibendum*, bir teşhir etme, ortaya çıkarma davası olan ve *ius civile* tarafından tanınan şahsî davadır. İstihkak davasına veya *noxia* davalara hazırlık olarak uyuşmazlık konusu malın, zilyed tarafından *magistra* önünde ortaya çıkarılmasını sağlar (UMUR, Lügat, s. 2).

h) Rehinli Malın Alacaklı Tarafından Satılması

Rehinli alacaklı tarafından rehin konusu malın satılması ve satış bedeli üzerinden alacağını tahsil etmesiyle de rehin akti sona ererdi⁴³⁷.

Rehinle teminat altına alınan borcun, rehin konusu malın satılması ile sona ermesi için, sadece satımın gerçekleşmiş olması yetmezdi. Rehinli alacaklının serbest iradesi ile satımın gerçekleşmesi yanında borca tekabül eden miktarın kendisi tarafından seçilen şekilde ve kurallara uygun ve onun tarafından kesin kabul edilir şekilde ödenmesi gerekirdi⁴³⁸.

i) Rehinli Alacaklının Rehinli Mal Üzerindeki Zilyedliğini ve Rehinli Malı Elinde Bulunduran Üçüncü Kişiden Talep Yetkisini Kaybetmesi

Rehin aktini sona erdiren bir diğer sebep de rehinli alacaklının rehinli malın zilyedliğini ve rehinli malı elinde bulunduran üçüncü kişiden talep yetkisini kaybetmesiydi⁴³⁹.

Ancak bu durumda zilyedliğin kaybı, rehinli alacaklının rızası dışında gerçekleşmiş ise, zilyedliğe yönelik *interdictum* 'lardan faydalanacaktı.

j) Uzun zaman def'i (*Praescriptio Longi Temporis*)

Praescriptio longi temporis, M.S 2. ve 3. yüzyıl arasında ve *res nec mancipi* kategorisine giren eyalet arazileri yani *praedia provincialia* üzerinde uzun süreli zilyed olanları korumak amacı ile ortaya çıkmıştı. Böylece bu uzun süreli zilyed olanlar, *usucapio* ile iktisap edilemeyen *praedia provincialia* üzerlerinde hak elde edebileceklerdi. Klasik dönemde sadece eyalet arazilerinin malikine karşı, zilyedliğe sahip olan kişinin uzun süreli

⁴³⁷ TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 161.

⁴³⁸ BARTOŠEK, s. 255-256.

⁴³⁹ TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s. 162.

zilyedliğini korumaktaydı. *Iustinianus* döneminde, *praescriptio longi temporis*, hazırlar arasında (*inter praesentes*) 10 yıllık, hazır olmayanlar arasında (*inter absentes*) ki bu durum aynı eyalette oturmayanlar için söz konusuydu, arasında 20 yıllık süreleri öngören, ve haklı sebep (*iusta causa*) ve iyiniyet (*bona fides*) gerektiren bir iktisap yolu haline geldi. Bir diğer şekli de haklı sebep (*iusta causa*) ve iyiniyet (*bona fides*) ve yerine göre 30 veya 40 yıllık süre içerisinde aralıksız ve rahatsız edilmeden zilyedliğe sahip olunmasını gerektiren *praescriptio longissimi temporis*'ti⁴⁴⁰.

Iustinianus hukukunda, tüm zilyedler, 30 yıllık bir sürenin geçmesi sonucunda ve borçlu ve onun mirasçısı da 40 yıllık sürenin geçmesi ile *praescriptio longissimi temporis*'e başvurabilmekteydiler⁴⁴¹.

Bu duruma yönelik bir örnek *Ulpianus*'un münakaşalı meselelerinden 3. kitabından alınan *Digesta* metninde⁴⁴² bulunmaktadır.

Söz konusu metinde, rehinli bir arazi kendisine verilen kişi, bunu satmıştır. Ardından onun mirasçısı da bu araziye yeniden satın almıştır. Sorulan şudur: Rehlin zorlamasına karşılık, mirasçı, uzun zaman def'isini kullanabilecek midir? *Ulpianus* bu duruma olumlu yönde cevap verir, çünkü, rehinli malı üçüncü kişiden satın alan mirasçı, rehin verilen kişinin değil, üçüncü kişinin yerini almıştır.

Nitekim, normal şartlarda, rehin verilen kişinin mirasçısının *usucapio* ile malı iktisap etmesi mümkün değildi.

II. Rehin Aktinin Sona Ermesinin Sonuçları

Rehin aktinin sona ermesinin sonuçları, öncelikle rehin veren açısından önem arzedecektir. Bunun sebebi, rehin aktinin normal sona ermesinin gerçekleşmesi yani teminat altına aldığı borcun ifa edilmesi ile birlikte, rehin alanın rehinli malın zilyedliğini rehin verene iade etmesinin gerekmesidir. Böylece rehin veren, aktin sona ermesiyle, rehin

⁴⁴⁰ TALAMANCA, Istituzioni, s. 427-428.

⁴⁴¹ FREZZA, s. 297

⁴⁴² D. 44, 3, 5, 1

aktinin konusu olan maldan istifade imkanına yeniden sahip olacak ve başka bir alacağa yönelik aynı malı yeniden teminat olarak gösterebilecektir.

1. Rehin Alan Açısından

Rehin aktinin kurulması ile rehin alan, rehin konusu malın zilyedliğini (*possessio ad interdicta*) elde etmekteydi. Bu her ne kadar, önceleri teminat konusu malın mülkiyetinin inamlana geçtiği alacaklı ile yapılan inançlı akit kadar rehin alana güvence sağlamasa da, aynı işlevi görmekteydi.

Nitekim rehin alan, bizzat borçlusunu veya bir üçüncü kişi olan rehin veren tarafından, rehin akti ile teminat altına alınan borcun ifa edileceğine dair bir güvene sahip oluyordu.

Borç *solutio* ya da *satisfactio* ile sona erdiğinde; rehin alan, rehinli malı rehin verene iade ederdi.

2. Rehin Veren Açısından

Bilindiği gibi, rehin akti, *fiducia cum creditore*'nin aksine rehin veren açısından olumlu yönleri oldukça fazla olan bir teminat türüydü. Nitekim rehin veren rehin aktinin tamamlanması ve borç doğurur hale gelmesi için mülkiyeti değil, zilyedliğini naklediyordu. Bununla birlikte rehinli alacaklı, rehin konusu malı kullanmakla veya borçlu tarafından kendisine yetki verilmeksizin birtakım düzenleyici hükümlere başvurmakla, *furtum* yani hırsızlık gerçekleştirmiş oluyordu.

Rehin akti, borçlunun teminat altına alınan borcu ödemesi için iradesine baskı yapan, ancak tatmin edilmemiş olan alacaklının intikam hislerini gidermeye yönelik bir

araç olmayan, süregelen bir ilişki içerirdi. Bu yüzden de, borçluya rehinli malı, vade dolduktan sonra dahi, ifayı gerçekleştirerek geri alabilme imkanı tanımaktaydı⁴⁴³.

Ancak *fiducia cum creditore* açısından tercih edilen bu noktaları, rehin anlaşması ile karşılaştırıldığında; rehin aktinin, rehin veren açısından birtakım olumsuzluklara sahip olmasını engellemezdi.

Her şeyden önce, rehin akti ile rehin konusu malın zilyedliği rehin alana geçtiğinden, borçlu, rehin konusu malı birden fazla kişi ile olan ilişkilerine yönelik teminat aracı olarak kullanmaktan yoksundu. Hatta rehinli malın değeri, değişik kişilerden olan birden fazla borca teminat teşkil edebilecek nitelikte olsa dahi, bunu yapamazdı.

Zilyedliğin rehin alana geçmesinin doğurduğu bir diğer olumsuzluk da, rehin konusu maldan, rehin verenin faydalanma imkanından yoksun kalmasıydı. Her ne kadar bu olumsuzluğu gidermek için, *precarium* ya da kira ile rehin konusu malın rehin verene, rehin aktinin kurulmasından sonra tarafların anlaşarak geçirmesi mümkün olsa da⁴⁴⁴, bunlar oldukça geç zamanlarda atılmış telafi adımlarıydı⁴⁴⁵.

Böylece, rehin aktinin sona ermesi durumunda, rehin veren, rehin konusu malın zilyedliğinin kendisine geri iade edilmesi ile *res*'ten faydalanma imkanına tekrar sahip olabilecek ve söz konusu malı başka bir borcuna teminat olarak gösterebilme imkanını da elde etmiş olacaktı.

III. Roma Hukukundaki Rehın Aktinin Türk Hukuku ile Genel Olarak Karşılaştırılması

Günümüz hukukunda, romalılarca kullanılmış olan rehin aktinden bahsetmek ve onu modern hukuklardaki rehinle kıyaslamak aslında oldukça zordur. Bunun en önemli sebeplerinden biri, Roma hukukunun aynı teminatlara bakış açısıdır. Bir diğer önem

⁴⁴³ Örneğin *impetratio domini*'ye başvurulduğunda öngörülen bekleme süreleri içinde, rehin veren, temel borcu ödemekle rehin konusu malı geri alabilmekteydi.

⁴⁴⁴ D. 13, 7, 35, 1

⁴⁴⁵ BISCARDI, Appunti, s. 147.

arzedene nokta da, romalıların sosyo-ekonomik açıdan, kendi toplumları uyarınca uygun gördükleri mal ayırımının, modern hukuk sistemlerinde söz konusu olmamasıdır.

Nitekim modern hukuklarda, rehin hukuku iki önemli alt başlık halinde incelenmektedir. Yapılan ayırımdaki belirleyici nokta da malın taşınır veya taşınmaz olmasıdır. Oysa romalılar için aynı teminatın tipini belirlemede önem arzedene nokta rehin konusu malın teslim edilmiş olup olmamasında yatmaktadır. Nitekim rehin konusu malın zilyedliğinin rehin alana geçmesi durumunda rehin akti, teslim gerçekleşmediğinde rehin anlaşması söz konusu olacaktır.

1. Teminata Bakış Açısı

Romalılar için teminat denilince akla ilk gelen şahsî teminattı. Bunun sebebi romalıların *fides*'e verdikleri önemden kaynaklanmakla birlikte, önceleri borç ve borçlu kavramları arasında bir farkın gözetilmemesinden, yukarıda da belirttiğimiz gibi, borcun hukukî bir zincir yani *iuris vinculum* halini almasının belirli bir süreç içerisinde gerçekleşmesinden kaynaklanmaktadır.

Daha doğru bir ifade ile, alacaklı zaten şahıs üzerinde icraya dahi başvurabildiği için teminata gereksinim duymamaktaydı. Teminata gereksinim duyması söz konusu olduğunda ise, şahsî teminatı aynı teminata tercih etmekteydi⁴⁴⁶.

Ancak aynı teminat, önce *fiducia cum cretore*, sonra rehin akti ve ardından ipotek ile gelişme göstermişti.

Günümüz hukuku açısından ise teminat denilince akla ilk gelen aynı teminattır. Bunun sebebi, aynı teminata sahip olan kişinin sahip olduğu hakkın şahsî teminatan doğan hakka göre, çok daha kuvvetli bir korumaya sahip olmasıdır. Zaten hakkın niteliğinden de anlaşılacağı gibi, aynı teminata sahip olan kişi, bunu herkese yani gerek aynı teminatı

⁴⁴⁶ Erdoğan, rehin hakları konusunda açıklığın sağlanamamasının, tapu sicilinin yokluğunun, teslim söz konusu olmadan rehin hakkının oluşturulabilmesinin ve zamanla öncelikli kanunî rehin haklarının ortaya çıkmasının da romalıların şahsî teminatı tercih etmelerine yönelik nedenler arasında olduğunu belirtmektedir (ERDOĞMUŞ, Eşya Hukuku, s. 118).

veren kişiye gerek üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecek ve şahsî teminata oranla çok daha ciddi bir koruma imkanına sahip olacaktır.

2. Mal Ayırımı Farkı

Günümüz hukukunda, sosyo-ekonomik açıdan bir malın değeri, genelde onun taşınır olup olmamasına göre değişecektir. Hatta bu yüzden, yani taşınmazlara verilen özel önem dolayısı ile tapu sicilleri oluşturulmuş ve taşınmaz rehninin doğması için, MK m. 856'ya göre, kanundaki istisnalar haricinde, tescil gerekli kılınmıştır.

Gerçekten de Medeni Kanunumuzun, “Eşya Hukuku” başlıklı 4. kitabında yer alan ve taşınmaz rehninin kurulmasına yönelik “Tescil” başlıklı 856. maddesinin 1. fıkrası şöyledir:

“Taşınmaz rehni tapu kütüğüne tescil ile kurulur. Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklıdır.”

Oysa klasik Roma hukukunda mallar açısından yapılan temel ayırım *res mancipi* ve *res nec mancipi*⁴⁴⁷ mal ayırımıydı. *Res mancipi* olan mallar İtalya sınırları içerisinde bulunan araziler, arsalar ve evler, köleler, öküzler, atlar, katırlar, eşekler gibi yük ve çeki hayvanları⁴⁴⁸, geçit irtifakları ve su yolu irtifaklarıydı. *Res mancipiler*, sahip oldukları önem dolayısı ile özel bir rejime tabi tutulurlardı ve bunların mülkiyetlerinin devri *mancipatio* veya *in iure cessio* ile yapılırdı. *Res mancipi* kategorisine girmeyen bütün diğer mallar *res nec mancipi* idi⁴⁴⁹.

Bu durumda, nasıl ki, Roma toplumu için *res mancipi* 'lere, özel bir önem veriliyor ve bunların mülkiyetinin devri, alenîyetin sağlanması ve kesinlik amacıyla *mancipatio* veya *in iure cessio* devir işlemleri ile yapılıyorsa; bizim için taşınmazlar açısından tutulan

⁴⁴⁷ Bonfante, *mancipi*'nin, *mancipium*'un genitif hali olduğunu belirtir. *Mancipium*, mülkiyet anlamına gelir. Bu durumda *res mancipi*, mülkiyete konusu şeyler ve *res nec mancipi*, mülkiyet konusu olmayan şeyler olarak anlamlandırılabilir (BONFANTE, La Proprietà, s. 208).

⁴⁴⁸ Yük ve çeki hayvanlarından bahsederken deve ve fil ayrık tutulmuştur. *Gaius*, bunun sebebinin o dönemlerde bunların tanınmıyor olmasına bağlamaktadır (Gai. 2, 16).

⁴⁴⁹ DI MARZO, s. 234.

tapu sicili ve sicilin gerek taşınmazın satımında, gerek diğer sınırlı aynî hakların oluşturulmasında gördüğü işlev de aynı amaca hizmet etmektedir.

Roma'nın genişlemesi ve Roma sınırları içerisinde yaşayan herkese vatandaşlığın verilmesi sonucunda, temel olarak tarım açısından önemi kıstas alan *res mancipi* ve *res nec mancipi* ayrımı, artık yeterli gelmemeye başlamıştı⁴⁵⁰. *Iustinianus* malların bu ayrımını, eskidiği gerekçesi ile bırakılması gerektiğini söyleyerek kaldırmıştı⁴⁵¹. Artık klasik sonrası hukukta taşınır yani *res mobiles* ve taşınmaz yani *res immobiles* ayrımı hâkim olmuştu⁴⁵². *Res mancipi*'lerin devrine yönelik olan *mancipatio* ve *in iure cessio* devir işlemleri *Iustinianus* hukukunda, artık uygulama alanı bulmamakta, bütün malların mülkiyetinin devri *traditio* ile yapılmaktaydı.

3. Roma Hukukunun Rehin Aktinin Esaslarının Türk Hukukuna Yansıması

Burada yapacağımız inceleme; Roma hukukunda bulunan rehne yönelik esasların, Türk hukuku alanında uygulama alanı bulup bulmadığına yönelik genel bir değerlendirme olacaktır.

a) Taşınmaz Rehni Açısından

Roma hukukunda bir aynî akit olarak kabul edilen rehin akti, zilyedliğin devri ile tamamlanıyordu. Aktin şekle bağlı olmasına gerek yoktu. Rehin aktinin konusunu önceleri her ne kadar taşınırlar oluştursa da, aktin konusunu taşınmazların da oluşturabilmesi mümkündü. Rehin akti, rehin konusu malın mülkiyetini değil zilyedliğinin geçirilmesini gerekli kıldığından *fiducia cum creditore*'den, zilyedliğin rehin alana devrini gerektirdiğinden de rehin anlaşmasından ayrılıyordu.

Günümüz Türk hukuku taşınmaz rehininin doğumunu tapu siciline tescile bağlamakla kalmamış (MK. m. 856/1), alacağı doğuran işlem hangi şekle tâbi olursa olsun,

⁴⁵⁰ BONFANTE, La Proprietà, s. 218.

⁴⁵¹ C. 7, 31, 1, 5

⁴⁵² DI MARZO, s. 236.

alacağa bağı olan fer'î rehin hakkını kuran sözleşmenin resmî şekilde yapılmasını (MK. m. 856/2) şart kılmıştır. Aksi takdirde, bu anlaşmaya bağı yapılan tescil de geçersiz olacaktır. Oysa tapu sicili romanist bir uygulama değildir; nitekim Roma'da tapu sicili bulunmamaktadır⁴⁵³.

Biz genel olarak ifade ettiğimiz bu nedenlerden ötürü, rehin aktinin Türk hukuku ile kıyaslamasını yaparken taşınmaz rehni ile ilgili yapılan bir karşılaştırmanın sağlıklı bir sonuç vermeyeceğini düşünmekteyiz.

b) Taşınır Rehni Açısından

Taşınır rehni, Medenî Kanunumuzda tüm taşınır rehinleri için geçerli olan genel hükümlerle düzenlenmemiştir. Buna karşılık çeşitli rehin tipleri ayrı ayrı ele alınmıştır ki bunlar; MK. m. 939-953'de düzenlenen "teslime bağı rehin ve hapis hakkı", MK. m. 940/1'de düzenlenen "hayvan rehni", MK. m. 954/961'de düzenlenen "alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin", MK. m. 962/969 düzenlenen "rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlarla yapılan rehin" ve MK. m. 970-972 düzenlenen "rehinli tahvil" dir⁴⁵⁴.

Tüm bu taşınır rehni tipleri arasında en çok uygulama alanı bulan teslime bağı rehindir ve bu rehin tipine uygulanan kurallar, diğer taşınır rehinleri için de, niteliklerine uyduğu ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Bir diğer ifade tarzı ile, Medenî Kanunumuzca taşınır rehnine ilişkin genel kurallar, teslime bağı rehin tipinde düzenlenmiştir⁴⁵⁵.

Roma hukukundaki rehin akti ile taşınır rehni arasında yaptığımız kıyaslamada, teslime bağı rehini esas alacağız. Ancak bu incelemeye geçmeden, öncelikle taşınır rehnine ilişkin genel ilkeler ve Roma hukukundaki rehne ilişkin ilkeleri kıyaslamadan geçmeyeceğiz.

⁴⁵³ ERDOĞMUŞ, Eşya Hukuku, s. 118.

⁴⁵⁴ Medenî kanun dışında diğer kanunlarda kabul edilen taşınır rehni tipleri için bkz: M. Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ / Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, Zilyedlik-Tapu Sicili, Taşınmaz Ve Taşınır Rehni, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Aynî Haklar, 10. Basi, İstanbul 2004, s. 766 vd.

⁴⁵⁵ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 768

aa) Taşınır Rehnine Yönelik Genel İlkeler ve Bu İlkelerin Roma Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Günümüz Türk hukukunda taşınır rehni açısından önem arzeden ilkelerin tümü Roma hukukunda rehin akti ile örtüşmeyebilir. Bu duruma verilebilecek en önemli örnek, öncelik prensibidir. Nitekim öncelik prensibinden bahsedebilmek için aynı mal üzerinde birden fazla rehmin bulunması gerekir, oysa Roma hukukundaki rehin aktinde, rehinli malın zilyedliği rehin alana geçer ve rehin verenin aynı malı bir başka alacağa teminat olarak göstermesi mümkün olmazdı.

aaa) Fer'îlik İlkesi

Fer'îlik ilkesi, rehin aktinin diğer tüm teminat ilişkileri ile ortak olan ilkesidir. Nitekim teminat ilişkisi elbette ki, teminat altına alınan borcun, bir diğer ifade ile, esas borç ilişkisinin, geçerli olmasını gerektirir. Temel borç ilişkisinin geçersiz olduğu veya yok sayıldığı bir durumda, rehin oluşturulamaz.

Ancak Roma hukukunda rehin aktinin geçersiz olması, daha önce de belirttiğimiz gibi⁴⁵⁶ tarafların sorumluluğuna gidilemeyeceği şeklinde anlaşılabilir.

Aynı ilke günümüz hukukunda da varlığını sürdürmektedir⁴⁵⁷. Rehin fer'î bir haktır ve taşınır rehninin tek amacının alacağa teminat teşkil etmektir. Bundan dolayıdır ki, alacak devam ettikçe rehin devam edecek; alacağın sukutu ile sukut edecektir.

Örneğin, MK. m. 944'e göre, alacağın sona ermesi rehni de sona erdirecektir. Yine ipotete ilişkin MK. 881/1'e göre ise, ipotek ile teminat altına alınan alacak ya halen

⁴⁵⁶ Bkz: s. 103.

⁴⁵⁷ Ferit H. SAYMEN / Halid K. ELBİR, Türk Eşya Hukuku-Aynî Haklar, İstanbul 1954, s. 693; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 768-769; Hüseyin HATEMİ / Rona SEROZAN / Abdülkadir ARPACI, Eşya Hukuku- R. SEROZAN, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 350; Şeref ERTAŞ, Yeni Türk Medenî Kanununa Göre Eşya Hukuku, Zilyedlik, Tapu Sicili, Taşınmaz-Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti-Devre Mülk, İrtifak Hakları Ve Rehin Hakları, 5. Bası, Ankara 2004, s. 523-524; Bülent KÖPRÜLÜ / Selim KANETİ, Sınırlı Aynî Haklar, 2. Bası, İstanbul 1983, s. 464-465; CANSEL, Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şarhı Menkul Rehni, 1. Cilt, Ankara 1967, s.26-27; Kemal T. GÜRSOY / Fikret EREN / Erol CANSEL, Türk Eşya Hukuku – Zilyedlik, Tapu Sicili – Mülkiyet - Sınırlı Aynî Haklar, 2. Bası, Ankara 1984, s. 1095; Bülent DAVRAN, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 79.

mevcut bulunmalı veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunmalıdır.

bbb) Teslim İlkesi ve Kamuya Açıklık Prensibi

Nasıl ki Roma hukukunda rehin akti, rehinli malın zilyedliğinin alacaklıya geçirilmesi ile tamamlanmakta ve borç doğurur hale gelmekteyse, bizim hukukumuz açısından da taşınır rehininin kurulabilmesi için genel prensip rehin konusu şeyin teslimidir⁴⁵⁸. Bununla birlikte MK m. 940, ayrıık durumlar başlığı altında, zilyedliğin alacaklıya devrini gerektirmeyen taşınır rehni hakkında getirilmiş bir düzenlemedir.

Ancak günümüz hukuku açısından, rehin konusu şeyin dolaysız zilyedliğin alacaklıya verilmesi⁴⁵⁹ ile gerçekleştirilmek istenen kamuya açıklık prensibi⁴⁶⁰, Roma hukuku açısından aynı amaca hizmet etmemekte, rehin aktinde zilyedliğin geçmesinin sebebi, romalılar için borçlu üzerinde psikolojik yönden bir baskı kurma amacını gütmektedir.

Bunun bir diğer sebebi de Roma hukukunda rehin aktinden bir aynı hakkın doğduğu, daha önce de belirttiğimiz gibi, M. Ö 1. yüzyılın sonlarına doğru *actio Serviana*'nın *pignus datum* için de uygulanabilir olması ile⁴⁶¹ kabul edilmişti. Oysa, bizim

⁴⁵⁸ Serozan, taşınır rehininin “şakacıktan, göstermelik teslimle” ya da “hükmen” teslimle kurulamayacağını ve rehin veren kişinin , rehin konusuna el uzatabilmesi mümkün oldukça taşınır rehininin kurulmuş sayılamayacağını söylemektedir (HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, Eşya Hukuku - SEROZAN, Taşınır Eşya Hukuku, s. 351). Teslim ilkesi ve kamuya açıklık prensibi ile ilgili ayrııntılı bilgi için bkz: SAYMEN / ELBİR, s. 698; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 769-771; ERTAŞ, s. 524; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 465-466; CANSEL, Menkul Rehni, s.23-24; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 1097; DAVRAN, s. 83

⁴⁵⁹ Aslında günümüz hukukunda rehin hakkı sahibi fer'i zilyed durumundadır. Roma hukukunda ise, rehin alan başkası için zilyed olan kişidir ve *animus rem sibi habiendi*'si yani malı kendisi için elinde bulundurma iradesi yoktur. Nitekim Roma hukukunda, günümüz hukukunun aksine bir mal üzerinde iki kişinin zilyedliğinin bulunabileceği kabul edilmemekteydi (ERDOĞMUŞ, Eşya Hukuku, s. 19 vd).

⁴⁶⁰ Serozan, aynı hakkın kurulmasında ve el değiştirmesinde geçerli teslim ilkesinin, ki bu taşınmazlar açısından tescil ile gerçekleştirilir, kamuya açıklık gereğinin hareket planında dinamik uzantısını oluşturduğunu söylemektedir (Rona SEROZAN, Taşınır Eşya Hukukunda “Kamuya Açıklık” (Teslim) İlkesinin Delinmesi: Sözlü ve Sözde Zilyetlik Devirleri, Bülent Davran'a Armağan, Yayın no: 6, İstanbul 1998, s. 134).

⁴⁶¹ TALAMANCA, Istituzioni, s. 480.

hukukumuzda, rehin alan, rehin edilenin teslimi ile hem zilyedliğe hem de rehin hakkına sahip olur⁴⁶².

ccc) Teminatın Bölünmezliği

Roma hukuku açısından bunun anlamı, teminat altına alınan alacağın bölünmesi veya kısmî ifasının, rehin ilişkisinin bölünmesini de beraberinde getirmeyeceğiydi.

Bundan çıkarılacak sonuçlardan biri, eğer rehin konusu mal bölünürse veya birden fazla şey rehin olarak verilmiş ise, her kısım ya da her şey tüm borç için teminat teşkil edecekti.

Bununla beraber eğer borçlunun birden fazla mirasçısı olursa, borç, miras hisseleri oranında mirasçılar arasında *ipso iure* olarak bölünecek, ancak rehlin oluşturduğu zincir her oran üzerinde bölünmeksizin devam edecekti.

Alacaklının birden fazla mirasçısı olması durumunda ise, alacak tüm mirasçılar için miras payları oranında bölünse de, bunların hepsi, kendi alacaklarını rehin olarak verilen şeyin tamamı üzerinde tatmin etme yetkisine sahip olacaklardı⁴⁶³.

Teminatın bölünmezliğine yönelik ilke günümüz hukukunda da mevcuttur. Modern hukuklar açısından da teminatın bölünmezliği iki yönü vardır. İlkenin ilk yönü, rehin konusu malın bütünü ile rehinli alacağa teminat teşkil etmesidir. Buna karşılık ikinci yönü ise, rehinli malın alacağın tümünün teminat altına alınmış olmasıdır⁴⁶⁴.

Nitekim Medeni Kanunumuzun 944. maddesinin 2. fıkrasına göre, alacaklı alacağının tamamını almadıkça rehinli taşınırı veya onun bir kısmını geri vermek zorunda değildir.

⁴⁶² CANSEL, Menkul Rehni, s. 151.

⁴⁶³ FREZZA, s. 98-99.

⁴⁶⁴ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 773-775; ERTAŞ, s. 526; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 481; CANSEL, Menkul Rehni, s.23-24; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, Eşya Hukuku - SEROZAN, Taşınır Eşya Hukuku, s. 357; SAYMEN / ELBİR, s. 713-715. GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 1094-1095; DAVRAN, s. 91

ddd) Güvenin Korunması Prensibi

Türk hukukunda taşınır rehnini kurabilecek olan kişiler tasarruf yetkisine sahip malik ya da onun temsilcisidir. Malik kural olarak tasarruf yetkisine sahiptir. Ancak malikin tasarruf yetkisini kısıtlayan bir sebebin varlığı, onun alacaklı lehine taşınır üzerinde rehin kurmasına imkan vermez. Ayrıca üçüncü kişiler de kural olarak temsil yetkisi olmaksızın rehin kuramazlar⁴⁶⁵. Bununla birlikte; Medenî Kanunumuzun 939. maddesinin 2. fıkrası, emin sıfatıyla zilyeden iyiniyetle bir taşınırı rehin olarak alan üçüncü kişinin, kendisine rehin verenin tasarruf yetkisi olmamasına rağmen, rehin hakkını kazanmasını düzenlemektedir. Bu hüküm iyiniyetle aynı hak kazanmaya yönelik olan ve MK. m. 988'de bulunan genel kuralın özel bir uygulama alanıdır⁴⁶⁶.

Roma hukukunda rehin akti ise, malik olmayan kişi tarafından da gerçekleştirilebilirdi⁴⁶⁷. Nitekim rehin aktinin tamam olması için rehine konu olan malın zilyedliğinin geçirilmesi yeterliydi. Bununla birlikte başkasının malını rehin olarak veren kişi, hem *actio de dolo* ile hem de *actio pignoratitia in personam* ile sorumlu hale gelecekti.

Bir diğer önemli nokta da, Roma hukukunda rehin akti ile devredilen zilyedliğin, *usucapio* 'ya yani zamanaşımı ile rehinli malın iktisabına elverişli olmamasıydı.

Türk Hukukunda ise, taşınır rehninin zamanaşımı yoluyla kazanılmasına ilişkin açık bir kural bulunmamaktadır⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 779; ERTAŞ, s. 534; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 472-473; CANSEL, Menkul Rehni, s.24-26.

⁴⁶⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 771-772; ERTAŞ, S. 524; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, Eşya Hukuku - SEROZAN, Taşınır Eşya Hukuku, s. 355; SAYMEN / ELBİR, s. 710-711; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 1094; DAVRAN, s. 90.

⁴⁶⁷ Roma hukukuna ilişkin örnekler için bkz: s. 101 vd.

⁴⁶⁸ Taşınır mülkiyetininin zamanaşımı yoluyla kazanılmasına ilişkin MK m. 777'in (EMK. m. 701), kıyasen burada da uygulanıp uygulanamayacağına yönelik tartışmalar için bkz: KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 490-491.

eee) Belirlilik Prensibi

Belirlilik prensibi ya da diğer adı ile tahsis ilkesi ile kastedilen, hem rehin konusunun hem de rehinle teminat altına alınan alacağın muayyen olmasıdır⁴⁶⁹. Belirlilik ilkesi iki yönden inceleme alanı bulur. İlk yönü, rehin konusunun belirli olmasına yöneliktir. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir⁴⁷⁰, bu durumun öneminin, bir kişinin malvarlığının veya malvarlığının bir bölümünün tek bir işlemle rehnedilememesinde kendini göstereceğini belirtir. Nitekim Serozan da⁴⁷¹ “genel rehin” olanaksız olduğunu belirterek, “varım yoğun sana rehin olsun” denemeyeceğini belirtmektedir. Diğer yönü ise, rehin ile hangi alacağın teminat altına alındığının ferden tayin edilmiş olması gerekliliğidir.

Her iki yönden de belirlilik ilkesinin gerek Roma gerek Türk hukukunda geçerli durumda olduğu bir gerçektir.

fff) Öncelik Prensibi (*Prior Tempore Potior Iure*)

Bu prensibe göre, aynı taşınır üzerinde birden fazla rehin bulunması durumunda rehin zaman itibarı ile önce kurulmuş sıra olarak da önce gelecektir. MK m. 948’de aynı taşınır üzerinde birden çok rehin hakkı bulunduğu takdirde, alacaklılara rehin haklarının sırasına göre ödeme yapılacaktır demek ve rehin hakkının sırasının kuruluş tarihine göre belirleneceğini eklemektedir.

Ancak bilindiği gibi, Roma hukukunda rehin aktinin söz konusu olduğu durumlarda aktin konusu olan mal üzerinde birden fazla teminatın bulunması mümkün değildi. Dolayısı ile *pignus datum* açısından, bu ilke anlam ifade etmez.

⁴⁶⁹ Belirlilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 750-751; ERTAŞ, s. 524-525; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 468-472; CANSEL, Menkul Rehni, s.20-23; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, Eşya Hukuku - SEROZAN, Taşınır Eşya Hukuku, s. 354-355; SAYMEN / ELBİR, s. 711-713; GÜRİSOY / EREN / CANSEL, s. 1093; DAVRAN, s. 90-91.

⁴⁷⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 772.

⁴⁷¹ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, Eşya Hukuku - SEROZAN, Taşınır Eşya Hukuku, s. 354.

bb) Teslime Bağlı Rehnin ve Roma Hukukunda Rehin Aktinin Kuruluşlarının Genel Olarak Karşılaştırılması

Daha önce de belirttiğimiz gibi Medeni Kanunumuzun 939. maddesinin 1. fıkrasına göre, kanunda sayılan ayırık durumlar dışında, genel kural taşınır rehninin kurulmasını zilyedliğin alacaklıya devri ile gerçekleşeceğini belirtmektedir.

Her ne kadar, taraflar arasında anlaşmanın gerekli olduğundan bahsedilmese de teslim şartlı taşınır rehninin meydana gelmesinde biri borçlanma, diğeri tasarruf işlemi niteliği taşıyan ve birbirini izleyen iki aşama vardır. İlk olarak rehin alan ve rehin veren arasında sadece borçlandırıcı etki doğuran rehin sözleşmesi gerçekleşir. Bu sözleşme; rehin alana, rehin konusu malın teslimini talep etme hakkı ve buna karşılık olarak da rehin verene, rehin konusu malın zilyedliğini nakletme mükellefiyeti yükler. Bunun dışında rehnin aynî sonuçları ile meydana gelmesi için tasarruf muamelesi niteliğinde olan aynî sözleşmenin de yapılması gerekir. Aynî sözleşme ile taraflar, rehin verenin taşınırın üzerinde rehin kurulması için malın dolaysız zilyedliğinin rehin alana devrini ve rehinli alacaklının da dolaysız zilyedliği rehin hakkı kazanmak amacı ile devraldığını kabul etmiş olurlar⁴⁷². Tasarruf işleminin yapılmamış olması durumunda rehin hakkı geçerli bir şekilde doğmaz⁴⁷³.

Roma hukukunda da, rehin aktinin tamam olması ve borç doğurur hale gelmesi için tarafların anlaşması yani *consensus* yetmeyecek bunun yanı sıra rehin konusu malın

⁴⁷² OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 777; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 477 vd.; CANSEL, Menkul Rehni, s. 40; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, Eşya Hukuku - SEROZAN, Taşınır Eşya Hukuku, s. 353-354; SAYMEN / ELBİR, s. 698 vd.

⁴⁷³ Rehin sözleşmesinin geçersiz olmasına rağmen tasarruf işlemi geçerli olabilir ve rehin hakkı kurulabilmektedir. Fakat bu durum rehin verenin sebebpsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak rehin konusunu geri istemesi ile telafi edilebilecektir. Sonuç olarak teslime bağlı rehnin kurulmasının geçerliliği, tasarruf işleminin geçerli bir kazanma sebebine dayanmasını gerektirmez (OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 779; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 480-481). Aksi görüş için bkz: CANSEL, Menkul Rehni, s. 55; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 1096.

zilyedliğinin rehinli alacaklıya geçirilmesi gerekecek, dolayısı ile bir aynî aktin tamamlanmasına ihtiyaç gösterecektir⁴⁷⁴.

Bu durumda her iki sisteme göre de rehlin kurulması için alacaklıya zilyedliğin geçirilmesi gerekli, daha doğru bir ifade ile şarttır. Aksi taktirde ne bizim hukukumuz açısından teslim bağı rehlin ne de Roma hukukundaki rehin aktinin gerçekleştiği söylenemeyecektir. MK m. 939/3'e göre; taşınır, fiilen yalnız rehnedenin hâkimiyetinde kaldığı sürece rehin hakkı doğmaz.

Ancak unutulmamalıdır ki, bizim hukukumuz açısından dolaysız ve fer'î zilyed olan rehinli alacaklı, Roma hukukundaki rehin aktinin kurulması ile yine zilyed olacaktır, fakat bu zilyedlik, daha önce de belirtildiği gibi hem başkası için zilyedlik türündedir, hem de *possessio ad interdicta*'dır ve zamanasımı ile iktisaba elverişli değildir.

Bir diğer önemli nokta da, daha önce de "güvenin korunması prensibi" açısından değerlendirdiğimiz ve Türk hukuku açısından genel kuralın, rehin hakkının kurulabilmesi için zilyedliği devreden tasarruf hakkına sahip olmasının gerekmesidir. Oysa Roma hukuku açısından, devredilen sadece zilyedlik olduğu gerekçesi ile rehin veren tarafın tasarruf yetkisine sahip olmamasının aktin tamamlanmasına bir etkisi olmayacak, ancak bu durumda rehin alanın sorumluluğuna gidilmesi mümkün olacaktır.

Ayrıca teslim bağı rehlin kurulması için bizim hukukumuzda zilyedliğin alacaklıya devri gerekmebilir. Şöyle ki tarafların anlaşması ile zilyedlik güvenilir bir üçüncü kişiye devredilebilecektir⁴⁷⁵. Ancak Roma hukukundaki rehin aktinde, rehin alan kişi, esas borç ilişkisinin alacaklısıydı.

⁴⁷⁴ Saymen / Elbir de, teslim bağı rehlinin oluşumunu incelerken iki unsurun birleşmesi gerektiğinden bahsederler, bunlardan ilki hukukî sebebi yaratan rehin akti, diğeri ise zilyedliğin naklidir (SAYMEN / ELBİR, s. 717).

⁴⁷⁵ DAVRAN, s. 82-83; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 779; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 486. SAYMEN / ELBİR, s. 717.

Teslime bağı rehlin Türk hukukunda zilyedliğin havalesi veya kısa elden teslimle de kurulabilmesi mümkündür⁴⁷⁶. Roma hukuku açısından ise, kısa elden teslim yani *brevi manu traditio* ile rehin kurulabilirdi⁴⁷⁷.

cc) Rehin Alan ve Rehin Veren Sahip Oldukları Haklar ve Borçlar Açısından Türk ve Roma Hukukunun Genel Olarak Karşılaştırılması

Rehin alanın tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi, muaccel olan borç ödenmediği takdirde MK m. 946'ya göre, taşınır malı paraya çevirterek, elde edilen meblağdan alacağını tahsil etme imkanı mevcuttur. Her ne kadar alacağın paraya çevrilmesinde uygulanan usul farklılık arzetsede, asıl borcun ifa edilmemesi durumunda rehinli alacaklıların hakları benzerlik gösterir.

Roma hukukunda mevcut olan *lex commissoria* yasağı, Türk hukukunda da mevcuttur. Medeni Kanunumuzun 924. maddesinde, borcun ifa edilmemesi halinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmünün geçersiz olduğunu düzenlenmektedir.

Roma hukukunca rehinli alacaklıya tanınan *ius retentionis* yani hapis hakkı, günümüz Türk hukukunda (MK. m. 950 vd.) da uygulama alanı bulmaktadır.

Rehinli alacaklı da (MK m. 982'de düzenlendiği üzere), tıpkı Roma hukukundaki gibi, zilyedliğe sahip olduğundan rehin konusu malın korunması için zilyedlik davalarından faydalanır. Rehin hakkı sahibi olması dolayısı ile de, aynı hakkını koruyan davalardan (MK. m. 683'ün kıyasen uygulanması suretiyle) faydalanacaktır⁴⁷⁸.

Roma hukukunda da rehin aktinden bir aynı hakkın doğduğunun kabul edilmediği dönemlerde dahi, *interdictum*'lar aracılığı ile rehin alanın rehin konusu mal üzerinde

⁴⁷⁶ Selâhattin Sulhi TEKİNAY, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Haklar, Eşya Hukuku II/ 3, İstanbul 1994, s. 136; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 483- 484; SAYMEN / ELBİR, s. 702 OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 780. GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 1097; DAVRAN, s. 83

⁴⁷⁷ ERDOĞMUŞ, Eşya Hukuku, s. 26

⁴⁷⁸ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 781; CANSEL, Menkul Rehni, s. 151; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 493; SAYMEN / ELBİR, s. 720-721.

zilyedliği korunmaktaydı. Bununla birlikte *actio in rem* olan *actio Serviana*'nın rehin aktini de konu edinebileceği dönemlerde, rehin aktinden bir aynî hakkın doğduğu kabul edilmiş ve dolayısı ile rehinli alacaklı da rehin aktinden doğan aynî hakkını bir aynî dava ile koruma imkanına sahip olmuştı.

Rehinli alacaklının rehin konusu mal için yaptığı masraflar, Türk hukukunda vedia sözleşmesi hükümlerine (BK. m. 463) göre⁴⁷⁹, bakımı için yaptığı masraflar vekâletsiz iş görme hükümlerine (BK. m. 413) göre istenir⁴⁸⁰. Roma hukukunda ise, rehin veren, böyle bir durum söz konusu olduğunda, aktin bazı durumlarda borç altına giren tarafı olduğundan *actio pignoratitia contraria* ile rehin alana karşı sorumlu olacaktı.

Tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da, rehinli alacaklının rehin konusu malı kullanma, semerelerinden yararlanma yetkisi kural olarak bulunmamaktadır⁴⁸¹. MK m. 947/2 bunun aksinin, tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi kararlaştırılabileceğini belirtir. Bunun bir sonucu olarak da rehin konusu malın semerelerinin, rehinle teminat altına alınan alacağın faizi olarak alınması yönünde *antichresis* anlaşması yapılabilir. Ancak Türk hukukunda rehinli alacaklının, aksine anlaşma yapılmadıkça, rehinli malı kullanması veya ondan yararlanması mümkün olmaz; bu duruma aykırı davranması sonucunda rehin verenin zararı söz konusu olursa, rehin alan bunu tazminle sorumlu olurken⁴⁸²; Roma hukukunda rehinli maldan yararlanılması akte aykırılık teşkil ederse de, rehinli malın kullanılması hem akte aykırılık teşkil edecek hem de *furtum usus*'a yol açacaktır.

⁴⁷⁹ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 495; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 781; ERTAŞ, s. 535.

⁴⁸⁰ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 494; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 781; ERTAŞ, s. 534-535.

⁴⁸¹ Cansel, rehinli alacaklının rehinli malı kendisinin kullanamaması gibi, başkasına da kullandırtmasının mümkün olmadığını belirtmekte, ayrıca rehin konusu şeyden faydalanma imkanının olmadığını da ilave etmektedir. Ayrıca rehin alanın, rehin konusu malın değerini arttırma gibi bir görevi olmadığını da söyler (CANSEL, Menkul Rehni, s. 169).

⁴⁸² OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 782; ERTAŞ, s. 535. Köprülü / Kaneti, rehin alanın borcuna aykırı olarak rehinli malı kullanması veya ondan yararlanması yoluyla elde ettiği faydanın, kendi yararına vekaletsiz iş görme hükümlerine göre istenebileceğini belirtir (KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 496). Rehlinli alacaklının taşınırı kullanması durumunda, vedia sözeşmesine ilişkin BK. m. 465/1'in kıyasen uygulanmasının gerekli olduğuna dair bkz: GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 1108.

Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir⁴⁸³, Türk hukukunda rehin alanın rehin konusu malı saklama ve koruma yükümlülüğünü; vedia alanın, vedia konusu malı saklama ve koruma borcuna benzetmekte (BK. m. 465 vd.) ancak vedia alanın “menfaati”nin söz konusu olduğunu buna karşılık rehin alanın teminattan beklediği “faydanın” söz konusu olduğunu ilave etmektedirler. Aynı duruma, Roma hukukundaki rehin aktinde nezaret (*custodia*) sorumluluğunun belirlenmesi açısından değinilmiştir⁴⁸⁴. **Saymen / Elbir**⁴⁸⁵ ise, vedia ile rehin arasında yapılan kıyaslamada, vedia alanın asıl amacının malın muhafazası olmasına karşılık rehinde asıl amaçların bu olmadığını dikkate alınması gerektiğini belirtir. **Gürsoy / Eren / Cansel**⁴⁸⁶ ise, rehinli alacaklının taşınır konusu malın muhafazasına ilişkin borcunun, iyiniyet kurallarına göre belirlenmesi gerektiğinden bahsederler.

Bununla birlikte MK m. 947/1’e göre taşınır rehni, asıl malı olduğu kadar, onun eklentilerini de kapsamaktadır.

Son olarak da tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da MK. m 944/1’e göre, rehnin sona ermesi ile rehin alanın rehin konusu malı geri iade etmek durumunda olduğunu belirtelim. Bununla birlikte MK m. 944/2’ye göre de, teminatın bölünmezliği ilkesinde bahsettiğimiz üzere, rehin alanın alacağın tamamı ödenmiş olmadıkça rehinli taşınırı veya onun bir kısmını geri verme borcu olmadığını ekleyelim.

dd) Teslime Bağlı Rehlin Hakkının ve Roma Hukukunda Rehlin Aktinin Sona Ermelerinin Genel Olarak Karşılaştırılması

Gerek Türk hukukunda gerek Roma hukukunda, rehinde fer’îlik prensibi mevcuttur. Dolayısı ile her iki hukuk düzenince de, rehne esas teşkil eden alacağın sona ermesi durumunda, rehin de buna bağlı olarak son bulacaktır⁴⁸⁷. Alacağın sona ermesi, ifa

⁴⁸³ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 782.

⁴⁸⁴ Bkz: s. 326 no’lu dipnot.

⁴⁸⁵ SAYMEN / ELBİR, s. 721-722.

⁴⁸⁶ GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 1107.

⁴⁸⁷ Türk hukukunda alacağın sona ermesinin rehin hakkını da sona erdirmesi hakkında bkz: OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 783; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 497; CANSEL, Menkul Rehni, s.

(BK. m. 113), yenileme (BK. m. 114), alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi (BK. m. 116), imkansızlık (BK. m. 117), takas (BK. m. 118) ve her ne kadar Borçlar Kanunumuzda düzenlenmemiş olmasına rağmen ibra gibi çeşitli sebeplerle gerçekleşebilir.

Bunun dışında rehin, alacaktan bağımsız olarak da sona erebilecektir⁴⁸⁸.

Rehinli alacaklı, rehin hakkından tek taraflı bir beyanla vazgeçerek, alacağa bağlı olmadan rehin hakkını sona erdirebileceği gibi⁴⁸⁹; rehinli malın yokolması veya değerini bütünü ile yitirmesi de, aynı sonucu doğuracaktır⁴⁹⁰.

Bir diğer olasılık da rehin hakkı sahibi ve malik sıfatlarının aynı kişide birleşmesi gösterilebilir. Örneğin, rehinli alacaklısının mirasçısı olan kimsenin, onun ölümü ile mirası iktisap etmesidir. Bu durumda alacaklısına vermiş olduğu rehinli mal da tereke ile birlikte kendi mülkiyetine geçecektir. Bu durumda mülkiyet hakkı ile rehin hakkı aynı kişi üzerinde birleştiğinden, rehin hakkı sona erecektir. Nitekim malik lehine rehin hakkı, taşınır rehninde kural olarak kabul edilmemektedir. Ancak alacaklının menfaati olduğu durumlarda, rehin hakkı devam edecektir⁴⁹¹.

Rehin süreye bağlı olarak kurulmuş ise sürenin dolması rehin hakkını sona erdirecektir⁴⁹². Bununla birlikte rehin bozucu şarta bağlı olarak kurulmuş ise, bu şartın gerçekleşmesi ile de sona erer⁴⁹³.

Rehinli taşınırın cebri icra yoluyla satılması gerçekleştiğinde rehin sona erecektir⁴⁹⁴.

202; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, Eşya Hukuku - SEROZAN, Taşınır Eşya Hukuku, s. 359; SAYMEN / ELBİR, s. 725; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 1111.

Roma hukukunda alacağın sona ermesinin, rehni sona erdirmesi hakkında bkz: s. 107 vd.

⁴⁸⁸ Roma hukukunda rehmin asıl borçtan ayrı, bağımsız olarak sona ermesi hakkında bkz: s. 114 vd.

⁴⁸⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 784; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 498; CANSEL, Menkul Rehni, s. 201-202; SAYMEN / ELBİR, s. 726.

⁴⁹⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 784; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 498; CANSEL, Menkul Rehni, s. 202; SAYMEN / ELBİR, s. 725; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 1111.

⁴⁹¹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 784; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 499; CANSEL, Menkul Rehni, s. 203; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, Eşya Hukuku - SEROZAN, Taşınır Eşya Hukuku, s. 359; SAYMEN / ELBİR, s. 725.

⁴⁹² OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 784; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 498; ERTAŞ, s. 536.

⁴⁹³ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 784; ERTAŞ, s. 536.

⁴⁹⁴ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 784; ERTAŞ, s. 536; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 499; CANSEL, Menkul Rehni, s. 214 vd.; SAYMEN / ELBİR, s. 726.

Bunun dışında bir diğer sebep de, rehinli alacaklının, MK. m. 943'de belirtildiği gibi, rehinli taşınırın zilyedliğinin ve üçüncü şahıslardan talep hakkını kaybetmesidir ⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Konuya yönelik ayrıntılı bilgi için bkz: OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 784-785; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 499; CANSEL, Menkul Rehni, s. 206 vd.; SAYMEN / ELBİR, s. 724-725; GÜRSOY / EREN / CANSEL, s. 1112.

SONUÇ

Bu çalışmamız sonucunda vardığımız başlıca sonuçlar şunlardır:

1. Roma Hukuku açısından teminat kurumu, öncelikle şahsî teminatlar açısından gelişmiş ve aynı teminatın yaygınlaşması daha sonraki dönemlerde gerçekleşmiştir. Bu durum Roma'nın toplum yapısı, romalıların *fides*'e verdikleri önem ve önceleri borç ve borçlu kavramlarının ayrınlığı nedeniyle şahıs üzerinde icranın mümkün olması ile açıklanabilir. Nitekim her hukukî müessese, yaşadığı toplumun ihtiyaçlarına hizmet edecektir. Bunun sonucu olarak da, romalıların aynı teminata olan ihtiyaçlarının söz konusu olması, önce *fiducia cum creditore*, sonra rehin akti ve daha sonra da rehin hakkı ya da diğer adı ile ipoteğin doğumuna yol açmıştır.

2. Romalıların izledikleri mal ayırımı rejimi de yine pek tabiidir ki, kendi toplumsal ihtiyaçlarını ve sosyo-ekonomik koşullarını yansıtır şekilde olacaktır. Bu nedenle, günümüz hukuku açısından önem arzeden taşınır ve taşınmaz mal ayırımına ulaşılmasının belirli bir süreç izlemesi olağandır. Günümüzde, ekonomik değer açısından yapılan mal ayırımı, Roma hukuku açısından da malların *res mancipi* - *res nec mancipi* olarak ayrılmasına sebep olmuştur. Bu nedenle aynı teminata öncelikle ve büyük ölçüde ekonomik değeri daha yüksek olan *res mancipi*'ler, *fiducia cum creditore* aracılığı ile konu olmuş ve sonraları rehin akti, aslen *res nec mancipi*'lerin teminat olarak kullanılması için farklı bir yol olarak kendini göstermiştir.

3. Bir diğer önemli nokta da, borçlu ve borç kavramlarının ayrılması ile başlayan ve borçluyu koruma amacı güden gelişimdir. Nitekim ilk olarak borç ve borçlu kavramları ayrılmış ve borcun hukukî bir zincir olduğu bilincine varılmıştır. Aynı teminat açısından ise, önceleri *fiducia cum creditore* ile teminat teşkil eden

malın maliki olan alacaklı, rehin akti ile zilyedliği elde eder hale gelmiş ve ipoteğin ortaya çıkması ile zilyedlik dahi geçirilmeden rehin kurulabilir hale gelmiştir. Elbette ki ayni teminatlar yonundeki tek gelişimin sebebinin borçluyu korumak olduğu duişunilemez. Bunun dişında Roma'nın sınırlarının gelişmesi ve dolayısı ile insanlar arasındaki ilişkilerin artması, daha pratik ozumlere ihtiyaç duyulması ve kavimler hukuku yani *ius gentium* 'un rolü de oldukça onemli sebepler teşkil eder.

4. Ancak Roma hukukundaki rehin akti ve Turk hukukunda teslim sartli rehni incelerken yaptiğımız kıyaslama, bize gotermitir ki, her iki hukuk duzeni arasında ekonomik ve sosyal koşulların gereksinmeleri sonucunda ortaya çıkan değişiklikler dişında hukuk mantığı açısından fark yoktur.

Prof. Dr. Naimi Barlas
Naimi

Doç. Dr. Havva Karaböcük Gökçazarcı
Havva

Yrd. Doç. Dr. Fulya İlhan QÖNENÇ
Fulya

