

**ROMA HUKUKU' NDA STIPULATIO**

**Fırat KORKMAZ**

**(Yüksek Lisans Tezi)**

**Eskişehir, 2014**

**ROMA HUKUKU' NDA STIPULATIO**

**Fırat KORKMAZ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Özel Hukuk Anabilim Dalı**

**Danışman: Yrd. Doç. Dr. Ahmet Karakocalı**

**Eskişehir**

**Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**

**Mart, 2014**

## JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Fırat KOKMAZ'ın "Roma Hukuku'nda Stipulatio" başlıklı tezi 14 Mart 2014 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca toplanan **Özel Hukuk** Anabilim Dalında, **yüksek lisans tezi** olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Yrd.Doç.Dr.Ahmet KARAKOCALI

Üye : Yrd.Doç.Dr.Gökhan GÜNEYSU

Üye : Yrd.Doç.Dr.Mesut AYGÜN

Prof. Dr. B. Zafer ERDOĞAN  
Anadolu Üniversitesi  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

## Yüksek Lisans Tez Özü

### ROMA HUKUKU' NDA STIPULATIO

Fırat KORKMAZ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mart 2014

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Ahmet Karakocalı

Stipulatio akdi Roma Hukuku' nun en köklü ve kullanışlı akitlerinden bir tanesidir. Farklı bir çok konuda kullanılabilmesi stipulatio' nun Roma Özel Hukuku' nda ne kadar önemli bir akit olduğunu göstermektedir. Stipulatio hakkında Institutiones gibi bazı Roma Hukuku kaynaklarında geniş bilgi olsa da stipulatio akdinin geniş kullanım sahası sebebiyle pratik sonuçları Roma Hukuku' na o derece yayılmıştır ki, akdin mahiyetinin günümüz hukukçuları tarafından daha iyi anlaşılması ancak konuyla ilgili pratik sonuçları da derleyen kapsamlı çalışmaların yapılmasıyla mümkün olabilir. Günümüzde konuyla ilgili yapılan akademik çalışmaların da stipulatio' nun akitsel özelliklerine ve kullanım alanlarına değinen genel bilgiler mertebesinde olması sebebiyle Roma Hukuku literatüründe bu konuyla ilgili tamamlanması gereken önemli bir boşluk bulunmaktadır. Tezimizde stipulatio' nun her kullanım sahasına değinildiği için Roma Hukuku' nun hemen her alanında, özellikle borç doğuran her türlü sözleşmelere ve Roma Hukuku' nda şekle dair yapılacak araştırmalar ve akademik çalışmalar için tezimiz büyük önem arz etmektedir.

Tezimizde inceleme metodu olarak öncelikle Roma Hukuku' ndaki akitler sistemi içerisinde stipulatio konumlandırılmış böylece stipulatio' nun genel mahiyeti ve özellikleri belirtilmiş daha sonra stipulatio' nun akitsel özellikleri, çeşitleri, uygulama alanları tarihi dönemlerde gözetilmek suretiyle etraflıca incelenmiştir. Tezimizde farklı alanlarda kullanılan stipulatio akitlerinin; kullanıldıkları farklı hukuki konular içerisinden derlenerek stipulatio çeşitleri ve uygulama alanları içerisinde ortaya konulması, stipulatio akdinin hukuki yaşam alanını sistematik olarak somutlaştırmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Roma Hukuku, akit, stipulatio, şekil, sebebe bağlılık, kefalet.

## Abstract

### STIPULATIO IN ROMAN LAW

Firat KORKMAZ

Private Law Department

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, March 2014

Adviser: Asst. Prof. Dr. Ahmet Karakocalı

Stipulatio is one of the most useful and essential contracts in Roman Law. Stipulatio can be used in many different subjects which indicates stipulatio's significance in Roman Law. Since stipulatio is applied extensively, the practical consequences of stipulatio extended almost in all Roman law. Even there is a wide information about stipulatio in some sources like Institutiones, it can be possible to understand nature of stipulatio better with comprehensive studies in which practical consequences are collected. As contemporary academic studies about the subject analyzes stipulatio's contractual specialities and usage area at the level of general information, there is a big loophole in the Roman Law. Since our thesis elaborates on stipulatio's overall application area, our thesis constitutes a big contribution for all Roman Law areas, especially for the researches on contracts which engenders obligation and the researches on the form of the Roman Law.

In our thesis as an analysis method ,we determine stipulatio's position in system of contracts of Roman Law. In this way stipulatio's general nature and properties has been stated, after that stipulatio's contractual properties, types of stipulatio, usage areas of stipulatio has been analyzed comprehensively with consideration of different periods of Roman Law. We collected different kinds of stipulatio from their different legal usage areas under the title of stipulatio types and applicaton areas of stipulatio. That collection embodies stipulatio's legal life area by systematic with its subject and wide scope of analysis area.

**Keywords:** Roman Law, contract, stipulatio, form, causality, suretyship.

19/03/2014

## **ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ**

Bu tez/proje çalışmasının bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumunda bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilmeyen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmamın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal programlarıyla tarandığını ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim.

Her hangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

Eurat/KORKMAZ

## Özgeçmiş

Fırat KORKMAZ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans

### Eğitim

Ls. 2007 Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Lise 2002 Metin Nuran Çakallıklı Anadolu Lisesi, Eşit Ağırlık Bölümü

### Kişisel Bilgiler

Doğum yeri / yılı: 28.09.1984/Konya Cinsiyet: Erkek Yabancı dil:İngilizce

## İçindekiler

	<u>Sayfa</u>
Juri Enstitü Onayı.....	ii
Öz.....	iii
Abstract.....	iv
Beyanname.....	v
Özgeçmiş.....	vi
Kısaltmalar Listesi.....	xiii
Giriş.....	1

### Birinci Bölüm

#### Roma Akitler Sistemi ve Stipulatio' nun Genel Özellikleri

1. Roma Hukukunda Akit Kavramı ve Akitler Sistemi .....	3
1.1. Akitler Sistemi.....	4
1.1.1. Aynı akitler.....	5
1.1.2. Rızai akitler.....	6
1.1.3. Yazılı akitler.....	7
1.1.4. Sözlü akitler.....	10
1.1.4.1. Dotis dictio.....	11
1.1.4.2. Iuramentum operarum.....	13
1.2. Roma Akitler Sisteminin İçerisinde Stipulatio' nun Yeri....	13
1.3. Stipulatio' nun Genel Özellikleri.....	14



	<u>Sayfa</u>
1.3.1. Özgü akit olması.....	14
1.3.2. Kuruluşu ve yapısı.....	14
1.3.3. Stipulatio' da taraflar.....	19
1.3.3.1. Adstipulator ve adpromissor' un taraf olması	19
1.3.3.2. Patria potestas altındakilerin taraf olması...	21
1.3.3.3. Üçüncü kişilerin taraf olması.....	25
1.3.3.3.1. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt.....	26
1.3.3.3.2. Üçüncü kişi lehine taahhüt.....	27
1.3.3.3.3. Mirasçılar lehine şart ve mirasçılardan	
fiilini taahhüt... ..	28
1.3.3.3.4. Üçüncü kişiye ifanın temini .....	29
1.4. Stipulatio' da İrade Beyanı.....	30
1.5. Roma Hukukunda Borç Kavramı.....	32
1.5.1. Stipulatio' da edim.....	36
1.5.2. Stipulatio açısından parça ve cins borcu.....	36
1.5.3. Stipulatio açısından seçimlik borçlar .....	37
1.5.4. Stipulatio açısından tabii borç.....	40

## İkinci Bölüm

### Stipulatio' da Şekil, Sebebe Bağlılık, Geçersizlik

	<u>Sayfa</u>
1. Stipulatio' da Şekil.....	43
1.1. Şekle Bağlı Sözleşme Kavramı.....	43
1.2. Roma Hukukunda Şekil.....	43
1.3. Stipulatio' nun Şekli.....	44
1.3.1. Belirli sözlerin söylenmesi.....	45
1.3.2. Tarafların hazır bulunmaları.....	46
1.4. Dönemlere Göre Stipulatio' da Şekil.....	46
1.4.1. Stipulatio' nun yazılı şekle yaklaşması.....	47
1.4.2. Stipulatio' nun rızai akde yaklaşması.....	50
1.4.3. Stipulatio' nun şeklinin stipulatio' nun uygulanmasını etkilemesi.....	51
2. Stipulatio' dan Doğan Borçlar ve Davalar.....	52
2.1. Dare Borçlarında Kullanılan Davalar... ..	52
2.2. Facere Borçları İçin Kullanılan Davalar.....	53
3. Stipulatio' da Sebebe Bağlılık.....	53
3.1. Akitlerin Sebebe Bağlılığı Meselesi.....	53
3.2. Stipulatio' nun Hukuki Sebeple İlişkisi.....	55
3.2.1. Sebebe bağlı stipulatio.....	55

	<u>Sayfa</u>
3.2.2. Sebebe bağı olmayan stipulatio.....	57
3.3. Sebebe Bağlı ve Soyut Stipulatio' ların Tarihi İlişkisi.....	59
4. Stipulatio' nun Geçersizliği.....	60
4.1. İmkânsızlık Sebebiyle.....	61
4.1.1. Maddi imkânsızlık.....	63
4.1.2. Hukuki imkânsızlık.....	64
4.1.3. İmkânsızlıkla ilgili institutiones hükümleri.....	66
4.2. Şekil Şartlarına Aykırılık.....	68
4.3. Ahlaka Aykırı Stipulatio' lar.....	69
4.4. Ehliyet Yönünden Geçersizlik.....	70
4.4.1. Akıl hastalarının durumu.....	70
4.4.2. Çocukların durumu.....	71
4.4.3. Kadınların durumu.....	72
4.4.4. Müsriflerin durumu.....	72
4.4.5. Kölelerin stipulatio'su.....	73
4.5. Patria Potestas Altındakilerin Yaptıkları Stipulatio' ların Geçerliliği.....	74
4.6. Ölüm Zamanının Vade Olarak Kararlaştırılması Sebebiyle Geçersizlik.....	75

## Üçüncü Bölüm

### Stipulatio Çeşitleri ve Farklı Kullanım Alanları

	<u>Sayfa</u>
1. Stipulatio Çeşitleri.....	78
1.1. Stipulatio Iudicialis.....	78
1.2. Stipulatio Praetoriae.....	78
1.3. Stipulatio Conventionalis.....	79
1.4. Stipulatio Poenae.....	80
1.5. Stipulatio Praepostera.....	82
1.6. Stipulatio Habere Licere, Stipulatio Duplae, Stipulatio Simplae	83
1.7. Stipulatio Aquiliana.....	84
1.8. Stipulatio Certa, Stipulatio Incerta .....	85
1.9. Stipulatio Communis .....	85
1.10. Stipulatio Condicionalis (Stipulatio Sub Conditione Facta)..	86
1.11. Stipulatio Cum Moriar, Stipulatio Post Mortem .....	86
1.12. Stipulatio De Dolo .....	87
1.13 Stipulatio Donationis .....	88
1.14. Stipulatio Dotis .....	88
1.15. Stipulatio In Diem (Stipulatio In Diem Facta).....	88
1.16. Stipulatio In Faciendo .....	89
1.17. Stipulatio Partis Et Pro Parte .....	89

	<u>Sayfa</u>
1.18. Stipulatio Tacita.....	90
1.19. Stipulatio Alteri .....	90
1.20. Çeşitli Stipulatio' lar .....	91
2. Roma Hukuku' nda Stipulatio' nun Uygulandığı Haller.....	92
2.1. Novatio.....	92
2.2. Anlaşmaların Mecburi Hale Konması.....	96
2.2.1. Dar hukuk akitleriyle beraber yapılan fer' i anlaşmalar	96
2.2.2. Aynı akitlere dair yapılan pactum' lar.....	97
2.3. Müteselsil Borç ve Müteselsil Alacak Tesis Edilmesi.....	98
2.4. Teminat İçin Stipulatio Kullanılması ve Roma Hukukunda Kefalet.....	100
2.5. Stipulatio' nun Uygulanma Alanının Daralması Meselesi....	106
Sonuç.....	108
Kaynakça.....	115

## Kısaltmalar Listesi

AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.K.	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Bkz. - bkz.	:Bakınız
bş.	:Başlık
c.	:Cilt
çev.	:Çeviri
D.	:Digesta
dn.	:Dip Not
E.B.K.	:818 sayılı Borçlar Kanunu
Gai. Ins.	:Gaius Institutiones
Ius. Ins.	:Iustinianus Institutiones
İÜHFD	:İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	:Madde
M.K.	:4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
T.B.K.	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
T.K.	:6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Tz.	:Tezimizin
vd.	:ve devamı

Birinci bölümde akit kavramıyla ilgili tüm hukuki kavramlar ve Roma Hukuku' ndaki akde ilişkin kurucu unsurlar ayrı ayrı incelenmiş böylece *stipulatio'* nun genel yapısı daha oturaklı bir şekilde ortaya konmuş ve akde ilişkin kavramların *stipulatio* ile ilişkileri hukuki açıdan incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca Roma Hukuku' ndaki akitler sistemi ve bu akitler sistemi içerisinde *stipulatio'* nun yeri ortaya konulduktan sonra, borç kavramı, aktin kurucu unsurları olan irade beyanı, ve taraflar başlıkları incelenmiştir. Akit kavramıyla doğrudan alakadar olan borç, irade beyanı ve taraflar kavramları tezimizin konusu olan *stipulatio'* daki durumları da ortaya konularak *stipulatio* akdinin temel özelliklerinin ve yapısının anlatılması amaçlanmıştır.

Tezimizin ikinci bölümünde ise *stipulatio* akdinin özellikleri detaylı bir şekilde incelenmiştir. Bu bölümde *stipulatio* akdinin bizzat kendisi üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu bağlamda *stipulatio* akdinde şekil, konu, geçersizlik, sebebe bağlılık, *stipulatio'* dan doğan borçlar ve davalar konuları tezimizin ikinci bölümünün başlıkları olarak belirlenmiştir. Bu bölümde aktin kurucu unsurları hariç, akdin kurulmasından sona ermesine kadar bütün özellikleri detaylı bir şekilde şekilde incelenmiştir.

Tezimizin üçüncü bölümünde, *stipulatio* konusunun çatısı hükmünde olan ve sağlıklı bir şekilde değerlendirilmesi *stipulatio* konusunun tamamına hâkimiyeti gerektiren *stipulatio* akdinin çeşitleri ve *stipulatio'* nun uygulanma alanları incelenmiştir. Bu bölümde kullanımı çok sık olan *praetor stipulatio'* ları veya cezai şart *stipulatio'* ları gibi *stipulatio* çeşitleri detaylıca ele alınmış genel olarak ise detaya girmeksizin birçok farklı *stipulatio* çeşitleri tespit edilip bunların genel özellikleri incelenmekle yetinilmiştir. *Stipulatio'* nun kullanılma sahası çok geniş olsa da uygulamada yoğun olarak tercih edildiği hukuki alanlar belirtilerek, dönemlere göre *stipulatio'* nun bu hukuki kurumlarla ilişkisi ve bu alanlardaki *stipulatio'* nun kullanımı detaylıca işlenmiştir. Böylece tezimizin son bölümünde *stipulatio'* nun Roma Hukuku içerisindeki hukuki yaşam alanı ortaya konularak, Roma Borçlar Hukuku' nu kullanışlılığıyla saran bu akdin pratik yönü somutlaştırılmıştır.

## Birinci Bölüm

### Roma Akitler Sistemi ve Stipulatio' nun Genel Özellikleri

#### 1. Roma Hukukunda Akit Kavramı ve Akitler Sistemi

Sözleşme belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki bir işlemdir<sup>1</sup>. Bir akdin varlığından söz edilebilmesi için öncelikle söz konusu akdi yapacak tarafların bulunması gerekmektedir. Tarafların iradeleri ve bu iradelerin birbirine uygunluğu akdin temel kurucu unsurlarıdır. Ayrıca bu iradelerin hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik olması da gerekmektedir. Bu itibarla bir akdin temel kurucu unsurları, irade beyanları, karşılıklılık, birbirine uygunluk olmak üzere üç tanedir<sup>2</sup>.

Taraflar karşılıklı irade beyanları ile birbirlerine karşı belirli bir edimi yerine getirme yükümlülüğünü veya karşı edimi kabul etme yükümlülüğünü yüklenmek suretiyle borçlanıyorlarsa, geçerli olan hukuk sistemi hükümlerince hukuki bir sonuç doğurmuyorsa dahi, teorik olarak bir akdin varlığından söz edilebilir. Fakat böyle bir akit o hukuk sistemi tarafından geçersiz kabul edilir. Bu itibarla kanaatimizce hukuki sonuca yönelik olmakta akdin geçerli olarak kurulabilmesi açısından dördüncü bir temel kurucu unsur olarak kabul edilebilir. Yapılan akit ile taraflar artık karşı taraftan hukuk düzeninin de koruduğu edimlerin yerine getirilmesini isteme hakkına sahip olurlar.

Roma Hukukunda akit kavramı, günümüz Türk Borçlar Kanunu akit anlayışından ve yapısından farklıdır. Türk Borçlar Kanununda, irade muhtariyeti ilkesine bağlı olarak akit serbestisi ilkesi geçerli iken<sup>3</sup> Roma Hukuku ancak *ius civile* ile düzenlenmiş akit çeşitlerini gerçek anlamda sözleşme (*contractus*) olarak tanıyordu<sup>4</sup>. Bu sebeple Roma Hukukunda akitler, sınırlı sayı (*numerusus clausus*) ilkesine tâbiydiler. *Ius civile*' nin tanımadığı, borç oluşturduğunu kabul etmediği akitler ise gerçek anlamda akit olarak kabul edilmiyordu<sup>5</sup>. Bu anlaşmalara *pactum* adı verilmekteydi<sup>6</sup>. Başka bir ifadeyle

<sup>1</sup>F. Eren (2011). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: Beta Basım, s.186.

<sup>2</sup>Eren (2011), s.186.

<sup>3</sup>Ş. Akıncı (2011). *Borçlar hukuku bilgisi*. Konya: Sayram Yayınları, s.10.

<sup>4</sup>*Ius Civile* sadece Roma vatandaşlarına uygulanan vatandaşlar hukukudur.

<sup>5</sup>Z. Umur(2010). *Roma hukuku ders notları*. İstanbul: Beta Basım, s.334.

<sup>6</sup>Umur (2010), s.334.



Roma Hukukunda *pactum* kavramı kendisine *ius civile*' de *actio* tanınmamış, taraflar arasındaki borç doğuran anlaşmaları ifade etmektedir<sup>7</sup>.

Daha sonraki dönemlerde *ius gentium*' un tesiriyle *pactum*' lardan doğan borçlar da *praetor* hukuku veya imparator hukuku tarafından korunmaya başlanmış bu itibarla uygulamada *pactum* ' lar ve *contractus*' lar arasında pek bir fark kalmamıştır<sup>8</sup>. Bununla beraber, her ne kadar *Iustinianus* döneminde *ius civile* akdi olsun *pactum*' lar olsun bunlara *actio* verilme gayreti olsa da hiçbir zaman Roma Hukukunda günümüz Türk Borçlar Kanununda olduğu gibi akit serbestisi kavramı yerleşmemiştir<sup>9</sup>. Buna karşılık Roma Hukukunda akitler sistemi anlayışı yerleşmişti<sup>10</sup>.

Roma Hukukundaki bu katı akit sisteminin bir uzantısını şekilcilik anlayışında da görmek mümkündür<sup>11</sup>. Romalılar akitlerde *ius civile*' nin tayin ettiği o akde özgü şekillerin ve akdin iç muhtevalarının dışına çıkmakta esnek hareket etmiyorlardı. *Ius civile*' nin bu katı şekilcilik anlayışı *ius gentium*' un tesiriyle azalsa dahi<sup>12</sup> *Iustinianus* döneminde bile Roma Hukukunda akitlerde ki şekilcilik anlayışı tamamen ortadan kalkmamıştır<sup>13</sup>.

### 1.1.Akitler Sistemi

Roma Hukuku' ndaki şekilci yapı akitler üzerinde de kendisini belirgin şekilde göstermiştir<sup>14</sup>. Gerçekten de Roma Hukuku' nda özellikle eski dönemlerde tarafların karşılıklı irade beyanlarının uyumu bir aktin kurulmasına yetmemektedir. Bu irade beyanlarının *ius civile*' nin tayin ettiği şekilde ve konu üzerinde uyumu olması şartı vardır<sup>15</sup>. Roma Hukukunda akitler yazılı akitler, sözlü akitler, aynî akitler ve rızai akitler olmak üzere dörde ayrılmıştır<sup>16</sup>. Akitlerin bu şekilde tasnif edilmesi sadece

<sup>7</sup>Roma Hukuku' nda davalara *actio* ismi verilmektedir.

<sup>8</sup>B. Tahiroğlu (2000). *Roma borçlar hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, s.102,103; Umur (2010), s.334; *Ius Gentium* Roma Hukuku'nda yabancılara uygulanan hukuktur. Özellikle yabancılar *praetor*' unun faaliyetleri sonucunda doğmuştur. *Praetor* ise yargılama görevini yürüten *magistra*' dır.

<sup>9</sup>Tahiroğlu (2000), s.105.

<sup>10</sup>Yavuz, F. (2008). *Roma kefalet akdi'nin günümüze yansması*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s.10.

<sup>11</sup>E. Arsebük (1953). Akit mefhumu etrafında incelemeler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1). s.379.

<sup>12</sup>B. Tahiroğlu ve B. Erdoğan (2001a). *Roma hukuku dersleri*. İstanbul: Der Yayınevi, s.98,99

<sup>13</sup>Arsebük (1953), s.389

<sup>14</sup>Arsebük (1953), s.379.

<sup>15</sup>T.Rado (2006). *Roma hukuku dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s.61

<sup>16</sup>Rado (2006), s.61

kategorik bir sınıflandırma değildir. Bu sınıflandırmanın yapılmasında akdin kurucu unsurlarının, akitlerin şeklinin<sup>17</sup> temel belirleyici faktör olduğu görülmektedir.

### 1.1.1 Aynî akitler

Aynî akitler kurulabilmesi için tarafların hukuki işlemi kurma iradeleriyle beraber tarafların akit konusu şeyi teslimini de (*res*) gerçekleştirmelerinin gerektiği akit çeşididir<sup>18</sup>. Bu tanımdaki teslimden (*res*) kastımız malın zilyetliğini veya elde bulundurma 'nın (*detentio*) teslimini veya bir işin yapılmasını<sup>19</sup> diğer bir ifadeyle *dare* edimlerinde vermeyi *facere* edimlerinde yapmayı kapsar<sup>20</sup>. Aynî bir akdin kurulabilmesi için *consensus*' un (irade uyuşması) ve *res*' in beraber bulunmaları gerekir. Akdin kurulduğu an ise bu iki şartın birlikte gerçekleştikleri ilk andır<sup>21</sup>. Bu itibarla akdin kurulması için sadece *consensus* yeterli olmayacağı gibi sadece *res* de yeterli olmaz. Aynî akitlere Roma Hukukunda *res contrahitur* denmektedir. Bu akitlere *res contrahitur* denmesinin sebebi de, bu akitlerin kurulabilmesi için *res* şartının olmasıdır<sup>22</sup>.

Roma Hukukunda bilinen en eski aynî akit *mutuum* akdidir<sup>23</sup>. *Gaius* aynî akit olarak sadece *mutuum*' u kabul etmiş olsa da *ius civile*' de *depositum* (vedia), *commodatum* (ariyet) ve *pignus* (rehin) da aynî akit olarak kabul edilmişti<sup>24</sup>. Bu akitlerden başka *Iustinianus* döneminde *fiducia*' da aynî akit olarak kabul edilmiştir<sup>25</sup>. Aynî akitlerden sadece *mutuum* dar hukuk davası doğururken, diğer aynî akitler

<sup>17</sup>Rado (2006), s.61.

<sup>18</sup>Ş. Akıncı (2013). *Roma borçlar hukuku*. Konya: Sayram Yayınları, s.87.

<sup>19</sup>Çakıroğlu, E. (2010). *Roma hukukunda ve Türk borçlar hukukunda alacağın temliki*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s.15.

<sup>20</sup>Roma Hukukunda *dare* borcu vermeye ilişkin borçları kapsarken *facere* borcu ise borç altına girenin yapma borcu altına girmesini ifade etmektedir. *Dare* borcu ile genellikle mülkiyetin veya zilyetliğin nakli kastedilirken, *dare* borcuna girmeyen her türlü borç, *facere* borcu olarak kabul edilmektedir. Bkz. Rado (2006), s.22.

<sup>21</sup>Ş. Akıncı (2010a). *Roma hukuku pratik çalışmaları*. Konya: Sayram Yayınları, s.35; Akıncı (2013), s.14,15.

<sup>22</sup>Rado (2006), s.62.

<sup>23</sup>Rado (2006), s.62.

<sup>24</sup>Çakıroğlu (2010), s.15; S. Di Marzo (1959). *Roma hukuku*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s.420.

<sup>25</sup>Umur (2010), s.336.

hüsnüniyet davaları doğurur<sup>26</sup>. Zaman içerisinde bazı isimsiz akitler de aynî akitlere dâhil edilmiş böylece aynî akitlerin sayısı daha da çoğalmıştır<sup>27</sup>.

Aynî akde ilişkin bir edimin yerine getirileceğine ilişkin anlaşmalar şekilsiz *pactum*’ lardı ve borç doğurmazlardı. Mesela bir karzın verileceğine dair yapılan anlaşma (*pactum de mutuo dando*) gibi<sup>28</sup>. Böyle bir anlaşmanın borç doğurması için ayrı bir *stipulatio* ile yapılması gerekirdi<sup>29</sup>. Böylece *stipulatio* akdi kendisi sözlü bir akit olmasına rağmen aynî akitlerden doğan edimleri taraflar birbirlerine ayrı bir *stipulatio* ile de taahhüt edebilirlerdi. Bu *stipulatio* akdinin her borcu konu alarak yapılabilmesinden ve çok yaygın bir akit türü olmasından kaynaklanmaktadır.

### 1.1.2. Rızai akitler

Rızai akitler kurulabilmesi için sadece taraflarının bu hukuki işlem için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yeterli olduğu sözleşme çeşitidir<sup>30</sup>. Bu itibarla rızai akitler taahhüt muamelesinden ibaret olup *consensus*’ un oluşmasıyla akit kurulmuş olurlar yeter ki *consensus* akdin esaslı unsurlarını kapsıyor olsun. Akdin kurulması için herhangi bir şekle de ihtiyaç yoktur<sup>31</sup>.

Rızai akitlerde aynî akitler gibi şekle tâbi değildir<sup>32</sup>. Tarafların sadece rızaları akdin kurulmasına yeterli olmakla beraber taraflar bunu mektup yoluyla veya haberci göndererek yapsalar dahi akit kurulurdu<sup>33</sup>. Rızai akitlerin oluşabilmesi için iradelerin açık ya da kapalı olmasının bir önemi de yoktur. Mühim olan taraflar arasında akit yapmak için *consensus*’ un varlığıdır<sup>34</sup>. Roma Hukukunda ki rızai sözleşmelerin başlıcalarının satım, vekalet, şirket ve *locatio conductio* (hizmet-kira-istisna akitleri) olduğu görülmektedir<sup>35</sup>.

<sup>26</sup>Umur (2010), s.336.

<sup>27</sup>Umur (2010), s.336; Bugün B.K. hükümlerine göre bu tür akitlerin sayısı oldukça azdır. En önemli örnekleri elden bağışlama ve teslim şartlı rehin sözleşmesidir.

<sup>28</sup>Rado (2006), s.101.

<sup>29</sup>Rado (2006), s.101.

<sup>30</sup>Akinci (2013), s.14.

<sup>31</sup>Çakiroğlu (2010), s.16.

<sup>32</sup>Umur (2010), s.337.

<sup>33</sup>Iustinianus (1968). *Institutiones*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s.263.

<sup>34</sup>Kodal, O. (2008) *Roma hukuku'nda ve türk borçlar hukuku'nda alacağın temliki*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s.34.

<sup>35</sup>B. Erdoğan (2012). *Roma borçlar hukuku dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, s.70; Di Marzo (1959), s.431.

Rızai akitlerin geçerlilik temelinde *bona fides* ilkesi vardır. Bu akitlerin Roma Hukuku tarafından tanınması, tarafların dürüst ve iyiniyetle hareket etmelerinin esas olarak kabul edilmesiyle olmuştur. Taraflara sözleşme özgürlüğü veren bu akitler aynı zamanda hukuk anlayışının *ius civile*' nin dar kalıplarından kurtulmasına da olanak sağlamıştır<sup>36</sup>.

Roma Hukukunda rızai sözleşmelerden doğan davalar hüsünüyet davaları idiler<sup>37</sup>. Diğer rızai akitlerden başka ayrıca bazı *pactum*' lar da rızai sözleşmelerden sayılmışlardır. Çünkü *praetor*' lar bazı *pactum*' lara dava hakkı vererek hukuki geçerlilik vermişlerdi<sup>38</sup>. Bununla beraber dar hukuk davası doğuran bir akit ile beraber şekilsiz bir *pactum* yapılırsa, *pactum* her ne kadar rızai akit kabul edilse de bunlardan hüsünüyet davası doğmazdı. Çünkü dar hukuk akitlerinde hâkim hukuki dayanaklara ve olgulara sıkı sıkıya bağlıydı<sup>39</sup>. Bu sebeple fer' i niteliğe sahip edimleri gözetemezdi.

Rızai akitlerle tarafların yüklenmiş olduğu edimlerin ayrı bir *stipulatio* ile de kararlaştırılması mümkündür. Böyle bir *stipulatio* akdinde sebep belirtilmesi de mecburi değildir. Çünkü *stipulatio* akdi her türlü borcu konu alabileceği<sup>40</sup> gibi sebepten soyut olarak da yapılabilir<sup>41</sup>. Bunun birçok pratik gayeleri olabilir. Mesela bir eser sözleşmesinde taraflar şekilsiz bir *pactum*' la cezai şartı dava edemeyecekleri için bir *stipulatio poenae* yapabilirler. Bunun gibi alacaklı *stipulatio*' dan doğan bir dava hakkının olması için, doğrudan *locatio conductio*' dan kaynaklanan alacağını ayrı bir *stipulatio* ile de taahhüt ettirebilir<sup>42</sup>.

### 1.1.3. Yazılı akitler

Roma Hukukunda yazılı akitler şekle tâbi akitlerdendi<sup>43</sup>. Yazılı akitten kasıt ise belirli bir yazılı şekle tâbi senet üzerinde taraflarca yapılan imzalanan metinler

<sup>36</sup>Bugün M.K. 'da da dürüstlük kuralı ilke olarak benimsenmiştir.

<sup>37</sup>Kodal (2008), s.34.

<sup>38</sup>Umur (2010), s.336.

<sup>39</sup>Akinci (2013), s.7.

<sup>40</sup>P. Koschaker ve K. Ayiter (1977). *Modern özel hukuka giriş olarak roma özel hukunun ana hatları*. Ankara: Sevinç Matbaası, s.213.

<sup>41</sup>R. Zimmermann (1996). *The law of obligations Roman foundations of the civilian tradition*. New York: Oxford University Press, s.91,92.

<sup>42</sup>D. Johnston (1999). *Roman law in context*. Cambridge: Cambridge University Press, s.98.

<sup>43</sup>K. Gürten (2007). *Roma hukuku'nda kefalet akdi*. Ankara: Adalet Basım Yayım, s.25.

değillerdi. Yazılı akit Roma Hukukunda bir çeşit deftere kayıt usulüydü<sup>44</sup>. Klâsik dönemde bir aile babasının alacak ve borçlarını günlük hesap defterine geçirmesi suretiyle borcun doğduğu kabul ediliyordu.

### **Gai. Ins. 3.128**

*“Litteris obligatio fit ueluti in nominius transscripticiis fit autem nomen transscripticium duplici modo, uel a re in personam uel a persona in personam.”*

“Borç münasebeti yazılarla ezcümle (yani) alacakların kaydıyla teşekkül eder. Deftere kayıt (*transcriptio*) iki şekilde ya *a re in personam* veya *a persona in personam* olur<sup>45</sup>.”

Yazılı akitler hakkındaki bugün elimizde ki bilgiler azdır. Bu sebeple yazılı akitlerin niteliği ve sureti tam olarak bilinmemektedir. Bu çeşit kayıttan borcun doğduğunu doğrular nitelikte başka bir kayıt *Iustinianus Institutiones*’ inde de bulunmaktadır:

### **Ius. Ins. 3.21**

*“Olim scriptura fiebat obligatio, quae nomonibus fieri dicebatur: quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerate post mutlum temporis exceptionem opponere nn potest: hoc enim saepissime constitutum st. Sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pcuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.”*

<sup>44</sup>Bugün M.K. ‘ ya ve B.K. ’ ya göre akitlerde şekil serbestisi olmakla beraber kanunun şekil şartı koyduğu akitlerde bu şekil yazılı şekildir. Örneğin ,kefaletin yazılı olarak yapılması zorunludur. Romada yazılı akitlerin niteliği oldukça farklılık arz etmektedir.

<sup>45</sup>Gürten (207), s.25; Gaius (1953). *Gaius Institutiones*. İstanbul: Doğan Kardeş Basımevi, s.38,39; Tezimizde *Gaius Institutiones*’ inden yapacağımız alıntıların tamamını çev.’ sini Türkan Rado ve Andreas B. Schwarz’ ın yaptığı *Gaius Institutiones* (Borçlar Kısım) isimli kitaptan yapacağız.

"Bir zamanlar nomen 'lerle yapıldığı söylenen bir yazılı borç akdettirme şekli vardı: bu *nominia* (alacaklar), bugün meriyette (geçerli) değildir. Bununla beraber bir kimse, kendisine verilmemiş olan bir miktar parayı, borcu olarak kaydetmişse, uzun bir müddet sonra, verilmemiş parfanın def'ini (*exceptio*<sup>46</sup> *pecunia minime numeratae*) dermeyeran edemez (ileri süremez): emirnameler, birçok defalar böyle karar vermişlerdir. Bu itibarla, bugün dahi, itiraz etmeğe hakkı olmadığı için, yazı ile borçlanmış olur: ve bundan tabî sözlü bir borcun bulunmaması şartıyla, bir *condictio* doğar. Bu def' in dermeyeranına mani olan uzun müddet, bizden evvelki emirnamelere göre, beş seneye kadar çıkmakta idi: fakat alacaklılar paralarının hileli bir surette kaybedilmesi tehlikesine çok uzun bir zaman maruz kalmasınlar diye, bir emirnamemizle, bu müddeti iki seneden fazla uzamayacak bir şekilde kısalttık<sup>47</sup>."

Yazılı akitlerle borcun nasıl doğduğu elimizdeki kaynaklardan net olarak anlaşılamamaktadır. Bazı yazarlar, borçlunun onayı ile deftere kayıt işleminin yapıldığı ve böylece soyut bir yazılı akit kurulduğu fikrindedirler.

Doğu toplumlarının da etkisiyle Roma Hukuku' nun belirli dönemlerinde *stipulatio*' nun yapıldığına dair yazılı vesikalar hazırlanıyordu<sup>48</sup>. Fakat taraflarca bu hazırlanan yazılı metinler bir ispat aracı olarak kullanılıyordu<sup>49</sup>. Bu tür yazılı metinler Roma Hukukunda yazılı akitler kavramına gerçek anlamda dâhil değildirler. Kaldı ki bunlar borç doğuran metinler değil başka bir borç doğuran akdin yapıldığına dair delil mahiyetindeydiler.<sup>50</sup> Ayrıca eyaletlerde *chirographum*, *syngrapha*' lar da bir yazılı akit tipi idi<sup>51</sup>. Bu tarz metinleri *Gaius* yabancılara mahsus bir yazılı akit tipi olarak

<sup>46</sup>Roma Hukuku' nda def' ilere *exceptio* ismi verilmektedir.

<sup>47</sup>Iustinianus (1968), s.263; Tezimizde *Iustinianus Institutiones*' inden yapacağımız alıntıların tamamını çev.' sini Ziya Umur' un yaptığı *Iustinianus Institutiones* isimli kitaptan yapacağız.

<sup>48</sup>Zimmermann (1996), s.79,80.

<sup>49</sup>Di Marzo (1959), s.424.

<sup>50</sup>Akıncı (2013), s.18.

<sup>51</sup>C. Oğuzoğlu (1956). *Roma hukuku*. Ankara: Akıncı Matbaacılık ve Gazetecilik, s.226, 227; H.F. Jolowicz ve B. Nicholas (2008). *Historical introduction to the study of Roman law*. Cambridge: Cambridge Press, s.418; W. L. Burdick (2004). *The principles of Roman law and their relation to modern law*. New Jersey: The Lawbook Exchange LTD, s.435,436.

nitelendirmektedir<sup>52</sup>. El ile yazılan ve bir kimsenin borçlu olduğunu yazılı olarak tespit eden bir vesika türüdür<sup>53</sup>.

*Expensilatio* şekle tâbi olmakla beraber en eski yazılı akit tipidir<sup>54</sup>. Bu akit tipi ile aile şefleri birbirlerine karşı borçlanırlardı<sup>55</sup>. Şekilci bir akit olduğu için ehemmiyetini imparatorluk döneminde kaybetti, devrin ortalarında ise tamamen ortadan kalktığı görülmektedir<sup>56</sup>.

*Chirographa* ise *stipulatio* akdinin bazı mahzurlarını bertaraf etmek için kullanılıyordu. *Stipulatio* ile peregrenler<sup>57</sup> alacaklı ve borçlu olamıyorlardı. Çünkü *stipulatio ius civile*' ye ait bir akitti<sup>58</sup>. Roma hukukuna ve Roma vatandaşlarına has olan *stipulatio*' nun<sup>59</sup> bu mahzuru *chirographa* yazılı akdi ile giderildi<sup>60</sup>. *Chirographa* ile ihdas sebebine uygun olarak ancak romalılarla peregrenliler arasında borç münasebeti kurulabiliyordu. İki Romalı veya iki Peregrenli arasında böyle bir akit borç doğurmamaktaydı. *Syngrapha*' da peregrenler için kabul edilen bir yazılı akitti. *Chirographa*' dan farkı tek nüshalı olmasıdır<sup>61</sup>. Bu yazılı akit çeşitlerinin *ius gentium*' un tesirini göstermeden önce daha çok kullanıldığı düşünülebilir. Çünkü *stipulatio ius gentium*' un tesiriyle *spondere* sözü kullanılmamak şartıyla yabancılar tarafından da yapılabilir hale gelmişti<sup>62</sup>.

#### 1.1.4.Sözlü akitler

Sözlü akitler tarafların iradelerini belirli, kalıplaşmış sözleri kullanarak beyan etmeleriyle kurulan akitlerdir<sup>63</sup>. Rızai sözleşmeler de sözlü olarak kurulabiliyor olsalar da, kurulabilmeleri için sözlü şekil şart olmadığından ve belirli sözlerin söylenme

---

<sup>52</sup>Umur (2010), s.355.

<sup>53</sup>Umur (2010), s.355.

<sup>54</sup>Oğuzoğlu (1956), s.226.

<sup>55</sup>Oğuzoğlu (1956), s.226.

<sup>56</sup>Oğuzoğlu (1956), s.227.

<sup>57</sup>Peregrenler Roma vatandaşı olmayan yabancı bir kavimi ifade etmektedir.

<sup>58</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.209.

<sup>59</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.209.

<sup>60</sup>Burdick (2004), s.436; Oğuzoğlu (1956), s.227.

<sup>61</sup>Oğuzoğlu (1956), s.227.

<sup>62</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.209.

<sup>63</sup>Gürten (2007), s.23,24.

mecburiyeti bulunmadığından sözlü sözleşme sayılmazlar. Akdin meydana gelmesi için belirli sözlerin (*verba*) söylenmesi gerekiyorsa sözlü sözleşme söz konusu olur<sup>64</sup>.

Roma Hukukunda eski dönemde sözlü akitlerin sayısı çoktu<sup>65</sup>. Gaius metninde *stipulatio* haricinde iki sözlü akit çeşidinden bahsedilmektedir. Bunlar *dotis dictio* ile *iuramentum operarum*' dur<sup>66</sup>. Bunlar haricinde kalan diğer sözlü akitler ile bilgilerimiz, metinlerden tam okunmadığı için oldukça eksiktir. Kaldı ki bunlar eski dönemlerde kullanılmakta olup zamanla ortadan kalktı<sup>67</sup>.

Roma hukukunda en geniş uygulama alanı bulan sözlü akit *stipulatio* akdiydi. Çünkü taraflar hemen hemen istedikleri her hukuki amaca yapacakları bir *stipulatio* ile ulaşabilmekteydiler. Diğer birçok akitler dahi *stipulatio* yoluyla yapılabilmekteydi. Zamanla diğer sözlü akitlerin ise ortadan kalktığı görünmektedir; *Iustinianus* döneminde *dotis dictio* ve *iuramentum operarum* sözlü akitleri de uygulanmaz hale gelerek ortadan kalkmış fakat *stipulatio* akdi Roma Hukuku' nun her döneminde genel karakterini koruyarak varlığını sürdürmüştür.

#### 1.1.4.1. *Dotis dictio*

*Dos*, kocanın evlilik dolayısıyla artan ev masraflarına katkıda bulunmak amacıyla kadın tarafından getirilen, mameliki değeri olan ve kocanın malvarlığını artıran şeylerdir<sup>68</sup>. *Dos*' un farklı şekillerde tesis edilmesi mümkündür. Tasarruf işlemi yoluyla bir *dos* tesis edilecekse *dotis datio*, taahhüt işlemi yoluyla *dos* tesis edilecekse *dotis dictio* ve *dotis promissio* miras yoluyla tesis edilecekse *legatum* yoluyla *dos* tesis edilebilirdi<sup>69</sup>.

Taahhüt işlemi yoluyla tesis edilen *dos*' lardan *dotis promissio* sözlü bir *dos* vaadi olup bir *stipulatio* yoluyla tesis edilirdi<sup>70</sup>. Bu nedenle *stipulatio*' nun tâbi olduğu şartlara tâbi idi. Bu işlemde soruyu soran müstakbel damattı. Mesela “bana *dos* olarak

<sup>64</sup>Erdem, N. (2008). *Roma ve Türk hukukunda vedia sözleşmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s.28.

<sup>65</sup>Umur (2010), s.349.

<sup>66</sup>Sayın, B. (2008). *Roma hukukunda pactum'lar*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi, s.20.

<sup>67</sup>Umur (2010) s.354.

<sup>68</sup>Ş. Akıncı (2010b). *Roma hukuku dersleri*. Konya: Sayram Yayınevi, s.222.

<sup>69</sup>Akıncı (2010b), s.223,224,225,226; Doğan, G. (2006). *Roma hukukunda eksik borç*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, s.79; K. Ayiter, (1963). *Roma hukuku dersleri aile hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, s.22.

<sup>70</sup>R. Honig (1938). *Roma hukuku*. İstanbul: Matbaai Ebüzziya, s.238; Burdick (2004), s.176 .



100 vermeyi taahhüt ediyor musun?” gibi. Karşı tarafın kabul beyanıyla sözleşme kurulmuş oluyordu<sup>71</sup>. *Promissio dotis* aynen *stipulatio*'nun kalıbına uymuş ve *stipulatio*'nun geçirdiği değişimler içinde daima ona uygun kalmış, ayrı bir hususiyet arz etmemiştir<sup>72</sup>. *Stipulatio* yoluyla tesis edilen bu *dos* çeşidine *dotis promissio* denmiştir.

*Dictio* “*dicere*” fiilinden gelmektedir. *Dicere* ise söylemek konuşmak demektir. Hukuki manada ise taahhüt altına girecek şekilde söylemek demektir<sup>73</sup>. *Dotis dictio*, tek taraflı ve sözlü bir beyanla *dos* tesis edilmesidir<sup>74</sup>. *Dos* tesis etmek isteyen şahsın sözlü bir beyanda bulunması *dotis dictio*' nun kurulması için yeterlidir, lehine *dos* tesis edilen şahsın kabulüne ihtiyaç yoktu. Müstakbel kocanın “bana cihaz olarak şu kadar vermeyi taahhüt ediyor musun? “ diye sorması güç olacağı için bir şey sormadan, kadın tarafı tarafından tek taraflı vaad ile *dotis dictio* gerçekleşirdi<sup>75</sup>. Müstakbel damat *dos*' u kabul etmek istemiyorsa evlilikten vazgeçebilirdi<sup>76</sup>. Sadece *dos*' u tek başına kabul etmeme yetkisi yoktu. Bu itibarla *dotis dictio* muamelesinin sebebe sıkı sıkıya bağlı özel bir sözlü akit çeşidi olduğunu görülmektedir. Evlenmenin gerçekleşmemesi durumunda, *dos* işlemi de sebebi bulunmadığı için geçersiz olurdu. Keza *dotis dictio* sebebe bağlı bir hukuki işlem olduğu için koca bunu ancak evlenmenin gerçekleşmesinden sonra isteyebilirdi<sup>77</sup>.

*Dotis dictio*' nun *stipulatio*' dan diğer bir deyişle *dotis promissio*' dan farkı sebebe bağlı olması, karşı tarafın kabul beyanına ihtiyaç göstermemesi, sadece belirli kişiler tarafından yapılabilmesidir. *Dotis dictio* sadece kızın babası ya da baba tarafından dedesi tarafından yapılabilirken *promissio dotis*' i ise *stipulatio* yapan herkes yapabiliyordu<sup>78</sup>. Ayrıca *sui iuris* olması şartıyla evlenecek kadın veya kadının talimatıyla kadına borçlu olan kişi de *dotis dictio* işlemini yapabiliirdi<sup>79</sup>. Daha sonraki dönemlerde imparatorluk emirnameleriyle *dos* tesisi artık şekilsiz bir *pactum* ile yapılabilir hale gelmişti. Bu *pactum*' a *pollicitatio dotis* deniyordu<sup>80</sup>.

<sup>71</sup>Akıncı (2010b), s.225.

<sup>72</sup>Ayiter (1963), s.26.

<sup>73</sup>Ayiter (1963), s.23.

<sup>74</sup>Akıncı (2010b), s.224.

<sup>75</sup>Umur (2010), s.354.

<sup>76</sup>Ayiter (1963), s.23.

<sup>77</sup>Akıncı (2010b), s.225.

<sup>78</sup>Akıncı (2010b), s.225,226.

<sup>79</sup>Akıncı (2010b), s.225.

<sup>80</sup>Akıncı (2013), s. 181.

#### 1.1.4.2. *Iuramentum operarum*

Roma' da bir kimse kölesini azat etmeden önce, kendisine bazı hizmetler etmesine dair yemin ettirirdi. Bu yemin sözlü bir akit olarak kabul edilmişti<sup>81</sup>. Klâsik devirde bu yemin yerine, azattan sonra efendi ile azatlı arasında konusu *operae*<sup>82</sup> olan *stipulatio* yapılma yoluna gidiliyordu<sup>83</sup>. Köle hak ehliyetine sahip olmadığı için bu yeminin hükmü olmayacağından endişe edilerek tam azat edilip hukuki şahsiyet kazanacağı anda, eski yeminin hukuken mecburiyet ifade etmesini sağlamak için ikinci bir yemin alınmaktaydı.

#### 1.2. Roma Akitler Sisteminin İçerisinde *Stipulatio*' nun Yeri

*Stipulatio ius civile*' nin tanıdığı Roma Hukuku' nun bütün dönemlerinde çok farklı alanlarda hemen her türlü borcun tesisi<sup>84</sup> için kendisinden istifade edilmiş çok önemli bir akit çeşidiydi<sup>85</sup>. *Stipulatio*; bir *ius civile* akdi olmakla beraber *pactum* olsun *ius civile* akdi olsun, bu anlaşma ve akitlerden doğan borçları istemek için de kullanılabilen genel karakterli bir akit tipiydi. *Ius civile*' ye göre akit sayılmayan *pactum*' lardan doğan borçlar da *stipulatio* ile *actio* kazanırdı.

*Ius Civile* tarafından borç doğurucu bir akit olarak kabul edilmeyen bütün anlaşmalar *stipulatio* şeklinde yapılırlarsa *ius civile*' ye göre geçerli borç meydana getirirlerdi. Her türlü akitle beraber kararlaştırılan yan edimler ve fer'i haklar da buna dâhildir. Bu sebeple *stipulatio*' dan Roma Hukuku' nun hemen her döneminde çok çeşitli pratik amaçların elde edilmesi için yararlanılmıştır<sup>86</sup>. Bütün bu özgün özellikleriyle *stipulatio* akdi Roma Hukuku' nun en karakteristik ve en önemli akit çeşitlerinden birisiydi<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup>Umur (2010), s.354.

<sup>82</sup>*Operae* bir işi yapma, bir işi yerine getirme anlamlarında kullanılmaktadır.

<sup>83</sup>Ş. Berki (2007). Romada borçların kaynakları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s.404.

<sup>84</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.213.

<sup>85</sup>Di Marzo (1959), s.422.

<sup>86</sup>Rado (2006), s.100.

<sup>87</sup>Zimmermann (1996), s.68.

### 1.3. Stipulatio' nun Genel Özellikleri

#### 1.3.1. Özgü akit olması

*Stipulatio* Roma Hukukuna münhasır bir akit çeşididir. *Stipulatio'* nun bu özgünlüğü sadece diğer hukuk sistemlerine nazaran değildir. Aynı zamanda *Stipulatio* Roma Hukukuna özgü olmakla birlikte Roma Hukuku' nun kendi içerisinde dahi gerek yapılaş şekli gerek muhtevasının kapsamı gerekse de akdin hüküm ve sonuçları açısından diğer Roma akit çeşitlerine nazaran farklı bir yapı arzeder. Bu özgün yapı, hukuk usulü açısından da akdin ispat koşulları ve akit için kullanılan *actio*'ları da kapsamaktadır. Bununla beraber *Stipulatio*; Roma Hukukunda çok yaygın kullanım alanı olan, hemen hemen Roma Özel Hukukunda borç doğurmak için her alanda tek başına kullanılabilen ayrıca arzu edilen hukuki amaçlara ulaşmak için hemen her borç doğuran akitle beraber de kendisinden faydalanılabilen oldukça özel nitelik arzeden sözlü bir akitir.

#### 1.3.2. Kuruluşu ve yapısı

*Stipulatio*, Roma Hukukunda genel akit tipidir, her türlü anlaşmanın kalıbı haline gelebilir<sup>88</sup>. Sözlü şekle tâbi olmakla beraber Roma Hukuku'nun en eski akit tiplerinden birisidir<sup>89</sup>. *Stipulatio* akdi müstakbel alacaklının akdin tüm muhtevasını kapsayan sorusuna karşılık borçlunun da akdin muhtevasını yerine getireceğine dair kayıtsız, şartsız verdiği cevapla meydana gelir<sup>90</sup>. Soru ile cevap *stipulatio'* nun temel kurucu unsurları olup, bir hukuki muamelenin kurulması için gerekli olan öneri ve kabul müesseseleri yerine geçmektedir. Bu itibarla soru ile cevap tek bir hukuki muameleyi meydana getirirdi. (*unitas actus*)<sup>91</sup>. *Stipulatio* oldukça şekilci bir hukuki muamele türü olduğu için; *stipulatio* akdinin geçerli olarak kurulabilmesi için soru ve cevabın diğer bir deyişle öneri ve kabulün belirli şekillere uygun olarak yapılması gerekiyordu. Bu

<sup>88</sup>Tahiroğlu (2000), s.108; Johnston (1999), s.78.

<sup>89</sup>D. Tamm (1997). *Roman law and european legal history*. Djof Publishing, s.103.

<sup>90</sup>Rado (2006), s.109; Di Marzo (1959), s.422.

<sup>91</sup>Rado (2006), s.91; Zimmermann (1996), s.73.

şekil ayrıca şeklin sıklığı Roma devletinin içinde bulunduğu tarihi döneme göre farklılık arzemiştir.

*Stipulatio* akdinin kurulması için alacaklı, borçlu ile aralarındaki borç ilişkisinin tüm muhtevasını kapsayacak bir soruyu borçluya yöneltmesi gerekirdi. Örneğin Alacaklı «Bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?» (*Centum mihi dare spondes?*)» diye sorardı. Buna karşılık borçlunun kendisine yöneltilen bu soruya kayıtsız, şartsız, derhal soruya uygun olumlu cevap vermesi ile *stipulatio* kurulmuş olurdu<sup>92</sup>. Örneğin «Taahhüt ediyorum (*Spondeo*)» diyerek mukabelede bulunması akdin kurulması için yeterliydi. Bu sebeple akdin geçerli olarak meydana gelmesi için aranan şekil şartı, belirli sözlerin belirli bir sıra ve surette söylenmesi ile mümkündü<sup>93</sup>. Bu itibarla *Stipulatio*, yapılış şekli açısından sözlü bir akit için gerekli olan tüm unsurları ihtiva etmektedir. Tarafların *stipulatio* için öngörülen şekil şartlarına uygun olarak rızalarını beyan etmeleri neticesinde ihtilafa yer vermeyecek şekilde, yorum yoluyla dahi olsa *consensus oluşuyorsa; stipulatio akdi* geçerli şekilde kurulmuş olup hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlardı.

*Stipulatio* çok çeşitli tatbik sahası bulmuş ve hukuk hayatına hâkim bir akit haline gelmiştir. *Promissor*' un sorusu içerisinde *stipulatio* ile kurulmak istenen borç ilişkisinin tüm unsurları şartları belirtilir buna karşılık kesin bir taahhüt alınır<sup>94</sup>. Sorulacak soru içerisine şart ve vade konulabilirdi fakat cevabın kayıtsız ve şartsız olması gerekirdi. Mesela alacaklı "10 ton tahıl yüklü geminin istanbul'a varması şartıyla sana sattığım 10 ton tahıl karşılığında bana 1000 ödemeyi taahhüt ediyor musun?" diye sorsa, borçlu "geminin istanbula varması şartıyla taahhüt ediyorum" derse akit kurulurdu. Fakat sorudaki şart ve vadeden ayrı, başka şart ve vadeler cevapta bulunsa veya soruda şart, bulunmadığı halde cevapta bulunsa *stipulatio* kurulmuş olmazdı<sup>95</sup>. Şart ve vadenin varlığından söz edebilebilmesi için açık bir surette soruda bulunması gerekir.

<sup>92</sup>H. J. Roby (2000b). *Roman private law in the times of cicero and of the antonines Volume 2*. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd, s.13.

<sup>93</sup> *Stipulatio* akdinin kurulması için gerekli şekilde ilgili bilgiler için bkz. bş. " *Stipulatio*' da Şekil".

<sup>94</sup>Umur (2010), s.350.

<sup>95</sup>Roby (2000b), s.13.

### Ius. Ins. 3.15.3

“«*At si ita stipuleris «decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?»* ,  
*et pure facta obligatio intellegitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi  
non potest. Sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.*”

"Şu şekilde *stipulatio* yaparsan «yaşadığım müddetçe, her sene on altın vermeği taahhüt ediyor musun?» , borcun kayıtsız, şartsız (*pure*), ve devamlı (*perpetua*) olduğu anlaşılır, zira muayyen bir zaman boyunca borçlanmış olmak kabul edilemez; fakat mirasçı bir talepte bulunacak olursa, ona karşı bir anlaşma def'i (*exceptio pacti*) ileri sürülecektir."

*Stipulatio* akdi kural olarak taliki şarta ve vadeye bağlanabilen bir akittir.<sup>96</sup> Bununla beraber *acceptilatio* gibi tâliki şarta bağlanamayan ve *stipulatio* ile kurulan sözleşmeler de vardır<sup>97</sup>. Roma Hukukunda infisahi şart kavramı yoktu. Bunun yerine taliki şarta bağladıkları fesih anlaşmasıyla, infisahi şartın sağladığı sonuçlara ulaşıyorlardı<sup>98</sup>. «Kartacaya *Titus*' un gemisi gelene kadar bana her ay 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?» şeklinde yapılan bir *stipulatio*' da infisahi bir şartın varlığından söz edilebilir.

«Roma'ya gitmezsem bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?» «Taahhüt ediyorum.» şeklinde yapılan bir *stipulatio*' da kişi Roma'ya gitmediği müddetçe şartın gerçekleşip gerçekleşmediği kişinin ölümünden sonra belli olur. Çünkü ölene kadar Roma'ya gitme ihtimali vardır. Şart gerçekleşir ve kişi ölümüne kadar Roma'ya gitmezse yapılan bu *stipulatio*' dan doğan alacak hakkı *stipulator*' un mirasçılarına intikal eder<sup>99</sup>.

*Stipulatio* akdine iki farklı şart koyulsa bu iki şarttan herhangi birisinin gerçekleşmesinin akdin kurulması için yeterli olduğu kararlaştırılsa, şartlardan hangisi önce gerçekleşirse akit hüküm ve sonuç doğurmaya başlardı<sup>100</sup>. Aynı *stipulatio* akdi

<sup>96</sup>D.G. Cracknell ve C.H. Wilson (1990). *Roman law origins and influence*. London: HLT Publications, s.107.

<sup>97</sup>*Acceptilatio* bir çeşit ibra sözleşmesidir. Bkz. Tz. bş. *Stipulatio Aquiliana*.

<sup>98</sup>Akıncı (2010b), s.144.

<sup>99</sup>Iustinianus (1968), s.247,248; W. F. Harvey (1996). *A brief digest of the Roman law of contracts*. Colorado: Rothman & Co. of Littleton, s.29; Mirasçılarının mirasın yaptığı *stipulatio* akdinden faydalanabilmesi ancak *Iustinianus* döneminde kabul edilmiştir.

<sup>100</sup>Roby (2000b), s.19.

hem şarta hem vadeye de bağlanabilirdi<sup>101</sup>. Böyle bir *stipulatio* yapılması durumunda şart gerçekleşmedikçe vadenin gelmesi akdin hüküm ve sonuç doğurması için yeterli değildir. Şart vadeden önce gerçekleşirse vade gününe kadar ifa talep edilemez. Şart vadeden sonra gerçekleşirse ifa şartın gerçekleştiği gün talep edilebilir<sup>102</sup>. Böyle akitlere *stipulatio praepostera* ismi verilmiştir<sup>103</sup>.

*Stipulatio* şartsız ve vadesiz de yapılabilirdi. Şart veya vadeye bağlanmadan yapıldığında *stipulator*, *stipulatio* borcunu derhal talep edebilirdi. Mesela «Bana 10 vermeyi taahhüt ediyor musun?» sorusuna karşılık «Taahhüt ediyorum» denmesiyle akit kurulur ve derhal istenebilirdi. Fakat vade veya şart kararlaştırılırsa şart gerçekleşmeden borç doğmaz veya vade zamanı gelmeden borç istenemezdi<sup>104</sup>. Şu halde vade ile yapılan *stipulatio* ile derhal akdin yapıldığı gün (*dies cedit*) borçlanılmış olurdu fakat vade günü gelmeden borç istenemezdi<sup>105</sup>. Vadenin tayin edildiği gün (*dies venit*) geçmedikçe talep gene istenemezdi. Çünkü tayin edilen gün tamamen bitmeden tediyeenin o gün yapıp yapılmadığından emin olunması mümkün değildir<sup>106</sup>. Vadeye bağlanmış bir *stipulatio*' da borçlu vade günü gelmeden borcunu öderse ödediği miktarı geri talep edemezdi. Şarta bağlı bir *stipulatio*' da ise şart gerçekleşmeden şarta bağlı borç ödenirse geri alınabilirdi<sup>107</sup>. *Stipulatio* her ne kadar şekilci bir akit olsa dahi Roma Hukukunda şart ve vadeye bağlanamayan, şekle sıkı sıkıya bağlı *actus legitimi* akitlerinden görülmemiştir.

Roma Özel Hukuku sisteminde *Stipulatio* her türlü borcu konu alabilen, Roma halkında yerleşmiş olan teamüllere uygun bir akit türü olduğu için kullanımı çok yaygındı<sup>108</sup>. Taraflar aralarında ki borç ilişkisinin sebebini gözetmeksizin bu borç ilişkisini *stipulatio* yoluyla tesis edebilirlerdi. Aslında taraflar; aralarında ifa (*causa solvendi*),bağışlama (*causa donandi*),alacak (*causa credendi*) gibi hukuki sebebi mevcut olan bir borcun<sup>109</sup>, hukuki anlamda *stipulatio* 'ya bağlı bir *actio*'su olabilmesi için *stipulatio* yapma yoluna giderlerdi. *Stipulatio*'nun Roma Hukukunda ki bu kullanım

<sup>101</sup>Harvey (1996), s.34,35; Iustinianus (1968), s.244,245.

<sup>102</sup>Di Marzo (1959),s. 424.

<sup>103</sup> Bkz. Tz. bş. "Stipulatio Praepostera".

<sup>104</sup>Cracknell ve Wilson (1990), s.107; R.W. Lee (1956). *The elements of Roman law with a translation of the institutes of Justinian*. London: Sweet Maxwell Limited, s.302.

<sup>105</sup>Iustinianus (1968), s.245.

<sup>106</sup>Iustinianus (1968), s.244,245.

<sup>107</sup>Harvey (1996), s.36.

<sup>108</sup>Yavuz (2008), s.14.

<sup>109</sup>Akıncı (2010b), s.105.

şekli günümüz hukuk sistemlerinde yaygın kullanım alanı olan kıymetli evraklara benzemektedir. Bu yönüyle *Stipulatio* akdi, sözlü senete benzemektedir<sup>110</sup>.

*Stipulatio*'nun akdedilme sebebinin akitte belirtilmesinin veya belirtilmemesinin akdin geçerliliğine bir etkisi yoktu. Sebebi gösterilsin veya gösterilmesin, geçerli olarak kurulurdu. Fakat sebebi gösterilerek yapılan *stipulatio* 'ların geçerliliği hukuki sebebin geçerliliğine bağlı iken sebebi gösterilmeden yapılan *stipulatio* 'ların geçerliliği; işlemin hukuki sebebinin geçerli olup olmamasına doğrudan bağlı değildi. Bu türlü sebebe bağlı olmayan *stipulatio* 'lar da sebebin geçersizliğini ispat borçlu için ağır bir külfet durumundaydı<sup>111</sup>. Buna binaen *stipulatio* akdinden doğan borç sebebe bağlı olabileceği gibi sebepten soyut de olabilirdi<sup>112</sup>.

*Stipulatio* 'nun geçerli olarak kurulması için, zikredildiği gibi belirli sözler söylenmek suretiyle sorulan soru ve verilen cevabın birbirine uygun, hazırlar arasında yapılması gerekmektedir<sup>113</sup>. Ayrıca *stipulator*'un sorduğu soruya *promissor* 'un verdiği cevabın derhal olması gerekirdi<sup>114</sup>. Bu itibarla *Stipulatio* açısından *promissor* 'un irade beyanının aynı meclis içerisinde derhal karşı tarafa beyan edilmesi, temel kurucu unsur niteliğinde olan irade beyanının yapılma şekli için kesin bir düzenleme olması açısından kurucu unsur şeklini belirleyen önemli bir şekil şartıdır. Bu itibarla gaipler arasında *stipulatio* imkânsızdır<sup>115</sup>.

*Stipulatio* dar hukuk akdiydi (*stricti iuris*)<sup>116</sup>. Dar hukuk sözleşmelerinden doğan davalar dar hukuk davalarıydı ve bu tür davalarda hâkim, olgulara ve hukuki dayanaklara sıkı sıkıya bağlıydı<sup>117</sup>.

Geçerli bir ifanın söz konusu olabilmesi için *stipulatio* ile borçlanılan edimin eksiksiz yerine getirilmesi gerekiyordu. İfa *stipulatio* 'nun metnine uygun olmazsa, borçlu tazminat ile mükellef olurdu<sup>118</sup>.

<sup>110</sup> T.K. hükümlerine göre kıymetli evraklar sebepten soyut olarak borç doğurabilmektedirler.

<sup>111</sup> Rado (2006), s.97.

<sup>112</sup> Bu konuda detaylı bilgi için Bkz. Tz. bş. "Stipulatio' da Sebebe Bağlılık".

<sup>113</sup> Rado (2006), s.91.

<sup>114</sup> Rado (2006), s.91 ; Berki (2007), s.400.

<sup>115</sup> Di Marzo (1959),s. 423; Berki (2007), s.400.

<sup>116</sup> Koschaker ve Ayiter (1977), s.214.

<sup>117</sup> Akıncı (2013), s.7.

<sup>118</sup> Oğuzoğlu (1956), s.225.

### 1.3.3. Stipulatio' da taraflar

*Stipulatio* akdindeki şekil şartı sebebiyle, akit ancak hazırlar arasında aynı mecliste yapılabilirdi<sup>119</sup>. Taahhüt ettiren tarafa *stipulator, stipulans, reus stipulandi*; taahhüt eden tarafa ise *promissor, reus promittendi* denirdi<sup>120</sup>. Vaad ettirme eylemine *stipulare* denirken, vaad etme eylemine ise *promittere* denirdi<sup>121</sup>. Tarafların işitme ve konuşma engelinin bulunmaması ve mümeyyiz olması gerekiyordu<sup>122</sup>.

#### 1.3.3.1. Adstipulator ve adpromissor' un taraf olması

*Stipulatio* akdinde tarafların tek kişi olma mecburiyeti yoktu. *Stipulator* birden fazla kişi olabileceği gibi, *promissor*' da birden fazla kişi olabilirdi. Kural olarak *stipulator*' un birden fazla olduğu durumlarda müteselsil alacak, *promissor*' un birden fazla olduğu durumlarda ise müteselsil borç söz konusu olurdu. Bu itibarla aynı *stipulatio* akdinde tarafların birden fazla olması durumunda müteselsil borç söz konusu olurdu<sup>123</sup>.

Fer'i yan alacaklı olarak *stipulator*' la beraber ayrı bir taahhüt ettiren kişi *stipulatio* akdine eklenebilirdi ki bu fer'i alacaklıya *adstipulator* denirdi<sup>124</sup>. Borçlu, asıl alacaklıya yapmış olduğu vaadi, derhal ikinci alacaklıya, yani *adstipulator*' a da yapardı (*idem*)<sup>125</sup>.

<sup>119</sup>Di Marzo (1959), s.423.

<sup>120</sup>Roby (2000b), s.12.

<sup>121</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.209.

<sup>122</sup>Bir akitten bahsedilebilmesi için akdi yapacak tarafların varlığı gerekmektedir. Tek bir tarafın varlığı bir akdin oluşabilmesi için yeterli değildir. Nitekim kişinin kendisiyle yaptığı akitler hukuki anlamda bir akit oluşturmamaktadır. Başkası için temsil yetkisi olan veya vekil bulunan kişinin kendisiyle yaptığı sözleşmelerde de durum değişmemektedir. Çünkü burada kişi kendisiyle değil temsilcisi veya vekili olduğu kişiyle sözleşme yapmaktadır. Şu halde aynı kişiden sadır olsa bile, iki farklı irade beyanının, hukuken iki farklı tarafa ait olduğuna hükmedilebiliyorsa bir akitten söz etmek mümkün olur. İki tarafa ihtiyaç olmadığı halde hukuki anlamda sonuç doğuran, alacaklı ile borçlu sıfatının birleşmesi, ihraz, işgal gibi haller hukuki işlem olmakla beraber akit değildir.

Akdi yapan taraflar bizzat kendileri adına hareket edebilecekleri gibi vekaletin veya temsil ilişkisinin olduğu durumlarda üçüncü kişi adına da hareket edebilirler. Burada esas olan üçüncü kişi adına hareket eden kimsenin temsile yetkili olmasıdır. Bu durumda ,doğrudan temsil olsun dolaylı temsil olsun, akit temsil edilen hesabına yapılmaktadır.

<sup>123</sup>Iustinianus (1968), s.249; *Stipulatio* ile kurulan müteselsil borç ve alacak ilişkisini "Müteselsil Borç ve Müteselsil Alacak Tesis Edilmesi" başlığı altında inceleyeceğiz.

<sup>124</sup>Honig (1938), s.435.

<sup>125</sup>Honig (1938), s.238.



### Gai. Ins. 3.110

"*Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipuletur, quem uulgo adstipulatorem uocamus.*"

"Bundan başka, *stipulatio* yaptırırken bir kimseyi daha dâhil edebiliriz ki bu da aynı şeyi taahhüt ettirir (*idem stipuletur*) bu kimseye umumiyetle *adstipulator* deriz."

*Adstipulator* aynı *stipulator* gibi akitten doğan borcu isteme hakkına sahip olurdu. Bununla beraber *adstipulator*' un bu alacağını *stipulator*' a devretmek zorundaydı. *Adstipulator*' un alacağı asıl alacaklının hakkına bağlıydı. Asıl borç ortadan kalkarsa *adstipulator*' un alacağı da ortadan kalkardı<sup>126</sup>. *Stipulator*' la *adstipulator* arasındaki iç ilişkinin mahiyeti çoğu zaman vekalet ilişkisi olduğu için<sup>127</sup> *adstipulator*' un akit konusu alacağı *stipulator*' a devretmek yükümlülüğü vardı. Aksi takdirde vekaletten doğan dava (*actio mandati directa*) ile, iadeye zorlanırdı<sup>128</sup>. *Adstipulator* tali alacaklı olup asıl alacaklının nam ve hesabına tasarrufta bulunsa -mesela tediyyeden feragat gibi- bu gibi tasarrufları asıl alacaklı tarafından yapılmışçasına geçerli olurlar<sup>129</sup>.

### Gai. Ins. 3.112

"*Ceterum potest etiam aliis uerbis uti adstipulator, quam quibus nos uti sumus. itaque si uerbi gratia ego ita stipulatus sim: DARI SPONDES? ille sic adstipulari potest: IDEM FIDE TUA PROMITTIS? uel: IDEM FIDE IUBES? uel contra.*"

"Diğer taraftan, *adstipulator* bizim kullandıklarımızdan başka kelimeler de kullanabilir; ezcümle (mesela) ben bu sözlerle *stipulatio*' yu yaptırmış isem: *DARI SPONDES?* (verileceğini taahhüt ediyor musun?) o da *adstipulatio*' yu şöyle yapabilir: *IDEM FIDE TUA PROMITTIS?* (aynı şeyi şerefle vaad ediyor musun?) veya: *IDEM FIDE IUBES?* (aynı şeyi şerefle temin ediyor musun?) veyahut tam tersi."

<sup>126</sup>Rado (2006), s.109.

<sup>127</sup>Rado (2006), s.109.

<sup>128</sup>Gürten (2007), s.56; Honig (1938), s.239.

<sup>129</sup>Honig (1938), s.239.

*Adstipulatio* ile yüklenilen borç *stipulator'* a yüklenilen borcu geçemezdi fakat daha az olabilirdi. Bu itibarla *stipulator'*a şartlı taahhüt edilmişse *adstipulator'* a şartsız borç yüklenemezdi. Bununla beraber *stipulator'* a şartsız taahhüt edilse *adstipulator'* a şarta bağlı taahhüt edilebilirdi. *Adstipulator'* un alacağıın asıl borçtan daha hafif olabilmesi fakat daha ağır olamaması kaidesi gereğince *adstipulator stipulator'* dan daha geniş vadeli olarak taahhüt ettirebilir fakat daha kısa vadeli taahhüt ettiremezdi<sup>130</sup>.

*Adstipulatio'* un mirasçılarının dava hakkı olmadığı gibi *mancipium* altında bulunan, aile evladı kızlar ve *manus* altındaki kadınlar *adstipulator* olamazlardı<sup>131</sup>. Köleler *stipulatio* ile efendisi lehine olan *stipulatio'* ları yapabilecekleri halde *adstipulator* olarak lehine hukuki işlem yapamazlardı. Aile evlatları de *adstipulatio'* ile aile babasına iktisap ettiremezlerdi fakat kendi adlarına *adstipulatio* yapabilirlerdi. Bununla beraber *capitis demunitio'* suz baba hakimiyetinden kurtulur ve *sui iuris* olursa ancak o halde *adstipulator* olarak kazandığından dolayı dava açabilirdi<sup>132</sup>.

*Stipulatio* akdinde taahhüt ettiren birden fazla olabileceği gibi taahhüt eden de birden fazla olabilirdi.<sup>133</sup> Bu durumda bu kişiye veya kişilere *adpromissor (sponsor, fidepromissor, fideiussor)* denirdi<sup>134</sup>. Bu müessese de fer'i bir teminat olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>135</sup>.

### 1.3.3.2. *Patria potestas* altındakilerin taraf olması

Roma hukukunda fiil ehliyetini kısıtlayan esaslar akıl hastalığı, kadın olmak, belirli yaşlara ermemiş olmak, israf olmak üzere dört taneydi<sup>136</sup>. *Patria Potestas* altında olmak ise hukuki işlem ehliyetini değil hak ehliyetini etkileyen bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>137</sup>. Fiil ehliyetini etkileyen onu daraltan her durum *stipulatio* içinde geçerlidir. Bu itibarla akdi yapan taraf *stipulator* olarak *promissor* olarak hukuki işlem

<sup>130</sup>Gürten (2007), s.56.

<sup>131</sup>Gürten (2007), s.57.

<sup>132</sup>Gaius (1953), s.24,25,26,27; *Capitis demunitio* Roma Hukuku' nda şahsiyet kaybı anlamında kullanılır.

<sup>133</sup>Honig (1938), s239.

<sup>134</sup>Gürten (207), s.55; Burdick (2004), s.435.

<sup>135</sup>*Adpromissio* ile kurulan şahsi nitelikteki fer'i teminatlarla ilgili detaylı bilgi için Bkz. Tz. bş. "Teminat İçin *Stipulatio* Kullanılması ve Roma Hukukunda Kefalet"

<sup>136</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001a), s.155.

<sup>137</sup>Roma aile yapısında aile babasının, aile fertleri üzerinde çerçevesi oldukça geniş, güçlü idari yetkileri vardı. Roma Hukuku' nda aile babasının bu hâkimiyetine *patria potestas* adı verilmektedir.

ehliyeti yönünden genel fiil ehliyeti esaslarına tâbidir<sup>138</sup>. Mesela borçlandırıcı bir *stipulatio* yapan kadın ise vasisinin izin veya icazetine, *impubes*<sup>139</sup> ise vasisinin *auctoritas*' na (katılım) ihtiyacı vardır<sup>140</sup>. Bununla beraber *stipulatio* akdinin temsile izin vermeyen<sup>141</sup> özel yapısından dolayı temsil noktasında, hukuki işlem ile üzerlerine doğan borcun tam borç veya tabî borç olması noktasında *stipulatio* akdini yapan tarafın *patria potestas* altında iken Roma aile yapısı sebebiyle farklı bir hukuki konuma sahip olduğu görülmektedir<sup>142</sup>.

Roma Hukukunda fiil ehliyeti yönünden kısıtlı olan kadınlara<sup>143</sup>, 14 yaşına kadar olan çocuklara vasi tayin edilme yoluna gidiliyordu<sup>144</sup>. Keza akıl hastaları, müsrifler<sup>145</sup> ve balığ küçüklere kayyım tayin ediliyordu. Kural olarak Roma Hukukunda vasilerin ve kayyımların yetkileri çerçevesinde başkaları adına yaptıkları hukuki işlemler geçerli olurdu. Bu itibarla bu kişilerin temsil ettikleri kişiler adına akit yapabilecekleri söylenebilir. *Stipulatio* akdi ise temsile izin vermeyen bir akit çeşididir. Bununla beraber aile babası (*pater familias*) *patria potestas*' ı altındaki kişiler adına *stipulatio* yapabiliirdi.<sup>146</sup> Kaldı ki kendi egemenliği altındaki bu kişiler adına yaptığı *stipulatio*' dan doğan alacak hakkı kendi üzerine doğardı. Aynı şekilde aile babası hakimiyeti altındaki kişilerde geçerli olarak *stipulatio* yapabilirlerdi fakat bu ancak lehe olan kazanımları kapsardı, aleyhe olan işlemleri ise ancak *Iustinianus* döneminde kendi üzerlerine tam borç doğuracak şekilde yapabilir hale geldiler. Hem aile babasının hem aile evlatlarının lehe olan kazanımları hususunda *Iustinianus Institutiones*' inde şöyle bir ibare bulunmaktadır:

---

<sup>138</sup>*Adstipulator*' un fiil ehliyeti genel fiil ehliyeti kurallarından farklılık arz etmektedir. Çünkü *adstipulator promissor*' a nazaran kendisi lehine taahhüt ettiren taraf olsa bile *stipulator*' a karşı vekalet yükümlülüğü altına girmekte olduğu için *adstipulatio adstipulator* aleyhine olabilecek bir hukuki işlem olarak değerlendirilmiştir.

<sup>139</sup>Roma Hukuku' nda yedi ile ondört yaş arasındaki çocuklara *impubes* ismi verilmektedir.

<sup>140</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001a), s.157.

<sup>141</sup>*Stipulatio* akdinde temsil kullanılmaması akdin karakteristik bir özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır. *Stipulatio*' da temsil için bkz. AÜHFD, c.7, S.3, 2007, s. 402.

<sup>142</sup>Anlatılan sebeplerle başlığımızı tarafın *patria potestas* altındakilerin taraf olması olarak belirledik.

<sup>143</sup>Akıncı (2010b), s.202,203.

<sup>144</sup>Akıncı (2010b), s.198,199,200.

<sup>145</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001a), s.137,138,160.

<sup>146</sup>Iustinianus (1968), s.253.

### Ius. Ins. 3.19.4

“*Ei, qui tuo iuri subiectus est, si stipulatus sis, tibi adquiris, quia vox tua tanquam fili sit, sicuti filiivox tanquam tua intellegitur in his rebus, quae tibi adquiri pussunt.*”

“Hâkimiyetin altında bulunan kimse lehine *stipulatio* yaparsan, kendin için iktisap edersin, zira nasıl, oğlun vasıtası ile iktisap edebileceğin şeyler hususunda onun sözü seninki gibi addolunursa, burada da senin sözün onunki gibidir.”

*Iustinianus* döneminde aile evlatlarının fiil ehliyetleri olduğu için yaptıkları *stipulatio*’ lar sebebiyle üzerlerine borç doğuyordu ve bu tam borçtu<sup>147</sup> fakat hak ehliyetleri olmadığı için<sup>148</sup> *peculium*<sup>149</sup>, ları hariç alacaklının alacağını tahsil etme imkanı da bulunmamaktaydı. Aile babası, verdiği *peculium* çerçevesinde aile evladının borçlarından sorumlu olurdu<sup>150</sup> ki buna *stipulatio* borçları da dâhildir. Ayrıca aile evlatlarının her dönemde *stipulatio* ile *pater familias*’ ının mal varlığına aktif kazandırabildiği görülmektedir<sup>151</sup>. *Institutiones*’ deki aile evladının babası adına *stipulatio* yapabilmesini bu bağlamda anlamak gerekir yoksa ortada bir temsil söz konusu değildir, aile evladı *stipulatio*’ yu kendi adına yapmaktadır. Aynı şekilde *pater familias*’ ın aile evlatları adına *stipulatio* yapması ile temsil kast edilmemiş, *patria potestas* kurumunun hukuki sonuçlarına atıf yapılmıştır.

Roma hukukunda her ne kadar doğrudan temsil kullanılmıyorsa da dolaylı temsil kullanılmaktaydı<sup>152</sup>. *Stipulatio* çok geniş alanda kullanılmakla beraber kural olarak şahsen yapılabilen bir akitti. Aynı aile egemenliğindeki kişi hesabına olmadıkça bir başkası adına *stipulatio* akdi yapılamazdı. Nitekim *Institutiones*’ teki şu ibare bu hükmü ortaya çıkartmaktadır.

<sup>147</sup>Akıncı (2010b), s.186.

<sup>148</sup>Klasik dönemle karşılaştırıldığında *Iustinianus* döneminde aile evlatlarının hak ehliyetinin varlığını daha geniş olarak anlamak gerekmektedir. Özellikle *peculium* müessesesi yoluyla aile evlatlarının *Iustinianus* döneminde bir ölçüde hak ehliyetine sahip oldukları dahi söylenebilir. Bkz. Akıncı (2010b), s.186.

<sup>149</sup> Roma Hukuku' nda *Peculium* aile babasının kölesine veya aile evladına özgülediği malları ifade etmektedir.

<sup>150</sup>Akıncı (2010b), s.186.

<sup>151</sup>*Iustinianus* (1968), s.259; Gaius (1953), s.26, 27.

<sup>152</sup>H. Emiroğlu (2003). Roma hukuku'nda vekalet sözleşmesi (mandatum) ve hukuki işlemlerde temsil. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(1), s.109; Akıncı (2010b), s.153.

#### **Ius. Ins. 3.19.4.**

“*Si quis alii, quam cuius iurisubiectus sit, stipuletur, nihil agit.*”

“Eğer bir kimse, hâkimiyeti altında bulunduğu kimseden başka birisi hesabına *stipulatio* yaparsa, muamelesi batıldır.”

Şu halde *Iustinianus* döneminde aynı *patria potestas* altındaki kişiler aynı mal varlığını temsil ettikleri ve fiil ehliyetleri de olduğu için *pater familias* hesabına kazanımları yapabilirlerken aynı şekilde *pater familias*’ da aile evlatları hesabına *stipulatio* akdi yapabilmekteydi<sup>153</sup>. Aile evlatları kendi hesaplarına borçlandırıcı *stipulatio* yaparlarsa klâsik dönemden sonra ve *Iustinianus* döneminde her ne kadar bu geçerli olup aleyhlerine dava açılabilip kendi üzerlerine tam borç doğursa da pratik hayatta *peculium*’ ları hariç fiilen kendi malvarlıkları olmadığı için borçlarının tahsili için hak ehliyeti sahibi olmalarını beklemek gerekiyordu<sup>154</sup>. Ayrıca *Senatus Consultum Macedonianum*’ a aykırı olarak borç akdi sebebiyle verilen para borçları sebebiyle yapılan *stipulatio* akitleri aile evlatlarına tam borç yüklemes tabiî borç yüklerdi<sup>155</sup>. Meğer ki para ödücü aile babasının onayı ile alınmış olsun ya da bu para aile babasının malvarlığını artırmak için harcanmış olsun. Bu takdirde aile evladı *exceptio Senatus Consultum Macedoniani* def’ ini ileri süremediği gibi aile babası da bu borçtan sorumlu tutulurdu<sup>156</sup>.

Kölelerin durumunu da birkaç istisna dışında aile evlatlarına benzetilebilir. Kölelerin efendilerinin malvarlığı lehine olarak yaptıkları hukuki muameleler efendileri hesabınadır<sup>157</sup>. Tamamen lehe olan hukuki işlemleri geçerli olarak yapabildikleri gibi *stipulatio*’ da yapabilirler<sup>158</sup>. Fakat efendileri aleyhine borçlanamamaktadırlar. Aile evlatlarından farklı olarak mal varlığı aleyhine yaptıkları *stipulatio*’ lardan üzerlerine tam borç doğmaz, tabiî borç doğar.

Akıl hastaları ve 0 ile 7 yaş arası çocukların temyiz kabiliyeti olmadığı kabul edildiği için hukuki işlem ehliyetleri de yoktur. Bu sebeple *stipulatio* akdi yapmaları

<sup>153</sup>Iustinianus (1968), s.259.

<sup>154</sup>Akıncı (2010b), s.186.

<sup>155</sup>*Senatus Consultum Macedonianum* birinci yüzyılda yapılmış olan ve aile evlatlarına ödünç para verilmesini yasaklayan, verilmesi durumunda, aile evlatlarını bu borcu ödeme zorunluluğundan kurtaran bir senatus kararıdır.

<sup>156</sup>Rado (2006), s.74.

<sup>157</sup>Roby (2000b), s.16.

<sup>158</sup>A. N. Günal vs E. Küçükgüngör (2002). *Çağdaş özel hukuka giriş olarak roma hukuku pratik çalışmaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.70.

mümkün değildir. 7 ile 14 yaş arasındaki ergen olmayan küçükler (*impubes*) ise tamamen kendi lehlerine olan hukuki muameleler dışındaki bir işlemi ancak vasisinin katılımı (*auctoritas*) ile yapabilir<sup>159</sup>. *Stipulatio* için de aynısı geçerlidir. Baliğ küçükler ise ilk zamanlarda fiil ehliyetleri tam olduğu için geçerli olarak hukuki işlem yapabilirlerdi. Daha sonraki dönemlerde fiil ehliyetleri kendilerine kayyım atanmak suretiyle kısıtlandı. Bu dönemde baliğ küçükler *promissor* olarak kayyımlarının izin veya icazeti ile geçerli olarak *stipulatio* akdine taraf olabilirlerdi, pek tabî *stipulator* olmalarında izin veya icazete ihtiyaç yoktu.

*Stipulatio* akdi temsile izin vermediği halde, kanuni temsilin doğrudan olmasa da sonuçları itibariyle *stipulatio* akdinde kullanıldığı görülmektedir. Nitekim *stipulatio* yapan köle, *stipulatio*' yu kendi adına yapmakta fakat efendisi adına kazandırmaktadır. Bu ise *stipulatio*' nun temsil içermesinden değil, Roma aile yapısından tarafların hak ehliyetlerinde ve fiil ehliyetlerindeki bir takım eksikliklerden kaynaklanmaktadır.

*Stipulatio* akdinde temsil kullanılmaz<sup>160</sup>. Roma Hukukunda doğrudan temsil kabul edilmemiş olsa da dolaylı temsilin hayatın genel akışı gereği icap etmesi; ayrıca *stipulatio* akdi şekle sıkı sıkıya bağlı ve şahsen yapılabilen bir akit olsa da Roma aile yapısı sebebiyle, hukuki işlemde doğan borcun temsil edilen hak ehliyeti olmayan küçük veya kadının hesabına değil *pater familias* hesabına doğması gerçekleri gereği, *stipulatio* akdinde temsilin sonuçları itibariyle *patria potestas* egemenliği çerçevesinde geçerli olduğu görülmektedir<sup>161</sup>.

### 1.3.3.3. Üçüncü kişilerin taraf olması

*Stipulatio* akdine üçüncü kişiler lehlerine veya aleyhlerine olacak şekilde dâhil edilemezlerdi. Bu konuda rızalarının olup olmamasının da bir önemi yoktu. Nitekim bir kimse hakimiyeti altında bulunduğu kimseden başka birisi hesabına *stipulatio* yaparsa muamelesi batıl olurdu<sup>162</sup>. Kural olarak üçüncü kişilerin rızalarıyla *stipulatio* akdine dâhil olmak suretiyle temsil edilmelerine veya lehlerine bir kazanım elde etmelerine dahi imkân bulunmamaktaydı<sup>163</sup>. Nasıl ki temsil *stipulatio*' da mümkün değil iken bazı

<sup>159</sup> Tahiroğlu ve Erdoğan (2001a), s.157.

<sup>160</sup> Berki (2007), s.402.

<sup>161</sup> *Stipulatio* ehliyeti konusunu daha detaylı “*Stipulatio*' nun Geçersizliği” başlığı altında inceleyeceğiz.

<sup>162</sup> Justinianus (1968), s.252,253.

<sup>163</sup> Koschaker ve Ayiter (1977), s.214.

durumlar sonuçları itibariyle temsile benzemekte ise aynı şekilde bazı istisnalar *stipulatio* akdinin üçüncü kişileri etkilemesine sebep olabilmekte böylece üçüncü kişi lehine kazanım ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt söz konusu olabilmekteydi. Klâsik hukuk döneminde *stipulatio* ile ölümden sonrasının vade olarak kararlaştırılmaması sebebiyle<sup>164</sup> bu istisnalar oldukça kısıtlı iken *Iustinianus* döneminde özellikle *stipulatio*'nun kişinin ölümünden sonra da borç doğurmasıyla mirasçılar üzerinde kendisini belirgin şekilde göstermiştir.

#### 1.3.3.3.1. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt

*Stipulatio* akdi ile başkası aleyhine taahhüt başka bir ifadeyle gayrın fiilini taahhüt geçerli bir borç doğurmazdı<sup>165</sup>. Böyle bir *stipulatio* taahhüt edeni bağlamayacağı gibi fiili taahhüt edileni de bağlamaz. Bununla beraber üçüncü kişinin fiilinin yapılması için elinden geleni yapacağına dair yapılan bir *facere stipulatio*' su geçerli sonuç doğurur. Çünkü burada edimin konusu üçüncü kişinin fiili değil bu fiilin gerçekleşmesi için *promissor*'un *facere* edimi altına girmesidir. Ayrıca üçüncü kişinin bir fiili yapmaması durumunda cezai şart ödeneceğine dair yapılan *stipulatio poenae* geçerlidir<sup>166</sup>. Burada cezai şart ödemeyi yüklenen *promissor*' dur, yoksa üçüncü kişinin bir fiil yapma yükümlülüğü altına girmediğini görmekteyiz.

*Stipulatio* ile üçüncü kişinin fiilini taahhüdün mümkün olduğu istisnâi durum ise mirasçılarının fiilini taahhüttür. Bu klâsik dönemde genel kural olarak mümkün değil iken fiilen uygulanmıştır. *Iustinianus* döneminde ise kanunlaşarak meşru hale gelmiştir<sup>167</sup>. Diğer bir istisna da davada temsil edilen tarafın, vekilinin kendisi adına mahkemede yaptığı işleri onaylayacağına dair vekil tarafından mahkemede verilen *praetor stipulatio*'sunda (*stipulatio rem ratam haberi*) görülmektedir<sup>168</sup>. Bu çeşit *stipulatio*' da vekil, müvekkil' in adına yaptığı işlerin *müvekkil* tarafından kabul edileceğini (*cautio ratam rem dominum habiturum*) *promissor* olarak taahhüt ederdi<sup>169</sup>. Bu *stipulatio*' da da

<sup>164</sup>Roby (2000b), s.16.

<sup>165</sup>Iustinianus (1968), s.258,259.

<sup>166</sup>Iustinianus (1968), s.259; Berki (2007), s.402.

<sup>167</sup>Mirasçılarının fiilini taahhüt ve onlar lehine şartı tezimizizin “Mirasçılar lehine şart ve mirasçılarının fiilini taahhüt” başlığı altında ve “Ölüm Zamanının Vade Olarak Kararlaştırılması Sebebiyle Geçersizlik” başlığı altında inceleyeceğiz.

<sup>168</sup>Sayın (2008), s.67,68.

<sup>169</sup>Roby (2000b), s.383; Harvey (1996), s.31; Lee (1956), s.303.

vekilin temsil ettiği kişinin fiilini taahhüt ettiği görülmektedir. Ayrıca kayyımın dava sırasında temsil ettiği kişi adına verdiği bazı teminatların da -mesela aynı konuda tekrar dava açılmayacağını taahhüt gibi- (*cautio amplius non agi*) üçüncü kişinin fiilini taahhüdü içerdiği görülmektedir<sup>170</sup>.

### 1.3.3.3.2. Üçüncü kişi lehine taahhüt

Roma Hukukunda temsilin geçerli olmadığı akitler için üçüncü kişi lehine taahhüt hukuki kurumu kabul edilmemişti<sup>171</sup>. Bu itibarla arada temsil ilişkisi söz konusu olamayacağı için *stipulatio*' nun üçüncü kişi için onun lehine alacak hakkı tesis etmek için kullanılması Roma Hukukuna göre borç doğurmazdı. Çünkü üçüncü kişi bu akde iştirak etmiş değildir, kaldı ki *stipulatio* akdinde temsil kullanılamaz<sup>172</sup>.

Temsil kurumuna izin veren akitlerle ve yalnız belirli hallerde Roma hukukunda başkası lehine şart kararlaştırılabilirdi<sup>173</sup>. *Stipulatio* ise temsile izin vermediği için başkası lehine şart geçerli olmazdı<sup>174</sup>. Bunun bazı istisnalarından söz edilebilir. *Patria Potestas* altındakilerin *pater familias*' ları lehlerine yaptıkları *stipulatio*' lar; başkası lehine şartın Roma *stipulatio*' sunda en bariz örneğidir. Aslında burada temsil yoktur fakat aile evladının hak ehliyeti olmadığı için *stipulatio* ile kazandıkları *Pater Familias*' ın mülkiyetine geçmektedir. Ayrıca *stipulatio* ile başkası lehine şartın geçerli olabileceği iki istisnai durum söz konusudur. Bunlardan birincisi *stipulatio* ile başkası lehine şartın taahhüt ettirilmesi, ve bu edim yerine getirilmediği takdirde bir cezai şartın *stipulatio poenae* ile kararlaştırılması durumunda söz konusudur. Bu durumda başkası lehine şart yerine getirilmediği takdirde *stipulatio poenae* ile kararlaştırılan cezai şart borçludan istenebilir. Fakat bunu kendisi lehine şart koşulan değil *stipulatio* yapan isteyebilecektir<sup>175</sup>. *Stipulatio* ile kararlaştırılan cezai şartın hem üçüncü kişinin fiilini taahhüt için hem de üçüncü kişi lehine taahhüt için kullanılabilirdiği görülmektedir.

<sup>170</sup>Roby (2000b), s.383; Bkz. *Stipulatio Amplius Non Peti*.

<sup>171</sup>Tahiroğlu (2000), s.111; Berki (2007), s.402,403 ; Üçüncü kişi lehine yapılan vaadler, kişi yetkili temsilci olmasa bile (E.B.K. m.111/B.K. m.129) uyarınca hukuki sonuç doğurmaktadır.

<sup>172</sup>Berki (2007), s.402.

<sup>173</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.214, 215.

<sup>174</sup>Berki (2007), s.402,403.

<sup>175</sup>*Stipulatio* akdi taahhüt ettirenin menfaati göz önüne alınıp taahhüt ettirdiği şeyi bizzat elde etmesi için tasavvur edilmiş bir akittir. Böyle olduğu için başkası lehine *stipulatio* ile taahhüt geçersizdir; bununla beraber taahhüte *stipulatio* içinde bir ceza eklenirse «*Titius*' a 100 vermez isen bana 10 vermeyi taahhüt ediyor musun?» gibi, cezai şartın geçerliliği için taahhüt ettirenin menfaatine değil , ceza miktarına ve şartına bakılır. Bu sebeple böyle bir cezai şart geçerli olur. Bkz. *Ius. Ins. 3, 19, 19*.



*Stipulatio* ile başkası lehine şartın ikinci istisnası müşterek vasilerin ; vesayet altındaki mallarını onlara hâlel getirmemek şartı ile diğer müşterek vasiye devretmeleri durumunda söz konusudur<sup>176</sup>. Burada *stipulatio* vesayet altındaki lehine yapılmakla beraber vasilerinde müteselsil sorumluluktan kurtulmak gibi menfaatleri vardır<sup>177</sup>. Bu iki *stipulatio* istisnasında doğrudan olmasa da dolaylı olarak muameleye taraf olmayan üçüncü kişi yararına olduğu görülmektedir.

#### 1.3.3.3.3. Mirasçılar lehine şart ve mirasçılar fiilini taahhüt

Kişinin *stipulatio* yoluyla doğrudan mirasçılar lehine kazanımda bulunması ve doğrudan mirasçılar fiilini taahhüt etmesi klâsik hukukta geçerli bir yol olarak görülmemiştir<sup>178</sup>. Aynı dönemde ölüm anının vade olarak kararlaştırıldığı *stipulatio*'ların kişinin hayatının son anına denk gelmesi itibariyle geçerli olması<sup>179</sup>, fiilen mirasçılar lehine şart ve ve mirasçılar fiillerini taahhüt kurumlarının işletilmesi demektir<sup>180</sup>. *Iustinianus* döneminde ise 531 yılında çıkarılan bir *constitutiones*<sup>181</sup> ile bir şahsın hiç bir aracıya lüzum olmaksızın mirasçılar lehine şart koşabileceği kabul edildi<sup>182</sup>. Aynı şekilde bu dönemde *stipulatio* yoluyla mirasçılar fiilini taahhüt de mümkün hale geldi<sup>183</sup>. *Iustinianus* döneminde kişinin *stipulatio* yoluyla mirasçısını borçlandırmasının kefalet yoluyla dahi mümkün hale geldiği görülmektedir. Nitekim *Iustinianus Institutiones*'inde "*Fideiussor non tantum ipse obligatur sed etiam heredem obligatum relinquit.* (Kefil yalnız kendisi borçlanmakla kalmaz, mirasçısını da borçlandırmış olur.)" hükmü bulunmaktadır<sup>184</sup>.

<sup>176</sup>Iustinianus (1968), s.258,259.

<sup>177</sup>Berki (2007), s.402.

<sup>178</sup>Gaius (1953), s.16,17,18,19.

<sup>179</sup>Gaius (1953), s.16,17,18,19.

<sup>180</sup>H. J. Roby (2000a). *Roman private law in the times of cicero and of the antonines Volume 1*. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd, s.325; Berki (2007), s.403.

<sup>181</sup>Constitutiones imparator emirnamesidir.

<sup>182</sup>Iustinianus (1968), s.256,257.

<sup>183</sup>Mirasçılar lehine şart ve mirasçılar fiilini taahhüt ile ilgili Tz.' de bkz. "Ölüm Zamanının Vade Olarak Kararlaştırılması Sebebiyle Geçersizlik"; "Stipulatio Cum Moriar".

<sup>184</sup>Iustinianus (1968), s.260,261.

#### 1.3.3.3.4. Üçüncü kişiye ifanın temini

*Stipulatio* ile üçüncü kişi lehine kazanımlar, üçüncü kişinin rızası ile dahi mümkün değilken; *stipulatio* konusu borcun belirli sözcük kalıpları kullanılarak üçüncü kişiye ödenmesinin sağlanması mümkündür. Bu ödeme üçüncü kişi lehine kazanım değil bilakis üçüncü kişiyi vekalet borcu altına sokan bir uygulamaydı. Bu durumda *promissor*' un borcu *stipulator*' a karşı doğar fakat ifa üçüncü kişiye yapılabilirdi. Üçüncü kişiye yapılan ifa ile *promissor* borcundan kurtulmuş sayılırdı. Bu çeşit bir *stipulatio*' nun lehine ifade bulunulan üçüncü kişi ile *stipulator* arasında vekalet ilişkisi tesis ettiği görülmektedir. «Bana veya *Titius*' a 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?» şeklinde yapılan *stipulatio* buna örnektir. Böyle bir *stipulatio* geçerli olarak kurulur ve *promissor* ifayı *stipulator*' a veya *Titius*' a ödemekle borcundan kurtulur<sup>185</sup>. *Titius*' a ifa yapılırsa, *Titius* ifayı *stipulator*' a devretmezse aleyhine *actio mandati* (vekalet davası) açılabilir<sup>186</sup>. Fakat «Bana ve *Titius*' a 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?» diye *stipulatio* yapılırsa burada *Titius* için yapılan *stipulatio* geçerli olmaz<sup>187</sup>. Borcun konusunun yarısını *promissor stipulator*' a vermekle borçlanır<sup>188</sup>. Diğer yarısı *Titius* için düşünüldüğü için geçersiz olur<sup>189</sup>. Böyle bir *stipulatio* akdinde *stipulator*' un alacağın şarta bağlanmasa, fakat *Titius*' un alacağı şarta bağlansa akit geçerli olur<sup>190</sup>. Fakat tersi söz konusu olur da *stipulator*' un alacağı şarta bağlanıp *Titius*' un alacağı şarta bağlanmasa akit geçersiz olur<sup>191</sup>. Kullanılan ve, veya kalıbının geçerlilik açısından böyle önemli sonuçları olduğu görülmektedir. Bu konuda *Iustinianus Institutiones*' inde bir metin bulunmaktadır:

#### **Ius. Ins. 3.19.4**

*“Si quis alii quam cuius iuri subiectus sit stipuletur, nihil agit. plane solutio etiam in extranei personam conferri potest (veluti si quis ita stipuletur MIHI*

<sup>185</sup>Lee (1956), s.356; Cracknell ve Wilson (1990), s.109.

<sup>186</sup>Cracknell ve Wilson (1990), s.109.

<sup>187</sup>Roby (2000b), s.15.

<sup>188</sup>Roby (2000b), s.15.

<sup>189</sup>Bir kimsenin kısmen kendisi ve kısmen hâkimiyeti altında bulunmadığı üçüncü kişi için yaptığı *stipulatio*' un hükmünde *Sabinianus*' lar ve *Proculianus*' lar arasında ihtilaf vardır. *Sabinianus*' lar üçüncü şahıs hiç mevcut değilmiş gibi borcun tamamı *stipulatio*' yu yapmış olan kimseye ait olur diye hükmetmişlerdir. *Proculianus*' lar ise *stipulatio*' yu yarısı nisbetinde geçerli kabul ediyorlardı. *Iustinianus* bu görüşü kabul etti. Bkz. Di Marzo (1959), s.404,405.

<sup>190</sup>Roby (2000b), s.15.

<sup>191</sup>Roby (2000b), s.15.

*AUT SEIO DARE SPONDES?), ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Seio etiam invito eo recte possit, ut liberatio ipso iure contingat, sed ille adversus Seium habeat mandati actionem. quodsi quis sibi et alii, cuius iuri subiectus non sit, decem dari aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio: sed utrum totum debetur quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est: sed placet, non plus quam partem dimidiam ei adquiri.“*

“Eğer bir kimse, hakimiyeti altında bulunduğu kimseden başka birisi hesabına *stipulatio* yaparsa, muamelesi batıldır. Bununla beraber, ifanın başka bir kimseye yapılabilmesini temin etmek mümkün olduğuna şüphe yoktur, ezcümle (mesela) bir kimse şöyle bir *stipulatio* yapsa: «bana veya *Seius*’ a vermeği taahhüt ediyor musun?» bu suretle alacak hakkını, sadece *stipulator* iktisap eder, fakat *Seius*’ a ifade bulunmak, bu sonuncunun rızası hilafına bile olsa geçerli olur ve borçtan *ipso iure* kurtarır; ancak *stipulator*, *Seius*’a karşı *actio mandati* açabilir. Eğer bir kimse kendisine ve hakimiyeti altında bulunmadığı başka birisine on altın verilmesini vaad ettirse, *stipulatio* geçerli olacaktır: yalnız, *stipulatio*’ da zikredilen miktarın tamamı kadarmı yoksa yarısı kadar mı borçlanıldığı hususunda tereddüt edilmiştir: yarısından fazlası için borçlanılmadığı kabul edildi. “

#### 1.4. Stipulatio’ da İrade Beyanı

*Stipulatio*’ nun kurulması için *stipulator*’un sorusu icabın hemen her özelliğini taşımaktadır. *Promissor*’un cevabı ise kabul beyanıdır. Bu itibarla *Stipulatio* öneri ve kabulden hukuki hayat bulan, oluşması için başka hiç bir taahhüt ya da tasarruf muamelesine ihtiyacı olmayan bir akittir. Fakat *Stipulatio* sözlü bir akit olduğu için *stipulator*’ un sorusunda buna karşılık *promissor*’un cevabında; belirli sözlerin söylenme sureti ve mecburiyeti vardır. Bu sözlerin söylenme şekline riayetsizlik *stipulatio*’nun batıl olmasına sebep olur<sup>192</sup>. *Stipulatio* akdinde irade beyanlarının zimmi olarak yapılma imkânı yoktur<sup>193</sup>. Soru ve cevabın açık net ve anlaşılır olması

<sup>192</sup>Bu konuda detaylı açıklama “Stipulatio’ nun Geçersizliği” ve “Hukuki İşlemlerde Genel Olarak Şekil ve Stipulatio’ nun Şekli” başlıkları altında yapılacaktır.

<sup>193</sup>Bkz. Stipulatio Tacita.

gerekmektedir. Şu halde *stipulatio* için tarafların şekle bağlı olarak beyan ettikleri iradelerini öneri ve kabul olarak değerlendirilmesi isabetli olur<sup>194</sup>. Bununla beraber *stipulatio* akdindeki icabın ve kabulün ivaz yönünden farklı olduğu düşünülebilir. Çünkü *stipulatio* akdinde *stipulator* karşı tarafa ivaz taahhüdünde bulunmaksızın ivaz talep eder. Bu itibarla *stipulator*' un icabı ile bağlılığı pratik olarak önem ifade etmemekte; önerinin mahiyetinde ise öneriyi yapana yüklenen herhangi bir borç bulunmamaktadır.

İcab sahibi kural olarak icabıyla bağlıdır ve icabından geri dönemez. *Stipulatio* ise tek taraflı bir akittir bu sebeple *stipulator* bir borç altına girmez<sup>195</sup>. Bununla beraber akdin kurulması, hüküm ve sonuç doğurması açısından *stipulator* , *promissor*' un vereceği cevap ile bağlıdır meğer ki *promissor*' un cevabı derhal veya icabın iç muhtevasına tam uygun olmasın. Bununla beraber cevabın icaba uygunluğu açısından, tarafların irade beyanlarından yorum yoluyla dahi *consensus*' un varlığı çıkarılabiliyorsa, *stipulatio* kurulmuş olurdu<sup>196</sup>. Mesela “köle *Leonidas*' ı vermeyi taahhüd ediyor musun?” sorusuna karşılık *promissor* “*Leonidas* veya *Stichus*' u vermeyi taahhüd ediyorum” diye cevap verse *stipulatio* geçerli olarak kurulur ve *promissor* köle *Leonidas*' ı verme borcu altına girerdi. Buna binaen *stipulator*' un sorusunda köle *Stichus*' un isminin geçmediği halde *promissor*' un cevabında ayrıca *Stichus*' un ismini zikretmesi durumunda iki farklı *stipulatio* akdinden söz ederiz. Birincisi *Leonidas*' ın verilmesine ilişkin *stipulatio*' dur ve geçerlidir; diğeri ise *Stichus*' un verilmesine dair *stipulatio*' dur bu ise geçersizdir<sup>197</sup>. Bu durumda parça borcu söz konusu olduğu için *Consensus*' un köle *Leonidas* açısından oluştuğunu söylenebilir. Şu halde geçersiz olarak kurulan *stipulatio*; geçerli olarak kurulan *stipulatio*' yu etkilemez<sup>198</sup>.

*Stipulator*, alacaklı olması ve bir borç altına girmeksizin ivazı talep eden olması gözetildiğinde icapla bağlılığı ancak akdin kurulması açısından vardır. Çünkü *promissor*' un soruya uygun cevabıyla *stipulatio* akdi kurulmuş olup derhal hüküm ve sonuç doğurmaya başlar. Şayet *stipulator*' un sorusuna karşılık *promissor* derhal cevap vermezse *stipulatio* akdi kurulmaz<sup>199</sup>. Nitekim B.K. ‘da da benzer bir hüküm kabul

<sup>194</sup>Tahiroğlu (2000), s.108.; Umur (2010), s.349.; *Stipulatio tacita* zimmi olarak yapılmış bir *stipulatio* çeşididir *Iustinianus* döneminde *dos*' un iadesinin yapılacağına dair yapılmış kabul edilen *stipulatio*' lar buna örnektir.

<sup>195</sup>B. Tahiroğlu ve B. Erdoğan (2001b). *Roma hukuku meseleleri*. Der Yayınları, s.201.

<sup>196</sup>Çakıroğlu (2010), s.24.

<sup>197</sup>Di Marzo (1959), s.423.

<sup>198</sup>Tahiroğlu (2000), s.111.

<sup>199</sup>Oğuzoğlu (1956), s.224.

edilmiştir. Mucip; icabı hemen kabul edilmediği takdirde icapla bağlılığından kurtulur<sup>200</sup>. Ayrıca B.K.'ya göre icapla bağlılık süresi tayin edilebildiği halde; *stipulatio* akdinin derhal cevaplanması akdin kurulması için şarttır.

Bir akdin kurulabilmesi için sözleşmenin tüm esaslı unsurları üzerinde anlaşılması gerekmektedir. Mesela satım sözleşmesinde fiyat belirtilmeden satım akdi yapılması imkânı bulunmamaktadır. Bu itibarla icabın da sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını içinde barındıran nitelikte olması gerekmektedir. Fakat *stipulatio* akdi her çeşit borcu konu alabildiği<sup>201</sup> ve tek taraflı olduğu için *stipulatio* akdi için sözleşmenin esaslı unsuru kavramını daha farklı nitelendirmek yerinde olur. Bu özellikle *facere* borçları açısından böyledir. *Dare* borçlarında ise verilecek şey ve miktarı sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturur. Ancak *facere* borçları ekseriyetle konusu belirsiz borçlardır. Mesela Roma' dan Kartaca' ya gitmek taahhüdünde bulunan *Titius*' un edimi veya Annesine gül verme taahhüdünde bulunan kimsenin edimi gibi. *Facere* borçlarında *stipulatio* ile tarafların belirledikleri edimin bizatihi kendisi sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmaktadır.

### 1.5. Roma Hukukunda Borç Kavramı

Taraflar arasında borç ilişkisi kuran hukuki olaylar borçların kaynağını oluşturur<sup>202</sup>. Romalılar ise bunu *Causae Obligationum* (borçların sebepleri) olarak adlandırmışlardır<sup>203</sup>. Roma Hukukunda farklı dönemlerde borçların kaynağının hukuken tespit edilmesi için çeşitli tasnifler yapılmıştır. Eski dönemlerde borcun kaynağı sözleşme veya haksız fiil olarak kabul ediliyordu. Nitekim bu konuda en eski bir tasnif

<sup>200</sup> Akıncı (2011), s.70.

<sup>201</sup> *Stipulatio* her tür borcu konu alabilen tek tarafa borç yükleyen bir dar hukuk akdiydi sadece soruyu soran borç altına girerdi. Bu sebeple *stipulatio* akdinden doğan davalar *stricti iuris* tiler. *Stipulatio* her türlü borcu konu alabilmesini her dönem koruduğu gibi tek taraflılık ve dar hukuk akdi olma özelliğini de her dönemde korumuştur. *Stipulatio*' nun her borcu konu almasının tek istisnası ilk dönemlerde *facere* edimlerinin *stipulatio*' ya konu olamamasıdır. Bkz. Koschaker ve Ayiter (1977), s.213; Rado (2006), s.94

<sup>202</sup> Alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda olduğu edime borç denir. Diğer bir ifadeyle alacaklıya borçludan belli bir davranışı yerine getirmesini ya da belirli bir davranıştan kaçınmasını isteme yetkisi veren, borçluya da alacaklının talebi doğrultusunda davranma sorumluluğu yükleyen hukuki ilişkiye borç adı verilir. Borçlunun borcunun konusuna edim adı verilir. Edim ise borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır. Borçlar taraflar arasında birbirlerinden bir edimi isteme ve istenilen edimi yerine getirme ilişkisi kurarlar. Bu ilişkiye de genel olarak borç ilişkisi denmektedir. Başka bir ifadeyle borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasında bir veya daha çok alacak hakkı ile asli ve tali edim yükümlülüklerini de içeren bir hukuki ilişkidir.

<sup>203</sup> Yavuz (2008), s.7.

çeşidi olarak *Gaius*'un *Institutiones*'inin borçlar kısmında ki metni şu şekildedir: “*Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*”<sup>204</sup> “Her borç bir akitten veya bir haksız fiilden doğar.”<sup>205</sup>

*Institutiones*' in bu tasnifine göre borçlar ancak akitten ve haksız fiilden doğmaktadır. Borçların doğumu açısından bu tasnif; kişiler arasında ki borçların sebeplerinin tamamını kapsayacak derecede yeterli görülmediği için daha sonra Romalı hukukçular borçların sebebi olarak *variae causarum figurae* (çeşitli diğer sebepler) isminde yeni bir borç sebebi ihdas etme yoluna gitmişlerdir. Nitekim *digesta* metninde “*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam lure ex varis causarum figuris*” “Borçlar ya bir akitten, ya bir haksız fiilden veyahut da diğer çeşitli sebeplerden doğarlar”<sup>206</sup> ibaresi vardır. *Digesta*' da bulunan bu metinde bulunan “*variae causarum figurae*” olarak ifade edilen borç kaynağının *interpolatio* ile değiştirilip sonradan eklenmiş olma ihtimali de vardır<sup>207</sup>.

*Iustinianus*' un *Institutiones*' inde dördü ve bugün hala borçlar hukuku teorilerine esas teşkil eden bir ayırım görmekteyiz. Bu ayırma göre borçların kaynakları akitler, haksız fiiller, akit benzerleri, haksız fiil benzerleri olmak üzere dört sınıftır. Böylece *Iustinianus* döneminde borçların kaynaklarına ilişkin sınıflandırma daha da netleşmiş oldu.

### **Ius. Ins. 3.13.2**

“*Sequens divisio in quattuor species diducitur, aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.*”

“Aşağıdaki tasnif bunları dört nev'e ayırır: ya akitten, ya akit benzerinden, ya haksız fiilden, veyahut haksız fiil benzerinden doğarlar”<sup>208</sup>

<sup>204</sup>E. Descheemaeker (2009). *The division of wrongs a historical comparative study*. New York: Oxford University Press Inc, s.58.

<sup>205</sup>Gaius (1953), s.8,9.

<sup>206</sup>Rado (2006), s.56.

<sup>207</sup>Rado (2006), s.56.

<sup>208</sup>Roma Hukukunda borçların kaynakları hakkında ulaşılan son hüküm bu olmakla beraber bugün bu anlayış bir derece değişmiştir. B.K' ya göre borçlar sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğmaktadır. Birçok yazar borçların kaynakları açısından bu ayrımı yetersiz görmüş ve yeni teoriler ortaya atmışlardır. Bizim kanaatimizce de borçların ayırımına dair yapılan bu tasnifler yetersiz ve eksik kalmaktadır.

Roma Hukukunda borçların temel bir ayrım olarak; *dare* (verme borcu), *facere* (yapma borcu) olarak sınıflandırıldıklarını görürüz. *Dare* borçları bir şeyin alacaklıya verilmesi borcu altına girilmesi durumunda söz konusu olur. *Dare* borcunun konusu herhangi bir aynî hakkın karşı tarafa verilmesinden ibarettir. Sınırlı aynî haklar da *dare* borcunun konusuna dâhildirler, yeter ki *ius civile* bu sınırlı aynî hakkı tanımış olsun<sup>209</sup>. Bu itibarla *dare* borcunun kapsamına sadece eşyalar değil, haklar da girmektedir. Aynı şekilde *dare* borcunun konusunu her çeşit eşya oluşturabilmektedir. Bu sebeple *dare* borcunun kapsamı tayin edilirken misli gayri misli eşya ayrımı gibi önemli ayrımlar gözletilmemektedir. Fakat genellikle *dare* borcu ile kastedilen mülkiyetin veya zilyetliğin nakil borcundan ibarettir. Bu mülkiyet *ius civile* veya *in bonis habere* şeklindeki *praetor* mülkiyeti olabilir. Bununla beraber zilyetliğin değil de *detentio* nakillerinin söz konusu olduğu durumlarda *dare* borcundan bahsedilmez<sup>210</sup>. Bu sebeple kullanım ödünçü akdinde malın ödünç alana teslimi veya kira akdinde malın kiracıya teslimi *dare* borcu sayılmaz.

Roma Hukukunda *dare* borçlarının genellikle *stipulatio in dando*’ dan (verme borcu doğuran *stipulatio*) doğduğunu göstermekteyiz. Ayrıca *dotis dictio* (*dos* vaadi), *legato per damnationem* (muayyen val vasiyeti) , *condictio indebiti* (sebepsiz zenginleşme), gibi hukuki ilişkiler de *dare* borcunun doğmasına sebep olurlar<sup>211</sup>.

Diğer bir borç tipi ise *facere* borcudur. Bu terim alacaklının yararına olan her türlü işin yerine getirilmesini kapsayan, genel bir davranışı ifade etmektedir<sup>212</sup>. Muhteva açısından *facere* borcu *dare* borcuna kıyasla çok daha geniştir. Aynı zamanda *dare* borcu olarak kabul edilmeyen her borç, gerekirse *facere* borcu olarak kabul edilebilir<sup>213</sup>. Yukarda bahsetmiş olduğumuz *detentio* nakilleri de bu kabildendir. Bu ayrım borcun muhtevası açısından da yapılabilir. Kural olarak borcun muhtevasının belirsiz olduğu durumlarda *facere* borcu söz konusu olur<sup>214</sup>.

<sup>209</sup>Tahiroğlu (2000), s.21; Rado (2006), s.22.

<sup>210</sup>Rado (2006), s.22.

<sup>211</sup>H. Zelelioğlu (1981). Roma Hukuku' ndaki sorumluluk ölçütlerine genel bir bakış. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 39(1), s.251.

<sup>212</sup>Tahiroğlu (2000), s.21.

<sup>213</sup>Rado (2006), s.22.

<sup>214</sup>A. Gaius (1920). *A systematic and historical exposition of Roman law in the order of a code*. London: Colston And Coy. Limited, s.453 ; *Stipulatio* akdiyle kurulan borç her türlü konuya ait olabilirdi. Akit ile yüklenilen edim *dare* veya *facere* borcu olabilirdi. Örneğin *stipulatio* ile bir tüketim ödünçünün iadesi iadesi, semenin tediyesi, cihaz verme, tüketim ödünçü verme, hibe, kefalet veya istisna taahhüdü mümkündü. Böylece *stipulatio* her türlü hukuki amaca hizmet eden, konu çerçevesi çok geniş olan bir hukuki akitti. Bkz. Gürten (2007), s.61.



*Facere* borcunun konusu olumlu edimler olabileceği gibi olumsuz edimler de olabilir. Bu sebeple bir şeyi yapmak borcu *facere* borcu olduğu gibi bir şeyi yapmamak borcu da *facere* borcu kapsamındadır. Yapmama edimi içeren bu tarz borçlara *non facere* borçları denmektedir<sup>215</sup>. Bu durumda borçlu hukuken yapmaya yetkili olduğu bir davranışı yapmamayı taahhüt etmiştir ya da alacaklının bir davranışına katlanma yükümlülüğü altına girmiştir. İnşaatı yükseltmemek, bir yerden geçmemek veya kiracının kiraladığı malı kiracısının kullanmasına izin vermesi de bir katlanma edimi dolayısıyla *facere* borcudur. Bazı Roma hukukçuları *dare* borcu konusuna giren edimleri dahi teorik olarak *facere* borcu kapsamında değerlendirmektedirler<sup>216</sup>.

Verme borcunun konusu olan edim özel vasıflarına göre yeter derecede belirlenmiş bir şey ise parça borcundan, borcun konusu ferden değil de sadece cinsi belirtilmek suretiyle miktar olarak tayin edilmiş ise cins borcundan söz edilir<sup>217</sup>. Parça borçları tarafların borcun konusu hakkında iradelerinin uyuşmasıyla veya seçimlik borçlarda seçimlik yetkisi olan kişinin iradesiyle ortaya çıkar. Cins borçlarında ise borç konusu olan eşya henüz ferden tayin edilmemiştir. Mesela *dare* borcunun konusu; *Titius* isimli köle ise parça borcu, herhangi bir köle ise cins borcu söz konusu olur.

Misli mallar ticari örfü göre ölçü, tartı ve adet ile ölçülüp tayin edilen ve böylece hukuki muamelelere konu olan mallardır: Buğday, kumaş, çimento gibi<sup>218</sup>. Gayrimisli mallar ise ticari teamüllere ve hayatın akışına göre ferden tayin edilmesi gereken eşyadır: Arsa, taşıt gibi<sup>219</sup>. Parça borcu, cins borcu ayrımı tarafların iradelerine bakan bir ayrım iken misli gayri misli mal ayrımı ticari teamüllerden kaynaklanan bir ayrımdır.

Parça borçlarının konusu genellikle gayri misli mallardır fakat misli mallarda ferden tayin edildikleri zaman parça borcuna konu olabilirler. Aynı şekilde cins borcunun konusu ise genellikle misli mallardır bununla beraber, gayri misli mallar da cins borcuna konu olabilirler. Mesela satım konusu 100 kilo pirinç ise misli bir mal söz konusudur. Bu 100 kilo pirinç taraflarca çuvallara konulmak suretiyle belirli hale getirilirse parça borcu söz konusu olur. Aynı şekilde bir köle gayrimisli mal olduğu halde ferden tayin edilmeden 5 erkek köle satımı durumunda cins borcu söz konusudur.

<sup>215</sup>Akıncı (2013), s.4.

<sup>216</sup>Rado (2006), s.22.

<sup>217</sup>K. Oğuzman ve T. Öz (2000). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi s.6.

<sup>218</sup>Umur (2010), s.299.

<sup>219</sup>Umur (2010), s.299.



Borçların parça borcu veya cins borcu olmalarını tespit etmek, Roma Hukuku'nun kusursuz imkânsızlık veya hasarın intikali gibi farklı neticelere hükmettiği durumlarda büyük önem kazanmaktadır<sup>220</sup>.

### 1.5.1. Stipulatio' da edim

*Stipulatio* akdi ile kurulan borç ilişkisinde arzu edilen her borç ,hem *dare* borçları hem de *facere* borçları, borcun konusu olabiliyordu<sup>221</sup>. Çünkü *stipulatio* akdi her türlü borcun geçerli bir şekilde doğmasına izin veren bir akit türüydü<sup>222</sup>. Fakat ilk dönemlerde *stipulatio* ile yüklenilen borç *facere* borcu olamazdı<sup>223</sup>. Bu eski dönemlerde *stipulatio* ile vaad edilenin para olması lazımdı<sup>224</sup>. *Stipulatio*' nun geniş uygulama alanı bulan bir akit olması ve hayatın olağan akışı içerisinde birçok *facere* borcunun bulunması; *stipulatio* akdinde *facere* borcunun da öncelikle parayla beraber bir para vaaadinin olumsuz şartı olarak<sup>225</sup> mesela «Yapmazsam 100 vermeyi taahhüt ediyorum» şeklinde, daha sonra da kendi başına taahhüt edilebilmesine yol açmıştır<sup>226</sup>.

Roma hukukunda hemen her borç doğurucu akitten doğan edimler, ayrı bir *stipulatio* yapılarak da karşı taraf borç altına sokulabiliyordu. Bu edimlerin konusunun *dare* veya *facere* borcu olmasının *stipulatio* üzerindeki tesiri kendisini özellikle Roma usul hukukunda göstermekteydi. Edimin konusunun belirli veya belirsiz olmasına göre kullanılan *actio*' lar ve *formula*' lar değişmekteydi. Genellikle *dare* edimlerinin konusunu belirlenebilir nitelikte iken *facere* borçları nitelikleri itibariyle belirlenemeyen borçlardandı<sup>227</sup>.

### 1.5.2. Stipulatio açısından parça ve cins borcu

*Stipulatio* akdinin konusu parça borcu olabileceği gibi cins borcu da olabiliyordu. Aynı şekilde akdin konusunun gayri misli mal olmasıyla misli mal olması arasında da

<sup>220</sup> Akıncı (2010a), s.31,32.

<sup>221</sup> Koschaker ve Ayiter (1977), s.213; Akıncı (2013), s. 17.

<sup>222</sup> Tahiroğlu (2000), s.110.

<sup>223</sup> Koschaker ve Ayiter (1977), s.212.

<sup>224</sup> Koschaker ve Ayiter (1977), s.212.

<sup>225</sup> Koschaker ve Ayiter (1977), s.212.

<sup>226</sup> Koschaker ve Ayiter (1977), s.212.

<sup>227</sup> Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Tz. bş. “*Stipulatio* Çeşitleri”

bir fark yoktu. Bununla beraber borcun konusunun para veya paradan başka bir şey – misli olsun gayri misli olsun fark etmez- olmasına göre ya da *dare* veya *facere* olmasına göre borcun konusunun belirliliği açısından farklı *actio*’ lar ve farklı *formula*’ lar kullanılmaktaydı<sup>228</sup>.

### 1.5.3. Stipulatio açısından seçimlik borçlar

*Stipulatio* konusu her türlü borç olabilen<sup>229</sup> bir akit olduğu için *stipulatio* ile seçimlik borçlarda tesis edilebilirdi<sup>230</sup>. Seçimlik borcun *stipulatio* ile kurulabilmesi için borcun konusu olan tüm edimlerin *stipulator* tarafından tek tek belirtilmesi gerekirdi. *Promissor*’ un da kendisine teklif edilen hukuki muamelenin konusu olan seçimlik borçları vaat ettiğinin cevabından açıkca anlaşılması gerekirdi. Mesela *stipulator*’un “Bana 10 koyun veya 2 at vermeyi taahhüt ediyor musun?” sorusuna karşılık *promissor* “10 koyun veya 2 at vermeyi taahhüt ediyorum” diye cevap verse; borçlu için bir seçimlik borç söz konusu olur.

Kural olarak seçimlik yetki borçludur<sup>231</sup>. Mesela «*Stichum aut Pamphilum mihi dari spondes?* (Bana köle *Stichus* veya köle *Pamphilus*’ u vermeyi taahhüt ediyor musun?)» «*Spondeo!* (Taahhüt ediyorum!)» şeklinde bir *stipulatio* yapılırsa adı geçen iki

<sup>228</sup>Rado (2006), s.94,95; Bu konu Tz. “*Stipulatio*’ dan doğan borçlar ve *actio*’ lar” başlığı altında irdelenecektir.

<sup>229</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.213.

<sup>230</sup>Borçlunun yüklediği edim, şayet taraflardan yetkili olanın birden fazla konu arasından seçmesiyle tayin edilebiliyorsa seçimlik bir borçtan bahsedebiliriz. Seçimlik borçlarda, borçlu borcun konusu olarak belirlenmiş iki veya daha fazla edimden birisini ifa etmek suretiyle borcunu ifa eder. Diğerlerini ifa etmesi gerekmez. Seçime yetkili tarafın borcun konusunu seçmesiyle borcun konusu belirli hale gelir. Bu itibarla seçimlik borçlarda iki veya daha fazla edim borçlanılmıştır, fakat ifanın konusunu bunlardan sadece birisi oluşturur. Seçimlik borcun konusu birkaç yapma veya birkaç verme borcu olabileceği gibi bu edimlerin iktisadi değerlerinin de eşit olması gerekmez. Seçim yetkisi kural olarak borçluya aittir. Nitekim E.B.K. m.71’ e göre, borç birden çok şeyin yapılması veya verilmesini kapsayıp, borçlu bunlardan yalnız birini yetine getirmekle yükümlü ise, işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça seçim hakkı borçluya aittir. Fakat seçim hakkının alacaklıya veya üçüncü kişiye ait olacağı akitle kararlaştırılabilir. B.K. m.87’ de de aynı hükmün korunması yoluna gidilmiştir. Nitekim B.K. m. 87’ şu şekildedir: “Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir. Kanaatimizce seçimlik borç müessesesi taraflar arasındaki hukuki ilişkinin konusunun bilinmesi noktasında belirsizlik oluşturması; bu itibarla da imkânsızlık, temerrüd, ifa gibi konularda taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun çözüm getirilmesine uygun olmaması sebebiyle hakkaniyete aykırı neticeler doğuran bir hukuki müessesedir. Bir borç ilişkisinin sağlıklı bir şekilde kurulabilmesi için borcun konusunun taraflarca bilinmesi şarttır. Fakat seçimlik borçlarda bu netlik ortadan kalkmakta borcun ifası, taraflarca öngörülemeyen şekilde bazen borçlu aleyhine bazen alacaklı aleyhine dönebilmektedir. Romalı hukukçular ise edimin seçimlik ve sayı olarak birden fazla olmasını borcun konusunun bilinmesine engel olarak görmemişler, bu konuda taraf iradelerinin uyuşmasını esas alarak seçimlik borç müessesesini kabul etmişlerdir.

<sup>231</sup>Tahiroğlu (2000), s.113.

köleden hangisinin borcun konusunu oluşturacağını borçlunun iradesi tayin ediyordu. Alacaklının seçimlik yetkiye sahip olabilmesi için *stipulatio*' da bunun açıkça belirtilmesi gerekiyordu.<sup>232</sup> «*Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dari spondes?* (Bana köleler *Stichus* veya *Pamphilus* arasında, benim seçeceğimi vermeyi taahhüt ediyor musun?)» «*Spondeo!* (Taahhüt ediyorum!)». Bu şekilde yapılan bir *stipulatio*' da seçimlik yetki alacaklıda olur<sup>233</sup>.

Bir *stipulatio* içerisinde birkaç şey birden bulunursa, vaat eden sadece vermeyi vaat ediyorum dese, hepsi için borçlanmış olur. Mesela «Bana on koyun ve iki at vermeyi taahhüt ediyor musun?» sorusuna olumlu cevap verilmesi halinde seçimlik borç değil iki edimde borcu oluşturması söz konusu olur. Fakat «Bana 10 koyun veya 2 at vermeyi taahhüt ediyor musun?» sorusuna «Taahhüt ediyorum» diye cevap verilse seçimlik bir borç söz konusu olur. Bu durumda borcun konusunu 10 koyun veya 2 at verme edimlerinden birisi oluşturur.

*Promissor*' un, *Stipulator*' un sorduğu soruda ki seçimlik edimlerden sadece bir tanesini cevapta belirtmesi durumunda sadece o belirtilen edim için *stipulatio* kurulmuş olurdu. Mesela *stipulator*' un «Bana 100 As veya 1 köle vermeyi taahhüt ediyor musun» sorusuna karşılık *promissor* «1 köle vermeyi taahhüt ediyorum» diye cevap verse sadece 1 kölenin verilmesine dair olan *stipulatio* kurulmuş olurdu. Cevap metninin soruyu tam karşılar mahiyette olmaması, *stipulatio*' nun geçersizliğine sebep olmazdı. Çünkü böyle bir akitte taraf iradelerinin bu konuda uyuştuguna (*consensus*)

<sup>232</sup>Tahiroğlu (2000), s.113.

<sup>233</sup> Roma Hukukunda da edimlerden birisi, borçlunun kusuru olmadan, yani beklenmedik veya mücbir sebepten imkânsızlaşır, diğer edimlerden birisi kendiliğinden borcun konusunu oluşturur . Hangi seçimlik edimin kullanıldığına dair seçme hakkı muhataba yöneltilmesi gerekli olan tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır . Seçim hakkı borçluda ise borçlun ilk seçtiği edimden vazgeçip vazgeçemeyeceği ihtilaflı bir konu olup kaynaklarda birbirinden farklı ifadeler yer almaktadır . Bazı metinlerde (D.15,5,25 pr.; D. 30,84,9) göre borçlu alacaklıya bildirdiği ilk kararından dönemez. Başka metinlere göre ise (D. 45,1,138,1; D.45,1,2,1) borçlu hakkını edimi ifa etmekle kullanmış olur, onu beyan ederek değil . Bu sebeple borçlu daha önceden ettiği beyanına aykırı bir edimde bulunsu dahi seçimlik yetkisini kullandığı düşünülür. Bu görüşe göre ifa seçimlik hakkı kullanmaktır beyanın bu konu da bir rolü yoktur. Bkz. Tahiroğlu (2000), s.27. Kanaatimizce bu durumda borcun kaynağı olan akdin niteliğine bakmak gerekir. Akit rızai bir akit ise borçlunun seçimlik yetkisine dair olan beyanı onu bağlamalıdır. Çünkü Roma akit sisteminde rızai akitlerin temel özelliğine bakılırsa, rızai akitlerde taahhüt muamelesi akdin kurulması için yeterli olup, tasarruf muamelesi taahhüt muamelesinin icra edilmesinden ibarettir. Böyle bir sözleşmede, akdin kurulması için irade beyanları bağlayıcı olduğu gibi seçimlik yetkinin kullanıldığına dair olan beyanlar da bağlayıcı olmalıdır. Aynî akitlerde ise Roma Hukukuna göre sözleşme ancak tarafların iradelerinin uyuşmasıyla beraber tasarruf işleminin de yapılmış olmasıyla kurulur. Tek başına taahhüt muamelesi akdi kurmak için yeterli olmaz. Buna binaen aynî nitelikli isimsiz bir akit söz konusu ise sadece taahhüt muamelesi aynî bir akdi kurmaya yeterli görülmediği gibi, seçimlik yetkinin ifadan önce kullanıldığına dair irade beyanının da akde etki etmemesi gerekir. Kanaatimizin sebebi seçimlik yetkinin kullanılmasına dair beyanın asıl akde bağlı fer'i bir taahhüt olmasıdır.

hükmedilirdi. Diğer edimi veya edimleri içeren soru cevapsız bırakıldığı için bu *stipulatio*' lar geçersiz sayılırlardı.

Diğer bir ihtimal olarak *stipulator*' un “Bana 100 As vermeyi taahhüt ediyor musun?” sorusuna karşılık *promissor* “100 As veya 1 at vermeyi taahhüt ediyorum” cevabı neticesinde bir seçimlik borcun kurulduğundan bahsedemeyiz. Çünkü *stipulatio* akdinde cevabın soruya tam uygun mahiyette olması gerekirdi<sup>234</sup>. Bununla beraber burada yapılan *stipulatio* akdi 100 As' lık borç için geçerlidir. Çünkü bu durumda *consensus*' un oluştuğu varsayılır.

*Stipulatio* ile bir seçimlik borç söz konusu olduğunda edimin imkânsız olması durumunda genel kural olarak diğer edim borcun konusunu oluşturur. Seçimlik borç belirlendikten sonra alacaklının temerrüdü vaki olsa daha sonra taraflara isnat edilemeyen bir sebepten dolayı edim imkânsız hale gelse diğer seçimlik edim borcun konusunu oluşturur mu yoksa borç sona mı erer? Bu konuda Roma hukukçuları arasında farklı görüşler ileri atılmıştır. Bir görüşe göre seçimlik edim alacaklıya isnat edilebilen bir kusurla teslim edilememiş ve mal borçlunun mülkünde bu sebeple bulunurken telef olsa artık bu telefe alıcının katlanması gerekir. *Massurius Sabinus*'un görüşünde bu şekildedir. Borçlu bu durumda *ipso iure* gereği borçtan kurtulur<sup>235</sup>. Bir *digesta* metninde bu konuyla ilgili örnek bir metin mevcuttur:

#### D. 45.1.105 Iavolenus 2 epist

*"Stipulatus sum damam aut erotem servum dari: cum damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui: mortuus est dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? respondit: secundum massurii sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari"*<sup>236</sup>.

“Köle olan *Dama* veya *Eros*'un nakledilmesi için bir *stipulatio* yaptım. Sen *Dama*'yı teklif ettin, ama ben kabulünde temerrüde düstüm. *Dama* öldü.

<sup>234</sup>Johnston (1999), s.77; B. Nicholas (2008). *An introduction to Roman law*. New York: Oxford University Press Inc, s.193.

<sup>235</sup>Üçer, M. (2006) *Roma hukuku'nda ve karşılaştırmalı hukukta alacaklının temerrüdü (mora creditoris)*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s.184.

<sup>236</sup>M. Pothier (1806). *A treatise on the law of obligations, or contracts Volume 1*. London: A. Strahan, s.433; Üçer (2006), s.184.

Sence ben *stipulatio*' dan kaynaklanan bir dava hakkına sahip miyim? *Modestinus* söyle cevap verdi: *Massurius Sabinus*'un görüşü çerçevesinde, sanırım *stipulatio*' dan kaynaklanan bir dava hakkına sahip değildir. Çünkü onun yerinde olarak ifade ettiği üzere, ifadaki basarisızlık, borçlunun temerrüdünden kaynaklanmamışsa, diğeri ifa edilir<sup>237</sup>.”

Seçimlik hakka alacaklı sahipse, *litis contestatio*<sup>238</sup> ile borç tespit edildiği için seçimlik borç *litis contestatio* ile ortadan kalkar. Alacaklı seçimlik edimlerden birisini dava etmek suretiyle de seçimlik hakkını kullanabilir<sup>239</sup>. Mesela *stipulatio* ile bir *dare* bir *facere* edimi seçimlik olarak borçlanılsa alacaklı *facere* edimini bir *actio ex stipulatu* ile dava ederek seçim hakkını kullanmış olur. Seçimlik olarak borçlanılmış iki konusu belirli (*certa*) edim *stipulatio* sebebiyle doğmuş ise, seçim hakkının alacaklıda olması durumunda *actio incerti* (konusu belirsiz edim davası) açılacaktır<sup>240</sup>. Çünkü seçimlik hak kullanılıncaya kadar ifanın konusu belirsiz olur.

Seçimlik borçtan muhayyerlik hakkını (*facultas alternativa*)<sup>241</sup> ayırmak gerekir. Muhayyerlik hakkında borçlu bir edim borçlanmıştır; fakat diğer edimi ödemekle de borcundan kurtulabilmektedir. Muhayyerlik yetkisi, seçimlik yetkiden bir edimin asıl edim olması yönüyle ayrılmaktadır<sup>242</sup>. Seçimlik borç söz konusu olduğu zaman bir edim imkânsızlaşınca diğer edim borcun konusu olurken, muhayyerlik hakkında borcun konusu olan edim imkânsız olursa borçta sona erer<sup>243</sup>.

#### 1.5.4. Stipulatio açısından tabî borç

*Stipulatio* Roma Hukukunda kendisine *actio* tanınmış bir akit çeşidiydi. Bu sebeple *stipulatio* akdi kullanılarak yapılan bir hukuki işlem neticesinde tam borç doğardı.

<sup>237</sup>Üçer (2006), s.184; Bizim kanaatimiz de *Sabinus*' un görüşü gibidir. Bununla beraber kanaatimizce seçimlik borcun konusu belirli olduktan sonra tarafların kusuruyla veya kusursuz olarak mal telef olursa artık diğer seçimlik edimin borcun konusunu teşkil etmesi dahi doğru değildir. Çünkü seçimlik borcun konusu taraflarca geçerli bir şekilde belirlendikten sonra onu değiştirmek akdin konusunu da değiştirmek demektir. Fakat kanaatimize uygun bir uygulamaya Roma Hukuku kaynaklarında rastlamadık.

<sup>238</sup> *Litis contestatio* dâvanın konusu, davaya bakacak hakem, hakemin davayı nasıl yürüteceği ve nasıl karar vereceği belirlenirdi. Bkz Akıncı (2010b), s.316.

<sup>239</sup>Tahiroğlu (2000), s.27.

<sup>240</sup>Tahiroğlu (2000), s.27.

<sup>241</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.193.

<sup>242</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.193; Oğuzman ve Öz (2000), s.9.

<sup>243</sup>Oğuzman ve Öz (2000), s.217.

*Stipulatio* akdi ile tabiî borç kurma imkânı bulunduğu gibi -mesela kölelerin *stipulatio*' ile borçlanması gibi-, ayrıca tabiî borç doğuran hallerde taraflar bunu tam borç haline getirebilmek için de *stipulatio* akdini kullanabilirlerdi<sup>244</sup>. Mesela Roma Hukukuna göre asıl hakka bağlı feri hak olarak tasnif edilen faiz alacağının, tüketim ödünçü akdiyle beraber bir *pactum*' la karşılaştırılması halinde karz akdinin dar hukuk akdi olması münasebetiyle asıl alacak davası olan *actio certae creditae pecuniae* ile istenmesi mümkün değildir. Aynı şekilde bir karzın bir ariyetin verileceğine veya bir veditanın kabul edileceğine ilişkin vaadlerden, anlaşmalardan bir dava doğmazdı; bunlar şekilsiz *pactum*' lardı (*pactum de mutuo dando, de commodando*)<sup>245</sup>. Çünkü bu gibi akitler aynî akitlerdi. Aynî akitlerde ise sadece taahhüt muamelesi borç doğurmuyordu. Fakat bu taahhüt muameleleri ve şekilsiz *pactum*' lar *stipulatio* yoluyla yapılırsa geçerli bir borç doğuruyor *actio* kazanıyordu<sup>246</sup>.

Roma Hukukunda eksik borçlar için *obligatio naturalis* (tabiî borç) kavramı kullanılıyordu. Tabiî borçlar roma hukukçularının bir sistem geliştirerek oluşturdukları bir borç çeşidi değildirler. Bilakis, hayatın olağan akışından, sosyal durumdan ve hukuk düzeninin mahiyetinden borçlar nitelikleri gereği tabiî borç olarak kabul edilmişlerdir. Romada bilinen en eski tabiî borç çeşidi kölelerin borçlarıdır. Kölelerin fiil ehayetleri tam olmakla birlikte kendileri adına yapmış oldukları hukuki işlemlerden üzerlerine doğan borçlar tabiî borç idi. Kölelerin daha sonra özgürlüklerini kazanıp *sui iuris* olmaları da durumu değiştirmiyordu. Aynı şekilde aynı *patria potestas* altındaki aile evlatlarının birbirlerine karşı ya da *pater familias*' larına karşı borçları da tabiî borç olarak kabul ediliyordu<sup>247</sup>. Buna aile evlatlarının başkalarından aldıkları karz(tüketim

<sup>244</sup>Bir borcun hukuki olarak varlığı kabul edildiği halde, hukuk sistemi tarafından bu borcun zorla tahsili için bir hukuki sebep ve dava imkânı tanınmaması durumunda eksik borçtan bahsediriz. Eksik borç, hukuk sisteminde borç olarak kabul edilmektedir fakat hukuk düzeni bu borcun tahsili için borçluya tazyiki uygun görmemektedir. Bununla beraber eksik borçlar ifa edildiği zaman geçerli bir ifa sayılırlar. Eksik borçlarda hukuk düzeni bir borcun varlığını hakkaniyet gereği kabul ederken, adalet gereği bu borcun dava yoluyla istenmesine olanak vermemektedir. Borçlunun hangi saikle ve ne surette olursa olsun, eksik borcu ifa etmesi tam bir ifa sayılır ve geri istenemez. Halbuki kendisini borçlu zannederek ifade bulunan borçlu olmadığını fark edince sebepsiz zenginleşmeye (*condictio indebiti*) dayanan bir dava ile ödediğini geri talep edebilir veya bağışlama yapan şartları oluşursa bağışlamadan geri dönebilir. Fakat eksik borçlar için yapılan ödemenin geri alınması imkânı yoktur.

Günümüzde de bazı borçlar davasızdır. Borçlu borcunu ödemezse sorumluluğu cihetine gidilemez. Kumar ve bahis borçları, evlenme tellallığından doğan borçlar ve zamanaşımına uğramış borçlar bunlara örnek olarak verilebilir.

<sup>245</sup>Rado (2006), s.101.

<sup>246</sup>Burdick (2004), s.435.

<sup>247</sup>Kölelerin ve aile evlatlarının kural olarak *pater familias*' larıyla akit yapamayacakları kabul edilir. Yapılan bir akit söz konusu ise özellikle sonraki dönemlerde tamamen geçersiz sayılmamış tabii borcun

ödüncü) akdinden doğan borçları da dâhil edebilir. Çünkü karz borçları *Senatus Consultum Macedonianum*' a aykırı kabul ediliyordu. Bunlardan başka ahlaki ve sosyal vazifeden doğan borçların da eksik borç olduğu kabul edilmiştir<sup>248</sup>. *Dos* sebebiyle verilen şeylerin iadesinden doğan borç, ya da nafaka vermek zorunda olmayan kişinin verdikleri şeylerin iadesinden doğan borçlar gibi<sup>249</sup>. Ayrıca davası olduğu halde bir *exceptio* ile reddedilebilen çeşitli hallerde Roma Hukukunda eksik borç olarak değerlendirilmiştir<sup>250</sup>.

Roma Hukukunda tabii borçların önemli bir özelliğide kefalet, rehin veya ipotek yoluyla geçerli bir şekilde teminat altına alınabilmeleridir. Borç her ne kadar tabii borç olsa da teminatların varlığı borcun istenebilmesi için önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Tabii borçlar hüsünüyet davalarında ileri sürülebilir, takasa konu olabirlerdi<sup>251</sup>.

Roma Hukukunda kumar borçları tabii borç dahi oluşturmuyordu. Fakat kumar borcu *stipulatio* ile tespit edilmiş olursa, tam bir borç haline gelir, fakat o zaman, kumar borcu değil bir *stipulatio* borcu haline gelirdi<sup>252</sup>. Tabii bir borcun *novatio* (yenileme) yapılmak suretiyle tam borç haline getirilmesinde de *stipulatio* kullanılıyordu<sup>253</sup>.

Ehliyetsiz kişinin yapmış olduğu *stipulatio*' lar geçersizdir. Bu itibarla vasisinin (*tutor*) *auctoritas*' ı olmadan bir *stipulatio* yapıp borç taahhüt eden *impubes*' in borcu tabii borç olarak kabul edilmez. Bununla beraber bazı metinlerde bunun tabii borç teşkil ettiği yorumu bulunmaktadır. Kanaatimizce burada *stipulatio* geçersiz olarak kurulduğu için taraflar arasında borç doğurmaz. Çünkü *stipulatio* akdi her ne kadar borç doğuran, şekilci, kuvvetli bir akit olsa da tarafların ehliyetlerindeki eksikliği gidermeye uygun bir niteliği haiz değildir.

---

varlığından söz edilmiştir. Bu konuda diğer bir açıklamayı için tezimizin "Kölelerin *stipulatio*'su" başlığı altında yapacağız. Bkz. Harvey (1996), s.33.

<sup>248</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001b), s.13.

<sup>249</sup>Doğan (2006), s.2.

<sup>250</sup>Umur (2010), s.305; *Iustinianus* döneminde *litis contestatio* veya *capitis demunitio* yoluyla sona ermiş borçlar da tabii borç sayıldı. Aynı şekilde *pactum* ile taraflara yüklenen borçların bir kısmı da tabii borçtu. Çünkü özellikle *mutuum* (tüketim ödünçü) gibi dar hukuk akitlerinde *pactum*' lar yoluyla kararlaştırılan edimlerin ifası için dava açılamıyordu. Fakat *pactum* ile kararlaştırılan şeyin ifası neticesinde, ifayı geri istemek mümkün değildi. Bu itibarla Roma Hukuku' nun akitler sistemi olmasından kaynaklanan *ius civile* davası tanınmayan borçlar da *Iustinianus* döneminde tabii borçlar kapsamında değerlendirilebilir.

<sup>251</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001b), s.11.

<sup>252</sup>Umur (2010), s.305; Canavcı, M.A. (2006). *Roma ve Türk hukukunda istisna akdi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s.113 ; Sayın (2008), s.96.

<sup>253</sup>Rado (2006), s.32.

## İkinci Bölüm

### Stipulatio' da Şekil, Sebebe Bağlılık, Geçersizlik

#### 1. Stipulatio' da Şekil

##### 1.1.Şekle Bağlı Sözleşme Kavramı

Bir iradeyi açıklamak üzere kullanılan araca, dış kalıp veya biçime şekil denir<sup>254</sup>. İrade beyanı çeşitli tarzlarda yapılabilir. Sözle, yazıyla, davranışla. Bu bakımdan mutlak anlamda her türlü irade beyanı bir şekil içerisinde ortaya çıkmak zorundadır<sup>255</sup>. Ancak irade beyanının hukuki olarak sonuç doğurması için, belli bir şekilde yapılması şart ise o zaman şekle bağlı işlem denir<sup>256</sup>.

Akitlerde şekille teorik olarak sözleşmeye kesinlik sağlanması, sözleşmeye açıklık getirmesi, ispat güvenliği temin etmesi, aleniyet ve güven sağlanması yorumu kolaylaştırması faydaları sağlanabilir<sup>257</sup>. Bununla beraber akitlerin şekle bağlı olmasında esas şekle feda etme tehlikesi, taraflara külfet yüklemesi, sözleşmenin yapılmasının güçleşmesi gibi sakıncalarda vardır<sup>258</sup>. Roma Hukukunda ise özellikle *ius civile*' de ağır şekilcilik anlayışının olduğu görülmektedir<sup>259</sup>. Bir *ius civile* akdi olan *stipulatio* için de ağır şekil şartları olduğu söylenebilir<sup>260</sup>.

##### 1.2. Roma Hukukunda Şekil

Roma hukuku eski dönemlerinde özellikle *ius civile* akitlerinde çok sıkı bir şekle bağlılık anlayışı yerleşmişti<sup>261</sup>. *Ius civile* taahhüt ve tasarruf muameleleri sıkı şekil şartlarına tâbi hukuki işlemlerdi. Bu şekillere uyulmadan yapılan hukuki işlemler ise geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmazdı. Özellikle *actus legitimi* adı verilen bazı

<sup>254</sup>Eren (2011), s.236.

<sup>255</sup>Eren (2011), s.236.

<sup>256</sup>Oğuzman ve Öz (2000), s.115.

<sup>257</sup>Eren (2011), s.237,238,239.

<sup>258</sup>Eren (2011), s.239.

<sup>259</sup>Arsebük (1953), s.379.

<sup>260</sup>Akitlerde esas olan şekil serbestisi olmalıdır. Nitekim isabetli olarak B.K.' da irade muhtariyeti ilkesine bağlı olarak akit serbestisi benimsenmiştir. Akit serbestisi şekil serbestisini de ihtiva eder. Şekil serbestisi ise, hukuki işlem iradesinin herhangi bir şekilde beyan edilebilmesini ifade eder. Bu bağlamda şekil mecburiyeti ise ancak kanunla veya tarafların iradeleriyle öngörülebilir.

<sup>261</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001a), s.51.



hukuki muameleler çok sıkı şekil şartlarına tâbiydi. *Mancipatio, in iure cessio, manumissio vindicta* (değnekle azat etme) , *manumissio censu* (sayımla azat etme), *acceptilatio*(ibra), *adoptio, adrogatio, aditio hereditatis* (mirasın kabulü) *actus legitimi* akitlerindendi<sup>262</sup>. *Ius civile*' deki şekilcilik anlayışı sebebiyle gerçek iradeden çok irade beyanına önem verilmesi de ayrıca akitlerin ikrah, gabin, hile, hata ile yapılmaları halinde ile iptal edilememeleri neticesini doğuruyordu<sup>263</sup>. Bu adaletsiz uygulamalar daha sonra *praetorlar*' ın faaliyetleriyle düzeltilmeye çalışılmıştır<sup>264</sup>. Böylece Roma Hukuku' nun ilk dönemlerde daha şekilci ve sert iken daha sonraki dönemlerde daha yumuşak ve eskiye oranla şekilcilikten daha uzak olduğu görülmektedir. Katı şeklin yumuşaması yasama yönünden *praetor* beyannameleri ve imparator emirnameleriyle<sup>265</sup>, tarihi yönden yabancıların Roma devletine dâhil olması neticesinde oluşan *ius gentium* hukuku sebebiyle, hukuki yönden ise rızai akitler<sup>266</sup>, isimsiz sözleşmeler<sup>267</sup>, *pactum*' lar yoluyla gerçekleşmiştir.

### 1.3. Stipulatio' nun Şekli

*Stipulatio* sözlü şekle tâbi bir akitti. *Stipulatio*' nun geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların belirli sözleri<sup>268</sup>, belirli bir zamanda belirli bir sırayla<sup>269</sup> ve belirli şartlar altında söylemeleri gerekiyordu<sup>270</sup>. Bu şekil şartlarında ki bir eksiklik *stipulatio*' nun geçersiz olması için yeterliydi<sup>271</sup>. Bununla beraber Roma Hukuku' nun farklı dönemlerinde bu şekle bağlılık anlayışı, doğu toplumlarının Roma vatandaşı olmasıyla birlikte yazılı vesikaların ispat için kullanılması<sup>272</sup> ve kullanılan sözlerdeki serbestlik ile değişime uğramış, şekil ile arasındaki sıkı bağlar çözülmüş fakat kanaatimizce *stipulatio* her dönemde şekle bağlı bir sözlü akit olma özelliğini korumuştur.

<sup>262</sup>Yeşiller, M. (2011). Roma hukukunda hükümsüzlük halleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (3), s.82.

<sup>263</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001a), s.173,174.

<sup>264</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001a), s.96.

<sup>265</sup>Rado (2006), s.64.

<sup>266</sup>Arsebük (1953), s.386.

<sup>267</sup>Arsebük (1953), s.388.

<sup>268</sup>Rado (2006), s.91, 92.

<sup>269</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.209.

<sup>270</sup>Rado (2006), s.91.

<sup>271</sup>Bu konuyu daha detaylı olarak " Stipulatio' nun Geçersizliği" başlığı altında inceleyeceğiz.

<sup>272</sup>Rado (2006), s. 93; Zimmermann (1996), s.79,80.

### 1.3.1. Belirli sözlerin söylenmesi

*Stipulatio* akdinin geçerli bir şekilde kurulması için belirli sözlerin kullanılması gerekiyordu<sup>273</sup>. Bu sözler klâsik hukuk döneminde *Gaius Institutiones*' inde tek tek belirtilmiştir: *Dari spondes? Spondeo*, (Verileceğini taahhüt ediyor musun? Taahhüt ediyorum); *Dabis? Dabo* (Verecek misin? Vereceğim); *Promittis? Promitto* (Vaad ediyor musun? Vaad ediyorum), *Fidepromittis? Fidepromitto* (Şerefim üzerine vaad ediyor musun? Şerefim üzerine vaad ediyorum); *Fideiubes? Fideiubeo* (Şerefim üzerine temin ediyor musun? Şerefim üzerine temin ediyorum); *Facies Faciam* (Yapacak mısın? Yapacağım).

*Stipulatio* bir *ius civile* akdi olduğu için ilk dönemlerde sadece Roma vatandaşları arasında yapılabildi, fakat daha sonraları *ius gentium*'un tesiriyle yabancılarında *stipulatio* akdi yapabileceği kabul edilmiştir.<sup>274</sup> Klâsik hukuk döneminde «*Dari spondes?*» «*Spondeo*» şeklinde yapılan *stipulatio*' ları *ius civile*' den olması gerekçesiyle ancak Roma vatandaşlarının geçerli olarak yapabilecekleri kabul edilmiştir. Diğer sözler ise *ius gentium*' dan kabul edilmiş Yunanca olarak telaffuz edilseler bile bütün insanlar arasında borç doğuracağına hükmedilmiştir. *Spondes? Spondeo!* O derece Roma'ya özgü kabul edilmiştir ki Yunan lisanında tercümeyle dahi söylenemeyeceği kabul edilmiştir<sup>275</sup>. Daha sonraki dönemlerde *Spondes? Spondeo* kelimeleri yabancılar tarafından da kullanılabilir hale gelmiştir<sup>276</sup>.

Cevap, herhangi bir talebin bütün metnini içerecek şekilde uzun olabilirdi<sup>277</sup>. Cevabın sorudan sonra gelmesi gerekiyordu. Soru bitmeden verilen bir cevap ile veya sorudan önce verilen bir cevap ile akit geçerli olarak kurulmuş olmazdı<sup>278</sup>. Soruda kullanılan kelimenin aynısının cevapta da kullanılması gerekiyordu. Mesela soru; «*Dari spondes?*(vermeyi taahhüt ediyor musun?)» diye sorulsa cevabın «*Spondeo*» kelimesiyle, «*Dabis* (verecek misin?)» diye sorulsa cevabın «*Dabo* (vereceğim)»

<sup>273</sup>Zimmermann (1996), s.72.

<sup>274</sup>Çakıroğlu (2010), s.23.

<sup>275</sup>Di Marzo (1959), s.423.

<sup>276</sup>Yavuz (2008), s.15.

<sup>277</sup>Yavuz (2008), s.15.

<sup>278</sup>Oğuzoğlu (1956), s.224.

kelimesiyle verilmesi gerekirdi. «Taahhüt ediyor musun?» şeklinde sorulan soruya «Neden olmasın?» şeklinde verilen bir cevap sonuç doğurmazdı<sup>279</sup>.

İmparator *Leo* tarafından neşredilen kanunla belirli sözlerin söylenmesi şartı kaldırıldı<sup>280</sup>, bu uygulama *Iustinianus* döneminde de devam etmiştir<sup>281</sup>. *Iustinianus* döneminde tarafların hangi sözleri ve hangi dili kullandığına bakılmaksızın tarafların rızalarının uyuşmasına hürmeten akdin kurulduğuna hükmedilmiştir<sup>282</sup>, yeter ki soru ve cevap birbirine tam uygun olmuş olsun. Bu dönemde geçerlilik açısından tarafların yaptıkları *stipulatio* akdinden mana ve niyetlerinin anlaşılabilmesi esas alınmıştır<sup>283</sup>.

### 1.3.2. Tarafların hazır bulunmaları

*Stipulatio* hazırlar arasında yapılabilen, alacaklı ve borçlu aynı meclislerde hazır bulunurlarken yapabilecekleri bir akitti<sup>284</sup>. Tarafların temsilci veya haberci vasıtasıyla yaptıkları *stipulatio* akitleri geçerli olmazdı. Temsil yetkisinin istisnai olarak tanındığı hallerde dahi *stipulatio*'yu yapacak temsilcinin hazır bulunması gerekirdi. Bunların gerekçesi ise soru ve cevabın sözlü olmasının şekil şartı olmasıydı. Gene bu sebeple *stipulatio* ancak konuşabilen ve duyma engeli olmayan kişiler arasında yapılabiliirdi<sup>285</sup>. Sağır ve dilsizlerin *stipulatio* yapamaması kuralı hem klâsik hukuk döneminde hem de *Iustinianus* döneminde geçerli olmuştur<sup>286</sup>.

### 1.4. Dönemlere Göre Stipulatio' da Şekil

Klâsik hukuk döneminde *stipulatio* şekle sıkı sıkıya bağlı, sözlü bir akitti. Nitekim klâsik dönem boyunca *promissor*, *stipulator* ile aynı kelimeleri kullanmak zorundaydı<sup>287</sup>. *Stipulatio*'nun geçerliliği için hiçbir yazılı kayda ihtiyaç olmaması keza tanığa da ihtiyaç olmaması akdi kurulması ve borç doğurması ve kullanılışlılık yönünden kuvvetli yapsa da; ispatının zor olmasındaki zayıflık, Roma' nın doğu

<sup>279</sup>Yavuz (2008), s.15.

<sup>280</sup>Honig (1938), s.236; Di Marzo (1959), s.424.

<sup>281</sup>Burdick (2004), s.441.

<sup>282</sup>Burdick (2004), s.435.

<sup>283</sup>Iustinianus (1968), s.245; Di Marzo(1959), s.425.

<sup>284</sup>Oğuzoğlu (1956), s.224.

<sup>285</sup>Berki (2007), s.400.

<sup>286</sup>Gürten (207), s.39.

<sup>287</sup>Zimmermann (1996), s.74.

toplumlarıyla münasebeti ve böylece Roma Hukuku' nun doğu toplumlarında da uygulanmasıyla, *Stipulatio*' nun yapısının zamanla değişmesine sebep olmuştur<sup>288</sup>. Sadece Roma vatandaşlarına özgü olan *Spondes? Spondeo* sözcükleriyle beraber *Gaius Institutiones*' inde soru ve cevap için daha birçok kelimelerin de kullanılabilceği yazmaktadır. Bu diğer kelimelerden yabancılarda istifade edebilmekteydi<sup>289</sup>. Nihayet *Iustinianus* döneminde *stipulatio*' da şekil klâsik dönemdeki belirli sözlerin söylenmesi ile yapılan akde nazaran oldukça esnekleşmiş şekli özellikleri yumuşamıştır<sup>290</sup>.

#### 1.4.1. *Stipulatio*' nun yazılı şekle yaklaşması

Doğu toplumlarında yazılı senetin geçerliliği ve borç doğurucu özelliği genel kabul görmekteyken<sup>291</sup>, Roma Hukukunda *ius civile*' nin etkisiyle sözlü ve şekilci akitler hâkimdi<sup>292</sup>. Roma devletinin yaptığı fetihler neticesinde doğu toplumları ile alakadar olması daha sonrasında ise Roma topraklarında yaşayan herkesin Roma vatandaşı kabul edilmesiyle birlikte artık doğulu toplumlar ile Romalılar arasında hukuki ilişkiler iyice çoğaldı<sup>293</sup>. Kaynaklardan anlaşıldığı kadarıyla doğulu halklar *stipulatio* gibi sırf sözlü bir akdin borç doğurucu özelliğine fazla itibar edip güvenmedikleri için yazılı belgeler ile hukuki ilişki kurmaya devam ettiler<sup>294</sup>, fakat *ius civile*' ye göre *actio* ile korunabilmek için de yazılı belgelere *stipulatio* yapıldığına dair kayıtlar eklediler<sup>295</sup>. Aynı uygulama borçlunun yapılan *stipulatio*' yu kabul etmemesi ve yapılmadığını iddia etmesi ihtimali sebebiyle de yapılmaktaydı. Borçlunun *stipulatio*' nun aslında yapılmadığını ileri sürmesi durumunda birçok ihtilaflar ortaya çıkıyordu. Bu sebeple taraflar bazen *stipulatio*' nun yapıldığını ispat için yazılı vesikalar düzenliyorlardı. Bu bahsi geçen yazılı vesikaların borç doğurma özelliği olmadığı gibi *stipulatio*' nun geçerliliğine de hiçbir etkisi yoktu<sup>296</sup>. Sadece birer ispat vasıtası olarak kullanılıyorlardı. Senedin sonuna işlemde kullanılan dil olan Yunanca “eperotetheis homologesa=

<sup>288</sup>Jolowicz ve Nicholas (2008), s.418,419,420.

<sup>289</sup>Rado (2006), s.92.

<sup>290</sup>Burdick (2004), s.441.

<sup>291</sup>Zimmermann (1996), s.79.

<sup>292</sup>Arsebük (1953), s.379.

<sup>293</sup>Jolowicz ve Nicholas (2008), s.418.

<sup>294</sup>Zimmermann (1996), s.79.

<sup>295</sup>Tahiroğlu (2000), s. 114; Rado (2006), s. 92; Gürten (2007), s.35; Jolowicz ve Nicholas (2008), s.418.

<sup>296</sup>Jolowicz ve Nicholas (2008), s.470.

sorulduğunda tasvip ettim” kaydıyla *stipulatio*’ nun yapıldığı yazılı belgeye işleniyordu<sup>297</sup>.

Bu yazılı belgeler *stipulatio* akdinin yapıldığına bir karine sayılıyordu<sup>298</sup>. Bu sebeple taraflar akdın yapılmadığını ispat ederlerse bu vesikanın bir ispat gücü olmuyor hükümsüz kalıyordu. Fakat akdın yapılmadığını ispat külfeti, vesika karine gücünü haiz olduğu için karşı tarafa düşüyordu<sup>299</sup>.

Bu gibi yazılı senetlerin *stipulatio*’ da şekili etkilemediği düşünülebilirse de zaman içerisinde bu kayıtların usul hukuku uygulaması olarak akdın varlığına delil teşkil etmesi böylece aksini ispatı güçleştirmesi; sözlü şekli yazılı şekle yaklaştıran uygulamalar olmuşlardır<sup>300</sup>. Çünkü yazılı senetin varlığı, akdın yapıldığına dair ne kadar kuvvetli delil olursa, yazılı delilin varlığı borcun doğması için o kadar yeterli hale gelir.

*Iustinianus*’ a göre *stipulatio*’ nun yapıp yapılmadığı ile ilgili bir şüphe varsa bu tarafların *stipulatio*’ nun yapıldığı tarihte hazır bulduklarının ispatı ile ortadan kalkar<sup>301</sup>. Bu hususun ispatında ise yazılı vesikanın varlığının karine olarak kabul edilip aksini ispat eden tarafın ispat yükünü yüklenmesine hükmedilmiştir<sup>302</sup>. Böylece *Iustinianus* döneminde, düzenlenen yazılı vesikalara büyük ispat kuvveti tanındı<sup>303</sup>. Taraflardan birisi yazılı vesikanın aksine *stipulatio*’ nun yapılmadığını iddia ederse; iddiasını ispat için yazılı vesikanın düzenlendiği tarihte, tarafların farklı yerde bulduklarını diğer bir tabirle aynı mecliste bulunmalarının mümkün olmadığını ispat etmesi gerekiyordu<sup>304</sup>. Aksi halde *stipulatio* geçerli bir şekilde yapılmış sayılıyordu<sup>305</sup>. İşte bu uygulama *stipulatio*’ nun yazılı şekle yaklaşmasına sebep oldu. Çünkü yazılı belge usul hukukunda karşı taraf ağır ispat şartlarını yerine getirmediği sürece tek başına borç doğurmaya yetiyordu<sup>306</sup>. Aslında burada yazılı belge borç doğurucu nitelikte olmasa da borç doğuran bir sözleşmenin varlığını kuvvetli olarak ispatladığı için *stipulatio* bazı yazarların kanaatine göre yazılı bir sözleşmeye dönüşmüştür. Ayrıca bu yazılı belgeler her ne kadar *stipulatio*’ nun sebebini tek başlarına ispat etmeye yeterli

<sup>297</sup>Tahiroğlu (2000), s.114; Gürten (2007), s.35; Koschaker ve Ayiter (1977), s.211.

<sup>298</sup>Rado (2006), s.93.

<sup>299</sup>Rado (2006), s.93.

<sup>300</sup>Umur (2007), s.351.

<sup>301</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.211.

<sup>302</sup>Jolowicz ve Nicholas (2008), s.509.

<sup>303</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.211.

<sup>304</sup>Di Marzo (1959), s.425; Jolowicz ve Nicholas (2008), s.509.

<sup>305</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.211.

<sup>306</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.211.

olmasalar da *Iustinianus* döneminde hukuki sebebe önem verilmesi, söz konusu yazılı belgelerin önemini bir derece arttırmıştır.

### **Ius. Ins. 3.19.12**

*“Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus et non praesentes esse vel se vel adversarios suos contententibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus, tales scripturas quae praesto esse partes indicant omnimodo esse credendas, nisi ipse qui talibus utitur improbis allegationibus manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit, in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum sese vel adversarium suum in aliis locis esse.”*

“Hazır bulunmayanlar arasında sözlerle yapıldığı tasavvur edilen borç dahi hükümsüzdür. Fakat bu mevzu, ihtilaf çıkarmak isteyen kimselerin, bazen uzun zaman sonra, bu nevi iddialarla itirazda bulunmalarına bir mesnet olmakta, bu suretle bunlar, ya kendilerinin, ya karşı tarafın hazır bulunmamış olduklarını ileri sürmekte idiler: binaenaleyh, bu ihtilafların süratle halledilebilmeleri için bir emirname ithal ettik; Kayseriye avukatlarına hitap eden bu emirnamemizin hükümlerine göre , tarafların hazır bulduklarını gösteren yazılı vesikalar her halde nazarı itibare alınacaklardır; ancak bu neviden bariz bir surette, o yazılı vesikanın tanzim edildiği günün tamamı esnasında , ya kendilerinin veya hasım tarafın başka yerde olduğunu isbat etmek mecburiyetindedirler.”

*Institutiones*’ ten de anlaşıldığı üzere yazılı vesikalar tarafların böyle bir *stipulatio* yapmadıkları itirazına karşı delil olarak tespit edilmiş bir yöntem olup *stipulatio*’ nun şekliyle alakası yoktur. Tam tersi *stipulatio*’ nun sözlü şeklinin diğer bir deyişle tarafların hazır bulunmalarının yerine getirildiğine dair yazılı senetler ispat aracı olarak kullanılmaktadır. Bununla beraber yazılı senetlere verilen önem ve ispat değeri yüksek

olmuştur. Nitekim bu dönemde de yazılı senetten birisinin vaat ettiği anlaşılırsa, cevaptan önce bir sorunun var olduğu varsayılır<sup>307</sup>.

#### 1.4.2. Stipulatio' nun rızai akde yaklaşması

*Stipulatio* akdi ilk dönemlerde ancak belirli sözlerin karşılıklı olarak söylenmesiyle kurulan bir sözlü akitti. İmparator *Leo* tarafından neşredilen bir kanunla eski şekilci soru ve cevap merasimi kaldırılarak, kullanılan sözlerin ne olduğuna bakılmaksızın tarafların sözlü olarak iradelerini beyan etmeleriyle *consensus*' un oluşması akdin kurulması için yeterli görüldü<sup>308</sup>. Sözlü olarak tarafların anlaşması yeterliydi ancak böyle bir uygulama akdin bütün muhtevasını kapsayan soruya karşılık kabul edildiğine dair olan cevabın verdiği açıklığın berraklığın kaybolmasına sebep oldu<sup>309</sup>. Bu uygulama *stipulatio*' nun sözlü şeklini fiilen rızai akitlere yaklaştırmıştır<sup>310</sup>. Çünkü akdin kurulması için belirli sözlerin söylenmesi mecburiyeti ortadan kalkmaktadır fakat irade beyanlarının hazırlar arasında sözlü olarak söylenmeleri hala bir şekil şartıdır. Bu sebeple *stipulatio* sözlü akit olma özelliğini hala korumaktaydı. *Iustinianus* döneminde de bu uygulama devam etmiş tarafların söyledikleri sözlerin ne olduğuna bakılmaksızın rızalarının uyuşması esas alınmıştır<sup>311</sup>.

#### Ius. Ins. 3.15.1.

*“In hac re olim talia verba tradita fuerunt : spondes ? sponde. promittis ? promitto. fidepromittis? fidepromitto. fideiubes ? fideiubeo. dabis ? dabo. facies ? faciam. Utrum autem latina, an graeca, vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum hujus linguae habeat. Nee necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere ; quin etiam duo Graeci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt ; postea autem Leoniana constitutio lata*

<sup>307</sup>Di Marzo (1959), s.424.

<sup>308</sup>Gürten (2007), s.36; Zimmermann (1996), s.80.

<sup>309</sup>Gürten (2007), s.36.

<sup>310</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.211.

<sup>311</sup>Burdick (2004), s.441.

*est quae, sollemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.*”  
“Eskiden bu mevzuda şu kelimeler kullanılırdı: *Spondes?* (taahhüt ediyor musun?), *spondeo* (taahhüt ediyorum); *promittis?* (vaat ediyormusun?), *promitto* (vaat ediyorum); *fidepromittis?* (şerefim üzerine vaat ediyor musun?), *fidepromitto* (şerefim üzerine vaat ediyorum); *fideiubes?* (şerefim üzerine temin ediyor musun?), *fideiubeo* (şerefim üzerine temin ediyorum); *dabis?* (verecek misin?), *dabo* (vereceğim?); *facies?* (yapacak mısınız?), *faciam* (yapacağım). *Stipulatio*’ nun Latince, Yunanca veya başka bir lisanla yapılmış olması ehemmiyeti haiz değildir, yeter ki, *stipulatio* yapanların her ikisi de, bu lisanı anlasınlar: Her ikisinin aynı lisanı kullanmaları bile lazım gelmez, cevabın usule uygun olması kafidir: Hatta iki Yunanlı Latince lisanı ile borç münasebeti akdedebilirler. Esasen böyle şekilde uygun sözler eskiden kullanılırdı: Sonraları, *Leo*’ nun bir emirnamesi neşredildi; bu emirname, söz şekilciliğini lağvederek, sadece her iki tarafın, hangi sözlerle ifade edilmiş olursa olsun, mana ve niyetlerinin anlaşılması kafi geldiğini kabul etmektedir”

#### 1.4.3. *Stipulatio*’ nun şeklinin *stipulatio*’ nun uygulanmasını etkilemesi

Kanaatimizce *stipulatio* akdinin Roma hukukundaki ağırlığını bir derece kaybetmesinin önemli bir sebebi ise birçok yazarın kanaatinin aksine şeklindeki değişimler değil; *ius gentium* ve *ius praetorium*’ la birlikte hukuki olarak *stipulatio*’ nun yegane çözüm olmaması<sup>312</sup>, birçok menfaatlerinin zamanla diğer akitlere nazaran zayıflamasıdır. Diğer bir deyişle *stipulatio*’ nun uygulama alanının da derece derece daralmaya uğramasıdır. *Ius civile*’ nin katı kurallarını aşmak ve her akitten tam borç doğurmak için çok elverişli bir akit olan *stipulatio*, *ius civile*’ nin katı hükümlerinin yumuşaması ve *ius gentium*’ un zamanla Romada hâkim olmasıyla beraber daha az rağbet görmeye başlamış; bu yolla *stipulatio*’ ya olan şiddetli ihtiyaç zamanla nisbeten azalmıştır<sup>313</sup>.

<sup>312</sup>*Ius praetorium*, *praetor* faaliyetleri neticesinde gelişen hukuktur.

<sup>313</sup>Bu konuyu tezimizin " *Stipulatio*’ nun uygulama alanının daralması meselesi " başlığı altında etraflıca inceleyeceğiz.



## 2. Stipulatio' dan Doğan Borçlar ve Davalar

*Stipulatio'* dan doğan borçlar içeriği itibariyle belirli veya belirsiz nitelikte olabilir. Bu itibarla *stipulatio* ile doğan borçlar ya *certa'* dır (likit, belirli) veya *incerta'* dır (belirsiz)<sup>314</sup>. Roma usul hukuku gereğince borcun konusunun likit olduğu davalar için ayrı *actio'* lar belirsiz olduğu durumlar içinde ayrı *actio'* lar kullanılmaktaydı. *Stipulatio'* nun konusunu teşkil eden borç şayet bir *dare* borcu ise borcun konusu genellikle *certa, facere* borcu ise genellikle *incerta* oluyordu<sup>315</sup>. Bu sebeple likit borçlar için; tüketim ödöncü akdinde kullanılan *actio'* lar *dare* borcu doğuran *stipulatio'* lar içinde kullanılıyordu. Belirsiz borç doğuran *stipulatio'* lar için ise Romalı'lar *actio ex stipulatu* isminde yeni bir *actio* ihdas etme yoluna gitmişlerdir<sup>316</sup>.

### 2.1. Dare Borçlarında Kullanılan Davalar

*Stipulatio* ile *dare* borcu dava konusu olmuşsa borcun para olup olmadığına bakılırdı. *Stipulatio* ile verileceği vadedilen bir miktar para ise kullanılacak *actio* para karzı için de kullanılan *actio certae creditae pecunia* iken vadedilen şayet paradan başka bir şey ise ister misli isterse gayrimisli mal olsun kullanılacak *actio, condictio certae rei* diğer ismi ile *condictio triticaria'* dır (buğday *condictio'* su)<sup>317</sup>. *Actio creditae pecunia* borcun sebebini içermediği için diğer bir ismi de *condictio certi'* ydi<sup>318</sup>. Hasılı vermeye ilişkin borçlardan açılacak dava bir *condictio* idi<sup>319</sup>.

Konuları *dare* borcu olan *stipulatio'* lardan doğan *actio'* larda kullanılmak için klâsik devirde *praetor edictum'* u ile üç *formula* tanınmıştı. Bu üç *formula'* dan birisi borcun konusunun paraya ilişkin *dare* borcu olması durumunda diğeri belirli bir miktar misli eşyaya ilişkin *dare* borcu olması durumunda üçüncüsü ise ferden tayin edilmiş bir *dare* borcu olması durumunda kullanılıyordu. Bu formulalardan ilk ikisi borcun sebebini içermedikleri için mücerret formulalardır<sup>320</sup>.

<sup>314</sup>Rado, s.95; Gürten (2007), s.61.

<sup>315</sup>Rado (2006), s.94.

<sup>316</sup>Rado (2006), s.95.

<sup>317</sup>Rado (2006), s.94,95; Gürten (2007), s.62; Di Marzo (1959), s.427; Akıncı (2013), s.21.

<sup>318</sup>Gürten (2007), s.62; Umur (2007), s.351; Tahiroğlu (2000), s.116.

<sup>319</sup>Umur (2010), s.351.

<sup>320</sup>Rado (2006), s.95.

## 2.2. Facere Borçları İçin Kullanılan Davalar

*Facere* borçlarının *stipulatio* ile borçlanması durumunda borcun muhtevasını kesin bir şekilde belirlemek *dare* borçlarına kıyasla daha güçtür. Bu yapma borcu olabileceği gibi yapmama(*non facere*) borcu da olabilir<sup>321</sup>. Her iki halde de borcun muhtevası açık ve kesin değildir. Bu sebeple Roma'da *facere* borçları *incerta* olarak kabul ediliyorlardı. Romalı hukukçular *stipulatio* ile doğan konusu *incerta* olan borçlar için ayrı bir *actio* olarak *actio ex stipulatu*' nun kullanılmasını uygun gördüler<sup>322</sup>. *Facere* borçları için kullanılan *actio ex stipulatu* sonraki dönemlerde muhtevası *incertum* (belirsiz) olan *dare* borçları içinde kullanılmaya başlandı. Bu yolla *actio ex stipulatu* hem *dare* hem de *facere* borçlarını takibe yarayan genel bir *stipulatio* davası niteliği kazandı<sup>323</sup>.

*Iustinianus* döneminde artık *stipulatio*' nun konusu *dare* veya *facere* olmasına bakılmaksızın belirli ise (*certum*) açılacak dava *condictio*' lardan birisi; belirsiz ise (*incertum*) *actio ex stipulatu*' idi<sup>324</sup>. *Actio ex stipulatu*' nun *formula*' sı gayri muayyen olmasına rağmen yine de tüm *stipulatio* davaları gibi dar hukuk davasıdır<sup>325</sup>. Fakat konusu daha muğlak olduğu için hakime daha geniş bir yetki sahası tanımaktadır<sup>326</sup>.

## 3.Stipulatio' da Sebebe Bağlılık

### 3.1.Akitlerin Sebebe Bağlılığı Meselesi

Bir hukuki işlemin geçerliliği temelinde yatan hukuki sebebin geçerliliğine bağlı ise sebebe bağlı hukuki işlem den<sup>327</sup>; hukuki işlemin geçerliliği temelinde yatan hukuki sebebin geçerliliğine bağlı değil ise sebebe bağlı olmayan hukuki muameleden bahsediriz<sup>328</sup>. Hukuki sebep, tarafların hukuki işlem ile ulaşmak istedikleri amaçlarıdır, çünkü taraflar istedikleri amaca yönelik olarak hukuki işlem yapmaktadırlar. Bu itibarla

<sup>321</sup>Gürten (2007), s.62.

<sup>322</sup>Tahiroğlu (2000), s.116.

<sup>323</sup>Tahiroğlu (2007), s.116.

<sup>324</sup>Rado (2006), s.96.

<sup>325</sup>Rado (2007), s.96; Gürten (2007), s.63; Akıncı (2013), s.21.

<sup>326</sup>Umur (2007), s.351.

<sup>327</sup>Eren (2011), s.173.

<sup>328</sup>Akıncı (2010b), s.105.

her hukuki işlemin bir sebebi vardır<sup>329</sup>. Fakat her hukuki muamelelerin geçerliliği temelinde yatan sebebin geçerliliğine aynı derecede bağlı değildir.

Roma Hukukunda dört çeşit sebep kabul edilmiştir. Bunlar alacak sebebi (*causa credendi*), ifa sebebi (*causa solvendi*), bağışlama sebebi (*causa donandi*) ve dos sebebi (*causa dotis*)' dir<sup>330</sup>.

Sebebe bağlı olsun veya olmasın bütün hukuki muamelelerin temelinde hukuki sebep bulunmaktadır<sup>331</sup>. Bununla beraber hukuk düzeni yapılan hukuki işlem ile işlemin hukuki sebebi arasındaki sıkı bağı çözmüş<sup>332</sup> ve hukuki sebebin geçersizliğinden hukuki işlemin geçerliliğini ayırmışsa<sup>333</sup> veya hukuki sebebin geçersizliğinin usulen ileri sürülme yolları borçlu aleyhine daraltılmışsa soyut bir hukuki işlemde bahsederiz. Sebebe bağlı hukuki işlemlerde ise yapılan hukuki işlemin temelindeki sebep geçersiz olursa hukuki işlemde geçersiz olur<sup>334</sup>. Böylece sebebe bağlı hukuki muamelelerde davacı hukuki işlemde doğan edimi isteyebilmek için sebebin geçerliliğini ispat külfeti altına da girer.

Sebebe bağlı hukuki işlemlerde; hukuki işlemin yapılış sebebi, hukuki işlem sırasında gösterilebilir; gösterilmese bile hukuki sebebin varlığı ve geçerliliği işlemin geçerli kalabilmesi için şarttır<sup>335</sup>. Soyut hukuki muamelelerde ise hukuki işlemin temelindeki sebep işlem sırasında gösterilmez. Gösterilse bile işlem yapısı ve mahiyeti bakımından işlem sebebe bağlı hale gelmeyebilir. Mesela kıymetli evraklar üzerine konulan kayıtlar tek başlarına onları sebebe bağlı hale getirmez. Ayrıca başka delillerin de bulunması gerekebilir. Fakat *stipulatio* akdinde sebebin gösterilmesi akdi sebebe bağlı, gösterilmemesi ise sebepten soyut yapmak için yeterlidir<sup>336</sup>.

---

<sup>329</sup>Eren (2011), s.173.

<sup>330</sup>Ergün, Ç. E. (2004). Sözleşmeler hukukunda consideration/sözleşmeyle bağlanma niyeti kavramı ve causa/hukuki neden ile işlevsel denkliği meselesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53(4), s.86,87; Bugün B.K. hükümleri incelendiğinde ayrıca teminat sebebinin varlığından da bahsedilebilir.

<sup>331</sup>Eren (2011), s.173; Akıncı (2010b), s.105.

<sup>332</sup>Eren (2011), s.174.

<sup>333</sup>Akıncı (2010b), s.106.

<sup>334</sup>Eren (2011), s.173,174.

<sup>335</sup>Eren (2011), s.173,174.

<sup>336</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.213,214.

### 3.2. Stipulatio' nun Hukuki Sebeple İlişkisi

*Stipulatio* akdi sebebe bağlı olarak yapılabileceği gibi sebepten soyut olarak da yapılabilen bir sözlü akitir<sup>337</sup>. Her iki şekilde de akit geçerli olarak kurulur ve yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. *Stipulatio* akdi sebebe bağlı olarak veya sebepten soyut olarak şarta veya vadeye de bağlanabilir. Bu durumda akit hüküm ve sonuçlarını şart veya vade gerçekleştikten sonra doğurmaya başlar.

*Stipulatio* akdi şekle bağlı bir sözlü akit olmakla beraber taahhüdün hangi sebeple yapıldığının söylenmesi bir geçerlilik şartı değildir<sup>338</sup>. Taraflar dilerlerse akdin sebebini belirtirler dilerlerse bunu belirtmezlerdi. Fakat sebebe bağlı olan bir *stipulatio* akdi yapılmak isteniyorsa; sebep açıkça belirtilmek durumundadır<sup>339</sup>. Mesela “*Centum mihi dari spondes?*” “Bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?” sorusuyla akit sebebini gösterilmeden yapılmaktadır. Fakat aynı taahhüt “*Centum mihi dotis causa dari spondes?*” “Bana dos sebebiyle 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?” şeklinde yapılırsa sebep gösterilmekte böylece *stipulatio* sebebe bağlı hale gelmektedir<sup>340</sup>. Önceden belirtildiği gibi *stipulatio*’ da sebep gösterilmemesi akdin sebebe bağlı olmaması için yeterlidir.

*Stipulatio* akdinin sebebe bağlı yapılıp yapılmadığının pratik hayatta önemli sonuçları bulunmaktaydı. Akdin sebebe bağlı olması durumunda alacaklı alacağını temin edebilmek için sebebini varlığını ve geçerliliğini ispat külfetini yüklenmiştir; sebebe bağlı olmayan *stipulatio* akitlerinde ise alacaklının sadece *stipulatio* akdinin yapıldığını ispat etmesi yeterliydi<sup>341</sup>.

#### 3.2.1. Sebebe bağlı stipulatio

*Stipulatio* akdi birçok hukuki gayelerin gerçekleşmesi için yapılabilen bir akit türüydü. Hukuki işlemlerin temelinde ki Roma hukukunda kabul edilen *causa solvendi* (ifa sebebi), *causa credendi* (alacak sebebi), *causa donandi* (bağışlama sebebi) sebeplerini içeren *stipulatio*’ lar yapılabiliyordu. Diğer bir deyişle *stipulatio* akdi tüm

<sup>337</sup> Akıncı (2013), s. 19.

<sup>338</sup> Zimmermann (1996), s.91.

<sup>339</sup> Zimmermann (1996), s.92.

<sup>340</sup> Rado (2006), s.96; Zimmermann (1996), s.91.

<sup>341</sup> Rado (2006), s.96.

hukuki sebepleri gerçekleştirmek için yapılabilen tatbik sahası çok geniş bir akitti. *Tradatio* muamelesi de bu yönüyle *stipulatio*' ya benzemektedir<sup>342</sup>.

*Stipulatio* akdi yapılırken sebebi akdin içerisinde gösterilmişse sebebe bağlı *stipulatio*' dan bahsederiz<sup>343</sup>. Sebebin akdin içerisinde gösterilmesi şarttır başka bir yazılı belgeye sebebin yazılması yeterli değildir. Sebebe bağlı bir *stipulatio* akdi yapılması durumunda artık *stipulator* yapılan *stipulatio*' da gösterilen sebebin varlığını ve geçerliliğini ispatla yükümlü olduğu gibi<sup>344</sup>, *promissor* da yapılan *stipulatio* akdinin sebebinin geçersiz olduğunu ileri sürerek borcu ifa etmekten kaçınabilecektir<sup>345</sup>. Böyle bir *stipulatio* akdinde işlemin hukuki sebebinin olmaması veya herhangi bir sebeple geçersiz olması, *stipulatio* akdinin de geçersiz olması için yeterlidir. Böyle bir *stipulatio* akdinden dolayı borç doğmaz<sup>346</sup>. Mesela olmayan bir kullanım ödücü akdi için sebep gösterilerek yapılan *stipulatio* ile geri iade taahhüdü alınmışsa *stipulatio* akdinin geçerliliğinden söz edemeyiz. Aynı şekilde kullanım ödücü akdinin batıl olması durumunda da akit geçersiz olduğu için iade *stipulatio*' su da geçersiz olur. Böyle bir durumda ödünç verenin malı *stipulatio*' ya dayanan davayla değil yerine göre *rei vindicatio* ile veya *condictio* ile istemesi gereklidir<sup>347</sup>.

Ariyet örneğine benzer şekilde *dos* sebebiyle yapılan bir *stipulatio* akdinde *Maveius Titius*' a 100 vermeyi taahhüt etse, yapılmış olan evlilik herhangi bir sebepten geçersiz olursa artık *Titius stipulatio* akdine dayanarak dava açması durumunda evliliğin geçerliliğini ispat edemedikçe *Maevius*' tan 100 talep edemeyecektir. Evliliğin hiç yapılmamış olması halinde de durum aynıdır; sebep gerçekleşmediği için *dos* talep edilemez<sup>348</sup>. Fakat *stipulatio*' da sebep gösterilmiş olmalıdır. Aksi takdirde *stipulatio* sebepten soyut hale gelir ve bu durumda davalı sebebin yokluğunu ya da geçersizliğini

<sup>342</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.213.

<sup>343</sup>Zimmermann (1996), s.92.

<sup>344</sup>Akıncı (2013), s.19.

<sup>345</sup>Rado (2006), s.97.

<sup>346</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.214.

<sup>347</sup>Kanaatimizce batıl olsa bile akit sebebiyle alacak hakkı olan kişinin, hakkaniyetin gerektirmesi şartıyla, alacağını *stipulatio* akdi ile de geri isteyebilmesi Roma Hukuku yapısına daha uygun olur. Çünkü böyle durumlarda akit geçersiz olarak kurulmuş olsa bile edim yerine getirilmiş fakat karşı taraftan iade edimi akdin geçersizliği sebebiyle istenememekte, istihkakın zaptına veya sebepsiz zenginleşmeye yol açmaktadır. Sebebe bağlılık anlayışı ile, gerçekleşmeyen hukuki işlem neticesinde borç yüklenen *promissor*' un korunması amacı aşılarak *promissor*' un elde ettiği edimi akdin batıl olması sebebiyle geri vermemesi durumuna varmaktadır. Böyle durumlarda *stipulatio* akdinin taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilmesi kastıyla sebebi geçersiz olsa bile iadeyi içeren *stipulatio*' ların geçerli olarak kabul edilmeleri, *rei vindicatio* veya *condictio* davalarına kıyasla daha pratik bir çözüm olarak düşünülebilir.

<sup>348</sup>Zimmermann (1996), s.92.

ispat etmedikçe borcu ödemekten kurtulamaz. Bu *dotis promissio* içindir. *Dotis dictio* ise sebebe bağlı bir hukuki işlemdir, sebepten soyut olarak yapılamamaktadır<sup>349</sup>.

### 3.2.2. Sebebe bağlı olmayan stipulatio

*Stipulatio* akdinin kurucu unsuru olan soru ve cevapta sebepten bahsedilmemesi durumunda sebebe bağlı olmayan *stipulatio*' dan bahsedilir<sup>350</sup>. Böyle bir *stipulatio* geçerli olarak kurulurdu. Aslında temelinde bir sebep olmasına rağmen, *stipulator* bu sebebin varlığını ve geçerliliğini ispat mecburiyeti altına girmezdi. Alacaklı yalnızca *stipulatio* yapıldığını ispat etmekle alacağını isteyebilirdi<sup>351</sup>. Akitte sebep gösterilmediği halde taraflar bir akdin sebebini yazılı belgeyle tespit etseler veya akde şahitlik eden kimselerin varlığı söz konusu olsa bunlar da *stipulatio* akdini sebebe bağlı hale getirmemekteydi. Ancak böyle durumlarda bu yazılı vesikalar veya şahitler borcun gerçekte sebebinin bulunduğu ispatı için delil olarak kullanılabilirdi.

Sebebe bağlı olmadan yapılmış bir *stipulatio*; akdi tamamen sebepten hariç tutacak hale getirmezdi. Ancak akdin sebebinin geçerliliğini akdin geçerliliğinden, ispat külfeti, kullanılacak hukuki kurumlar yönünden uzaklaştırırdı. Borçlu böyle bir *stipulatio*' ya karşı kendisini def'i yoluyla (*exceptio doli*) savunabilirdi<sup>352</sup>. Ayrıca sebebin geçersizliğini ispat yükü altına girerdi<sup>353</sup>.

Sebebe bağlı olmayan *stipulatio*' ların hukuki açıdan önemli pratik sonuçları vardı. Sebebi geçersiz olsa bile bir *stipulatio*'ya dayanarak yapılan geçerli devir işlemi neticesinde mülkiyet geçerdi. Çünkü geçerli bir taahhüt muamelesine dayanarak yapılan tasarruf muameleleri geçerli sonuç doğurmakta ve mülkiyeti karşı tarafa nakletmektedir<sup>354</sup>. Böylece sebep bağlı olmayan *stipulatio*' lar ile hukuki sebepten

<sup>349</sup>Akıncı (2010b), s. 225.

<sup>350</sup>Zimmermann (1996), s.92.

<sup>351</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.214.

<sup>352</sup>Zimmermann (1996), s.93.

<sup>353</sup>Zimmermann (1996), s.93.

<sup>354</sup>Romalıların mülkiyeti geçirme konusunda oldukça hassas oldukları görülür. Nitekim Roma Hukuku'nda iyiniyetli üçüncü kişileri korumayan *nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet* (kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez) kuralı da bu yönde bir uygulamadır. Fakat bu kural, kişinin sahip olmadığı hakları karşı tarafa nakletmesi ve üçüncü kişilerin hak kazanıp kazanmayacağı hususundadır. Hukuk sistemi tarafından geçerli olarak kurulmuş bir aktin mülkiyetin intikalini sağlayıp sağlamayacağı ayrı bir meseledir. Tradatio (teslim) ile mülkiyetin geçmesini hukuka uygun hale getiren sebebe *iusta causa traditionis* denmektedir. *Iusta causa traditionis* olarak ifa sebebiyle (*iusta causa solutionis*) yapılan ifalarda sebep geçerli olmasa da mülkiyetin geçtiği görülmektedir.



yoksun olarak mülkiyetin karşı tarafa geçebildiğini görebilmekteyiz. Mesela sebebe bağlı olmayan bir *stipulatio*’ ya dayanarak bir *traditio* muamelesi (teslim) yapılırsa sebep geçersiz olsa bile mülkiyet geçmektedir<sup>355</sup>. Bu durumda geçerli olmayan sebebe dayanarak edimini ifa eden geri almak için mülkiyet hakkına dayanarak *rei vindicatio* davası açamazdı, çünkü mülkiyet geçmiştir. Verdiğini ancak bir *condictio* (sebepsiz iktisap davası) ile geri isteyebilirdi<sup>356</sup>.

Sebebi geçerli olmayan bir *stipulatio* akdine istinaden *promissor* vaadini yerine getirmiş olsa, *promissor*’ un sebebin geçersizlik türüne göre farklı davalar açma imkânı vardı. *Stipulatio* akdinin geçersizliği ahlaka aykırılıktan kaynaklanıyorsa, *promissor* edim konusunu *condictio ob turpem causam*’ la; edim haksız ise *condictis ob injustam causam*’ la, almadığı bir paranın *stipulatio* sebebiyle iadesini yapmış olsa *condictio indebiti*’ yle geri talep edebilirdi<sup>357</sup>.

Sebebe bağlı olmayan *stipulatio*’ lar alacağın temini için hızlı ve pratik bir yoldur. Bununla beraber zamanla hakkaniyete aykırı sonuçlar oluşturabilen veya haklı durumdaki *stipulatio* borçlusuna ağır ispat külfetleri yüklemek gibi sakıncaları bulunan bir yol olduğu görülmektedir. Mesela bir tüketim ödünçü alma ümidi ile 100 vermeyi soyut bir *stipulatio* ile taahhüt eden *promissor*, tüketim ödünçünü alamasa bile *stipulatio* sebebiyle *stipulator*’ a karşı mesul durumdadır. *Stipulator*, *stipulatio*’ dan doğan *actio* ile alacağının tahsili için sadece *stipulatio* akdinin varlığını ispat etmekle yetinir, tüketim ödünçü verdiğini ayrıca ispat etmesine gerek yoktur. Bu durum tüketim ödünçü almadığı halde *stipulatio* ile borçlanan kişinin almadığı borcu ödemek zorunda kalmasına sebep olur. Bu gibi hakkaniyete aykırı durumları fark eden *praetor*’ lar alacaklının açtığı davaya karşı sebepsiz yere borçlanan *stipulatio* borçlusuna *exceptio doli generalis* ileri sürerek aslında borç sebebinin mevcut olmadığını yani paranın kendisine verilmemiş olduğunu ispat ederek mahkumiyetten kurtulmasına imkân verdiler<sup>358</sup>. Her ne kadar bu uygulama, borçlunun sebebin yokluğunu ispat etmesi şartıyla<sup>359</sup>, sebepten soyut *stipulatio*’ dan doğan borcun tahsil edilememesine diğer bir deyişle borç doğurmamasına sebep olsa da, sebepten soyutluk devam etmektedir. Çünkü borçlu aleyhine ispat yükü vardır.

<sup>355</sup>Y. Büyükay (2007). *Roma borçlar hukukunda hata*. Ankara: Yetkin Basımevi, s.102,103.

<sup>356</sup>Büyükay (2007), s.103.

<sup>357</sup>Arsebük (1953), s.391.

<sup>358</sup>Rado(2006), s.97; Gürten(2007), s.64; Akıncı (2013), s.20; Erdoğan (2012), s.64.

<sup>359</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.214.

### 3.3. Sebebe Bağlı ve Soyut Stipulatio' ların Tarihi İlişkisi

Roma Hukuku' nun ilk dönemlerinde beyana çok değer veriliyor fakat gerçek iradeye fazla önem verilmiyordu. *Ius civile* için önemli olan şekildi<sup>360</sup>. Bu sebeple irade fesadı hallerinde mesela hataya düşen hile ile aldatılan korunmuyor, kişinin hakiki iradesine değil; irade beyanına önem veriliyordu. Fakat bu haksız ve hakkaniyete son derece aykırı neticeler veren uygulamaları engellemek için *praetor*' lar belirli faaliyetlerde bulundular. Bu faaliyetler neticesinde *actio doli*, *exceptio doli*, *actio metus*, *exceptio metus*, *in integrum restitutio*<sup>361</sup>, *interdictum* ve *praetor stipulatio'su*<sup>362</sup> hukuki kurumlarının ihdas edildiği görülmektedir. Böylelikle hukuki muamelesi irade hatası ile sakatlanan kişiler korunmaya çalışılmıştır. Aynı *actio* ve def'i ler *stipulatio* akdi ile sözkonusu olan borçlanmalar içinde kullanılabilmekteydi. *Praetor* hukukunun gelişmesi ile birlikte hile tehdit gibi irade fesatlarıyla sakatlanan *stipulatio* akitlerinde *promissor* yüklendiği edimi dava *formula'* sına yazdırarak iddiasını ispat etmesi şartıyla akitle bağlı olmaktan kurtulabiliyordu<sup>363</sup>. Bu itibarla soyut *stipulatio'* lardan doğan borcun istenmesi hakkaniyete aykırı bir sonuç doğuruyorsa borçlunun *exceptio doli generalis* ileri sürerek sebebin gerçekleşmediğini ileri sürebileceği kabul edildi<sup>364</sup>. Fakat bu halde hukuki sebebin bulunmadığını ispat etmesi lazımdı<sup>365</sup>. Ayrıca bu gelişmelerin bir neticesi olarak hataya düşen kimsenin *stipulatio* neticesinde borçlanmayacağı açık bir şekilde *Iustinianus Institutiones'* inde de geçmektedir<sup>366</sup>.

Klâsik devrin sonlarına kadar davalıya yükletilmiş olan ispat yükü, *Caracalla'* nın bir emirnamesiyle bu defa davacıya yüklendi<sup>367</sup>. Böylece soyut *stipulatio'* larla sebebe bağlı *stipulatio'* lar arasındaki fark önemli ölçüde azalmış oldu. Hatta soyut *stipulatio* kavramı bir nevi ortadan kalkmış oldu. Mesela sebebe bağlı olmayarak yapılan bir tüketim ödöncü iade *stipulatio'* sunda davacı tüketim ödöncü verdiğini ispat etmedikçe tüketim ödöncü alacağını *stipulatio* ile tahsil edemiyordu. Ayrıca *stipulatio* borçlusunu bir sebepsiz zenginleşme davası olan *condictio sine causa* davasını açarak alacaklının

<sup>360</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001a), s.173.

<sup>361</sup>Akinci (2010b), s.126,129.

<sup>362</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001a), s.96.

<sup>363</sup>P. Stein (1999). *Roman law in european history*. Cambridge: Cambridge University Press, s.10.

<sup>364</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.214.

<sup>365</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.214.

<sup>366</sup>Iustinianus (1968), s.258,259.

<sup>367</sup>Rado(2006), s.97.



sebebsiz yere elde ettiği alacak hakkının ortadan kaldırılmasını isteyebilirdi (*querele non numerate pecuniae*)<sup>368</sup>.

Klâsik dönem boyunca ve önceki dönemlerde *stipulatio* genellikle sebepli yapılmakla beraber<sup>369</sup> *stipulatio*' nun sebebe bağlı olmadan kullanımı da yaygındı<sup>370</sup>. Fakat *Iustinianus* soyut *stipulatio*' yu tamamen ortadan kaldıran esasları yürürlüğe soktu<sup>371</sup>. Bu esaslara göre davacı soyut *stipulatio*' ya dayanarak dava açması durumunda borçlu alacak sebebinin mevcut olmadığını ileri sürerse, alacaklı alacağın sebebinin varlığını ve geçerliliğini ispatlamak zorunda kalıyordu. Böylece pratik sonuçları bakımından soyut *stipulatio*, sebebe bağlı *stipulatio* haline dönüşmüş oldu<sup>372</sup>.

*Stipulatio*' nun yapıldığına dair mücerret bir borç senedi düzenlenmişse bile bu borç senedi tek başına *stipulatio* akdinin sebebinin varlığını ispatlamaya yetmiyor, davalı böyle bir borcun sebebinin bulunmadığını örneğin borç sebebi olan tüketim ödücünün hiç verilmediğini iddia ederek *exceptio non numeratae pecunia* ileri sürebiliyordu<sup>373</sup>. Bu halde borcun sebebinin mevcut olduğunu ispat yükü alacaklıya düşüyordu<sup>374</sup>.

Bütün bu hukuki gelişmeler göz önüne alındığında *ius civile*' deki sert hükümlerinden ilk önce *praetor* hukukuyla daha sonra imparator *Caracalla*' nın emirnamesiyle en son olarak da *Iustinianus*' un koyduğu esaslarla *stipulatio* akdinin sebepten soyutluktan zamanla sebebe bağlı hale dönüştüğü görülmektedir<sup>375</sup>.

#### 4. *Stipulatio*' nun Geçersizliği

*Stipulatio*' nun konusu menkul veya gayrimenkul olabilir yeter ki mülkiyetimize girebilsin<sup>376</sup>. Bir şeyi mülk edinebilmek için ise cismani varlığa sahip olması<sup>377</sup> aynı zamanda da mülk edinmeye elverişli olması gerekir. Bundan maksat cismani varlığa

<sup>368</sup>Rado(2006), s.97, Gürten (2007), s.65; Koschaker ve Ayiter (1977), s.214; Arsebük (1953), s.391.

<sup>369</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.214.

<sup>370</sup>Rado(2006), s.97, 98.

<sup>371</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.214.

<sup>372</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.214.

<sup>373</sup>Zimmermann (1996), s.93.

<sup>374</sup>Rado (2006), s.98.

<sup>375</sup>Sebepten soyut hukuki muamele kavramı bugün B.K.' da da kabul edilmektedir. Nitekim B.K. m.18' de " Borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir" hükmü bulunmaktadır.

<sup>376</sup>Iustinianus (1968), s.251.

<sup>377</sup>M. Ünal ve V. Başpınar, (2010). *Şekli eşya hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.66.

sahip olan şeyin ele geçirilmesinin, iktisap ve tasarrufunun mümkün olmasıdır<sup>378</sup>. Aynı şekilde *stipulatio* akdine konu olan malın *res mancipi* olabileceği gibi *res nec mancipi* de olabilir. Akit yapılırken şahite gerek olmadığı gibi şahitin varlığı veya yokluğu *stipulatio* akdinin geçerliliğine tesir etmez<sup>379</sup>. Sadece *stipulator* ve *promissor* geçerli olarak *stipulatio* akdini yapabilirler<sup>380</sup>. Tarafların kendi aralarında söylemiş olduğu sözlerin, *stipulatio* gibi önemli sonuçları olan bir akdin kurulması için yeterli sayılması, Romalıların verdikleri söze büyük önem verdiklerini göstermektedir<sup>381</sup>.

*Stipulatio* akdi diğer hukuki işlemlerin geçersizlik sebepleri dolayısıyla geçersiz hale gelebileceği gibi kendisine has sıkı şekil şartları ayrıca kendisine has yapısı ve ehliyet şartlarından dolayı da geçersiz olabilirdi. Roma hukukunda geçersizlik sebeplerin başlıcaları; irade uyumsuzluğu, temyiz kudretinin yokluğu, imkânsızlık, ahlaka, adaba, *bona fides*' e (iyiniyet), şekle ayrıca Romalıların tam kanun adını verdikleri *legis perfecta* kurallarına aykırılıktı<sup>382</sup>. Bütün bu sebepler *stipulatio* akdinin de geçersizliği sonucunu doğururdu. Ayrıca *stipulatio*' nun geçersizliğiyle ilgili birçok genel hüküm aralarında bazı değişiklikler olmakla beraber hem *Gaius*' un *Institutiones*' inde hem *de Iustinianus Institutiones*' inde bulunmaktadır. Bizde *stipulatio*' da geçersizlik konusunu ayrı bir üst başlık olarak incelemeyi uygun gördük.

#### 4.1. İmkansızlık Sebebiyle

*Stipulatio*' nun konusunun imkânsız olması durumunda yapılan *stipulatio* geçersizdir. Buradaki imkânsızlığın maddi imkânsızlık veya hukuki imkânsız olması arasında akdin geçersizliğine etki etmesi yönünden bir fark yoktur. Diğer bir deyişle *promissor*' un *stipulatio* ile yüklendiği edimin ifasının objektif olarak veya hukuken imkânsızlık sebebiyle mümkün olmaması akdin geçersiz olması için yeterlidir. İmkânsızlık akit sırasında var ise akit geçersizdir. Akitten sonra imkânsız olan bir borcun varlığı halinde *stipulatio* akdi sükût eder. Bu durumda *stipulator stipulatio* ile imkânsız hale gelmiş edimi talep edemez diğer bir deyişle geçersiz olur. *Stipulatio* akdi ile seçimlik borç ilişkisi kurulmuş olsa, seçimlik edimlerden birisinin taraflara isnadı

<sup>378</sup>Ünal ve Başpınar, (2010), s.67.

<sup>379</sup>Akıncı (2013), s.18.

<sup>380</sup>Nicholas (2008), s.104; Rado (2006), s.92.

<sup>381</sup>Rado (2006), s.92.

<sup>382</sup>Akıncı (2010b), s.135.

mümkün olmayan bir sebeple imkânsız olması durumunda diğer seçimlik edim borcun konusunu oluşturacağı için *stipulatio* akdi geçerliliğini korumaya devam eder.

İmkânsız bir olayı şart<sup>383</sup> olarak tayin etmek veya imkânsız bir olayın tarihini *stipulatio*' nun vadesi olarak belirlemede akdin geçersizliğine sebep olur<sup>384</sup>. Örneğin güneşin güneyden doğduğu günün vade olarak kararlaştırıldığı bir *stipulatio* akdi veya şu beş sene önce ölmüş kölenin çocuğunun doğması şartıyla yapılan bir *stipulatio* akdi geçersizdir. İmkansız vadeye bir örnekte İstanbul'da yapılan akitte ifanın ertesi gün Roma'da ödeneceğinin vaad edilmesidir. Çünkü o devirde istanbulda sözleşme yapıp ertesi gün Roma'da bulunmak imkânsızdır. Böyle *stipulatio*' lar imkânsız vade sebebiyle geçersiz olur. Bununla beraber iki şarttan birisinin imkânsız olması durumunda *stipulatio* geçerli olarak kurulurdu<sup>385</sup>.

### **Ius. Ins. 3.15.5**

*“Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti «Carthagine dare spondes?» quae stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempusiniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam. Et ideo si quis ita Romae stipuletur «hodie Carthagine dare spondes», inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.”*

“*Stipulatio*' da yeri belli etmek adettir. Mesela «Kartaca' da vermeyi taahhüt ediyor musun?» Her ne kadar bu *stipulatio* kayıtsız şartsız yapılmış kabul edilirse de, taahhüt edenin, parayı Kartaca' da tediye etmesi için, halin icabına göre gerekli bir vadesi vardır. Binaenaleyh şayet bir kimse, Roma' da şöyle bir *stipulatio* yapsa «Bugün kartaca' da vermediği taahhüt ediyor musun?» bu *stipulatio* hükümsüzdür, zira vaat edilen şey imkânsızdır.”

Geçmişe ait bir şartın *stipulatio* anında gerçekleşmemiş olması durumunda da *stipulatio* baştan itibaren geçersiz olur. Mesela önceden ölmüş olan *Titius* kastedilerek «*Titius* yaşıyorsa bana 10 vermeyi taahhüt ediyor musun?» Şeklinde yapılan bir *stipulatio* geçersizdir. *Titus stipulatio* yapıldığı anda yaşıyor olsaydı *stipulatio* derhal

<sup>383</sup>Harvey (1996), s.35.

<sup>384</sup>Lee (1956), s.357; Roby (2000b), s.17.

<sup>385</sup>Roby (2000b), s.19.

geçerli olarak kurulurdu<sup>386</sup>. İmkansız bir olayın vaki olmamasının şart olarak kararlaştırılması durumunda şartın varlığı dikkate alınmaksızın *stipulatio* derhal kurulmuş sayılır. Mesela «Güneşe parmağımla dokunmazsam 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?» Bu durumda *stipulatio* derhal geçerli olarak kurulur. Çünkü şartın gerçekleştiği açıktır. Akdin hüküm ve sonuç doğurması gerçekleşmesi imkânsız şartın gerçekleşmemesine bağlı olduğu için burada Romalı hukukçular şartın vaki olup olmayacağını beklenmesine gerek duymamışlardır<sup>387</sup>. Bu konuda *Iustinianus Institutiones*' inde şöyle bir metin bulunmaktadır:

### **Ius. Ins. 3.19.11**

*“Si impossibilis condicio obligationibus adiiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis ita dixerit: si, digito caelum attigero, dare spondes? at si ita stipuletur, si digito caelum non attigero, dare spondes? Pure facta obligatio intellegitur ideoque statim petere potest .”*

“Şayet borçlara imkânsız bir şart ilave edilmişse, *stipulatio* batıldır. İmkânsız şart vukuuna tabiatın imkân vermediği zaman mevcut olur. Meselâ bir kimse şöyle söylese «Parmağımla göğe dokunursam vermeği taahhüt ediyor musun?» Fakat bilakis *stipulatio* şöyle yapılmışsa: «Göğe parmağımla dokunmazsam vermeyi taahhüt ediyor musun?», borcun kayıtsız şartsız olarak teşekkül ettiği ve ifanın derhal talep edilebileceği anlaşılır.”

#### **4.1.1. Maddi imkânsızlık**

Akde konu olan edimin cismani olarak yerine getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda maddi imkânsızlıktan söz ederiz. *Stipulatio* ile verilmesi vaad edilen kölenin *stipulatio* akdi yapılırken ölü olması, gökyüzündeki yıldızlardan birisinin

<sup>386</sup>Iustinianus (1968), s.247.

<sup>387</sup>Aynı hükmün vade içinde geçerli olduğu kanaatindeyiz. Mesela «Parmağımla güneşe dokunmadığım tarihte bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?» şeklindeki bir *stipulatio* ‘ nun vade göz önüne alınmaksızın derhal geçerli olarak kurulması icap eder.

mülkiyetinin vaad edilmesi veya yirmi bacaklı bir koyunun ariyet olarak verilmesi taahhüdü maddi imkânsızlığa örnektir<sup>388</sup>. Parça borcuna konu olan edimin sonradan telef olması durumunda da maddi imkânsızlık söz konusu olur. Bütün bu hallerde *stipulatio* akdi geçersiz olur. *Dare* veya *facere* ediminin imkânsız olması arasında da geçersizlik açısından bir fark yoktur. Mesela *stipulatio* ile verilen; güneşe değen bir bina yapılması taahhüdü de güneşin mülkiyetinin devri taahhüdü gibi geçersizdir.

#### 4.1.2.Hukuki imkânsızlık

Roma Hukukunda hukuki imkânsızlık durumu farklı şekillerde kendisini göstermektedir. Kutsal eşyaların (*res sacrae*), dini nitelik taşıyan malların (*res religiosae*), kutsanmış eşyaların (*res sanctae*), halkın kullanımına açık olan herkes için ortak olan malların (*res communes omnium*) veya kamu mallarının (*res publicae*) mülk edinilmesi hukuken imkânsız olduğu için *stipulatio* akdinin konusunu teşkil ettikleri zaman akdin imkânsızlık sebebiyle geçersiz olmasına sebep olurlar<sup>389</sup>.

Kişinin köle zannettiği kişiyi *stipulatio* ile vaad etmesi durumunda *stipulatio* hukuki imkânsızlık sebebiyle geçersiz olur<sup>390</sup>. Hür bir kişi mülk edinilemez ki tasarrufa konu olsun. Aynı şekilde kişinin hür olduğunu bildiği kimseyi ya da hür olduğu halde kendisini köle olarak *stipulatio* ile vaad etmesi de geçersizdir. Kölenin kendisinin mülkiyet devrini başka birisine *stipulatio* ile vaad etmesi durumunda efendisi köleyi teslim borcu altına girmez. Benzer şekilde hür birisinin satım konusu yapılarak köle olunca sana satmayı vaad ediyorum şeklinde yapılan *stipulatio*' da geçersizdir<sup>391</sup>. Çünkü onun satıma konu olabilmesi için mülkiyete girebilmesi gerekmektedir fakat halihazırda bu imkânsız olduğu için akitte geçersiz olur<sup>392</sup>. Bununla beraber hür bir kişinin üçüncü kişinin köle olmasını veya kölenin hür olmasını; yapılan *stipulatio* akdinde taliki şart olarak belirlemek Roma Hukuku' nun temel prensiplerine göre geçerli olmalıdır. Çünkü bu bir olay niteliğindedir. Gerçekleşmesi mümkün olan bir olay roma hukukuna göre şart olarak kararlaştırılabilir.

<sup>388</sup>Doğan (2006), s.19.

<sup>389</sup>Akıncı (2010b), s.235,236,237,238.

<sup>390</sup>Roby (2000b), s.17; Yeşiller (2011), s.81.

<sup>391</sup>Cracknell ve Wilson (1990), s.109.

<sup>392</sup>Iustinianus (1969), s.253.

İmkânsız olan edimin, taahhüt sırasında imkânsız olmasıyla taahhüt edildikten sonra imkânsız olması arasında bir fark yoktur yeter ki borçlunun kusuruyla edim imkânsız hale gelmiş olmasın. Bu itibarla taahhüt eden kişinin mülkiyetinde olan taahhüt edilen bir malın, devlet tasarrufuyla dini mal kabul edilmesi durumunda veya taahhüt edilen kölenin tarafların bir kusuru olmaksızın ölmesi durumunda, konu imkânsız hale geldiği için akit geçersiz hale gelip tarafların borçları sükût eder<sup>393</sup>.

Kişinin kendi kölesiyle *stipulatio* yapması geçersizlik olarak kabul edilmekteyken daha sonraları bu *stipulatio*' dan tabii borç doğacağı kabul edilmiştir<sup>394</sup>. Benzer şekilde aile evladıda aile babasıyla geçerli olarak *stipulatio* yapamaz<sup>395</sup>. Kişinin kendisine ait bir malı başkasına taahhüt ettirmesi durumunda imkânsızlık olduğu için geçersizdir. Çünkü kişi zaten kendi malının malikidir başkasından onun mülkiyetini iktisap edemez. Fakat halihazırda üçüncü kişinin mülkiyetinde olan bir malın taahhüt ettirilmesi durumunda imkânsızlık söz konusu değildir. Çünkü burada objektif bir imkânsızlık söz konusu değildir subjektif imkânsızlık vardır. Subjektif imkânsızlık ise akdin geçerli olarak kurulmasına engel teşkil etmez.

Kişinin kendisine ait malın taahhüt ettirilmesi durumu *Iustinianus Institutiones*' inde de hukuki imkânsızlık kapsamında değerlendirilmiştir. *Gaius Institutiones*' inde de ayrı bir madde halinde bu durum hükme bağlanmıştır:

### **Gai. Ins. 3.99**

*“Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ignorans rem suam esse darisibi eam stipuletur; quippe quod alicuius est, id ei dari non potest.”*<sup>396</sup>

“Bundan başka, bir kimse bir şeyin kendisine ait olduğunu bilmeyerek, onun kendisine verilmesini *stipulatio* ile taahhüt ettirirse , *stipulatio*

<sup>393</sup> Benzer bir hüküm E.B.K. m. 117' de ve B.K. m. 136'da bulunmaktadır. B.K. m. 136 ' ya göre:

“Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür .”

<sup>394</sup> Harvey (1996), s.33.

<sup>395</sup> Harvey (1996), s.33.

<sup>396</sup> Gaius (1953), s.15,16.

hükümsüzdür(inutilis); zira bir kimseye ait olan şey o kimseye verilemez<sup>397</sup>."

#### 4.1.3. İmkânsızlıkla ilgili institutiones hükümleri

*Iustinianus institutiones*' inde *stipulatio*' da imkânsızlıkla ilgili yukarda izah edilen konularla alakalı hükümler ve örnekler bulunmaktadır:

##### **Ius. Ins. 3.19 - 3.19.2**

*“Omnis res quae dominio nostro subicitur in stipulationem deduci potest, sive illa mobilis sive soli sit. At si quis rem quae in rerum natura non est aut esse non potest dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio. Idem iuris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo eita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel rem cuius commercium non habuit, vel rem suam, dari quis stipuletur. nec in pendenti erit stipulatio ob id quod publica res in privatum deduci et ex libero servus fieri potest et commercium adipisci stipulator potest et res stipulatoris esse desinere potest: sed protinus inutilis est. item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum qua causa de quibus supra dictum est sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. ac ne statim ab initio talis stipulatio valebit LUCIUM TITIUM, CUM SERVUS ERIT, DARE SPONDES? et similia, quia natura sui dominio nostro exempta in obligationem deduci nullo modo possunt.”*

“Gerek menkul (*res mobilis*) gerek gayrimenkul (*res soli*), mülkiyetimize girebilen her şey *stipulatio*' ya mevzu teşkil edebilir. 1.Fakat, tabiatta mevcut olmayan veya mevcut olmasına imkân bulunmayan bir şeyin, meselâ sağ zannedildiği halde ölmüş bulunan *Stichus*' un veya mevcut bulunması mümkün bulunmayan *hippocentaurus*' un<sup>398</sup> *stipulatio* ile verilmesi vaat edilseydi, bu *stipulatio* hükümsüz olurdu. 2. İnsani hukuka dâhil zannedilen dini veya mukaddes bir şey, meydan ve tiyatro gibi, halkın,

<sup>397</sup>Gürten (2007), s.44.

<sup>398</sup>*Hippocentaurus* yeryüzünde bulunmayan insan kafalı at vücutlu efsanevi hayali bir varlıktır.

daimi olarak hizmetine arz olunmuş bir amme eşyası, köle zannedilen hür kimse, *commercium* dışı bir mal, veya esasen kendisine ait olan bir şeyin vaat ettirmek hususunda *stipulatio* yapıldığı hallerde de hukuki durum aynıdır. Amme malının hususi mal haline gelmesi, hür adamın köle olabilmesi, *stipulatio* yapanın o şeyin *commercium*' unu haiz olmaya başlayabilmesi, veya şeyin *stipulatio* yapana ait olmaktan çıkabilmesi ihtimalleri de, *stipulatio*' yu muallaklık haline düşürmez: başlangıçta ve derhal hükümsüzdür. Keza aksine, başlangıçta muteber olarak *stipulatio* mevzuu olduğu halde, bilâhara, vaat edenin (*promissor*) bir dahli bulunmadan, o şey yukarda söylenen hallerden birisine düşerse, *stipulatio* sükût eder. Hatta şöyle ve benzxeri *stipulatio*' lar menşeinden itibaren muteber olmayacaktır: -*Lucius Titius* köle olduğu vakit onu bana vermeyi taahhüt ediyor musun?- zira mahiyetleri icabı mülkiyetimize giremeyen şeyler, hiçbir suretle borç mevzuu olamazlar."

Aynı şekilde *Gaius*' un *institutiones*' inde de daha kısa olarak *stipulatio*' da imkânsızlık sebebiyle geçersizlik halleri örneklerle belirtilmiştir:

### **Gai. Ins. 3.97 - 3.98**

*"Si id quod dari stipulamur tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, uelut si quis hominem liberum quem seruum esse credebat, aut mortuum quem uiuum esse credebat, aut locum sacrum uel religiosum quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur. Item si quis rem quae in rerum natura esse non potest, uelut hippocentaurum, stipuletur, aequae inutilis est stipulatio.*

*Item si quis sub ea condicione stipuletur quae existere non potest, ueluti si digito caelum tetigerit, inutilis est stipulatio. sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde deberi putant, ac si sine condicione relictum esset; diuersae scholae auctores nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem. et sane uix idonea diuersitatis ratio reddi potest."*



“Eğer, *stipulatio* ile verilmesini taahhüt ettirdiğimiz şey, verilmesi imkânsız bir şey ise, *stipulatio* hükümsüzdür (inutilis), mesela bir kimsenin köle zannettiği hür bir insanın, veya hayatta zannettiği ölmüş bir kölenin veya beşeri hukuka tâbi olduğunu zannettiği mukaddes veya dini bir yerin kendisine verilmesini taahhüt ettirmesi gibi.

Keza bir kimse tabiatı eşya icabı mevcut olmayan bir şeyi, mesela bir santoru (mitolojideki insan başlı at) *stipulatio* ile taahhüt ettirmiş ise, yine *stipulatio* hükümsüzdür (inutilis).

Keza bir kimse parmağımla gökyüzüne dokunabilirsem gibi tahakkuku imkânsız bir şart altında *stipulatio* yaptırmış ise, *stipulatio* hükümsüzdür (inutilis). Fakat imkânsız şarta bağlı olarak bir mal vasiyet edilmiş ise, üstadlarımıza göre, hiçbir şart koşmadan bırakılmış gibi hareket etmek lazımdır; diğer mektebin müellifleri ise, mal vasiyetinin de (legatum) *stipulatio* gibi hükümsüz olduğu kanaatindedirler. Aradaki hüküm farkına makul bir sebep göstermek de güçtür.”

#### 4.2. Şekil Şartlarına Aykırılık

*Stipulatio* yapan tarafların konuşamayan veya işitemeyen kimseler olması durumunda *stipulatio* akdi hükümsüzdür<sup>399</sup>. Bu geçersizlik *stipulatio* akdinin sıkı şekil şartlarına dayanan sözlü bir akit olmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü sağır ve dilsiz kimseler *stipulatio* akdi yapamazlar<sup>400</sup>. Meclis birliği sağlanmadan farklı yerlerden taahhüt eden kimselerin yaptığı *stipulatio* akdi de geçersizdir, haberci kullanıp kullanmamaları arasında bir fark yoktur. Ayrıca kural olarak temsilci vasıtasıyla yapılan *stipulatio*’ da geçersizdir. Bunun belirli istisnaları olup tezimizin “*Stipulatio*’ da taraflar” başlığı altında inceledik.

*Stipulatio* akdi sözlü şekle bağlı bir akit olduğu için şekle aykırılık aynı şekilde geçersizlik neticesini doğurur. Akdin sağlıklı olarak kurulabilmesi için belirli sözlerin belirli sırayla ve aynı zamanda söylenmesi şekil şartıdır. Bu şekle riayet edilmemesi veya eksik olarak yerine getirilmesi geçersizlik neticesini doğurur. Taraflar *stipulatio* akdini sözle değil yazıyla yaparlarsa sözlü şekile ait tüm sözleri yazıya geçirerek

<sup>399</sup>Erdoğan (2012), s.64.

<sup>400</sup>Di Marzo (1959), s.423.

yapsalar dahi *stipulatio* akdi geçersiz olur. Her ne kadar Roma Hukuku' nun belirli dönemlerinde, doğu toplumlarının da etkisiyle *stipulatio* akdinin yapıldığına dair kayıtların yazılı belgeye kaydedilmesi yoluna gidilmişse de<sup>401</sup>; bu belgeler birer ispat vesikası olarak kullanılmaktaydı. *Stipulatio* sözlü şeklini Roma Hukuku' nun her döneminde korumuştur. Bununla beraber *iustinianus* döneminde yazılı vesikanın ispat gücü oldukça güçlenmişti. Yazılı bir vesika olduğu takdirde taraflardan *stipulatio* yapılmadığını iddia eden tarafın, vesikanın düzenlendiği tarihte tarafların aynı yerde bulunmadıklarını ispat etme yükünü üstlenmiş oluyordu<sup>402</sup>. Ayrıca yazılı bir belgeden birisinin vaad ettiği anlaşılıyorsa cevaptan evvel bir soru sorulduğu varsayılıyordu<sup>403</sup>. Bu dönemde yazılı belge *stipulatio*' nun yapıldığına dair kuvvetli bir ispat aracı olmakla beraber *stipulatio*' nun geçerliliğiyle doğrudan alakası yoktu<sup>404</sup>.

### 4.3. Ahlaka Aykırı Stipulatio' lar

Roma Hukukunda ahlaka adaba aykırı olan akitlerin geçersiz olduğu genel kuralı vardı. Bu *stipulatio*' lar içinde geçerli genel bir kuraldı. Her ne kadar *stipulatio* sebepten soyut olarak yapılabilen bir akit olsa da temelinde yatan sebebin ahlaka aykırı olması akdin geçersiz olması için yeterliydi. Mesela «şu adamı öldürmeyi taahhüt ediyor musun?» şeklinde yapılan bir *facere stipulatio*' su geçersiz olduğu gibi işlenecek bir cinayet için sebebi belirtilmeden «bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?» şeklinde akit yapsa bu da geçersiz olurdu.

#### **Ius. Ins. 3.19.24**

“*Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegum se facturum promittat, non valet.*”

“Ahlaka aykırı bir sebeple, mesela adam öldürme, veya dine aykırı bir şey yapmak üzere yapılan vaad muteber değildir”

<sup>401</sup>Zimmermann (1996), s.79,80.

<sup>402</sup>Jolowicz ve Nicholas (2008), s.418 ;Rado (2006), s.93.

<sup>403</sup>Iustinianus (1968), s.267; Zimmermann (1996), s.79,80.

<sup>404</sup> Bu konuyu detaylı olarak tezimizin “Stipulatio’ da şekil” başlığı altında inceledik.

#### 4.4. Ehliyet Yönünden Geçersizlik

Roma Hukukunda bir kişinin israf etmesi, akıl hastalığı bulunması, eski dönemlerde 14 daha sonra ise 25 yaşını doldurmamış olması veya *Iustinianus* dönemi müstesna kadın olması o kişinin fiil ehliyetini kısıtlardı. İsrاف eden kimselere, akıl hastalarına, 14 ile 25 yaş arasındaki baliğ küçüklere kayyım (*curator*), kadınlara ve 0 ile 14 yaş arasındaki küçüklere ise vasi (*tutor*) atanmak suretiyle hukuki işlemlere taraf olmaları sağlanırdı. Akıl hastalarının ve 0 ile 7 yaş arasındaki çocukların hiç temyiz kudreti olmadığı için hiçbir hukuki işlemi kendi başlarına yapamayacakları var sayılırken; müsriflerin, 7 ile 14 hatta sonraki dönemlerde 14 ile 25 yaş arasındaki küçüklerin ve kadınların sadece lehlerine olan hukuki işlemleri kendi başlarına yapabilecekleri kabul edilmişti. 14 25 yaş arası baliğ küçüklerin kayyımlarının izin veya icazeti hukuki işlemin geçerli olmasına kafi iken 7 ile 14 yaş arası küçüklerin vasilerinin izin veya icazeti yeterli sayılmamış, hukuki işleme katılımları (*auctoritas*) işlemin geçerliliği için gerekliydi. Kadınların ve müsriflerin hukuki işlemlerine vasileri veya kayyımları tarafından sonradan izin verilmesi veya önceden icazet verilmesi de yaptıkları hukuki işlemlerinin geçerli olması için yeterliydi. Bütün bu ehliyet kuralları *stipulatio* için de geçerliydi. Nitekim *institutiones*' de *stipulatio* ehliyeti ile ilgili hükümler de bulunmaktadır.

##### 4.4.1. Akıl hastalarının durumu

Hem klâsik hukuk döneminde hemde *iustinianus* döneminde akıl hastalarının yaptıkları *stipulatio*' lar geçersiz sayılıyordu<sup>405</sup>. Bunun sebebi ise bunların temyiz kudretine sahip olmamalarıdır.<sup>406</sup> Hukuki işlem yapabilmeleri için kendilerine kayyım atanır ve kayyım onlar hesabına hukuki işlem veya *stipulatio* akdi yapabilir. Nitekim *Gaius Institutiones* 3.106' da şöyle bir ibare bulunmaktadır: “*Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quit agat.*” “Akıl hastası yaptığını idrak edemediği için hiçbir hukuki muamelede bulunamaz<sup>407</sup>.”

<sup>405</sup>Gürten (2007), s.50.

<sup>406</sup>Di Marzo (1959), s.423.

<sup>407</sup>Gaius (1953), s.22,23.

#### 4.4.2. Çocukların durumu

Vesayet altındaki 7 ile 14 yaş arasındaki çocuklar temyiz kudretlerinin olması şartıyla *stipulatio*' da *stipulator* olmak gibi tamamen kendi lehlerine olan işlemleri tek başlarına geçerli olarak yapabilirlerken, diğer alım satım gibi hem lehlerine hem aleyhlerine olabilen hukuki işlemleri ancak vasilerinin *auctoritas*'ı ile yapabilirlerdi<sup>408</sup>. Nitekim *Gaius Institutiones*' inde :

##### **Gai. Ins. 3.107**

*“Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, uelut si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.”*

“Vesayet altındaki küçük (*pupillus*) bütün hukuki muameleleri muteber olarak yapabilir, ancak vasisinin (*tutor*) müdahalesinin (*auctoritas*) zaruri olduğu yerlerde bunun bulunması şartıyla, ezcümle (bunun gibi) kendisinin borç altına girmesi halinde; zira vasisinin müdahalesi olmadan başkasını kendisine karşı borçlandırabilir.”

0 ile 7 yaş arası çocuklar ise temyiz kudretine malik olmadıkları kabul edildiği için ehliyet yönünden akıl hastalarının durumu gibiydiler. Hiçbir hukuki işlemi tek başlarına yapamazlardı. Ancak lehlerinde bazı durumlar olabiliyordu.<sup>409</sup> Bu konuyla ilgili *Gaius Institutiones*' inde bir metin bulunmaktadır:

##### **Gai. Ins. 3.109**

*“Sed quod diximus de pupillo, utique de eo uerum est, qui iam aliquem intellectum habet; nam infans et qui infanti proximus est non mutuum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli a furioso differt, auia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent. Sed in his pupillis propter utilitatem benignior iuris interpretatio.”*

“Vesayet altındaki küçük (*pupillus*) hakkında söylediklerimiz, ancak temyiz kabiliyetine sahip olanlar için caridir; zira çocuk (*infans*) veya daha

<sup>408</sup>Gürten (2007), s.51.

<sup>409</sup>Gaius (1953), s.53.

çocukluk çağına yakın olan, akıl hastasından çok farklı değildir; çünkü bu yaştaki küçüklerin (pupillus) temyiz kudreti yoktur. Fakat bu küçükler için, bazı menfaat mülahazalarıyla(düşüncesiyle), hukuk lehlerine tefsir edilmiştir."

#### 4.4.3. Kadınların durumu

Klâsik dönemde kadınların fiil ehliyetleri eksik kabul edilip fiil ehliyetlerini tamamlamak için onlara vasi atanması yoluna gidiliyordu. Vasilerinin izin ve icazeti ile hukuki işlemleri geçerli olarak yapabilirlerdi. Aynı şekilde kadınlar vasilerinin izin ve icazetiyle *stipulatio* akdi de yapabilmekteydi. Bununla beraber kadınların tamamen lehlerine olan hukuki işlemleri geçerli olarak yapabilmeleri için fiil ehliyetlerinde bir eksiklik bulunmamaktaydı. *Stipulatio* akdinin tek tarafa borç yükleyen bir akit olması dikkate alındığında vasilerinin izin ve icazeti olmaksızın *stipulator* olarak geçerli bir *stipulatio* akdi yapabilirlerdi. İlk imparatorluk döneminde hür doğmuş ve üç çocuğu bulunan kadınlarla, azat edilmiş dört çocuğu bulunan kadınlara vasi tayin edilemeyeceği kabul edildi. *Iustinianus* döneminde ise kadınların fiil ehliyetlerindeki eksiklik kaldırıldı ve tam bir fiil ehliyetine kavuşturlar<sup>410</sup>. Böylece *stipulatio* akdini vesayet altında olmaksızın tek başlarına *promissor* olarak da geçerli olarak yapabilir hale geldiler.

Klâsik hukuk dönemi sonlarına kadar kadınların fiil ehliyeti 7 ila 14 yaş arası çocukların durumuna benzemektedir. *Gaius Institutiones'* inde de bu konuyla ilgili olarak "*Idem iuris est in feminis, quae in tutela sunt.*" "Vesayet altındaki kadınlar için de aynı hükümler caridir" metni bulunmaktadır.

#### 4.4.4. Müsriflerin durumu

Müsriflerin fiil ehliyeti sınırlı değildir. Ancak müsrifin aile malvarlığını sorumsuzca harcamasına mani olmak için talep olup *praetor* hacir kararı verirse, müsrifin en yakın agnatik akrabası kayyım tayin edilirdi. Kayyımın müsrifin şahsı

---

<sup>410</sup>Akıncı (2010B), s.203.

üzerinde değil malvarlığı üzerinde idare yetkisi vardı<sup>411</sup>. Müsrif tamamen lehine olan hukuki işlemleri tek başına yapabiliirdi. Bazı kaynaklara göre ise müsrifler üzerinde ki kayyımlik sadece miras yoluyla elde ettiği aile malvarlığı içindi<sup>412</sup>. Bu görüşe göre müsriflerin bir fiil ehliyeti engeli de bulunmamaktaydı. Müsrif tekrar makul şekilde harcama yapmaya başlarsa üzerinde ki kayyım iktidarı *ipso iure*, yani hukuken kendiliğinden sona erer.

Müsrifler aile malvarlıkları aleyhine olan bir taahhüt işlemi gerçekleştirmekte kendilerine atanan kayyımlarının izin ve icazetine bağlıdırlar. Müsrifin taahhüdüne rağmen bu izin ve icazet verilmeze yapmış olduğu hukuki işlem geçersizdir. Müsrifin tamamen aile malvarlığı lehine yapmış olduğu bir *stipulatio* ise geçerli olarak kurulur.

#### 4.4.5. Kölelerin *stipulatio*'su

Kölelerin fiil ehliyetleri olduğu için kendileri adına *stipulatio* yapabilirler fakat yapmış oldukları *stipulatio*' dan üzerlerine tabiî borç doğar ve bu efendilerinden istenemez. Bunun istisnası kölenin efendisi tarafından işletmesine idareci olarak atanması veya gemisinin başına idareci olarak atanmasıdır. Bu hallerde hayat şartlarının gereği kölelerin hukuki işlem yapması zaruri görülmüş ve buna izin verilmiştir. Bu hallerde köle efendisi aleyhine borçlanabilir. Ayrıca kölenin *peculium*' u olması durumunda da köle geçerli olarak *stipulatio* yapabilir ve üzerine *peculim*'unu aşmayacak miktarda tam borç doğar.

Köleler *stipulatio* ile alacak hakkı kazanırlarsa bu borçlanan açısından tam borçtur ve kölenin efendisi mal varlığı lehine bir kazanım olmuş olur. Bu itibarla köleler efendileri lehlerine *stipulatio* akdi yapabilirler fakat aleyhlerine yapamazlar<sup>413</sup>, yapsalar *stipulatio* geçersiz olmaz fakat *stipulatio* akdi sebebiyle kullanılabilcek olan bir *actio* söz konusu olmadığı için sonuçları geçersizliğe benzemektedir.

Kölelerin efendileriyle *stipulatio* yapması geçerli görülmemiştir. Daha sonraki dönemlerde böyle bir durumda ortada bir *obligatio naturalis*' in varlığından söz

<sup>411</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001a), s.137.

<sup>412</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001a), s.137.

<sup>413</sup>Harvey (1996), s. 30.

edilmiştir<sup>414</sup>. Aynı şekilde aile evlatları da aile babasıyla *stipulatio* yapamaz yapsa bile bu akit kendisini bağlamazdı<sup>415</sup>.

#### 4.5. Patria Potestas Altındakilerin Yaptıkları Stipulatio' ların Geçerliliği

Klâsik Hukuk Döneminde aynı aile egemenliği altında bulunan aile evladı veya manus altındaki kadın veya kölelerin hem üçüncü kişilere karşı hem de birbirlerine karşı *stipulatio* yaparak borçlanamayacağı esas kabul edilmişti.

##### **Gai. Ins. 3.10**

“*Praeterea inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler, qui iuri meo subiectus est, item si is a me stipuletur. Seruus quidem et qui in mancipatio est et filia familias et quae in manu est, non solum ipsi, cuius iuri subiecti subiectae sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.*”

“Bundan başka hakimiyetin altındaki bir kimseyi, bana karşı taahhüt ettirmiş veya o beni taahhüt ettirmiş ise, yine *stipulatio* hükümsüzdür. Ezcümle (mesela) bir köle, *in mancipatio* bir kimse, bir aile kızı veya *manus* altında bulunan bir kadın yalnız hakimiyetine tâbi oldukları kimseye karşı değil, fakat başkalarına karşı da borçlanmazlar.”

Bu sebeple *patria potestas* altında bulunan şahısların klâsik hukuk döneminde fiil ehliyetlerinin sınırlı olduğu ve tek başlarına borçlanamayacakları görülmektedir. Aynı bu kimselerin kendi *pater familias*' ları ile yapmış oldukları *stipulatio* akdi de geçersiz olurdu<sup>416</sup>. Birbileri ile yaptıkları hukuki işlemlerden de üzerlerine borç doğmazdı.

*Iustinianus* döneminde ise aile egemenliği altındaki kişilerin yaptıkları hukuki işlemlerin kural olarak geçerli olduğunu ve köleler hariç üzerlerine tam borç doğduğu görülmektedir. Aile evlatlarının birbirleriyle yaptıkları hukuki muamelelerden üzerlerine tabii borç doğmakta fakat kendi agnatik hısımları hariç kişilerle yaptıkları hukuki muamelelerden üzerlerine tam borç doğmaktaydı. Bu itibarla diğer fiil ehliyeti

<sup>414</sup> Harvey (1996), s.33.

<sup>415</sup> Harvey (1996), s.33.

<sup>416</sup> Lee (1956), s.356.

koşullarına sahip olmak şartıyla geçerli olarak *stipulatio* akdi yapabilirlerdi. Aynı hükümler manus altındaki kadınlar için de geçerlidir.

### **Ius. Ins. 3.19.6**

“*Item inutilis est stipulatio, si ab eo stipuleris qui iuri tuo subiectus est, vel si is a te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli: fili vero familias aliis obligari possunt.*”

“Keza hakimiyetin altında bulunan kimseye vaat ettirsen veya vaat etsen, *stipulatio* hükümsüzdür. Köle ise, sade malikine karşı değil, herhangi başka bir kimseye karşı da borçlanamaz; halbuki aile evlatları borçlanabilirler.”

Bu metindeki kölenin borçlanamamasını yaptıkları *stipulatio* akdi sebebiyle üzerlerine tam borç doğmaması fakat tabî borç doğması olarak anlamak gerekir.

## **4.6. Ölüm Zamanının Vade Olarak Kararlaştırılması Sebebiyle Geçersizlik**

Ölüme bağlı olarak veya ölümün öncesinin veya sonrasının vade olarak kararlaştırıldığı *stipulatio*' ların geçerliliği hakkında *Gaius institutiones*' inde hem de *Iustinianus institutiones*' inde metinler bulunmaktadır. İki dönemde de bu konuda farklı hükümler olduğu gibi bazı hükümlerde değişme olmamıştır.

Klâsik hukuk döneminde *stipulatio*' dan mirasçıların şahsı üzerinde borç doğması geçerli bir yol olarak görülmemiştir<sup>417</sup>. Aynı şekilde *stipulator*' un mirasçılarının *stipulatio* ile alacak hakkı elde etmesi de geçerli değildi<sup>418</sup>. Bu sebeple *stipulatio*' da ölüme izafeten tayin edilen vade ile ölümden öncesinin veya ölümden sonrasının vade olarak kararlaştırılması geçerli değildi<sup>419</sup>. Bunun hukuki sebebi ise ölümden bir gün öncesi ancak ölüm vaki olduktan sonra bilinebilir olmasıdır<sup>420</sup>. Böylece borç mirasçılarının şahsı üzerinde doğmuş olur bu sebeple geçersiz olur. Ölümden bir gün sonrasının vade olarak kararlaştırılmasında da borcun doğrudan mirasçılarla alakadar olduğu açıktır. Bununla beraber *stipulator*' un veya *promissor*' un ölüm anının diğer bir

<sup>417</sup>Gaius (1953), s.16,17,18,19.

<sup>418</sup>Gaius (1953), s.16,17,18,19.

<sup>419</sup>Roby (2000b), s.16.

<sup>420</sup>Gaius (1953), s.18,19.



deyişle hayatının son anlarının vade olarak kararlaştırılması ise geçerliydi<sup>421</sup>. Çünkü bu durumda *stipulatio*' nun vadesi akdi yapanın hayatının son anlarına bağlanmaktadır<sup>422</sup>.

### **Gai. Ins. 3.100**

*“Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? vel ita: POST MORTEM TUAM DARI SPONDES? valet autem, si quis ita dari stipuletur: CUM MORIAR, DARI SPONDES? vel ita: CUM MORIERIS, DARI SPONDES? id est, ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur: nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. rursus ita stipulari non possumus: PRIDIE QUAM MORIAR, aut PRIDIE QUAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intellegi 'pridie quam aliquis morietur', quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: HEREDI MEO, DARI SPONDES? quae sane inutilis est.”*

“Keza bir kimse, bir şeyin verileceğine dair «benim ölümünden sonra verileceğini taahhüt ediyor musun?» veya «senin ölümünden sonra verileceğini taahhüt ediyor musun ? » gibi bir *stipulatio* yaptırmış ise bu *stipulatio* hükümsüzdür. Fakat bir kimse «ben ölürken verileceğini taahhüt ediyor musun?» veya «sen ölürken verileceğini taahhüt ediyor musun?» diye bir *stipulatio* yaptırmış ise, bu muteberdir; burada borç *stipulatio*' yu yaptırmanın veya taahhüt edenin hayatının son anına talik edilmektedir: zira borcun mirasçının şahsında doğması uygun görülmemiştir. Şu şekilde de bir *stipulatio* yaptıramayız: «ölümünden bir gün evvel veya ölümünden bir gün evvel mirasçılara verileceğini taahhüt ediyor musun?» zira bir kimsenin ölümünden evvel ki gün ancak kişinin ölümünden sonra bilinebilir; üstelik ölümünden sonra, *stipulatio* «mirasçılara verileceğini taahhüt ediyor musun?» şeklinde yapılmış gibi geçmişe izafe ediliyor ki, bunun da hükümsüz olduğu muhakkaktır.”

<sup>421</sup>Roby (2000b), s.16.

<sup>422</sup>Gaius (1953), s. 16,17,18,19.

*Iustinianus* döneminde *stipulatio*' ların fiilen rızai akitlere yaklaştığı<sup>423</sup>, geçerlilik ve şekil şartlarında yumuşama olduğu görülür<sup>424</sup>. Bunun bir yönünü de ölümün vade olarak kararlaştırıldığı *stipulatio*' lar oluşturmaktadır. Bu dönemde mirasçılar kastedilerek, ölümden sonrasının veya öncesinin vade olarak tayin edildiği *stipulatio*' lar geçerli kabul edildi<sup>425</sup>. Öyle ki bu çeşit *stipulatio*' lar klâsik hukuk döneminde mirasçılarının şahsında doğması sebebiyle geçerli olarak kabul edilmemekten<sup>426</sup> *Iustinianus* döneminde tarafların karşılıklı rızasının uyuşması sebebiyle geçerli olarak kabul edilmiştir<sup>427</sup>. Ayrıca üçüncü kişinin ölümü de vade tayin edilebilirdi<sup>428</sup>.

Bu uygulama *stipulatio*' nun üçüncü kişinin fiilini taahhüt veya üçüncü kişi lehine kazanım olarak kullanılması demektir. Çünkü vade *stipulator*' un ölümüyle *promissor* , *stipulator*' un mirasçılarına karşı edim borcu altına girmiştir, bu ise mirasçılar lehine kazanımdır; şayet vade *promissor*' un ölümüyle, *promissor*' un mirasçıları *stipulator*' a karşı borçlanmış olur, bu ise mirasçılarının fiilini taahhüttür. Hatta ikisi aynı anda ölürse bu *stipulatio* üçüncü kişinin fiilini, üçüncü kişi lehine taahhüt olmuş olur. Halbuki *stipulatio* sıkı şekil şartları sebebiyle kural olarak üçüncü kişi adına temsilen dahi yapılamazken *Iustinianus* dönemindeki bu uygulamayla *stipulatio*' nun şekilci yapısı, temsil yoluyla da esnemiş oldu.

---

<sup>423</sup>Iustinianus (1968), s.256,257.

<sup>424</sup>Gürten (2007), s.46.

<sup>425</sup>Iustinianus (1968), s.256,257.

<sup>426</sup>Gaius (1953), s. 16,17,18,19.

<sup>427</sup>Gürten (2007), s.46.

<sup>428</sup>Lee (1956), s.357; Klâsik hukukta da üçüncü kişinin ölümünün vade olarak kararlaştırılabileceğine engel olacak bir hükme rastlamadık. Klâsik hukukta olduğu gibi *Iustinianus* zamanında da *stipulatio*' da öleceğim vakit veya öleceğin vakit şeklinde yapılan *stipulatio*' lar da geçerliydi. Bu konuda *stipulatio*' nun geçerliliği açısından iki dönemde de ittifak bulunmaktadır. Bkz. Di Marzo (1959), s.425.

## Üçüncü Bölüm

### Stipulatio Çeşitleri ve Farklı Kullanım Alanları

#### 1.Stipulatio Çeşitleri

##### 1.1. Stipulatio Iudicialis

Hakim tarafından emredildiği için yapılan *stipulatio*' lar *indiciales* (kazaî) *stipulatio*' lardı<sup>429</sup>. İrtifak hakkı sahibini, mükellef gayrimenkul sahibinin tecavüzünden korunmasına yönelik hâkim tarafından emredilen *cautio de amplius turbando* (tecavüzün devam etmemesi hakkında teminat) bu çeşit *stipulatio*' ya örnektir. *Stipulatio iudicialis* yargılama sırasında mahkeme tarafından yaptırılan zorunlu bir *stipulatio*' dur.

##### 1.2. Stipulatio Praetoriae

*Praetor* veya *aedilis curulis*' lerin taraflara yaptırdıkları *stipulatio*' lar *praetoriae* idi. *Stipulationes praetoriae* aynı zamanda *magistra*' nın olağanüstü müdahale şekillerinden birisiydi<sup>430</sup>. *Praetor stipulatio*' ları *magistra*' nın; nezdinde başlanmış olan bir işlemin devamını temin etmek, veya dava harici belirli hakları korumak için yapılmasını mecbur kıldığı *stipulatio*' lardı<sup>431</sup>. Bu çeşit *stipulatio*' lar *praetor*' un zorlamasıyla yapılan akitlerdi<sup>432</sup>. *Praetor imperium* yetkisine dayanarak, bir kimseyi diğerine karşı *stipulatio* ile borçlanmaya zorlardı<sup>433</sup>. Bu çeşit *stipulatio*' lar, genellikle güçsüzü, zor durumda bulunanı korumaya yönelik bir *stipulatio*' dur<sup>434</sup>. Bu *stipulatio*' ların asıl amaçları teminattı bu sebeple bunlar *cautiones* (teminat) idiler<sup>435</sup>. Fakat teminat dereceleri farklı olmak üzere iki çeşit *praetor stipulatio*' su bulunmaktaydı. *Promissor*' la beraber üçüncü kişi tarafından; *praetor stipulatio*' su ile borçlanması

<sup>429</sup>Di Marzo (1959), s.425.

<sup>430</sup>Di Marzo (1959), s.136.

<sup>431</sup>Di Marzo (1959), s.139.

<sup>432</sup>A.B. Schwarz (1963). *Roma hukuku dersleri 1. Cilt*. İstanbul: Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayii Basımevi, s.127.

<sup>433</sup>Gürten (2007), s.70; Rado(2006), s.110.

<sup>434</sup>Çakıroğlu (2010), s.22.

<sup>435</sup>Rado(2006), s.110; Di Marzo (1959), s.139.

durumunda *satisfationes*' den sadece *promissor*' un *stipulatio* ile borç altına girmesi teminat olarak başka bir *promissor*' un bulunmaması durumunda ise *repromissiones*' den bahsedilirdi<sup>436</sup>.

Bu *stipulatio* ile *promissor* genellikle *praetor*' un *stipulatio* yaptırma maksadına uygun, belirli bir tarzda hareket etmeyi, aksi takdirde meydana gelecek zararı karşılamayı taahhüt ederdi<sup>437</sup>. Bu itibarla bu çeşit *stipulatio*' ların usul hukukunda da maddi hukukta da rol oynadığı görülmektedir<sup>438</sup>. Mesela zilyetliğine tecavüz edilen şahsın zilyetliği Roma Hukukunda *interdictum*' larla korunurdu. *Praetor* zilyetliğe tecavüz eden kişiye zorla *stipulatio* yaptırır, tecavüzünde haksız çıkarsa karşı tarafın zararını ödeyeceğini taahhüt ettirirdi<sup>439</sup>. Böylece mütecevizden, zilyedin zilyetliğine haksız yere tecavüz etmesini engelleyen bir vaad alınmış oluyordu. Benzer şekilde *praetor* vasiyi, küçüğün mallarını iyi idare edeceğine ve mallarını koruyacağına dair vaade zorlayabilir(*cautio rem pupilli savlam fore*)<sup>440</sup> veya intifa hakkı sahibi, hakkın bitiminden sonra malı iade etme ve kötüniyetle hareket etmeme ödevini yerine getirmezse malike bu haklarını temin için *praetor stipulatio*' su verebilirdi<sup>441</sup>.

*Praetor*' un yapılmasını emrettiği *stipulatio*' yu yaptırmaktan kaçınan kimseye karşı *praetor*' un *stipulatio*' yu yaptırtmak için geniş baskı imkânları vardı. *Stipulatio* yapmamakta ısrar eden kimseden *magistra* dava hakkını alabilir veya sanki *stipulatio* yapılmış gibi karşı tarafa *actio ficticiae* (varsayıma dayalı dava) hakkı verebilir, veya karşı tarafa *missio in possessionem* (zilyetliğe el koyma) hakkı verebilirdi.

### 1.3. Stipulatio Conventionalis

Bu çeşit *stipulatio*' lar aslında tarafların iradeleriyle aralarında bir borç ilişkisi tesis etmek istediklerinde ortaya çıkmaktadır. Taraflar aralarında özel hukuka dayalı bir borç tesis etmek istedikleri zaman yaptıkları *stipulatio*' lar *conventionalis*' tir<sup>442</sup>. Tarafların en çeşitli borç ilişkilerine mecburilik vasfı yüklemelerine yarayan *stipulatio*' lar

<sup>436</sup>Di Marzo (1959), s.139; Rado (2006), s.111.

<sup>437</sup>Rado (2006), s.110.

<sup>438</sup>Schwarz (1963), s.127.

<sup>439</sup>Akıncı (2010b), s.269.

<sup>440</sup>Rado (2006), s.110; Schwarz (1963), s.127; Di Marzo (1959), s.405.

<sup>441</sup>Schwarz (1963), s.127; Çakar, O. (2008). *Roma hukuku' nda ve Türk hukuku' nda intifa hakkı sahibinin hakları ve borçları*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s.65.

<sup>442</sup>Cracknell ve Wilson (1990), s.109.

*conventionales* (anlaşmaya dayalı) idiler. Taraflar arasında özel olarak akdedilebilecek ne kadar borç varsa *conventionales stipulatio*' larında o kadar çok çeşidi vardır denebilir<sup>443</sup>. Özel hukuk alanında tarafların iradelerine dayalı yapılan hemen her *stipulatio, conventionalis*' tir.

Klâsik hukukçular *iudicales* ve *praetoriae stipulationes*' i *conventionales*' in zıddı olarak görürlerdi. Çünkü anlaşmaya dayalı *stipulatio*' larda akdin şeklini, içeriğini taraflar kendi niyetlerine göre tayin ederken *praetor stipulatio*' larında bir şey değiştirmek, ilave etmek veya çıkarmak mümkün değildi. Bunların muhtevası *imperium* yetkisini kullanan *praetor*' un niyetine uygun halde şekillenirdi<sup>444</sup>.

#### 1.4. Stipulatio Poenae

Sözleşmelere eklenen cezai şartın kararlaştırıldığı *stipulatio* çeşididir<sup>445</sup>. Roma Hukukunda cezai şart ise edanın önceden teminat altına alınması maksadıyla, taraflarca sözleşmeden doğan borcun eda edilmemesi halinde uğranılacağı düşünülen zararın önceden kesin bir miktar üzere belirlenmesi böylece borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun taraflarca belirlenen bu meblağı alacaklıya vermesini gerektiren bir hukuki kurumdur<sup>446</sup>. Cezai şart asıl borcun varlığına bağlı fer'i bir borç niteliğindedir<sup>447</sup>. Cezai şart sadece *stipulatio poenae* ile değil ayrıca vasiyetname ile veya bir iyiniyet akdine anlaşma ilave edilerek de kararlaştırılabilirdi<sup>448</sup>.

Roma Hukukunda *stipulatio poenae* cezai şartın eklenmesinde çokça kullanılan bir yoldu. *Iustinianus* tarafından da *facere* edimlerini içeren sözleşmelerde *stipulatio poenae* kullanılması tavsiye ediliyordu<sup>449</sup>. *Stipulatio*' ların konusunun, içerebileceği edimlerin çok geniş olması kuralı *stipulatio poenae* için de geçerlidir.

Cezai şart için iki farklı tip *stipulatio* kullanılıyordu. Bunlardan birincisinde asıl borcun ödenmemesinin şart olarak kararlaştırıldığı *stipulatio*' dur ki borç ödenmediği takdirde belirli bir miktar paranın alacaklıya edası vaad olunur. Bu çeşit *stipulatio* hem asıl borcu hem cezai şartı ihtiva eder. «Şu köleyi vermez isen 100 verir misin?» şeklinde

<sup>443</sup>Di Marzo (1959), s.426; Harvey (1996), s.29.

<sup>444</sup>Di Marzo (1959), s.426.

<sup>445</sup>Honig (1938), s.237.

<sup>446</sup>Oğuzoğlu (1956), s.264.

<sup>447</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.212.

<sup>448</sup>Di Marzo (1959), s.374.

<sup>449</sup>Di Marzo (1959), s.374.

yapılan *stipulatio* buna örnektir. Bu şekilde yapılan *stipulatio* akdinde borç umulmadık haller sebebiyle veya mücbir sebeple olsa dahi ödenmediği veya kısmi olarak ödendiği takdirde cezai şart ödenir. Böyle bir *stipulatio* cezai şartın doğrudan ödenmesine yöneliktir<sup>450</sup>.

Diğer cezai şart ise birisi asıl edime ait diğeri cezai şartta ait iki ayrı *stipulatio*'yu ihtiva eder. «Şu köleyi vermeyi vaat ediyor musun? Eğer vermezsen 100 As verir misin?» şeklinde yapılan *stipulatio* da bu tipe örnektir. Bu şekilde yapılmış bir *stipulatio* sonuçları açısından *promissor*'un daha az aleyhinedir. Bu çeşit *stipulatio* ise cezai şartın daha çok tespitine yöneliktir<sup>451</sup>.

Cezai şartın eklenmesi sadece *dare* borçlarına özgü değildi. Bir işin yapılmasına ya da yapılmamasına da *stipulatio* ile cezai şart eklenebilirdi. Mesela «*si ita factum non erit, centum dare spondes?* (Bu yapılmamışsa yüz vermeği taahhüt ediyor musun?)» veya «*si adversus id factum erit, centum dare spondes?* (Eğer bilâkis bu yapılmışsa yüz vermeyi taahhüt ediyor musun?)» şeklinde *facere* veya *nonfacere* borcunu içeren bir *stipulatio poenae*'de yapılabilirdi<sup>452</sup>.

*Pactum*'lar *ius civile* tarafından sözleşme kabul edilmediği için kendilerine dava hakkı verilmemiş borç doğurmayan hukuki işlemler olarak kabul edilmişlerdir<sup>453</sup>. Zaman içerisinde bunlar rızai sözleşmelere dâhil edildiler böylece iyiniyet davası doğuran akitlere bağlı olarak yapıldıklarında kendilerine iyiniyet davası verildi<sup>454</sup>. Bu ise ilk dönemlerde olmadığı için iyiniyet davaları doğuran akitlerde dahi ilk zamanlarda Roma Hukukuna göre fer'i borç olarak kabul edilen cezai şartın *stipulatio poenae* ile kararlaştırılması lazımdı. Bu dönemlerde akitlerde mesela bir eser sözleşmesinde taraflar şekilsiz bir *pactum*'la cezai şartı dava edemeyecekleri için bir *stipulatio poenae* yapılması buna örnektir. Fakat daha sonraki dönemlerde *pacta adiecta*'lar yoluyla iyiniyet davası doğuran akitlerde cezai şart kararlaştırabiliyordu.

Dar hukuk akitlerinde dava sırasında hâkim taleple ve dava konusuyla sıkı sıkıya bağlı olduğu ve edim konusu esnek olmadığı için kural olarak böyle akitlerde *pactum*'larla kararlaştırılan cezai şartlar dava edilemezlerdi. Çünkü dar hukuk davalarıyla

<sup>450</sup>Ş. Berki (1954). Romada borçların kaynakları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(3), s.167.

<sup>451</sup>Berki (1950), s.168.

<sup>452</sup>Di Marzo (1959), s.374.

<sup>453</sup>Sayın (2008), s.36.

<sup>454</sup>Sayın (2008), s.36.

beraber yapılan fer'i nitelikteki *pactum*' lara dava hakkı verilmemiştir. *Stipulatio* ise dar hukuk akitlerinde cezai şartın kararlaştırılmasında kullanılabilirdi.

Klâsik devirde tahkime müracaat eden taraflar hakemin vereceği karara uyacaklarını birbirlerine garantilemek için *stipulatio poenae* ile karşılıklı olarak birbirlerine vaat ederlerdi<sup>455</sup>. Bu *stipulatio*' nun amacı tahkime ilişkin anlaşmayı teminat altına alma amacını taşımaktaydı. Taraflar taahhütlerine uygun davranmazlar ve hakemin vereceği karara uymazlarsa, *stipulatio*' dan doğan borç devreye girmekte (*commissa est stipulatio*) ve *stipulatio*' ya istinaden, taraflar kararlaştırılan cezai şartı talep edebilmekteydi<sup>456</sup>.

*Stipulatio poenae* ile kararlaştırılan cezai şart kural olarak başka bir akitten doğan borcun ifasını sağlamak için de kararlaştırılabilirdi. Böyle durumlarda *stipulatio* sebebiyle ödenen miktar, o akde ilişkin genel davada da hakim tarafından gözetilirdi. Mesela Şirket akdinde ortaklar akitten doğan bir borcun ifasını temin için böyle bir *stipulatio* yapmışlarsa ve cezai şart da *actio pro socio* ile elde edilebilecek miktarı aşılırsa ortak aynı talebe ilişkin olarak şirket hakkından doğan davayı açamazdı. Şayet bu *stipulatio* ile ödenen miktar, şirket akdinden doğan davadan daha az ise hâkim *stipulatio* sebebiyle ödenmiş olan miktarı göz önünde bulundururdu<sup>457</sup>.

### 1.5. Stipulatio Praepostera

Şarta bağlı ve belirli vadeli olup vadesi şartın gerçekleşmesinden önce olan vadeler *stipulatio praepostera*' dır<sup>458</sup>. Böyle bir *stipulatio* ile yapılan cihaz anlaşmasının geçerliliği Leo tarafından kabul edilmiştir<sup>459</sup>. «*Si navis ex Asia venerit hodie dari spondes?*; Gemi Asyadan gelirse, bugün vermeyi taahhüt ediyor musun?» Aslında böyle bir *stipulatio*' da imkânsızlık söz konusu olabilir. Çünkü şart gerçekleştikten sonra geçmiş tarihli bir vadede ifa etmek imkânsızdır. Bu imkânsızlığı aşmak için şartında aynı vade tarihini içermesi gerekmektedir. Mesela «Gemi bugün istanbuldan gelirse, bugün vermeyi taahhüt ediyor musun?» şeklinde yapılırsa imkânsızlıktan kurtulunmuş olur. Fakat *Iustinianus*; Leo döneminde bu çeşit *stipulatio*' larla üzerinde anlaşılan cihaz

<sup>455</sup>Umur (2010), s.379; Akıncı (2013), s. 180; Rado (2006), s.168;Berki (1950), s.158.

<sup>456</sup>Sayın (2008), s.64.

<sup>457</sup>F. İ. Gönenç (2004). *Roma hukukunda şirket akdi*. İstanbul: Der Yayınları, s.133.

<sup>458</sup>Harvey (1996), s.34.

<sup>459</sup>Harvey (1996), s.35.

vaadlerinin kabulüne yönelik hükümden yola çıkarak böyle *stipulatio*' ların geçerliliğini şartın gerçekleşmesine bağlamış tayin edilen vade görmezden gelinmiştir<sup>460</sup>. Böylece bu çeşit *stipulatio*' lar şarta bağlı *stipulatio*' lar olarak geçerli kabul edilmişlerdir.

### 1.6. Stipulatio Habere Licere, Stipulatio Duplae, Stipulatio Simplae

Roma Hukukunda satıcının borcu mülkiyetin karşıya geçmesi değil devir muamelesini uygunca yapmak ve karşı tarafın satım konusu mal üzerinde rahat zilyetliğini sağlamaktı<sup>461</sup>. Bu itibarla alıcı zilyetliğine müdahale olmadığı sürece mülkiyetin kendisine geçmediğinden bahisle dava açamamaktaydı<sup>462</sup>. Üçüncü kişilerin üstün hak iddiasıyla malın rahat zilyetliğini engellemesi durumunda zapttan (*evictio*) bahsedilir. Roma Hukuku' nun ilk dönemlerinde satıcının zapttan sorumlu tutulabilmesi için malın *mancipatio* yoluyla devredilmiş olması gerekiyordu<sup>463</sup>. *Mancipatio* yoluyla devredilen malın üstün hak sahibi üçüncü kişi tarafından zaptı halinde alıcı davayı satıcıya ihbar edip satıcı davaya katılmaz veya zaptı engelleyemezse; satıcı alıcı aleyhine *actio auctoritas* açarak mal için ödediği semenin iki katını talep edebiliyordu<sup>464</sup>. *Res mancipi* malların geçerli tasarruf muamelelerinden birisi zaten *mancipatio* olduğu için, malın bedeli de ödenmişse *res mancipi* mallar açısından malın alıcısı zapta karşı korunmaktaydı<sup>465</sup>. Fakat yabancılar *mancipatio* işlemini yapamadıkları için<sup>466</sup> ayrıca *res nec mancipi* mallar *tradatio* yoluyla da geçerli olarak devredilebildiği için alıcılar *mancipatio* yapılmamış olduğu için zapta karşı korunmamaktaydı<sup>467</sup>. Bu sebeple *mancipatio* yapılsa bile *stipulatio habere licere* yapılarak satıcı alıcıya malın rahat zilyetliğini taahhüt edebileceği gibi *stipulatio simplae* ile malın bedelini veya *stipulatio duplae*<sup>468</sup> ile satım konusu malın bedelinin iki

<sup>460</sup>Di Marzo (1959), s.424; Harvey (1996), s.35.

<sup>461</sup>Akıncı (2010a), s.67; Rado (2006), s.127.

<sup>462</sup>Di Marzo (1959), s.438.

<sup>463</sup>Akıncı (2010a), s.68; Akıncı (2013), s.132; Canbaz, A. (2008). *Roma hukukunda ve türk hukukunda alım satım akdinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s.39.

<sup>464</sup>Akıncı (2010a), s.68.

<sup>465</sup>Topuz, M. (2010). *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile karşılaştırmalı olarak Roma Borçlar Hukukunda maddî zarar ve bu zararın belirlenmesi*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, s.382.

<sup>466</sup>Rado (2006), s.128.

<sup>467</sup>Canbaz (2008), s.7; Topuz (2010), s.380; Rado (2006), s. 129.

<sup>468</sup>J. Mackintosh (1994). *The roman law of sale*. Edinburgh: WM. W. Gaunt & Sons Inc, s.273.



katını da ödemeyi taahhüt edebilirdi<sup>469</sup>. *Stipulatio habere licere* ile rahat zilyetliği vaad edilen malın üçüncü kişi tarafından zapt edilmesi neticesinde alıcının *actio ex stipulatu* açarak, satılanın hüküm anındaki kıymetini isteme imkânı bulunmaktaydı. Bunun için zaptın gerçekleşmiş olması gerekiyordu ayrıca zapt tehlikesine maruz kalınca gecikmeksizin satıcıya ihbar etmesi de gerekliydi<sup>470</sup>. Fakat *mancipatio* ile yapılan satışın aksine burada satıcının davayı def etme yükümlülüğü yoktu<sup>471</sup>. Zapttan doğan sorumluluk *stipulatio* ile kararlaştırılmış olsun veya başka yolla olsun rehini ve çeyizide kapsardı.

Bu çeşit *stipulatio* eski hukuk döneminde kullanılmakla beraber cumhuriyet sonlarında ve klâsik devir hukukunda *stipulatio* akdi zapta karşı tekeffül için yaygın kullanım alanı buldu<sup>472</sup>. Bunun bir sebebinin de *mancipatio* gibi *ius civile*' deki katı şekil kuralları içeren akitlerin bu dönemlerde *ius gentium*' un etkisiyle terk edilmeye başlanması olduğu görülmektedir. Bu dönemde ekseriyetle *stipulatio duplae* kullanılmıştır.

Daha sonraki dönemlerde *stipulatio*' dan bağımsız olarak bir *actio empti* davasıyla da zapttan doğan zararlar istenebilir hale gelmiş<sup>473</sup> ayrıca özel anlaşmalarla dahi (*pactum de non praestanda evictione*) zapttan sorumluluk kararlaştırılabilir hale gelmiştir. *Stipulatio*' nun yaygın kullanım alanı böylece bir nebze daralmıştır.

### 1.7. Stipulatio Aquiliana

Sözlü borç münasebetiyle kurulmuş bir borç ilişkisi ancak yeni bir sözlü akitle sona erdirilebilirdi. Bu itibarla *stipulatio* borçlusu alacaklıya «Sana söz verdiğimi aldın mı? (*habesne acceptum?*)» der alacaklı da « Aldım (*habeo*)» demesiyle ibra gerçekleşmiş olurdu. Borç ilişkisi kurulurken *stipulatio* yapılmamışsa, diğer bir ifadeyle borç ilişkisi bir *stipulatio* akdinden kaynaklanmıyorsa cumhuriyet devrinin son yıllarından itibaren her türlü borcun bu yolla ibrasının mümkün yapılmasıyla birlikte önce mevcut borç yenilenerek *stipulatio* borcuna dönüştürülüyor<sup>474</sup> daha sonra borcu

<sup>469</sup> Canbaz (2008), s.40; Rado (2006), s. 129.

<sup>470</sup> Rado (2006), s.129.

<sup>471</sup> Koschaker ve Ayiter (1977), s.234.

<sup>472</sup> Berki (1950), s.136.

<sup>473</sup> Rado (2006), s. 129.

<sup>474</sup> Di Marzo (1959), s.388.

sona erdirmeye yönelik ikinci bir *stipulatio* yapılıyordu<sup>475</sup>. Daha sonraları *stipulatio*'nun şekline paralel olarak yunanca kelimelerle yapılabileceği de kabul edildi. Benzer şekilde *stipulatio*' da tarafların iradesine daha fazla önem verilmeye başlandığı zaman *acceptilatio*' nun şekli de yumuşama göstermiştir<sup>476</sup>. Bu şekilde yapılan *acceptilatio* işlemi tarafların *stipulatio* ile kurdukları borç ilişkisinin sona erdirilmesinin en sade bir şeklidir. Bu şekilde yapılan ibra muamelesine *acceptilatio (stipulatio aquiliana)* denmektedir. *Acceptilatio* işlemi *actus legitimi* akitlerinden olduğu için şarta bağlı yapılamazdı. Fakat şarta bağlı bir borç söz konusu olsa şart gerçekleşse *acceptilatio* gene geçerli olarak borcu sona erdirirdi<sup>477</sup>. *Acceptilatio* etkisini asıl alacağa bağlı fer' i alacaklar üzerinde de gösterir. Mesela kefilin borçları da *acceptilatio* muamelesi ile *ipso iure* ortadan kalkar<sup>478</sup>.

### 1.8. Stipulatio Certa, Stipulatio Incerta

Taahhüt konusunun miktarının, niteliğinin ve niceliğinin muayyen olduğu diğer bir deyişle *stipulatio* konusu borcun net olarak belirli, belirlenebilir olduğu *stipulatio*' larıdır<sup>479</sup>. *Stipulatio Incerta* ise taahhüt edilen borcun belirsiz olduğu *stipulatio*' larıdır. Genellikle *facere stipulatio*' larının muhtevası *incerta* olur<sup>480</sup>.

### 1.9. Stipulatio Communis

Bu *stipulatio* bir *praetor stipulatio*' su olmakla beraber yargılama sırasında usul hukukunda *magistra* tarafından *in iure* aşamasında veya *apud iudicem* aşamasında yaptırılabilirdi için aynı zamanda *stipulatio iudicialis*' tir. Vekilin yaptığı işlerin müvekkil tarafından kabul edileceğini davalıya temin etmek için vekilin, *praetor*' un veya icabında hâkimin emri ile yaptığı *stipulatio*' lar *communes* idi<sup>481</sup>. Mesela konusu vekilin yaptığı işlerin müvekkilce kabulüne dair olan taahhütler (*cautio ratam rem*

<sup>475</sup>Akıncı (2013), s.64,76; Sayın (2008), s.90.

<sup>476</sup>Di Marzo (1959), s.388.

<sup>477</sup>Di Marzo (1959), s.388.

<sup>478</sup>Akdoğan, S. (2006). *Türk hukukunda ibra sözleşmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, s.12, 13; Akıncı (2013), s.76.

<sup>479</sup>A. Berger (1953). *Encyclopedic dictionary of roman law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, s.717.

<sup>480</sup>Rado (2006), s.94.

<sup>481</sup>Harvey (1996), s.31; Di Marzo (1959), s.427.

*dominum habiturum*) bu çeşit *stipulatio*' ya örnektir<sup>482</sup>. Bu *stipulatio*' lara *stipulatio de rato* veya *stipulatio rem ratam haberi* de denmektedir. Başka bir örnek olarak kayyımın idaresine giren küçüğün güvencesini sağlayacağına dair verdirilen taahhüt de *stipulatio communis*' tir<sup>483</sup>. *Stipulatio amplius non peti* ise üçüncü kişi adına davacı olan kayyımın yaptığı taahhüdü içerir ki aynı konu hakkında davalıya tekrar dava açılmayacağını konu alır<sup>484</sup>.

### 1.10. Stipulatio Condicionalis (Stipulatio Sub Conditione Facta)

Şarta bağlı olarak yapılan *stipulatio*' lar *condicionalis*' tir<sup>485</sup>. *Promissor* tarafından yapılan vaadin hüküm ve sonuç doğurması belirli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine bağlanmış ise bu çeşit *stipulatio*' dan bahsedilir<sup>486</sup>. Şart kesin olaak gerçekleşene kadar edim istenemez. Bununla beraber şarta bağlı bir *stipulatio*' da ise şart gerçekleşmeden şarta bağlı borç ödenirse, ifa geri alınabilirdi<sup>487</sup>.

### 1.11. Stipulatio Cum Moriar, Stipulatio Post Mortem

*Stipulatio Cum Moriar* ölümün vade olarak tayin edildiği *stipulatio* çeşididir. «Ölürken bana vermeyi taahhüt ediyor musun?» şeklinde yapılırsa ölüm anı hayatın sonlarına tekabül ettiği için bu çeşit *stipulatio* klâsik dönemde de *Iustinianus* döneminde de geçerli olarak kabul edilmiştir<sup>488</sup>. *Stipulator*' un veya *promissor*' un ölümünün vade olarak kararlaştırılmış olmasında geçerlilik açısından fark yoktur<sup>489</sup>.

Ölümden bir gün evvel veya ölümden sonrasının vade olarak kararlaştırıldığı *stipulatio*' lar sadece *Iustinianus* döneminde geçerli olarak kabul edilmişlerdir<sup>490</sup>. Bu çeşit *stipulatio*' nun fiili sonuçları itibariyle üçüncü kişiyi borç altına sokmak, üçüncü

<sup>482</sup>Harvey (1996), s.31; Lee (1956), s.303; W.W. Buckland (2007). *A text-book of Roman law*. Cambridge: Cambirdge University Press, s.712.

<sup>483</sup>Harvey (1996), s.31; Lee (1956), s.303.

<sup>484</sup>Roby (2000b), s.383.

<sup>485</sup>Harvey (1996), s.35.

<sup>486</sup>Harvey (1996), s.29; Berger (1953), s.717.

<sup>487</sup>Harvey (1996), s.36; Şarta bağlı *stipulatio*' ya dair hükümlere tezimizin birçok farklı noktasında değindik. Bkz. "Stipulatio Condicionalis (Stipulatio Sub Conditione Facta)".

<sup>488</sup>Berger (1953), s.717; Iustinianus (1968), s.256,257.

<sup>489</sup>Roby (2000b), s.16.

<sup>490</sup>Berger (1953), s.717; Iustinianus (1968), s.256,257.

kişinin yani mirasçılarının fiilini taahhüt veya üçüncü kişinin yararına taahhüt niteliğinde olduğu görülmektedir<sup>491</sup>.

*Stipulatio Post Mortem* ise borçlunun ölmesinden sonrasının borcun vadesi olarak kararlaştırıldığı *stipulatio* çeşididir<sup>492</sup>. «*Post mortem dari spondes?, post mortem tuam dari spondes?»* «Ölümünden sonra verileceğini taahhüt ediyor musun?, Senin ölümünden sonra verileceğini taahhüt ediyor musun?» Borçlunun alacaklının mirasçıları lehine olarak veya borçlunun mirasçılarının alacaklı lehine *stipulatio* edimi yüklendiği bu çeşit *stipulatio*' lar ancak *Iustinianus* döneminde geçerli olmuştur<sup>493</sup>.

Kölelerin yapmış oldukları *stipulatio*' larda şayet ölüm zamanları vade olarak kararlaştırılsa bu geçerli olur<sup>494</sup>. Çünkü kölenin kendi malvarlığı yoktur, efendisi adına kazandırmaktadır veya efendisi aleyhine borçlanmıştır<sup>495</sup>.

## 1.12. Stipulatio De Dolo

Taahhüt edenin kötüniyetli davranışlardan kaçınacağı taahhüdü altına girdiği *stipulatio*' dur<sup>496</sup>. *Stipulatio iudicialis*' in bir çeşididir. Yargılama sırasında davalı tarafından yüklenilenir, birçok farklı durumda bu *stipulatio* yapılabilir fakat özellikle *actiones in rem* davalarında kullanılır<sup>497</sup>. Davalı *stipulatio* konusu şey hakkında dolandırıcılık yapmayacağını taahhüt eder. Alacaklının borçludan; borç konusunu oluşturan şey hakkında dolandırıcılık yapmamasını istediği zamanlarda yargıç tarafından yaptırılan bir çeşit *stipulatio*' dur. Örneğin intifa hakkı sahibi hakkını kullanırken kötüniyetli davranışlarda bulunulmadığını veya bulunulmayacağını da taahhüt etmek zorundaydı<sup>498</sup>.

---

<sup>491</sup>Roby (2000a), s.325.

<sup>492</sup>Berger (1953), s.718

<sup>493</sup>Berger (1953), s.718

<sup>494</sup>Roby (2000b), s.16.

<sup>495</sup>Roby (2000b), s.16.

<sup>496</sup>Berger (1953), s.717

<sup>497</sup>Berger (1953), s.717

<sup>498</sup>Çakar (2008), s.69; Roby (2000a), s.487.

### 1.13. Stipulatio Donationis

Bağışlama için kullanılan *stipulatio*' dur. Bu *stipulatio* akdinde bağışlayan bir şeyi karşı tarafa vermeyi vaat eder. Roma Hukukunda bağışlama aynî bir akit olduğu için *stipulatio* olmaksızın yapılan bağışlama taahhüt işlemleri geçerli borç doğurmazdı<sup>499</sup>. *Stipulatio* ile bu taahhüt işlemi borç doğurur ve taahhüt altına giren bu borcu yerine getirmese karşı tarafın buna zorlamak için *stipulatio* borcuna dayanan *actio*' su vardır.

### 1.14. Stipulatio Dotis

Dos tesis etmek için kullanılan *stipulatio*' dur. Taahhüt işlemi yoluyla dos' un tesis şekillerinden *promissio dotis*' i yapmak için kullanılan *stipulatio* çeşididir. *Promissio dotis stipulatio*'nun kalıbına tam uygun bir şekilde gelişmiş ve *stipulatio*'nun geçirdiği değişimler içinde daima ona paralel bir yapı arz etmiş, hiçbir dönem de ayrı bir özellik taşımamıştır<sup>500</sup>.

### 1.15. Stipulatio In Diem (Stipulatio In Diem Facta)

*Stipulatio* ile verilecek edim için bir vade belirlenmesi durumunda söz konusu olur. Böyle bir *stipulatio* yapılmışsa belirlenen vade gelmedikçe edim istenemez<sup>501</sup>. Fakat vadeye bağlanmış bir *stipulatio*' da borçlu vade günü gelmeden borcunu ödemiş olsa, ödediği miktarı geri talep edemezdi<sup>502</sup>. Çünkü vadenin gelmesi, şartın gerçekleşmesinden farklı olarak kesinlik arz etmektedir<sup>503</sup>. *Stipulatio Pure Facta* ise vadeyle veya şartla kayıtlı olmayan *stipulatio* çeşitidir. Böyle bir *stipulatio* neticesinde alacak derhal talep edilebilir<sup>504</sup>.

<sup>499</sup> Justinianus döneminde bağışlama vaadi borçlandırıcı bir işlem olarak kabul edilmiştir.

<sup>500</sup> Ayiter (1963), s.26.

<sup>501</sup> Harvey (1996), s.29.

<sup>502</sup> Harvey (1996), s.36.

<sup>503</sup> Harvey (1996), s.36.

<sup>504</sup> Harvey (1996), s.29.

## 1.16. Stipulatio In Faciendo

Alacaklıya karşı bir şey yapma veya belirli hizmetler sunma sözünün yüklenildiği *stipulatio* çeşididir<sup>505</sup>. Bu çeşit *stipulatio*' nun konusu bir yapma edimidir. *Stipulatio in non faciendo* ise bir şey yapmama ve bir şeyi yapmaktan kaçınma taahhüdünün söz konusu olduğu *stipulatio*' lardır<sup>506</sup>.

## 1.17. Stipulatio Partis Et Pro Parte

Ölüme bağlı tasarrufla kendisine vasiyet bırakılan lehdar Roma Hukuku' na göre mirasçının borçlarından sorumlu olmuyordu. Çünkü vasiyetçi sadece belirli bir pay almak için terekeye dâhil oluyordu<sup>507</sup>. Kendisine belirli bir oranla vasiyet edildiğinde miras bırakanın borçlarından sorumlu olmadığı için; borçlar düşülmeden önceki oranı tespit edip terekeden alması durumunda; diğer mirasçılar terekenin borcunu da terekeden ödedikleri için vasiyet lehdarı kendisine bırakılmak isten orandan fazla almış oluyordu<sup>508</sup>. Bunun önüne geçmek için vasiyet lehdarı ile mirasçılar arasında; vasiyetçinin de terekenin borçlarından mesul olacağına dair yaptıkları *stipulatio*' ya *stipulatio partis et pro parte* denmektedir<sup>509</sup>. Aynı amaçla kullanılan bu *stipulatio*' ya *stipulatio emptae et venditae hereditatis*' de denmektedir. Bu *stipulatio Iustinianus* döneminde mirasçılar paylarını aldıktan sonra *stipulatio* ile kalan mirasın tüm aktif ve pasifinin devredilmesi için de kullanılmıştır. Bu tarz bir uygulama mirasın *Fideicommissum Universitatis* (Külli Muayyen Mal Vasiyeti) ile vasiyet edilmesi durumunda yapıyordu<sup>510</sup>.

---

<sup>505</sup> Berger (1953), s.717.

<sup>506</sup> Berger (1953), s.717.

<sup>507</sup> Roby (2000a), s.325.

<sup>508</sup> Roby (2000a), s.325.

<sup>509</sup> F. Bernard (2009). *The first year of Roman law*. New Jersey: The Lawbook Exchange LTD, s.282.

<sup>510</sup> N. Gunal (1995). Roma Miras Hukuku'na genel bir bakış ve vasiyet yolu ile miras. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44(1). s.440.

## 1.18. Stipulatio Tacita

*Stipulatio* akdi zımııı irade beyanıyla yapılamaz çünkü sözlü şekilde tâbidir. Bununla beraber bazı özel durumlarda bu dahi kabul edilmiştir. *Stipulatio tacita* zımııı olarak yapılmış bir *stipulatio* çeşididir. Fakat bu ancak özel bir sebebin varlığından dolayı bir *stipulatio*' nun var sayıldığı durumlarda olmaktadır. *Iustinianus* döneminde ise *dos*' un iadesinin yapılacağına dair yapılmış kabul edilen *stipulatio*' lar buna örnektir<sup>511</sup>. *Actio rei uxoriae* kaldırılınca onun yerine cihaz talebinde bulunmak için sanki bir iade *stipulatio*' su yapılmışcasına kocaya bir *actio exstipulatu* tanındı. Bu ise *stipulatio tacita*' nın varlığı demektir<sup>512</sup>.

Benzer bir uygulamayı klâsik dönemde satım akdinde zapt için öngörülen tedbirlerde bulunmaktadır. Bu dönem hukukçuları yapılan satım akdinin bizatihi, üçüncü kişilerin istihkak iddiasına karşı garanti olması gerektiğine hükmetmişlerdir. Birçok satım akitlerinde yapılmış var sayılan *stipulatio rem habere licere*' nin konusu satılan şeyin hüküm anındaki değerinin zapta uğramış alıcıya iade edilmesini içeriyordu<sup>513</sup>.

## 1.19 Stipulatio Alteri

Üçüncü kişi lehine taahhüdün söz konusu olduğu *stipulatio* çeşitidir ki bu *stipulatio* ile üçüncü kişi için kararlaştırılan edim gene üçüncü kişi tarafından doğrudan talep edilebilir<sup>514</sup>. Aslında Roma Hukukunda *alteri stipulari nemo potest* kuralı geçerliydi. Buna göre kimse başkası yararına kendisine taahhütte bulunduramazdı<sup>515</sup>. Bununla beraber bazı durumlarda hem klâsik dönemde hem de *iustinianus* döneminde geçerli olarak başkası lehine *stipulatio* akdi yapabileceği kabul edilmiştir<sup>516</sup>.

<sup>511</sup>Klâsik dönemde bir iade *dos*' un geri verileceğine dair bir iade *stipulatio*' su yapıldığı takdirde *actio ex stipulatu* açılabilirdi.

<sup>512</sup>Di Marzo (1959), s.211; Ayiter (1963), s.34.

<sup>513</sup>Berki (1950), s.136.

<sup>514</sup>Zimmermann (1996), s.34, 35.

<sup>515</sup>Emiroğlu (2003), s.109.

<sup>516</sup>Üçüncü kişi lehine yapılan *stipulatio*' ları tezimizin "Üçüncü kişi lehine taahhüt", "Mirasçılar lehine şart ve mirasçılarının fiilini taahhüt", "Patria Potestas Altında Bulunanların Birbirleriyle Yaptıkları Stipulatio' ların Geçerliliği Meselesi" ve "Ölüm Zamanının Vade Olarak Kararlaştırılması Sebebiyle Geçersizlik" başlıkları altında inceledik.

## 1.20. Çeşitli Stipulatio' lar

Belirli davranışları veya faaliyetleri yerine getirmek suretiyle bir edimin yerine getirilmesinin<sup>517</sup> *stipulatio'* un konusu olması durumunda *stipulatio operis faciendi*; tarafların aynı anda hazır bulunmadan yaptıkları geçersiz bir *stipulatio* durumunda *stipulatio inter absentes* söz konusu olur. *Stipulatio Argentaria'* da ise banker tarafından açık arttırmada satılan malın sahibine yapılan vaadle, banker malın satım değerinin ödenmesini taahhüt eder<sup>518</sup>. *Stipulatio pour autrui* ise yapılan *stipulatio* ile *promissor* tarafından yüklenilen edimin ifasının, üçüncü kişiye yönlendirildiği *stipulatio* akdidir<sup>519</sup>. *Stipulatio rei uxoriae* ise boşanma durumunda çeyizin tazmini konusuna ilişkin yapılan *stipulatio'* dur. Bu çeşit *stipulatio'* dan bir *actio ex stipulatu* doğar. *Stipulatio Sortis Et Usurarum* ise asıl borcun ve faizin birlikte taahhüt edildiği *stipulatio* çeşididir. *Stipulatio usurarum* ise ayrı bir *stipulatio* ile sadece faizin kararlaştırılmasında kullanılır<sup>520</sup>.

*Legis actio'* lar yargılama sisteminde derhal *magistra* önüne gitmek istemeyen kişi bir kefil (*vindex*) göstermek durumundaydı. *Stipulatio aliquem sisti* ise *vindex'* in belirlenen tarihte yargılanmak istenen kişinin *magistra* huzuruna geleceğini taahhüt ederken kullandığı *stipulatio* çeşididir<sup>521</sup>. *Stipulatio* akdi ile suç olan bir işin yapılmasının vaad edilmesi durumunda ise *Stipulatio Turpis* söz konusu olur. *Stipulatio Ex Turpi Causa* ise üçüncü kişinin işleyeceği suçun önlenmesinin taahhüt edilmesinde söz konusu olur. Böyle bir *stipulatio* sebebiyle dava açılırsa *promissor, exceptio doli* ile karşılık verebilme imkânına sahiptir.

Kölelerin özgür olduktan sonra efendilerine karşı hizmet vadeleri üzerlerine tabii borç doğurduğu için dava ile takip edilemezdi. Bu vadeler sözlü bir akitti<sup>522</sup>. Klâsik devirde bu yemin yerine, azattan sonra efendi ile azatlı arasında konusu bazı hizmetleri yerine getirme olan bir taahhüt alınmaktaydı ki bu *stipulatio'* ya *stipulatio operarum* denmektedir<sup>523</sup>.

<sup>517</sup>Akıncı (2013), s.151.

<sup>518</sup>Berger (1953), s.717.

<sup>519</sup>F. McGaha (1985). Third-Party Beneficiary Contracts. *Louisiana Law Review*, 45(1), s.797.

<sup>520</sup>Honig (1938), s.236,237.

<sup>521</sup>Berger (1953), s.718.

<sup>522</sup>Umur (2010), s.354.

<sup>523</sup>Berger (1953), s. 609,718; Berki (2007), s.404.



*Stipulatio amplius non peti* ise üçüncü kişi adına davacı olan kayyımın yaptığı taahhüdü içerir ki aynı konu hakkında davalıya tekrar dava açılmayacağını konu alır<sup>524</sup>.

## 2.Roma Hukuku' nda Stipulatio' nun Uygulandığı Haller

*Stipulatio* akdi her türlü borcu konu alabilen<sup>525</sup>, hemen her hukuki sahada yapılabilen bir akit olduğu için Roma Özel Hukukunun hemen her alanında sıklıkla tatbik edilmiştir. Roma Hukuku' nun gelişim safhaları göz önüne alındığında her dönem için kendisine farklı tatbik sahaları bulan *stipulatio* akdi, dönemine göre, kefalet gibi bazı alanlarda özellikle tercih edilmiş, alım satım akdi<sup>526</sup> veya bina inşasına dair sözleşme<sup>527</sup> gibi bazı alanlarda nadiren ve bir dönem kullanılmış; *novatio* gibi bazı hukuki alanlarda ise yegane kullanılan akit olmuştur. *Ius Civile'* nin katı şekilciliği ve *actio'* lar sistemi olması sebebiyle; taraflar *ius civile'* yi işletemedikleri alanlarda hukuki sonuç doğurması için kullandıkları *stipulatio'* lar ile; *res* olmaksızın aynî akit yapılacağına dair ortaya konan irade beyanlarına hukuki bağlayıcılık sağlamakta, davası olmasa bile *pactum'* lara *stipulatio'* dan doğan davaları kazandırmaktaydılar<sup>528</sup>. Ayrıca *stipulatio praetor'* larca, taraflar arasındaki hemen her türlü konudaki uyumsuzlukların giderilmesi ve taraflar arasında cebren özel borç ilişkisi tesis edilmesi amaçlarıyla da kullanılmaktaydı.

### 2.1. Novatio

Yenileme, tarafların geçerli olarak kurulmuş eski bir borcu, yeni bir borç ilişkisi kurmak suretiyle sona erdirmeleridir<sup>529</sup>. Yenileme ile birlikte eksik veya tam bir borç sona ererken<sup>530</sup>, onun yerine muhtevası veya tarafları farklı olan yeni bir borç ilişkisi

<sup>524</sup>Roby (2000b), s.383.

<sup>525</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.213.

<sup>526</sup>Jolowicz ve Nicholas (2008), s.289; Satım akdinde *stipulatio* akdinin kullanılıp kullanılmadığı kaynaklardan kesin olarak anlaşılmamaktadır. Fakat bazı yazarlara göre, eski dönemlerde alım satım akdi yerine; satıcının malın teslimini taahhüt ettiği alıcının da bedeli ödemeye taahhüt ettiği iki ayrı *stipulatio* ile de yapılabilmekteydi.

<sup>527</sup>Johnston (1999), s.98.

<sup>528</sup>Burdick (2004), s.435.

<sup>529</sup>C.P. Sherman (1917). *Roman law in the modern world*. Boston: The Boston Book Company, s.304; Honig (1938), s.237,238.

<sup>530</sup>Gürten (2007), s.69.

kurulmaktadır<sup>531</sup>. Romalılar *novatio*' yu önceki borcun başka bir borç haline tahvili ve nakli olarak tarif ederler<sup>532</sup>.

*Novatio* Roma Hukukunda şekle bağlı bir muameleydi bu şekil ise yegane *stipulatio* yoluyla<sup>533</sup>. Borcun kaynağının haksız fiil, haksız fiil benzeri veya herhangi bir tür akit olması yenilemenin *stipulatio* akdiyle yapılması şartını değiştirmezdi. Borcun konusu ve sebebi ne olursa olsun *stipulatio* akdi yapılmak suretiyle eski borcun geçerliliği kaldırılarak yeni bir *stipulatio* borcu kurulabilirdi. Şu kadar ki klâsik dönemde *novatio* işlemi yapılması amacıyla bir *stipulatio* yapılmasıyla birlikte eski borç *ipso iure* sona ererken *Iustinianus* döneminde taraflar açıkça yenileme iradelerini (*animus novandi*) ortaya koymadıkça borç *ipso iure* sona ermezdi<sup>534</sup>. Bununla beraber *Iustinianus* döneminde *stipulatio*' nun şeklindeki esneme *novatio* içinde geçerliydi.

Tarafların açıkça yenileme iradelerini beyan etmeleri *novatio* için yeterli görülüyordu<sup>535</sup>. Yenileme iradesi açıkça ortaya konulmaksızın yapılan bu gibi *stipulatio*' larda ayrı olarak ikinci bir borç doğmuş olurdu. Bununla beraber *Iustinianus* döneminde yenileme borcun muhtevasını ve taraflarını kapsarken; klâsik hukukta taraflarda değişiklik mümkün iken muhtevadaki değişiklik ancak vadede, ifa yerinde ve fer'i borçlarda olabiliyordu, borcun asıl konusu değiştirilemiyordu<sup>536</sup>. Bu itibarla klâsik hukuk döneminde yenileme muhteva açısından borcu kısmen sona erdirirken, *Iustinianus* döneminde *novatio* yoluyla borç ilişkisi tamamen sona erdirilebilmektedir.

Yenileme için yapılan *stipulatio* ile eski borç sona erirken onun yerine *stipulatio*' dan doğan borç geçiyordu. Geçerli olarak kurulan her çeşit borç *novatio* yoluyla yenilenebilirdi. Mesela yenilenmek istenen borç, tabii borç olabileceği gibi tam borçta olabilirdi. Bu itibarla tabii bir borç sona erdirilip yerine tam borç yükleyen yenileme muamelesi yapılabilirdi. Asıl borcu ortadan kaldıran bir *novatio* söz konusuysa asıl borca bağlı fer' i borçlar örneğin kefillerin borçları da ortadan kalkar, şayet aynî teminatlar rehin veya ipotek varsa aynî teminatlar da ortadan kalkardı<sup>537</sup>. Yapılan yeni

<sup>531</sup>Akıncı (2013), s.77.

<sup>532</sup>Rado (2006), s.234.

<sup>533</sup>Umur (2010), s.326; Tahiroğlu (2000), s.76; Gürten (2007), s.69.

<sup>534</sup>Sherman (1917), s.305.

<sup>535</sup>Rado (2006), s.236.

<sup>536</sup>Umur (2010), s.327; Gürten (2007), s.69.

<sup>537</sup>Akıncı (2013), s.78; Rado (2006), s.235.

*stipulatio*' nun ehliyet eksikliği veya şekil eksikliği gibi herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde yeni bir borç doğmasa dahi eski borç sona ererdi<sup>538</sup>.

### Gai. Ins. 3.176

"*Praeterea nouatione tollitur obligatio ueluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim; nam interuentu nouae personae noua nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima nouationis iure tollatur, ueluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius uel a muliere pupilloue sine tutoris auctoritate stipulatus fuero; quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. non idem iuris est, si a seruo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset.*"

"Bundan başka borç münasebeti *novatio* ile de ortadan kalkar, mesela senin bana olan borcunun *Titius* tarafından bana verileceğini taahhüt ettirsem; zira yeni bir şahsın araya girmesiyle yeni bir borç münasebeti doğar, birinci borç ortadan kalkar ikinciye inkılap eder, hattâ ikinci *stipulatio* hükümsüz olsa dahi yenileme (*novatio*) ile birincisi doğrudan doğruya (*iure*) ortadan kalkar, mesela senin bana olan borcunu ben *stipulatio* ile *Titius*' a, onun ölümünden sonra verilmek üzere, veya vasinin *auctoritas*' ı olmadan bir kadına veya bir küçüğe (*pupillus*) taahhüt ettirtirsem; bu halde alacağımı kaybederim; zira birinci borçlu borcundan kurtulmuştur, ikinci borçta batıldır (*nulla*). Fakat *stipulatio*' yu bir köleyle yapmış isem, aynı hüküm cari değildir; zira bu defa ben hiç bir *stipulatio* yaptırmamış gibi, birincisi yine borçlu kalmaktadır<sup>539</sup>."

<sup>538</sup>Rado (2006), s.235; *Iustinianus* döneminde eski borcun sona ermesi için *animus novandi*' nin açıkça belirtilmesi lazımdı. Aksi takdirde eski borç geçerliliğini sürdürürdü. Böylece klâsik dönemde geçerli bir *stipulatio* ile *novatio* yapılırsa eski borç sona erip yeni bir borç söz konusu olurken *Iustinianus* döneminde yenileme iradesi açıklanmaksızın yapılan geçersiz bir *stipulatio* ile yapılan *novatio* neticesinde yeni bir borç oluşmaksızın eski borç varlığını sürdürmeye devam edecektir.

<sup>539</sup>Bu metinde kölelerin *promissor* olarak *stipulatio* işlemi yapmaları kast edilmiştir. Kölelerin üzerlerine tam borç doğmaması sebebiyle sonuçları açısından yokluk hukuki kurumuna benzer bir sonuca ulaşılmıştır. Bu hükme kıyasen *novatio* için yapılan *stipulatio*' nun kurucu unsuru sayılabilecek unsurlarında eksiklik halinde klâsik hukukta dahi hiç *stipulatio* yapılmamış gibi ilk borcun *ipso iure* sona ermesinin söz konusu olmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü metinde ilk borcun sona ermemesinin illeti ikinci bir *stipulatio*' nun yapılmış olsa bile köle ile yapıldığı için yok sayılmasına bağlanmıştır. Yok sayılmanın illeti ise taraf ehliyeti eksikliği değil kölenin tam borç ile borçlanamamasıdır; çünkü taraf ehliyeti eksik olanların *novatio* için yaptıkları *stipulatio*' ları önceki borcu *ipso iure* sona erdirmektedir. Kölenin *stipulatio*' su bile, *novatio*' daki sonuçları açısından yok hükmünde kabul ediliyorsa kurucu unsurları

*Novatio* ile *Iustinianus* döneminde borcun muhtevasında ki değişikliğe borcun sebebi, konusu ve kapsamı da dâhildir<sup>540</sup>. Mesela *novatio* ile ifanın konusunda değişiklik yapılabileceği gibi vasiyetnameden, haksız fiilden doğan bir borç *stipulatio* borcuna dönüştürülebilir veya eski borca ilave olarak şart ve vade eklenebilir<sup>541</sup>.

Borç ilişkisinde tarafların değişmesi ya alacaklının alacağını üçüncü bir kişiye devriyle ya da borçlunun borcunun üçüncü kişiye devredilmesi suretiyle gerçekleşir<sup>542</sup>. Birinci durumda alacağın temlik ikinci durumda borcun nakli hukuki kurumları söz konusu olur<sup>543</sup>. Roma hukukunda alacağın temlik için, alacaklının talimatıyla, borçlu alacağın temlik edilmek istendiği üçüncü kişiye *stipulatio* ile vaad ederdi<sup>544</sup>. Vaadin konusu ise alacaklı yerine akdi yaptığı üçüncü kişiye borcu ifa etme taahhüdünden ibaretti<sup>545</sup>. Temlike fer'i hakların ve teminatların dâhil olabilmesi için ayrı *stipulatio*'ların yapılmasına ihtiyaç vardı<sup>546</sup>. Bu ise temlik işini zorlaştırdığı için zamanla alacağın temlik için *stipulatio* terk edilmiş yerine vekalet kurumu kullanılmaya başlanmıştır<sup>547</sup>. Borcun nakli de tıpkı alacağın temlik gibi *stipulatio* yoluyla gerçekleştiriliyordu. Bu *stipulatio* alacaklı ile borcu devralacak kişi arasında yapılıyordu<sup>548</sup>. Roma Hukuku'nda borcun nakli halinde, alacaklının aciz halindeki bir borçludan alacaklı hale gelmesinin önlenmesi amacıyla<sup>549</sup>, alacaklının rızası esas kabul ediliyordu<sup>550</sup>. Asıl alacağa bağlı fer'i alacakların sona ermesi bakımından borcun nakliyle alacağın temlik arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu fer'i haklar ve teminatların ayrı *stipulatio*'larla nakli

---

eksik veya olmayan bir *stipulatio* herhalikarda *novatio*'nun sonuçları açısından yok kabul edilmelidir. Bugün B.K.'na göre eski borcun ortadan kalkması ile yeni borcun kurulması arasında illiyet bağı olmalıdır, geçerli bir yeni borç kurulamamışsa yenileme olmaz. Bu yönüyle B.K.'nundaki hükmün klâsik hukuk ve *Iustinianus* dönemindeki hükümlerden farklı olduğunu görüyoruz.

<sup>540</sup> Klâsik hukuk döneminde borcun asıl konusunda *novatio* ile değişiklik yapmak mümkün değildi.

<sup>541</sup> *Novatio* ile borcun de sebebi değiştirilebilmektedir. Bkz. Gürten (2007), s.69.

<sup>542</sup> Sherman (1917), s. 305.

<sup>543</sup> Honig (1938), s.238.

<sup>544</sup> Üçer, M. (2005). Roma hukuku'nda ve karşılaştırmalı hukukta alacağın temlik. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53 (3), 402.

<sup>545</sup> Sherman (1917), s.305.

<sup>546</sup> Akıncı (2013), s.53.

<sup>547</sup> Akıncı (2013), s.53.

<sup>548</sup> Akıncı (2013), s.55.

<sup>549</sup> Sherman (1917), s.306.

<sup>550</sup> Sherman (1917), s.306.

gerekiyordu. Bu sebeple alacağın temlikinde olduğu gibi borcun naklinde de *stipulatio* zamanla terk edilip vekalet yoluna müracaat edilmeye başlanmıştır<sup>551</sup>.

## 2.2. Anlaşmaların Mecburi Hale Konması

### 2.2.1. Dar hukuk akitleriyle beraber yapılan fer' i anlaşmalar

Roma akitler sisteminde kendisine *actio* verilmeyen rızai anlaşmalara *pactum* adı verilmekteydi. *Pactum'* lar özellikle ilk dönemlerde borç doğurmayan, kendisine dava hakkı verilmeyen anlaşmalar niteliğindedir. Daha sonraki dönemlerde bazı *pactum'* lar *ius civile* tarafından tanınmış bazıları *praetor'* lar tarafından kabul edilmiş bir kısmı da imparator emirnameleriyle hukuki hayat bulmuşlardır<sup>552</sup>.

*Pactum'* lar kendisine *ius civile* tarafından dava hakkı verilmemiş ve borç doğurmayan hukuki işlemler olarak kabul edilmiş olsalar da zamanla iyiniyet davası doğuran akitlerle beraber yapılan fer'i nitelikte şekilsiz *pactum'* lara *ius civile* kapsamında birer iyiniyet davası verilerek korunmaya başlanmıştır (*pacta adiecta*)<sup>553</sup>. Mesela bir iyiniyet akdi olan alım satım akdi ile beraber yapılan *pactum displicentiae*, *lex comissoria*, *in diem addictio* bunlardandır<sup>554</sup>. Çünkü Roma Usul Hukuku gereğince hâkim iyiniyet davalarında netice talep ile hukuki olgularla sıkı sıkıya bağlı değil, bilakis hakkaniyetin gerektirdiği şekilde hareket etmekte, somut olayı değerlendirmekte ve takdir yetkisini kullanmakta serbestti<sup>555</sup>. Fakat dar hukuk akitlerinde hâkimin böyle bir imkânı olmadığı için dar hukuk akitleriyle beraber yapılan şekilsiz *pactum'* lara borçlandırıcı kuvvet tanımak için *stipulatio* akdi yaygın olarak kullanılıyordu<sup>556</sup>. Aslında taraflar burada *pactum'* u kuvvetlendirmiyorlardı, ulaşmak istedikleri hukuki bağlayıcılığı rızai bir akit olan *pactum'* u kullanarak elde edemeyecekleri için ayrı bir *stipulatio* şeklinde yapıyorlardı. Böyle bir *stipulatio'* dan ise muteber bir alacak hakkı doğuyordu. Mesela tüketim ödücü akdiyle beraber faiz şekilsiz bir *pactum'* la kararlaştırılacak olsa bu anlaşmanın bir bağlayıcılığı olmazdı. Çünkü faiz Roma

<sup>551</sup> Akıncı (2013), s.56; Rado (2006), s.221.

<sup>552</sup> Umut (2010), s.377 vd.

<sup>553</sup> Sayın (2008), s.36.

<sup>554</sup> Akıncı (2013), s.179.

<sup>555</sup> Akıncı (2013), s. 7,8.

<sup>556</sup> Rado (2006), s.100.

Hukukuna göre asıl alacağa bağlı bir fer'i haktı<sup>557</sup>, faiz ve cezai şart gibi fer'i hakların ifasına dair yapılan yapılan *pactum'* lar ise dar hukuk akitlerinde bağlayıcılık taşıyor hâkim bunu re'sen veya talep olsa dahi gözetemiyordu meğer ki bu konuda bir *stipulatio* yapılmış olsun.

### 2.2.2. Aynî akitlere dair yapılan *pactum'* lar

Aynî sözleşmelerin oluşabilmesi için tarafların rızası ve malın tesliminin beraber gerçekleşmesi gerekmektedir. Roma Hukukunda aynî sözleşme olarak kabul edilen akitlerden herhangi birisinin yapılacağına dair yapılan taahhüt muameleleri sözleşmenin kurulmasına yetmediği gibi bağlayıcılık da arzetmiyordu. Mesela Roma Hukuku' nda bir tüketim ödücünün veya bir kullanım ödücünün verileceğine veya saklama sözleşmesinin kabul edileceğine dair vaadlerden, anlaşmalardan bir dava doğmazdı; bunlar şekilsiz *pactum'* lardı (*pactum de mutuo dando, de commodando*)<sup>558</sup>. Bu akitlerin yapılacağına dair vaadlerin borç doğurması isteniyorsa *stipulatio* ile şeklinde taahhüt edilmeleri gerekirdi<sup>559</sup>.

Aynî akitler sadece irade beyanlarıyla oluşmadığı için söz konusu aynî akit iyiniyet davası doğursa bile böyle bir akdin yapılacağına dair yapılan *pactum'* lardan dava doğmazdı<sup>560</sup>. Fakat *consensus+res'* in varlığıyla beraber yapılan bir aynî nitelikli iyiniyet akdiyle beraber yapılan şekilsiz *pactum'* lar dava doğururlardı. Bu sebeple *pacta adiecta'* ların *ius civile* tarafından tanınmasından sonra, sağlıklı olarak kurulmuş aynî nitelikli bir iyiniyet akdine bağlı olarak yapılan fer'i ek anlaşmaların ayrı bir *stipulatio* ile ayrıca yapılmalarına ihtiyaç yoktu<sup>561</sup>.

*Stipulatio'* nun *Iustinianus* dönemine kadar aynî akitlere paralel şekilde bağışlama taahhüdlerine de *actio* verilmesi için kullanıldığı görülmektedir. *Iustinianus* dönemine kadar bağışlama vaadleri hukuki bağlayıcılığı bulunması için bir *stipulatio* ile yapılıyordu<sup>562</sup>. Fakat *Iustinianus* döneminde bir emirname ile bağışlama vadinin

<sup>557</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.212.

<sup>558</sup>Rado (2006), s.101.

<sup>559</sup>Rado (2006), s.101.

<sup>560</sup>Rado (2006), s.101.

<sup>561</sup>Sayın (2008), s.36,37.

<sup>562</sup>Rado (2006), s. 170; Akıncı (2013), s.181; Tahiroğlu (2000), s.216.

*pactum*' la yapılsa dahi geçerli borç doğuracağı kabul edildi<sup>563</sup>. Böylece *pactum donationis* borç doğurucu bir akit olarak ortaya çıkmıştır.

### 2.3. Müteselsil Borç ve Müteselsil Alacak Tesis Edilmesi

Borç ilişkisinde taraflar arasındaki yükümlülük ve ifayı talep hakkı derecesi ve kapsamı farklı suretlerde olabilir. Şayet borçlular alacaklıya karşı aynı derece ve kapsamda borcun tamamından sorumlu ise ve borçlulardan herhangi birisinin yaptığı ifa, ifanın miktarı nisbetinde diğer borçluların alacaklıya karşı taleplerini sükût ettiriyorsa müteselsil bir borç ilişkisinin varlığından söz edilir<sup>564</sup>.

Müteselsil borç halinde tek bir borç söz konusuysen alacaklı müteselsil borçluların her birinden borcun dilediği kadarını talep edebilme hakkına sahiptir<sup>565</sup>. Borçlu birden fazla olup her bir borçlu alacağın tamamından sorumludur<sup>566</sup>. Borcun herhangi bir müteselsil borçlu tarafından ifa edilmesi borcun o kısmını tüm alacaklıya karşı sükût ettirir<sup>567</sup>. Borcun sükûtu ifa ile olabileceği gibi *acceptilatio*, *novatio* veya *litis contestatio* ile de olabilir<sup>568</sup>.

Müteselsil borçlarda alacaklı, müteselsil borçlulardan herhangi birisi lehine yaptığı tasarrufla diğer borçluların durumunu ağırlaştırılmaz<sup>569</sup>. Bu itibarla alacaklı birisini *acceptilatio* ile ibra etmişse veya borçlulardan birisinin borcu magistra önündeki yemin teklifiyle (*iusiurandum in iure delatum*) sükût etmişse diğer borçlular da o nispetde borçtan kurtulurlar.

Teselsül halinde borç olabileceği gibi teselsül halinde alacakta söz konusu olabilir. Bu durumda alacaklılardan her birisi borçludan borcun tamamını isteyebilir<sup>570</sup>, bununla beraber borçlunun borcuna ilişkin yaptığı bir ifa, yaptığı ifa nisbetinde diğer alacaklılara karşı borcunu sükût ettirir. Şayet borcun tamamını bir alacaklıya ödese borcundan kurtulur böylece diğer alacaklıların talep hakkı sona ermiş olur<sup>571</sup>. Müteselsil alacak

<sup>563</sup>Rado (2006), s.170.

<sup>564</sup>Akinci (2013), s.47.

<sup>565</sup>Akinci (2013), s.48.

<sup>566</sup>Akinci (2013), s.48.

<sup>567</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.189.

<sup>568</sup>Rado (2006), s. 102.

<sup>569</sup>Akinci (2011), s.265; B.K. m.165.

<sup>570</sup>Akinci (2013), s.50.

<sup>571</sup>Akinci (2013), s.50.

durumunda borçlu, alacaklılardan birisi ifa talebinde bulunmadığı sürece dilediği alacaklıya ifade bulunabilir<sup>572</sup>.

Roma Hukukunda akitten doğan bir borçtan müteselsil sorumluluk *stipulatio* yoluyla kurulurdu<sup>573</sup>. Aynı *stipulatio* ile kurulan borç ilişkisinde birden fazla alacaklı veya borçlu varsa müteselsil alacak veya müteselsil borç söz konusu olurdu. Tarafların *adstipulator*, *adpromissor* veya fer'i alacaklı olmaksızın asıl alacaklı olarak aynı *stipulatio* akdine iştirak etmiş olmaları da borcun müteselsil borç olarak doğması kuralını değiştirmezdi<sup>574</sup>. *Stipulator* borçluların her birisine ayrı ayrı "Bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?" diye sorduktan sonra tüm *promissor*' ların beraberce taahhüt ediyorum demesiyle müteselsil borç ilişkisi kurulurdu. Şayet her birisi ayrı ayrı taahhüt etseler birbirinden bağımsız borç ilişkileri kurulmuş olurdu<sup>575</sup>.

Roma Hukukunda müteselsil alacak ilişkisi gene *stipulatio* yoluyla kurulurdu<sup>576</sup>. Alacaklıların her birisi ayrı ayrı «Bana 100 as vermeyi taahhüt ediyor musun?» diye sorar, borçlu ise tüm alacaklıların soruları bitene kadar sükût eder, alacaklıların soruları bittikten sonra hepsine cevap mahiyetinde «Taahhüt ediyorum» diye devap vermesiyle müteselsil alacak ilişkisi kurulmuş olurdu<sup>577</sup>. Müteselsil borç ilişkisinde olduğu gibi burada da *promissor* her soruya ayrı taahhüt etse ayrı ayrı borç ilişkileri kurulmuş olurdu.<sup>578</sup> Mesela üç farklı *stipulator* «Bana 100 As vermeyi taahhüt ediyor musun?» diye sorduktan sonra *promissor* «Taahhüt ediyorum» diyerek cevap verse; daha sonra dördüncü *promissor* «Bana 100 As vermeyi taahhüt ediyor musun?» diye sorsa aynı *stipulator* «Taahhüt ediyorum» diyerek cevaplarsa, konusu 100 As olan üç müteselsil alacaklının bulunduğu ve konusu 100 As olan bir alacaklının bulunduğu, iki farklı borç

<sup>572</sup>Akıncı (2013), s.50.

<sup>573</sup>Rado (2006), s.103; Roma Hukukunda müteselsilen sorumluluk sözleşmeden, haksız fiilden, mirasçılıktan ya da vasiyetnameden doğabilirdi. Bununla beraber ceza davalarından kaynaklanan haksız fiil borçları değil tazminat davaları niteliğindeki davalarda zarar verenler zarar görene karşı müteselsilen sorumlu idiler. Haksız fiillerden doğan ceza davalarında ise teselsül yoktu. Ceza davası her bir davalıya ayrı ayrı açılır ve söz konusu ceza miktarının tamamı davalılara ayrı ayrı ödetilirdi. Bkz. Akıncı (2013), s.49,50; Rado (2006), s.101.

<sup>574</sup>Taraflar birden fazla ise söyledikleri sözlü şekle ait sözlerinin yorumundan fer'i alacaklı, fer'i borçlu veya asıl alacaklı, asıl borçlu oldukları anlaşılır. Bu itibarla *stipulatio* akdini beraber yapan tarafların her birisi asıl borçlu olabileceği gibi *adpromisso* vasıtasıyla kefil gibi fer'i borçlu da olabilir. Taahhüt ettiren iki kişi olup birisi fer'i nitelikte ise taahhüt ettirenler arasında vekalet ilişkisi sebebiyle fer'i alacaklı, alacağı asıl alacaklıya devretmek zorundayken, ikisi ayrı ayrı alacaklı da olabilir. Bu halde aralarındaki rücu ilişkisi payları oranında olmalıdır.

<sup>575</sup>Rado (2006), s.103; Akıncı (2013), s.51.

<sup>576</sup>Rado (2006), s.103.

<sup>577</sup>Iustinianus (1968), s.246,247,248,249.

<sup>578</sup>Rado (2006), s.104.



ilişkisi kurulmuş olurdu. Müteselsil alacaklılardan herhangi birisinin alacağı üzerinde yapacağı *acceptilatio* tasarrufu da ifa gibi sonuç doğurur, ibra miktarınca borçlu tüm alacaklılara karşı borcundan kurtulurdu<sup>579</sup>.

#### 2.4. Teminat İçin Stipulatio Kullanılması ve Roma Hukukunda Kefalet

Teminat sözleşmeleri ise bir kimsenin başkasına karşı yüklendiği edimin, borçluya teminat olarak yüklenilmesini öngören bütün sözleşme çeşitlerini kapsamaktadır<sup>580</sup>. Teminat sözleşmeleri ile aynî teminat veya şahsi teminat kararlaştırılabilir.

Roma Hukuku'nda özellikle ilk dönemlerde şahsi teminat yolu tercih ediliyordu<sup>581</sup>. Çünkü Roma toplumunda güvene ve verilen söze sadakate büyük önem verilmekteydi. Bu ise şahsi teminatların ciddi bir temin kuvvetine sahip olması demekti. Ayrıca Romada özellikle ilk dönemlerde kabul edilen şahıs varlığı ile sorumluluğun borçluyu ifaya zorlaması, şahsi teminatların daha çok tercih edilmesine sebep olmaktadır<sup>582</sup>.

Genel olarak hemen her çeşit teminat sözleşmesinde *stipulatio*'nun yaygın bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. *Stipulatio* çeşitlerinde zikredilen *stipulatio habere licere* ile zapta karşı teminat verilmekteydi. Ayıba karşı verilen teminat içinde *stipulatio* akdinin kullanıldığı görülmektedir. Ayıptan sorumluluk, satıcının hasarın geçtiği anda alıcıya bildirdiği (vaad ettiği) nitelikleri veya dürüstlük kuralı gereğince ondan beklenen lüzumlu vasıfları taşımamasından dolayı sorumlu olmasıdır<sup>583</sup>. Roma Hukukunda satıcının ayıplı mal konusundaki sorumluluğu ilk dönemlerde oldukça sınırlıydı. Satıcı malda belli vasıfların bulunduğu ya da belirli ayıpların bulunmadığına yönelik bir teminat vermişse ancak o sebeple sorumlu oluyordu<sup>584</sup>. Hatta bu teminatı vermekle beraber satıma konu olan malı *mancipatio* tasarruf muamelesi ile devretmiş olması şartı da vardı. Bu dönemlerde *res mancipi* malların geçerli olarak devredilmeleri zaten *mancipatio* veya *in iure cessio* muamelesiyle devredilmelerine bağlı olduğu için ayıp olmadığı yönünde vaat de varsa ayrı bir *stipulatio*'ya gerek kalmayabilirdi. Ancak *res nec mancipi* malların devri *tradatio* ile yapıldığı için ayıba karşı teminatın ayrı bir

<sup>579</sup>Rado (2006), s.103.

<sup>580</sup>C. Yavuz (2012). *Borçlar hukuku dersleri (özel hükümler)*. İstanbul: Beta Basım, s.665.

<sup>581</sup>Gürten (2007), s.71.

<sup>582</sup>Gürten (2007), s.72,73.

<sup>583</sup>F. Aral ve H. Ayrancı (2012). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.103.

<sup>584</sup>Canbaz (2008), s.117

*stipulatio* ile verilmesi yoluyla satıcı sorumlu tutulabiliyordu<sup>585</sup>. Ayrıca yabancılar da *mancipatio* muamelesini yapamadıkları için ayıba karşı teminatı *stipulatio* yoluyla sağlıyorlardı. Satılan malın ayıplı olması durumunda alıcı bir *actio ex stipulatu* ile uğradığı zararın tazmini isteyebiliyordu<sup>586</sup>. Örneğin koyun satımının ayıplı olmadığına dair yapılan *stipulatio* metni şu şekildedir:

“*Qua de re agitur, sanasrecte esse, utipecus ovillum, quod recte sanum estextra luscam surdam minam, idest ventre globra, ne que de pocere morbosso esse habareque recte licere, haec sicrecte fieri spondesne?*”

“Bahis konusu koyunların olması gerektiği gibi sağlıklı olduklarını, bir gözünün kör veya karnının hava ile sisirilmiş olmadığını, bunlarda bir hayvan hastalığının olmadığını ve hukuka uygun devredildiklerini taahhüt eder misin?”<sup>587</sup>”

*Stipulatio* ile yapılan teminat, *mancipatio* ile yapılan teminata nazaran satıcının daha lehineydi<sup>588</sup>. Çünkü satıcı *actio ex stipulatu* ile mahkum olsa sadece alıcının zararını karşılamakla yükümlüydü, *mancipatio*’ya dayalı teminatta ise zararın iki katını ödeme yükümlülüğü vardı<sup>589</sup>.

Garanti *stipulatio*’larının bir kısmı *aedilis curulis*’lerin faaliyetleriyle ortaya çıkmıştır. Örneğin *aedilis curulis*’ler kazai yetkileriyle köle satıcılarını, sattıkları kölelerde ayıp bulunmadığına dair *stipulatio* ile teminat vermeye mecbur tutuyorlardı<sup>590</sup>. *Aedilis curulis*’lerin kazai yetkileriyle yaptıkları *stipulatio*’lar da asıl itibariyle *praetoria*’dır<sup>591</sup>. Keza garanti *stipulatio*’ları *conventionalis* de olabilirlerdi.

Roma Hukukunda teminatın *stipulatio* ile sağlandığı birçok farklı uygulama alanı mevcuttu. Örneğin inşaat için yapılan faaliyetlerle komşuya verilebilecek olan muhtemel zararlar (*damnum infectum*) sebebiyle komşuya teminat (*cautio damni infecti*)

<sup>585</sup>H. Emiroğlu (2011). Roma hukukunda alım-satım sözleşmesinde maldaki ayıplar nedeniyle satıcının sorumluluğu. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2). s.102.

<sup>586</sup>Canbaz (2008), s.8.

<sup>587</sup>Canbaz (2008), s.8.

<sup>588</sup>Canbaz (2008), s.9.

<sup>589</sup>Canbaz (2008), s.9.; Roma Hukukunda ayıplı mal satımı durumundaki hukuki imkânlar için bkz. İÜHFD, c.2, S.2, 2011, s.99

<sup>590</sup>Canbaz (2008), s.25.

<sup>591</sup>Iustinianus (1968), s.251.

verilmesi gerekirdi<sup>592</sup>. Bu teminat bir *praetor stipulatio*' su yoluyla verilirdi<sup>593</sup>. Teminatta kullanılan *stipulatio*' ya başka bir örnek mülkiyet hakkına tecavüz edilen kişi *actio negatoria in rem* davası esnasında davalıdan mülkiyet hakkına yeniden tecavüz etmemesine yönelik bir taahhüt isteyebilirdi<sup>594</sup>. Bu teminatlar da *stipulatio* ile yapılır ve taahhüt eden, zarar gerçekleştiği takdirde, *stipulatio* akdine istinaden onu tazmin borcu altına girerdi<sup>595</sup>. Başka bir örnek olarak malı üzerinde intifa hakkı tesis edilen çıplak malikin, intifa hakkı sahibi tarafından mülkiyet hakkının özüne zarar veren davranışlarda bulunması tehlikesine teminat olarak *praetor edictum*' ları vasıtasıyla *cautio usufructuaria* denilen; intifa hakkı sahibine malı iyi bir aile babası (*bonus paterfamilias*) gibi kullanma yükümlülüğü yükleyen<sup>596</sup> bir teminat çeşidi ihdas edilmişti. Keza bu teminat da birisinin kefil gösterildiği bir *stipulatio* şeklinde yapılıyor ve bundan bir *actio ex stipulatio* doğuyordu.<sup>597</sup> Birçok *praetor stipulatio*' larının, belli bir şekilde hareket etmeyi aksi halde meydana gelecek zararların tazmin edilmesinin taahhüt edilerek bir nev' i teminat amacıyla yapıldığını görülmektedir<sup>598</sup>. Bu sebeple bunlar teminat (*cautiones*) idiler<sup>599</sup>.

Kefalet sözleşmesi, esas borçlu ile birlikte fer'i üçüncü bir kişinin, esas borçlunun borcunu taahhüt etmesiyle söz konusu borcun teminatını sağlayan bir teminat sözleşmesidir<sup>600</sup>.

### **Ius. Ins. 3.20**

*"Pro eo qui promittit solent alii obligarii, qui fideiussores appellatur, quos homines accipere solent dum curant ut diligentius sibi cautum sit."*

<sup>592</sup>Küçükbüçakcı, E. (2010). *Roma hukukunda mülkiyet hakkının sınırları*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s.70.

<sup>593</sup>Küçükbüçakcı (2010), s.70; Topuz (2010), s.101.

<sup>594</sup>Ayla, T.A. (2008). *Roma hukukunda mülkiyet hakkının tarihçesi ve çağdaş hukuk sistemlerine etkisi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s.39.

<sup>595</sup>Ayla (2008), s.22.

<sup>596</sup>Schwarz (1963), s.127.

<sup>597</sup>Çakar (2008), s.66,67; Koschaker ve Ayiter (1977), s.171.

<sup>598</sup>Çakıroğlu (2010), s.22.

<sup>599</sup>Rado(2006), s.110; Di Marzo (1959), s.139.

<sup>600</sup>B.K m. 581 'de kefalet sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: Kefalet sözleşmesi kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.

"Birçok hallerde vaad eden yerine, kefil ismi altında, başka kimseler de borçlanırlar: bu da alacaklıları daha dikkatli bir teminat altına almak için yapılır."

Kefalet sözleşmesi üçlü bir ilişkidir bununla beraber kefalet sözleşmesi hem B.K.'na göre hem Roma' da kefil ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşmedir. Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için borçlunun rızasına hatta haberi olmasına dahi gerek yoktur. Bununla beraber borçlu ile alacaklı arasında kurulmuş olsun kurulacak olsun mutlaka geçerli bir borç ilişkisinin bulunması gerekir<sup>601</sup>.

Roma' da kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında yapılan *stipulatio* yoluyla kuruluyordu<sup>602</sup>. *Stipulatio*, kefalet için yegane yol olmamakla beraber en çok tercih edilen yoldu<sup>603</sup>. Kefalet sözleşmesinin kurulduğu *stipulatio*' nun belirli sözleri içermesi gerekmele birlikte bunun *sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio* olmak üzere üç farklı yolu vardı<sup>604</sup>. Bu üç kefalet çeşitinin hepsi *stipulatio* ile kurulmakta ortak, sözlü akdin unsuru olan soru ve cevaplar açısından ise farklılık göstermekteydiler. *Sponsio* en eski kefalet şekliydi. Esas borç ilişkisi kurulduktan sonra alacaklı kefile «*Idem dari spondes?* (Aynı şeyi vermeyi taahhüt ediyor musun?)» diye sorar kefilin «*Spondeo!* (Taahhüt ediyorum!)» diye cevap vermesiyle *sponsio* akdi kurulurdu.<sup>605</sup> Zamanla *fidepromissio* ve *fideiussio* isminde gene *stipulatio* yoluyla yapılan farklı kefalet çeşitleri ortaya çıktı<sup>606</sup>. Alacaklının kefile «*Idem fidepromittis?* (Aynı şeyi şerefim üzerine vaad ediyor musun?)» diye sormasına karşılık kefil «*Fidepromitto* (Şerefim üzerine vaad ediyorum)» diye cevap vermesi şeklinde yapılan bir *stipulatio* ile *fidepromissio* tesis edilmiş olurdu. *Fidepromissio* özellikleri açısından *sponsio*' ya benzer nitelikteydi. Her iki kefalet türüyle de sadece sözlü borçlar teminat altına alınabiliyordu<sup>607</sup>. *Fidepromissio* sadece Roma vatandaşları tarafından değil yabancılar tarafından da yapılabiliyordu. Ortaya çıkış sebebi ve *sponsio*' dan asıl farkı buydu. Nitekim *fidepromissio* yabancılar *praetor*' luğunun kurulmasından sonra ortaya çıkmıştır. Kefalet

<sup>601</sup>Akıncı (2013), s.112.

<sup>602</sup>Roma' da kefalet için sözlü şekil şartı mevcutken B.K. hükümlerince kefalet sözleşmesine yazılı şekil şartı getirilmiştir.

<sup>603</sup>Roma Hukukunda kefaletin *pactum*' larla dahi kurulabildiğini görmekteyiz. Farklı kefalet türleri (*Constitutum debiti alieni, mandatam qualificatum, receptum argentarii*) için bkz. Gürten (2007), s.85 vd.

<sup>604</sup>Honig (1938), s.239.

<sup>605</sup>Gürten (2007), s.76.

<sup>606</sup>Rado (2006), s.106.

<sup>607</sup>Honig (1938), s.239.

akdinin bu üç farklı şekilde kuruluşuna dair esaslar *Gaius Institutiones'* inde yer almaktadır:

### **Gai. Ins. 3.116**

*"Sponsor ita interrogatur: IDEM DARI SPONDES? fidepromissor ita: IDEM FIDEPROMITTIS? fideiussor ita: IDEM FIDE TUA ESSE IUBES?videbimus de his autem, quo nomine possint proprie adpellari, qui ita interrogantur: IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIES? "Sponsor ita interrogatur"*

"Sponsor" a şöyle sorulur: *IDEM DARI SPONDES?* (aynı şeyi taahhüt ediyor musun?); *fidepromissor'* a şöyle: *Idem FIDEPROMITTIS?* (aynı şeyi şerefine üzerine vaadediyor musun?); *fideiussor'* a şöyle: *Idem FIDE TUA ESSE IUBES?* (aynı şeyi şerefine temin ediyor musun?).

Borç ister sözlü akde ister yazılı, rızai veya aynî akde veya bir *pactum'* a dayansın<sup>608</sup>, *fideiussio* ile teminat altına alınabilirdi bu sebeple oldukça kullanışlı bir kefalet şekliydi<sup>609</sup>. *Fideiussio* alacaklının esas borçlunun borcunu kastederek «Aynı şeyi vereceğini bana şerefinele vaad ediyor musun?» sorusuna karşılık kefilin «*Fideiubeo!* (Temin ediyorum!)» diye karşılık vermesi suretiyle yapılan bir *stipulatio* ile kurulurdu<sup>610</sup>. *Iustinianus* döneminde kefalet şekillerinden sadece *fideiussio* kullanılıyordu. Diğer kefalet şekilleri eski dönemlerde ve klâsik dönemde kullanıldığı halde gelişen ticaret hayatı şartlarının gerektirdiği esneklik karşısında; şekil ve geçerlilik şartları ağırlığı, kapsamı ve etkisi bakımından yetersiz kalarak zamanla terk edilmişlerdir.

*Sponsio* ve *fidepromissio* ile borçlanan kefilin borcu iki sene sonra sona eriyordu. *Sponsio'* da ve *fidepromissio'* da kefilin borçları tali olmamakla birlikte borçları müteselsildi. *Fideiussio'* da ise zaman açısından bir sınırlama olmadığı gibi birden fazla *fideiussor* varsa bunlar müteselsilen sorumlu olurlardı<sup>611</sup>. Ayrıca *fideiussor'* un yüklendiği borcun tabii veya tam borç olması da sorumluluğu açısından bir şey

<sup>608</sup>Honig (1938), s.239.

<sup>609</sup>Gürten (2007), s.77.

<sup>610</sup>Rado (2006), s.106; Gürten (2007), s.94,95.

<sup>611</sup>Akıncı (2013), s.113.

değiştirmemekteydi<sup>612</sup>. *Iustinianus* döneminde klâsik dönemin aksine mirasçılar aleyhine taahhüt kuralı olarak mümkündür. Bu itibarla *fideiussor'* ların mirasçılar aleyhine de borçlanabildikleri görülmektedir<sup>613</sup>.

*Sponsio* ve *fidepromissio* ile tesis edilen kefaletin fer'i borç olup olmadığı konusu tartışmalıdır. *Gaius Institutiones'* inde *stipulatio* ile borçlanan kişinin herhangi bir geçersizlik sebebiyle borçlanmaması durumunda dahi *sponsor'* un veya *fidepromissor'* un geçerli bir şekilde borçlanacağı yazmaktadır. Bir görüşe göre; açıkça belirtilmese bile bu hüküm *sponsio* ve *fidepromissio'* nun fer'i nitelik taşımadığına bağımsız bir borç olduğuna delildir<sup>614</sup>. Bir küçüğün vasisinin *auctoritas'* ı olmaksızın borçlanması halinde, asıl borç geçerli olmadığı halde bu borca kefil olan *sponsor* veya *fidepromissor'* un borcu geçerli olarak doğardı<sup>615</sup>.

*Fideiussio* ile kurulan kefaletin geçerliliği ise asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlı olduğu için fer'i nitelik taşır. Genel kural olarak kefilin durumu hiçbir zaman asıl borçlunun durumundan daha ağır olamaz mesela kefil asıl borçlunun borçlandığından fazlasına borçlanamayacağı gibi, şarta bağlı bir borç için kefil şarta bağlı olmadan borçlanamaz<sup>616</sup>. Bununla beraber uygulamada geçersiz bir *stipulatio* ile borçlanan borçlunun *sponsio* veya *fidepromissio* ile borçlanan kefilin durumu asıl borçludan ağır durumdadır. Dikkate değerdir ki fer'i niteliği haiz olmayanayrıca tali borç da doğurmayan *sponsio* ve *fidepromissio* kapsam olarak daha dar iken fer'i nitelik taşıyan ve tali olarak kullanılan *fideiussio'* nun kapsamı çok daha geniştir.

Kefilin borcu *Iustinianus* döneminin başlarına kadar birinci derecede borçtu. Alacaklı asıl borçluya müracaat etmeksizin doğrudan kefilin ifayı talep edebilirdi. *Iustinianus* döneminde böyle bir ifa talebiyle karşılaşan kefile *beneficium excussionis* isminde bir def'i hakkı verildi. Bu def'i ile birlikte artık kefilin borcu artık tali bir borca dönüşmüştür<sup>617</sup>. Bu def'i sebebiyle alacaklının ifa gücü olmasa bile öncelikle borçluya müracaat etmesi gerekmektedir. Bu alacaklının aleyhine olsa da önceki dönemlerde alacaklı borçluya müracaat ettikten sonra *litis contestatio'* nun borcu sona erdirici etkisi

<sup>612</sup> Gürten (2007), s.98

<sup>613</sup> Tezimizde "Mirasçılar lehine şart ve mirasçılarının fiilini taahhüt" başlığı altında *Iustinianus* döneminde kefaletin mirasçılar aleyhine doğurduğu borçlar hakkındaki *Institutiones* metnini bulabilirsiniz.

<sup>614</sup> Gürten (2007), s.78,79; Akıncı (2013), s. 114.

<sup>615</sup> Gürten (2007), s.96.

<sup>616</sup> Gürten (2007), s.79.

<sup>617</sup> Rado (2006), s.107.

sebebiyle kefile müracaat edemiyordu<sup>618</sup>. Önce kefile müracaat hakkı olsa bile kefileden temin edemediği alacağın tamamını veya bir kısmını borçludan isteyemiyordu. Aynı zamanda doğrudan kefile müracaat etmesi borçlunun borcunu ödemeyeceğine inandığını gösteren bir hareket tarzı sayıldığı için borçluya bir nevi hakaret sayılıyor böylece alacaklı aleyhine *actio iniuriarum* açılabilirdi<sup>619</sup>. Kefalet akdi *litis contestatio*' nun borç doğurucu etkisi sebebiyle sona erebileceği gibi kefilin ölmesi ile veya kefilliğin üzerinden 2 yılın geçmesiyle de sona erebilirdi<sup>620</sup>. *Fideussio* için süre sınırı yoktu, ayrıca *fideissior*' un mirasçıları ölen kefilin borcundan da sorumlu olurlardı. Ayrıca borcu sona erdiren diğer sebepler olan yenileme, *acceptilatio*, ifa gibi hukuki işlemler de kefaleti sona erdirirdi<sup>621</sup>.

## 2.5. Stipulatio' nun Uygulanma Alanının Daralması Meselesi

*Stipulatio* akdi çok geniş bir tatbikat sahasına sahip olmakla beraber Roma sınırlarının genişlemesiyle *ius civile* teamüllerine yabancı olan doğulu toplumların Roma Hukukunu kullanmaları neticesinde değişen şartlar, *stipulatio*' nun kendi bünyesindeki değişiklikler, ayrıca Roma Hukukundaki katılığın esnemesi ve yeni kurumların ihdası suretiyle birçok değişimlerin tesiriyle zamanla bu tatbikat alanının daraldığı görülmektedir. Özellikle diğer hukuki müesseselere verilen *actio* hukuki olanakların artışı her borç için kullanılan *stipulatio*' yu ikinci plana doğru itmiştir. Mesela *pactum*' lar *ius civile*' de hiç korunmaz kendilerine *actio* verilmez iken *ius gentium*' la birlikte rızai sözleşmeler olarak kabul edilip iyiniyet davası verildi. Böylece *pactum*' ların bir *stipulatio* ile ayrıca akdedilmeleri yoluna gitme ihtiyacı azalmıştır<sup>622</sup>. Ayrıca akitlerde iradeye önem verilmesi neticesinde *pactum*' ların doğrudan doğruya bir hukuki kurum olarak ortaya çıkması da benzer sonuçlara sebep olmuştur. Mesela *acceptilatio* muamelesi için *stipulatio* şekil şartı iken daha sonraki dönemlerde aynı amaca hizmet için *pactum de non petendo* hukuki kurumu kullanılmaya başlanmış böylece *stipulatio*' ya olan müracaat azalmıştır. Benzer şekilde klâsik dönem hukukunda

<sup>618</sup> Kefilin borcunun tali kabul edildiği dönemlerde mecburen önce asıl borçluya müracaat hali söz konusu olduğu için borcun tahsilinin mümkün olmaması durumunda *litis contestatio*' nun borcu sona erdirici etkisi söz konusu olmamaktadır. *Litis contestatio* için bkz. d.n. 237.

<sup>619</sup> Gürten (2007), s.83.

<sup>620</sup> Gürten (2007), s.132.

<sup>621</sup> Gürten (2007), s.132.

<sup>622</sup> Akıncı (2013), s.19.

tahkim anlaşması (*compromissium*) için yapılan *stipulatio* mecburi niteliği haizdi<sup>623</sup>. Fakat *Iustinianus* döneminde ise *stipulatio* mecburi olmamakla birlikte bu anlaşma *pactum* yoluyla da yapılabilirdi<sup>624</sup>. Keza bağışlama vaadinin hukuki bağlayıcılığı bulunması için *stipulatio* ile yapılmış olması şart iken *Iustinianus* döneminde *pactum donationis* yoluyla da yapılabilir hale gelmiştir<sup>625</sup>. Başka bir örnek olarak *dos* tesisi de önceki dönemlerde sözlü akitlerle yapılabilirken imparator emirnameleriyle *pactum*'larla yapılabilir hale gelmiştir. Klâsik dönemde satım akdi dahi alıcı ve satıcı tarafından yapılan iki ayrı *stipulatio* ile yapılabilirken daha sonraki dönemlerde *emptio venditio* müessesinin gelişmesi ve *actio empti* ile istenebilen kalemlerin daha geniş hale getirilmesiyle *stipulatio* akdine olan ihtiyacı ortadan kaldırmıştır. Nitekim sonraki dönemlerde satım akdinde *stipulatio* kullanılmamıştır. Aynı şekilde zapta karşı tekeffül veya ayba karşı tekeffül için ilk dönemlerde kullanılan *stipulatio* daha sonraki dönemlerde uygulama alanını zamanla kaybetmeye başlamış onun yerine genel davalar yoluyla taraflar bu gibi hukuki müesseselerden istifade etmişlerdir. Aynı süreci alacağın temlik veya borcun nakli için kullanılan *stipulatio*'nun zamanla terk edilerek yerine vekaletin kullanılmasında da görülebilir. Roma borçlar hukuku'ndaki bu esneme ve gelişim *stipulatio*'nun her alanda tatbikini devam ettirmekle beraber daraltmıştır. Bununla beraber genel olarak dar hukuk davası doğuran akitlerde, müteselsil borç oluşturulmasında veya Roma Hukukuna göre fer' i hak olan faiz ve cezai şartın kararlaştırılmasında veya *novatio* gibi hukuki işlemlerin yapılmasında *stipulatio* akdinin kullanımına yoğun olarak devam edildiği görülmektedir.

*Ius civile*'nin katı olarak tatbik edildiği ilk dönemlerden *Iustinianus* dönemine kadar birçok hukuki müessese kurulmuş ve mevcut hukuki kurumların tatbik sahaları genişlemiş ve esnekleşmiştir. *Ius civile*'nin dar kalıpları içerisinde *stipulatio* kendisine çok geniş tatbik sahası bulabilirken daha sonraki dönemlerde diğer akitlerin de tatbik sahalarının genişlemesi ve uygun akit türlerinin ihdası ile hukuki sonuçlara ulaşmaktaki yollar çoğalmış bu *stipulatio*'ya olan rağbeti ve ihtiyacı bu yolla azaltmıştır. *Iustinianus* döneminde *stipulatio* kullanılmaya devam etse de, genel karakterisitik yapısı oldukça değişmiş, kullanım alanı belirgin şekilde daralmıştır.

---

<sup>623</sup>Umur (2010), s.379.

<sup>624</sup>Berki (1950), s.136.

<sup>625</sup>Rado (2006), s.170.



## Sonuç

Roma Hukuku' nda sadece belirli sayıdaki sözleşmeler *contractus* olarak kabul ediliyordu. Bu sözleşmeler ise aynî akitler, rızai akitler, yazılı akitler ve sözlü akitler olarak sınıflandırılıyor bu sınıflandırma ise akitler sistemini oluşturuyordu<sup>626</sup>. Bu sınıflandırma içerisinde *stipulatio* akdi Roma Hukuku' nun sözlü akitler içerisinde kabul ettiği en köklü ve Roma Hukuku' na en özgü akitlerinden bir tanesiydi<sup>627</sup>.

*Stipulatio* eski hukuk devrinde *ius civile* akdi olarak ortaya çıkmış, en son kullanıldığı dönem olan *Iustinianus* dönemine kadar Roma Hukuku' na özgü olarak kalmıştır. Bununla beraber krallık döneminden son imparatorluk dönemine kadar Roma devletinin topraklarının büyümesiyle ayrıca ticari gereksinimlerle yabancılarla hukuki ilişkiler artınca *stipulatio* akdi Roma Hukuku' nun bir parçası olarak öncelikle farklı sözlü kalıplarla daha sonra aynı kalıplarla yabancılarla da yapılabilir hale gelmiştir<sup>628</sup>. *Stipulatio*' nun farklı çevrelerce bir çok hukuki alanda uzun dönemler boyunca farklı hukuki dönemlerde bu yoğun kullanımı, *stipulatio*' nun şeklinde, konusunda, sebebe bağlılığında, geçerlilik şartlarında, uygulanma alanında, bir çok değişimler geçirmesine sebep olmuştur. Tezimizde *stipulatio* akdinin şekli, konusu, sebebe bağlılığı, geçerlilik şartları, uygulanma alanları dönemlere göre ayrı ayrı incelenmiş ve bu hususlarda objektif tespitler ortaya koyulmuştur.

*Stipulatio* sözlü bir akittir. *Stipulatio*' nun hukuki mahiyetinin ve özelliklerinin doğru bir sistematik üzere anlaşılabilmesi için akit kavramıyla ve buna bağlı olarak borç kavramıyla ayrıca akdin kurucu unsurları olan irade beyanı ve taraflarla ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda da Roma Hukuku' nun kendisine has özel bir yapısının olması sebebiyle Roma Hukuku' nda akit, borç, irade beyanı, taraflar kavramlarının da bu inceleme kapsamında bulunması gerekmektedir. Tezimizde *stipulatio*' nun akde ve borca ilişkin unsurlar ve bunların çeşitleriyle birlikte incelenmesi, *stipulatio* akdinin kurucu unsurlarının incelikte ortaya konulmasına imkân sağlamıştır. *Stipulatio* akdi tarihi ve akademik metinlerde daha çok uygulanmasına yönelik pratik yönleriyle ele alınırken, kurucu unsurlarının teorik olarak yorumlandığı eserler oldukça sınırlıdır. Tezimizde Roma Hukuku' nun özel yapısının da gözetilerek;

<sup>626</sup>Yavuz (2008), s.10.

<sup>627</sup>Zimmermann (1996), s.68.

<sup>628</sup>Çakıroğlu (2010), s.23; Yavuz (2008), s.15.

*stipulatio*' nun kurucu unsurlarının, akit ve borç kavramı ve bunların çeşitleriyle beraber hukuki yoruma kapsalımca tâbi tutulması Roma Hukuku' nda *stipulatio* akdinin yapısının daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Ayrıca bu kavramlara ilişkin mukayeseli olarak B.K.' daki hükümlere de dipnotlarda yer verilmiş, böylelikle *stipulatio*' nun günümüzdeki hukuki kavramlarla ilişkisi de ortaya konulmuştur.

Kaynaklardan anlaşıldığı kadarıyla Romalıların hukuki işlemlerde verilen söze, şahitliğe, büyük önem verdikleri anlaşılmaktadır. *Stipulatio* akdi sözlü şekle bağlı bir akit olarak ortaya çıkmış yazılı belgeye veya şahite ihtiyaç duymaksızın uygulanmıştır. *Stipulatio* akdi sözlü şekille o derece irtibatlıdır ki sözlü şekil kavramı anlaşılmadan *stipulatio* anlaşılabilir. Çünkü sözlü şekil *stipulatio*' nun kurucu unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözlü akde fazla itibar etmeyen doğu toplumları<sup>629</sup> *stipulatio*' yu kullanırken yazılı belgelere bir ispat vasıtası olarak *stipulatio* yapıldığını kaydetmişler<sup>630</sup>, bu uygulamanın yoğunluğu *stipulatio*' yu yavaş yavaş yazılı şekle yaklaşmıştır<sup>631</sup>. Diğer yandan *ius civile*' nin sert şekilci yapısının *ius gentium, paraetor edictum*' ları, imparator emirnameleri yoluyla genel olarak yumuşamaya başlaması *stipulatio* üzerinde de etkisini göstermiş sadece belirli sözlerle kurulabilen *stipulatio* akdinin sözlü yapısı da yumuşamaya başlamıştır. Öyle ki öncelikle imparator *Leo* döneminde neşredilen kanunla<sup>632</sup> devamında *Iustinianus* döneminde *stipulatio* akdinin kurulması için kullandıkları kelimelere bakılmaksızın sadece tarafların sözlü olarak anlaşması yeterli görülmüştür<sup>633</sup>. Bu itibarlarla sözlü bir akit olan *stipulatio*' nun *Iustinianus* döneminde hem yazılı akde hem de rızai akde yaklaştığı görülmektedir. Tezimizde *stipulatio*' nun farklı dönemlerde uğradığı şekli değişimler nedenleriyle beraber tespit edilmiş, şekli değişimlerin *stipulatio* akdinin uygulanmasına nasıl tesir ettiği konuyla ilgili kanaatlerimiz de belirtilerek ortaya konulmuştur.

*Stipulatio* akdinin karakteristik özelliklerinden birisi de sebepten soyut olarak veya sebebe bağlı olarak yapılabilmesidir. *Stipulatio* sırasında sözlü şekilde sebep gösterilse akit sebebe bağlı hale gelmekteyken sebebin gösterilmemesi akdin sebepten soyut hale getirmektedir<sup>634</sup>. Soyut *stipulatio*' ların akdin geçerliliğini hukuki sebebin

<sup>629</sup>Zimmermann (1996), s.79.

<sup>630</sup>Tahiroğlu (2000), s.114; Gürten (2007), s.35; Koschaker ve Ayiter (1977), s.211.

<sup>631</sup>Umur (2007), s.351.

<sup>632</sup>Gürten (2007), s.36; Zimmermann (1996), s.80.

<sup>633</sup>Burdick (2004), s.441.

<sup>634</sup>Rado (2006), s.96; Zimmermann (1996), s.91.

varlığı ve geçerliliğinden; borcun sebebinin yokluğunu ispat külfetinin borçluya ait olması ve borçlunun borcun sebebinin mevcut olmadığına dair kullanabileceği def' i gibi hukuki kurumlara imkân vermemesi yoluyla uzaklaştırdığı görülmektedir. Fakat zamanla *praetor* hukukunun da gelişmesiyle hakkaniyete aykırı sonuçların doğmaması için borçluya sebebin yokluğu halinde *exceptio doli* tanınmıştır<sup>635</sup>. Ayrıca *Iustinianus* döneminde borçlu sebebin olmadığını ileri sürerse alacaklı sebebi ispat etmek zorunda kalıyordu. Böylece soyut olarak yapılabilen *stipulatio* akdi zamanla sebebe bağlı hale dönüşmüştür<sup>636</sup>.

Tezimizde *stipulatio*' nun sebeple bağlılığı konusu ayrı bir başlık altında incelenerek bu konuda hem *stipulatio*' nun akitsel özellikleri hem de bu hususta geçirdiği değişimler ortaya konmuştur. Roma Hukuku' nun ilk dönemlerinde katı şeklin varlığı sebebiyle çoğu hukuki işlemler sebebe bağlı oldukları halde sebepten soyut hale gelebildiği görülmektedir. Çünkü Roma Hukuku' nun eski dönemlerinde gerçek iradeye değil irade beyanına önem verilmekte<sup>637</sup>, irade fesadı olması durumunda dahi akit geçerli olarak kurulmaktaydı. Böyle olunca kurulan akit ile aktin hukuki sebebi arasındaki bağ pratikte çözülmüş oluyordu. Fakat *stipulatio* akdi ise mahiyeti itibariyle sebepten soyut olarak yapılabilen bir akitti<sup>638</sup>. Özellikle eski dönemlerde sadece para alacağı için kullanılan *stipulatio*' nun; *Iustinianus* dönemine kadar sebepten soyut olarak yapılabilmesi yönü de göz önüne alınırsa, kullanımı günümüzde kullanılan kıymetli evraklara benzetilebilir. *Stipulatio* akdi bugünkü hukuk sistemlerinde de varlığını sürdüren hukuki sebepten soyut hukuki işlem kavramının Roma Hukuku içerisinde en belirgin bir örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla *stipulatio*' nun sebepten soyutluğu konusunun tezimizde anabaşlık altında ortaya konulması; Roma Hukuku' nda irade fesatlarına ve akitlerde sebebe bağlılık presibinine ışık tutmuş, ayrıca *stipulatio* akdinin özelliklerinin daha iyi bir şekilde incelenmesine olanak sağlamıştır.

*Stipulatio*' nun geçersizliği Roma Hukuku' nda akitlerin geçersizliğine sebep olan genel hükümlere paralelik göstermiştir. *Institutiones*' te geçersizlik sebepleri ayrı ayrı belirtilse de *stipulatio*' nun geçersizlik sebeplerinin irade uyuşmazlığı, temyiz kudretinin yokluğu, imkânsızlık, ahlaka, adaba, *bona fides* (iyiniyet)' e aykırılık çerçevesinde

<sup>635</sup>Zimmermann (1996), s.93.

<sup>636</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.214

<sup>637</sup>Tahiroğlu ve Erdoğan (2001a), s.173.

<sup>638</sup>Koschaker ve Ayiter (1977), s.213,214; Akıncı (2013), s.19.

toplandığı söylenebilir<sup>639</sup>. Bu itibarla Roma Hukuku' nda *stipulatio* akdinin geçersizliği konusunda genel geçersizlik sebepleri ekseninde hareket edilmiş ayrıca *stipulatio*' nun kendisine has sıkı şekil şartları ve kendisine has yapısı da gözetilerek geçersizliğe sebep olabilecek durumlar hükme bağlanmıştır. Tezimiz de *stipulatio*' nun akitsel özellikleri kapsamında geçersizliği de incelenmiş, *institutiones*' deki geçersizliğe dair açık hükümler bunların hukuki yorumuyla beraber ortaya konmuştur.

Bir çok farklı alanlarda *stipulatio*' nun kullanılması neticesinde zamanla *stipulatio* akitleri kendine özgü bir hal alarak kalıplaşmaya başlamış ve birçok farklı *stipulatio* çeşidi ortaya çıkmıştır. *Stipulatio* akdinin kullanıldığı konuya göre, şarta veya vadeye bağlanması gibi istisnai unsurlara göre bu bağlamda da akdin hüküm ve sonuç doğuracağı ana göre, kullanan tarafın özel hukuk kişisi veya *magistra* olmasına göre veya geçerli olup olmamasına göre bir çok farklı çeşitlere ayrılmıştır. *Stipulatio* çeşitlerinin birçoğu *stipulatio* akdinin yapısına uygun kalmakla beraber *acceptilatio* gibi bazı çeşitleri ise kendisine has bir yapıya bürünmüştür. Tezimizde Roma Özel Hukuku' nun farklı alanlarındaki *stipulatio* çeşitleri genel özellikleriyle beraber tespit edilmiş ve böylece *stipulatio* akdinin kullanıldığı çerçeve daha somut hale getirilmiştir.

*Stipulatio*' nun kullanıldığı ilk dönemlerde akdin konusu sadece para olabilirken<sup>640</sup> daha sonraki, dönemlerde yapma edimlerinin de *stipulatio*' nun konusu olabileceğinin kabulüyle<sup>641</sup>, teorik olarak *stipulatio* her türlü hukuki amaç için kullanılabilir hale gelmiştir. Uygulamada ise *stipulatio*' nun bir çok alanda kullanılmakla beraber kullanım ekseninin belirli alanlarda yoğunlaştığı görülmektedir. Teminat verilmesi<sup>642</sup>, yenileme<sup>643</sup>, müteselsil borçların ve alacakların kurulması<sup>644</sup>, cezai şart gibi dar hukuk akitleri ile beraber yapılan fer' i nitelikteki anlaşmalar<sup>645</sup>, aynı akitlerin yapılmasına dair yapılan anlaşmalar *stipulatio* akdinin kullanımının en yoğun olduğu alanlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda Roma Hukuku' nun her döneminde kendisine farklı yoğunlukta uygulama alanları bulan *stipulatio* akdi, dönemine göre; kefalet gibi bazı alanlarda özellikle tercih edilmiş<sup>646</sup>, her dönemde

<sup>639</sup> Akıncı (2010b), s.135.

<sup>640</sup> Koschaker ve Ayiter (1977), s.212.

<sup>641</sup> Koschaker ve Ayiter (1977), s.212.

<sup>642</sup> Emiroğlu (2011), s.102; Rado(2006), s.110; Di Marzo (1959), s.139; Honig (1938), s.239.

<sup>643</sup> Umur (2010), s.326; Tahiroğlu (2000), s.76; Gürten (2007), s.69.

<sup>644</sup> Rado (2006), s.103.

<sup>645</sup> Honig (1938), s.237.

<sup>646</sup> Gürten (2007), s.85 vd.

müteselsil borç ilişkisinin kurulmasında kullanılmış, *novatio* gibi bazı hukuki alanlarda ise yegane kullanılan akit olmuştur<sup>647</sup>. Ayrıca *ius civile*'nin katı şekilciliği ve *actio*'lar sistemi olması sebebiyle; taraflar *ius civile*'yi işletemedikleri alanlarda hukuki sonuç doğurması için kullandıkları *stipulatio*'lar ile; *res*(teslim) olmaksızın aynî akit yapılacağına dair ortaya konan irade beyanlarına hukuki bağlayıcılık sağlamakta, davası olmasa bile *pactum*'lara *stipulatio*'dan doğan davaları kazandırmaktaydılar<sup>648</sup>. Ayrıca *stipulatio* akdi sadece özel borç ilişkilerinde değil teminat olarak yargılama sırasında *praetor*'lar tarafından da kullanılmaktaydı<sup>649</sup>.

Gerçekten de Roma Hukuku'nda *stipulatio*'nun yoğunlukla kullanılarak artık kalıp haline geldiği hukuki alanlar da bulunmaktadır. *Stipulatio*'nun asıl olarak hukuki yaşamını bu alanlarda sürdürdüğü, tarihi dönemler boyunca bu hukuki sahalarda kendisinden kolaylıkla vazgeçilemediği görülmektedir. Tezimizde *stipulatio*'nun asıl kullanım alanlarını oluşturan bu hukuki kurumlar, *stipulatio* ile ilişkisi de gözetilerek irdelenmiştir. Gerçekten de bu sayılı hukuki sahalarda *stipulatio*'nun kullanımı o derece köklü ve yaygındır ki *stipulatio* ile nerdeyse özdeşleştiği görülmektedir. Tezimizde *stipulatio*'nun bu uygulama alanları, uygulandığı hukuki kurumlarla ilişkisi de gözetilerek sistematik olarak ortaya konulmuştur. *Stipulatio* konusunda yapılan bir çok akademik çalışmanın da *stipulatio*'nun uygulandığı hukuki konular üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Bu yönüyle tezimizde *stipulatio*'nun uygulama sahası hakkında ortaya koyulan bilgiler *stipulatio* hakkındaki yapılan akademik çalışmalara paralellik arz etmektedir.

*Stipulatio* akdi çok geniş bir kullanılma sahasına sahipken, doğulu toplumların *stipulatio*'yu kullanmalarının akdin şekline ve yapısına etki etmesi, *stipulatio*'yu Roma halkından bir derece uzaklaştırmış ve kullanımını azaltmıştır. Ayrıca Roma Hukukundaki katılığın esnemesi ve yeni hukuki kurumların ihdası suretiyle birçok değişimler de *stipulatio* akdinin kullanımını azaltmaya başlamıştır. Özellikle diğer hukuki kurumlarda kullanılabilen *actio*'ların artması ve diğer hukuki kurumlarla talep olanaklarının artışı; her konu için kullanılabilen *stipulatio*'yu ikinci plana doğru itmeye başlamıştır. Mesela *pactum*'ların *ius gentium*'la birlikte rızai sözleşmeler olarak kabul edilip *pactum*'lara iyiniyet davası verilmesiyle *pactum*'ların bir *stipulatio* ile

<sup>647</sup>Umur (2010), s.326; Tahiroğlu (2000), s.76; Gürten (2007), s.69.

<sup>648</sup>Burdick (2004), s.435.

<sup>649</sup>Di Marzo (1959), s.139.

ayrıca akdedilmeleri yoluna gitme ihtiyacı azalmıştır<sup>650</sup>. Ayrıca akitlerde iradeye önem verilmesi neticesinde *pactum'* ların doğrudan doğruya bir hukuki kurum olarak ortaya çıkması da benzer sonuçlara sebep olmuştur. Mesela bağışlama<sup>651</sup> *acceptilatio*, veya klasik dönemde *tahkim anlaşması*<sup>652</sup> ancak *stipulatio* ile yapılabilirken daha sonraki dönemlerde *pactum'* lar ile de yapılabilmeye başlanmış bu sebeple *stipulatio'* ya olan müracaat azalmıştır<sup>653</sup>. Benzer şekilde *dos* tesisi de önceki dönemlerde sözlü akitlerle yapılabilirken imparator emirnameleriyle *pactum'* larla yapılabilir hale gelmiştir. Zapta karşı tekeffül veya ayıba karşı tekeffül için ilk dönemlerde kullanılan *stipulatio* daha sonraki dönemlerde uygulama alanını zamanla kaybetmiş onun yerini genel davalarla müracaat edilebilen hukuki olanaklar almaya başlamıştır. Aynı süreç alacağın temlik veya borcun nakli için kullanılan *stipulatio'* nun zamanla terk edilerek yerine vekaletin kullanılmasında da görülebilir.

Roma borçlar Hukuku'nun şekil ve yapısındaki esneme ve gelişim *stipulatio'* nun her alanda kullanımını devam ettirmekle beraber daraltmıştır. Neticede *stipulatio* akdinin uygulama sahası teorik olarak daralmasa da, şeklindeki yumuşamalar uygulamada kolaylık sağlasa da; diğer hukuki kurumlar *stipulatio* aleyhine gelişim sürecine girmiş ve pratikte daha çok tercih edilmeye başlanmıştır. *Iustinianus* döneminde *stipulatio'* nun genel karakteristik yapısının oldukça değiştiği ve uygulamada ki geniş yerinin açıklanan sebeplerle bir derece daraldığı ve eskisi kadar kullanılmadığı görülmektedir. *Iustinianus Institutiones'* inde *stipulatio* hakkında geniş e kapsamlı açıklamalar vardır. Pratikteki durumunu göz önüne alan bazı yazarlara göre ise *stipulatio* akdi *Iustinianus* döneminde artık uygulamadan kalkmaya yüz tutmuştur. Kanaatimizce *Iustinianus* döneminde *stipulatio'* nun özüne ve tatbik sahasına dokunmaksızın zamanın yeni ihtiyaçlarına göre *stipulatio'* ya yeni bir uygulama şekli kazandırılmış ve bu köklü akdin uygulamada ki yeri ve önemi korunmaya çalışılmıştır.

*Stipulatio'* nun, akitsel özellikleri, akdin her alanda uygulanmasına izin verse de uygulandığı alanları daha çok fiili kullanım belirlemiştir. *Stipulatio'* nun fiili kullanım alanı ise dönemin şartlarına göre değişiklik göstermiştir. Tezimizde akdin tarihi süreç içerisinde kullanım alanlarındaki değişiklikler, hukuki ve tarihi nedenleri ayrıca diğer

---

<sup>650</sup> Akıncı (2013), s.19.

<sup>651</sup> Rado (2006), s.170.

<sup>652</sup> Umur (2010), s.379.

<sup>653</sup> Berki (1950), s.136.

hukuki kurumlar ile ilişkisi ile birlikte tespit edilip ortaya konmuştur. Bu inceleme metodu ile tezimizde Roma Özel Hukuku' nda bulunan özellikle sözleşmeler olmak üzere bir çok hukuki kurum beraberce incelenmiş, tarihi süreç içerisinde *stipulatio* akdinin kullanıldığı alanlarda işletilebilen *stipulatio* hariç diğer hukuki imkânlarda temel bilgiler verilmek suretiyle ortaya konulmuştur. Diğer bir deyişle *stipulatio* akdinin kullanım alanının çok geniş olması, tezde Roma Özel Hukuku' nun bir çok alanına değinilmesine imkân tanımıştır. Bu sebeple tezimizde *stipulatio* akdi kapsamca ortaya konulduğu gibi Roma Hukuku' da özellikle akitler olmak üzere bir çok sahasına da değinilmiştir.

## Kaynakça

- Akdoğan, S. (2006). *Türk hukukunda ibra sözleşmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi.
- Akıncı, Ş. (2010a). *Roma hukuku pratik çalışmaları*. Konya: Sayram Yayınları.
- Akıncı, Ş. (2010b). *Roma hukuku dersleri*. Konya: Sayram Yayınevi.
- Akıncı, Ş. (2011). *Borçlar hukuku bilgisi*. Konya: Sayram Yayınları.
- Akıncı, Ş. (2013). *Roma borçlar hukuku*. Konya: Sayram Yayınları.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2012). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Arsebük, E. (1953). Akit mefhumu etrafında incelemeler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1), 379-391.
- Ayla, T.A. (2008). *Roma hukukunda mülkiyet hakkının tarihçesi ve çağdaş hukuk sistemlerine etkisi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Ayiter, K. (1963). *Roma hukuku dersleri aile hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi.
- Berger, A. (1953). *Encyclopedic dictionary of roman law*. Philadelphia: The American Philosophical Society.
- Berki, Ş. (1954). Romada borçların kaynakları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(3-4), 136-167.
- Berki, Ş. (2007). Romada borçların kaynakları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), 400-404.
- Bernard, F. (2009). *The first year of Roman law*. New Jersey: The Lawbook Exchange LTD.
- Buckland, W.W. (2007). *A text-book of Roman law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Burdick, W. L. (2004). *The principles of Roman law and their relation to modern law*. New Jersey: The Lawbook Exchange LTD.
- Büyükay, Y. (2007). *Roma borçlar hukukunda hata*. Ankara: Yetkin Basımevi.
- Canavcı, M.A. (2006). *Roma ve Türk hukukunda istisna akdi*. Yayınlanmamış Yüksek



- Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Canbaz, A. (2008). *Roma hukukunda ve türk hukukunda alım satım aktinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Cracknell, D.G. ve Wilson C.H. (1990). *Roman law origins and influence*. London: HLT Publications.
- Çakar, O. (2008). *Roma hukuku' nda ve Türk hukuku' nda intifa hakkı sahibinin hakları ve borçları*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Çakıroğlu, E. (2010). *Roma hukukunda ve Türk borçlar hukukunda alacağın temliki*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Doğan, G. (2006). *Roma hukukunda eksik borç*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi.
- Descheemaeker, E. (2009). *The division of wrongs a historical comparative study*. New York: Oxford University Press Inc.
- Di Marzo, S. (1959). *Roma hukuku*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Emiroğlu, H. (2003). Roma hukuku'nda vekalet sözleşmesi (mandatum) ve hukuki işlemlerde temsil. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(1), 109.
- Emiroğlu, H. (2011). Roma hukukunda alım-satım sözleşmesinde maldaki ayıplar nedeniyle satıcının sorumluluğu. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2), 102.
- Erdem, N. (2008). *Roma ve Türk hukukunda vedia sözleşmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Erdoğan, B. (2012). *Roma borçlar hukuku dersleri*. İstanbul: Der Yayınları.
- Eren, F. (2011). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: Beta Basım.
- Ergün, Ç. E. (2004). Sözleşmeler hukukunda consideration/sözleşmeyle bağlanma niyeti kavramı ve causa/hukuki neden ile işlevsel denkliği meselesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53(4), 86-87.
- Gaius, A. (1920). *A systematic and historical exposition of Roman law in the order of a code*. London: Colston And Coy. Limited.
- Gönenç , F. İ. (2004). *Roma hukukunda şirket akdi*. İstanbul: Der Yayınları.

- Gunal, A.N. (1995). Roma Miras Hukuku'na genel bir bakış ve vasiyet yolu ile miras. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44(1), 440.
- Günal , A. N. ve Küçükgüngör E. (2002). *Çağdaş özel hukuka giriş olarak roma Hukuku pratik çalışmaları*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Gürten, K. (2007). *Roma hukuku'nda kefalet akdi*. Ankara: Adalet Basım Yayım.
- Harvey, W. F. (1996). *A brief digest of the Roman law of contract.*, Colorado: Rothman & Co. of Littleton.
- Honig, R. (1938). *Roma hukuku*. İstanbul: Matbaai Ebüzziya.
- Hein, W. S. (1987). *Celebration Legal Essays*. New York: Northwestern University Press.
- Iustinianus (1968). *Institutiones*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Johnston, D. (1999). *Roman law in context*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kodal, O. (2008) *Roma hukuku'nda ve türk borçlar hukuku'nda alacağın temliki*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Koschaker, P. ve Ayiter , K. (1977). *Modern özel hukuka giriş olarak roma özel hukunun ana hatları*. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Küçükbıçakcı, E. (2010). *Roma hukukunda mülkiyet hakkının sınırları*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Lee, R.W. (1956). *The elements of Roman law with a translation of the institutes of Justinian*. London: Sweet Maxwell Limited.
- Mackintosh, J. (1994). *The roman law of sale*. Edinburgh: WM. W. Gaunt & Sons Inc.
- McGaha, F. (1985). Third-Party Beneficiary Contracts. *Lousiana Law Review*, 45 (1)
- Nicholas, B. (2008). *An introduction to Roman law*. New York: Oxford University Press Inc.
- Nicholas , B. ve Jolowicz, H.F. (2008). *Historical introduction to the study of Roman law*. Cambridge: Cambridge Press.
- Oğuzman K. ve Öz T. (2000). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Oğuzoğlu, C. (1956). *Roma hukuku*. Ankara: Akıncı Matbaacılık ve Gazetecilik

- Pothier, M. (1806). *A treatise on the law of obligations, or contracts Volume 1*. London: A. Strahan.
- Rado, T. (2006). *Roma hukuku dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Roby, H. J. (2000a). *Roman private law in the times of cicero and of the antonines Volume 1*. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd.
- Roby, H. J. (2000b). *Roman private law in the times of cicero and of the antonines Volume 2*. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd.
- Sayın, B. (2008). *Roma hukukunda pactum'lar*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi.
- Schwarz, A.B. (1963). *Roma hukuku dersleri I. Cilt*. İstanbul: Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayii Basımevi.
- Stein, P. (1999). *Roman law in european history*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tamm, D. (1997). *Roman law and european legal history*. Djof Publishing.
- Tahiroğlu, B. (2000). *Roma borçlar hukuku*. İstanbul: Der Yayınları.
- Tahiroğlu, B. ve Erdoğan, B. (2001). *Roma hukuku meseleleri*. İstanbul: Der Yayınları
- Tahiroğlu, B. ve Erdoğan, B. (2001). *Roma hukuku dersleri*. İstanbul: Der Yayınları.
- Topuz, M. (2010). *İsviçre ve Türk borçlar hukuku ile karşılaştırmalı olarak Roma borçlar hukukunda maddî zarar ve bu zararın belirlenmesi*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi.
- Umur, Z. (2010). *Roma hukuku ders notları*. İstanbul: Beta Basım.
- Üçer, M. (2005). Roma hukuku'nda ve karşılaştırmalı hukukta alacağın temliki. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53 (3), 401-403.
- Üçer, M. (2006) *Roma hukuku'nda ve karşılaştırmalı hukukta alacaklının temerrüdü (mora creditoris)*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Ünal, M. ve Başpınar, V. (2010). *Şekli eşya hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Yavuz, C. (2012). *Borçlar hukuku dersleri (özel hükümler)*. Konya: Beta Basım.
- Yavuz, F. (2008). *Roma kefalet akdi'nin günümüze yansması*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Yeşiller, M. (2011). Roma hukukunda hükümsüzlük halleri. *Gazi Üniversitesi*

*Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(3), 81-82.*

Zeeliođlu, H. (1981). Roma Hukuku' ndaki sorumluluk ölçütlerine genel bir bakış.

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 39(1), 251.*

Zimmermann, R. (1996). *The law of obligations Roman foundations of the civilian tradition*. New York: Oxford University Press.