

ROMA HUKUKUNDA MÜCERRET BORÇ İKRARI VE MODERN KANUNLARA YANSIMASI

Prof. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ*

BK 17: “Borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile borç ikrarı muteberdir”. Mücerret borç ikrarı tarih içinde çeşitli çıkış, inişlerle kanunlara girmiştir. Bu yazıda bu gelişmeyi kısaca göstermek istiyoruz.

§1- Iustinianus’tan Önceki Durum

Sebebi gösterilmeden borç ikrarı klasik devirde *stipulatio ile* yapılırdı. Borç ikrarı tek taraflı bir hukuki muamele olmayıp bir sözleşmedir¹. “Romalıların hayatın ihtiyaçlarını takdir ve bu ihtiyaçları karşılayacak hukuki çareleri bulmaktaki pratik kabiliyetleriyle, sebebi gösterilmeden borç akti yapmak imkanını veren *stipulatio*’yu ortaya koymuşlardı”²

Gai 4,116a.....*si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est. dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.....*

Gai 4,116a....sana karz olarak ödemiş olmam gereken, fakat sana ödemediğim parayı *stipulatio* ile tahhüt ettirmişsem, bu parayı şüphesiz senden isteyebilirim. Bu parayı *stipulatio* ile sorumluluk altına girdiğin için vermek zorunda kalırsın, ancak seni bu nedenle mahkum etmek adil olmayacağından, hile defi ile korunman uygundur³.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ **Oğuzman M.K. / Öz, T.**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2000, s.153.

² **Sungurbey İ.**, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957,s.29.

³ D.44,4,2,3 Ulpianus*si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus,deinde ex ea stipulatione experiatur,exceptio utique doli mali ei nocebit., bir kimse sebep gösterilmeden kendisine bir şey taahhüt ettirmişse,stipulatio’dan davayı açarsa hile def-exceptio doli mali ile karşılaşır.*

Görüldüğü gibi mücerret borç ikrarı Romalıların tipe bağlılık prensibini aşmak için kullandıkları, Roma Hukukunun her sahasında uygulama alanı bulan *stipulatio*'nun uygulanması yoluyla olmaktadır⁴, yani modern hukuklarda olduğu gibi iki taraflı hukuki işlem, bir sözleşmedir. Bazen ödünç para sözleşmesi olan *mutuum* yerine para ödenir ve iadesi için *stipulatio* yapılırdı⁵. *Stipulatio* yapıldığı halde para ödenmezse, o zaman yukarıda anlattığı gibi açılan davaya bir defa ileri sürmek mümkündür. Parayı alamayan *stipulatio borçlus* alacaklıya karşı *querela non numeratae pecuniae* açarak borçlu olmadığına ilişkin hüküm alabilirirdi⁶.

Yüz vermeği taahhüt ediyor musun (C dare spondes) sorusuna borçlunun olumlu cevap vermesiyle oluşan mücerret *stipulatio*'ya dayarak dava açan alacaklı *stipulatio*'nun yapıldığını kanıtlamakla yetinirdi, alacağın sebebini kanıtlamak zorunda olmazdı. Davalı borçlu yukarıda (Gaİ.4,116) belirtildiği gibi bir *exceptio generalis*⁷ ile sebebini geçersizliğini öne sürebilir, ispat edebilirse mahkum olmaktan kurtulabilir. *Stipulatio* ile daha önceden ödeneceği kabul edilen ödünç verilmediği halde mücerret olan bu *stipulatio*'ya dayanılarak talep edildiğinde davalı geniş anlamda iyiniyet definin (*exceptio doli generalis*) alt türü olarak görülmesi gereken *exceptio non numeratae pecuniae* (ödenmemiş para defa) dermeyan edebilirirdi⁸. Bu defa imparator emirnamesine dayanmaktadır⁹, ancak bir yıl içinde, Diocletianus'tan itiba-

⁴ *Stipulatio* sebebe bağlı olarak, yani borçlanmanın sebebini sözleşmeden anlaşılacağı şekilde de yapılabilir. Bu durumda sebebe bağlı (illi) *stipulatio* söz konusu olur. *Stipulatio*'dan doğan borcun alım satımdan, bağışlamadan kaynaklandığı belirtilmişse, *stipulatio* sebebe bağlıdır. Bu sebep geçerli değilse, borç doğmaz, *stipulatio ipso iure* batıldır, hakim bunu görevi gereği (*ex officio*) dikkate almaz. **Honsell H.-Mayer Maly Theo-Selb W.**, Römischer Recht, Berlin 1987, s.296. Bu konuda bkz. D.45,1,35,1 Paulus.

⁵ **Honsell-Mayer Maly-Selb**, s.295.

⁶ **Sungurbey**, s.29.

⁷ D.44,4,23'te Ulpianus'a göre sebebini olmadan *stipulatio* ile bir şeyi taahhüt ettirmiş olanın buna dayanarak dava açması durumunda bir *exceptio doli mali* ile karşılaşabileceğini, *stipulatio*'nun oluştuğu sırada hile olmamasına rağmen davanın tesbiti (*litis contestatio*) ile hilekar bir davranış içine girdiği, *stipulatio* yapıldığı sırada yeterli hukuki sebebini bulunduğu, fakat dava açıldığı sırada yeterli bir sebebini olmadığı fikrini öne sürmektedir. Ulpianus aynı metnin devamında *stipulatio* ile taahhüt ettirmiş olduğunu, ancak fiilen ödemediği ödünç parayı davayla isteyen kimseye *exceptio ileri sürülebileceğini*, *stipulatio*'nun hukuki sebebini tayin edilmiş olduğu halde, sonradan gerçekleşmemiş veya ortadan kalkmış olduğunu ifade etmektedir.

⁸ Semen *stipulatio* ile taahhüt edilmesine rağmen teslim mal teslim edilmemişse, *stipulatio*'dan doğan dava açılırsa, davalı *exceptio non mercis traditae* öne sürebilirdi. Bu defa ile alıcı mal kendisine teslim edilinceye kadar semni ödemeyebilirdi. Gai.4,126a açık arttırmada sattığı malı teslim etmeden parayı isteyen bankere karşı bu definin ileri sürülebileceğini, eğer para ödenmeden malın teslim olunmayacağı kararlaştırılmışsa, bankere karşı defa öne sürebileceğini belirtmektedir.

⁹ C.4,30,7: "Si quasi accepturi mutuum pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per condicionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis" C.4,30,7: Size hiç ödenmemiş para ödünçünden dolayı karşı tarafa *stipulatio* ile geri ödemeyi taahhüt etmişseniz, alacaklı bir şey talep etmemek zorunda olduğu halde dava açmışsa ödenmemiş para defa kullanılabilir.

ren beş yıl içinde ileri sürülebilirdi¹⁰. Bu defa klasik dönemin sonlarına doğru uygulamaya girmiştir¹¹. *Exceptio doli'nin* ileri sürülemediği hallerde bir *exceptio in factum olan exceptio no numeratae pecuniae* kullanılmaya başlanmıştı¹². I.3,13,2'de Iustinianus lehine yapılan *stipulatio*'ya dayanarak ödünç parayı vermeyen dava açıldığında ileri sürülebilecek olan verilmemiş para definin bir emirnameyle süresinin kısaltıldığını belirtmektedir.

§2-Iustinianus Dönemindeki Durum

Iustinianus hukukunda Doğu'daki gelişmelerin sonucu olarak *stipulatio*'nun mahiyetinde bazı önemli değişiklikler oldu. Klasik devrin sonuna kadar belli kelimelerin soru ve cevapta kullanılmasıyla oluşan *stipulatio* yazılı bir belgeye dönüştü. Klasik hukuka uygunluğu sağlamak için tarafların iksinin de belgenin hazırlandığı günde aynı yerde bulunduğunun ispatı yeterli olmuştu.

İmparatorluk döneminin son zamanlarından itibaren *stipulatio* mücerret niteliğini kaybetmeğe başlamıştı. Iustinianus mücerret *stipulatio*'nun sağladığı faydaları ortadan kaldıracak şekilde *stipulatio* alacaklısının dava açıldığında, borçlunun sebebi de kanıtlamak zorunluluğunu getirmişti¹³. Tabiatıyla davalı savunma ileri sürmez ise, *stipulatio* alacaklısının sebebi ispat yükümlülüğü yoktu. Bu şekilde mücerret borçlandırıcı işlemin faydaları ortadan kalkmış oldu¹⁴. Klasik devirde ve öncesinde belli kelimelerin soru ve cevapta kullanılmasıyla oluşan *stipulatio* bir belgeye dönüşmüştü. Ancak *stipulatio*'nun sadece hazırlar arasında oluşabileceği esastan vazgeçmemek için borçlunun imzasını taşıması gereken belgenin düzenlenmesi sırasında tarafların aynı gün ve yerde bulunması aranıyordu¹⁵.

Bunun dışında yine bu dönemin sonlarına doğru düzenlenmiş bir belge ile karzın ispatlanabileceği, ama bu karzın verilmediğinin de ispat edilebi-

¹⁰ Kaser M. Das Römische Privatrecht, I. Abschnitt, München 1971, s.542.

¹¹ Zimmermann R., The Law of Obligations, Oxford 1996, s.93; Buckland W.W., A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian, s.438 vd., *exceptio non numeratae pecuniae'nin* getirilmesinin M.S. 215'ten sonra olmadığını, bir yıl olan ileri sürme süresinin Diocletianus zamanında beş yıla çıkarıldığını belirtmektedir.

¹² Zimmermann, s.94; D.D.44.4.4.16.

¹³ Tahiroğlu B., Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003, s.124.

¹⁴ Umur Z. Roma Hukuku, İstanbul 1987, s.353.

¹⁵ I.3,19,12: "Item verborum obligatio inter absentes cocepta inutilis est. sede cum hoc materiam litium contentionis hominibus prasstabat, forte post tempus tales allegationes oppenentibus et non praesentes esse vel se vel adversarios suos contententibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dimendarum litium itraducto est, quam ad Caesariensen advocatos scripsimus, per quam dispossuimus tales scripturas, quae presto 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."

leceği kabul edilmekteydi¹⁶. Bunun için bir menfi tespit davası(*querela non numeratae pecuniae*)açılabileceğine yukarıda değinilmişti¹⁷.

Iustinianus hukukunda borçlu senedi *cautio discreta* yahut *cautio indiscreta* şeklinde düzenlenebilirdi. Birinci halde sebepli bir belge vardır, bu sebebin geçersizliğini borçlu kanıtlamak durumundaydı. Şayet belgede sebep gösterilmemişse, alacaklı borcun varlık sebebini kanıtlamak zorunda kalıyordu¹⁸.

§3-Iustinianus'tan Sonraki Durum

Iustinianus'un getirdiği düzenleme esas itibarıyla sadece *Corpus Iuris Civilis* üzerinde çalışan sonraki akımları da etkilemiş, 19. yüzyıla kadar mücerret borç ikrarı uygulamaya girememiştir ve *exceptio non numeratae pecunae'yi uygun görmeyen görüşler ileri sürülmüştü*¹⁹. Müşterek Hukuk mücerret borç vaadini tanımaz²⁰ Ancak 19.yüzyılda hukuki sebepten soyutlanmış taraf iradesinin bir borç ilişkisi kurulabileceği görüşü kendisini kabul ettirebilmişti²¹.

Code civil m.1132 "La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée"

BGB 780 mücerret borç ikrarını,ikrarın bağımsız olarak borç altına sokacak şekilde taahhüt edilmesine yönelik bir sözleşme olarak tanımlamaktadır²².

1.3,19,12:Hazırlar arasında olmayan sözlü akit geçersizdir. Ancak bu durum kavgacı insanların dava açmasına yol açıyordu. Bu insanlar bir müddet sonra itiraz ederek kendilerinin veya davadaki muhataplarının sözleşme sırasında orada olmadıkları iddiasını öne sürüyordu. Bu yüzden davaların çabuk karara bağlanması için Caesarea'nın avukatlarına emirname çıkardım. Bu emirnamede şunu düzenledim: Tarafları hazır bulunmadıklarını kanıtlayan belgelerin tamamen inandırıcı olduğunu, fakat bu iddiaları ileri sürenler ya yazı yahut güvenilir tanıklarla, kendisinin veya diğer tarafın belgenin tanzim edildiği günde başka bir yerde bulunduğunu kanıtlamak zorundadır.

¹⁶ Weiss E, Institutionen des Römischen Privatrechts,2.Auflage,Stuttgart 1949,s.343.

¹⁷ Umur, s.353,bu durumda bir sebepsiz iktisap davası olan *condictio sine causa*'nın açılacağını belirtmektedir. Buckland bu haksız iktisap davasının alacaklının def'i süresini geçirmek için oyalanması hali için öne sürmektedir.

¹⁸ Sungurbey, s.3;Kaser M.,Das Römische Privatrecht II,München 1959,s.277.

¹⁹ Windscheidt-Kipp, Pandekten, Band 2, Aalen 1984,s.581,dipnotu 15 "Vicdansız bir alacaklı alınmamış paranın geri ödenmesi için borçluyu zorlayabileceğinden, getirilmiş olan bu korunma vasıtası vicdansız borçluya gerçekten alınmış karzı geri vermemeği mümkün kılmaktaydı".

²⁰ Siber H., Römische Privatrecht, Darmstadt 1968,s.178.

²¹ Kreller H., Römische Recht II., Grundlehren des Gemeinen Rechts, Wien 1950,s.332-333.Bu konuda O. Baehr'in Anerkenung(1855) adlı eserinin etkili olduğu kabul edilmektedir.

²² Avusturya Medeni Kanunu(ABGB) mücerret borç vaadini düzenlememiştir, Honsell H.-Vogt N.P.-Wiiegand W.,Kommentar zum schweizerische Privatrecht, Obligationenrecht I,Band I,3.Auflage, Basel 2003,s.142

İsviçre Hukukunda da borç ikrarının tek taraflı bir sözleşme olduğu, özel bir şekilde yapılmasının şart olmadığı, sözlü, hatta istidlal ettirici vakıalarla da oluşabileceği savunulmaktadır²³. Sözlü olduğu zaman klasik devrin mücerret *stipulatio*'su akla gelmektedir

²³ Honsell H.Vogt N.P-Wiegand W.,s.140.v.Tuhr-PeterAllgeminer Teil des schweizerischen Obligationenrechts,Band I,Zürich 1979,s.270, madde 17'de yazılı olmanın istenmediğini, ancak öngörülmüş olduğu fikrini açıklamaktadır.

