

İÜHF-İMECE PAYLAŞIM

1.SINIF ÇİFT

ROMA HUKUKU

11.02.2019

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1.SINIF ÇİFT KÜRSÜ öğrencilerinin ORTAKLAŞA EMEĞİYLE, özveri ile hazırlanmıştır.
ÜCRETSİZDİR.

İÜHF 1.SINIF ÇİFT-İMECE PAYLAŞIM

ROMA HUKUKU

11.02.2019

İÇİNDEKİLER

1.Ders.....2

Giriş– Roma Tarihinin Bir Tekrarı 2

Kodifikasyon Çalışmaları 4

Hukuktaki Değişim.....4

Roma'da Borç İlişkileri ve Tarihsel Gelişimi 5

Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayrımı 8

Borç İlişkisi 13

2. Ders.....13

Roma'da Borç İlişkisinin Tanımı, Gelişimi ve Tarafları 13

Contractus.....14

Roma'da Kısas ve Tazminat.....15

Borç İlişkisinin Kaynakları.....16

Borç İlişkisinin Tarafları 17

Edim ve Borç İlişkisi 17

Delictum'un Kökeni ve Ayrımı.....19

1. Ders

Evet, arkadaşlar hepiniz hoş geldiniz. Bugünden itibaren Roma Hukukunun Borçlar Hukuku kısmına geçiyoruz.

Uzun uzun anlatmayacağım. Arada kısa bir özet yapabiliriz, ama Borçlar Hukuku daha önemli, o yüzden vakit kaybetmeyelim. Arada dönemin sonuna doğru İslam Hukukunu[1] hızlıca da olsa araya sıkıştırmayı düşünüyorum. Burada Roma Hukukunun Borçlar Hukuku kısmı neden önemlidir, nasıl önemlidir gibi hususları üzerinde kısmen 1'inci dönemde de durduk, ama onu şimdi tekrar kısaca özetleyelim. Ondan sonra bu alanda neler var ve neler önemli üzerinde duralım ve böylece giriş dersini yapmış olalım.

Giriş – Roma Tarihinin Bir Tekrarı

Hukuk Başlangıcı dersindeki anlatılanlarla birlikte hatırlarsak; Roma Hukukunun 1'inci dönemde anlattığımız kısmında; Roma'nın M.Ö. 750'lerdeki kuruluş serüveni, ondan sonra kapalı bir mantıkla şekilci ve millî olarak uygulanan bir etkin hukuk dönemi, bunun ortasında gerçekleşen 12 Levha Kanunları ve rejim değişikliği *(cumhuriyet rejimi)* ve halk meclislerinin yavaş yavaş kanun yapma anlamında devreye girmesi, *magistra*ların faaliyetleri *(özellikle praetörün faaliyetleri)* kapsamında M.Ö. 367 ve M.S. 242 yılına kadar olan süreçte yavaş yavaş Roma Hukukunun artık kabuğuna sığmadığını ifade etmiştik.

Daha sonra Roma'nın birdenbire hem coğrafi hem nüfus gelişmesi yaşanıyor. Savaşların ve fetihlerin gerçekleşmesiyle Roma için artık imparatorluğa doğru bir gidişin olduğunu söylemiştik. Kuzey Afrika, Anadolu, İber Yarımadası bütün bu topraklar Roma'ya katılıyor. Bu çok kültürlülük demek, farklı dinler demek, yabancılar demek, deniz hâkimiyeti demek ve deniz ticareti demek, ticaret yolları üzerinde olmak demek, dolayısıyla ticarete hâkim olmak demek. Bu da artık Roma Hukukunun eski kurallarla idare edilemeyeceği, yeni kurallara, yeni anlayışlara ihtiyaç olduğu ve bunun neticesinde bir Pax Romana Dönemi ve Roma Hukuku Klasik Hukuk adını vermiş olduğumuz dönemin yaşandığını hepiniz hatırlayacaksınız.

Daha sonra tabi bu 200 yıllık sürecin devamında büyüme ile birlikte gelen sorunlar, herkese vatandaşlık hakkının verildiği M.Ö. 212 yılı ve buna bağlı olarak gerçekleşen sosyal problemler, bunların çözümü için getirilen tedbirler ve bu tedbirlerin dolayısıyla getirdiği başka sorunlar, bir süre sonra güvenlik noktasında karşılaşılan sıkıntılar, derken bunların bastırılması ya da tek elden yönetimin daha etkili olacağı yönündeki anlayış ve imparatorluğa doğru bir geçişi ifade etmiştik geçen dönemimizde.

Tabi İmparatorluk Dönemine geçiş ile birlikte hukuktaki anlayış farklılaşıyor ve asıldan uzaklaşmanın ve dejenerasyonun devam ettiğini görüyoruz. Justinianus Dönemine gelindiğinde, İmparator Justinianus derlenme, toparlanma adına bir kodifikasyon çalışması daha başlatıyor ve Klasik Hukuk Döneminin kaynaklarından hareketle ama günlük ihtiyaçlarını

[1] YAZAR NOTU: Defalarca dinledim ama İslam Hukuku ile bir alaka kuramadım. Yine de böyle yazmak zorunda kaldım.

karşılayacak bir kodifikasyon çalışması yapıyor. O dönemde *corpus civilis* hayata geçiyor. Bunun çok uzun ömürlü olmadığını bir süre sonra uygulamadan kalktığını ifade etmiştik.

Kanonik Hukuk ve Digesta

Sonra *kanonik*[2] bir hukuk dönemi kilisenin hâkim olduğu bir dönem ki zaten Justinianus'un bunu yaptığı M.S. 500'lü yılların ortalarındaki dönemde de teokratik yapının neredeyse devlete hâkim olduğunu ifade edebiliriz. Ayasofya'nın yapıldığı tarihler vs. böyle bir ihtişam, görkem, dini anlayış bir bütün olarak karşımıza çıkıyor.

Ama Kanonik Hukuk Döneminin sonlarına doğru *digesta* merkezli Roma Hukukunun tekrar canlanmaya başladığını görüyoruz. *Digesta*'nın yaşayan hukuku ifade etmesi, yani günlük karşılaştığı olayları çözen küçük davalar, küçük örnekler sebebiyle kazuistik yöntemle hazırlanmış bir kitap olması ve dolayısıyla uygulamaya daha yakın olması sonucunda onun üzerinde başlayan çalışmalar bir süre sonra *glossa*, *post glossa* adını vermiş olduğumuz şerh akımları ile gelişiyor ve Avrupa'ya yayılıyor. Bu dönemde de yeni anlayış ortaya çıkıyor. Avrupa'da feodalite ve monarşinin hâkim olduğu bir yapı, çeşitli bölgelerde örf adet hukukunun söz konusu olduğu bir hukuk sistemi. Yazılı hukuk kuralları yapma gereği yok, merkezden yapılmış kanunlar yok. Bu süreç içerisinde yavaş yavaş hukukun kodifikasyon neticesinde ortaya çıkan *digesta* ve *digesta* merkezli yapılan şerhlerle de olsa yazılı bir hâle dönüşme çabası tekrar yaşanıyor. Sonuçta bir kodifikasyon süreci daha başlıyor 1500'lü 1600'lü yıllarda. Bunun sebebi de yine ticari faaliyetin gelişmesi, ticari ilişkilerin artması ve milattan önce ve sonrasında yaşanan hukukun yetmemesi. Hukuk değişen ihtiyaçlara, gelişen ihtiyaçlara cevap vermiyor. Bu sebeple kodifikasyon çalışmaları başlıyor.

Kodifikasyon Çalışmaları

Kazuistik sistem ile yapılan kodifikasyon çalışmaları. Binlerce maddeli kanunlar var. Hâkim'e takdir yetkisinin ve hukuk yaratma yetkisinin verilmediği bir anlayışla hazırlanmış, yani imparatorluk ve monarşi zihniyetiyle. Ve dünyanın da o dönemde Coğrafi Keşifler ve Sanayi Devrimine giden bir süreç. Daha hızlı geliştiğini, dönüştüğünü hesaba kattığımızda mevcut kanunlaştırma çalışmaları da derde derman olmuyor. Bir açıdan boş kalıyor. Çünkü kanunlaştırma ile kanun yapma ile günün problemlerine yetişemiyorsunuz. Çeşitli sebeplerle kanunları yapmakta gecikiyorsunuz ya da başarılı olamıyorsunuz, uygulanmasında başarılı olamıyorsunuz. Hatırlayın, günlük hayat ve kanunlaştırma arasında kavramlardan *taknin*[3] kavramından bahsetmiştim. Kodifikasyon olması gerekmiyor. *Taknin* dediğimiz, problemleri çözen, tikel manada hukuki düzenlemelerin yapılmasında da yetişemiyorsunuz. Ve bu şekilde sosyal hayat ile hukuk arasındaki süreç açılıyor. O da bir şekilde o döneme denk gelmiş. 1600-1700'lü yıllarda yapılan kazuistik mantıklı kodifikasyon çalışmaları yeterli olmayınca bu sefer kazuistik temelden ayrılarak daha somut kuralların yer aldığı, daha genel nitelikli kodifikasyon

[2] Kilise kanun ve kuralları için kanonik ifadesi kullanılır.
[3] Kanunlaştırma

çalışmalarına yönelinmiş. Fransa'da *code civile* ile başlayan bu süreç, İsviçre ve Alman medeni kanunlarının, borçlar kanunlarının yapılması ile birlikte tamamlanmış.

Hukuktaki Değişim

Buradaki dikkatimizi çeken husus, hukukun o dönemde dar gelen gömleği çoğunlukla siyasi gelişmelerin yanı sıra, öncelikli olarak Sanayi Devrimi ve bunun beraberinde getirdiği ticari faaliyetler, *(yeni sözleşme tipleri, yani borçlar hukuku ile ilgili alanlarda klasik teoriler, klasik uygulamalar)* yeni ekonomik hayatın, yeni sosyal hayatın ihtiyaçlarına cevap veremediğinden bu alanda yeni yapılan kanunlarla Borçlar Hukukuna yönelik düzenlemeler dikkati çekiyor. Tabi bu dönemde bir başka tecrübe daha bizim dikkatimizi çekiyor. O zamana kadar hukuk hep kazuistik sistem üzerinden gidiyor. Kanunlar yapılmadan önce Digesta Modeli kazuistik dava uygulamaları var. Ve bunları tamamlayıp kodifikasyon sürecine geçildiğinde de kazuistik kanunlar *(yani bugünkü anlayışla, kazuistik mantıkla düşünüldüğü için kazuistik olanını yapmıştık)* ve bunun da derde derman olmadığı hissedilmiştir. Tabi burada yapılan çalışmalarda özellikle Borçlar Hukuku alanında, eskinin problemlerine yeni çözümler getirmek amacıyla; hukuku daha derinlemesine incelemek, birbirine benzeyen konularda daha genel kurallar bulmak, daha genel fikirler oluşturarak hukuku daha genele yaymak, daha yeknesak bir uygulama hâline getirmek ve mümkünse devletin hukukun her alanına kazuistik şekilde en ince noktadaki bir olayı çözebilecek kanun maddesi yapması yerine, daha genel içeriklerle kanunlar yapıp bunun içeriğini ve uygulamasını Hâkim'in yetkisine bırakmak, Hâkim'in takdirine bırakmak, hatta boşluklar olması durumunda Hâkim'in hukuk yaratması suretiyle bu boşlukları doldurabilecek bir anlayış meydana gelmiştir.

Bu kazuistik kanunlar döneminde böyle bir anlayış yok. Hâkim'e ne kadar yetki verilirse Hâkim o kadar yetki alıyor. Takdir yetkisi yok. Hukuk yaratma zaten yok. Her şey İmparator'un yani Devlet Başkanı'nın yetkisinde, bilgisinde, talimatındadır. Dolayısıyla hukukun boşluklarını Hâkim'in karşılaşmış olduğu olayın özelliklerine göre doldurması gibi bir durum söz konusu değil. Tabi sosyal hayatın tam hızlı değişmediği dönemde bu bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaz. Siz kazuistik kanun yaptığınız dönemde boşluk çok bırakmazsanız Hâkim'in uyguladığı dönemde de sosyal hayatta, iktisadi hayatta bir değişiklik olmazsa ikisi birbirini tamamlar, çok büyük bir boşluk içine düşmezsiniz. Ama Sanayi Devrimi gibi ticari faaliyetler gibi Sömürgecilik Döneminde hammadde, mamul madde, sanayi, pazarlama, işçilik vs. ticari şirketler, bunların şeklî senetleri, kıymetli evrak gibi alanlara ilişkin sorunlar ortaya çıkmaya başlayınca, bunları boşluk doldurma yetkisi olmayan Hâkimlerle çözmek de mümkün olamayınca, bu sefer mantığını ona göre oluşturmuş bir Borçlar Hukuku teorisi oluşturuluyor. Bugün Türk Hukukunda hâkim olan teori meydana gelmiş oluyor. Bu teoride; Borç ilişkilerinin nasıl kurulduğu? Borç ilişkilerinin genel başlıkları nelerdir? Taraflar kimlerdir? Borç ilişkisinin konusu nedir, özellikleri nedir? Borç ilişkisinin tarafları değişir mi? Bu borç ilişkisi nasıl sona erer? Bu borç ilişkisini sona erdiren özel ya da genel sebepler nelerdir? Bu borç ilişkisinin konusunu oluşturan ve borcu sona erdiren sebepler nelerdir? Borç ilişkisini sona erdiren sebepler ile borcu sona erdiren sebepler acaba birbiriyle benzerlik gösterir mi? Aralarında nasıl

bir ilişki vardır? gibi konular üzerinde genel kurallara ulaşılmaya çalışılmış. Roma Hukuku bu bahsetmiş olduğum başlıklarla ilgili olarak genel teoriler oluşturmuş değildir.

Roma'da Borç İlişkileri ve Tarihsel Gelişimi

Roma Hukuku, borcun nasıl sona erdiğinden bahsetmez. Roma Hukuku; satış sözleşmesinde, satış sözleşmesinden doğan borcunu nasıl sona erdiğini; *stipulatio*'da, *stipulatio*'dan doğan borcun nasıl sona erdiğini; kirada, kiradan doğan borcun nasıl sona erdiğini, her bir borç ilişkisi içerisinde kendine özel ve kazuistik olarak inceler. Ama bunları genel kurallara dönüştürmüş değildir. Bu sebeple, Roma Hukukunda bir Borçlar Hukuku genel teorisi söz konusu değildir. Ancak Türk Borçlar Hukukunda; 2'nci sınıfta Genel Teori, bunun üzerine 3'üncü sınıfta da Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri şeklinde bir eğitim anlayışı benimsenmiş. Bu anlayışa uygun olarak Roma Hukukunun önce kendileri döneminde incelenmemiş ve anlatacağımız şekilde ortaya çıkarılmamış olsa bile bir genel teorisinden bahsedeceğiz. Yani bugünkü gözlükle Roma Hukukunun o geçmişteki yapısına bakacağız. Borç ilişkileri nasıl kuruluyor? Borç ilişkisinin tarafları kimlerdir? Borç ilişkisinin içeriğinde ne var? Bu içeriğin özellikleri nelerdir? Borç ilişkisinin tarafları değişir mi, birden çok olabilir mi, borç ilişkisinin taraflarına eklemeler yapılabilir mi? En sonunda bu borç ilişkisi nasıl sona erer? konuları üzerinde başlıklar hâlinde durmaya çalışacağız. Zaten bu söylemiş olduğum başlıkların tamamı aşağı yukarı genel eksende Borçlar Hukuku Genel Hükümler dersinin tamamını oluşturur. Gelecek sene bunlardan bahsedilecek. Yani bir dakika içerisinde özet geçtiğimiz konunun konu başlıkları gelecek sene ve ondan sonraki seneye sizi meşgul edecek. Tabi biz diyoruz ki, gelecek sene bu dersi daha iyi anlamak ve bir sonraki seneye sarkmaması için bu seneki Roma Hukukuna ilişkin bu konularda yapmış olduğumuz açıklamaları takip ederek dinlerseniz pişman olmazsınız. Farklı şeyler anlatmayacağız. Pek çok şey aynı, belki ufak değişiklikler söz konusu olacak. Tabi bir de şunu da söylememiz gerekiyor: Biraz önce bahsettiğim, Roma'nın yakın dönemindeki fetihler sebebiyle yaşamış olduğu coğrafi ve nüfus dönüşümü, değişimi ve orada bir sosyal dönüşüm söz konusudur. 1600, 1700, 1800'lü yıllarda yaşanan Sanayi Devrimi ve Sanayi Devriminin etkilediği toplumun sosyal ve ekonomik yapısı ve bu yapı içerisindeki ilişkilerdeki değişim ve dönüşüm ile 2000'li yıllarda özellikle internetin, makinalaşmanın, dijital çağın meydana gelmesi ile şu anda içinde yaşadığımız toplumdaki değişim ve dönüşüm birbirinden çok farklıdır. Yani eskiden olmayan çok yeni şeylerle karşılaşacaksınız. Bu 50 yıl önce yoktu, 50 yıl önceki hayatla belki 250 yıl önceki hayatta çok farklılık yoktu. 250 yıl önce değişmeye başlamış. 300 yıl önceki hayatla 1000 yıl önceki hayatta da çok büyük bir değişiklik yok. Yani Sanayi Devrimine kadar olan süreçte üç aşağı beş yukarı sosyal ve iktisadi yapı aynıdır. Dolayısıyla bu değişikliklere denk gelen dönemlerdeki hukuk yapısı ve hukuk anlayışı biraz sancılı oluyor. Bu dönemde hukuku iyi anlayanlar, iyi kavrayanlar, iyi geliştirenler ve iyi dönüştürenler kazançlı çıkarlar. Statüko içerisine sıkışıp kalanlar ise başarılı olamazlar.

Karşılaşacağınız problemlerin belki bir kısmı bugünkü mevcut Borçlar Kanunu ya da özel hukukun içerisindeki diğer kurallarla çözülemeyecek kadar karmaşık, yeni olabilir ve muhtemelen de olur. Çünkü o kadar hızlı değişiyor ve dönüşüyoruz ki, yetişemiyoruz. Babalarımız belki anlar ama dedelerimizin bulunduğu çağda böyle bir şey yoktu. Daha önceki

nesilde de böyle bir şey yoktu. Belki radyo, televizyon, işte birazcık ulaşım, iletişim vs. bugünkü hayatın her yönüyle dijitalleştiği bir alanda bu borç ilişkilerinin önemli bir kısmı, kendisi ve konusu dijital tabana aktarılmaya başlandı. Mevcut Borçlar Kanunu ile bunların çözülemediği yerlerde analitik düşünülerek bu problemleri çözebilecek açılımlarda bulunmak gerekir. Bunu belki devletler, hükümetler, kanun yapıcılar, kanun koyuculardan beklemek makul olabilir, ama hukuk bunu beklemez. Bu noktada sistemi kavrayan, bu dönüşümü kavrayan ve iyi anlayan kişiler, hukukun içerisinde kendilerine tanınan imkânları zorlayarak bu değişikliklerin kapısının tokmağını yakaladıklarında ve kapıyı açmaya çalıştıklarında kârlı çıkacak kişiler onlar olacaktır. Peki, bu nasıl gerçekleşir? Bu hukukun mantığını kavramakla gerçekleşir, kanunları ezberlemekle gerçekleşmez. Bugünkü olayların bugünkü kanuna göre çözümünü anlamakla da yapamazsınız bunu. Geçmişte nasıldı, hangi değişiklikler niye yaşandı, nasıl yaşandı, bugünkü değişiklikler bu değişikliklerin neresinde, nasıl, benziyor mu, dolayısıyla bugün bir dönüşüm olsa nasıl olur? Bu sorunun cevabını bilebilmek için Roma Hukukundaki bu değişiklikleri ve dönüşümleri iyi anlamak ve algılamak gerekir. Bu şekilde dersi geçersiniz, finalde olmazsa bütünlemede, o da olmazsa seneye vesaire. Ama iyi anlarsanız, iyi kavrarsanız, bilinçaltınızda farkında olmasanız bile bir Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku vs. özel hukukun temel hukukunun Borçlar Hukuku olduğu, anasının Borçları Hukuku olduğu, kökünün Borçları Hukuku olduğu yerleşir. Borçlar Hukukunu bilmezseniz özel hukukun hiçbir alanında hareket edemezsiniz. Dolayısıyla bu sizin bilinçaltınızdaki mantık ile karşılaştığınız problemi çözme konusunda siz farkında olmadan devreye girecek sistem dosyaları atar beyninize. Düşünürken bunlarla düşüneceksiniz. Aklınıza doğrudan gelmese bile Roma Hukukunun karşılaşmış olduğu problemleri çözmekte kullandığı bu metot devreye girecek, oradaki fikir size bir ışık tutacak. İşleyeceksiniz o fikri, bir çıkış yolu bulacaksınız ve ilk bulanlardan olursanız kazanan da tabi ki siz olacaksınız. Hâkim'seniz verdiğiniz kararla, avukatsanız kazandığınız dava ile, Özel Hukuk olduğu için savcılık makamı ile doğrudan bir ilgisi yok ama hukukçuluk konusunda onlara katkıda bulunacağı hususunda da şüphe olmadığını ifade edebiliriz.

Burada Roma Hukukunun geçirmiş olduğu tarihi gelişim içerisinde en çok dikkatimizi çeken konulardan bir tanesi sorumluluk. Sorumluluğa ilişkin girişimler ve dönüşümler nasıl yaşanmış bunların üzerinde durmaya çalışacağız. Geçen derslerimizde bir önceki derslerimizde Roma Hukukunun ortaya çıkışını başlıklar hâlinde zaten içeriğini doldurmuştuk, onların ayrıntılarından bahsetmeyeceğim. Ama burada şundan belki bahsedebiliriz; Sanayi Devrimi ile birlikte Roma Hukukunda yürürlükte olan ve çoğunlukla ahde vefa prensibi ile çözülmeye çalışılan ikili ilişkiler biraz devlet müdahalesine açık hâle geliyor. Ne demek bu? Eskiden devletin çok karışmadığı Borçlar Hukuku alanında eskiden gelme ve örf-adet içerisinde yerleşmiş kurallarla, uygulamalarla günlük ticari ilişkiler yürürken, bu alandaki ihtiyaçlar sebebiyle kanunlaştırma dönemlerine denk gelmesi sebebiyle Borçlar Hukukunda devlet işin içine girerek birazcık daha müdahaleci bir yol çiziyor.

Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayrımı

Buna şöyle bir örnek vermiştik hatırlarsanız, hukuku ilk başta böyle çizdik *(hocanın burada tahtaya bir şey çizdiği anlaşılıyor)* Roma Hukukunun ilk ortaya çıkış sürecinde bir daire olarak

M.Ö. 753 yılında olduğunu düşündüğünüzde bu hukuk Kamu Hukuku mudur Özel Hukuk mudur?

ÖĞRENCİ: Kamu Hukuku.

HOCA: Neden? M.Ö. 753 yılında devlet kurulur kurulmaz hukukun hemen hepsini istihdam mı etti? (!)

BAŞKA BİR ÖĞRENCİ: 'İkisi birden' diyor.

HOCA: Ben M.Ö. 750'lerden bahsettim, ilk kurulduğu zamanlardan. Burada devlet yok. Devlet yeni kurulmuş bir siyasi yapı hâline dönüşmüş kurum olarak kim var başta? Devletin başında? *Rex*. Statüsü ne? Rex, kral. Ama bizi ilgilendiren yönü nedir? *Magistra*. *Magistra*'nın yanında *senatus* var, bir de *Halk Meclisi* var. Bunlar ihtiyaç olduğunda, ihtiyaç duyulan konularda kararlar alıyorlar.

O zaman da söylemiştim, Kral durup dururken işleyen tekere çomak sokmuyor. Dolayısıyla M.Ö. 755 ile 753 yılları arasında çok büyük bir devlet kurulur kurulmaz bütün organları, bütün teşkilatları paldır küldür oluşturulmuyor. *(Çizdiği daireye atfen)* 360 derece içerisinde belki 2 derece. Hatta bir kişi başka bir kişiyi öldürmüş, bu durumda devlet karışmıyor. Çünkü bu kamuyu, toplumu, devleti ilgilendiren bir eylem olarak nitelendirilmiyor. Bu bir özel ilişkidir. Bir suç deyince Kamu Hukuku akla geliyor. Ama o günkü kamuyu ilgilendiren bir olay olarak dikkat çekmiyor, devlet karışmıyor. Bir süre sonra buradaki kısas usulündeki uygulamalar vs. falan bunlar sıkıntı oluşturmaya başlayınca, aşağı yukarı 300 yıl sonra M.Ö. 450'ler neyi hatırlatıyor bize? On İki Levha Kanunları ile birlikte devlet kısas usulünün uygulanmasına müdahale ediyor. Bazı kurallar getiriyor. Komşuluk Hukuku ile vs. hukukla ilgili Özel Hukuk alanında, Kamu Hukuku alanında bazı kurallarla ben buradayım demeye başlıyor. Buradaki *(daireye atfen)* 2-3-5-10 derecelik açı, oldu 20-30 derece.

Devlet, Cumhuriyet Dönemi içerisinde; geliştikçe, değiştikçe, dönüştükçe; *magistra*lar eliyle, *praetor*lar eliyle ya da *Halk Meclisi*'nin çıkarmış olduğu kanunlarla, güçlenmeye başladığı dönemden itibaren *senatus* müdahalesiyle, İmparatorluk Dönemine geçtiğimizde *Senatus Consultum*larla, Son İmparatorluk Dönemine geçtiğimizde İmparator emirnameleri ile devlet hukukun her alanına; adım adım *(actio actio),* olay olay *(case case),* dava dava *(causa causa),* sebep sebep sirayet ediyor.

Bugünkü anlamda genel kanunlar vs. öyle bir anlayış öyle bir ihtiyaç zaten yok, ama devlet her alana müdahil olmaya çalışıyor. Pax Romana Dönemi ile birlikte başlayan bu süreç içerisinde, Özel Hukuk ve Kamu Hukuku şeklinde ikiye ayrılan sürecin netleşmesinden itibaren devlet Kamu Hukukundaki alanlara müdahil oluyor. Vergiye ilişkin düzenlemeler, Ceza Hukukuna ilişkin düzenlemeler, idari yapıya ilişkin düzenlemeler vs. ile bugünkü anlamda bir Anayasa Hukuku yok, ama uygulamalarla da olsa var *(o dönemde Anayasa Hukuku anlamında değil ama öyle bir şey vardı).* Mesela Osmanlı'da Kanun-i Esasi yapılıncaya kadar anayasal olmamasına rağmen anayasal bir mantığın, anayasal bir sistemin, anayasal bir işleyişin olmadığını söyleyebilir misiniz? Kendisine göre bir yapısı vardı, işleyişi vardı, kuralları vardı.

Belliydi, belirsizdi, fluydu, netti, ama anayasa olmamasına rağmen varmış gibi işliyordu. Güçlü zamanınızda bu çok hissedilmez, ama sıkıntılı zamanda eksiklikler hissedilince bu sefer Kanun-i Esasi ile yapılması ortaya çıktı vesaire.

Şimdi rejim değişikliklerinde, devlet değişikliklerinde, dönem değişikliklerinde, siyasi değişiklerde, devletin ilk müdahale ettiği alan kamu hukuku ile ilgili alan olduğundan, bu dönemdeki kuralların yerleşmesi, oturması, gelişmesi hâlâ tam olarak netleşmiş değildir. Bu alanda belirginleşen, netleşen bir Ceza Hukuku vardır. O da çok eski dönemden beri yapıla geldiği için anlaşılmıştır, kuralları yerleşmiştir. On İki Levha Kanunlarından beri devletin doğrudan müdahale ettiği bir alandır, tecrübesi vardır. Onun öncesinde kültür olarak etkilenmiştir, etkilenmemiştir, ayrı hadise ama Hitit'de var, Hammurabi'de var, Sümerler'de var, Roma'nın olduğu dönemde var bu uygulama. Uygularsanız, uygulamazsınız ama dünya Ceza Hukuku ile ilgili kural yapmaktan haberdârdır. Tecrübesi olunca, bugün bir Ceza Kanunu var ama bir Vergi Kanunu yok, bir İdare Kanunu yok, Anayasa var ama hani nasıl olduğunu siz benden daha iyi biliyorsunuz; yapma, düzeltme, değiştirme hususunda hâlâ hemfikir değiliz. Neden? Bu alan hâlâ değişmeye, dönüşmeye devam ediyor. Henüz yerleşmedi, ama Özel Hukuk alanına devletin müdahaleleri de olsa, bu müdahaleler istikrarlılığı sağlar. İhtiyaç olmayınca gerçekleşmiyor. Başka bir rejim geldiğinde, daha önceki dönemde yapılan müdahaleyi ortadan kaldıran, değiştiren bir müdahale yapmıyor, onun üzerine bina ediyor.

Böyle olunca Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku, İş Hukuku gibi alanlar hepsi ayrı gibi gözükse de, aynı temelin içerisinde söz konusu olan hukuk dallarını oluşturuyor. Bugün mesela İş Hukuku dediğimiz alanın kökünü, orijinalini Roma Hukukunun M.Ö. 150'li yıllarına kadar geri götürmek mümkündür. Bakın tarım toplumunda, Roma'da kullanılan beden gücünü para karşılığında bir başkasına sunması, yani işçi olarak çalışmasının ayıp olarak karşılandığı bir dönemde, yabancıların getirmiş olduğu bir akit türüdür. Tarlada çalışmak, inşaatta çalışmak, işte basit işleri yapmak, tarım faaliyetleri ile ilgili işte arabaydı, tekerdi vs. bu temel noktadaki alanlarda bir hizmet akdi yapılırdı ki, 1500'lü yıllardan çok farklı değil. Ama ondan sonra birdenbire yeni bir sektör ortaya çıktı. Sanayi Devrimi ile birlikte artık başkasına para karşılığında çalışılan alanlar, mantık olarak aynı, sektör olarak değişti, gelişti. Roma Hukukundan gelen hizmet sözleşmesinin kuralları ile yürüyemediğiniz için İş Hukuku adı verilen bir alanı ortaya çıkarmak zorunda kaldınız.

İş Hukuku 200-300 yıllık geçmişi olan ve hâlâ değişen, gelişen bir alandır. Benim öğrencilik yıllarımdan bu yana iki üç kere kanun değişti, sistem değişti, mantık değişti ve hâlâ değişmeye devam edecek. Çünkü o sektör hâlâ değişim, dönüşüm içerisinde. Bakın, İş Hukuku diye müstakil bir alan yok esasında, Borçlar Hukukunun mantığıdır. Bugün hâlâ tartışılır, Borçlar Kanunundaki hizmet sözleşmesi ile İş Kanununda ki iş sözleşmesi aynı mıdır farklı mıdır? Ayıramazsınız, koparamazsınız. Borçlar Hukuku bilmezseniz İş Hukukunu anlamanız mümkün değil.

Başka? Farklı bir tekrar oluyor Ticaret Hukukuna ilişkin; şirketler, Roma'daki o yabancılardan öğrendikleri sermayeleri bir araya getirip kâr elde etmek amacıyla birlikte çalışmak gayesi ile kurulan iş ilişkisi, bu dönemde sermaye şirketleri şeklinde yeni açılımlara sahne oldu. Temeli

yine Borçlar Hukuku, oradaki şirket tipi, oradaki akit prensipleri ve saireler. Özellikle o şirketlere ilişkin, sözleşmelere ilişkin kısmını Borçlar Hukukundan ayırmanız mümkün değildir. Ve devletin bu dönemde oradaki boşluğu doldurmak amacıyla müdahalelerle Borçlar Kanunu yapılmış. Ama bu borçlar kanunlarının içerisinde devlet çok yok. Ana yapı yine ahde vefa ilkesi. Ana kural yine hukuka, ahlâka, adaba, kamu düzenine uygunluk, şahsiyet haklarına aykırı olmamak, muvazaa gibi ikrah gibi hile gibi ana, temel prensiplere aykırı olmamak üzere kişilerin diledikleri hukuki işlemleri, diledikleri kişilerle, diledikleri içerikte yapmaları, değiştirmeleri ve sonlandırmalarıdır. Sözleşme serbestisi dediğimiz irade muhtariyeti ilkesinin görünümünü oluşturan o prensip, Borçlar Hukukunda hâkim bir haldedir, ama franchising sözleşmesi, finansal kiralama sözleşmesi gibi yeni hayatın ihtiyaçları ile ortaya çıkan sözleşme tiplerini düzenleyen kanun maddeleri de yavaş yavaş yapılmaya başlar. Yani devlet bir şekilde müdahale etmeye devam ediyor. Fakat M.Ö. 750'lerde 5-10 derece ile başlayan süreç 180 dereceye geldi, ama genişlemeye devam ediyor. Ticaret Hukukunda Sermaye Piyasası Kurulu ile ticaret hayatına müdahale ediyor. Ticaret Kanunu içerisinde anonim şirketlerin kurulmasına, çalıştırması gereken kişilerin özelliklerine, yönetim kurullarının nasıl yapılacaklarına ilişkin kurallarla Ticaret Hukukuna müdahale etmeye devam ediyor.

Tüketici Hukuku ile Borçlar Hukukunun o spesifik alanına müdahale etmeye devam ediyor. İş Hukukunda Sosyal Güvenlik Mevzuatı ile işçiyi koruyan düzenlemelerle İş Hukukunun içerisinde müdahale etmeye devam ediyor. Herhâlde olmaz ama biraz böyle aklınıza kalacak bir örnek olsun diye söylüyorum, bu süreç devam ederse 500 yıl sonra herhâlde tamamı Kamu Hukuku olacak. O tarafa doğru genişlemeye devam ediyor. Devlet bir taraftan Borçlar Hukuku alanında geri durmak istiyor, bir taraftan da zayıf tarafı koruma prensibi ile müdahalelerde bulunuyor. Enflasyon oluyor, dolardaki hareketlenme ile diyor ki, sosyal yapı dolarla kira yapamaz, artışlar şu kadar olur. Türkiye'de daha önce de karşılaşıldı, Anayasa Mahkemesi iptal etti. Tekrar geldi. Bütün bunların mantığını, geçmişteki problemlerin getirmiş olduğu çözümlerle Roma Hukukunun Borçlar Hukuku sistemi içerisinde görmeye çalışacağız. Aynı örneklerin yer aldığı yerler olacak, farklı örneklerin yer aldığı yerler olacak. Dolayısıyla burada Roma Hukukunun mantığını ve işleyişini öncelikli olarak öğrenmeyi amaçlamamızın daha kârlı olmamız için önemli olduğunu söyleyebilirim.

Peki, Borçlar Hukukunda ne var, nelerden bahsedeceğiz? ana hatlarıyla şöyle söyleyebiliriz;

(Burada hoca ders dışı konuşmalar yapıyor bazı öğrencilerin tahtaya yazılanı görmediğinden tepegöz kullanabilir miyiz veya derslere başlamadan önce derste kullanılacak kavramları önceden verebilir miyiz şeklinde bir değerlendirme yapıyor. Pek vakit olmadığından yakınıyor vesaire. Derste kullanılacak kavramlar ve bazı şekillerle dersi zenginleştirmeye deneyeceğinden bahsediyor.)

Burada borç ilişkisi dediğimiz ilişki ile ilgilidir Borçlar Hukuku. Roma Hukuku, tabi ki borç ilişkisini bilmez, Roma Hukuku satışı bilir, haksız fiili bilir, eser sözleşmesini bilir, hizmet sözleşmesini bilir. Teker teker bu ilişkileri bilir, ama bu ilişkilerin hepsinde ortak olan genel prensiplere ilişkin bir genel teori Roma Hukukunda yoktur demiştik. Bugünkü bakış açısıyla

Roma Hukukuna baktığımızda neler göreceğiz onları anlatacağız en azından birkaç hafta. Ondan sonra teker teker borç ilişkilerine geçmiş olacağız.

Öncelikli olarak On İki Levha Kanunlarında da dikkatinizi çekmiştir, Eşya Hukuku ile başlayalım. Eşya Hukukunun tarihi, Borçlar Hukukundan öncedir. Çünkü kişinin eşya ile olan ilişkisi, eşya ile olan bağlılığı daha görünür, daha net. Birbirleriyle Borçlar Hukuku anlamında ilişkilerinin varlığını kabul etmek daha sonraki dönemlerde değişiyor. Ta o zamandan beri Eşya Hukuku, katı ve şekilci bir yapıya sahip. Bundan etkilenen Borçlar Hukuku da katı ve şekilci bir yapı ile başlıyor, gelişiyor. Ama dünyada borç ilişkilerindeki gelişmeler karşısında artık o katı ve şekilci yapı daha fazla direnemediği için Borçlar Hukukunda şekil serbestisi sisteme hâkim oluyor. Ama Eşya Hukukunda öyle bir şey söz konusu değil. Hatta 3'üncü sınıfta Eşya Hukuku dersinde göreceksiniz, kanunun ya da doktrinin teorik olarak mümkündür dediği pek çok işlemi tapudaki memur ya da müdür yapmaz. Statükocudur. Eşya Hukukunun mantığı ile söylüyorum, oradaki kişileri eleştirmek için söylemiyorum, tespit amaçlı. Çünkü idare etmek gerçekten zordur. Oradaki memurundan müdürüne kadar; doktrinin olabilir dediğine, kanunun yorumundan olabilir sonucunun çıkmasına rağmen, yetkili mahkeme kararında sonuç kısmında açıkça yapacağı işlem net bir şekilde ifade edilmedikçe, yorumla işlem yapmaz. 'Ona mahkemeler karar verir' der. Hatta Hâkim'in gereği düşünüldü kısmında söylediği, ama altında karar kısmında açıkça zikretmedi diye şu işlemin yapılması noktasında bu kadar katıdır. Bu, iyidir, kötüdür tartışmasına girmiyorum. Eşya Hukukunun mantığında bu var. Roma'da ilk dönemlerde Borçlar Hukukunun mantığı da böyleydi. Ama hayat öyleydi, ekonomi öyleydi. Sistem gelişiyor, değişiyor, dönüşüyor ve o kadar hızlı ilerliyor ki, o katı şekilli yapıyla problemleri çözmeniz mümkün değil. Öyle olunca, buradaki esnemeler söz konusu olunca, Borçlar Hukuku farklı bir mantığa dönüşmüş.

Borç İlişkisi

Borç ilişkisi olarak ifade etmiş olduğumuz ilişki, nedir borç ilişkisi? A ile B arasında kurulan bir ilişki. Alacaklıyı A, borçluyu B ve bu borç ilişkisinin konusunu E yani edim olarak ifade ediyoruz. Borçlar Hukukunda, özellikle gelecek sene üç aşağı beş yukarı 1 yıl boyunca bu şeklin türevlerini göreceksiniz. Biz birkaç hafta, 2'nci dönemin yarısı kadar bir sürede benzer konulardan bahsedeceğiz. Bunun Roma Hukukundaki görüntüsü, temeli nasıldı? Bugüne nasıl geldik? ondan bahsedeceğiz.

Bu A ile B arasındaki borç ilişkisi öyle bir ilişkidir ki, alacaklı olan kişi A, B'den kendisine bir şeyin verilmesini ya da bir şeyin yapılmasını isteme yetkisine sahiptir. Bir başkasından kendisine bir şeyin verilmesini ya da bir şeyin yapılmasını isteme yetkisi veren ilişkiye biz **"borç ilişkisi"** diyoruz. 'Bana bunu vereceksin' ya da 'yapacaksın' meselenin özü, edimin özü budur.

Öğrenciden gelen bir soru üzerine Hoca, yapmamanın da yapmanın bir türevi olduğunu belirtiyor.

2. Ders

Roma'da Borç İlişkisinin Tanımı, Gelişimi ve Tarafları

Şimdi neden bahsedeceğiz? Kaldığımız yerden devam edelim. Alacaklı tarafından bakarak borç ilişkisini tanımladığımda borç ilişkisi, alacaklının borçludan kendisine bir şey verilmesini ya da bir şey yapılmasını *(yapılmama da bu kapsamda değerlendirilir)* isteme yetkisine sahip olduğu ilişkiyi ifade eder. Borç ilişkisinin tanımı budur. Ama borç ilişkisini borçlu tarafından bakarak da tanımlayabiliriz. Yani bir şey tanımlarken nereden baktığınıza bağlıdır. Borç ilişkisi, borçlunun alacaklıya bir şey vermek ya da onun için bir şey yapmak ya da yapmamak yükümlülüğü altında olduğu ilişkiye de borç ilişkisi adına veriyoruz.

Dolayısıyla aslında borç ilişkisine; kuruluşu itibariyle, hukukundaki mantık itibariyle baktığımızda; taraflardan bir tanesi borç altındadır, diğer taraf alacaklıdır. Roma'daki borç ilişkisinin kurulan ilk örnekleri, görüntüleri ve önemli bir süre devam eden şekli bu şekildeki gibidir. Bir taraf borçludur, bir taraf alacaklıdır. Derslerimizde ayrı ayrı göreceğiz. Bir süre sonra bakınız bu uygulamalar epey bir süre devam ediyor. Birkaç yüzyıl devam ediyor. Bir süre sonra alacaklı olan tarafın da aynı ilişki içerisinde, aynı borç ilişkisi içerisinde *(yoksa siz başka bir sözleşme yaparsınız, o sözleşmede alacaklı olan taraf borçlu olur, o başka bir şey olur ondan bahsetmiyorum)* alacaklı tarafından borçlu olan tarafa karşı bazı borçların meydana gelmeye başladığını görüyoruz bir süre sonra.

Yeni bir anlayışla aynı borç ilişkisi içerisinde her iki tarafın da karşılıklı olarak hem alacaklı hem de borçlu olduğu bir ilişki karşımıza çıkıyor. Bugün mesela Borçlar Kanununun içerisinde her iki duruma ilişkin örnekler, ifadeler, tanımlar mevcut. Nereden anlıyoruz? Mesela Borçlar Kanunu şöyle bir cümleyle başlar. Bazen der ki, *her iki tarafa da borç yükleyen sözleşmeler.* Şimdi bu şekilde bir ifade ile başladığına göre bazı sözleşmelerde her iki taraf borç altına giriyor demektir. Bugün her iki tarafın borç altına girdiği sözleşme örnekleri çok olmakla birlikte, Roma Hukukunda bu durum ilk dönemlerde yoktur.

Borç ilişkisinde iki tarafın da borç altına girmesi gibi durumu o günkü Borçlar Hukuku zihniyeti kabul etmiyor. Eşya Hukukundan sonra yavaş yavaş ortaya çıkmaya başlayınca onu bir borç ilişkisi olarak aldı, bugün de işlemeye başladı. O günkü toplum tarım toplumu, 3000 yıl önce, bugünkü küçük bir kasaba büyüklüğünde Site Devleti. Homojen bir yapı, sanayi yok, turizm yok, yabancılar çok farklı, yabancılar zaten *hostis* kavramının altında hoşgörüyle bakılmayan bir ortamda. Örf adet ve bu konuda içerisinde olmak kaydıyla mevcut olan borç ilişkileri zayıf, zaten sınırlı. Öyle hani arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi bir şey yok. Bildiğiniz basit bir kaç tane işlem, bilinen yöntemlerle yapılıyor ve o günkü ihtiyaçlarını görüyorlar. Bir önceki derste bahsettiğim, geçiş dönemlerinde ticaretin yoğunlaştığı ya da göçlerin yoğunlaştığı, yabancılaşmanın arttığı, ihtiyaçların farklılaştığı dönemlerde, o ihtiyaçlar sebebiyle bu bahsetmiş olduğum borç ilişkileri yavaş yavaş alacaklı olan tarafın da borçlu olmaya başladığı, her iki tarafın da her zaman borçlu olduğu, yeni yeni borç ilişkileri hâlinde karşımıza çıkıyor. Bunların hepsinin üzerinde duracağız. Peki, nedir Borçlar Hukuku? Neden bahseder bu ilişki? Başlayalım.

Contractus

Bakın şu çizgiden bahsetmiştim geçen dönemde, hukuki işlemler kısmını anlatırken hukuki olaylar, hukuki işlemler hatırlayın. Hukuki fiillerin altında, hukuku uygun fiiller ve hukuka aykırı fiiller demiştik. Hukuka uygun fiilleri de kendi içerisinde; bilgi açıklamaları, duygu açıklamaları ve irade açıklamaları olarak 3'e böldük. O irade açıklamalarının özünde de hukuki işlemler olduğunu ifade ettik. Ondan sonra karikatürize ederek, bir dairenin içerisindeki kişi, iradeler, beyanlar, hukuki sonuç. Bir şekil çizmiştik. İşte bu şekilde başlayan bir alacaklının borçluluk ilişkisi. Bu yöntemlerden bir tanesine Roma Hukukunda *contractus* diyoruz. Borç ilişkisi bir *contractus*'dan doğabilir. Peki, sadece *contractus* mu? Hayır, sadece *contractus* değil. Bir kişi başka bir kişiden kendisine bir şey verilmesini ya da kendisi için bir şey yapılmasını *(çoğunlukla verme olacaktır bu, tazminat ödeme şeklinde)* haksız fiil neticesinde elde etmiş olabilir. Ona da Roma Hukukunda *delictum* adını vermiştik.

Roma'da Kısas ve Tazminat

Devlet kurumları oluşmadan önce, her şeyin Özel Hukuk olduğu dönemde, Kamu Hukuku diye bir şey bilinmiyor. Suçlar var ama bunlar Özel Hukuk mantığı içerisinde. Toplum kendisi bunları müeyyidelendiriyor. Kısas Hukukunun hâkim olduğunu söylemiştik. Bir süre sonra devlet diyor ki, kısas yerine alternatif bir uygulama başlatıyorum. Nedir o? Tazminat. Yani anlaşırsanız kısasa gerek yok. Çünkü telafisi yok, geri dönüşü yok. Anlaşın, uzlaşın, onu çözün. Anlaşamadığınızda kısas uygulansın. Bir süre sonra diyor ki, bundan sonra şu cezalara şu müeyyideler uygulanacak. Ama burada kurduğumuz mantıkta, hukuk kendi içerisinde bir olduğu için kısası uygularsanız tazminat imkânı yok. Tazminat imkânı ne zaman doğacak? Kısastan vazgeçerseniz. Yani cezanın şekli, müeyyidenin türü değişiyor. Yani ceza olan müeyyide tazminata dönüşmüş oluyor.

Ama bugünkü hukukumuza bakın, birisini öldürdünüz veya uzuv tatili dediğimiz organını kestiniz, kullanılamaz hâle geldi. Bunun Ceza Hukuku anlamında bir cezası var. Tamam, kısas değil belki, ama bir hapis cezası yani özgürlüğün hem de hatırı sayılır bir süre alıkonulması. Bunun yanında bakınız, bunun yerinde değil, bunun yanında ayrı bir de Özel Hukuk sorumluluğu var. Tazminat doğuyor. Bir taraftan devlet yakanıza yapışıyor, kamu düzenini bozduğunuz için Kamu Hukuku yönüyle. Bir taraftan *(isterse Özel Hukuk ilişkileri çerçevesinde)* zarara uğrayan kişi sizin yakanıza yapışıyor. Devlet buna karışmıyor. İster tazminat davası aç, ister açma vesaire. Ama açarsan ben tazmin edeceğim diyor. Açmazsan karışmam diyor. Ama kendisi kamu davası hâline gelmiş olan, kamuyu ilgilendiren konuya, o dönemde karışmıyor demiştik, ama şimdi karışıyor. Ben ilgilenmem, bana ne diyemezsiniz. Bugün mesela hastanenin acil servisine gidin Kurban Bayramı da değildir, kasap da değilsiniz. Elinizde bir bıçak yarası ile gittiniz. Oradaki doktor eğer bunun bir eylem olduğundan şüphelenirse, durumu Hastane Polisi'ne bildirir. Konu silahla yaralama. O dönemde karışmadığı pek çok şeye bugün karışır. Tazminatı onu ilgilendirmez, Borçlar Hukuku ben bunu ayrıca müeyyidelendireceğim diyor.

O günkü mantıkta *delictum* ikisini de ifade ediyor. Hem suç hem haksız fiil ifade eden bir yönü vardı. Ama bir süre sonra ayrılmaya başlandı. *Delictum* tabirinin yanında ortaya çıkan *crimer*, Kamu Hukukunda kalan kısmını oluşturdu, Borçlar Hukukunda *delictum* olarak kaldı. Dolayısıyla bugün *crime* dediğimiz suç yönü Kamu Hukukunun, *delictum* dediğimiz husus ise Özel Hukukun, Borçlar Hukukunun ilgi alanını ifade eden bir kavram olarak karşımıza çıkıyor. Devam edelim Bununla ilgili açıklamalarda bulunacağım tekrar.

Borç İlişkisinin Kaynakları

Bu borç ilişkisinde bakın, Pax Romana Döneminde Gaius'u hatırlayın. Gaius, hani ekolünden bahsetmiştik, diyor ki; borç ilişkisinin kaynakları 2 tanedir. Nedir onlar? **1-** *Contractus*, **2-** *Delictum.* O dönemden sonra bunlara bir kaynak daha ekliyorlar; **3-** Diğer Sebepler. Flu[4] bir kaynak. Çünkü sebepsiz zenginleşme bunlardan bir tanesi. Sadece bu değil başka sebepler de var. Mesela vesayetten doğan ilişki; sözleşme deseniz sözleşme değil, Kamu Hukuku desen Kamu Hukuku değil, Özel Hukuk deseniz özel hukuk değil, haksız fiil hiç değil. Buradan kaynaklanan, mal idare etmekten kaynaklanan kusuru vesaire pek çok şey ikisine de dâhil değil. Peki, ne olacak o zaman? İki buçuk başlık; ***contractus***, ***delictum*** ve ***diğer sebepler***.

Bunların içerisinde en yoğun olan başlık, sebepsiz zenginleşmedir. Roma'da incelenmiş. Sanayi Devrimi ile birlikte çok farklı görüntüler ortaya çıkmaya başlamış. Uzaktan yapılan işlemlerle karmaşıklaşan toplum yapısı sebebiyle insanların birbirini tanımadığı ortamlarda kurulan hukuku işlemler sebebiyle sebepsiz zenginleşmenin türleri, uygulamalı örnekleri çoğalmış ve bunu artık başlı başına bir borç ilişkisini kuran sebep olarak tanımanın zamanı gelmiş. Ne zaman? Yakın çağlarda. Yani bu kanunlaştırma sürecinde.

Borç ilişkisinin kaynağı bugünkü Borçlar Kanunumuz da üç buçuk sebep, Nedir o? **1-** *Contractus*, hukuki işlem diyoruz ona, **2-** *Haksız Fiil*, **3-** *Sebepsiz Zenginleşme*, **4-** *Diğer Sebepler.* Yine herhangi bir başlık altında toplayamayacağımız kadar dağınık başka sebepler de var. 50, 100, 300 yıl sonra bir dördüncü başlık hâline gelecek kadar gelişir mi, toparlanır mı onu bilmiyorum. Ama şunu söyleyebiliriz; 2000 yılda borç ilişkisinin kaynakları açısından bir maddelik bir değişim olmuş. 2 maddeden 3 maddeye çıkıyor. Ve şimdi bu değişir mi kolaylıkla? 2000 yılda bu kadar değişmiş, 200 yılda bu kadar kolay değişmeyecektir. Bunlardan bahsedeceğiz. Hukuki ilişkinin; hukuki işlemler ile sözleşme ile kurulması, *delictum* ile kurulması, sebepsiz zenginleşme ile kurulması. Başka?

Borç İlişkisinin Tarafları

Şimdi; Alacaklı kim olur? Borçlu kim olur? Alacaklı ile borçlu taraf değişir mi acaba? Kendi içinde değil. A gidip onun yerine A2 gelir mi? Gelirse nasıl, gelmezse niye? Ya da B gidip, B'nin yerine B2 gelir mi? Gelirse nasıl, gelmezse neden? Ya da borç ilişkisinin kurulması esnasında, kurulduğu sırada A1, A2, A3, A4 gibi birden fazla alacaklı olur mu? Ya da borç ilişkisinin

[4] Flu: Bulanık, net olmayan (Fotoğrafçılık)

kurulması sırasında *(sonradan değil)* B1, B2, B3, B4 olur mu? Ya da borç ilişkisinin devamı sırasında *(bakınız B yerine B2 değil)* B'nin yanına B2 gelebilir mi? Borçlu sayısı artabilir mi?

Borç İlişkisinde Taraf Değişiklikleri

Bunlar nasıl olur? Bu edimi başkasına ödeyebilir miyiz? Borçlu yerine bir başkası aynı edimi A'ya ödeyebilir mi? Borçlu bu edimi A yerine bir başkasına ödeyebilir mi? Alacaklıysa sıkıntı yok. Ama alacaklı değilse bir üçüncü kişiye öderse veya bir üçüncü kişi bu borcu öderse bu borç ilişkisinin akıbeti nasıl olur?

Daha hukuki bir problem; Medeni Hukuk dersinde gördünüz. Borç ilişkisinin taraflarına ait özellikler. A nasıl bir kişi olmalı? B nasıl bir kişi olmalı? Ehliyet açısından özellikle, herkes her borç ilişkisini kurabilir mi? Mesela bunun bir kefalet sözleşmesi olması durumunda, *(özellikle Türk Hukuku açısından bakın)* B'nin taşıması gereken özellikler başkadır, A'nın taşıması gereken özellikler başkadır. Aynı sözleşmede kefil olan kişi başkadır. Alacaklı olan kişinin özellikleri sınırlı ehliyetsizlik durumuna göre farklıdır, tam ehliyetsizlik durumunda farklıdır. Biz ayrıca üzerinde durmayacağız, zaten Kişiler Hukuku dersinde gördünüz. Bizde 1'inci dönem Roma kişilerinden kısmen bahsettik.

Edim **ve Borç İlişkisi**

Borç ilişkisini kurabilmek için acaba bu edim nasıl bir edim olmalı, hangi özellikleri taşımalı? Başlangıçta taşıdığı özellikler neler olmalı? Borç ilişkisinin devamı sırasındaki özellikleri nasıl olmalı? Sonradan ortadan kalkarsa ne olur? Borç ilişkisinin akıbeti ne olur? Yerine başka bir şey yapmak mümkün olur mu? *İkale* etkeni ile bu ilişkiyi çözebilir miyiz, yoksa kendiliğinden mi ortadan kalkar, bu borç ilişkisi sona erer?

Bir diğer başlık, Borçlar Hukukunun önemli konularından bahsediyorum, Bu borç ilişkisi nasıl sona erer? Borç nasıl sona erer? İkisi birbirinden farklıdır. Borç budur *(muhtemelen tahtada bir şey gösteriyor).* Edim, benim sizden verilmesini ya da yapılmasını istediğim şeydir, borç ilişkisinin konusudur. Ama aramızdaki ilişki borç ilişkisidir, birbirinden farklıdır. Borcu ne sona erdirir? Borç ilişkisini ne sona erdirir? Ben borcumu ifa edersem borç ilişkisi de gider mi? Veya tersi borç ilişkisi ortadan kalkarsa borç da sona erer mi? Bunlar üzerine ayrı ayrı duracağız. Mesela borcun tabii sona erme yöntemi ifa. İfanın, ifa olması için neler lazım? İfanın yeri açısından taşıdığı özellikler *(özellikle hatırlayın 1'inci dönemde şartla vade kısmında incelemiştim),* vade açısından baktığımızda ifanın zamanı açısından taşıdığı özellikler ve problemler. Zamanında ifayı gerçekleştirmezsek bunun sonuçları ne olacak borçlu açısından? Ben ifa için geldim, alacaklıyı bulamadım. Borçlu olarak hazırım, alacaklı yok. Ne olacak borç ilişkisine etkisi, sorumluluklara etkisi?

Bütün bunlar üzerinde ayrı ayrı durulması gereken hususlar. 2'nci sınıfta Borçlar Hukuku Genel Hükümler, bunlar üzerinde ayrı ayrı durmaya yetecek. Ama biz Roma Hukukunun 2'nci döneminin bir kısmında bunlar üzerinde ayrıntılı olarak durmayacağız. Başlıklar hâlinde ana yapıyı çok fazla tartışmadan Roma'da olduğu hâli ile bugünkü olduğu hâli arasındaki bağlantıyı işaret etmekle yetineceğiz. Ve pek çok yerde dediğim gibi özet anlatıp sizden okumanızı

isteyeceğiz. Yoksa başka türlü yetişmez, anlatmamız mümkün olmaz ve bu ders amacını gerçekleştiremez. Takip ederseniz ve çalışırsanız çok istifade edebileceğinizi garanti edebilirim. Bunun sağlamasını da 2'nci ve 3'üncü sınıftaki derse devam etmiş ve dersi anlamış olan öğrencilere sorduğunuzda onlardan alacağınız cevap neyse ben ona razıyım. Onlar gereksiz, girmeyin diyorlarsa dersi takip etmenize gerek yok. Ama 1'inci sınıftan Roma Hukukundan aldığınız bilgi ile 2'nci sınıfta Borçları Hukukundan aldığınız bilgi arasında çok fark yok. Bunu sizin takdirinize sunuyorum.

Borç ilişkisini ortadan kaldıran başka ne sebepler var? Onlardan bahsedeceğiz ayrı ayrı başlıklar hâlinde yeri geldiğinde. Bunlar aşağı yukarı 2'nci dönemin bir yarısını oluşturacak. Ondan sonra teker teker borç ilişkilerine geçeceğiz. Akitler Teorisi; *sözlü akitler*, *aynı akitler*, *rızai akitler* ve bunların uygulamaları. Buraya vakit kalması için dediğim gibi bu kısmı biraz daha özet olarak geçmek durumundayım. Konunun daha iyi anlaşılması için derslere gelirken Medeni Kanun ve Borçlar Kanununu derse getirmeniz, yoksa sadece bir Borçlar Kanununu temin etmeniz *(hatta imkânınız varsa internetten çıktı olarak alabilirsiniz)* faydalı olacaktır. Anlattığımız hususlar bugünkü Borçlar Kanununun neresinde, nasıl düzenlenmiş ona da işaret ederiz, kafanızda da yerleşmiş olur. Dolayısıyla gelecek sene Borçlar Kanunu içine düştüğünüzde kafanızı mermere çarpmazsınız. Borçlar Kanunu karmaşık olarak telakki edilebilir. Borçlar Hukuku Özel Hukukun da temelidir. Eğer Borçlar Hukukunu bilmiyorsanız Özel Hukuku da bilmiyorsunuz demektir.

Delictum'un Kökeni ve Ayrımı

Şimdi peki hangisi önce? Bu borç ilişkisi nereden çıktı? Bu hususta çok ayrıntıya girmeyeceğim, ama iki ana teori var. Neydi o; önce *delictum* vardı. *Delictum*'da *crimer* mantığı da vardı. Haksız fiil ile birlikte uygulanıyordu. Daha sonra devlet dedi ki, anlaşın. Anlaşma demek irade beyanı demek, uzlaşmak demek, konsensüs demek. Dolayısıyla sözleşme *contractus* dediğimiz borç ilişkisi, *delictum*'un üzerine ortaya çıktı şeklinde bir teori var. Buna karşı olan teoriye göre *contractus* olan daha önce. Bunun sebebi *delictum*'dan farklı, Roma'daki kölelik sistemine bağlı olarak bir kişi bir başka kişiye o günkü toplum şartlarında kredi veriyor. Kredi, *credere* tabiri ile ifade ediliyor. Kelime anlamı, güvenmek demektir. Size güveniyorum, borç veriyorum. Siz de bana zamanı geldiğinde bu borcu iade ediyorsunuz. Önceki dönemki derslerimizden hatırlayalım, bir Romalı için şeref, en zirvedeki değerlerden bir tanesi. Borcuna sadık olmayan kişilerin *censor*lar tarafından *infamis* olarak ilan edilmesi düşünüldüğünde insanların borçlarını ödememesi gibi bir durumu zaten düşünemezsiniz. Bir taraftan örf-adet, bir taraftan ahlâki değerler, etik değerler bir taraftan *censor* uygulaması hepsi insanların dürüst, doğru, şerefli, borçlarına sadık kişiler olmasını zaten sağlıyor. Ama yabancılık unsuru artmaya başlayınca, toplumda yabancıyı tanımıyorsunuz, bilmiyorsunuz. Bir süre sonra toplumdaki *pleb*lerle olan ilişki sıkılaşınca sizden borç alıyorlar. *Pleb*ler ile mücadele kapsamında On İki Levha Kanunları yapılmıştı hatırlarsanız. Aslında bu *pleb*lerin zaferi idi. *Pleb*lere karşı uygulanan katı, sert, yazılı olmayan pek çok ağır kuralı yazılı hâle dönüştürme suretiyle objektif olarak herkese uygulamasını sağladı *pleb*ler. Bu bir başarıydı ve onların içerisindeki kurallardan bir tanesi de hatırlayın borçlulara vurulacak zincirin ağırlığı 7,5 kiloyu

geçemez idi. Usul Hukukuna, İcra Hukukuna ilişkin ayrıntılı düzenlemeler var. Neden? Çünkü kendileri hep mağdur oluyorlar, mahkûm oluyorlar, köle oluyorlardı. Hatırlayın kölelik sebeplerinden bir tanesini, neydi; borcunu ödeyemeyen kişinin köle olması. Dolayısıyla güvenerek para verdiğiniz kişi ifa zamanı geldiğinde borcunu ödeyemeyince teminat vermesi gerekiyor. Diyor ki, borcumu ödeyeceğim 1-2 hafta içerisinde en fazla. O döneme kadar borcunun teminatı olarak kefil istiyorsun ipotek *(hypotecha)* istiyorsun. Diyor ki, çalışır öderim, alır öderim, bulur öderim. Bunun teminatı kendisi. Alacaklı olan kişiye kendisini, kendi varlığını teminat olarak gösteriyor. Bu işleme de *nexum* adını vermiştik. *Nexum muamelesi* diyor ki, borcunun teminatı benim. Borcunu ödemediği takdirde A, B'ye zincir takarak onu hapsediyor.

Bugün de tartışılıyor. Zorlama hapsi, tazyik hapsi. Yargıtay diyor ki, bu bir ceza değildir, bu bir zorlamadır, tazyiktir. Ama akademisyen, özellikle böyle daha özgürlükçü düşünen kişiler, adının ne olduğu önemli değil; bir kişinin özgürlüğünü kısıtlıyorsanız bu cezadır. İster bir gün ister 10 gün fark etmez. Bir tanesi az ceza, bir tanesi çok ceza. Ama Roma'da borcunu ödemediği için hapsedilen bir kişi var 2500 yıl önce. Bugün de benzer şekilde borcunu ödeyemediği için hapis yatan kişiler varsa o zamandan gelen bu mantığa aykırı deniyor. Ceza Kamu Hukukunda, borcunu ödeyememek Özel Hukuktadır. Özel Hukuktaki yükümlülük ihlal edildiğinde neden Kamu Hukukunu uyguluyorsun? Kendisi içinde tutarlı başka bir tedbir bulun, ama hapis olmasın deniyor. O yüzden mesela karşılıksız çek kalkmıştı, tekrar geldi hapis cezası vesaire. Karşılıksız çek kesilsin demiyorum. Ama çek Özel Hukuk tarafındadır, hapis cezası Kamu Hukuku tarafında. Söyleyebileceğimiz nedir? Çeki karşılıksız çıktığında insanlar hapse girmesin, ama müeyyidesiz de olmasın. Ayrı hadise. Çek mi alacaksın? Alacağın çek kadar teminatı önceden ver. Çeki ödeyemezsen o teminat karşılıksız kalır. O zaman çek kullanma, paran kadar ticaret yap vs. Herkes aynı şekilde düşünmüyor. Bugünkü kurallar da aynı bakın, farklı değil. Borcunu ödeyemediği için hapse maruz kalan kişi, karşıdaki kişinin hâkimiyeti altına girmiş oluyor. Bu işleme *ligare*[5] deniyor; zincire vurulma, zincirleme. İngilizcesi *the tie*. Boynundan bağlamak demek. Bir kişinin özgürlüğünü alacak şekilde boynuna zincir vurmak anlamında. Bu kişiyi zincire vurduğunuzda Roma devleti içerisinde yapamıyorsunuz bunu, şehrin dışına götürüp satma imkânınız var, alacağınızı oradan tahsil ediyorsunuz. Böylece kişi de köle statüsüne düşmüş oluyor.

Alacaklı ile borçlu arasında çizdiğim bu bağın temelini o zincir oluşturuyor. Zaman içerisinde değişti, hukuk gelişti, anlayış gelişti. Özgürlüğün borcun ödenmemesi suretiyle alınamayacağına ilişkin mantık hâkim olunca, boyundaki bu zincir çıkarıldı, o zincir o kişinin mal varlığına bağlandı. Borçlunun özgürlüğünü sınırlandıran alacaklı ile borçlu arasındaki zincir kalktı. Ama hukukun kabul etmiş olduğu bu zincir devam etti. Önceden *ligare* (zincir) ile ifade edilen sorumluluk, *obligare* (yükümlülük) olarak ortaya çıktı. Bugün görünmeyen bir zincir olarak ortaya çıkmış.

Şimdi, ilk hangi kaynaklardan etkilenmişti hukuk; din kuralları. Rahip hukukçular çok etkili. Sonra da sekülerleşme başladı. Ama hukukun bu bahsetmiş olduğumuz tartışmaların olduğu

[5] Kelime anlamı: Bağlamak

dönemde hukukun en önemli kaynağı din. Dinde de bağlanma var. Kişinin tanrılarla arasında bir bağlantısı var, bu da *ligare.* Sadece çok tanrılı dinlerde yok, tek tanrılı dinlerde de var. Tanrı ile olan ilişkinizi bir kere kurup, kenarda bırakmazsınız. Belli dönemlerde çeşitli şekillerde bu bağın tekrarlanması yenilenmesi gerek. İbadetlerle vs. ne derseniz adına. Dolayısıyla bu *ligare* devamlı tekrarlanır. Dolayısıyla *religare* olur *religion.* Din *(religion),* tekrarlanan bağdan gelen bu inanç sisteminin adıdır. Latincesinde, dinle hukuktaki borç arasında mantıki olarak bir bağlantıyı kelimenin kökü itibarıyla kurduk. Acaba diğer hukuk sistemlerinde, İslam Hukukunda benzer bir mantık var mı? Bir de ona bakalım. A ile B arasındaki bu ilişkiden doğan *obligations* kelimesinin adı *deyn*. Osmanlı'da borçları idare etmek üzere kurulan Düyun-u Umumiye, *deyn* kelimesinin çoğuludur. 'Borçlar' demektir. *Deyn* kelimesi kişinin kişiye olan borcunu ifade eder. Kişinin Allah'a olan borcunu ifade eden sistemin adı da dindir. Eski dilde yazılışları aynıdır, sadece okunuşları farklıdır. Ama bir tanesi tanrı ile kişi arasındaki ilişkileri, borçları, yükümlülükleri ifade eden bir mantığa sahipken, diğeri sadece kişiler arasındaki ilişkileri ifade eder. Yani *deyn* ile din arasındaki bağlantı ve *religion* ile *obligation* arasındaki bağlantı birbirinden çok farklı değildir. Bu da şunu gösteriyor, hukukların önemli bir kısmının temeli dinî anlayışa dayanır. Kökeni itibariyle geçmişe doğru baktığımızda hukuku dinden ayırmak mümkün değil. Ama bugüne kadar gelen süreçte hukukun kaynağı artık değişti. Diğer derslerinizde gördünüz, ayrıntıya girmeyeceğim.

Borç ilişkisi ile ilgili yapmış olduğumuz bu açıklamalar neticesinde, *contractus* bu şekilde ortaya çıkmış olan bir ilişkiyi ifade ediyor. C*redere* ilişkisi ile başlayan ve krediden doğan ödünç almaktan kaynaklanan o hukuki ilişkiyi yerine getirmek ile başlayan süreç, günümüz literatüründe çok daha farklı, çok daha geniş yükümlülükleri içine alan bir torba hâline dönüşmüştür.

Delictum'un Kamu Hukukundan Özel Hukuka ayrılması sürecinde devletin suçla ilgili müeyyidelerini Ceza Hukuku olarak *cramer* olarak bünyesinde tutması, Borçlar Hukuku kısmına da aynı mantığın, aynı hukuk kuralının ithal edilip haksız fiil olarak devam etmesi, ikinci borç kaynağını oluşturuyor. Aslında 2'nci sınıfta göreceğiniz Ceza Hukuku Genel Hükümler dersinin içerisindeki suç, suçun unsurları özellikle manevi unsur dediğimiz kast, ihmal. Bunlar Borçlar Hukukundaki ile neresinde aynı? Biz bu ikisini aynı başlık altında olduğu dönemde inceliyoruz. Ama bugünkü hukukta ayrıldığı için Borçlar Hukukunda *delictum*'u, Ceza Hukukunda *cramer*'i inceleyeceksiniz.

Önümüzdeki ders kaldığımız yerden devam edeceğiz.