İÜHF-İMECE PAYLAŞIM

1.SINIF ÇİFT

ROMA HUKUKU

01.04.2019

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

İÜHF 1.SINIF ÇİFT-İMECE PAYLAŞIM

(DERS NOTLARI TEK BAŞINA YETERLİ KAYNAK DEĞİLDİR.
ÜNİVERSİTE ÖĞRENCİSİ, SADECE DERS NOTLARIYLA YETİNMEMELİ,
ARAŞTIRMALI, BİLİMSEL KAYNAKLARI İNCELEMELİ,
HER ŞEYDEN ÖNCE HUKUK MANTIĞINI KAVRAMALIDIR.)

ROMA HUKUKU

01.04.2019

İÇİNDEKİLER

1.DERS

NOVATİO/YENİLEME/TECDİD
ALACAĞIN DEVRİ
NISBİ ETKİSİZLİK
BORCUN NAKLİ
SPENSİO KEFALET
TÜKETİM ÖDÜNCÜ/MUTUUM/KARZ
FAİZ

2. DERS
FAİZİN DEVAMI
TEFECİLİK VE ROMA'DA BORÇ EHLİYETİ
KULLANIM ÖDÜNCÜ

1.DERS

NOVATİO-YENİLEME-TECDİD

Tecdit (yenileme) anlaşmasının bu işte sıklıkla kullanıldığını söylemiştik. Neydi burada bahsettiğimiz tecdit? Yenileme Türk borçlar hukukunda 133 ve 134 maddelerinde borcu sonlandıran bir şey olarak bahsi geçmektedir. Kısaca var olan bir borç ilişkisini sonlandırıp bir başka borç ilişkisi kurmak diyebiliriz. Yenilemenin Roma hukukundaki karşılığı novatio. Roma hukukunda çok büyük öneme sahipti. Çünkü bir borcun içeriğinin veya taraflarının değişmesi basit bir işlem değil idi. Bu değişiklikler ancak o borç ilişkisinin sona erip yeni baştan bir borç ilişkisi kurmakla mümkün oluyordu. Burada borç ilişkisinin taraf değişikliğini anlatacağım. Acaba alacaklı olan taraf alacağını başka bir kişiye devredebilir mi? Ya da borçlu olan taraf bu edimi yerine getirme borcunu başka kişiye devredebilir mi? şeklinde sorular sorulur ve buna alacağın devri ya da borcun nakli denir.

ALACAĞIN DEVRİ

Şimdi Roma hukukundaki İlk olarak baktığımızda alacaklının B'den alacağını bir üçüncü kişi olan A2'ye devri için taraflar kendi aralarında anlaşma yaparlar. Yani A bu alacağı A2'ye niye devrediyor acaba? Bu soru kendi aralarında bir iç ilişkinin sorunudur. Ve bu B'yi ilgilendirmez. B'yi ilgilendiren tarafı A2 kendisi ile görüşüp A2 ile B arasında "*A'ya olan borcunu bana ödeyeceğini taahhüt ediyor musun"* şeklinde yine stipulatio kullanmak suretiyle yeni bir borç ilişkisi kurarlar. Novatio ile gerçekleşiyor bu ilişki. Eski ifadesiyle tecdit, yeni ifadesiyle yenileme, Latince ifadesiyle novatio ile gerçekleşen bu ilişki önceki ilişkiyi ortadan kaldırıyor ve borç ilişkisinde yeni bir alacaklı ortaya çıkmış oluyor. Eski alacaklı ve eski borç ilişkisi ortadan kalkıyor Tabii ki bunun sıkıntılı sonuçlarını da görüyoruz Eski borç ilişkisinde rehin hak ise ya da kefil var ise bunlar fer'i borçlar olduğu için asıl borca bağlı olan yan borçlar olduğu için asıl borcun ortadan kalkmasıyla birlikte fer'i nitelikteki bu borçlar da ortadan kalkarlar. Yani esas borcun kalkmasıyla esas borç ilişkisi düşerse bu borca bağlı kalarak geçerliliğini devam ettiren diğer fer'i borç ilişkileri de düşer. Rehin de böyledir, kefil de böyledir, ceza-i şart da faiz de böyledir, Yani bu hukukun genel bir prensibidir. Türk hukukunda da böyledir, Roma hukukunda da böyledir, eski hukukumuzda da böyledir. Mesela siz bir dava açmış iseniz eğer faizini, borcun vadesini işin içine katmamışsanız günü dolmadan isteyemezsiniz. Asıl borca dava açmakla bu hakkınız sona erer. Sözleşmeden dönmüşseniz -sözleşmeden dönmek ilişkiyi ortadan kaldırmak demek. Bu ilişkiyi ortadan kaldırınca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça cezai şart ortadan kalkar. Cezai şart bir ek yükümlülüktür. Dolayısıyla alacağın devrinin yapılması böyle sıkıntılı sonuçları doğuruyor idi. Zaman içerisinde bu sorun giderilmeye çalışılmış. Nasıl? Diyor ki A; aslında alacağı A2'ye devretmek istiyor. Ama etmiyor sadece tahsil yetkisi veriyor. "Git, B'den benim alacağımı benim için tahsil et." diyor. A2 tahsil etmek için gidiyor. Bu şekilde bir süreç başlıyor. Bir actio alması lazım preatorden. Preatorden actioyu talep ediyor. Bununla ilgili görüşmeler devam ediyor. Hatırlarsanız borcu sona erdiren sebeplerden takas (compensatio) davanın tespiti gibi bir aşama söylemiştik.

Neydi takas? iki kişi arasında karşılıklı borç ve alacak olduğu zaman alacakların birbirinden mahsup edilmesiydi. Başlarda taraflar aralarında anlaşma yaparak pactum yoluyla takas yapıyorlardı. Buna rağmen dava açıldığında defi yoluyla espectio İleri sürülüyordu. İustinianus döneminde takas borcun sona erme sebebi sayılmıştı. Neyse devam edelim. O davanın tespit aşaması geldiğinde önceki aşamanın sona erdiğini söylemiştik. Davanın tespiti aşaması başlı başına taraflar arasında yeni bir borç ilişkisi doğurur. Bu borç da hakimin vereceği karara uyma borcudur. Bu tahsil görevlisi davanın ilgili kısmında alacaklı yerine kendi ismini yazar. Artık alacaklı kendisi olmuştur. Eskiye tekrar dönelim. Bu işlemler yapılmadığı takdirde borca bağlı feri haklar sona erdiği yeni alacaklı bu feri haklarından yararlanamaz Bu nedenle vekalet yoluyla bu sorun çözülmeye çalışılmıştır alacağın temlikinde stipulatio yapılır. Ayrıca bazı alacaklar temlik edilemez. İhtilaflı alacakların temlik edilmesi yasaktır gibi… Bazı kişilere de temlik yapılmaz. Nüfuslu saygın kişiler mesela… Geçelim…

Anlattığım sistem ile alacağın devri ile alakalı sorunları giderme yoluna gidilmiştir. Burada dikkatinizi çekmesi gereken husus stipulatio ile bağlı alacağın şekle bağlı işlemde sözlü şekil geçerlidir. Hem eski hem yeni alacaklı hem de borçlu bu ilişkiye katılmak zorunda çünkü yeni bir sözleşme yapmak zorundasınız. Yeni bir sözleşmede de taraflar gereklidir stipulatio için. Ve sadece A ile A2'nin anlaşmış olması alacağın devri için Roma Hukukunda yeterli değildir. Bakalım nasıl düzelmiş. Diyor ki 181. madde "Kanun sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça bazı borçlar devredilemez. Ya da taraflar arasında borcu deldiği için yasak edilmiştir. Bunun dışında alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını 3. kişiye devredebilir. Şimdi 184. maddeye bakalım. "Alacağın devrinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır." Yani A ile A2 arasındaki işlemin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılmış olmalıdır. "Tamam bunlar anlaşmış ikisinin de rızası var fakat yazılı şekilde yapmak zorundasınız diyor."

NISBİ ETKİSİZLİK

Geçersizlik türlerinden bir tanesi nisbi etkisizliktir. Nedir bu nisbi etkisizlik? A ile A2 arasındaki bu alacağın devri işlemi yapıldıktan sonra dürüstlük kuralı gereği bu alacağı devrettiğini B'ye bildirmelidir. Bakın izin almaktan bahsetmiyorum sözleşme yapmaktan bahsetmiyorum. Bildireceksin. Niye bildireceksin? Çünkü borçlu o ifayı kime yapacağını bilsin. Eğer bu bildirmeyi yapmazsanız Roma hukuku devir işlemine geçersiz diyecektir. Onay alamadığı için geçersiz demiyoruz. Sadece borçlu olana karşı ileri süremiyorsunuz. B'nin bu devirden haberi yoksa ve borcunu A'ya öderse borcunu ifa etmiş olur. Alacağın devredildiğini bilmeyen borçlu kira borcunu daha önce kendisine verilen devredilmeden önceki alacaklıya ait banka hesabına yatırdığı anda borcunu ifa etmiş olacaktır. İşlem geçersiz değil sadece nisbi etkisiz yani bunu B'ye karşı ileri süremiyorsun ama 3. kişiler açısından etkisini devam ettiriyor. Unutmamanız gereken husus ne? Bu işlem B'ye karşı ileri sürülemez ve değişiklik B'ye karşı etkili olamaz. Bu duruma ne diyorduk? Nisbi etkisizlik.

BORCUN NAKLİ

Tersine bakacak olursak borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi durumunda yeni bir borçlu gelmiş ve gelen borçlu ile bu işin tarafı değişmiş olacaktır. Biraz önce söylediklerimizi önemli bir kısmı bunun için de geçerli. Bu borç ilişkisinin tarafları arasında niye devredildiği başka bir problem. Kendi aralarında ayrı ve özel başka bir ilişki olabilir eski ve yeni borçlu arasında. Bağışlama ilişkisi olabilir. Yani bu borç bağışlama değil tabii ki. Para bağışı amacıyla bir borcu kapatma sonucu doğabilir. Pek çok sebep olabilir. Mesela B kişisi "Ben bu borcu ödeyemeyeceğim" der, B2 de "Tamam benim sana hediyem olsun. Bu borcu sen bana devret senin yerine ben ödeyeyim." Bu işlem bir borcun nakli işlemidir. Ya da B2'nin B2ye bir borcu vardı başka sebeplerden dolayı. Bunu ödeyemedi. B de dedi ki "Sen bana borcunu ödemeyince ben de kendi borcumu başkasında ödeyemedim." B2 de dedi ki "O borcu bana aktar dolayısıyla ben de sana borcumu ödemiş olayım." Tamam diyorlar. Bu borcun naklinin temelindeki amaç B2'nin daha önceden B'ye olan başka bir borcunu ödemesi. Ödenmemiş borç ilişkisini çözmek de diyebiliriz amacına. Ardından B2 alacaklıya şunu derse "Şu anda ödeyecek durumum yok" alacaklı da *"Tamam, sorun yok. Bu borcu sen eline ne zaman para geçerse o zaman öde."* derse bu credendi olur. Neyse bizi ilgilendiren kısma gelelim yeni borçlu adayı ve alacaklı ile bu ilişkinin yapılması. Yine aynı şekilde A ile B2 arasında yapılacak bir stipulatio ve A'nın B2'ye "B'nin bana olan borcunu sen ödemeyi tazmin ediyor musun?" şeklinde bir öneride bulunması da diyebiliriz. B2 de tamam diyor. Neyi ödeyecek ONUN borcunu. Yeni bir ilişki kurmak istiyorlar. Yukarıdaki olay burada da gerçekleşiyor. Yani "Novatio" yenileme işlemi ile taraflar arasındaki eski borç ilişkisi ortadan kalkıp onun yerine yeni bir borç ilişkisi getirmek suretiyle tabi bu yenileme de borçlu tarafı değiştirmek suretiyle borcu devretme işlemini gerçekleştirmiş oluyoruz. Borcu nakil işleminde de yine alacaklı ile yeni borçlu adayı arasında yeni bir sözleşme geçerli. Alacak devrinde anlatmıştık. Tersinden baktığımızda bu sefer alacaklının müsaadesi lazım. Alacaklının izni olmadan kurulması mümkün olmayan bir sözleşme.

Acaba Türk hukukunda bu nasıl düzenlemişler? Roma hukukuna benziyor mu? Ona bakalım. "Borcun üstlenilmesi" diyor. Borcun üstlenilmesi. Şimdi Borcun üstlenilmesini ikiye ayırarak incelemiş kanunumuz. TBK madde 195/f.1 Birincisi benim biraz önce size anlattığım B ile B2 arasında bu üstlenmenin temelini oluşturan bir iç ilişki şeklinde. Kanunumuz buna iç üstlenilmesi demiş. Diyor ki*; "Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu (yani yeni borçlu B2) bizzat ifa ederek veya alacaklının rızası ile borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur."* İkisi arasındaki sözleşme iç üstlenme sözleşmesi, B2'nin görevi de bu borcu A2ya ifa etmek. Borçlu üstlenme sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmedikçe diğer taraftan yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyemez. Bu kendi aralarındaki ilişki ile alakalı bir husus. Ayrıca ilgili maddesinin ikinci fıkrası.

Borcun dış üstlenilmesi asıl Roma hukukuna novatio ile gerçekleşen borcun nakli işlemini karşılayan TBK 195. Madde. Diyor ki; "Öneri ve kabul" (maddenin kenar başlığı) alacağın devrinde öneri ve kabul eden bahsetmemişti. Çünkü borçlunun bu konudaki muvafakatına gerek yoktu sadece bildirim yapıyorduk o da hani etkisiz kalmasın diye. Ama borcun üstlenilmesinde, borcun naklinde borçlunun da onayı lazım alacaklının da onayı lazım. Roma hukukuna daha çok benziyor. (Borcun nakli daha çok benziyor.)

Devam edelim. **Türk Borçlar Kanunu madde 196/f.1; "Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ve alacaklar arasında yapılacak sözleşme ile olur.**" Roma hukukundakinin tamamen aynısı.

Türk Medeni Kanunu 196/f.2; "İç üstlenme sözleşmesinin, üstlenen veya onun izniyle borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin öneri anlamına gelir." Borçlu tarafından eskisi veya yenisi ikisinden biri alacaklıya *"Biz kendi aramızda borcu devrettik. Artık borcu B2 ödeyecek."* şeklinde bir bildirimin yapılması Dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin öneri anlamına gelir. Bir öneridir. Bir icattır eski ifadesiyle. Ne için icattır? Novatio (yenileme) işleminde göre bir icattır.

Türk Borçlar Kanunu madde 196/f.3/; "Alacaklının kabulü açık veya örtülü olabilir." Burada "açık veya örtülü olabilir" ifadesinden yazılı bir şeklin aranmadığını anlıyoruz. Devam edelim maddemize "Alacaklı, çekince ileri sürmek sizin istifasını kabul eden veya onun borçla sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir işleme hızar gösterirse, borcun üst edilmesini kabul etmiş sayılır." Roma hukuku için söyleyeceklerimizi mantık olarak da yorumlarsa bu hükmün orada da geçerli olduğunu görüyoruz.

Özetleyecek olursak o B ile B2 arasında olan o iç ilişkinin bir şekilde (yazılı şekil aranmıyor) A'ya bildirilmesi A'nın da "Tamam benim için uygundur. B'nin borcunu B2'nin ödemesini kabul ediyorum. Benim İçin sorun teşkil etmiyor." şeklinde bir beyanda bulunarak onaylamışsa artık borç nakledilmiş ve yeni borçlu B2 olmuştur. B borcundan kurtulur.

Öğrenci bir soru soruyor duyamadım fakat hocanın cevabı şuydu; Hayır borcun ne olduğu fark etmez. Fakat parça borcun kendi aralarında devri yapılmış olmalı. Yani parça borcun belki nakli de mümkün fakat ifası oldukça sıkıntılı olacaktır.

Yapma borcun nakli anlaşması yapılmış ise ne yapacağız. Mesela bir kuyu kazmak… Şahıs önemli midir? Değildir. Ama resim yapmak? Şahıs önemlidir. Dolayısıyla aynı şekilde buradaki eğer ifa başkası tarafından yapılabilecekse bir anlamı var. Eğer ifa başkası tarafından yapılamayacaksa ve buna rağmen bir borcun nakli anlaşması yapılmış ise o zaman biraz düşünmek lazım. Acaba borcun nakli geçersiz midir? Yoksa tam roma hukukunda olduğu gibi novatio (yenileme) sözleşmesiyle eski borç ibra edilip alacaklı ile yeni borçlu arasında yeni bir sözleşme kurulmakta mıdır? Şeklinde bir yoruma girmek gerekecektir. Çünkü borcun nakli için böyle bir edimin B2 tarafından yapılıp yapılamayacağı ayrıca değerlendirmek gerekir.

Buraya kadar kafamızda var mı bir soru işareti? Alacağın devri ya da borcun nakliyle alakalı? Yok. Mesela en iyi örneklerinden bir tanesi hamiline yazılı olan senet veya çek. Hamiline olduğu için nasıl devredecek? Teslim.

SPENSIO-KEFALET

Evet devir konusunu tamamladık zaten novatiodan bahsetmiştik stipulatiodan bahsetmiştik. Zaten onları bildiğiniz için bu kısmı anlamak daha kolay olacaktır. Şimdi geçen haftaki dersimizde kefaletten bahsetmiş miydik? Tamam. Bahsettiğimiz konuyu çok kısa tekrarlayalım.

Roma hukukunda stipulationun kullanım yerlerinden bir tanesi de sponsio şeklinde yani sponsor olmak kelimesiyle Türkçede karşılık bulan bir kavramda gerçekleşiyor.

Borcun naklinde bir farklılık var önceki borçlu borcundan kurtuluyor idi. Kefalette ise önceki borçlunun borçluluğu devam ediyor, onun yanına bir borçlu daha ekliyoruz. Kefaletle borcun nakli arasındaki en temel farklardan bir tanesi budur. Bir tanesinde kes-yapıştır bir tanesinde kopyala-yapıştır mantığı söz konusudur. Önceki varlığını devam ettirir. Bunun sponsio işlemiyle gerçekleştirildiğini, şekle bağlı sözlü olarak yapılan bir akit olduğunu, tarafların Romalı olması gerektiğini, mirasçılara bu kefaletten doğan borcun intikal etmediğini, milattan önce 240tan itibaren yabancıların preatorlüğüyle birlikte yabancılar hukuku da gelişince artık yabancıların da bu şekilde bir kefalet sözleşmesi yapmalarına imkan tanımak için yeni bir formül bulunduğunu bu yeni formülün aslında Romalılar için kabul gören sistemin yabancılar tarafından da yapılabilecek şekilde bazı ufak tefek tadilatlarla değiştirilmesinden ibaret olduğunu söylemiştik. Yemin edilir; "şeref, haysiyet, onur üzerine promosio söz vermek anlamında söz verilirdi" tabirini kullanıyorlar. Bu şekilde işlemi yapıyorlar idi. Ama yine bu şekilde bir işlem de mirasçılara intikal etmeyen bir borçtu.

Asıl borçtan bakınız kefalet -biraz önce dedik- feri nitelikte bir borç asıl sakıt olunca feri dahi sakıt olur diyordu mecelle. (Sakit değil sakıt biraz kalın okuyacağız.) Bunun da mantığında feri ile asıl -ki feri dal demek, asıl kök demek- dalların köke yakınlığı da aranıyordu ö dönemde. Asıl borç ilişkisini kuruverince hemen akabinde kefaleti de kurmamız lazım hem sponsio da hem fidepromissio da ikisinde de lazım. Dolayısıyla kefil yararı bekleyecek siz asıl stipulatio'yu yapacaksınız ondan sonra kefil gelecek kefille birlikte bu sözleşmeyi kefalet olarak bir daha yapacaksınız.

Şimdi bunların uygulanması çok küçük bir topumda herkes bir arada yaşarken ya da *"Ahmet nerede?" ''Tarlada.'' ''Gidin, getirin."* dediğinizde kolay olur ama toplumun genişlemesiyle insanların her zaman nerede olduğunun bilinmemesi ve her zaman sözleşmenin yapılamamasıyla zorluklarla karşılaşıyorsun. Hem Romalılar açısından hem yabancılar açısından bu sefer fedüsio (yazılışından emin değilim) olarak isimlendirilen bir kefalet sözleşmesinin hem Romalılar hem yabancılar için yapılabildiğini, artık bağlı kalınmadan geniş anlamdaki kefalet sözleşmesinin kurulabildiğini bunun mirasçılara intikal eden bir borç doğurduğunu ve bu kefalet sözleşmesinin fedüsionun yapılabilmesi için asıl borçtan hemen sonra yapılması gibi kronolojik bir yakınlığın aranmadığını ifade ettik. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinin ortaya çıkışı ve gelişme sürecinin bu şekilde olduğunu hatırlatalım. Burada dikkatinizi çekmesi gereken nokta Kefilin sorumluluğu ile Asıl borcun sahibinin sorumluluğunu aynı olduğu sonucuna varılmıştır. Bazı dönemlerde kefillerin birden fazla olması diğer kesimlerinde ödeme gücüne sahip olması durumunda alacaklı kefillerden birine asıl borçluya müracaat etmeden gittiğinde O keyfinde yahu bula bula benimi buldun diyerek yalnızca kendi kısmını ödeyebilmesine imkan sağlanmıştır.

Bugün benzer düzenlemeleri Ticaret Hukukunda göreceksiniz 3. Sınıfta, Borçlar Özel 2. dönemin sonlarına doğru. **Türk hukukundaki düzenlemelerle Roma hukukundaki bu düzenlemeler birbirine oldukça benzemektedir. Hem şekil açısından hem adi kefaletle müteselsilen kefalet açısından, kefillerin kendi aralarında sorumlulukları açısından Roma hukukundaki temel unsurları neredeyse Türk Hukuku ile aynı olduğunu ifade edebiliriz. Bakın tekrar ediyorum neredeyse. Tamamen değil.**

Türk Hukukunun bu alandaki düzenlemelerin de dikkatinizi çekmesi gereken özelliği -az önce söylemiştik- Roma hukukunun uzunca bir döneminde Kefilin sorumluluğunun asıl borcun sahibinin sorumluluğu ile eşdeğer bir sorumluluk olduğu prensibinin değiştirilmesidir.

Uzunca bir süre kefil asıl Borçlu ile aynı derecede sorumlu tutulur. Bu şekilde Alacaklı isterse kefile gider isterse asıl borçluya giderdi. Ama günümüz hukukunda adi kefalet açısından önce borçluya git alacağını talep et alabileceğin kadarını al alamayacağın kısmı haciz belgesiyle ispatladıktan sonra gel benden iste şeklinde bir def'i imkanına sahip kılınmış. Biz buna tartışma def'i adını veriyoruz. Kefalet hukukunda tartışma def'i… *"Bana gelmeden önce asıl borçluya gidecektin." şeklinde* bir def'i diyoruz. **Adi kefil için söz konusu bu ama müteselsil kefil için böyle bir def'i imkanı söz konusu değil.** Müteselsil kefilde de bu kefalet sözleşmesini ilk ortaya çıktığı zamanlarda Kefilin asıl borçluya aynı anda aynı derecede sorumlu olduğu kefalet türüdür. Müteselsil… "Silsile" yani zincirleme bir ilişki söz konusu. Alacaklı isterse gider isterse asıl borçluya gider, bu şekilde alacaklar için durum biraz daha güçlendirilmiştir. **Yine kefalet hukukundaki ilgili maddeleri tekrar ederseniz de çok iyi olur. Çünkü Türk hukukunda kefalet sözleşmesi oldukça önem arz etmekte. Borçlar kanunu içerisinde de eskisine göre değişikliğin oldukça fazla hissedildiği bir alanın ve uygulamanın da oldukça yoğun olduğu konulardan bir tanesi.**

TÜKETİM ÖDÜNCÜ, MUTUUM, KARZ

Stipulatio mantığına çok yakın bir şey var. Ayni akitler olarak kronolojik olarak baktığımızda mutuum'un ayni akitler olarak isimlendirilen akitler grubunun içerisinde ilk ortaya çıkan bir akit türü olduğunu görüyoruz. Türk hukukundaki yeni adıyla tüketim ödüncü sözleşmesi, eski adıyla karz sözleşmesi. Aslında düşündüğümüzde sosyolojik olarak hangi topluma girerseniz girin en yaygın en çok karşılaşılan akit tiplerinden biridir mutuum. En yaygını olmasının sebebi tabii ihtiyaçların tabii yollarla karşılanması temeline dayanmasıdır. Eskiliğinin sebebi de budur zaten. Yani bir varlığın temelinde kökeninden gelen bir akittir. Buğdayınız yoksa buğday, o günkü toplumda yağınız yoksa yağ, şarabınız yoksa şarap, tuzunuz yoksa tuz, para kullanılmaya başlanıldığı tarihten itibaren de paranız yoksa parayı ya da bunun gibi mislini malların belli bir miktar karşıdaki kişiden alınması teslimle birlikte mülkiyetin alana geçmesi taraflar arasında sözleşmenin bu teslim anında kurulması ve daha sonraki bir süreçte teslim alanın yani ödünç alanın aynı miktarda aynı içerikte cins borcu, çeşit borcu doğan o eşyayı karşı tarafa iade etmesi yükümlülüğü altına girdiği bir sözleşmeyi ifade ettik. (Hocanın cümlesi baya uzun, umarım anlatım bozukluğu yoktur.)

Bu sözleşmenin Roma hukukundaki yerine baktığımızda stipulatio ile kardeş mantık üzerine kurulduğunu, stipulationun sözlü olarak dar hukuk akdi mahiyetinde olduğunu görüyoruz. Ne demek dar hukuk akdi?

Öğrenci: Tek taraflı.

Hoca: Hayır tek taraflı değil. Dar hukuk akdi demek; sözleşmenin konusu ne ise bunun genişletilmesinin, gevşetilmesinin mümkün olmamasıdır.

Bu şu demek; borç asıl borç vergiler bu borcun içerisine dahil edilir. Dolayısıyla stipulatioda borcunuz asıl borçtur. Faiz gecikme zammı vs. bunların hiçbirisi istenilmez. Çünkü şekilde ne konuşuysanız o. Çünkü Romalılar için borç o kelimenin telaffuzundan doğuyor. O kavramın ağızdan çıkmasından doğuyor. Birinci dönemde bunu söylemiştik. Dolayısıyla neyi telaffuz ettiyseniz borç onun üzerinden doğduğuna göre telaffuz etmediğimiz ağızdan çıkmayan bir şeyin hangi sıfatla olursa olsun bu borcun kapsamına girmesi-alınması mümkün değil. Bu yüzden borç -bugünkü materyallerle düşündüğümüzde- bir streçe sarılmıştır. Streç. Stress. Aynı kökten gelen ve (bir şeyin) çevresini saran ve onu sınırlandıran bir anlama sahiptir. Dolayısıyla buna **stricti iuris yani dar hukuk** kavramı kullanılır. **Eğer bu akitse contractus dava ise actio stricti iuris yani dar hukuk davası. Stipulatio'nun davasıdır. Mutuum davası. dar hukuk davasıdır. Bu şu demek; genişletemezsiniz. Stipulatioda ne konuştuysanız, mutuumda ne verdiyseniz.**

FAİZ

Tabii burada şöyle bir sıkıntı ortaya çıkıyor: Faiz ne olacak? Aslında faiz çok eski toplumlardan beri hukuk sistemlerini, ekonominin, dinlerin hep ilgi alanı olmuştur. Sadece dini bir konu değil hani faiz deyince dini yönü de olduğu için günahtır deriz ama sadece dinde değil,

hatta sadece İslam dininde de değil. O dönemdeki kilise hukuku (?) faize karşı çıkmaktadır. Yahudilikte faizin tarafları açısından bakıldığında yasak olduğu yerler vardır. Ekonomi içerisinde Roma'da karşılaşıldığı dönemler açısından baktığımızda henüz daha Hıristiyanlığın ortaya çıkmasından birkaç yüzyıl önce faizin yasaklandığına dair düzenlemeler görürüz. Bunu aslında şöyle izah etmek mümkün. Biraz önce dedik ya mutuum kökeni itibariyle dostluğa, arkadaşlığa, birlikte yaşama kültürüne bağlı olarak ortaya çıkan bir fikirdir. Dolayısıyla dost, dosttan faiz almaz, tamam mı? Bu ticari amaçla yapılan bir sözleşme değil. Eski dönemlerde ne verdiyseniz o. 100 kilo buğday verdiyseniz, 100 kilo buğday alırsınız. Yani faiz almak ya da faiz vermek iki köylünün aklına gelir mi? 10 yumurta verdiyseniz, 10 yumurta alırsınız. Taraflar arasındaki bu ilişki zorunluluktan, komşuluktan kaynaklanan bir ilişkidir. Dolayısıyla ticari bir ilişki olmadığı için dolayısıyla bundan ekstra bir yükümlülük fer'i bir alacak söz konusu olmaz, olmamalıdır. Ama kronolojik olarak baktığımızda Roma hukukunda hatırlayın plebler ya da clientler, köylüler ya da yabancılar şehrin büyüsüne kapılarak şehre doğru akın yapıyorlar. Bugün de çok fazla bir şey değişmemiş. Buradan köylüleri küçümsediğim anlamını çıkarmayın. Köylü şehirli diye ayırmak istemiyorum ama bugünkü metropol şehirlerin en büyük problemi insanların şehre göç etmesidir. E göçle birlikte nüfus, şehir hizmetleri, işsizlik gibi pek çok noktada problemler doğar. Aynı zamanda da patatesin fiyatı da 10 liraya çıkar, niye? Köyde insan kalmıyor. İnsanlar patates üretmek yerine başka işler yapmayı arzuluyorlar. Ama arz ettikleri gibi de olmuyor. Şehirde görmediğiniz bilmediğiniz aklımıza gelmeyecek birçok problem var. Satmışınız, salmışınız, gelmişiniz.

Bakın bugünle 2500 yıl önce farklı değil. Dönemiyorsunuz,
1. "Gittin yapamadın." diyecekler. '
2. Yeriniz yurdunuz kalmamış olacak.
3. Örnekleri varsa çevrenizde; gitmiş, kendini kurtarmış, belli bir seviyeye gelmiş… onları hedef alırsınız kendinize.

"Biraz daha zorlayalım, biraz daha çabalayalım, biraz daha bekleyelim." dersiniz. 2 kesim ortaya çıkar: Şehre gelip kendini kurtaranlar ve şehre gelip başaramayıp borç batağının içerisinde batanlar. Özellikle o dönem için. İşte asıl faizli ödünçlerin muvaffakı bu kişilerdir. Bunlar dostluk-arkadaşlık ilişkisi ile sizden bir şeyler almazlar. Bunlar zor durumda olan mecbur kalıp gelen kişilerdir. Ve genellikle faizli ödünç alan bunlardır. İşte yine birinci dönemde bahsetmiştik, ikinci dönemin başlarında da bahsettik. Nexum muamelesi köleliğe götüren borç ilişkisinin sosyolojik kaynağı da bunlardır aslında. Bir Romalı başka bir Romalıdan ödünç alarak ödeyemedim gibi değil bu çoğunlukla meydana gelmez. Bu köylüler yabancılardan faizli ödünç alıyorlar. Ödünçlerini ifa edemezler. Kendilerini temin gösterirler. Bir süre sonra köleleşirler ve ee geri kalan kısmını zaten anlatmıştım. Öldürülür mü? Satılır mı? Nasıl olur, nasıl gider?

Öğrenci: 60 gün ceza alırlar.

Hoca: İşte onlar zincirle bağlanma, kendilerine yiyecek verilmeme falan 12 levha kanunlarımım ortaya çıkmasının ve bu şekildeki düzenlemelerin de temel kaynağına baktığımızda sosyolojik olarak köleyken de intikal eden bu şekildeki kişilerin olduğunu söylemek de yanlış olmaz. En azından önemli bir etken olduğunu -tek başına değilse bile- önemli bir etken olduğunu söyleyebiliriz.

Bir süre sonra tabi M.Ö 300'lerde, M.Ö 100'lerde, M.S yine 200-300'lerde faizin yasaklanmasına ilişkin kanunlar, preator emirnameleri getiriliyor. 500'lerden Katolik hukukla birlikte Hıristiyanlığın kabulüyle birlikte Hıristiyanlıktan kaynaklanan faizin yasaklanmasına ilişkine düzenlemeler vardı. Hukuken ve dinen yasak olsa bile örfen de hoş olmayan bir şey olsa bile el altından faiz uygulanmaya devam etmiş ve hukuk sistemleri bunu yasaklamak yerine belli kurallar belli yöntemlerle kontrol altına almayı tercih etmişler. Bunu Türk hukuku açısından baktığımızda en önemli problemlerden bir tanesi adi faiz akdi faiz bunu türleriyle getiriyor. Bugün davaların en önemli konularından bir tanesi faizin hesaplanması, faizin başladığı tarih, hangi tür faizin uygulanacağı… Hala bu problemler devam etmekte. Tüketici kredisi açısından baktığımızda kredi hukukunda yeni bir enflasyon oranı belirdiğinde eski

kredilerin akıbeti ne olacak, ıradaki faiz oranları geçmişe etkili olacak mı? Bütün bu problemler ve aynı hassasiyet devam etmekte. Bir ara verelim.

2.DERS

FAİZİN DEVAMI

Oranlar üzerinde duruyor kitabımız da. Bazı konuların tartışmalı olduğuna ulaşıyoruz. Mesela faiz oranı ne kadardır şeklinde bir tartışma. %6, %8 veya %12 şeklinde. Ama bunun aylık olup olmadığı hususunda tartışmaların olduğunu ifade ediyor. Hukukçular belki hani "%'de şu kadardır." şeklinde bir ifade kullanıldığında bunu yıllık olarak algılamış görünüyorlar. Ama Roma tarihçileri, iktisat tarihçileri o dönemdeki faizin aylık olarak hesaplandığını ve oranların aylık oranlar olduğunu ifade ediyorlar. Bu şekilde konuya yaklaştığımızda da faizin o dönemler %100'lere vardığı şeklinde bir sonuçta ortaya çıkabiliyor. (aylık faiz oranlarının %8-10 olduğunu düşünürsek, yıllık faiz ne kadar olur?) O yüzden bazı kitaplarda aylık %1-1,5 gibi bazı kitaplarda ise aylık %7-8'lere varan ve yıllık da %100lere varan bir faiz sistemi olduğunu görebiliyoruz.

Faizin oranının ne olduğu dersimiz açısından bizi çok ilgilendirmiyor. Bizi ilgilendiren kısmı Roma hukukunda faizi nasıl düzenledikleri. Şimdi dedik ya; mutuum denince bunun kronolojik efendime söyleyeyim sosyolojik temeli dostluğa arkadaşlığa kaçık olduğundan ve stricti iuris -bir dar hukuk akdi, bir dar hukuk sözleşmesi- olduğundan ne verilmişse onu isteyebilirsiniz. Dolayısıyla bu sözleşmenin temel unsurlarından bir tanesi, verilen şeyin iadesidir. İkinci olarak burada dikkatimizi çekmesi gereken husus; faiz kararlaştırmak isteniyorsa bu fer'i nitelikteki borcun dar hukuk karakterini bu akdin içerisine sıkıştırılması mümkün olmadığından -düşünün şimdi hani bir streç attığınız bir yiyeceği buzluğa koydunuz, daha sonra onun içerisine başka bir şeyi koyabilir misiniz? Açarsanız sağı solu yırtılır o biter. Stricti iuris de streçin kökeni aynı olduğu için böyle düşünmek gerekir. Bu şekildeki fer'i nitelikteki özellikle faiz borcunu kararlaştırmak istiyorlarsa açıkça ve ayrıca faizi konu edinen kardeş akit mahiyetindeki bir stipulatio yapmaları gerekir. Dolayısıyla asıl sözleşmeyi mutuumla *"sana 100 kilo buğday veriyorum"* bunun faizini de ikinci bir sözleşme ile -bakın sözleşme diyorum, sitpulatio ile- "bana %10 faiz ödemeyi ya da 10 kilo buğday vermeyi taahhüt ediyor musun?" 10 kilo buğdayın sebebi ne? Faiz yani daha önceki buğdayın %10'u mahiyetinde. Stipulationun sebepsiz olabileceğini göz önünde bulundurduğunuzda bu iki akdin birbiriyle mantıki bir bağlantı içerisinde olması yeterli. Ayrıca şundan kaynaklanan faiz borcu, şundan kaynaklanan borç diye stipulaitonun içerisine yazılması gibi bir zorunluluk söz konusu değil.

Hatta bazen şöyle yapıyorlar o dönemde. Bu şekle bağlı işlemlerin problemini azaltmak için 100 birim ödünç verecek ve 10 birim de onun faizi var. 100 birim mutuumu var. Ayni akit elden teslim. 10 birimi de yani %10'luk kısmı da stipulatio ile kararlaştırması gerekiyor yani toplamda alacağı ne kadar? 110. Hiç mutuumu falan karıştırmadan diyor ki: Bana bir yıl sonra 110 kilo ya da 110 lira -artık neyse- vermeyi taahhüt ediyor musun şeklinde bir stipulatio yapıyorlar başlangıçta. Bakın sebep mebep hiçbir şey yok. Sadece stipulatiodan doğan bir borç var. Bu borcun taahüdünü aldıktan sonra *"Al sana" diyor "100 lirayı veriyorum."* Borcu nerden kaynaklandı aslında? Stipulatiodan kaynaklandı. Mutuumu tamamen devre dışı bıraktılar. Asıl borcun kendisini stipulatiodan doğurdular. Buradaki stipulatiodan doğan borç aslında mutuumdan doğan borçtan farklı bir borç.

Örneğini kıyasen günümüz hukukundan verdiğimi hatırlıyorum. Arkadaşınıza 100.000 lira ödün vereceksiniz ama faiz de almak istiyorsunuz. Ve aynı zamanda alacağınızı da garanti altına almak istiyorsunuz. Diyorsunuz ki; *"100, %10 da faiz 110 bin lira. Bana 100 bin lira vereceksin bir ay sonra 110 bin lira… Bana 110 bin liralık senet imzala ver ondan sonra sana bu 100 bin lirayı vereyim."* "Tamam" diyorlar senedi imzalıyor veriyor ama bakıyorsunuz yarın sabah diyor ki *"Gel paranı al."* Herhalde seviniyorsunuz. Senet sizde. Bakınız kendi aranızda akitten doğan bu borçtan tamamen bağımsız bir senet, bir stipulatio var orada ve ondan doğan bir borç var. Roma hukukunda da aynı bu dertle karşılaşmışlar. Yani stipulatio'yu yapıyor ama

adam parayı vermiyor. Parayı vermesini gerektirecek bir hukuki ilişki yok. Ama 110 bin lirayı 100 bin liraya almasını gerektirecek bir hukuki ilişki var. Bİr stipulatio var. Vermediği teslim etmediği paranın faizle karıştırılmış miktarı kadar bir stipulatio yaptırdığı için, karşı taraftan bir alacak elde etmiş oluyor. Tabi bunlar özellikle yabancılar hukukunun da etkisiyle, böyle toplum hayatının bozulması ve bu gibi sıkıntılarla karşılaşınca ortaya çıkıyor. Ama dönem diyor ki "Faizi yasakladım." E yasakladım demekle de olmuyor. Bu işin bir özü, bir şekli var. Mesela eski hukukumuz da faizi yasaklamıştı. İslam hukukunda biliyorsunuz faiz yasaktır. Ama bunu kendi aralarında tırnak için de söylüyorum güya hani dolanmak için şöyle sistemler geliştiriyorlar: *"Sana 1000 lira ödünç veriyorum."* tabi faizsiz veriyor. Daha sonra bu kişi 1200 lira olarak alacak, 1100 lira olarak alacak. Faizli bir şekilde ama faiz derse olmaz. Diyor ki *"1000 lira sana ödünç verdim. Tamam çok güzel. Şu kalem var ya. Şu kalemin bugün ki piyasa değeri ne kadar? 5 lira. Bu kalemi de sana 100 liraya satıyorum." "E tamam."* diyor borç alan kişi. Kalemi 100 liraya satın alıyor. Ama bu kalemi 100 liraya satın almanızın sebebi ne? Biraz önceki karz işlemi. O faizsiz ama kalem piyasa değerinden çok daha yüksek bir değere satılmış.

Bu fiyatın belirlenmesindeki amaç ne? Öbür taraftan faizin yasak olması sebebiyle onu iyileştirici yollarla faiz almak. Dolanma yöntemi, hukuki açıdan baktığımızda bu faiz değil. Bu malın bedeli. Ama gerçekte öyle mi? Hayır Muvazaalı işlem. (Yani öz açısından baktığımızda) O yüzden gerek mecellenin 1. maddesi eski hukukumuzda tarafların kullandıkları oradaki ifadesiyle hukukta itibar meallidir yani, "İşler maksatlarına göredir. Bir iş üzerine bağlanacak hüküm, o işten maksat ne ise ona göredir. Maksat kalbin yöneldiği şey/gayedir." Borçlar kanunun da 19. maddesinde de aynı ifadeyi yakalayabiliriz: "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Borçlu yazılı bir borç tanımasına güvenerek Alaca kazanmış olan üçüncü kişiye karşı bu işi muvazaalı olduğunu savunmasında bulunamaz" der borçlar kanunumuz. Hiçbir fark yok aynı düzenlemenin devamıdır. Tarafların gerçek iradesi neyse o sözleşmesinin adını o ortak irade koyar. Sizin kullanmış olduğunuz kelimeler kavramlar burada geçerli değildir yani. Niye verdik bu örneği? Roma hukuku, Türk toplumu, Osmanlı toplumu, A toplumu, B toplumu… Toplumlarda her zaman problemler aynı, sıkıntılar aynı getirilmeye çalışılan neticeler aynı. Bu şekilde bir tarafta toplum, bir tarafta ekonomi, bir tarafta hukuk -veya beraber iç içe olabilir- bu karşılaşılan problemleri gidermek yönünden kurallar koymaya ve uygulamaya gayret etmeye çalıştılar.

Burada dikkatimizi çekmesi gereken özellikle mutuum konusunda bu akit grubunun en önemli özelliği olan hususlara değinmek lazım. A ile B arasında karz anlaşması. Tüketilebilen türden bir eşyanın kullanımına ilişkin tüketilmek amacı olan ve daha sonra aynı miktarda aynı cinsten o ürünün geri verilmesi amacıyla bu sözleşme yapıyorlar. Önce taraflar bir consensus ile bir anlaşma Yapıyorlar kendi aralarında. Bu anlaşma Roma'da hukuken borç doğurucu nitelikte değil. Niye? Çünkü gelişigüzel yapılmış anlaşmalar Roma hukukunda borç doğurmazlar. Bu borcun dolması için anlaşma şeklinde değil sözleşme şeklinde yapmaları lazım. Peki Romanların borç doğuran sözleşmesi neydi?

Öğrenci: Stipulatio
Hoca: Evet! Stipulatio.

Eğer derse ki *"Bana 100 lira vermeyi taahhüt ediyor musun?" "Evet ediyorum."* derse sadece tahhütten kaynaklanan bir borç doğabilirdi. Ama kalıbı uymayan bir şekilde yaparlarsa bu şekilde bir sözleşme olmaz, sözleşme olmadığı için actio olmaz, actiosu olmayınca borç doğmaz. Bu borç doğurmayan bir anlaşma consensus, pactum. Roma hukukunda bir pactum yapılır. Bu pactum, sözleşmeyi oluşturmak için yeterli gelmezdi. Sözleşmenin konusu olan bu geri istenecek olan materyalin alacaklı A tarafından borçlu B tarafına teslim edilmesi gerekiyordu. Bu teslim edilen madde için de RES ifadesi kullanılır. Res, eşya anlamında gelmektedir. Ama kelime olarak eşya anlamından daha geniş bir anlam kazanarak Teslim etmek fiilinin içine alan bir anlam kazanmıştır. Dolayısıyla mutuum sözleşmesinin ve birazdan

bahsedeceğim diğer ayni akitlerin kurulabilmesi için tarafların anlaşması yetmez. Dolayısıyla teslimin gerçekleşmesi gerekir. Teslim gerçekleşmemişse akit kurulmamıştır. Kurulmayan akitten borç da doğmaz. Yani Roma hukukunda size "100 lira vereceğim." diyen kişi ertesi gün bu vaadini yerine getirmezse borcunu ihlal etmiş olmaz. Neden. Bundan kaynaklanan bir borç yok çünkü. Ama stipulatio ile taahhüt etmişse o zaman stipulatiodan doğan bir borcunu ihlal etmiş olur. Taahhüt için söylüyorum. Resle birlikte mülkiyet karşı tarafa geçmiştir. Para, buğday, mazot, benzin, kaymak, tuz... Neyse o. Tüketilebilen türden eşya mülkiyeti karşı tarafa geçirir.

Bakın mülkiyetin karşı tarafa geçmesiyle alakalı 1. dönem açıkladığım bir kavram kullanacağım. Zilyetlik. Romalılar bunun gerçek anlamda bir teslim işlemiyle gerçekleşebileceğini kabul ediyorlardı. Gerçek anlamda bir teslim olmaz ise bu akdin kurulmadığı sonucuna varılır. Fakat zamanlara yavaş yavaş roma hukukçularının bu gerçek teslimin her zaman gerçekleşmemesi Gerçekleşmeyecek durumda olması mesafeden kaynaklanan veya malın taşınamaz olmasından kaynaklanan, pek çok sebepten kaynaklanan problemi gidermek amacıyla sanal teslim ficta kurgusal bir teslim işlemi geliştirmişler ve traditio ficta şeklinde gerçekleşebileceğini kabul etmişler. Bu da nasıl oluyor? Mal zaten sizin elinizde ise bir arkadaşınızın bana iletmeniz için size vermiş olduğu parayı siz tüketim ödüncü olarak elinizde tutmak istiyorsunuz. Sizin o paraya ihtiyacınız var. Diyorsunuz ki "Falan kişi size bin liraya gönderdi ama benim 1000 liraya ihtiyacım var. Ben bu parayı kullanabilir miyim?" "Evet" diyeceğim ama bir sözleşme kurulmayacak consensus olmayacak. Sözleşme kurulmazsa ne ile gerçekleşecek? Res yapabilmem için önce parayı bana vermeniz lazım. Ben de o parayı tekrar size vermem lazım. O fiilin gerçekleşmesi lazım. Dolayısıyla bu fiil ilk dönemlerde aranıyor idi. Ama daha sonradan bu zorluktan kurtulmak için traditio ficta-traditio brevi manu yani kısa elden teslim zilyetliği intikal ettiği bir durum gerçekleşmiş olmakta idi. Bu şekildeki yöntemlerle zilyetliğin devrindeki problemler çözülmeye çalışılmış.

Yine biraz önceki derste bahsetmiş olduğum kefaletin çoğunlukla-kefalet sözleşmesinin çoğunlukla mutuum sözleşmesini bir devamı mahiyetinde olması. Bu şekildeki borcun çoğunlukla dar gelirli kesimin aldığı bunlar da işte köyden kente göç etmiş kiracı olanların, toprağı olmayan, eşyası olmayan geçinmeye yetecek kadar mal varlığı olmayan zenginlerin arazilerini kiralayan ve oralarda çalışan bu şekildeki insanlar -hasılat kirası denir- sözleşmeler kurarlar. (Önümüzdeki hafta da bahsedeceğiz. Bu şekilde mutuumlarla ödünçlerle İhtiyaçların alırlar ve kefalet ile teminat altına alıp -biraz önceki derste bahsetmiştim- Bir asıl borç fer'i borç ilişkisi ortaya koymuş olurlar.

Burada karşımıza çıkan davaları açıklayacak olursak, stipulatioda bahsetmiş olduğumuz davaların aynısı mutuum için de geçerli. Neden? Çünkü hem stipulatio hem de mutuum actio stricti iuris adını vermiş olduğumuz dar hukuk davalarını içeriyor. Peki bu davalar ne? -dedik ya- Para vermişse vermiş olduğu parayı geri almayı amaçlayan bir actio… Miktarımız belli, belirlenmiş kesin olan bir miktar var. Certae. Actio certae creditae pecuniae. Latincesi aslında o kadar zor değil. Actio dava demek. Certae; kesin, belirli, tespit edilmiş, sınırlandırılmış demek. Creditae zaten kredi demek. Pecuniae de para demek. Para olduğunda bu dava sözleşmenin konusu paraysa ismi budur. Sözleşmenin konusu paranın dışında misli bir eşya ise- buraya geçmeden önce şunu söyleyeyim o dönemde bu şekildeki Misli borç doğuran -bakın misli diyorum aldığınız şeyin aynısını geri almak değil. O cinsten o türden belli bir miktarda o şeyi geri istemeye dayanan davalar. Davalara condictio adı veriliyordu hatırlayın ve burda bahsettiğimiz davaya da condictio certae adı verilir. Belirli bir alacak la belirli bir para talep edilmesine ilişkin dava. Peki para dışında bir şey verilmişse ne olacak? Res, eşya. Yine condictio. -tahtaya yazalım- Condictio certae rei olur. Belirli malın davası anlamında. Hatta başka bir şey daha soralım. O günki tarım toplumunda para dışında en çok ödünç verilen eşya nedir? Hani ekmek parası diyoruz ya. Ekmeğin ham maddesi ne? Buğday. Dolayısıyla buğday kelimesinden türetilen -kitabımızda var- condictio triticaria denir. Triticaria buğday demek. Mesela buğday condictiosu da diyorlar. O kadar yaygın ki. Para olursa yukarıdaki (condictio

certae), para değil belirli bir mal ise condictio certae rei, buğdaysa condictio triticaria ifadesi kullanılır.

Şimdi 380'lerde çok fazla ayrıntısına girmeden bir bahsedeyim. Türk hukukunda nasıl düzenlenmiş bir bakalım. TBK m. 386, "Tüketim ödüncü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı (actio certae creditae pecuniae'yi hatırlayın) ya da tüketilebilen bir şeyi (Şimdi para tüketilen bir şey değil mi zaten? Tüketilebilir deyince aklımıza yalnızca yemek mi geliyor? Aynı türden, aynı cinsten şeylerle geri verebiliyorsanız biz bugünkü anlamda tüketim eşyası diyoruz. Hatta tüketilemeyen tüketim eşyaları var. Tükenmez kalem ama tükeniyor. Dayanıklı tüketim eşyaları var. Mesela çamaşır makinası. Yiyor musunuz çamaşır makinasını? Buzdolabını vs. Öyle düşünün buradaki kavramı da. Para da aslında tüketilebilen bir eşya olmasına rağmen Roma hukukunun kültüründen gelen bir anlayışla kanunda ikisi de ayrı ayrı zikredilmiş.) ''*Ödünç alan devretmeyi, ödül alanında aynı nitelik ve miktarda şeyi geri verme üstlendiği sözleşmedir."* diyor. Bakın "ödünç alanında aynı nitelik ve miktarda şeyi" demiş, 'aynı parayı' ifadesini kullanmadı. Çünkü bu ikisi birbirine o kadar yakın özdeş kavramlar ki. Sadece para ve eşyayı birbirinden ayırdı çünkü davaları Roma hukukunda ayrı ayrı.

Bakın hemen bir sonraki madde. Faiz. Roma hukukunda stricti iuris olduğu için dar hukuk akdi karakterli olduğu için içine sıkıştıramadığımız faizi burada düzenlemiş. 387. madde. Düzenleme tarzı da ilginç. "Ticari olmayan tüketim ödüncü sözleşmesinde (yani tüketim ödüncü sözleşmesinin doğuşuna, karakterine, mantığına uygun olan orijinal haline) (komşular arasında, arkadaşlar arasında) taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemez." Borçlar Kanunu'nun ilgili bölümünde ilişkin ticari olmayan tüketim ödüncüne ilişkin düzenlemede faiz kararlaştırabilirsiniz Roma hukuku kadar katı değil. Ama kararlaştırmamışsanız faiz isteyemezsiniz. Maddede buna ek olarak **"Ticari tüketim ödüncü sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmamış bile olsa faiz istenebilir."** yer alır ikinci fıkrada. Ticari ilişkilerde tabiri caizse bir kredi almışsanız konuşmamız bile olsanız bir faiz söz konusu olacaktır. Ama komşular arasında diyelim bir miktar para aldınız, 2 ay geçti veya bir öğrenci arkadaştan bir miktar şey aldınız faizi kararlaştırmadığınız sürece faiz isteyemez karşı taraf. Talep edemez.

TEFECİLİK VE ROMA'DA AİLE EVLADININ BORÇ EHLİYETİ

Burada dikkatinizi çekmesi gereken bir husus var. Toplumun hayatını ve işleyişini bozacağı öngörülen durumlara ilişkin spesifik düzenlemeler yapma geleneği vardır. Bir sosyolojik olay gerçekleşiyor bundan zarar görme ihtimalleri var toplum etkilenecek hop onunla alakalı bir düzenleme geliyor hemen. Geniş kapsamlı değil. Başka alanları etkilemeyen. Tamamen o durumla alakalı. Senato kararları o dönemde kültür olarak ilgili oldukları kişiyle ya da konuyla ilgili bir kavramla-bir kelimeyle ya da anılıyorlar. O dönemde de Yunan asıllı bir genç -ismi Makedon- ödünç almış. Aile evladı. Aile evlatlarının borçları kamu borcudur. Sadece mal varlıkları yok. Fiil ehliyetleri var. Hak ehliyetleri yok. Mal varlıkları olmadığı için hak ehliyetleri olmadığı için dava açmak mümkün değil. Ama borç kamunun. Bekliyoruz, ne zamana kadar? Peterfamilias ölüp bunlar sui iuris olup pater familiastan da kendilerine bir miktar mal kalınca hem hak ehliyetine hem de malvarlığı sahip oluyor. O zaman dava açabiliriz. Tabi bunlar ne zaman olacak belli değil. Bu kişi paterfamiliastan önce ölebilir veya uzunca bir süre adam (paterfamilias) ölmeyebilir. Roma'da borç da çok önemli, ödemek lazım. Muhtemelen karşı taraf da sıkıştı, "Hadi, öde artık!" diyor. Bu kişi o baskıdan kurtulmak için; sui iuris olmak ve mal varlığına sahip olmak adına, borçlu olan Roma vatandaşı aile evladı, babasını öldürür. Babasını öldürünce otomatik olarak sui iuris olacak, ondan kalan mirasa da sahip olmuş olacak. **Bu durum hukukun matematiksel işlemesine uygun. Hukuka uygun demiyorum bakın,** arkamdan konuşmayın sonra, laflamayın. Matematiksel olarak baktığımızda doğru. Ölüm gerçekleşince hak ehliyeti sonra erecek. Paterfamilias ortadan kalkınca aile evlatları pater familias aynı zamanda sui iuris olacaklar. Mal varlığı -tak- onlara geçecek.

Ama bu işin özünde bir aykırılık var, bunun böyle olmaması lazım. Senatus Consultu Makedonia (?) diye bir senato kararı çıkartıyorlar. Diyorlar ki; *"Aile evlatlarına verilen para ödünçleri aile evladı sui iuris olduktan sonra da istenemez."* Aile evladına para verirseniz, aile

evladı sui iuris olduktan mal varlığına ve hak ehliyetine sahip olduktan sonra bile dava açarak isteyemezsiniz. Öderse kendi öder. Bu baba katlini önlemek -bu somut problemi önlemek- için getirilen somut bir düzenleme. Kanun para ile ilgili olduğundan para dışında başka bir şey verildiği zaman aile evladına dava açılabiliyor. Para olursa açamıyorsunuz. Garip geliyor değil mi? Aynı düzenlemeler bizde de var. Dünyada çok fazla bir şey değişmiyor. Bugün borçlar kanununda tüketim ödüncü sözleşmesi var faizi düzenlemiş. Kararlaştırırsan faiz olur mu dostlar ya da arkadaşlar arasında? Evet olur. Kanun yasaklamıyor bunu. Peki ben 3 -5 tane arkadaşa -hatta bunu ben harçlık temin etme yolu olarak belirledim kendime- ailemin bana gönderdiği paraları faiz yoluyla para kazanmak amacıyla veriyorum. Kanun engelliyor mu bunu? Hayır engellemiyor. Bu kanun engellemiyor ama engelleyen bir kanun var. Ceza kanunundaki tefecilik düzenlemesi bunun önüne geçiyor. Diyor ki: ‘’*Gelir getirmek amacıyla bu şekildeki bir eylemi para konusunda yaparsanız tefecilik suçu olur.”* Cezasını çekersiniz. Ceza kanunu para dediği için para verirseniz suç olur. Para dışında buğday verirseniz olmaz, demir verirseniz olmaz, tuz verirseniz olmaz, altın verirseniz olmaz, herhangi bir şey verirseniz olmaz; sadece para verirseniz suç olur. E ne oldu şimdi? Parayla sınırlı tefeciliği yasakladık. Ama altını, buğdayı, demir, çimentoyu yasaklamadık. Uygulamaya baktığımızda tefecilik çoğunlukla bu maddeler üzerinden yapılmaktadır. Alman Hukuku tefeciliği daha geniş kapsamlı olarak düzenlemiş. Karz ile tefecilik arasındaki bağlantıyı daha geniş tutmuş. Günümüz Türk Hukukunda bunun çok dar olduğunu söyleyebiliriz.

KULLANIM ÖDÜNCÜ

Bunu anladıktan sonra 2. olarak kullanım ödüncü sözleşmesini anlatalım. Bir eşyanın kullanılmak üzere bir başkasına verilmesi ve daha sonra bu eşyanın veren kişi tarafından geri alınması yönelik bu ihtiyacı karşılayan yine mutuum gibi ayni karakterli bir akittir. Ne demek ayni karakterli? Bu sözleşmenin kurulması için taraflar arasındaki anlaşmanın varlığı yeterli değil. Kullanılacak olan eşyanın kullanacak olan kişiye teslimi de gerekir. Teslim edilmemişse borç doğmamıştır. mutuum da tüketilebilir türden eşyalar karşı tarafa teslim edilir ve mülkiyet intikali ederdi. Tüketim ödüncü alan, karz alan bugünkü ifadesi ile borç alan kişi aldığı şeyin maliki olurdu. Mülkiyet size geçtiği için kusur var mı, yok mu, kasık mı, ihmal mi, mücbir sebep mi, değil mi; tartışmaya gerek yok. Mülkiyet zaten sizde. İster harca, ister harcama, ister yok olsun, ister kahrolsun; beni hiç ilgilendirmiyor. Ben aynı türden aynı miktarda eşyayı senden isterim. Genus Non Perit: Cins borcu telef olmaz. Cins borcu hasara uğramaz. Borcunu ödeyene kadar da borç hiçbir sebeple sona ermeyecektir.

Tapuda verdiğim şeyi aynen geri alacağımdan sözleşmenin niteliği biraz farklı oluyor. Roma hukukunda bu şekildeki bir sözleşmede mülkiyet geçmiyor. İşin bir de sosyolojik bir tarafı var. Değinmekte fayda var. Toplumun böyle bir akdi bilmesinden çok önce hukukun pek de gelişmediği bir dönemde ihtiyaçlar aynı ama hukuki anlayış sınırlı. O yüzden şöyle bir formül bulmuşlar idi. Kullanmak üzere benim arabamı mı istiyorsun? Tarlanda kullanmak üzere benim kölemi mi istiyorsun?” Mutfakta kullanmak üzere benim bıçağımı mı istiyorsun? Ben bu bıçağı bu köleyi ya da bu arabayı sana veriyorum. Mülkiyeti de sana geçiyor. Mutuum gibi düşünün. Mutuumdan farkı ne? Verdiğim şeyi daha sonra bana mülkiyeti ile birlikte iade edeceksiniz. Mutuumdan farkı bu. Ama bir risk var ben size verdim, mülkiyet size geçti, o artık sizin oldu. Bana iade borcunuz var. İade etmek üzere aldınız. Ama bunu başkasına devredebilirsiniz. Çünkü maliksizsiniz. Bu sayede kefalet kavramına da benzeyen bir akit ortaya çıkıyor. Bugün biz buna inançlı işlem adını veriyoruz. Bugün hala kullanılıyor. Malınızı başka bir kişiye devredersiniz ne için inandığınız güvendiğiniz için. Nesine güveniyorsunuz? Daha sonra tekrar size iade edeceğine güveniyorsunuz. İnançlı işlem. Bunu rehin için yapabilirsiniz. Bunu kira amaçlı yapabilirsiniz. Kullanım ödüncü şeklinde yapabilirsiniz. Üçüncü kişileri kandırmak için yapabilirsiniz. Uzun bir süre Türkiye gelemeyeceksiniz için sistem değişeceği için vekalet veremediğimiz için yapabilirsiniz. Diyorsunuz ki *“Ben bu malı sana devredeyim. Sen de ben gelince o malı bana geri ver.”* Dolayısıyla malın idaresi için her türlü yetkiyi mülkiyet hakkınızda birlikte veriyorsunuz. Akın hukuku kandırmak için değil üçüncü kişileri kandırmak için muvazaalı işlemden de bahsetmiyorum burada. Mülkiyet gerçekten

intikal ediyor. Bir süre sonra geri vereceksiniz. İsmi oradan geliyor. İnanıyor size geri vereceğiniz konusunda. İşlem bu şekildeydi. Fakat her zaman işe yaramıyordu. Çünkü bazen güvenilen kişi güveni boşa çıkarıyor, aldığı malı iade etmiyordu. İşler böyle gidince bu akit ortaya çıktı. Malı teslim ediyorsunuz kullansın diye. Teslim ettiğiniz malın ne mülkiyeti karşıya geçiyor -mutuumdaki gibi- ne de zilyetliği karşıya geçiyor. Teslim alan kişi yalnızca malı elinde bulundurma sıfatını taşıyor. Detentio, elde bulundurma. Zilyetlik değil bakınız. Roma'da çoğunlukla zilyetlik mülkiyete dönüşen bir kapıdır. Dolayısıyla eziyete dönüşmesin diye zilyetlikte vermiyorlar. Sadece detentio, elde bulundurma.

Roma hukukunda bu malı kullanacak kişiden iyi niyetle güvenerek devralan 3 kişinin iyi niyeti korunmaz. Neden? Çünkü karşı taraftaki malik değil, zilyet de değil elde bulunduran. Bu Türk hukukunda yok zilyetlik var. Ne yapacak? Sözleşmedeki amaca uygun olarak alıp kullanacak. Tarladaki Ekinleri bitmesi için ödünç aldığınız köleyi inşaatta kullanmayacaksınız. Arabaya binmek için aldınız, yük taşımayacaksınız. Bu sözleşme dostluk, arkadaşlık, komşuluk, ilişkisinden çıktığı için ücretsizdir. Bu kullanma kullandırmanın karşılığında bir ücret talep edilmez. Hatta malın kullanmaktan doğan yıpranma payı bile ödenmez. Fakat bunu genişletmek mümkün. Malı Konuştuğunuz amaçtan farklı bir amaçla kullandınız ya da zarar verdiniz, işte o zaman karşı tarafa alacak hakkı doğar. Eğer bir zarar vermişsiniz veya konuştuğunuz amaçtan farklı bir amaçla kullanırsanız sizin ona karşı ekstra bir dava açma hakkınız yok. Yapacağınız tek şey var: Malı iade etmek. Borç B'nin borcu. Borcu ise teslim aldığı eşyayı kullandıktan sonra iade etmek. Peki karşı tarafın bir borcu var mı, A'nın? Normalde yok ama bazen olabiliyor. Mutuumda hiç yok. Ama A'nın da borçları olabiliyor. Nasıl bir borç? Karşı tarafa kullansın diye verdiğiniz arabanın frenleri tutmuyor, kaza yapmış. İçindeki de yaralanmış. Kullansın diye verdiğiniz dolmakalem akıtmış ceket veya gömlek mahvolmuş. Tarlayı sürsün diye verdiğiniz öküz-inek hasta imiş o hastalık kendi hayvanına veya ödünç alanın kendisine bulaşmış ve zarara uğramış. Şimdi acaba burada ödünç veren kişinin de bir borcu doğmuş mudur, doğmamış mıdır? Bunun hesaplanmasını yapıyoruz. Bu konudaki hesaplarımız için menfaat teoremimiz vardı, hatırlarsanız. Ne kadar menfaatiniz var o kadar sorumluluğunuz olacak.

Mecellenin 88. maddesi bu konuyu işlemiş: Külfet nimete, nimet külfete göredir. **Bugünkü borçlar kanununda 114. ve 115. maddelerin yollaması ile 51. madde "Hakimin sorumluluğu tarafların sözleşmedeki hukuki ilişkideki menfaatlerini göz önünde bulundurarak hakkaniyete göre belirler."** kuralı vardır. 3 hukuk sisteminde de aşağı yukarı aynıdır. Ücretsiz kullan diyor atmaların parasını bile izleyemiyor karşı taraftan menfaat kimin? Kullanan kişinin. Dolayısıyla malın her türlü kusurundan sorumlu. Daveti varmış ineği kesmiş misafirlerine yedirmiş. Kasten zarar görmüş bundan sorumlu. Ağır ihmal ile zarar vermiş, aşırı yüklenmiş, hasta etmiş. Hafif ihmali ile zarar vermişse de sorumludur. Hatta klasik hukuk döneminde nezaret sorumluluğu olarak ifade edilen devamlı bu hayvana verdiği eşyaya nezaret etseydi gözetimi altında bulundurduğu takdirde zarar meydana gelmezdi diyebileceğimiz türden zararlardan da sorumludur. Hırsızın bu malı çalmasından da sorumludur. Devamlı göz önünde bulundursaydı çalınmazdı.

Özlem COŞKUN