

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

ROMA HUKUKUNDAN TÜRK HUKUKUNA
HÜKÜMSÜZLÜK SİSTEMİNİN OLUŞUMU VE
GELİŞİMİ

HALİL İBRAHİM YÜKSEL

2502150569

TEZ DANIŞMANI

DOÇ. DR. ABDURRAHMAN SAVAŞ

İSTANBUL 2020

ÖZ

ROMA HUKUKUNDAN TÜRK HUKUKUNA HÜKÜMSÜZLÜK SİSTEMİNİN OLUŞUMU VE GELİŞİMİ

HALİL İBRAHİM YÜKSEL

Roma hukukundan Türk hukukuna hükümsüzlük sisteminin oluşum ve gelişiminin incelenmesini konu edinen bu tez çalışması üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde öncelikle Roma hukukunda hukuki işlem, hukuki işlemin unsurları ve sözleşme özgürlüğü ilkesi açıklanmıştır. Bölümün devamında Türk hukukunda hükümsüzlüğe ilişkin terminoloji ve temel kavramlar hakkında bilgi verilmiştir. İkinci bölümün ilk kısmında Roma hukukunda hükümsüzlüğün tarihi süreç içerisinde geçirdiği aşamalar aktarılmıştır. İkinci kısımda ise Roma hukukunda hak ve fiil ehliyetine bağlı olarak ortaya çıkan hükümsüzlük halleri açıklanmıştır. Üçüncü bölümde Roma hukukunda hukuki işleme ilişkin hükümsüzlük sebepleri araştırılmış ve bu aşamada Türk hukukundaki düzenlemelere de karşılaştırmalı olarak yer verilmiştir.

ANAHTAR KELİMELER

Roma hukuku, Hukuki işlem, Hükümsüzlük, Yokluk, İptal edilebilirlik.

ABSTRACT

THE OCCURENCE AND DEVELOPMENT OF INVALIDITY SYSTEM FROM ROMAN LAW TO TURKISH LAW

HALİL İBRAHİM YÜKSEL

This thesis, that discusses the development of invalidity system from Roman Law to Turkish Law consists of three main chapters. In the first part of the thesis, legal transaction with its components in Roman Law and the freedom of contract principle are primarily being discussed. Later on the related part, some information regarding the terminology of invalidity in Turkish Law and basic concept are given.

In the first section of the second part, the stages of invalidity in Roman Law, through historical process, are explained. In the second section, invalidity reasons related to the capacity to have rights and obligations and capacity to act in Roman Law are explained.

In the third and last section, the reasons for the invalidity of the legal transaction in Roman Law are investigated and the regulations in the Turkish Law are compared at this phase.

KEY WORDS

Roman law, Legal transaction, Invalidity, Inexistence, Voidability.

ÖNSÖZ

“Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi” başlıklı bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı çerçevesinde hazırlanmıştır.

Önsöz kısmında, çalışmanın oluşumunda katkısı bulunanların zikredilmesi ve kendilerine teşekkür edilmesi akademik nezaket bakımından önemlidir. Bu teşekkür geniş anlamda ele alındığında bireysel olarak kendimi geliştirmemde emeği geçen herkesi, ailemi, hocalarımı ve arkadaşlarımı kapsar. Bununla birlikte, bu tez bakımından emeği geçen bazı hocalarıma özellikle teşekkür etmek istiyorum.

Öncelikle akademik gelişimim için büyük emek sarf eden, beni akademik hayatın her aşamasına hazırlayan ve bu tez bakımından beni konuya yönlendiren, tez sürecinde de birçok hususta değerli fikirlerini paylaşan danışman hocam Doç. Dr. Abdurrahman Savaş’a teşekkürlerimi arz ederim.

Yine tezin başından itibaren danıştığım her hususta bilgi ve tecrübelerini benimle paylaşan değerli hocam Prof. Dr. Fulya İlçin Gönenç’e de teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca savunma aşamasında gerekli düzeltmeleri yapabilmem için bana yol gösteren kıymetli hocam Prof. Dr. Şahin Akıncı’ya ve tezin medeni hukuka temas eden kısımlarında sundukları katkıdan ötürü değerli hocalarım Prof. Dr. Bilgehan Çetiner’e, Prof. Dr. Zekeriya Kurşat’a ve Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cahit Günel’e teşekkürlerimi arz ederim.

Son olarak, yabancı dildeki bir kısım kaynak okumalarımnda bana yardımcı olan değerli meslektaşım Dr. Barış Demirsatan’a da teşekkürlerimi sunarım.

Halil İbrahim Yüksel

İstanbul, 2020

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HUKUKİ İŞLEM, SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ VE İLKENİN SINIRI OLARAK HÜKÜMSÜZLÜK, TÜRK HUKUKUNDA HÜKÜMSÜZLÜĞE İLİŞKİN TERMİNOLOJİ VE TEMEL KAVRAMLAR

I. Roma Hukukunda Hukuki İşlem.....	4
A. Hukuki İşlem Kavramı	4
B. Hukuki İşlemin Kurucu Unsurları	6
1. İrade Beyanı	6
2. Roma Hukuku Sözleşmeler Sistemi Bağlamında Kabul Edilen Kurucu Unsurlar	13
II. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi, İlkenin Sınırları ve Hükümsüzlük.....	16

III. Türk Hukukunda Hükümsüzlüğe İlişkin Terminoloji ve Hükümsüzlük

Türleri	21
A. Terminoloji.....	21
B. Hükümsüzlük Türleri.....	23
1. Yokluk	23
2. Kesin Hükümsüzlük	26
3. İptal Edilebilirlik	30
4. Eksiklik.....	33
5. Nisbi Etkisizlik	35

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HÜKÜMSÜZLÜĞÜN TARİHİ SÜREÇ İÇERİSİNDE GEÇİRDİĞİ AŞAMALAR VE ROMA HUKUKUNDA HAK VE FİİL EHLİYETİNE BAĞLI OLARAK ORTAYA ÇIKAN HÜKÜMSÜZLÜK

I. Tarihi Bakış.....	38
A. Eski Hukuk Devri.....	40
B. Klasik Hukuk Devri.....	42
1. <i>Ius Civile</i> Hükümsüzlüğü	42
2. <i>Ius Honorarium</i> Hükümsüzlüğü.....	45
a. <i>Denegatio Actionis</i>	46
b. <i>Exceptio</i>	49
c. <i>In Integrum Restitutio</i>	51
C. Post Klasik Hukuk Devri.....	53
1. Kısmi Hükümsüzlük.....	55
2. <i>Conversio</i> (Tahvil, Çevirme).....	58

II. Roma Hukukunda Hak ve Fiil Ehliyetine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan

Hükümsüzlük	60
A. Hak Ehliyetine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hükümsüzlük	60
1. Özgürlük Durumunun (<i>Status Libertatis</i>) Hukuki İşlemlere Etkisi	62
2. Vatandaşlık Durumunun (<i>Status Civitatis</i>) Hukuki İşlemlere Etkisi	65
3. Aile Statüsünün (<i>Status Familiae</i>) Hukuki İşlemlere Etkisi	68
4. Dini Durumun Hukuki İşlemlere Etkisi	70
5. <i>Infamia</i> 'nın Hukuki İşlemlere Etkisi	72
6. Azatlılık Durumunun Hukuki İşlemlere Etkisi.....	73

7. Toplumsal Sınıflara Mensubiyetin Hukuki İşlemlere Etkisi	74
8. Cinsiyet Durumunun Hukuki İşlemlere Etkisi	75
B. Fiil Ehliyetine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hükümsüzlük.....	78
1. Yaş (<i>Aetas</i>)	79
a. 0-7 Yaş Arası Küçükler (<i>Infans Çağındakiler</i>).....	81
b. 7 Yaş-Erginlik Yaşı Arasındaki Küçükler (<i>Impubes Infantia Maiores</i>)	82
c. Erginlik Yaşı-25 Yaş Arası Küçükler (<i>Puberes Minores</i>)	85
2. Akıl Hastalığı (<i>Furor</i>)	87
3. Savurganlık (<i>Prodigientia</i>)	88

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HUKUKİ İŞLEME İLİŞKİN HÜKÜMSÜZLÜK SEBEPLERİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ YANSIMALARI

I. Genel Olarak	90
II. Başlangıçtaki İmkânsızlık	91
III. Emredici Hükümlere Aykırılık	95
IV. Ahlâka Aykırılık	98
V. Şekle Aykırılık	101
VI. İrade ile Beyan Uygunsuzluğu	106
A. <i>Reservatio Mentalis</i> (Zihni Kayıt).....	106
B. <i>Iocandi Causa</i> (Latife Beyanı)	108
C. <i>Simulatio</i> (Muvazaa)	110
D. Açıklamada Yanılma (Beyan Hatası).....	114
VII. İradenin Oluşumuna İlişkin Bozukluklar.....	123
A. Saikte Yanılma (Saik Hatası)	123
B. <i>Dolus Malus</i> (Aldatma, Hile)	125

C. <i>Metus</i> (Korkutma, İkra)	128
VIII. <i>Laesio Enormis</i> (Aşırı Yararlanma, Gabin)	132
SONUÇ	136
KAYNAKÇA	139
ÖZGEÇMİŞ	174



KISALTMALAR LİSTESİ

Art.	: Article, Artikel (Madde)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	: Alman Medeni Kanunu
BK	: 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
Cels.	: Celsus
Cod.	: Codex
Cf.	: Confer
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
et al.	: Et alii
et seq.	: Et sequens
E.	: Esas
Flor.	: Florentinus
Gai. I.	: Gaius Institutiones
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Iav.	: Iavolenus
Ibid.	: Ibidem

Iust. I.	: Iustinianus Institutiones
İİK	: 2004 sayılı İcra İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
Jdt	: Journal dex tribunaux
Iul.	: Iulianus
K.	: Karar
Marci.	: Marcianus
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
Mod.	: Modestinus
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
N.	: Nummer, Randnote (Kenar Numarası)
op. cit.	: Opere citato
Pap.	: Papinianus
Paul.	: Paulus
Pomp.	: Pomponius
pr.	: Principium
q.v.	: Quod vide
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa

S. : Sayı
T. : Tarih
TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
Ulp. : Ulpianus
Venu. : Venuleius
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

Kara Avrupası Hukuk Sisteminde yer alan Türk hukukundaki birçok düzenlemenin ve kurumun temeli Roma hukukuna dayanmaktadır. Roma hukuku, Roma devletinin değişken siyasi ve ekonomik durumunun da etkisiyle, sürekli bir değişim ve gelişim sürecinden geçmiş, çeşitli dönemlerde ortaya çıkan hukuki düzenlemeler ve kurumlar bu süreçten etkilenmiştir. Hukukun değişim ve gelişim süreci Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasıyla da son bulmamıştır.

Roma hukuku, *Corpus Iuris Civilis*, *Gaius*'un *Institutiones*'i ve Roma dönemine ait diğer hukuki ve edebi eserler vasıtasıyla ileriki devirlere aktarılmıştır. Kaynağı Roma'ya ait olan hukuki kurumlar, Ortaçağ boyunca, Kilise hukukunun ve sonraları ortaya çıkan hukuk düşüncelerinin etkisi altında kalmıştır. Bazı kurumlar sabit kalırken bazılarına ilişkin kurallar değişmiş, bazıları ise tamamen ortadan kalkmıştır. Yeniçağın başlarında Roma hukuku Avrupa'da iktibas edilmiş ve müşterek hukuk (*ius commune*) olarak uygulanmıştır.

Roma hukuku somut olaylar üzerinden hukuki çözümler üreten, kazuistik bir hukuk sistemidir. Romalılar yaptıkları çalışmalarda, hukuki kavramlar ve kurumlar hakkında teorik tanımlamalar yapmayı ve kuralları sistematik hale getirmeyi amaç edinmemişlerdir. Bu yöndeki çalışmalar çoğunlukla Avrupa'da iktibasların ve kanunlaştırma hareketlerinin yaşandığı Yeniçağ hukuk ilminin ürünüdür. Hukuki işlemin hükümsüzlük sebepleri ve hükümsüzlüğün türlerine ilişkin sistematik bir sınıflandırma da Roma hukuku kaynaklarında yer almamaktadır. Roma hukukunda, hukuki işlemin hüküm doğurmamasının istendiği durumlar, somut olay bazında değerlendirilmiş ve metinlerde hükümsüzlüğe işaret eden birçok farklı kavram kullanılmıştır. Günümüz hukuklarında ise hükümsüzlük sebeplerinin ağırlığına göre hükümsüzlük dereceleri oluşturulmuş ve bu derecelere işaret eden hükümsüzlük türlerinin birbirlerinden farklı sonuçlar doğuracağı kabul edilmiştir.

Çalışmada, Roma hukukunda hukuki işlemi hükümsüz kıldığı kabul edilen sebepler sıralanmış ve bunların sonuçları açıklanmıştır. Açıklamalarda Türk hukuk sistemindeki hükümsüzlük türleri ve terminoloji kullanılmıştır. Çalışmadaki amacımız Roma hukukunda tarihi süreç içerisinde ortaya çıkan ve gelişen hükümsüzlük

anlayışını sistematik olarak incelemek ve bu hususta literatürdeki eksikliği gidermektir. Ayrıca hükümsüzlük konusunda köklerini Roma hukukunda bulan düzenlemelerin ulaştığı noktayı gösterebilmek amacıyla Türk hukuk mevzuatında ve doktrinde yer alan düzenlemelere de çalışma içerisinde ana hatlarıyla değinilmiş ve Roma hukukundaki düzenlemelerle benzeşen, farklılaşan yönleri belirlenmiştir.

Çalışmamız “Roma hukukunda hukuki işlem, sözleşme özgürlüğü ilkesi ve ilkenin sınırı olarak hükümsüzlük, Türk hukukunda hükümsüzlüğe ilişkin terminoloji ve temel kavramlar”, “Roma hukukunda hükümsüzlüğün tarihi süreç içerisinde geçirdiği aşamalar ve Roma hukukunda hak ve fiil ehliyetine bağlı olarak ortaya çıkan hükümsüzlük” ve “Roma hukukunda hukuki işleme ilişkin hükümsüzlük sebepleri ve Türk hukukundaki yansımaları” olmak üzere üç ana bölümden oluşmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde öncelikle hukuki işlem ve unsurları açıklanmış, bu çerçevede irade beyanı ile *contractus* sistemi bağlamında kabul edilen kurucu unsurlar açıklanmıştır. İkinci aşamada, 17-18. yüzyıllardan itibaren ortaya çıkan bireysel özgürlük düşüncelerinin sonuçlarından olan sözleşme özgürlüğü ilkesi ile ilkenin sınırı olarak hükümsüzlük kurumu ve bunların Roma hukukundaki temelleri araştırılmıştır. Bölümün son kısmında Türk hukukunda hükümsüzlüğe ilişkin terminoloji ve temel kavramlar açıklanmıştır. Bu noktada amacımız her biri ayrı birer tez konusu oluşturabilecek olan hükümsüzlük türlerini ayrıntılı şekilde incelemek değil, yalnızca ana hatlarıyla ifade etmek ve Roma hukukundaki hükümsüzlük sisteminin açıklanmasında ve karşılaştırmalarda bu kavramlardan yararlanmak olmuştur. Diğer yandan Türk hukukunda kanunlarda ve doktrinde hükümsüzlük türlerine ilişkin farklı terminolojik kullanımlar yer almaktadır. Hükümsüzlük bahsinde kullanılan kavramlar, farklı hukuk dallarına göre değişkenlik gösterebilmektedir. Bu noktada borçlar hukukundaki terminoloji ve kavramlar esas alınmış ve açıklanmıştır.

İkinci bölümde öncelikle Roma hukukunun devirlerine göre hükümsüzlük anlayışının değişimi ele alınmıştır. Hukuki işlemin var olduğu ya da yok sayıldığı Eski Hukuk Devrinin, ara hükümsüzlük kademelerine işaret eden kurum ve uygulamaların ortaya çıktığı Klasik Hukuk Devrinin ve Post Klasik Hukuk Devrinin hükümsüzlük anlayışına değinilmiştir. Bölümün ikinci kısmında Roma hukukunda hak ve fiil ehliyetine bağlı olarak ortaya çıkan hükümsüzlük halleri sistematik olarak incelenmiştir.

Üçüncü bölümde Roma hukukunda hukuki işleme ilişkin hükümsüzlük sebepleri ele alınmıştır. Bu aşamada Roma hukukundaki hükümsüzlük sebep ve sonuçları incelenirken Türk hukukundaki düzenlemelere de karşılaştırmalı olarak yer verilmiştir. Bu bağlamda Türk hukuk mevzuatında ve doktrindeki mevcut durum ifade edilmiş ve Roma hukukundaki düzenlemelerle karşılaştırılması hedeflenmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HUKUKİ İŞLEM, SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ VE İLKENİN SINIRI OLARAK HÜKÜMSÜZLÜK, TÜRK HUKUKUNDA HÜKÜMSÜZLÜĞE İLİŞKİN TERMİNOLOJİ VE TEMEL KAVRAMLAR

I. ROMA HUKUKUNDA HUKUKİ İŞLEM

A. Hukuki İşlem Kavramı

Roma hukukunda, hukuki işlemin tanımı, unsurları ve türleri üzerinde sistematik bir çalışmayla oluşturulmuş bir teori mevcut değildir. Romalı hukukçular, her bir hukuki işlem türünün özelliklerini ve geçerlilik şartlarını tek tek inceleyip belirlerken, netice itibarıyla bütün bu hukuki işlemlerdeki ortak olan hususları da ortaya koymuş ve hukuki işlem kavramını kuramsal olarak değil, uygulama yoluyla yerleştirmişlerdir¹. Kavramsal olarak tam anlamıyla hukuki işlemi karşılayan bir terim de bulunmamaktadır. Kaynaklarda rastlanan “*negotium*” kelimesi tek başına teknik hukuk terimi olan hukuki işlem kavramına değil, ekonomik anlamda bir işe, işleme, faaliyete işaret etmektedir².

Alman Pandekt hukukçuları³, Romalı hukukçuların uygulamada yerleştirdikleri hukuki işlem türlerini incelerken saptadıkları genel kavram ve kuralları belli bir sistem

¹ Ziya Umur, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 426; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, Tarihi, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması**, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış Onyedinci Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül, 2014, s. 192.

² Adolf Berger, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991, s. 594; Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 140; Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 426; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 192; Mehmet Üçer, **Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 23; Diler Tamer, **Roma Hukuku, Cilt 1, Roma Tarihi, Roma Hukuku Kaynakları, Genel Kurallar, Roma Usul Hukuku**, Legal Yayıncılık, Ocak, 2020, s. 70.

³ Doğu Roma İmparatoru *Iustinianus*’un kanunlaştırma hareketi neticesinde ortaya çıkan *Corpus Iuris Civilis*; *Institutiones*, *Digesta*, *Codex* ve *Novellae* olmak üzere dört bölümden oluşmaktadır. Bu bölümlerden *Digesta*, Yunan dilinde “her şeyi içeren” anlamına gelen “*Πανδεκτες*” kelimesi ile ifade edilmektedir. “*Πανδεκτες*” kelimesinin Latince’ye dönüştürülen biçimi “*pandectae*” kelimesidir. “*Ius pandectarum*” yani Pandekt hukuku ise Roma hukukunun farklı bir ifade şeklidir. Pandekt hukukunun kullanımına ilişkin birkaç farklı tanım vermek mümkündür:

içinde toplamış, böylece sistematüğini kurdukları hukuki işlem kavramı için de “*negotium iuris*” terimini kullanmışlardır⁴. Günümüz Kıta Avrupası özel hukuk sistemlerindeki hukuki işlem kurumu bu sisteme dayanmaktadır⁵.

Pandekt hukuk sistemi içerisinde yer alan genel hükümler kısmında hukukun her alanında uygulanacak ana kurallar bir arada toplanmıştır⁶. Alman Medeni Kanunu (BGB), sisteme uygun şekilde genel hükümler kısmı bulundurmakta, İsviçre-Türk Medeni Kanunları ise *Institutiones* sistemine yaklaşan bir yöntem izleyerek genel hükümler kısmı barındırmamaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda⁷ yer alan başlangıç hükümleri, temel hukuki prensiplerin ayrıntılı şekilde yer aldığı bir bölüm değildir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda⁸ hukuki işlem kavramına ilişkin bir tanım da yer almamaktadır⁹. Öte yandan teknik olarak iki taraflı hukuki işlemler olan sözleşmelere kanunda yer verilmiştir. Sözleşmeye ilişkin kanunda yer alan kurallardan, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde diğer hukuki işlemlerde de yararlanma imkânı, TMK m.5 atfıyla, bulunmaktadır¹⁰. Hukuki işlem kavramına ilişkin esas tanımlama ise İsviçre-Türk

1) Ortaçağda ve Rönesanstan sonra Batı Avrupa ülkelerince iktibas edilen ve 12-19. yüzyıllar arası tamamlayıcı hukuk olarak yürürlükte olan Roma hukuku,

2) 16. yüzyıldan itibaren Roma hukukunun Alman kültürünün egemen olduğu kültür ve toplumlar da doktrin ve uygulama yoluyla aldığı biçim, Alman özel hukuku,

3) 19. yüzyılda Tarihçi Hukuk Okulunun çalışmalarıyla ortaya çıkan Pandekt hukuk bilimi, Pandektistik. Eşref Küçük, “XII. Yüzyıl Rönesansı ve ‘Yeniden Doğan’ Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, *AÜHFD, (Seyfullah Edis Anısına)*, C. 56, S. 4, s. 112 et seq.

⁴ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku, op. cit.*, s. 192; Tamer, *Roma Hukuku, op. cit.*, s. 70; Soyut hukuki kavramların çoğu gibi hukuki işlem kavramı da 18. yüzyılın Tabii Hukuk düşünce akımınca geliştirilmiş, buradan esinlenen 19. yüzyılın Pandekt hukuk düşünürlerince derinlemesine işlenmiş ve sistemleştirilmiştir. Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Cilt*, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş Altıncı Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 119.

⁵ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku, op. cit.*, s. 192. “Hukuki işlem” kavramı “sözleşme” kavramına göre daha yenidir. “Sözleşme” yalnız Roma hukukunda değil, Yunan hukuku gibi diğer bazı eski hukuk sistemlerinde de yer alan bir kavramdır. Hukuki işlem, sözleşmeye nazaran daha geniş bir anlam ihtiva etse de soyut bir kavram olarak kabulü, hukuki düşüncesinin gelişimiyle birlikte gerçekleşmiştir. Andreas B. Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt*, Çeviren: Bülent Davran, Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1948, s. 153.

⁶ Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku*, Der Yayınları, 13. Basım, 2019, İstanbul, s. 119.

⁷ Resmi Gazete, 8 Aralık 2001, Sayı 24607.

⁸ Resmi Gazete, 4 Şubat 2011, Sayı 27836.

⁹ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ve 818 sayılı Borçlar Kanununda da hukuki işlem kavramı tanımlanmamıştır.

¹⁰ Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, *Birinci Cilt, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış Dördüncü Bası’dan Yedinci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 89.

hukuk doktrininde yapılmıştır. İsviçre-Türk doktrinine göre, belirli bir hukuki sonucun gerçekleştirilmesine yönelik arzuyu açıklayan irade beyanına, hukuk düzeni de bu beyanın içerdiği sonucu bağlamışsa hukuki işlem ortaya çıkar¹¹. Tarafların irade beyanları, bu beyanı hukuk düzeni tanımadıkça, uygun görmedikçe hukuki sonuç doğurmazlar¹². Buradan hareketle hukuki işlemin iki temel unsuru; irade beyanı ve irade beyanının içeriğine uygun hukuki sonucun hukuk düzeni tarafından tanınmasıdır¹³. Roma hukukunda ise hukuki işleme kavramsal olarak yer verilmemiş ve tanımlama yapılmamış olsa dahi bu durum, hukuk düzeninde hukuki işlemin bulunmadığı anlamına gelmez. Roma hukukunda hukuki işlem; irade beyanı ve Roma hukuku sözleşmeler sistemi bağlamında kabul edilen kurucu unsurlardan oluşmaktadır.

B. Hukuki İşlemin Kurucu Unsurları

1. İrade Beyanı

İrade; bir şeyi yapıp yapmamaya karar verme gücü olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Hukuki işlemin unsuru olan irade, kendisine bağlanan hukuki sonuçların kaynağı olarak hukuk düzenince kabul edilen harekete geçirici güçtür¹⁵. İradenin hukuk düzeni

¹¹ Ariane Morin, **Commentaire Romand, Code des Obligations I**, Art. 1-10, 22, Editeurs: Luc Thévenoz et Franz Werro, Deuxième édition, Helbing Lichtenhahn, 2012, Art. 1, N. 5; Schwarz, **Borçlar, op. cit.**, s. 155; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Stampfli Verlag, 2016, s. 8; Claire Huguenin, **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, Schulthess, 2012, s. 14; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 177; Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk'a Giriş**, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, Eylül, 2017, s. 151-152; Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 13. Baskı, 2018, s. 195; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 16. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2018, s. 33; Ali Naim İnan/Özge Yücel, **İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim, 2014, s. 135.

¹² Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 87-88; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 177; Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 33; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 195.

¹³ Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 39; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 195.

¹⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c51e614317256.26488176 (Çevrimiçi, 30.01.2019).

¹⁵ Schwarz, **Borçlar, op. cit.**, s. 154; Morin, **op. cit.**, Art. 1, N. 5 ve 7; Huguenin, **op. cit.**, s. 14.

tarafından dikkate alınması için beyan edilmesi gerekir. Gerçek iradeye uyup uymadığına bakılmaksızın yalnızca beyan edilenin mi yoksa gerçek iradeye uygun beyanın mı kabul göreceği ise hukuk anlayışıyla yakından ilintilidir.

Roma hukukunun eski dönemlerinde gerçek iradenin ne yönde olduğu önemsenmemiş, beyanın ifade ettiği anlam dikkate alınmıştır. Hukuk düzeninin belirlediği ifade ve cümleleri kullanmak esas alınmış ancak bunları açığa vuran kimsenin gerçek iradesine bakılmamıştır¹⁶. 12 Levha Kanunlarında 6. Levhada yazılı olan “*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*” yani “dil nasıl söylemişse, öylece hukuk olsun” kaidesi Eski Hukuk Devrinde beyan ne yönde ise iradenin de o yönde olduğunun farz edildiğini göstermektedir¹⁷. Dolayısıyla devletin ve bunun yanı sıra dinin törensel işlemler üzerindeki etkisi dikkate alındığında toplumun; hangi sonucu doğuracağını baştan belli formüllere bağladığı, görünürde bir irade beyanı mevcuttur¹⁸. Bu şekilde, formülün sonucuna ulaştıran beyanın, o formülde bulunması gereken gerçek iradeye işaret ettiği farz edilmektedir.

Tarafların önceden belirlenen belli sözleri söyleyerek veya yazılı bir tarzda iradelerini beyan etmeleri “dış şekilcilik”; hukukun belirlediği kalıba uygun sözleri söyledikten sonra bu faaliyeti gerçekleştiren tarafların gerçek isteklerinin dikkate alınmaması ise “iç şekilcilik” olarak ifade edilmektedir¹⁹. Eski Hukuk Devrinde iç şekilcilik ön planda olduğu için, şekle uygun şekilde bulunan beyanın kişinin gerçek iradesini yansıttığı kabul edilmektedir. İrade beyanına anlam yüklemeye ilişkin teorilerden beyan teorisinin temeli de bu anlayışa dayanmaktadır. Klasik Devirde ise

¹⁶ Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, Şubat, 2014, s. 44; Ahmet Karakocalı, **Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus)**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Nisan, 2016, s. 17; Tamer, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 76, dn. 223.

¹⁷ Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 433; Karakocalı, **op. cit.**, s. 18.

¹⁸ Henry Lévy Bruhl, “Roma Hukukunda Hukuki Muameleye Dair”, **İÜHFİM**, Çeviren: Türkan Basman, Cilt 6, Sayı 2-3, s. 590 et seq.

¹⁹ Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 432.

*praetor*²⁰ faaliyetleri ve *ius gentium*'un²¹ etkisiyle iç şekilcilik anlayışı önemini kaybetmiştir²². *Ius civile*²³ işlemleri olan *mancipatio*²⁴ ve *in iure cessio*²⁵ işlemlerini yabancıların yapamaması ve bu törensel işlemleri gerçekleştirmenin zorlukları, Klasik Devirden itibaren ve kesin olarak Post Klasik Devirde ortadan kalkmalarına neden olmuştur. Aynı şekilde *stipulatio* da önceleri sadece hazırlar arasında kurulabilen, belli kelimelerin kullanılmasının zorunlu olduğu bir işlem olmasına rağmen Post Klasik Devirde bu sınırlamalar ortadan kalkmış ve işlem sıkı kalıplara bağlılıktan kurtulmuştur²⁶. Dış şekilciliğin azalmasıyla birlikte yalnızca beyanı önemseyen bakış

²⁰ Krallık devrinin sona ermesiyle birlikte krala ait yetkilerin bir kısmı “*consul*” adı verilen *magistra*’ya devredilmiştir. *Consul*’lere “ordunun önünden giden” anlamında “*praetor*” da denmekteydi. M.Ö. 367 yılında *Lex Licina Sextia* kanunıyla *consul*’den ayrı olarak *praetor*’luk makamı oluşturulmuştur. Böylece iş yükü fazla olan *consul*’lerin yargılama alanındaki birtakım yetkileri *praetor*’a devredilmiştir. İlerleyen yıllarda *praetor*’lar şehir *praetor*’u (*praetor urbanus*) ve yabancılar *praetor*’u (*praetor peregrinus*) olmak üzere ikiye ayrılmışlardır. Şehir *praetor*’u Roma şehrinde kalarak Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkları incelerken; yabancılar *praetor*’u Roma devleti sınırları içerisinde yaşayan yabancıların kendi aralarındaki veya Roma vatandaşları ile yabancılar arasındaki uyuşmazlıklarla ilgilenmiştir. *Praetor*’lar özellikle *edictum* (beyanname) yayınlama faaliyetleri ile Roma hukukunun gelişimine önemli katkı sağlamışlardır. M.S. 130 yılında *edictum*’lar kesin hale dönüştürülüp değiştirilmeleri yasaklanınca önemlerini yitirmişlerdir. Halide Gökçe Türkoğlu, “Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı”, **DEÜHFD**, Cilt 11, Sayı 2, 2009, s. 258-260.

²¹ “*Ius gentium*”, geniş anlamıyla Tabii Hukukla (*ius naturale*) bağlantılı olarak açıklanır ve tabii aklın (*ratio naturalis*) bütün insanlara ve kavimlere yönelik kurallarını ifade eder. Berger, **op. cit.**, s. 528. Dar anlamıyla ise Roma devleti sınırları içerisinde yaşayan yabancıların kendi aralarındaki ilişkilere ve Romalılar ile yabancılar arasındaki ilişkilere uygulanacak hukuka işaret eder. Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 101. Tarihsel süreç içerisinde *ius gentium*’un kazandığı anlam ve tanımlar için q.v. Haluk Emiroğlu, **Ius Gentium (Kavimler Hukuku)**, Değişim Yayınları, Ocak, 2007, s. 28 et seq.

²² Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 433.

²³ “*Ius civile*”, etimolojik açıdan belli bir şehrin veya belli vatandaşların hukuku anlamını taşımaktadır. Roma *ius civile*’si “*Ius Civile Proprium Romanorum*” (Roma’nın kendi *ius civile*’si) veya “*Ius Quiritium*” olarak ifade edilmektedir. Berger, **op. cit.**, s. 527. Çalışmamızda *ius civile* kavramı ile Roma *ius civile*’sine işaret edilecektir. Roma *ius civile*’sinin özü; örf ve adetlerden, 12 Levha Kanunlarının yapılmasından sonra bu kurallardan ve bu kuralların yorumlanmasından, halk meclisi tarafından çıkarılan kanunlardan ve *senatus* kararlarından oluşmaktadır. Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 125. İlerleyen devirlerde *ius civile*’nin kapsamı genişlemiştir. Özellikle *praetor*’lar tarafından ihdas edilen ve *ius praetorium* olarak ifade edilen *praetor* hukukuna ait kuralların bir kısmı *ius civile*’ye de dâhil edilmiştir. *Papinianus*, İmparatorluk Devrinden itibaren ortaya çıkan İmparator emirnamelerinin *ius civile* içerisinde olduğunu aktarmıştır (Pap. D. 1, 1, 7, pr.).

²⁴ *Mancipatio*, terazi ve maden külçesi kullanılarak (*per aes et libram*) yapılan törensel işlemlerdendir. Mülkiyeti devir işlemi olan *mancipatio*’da beş ergin Roma vatandaşı, malı devreden (*mancipio dans*), malı devralan (*mancipio accipiens*) ve terazi tutan (*libripens*) olmak üzere sekiz kişi yer alır. Bu kişilerin gerçekleştirdiği tören neticesinde işleme konu edilen malın mülkiyeti alacaklıya devredilmiş olur. Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 131. *Mancipatio*’nun şekil şartlarına ve hükümsüzlüğüne ilişkin q.v. Üçüncü Bölüm, IV, Şekle Aykırılık.

²⁵ *In iure cessio*, *ius civile* mülkiyetinin devri için yapılan şekle tâbi bir işlemdir. *Rei vindicatio* davasının *magistra* önünde gerçekleştirilen *in iure* safhasının benzerinin yaşandığı kurgusal bir duruşma ile gerçekleştirilir. Berger, **op. cit.**, s. 496.

²⁶ Salvatore Riccobono, **Stipulation and The Theory of Contract**, Çeviren: J. Kerr Wylie, A. A. Balkema, Amsterdam, Cape Town, 1957, s. 92-93.

açısı da değişmiştir. Kalıba sıkıştırılmış bu hukuki işlemlerin oluşması için ifade edilen beyanların, adeta matematiksel sonuç elde eder gibi anlaşılmasından vazgeçilince, beyanın arkasındaki arzu, istek dikkate alınmaya başlamıştır. İradenin ön plana çıkmasıyla birlikte, iradelerin uyuşması anlamında *consensus*²⁷ kavramı ve yalnızca *consensus* ile kurulan rızai sözleşmeler ortaya çıkmıştır. Beyanı yalnızca iradeyi anlamaya yarayan bir araç olarak kabul eden Klasik hukukçuların bu görüşü²⁸, müşterek hukukta²⁹ irade teorisi adı verilen ve 19. yüzyıla kadar hâkim kalan öğretinin temelini teşkil etmiştir³⁰.

İsviçre-Türk hukuk doktrinde irade beyanı; hukuki bir sonuca yönelmiş istek ve iradenin herhangi bir şekilde dış dünyaya açıklanması olarak tanımlanır³¹. İrade beyanı ile kişi, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme veya sona erdirmeye yönelik istek ve iradesini ortaya koyar³². İrade beyanı; fiil iradesi (davranış iradesi), açıklama iradesi (beyan iradesi, bildirim iradesi) ve hukuki sonuç iradesi (işlem iradesi) olmak üzere üç unsurdan oluşur³³. Hukuki sonuç iradesi; beyan sahibinin belirli bir hukuki sonuca yönelik arzusunu ifade eder³⁴. Fiil iradesi; beyan sahibinin,

²⁷ Latincedeki “*consensus*” kelimesi; “ile, beraber” anlamındaki “*con*” edatı ile “duygu, his” anlamına gelen “*sensus*” kelimesinin bir araya gelmesiyle oluşmuştur. Tarafların aynı duyguyu, hissi açıkladıklarını, ortak noktada buluştuklarını ifade eder. Richard Honig, **Roma Hukuku**, Tercüme eden: Avukat Dr. Şemseddin Talip, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No: 72, İstanbul, 1938, s. 205, dn. 4.

²⁸ Max Kaser, **Roman Private Law**, Çeviren: Rolf Dannenbring, 2nd ed., Butterworths, London, 1968, s. 47.

²⁹ 12. yüzyılın başlarında İtalya’da başlayan Roma hukuku çalışmaları neticesinde Ortaçağ sonlarına doğru Batı Avrupa ülkelerinde ortaya çıkan Roma hukuku iktibas 19. yüzyıldaki kanunlaştırma hareketlerine kadar sürmüştür. Bu süreçte Roma hukuku, müşterek hukuk, Latince ifadesiyle *ius commune* olarak kullanılmıştır. Küçük, **Pandekt, op. cit.**, s. 112.

³⁰ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 206.

³¹ Morin, **op. cit.**, Art. 1, N. 7; Schwenzer, **op. cit.**, s. 189; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 195 ve 199; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 193; Serap Helvacı/Fulya Erlüle, **Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Legal Yayıncılık A. Ş., 5. Bası, 2018, s. 34; İnan/Yücel, **op. cit.**, s. 134; Osman Gökhan Antalya/Murat Topuz, **Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri**, Legal Yayıncılık A. Ş., 2. Basıya Ek 1. Tıpkı Basım, İstanbul, 2017, s. 180.

³² Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 127; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 199; Antalya/Topuz, **op. cit.**, s. 180.

³³ Schwenzer, **op. cit.**, s. 189-190; Reinhard Bork, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 227-228; Huguenin, **op. cit.**, s. 45; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968, s. 22-23; Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 131; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 199; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 193.

³⁴ Schwenzer, **op. cit.**, s. 190; Bork, **op. cit.**, s. 230; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 62; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 193; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Mart, 2016, s. 63.

iradesini ortaya koyan hareketi yapma isteğidir³⁵. Açıklama iradesi ise; beyan sahibinin, yaptığı hareketle arzusunu dışa yansıtma, muhataba bildirme iradesini ifade eder³⁶. Bu üç iradenin birleşimi neticesinde kişi hukuki sonuca yönelen isteğini açıklayacak ve irade beyanı gerçekleşmiş olacaktır. Bir irade beyanından söz edebilmek için bu unsurların tamamının kural olarak gerçekleşmesi gerekir³⁷. Sözgelimi yazılı olarak düzenlenmesi zorunlu olan adi kefalet sözleşmesinde; kefilin, sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihini el yazısı ile yazıp (TBK m.583/f.1) sözleşmeyi imzalamak için el hareketini yapmaya yönelen iradesi fiil iradesidir. Kefilin şekil şartlarını yerine getirerek kefil olma hususundaki iç iradesini dışa yansıtma arzusu açıklama iradesidir. El yazısı ile yazdığı azami miktara kadar kefil olarak sorumluluk üstlenme, taahhüt altına girme iradesi ise hukuki sonuç iradesidir. Bu unsurların tamamı bir arada bulunduğu kefil olmaya ilişkin irade beyanı geçerli şekilde ortaya konulmuş olur.

İrade beyanının unsurları her zaman tam olmayabilir veya tam olsa dahi ortaya çıkan beyanın yorumlanması gerekebilir. İlk izlerine Roma'nın Eski ve Klasik Hukuk Devirlerinde rastlanan beyan ve irade teorileri ile 19. yüzyılda ortaya çıkan güven teorisi bu amaçla ortaya atılmıştır.

Beyan teorisinde; beyanın kapsadığı söz ve deyimler göz önünde bulundurulur³⁸. Sözleşme taraflarını bağlayan, içte kalan irade değil, kelime ve kalıplarla ifade edilmiş taahhütlerdir, dolayısıyla gerçek irade ile kalıplarda şekillenen beyanın içeriği birbirine uymasa dahi beyan, iradeden bağımsız olarak içeriğinin yöneldiği hukuki sonucu doğurur³⁹. Beyan teorisi; subjektif beyan teorisi⁴⁰ ve objektif beyan teorisi olarak ikiye ayrılır⁴¹. Subjektif beyan teorisine göre irade beyanının muhatabının subjektif durumuna, bilgi ve deneyimine göre beyana verdiği anlam esas alınarak,

³⁵ Bork, **op. cit.**, s. 227; Schwenger, **op. cit.**, s. 190; Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 131; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 193.

³⁶ Schwenger, **op. cit.**, s. 190; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **op. cit.**, s. 63; Bork, **op. cit.**, s. 227-228; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 193.

³⁷ Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 199.

³⁸ Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 150.

³⁹ Tekinay et al., **op. cit.**, s. 72.

⁴⁰ İrade beyanına muhatap tarafından anlam verildiği için bu teori “anlam verme teorisi” olarak da ifade edilmektedir.

⁴¹ Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 150; Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, Legal Yayıncılık A.Ş., Birinci Baskı, Ekim, 2015, s. 228-229.

beyan sahibinin gerçek iradesine uymasa bile irade beyanı geçerli kabul edilir⁴². Objektif beyan teorisinde ise irade beyanının bizzat muhatabı yerine üçüncü kişi göz önünde bulundurularak, muhatabın beyana verdiği anlam üçüncü bir kişinin böyle bir beyana vereceği objektif anlam niteliğinde ise irade beyanı geçerli olmaktadır⁴³.

İrade teorisinde; irade beyanı yorumlanırken beyan sahibinin iradesinin esas alınarak araştırılması ve gerçek arzularına ulaşılması amaçlanmaktadır⁴⁴. İrade teorisi, beyanda bulunan kişinin iç dünyasına, psikolojik alanına giren iradeyi temel aldığı için subjektif bir teoridir⁴⁵. Subjektif beyan teorisi ile irade teorisi mahiyetleri itibarıyla aynı olmakla birlikte korudukları kişiler bakımından farklılık arz ederler⁴⁶. İrade teorisi sadece beyan sahibinin menfaatini⁴⁷, subjektif beyan teorisi ise yalnız muhatabın menfaatini koruduğu için eleştirilmişlerdir⁴⁸. Öte yandan beyan sahibini ve muhatabı bir kenara bırakarak üçüncü bir kişinin objektif anlayış ve yorum tarzını esas tutan objektif beyan teorisi de yeterli bulunmamaktadır⁴⁹. İrade teorisinin, yürürlükteki Türk hukukunda uygulandığı işlemlere örnek olarak vakıf kurma işlemi ve vasiyetnamenin yorumlanması verilebilir⁵⁰.

Güven teorisi⁵¹; muhatap, dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisine yöneltilen irade beyanına hangi anlamı vermeli veya hangi anlamı vermekte haklı ise bu anlama üstünlük tanır⁵². Bu teori muhatabı ön planda tutuyor gibi gözükse de esasında hem

⁴² Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 150; Antalya, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 228-229.

⁴³ Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 150; Antalya, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 229.

⁴⁴ Schwenzer, **op. cit.**, s. 200-201; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 71-72; Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 149.

⁴⁵ Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 149; Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 133.

⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata, op. cit.**, s. 7, dn. 20.

⁴⁷ Schwenzer, **op. cit.**, s. 201.

⁴⁸ Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 149-151. Subjektif beyan teorisinde gerekli dikkat ve özen gösterilmeden, muhatabın bildiği veya bilmesi gereken bütün olaylar dürüstlük kuralı gereğince değerlendirilmeden irade beyanı anlamlandırılmaktadır. Bu durumda muhatap yararına irade teorisine paralel bir sonuca varılmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 133.

⁴⁹ Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 151.

⁵⁰ Schwenzer, **op. cit.**, s. 200-201; Huguenin, **op. cit.**, s. 48; Rona Serozan, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 7. Bası, İstanbul, Eylül, 2017, s. 372.

⁵¹ “Objektif beyan teorisi”, “Klasik güven teorisi” olarak da ifade edildiği için “Modern güven teorisi” şeklindeki kullanıma da rastlanmaktadır.

⁵² Morin, **op. cit.**, Art. 1, N. 104; Schwenzer, **op. cit.**, s. 202; Huguenin, **op. cit.**, s. 79; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 72; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1**, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N. 240; Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 155; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **op. cit.**, s. 68-69.

beyan sahibinin hem de muhatabın menfaatini dengeli şekilde korumayı hedefler⁵³. Beyan sahibi, kullandığı kelimelerin karşı tarafta doğuracağı etkiyi hesaba katma ve kendisini karşı taraf yerine koyarak onun bu beyana nasıl bir anlam vereceğini düşünme zorluğu ile karşı karşıyadır⁵⁴. Muhatap da kendi açısından beyan sahibinin durumunu dikkate almak, onun bu beyanı ile hangi iradesini açığa vurmak istediğini kendi kendine sormak durumundadır⁵⁵. İsviçre-Türk doktrin ve uygulamasında hâkim olan teori güven teorisidir⁵⁶. İrade beyanının mevcudiyetini veya ne anlama geldiğini tespit etmede güven teorisi kullanılmaktadır. Şu kadar ki, beyan sahibinin gerçek iradesi tespit ediliyorsa, güven teorisine başvurulmamaktadır⁵⁷.

İrade beyanının tüm unsurları olmasa dahi bazı durumlarda güven teorisi göz önünde bulundurularak, bir kimsenin davranışlarının, belirli prensipler çerçevesinde yorumlanması suretiyle sanki ortada irade beyanı varmış gibi sonuç doğuracağı kabul edilmektedir⁵⁸. Ancak hiçbir unsurun bulunmadığı durumlarda irade beyanından söz edilemez. Güven teorisi kapsamında bir kişinin, kendisine yönelik davranışa duyduğu güven korunmaktadır. O sebeple, korunması gereken bir güvenden söz edebilmek için en azından iradi bir fiilin (davranışın) bulunması, fiil iradesinin mevcut olması gerekmektedir⁵⁹. Fiil iradesi bulunmuyorsa, sözelimi bir kişi hipnotize edilerek kâğıda imza atması sağlanmışsa, o kişinin yazı yazmaya yönelik bir iradesinden söz edilemez ve buna irade beyanı niteliği yüklenemez⁶⁰. Fiil iradesi mevcut olmakla birlikte hukuki sonuca yönelik arzunun ve bu arzuyu dış dünyaya aksettirme isteğinin eksik olduğu hallerde ise güven teorisi muhatabın haklı güvenini korumakta, gerçek iradeye uymayan beyana, irade beyanının sonuçlarını bağlamaktadır⁶¹.

⁵³ Schwenzer, **op. cit.**, s. 202; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata, op. cit.**, s. 8; Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 154-155.

⁵⁴ Huguenin, **op. cit.**, s. 53; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata, op. cit.**, s. 8.

⁵⁵ Huguenin, **op. cit.**, s. 53; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata, op. cit.**, s. 8.

⁵⁶ Morin, **op. cit.**, Art. 1, N. 104; Schwenzer, **op. cit.**, s. 202 et seq.; Huguenin, **op. cit.**, s. 79; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 73; Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 154; Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 134; Antalya, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 230; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **op. cit.**, s. 69.

⁵⁷ Morin, **op. cit.**, Art. 1, N. 105; Schwenzer, **op. cit.**, s. 202; Huguenin, **op. cit.**, s. 79.

⁵⁸ Huguenin, **op. cit.**, s. 54; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 193-194. Bu durumda gerçek irade ve beyan arasındaki farklılık, hukuki işlemin kurulması açısından engel teşkil etmediği takdirde, irade bozukluklarından hataya yol açar. Huguenin, **op. cit.**, s. 137; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 240.

⁵⁹ Schwenzer, **op. cit.**, s. 191-192; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 200.

⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 131.

⁶¹ Huguenin, **op. cit.**, s. 54; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 200.

2. Roma Hukuku Sözleşmeler Sistemi Bağlamında Kabul Edilen Kurucu Unsurlar

Roma hukukunda *contractus* terimi, hak ve borç meydana getirme gücüne sahip, *actio* vasıtasıyla hukuken yaptırıma tâbi tutulabilen hukuki işlemlere işaret eder ve *ius civile*'nin tanıdığı, borç oluşturduğunu kabul ettiği belirli sayıdaki sözleşme tipini ifade etmek için kullanılır⁶². *Ius civile* tarafından tanınmayan ve eski devirlerde *actio* ile de korunmayan anlaşmalar için ise *pactum* terimi kullanılmıştır⁶³. Sınırlı sayıda (*numerus clausus*) bulunan *contractus*'lar, ilk devirlerden itibaren hukuk düzeninin koruması altında olmuşlardır.

M.Ö. 5. yüzyıl öncesinde, borç doğurucu işlem yapmak üzere bir araya gelen tarafların kullandıkları tek sözleşme tipi *stipulatio* adı verilen sözlü sözleşmedir⁶⁴. Zaman içerisinde *stipulatio*'nun yetersiz kalması ve gelişen ticari hayatın

⁶² George Mousourakis, **Fundamentals of Roman Private Law**, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012, s. 185; Rado, **op. cit.**, s. 42; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku**, Tıpkı 3. Basım, Beta Basım A. Ş., Ağustos, 2010, İstanbul. s. 334; Belgin Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 48-49; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 125-126; Pervin Somer, **100 Soru-100 Cevap Roma Borçlar Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Şubat, 2010, s. 46; Fulya İlçin Gönenç, "Roma Akitler Sistemi ve Permutatio (Trampa)", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2009/1, s. 201; Duygu Özer Sarıtaş, **Roma Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları**, Dora Basım Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2018, s. 58; Pervin Somer, **Roma Hukukunda İstisna Akdi**, Derin Yayınları, İstanbul, 2008, s. 35; Özlem Söğütü Erişgin, **Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara, Eylül, 2016, s. 35.

⁶³ *Contractus* ve *pactum* terimleri günümüzde aynı anlamda ve birbirlerinin yerine kullanılabilir. Latince *contractus*'tan kontrat, *pactum*'dan ise pakt kelimeleri Türkçe'ye de dâhil olmuştur. Roma hukukundaki ayrım dikkate alınarak Türkçe kaynaklarda genellikle "*contractus*"; "sözleşme" veya "akit" terimleriyle, "*pactum*" ise "anlaşma" terimiyle ifade edilmektedir. Ziyet Seldağ Güneş Ceylan, "Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Pactum (Anlaşma) İlişkisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 1-2, 2004, s. 172. Bu ifade tarzı, anlatım kolaylığı sağlama amacı gütmektedir. Esasen günümüzdeki anlamları dikkate alındığında sözleşme, akit, anlaşma ve pakt kavramlarının her birinin hem *contractus*'u hem de *pactum*'u ifade etmek için kullanılması mümkündür.

⁶⁴ Alan Watson, "The Evolution of Law: The Roman System of Contracts", **Law and History Review**, Volume 2, Issue 01, The American Society for Legal History, Inc. 1984, s. 1. *Stipulatio*'nun kökenine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler *stipulatio*'nun köklerini *nexum* işlemine, kefalete ve yemine dayandırmaktadır. Görüşler ve değerlendirmeler için q.v. Şakir Berki, **Roma Hukuku, Giriş ve Roma Hukukunun İçinde İnkişaf Ettiği Devirler, Dava Hukuku, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Ayni Haklar ve Borçlar Hukuku**, Ankara, 1949, s. 274-275.

gerekliliklerini karşılayamaması nedeniyle, *stipulatio*'dan türeyen özgün, birbirinden farklı sözleşme tipleri ve grupları ortaya çıkmıştır⁶⁵.

Roma hukuku *contractus* sistemi sözlü, aynı, yazılı ve rızai olmak üzere dört grup sözleşmeden oluşmaktadır (Gai. I. 3, 89; Iust. I. 3, 13, 2). Bu gruplarda yer alan sözleşmelerden borç doğması için öncelikle sözleşme tarafları arasında *consensus* bulunması gerekmektedir. Ancak *consensus*, rızai sözleşmeler dışında, sözleşmenin kurulması için yeterli değildir. Sözlü, yazılı ve aynı sözleşmelerin kurulması, *consensus* dışında bir kurucu unsurun daha varlığına bağlıdır. Bu kurucu unsur bulunmadığı takdirde *contractus* hüküm doğurmaz.

Roma hukukunun sözlü sözleşmeleri (*verbis contrahitur*); *stipulatio*, *dotis dictio* ve *ius iurandum liberti*'dir⁶⁶. Bununla birlikte kaynaklarda, kullanım alanı ve sıklığı dikkate alınarak sözlü sözleşme kavramı ile genellikle *stipulatio*'ya işaret edilmiştir. Sözlü sözleşmelerin kurulabilmesi için tarafların belli sözleri, ifade kalıplarını kullanarak irade beyanında bulunması gerekir⁶⁷. *Stipulatio*, bir soru ve cevaptan oluşan sözlü taahhüt verme işlemidir. İşlemin taahhüt eden ve alacaklı olmak üzere iki tarafı bulunur ve taraflar aynı ortamda, bir arada olmak zorundadır⁶⁸. Öncelikle taahhüt eden sözlü olarak ve belirli kalıplaşmış kelimeleri kullanarak soru sorar, ardından alacaklı yine kalıplaşmış kelimeleri kullanarak cevap verir⁶⁹. Şekil şartları yerine getirildiğinde sözleşme kurulur ve taahhütte bulunan kişi borç altına girer. Şekil kurucu unsur olduğu için şekil şartları yerine getirilmezse sözleşme meydana gelmez⁷⁰.

Yazılı sözleşmeler (*contractus litteris*), Klasik Devirde borç doğurucu nitelikte olan *expensilatio*, *chirographum* ve *syngrapha*'dır⁷¹. Bu sözleşmelerin en eskisi ve önemlisi olan *expensilatio*'da borçlunun rızası ile alacaklının hesap defterine (*codex*

⁶⁵ Watson, **The Roman System of Contracts**, *op. cit.*, s. 4.

⁶⁶ Paul Du Plessis, **Borkowski's Textbook on Roman Law**, Oxford University Press, 5. edition, 2015, s. 296-297.

⁶⁷ Rado, *op. cit.*, s. 45; Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, *op. cit.*, s. 336.

⁶⁸ Kaser, **Roman Private Law**, *op. cit.*, s. 40; Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, *op. cit.*, s. 349; Tahiroğlu, *op. cit.*, 133.

⁶⁹ Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Juta&Jo Ltd, 1990, s. 68; Berki, *op. cit.*, s. 275; Rado, *op. cit.*, s. 68; Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, *op. cit.*, s. 349; Tahiroğlu, *op. cit.*, 132.

⁷⁰ *Stipulatio*'nun şekil şartlarına ve hükümsüzlüğüne ilişkin q.v. Üçüncü Bölüm, IV, Şekle Aykırılık.

⁷¹ Cahit Oğuzoğlu, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No:130, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959, s. 226-227; Berki, *op. cit.*, s. 279.

accepti et depensi) farazi bir giriş yapılır⁷². Deftere yapılan bu girişle, önceden başka bir sözleşme neticesinde doğmuş olan borç yerine yeni bir borç oluşturulur⁷³. Uygulamada *pater familias*'lar tuttukları defter kayıtlarıyla birbirlerine karşı borçlanmışlardır⁷⁴. Defterin mevcut olmaması veya deftere kayıt düşülmemiş olması durumunda yazılılık şartı gerçekleşmeyeceğinden sözleşme kurulmamış olur.

Aynı sözleşme olarak *Gaius* yalnızca tüketim ödücünden (*mutuum*) bahsetse de (Gai. I. 3, 90), *Iustinianus* Devrinde kullanım ödücü sözleşmesi (*commodatum*), saklama sözleşmesi (*depositum*) ve rehin sözleşmesinin (*pignus*) de bu sözleşme grubunda olduğu ifade edilmiştir (Iust. I. 3, 14, 2-4)⁷⁵. Aynı sözleşmelerde, sözleşmenin kurulabilmesi için *consensus*'un yanı sıra *res*⁷⁶ de karşı tarafa devredilmelidir⁷⁷. Devredilen *res*; tüketim ödücü sözleşmesinde *dominium* (mülkiyet), kullanım ödücü ve saklama sözleşmelerinde *detentio*⁷⁸, rehin sözleşmesinde ise *possessio*'dur (zilyetlik)⁷⁹. *Res*'in devri gerçekleşmediği takdirde *consensus* bulunsa dahi sözleşme kurulmaz.

Roma hukuku *contractus* sistemine en son dâhil edilen sözleşme grubu ise rızai sözleşmelerdir. Rızai sözleşmelerin kurulmaları için *consensus* yeterlidir, bunun dışında herhangi bir şekil şartına uyulma zorunluluğu yoktur. Rızai sözleşmeler, Pön savaşları⁸⁰ sırasında *ius gentium* içerisinde doğup, sonradan *ius civile*'ye dâhil

⁷² A. M. Prichard, *Leage's Roman Private Law Founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, Macmillan and Company Limited, London, St Martin's Press, New York Third edition, 1964, s. 346.

⁷³ Rafael Domingo, *Roman Law: An Introduction*, Routledge, 1st edition, 2018, s. 188.

⁷⁴ Oğuzoğlu, *op. cit.*, s. 226.

⁷⁵ Prichard, *op. cit.*, s. 323. Zaman içerisinde uygulamada ortaya çıkan birtakım aynı sözleşmeler *praetor*'lar tarafından tanınmış ve aynı sözleşmeler sisteminin genişletilmesi yoluyla "isimsiz sözleşmeler" sınıfı ortaya çıkmıştır. Şahin Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku, 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli*, Sayram Basım Yayım Ltd. Şti., 6. Baskı, Konya, Şubat, 2016, s. 108.

⁷⁶ *Res*; Latince'de hukuki anlamıyla mal, malvarlığı, şey, eşya anlamlarını taşımaktadır. Geniş anlamıyla maddi ve manevi her şeyi gösterir tarzda kullanılmaktadır. Umur, *Lügat, op. cit.*, s. 183.

⁷⁷ Francis de Zulueta, *The Roman Law of Sale Introduction and Select Texts*, Oxford The Clarendon Press, Corrected Sheet of First Edition, 1966, s. 7; Rado, *op. cit.*, s. 44; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları, op. cit.*, s. 336.

⁷⁸ *Detentio*, zilyetliği koruma vasıtalarıyla korunmayan ve zamanaşımı ile iktisaba imkân tanımayan fiili hâkimiyettir. Umur, *Lügat, op. cit.*, s. 57.

⁷⁹ Rado, *op. cit.*, s. 47 et seq.; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları, op. cit.*, s. 336.

⁸⁰ Günümüzde Tunus devletinin sınırları içerisinde kalan Kartaca ile Roma devleti arasında cereyan eden savaşlardır. Romalılar, Kartacalıları "*Pun*"lar olarak adlandırdıklarından Türkçe literatürde "Pön Savaşları" olarak geçmektedir. M.Ö. 264-241 yılları arasında Birinci Pön Savaşı, M.Ö. 218-201 yılları arasında İkinci Pön Savaşı ve M.Ö. 149-146 yılları arasında Üçüncü Pön Savaşı gerçekleşmiştir. Akdeniz'de egemenlik kurma mücadelesi şeklinde geçen savaşların neticesinde Roma devleti üstün gelmiştir. Oğuz Tekin, *Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş*, İletişim Yayıncılık A. Ş., 12. Baskı,

olmuşlardır⁸¹. Ortaya çıkışlarında, Roma topraklarının genişlemesi ve ticari hayatın, sert şekilci kalıpların dışına çıkmayı gerektirmesi etkili olmuştur. Klasik Devirde ve *Iustinianus* Devrinde bahsedilen rızai sözleşmeler; satış sözleşmesi (*emptio-venditio*), *locatio conductio* (kira, eser ve hizmet sözleşmeleri), şirket sözleşmesi (*societas*) ve vekâlet sözleşmesidir (*mandatum*)⁸². *Consensus* dışında ek bir kurucu unsurun bulunmamasının getirdiği kolaylık, bu sözleşme sınıfının zamanla genişlemesine ve *actio* ile korunan *pactum*'ların ortaya çıkmasına da zemin hazırlamıştır.

II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ, İLKENİN SINIRLARI VE HÜKÜMSÜZLÜK

Bireyin özgürlüğünü ilan eden düşünce akımları 17-18. yüzyıllarda ortaya çıkmış ve bu akımlar siyasi ve toplumsal etkilerini 1789 Fransız devrimi⁸³ ile göstermiştir⁸⁴. Hümanizm, aydınlanma dönemi düşünceleri, Tabii Hukuk Ekolü, liberalizm ve bu akımların etkisi altındaki diğer ekonomik, siyasi ve toplumsal öğretiler bu süreçte hukuk düzenleri üzerinde etkili olmuştur. Tabii Hukuk Ekolünün⁸⁵ temsilcilerinden John Locke; doğa durumunda⁸⁶, insanların eylemlerini düzenlerken

İstanbul, 2018, s. 201-204. Savaş sürecinde Akdeniz ve Kuzey Afrika toplumlarıyla yaşanan etkileşim neticesinde; ekonomi, ticaret ve hukuk sahalarında yeni düşünce ve anlayışlar Roma'ya girmiştir.

⁸¹ Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, *op. cit.*, s. 337; Tahiroğlu, *op. cit.*, 117 et seq.

⁸² Prichard, *op. cit.*, s. 351-352; Rado, *op. cit.*, s. 86; Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, *op. cit.*, s. 337 et seq.; Tahiroğlu, *op. cit.*, 192 et seq.

⁸³ 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan Hakları Bildirgesinin 4. maddesine göre; “*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi*” (Özgürlük, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmeye dayanır. Onun için, her insanın doğal haklarının sınırı, toplumun diğer üyelerine aynı hakları sağlayan sınırlardır. Bu sınırlar yalnızca kanunla belirlenebilir).

⁸⁴ Arzu Küçükyalçın, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt 53, Sayı 4, s. 105.

⁸⁵ Tabii Hukuk doktrini Eski Roma ve Yunan uygarlıklarına dayanmaktadır. Bu doktrin, Ortaçağda tabiat felsefesine dayanan eski Tabii Hukuk anlayışından dini felsefeye dayanan skolastik Tabii Hukuk anlayışına ve 17 ve 18. yüzyıllardan itibaren akla ve bilime dayanan Tabii Hukuk Ekolüne dönüşmüştür. Antik Yunan'da Platon (M.Ö. 429-347) ve Aristo'da (M.Ö. 384-322); Eski Roma'da ise Cicero'da (M.Ö. 106-43) rastlanan Tabii Hukuk yaklaşımı Thomas Aquinas (1225-1274) tarafından sistematik hale getirilmiştir. Ortaçağ ve Rönesans döneminde Francisco Suárez (1548-1617), Hugo Grotius (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-94), John Locke (1632-1704) ve Jean-Jacques Rousseau (1712-78) gibi başlıca düşünürler bu ekolün yaklaşımlarını ele almışlardır. Brian H. Bix, “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, Çeviren: Ertuğrul Uzun, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 2, Yıl: 2004, s. 292 et seq.

⁸⁶ Locke'a göre doğa durumu hiç kimsenin bir başkasından daha fazla iktidar ve yetkiye sahip olamadığı bir eşitlik durumudur. İnsanlar arasında siyasi bir topluluğa girmek üzere karşılıklı olarak anlaşma

tam bir özgürlük içinde olduğunu ve doğa yasası sınırları içerisinde, izin istemeden veya başka birisinin iradesine bağlı olmadan uygun gördükleri biçimde mallarını değiş-tokuş edebildiklerini, satabildiklerini ifade etmiştir⁸⁷. Düşünürce göre, doğa durumundaki özgürlük; başkasının hayatına, özgürlüğüne veya mülküne zarar geldiği noktada sınırlandırılır⁸⁸. Hugo Grotius ise yiyecek, giyecek, ilaç gibi yaşamak için zorunlu maddelerin satışının yasayla ya da dolaylı bir yoldan engellenemeyeceğini, böyle bir engellenmenin insan toplumunun doğasına aykırı düşeceğini belirtir⁸⁹.

İktisadi liberalizmin öncülerinden Adam Smith, “görünmez el” (invisible hand) teorisiyle ekonomik hayatın devlet müdahalesiyle kontrol altına alınmasının gereksiz olduğunu ve olumsuz sonuçlar doğuracağını ileri sürmüştür⁹⁰. Bireylerin ekonomik hayattaki faaliyetlerine hukuki yollarla getirilen sınırlamaların piyasa dengesini bozacağı ve bireysel özgürlüğün ticari alanda da sağlanması gerektiği yönündeki anlayış “*laissez faire, laissez passer*” (bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler) ilkesiyle ifade edilmiştir.

20. yüzyıla gelindiğinde Birinci Dünya Savaşı ve 1930’lu yıllardaki küresel ekonomik krizin etkisiyle devletin hukuki düzenlemeler yoluyla ekonomiye müdahalesinin zorunlu olduğu anlaşılmış ve *laissez faire* liberalizmi yerini daha sosyal ve kurallı bir liberalizm modeline bırakmıştır⁹¹. Diğer yandan, 20. yüzyıla uzanan süreçte ortaya çıkan düşünce akımları, ekonomik ve sosyal hayatın yanı sıra hukuk düzenini de etkilemiştir. Bu çerçevede bireysel özgürlük akımlarının etkisiyle ortaya çıkan ve hukuk düzenini de etkileyen düşüncelerden biri de irade özerkliği (özgürlüğü) ilkesidir⁹². Bu düşünceye göre bireyler bağımsızdır ve kendi kurallarının egemenliği

yapıldığında, her bir kişi doğa yasasını yürütme iktidarını terk eder ve sivil veya siyasal toplum durumuna geçer. John Locke, **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme**, Çeviren: Fahri Bakırcı, Ebabel Yayınları, 2. Baskı, Mayıs, 2012, s. 9 et seq.

⁸⁷ John Locke, **Hükümet Üstüne İkinci Tez**, Çeviren: Aysel Doğan, İlyaz İzmir Yayınevi Matbaası, 7. Baskı, İzmir, Aralık, 2013, s. 29.

⁸⁸ **Ibid**, s. 30-31.

⁸⁹ Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku**, Çeviren: Seha L. Meray, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1967, s. 64-65.

⁹⁰ Adam Smith, **The Wealth of Nations**, Introduction by Edwin R. A. Seligman, London: J. M. Dent & Sons Ltd, New York: E. P. Dutton & Co Inc, 1910, s. 400 et seq.

⁹¹ Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., 1. Bası, İstanbul, Ağustos, 1999, s. 21-22.

⁹² Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998, s. 14 et seq. İrade özerkliği (özgürlüğü) 19. yüzyılda yapılan büyük kanunlaştırma hareketlerinde kabul edilmiş

altındadır⁹³. İrade özerkliğine sahip kişiler, hukuki ilişkilerini ve özellikle borç ilişkilerini diledikleri gibi düzenlerler⁹⁴. İrade özerkliğinden doğan üç temel hukuk ilkesi bulunmaktadır. Bu ilkeler sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin bağlayıcı etkisi ve sözleşmenin nisbiligi ilkeleridir⁹⁵. Sözleşme özgürlüğü, kişilerin arzu ettikleri sözleşmeyi geçerli olarak yapabilme hususunda sahip olduğu özgürlük olarak tanımlanabilir⁹⁶. Bu ilkenin temelinde yatan düşünceye göre sözleşmelerin geçerli olması kural, hükümsüzlüğü ise istisnadır⁹⁷. *Laissez faire* liberalizminden 20. yüzyılın sosyal ve kurallı liberalizmine geçişle birlikte sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması eğilimi güç kazanmıştır. Özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra sosyal devlet ilkesinin Kara Avrupası devletlerinin temel unsurlarından biri olmasıyla birlikte kanun koyucular, doktrin ve mahkemeler, Kara Avrupası Hukuk Sistemlerinde mevcut olan özel hukuk düzenlemelerindeki eksikleri gidermek için çözüm üretmeye çalışmışlardır⁹⁸. Bu noktada bireyin sadece devlet iktidarı karşısında değil, bireyler arası iktidar ilişkilerine karşı da korunması gerektiği anlaşılmıştır⁹⁹. 19. yüzyılda bireyin devlete karşı korunması ve özgürlük alanının belirlenmesi için hukuka ihtiyaç duyulurken, 20. yüzyılda bireylerin birbirlerine karşı korunması için hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur¹⁰⁰. Sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran hükümsüzlük teorisinin gelişimi de bu korunma ihtiyacının giderilmesi amacına hizmet etmektedir.

Türk Borçlar Kanununun 26. maddesi “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” ifadesiyle sözleşme içeriğine ilişkin temel prensibin sözleşme özgürlüğü olduğunu belirlemektedir.

bir ilkedir. Kıta Avrupası, Anglo-Sakson ve Latin Amerikan hukuk sistemlerinde bu ilkeye yönelik benzer yaklaşımlar yer almaktadır. Başpınar, **op. cit.**, s. 13, dn. 1; Yasemin Işıқтаç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, Şubat, 2014, s. 313.

⁹³ Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara, Mart, 2007, s. 34.

⁹⁴ Eren, **Borçlar Genel**, **op. cit.**, s. 297.

⁹⁵ Ateş, **op. cit.**, s. 35. Kişilerin özel borç ilişkilerini düzenlerken hukuki araç olarak çoğunlukla borç sözleşmelerini kullanmaları sebebiyle irade özerkliği kavramının sözleşme özgürlüğü yerine de kullanıldığı görülmektedir. Eren, **Borçlar Genel**, **op. cit.**, s. 300. Sözleşme özgürlüğü ile irade özerkliği ilkesi arasındaki bağlantı için q.v. Ateş, **op. cit.**, s. 31 et seq.

⁹⁶ Tekinay et al., **op. cit.**, s. 362; Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 38.

⁹⁷ R. L. Marshall, “Freedom of Contract”, **The Canadian Law Times**, Vol. 33, No: 6, 1913, s. 542.

⁹⁸ Atamer, **op. cit.**, s. 22.

⁹⁹ **Ibid.**

¹⁰⁰ **Ibid.**

Sözleşme özgürlüğünün kapsamına; sözleşme içeriğini, tipini ve şeklini belirleme özgürlüğü, sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını belirleme özgürlüğü, sözleşmeyi değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü girmektedir¹⁰¹. Sözleşme özgürlüğünün altında yer alan bu özgürlükler de belli sınırlamalara tâbidir¹⁰². Nitekim sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırları ve bu sınırların ihlalinin yaptırımı TBK m.27/f.1 hükmü ile belirlenmiştir¹⁰³. Hükme göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”. Dolayısıyla Türk hukukuna göre tarafların bu yasaklamalara uymayan bir sözleşme akdetmeleri halinde, hukuk düzeni özgür bireysel iradeleri göz önünde bulundurmamakta, sözleşme hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Öte yandan İsviçre-Türk hukuklarında sözleşmeyi hükümsüz kılmak yerine mümkün olduğunca ayakta tutacak şekilde yorumlamaya ilişkin *favor negotii* veya *favor contractus* olarak ifade edilen prensip hâkimdir¹⁰⁴. Prensibin arkasındaki temel düşünce, Roma hukukunda *aequitas* ve *bona fides* ilkeleriyle ifade edilen ve Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralıdır¹⁰⁵. *Favor negotii* (veya *contractus*) ilkesi ile sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlama da bir engelle karşılaşmaktadır. Bu çerçevede tahvil, esnek hükümsüzlük, kısmi hükümsüzlük ve TMK m.2’ye aykırılık halinde işlemin kesin hükümsüzlüğünün ileri sürülememesi gibi hukuki kurum ve uygulamalar sözleşmenin ayakta tutulması ilkesine hizmet etmektedir.

¹⁰¹ Üçer, **Kısmi Butlan**, *op. cit.*, s. 28 et seq.; Nagehan Kırkbeşoğlu, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 24.

¹⁰² Nitekim sözleşme kurma ve sözleşme kuracağı diğer tarafı seçme özgürlüğünün sınırı sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu haller ile fiil ehliyetinin bulunmaması (TMK m.15) halidir. Sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü de TBK m.12/f.2 hükmüne göre, sınırlamaya tabidir. Kırkbeşoğlu, *op. cit.*, s. 25.

¹⁰³ Nil Karabağ Bulut, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., Birinci Baskı, İstanbul, Eylül, 2014, s. 6.

¹⁰⁴ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İkinci Bası, İstanbul, 2006, s. 33; Turhan Esener, “Akitlerde Esaslı Noktalar ile İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi”, **AÜHFD**, Cilt 16, Sayı 1-4, 1959, s. 269; Bilgehan Çetiner, “Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerliliği Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan)**, Cilt 22, Sayı 3, 2016 s. 824-825.

¹⁰⁵ Akyol, *op. cit.*, 1 et seq. Roma hukukunda doğru, onurlu davranışlara işaret eden *bona fides* ilkesi, Türk hukukunda hem dürüstlük kuralı hem de iyiniyet kavramının temelindeki prensiptir. İpek Seveda Söğüt, “Bona Fides in Roman and Turkish Contract Law”, **Coventry Law Journal**, Volume 20, Issue No: 1, 2015, s. 4.

Roma hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesinin bulunup bulunmadığını ise ayrıca değerlendirmek gerekir. Klasik Devre kadar Roma hukuku sözleşmeler sistemine hâkim olan temel ilke tipe bağlılıktır. Ancak *ius civile* tarafından tanınan belli tipte ve sayıda sözleşme, Roma devletinin genişlemesi ve farklı toplumlarla etkileşimin artmasının de etkisiyle toplumsal ihtiyacı karşılamakta yetersiz kalmıştır. Bu durum *praetor*'ları uygulamada ortaya çıkan sözleşmelere dayanarak talep edilen *actio*'ları vermeye zorlamıştır¹⁰⁶. *Ius civile* sözleşmeler sistemi; *praetor*'larca kabul edilen aynı sözleşmelerden oluşan isimsiz sözleşmeler (*contractus innomati*) ve *ius civile*, *praetor* veya imparator emirnameleri ile kabul edilen rızai sözleşmelerden oluşan *pactum*'lar ile birlikte genişlemiştir¹⁰⁷. *Ius civile*, ilk olarak, *contractus*'lara eklenen ek anlaşma niteliğindeki *pactum*'ları tanımıştır¹⁰⁸. Sonradan *praetor*'lar diğer *pactum*'ları kendi himaye vasıtalarıyla korumuşlar, açılan davalara karşı *pactum*'un taraflarına *exceptio* tanımışlardır¹⁰⁹. Bu *pactum*'ların bir kısmı ilerleyen süreçte *actio*'lar verilmek suretiyle aktif olarak da korunmuştur¹¹⁰. Uygulamada ortaya çıkan bu sözleşmelerin *ius civile* tarafından tanınmasıyla tipe bağlılık ilkesi esnetilmiştir¹¹¹. Bununla birlikte sözleşmeler sisteminde yer almayan akitlerin *actio* ile korunmayacağına ilişkin prensip devam ettiğinden kanaatimizce Roma hukukunda sözleşme tipini belirleme özgürlüğüne ulaşıldığı kabul edilemez¹¹². Öte yandan sözleşme özgürlüğünün kapsamını oluşturan özgürlüklerin hiçbirinin Roma hukukunda bulunmadığı da söylenemez. Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü ve sözleşmenin karşı tarafını belirleme özgürlüğü Roma hukukunda da mevcuttur¹¹³.

Tipe bağlılık ilkesinin esnetilmesi, sınırlarını yeni sözleşmelerle genişleten Roma hukuku sözleşmeler sisteminin hakkaniyet çerçevesinde kontrol edilme

¹⁰⁶ Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, *op. cit.*, s. 375; Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, *op. cit.*, s. 108.

¹⁰⁷ Rado, *op. cit.*, s. 121 et seq.; Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, *op. cit.*, s. 374 et seq.; Tahiroğlu, *op. cit.*, 257 et seq.

¹⁰⁸ Güneş Ceylan, **Contractus Pactum İlişkisi**, *op. cit.*, s. 178.

¹⁰⁹ Paul. D. 13, 5, 30; Ulp. D. 2, 14, 7, 4; Erdoğan, **Roma Borçlar**, *op. cit.*, s. 116; Güneş Ceylan, **Contractus Pactum İlişkisi**, *op. cit.*, s. 178.

¹¹⁰ Erdoğan, **Roma Borçlar**, *op. cit.*, s. 118. Bu *pactum*'lar *constitutum*, *receptum arbitri*, *receptum argentarii*, *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabularium* ve *donatio*'dur. Ayrıntılı bilgi için q.v. Erdoğan, **Roma Borçlar**, *op. cit.*, s. 119 et seq.

¹¹¹ Üçer, **Kısmi Butlan**, *op. cit.*, s. 29-30.

¹¹² Aynı yönde q.v. Erdoğan, **Roma Borçlar**, *op. cit.*, s. 118, dn. 195; Somer, *op. cit.*, s. 47.

¹¹³ Somer, *op. cit.*, s. 47.

zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Sistemin genişlemesinde himaye vasıtalarıyla rol üstlenen *praetor*, sınırlandırılmasında da aynı vasıtalarla rol almış, hukuki işlemi hükümsüz kılmaya yönelik vasıtaların ve hükümsüzlük türlerine işaret eden düzenlemelerin gelişimi de bu süreçte gerçekleşmiştir. Dolayısıyla hükümsüzlüğün kanaatimizce Roma hukukunda da sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak belirlediği ifade edilebilir.

III. TÜRK HUKUKUNDA HÜKÜMSÜZLÜĞE İLİŞKİN TERMİNOLOJİ VE HÜKÜMSÜZLÜK TÜRLERİ

A. Terminoloji

Arapça kökenli “hüküm” (çoğulu *ahkâm*) kelimesi “kuvvet, ehemmiyet, nüfuz” anlamlarını taşımaktadır¹¹⁴. Hukuki işlemin hukuk düzeni içerisinde güç, önem kazanabilmesi hüküm doğurmasına bağlıdır. Kelimenin olumsuz iyelik eki almış hali olan “hükümsüz” ise “hüküm, kuvvet ve tesiri olmayan” anlamına gelmektedir¹¹⁵. “Hükümsüzlük”; kelime anlamı dikkate alındığında, hukuk düzeni tarafından yok sayılan veya geçerli sayılmayan hukuki işlemleri niteleyen, kapsayıcı bir üst kavramdır.

Hükümsüzlük, değişimini ve gelişimini tamamlamış, sınırları belli yerleşik kuralları haiz bir kurum olmaktan ziyade Roma hukukundan, Ortaçağ hukukuna ve kanunlaştırma, iktibas hareketleri neticesinde günümüz Türk hukukuna varılan süreç boyunca dinamik ve değişken bir yapı arz etmiştir. Bu süreçte 20. yüzyılın ilk yarısına kadar Klasik Hükümsüzlük Teorisi doktrinde kabul görmüştür. Başlangıçta kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik olmak üzere ikili ayırmadan hareket eden teori, Fransız doktrininin etkisiyle yokluğu da içerisine almak suretiyle üçlü bir ayrımla hükümsüzlük türlerini incelemiştir¹¹⁶. Klasik Hükümsüzlük Teorisi, ortaya çıkan her

¹¹⁴ Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 2015, s. 555. “Hüküm” kelimesinin diğer anlamları için q.v. Sami, *op. cit.*, s. 555 ve Fethi Gedikli/İbrahim Enes Onat, *Osmanlı Hukuk Sözlüğü: Mükemmel Istılâhât-ı Kavânin Yâhut Mâlûmât-ı Kanûniye Hülâsası*, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, İstanbul, Aralık, 2017, s. 96.

¹¹⁵ Sami, *op. cit.*, s. 555-556.

¹¹⁶ Jale Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi*, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara, 1953, s. 31 et seq.

durumu bu tiplerin içerisine yerleştirmeyi esas almıştır. Bu teori kesin ve değişmez sınırlar çizerek belirli kalıplara sıkıştığı, ihtiyacı karşılamakta yetersiz kaldığı için doktrinde eleştirilmiş¹¹⁷ ve Modern Hükümsüzlük Teorisi ortaya atılmıştır. Modern Hükümsüzlük Teorisinde, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirliğin yanı sıra kısmen birinin kısmen diğerinin özelliklerini taşıyan karma nitelikte ara kademelerin bulunabileceği ileri sürülmüştür¹¹⁸. Ancak bu ara kademelere ilişkin doktrinde yekpare bir düzenin, sistematüğın bulunduğu söylenemez.

Türk hukukunda hükümsüzlük üst başlığı altında hükümsüzlük türleri olarak “yokluk”, “kesin hükümsüzlük”, “iptal edilebilirlik”, “eksiklik” ve “nisbi etkisizlik” yer almaktadır¹¹⁹. Bununla birlikte kanunlarda ve doktrinde bu hükümsüzlük türlerine yönelik terminolojik bütünlük tam anlamıyla sağlanmış değildir. Miras hukuku, aile hukuku veya ticaret hukukuna ilişkin olarak düzenlemelerde Türk Borçlar Kanununda yer alan kavramlardan bir ölçüde ayrıldığı gözlemlenebilir.

Çalışmanın bu kısmında Türk hukukunda hükümsüzlük türlerine işaret eden terimler belirtilecektir. Bu terminoloji Roma hukukundaki hükümsüzlük sebeplerinin ve bu sebeplerin yol açtığı hükümsüzlüğün açıklanmasında kullanılacaktır. Bu noktada amacımız her biri ayrı birer tez konusu oluşturabilecek olan hükümsüzlük türlerini ayrıntılı şekilde incelemek değil, yalnızca ana hatlarıyla, bu konudaki mevzuat ve doktrini aktarmak suretiyle ifade etmek ve Roma hukukundaki hükümsüzlük sisteminin açıklanmasında ve Türk hukukuyla karşılaştırılmasında bu kavramlardan yararlanmaktır.

¹¹⁷ Eleştiriler için q.v. Gural, **op. cit.**, s. 66 et seq.

¹¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 590.

¹¹⁹ Bir hukuki işlemin hükümsüzlüğünün ancak var olan işlemler için söz konusu olabileceği, “yokluk” halinde ayrıca “hükümsüzlük” kavramına başvurmanın gereksiz olduğuna yönelik görüş için q.v. Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 580.

B. Hükümsüzlük Türleri

1. Yokluk

Yokluk kavramı ilk olarak Alman hukukunda evlenmelerin hükümsüzlüğü bahsinde ortaya atılmış ve buradan da Fransız hukukuna geçmiştir¹²⁰. Böyle bir kavrama ihtiyaç duyulmasının esas sebebi Fransız Medeni Kanununda kesin hükümsüz (bâtıl) evliliklerin sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olması ve aynı cinsten iki kimsenin evliliğinin hükümsüz kılınabilmesi için bir yol bulunamamasıdır¹²¹. Lafzi yoruma büyük önem verildiği için kanun hükmü yorumlanarak kesin hükümsüzlük sebeplerinin genişletilmesi uygun görülmemiş ve bu tarz evlilikler için yokluk müeyyidesi ortaya atılmıştır¹²².

Türk hukukunda hukuki işlemin kurucu unsurları olarak kabul edilen irade beyanının veya irade beyanının yerini tutan bir davranışın bulunmaması halinde işlemin yokluğu söz konusu olur¹²³. İrade beyanı, bütün hukuki işlemler için gerekli olan ortak kurucu unsurdur¹²⁴. Sözleşmeler bakımından kurucu unsurlar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur¹²⁵. Sözleşmenin kurucu unsurları olan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları mevcut değil ise sözleşme kurulmaz, meydana gelmez¹²⁶. Sözleşme taraflarından birinin irade beyanında bulunmaması halinde veya her ikisi de irade beyanında bulunmuş ancak bu beyanlar birbirleri ile uyuşmuyor ise yokluk durumu ortaya çıkar¹²⁷. Sözgelimi bir satış

¹²⁰ Güral, **op. cit.**, s. 55; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku**, Cilt 3, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 70.

¹²¹ Güral, **op. cit.**, s. 55.

¹²² **Ibid.**, s. 55-56.

¹²³ Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 223; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 220; Kırkbeşoğlu, **op. cit.**, s. 27; Muzaffer Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Temmuz, 2015, s. 63.

¹²⁴ Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 89; Helvacı/Erlüle, **op. cit.**, s. 40.

¹²⁵ Sözleşme dışında kalan hukuki işlemlerde de en azından bir irade beyanının bulunması zorunludur. Kocayusufoğlu et al., **op. cit.**, s. 90.

¹²⁶ Schwenzer, **op. cit.**, s. 230 et seq.; Huguenin, **op. cit.**, s. 67 et seq.; Bork, **op. cit.**, s. 197; Dieter Medicus/Jens Petersen, **Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, C.F. Müller, 2016, s. 194 et seq.; Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, Cilt 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No: 15, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s. 184; Serozan, **Medeni Hukuk**, **op. cit.**, s. 373.

¹²⁷ Schwenzer, **op. cit.**, s. 231; Huguenin, **op. cit.**, s. 69; Kocayusufoğlu et al., **op. cit.**, s. 580-581.

sözleşmesinin kurulması için yapılmış olan bir öneriye hiç karşılık verilmezse, karşılık verilmemesinin zımni bir kabul beyanı olabileceği durumlar hariç tutulduğunda, irade beyanı eksikliğinden dolayı sözleşme kurulmuş addedilemeyecektir. Keza taraflardan biri satış sözleşmesi kurulması için öneride bulunmuş; diğer taraf ise bu öneriye olumsuz karşılık vermişse veya cevaben bir eser sözleşmesinin kurulması için kabul beyanında bulunmuş ise de karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunmadığı için hukuki işlem yok kabul edilecektir. Bazı hukuki işlemlerin varlık kazanabilmesi için ise irade beyanından başka ek unsurların varlığı aranır. Bu bağlamda, kanunla getirilen diğer bir kurucu unsurun mevcut olmaması halinde de işlemin yokluğu söz konusu olur¹²⁸.

Yokluk durumunda hukuki işlemin var oluş şartları eksik olduğu için hukuki işlemin varlığından dahi söz etmemek gerekir¹²⁹. Bir sözleşmenin yokluğu her zaman, herkes tarafından ileri sürülebilir¹³⁰. İleri sürülmesi zamanaşımına veya hak düşürücü süreye bağlı değildir. Yokluk halleri, bir hakkın doğumuna engel olduğu için davaya karşı savunma araçları yönünden itiraz niteliği taşır¹³¹. Bu hususta bir dava açmaya ihtiyaç olmadığı gibi, açılmış herhangi bir davada bir sözleşmenin yokluğu anlaşılırsa yokluğu hiç kimse ileri sürmemiş olsa dahi hâkim kendiliğinden göz önüne almak zorundadır¹³². Yokluk durumunun belirlenmesi için tespit davası açılması halinde ise hâkimin kararı sadece bir tespit kararı olacak ve zaten yok hükmünde olan hukuki işlem bu tespit kararı ile ortadan kalkmayacaktır¹³³.

Yokluk halinde hukuki işlemin varlığından söz edilemeyeceği için bu hukuki işleme dayanılarak hak sahibi olmak mümkün değildir ve ayrıca talepte de bulunulamaz¹³⁴. Belli bir süre geçmesiyle yokluğun giderilmesi mümkün değildir¹³⁵. Hukuki işlemin hiç meydana gelmediği düşünüldüğünde yokluğu ileri sürmenin

¹²⁸ Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 91; Antalya, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 128.

¹²⁹ Tekinay et al., **op. cit.**, s. 378; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **op. cit.**, s. 73-74; İrfan Baştuğ, **Borçlar Hukuku “Genel Hükümler”**, İstiklal Matbaası, İzmir, 1977, s. 81.

¹³⁰ Güral, **op. cit.**, s. 61; Antalya, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 128; Antalya/Topuz, **op. cit.**, s. 222; Helvacı/Erlüle, **op. cit.**, s. 40.

¹³¹ Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 224; Antalya/Topuz, **op. cit.**, s. 222.

¹³² Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 543; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 224; Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 582; Antalya/Topuz, **op. cit.**, s. 222; Helvacı/Erlüle, **op. cit.**, s. 40.

¹³³ Şahin Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)**, 9. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, Ekim, 2016, s. 117; Şeker, **Yazılmamış Sayılma, op. cit.**, s. 64.

¹³⁴ Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 224.

¹³⁵ Hatemi, **Medeni Hukuk, op. cit.**, s. 173-174.

hakkın kötüye kullanılması anlamını taşıdığı iddiası ile aynen ifa talebinde bulunulması, TMK m.2 mekanizmasıyla yokluğun düzelmesi mümkün olmaz¹³⁶. Benzer şekilde yok hükmündeki işlem, tahvil kurumundan yararlanamayacağı gibi böyle bir işlemin sonradan onaylanması (tasdik edilmesi) da söz konusu olamaz¹³⁷.

Son olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun genel işlem koşullarını düzenlediği hükümlerinde¹³⁸, genel işlem koşullarına aykırılıkta kapsam denetimine aykırılığın yaptırımı ifade edilirken kullanılan “yazılmamış sayılma” kavramını değerlendirmek gerekir. Kanunda, “yazılmamış sayılma” kavramının yokluğa mı kesin hükümsüzlüğe mi yoksa farklı bir hükümsüzlük türüne mi işaret ettiği hususu açıklanmamıştır. Türk Borçlar Kanununun 21. maddesinin gerekçesine göre “yazılmamış sayılma” ibaresi İsviçre Borçlar Kanununun 995. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında, 999. maddesinin 2. fıkrasında, 1002 ve 1006. maddelerinin 1. fıkralarında, 1104. ve 1106. maddelerinde, 1109. maddesinin 1. fıkrasında ve 1110. maddesinde yer almaktadır¹³⁹. Gerçekten İsviçre Borçlar Kanununda yer alan hükümlerde kullanılan Fransızca “*réputée non écrite*” ve İngilizce tercümelerdeki “*deemed unwritten*” ifadeleri Türkçe’ye “yazılmamış sayılma” şeklinde çevrilmiştir. Ancak gerekçede hâlihazırda mevcut olan hükümsüzlük türlerinin yerine neden böyle bir kavrama ihtiyaç duyulduğu açıklanmamıştır. Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümlerde amaç, kendisine sözleşme sunulan tarafın güçsüz konumundan istifade edilerek zarara uğratılmasının önlenmesidir. Bu sebeple hükümlerdeki şartlara uymayan genel işlem koşullarının herhangi bir şekilde geçerli tutulması güçsüz tarafın korunması amacına ters düşer. Kesin hükümsüzlük yaptırımının öngörülmesi halinde

¹³⁶ Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 581.

¹³⁷ Werner Flume, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft**, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, 1975, § 30, 4, s. 550; Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 581.

¹³⁸ Bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri “genel işlem koşulları” olarak ifade edilmektedir (TBK m.20/f.1). Kendisine sözleşme sunulan tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır, aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır (TBK m.21/f.1). Ayrıca, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır (TBK m.21/f.2). Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri ise geçerliliğini korur ve bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan genel işlem koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK m.22).

¹³⁹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), S.Sayısı: 321. Gerekçede ayrıca Alman Medeni Kanununun (BGB) genel işlem koşullarına ilişkin 305c maddesinde de aynı hukuki etkiye sahip benzer bir ifadenin kullanıldığı belirtilmiştir.

bu yaptırımın aşılmasına ilişkin yollara başvurmak mümkün olmaktadır. Bu sebeple kanun koyucunun, “yazılmamış sayılma” ifadesiyle, ilgili hükümlerin yok sayılacağına işaret ettiği anlaşılmaktadır. Sözleşmenin bazı hükümleri geçerli iken, bazıları yok farz edildiği için burada “kısmi yokluk” durumu mevcuttur¹⁴⁰. Buradaki yokluk kanuni bir faraziye sonucunda genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın irade beyanının varlığının kabul edilmemesi ile meydana gelmektedir¹⁴¹.

2. Kesin Hükümsüzlük

Kesin hükümsüzlüğe ilişkin Türk Borçlar Kanununda ve diğer kanunlarda herhangi bir tanım mevcut değildir. Kanun koyucu bu kavramın tanımını ve içeriğinin doldurulmasını doktrin ve yargı kararlarına bırakmıştır. Bununla birlikte birtakım temel kesin hükümsüzlük sebepleri “Kesin hükümsüzlük” kenar başlığını taşıyan TBK m.27/f.1 “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” hükmüyle belirlenmiştir. Emredici hükümlere aykırılık ve bu kapsamda tam fiil ehliyetsizliği ile geçerlilik şekline aykırılık, ahlâka aykırılık, kamu düzenine aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, başlangıçtaki objektif imkânsızlık ve sözleşmenin muvazaalı olması ilk etapta belirlenebilen ve doktrinde ağırlıklı olarak kabul gören kesin hükümsüzlük sebepleridir¹⁴². Bununla birlikte Türk hukuk doktrininde kesin hükümsüzlük sebebi olarak ifade edilen ve tartışılan hususlar bunlarla sınırlı değildir¹⁴³.

¹⁴⁰ Akıncı, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 124; Şeker, **Yazılmamış Sayılma, op. cit.**, s. 172.

¹⁴¹ Şeker, **Yazılmamış Sayılma, op. cit.**, s. 172. Cf. Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 80; Barış Demirsatan, **Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., İstanbul, 2017, s. 68-69, yazarlar yürürlük denetimi bakımından TBK m.21 anlamında yazılmamış sayılmanın yokluk sonucu doğurduğunu, içerik denetimi açısından ise TBK m.24 açısından kesin hükümsüzlüğün doğacağını kabul etmektedir. Son yazar, TBK m.24 ve m.25 arasında aynı nitelikte denetim söz konusu olduğu için yaptırımlarının da eşdeğer olması gerektiğine işaret etmektedir. Ayrıca yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği ile ilgili tartışmalar için q.v. Şeker, **Yazılmamış Sayılma, op. cit.**, s. 93 et seq.

¹⁴² Von Tuhr, **op. cit.**, s. 221-222; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 544; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 224; Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 581, ancak yazar muvazaanın yokluk sebebi olduğunu kabul etmektedir; Antalya/Topuz, **op. cit.**, s. 225 et seq.; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 226.

¹⁴³ Konumuzun sınırlarını aştığı için Türk hukukundaki her bir kesin hükümsüzlük sebebini ve bu sebepler üzerindeki doktriner tartışmaları incelemeyeceğiz. Bununla birlikte Roma hukukundaki hükümsüzlük sebeplerini incelerken yeri geldikçe Türk hukuk doktrininde tartışılan kesin hükümsüzlük sebeplerine değineceğiz.

Kesin hükümsüz işlem, beyan edilen irade doğrultusunda herhangi bir sonuç doğurmaz¹⁴⁴. Bu bağlamda doktrinde kesin hükümsüzlüğün ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebileceği belirtilmektedir¹⁴⁵. Hukuki işlemi kesin hükümsüz kılmak için dava açmaya veya beyanda bulunmaya da gerek yoktur; işlem kendiliğinden hükümsüzdür¹⁴⁶. Hükümsüzlüğün bulunup bulunmadığına ilişkin açılacak dava ise tespit davasıdır¹⁴⁷. Bu dava ile işlem kesin hükümsüz kılınmaz, zaten kesin hükümsüz olan işlemin bu durumu tespit edilir. Kesin hükümsüzlük, davaya karşı savunma araçları yönünden ise yoklukta olduğu gibi, itiraz teşkil eder¹⁴⁸.

Kesin hükümsüz olan hukuki işlem baştan itibaren geçersizdir¹⁴⁹. Belli bir sürenin geçmesi veya kesin hükümsüzlüğe yol açan sebebin sonradan ortadan kalkması ile kesin hükümsüz işlem geçerli hale gelmez¹⁵⁰. Paul. D. 50, 17, 29’da yer alan “*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*” (Başlangıçta hükümsüz olan, zamanın geçmesiyle geçerli hale gelmez) prensibi bu sonuca kaynaklık etmektedir. Kesin hükümsüz hukuki işleme dayanarak bir borcun ifa edilmesi de kural olarak hukuki işlemi geçerli kılmaz¹⁵¹.

Türk Borçlar Kanununda kesin hükümsüzlüğün hukuki sonuçlarına ilişkin açık bir hüküm bulunmaması, doktrinde, bu konuda genel olarak kabul edilen sonuçların yanında, bu sonuçları aşmaya yarayan birtakım görüşlerin de ortaya çıkmasını

¹⁴⁴ Olivier Guillod/Gabrielle Steffen, **Commentaire Romand, Code des Obligations I**, Editeurs: Luc Thévenoz et Franz Werro, Deuxième édition, Helbing Lichtenhahn, 2012, Art. 19-20, N. 91; Huguenin, **op. cit.**, s. 120; Bork, **op. cit.**, s. 476.

¹⁴⁵ Huguenin, **op. cit.**, s. 120; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 226; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 546; Akıncı, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 120; Aybay, **op. cit.**, s. 60.

¹⁴⁶ Bork, **op. cit.**, s. 476; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 225; Aybay, **op. cit.**, s. 62. Yargıtay 1. HD, E. 2001/10578, K. 2002/2892, T. 6.3.2002. “... Gerçekten, hükümsüz olup, geçerli hale getirilemeyen işlemler batıl olup; resen nazara alınır. Yenilik doğurucu bir dava biçiminde butlan davası açmak zorunlu değildir...”. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2001-10578-k-2002-2892-t-06-03-2002>, Çevrimiçi 2.9.2019).

¹⁴⁷ Von Tuhr, **op. cit.**, s. 222; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 225; Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 587; Akıncı, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 120; Aybay, **op. cit.**, s. 62.

¹⁴⁸ Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 335; Antalya/Topuz, **op. cit.**, s. 224.

¹⁴⁹ Guillod/Steffen, **op. cit.**, Art. 19-20, N. 94; Huguenin, **op. cit.**, s. 120; Schwenger, **op. cit.**, s. 262; Bork, **op. cit.**, s. 476; Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 334; Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 62; Aybay, **op. cit.**, s. 62. Doktrinde hukuki işlemin baştan itibaren kesin olarak hükümsüz olmasının sürekli borç ilişkilerinin bünyesine uygun düşmeyeceği ve bu sebeple sürekli borç ilişkilerinde kesin hükümsüzlük sebebi ortaya çıkıncaya kadar borç ilişkisinin hüküm doğuracağı ileri sürülmektedir. Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 63.

¹⁵⁰ Huguenin, **op. cit.**, s. 120; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 227; Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 62.

¹⁵¹ Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 227; Antalya/Topuz, **op. cit.**, s. 223.

sağlamıştır. Bu çerçevede TMK m.2, tahvil ve esnek hükümsüzlük görüşü ile kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının aşılması mümkün olabilmektedir. TMK m.2 kesin hükümsüzlüğü sınırlandıran bir kuraldır; kesin hükümsüz bir işlemin geçersizliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, geçersizliğin düzeltilerek, aynen ifaya esas hukuki işlem olarak geçerli kabul edilmesi mümkün olabilir¹⁵². Bu bağlamda hükümsüzlüğün ileri sürülmesi TMK m.2'ye aykırı olduğu takdirde ifa edilen edimler geri istenemez¹⁵³.

Doktrinde, kesin hükümsüz olan hukuki işlemin, bu haliyle ona yakın amaç güden ve fonksiyon gören bir başka hukuki işlemin tüm geçerlilik şartlarını taşıması halinde, tarafların asıl işlemin hükümsüz olacağını bilselerdi onun yerine bu işlemi yapacakları söylenebiliyorsa, geçerlilik şartları tam olan işleme tahvil edilerek hüküm doğurması da kabul edilmektedir¹⁵⁴. Buna göre, tahvilin gerçekleşmesi için genel olarak, kesin hükümsüz bir işlemin varlığı, geçersiz işlemin yerini alan ikame işlemin

¹⁵² Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Schulthess, Zürich, 1988, s. 172-173; Schwenzer, **op. cit.**, s. 246; Huguenin, **op. cit.**, s. 105-106; Bork, **op. cit.**, s. 482-483; Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, İstanbul, 2017, s. 36-37; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 546; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 227; Antalya, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 127; Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 66.

¹⁵³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2. Resmi şekilde düzenlenmeyen taşınmaz satış sözleşmeleri, geçerlilik şekline uyulmadığı için TBK m.12/f.2'ye göre kesin hükümsüzdür. Ancak buna rağmen taşınmazını satan tarafın, taşınmazı karşı tarafa teslim ettikten ve karşı taraftan satış bedeli olarak bir miktar para aldıktan ve karşı tarafta sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmeyeceği hususunda haklı bir güven uyandırdıktan sonra sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürerek taşınmazın boşaltılmasını istemesi dürüstlikle bağdaşmaz. Böyle bir durumda sözleşme geçerli hale gelir ve alıcı şekil eksikliğine rağmen satıcıdan mülkiyetin kendisine devrini isteyebilir. Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 66. **Akkanat**, bu durumda esasen şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olan sözleşmenin “bütünüyle geçerli hale gelmesinin” söz konusu olamayacağını, TMK m.2'nin mevcut şekle aykırılığın ileri sürülmesine engel olarak, sanki şekle uygun bir sözleşme akdedilmiş gibi bir hukuki durumun ortaya çıkmasına kaynaklık edeceğini ifade etmektedir. Halil Akkanat, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 207.

¹⁵⁴ Huguenin, **op. cit.**, s. 108; Schwenzer, **op. cit.**, s. 249; Selim Kaneti, **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 1 et seq.; Turhan Esener, **Hukuki Muamelelerde Tahvil**, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 16, Sayı 1, s. 234-235; Ayşe Havutçu, “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı), Cilt 3, Sayı 1-4, 1987, s. 651; Schwarz, **Borçlar, op. cit.**, 371-372; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 548; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 228; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 110; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 226-227; Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 65; Barış Demirsatan, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Aralık, 2019, s. 216 et seq. Tahvile başvurunun hukuki dayanağı hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Tahvilin bağımsız bir hukuki kurum olarak kabul edilemeyeceği, TMK m.2 dürüstlük kuralı uyarınca mevcudiyetinin kabul edilmesi gerektiği, bu konuda örtülü bir kanun boşluğu olduğu ve kısmi hükümsüzlüğün bir türü olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. Bu görüşlere ilişkin açıklamalar ve eleştiriler için q.v. Havutçu, **op. cit.**, s. 658 et seq.

geçerlilik koşullarının sağlanmış olması ve farazi taraf iradelerinin ikame işlem yönünde olması aranmaktadır. Uygulamada şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olan hukuki işlemlerin ve özellikle taşınmaz satışının, taşınmaz satış vaadine tahviline sıklıkla rastlanmaktadır. Türk hukukuna göre taşınmaz satış sözleşmesinin tapu memuru tarafından düzenlenecek bir resmi senetle yapılması gerekir¹⁵⁵. Noterler taşınmaz satışına ilişkin resmi senet düzenleyemez ancak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenleyebilirler¹⁵⁶. Noterlikte resmi senet düzenlenerek yapılan¹⁵⁷ bir taşınmaz satış sözleşmesi şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzdür¹⁵⁸. Ancak bu sözleşmeyi taşınmaz satış vaadi olarak geçerli saymak ve işlemi ayakta tutmak mümkündür¹⁵⁹.

Kesin hükümsüzlüğün sonuçlarını aşma amacıyla ortaya atılan diğer bir görüş ise esnek hükümsüzlüktür¹⁶⁰. Bu görüşe göre, kesin hükümsüzlüğün ortaya çıkışının ve sonuçlarının kapsamının; ihlal edilen emredici hükmün amacına ve koruduğu menfaate göre belirlenmesi gerekir¹⁶¹. Bu bağlamda esnek hükümsüzlüğün temeli,

¹⁵⁵ A. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, Yetkin Hukuk Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2017, s. 314; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 227; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 228. TMK m.706/f.1'e göre "*Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş olmalarına bağlıdır*".

¹⁵⁶ 1512 sayılı Noterlik Kanununun (Kabul Tarihi: 18.1.1972, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih: 5.2.1972 Sayı: 14090) 60. maddesinde noterlerin görevleri sıralanmıştır. Maddenin 3. bendinde noterlere gayrimenkul satış vaadi düzenleme yetkisi tanınmıştır.

¹⁵⁷ Satış vaadi senedi noterlikçe resen (düzenleme biçiminde) düzenlenmelidir. Tarafların yalnızca imzalarının onandığı senetler geçerli değildir. Ancak imza onayıyla düzenlenen senetten doğan borç ifa edilmiş ise, bu satış vaadi sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar**, Filiz Kitabevi, 13. Bası, İstanbul, 2011, s. 322.

¹⁵⁸ Kaneti, **op. cit.**, s. 233; Havutçu, **op. cit.**, s. 671; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 228; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 227.

¹⁵⁹ Havutçu, **op. cit.**, s. 671; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, **op. cit.**, s. 321; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 228; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 227; Nomer, **Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 65-66; Aybay, **op. cit.**, s. 63. **Kaneti**, satış sözleşmesinde kullanılan ifadeler kesin bir satışa ilişkin olsa dahi, tarafların noterde yapılan sözleşmede gerçek iradelerinin satış vaadine ilişkin olduğu, hal ve şartlara göre anlaşılabiliriyorsa tahvil sürecine ihtiyaç duyulmayacağını, işlemin geçerli olabileceği yolda yorumlanması ilkesinin (*favor negotii*), sözleşmenin satış vaadi olarak nitelendirilip ayakta tutulmasına yeteceğini belirtmektedir. Ancak noterin düzenlediği sözleşmede tarafların gerçek isteğinin kesin bir satışa yönelmiş olduğu saptanırsa, işlemin yorum yoluyla ayakta tutulması mümkün olmayacaktır. Bu durumda tahvil kurumuna başvurulacak ve işlem satış vaadine çevrilerek korunacaktır. Kaneti, **op. cit.**, s. 234.

¹⁶⁰ Huguenin, **op. cit.**, s. 121; Guillod/Steffen, **op. cit.**, Art. 19-20, N. 97.

¹⁶¹ Bu noktada kural ve karine olarak klasik anlamda kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının doğacağı, esnek hükümsüzlük için ilgili emredici hükmün özel bir hükümsüzlük gerektirip gerektirmediğinin ayrıca araştırılması gerektiği vurgulanmaktadır. Guillod/Steffen, **op. cit.**, Art. 19-20, N. 99; Schwenger, **op. cit.**, s. 263; Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 593. Emredici hükümlerin her halde esnek

TBK m.27 hükmünün amaca göre sınırlandırılmasına dayanmaktadır¹⁶². Esnek hükümsüzlüğün gerçekleşebileceği en önemli örnek, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdeki hükümsüzlüktür. Bu sözleşmelerin hükümsüz olmaları halinde, hükümsüzlüğün baştan itibaren (*ex tunc*) gerçekleşmesinin, ifa edilen edimlerin tasfiyesinin imkânsızlığı veya gereksizliği nedeniyle hükümsüzlüğün amacıyla bağdaşmadığı, bu nedenle kesin hükümsüzlüğün, emredici hükmün koruduğu taraf veya tarafların ileri sürmesiyle ve o andan itibaren (*ex nunc*) gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶³. Nitekim TBK m.394/f.3 hükmünde¹⁶⁴ de bu gereklilik açıkça kabul edilmek suretiyle hizmet sözleşmesi açısından bir düzenleme yapılmıştır. Esnek hükümsüzlüğe ilişkin verilebilecek ikinci örnek, nisbi emredici hükümlerden doğan hükümsüzlük halleridir. Buna göre emredici hükmün amacı salt bir tarafı korumaktan ibaretse, hükümsüzlük sadece o tarafın aleyhine bir düzenleme olduğu zaman söz konusu olmaktadır¹⁶⁵. Öte yandan şekle aykırılığın yol açtığı hükümsüzlük bağlamında ileri sürülen kendine özgü (*sui generis*) hükümsüzlük de esasen esnek hükümsüzlüğün görünümüdür. Zira taraf menfaatleri gözetilerek, hükümsüzlüğün sadece taraflar bakımından ileri sürülebileceğini veya ifadan sonra ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir¹⁶⁶.

3. İptal Edilebilirlik

Geçerlilik şartlarından biri ihlal edilen hukuki işlemin tam olarak hükümsüz hale gelmesi için hukuken korunan tarafa iptal hakkı tanınıyor ise iptal edilebilirlik ortaya çıkar¹⁶⁷. İptal hakkı, hukuki işlemi kesin olarak hükümsüz hale getirmeye yarayan

hükümsüzlüğe yol açabileceği şeklinde bir kabulün, emredicilik kavramının içini boşaltacağı belirtilmektedir. Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 592-593.

¹⁶² Schwenzer, **op. cit.**, s. 245 ve 248.

¹⁶³ Schwenzer, **op. cit.**, s. 245; ayrıca açıklamalar için q.v. Huguenin, **op. cit.**, s. 121.

¹⁶⁴ TBK m.394/f.3 “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”.

¹⁶⁵ Schwenzer, **op. cit.**, s. 263; Bork, **op. cit.**, s. 482.

¹⁶⁶ Schwenzer, **op. cit.**, s. 247-248.

¹⁶⁷ Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 232; Serozan, **Medeni Hukuk, op. cit.**, s. 388; Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 68; Zekeriya Kurşat, “İrade Sakatlıkları”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan: Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, Anılar- Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri- Borçların İfası-Borçların İfa Edilmemesi Sonuçları**, 24-25 Mart 2012, İstanbul, 2014, s. 260; Kırkbeşoğlu, **op. cit.**, s. 76; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 382.

bozucu yenilik doğuran bir haktır¹⁶⁸. Tek taraflı bir beyan ile kullanılabilir ve sonuçlarını doğurması için diğer tarafın kabulü gerekmez¹⁶⁹. Bu bakımdan beyan, karşı tarafa ulaştığı andan itibaren kendiliğinden sonuçlarını doğurur¹⁷⁰. İptal beyanı, kural olarak geriye etkili olarak sonuç doğurur¹⁷¹ ve kabul edilen görünümüne göre sözleşmeyi başlangıçtan itibaren kesin hükümsüz hale getirir veya kesin hükümsüz olarak kabul edilen hukuki işlemin bu niteliğini kesinleştirir¹⁷².

İptal edilebilirlik kavramının içeriği Klasik Hükümsüzlük Teorisinde belirgin iken, Modern Hükümsüzlük Teorisinin ortaya çıkması ve bu çerçevede doktrinde yeni görüşlerin ileri sürülmesiyle birlikte adeta belirsizleşmiştir. Klasik Hükümsüzlük Teorisindeki anlamına göre iptal edilebilir hukuki işlem; başlangıçta, tıpkı geçerli bir hukuki işlem gibi hüküm ve sonuçlarını doğurur ancak kendisine iptal hakkı tanınan taraf, iptal hakkını kullanırsa işlem geçmişe etkili olarak, yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz hale gelir¹⁷³. Doktrinde gerçek anlamı ile bir iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik olarak da ifade edilen bu esas görünümde hukuki işlem geçerlilik şartının eksikliğine rağmen başlangıçtan itibaren hüküm doğurur¹⁷⁴. Ancak iptal hakkı sahibi isterse bu hakkını kullanarak hukuki işlemi baştan itibaren, geçmişe etkili olarak hükümsüzleştirebilir. İptal hakkı süresi içerisinde kullanılmazsa sona erer ve artık işlemi bu sebeple hükümsüz kılma imkânı ortadan kalkar¹⁷⁵. İptal edilebilirliğin bu görünümü “gerçek anlamı ile bir iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik”¹⁷⁶, “iptal teorisi”¹⁷⁷ veya “bozulabilir geçerlilik”¹⁷⁸ olarak adlandırılır.

¹⁶⁸ Bork, **op. cit.**, s. 349; Medicus/Petersen, **op. cit.**, s. 317; Huguenin, **op. cit.**, s. 159; Schwenger, **op. cit.**, s. 302; Bruno Schmidlin, **Commentaire Romand, Code des Obligations I**, Art. 21, 23-31, Editeurs: Luc Thévenoz et Franz Werro, Deuxième édition, Helbing Lichtenhahn, 2012, Art. 31, N. 15; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 232; Akıncı, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 122; Kurşat, **İrade Sakatlıkları, op. cit.**, s. 263; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 227.

¹⁶⁹ Schmidlin, **op. cit.**, Art. 31, N. 12; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 453; Kurşat, **İrade Sakatlıkları, op. cit.**, s. 263; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 229.

¹⁷⁰ Schwenger, **op. cit.**, s. 306; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 453; Kurşat, **İrade Sakatlıkları, op. cit.**, s. 263; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 229.

¹⁷¹ Huguenin, **op. cit.**, s. 161-163; Schwenger, **op. cit.**, s. 306; Schmidlin, **op. cit.**, Art. 31, N. 30; Bork, **op. cit.**, s. 366-370.

¹⁷² Schmidlin, **op. cit.**, Art. 31, N. 21; Kurşat, **İrade Sakatlıkları, op. cit.**, s. 263.

¹⁷³ Medicus/Petersen, **op. cit.**, s. 321; Kocayusufoğlu et al., **op. cit.**, s. 588.

¹⁷⁴ Huguenin, **op. cit.**, s. 157; Schmidlin, **op. cit.**, Art. 31, N. 7; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 233.

¹⁷⁵ Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 233.

¹⁷⁶ Kocayusufoğlu et al., **op. cit.**, s. 588.

¹⁷⁷ Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 409; Zekeriyi Kurşat, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, Kazancı Matbaacılık Sanayii A.Ş., İstanbul, 2003, s. 63; Kurşat, **İrade Sakatlıkları, op. cit.**, s. 261.

¹⁷⁸ Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 233. **Kocayusufoğlu** iptale tâbi sözleşmelerin iptal edilmedikçe “geçerli sözleşmeler” olarak ifade edilmesini eleştirmektedir. Bu görüşe göre geçerli sözleşmeler iptal

İptal edilebilirliğin ikinci görünümüne göre hukuki işlem başlangıçtan itibaren her iki taraf için de hükümsüzdür¹⁷⁹. Ancak bu hükümsüzlük kesin değil, düzelebilir bir hükümsüzlüktür¹⁸⁰. İptal hakkına sahip olan kişi kanunda öngörülen süre içerisinde hakkını kullanmazsa veya henüz süre bitmeden iptal hakkından feragat ederse, işleme onay verirse ilgili hukuki işlem baştan itibaren geçerli hale gelir¹⁸¹. Süresi içerisinde iptal hakkı kullanılırsa, işlem yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz hale gelir ve artık hâkim bu hükümsüzlüğü resen dikkate alır¹⁸². Bu grup iptal edilebilirlik durumu “geçersizlik teorisi”¹⁸³ veya “düzelebilir hükümsüzlük”¹⁸⁴ olarak adlandırılır.

İptal edilebilirliğin üçüncü görünümünde ise hukuki işlem, iradesinde sakatlık bulunan taraf bakımından baştan itibaren geçersiz, diğer taraf bakımından ise geçerlidir¹⁸⁵. “Bölünmüş geçersizlik teorisi” olarak adlandırılan bu görüş, iptal hakkına sahip olanın edim yükümlülüğü söz konusu değilken, diğer tarafın borcunu ifa etme yükümlülüğünün bulunduğu işaret eder¹⁸⁶. Bu görüş için doktrinde “tek taraflı bağlamazlık (topallık)” kavramı da kullanılmaktadır¹⁸⁷.

Türk hukukunda yanılma (hata), aldatma (hile) ve korkutma (ikrah) halleri ile aşırı yararlanmada (gabin) iptal edilebilirlik gündeme gelir. Açıklamada veya saikte esaslı yanılma hallerinde esaslı yanılmaya düşen taraf; aldatma durumunda aldatılan taraf; korkutma durumunda ise korkutulan taraf sözleşmeyle bağlı olmaz (TBK m.30, m.36, m.37/f.1). Yanılma veya aldatma sebebiyle veya korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılmayı veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını

edilemez. İptal, ancak iptale yol açan bir hükümsüzlük sebebi var ise söz konusu olur. Bu sebeple yazara göre iptal edilebilir sözleşmelerin “geçerli” değil, “başlangıçta geçerli sözleşmeler gibi hüküm doğuran sözleşmeler” olarak ifade edilmesi isabetlidir. Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 588, dn. 30.

¹⁷⁹ Huguenin, **op. cit.**, s. 156-157; Schwenzer, **op. cit.**, s. 300; Kurşat, **Hile, op. cit.**, s. 63; Kurşat, **İrade Sakatlıkları, op. cit.**, s. 261.

¹⁸⁰ Schmidlin, **op. cit.**, Art. 31, N. 5; Kurşat, **Hile, op. cit.**, s. 63; Kurşat, **İrade Sakatlıkları, op. cit.**, s. 261.

¹⁸¹ Schmidlin, **op. cit.**, Art. 31, N. 34; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 232; Antalya/Topuz, **op. cit.**, s. 232, 232 dn. 118.

¹⁸² Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 232.

¹⁸³ Kurşat, **İrade Sakatlıkları, op. cit.**, s. 261.

¹⁸⁴ Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 232.

¹⁸⁵ Huguenin, **op. cit.**, s. 157; Schwenzer, **op. cit.**, s. 300; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 452; Kurşat, **Hile, op. cit.**, s. 63; Kurşat, **İrade Sakatlıkları, op. cit.**, s. 261-262.

¹⁸⁶ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 379; Kurşat, **Hile, op. cit.**, s. 64.

¹⁸⁷ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 144-145, dn. 65.

bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse sözleşmeyi onamış sayılır (TBK m.39). Kanun hükümleri incelendiğinde doktrinde fikir birliğine varılan husus, yanıltma, aldatma ve korkutma hallerinde yaptırımın kesin hükümsüzlük olmadığıdır¹⁸⁸. Bu haller için öngörülen yaptırım iptal edilebilirliktir, kanunun iptal edilebilirliğinin hangi görünümünü kabul ettiği hususu doktrinde tartışmalıdır¹⁸⁹. Aşırı yararlanma durumunun ortaya çıkması için ise sözleşmede edimler arası aşırı oransızlık bulunmalı ve bu oransızlık zarar görenin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden yararlanılarak gerçekleştirilmiş olmalıdır (TBK m.28/f.1). Aşırı yararlanmada da zarar gören taraf, sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini veya sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir (TBK m.28/f.1). Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir (TBK m.28/f.2). Hükümlerden hareketle doktrinde aşırı yararlanma nedeniyle zarar görenin de sözleşmeyi iptal edebileceği kabul edilmektedir, bununla birlikte yanıltma, aldatma ve korkutmada da olduğu gibi iptalin görünümü hususunda fikir birliği bulunmamaktadır¹⁹⁰.

4. Eksiklik

Kurucu unsurları ve geçerlilik koşulları tam olan bir hukuki işlemin hüküm ifade etmesi, bir unsurla tamamlanmasına bağlı ise eksiklik (noksanlık) meydana gelir¹⁹¹.

¹⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 430.

¹⁸⁹ Düzelebilir hükümsüzlük bulunduğu görüşünde q.v. Schmidlin, **op. cit.**, Art. 31, N. 34; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 232-233; Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 434-435; Antalya/Topuz, **op. cit.**, s. 232-233. Bozulabilir geçerlilik bulunduğu görüşünde q.v. Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 410; Başpınar, **op. cit.**, s. 22; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 21. Bası, Ankara, 2017, s. 261; Abdurrahman Savaş, **Network Marketing Sözleşmesi**, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 207. Bölünmüş geçersizlik bulunduğu görüşünde q.v. Von Tuhr, **op. cit.**, s. 307; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 452; Hatemi, **Medeni Hukuk, op. cit.**, s. 164.

¹⁹⁰ Düzelebilir hükümsüzlük bulunduğu görüşünde q.v. Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 495. Bozulabilir geçerlilik bulunduğu görüşünde q.v. Bu görüşte; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 436; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 233; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 228; Suat Sarı, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Nisan, 2013, s. 1033; Savaş, **Network Marketing, op. cit.**, s. 207. Bölünmüş geçersizlik bulunduğu görüşünde q.v. Von Tuhr, **op. cit.**, s. 313.

¹⁹¹ Serozan, **Medeni Hukuk, op. cit.**, s. 388; Haluk Tandoğan, **La Nullité, L’Annulation Et La Résiliation Partielles Des Contrats**, Lausanne, 1952, s. 38; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 235;

İrade bozukluklarında ve aşırı yararlanmada irade beyanının oluşumunda veya açıklanmasında bir aksaklık varken; eksik işlemde irade beyanlarında böyle bir aksaklık bulunmaz¹⁹². Eksiklik durumunda tamamlayıcı unsur gerçekleşirse hukuki işlem hüküm ifade eder; gerçekleşmezse işlem kesin hükümsüz olur¹⁹³. Eksikliği söz konusu olan unsurun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olmadığı dönemde ise hukuki işlemin geçerliliği askıdadır¹⁹⁴. Eksiklik tamamlandığında, işlemin tam geçerlilik kazanması kanun gereği ve taraf iradelerinden bağımsız olarak söz konusu olur¹⁹⁵. Eksik işlemlerin bu durumunu belirtmek için “askıda hükümsüz” deyiimi de kullanılmaktadır¹⁹⁶. Eksikliğin mutlaka taraflarca ileri sürülmesi de gerekmez; hâkim resen dikkate alabilir¹⁹⁷. Tamamlayıcı unsurun gerçekleşmesiyle hukuki işlemin geçmişe etkili şekilde baştan itibaren hüküm doğurup doğurmayacağı ise unsurun niteliğine bağlıdır. Sonradan gerçekleşen unsur, başlangıçtaki bir eksikliği gideriyorsa, unsurun gerçekleşmesiyle hukuki işlem başlangıçtan itibaren hüküm doğurur¹⁹⁸.

Hukuki işlemin geciktirici şarta bağlandığı durumlarda şartın gerçekleşmemesi eksik unsur olarak kabul edilir¹⁹⁹. Hukuki işlem, geciktirici şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirsiz olduğu süre zarfında ise varlığını sürdürür²⁰⁰. Şart

Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 229; Kırkbeşoğlu, **op. cit.**, s. 78; Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 333; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 381.

¹⁹² Medicus/Petersen, **op. cit.**, s. 221.

¹⁹³ Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 333; Akıncı, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 118; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 235.

¹⁹⁴ Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 333; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 230; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 235.

¹⁹⁵ Şart açısından q.v. Huguenin, **op. cit.**, s. 355; Schwenger, **op. cit.**, s. 72.

¹⁹⁶ Tandoğan, **op. cit.**, s. 38; Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 333. *Kocayusufpaşaoğlu* “eksik işlem” tabirinin “askıda hükümsüzlük” tabirine nazaran daha isabetli olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, “askıda hükümsüzlük” veya “askıda hüküm doğurma” kavramları eksik işlemlere göre daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Özellikle iptal edilebilirliğin görünümüne göre hukuki işlem, bozulabilir geçerlilik durumunda askıda hüküm doğuran; düzelebilir hükümsüzlük durumunda ise askıda hükümsüz olarak nitelendirilebilir. Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 597.

¹⁹⁷ Akıncı, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 118.

¹⁹⁸ Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 235.

¹⁹⁹ Schwenger, **op. cit.**, s. 69; A. Lale Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1992, s. 129 et seq.; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 230. İşlemin bozucu şarta bağlandığı durumlarda ise doktrinde askıda geçerliliğin bulunduğu ifade edilmektedir. Medicus/Petersen, **op. cit.**, s. 221.

²⁰⁰ Huguenin, **op. cit.**, s. 353; Medicus/Petersen, **op. cit.**, s. 221; Bork, **op. cit.**, s. 501; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, N. 1515. İşlemin hükümleri vadeye bağlandığında da benzer bir durum gerçekleşir. İşlemin hükümleri henüz doğmasa da bağlayıcıdır. Bork, **op. cit.**, s. 506

gerçekleşmezse, şartın gerçekleşmediği veya gerçekleşmeyeceğinin kesinlik kazandığı anda işlem kesin olarak hükümsüzleşir²⁰¹.

Yetkisiz temsil halinde de temsilci, hukuki işlem yaparsa temsil olunan kişi onay verdiğinde işlem başlangıçtan itibaren hüküm ifade eder²⁰². Temsil olunan kişi onay vermezse hukuki işlem baştan itibaren kesin hükümsüz olur²⁰³. Temsil yetkisinin bulunmadığı ve icazetin akıbetinin belli olmadığı süreçte ise işlem askıda hükümsüzdür²⁰⁴.

Resmi bir makamın fiili ile tamamlanan hukuki işlemlerde, bu fiil gerçekleşene kadar işlem hüküm ifade etmez ve fiilin gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa işlem kesin olarak hükümsüzleşir²⁰⁵. Resmi makamın fiili gerçekleşmiş ve eksiklik tamamlanmış ise işlem geçerli hale gelir²⁰⁶. Ancak işlemin baştan itibaren mi yoksa resmi makamın fiilinden itibaren mi geçerlilik kazanacağı her somut işlem bakımından ayrıca değerlendirilmektedir²⁰⁷. Vesayet makamının izninin gerekli olduğu hallerde (TMK m.462) ve denetim makamının iznini gerektiren hallerde (TMK m.463) bulunması gereken izinlerin tamamlayıcı unsur olduğu belirtilmektedir²⁰⁸.

5. Nisbi Etkisizlik

Bir tasarruf işlemi ile meydana gelen değişikliğin bazı sebeplerle, bazı kişilere karşı ileri sürülememesi, değişikliğin bu kişilere karşı etkili olmaması durumunda nisbi etkisizlik²⁰⁹ söz konusu olur²¹⁰. Hukuki işlem taraflar arasında geçerli iken

²⁰¹ Sirmen, **op. cit.**, s. 130-131; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 237.

²⁰² Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 148; Akıncı, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 134; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 236.

²⁰³ Akıncı, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 133; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 236; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 230.

²⁰⁴ Christine Chappuis, **Commentaire Romand, Code des Obligations I**, Art. 32-40, 458-465, Editeurs: Luc Thévenoz et Franz Werro, Deuxième édition, Helbing Lichtenhahn, 2012, Art. 38, N. 6; Schwenzer, **op. cit.**, s. 330; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 230.

²⁰⁵ Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 236.

²⁰⁶ **Ibid.**, s. 236-237.

²⁰⁷ **Ibid.**, s. 237.

²⁰⁸ Antalya, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 154.

²⁰⁹ Doktrinde “nisbi hükümsüzlük” veya “sadece belirli kişilere karşı hükümsüzlük” olarak da ifade edilmektedir. Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 598.

²¹⁰ Medicus/Petersen, **op. cit.**, s. 221; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 237; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 231.

üçüncü kişilere karşı geçersizdir. Nisbi etkisizlik; kesin etkisizlik veya düzelebilir etkisizlik olarak ortaya çıkabilir²¹¹.

Bu konuda 743 sayılı mülga Medeni Kanunun 690. maddesi²¹² nisbi etkisizliğin tipik örneği olarak kabul edilmekteydi. Hükme göre taşınır malın mülkiyetinin hükmen teslimle devri, üçüncü kişilere zarar vermek veya rehin hükümlerini ihlal etmek amacıyla yapılırsa, taraflar için iç ilişkide mülkiyet değişikliği gerçekleştiği halde, bu mülkiyet değişikliği üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez²¹³.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 766. maddesinde ise farklı bir ifade ile mülkiyetin naklinin sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir. TMK m.766/f.1'e göre "*Bir taşınırın mülkiyetini nakleden kimse özel bir hukukî ilişkiye dayanarak o şeyin zilyetliğini korursa, mülkiyet teslimsiz geçmiş olur. Ancak, bu işlem üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak için yapılmışsa, mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz*". Doktrinde TMK m.766/f.1 hükmünün kesin ve net ifadesi dikkate alındığında artık hükümsüzlük türünün nisbi etkisizlik değil, kesin hükümsüzlük olduğu ifade edilmektedir²¹⁴. Bu görüşün karşısında, hükümsüzlüğün halen nisbi etkisizlik olduğu, maddede yer alan ifadenin "mülkiyetin nakli üçüncü kişilere karşı sonuç doğurmaz" şeklinde anlaşılması gerektiği görüşü de yer almaktadır²¹⁵. **Ergüne**, mülkiyetin naklinin taraflar arasında da geçersiz olacağını söylemenin yani hükmen teslimle gerçekleşen mülkiyet naklini, kanundaki sınırlamalara aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlamanın aşırıya kaçan bir yaklaşım olduğunu ifade etmektedir²¹⁶. Gerekçeden de anlaşıldığı üzere kanun koyucu eski Medeni Kanunu ve kaynak kanunu içerik olarak tekrar eden bir düzenleme getirmek istemiş ancak TMK m.766/f.1 metnini, amacını aşacak biçimde kaleme almıştır²¹⁷. Yazara göre burada teleolojik redüksiyon (amaca göre sınırlama)

²¹¹ Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 237.

²¹² MK m.690 "*Başkasını izrar veya teminat ahkâmını ihlal kasdiyle bir menkulü temlik eden kimse onu hususi bir sebeple yedinde alırsa mülkiyetin intikali üçüncü şahıs hakkında muteber olmaz. Bu kasdin takdiri hâkimi müfeyvazdır*".

²¹³ Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 238. Ayrıca q.v. Flurina Hitz, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art. 656-666, 713-729, Zürih, 2016, Art. 717 ZGB, N. 6.

²¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya, op. cit.**, s. 595; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 238, dn. 370.

²¹⁵ Rona Serozan, **Eşya Hukuku I**, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul, 2014, s. 1196-1197; Mehmet Serkan Ergüne, **Taşınır Mülkiyeti**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, İstanbul, Ağustos, 2017, s. 105.

²¹⁶ Ergüne, **op. cit.**, s. 105.

²¹⁷ **Ibid.**

yöntemi kullanılarak TMK m.766/f.1 metni amaca uygun şekilde sınırlandırılmalı ve nisbi etkisizlik yaptırımına indirgenmelidir²¹⁸.

Nisbi etkisizliğin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda²¹⁹ da uygulaması bulunmaktadır. Kanuna göre borçlu, alacaklının rızası ve icra memurunun izni alınmaksızın hacizli taşınır mallarda tasarruf edemez (İİK m.86/f.1). Tasarruf yetkisi kısıtlanan borçlu, haczedilmiş taşınırına ilişkin olarak izinsiz tasarruf işlemleri yapar, bunları bir başkasına devrederse, yapılan tasarruf işlemi taraflar arasında geçerli ancak buna karşı haciz koyduran alacaklılara karşı hükümsüzdür²²⁰. Sonradan icazet verilmesi veya haczin kalkması halinde, daha önce izinsiz yapılmış olan tasarruf işlemleri herkese karşı geçerlilik kazanır²²¹.

²¹⁸ **Ibid.**

²¹⁹ Resmi Gazete, 19 Haziran 1932, Sayı 2128.

²²⁰ Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 598-599; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 231.

²²¹ Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 599.

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HÜKÜMSÜZLÜĞÜN TARİHİ SÜREÇ

İÇERİSİNDE GEÇİRDİĞİ AŞAMALAR VE ROMA HUKUKUNDA HAK VE

FİİL EHLİYETİNE BAĞLI OLARAK ORTAYA ÇIKAN HÜKÜMSÜZLÜK

I. TARİHİ BAKIŞ

Roma hukuku, hukuki kavramları ve kurumları belli bir sistematik altında toplamayı değil, somut olaylara çözüm bulmayı tercih eden meseleci bir hukuk düzenidir. Roma hukukçuları diğer birçok konuda olduğu gibi hükümsüzlük sistemi oluşturma konusunda da somut olayların çözümü aşamasının ötesine geçmemişler, bu tarz bir sistem kurmaktan kaçınmışlardır²²². *Ius civile*'ye göre hukuki kavram ve kurumlara ilişkin tanımlamalar risklidir, çünkü en ufak bir değişiklik, tanımı uygulanamaz hale getirebilir²²³.

Ius praetorium'un oluşumundan itibaren hükümsüzlükle ilgili daha fazla düzenleme göze çarpmakla birlikte, hükümsüzlük türleri oluşturma ve bunları net çizgilerle birbirinden ayırma hususunda *ius praetorium*'un da *ius civile*'nin çok üzerinde olduğu söylenemez²²⁴. Bununla birlikte, sistematik bir düzenleme bulunmasa da, metinler incelendiğinde, Roma hukuku kaynaklarında hükümsüzlükle ilgili birçok sorunun cevaplandırıldığı görülmektedir.

Roma hukukunu, Roma devletinin hüküm sürdüğü uzun süreçte, bir bütün halinde incelemek veya sadece İmparator *Iustinianus* devrindeki düzenlemelerden ibaret görmek isabetli değildir. Roma hukuku; doktrinde kabul gördüğü üzere²²⁵ Eski Hukuk Devri (M.Ö. 753 - M.Ö. II. yüzyılın ortaları), Klasik Hukuk Devri (M.Ö. II. yüzyıl ortaları - M.S. III. yüzyıl) ve Post Klasik Hukuk Devri (M.S. III. yüzyıl - M.S. VI. yüzyıl) olmak üzere üç ana dönemde incelenmektedir²²⁶. Her bir hukuk devrinde,

²²² Zimmermann, *op. cit.*, s. 679; Güral, *op. cit.*, s. 23.

²²³ *Iav. D.* 50, 17, 202.

²²⁴ Edouard Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2. édition, Paris, 1928, s. 125.

²²⁵ Hukuk devirlerine ilişkin diğer ayrımlar için q.v. Oğuzoğlu, *op. cit.*, s. 13 et seq.

²²⁶ Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 42 et seq.; Diler Tamer, *Roma Hukuku Uygulamaları*, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., İkinci Baskı, İstanbul, Mart, 2009, s. 39.

hukuk anlayışı ilgili dönemin şartlarından etkilenmiş ve bu durum hükümsüzlük anlayışına da sirayet etmiştir. Öte yandan Roma hukuku, tek kaynaktan beslenen bir hukuk sistemi değildir. Tarihsel gelişim süreci içerisinde, farklı otoritelerin ortaya koyduğu kurallardan oluşan birden çok hukuk kaynağından beslenmiştir.

Roma'nın siyasi devirlerinden²²⁷ Krallık Devrinde, *ius civile* hukuk hayatına hâkimken, *rex* (kral) devrin tek *magistra*'sıdır. Cumhuriyet Devri ile birlikte başka *magistra*'lıklar da oluşturulmuş ve bu *magistra*'ların *imperium*²²⁸ yetkileri çerçevesinde çıkardıkları *edictum*'lar vasıtasıyla yeni hukuk prensipleri ve kurumlar ihdas etmeleriyle "*ius honorarium*"²²⁹ ortaya çıkmıştır. *Ius honorarium*, *ius civile*'yi tamamlayıcı, genişletici ve düzeltici kurallar içermiştir²³⁰. Hükümsüzlük konusunda da *ius civile*, Eski Hukuk Devrinde daha dar ve şekilci kalıplara sıkışmış kurallara sahip iken, Klasik Hukuk Devrinden itibaren *ius honorarium*'un etkisiyle kalıpların bir miktar dışına çıkabilmiş, değişime uğramıştır. M.Ö. 2. yüzyıldan itibaren *praetor*'ların çabalarıyla hem şekle tâbi hem de rızai sözleşmelerde irade unsuru ön plana çıkmıştır²³¹. İrade unsurunun ön plana çıkmasıyla birlikte bütün *contractus*'ların geçerliliği için üç şart aranmaya başlamıştır. İlk şart, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunması, yani *consensus*'un oluşmasıdır²³². Esasen bu şart eskiden beri tüm *contractus*'ların geçerli şekilde kurulabilmesi için aranmıştır. Ancak Eski Hukuk Devrinde şekilcilik ön planda olduğu için şekle uygun olarak irade beyanında bulunulduğunda, *consensus*'un da mevcut olduğu farz edilmiştir²³³. İkinci şart, tarafların ehliyetinin bulunmasıdır²³⁴. Tarafların hak ve fiil ehliyetine ilişkin

²²⁷ Roma devletinin siyasi tarihi; Krallık Devri (M.Ö. 753- M.Ö. 510), Cumhuriyet Devri (M.Ö. 510- M.Ö. 27), İlk İmparatorluk Devri (M.Ö. 27- M.S. 284) ve Son İmparatorluk Devri (M.S. 284-M.S. 565) olmak üzere dört devirde incelenir. Bu devirlerde devletin yönetim anlayışı, siyasi organlar ve organlar arası güç dengesi, hukuk düzeninin şekillenmesinde rol oynamıştır.

²²⁸ *Imperium*, kelime anlamı itibarıyla emretme yetkisidir. Hukuku uygulamak için devlet gücünü kullanmayı ifade eder. Walter A. Shumaker/ George Foster Longsdorf/ James C. Cahill, **The Cyclopedic Law Dictionary**, Chicago Callaghan and Company, Second Edition, July, 1922, s. 506.

²²⁹ *Praetor*'lar tarafından ihdas edilen kurallar *ius praetorium*'u, *praetor*'la birlikte diğer *magistra*'ların ihdas ettiği kurallar ise *ius honorarium*'u oluşturmaktadır. Bu sebeple *ius honorarium*, *ius praetorium*'u kapsar. *Ius praetorium*'a dâhil olan bir kural aynı zamanda *ius honorarium* kuralıdır.

²³⁰ Andreas B. Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, Çeviren: Türkan Rado, Kardeş Matbaacılık Sanayii A. Ş. Basımevi, Yedinci Bası, İstanbul, 1965, s. 101-102; Halil İbrahim Yüksel, **Roma Hukukunda Satış Sözleşmesi (Emptio-Venditio)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 81.

²³¹ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 219-220; Güral, *op. cit.*, s. s. 25.

²³² Berki, *op. cit.*, s. 270; Güral, *op. cit.*, s. 25.

²³³ Oğuzoğlu, *op. cit.*, s. 217.

²³⁴ Oğuzoğlu, *op. cit.*, s. 215; Berki, *op. cit.*, s. 269; Güral, *op. cit.*, s. 25.

durumu da *contractus*'un geçerliliğini etkilemektedir²³⁵. Üçüncü şart ise *contractus*'un geçerli bir konusunun olmasıdır²³⁶. *Contractus*'un konusu imkânsız olmamalı ve konuda emredici hükümlere ve ahlâka aykırılık bulunmamalıdır. İrade bozukluğu halleri ise Klasik Devre kadar hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü için bir sebep haline gelmemiştir. *Praetor*'larca yaptırıma tâbi tutulduğu döneme kadar, aldatma ve korkutma *ius civile* tarafından irade bozukluğu olarak görülmemiş, korkutma etkisi altında veya hileli hareketlerle aldatılmak suretiyle yapılmış olan *contractus*'lar geçerli kabul edilmiştir²³⁷.

Roma hukukuna ilişkin herhangi bir kavram veya kurum incelenirken izlenmesi gereken en sistematik yol, kavramın veya kurumun hukuk devirleri içerisinde geçirdiği aşamaları, bu devirlerin içerisinde mevcut olan hukuk düzenlerinin değişim, gelişim ve etkileşim sürecini de göz önünde bulundurarak incelemektir. Bu sebeple hükümsüzlüğün geçirmiş olduğu gelişim sürecini Eski Hukuk Devri, Klasik Hukuk Devri ve Post Klasik Hukuk Devri açısından, bu devirlerde yer alan hukuk düzenlerini dikkate alarak ayrı ayrı inceleyeceğiz.

A. Eski Hukuk Devri

Eski Hukuk Devrinde Roma hukuk düzeninin geleneksel özünü oluşturan *ius quiritium* kuralları hukuk hayatına yön verir. Bu devirde henüz yabancı toplumlarla ileri düzeyde etkileşim yaşanmadığından *ius gentium* kuralları gelişmemiştir. Örf ve adet kuralları ile din kuralları, hukukun temelini oluşturur. *Pontifex* olarak adlandırılan yüksek rahipler, dini görevlerinin yanı sıra hukuk işlerini de yürütürler²³⁸. *Pontifex*'lerin etkin olduğu dönemde uygulanan ve *ius quiritium*'un en eski içeriğini oluşturan hukuk *ius pontificium* olarak da ifade edilmektedir. Dinin oynadığı etkin rol açısından bu dönemki hukuk anlayışı, Ortaçağ Kilise Hukukuna benzetilmektedir²³⁹. İspat fonksiyonu yazılı metinlere nazaran düşük olmasına rağmen bu dönemde sözler

²³⁵ Q.v. İkinci Bölüm, II, Hak ve Fiil Ehliyetine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hükümsüzlük.

²³⁶ Oğuzoğlu, **op. cit.**, s. 219; Berki, **op. cit.**, s. 272; Güral, **op. cit.**, s. 25.

²³⁷ Q.v. Üçüncü Bölüm, VII, İradenin Oluşumuna İlişkin Bozukluklar.

²³⁸ Domingo, **op. cit.**, s. 63; Umut, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 181.

²³⁹ John Taylor, **A Summary of the Roman Law, Taken From Dr. Taylor's Elements of the Civil Law, to Which is Prefixed A Dissertation on Obligation**, London, Printed for T. Payne, 1772, s. 32.

ve şekil ön plandadır. Hukuki yaptırımların yanı sıra, din ve hukuk iç içe olduğundan, dini kurallara uyulmadığında ortaya çıkacağı düşünülen manevi yaptırımlar da söze ve şekle uygun hareket etme düşüncesini perçinlemiştir.

Hukuki işlemlerin oluşumu konusunda Eski Hukuk Devrine hâkim olduğu kabul edilen sert şekilcilik, hükümsüzlük konusunda da etkisini gösterir²⁴⁰. Hukuki işlemin meydana gelmesi için *nexum*'da²⁴¹ olduğu gibi belirli hareketlerin yapılması veya *stipulatio*'da olduğu gibi belirli sözlerin söylenmesi gerekir. Bu hareketler yapılmadan veya sözler söylenmeden açıklanan irade beyanları hukuki sonuç doğurmaz²⁴². Bu denli sert bir şekilciliğin hâkim olduğu devrede hukuki işlemin varlığından veya yokluğundan söz etmek gerekir²⁴³. Esasen modern²⁴⁴ hukuk sistemlerindeki anlamıyla yokluk kavramının ortaya çıkışı 18 ve 19. yüzyıl Alman doktrinine dayanmaktadır²⁴⁵. Doğal olarak yokluğun özellikleri ve kesin hükümsüzlükten ayrıldığı hususlar da bunun sonrasında doktrinde tespit edilmiştir. Bu özellikler ve yokluğun kesin hükümsüzlükten farkı dikkate alınarak Eski Hukuk Devrindeki hükümsüzlük nitelendirildiğinde, bu devirde hukuki işlemlerin hükümsüzlüğünün yokluk düzeyinde olduğunu ifade etmek isabetlidir. *Nexum*'da *mancipatio* benzeri devir işlemi yapılmamışsa veya *stipulatio*'da şekil şartları yerine getirilmemişse hukuki işlemin akıbeti yokluktur. Hukuki işlemin geçerlilik şartlarının ötesinde varlık şartlarında eksiklik mevcuttur. Öte yandan, böyle bir hukuk anlayışında iki hat arasında yer alabilecek bir hükümsüzlük türünden de bahsedilemeyeceği ileri sürülmektedir²⁴⁶.

²⁴⁰ Güral, *op. cit.*, s. 23-24.

²⁴¹ “*Nexum*”; “*nectere*” kökünden gelir ve “*nectere*”, “*bağlamak*” demektir. Etimolojik olarak aynı şekilde “*bağlamak*” anlamına gelen “*obligare*” kökünden ise, “*obligatio*” yani borç kavramı türetilmiştir. Özcan Karadeniz, **Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 396, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976, s. 119, dn. 6. Aynı *obligatio* gibi *nexum* da alacaklı ile borçluyu birbirine bağlayan bir bağdır. Bu işlemde borçlu olan taraf borcuna teminat olmak üzere, *mancipatio* benzeri bir işlemle kendisini alacaklıya teslim eder. Bu süre zarfında özgür olsa da borç ödenene kadar fiilen köleye benzer bir konumda alacaklı için çalışmak zorundadır. 12 Levha Kanunlarında *nexum*'a değinilmesine rağmen kaynaklarda işlem hakkında detaylı bilgiye rastlanmamıştır. Berger, *op. cit.*, s. 595. Kabul edilen kanaate göre, *nexum* eski zamanlarda tüketim ödücü sözleşmesinin fonksiyonlarını ihtiva eden bir işlem olarak uygulanmış ve sonradan ortadan kalkmıştır. Umur, *Lügat, op. cit.*, s. 141.

²⁴² Güral, *op. cit.*, s. 24.

²⁴³ Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, Beşinci Tab’ından Çeviren: Ziya Umur, İkinci Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s. 86; Güral, *op. cit.*, s. 24.

²⁴⁴ Latince “şimdi, şu an” anlamına gelen “*modo*” kelimesinden türetilen “modern” kelimesini çalışmalarımızda “şimdiki zamandaki, günümüzdeki” anlamında kullandık ve bu çalışmada da aynı anlamda kullanılmaktayız.

²⁴⁵ Q.v. Birinci Bölüm, III, B, 1, Yokluk.

²⁴⁶ Güral, *op. cit.*, s. 24.

Hükümsüzlüğün ara derecelerinin ortaya çıkışı *aequitas* ve *bona fides* düşüncelerinin hukuk sahasında yaygınlaşmasıyla doğrudan bağlantılıdır. M.Ö. 3. yüzyıla kadar olan dönemde *pontifex*'ler hukuk düzeni açısından önem taşıyan bilgi, şekil ve kalıpları tekelci bir faaliyetle gizli tutmuşlardır²⁴⁷. Bunun sonucu olarak, hakkaniyetin gerektirdiği hukuki açılımların ortaya çıkışı gecikmiştir. Bu açılımlar özellikle Klasik Devirde *praetor*'ların yargılama sahasındaki faaliyetleri ile gerçekleşmiştir.

B. Klasik Hukuk Devri

Klasik Hukuk Devri, *magistra*'lar vasıtasıyla *ius honorarium* hükümlerinin oluştuğu ve *ius civile* hükümleri üzerinde de tamamlayıcı, genişletici ve düzeltici etkilerini gösterdiği dönemdir. *Ius civile* hükümsüzlüğü, Eski Hukuk Devrinde yalnızca “yokluk” yaptırımını karşılarken, Klasik Hukuk Devrinde anlamı değişmiş ve ara hükümsüzlük derecelerinin ilk izlerini de ihtiva edecek bir genişliğe ulaşmıştır. Bununla birlikte *ius honorarium*'da ortaya çıkan tüm uygulama ve çözümler *ius civile*'ye dâhil olmadığından, *ius civile*, *ius honorarium*'a nazaran muhafazakâr yapısını sürdürmüştür.

1. *Ius Civile* Hükümsüzlüğü

Klasik Devirde, *praetor* faaliyetleri neticesinde rızai sözleşmelerin ortaya çıkışı ve şekle bağlı işlemlerde şekil şartlarının yumuşaması, *ius civile* hükümsüzlüğünü de yumuşatmıştır. Esasen, Klasik Devrin *ius civile*'si de bir hukuki işlemin varlık veya geçerlilik şartlarını taşıyıp taşıması ya da geçerlilik şartlarını taşımakla birlikte iptal edilebilir olup olmaması durumlarını açıkça birbirinden ayırt etmemiştir²⁴⁸. Bununla birlikte, kaynaklarda ve metinlerde yokluk ve kesin hükümsüzlüğün yanı sıra iptal edilebilirlik, nisbi etkisizlik ve eksikliğe işaret eden uygulamalara rastlanmıştır.

²⁴⁷ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, **op. cit.**, s. 54; Havva Karagöz, “Roma Hukukunda Adalet (Iustitia) ve Hakkaniyetin (Aequitas) Anlamı ve Gerçekleşme Biçimi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1, 2010, s. 38.

²⁴⁸ Zimmermann, **op. cit.**, s. 679-680.

Esasen *ius civile* hükümsüzlüğü *ipso iure* (hukuk gereği, kendiliğinden) sonuç doğurur ve *ius honorarium* hükümsüzlüğünden farklı olarak ileri sürülebilmesi için mahkeme sürecine gerek duyulmaz²⁴⁹. *Ius civile* hükümsüzlüğünü herkes, her zaman ileri sürebilir²⁵⁰. Bu açıdan bakıldığında *ius civile* hükümsüzlüğü, hükümsüzlük sebebine bağlı olarak yokluk veya kesin hükümsüzlüğe işaret eder. Bununla birlikte Klasik Devirde ortaya çıkan “*querela inofficiosi testamenti*” kurumu, *ius civile* hükümsüzlüğü bakımından bir istisna teşkil eder. “*Querela inofficiosi testamenti*”, aile yakınlarına gösterilmesi gereken tutum ve davranışlar hususunda Roma’nın ahlaki yapısına ve geleneklerine aykırı düşen bir içeriği olduğu kabul edilen vasiyetnamelere yapılan itirazdır²⁵¹. İlk İmparatorluk Devrinin başlarından itibaren *ab intestato* mirasçı (kanuni mirasçı) olabilecekken makul bir sebep olmaksızın mirastan ıskat edilen kişiler, *centumviri* mahkemelerinde²⁵² bu duruma itiraz ettiklerinde mahkeme; mirasbırakanı, akli melekelerine sahip değilmiş gibi kabul ederek vasiyetnameyi iptal edip, itiraz sahibinin *ab intestato* mirasçı olmasını sağlamıştır²⁵³. “*Querela*”²⁵⁴ ile kendisine itiraz edilen bir vasiyetname; her türlü geçerlilik şartını sağlıyor olsa dahi²⁵⁵ “*contra officium pietatis*”²⁵⁶ durumunun mevcut olduğu tespit edilirse hâkim tarafından iptal edilebilmiştir²⁵⁷. Böyle bir durumda dava açılıp hükümsüz kılınıncaya dek hukuki işlem geçerliliğini sürdürürdü²⁵⁸. Zarar gören taraf, işlemin geçerliliğini

²⁴⁹ Ronald J. Jr. Scalise, “Rethinking the Doctrine of Nullity”, *Louisiana Law Review*, Volume 74, No:3, Spring, 2014, s. 666.

²⁵⁰ Zimmermann, *op. cit.*, s. 680.

²⁵¹ Diler Tamer Güven, “Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı”, *İÜHFM*, Cilt 57, Sayı 1-2, 2009, s. 235; Umur, *Lügat, op. cit.*, s. 178.

²⁵² *Centumviri* mahkemeleri, mirasa ve yüksek değerli malvarlıklarına ilişkin uyuşmazlıkların görüldüğü özel bir mahkemedir. Berger, *op. cit.*, s. 386.

²⁵³ Umur, *Lügat, op. cit.*, s. 178; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları, op. cit.*, s. 528-529; Tamer Güven, *op. cit.*, s. 235.

²⁵⁴ *Cognitio extra ordinem*’de (Sistem dışı yargılama), ilgili tarafın *magistra*’ya veya karşı tarafa yönelik yapmış olduğu şikâyet veya itiraz ile başlayan dava usulüdür. Umur, *Lügat, op. cit.*, s. 177.

²⁵⁵ Güral, *op. cit.*, s. 28.

²⁵⁶ Romalıların hakkaniyet anlayışının bir görünümü olan “*officium pietatis*” anne babasına ve kendisine iyilik etmiş olanlara karşı herkesin beslemesi gereken sevgi ve şefkatle hareket etme borcudur. Umur, *Lügat, op. cit.*, s. 146. “*Contra*” Latince’de “karşıtlık” anlamı taşıdığından “*contra officium pietatis*” ilgililere karşı sevgi ve şefkatle hareket etme borcuna aykırılık demektir.

²⁵⁷ Zimmermann, *op. cit.*, s. 680.

²⁵⁸ *Ibid.*

sürdürüp sürdürmemesi hususunda bir tercih hakkına sahipti²⁵⁹. Bu kurum, günümüz hukuklarındaki iptal edilebilirlik uygulamaları ile benzerlik göstermektedir²⁶⁰.

Ius civile hükümsüzlüğü bakımından bir diğer istisna ise *Lex Iulia de Adulteriis* adlı kanunun *Lex Iulia de Fundo Dotali* bölümünde zikredilmiştir. Evlenmeden önce veya evlilik sırasında kocaya ailenin masraflarına ortak olmak amacıyla; karısı, karısının *pater familias*'ı veya karısına borçlu olan bir üçüncü kişi (karısının izni dâhilinde) tarafından verilen para veya mallar *dos* olarak ifade edilmektedir²⁶¹. Klasik Devirde, evlilik süresince, *dos* olarak verilenlerin mülkiyeti kocanın veya kocanın *pater familias*'ıdır²⁶². Evlilik boşanma ile sona ererse koca, *dos*'u karısına veya onun *pater familias*'ına geri vermekle yükümlüdür, vermezse *actio rei uxoriae* ile *dos* geri istenebilir²⁶³. *Lex Iulia de Fundo Dotali*'deki hükümler uyarınca, evlilik sürerken kocanın, *dos* olarak verilen İtalya arazilerinin ve Klasik Devrin sonlarına doğru herhangi bir bölgedeki arazinin mülkiyetini karısının rızası olmaksızın bir başkasına devretmesi yasaklanmıştır²⁶⁴. Eğer böyle bir devir gerçekleşirse karısına karşı hükümsüz olacağı ve kadının, devredilmiş araziye geri almak için dava açabileceği kabul edilmiştir. Bu durumda, koca ile üçüncü kişi arasındaki tasarruf işlemi kendi aralarında geçerliyken rızası alınmayan eşe karşı hükümsüz olduğu için nisbi etkisizlik olarak nitelendirilebilecek bir hükümsüzlük hali bulunmaktadır²⁶⁵.

Son olarak, *ius civile* hükümsüzlüğü bağlamında eksikliğin de söz konusu olabileceğini ifade etmek gerekir. Nitekim kayyımın, *puberes minores*'in veya savurgan kişinin hukuki işlemlerine verdiği *consensus*'u icazet şeklinde kullanması halinde, *consensus* verilene kadar işlem eksik, askıda hükümsüz kabul edilmektedir. *Consensus* verildiğinde ise işlem başlangıçtan itibaren hüküm doğurur²⁶⁶.

²⁵⁹ Kaser, *Roman Private Law*, *op. cit.*, s. 50; Zimmermann, *op. cit.*, s. 680.

²⁶⁰ Kaser, *Roman Private Law*, *op. cit.*, s. 50; Zimmermann, *op. cit.*, s. 680. Türk hukukunda da ölüme bağlı tasarruflarda tasarrufu hükümsüz kılmak için kural olarak iptal davası açılması ve mahkemeden iptal kararı alınması gerekmektedir. Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku*, Cilt 4, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 230-231; Oğuzman/Barlas, *op. cit.*, s. 227.

²⁶¹ Kudret Ayiter, *Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku*, İkinci Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1963, s. 17 et seq.; Berger, *op. cit.*, s. 444.

²⁶² Ayiter, *Aile*, *op. cit.*, s. 30.

²⁶³ *Ibid.*, s. 32.

²⁶⁴ Gai. I. 2, 63; Kaser, *Roman Private Law*, *op. cit.*, s. 253.

²⁶⁵ Kaser, *Roman Private Law*, *op. cit.*, s. 253.

²⁶⁶ Bu konudaki açıklamalarımız için q.v. İkinci Bölüm, II, B, 1, c, Erginlik Yaşı-25 Yaş Arası Küçükler (*Puberes Minores*) ve İkinci Bölüm, II, B, 3, Savurganlık (*Prodigientia*).

2. *Ius Honorarium* Hükümsüzlüğü

Hakkının ihlal edildiğini düşünen kişinin yargı mercilerine başvurarak hak sahibi olduğunu ve hakkının ihlal edildiğini iddia ve ispat etmek suretiyle buna uygun yaptırımların uygulanmasını talep etme yetkisi “*actio*” olarak ifade edilmektedir²⁶⁷. Türk hukukunda “dava” olarak ifade edilen “*actio*” kavramı, usul hukuku ile maddi hukukun iç içe olması sebebiyle, Roma hukukunda daha farklı bir anlam arz etmektedir. Adli işlerle görevli *magistra* olan *praetor*, önüne gelen bir uyuşmazlıkta kendisine başvuran kişilerin iddialarını haklı görürse kendilerine bir *actio* verir²⁶⁸. *Actio* verilmek suretiyle *praetor*’larca korunan yarar, yetki ve istekler *ius praetorium*’un tanıdığı birer “hak” haline gelmiş olur²⁶⁹. Dolayısıyla birtakım yarar, yetki ve istekler, yaptırımlarla korundukları için “hak” olarak kabul edilir ve bu şekilde usul hukuku, maddi özel hukukun gelişimine katkı sağlar²⁷⁰. Öte yandan *praetor*’ların yeni haklar doğmasını sağlayan bu yetkileri, ters yönde de işletilebilmekte ve *praetor*’lar, *ius civile* tarafından öngörülmüş ve yaptırıma bağlanmış bir hakkın ileri

²⁶⁷ Iust. I. 4, 6, pr.; Ahmet Nadi Günal, **Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2007, s. 25.

²⁶⁸ Mişon Ventura, **Roma Hukuku**, Ahmet İhsan Matbaası Ltd., 1934, s. 85; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 297. Günümüz hukuklarından farklı olarak Roma hukukunda bütün hakların yargı organları önünde ileri sürülmesini sağlayabilecek nitelikte genel bir *actio* bulunmamaktadır. Meral Sungurtekin Özkan/Halide Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları**, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, Şubat, 2008, s. 44.

²⁶⁹ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 298. *Praetor*’lar *ius civile*’de öngörülüp yaptırıma bağlanmamış olan hakkaniyete aykırı durumları soyut bir şekilde tespit ederek, bu durumların gerçekleşmesi halinde mağdur olan tarafa bir *actio* tanıyacıklarını *edictum*’larında ilan ederlerdi. *Edictum*’da belirlenmiş durumlardan birinin ortaya çıkması halinde, *praetor*’a başvuruya başlayan yargılama sürecinde, duruma uygun düşen yaptırım da tespit edilirdi. Böylece *ius civile*’de öngörülmemiş ve korunmamış bir durumun *praetor* tarafından tanınıp yaptırıma tâbi tutulmasıyla özel hukuk alanında yeni bir hak ortaya çıkmış olurdu. Söğütli Erişgin, **Contractus, op. cit.**, s. 57-58; Selçuk Öztekin, Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları, Törenden Şekle; Hususi Adaletten Devlet Adaletine”, **İÜHF**, Cilt 51, Sayı 1-4, s. 336-337.

²⁷⁰ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 230; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 299; Günal, **Roma Usul, op. cit.**, s. 26-27. *Ius civile* tarafından kabul gören ve *actio*’su bulunan haklar bakımından ayrıca *praetor*’ların himayesine gerek duyulmaz. *Formula* yargılamaında, dava *formula*’sının *intentio* kısmında, belirtilecek bir *ius civile* hakkı varsa bu belirtilir ve bu tür davalara *in ius concepta* (hakka dayanan dava) denilirdi. *Intentio* kısmında belirtilebilecek bir *ius civile* hakkı bulunmuyorsa, *praetor formula*’ya yerleştirdiği himaye vasıtalarıyla korumayı kendi sağlardı. Bu tür davalara da *in factum concepta* denilmektedir. Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 44, dn. 3.

sürülmesini hakkaniyete uygun bulmadıklarında yaptırım uygulanmasını da önleyebilmektedirler²⁷¹.

Yargılamada etkin rol aldıkları süre boyunca *praetor*'lar, *ius civile* tarafından geçerli kabul edilen birçok hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurmasını, kullanmış oldukları hukuki vasıtalarla engellemişlerdir. Bu tarz hükümsüzlük, *ipso iure* (hukuk gereği, kendiliğinden) değil, *praetor* kararıyla ortaya çıkar²⁷². Diğer yandan *ius civile* tarafından tanınan bir işlemin *praetor* tarafından hükümsüz kılınması durumunda hukuki işlemin varlık şartının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir durumda esasen *ius honorarium*, *ius civile* tarafından tanınan, var sayılan bir işlemin hüküm doğurmasını engellemektedir. Bu sebeple kanaatimizce *ius civile* tarafından geçerli kabul edilen işlemlere *praetor* tarafından dava hakkı tanınmamasını yokluk olarak değerlendirmemek gerekir. *Praetor*'un diğer hükümsüzlük türlerine işaret eden uygulamalarını ise sahip olduğu hukuki himaye vasıtaları çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

Praetor'un hükümsüzlük konusunda sahip olduğu hukuki vasıtalar “*denegatio actionis*” (dava hakkı vermemek), *formula* usulünde davalı lehine bir “*exceptio*” vermek ve “*in integrum restitutio*” (eski hale iade) kararı vermektir²⁷³.

a. *Denegatio Actionis*

Roma usul hukukunda; Krallık Devrinin ortalarından M.S. 342 yılına kadar *ordo iudiciorum privatorum* (özel yargılama sistemi) ve M.S. 342'den Son İmparatorluk Devrinin sonuna kadar *cognitio extra ordinem* (sistem dışı yargılama) olmak üzere iki farklı yargılama sistemi uygulanmıştır²⁷⁴. Özel yargılama sisteminin uygulandığı dönem içerisinde; Krallık Devrinin ortalarından M.Ö. 17 yılında İmparator *Augustus*²⁷⁵ tarafından çıkarılan *Lex Iulia de Iudiciis Privatis* kanununa kadar *legis*

²⁷¹ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, *op. cit.*, s. 63; Öztekin, *op. cit.*, s. 337.

²⁷² Nevzat Koç, “Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 1981, s. 132.

²⁷³ Zimmermann, *op. cit.*, s. 680.

²⁷⁴ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 308.

²⁷⁵ M.Ö. 27 ile M.S. 14 yılları arasında Roma İmparatoru olan *Augustus*'un asıl ismi *Gaius Octavius*'tur. Roma'nın siyasi devilerinden İlk İmparatorluk devrinin başlangıcı, onun iktidara geldiği tarihtir. Mısır'da elde ettiği *Actium* zaferi sonrası Roma'ya döndüğünde *senatus* tarafından kendisine tüm askeri

actio'lar usulü uygulanmış²⁷⁶, M.Ö. 17 yılından M.S. 342 yılına kadar ise *formula* usulü tatbik edilmiştir²⁷⁷. *Formula* usulü; *legis actio*'lar usulünde yabancıların taraf oldukları uyuşmazlıklarda yabancıların dava ehliyetlerinin olmaması ve bu nedenle *legis actio*'lar usulünün kendilerine uygulanamamasından dolayı²⁷⁸ *praetor peregrinus* tarafından keşfedilmiştir²⁷⁹. Yabancı sayısının arttığı M.Ö. 3. yüzyıldan itibaren *formula* usulü kural dışı olarak uygulanmış, sonrasında çıkarılan *Lex Aebutia* adlı kanunla²⁸⁰ birlikte tarafların her zaman *legis actio* usulü yerine *formula* usulünü uygulayabilecekleri kabul edilmiş ve böylece şekilci, değişik durumlara uyma olanağı daha az olan *legis actio*'lar sisteminin kullanım alanı daralmıştır²⁸¹. Fiilen uygulaması oldukça azalan *legis actio* usulü M.Ö. 17 yılında *Lex Iulia de Iudiciis Privatis* ile hukuken kaldırılmıştır²⁸².

Formula usulünde, *ordo iudiciorum privatorum* içerisinde yer aldığı için *in iure* (*magistra* önünde geçen safha) ve *apud iudicem* (özel hâkim önünde geçen safha) olmak üzere iki safha söz konusudur²⁸³. *In iure* safhası, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁸⁴ ile getirilen “ön inceleme” aşamasının²⁸⁵ Roma

gücün lideri anlamında “*imperator*” ve “kutsal” anlamına gelen “*augustus*” unvanları verilmiştir. “*Augustus*” unvanı kendisiyle bütünleştiği için adeta adı gibi kullanılmaktadır. Tekin, **op. cit.**, s. 222.

²⁷⁶ Mousourakis, **Roman Private Law, op. cit.**, s. 317; Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 120.

²⁷⁷ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 308.

²⁷⁸ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 245; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 329.

²⁷⁹ Mousourakis, **Roman Private Law, op. cit.**, s. 317.

²⁸⁰ *Lex Aebutia* adlı kanunun oluşturulduğu tarih net değildir. M.Ö. 199 ile M.Ö. 126 tarihleri arasında çıkarıldığı tahmin edilmektedir. Berger, **op. cit.**, s. 547. Kanun, *praetor peregrinus*'un uygulamakta olduğu *formula* usulünün, *praetor urbanus* tarafından, *ius civile*'nin dava hakkı tanımadığı hukuki ilişkilerde, tarafların isteği üzerine Roma vatandaşlarına da uygulanabileceğini hükme bağlamıştır. Bu kanun *legis actio*'lar usulünü ortadan kaldırmamakla birlikte *formula* usulüne de *legis actio*'lar ile aynı kuvveti vermiştir. Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 114.

²⁸¹ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 245; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 329-330.

²⁸² Mousourakis, **Roman Private Law, op. cit.**, s. 317; Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 120.

²⁸³ David Johnston, **Roman Law in Context**, Cambridge University Press, 2004, s. 112 et seq.; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 247; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 330.

²⁸⁴ Resmi Gazete, 4 Şubat 2011, Sayı 27836.

²⁸⁵ Ön inceleme aşaması, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 137 ile 142. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Dilekçelerin teatisi aşaması ile tahkikat aşaması arasında mahkemenin yaptığı ilk incelemedir. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir (HMK m.137/f.1).

yargılamasındaki görünümüdür²⁸⁶. *In iure* safhasında taraflar *praetor* önüne çağrılır ve davacı iddialarını dile getirerek kendisine *actio* verilmesini (*actionis postulatio*) talep eder²⁸⁷. *Praetor*, iddialarının doğru olması durumunda himayesi gereken bir hakkının olduğu sonucuna varırsa davacıya bir *actio* tanır²⁸⁸. Davacının iddialarının uygun bir *actio* sebebine dayanmadığı, delilsiz olduğu, doğru *actio* talebinde bulunulmadığına kanaat getirir veya yargılamanın *ordo iudiciorum privatorum* kapsamına girme, yetki, ehliyet, taraf sıfatının varlığı, derdestlik hususlarında dava şartlarının bulunmadığını tespit ederse, davacının kendisine uygun bir *actio* tanınması talebini reddeder (*denegatio actionis*)²⁸⁹. *Praetor*, *actio* verip vermeme hususunda, kanunlarla çizilen sınırlara uymakla birlikte, değerlendirmeleri esas olarak hakkaniyet temellidir. Bir *actio*'nun ne zaman verilmeyeceğine ilişkin düzenli bir sınıflandırma mevcut değildir²⁹⁰. Dolayısıyla belirtilen durumların dışında da hakkaniyet çerçevesinde *actio* verilmesini uygun görmediği herhangi farklı bir durum ortaya çıkarsa, *actio* talebini reddedebilir.

Roma hukukunda hükümsüzlük sebeplerinin tespiti de *in iure* aşamasında yapılabilir. Bu aşamada *praetor*, olaydaki verileri göz önünde bulundurarak bir *actio* verilmesini hakkaniyetsiz bulursa, hukuki işlem *ius civile* tarafından geçerli olsa bile, *actio* vermeyebilir. Doktrinde, *praetor*'un *actio* vermemesinin, *ius civile* tarafından geçerli kabul edilen bir hukuki işlemin hükümsüz kılınmasına yol açacağı ileri sürülmektedir²⁹¹. Kanaatimizce, *actio* verilmemesiyle hukuki işlem hükümsüz hale gelmez. Görev süresi sınırlı olan *praetor* süresini tamamladığında yerine gelen yeni *praetor* önünde *actio* yeniden talep edilebilir. Bu sebeple *praetor* hükümsüzlük sebebine dayanarak *actio* vermemiş olsa dahi hukuki işlemde doğan talepler yalnızca

²⁸⁶ Mehmet Üçer/Nedim Meriç, “Roma Hukukunda ve Medeni Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (Litis Contestatio’dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu)”, **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi**, Cilt 8, Sayı 22, 2012/2, s. 8.

²⁸⁷ Albert Kocourek, “The Formula Procedure of Roman Law”, **Virginia Law Review**, Volume 8, No 6, April, 1922, s. 437; Üçer/Meriç, **op. cit.**, s. 12-13.

²⁸⁸ Kocourek, **op. cit.**, s. 437; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 336. Dava açmak isteyen tarafın hedefi, iddiasının, *praetor* tarafından önceden belirlenmiş *formula*’ların birine uyduğunu kabul ettirerek, *praetor*’dan buna yönelik bir karar almak ve aldığı kararla birlikte hâkim talep edebilmektir. Ernest Metzger, “An Outline of Roman Civil Procedure”, **Roman Legal Tradition**, Volume 9, 2013, s. 19.

²⁸⁹ Üçer/Meriç, **op. cit.**, s. 13 et seq.

²⁹⁰ Max Kaser, **Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt**, 2nd edition, 1971, s. 246; Zimmermann, **op. cit.**, s. 679.

²⁹¹ Zimmermann, **op. cit.**, s. 680; Üçer, **Kısmi Butlan**, **op. cit.**, s. 49-50.

praetor'un görev süresinin bitimine kadar ileri sürülemediği olur. İşlemin hükümsüz kılınabilmesi için usul hukuku bakımından kesin hüküm (Ulp. D. 44, 2, 3) teşkil eden bir kararın verilmesi gereklidir.

b. Exceptio

In iure safhasında *praetor*, *actio* tanımaya karar verdiği takdirde bu davanın görülmesi için uygun bulduğu *formula*'yı olayın özelliklerine, tarafların iddia ve savunmalarına göre doldurur²⁹². Türk hukukundaki ön inceleme tutanağına benzeyen bu tespit *litis contestatio* olarak isimlendirilir ve tahkikat aşaması olarak ifade edilebilecek olan *apud iudicem* safhasına geçişi sağlar²⁹³. Her *formula*, tarafların üzerinde anlaştıkları ve *praetor*'un onayladığı özel bir kişinin hâkim olarak atanmasını belirten ve *apud iudicem* safhasına atıf yapan bir cümle ile başlar, devamında *demonstratio*, *intentio* ve *condemnatio* bölümleriyle tamamlanır²⁹⁴. *Demonstratio* bölümünde, uyuşmazlığa yol açan durum ve olaylar tarafların ifadelerine göre belirtilmektedir²⁹⁵. *Intentio* bölümünde, açıklanmış olan olaylar sonucu ortaya çıkan hukuki durum ve bu duruma dayanılarak ileri sürülen hak açıklanmakta; *condemnatio* bölümünde ise dava edilecek kişinin ileri sürülen hususlardan hangileri saptanırsa mahkûm edileceği belirtilmektedir²⁹⁶. *Intentio* bölümüne eklenen ve her *formula*'da bulunmayan *exceptio*'da ise davacının iddiası inkâr edilmez, iddianın sonuçlarını ortadan kaldıran ayrı bir olay ileri sürülür²⁹⁷. *Exceptio*, kelime anlamından da anlaşıldığı üzere, *formula*'da davalının aleyhine hüküm verilmesinin bir istisnasını

²⁹² Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 336; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 248-249. *Praetor, edictum*'unda belirli sayıda *formula* açıklar. Dava konusu açısından gerekli bulunan *formula* seçilir. *Formula, legis actio*'lar usulündeki dava kalıpları gibi değişmez değildir. *Formula* üzerinde olayın gerektirdiği birtakım değişiklikler yapılabilir. Bununla birlikte temel hukuki yapısı değiştirilemez. William Warwick Buckland, **Elementary Principles of the Roman Private Law**, Cambridge: at the University Press, 1912, s. 352.

²⁹³ Üçer/Meriç, **op. cit.**, s. 19.

²⁹⁴ Lord Mackenzie, **Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws of France, England and Scotland**, William Blackwood and Sons, Edinburgh and London, 1870, s. 317-318; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 336-337.

²⁹⁵ Buckland, **Elementary Principles, op. cit.**, s. 353; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 337.

²⁹⁶ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 337; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 251.

²⁹⁷ Buckland, **Elementary Principles, op. cit.**, s. 355-356; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 251-252.

oluşturmaktadır²⁹⁸. Davacı iddiasında haklı olsa dahi davalı ileri sürdüğü *exceptio*'yu kanıtladığı takdirde hâkim davalıyı mahkûm etmeyecek ve *ius civile*'ye aykırı bir karar alınmış olacaktır²⁹⁹. *Exceptio*'ların yasal dayanağı *ius honorarium* (*exceptio rei venditae et traditae*), *lex*'ler (*exceptio legis Plaetoria*) veya *senatus consultum*'lar (*exceptio senatus consulti Macedoniani*) olabilir³⁰⁰. Özellikle *praetor*'lar, göreve geldiklerinde yayımladıkları *edictum*'larla kendilerinden önceki dönemde ihtiyaç duyulduğunu düşündükleri *exceptio*'ları tanıyabilmiş ve böylece *ius civile* kurallarının ve kalıplarının sertliklerini ortadan kaldırabilmişlerdir³⁰¹. Bu çerçevede *praetor*, *ius civile* tarafından korunmayan bir hukuki işlemi, *exceptio* tanımak suretiyle himaye edebilirdi. Diğer yandan, şekle ve kalıplara uyduğu için *ius civile* bakımından geçerli kabul edilen bir hukuki işleme dayanan talepleri de engelleyebilmekteydi.

Bu noktada *exceptio*'nun kavramsal olarak Türk hukukundaki defi ile örtüştüğünü ifade etmek gerekir. Türk hukukunda defi hakkı sahibi, bu hakkını kullanarak kendisine karşı ileri sürülen bir hakkın hukuki sonuç doğurmasını geçici bir süre için veya sürekli olarak engelleyebilir³⁰². Bununla birlikte sözleşmesel bağlılık ortadan kaldırılmaz³⁰³. Roma hukukunda da *exceptio* ileri sürülse dahi, sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz hale gelmez, yalnızca davalının talebini elde etmesi önlenir³⁰⁴. Roma hukukunda defiler; sürekli (*perpetua*) defi ve geçici (*temporales*) defi olmak üzere ikiye ayrılır³⁰⁵. Sürekli defiler her zaman ileri sürülebilirken, geçici defilerin belirli bir süre içerisinde kullanılması gerekir³⁰⁶. Roma hukukunda iptalin sonuçlarına ulaşabilmek amacıyla bazı durumlarda zarar görene sürekli defi hakkı tanınmıştır. Bu çerçevede Türk hukukunda iptale tâbi olan aldatma ve korkutma

²⁹⁸ Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 91; Neslihan Çukadar, **Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 9.

²⁹⁹ Tamer, **Uygulamalar**, *op. cit.*, s. 53.

³⁰⁰ **Ibid.**

³⁰¹ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, *op. cit.*, s. 252.

³⁰² Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, *op. cit.*, s. 90.

³⁰³ Cüneyt Pekmez, **Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezsizlik Defi)**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, İstanbul, Mayıs, 2019, s. 42.

³⁰⁴ Alan Watson, **The Evolution of Western Private Law**, Expanded Edition, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 2001, s. 51.

³⁰⁵ Gai. I. 4, 120; Richard William Leage, **Roman Private Law, Founded on the 'Institutes' of Gaius and Justinian**, Macmillan and CO Limited, New York: The Macmillan Company, 1906, s. 400; Kadir Gürten, **Roma Hukuku'nda Hakkaniyet (Aequitas)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 111.

³⁰⁶ Gai. I. 4, 121; Gai. I. 4, 122; Leage, *op. cit.*, s. 400.

durumlarında Roma hukukunda mağdura defi verilmiştir³⁰⁷. Aldatma ve korkutma defileri her zaman ileri sürülebilen sürekli defilerdir³⁰⁸. Sürekli defiler ileri sürüldüğünde işlem hükümsüz hale gelmez. Bununla birlikte talebin sürekli olarak engellenebilmesi yönüyle iptalin sonuçlarına benzer bir durum ortaya çıkar³⁰⁹.

c. *In Integrum Restitutio*

In integrum restitutio, *praetor* tarafından *in iure* aşamasında uygulanan ve hukuki durumu, eski haline döndürmeye yarayan olağanüstü bir himaye vasıtasıdır³¹⁰. Zarar gören, bir başka himaye vasıtası bulunmadığında veya bir başka himaye vasıtasını kullanamadığında *in integrum restitutio*'dan yararlanabilmiştir³¹¹. *Praetor*'lar *edictum*'larında “*De in integrum restitutionibus*” (Eski hale iadelere dair) başlıklı bir fasılda *in integrum restitutio* tanıyacakları durumları açıklamışlardır. Bununla birlikte *edictum*'da belirtmedikleri bazı durumlarda da *in integrum restitutio* kararı verebilirlerdi³¹². Bu çerçevede *in integrum restitutio*; 25 yaş altında olan *puberes minores* sınıfındaki küçüklere, aldatma veya korkutma neticesinde yapılan hukuki işlemlerde aldatılana veya korkutmaya maruz kalana ve diğer birtakım hallerde³¹³ sözleşme tarafı olan mağdur kimselere tanınmıştır³¹⁴.

In integrum restitutio'ya ilişkin kararlar genellikle *formula ficticia* ile verilmekteydi³¹⁵. *Formula ficticia* ile *praetor*, orijinal *formula* kalıpları ile korunmayan yasal durumları, kurgusal verilerle korunmaya uygun hale getirmekte ve buna göre karar almaktaydı³¹⁶. Davacı, *in integrum restitutio*'yu gerektiren durum hiç yaşanmasaydı hangi durumda olacak idiyse, kurgulamak suretiyle bu durumu

³⁰⁷ Watson, *Western Private Law*, *op. cit.*, s. 51.

³⁰⁸ Gai. I. 4, 121; Leage, *op. cit.*, s. 400.

³⁰⁹ Cf. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, *op. cit.*, s. 204; Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 205; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 271.

³¹⁰ Berger, *op. cit.*, s. 682; Honig, *op. cit.*, s. 125.

³¹¹ William Smith, *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, 2. edition, Boston: Little, Brown and Company, 1859, s. 987.

³¹² Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, *op. cit.*, s. 274.

³¹³ Ulp. D. 4, 1, 6.

³¹⁴ Johnston, *Roman Law*, *op. cit.*, s. 119; Honig, *op. cit.*, s. 126.

³¹⁵ Kaser, *Roman Private Law*, *op. cit.*, s. 359.

³¹⁶ Berger, *op. cit.*, s. 346.

sağlardı³¹⁷. Bu himaye vasıtası ile *praetor*, davacının talebi neticesinde soruşturma yürüttükten sonra davacının haklılığını sabit bulursa *ius civile*'ye göre geçerli olan bir hukuki işlemi hükümsüz kılabilmektedir³¹⁸. *Praetor*, verdiği *in integrum restitutio* kararıyla birlikte hukuki işlemi iptal etmiş olur³¹⁹. İşlem tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılır ve kesin olarak hükümsüz hale getirilir³²⁰.

In integrum restitutio ile iptal, *exceptio*'dan ve Türk hukukundaki iptalden bazı hususlarda ayrılır. İlk olarak; *exceptio* ileri sürülebilmesi için dava açılmış olması gerekirken, henüz herhangi bir dava açılmadan da *in integrum restitutio* ileri sürülebilmektedir³²¹. Bu yönüyle *in integrum restitutio*'nun kullanılması Türk hukukunda iptal hakkının kullanımına da benzemektedir. Türk hukukunda iptal hakkının, hukuki işlemi kesin olarak hükümsüz hale getiren bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu kabul edilmektedir³²². İptal hakkının kullanılması için mahkemeye başvurmak ve dava açmak da gerekmez³²³. İkinci olarak; *in integrum restitutio*'da hükümsüz işleme dayanılarak ifa edilen edimlerin de kendiliğinden iadesi sağlanmaktadır. Bu sebeple Türk hukukunda iptal sonucunda hükümsüzleşen sözleşme kapsamında iadesi gereken edimlere ilişkin istihkak veya sebepsiz zenginleşme davası ile sağlanan sonuç, tek başına *in integrum restitutio* ile sağlanmıştır³²⁴. *Exceptio*'da ise edim ifa edilmişse defi yoluyla talebin engellenmesi zaten mümkün değildir. Son olarak; *in integrum restitutio*'nun, yol açan sebebin tespit edilmesinden itibaren ilk zamanlarda bir yıl, sonraları ise dört yıl içerisinde ileri sürülebileceği kabul edilmiştir³²⁵. *Exceptio perpetua*'nın ileri sürülebilmesi için bir

³¹⁷ Kaser, **Roman Private Law**, *op. cit.*, s. 359.

³¹⁸ Domingo, *op. cit.*, s. 122.

³¹⁹ Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, *op. cit.*, s. 212. *In integrum restitutio* kavramı günümüzde uluslararası hukuk alanında bir zarar tazmin yöntemi olarak yer almaktadır. Bu yöntem, hukuka aykırı işlemin sonuçlarının tümünden ortadan kaldırılarak, sanki bu işlem hiç gerçekleştirilmemiş gibi eski durumun tesisini sağlamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için q.v. Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, Beta Basım A.Ş., 2. Bası, İstanbul, Mart, 2013, s. 129 et seq.

³²⁰ Şahin Akıncı/Abdurrahman Savaş, **Roma Hukuku Pratik Çalışmalar**, 4. Baskı, Sayram Yayınları, 2013, s. 21.

³²¹ Rado, *op. cit.*, s. 156.

³²² Bork, *op. cit.*, s. 349; Medicus/Petersen, *op. cit.*, s. 317; Huguenin, *op. cit.*, s. 159; Schwenzer, *op. cit.*, s. 302; Schmidlin, *op. cit.*, Art. 31, N. 15; Oğuzman/Barlas, *op. cit.*, s. 232; Akıncı, **Borçlar Genel**, *op. cit.*, s. 122; Kurşat, **İrade Sakatlıkları**, *op. cit.*, s. 263; Dural/Sarı, *op. cit.*, s. 227.

³²³ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, Cilt-1, *op. cit.*, N. 385; Kocayusufpaşaoğlu et al., *op. cit.*, s. 438.

³²⁴ Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, *op. cit.*, s. 212.

³²⁵ Smith, *op. cit.*, **Dictionary**, s. 987.

süre sınırı bulunmamakta, davalı herhangi bir süreye tabi olmaksızın, dava ne zaman açılırsa o zaman defiyi ileri sürerek talebi önleyebilmektedir. *Exceptio temporales* ise belirli bir süre içerisinde ileri sürülmek zorundadır³²⁶. Türk hukukunda yanılma, aldatma veya korkutma etkisinde hukuki işlem yapan tarafın, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak; aşırı yararlanmada ise zarar görenin düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl içerisinde iptal hakkını kullanması gerekir (TBK m.39 ve TBK m.28/f.2). Bu yönüyle de *in integrum restitutio*'nun kullanılabilmesi için ilk zamanlarda öngörülen 1 yıllık süre ile Türk hukukunda yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanmada iptal hakkının kullanılabilmesi için öngörülen 1 yıllık süreye ilişkin düzenlemelerin (TBK m.39 ve TBK m.28/f.2) birbirine paralel olduğu göze çarpmaktadır.

C. Post Klasik Hukuk Devri

İlk İmparatorluk Devrinden itibaren Roma siyasi hayatında *magistra*'ların gücü azalma eğilimi göstermiştir. *Praetor*'lar Son İmparatorluk Devrine kadar yargılamadaki fonksiyonlarını devam ettirseler de Cumhuriyet Devrindeki yenilikçi anlayışlarını sürdürememişlerdir. Özellikle *praetor*'ların yayınladıkları *edictum*'ların M.S. 130 yılında değişmez hale getirilmesiyle³²⁷ birlikte yeni hukuki himaye vasıtaları üretmelerinin yolu büyük ölçüde tıkanmıştır. M.S. 284'te *Diocletianus*'un imparator olmasıyla başlayan Son İmparatorluk Devrinden itibaren imparator emirnameleri ile hukuk hayatı düzenlenmiştir. *Diocletianus*, *praetor*'luk makamını kaldırarak, devlet memurları tarafından yürütülen *cognitio extra ordinem* usulünün yaygınlaşmasını sağlamıştır³²⁸. Nihayet M.S. 342 yılında çıkarılan bir emirname ile *formula* usulü birtakım yararsız kelime oyunlarından ibaret olduğu gerekçesiyle uygulamadan tamamen kaldırılmıştır³²⁹. *Iustinianus* devrine gelindiğinde, *ius civile* ile *ius*

³²⁶ Q.v. İkinci Bölüm, I, B, 2, b, *Exceptio*.

³²⁷ İmparator *Hadrianus* döneminde (M.S. 117-138) *praetor*'ların ve *aedilis curulis*'lerin *edictum*'ları, hukukçu *Salvius Iulianus*'un çalışmaları neticesinde gözden geçirilip birtakım değişiklikler yapılarak değişmez hale getirilmiş ve ortaya çıkan metin, *Edictum Perpetuum Hadriani* olarak isimlendirilmiştir. Berger, *op. cit.*, s. 449.

³²⁸ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 354-355.

³²⁹ Berger, *op. cit.*, s. 475; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 354.

honorarium birleşmiş ve aynı zamanda *formula* usulünün yerini *cognitio extra ordinem* usulü almış durumdadır³³⁰. Hukuk sistemlerinin birleşmesiyle birlikte *ius civile* hükümsüzlüğü-*ius honorarium* hükümsüzlüğü ayrımı ortadan kalkmıştır. Bununla birlikte, hukuki işlemin *ipso iure* mi *praetor* kararıyla mı hükümsüz kalacağına ilişkin ayrım da önemini yitirmiştir³³¹.

Iustinianus Devrinde kesin hükümsüzlük *ipso iure* ortaya çıkar³³². *Ipsa iure* ortaya çıkan kesin hükümsüzlüğün davanın her aşamasında ileri sürülmesi ve hükümsüzlüğün tespit edilmesi mümkündür. Ayrıca tarafların yanlışlarını düzeltme ve ileri sürdükleri iddiaların yetersizliklerini tamamlayabilme gibi *praetor*'dan daha geniş yetkilere sahip olan hâkimler³³³ de hükümsüzlüğü resen dikkate alabilirler. *Cognitio extra ordinem* yargılama usulü günümüz hukuklarındaki yargılamalara benzer tarzda tek aşamalıdır. Yargılamanın ilk kısmında davacının olayları anlatması (*narratio*) ve buna karşılık davalının kendi açısından olayları açıklaması (*contradictio*) neticesinde *litis contestatio* meydana gelir³³⁴. Sonrasında davayı yürüten hâkim, taraf açıklamalarını, iddiaları, cevapları ve delilleri değerlendirerek karar verir. *Cognitio extra ordinem* usulünde de *exceptio* bulunmakla birlikte artık *exceptio*, yargılamanın istisnai bir kısmı değil; davalının, davacının iddialarını reddetme amacıyla davanın her aşamasında ileri sürebildiği sebeplerdir³³⁵. Bu çerçevede bir *exceptio*'ya sahip olan taraf da kendisine işlemten doğan *actio* açıldıktan sonra davanın herhangi bir aşamasında *exceptio*'yu ileri sürerek ifadan kaçınabilmiştir. Ayrıca bu devirde *in integrum restitutio* kararını da içeren bazı *actio*'lar vasıtasıyla işlemin iptali ve ifa edilen edimlerin iadesi de sağlanmıştır³³⁶.

³³⁰ Zimmermann, *op. cit.*, s. 681.

³³¹ *Ibid.*

³³² Koç, *op. cit.*, s. 132.

³³³ Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 275.

³³⁴ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, *op. cit.*, s. 280. *Ordo iudiciorum privatorum* usulünde *litis contestatio*, davayı ikiye ayırarak kendisinden önceki borçları sona erdirirken *cognitio extra ordinem* usulünde böyle bir fonksiyonu yoktur. Dolayısıyla aynı davanın tekrar açılmayacağı kaidesi (kesin hüküm) *litis contestatio*'dan sonra değil, hâkimin kararından sonra yürürlüğe girer. Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 271.

³³⁵ Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, *op. cit.*, s. 281-282.

³³⁶ Bu *actio*'lara yönelik q.v. Üçüncü Bölüm, VI, B, *Dolus Malus* (Aldatma, Hile); Üçüncü Bölüm, VI, C, *Metus* (Korkutma, İkra) ve Üçüncü Bölüm, VII, *Laesio Enormis* (Aşırı Yararlanma, Gabin).

1. Kısmi Hükümsüzlük

Roma hukukunun kısmi hükümsüzlük konusundaki anlayışını özetleyen temel prensip “*utile per inutile non vitiatur*” (hukuki işlemin bir kısmındaki hükümsüzlükten, geri kalan kısım kural olarak etkilenmez) olarak ifade edilen *maxim*’dir³³⁷. Bu *maxim* müşterek hukukta ve Pandekt hukukunda formülize edilmiştir³³⁸. Prensibin ilk izlerinin ise *Ulpianus*’a ait Ulp. D. 45, 1, 1, 5 metnine ulaştığı kabul edilmektedir. Kısmi hükümsüzlük konusunda ulaşılan metinlerin *interpolatio* şüphesinden dolayı Klasik Devre ait olmadığı görüşü yakın zamanda yapılan çalışmalar çerçevesinde yumuşamışsa da³³⁹, doktrinde baskın görüş Ulp. D. 45, 1, 1, 5 metninin yalnızca bir olaya özgü olduğu ve kısmi hükümsüzlük prensibinin Post Klasik devre ait olduğu yönündedir³⁴⁰.

Ulp. D. 45, 1, 1, 5: “*Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem*”.

Ulp. D. 45, 1, 1, 5: Eğer *Pamphilus* için *stipulatio* yaparsam ve sen *Pamphilus* ve *Stichus* için birlikte taahhüt verirsen, bence *Stichus*’un lüzumsuz olduğu düşünülmelidir. Birden çok nesne taahhüt edildiğinde, ki burada iki *stipulatio* vardır, biri lüzumlu iken diğeri lüzumsuzdur ve lüzumlu olan lüzumsuz olan tarafından geçersiz kılınmaz.

Esasen *stipulatio*’da yer alan hususlar bütün olarak dikkate alınır ve tamamı için “*spondeo*” (taahhüt ediyorum) şeklinde tek bir cevap verilir. Dolayısıyla hukuki işlemin bir kısmı geçersiz olduğunda bu geçersizlik işlemin tamamına sirayet eder. *Ulpianus*’un çözümü kuralın dışına çıkmaktadır. *Ulpianus*, iki ayrı *stipulatio* varmış

³³⁷ Zimmermann, *op. cit.*, s. 683.

³³⁸ Üçer, *Kısmi Butlan*, *op. cit.*, s. 49.

³³⁹ *Ibid.*, s. 48-49.

³⁴⁰ Zimmermann, *op. cit.*, s. 75.

gibi kabul edilerek, taahhütlerin yalnızca birinin geçersiz olacağını, diğerinin ise geçerli kalacağını ifade etmektedir³⁴¹. *Marcianus*'a ait metinde de kısmi hükümsüzlük tartışılmakta, fakat farklı bir sonuca ulaşılmaktadır.

Marci. D. 18, 1, 44: “*Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio*”.

Marci. D. 18, 1, 44: Eğer bir kişi aynı ve tek bir bedel karşılığında iki köle satın alır, kölelerin biri satış sözleşmesi kurulmadan ölürse, yaşayan kölenin satışı hükümsüz (*neque constat*) olur.

Ulpianus'a ait metindeki aksine bu metinde *stipulatio* değil, satış sözleşmesi bulunmaktadır. İki köleye karşılık tek bir satış bedeli belirlenmiştir. Metinde kölelerden birinin ölmesi yani başlangıçta objektif imkânsızlık ortaya çıkması halinde sözleşmenin tamamının hükümsüz olacağı ifade edilmiştir. Ancak bu ifadeden Roma hukukunda kısmi hükümsüzlüğün kabul edilmediği sonucu çıkarılmamalıdır. Burada kölelerden birinin ölmesi halinde yaşayan kölenin satış bedeli tespit edilememekte ve satış bedelinin kesin olarak belirlenmesi veya belirlenebilir olmasına (*pretium certum*) ilişkin kurala aykırılık sebebiyle sözleşmenin tamamı hükümsüz olmaktadır³⁴². *Stipulatio* tek tarafa borç yüklediği için Ulp. D. 45, 1, 1, 5'de bedelin belirlenememesine ilişkin bir problem ortaya çıkmamıştır.

Türk hukukunda da hukuki işlemin belirli bir kısmını geçersiz sayıp, geri kalan kısmını geçerli kabul etmeye ve işlemi geriye kalan hükümlerle ayakta tutmaya kısmi hükümsüzlük (kısmi kesin hükümsüzlük, kısmi butlan) denir³⁴³. Hukuki işlemdeki sakatlığın sadece bir kısma özgü olduğu ve diğer kısmı geçerli saymanın tarafların farazi arzusuna uygun düştüğü durumlarda kısmi hükümsüzlük gündeme gelir³⁴⁴. Bu bağlamda kısmi kesin hükümsüzlükte nesnel ve öznel iki unsur vardır. Nesnel unsur,

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² David Johnston, *The Cambridge Companion to Roman Law*, Cambridge University Press, 2015, s. 460-461.

³⁴³ Başpınar, *op. cit.*, s. 28 et seq.; Kırkbeşoğlu, *op. cit.*, s. 75 et seq.; Oğuzman/Barlas, *op. cit.*, s. 229; Dural/Sarı, *op. cit.*, s. 232.

³⁴⁴ Guilloid/Steffen, *op. cit.*, Art. 19-20, N. 101; Schwenzner, *op. cit.*, s. 263; Huguenin, *op. cit.*, s. 122; Başpınar, *op. cit.*, s. 29; Oğuzman/Barlas, *op. cit.*, s. 229; Akıncı, *Borçlar Genel, op. cit.*, s. 120.

hükümsüzlüğün sözleşmenin salt bir kısmına sirayet etmiş olması; öznel unsur ise tarafların farazi iradelerinin sözleşmenin devamı yönünde olmasıdır³⁴⁵.

TBK m.27/f.2'ye göre “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”. Bu itibarla kısmi kesin hükümsüzlük, hukuki işlemin ayakta tutulması (*favor negotii*) ilkesinin somutlaşmış bir görünümüdür. TBK m.27/f.2 hükmü, kuralı kısmi hükümsüzlük lehine tesis ettiği için karine olarak kısmi hükümsüzlük söz konusudur³⁴⁶. Bir sözleşmenin içerdiği şartlardan yalnızca bir tanesi emredici hükümlere aykırı ise TBK m.27/f.2'ye göre sadece o şart hükümsüz olmakta, sözleşme o kayıt bulunmaksızın geriye kalan kısmı itibarıyla geçerli sayılmaktadır. Ancak ilgili şart olmaksızın taraflarca o sözleşmenin hiç yapılmayacağı anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur³⁴⁷. Tarafların kısmi kesin hükümsüzlüğü istediği karine olarak kabul edildiği için aksini iddia eden, yani sözleşmenin tamamının kesin

³⁴⁵ Schwenzer, **op. cit.**, s. 263.

³⁴⁶ Schwenzer, **op. cit.**, s. 264; başka bir deyişle şüphe halinde öncelik kısmi hükümsüzlüktedir. Huguenin, **op. cit.**, s. 122.

³⁴⁷ Türk hukukunda kanunun emredici hükmü ve amacı gereği bazı durumlarda sözleşme kesin hükümsüz olmaz, kısmi hükümsüzlük sebebiyle ortaya çıkan sözleşme boşluğu doldurulur. Huguenin, **op. cit.**, s. 123; Schwenzer, **op. cit.**, s. 264; Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 64. **Huguenin**, kısmi kesin hükümsüzlüğün ihlal edilen hükmün amacını gerektirdiğini ifade etmektedir. Huguenin, **op. cit.**, s. 122. Bu hallerde TBK m.27/f.2 uygulanmaz, ihlal edilen emredici hükmün amacı göz önüne alınarak sadece kanuna aykırı kısım kesin hükümsüz sayılır ve sözleşme diğer hükümleriyle geçerli kabul edilir. Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 229, dn. 352. Tarafların kesin hükümsüz sayılan kısım olmadığı takdirde sözleşmeyi yapıp yapmayacaklarına ilişkin farazi iradelerine bakılmaz. Bu şekilde kısmi hükümsüzlük zorunlu hale gelmiş olur. Huguenin, **op. cit.**, s. 123-124; Guillo/Stepfen, **op. cit.**, Art. 19-20, N. 104-105; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 229, dn. 352; Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 64. Kısmi hükümsüzlük durumunda bazen sözleşmenin geçersiz olan hükmünün yerine bir başka hükmün geçirilmesi ve böylece kısmi hükümsüzlük sonucunda oluşan boşluğun doldurulması söz konusu olabilir. Buna, hüküm ve sonuçları değişikliğe uğramış anlamında değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük denilmektedir. Schwenzer, **op. cit.**, s. 264; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 230; Başpınar, **op. cit.**, s. 152-153. Bu durumda boşluğu dolduran ikame hüküm durumundaki kanun hükmü bazen bir emredici hukuk kuralı bazen ise tamamlayıcı nitelikte bir yedek hukuk kuralıdır. Necip Kocayusufoğlu, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”, **Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan**, İstanbul, 1996, s. 29; Kocayusufoğlu et al., **op. cit.**, s. 604-605; Başpınar, **op. cit.**, s. 155; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 230-231. Sözleşmedeki bir maddenin hükümsüzleşmesi halinde, geriye kalan ve geçerliliğini koruyan maddelerden bazılarının da hükümsüz sayılan o madde olmaksızın taraflarca kabul edilmeyeceğinin söylenebildiği hallerde, hükümsüz maddeyle birlikte bu tarz maddelerin de hükümsüz sayılması ve sözleşmenin bu tür maddelerden de arınmış olarak varlığını sürdürmesi durumu ise, doktrinde genişletilmiş kısmi hükümsüzlük olarak isimlendirilmektedir. Bu noktada tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak sakat kısım olmaksızın sözleşmenin geçerli kısımlarından bazılarının da yapılmayacağı sonucuna varılmaktadır. Başpınar, **op. cit.**, s. 172; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 231.

hükümsüz olması gerektiğini savunan taraf bu iddiasını ispat etmek zorundadır³⁴⁸. Dolayısıyla “*utile per inutile non vitiatur*” prensibi, Türk hukukunda da benimsenmiştir.

2. *Conversio* (Tahvil, Çevirme)

Roma hukuku kaynaklarında tahvile kavramsal olarak yer verilmemiştir. Bununla birlikte metinlerde, hükümsüz bir hukuki işlemin geçerli bir işleme tahviline rastlanmaktadır.

Bu konuda ilk olarak miras hukukunda, vasiyetnameler hususunda bir uygulama dikkat çekmektedir. Roma’da Eski Hukuk Devrinden *Iustinianus* Devrine uzanan süreçte, geçerlilik şartları birbirlerinden farklı birçok vasiyetname türü ortaya çıkmıştır. Klasik Devirde, *mancipatio*’nun şekli zorluklarından kurtulmak amacıyla M.Ö. 2. yüzyılda *praetor*’larca kabul edilen *praetor* vasiyetinin geçerli olması için vasiyetnamede yedi tanığın mührünün bulunması şartı aranmaktaydı³⁴⁹. *Iustinianus* Devrinde ise sözlü ve yazılı olmak üzere iki vasiyetname türü ortaya çıkmış; sözlü vasiyetnamede (*testamentum per nuncupationem*) yedi tanığa son arzuların bildirilmesi, yazılı vasiyetnamede (*testamentum per scripturam*) ise yedi ergin Roma vatandaşı tanığın ve vasiyeti yapacak kişinin metni birlikte imzalamaları şartı aranmıştır³⁵⁰. Bununla birlikte *Iulius Ceasar* döneminde ortaya çıkan ve ileriki zamanlarda imparatorlar tarafından izin verilen³⁵¹ bir diğer vasiyetname türü olan asker vasiyeti (*testamentum militis*), askerlerin yapabildiği ve şekle tabi olmayan istisnai vasiyetnameydi³⁵². Ulp. D. 29, 1, 3’e göre bir asker, asker vasiyeti yapabilecekken normal vasiyetname türlerinden birini kullanarak vasiyetname yapar

³⁴⁸ Akıncı, **Borçlar Genel**, *op. cit.*, s. 120.

³⁴⁹ Erkan Küçükgüngör, **Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 135-136; Erkan Küçükgüngör, “Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti”, **AÜHFD**, Cilt 45, Sayı 1, 1996, s. 511.

³⁵⁰ Küçükgüngör, **Vasiyet**, *op. cit.*, s. 144 et seq.; Küçükgüngör, **Muayyen Mal Vasiyeti**, *op. cit.*, s. 511.

³⁵¹ İmparator *Traianus*, askerlerin istedikleri şekilde vasiyetname yapabilme imtiyazını süresiz olarak kabul etmiştir. Küçükgüngör, **Muayyen Mal Vasiyeti**, *op. cit.*, s. 512.

³⁵² Küçükgüngör, **Vasiyet**, *op. cit.*, s. 138 et seq.; Küçükgüngör, **Muayyen Mal Vasiyeti**, *op. cit.*, s. 512.

ancak tanıklara ilişkin şart yerine gelmeden ölürse, yapmış olduğu vasiyetname asker vasiyeti olarak geçerli olabilecektir³⁵³.

Borçlar hukuku alanında ise hükümsüz vekâlet sözleşmesinin *locatio conductio*'ya tahviline ilişkin Paul. D. 17, 1, 1, 4 metni bulunmaktadır.

Paul D. 17, 1, 1, 4: “*Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit*”.

Paul D. 17, 1, 1, 4: Vekâlet sözleşmesi ücretsiz yapılmazsa hükümsüzdür (*nullum*), bunun sebebi sözleşmenin temelini, görev dolayısıyla yapılmasına ve arkadaşlığa dayanmasıdır, bu sebeple bedel ödenmesi göreve aykırıdır, bedel bulunduğu takdirde işlem daha çok *locatio conductio* olarak görülür.

Roma hukukunda vekâlet sözleşmesi, *congitio extra ordinem* usulüyle şeref ücretine izin verilene kadar, ücret karşılığı yapılmayan bir sözleşme olmuştur³⁵⁴. *Locatio conductio* kavramı altında toplanan kira, eser ve hizmet sözleşmeleri ise ücretli olarak yapılabilir. Bu sebeple metinde, vekâlet sözleşmesi ücretli yapıldığı için hükümsüz olsa dahi, sözleşmenin *locatio conductio* grubunda yer alan sözleşmelerden birine tahvil edilebileceği kabul edilmiştir.

Kesin hükümsüz olan hukuki işlemin başka bir hukuki işleme çevrilerek sonuç doğurmasını sağlayan tahvil kurumuna ilişkin, İsviçre-Türk hukuk sisteminde de Roma hukukunda olduğu gibi açık bir hüküm yer almamaktadır³⁵⁵. Bununla birlikte İsviçre-Türk hukuklarında tahvil kurumunun uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir³⁵⁶. Doktrinde kabul gördüğü üzere kesin hükümsüz bir işlem bulunduğu, bu işlem ikame işlemin geçerlilik koşullarını sağlıyor ve tarafların

³⁵³ Zimmermann, **op. cit.**, s. 684-685.

³⁵⁴ Rado, **op. cit.**, s. 116-117; Abdurrahman Savaş, **Roma ve Türk Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi**, Adal Ofset, Konya, 2005, s. 25-26.

³⁵⁵ Schwenger, **op. cit.**, s. 249; Huguenin, **op. cit.**, s. 108.

³⁵⁶ Esener, **Tahvil**, **op. cit.**, s. 234 et seq.; Kaneti, **op. cit.**, s. 1; Havutçu, **op. cit.**, s. 651 et seq.; Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 611.

farazi iradeleri de bu işlem yönünde ise geçersiz işlemin ikame işleme tahvili mümkündür³⁵⁷.

II. ROMA HUKUKUNDA HAK VE FİİL EHLİYETİNE BAĞLI OLARAK ORTAYA ÇIKAN HÜKÜMSÜZLÜK

Roma hukukunda hak ve fiil ehliyetine sahip olabilme şartları ve ehliyetsizliğin hukuki işlemler üzerindeki etkisi günümüz hukuklarından ve bu çerçevede Türk hukukundan oldukça farklıdır. Köleliğin mevcut olması, vatandaş ile yabancılar arasındaki ilişkilerin ve aile içerisindeki hukukun henüz hümanizm ve insan hakları bağlamında değerlendirilmiyor oluşu bu farklılığı ortaya çıkarmıştır. Bu sebeple, bu kısımda Roma hukukundaki hak ve fiil ehliyetinin şartlarını açıklayarak hükümsüzlüğe yol açan durumları, tarihsel değişim sürecini de göz önünde bulundurarak inceleyeceğiz.

A. Hak Ehliyetine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hükümsüzlük

Hak ehliyeti, kişinin haklara ve borçlara sahip olabilme³⁵⁸, haklardan yararlanma ehliyetidir³⁵⁹. Bir toplumda kimlerin “kişi” olarak kabul edileceği ise hukuk düzeni tarafından belirlenir³⁶⁰. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kişileri gerçek ve tüzel kişiler olmak üzere ikiye ayırır. TMK m.8/f.1 “*Her insanın hak ehliyeti vardır*” hükmüyle tüm insanları gerçek kişi olarak kabul eder. Roma hukukuna göre ise hak ehliyetine sahip olmak için insan olmak yeterli değildir³⁶¹. Roma hukukuna ilişkin metinlerde fiziki anlamda insanı ifade etmek için kullanılan “*persona*” kavramı ile insanlar ve köleler ifade edilmektedir³⁶². Ancak köleler insan olmalarına rağmen hukuki anlamda

³⁵⁷ Açıklamalar için q.v. Birinci Bölüm, III, B, 2, Kesin Hükümsüzlük.

³⁵⁸ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 42.

³⁵⁹ Serozan, **Medeni Hukuk**, **op. cit.**, s. 415.

³⁶⁰ Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, **op. cit.**, s. 153 et seq.; Fulya İlçin Gönenç, **Roma Hukukunda Kadın**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., İstanbul, Mart, 2010, s. 15.

³⁶¹ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, **op. cit.**, s. 140; Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, **op. cit.**, s. 156 et seq.

³⁶² William Warwick Buckland, **The Roman Law of Slavery**, Cambridge at the University Press, 1908, s. 4; Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s. 156. Roma’da tiyatro oyuncularının oyun esnasında takmış oldukları maskelere “*persona*” denmektedir. Bugünkü anlamıyla hak ehliyetine sahip varlıkları ifade ettiği kabul

gerçek kişi değil, eşya (*res*) olarak kabul edilmektedirler³⁶³. Dolayısıyla Roma hukukuna göre “kişi” olabilmek için “insan” olmak yeterli değildir.

Türk hukuku her insanı hak ehliyetine sahip kabul etmiş ancak bazı durum ve şartlarda hak ehliyetinin sınırlandırılabilirliğini de kabul etmiş, TMK m.8/f.2 hukuk düzeninin sınırları içerisinde olmak kaydıyla bütün insanların hak ehliyetine sahip olacaklarını ifade etmiştir. Doktrinde **Tercier**, hak ehliyeti olmayan kişinin yaptığı hukuki işlemlerin ve hak ehliyeti sınırlanan kişinin sınırlama getirilen konuda yaptığı hukuki işlemlerin yok hükmünde olduğunu savunmaktadır³⁶⁴. **Dural/Sarı** ise hukuki işlemi yapan kişi veya kişilerin hak ehliyetine sahip olmaması durumunda işlemin kesin hükümsüz olacağını ifade etmektedir³⁶⁵.

Roma hukukuna göre hak ehliyetinin varlığı, özgürlük durumuna (*status libertatis*), vatandaşlık durumuna (*status civitatis*) ve aile durumuna (*status familiae*) bağlıdır (Paul. D. 4, 5, 11). Hür olanlar, Roma vatandaşı olanlar ve *pater familias* hâkimiyeti altında bulunmayanlar hak ehliyetine sahip olabilir. Ancak bu statülere sahip olanların da bazı durumlarda hak ehliyeti sınırlandırılmış olabilir. Roma’nın farklı devirlerine göre din, toplumsal sınıf farklılıkları, *infamia*, azatlılık gibi birtakım etkenler hak ehliyetinin daralmasına sebep olmuştur. Roma hukukunda hak ehliyeti bulunmayanların yaptıkları tüm hukuki işlemlerin hükümsüz olduğuna ilişkin bir genelleme yapmak ise mümkün değildir. Bunun sebebi bazı durumlarda hak ehliyeti bulunmamasına rağmen fiil ehliyetine sahip olunabilmesidir³⁶⁶. Bu noktada hak ehliyeti bulunmayan kimseye fiil ehliyeti de tanınmamışsa yaptığı hukuki işlemler

edilen “kişi” sözcüğü, günümüzdeki batı dillerinde Yunanca’dan Latince’ye geçen “*persona*” sözcüğüne dayanan terimlerle ifade edilmektedir. *Gaius* ise *persona* başlığı altında yalnızca köleleri ve insanları inceler (Gai. I. 1, 9). Dolayısıyla, günümüzdeki batı dillerindeki anlamıyla karşılaştırıldığında *persona*; bir bakıma hak ehliyetine sahip olmayan köleleri de içine aldığından daha geniş, diğer yandan tüzel kişileri dışarıda bıraktığından daha dar bir anlam ihtiva eder. Gönenç, **Kadın, op. cit.**, s. 13, dn. 16.

³⁶³ Richard A. Bauman, **Human Rights in Ancient Roma**, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2003, s. 115; Buckland, **Slavery, op. cit.**, s. 3; Serpil Altop, **Roma Hukuku’nda Kölelik**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 19.

³⁶⁴ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **op. cit.**, s. 110 ve 154; Aynı yönde: Barış Demirsatan, “Vakıf Tüzel Kişiliği Bakımından Tescilin İyileştirici Etkisi ve MK m. 103/II Hükümünün İşlevi”, **İÜHFİM**, Cilt 75, Sayı 1, s. 348.

³⁶⁵ Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 226.

³⁶⁶ Paul Koschaker/Kudret Ayiter, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No 370, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 90; Gönenç, **Kadın, op. cit.**, s. 23; Tamer, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 76.

hükümsüz olur. Diğer yandan, hak ehliyeti bulunmamasına rağmen fiil ehliyeti tanınmış ve şartları mevcutsa yaptığı hukuki işlemler geçerli olur.

Roma hukukunda, hak ehliyetini ortadan kaldıran statülerin dereceleri³⁶⁷ dahi farklı olduğundan, ehliyet eksikliği durumunda hükümsüzlüğün türüne ilişkin de bir genelleme yapmak mümkün değildir. Bununla birlikte Eski Hukuk Devrinin kurucu şekle tâbi işlemleri bakımından ehliyetsizlik, törensel şeklin şartlarına da aykırı düşeceğinden varlık sorunu olarak değerlendirilmekte ve hukuki işlemin yokluğuna yol açmaktadır. Bunların dışında kalan işlemler bakımından, hak ehliyeti bulunmayan kimsenin yapamadığı, yapması yasaklanan işlemlerin akıbeti hükümsüzlük olmakla birlikte hükümsüzlüğün türü açısından genel bir tespitte bulunmak mümkün değildir. Bu aşamada esas zorluk, günümüzdeki hükümsüzlük terminolojisiyle yorumlarken ehliyetsizliğin sebebine ve derecesine göre yokluğun mu kesin hükümsüzlüğün mü ortaya çıkacağını belirlemek noktasındadır. Metinlerde kullanılan terminoloji de hükümsüzlük türünü tespit etme açısından çok sınırlı bir katkı sağladığı için hak ehliyetini ortadan kaldıran veya sınırlandıran statülerin hukuki işlemler üzerindeki etkilerini incelerken hükümsüzlüğün türüne ilişkin detaylı bir nitelendirme yapmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

1. Özgürlük Durumunun (*Status Libertatis*) Hukuki İşlemlere Etkisi

Köleler, haklara ve borçlara ehil olmayan ancak insan olma nitelikleri sebebiyle, hürler için gerekli şartlara sahip olmak kaydıyla fiil ehliyeti bulunan varlıklardır. Hak ehliyeti bulunmadığı için malvarlığı da bulunmayan kölelerin edinimleri, efendilerinin, *pater familias*'ın malvarlığına dâhil olurdu (Gai. I. 1, 52).

Üçüncü kişiler ile hukuki işlem yapan kölenin iktisap ettiği mal *res nec Mancipi*³⁶⁸ ise *traditio* ile *pater familias*'ı için mülkiyeti devren kazanması

³⁶⁷ Hak ehliyetinin kaybı Roma hukukunda *capitis deminutio* kavramıyla ifade edilmektedir. *Capitis deminutio maxima* özgürlüğün kaybedilmesi, *capitis deminutio media* Roma vatandaşlığının kaybedilmesi, *capitis deminutio minima* ise aile statüsündeki değişiklik için kullanılmaktadır. Özgürlük durumundaki değişiklik kişiliği en çok sınırladığı için *maxima*, aile statüsündeki değişiklik ise en az sınırladığı için *minima* kavramları kullanılmıştır. Duygu Özer Sarıtaş, **Roma Kişiler Hukuku Ders Notları**, Dora Basım Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 1. Baskı, 2018, s. 63 et seq.; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, op. cit., s. 127-128.

³⁶⁸ Roma devletinin ilk dönemlerinde eşya sınıflandırmaları arasında en önemlisi *res Mancipi-res nec Mancipi* ayrımıdır. İtalya arazisi ve üzerindeki yapılar, arzi irtifaklar, köleler, yük ve çeki amaçlı çiftlik

mümkündü³⁶⁹. *Res Mancipi* malların mülkiyetinin devri ise, İlk İmparatorluk Devrinin başlarına kadar *mancipatio* ve *in iure cessio* işlemleri ile gerçekleştirilmiştir³⁷⁰. Kölelerin bu devir işlemlerinden *mancipatio* ile *pater familias* için mülkiyeti iktisap edebilecekleri kabul edilmiştir (Gai. I. 3, 167). *In iure cessio* işlemi ile mallar üzerinde tasarrufta bulunmalarına ise izin verilmemiştir³⁷¹.

In iure cessio işleminin gerçekleşmesi için bir malın mülkiyetinin devredileceği hususunda iki taraf anlaşır ve *magistra* önüne giderler³⁷². Mülkiyeti devralacak olan taraf, malın *Quirites* hukuku uyarınca kendisine ait olduğunu iddia eder, devreden taraf ise bunu kabul eder veya sadece susar³⁷³. *In iure cessio*, dava olarak nitelendirilemese de dava şekline bürünmüş bir mülkiyeti devir işlemidir³⁷⁴. Bu sebeple tarafların dava ehliyetinin bulunması gerekmektedir³⁷⁵. Kölelerin ise davada taraf olma ehliyeti bulunmamaktadır³⁷⁶. Köle, bir şekilde *in iure cessio* işleminin tarafı olmuşsa, işlem hükümsüzdür. Tarafların varlığı, *in iure cessio* işleminin kurucu unsuru olduğu için bu tarz bir hükümsüzlüğün türünün yokluk olduğunu ifade etmek gerekir.

Kölelerin hukuken geçerli bir evlilik birliği kurması da kabul edilmemiştir. *Ius civile*'ye uygun bir evliliğin oluşabilmesi için evleneceklerin *ius connubii* olarak ifade edilen evlenme hakkına sahip olmaları aranmaktadır. Bu hak Roma vatandaşları ile Romalıların hak tanıdığı yabancılara tanınmıştır³⁷⁷. *Ius connubii*'ye sahip olanların geçerli bir evlilik yapabilmesi için iki unsurun bulunması gerekmektedir. Bu unsurlar eşlerin yaşam boyunca karı koca olarak yaşamak konusundaki devamlı niyetleri (*affectio maritalis*) ve bir erkekle kadının toplumda karı-koca olarak yerini almasını

hayvanları (öküz, at, katır ve eşek) *res Mancipi* kabul edilmektedir. Bunlar ilkel taşra ekonomisi için yüksek değeri olan maddelerdir. *Res Mancipi*'lerin dışında kalan mallar ise *res nec Mancipi* kabul edilmektedir. Berger, **op. cit.**, s. 678.

³⁶⁹ Altop, **op. cit.**, s.70.

³⁷⁰ Berger, **op. cit.**, s. 678; Belgin Erdoğan, **Roma Eşya Hukuku**, Der Yayınları, Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul, 2015, s. 7; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 168. Milat civarından itibaren *res Mancipi*'lerin *traditio* ile devri *exceptio rei venditae et traditae* (satılmış ve teslim edilmiş mal def'i) ve *actio Publicana in rem* ile korunmaya başlandığından *res Mancipi-res nec Mancipi* ayrımı da önemini yitirmiştir. Erdoğan, **Roma Eşya, op. cit.**, s. 7.

³⁷¹ Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Meseleleri**, Der Yayınları, Beşinci Basım, İstanbul, 2010, s. 54; Altop, **op. cit.**, s.70.

³⁷² Du Plessis, **op. cit.**, s. 185; Erdoğan, **Roma Eşya, op. cit.**, s. 62.

³⁷³ Berger, **op. cit.**, s. 496; Erdoğan, **Roma Eşya, op. cit.**, s. 62.

³⁷⁴ Berger, **op. cit.**, s. 496; Koschaker/Ayiter, **op. cit.**, s. 138.

³⁷⁵ Koschaker/Ayiter, **op. cit.**, s. 138.

³⁷⁶ Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 30; Altop, **op. cit.**, s.70.

³⁷⁷ Berger, **op. cit.**, s. 527; Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 49-50.

ifade eden evlilik şerefidir (*honor matrimonii*)³⁷⁸. Bu unsurlara sahip olan ve *ius civile* tarafından tanınan evlilik *matrimonium* olarak ifade edilmektedir³⁷⁹.

İki kölenin kendi arasında veya bir köle ile hür arasında karı-koca ilişkisi olduğunda ise bu ilişki *matrimonium* olarak kabul edilmez, fiili bir ilişki olarak *contubernium* olarak ifade edilirdi³⁸⁰. Bu tarz bir ilişki aile ve hısımlık gibi hukuki sonuçlar doğurmayan fiili bir birleşme olarak kabul edilmekteydi³⁸¹. Dolayısıyla taraflar *matrimonium* yapma iradesine sahip olsalar dahi *ius connubii* mevcut olamayacağı için evlilik hükümsüz olurdu.

Contubernium tarzı birliktelikler, gerekli şartlar bulunduğu takdirde özgürlüğün kazanılmasıyla, geçerli bir evliliğe dönüşürdü³⁸². Bu noktada özgürlüğün kazanılması evliliğin kurucu unsurudur. Bu unsur gerçekleşince, evlenmenin diğer kurucu unsurları olan tarafların rızası ve aile şerefine *contubernium*'un bulunması sebebiyle mevcut olduğu varsayılmaktadır. Post Klasik Devirde, düzenli bir ilişki içerisinde yaşayan iki kölenin birlikteliği her ikisinin de azat edilmesi gibi bir sebeple geçerli bir evlilik haline geldiğinde çocuklarının (*liberi naturales*) nesebinin de tashih edileceği kabul edilmiştir³⁸³. Bunun yanı sıra köleler arasındaki ilişkinin doğurduğu kan bağı (*cognatio servilis*), kölelerin azat edilmesinden sonra evlenme engeli gibi bazı hukuki sonuçlar da doğurmaktaydı³⁸⁴. 11. yüzyılın sonlarından itibaren köleler arasındaki birleşme, Hristiyan bir rahip tarafından takdis edildikleri takdirde evlilik sayılmaya başlanmıştır³⁸⁵.

Kölelerin malvarlıkları olmadığı için miras bırakmaları da mümkün değildir³⁸⁶. Bu sebeple kölelerin hazırlamış oldukları vasiyetnameler hükümsüz olur³⁸⁷.

³⁷⁸ Fulya İlçin Gönenç, "Roma Hukuku'nda Boşanma (Divortium)", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VII, Sayı 1-2, Erzincan, 2003, s. 646. Evlilik şerefine (*honor matrimonii*) evliliğin devam ettiğine ilişkin bir karine olduğu yönünde q.v. Ziyet Seldağ Güneş Ceylan, **Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 65.

³⁷⁹ Bruce W. Frier/Thomas A. J. McGinn, **A Casebook on Roman Family Law**, Oxford University Press, 2004, s. 4; Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 135.

³⁸⁰ Buckland, **Slavery, op. cit.**, s. 76; Berger, **op. cit.**, s. 415; Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 49; Di Marzo, **op. cit.**, s. 39; Gönenç, **Kadın, op. cit.**, s. 141.

³⁸¹ Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 49.

³⁸² Ayiter, **Aile, op. cit.**, s. 11; Altop, **op. cit.**, s.76.

³⁸³ Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 126; Gönenç, **Kadın, op. cit.**, s. 142.

³⁸⁴ Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 38; Gönenç, **Kadın, op. cit.**, s. 142.

³⁸⁵ Gönenç, **Kadın, op. cit.**, s. 142.

³⁸⁶ Ahmet Nadi Günel, "Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 44, Sayı 1, Ocak, 1995, s. 426.

³⁸⁷ Buckland, **Slavery, op. cit.**, s. 83.

Özgürlüğüne kavuşsa dahi, köle iken yapmış olduğu vasiyetname geçerlilik kazanmaz³⁸⁸. Atanmış mirasçı olarak mirastan faydalanmaları ise mümkündür³⁸⁹. Ancak bu durumda miras, kölenin hâkimiyeti altında bulunduğu efendisinin izniyle elde edilir ve efendisinin malvarlığına dâhil olurdu³⁹⁰.

Günümüz hukuklarında kölelik kurumu kaldırılmış olduğu için Roma hukukunun kölelere ilişkin hükümleri tarihsel bilgi olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte günümüz teknolojik gelişmeleri ışığında yapay zekâ robotları üretilmeye başlanmış ve bu robotların hukuki statüsünün belirlenmesinde Roma hukukundaki kölelik modeli bir görüş olarak ileri sürülmüştür³⁹¹. Bu çerçevede hak ehliyeti bulunmayan ancak şartları mevcutsa fiil ehliyetine sahip olabilen kölelerin bu statüsünün yapay zekâ robotlarının statüsünün belirlenmesinde katkısı olabileceği kanaatindeyiz. Bu görüş ve tartışmalar başlı başına bir araştırma konusu olabilecek genişlikte olduğundan bu hususta bir not düşmekle yetiniyoruz.

2. Vatandaşlık Durumunun (*Status Civitatis*) Hukuki İşlemlere Etkisi

Hak ehliyetine sahip olmanın ikinci şartı Roma vatandaşı olmaktır (*status civitatis*). Roma toplumu; Roma vatandaşları, Roma egemenliği altında yaşayan ve kendilerine vatandaşlık tanınmayan *peregrinus*'lar³⁹² ve *peregrinus*'lara göre daha iyi durumda bulunan *Latinus*'lardan³⁹³ oluşmaktadır³⁹⁴. İmparatorluk sınırları dışında kalan ve Romalıların siyasi veya ekonomik hiçbir ilişki içinde bulunmadıkları

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ Günel, *Roma Miras*, *op. cit.*, s. 426.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ Çağlar Ersoy, *Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 3. Baskı, İstanbul, Nisan, 2018, s. 94-95.

³⁹² *Peregrinus* kavramı önceleri Roma şehir devleti çevresinde oturan ve Roma *civitas*'ına dâhil olmayan kavimleri belirtmek için kullanılmaktaydı. Roma devleti önce İtalya'daki, sonra da Akdeniz kıyılarındaki bütün devlet ve kavimleri egemenliği altına alarak büyük bir imparatorluğa dönüşünce, Roma egemenliği altına girmiş olmakla birlikte Roma vatandaşı statüsü kazanamamış kimseleri Roma vatandaşlarından ayırmak için kullanıldı. Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 151.

³⁹³ *Latinus*'lar İtalya'nın *Latium* bölgesinde yaşayan kişilerdir. Eskiden Roma, *Latium*'da kurulmuş diğer devletlerle birlikte bir konfederasyon içerisinde bulunmaktaydı. Konfederasyona dâhil olan şehir devletlerinin vatandaşları olan *Latinus*'lara konfederasyon anlaşmasında öngörüldüğü oranda Roma'da birtakım haklar tanınmıştı. Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 153.

³⁹⁴ Fulya İlçin Gönenç, "Roma'nın "Vatandaşlık" Politikası", *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 666.

kavimlerin ve devletlerin halkına ise *barbarus* denilmektedir³⁹⁵. *Ius civile*'nin kamu hukuku alanında vatandaşlara sağladığı seçme ve seçilme hakkı (*ius suffragii* ve *ius honorum*) ve Roma ordu birliklerine katılarak askerlik yapma hakkı (*ius militiae*) Roma vatandaşlarına tanınmıştı³⁹⁶. Özel hukuk alanında ise *ius civile*'ye özgü hukuki işlemlerde taraf olabilme hakkı (*ius commercium*) ve hukuken geçerli bir evlilik yapabilme hakkı (*ius connubii*) kural olarak Roma vatandaşlarının idi³⁹⁷. Ayrıca geçerli bir vasiyetname düzenleyebilme hakkı (*ius testamenti factio*) da vatandaşlara tanınmıştı³⁹⁸. Roma vatandaşı olmayanlar ise bazı özel koşullar altında hukuki işlemlere taraf olabilme (*ius commercium*) ve hukuken geçerli evlilik yapabilme haklarını (*ius connubii*) kazanabiliyorlardı³⁹⁹.

Roma devleti sınırlarının dışında yaşayan yabancıların durumu; bu kişilerin vatandaşı oldukları devletlerle Roma devleti arasındaki siyasi ilişkilere göre şekillenmekteydi⁴⁰⁰. Vatandaşı oldukları kavim veya devletle Roma arasında anlaşma bulunmayan yabancılara hiçbir hak tanınmaz, eğer bu kişiler Roma devleti sınırlarına girerlerse hiçbir hukuki korumadan yararlanamazlardı⁴⁰¹. Herhangi bir Roma vatandaşı, bu kişilere el koyabilir, bunları köle olarak kullanabilir, satabilir, öldürebilir veya mallarını ellerinden alabilirdi⁴⁰². *Barbarus* olarak ifade edilen bu kişilerin yapmış oldukları hukuki işlemler, muhatabı Roma vatandaşı olsa dahi hükümsüz kabul edilirdi⁴⁰³.

Roma devleti bir başka kavim veya devletle siyasi ilişkiler geliştirmiş ve anlaşmalar yapmışsa, ilgili kavmin veya devletin vatandaşlarına hukuki işlem yapma hakkı (*ius commercii*) ve sık olmamakla birlikte Roma vatandaşlarıyla evlenme hakkı

³⁹⁵ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 151.

³⁹⁶ George Mousourakis, **A Legal History of Rome**, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2007, s. 22; Gönenç, **Vatandaşlık**, *op. cit.*, s. 661.

³⁹⁷ Gönenç, **Vatandaşlık**, *op. cit.*, s. 661.

³⁹⁸ Mousourakis, **History of Rome**, *op. cit.*, s. 22.

³⁹⁹ Koschaker/Ayiter, *op. cit.*, s. 79.

⁴⁰⁰ Fritz Schulz, **Principles of Roman Law**, Oxford at the Clarendon Press, 1936, s. 118; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 151.

⁴⁰¹ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 151.

⁴⁰² Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 379; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 151.

⁴⁰³ İmparator I. *Valentinianus* (M.S. 364-375), M.S. 370 yılında çıkardığı emirnameyle bir Roma vatandaşının, *barbarus* ile evlenmesi halinde ölüm cezasına çarptırılacağını ilan etmiştir. Schulz, *op. cit.*, s. 122.

(*ius connubii*) tanınabilmektedir⁴⁰⁴. Bu haklar tanınmamışsa, yapmış oldukları hukuki işlemler hükümsüzdü.

Peregrinus'ların mensup oldukları kavim veya toplulukla Roma devleti arasında sulh anlaşmaları mevcut ise kendilerine kendi toplulukları içerisinde bir kişilik tanınırdı⁴⁰⁵. Bu kişiler kendi milli hukuk düzenlerine göre yaşarlardı ancak Romalılarla olan ilişkilerinde kendilerine *ius gentium* hükümleri uygulanırdı⁴⁰⁶. Dâhil bulunduğu topluluğa Roma hukukunun verdiği imkânlar oranında Roma hukukuna özgü birtakım işlemleri yapabilirlerdi⁴⁰⁷. *Peregrinus*'lara tanınan haklar genellikle ticaret hayatının gerektirdiği hukuki işlemleri yapabilmek (*ius commercii*) ve Romalılarla evlenmek (*ius connubii*) idi⁴⁰⁸. Mülkiyet hakkı (*dominium ex iure Quiritium*), *patria potestas*⁴⁰⁹, vesayet hakkı (*tutela*) ve kocanın eşi üzerindeki hâkimiyeti (*manus*) gibi Roma vatandaşlarına özgü haklara sahip değildiler⁴¹⁰. *Legis actio* yargılama sistemi içerisinde dava açma, haklarını koruma imkânı bulunmamaktaydı⁴¹¹. Vasiyetname yapmaları, vasiyetnamenin yapılmasında tanık sıfatıyla bulunmaları veya mirasçı olarak atanmaları mümkün değildi⁴¹².

Peregrinus'lara göre daha ayrıcalıklı bir hukuki durumda olan *Latinus*'lar; Romalılarla evlenme (*ius connubii*), hukuki işlem yapabilme (*ius commercii*) ve göç

⁴⁰⁴ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 151-152.

⁴⁰⁵ Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 379.

⁴⁰⁶ James Hadley, **Introduction to Roman Law In Twelve Academical Lectures**, New York, D. Appleton and Company, 1902, s. 116; Honig, *op. cit.*, s. 141.

⁴⁰⁷ Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 379.

⁴⁰⁸ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 152.

⁴⁰⁹ *Patria potestas*, *pater familias*'ın ailesindeki kişiler üzerinde sahip olduğu hâkimiyet yetkisidir. Roma'nın eski dönemlerinde *pater familias*'ın, çocukları üzerinde öldürme ve yaşatma yetkisine dahi sahip olduğu kabul edilmiştir (*ius vitae et necis*). 12 Levha Kanunlarına göre çocuklar başka birine köle olarak satılabilmekte veya başka bir aileye evlatlık olarak verilebilmektedir. Cumhuriyet Devrinde *ensor*'lar *pater familias*'ın bu yetkilerini kötüye kullanıp kullanmadığını denetlemiştir. İlk ve Son İmparatorluk Devirlerinde yetkiler daha da sınırlandırılmış, *pater familias*'ın öldürme hakkı elinden alınmış ve hatta I. *Constantinus*'un yayınladığı emirname ile çocuğu öldüren *pater familias*'ın cinayetten sorumlu olacağı kabul edilmiştir (M.S. 318). İmparatorluk Devrinde *pater familias*'ın yetkilerine ilişkin bir sınırlama daha getirilmiştir. İmparator *Diocletianus* (M.S. 235-284) devrinden itibaren, özgür doğan çocukların, aile çok sefil durumda değilse, köle olarak satılamayacağı kuralı kabul edilmiştir. Daha sonraki süreçte *pater familias*'ın, çocuğu başka bir aileye evlatlık verebilmesi, çocuğun rızasına bağlanmıştır. Mackenzie, *op. cit.*, s. 136.

⁴¹⁰ Honig, *op. cit.*, s. 141.

⁴¹¹ Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 379; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, *op. cit.*, s. 238.

⁴¹² Eugène Petit, **Traité Élémentaire de Droit Romain**, Quatrième édition revue et augmentée, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1903, s. 539; Honig, *op. cit.*, s. 141.

edebilme (*ius migrandi*)⁴¹³ haklarına her zaman sahip olmuşlardır⁴¹⁴. Ayrıca, bir Roma vatandaşı tarafından mirasçı olarak atanmalarına da izin verilmiştir⁴¹⁵.

Tarihi süreç içerisinde önce; M.Ö. 91-88 yıllarında gerçekleşen Müttefikler Savaşının (*Bellum Italicum*) ardından bütün yarımada halklarına Roma vatandaşlığı tanındı ve bu şekilde İtalya siyasi açıdan birleşti⁴¹⁶. M.S. 212 yılında ise İmparator *Caracalla*'nın “*Constitutio Antoniniana*” adlı emirnamesiyle Roma sınırları içerisinde yaşayan herkese, belli istisnalar dışında, Roma vatandaşlığı tanındı ve böylece Roma vatandaşı, *peregrinus*, *Latinus* ayrımı ortadan kalktı⁴¹⁷. Son olarak, *Iustinianus* devrinde azat edilmiş köleler de Roma vatandaşı kabul edildi⁴¹⁸.

3. Aile Statüsünün (*Status Familiae*) Hukuki İşlemlere Etkisi

Aile statüsü (*status familiae*) yönünden Romalılar *sui iuris* (kendi hukukuna tâbi) ve *alieni iuris* (başkasının hukukuna tâbi) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (Iust. I. 1, 8, pr.). *Sui iuris*'ler hiç kimsenin hâkimiyeti altında olmayan kişilerdir⁴¹⁹ ve diğer statülerinin uygun olması kaydıyla hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanındaki tüm haklara sahiptirler. *Alieni iuris*'ler ise bir *pater familias*'ın hâkimiyeti altında olan erkek ve kız çocuklar, torunlar ve *pater familias*'ın karısıdır (*uxor in manu*)⁴²⁰. Erkek

⁴¹³ *Ius migrandi*; Roma'da olmayan bir kişinin yerleşim yerini Roma'ya nakletmesiyle eski vatandaşlığını kaybederek Roma vatandaşlığı kazanma hakkıdır. Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 102.

⁴¹⁴ Gönenç, **Vatandaşlık, op. cit.**, s. 669. Roma, Latin birliğini sağladıktan sonra İtalya topraklarını fethe girişmiş ve M.Ö. 250'ye doğru tüm İtalya Yarımadasını egemenliği altına almıştır. İtalya savaşları sırasında Roma, kendi rızasıyla Roma devletinin egemenliği altına girenlerle ittifak anlaşması yapmıştır. *Latinus*'lardan farklı olarak İtalya şehir devletleri halklarının Roma vatandaşlarıyla ticaret yapma, evlenme ve Roma'ya göç ederek Roma vatandaşı olma hakları bulunmamaktadır. Özlem Söğütli Erişgin, **Roma Kamu Hukukuna Giriş**, Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A. Ş., Birinci Baskı, Temmuz, 2017, s. 119.

⁴¹⁵ Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 381.

⁴¹⁶ Tekin, **op. cit.**, s. 211; Oral Sander, **Siyasi Tarih, İlkçağlardan 1918'e**, İmge Kitabevi, 15. Baskı, Ekim, 2006, s. 43.

⁴¹⁷ Gönenç, **Vatandaşlık, op. cit.**, s. 671.

⁴¹⁸ William L. Burdick, **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law**, The Lawyers Co-operative Publishing, New York, 1988, s. 204.

⁴¹⁹ Kadınlar da *sui iuris* olabilirler ancak *pater familias* sıfatına sahip olamazlar. Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 382.

⁴²⁰ James Muirhead/Henry Goudy/Alexander Grant, **Historical Introduction to the Private Law of Rome**, A. & C. Black, Ltd., London, 1916, s. 22-23; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 150. Kişilerin *sui iuris* veya *alieni iuris* statülerinde bulunmalarında yaş faktörünün önemi yoktur. Kırk yaşında bir kimse babasının veya dedesinin *patria potestas*'ı altında *alieni iuris* statüsünde kalabilir. Öte yandan yaşı küçük bir çocuk, *pater familias*'ı öldüğü takdirde *sui iuris* statüsüne gelebilir. Burdick, **op. cit.**, s. 196-197.

çocukların *manus*'lu evlilik yapmaları durumunda eşleri de kocalarının *pater familias*'ının hâkimiyeti altına girer ve *sui iuris* iseler *alieni iuris* statüsüne geçerlerdi. Hak ehliyeti bulunmayan *alieni iuris*'ler, kamu hukukuna ilişkin haklara sahiptirler ancak özel hukuk alanındaki hakları kısıtlanmıştı⁴²¹.

Alieni iuris'ler hukuki işlem yapma (*ius commercii*) hakkına sahiptirler⁴²². *Mancipatio*, *in iure cessio* ve *traditio* işlemlerini geçerli şekilde yapabilirler. Ancak elde ettikleri, *pater familias*'ın malvarlığına dâhil olmaktadır⁴²³.

Eski Hukuk Devrinde *alieni iuris* statüsündeki kız ve erkek çocuklarının evlenebilmeleri *pater familias*'ın rızasına tâbi tutulmuştur⁴²⁴. Bu devirde *pater familias*'ın rızası olmadan gerçekleşen evlilik hükümsüz sayılmıştır⁴²⁵. Diğer yandan *ius civile*'ye göre geçerli bir evlenmeden söz edebilmek için evlenenlerin rızalarının bulunması (*affectio maritalis*) zorunlu olduğundan sadece *pater familias*'ın rızası ile de evlilik gerçekleşemez. Ancak ilk devirlerde *pater familias*'ın rızasının evlenecek olan *alieni iuris*'in rızasının yerine sayılmış olabileceği düşünülmektedir⁴²⁶.

M.Ö. 18 yılında İmparator *Augustus*, bekârlıkla mücadele etme amacıyla *Lex Iulia Maritandis Ordinibus* adlı kanunu çıkartmıştır. Kanun, kız ve erkek çocuklarının ve azatlıların evlenmelerini teşvik etmekte ve bu amaçla *pater familias*'ı, kızını evlendiğinde kendisine “*dos*” vermeye zorlayan hükümler içermektedir⁴²⁷. Bu kanun çerçevesinde sebepsiz yere rızasını bildirmeyen *pater familias*'ların rızayı vermeye zorlanabilecekleri kabul edilmiştir⁴²⁸.

⁴²¹ Koschaker/Ayiter, *op. cit.*, s. 87-88; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 383; Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 150.

⁴²² Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 150, dn. 49.

⁴²³ Muirhead/Goudy/Grant, *op. cit.*, s. 30; Judith Evans Grubbs, *Women and the Law in the Roman Empire*, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2002, s. 20; Koschaker/Ayiter, *op. cit.*, s. 88.

⁴²⁴ Paul. D. 23, 2, 2; Marci. D. 23, 2, 19; Tamer, *Uygulamalar*, *op. cit.*, s. 43; Şahin Akıncı, *Roma Hukuku Dersleri*, Sayram Yayınları, 12. Baskı, Konya, Ekim, 2018, s. 215.

⁴²⁵ Grubbs, *op. cit.*, s. 20.

⁴²⁶ Tamer, *Uygulamalar*, *op. cit.*, s. 43-44. Eski Hukuk Devrinde *alieni iuris*'lerin rızasının aranmadığına yönelik görüşler için q.v. Gökçe Serim, *Roma İmparatorluk Döneminde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018, s. 38-39.

⁴²⁷ Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s. 120; Tamer, *Uygulamalar*, *op. cit.*, s. 43.

⁴²⁸ Akıncı, *Roma Dersler*, *op. cit.*, s. 215; Tamer, *Uygulamalar*, *op. cit.*, s. 43.

4. Dini Durumun Hukuki İşlemlere Etkisi

Romalılar eski zamanlarında çok tanrılı dinlere inanırlardı ve her ailenin, kavmin kendine özgü inanç ve ibadet şekilleri bulunmaktaydı⁴²⁹. Aileler ve kavimler birbirlerinin tanrılarına, hatta savaştıkları devletlerin tanrılarına karşı saygılı davranmaktaydı⁴³⁰. İlk İmparatorluk devrinde Hristiyanlığın Roma'ya yayılmasıyla birlikte bu dine karşı bir tepki oluşmuştur. Romalıların dini faaliyetlerine katılmayan, tapınaklarına gitmeyen Hristiyanlar ateist olarak görülmüş ve Romalıların tarımda kötü ürün elde etmeleri veya şehirlerine felaketlerin gelmesinin Hristiyanların inançsızlıklarından kaynaklandığına inanılmıştır⁴³¹. Bu sebeple İmparator Nero döneminde M.S. 64 yılında Roma şehrinde çıkan büyük yangından sonra Hristiyanlara karşı birtakım işkenceler ve bir nevi baskı politikası uygulanmıştır⁴³². Uygulanan bu baskının diğer sebeplerinin; Hristiyanlığın Roma devletinin otoritesini sarsacak düzeyde yaygınlaşması, Hristiyanların Roma devletini ve kanunlarını küçümsemeleri, askerlik yapmak ve vergi vermek gibi yükümlülüklerden kaçınmaları olduğu ifade edilmektedir⁴³³.

Hristiyanlar M.S. 4. yüzyıla kadar olan süreçte birçok ağır cezalara çarptırıldı ancak hak ehliyetleri kısıtlanmadı⁴³⁴. M.S. 313 yılında, Roma İmparatorluğunun batısına hâkim olan I. *Constantinus*⁴³⁵ ile doğuyu yöneten *Licinius*'un Milan'da bir

⁴²⁹ Akıncı, **Roma Dersler**, **op. cit.**, s. 189.

⁴³⁰ Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 407.

⁴³¹ Albert Houtin, "Hristiyanlığın Kısa Tarihi", **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Çeviren: Abdurrahman Küçük, Cilt 25, Sayı 1, 1982, s. 439.

⁴³² Houtin, **op. cit.**, s. 439. Roma'da M.S. 64 yılında çıkan yangının İmparator Nero tarafından çıkarıldığına ilişkin söylentiler bulunmaktadır. Halk arasında çıkan söylentiye göre Nero, kendisi için inşa ettireceği meşhur Altın Ev'e (*Domus Aurea*) yer açmak için yangını bizzat çıkartmıştır. Hatta yangının en şiddetli olduğu sırada yüksekçe bir yerden "Troia'nın Yağması" adlı şarkıyı söylediği dedikodusu yayılmıştır. Bir hafta süren yangından sonra Roma yeni baştan inşa edilmiştir. Yeni inşa faaliyetleri çerçevesinde Altın Ev'in açılışı da yapılmıştır. Nero, çıkan yangından Hristiyanları sorumlu tutmuştur. Tekin, **op. cit.**, s. 237.

⁴³³ Akıncı, **Roma Dersler**, **op. cit.**, s. 189.

⁴³⁴ **Ibid.**

⁴³⁵ I. *Constantinus*, tarihte "Magnus" (Büyük) lakabıyla anılan ve M.S. 307-337 yılları arasında devleti yöneten imparatordur. I. *Constantinus* imparatorluk tarihine damga vuran imparatorlardandır. Devlet idaresinde ve memuriyetlerde değişiklikler yapmış, çoklu yönetimi ifade eden tetrarşi sistemini sona erdirerek tek kişinin yönetimini esas almıştır. Askeri ve ekonomik alanda köklü değişiklikler gerçekleştirmiştir. Devletin dinini paganizmden Hristiyanlığa dönüştürme sürecini başlatmıştır. Ayrıca Roma'nın İmparatorluğun başkenti olarak zayıflığını ve emniyetsizliğini gördüğünden yeni bir başkente ihtiyaç duymuş ve stratejik konumundan ötürü *Byzantion*'u seçmiştir. Şehirde imar faaliyetleri

araya gelerek yayınladıkları Milano Fermanı ile Hristiyanlık yasaklı din olmaktan çıkmıştır⁴³⁶. M.S. 313-324 yılları arasında göreceli olarak tüm dinlere karşı bir hoşgörü politikası uygulanmıştır⁴³⁷. I. *Constantinus* M.S. 324 yılında *Licinius*'u saf dışı bırakıp imparatorluğun tümünün yönetimini ele geçirerek tek başına imparator olunca, o zamana kadar Roma'nın geleneksel dinlerini karakterize eden; hayvan kurban etme, Roma tanrılarının heykellerine adaklar adama gibi törenleri yasaklamıştır⁴³⁸. M.S. 380 yılında ise İmparator I. *Theodosius*, Hristiyanlığı resmi din haline getiren ve geri kalanların cezalandırılacağını ifade ettiği *Cunctos Populos* fermanını yayınlamıştır⁴³⁹.

Hristiyanlık resmi din olarak kabul edildikten sonra Yahudilerin ve putperestlerin hak ehliyetleri kısıtlanmıştır⁴⁴⁰. Bu devirde Yahudilik yaygın olduğu için onlara yönelik özel tedbirler getirilmiş⁴⁴¹, Hristiyanlarla evlenmeleri veya Hristiyan köle sahibi olmaları yasaklanmıştır⁴⁴². Ayrıca Yahudilerin köleleri sonradan Hristiyan olur ise, bu Hristiyan kölelerin özgürlüklerini kazanacakları kabul edilmiştir⁴⁴³.

yürüttükten sonra burayı başkent ilan etmiş ve adını *Constantinopolis* olarak değiştirmiştir. Tekin, **op. cit.**, s. 296-299.

⁴³⁶ Tekin, **op. cit.**, s. 297; Kamil Doğancı, "I. *Constantinus*'un Hristiyanlığı Meselesi ve Ölümü Hakkındaki Tartışmalar", *Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 18, S. 33, 2017, s. 496.

⁴³⁷ Doğancı, **op. cit.**, s. 510. İmparatorluğun doğu kısmını yöneten *Licinius* başlangıçta I. *Constantinus* ile iyi geçinmek için Hristiyanlara hoşgörü ile yaklaşmışsa da kısa süre sonra onları devlet görevlerinden ve ordudan uzaklaştırmaya çalışmıştır. Bu süreçte I. *Constantinus*'un kuzeyden gelen Goth kavimlerini durdurmak için *Licinius*'un idaresindeki doğu topraklarına geçmesiyle aralarındaki savaş kaçınılmaz hale gelmiş, M.S. 324 yılında yapılan savaş neticesinde I. *Constantinus*, *Licinius*'u yenerek imparatorluğun tek hâkimi olmuştur. Tekin, **op. cit.**, s. 298.

⁴³⁸ Doğancı, **op. cit.**, s., s. 502.

⁴³⁹ Stephen Mitchell, **Geç Roma İmparatorluğu Tarihi M.S. 284-641**, Çeviren: Turhan Kaçar, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2016, s. 364.

⁴⁴⁰ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, **op. cit.**, s. 153.

⁴⁴¹ Akıncı, **Roma Dersleri**, **op. cit.**, s. 189.

⁴⁴² Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 408.

⁴⁴³ Akıncı, **Roma Dersleri**, **op. cit.**, s. 175.

5. *Infamia*'nın Hukuki İşlemlere Etkisi

Infamia, bir kimsenin toplum içerisindeki saygınlığını yitirmesi anlamına gelir ve bu cezaya çarptırılan kişi *infamis* (şerefsiz, kötü şöhretli) olarak nitelendirilir⁴⁴⁴. Esas olarak ahlaki temellere dayanan *infamia*'ya uğrayan kişinin şöhreti, saygınlığı zedelenir ve bunun sonucu olarak hak ehliyeti kısıtlanır⁴⁴⁵. Kamu hukuku alanında; *magistra* olma, seçme ve seçilme, Roma lejyonlarında hizmet etme gibi birtakım hakları kısıtlanır⁴⁴⁶. Özel hukuk alanında ise; *infamis*'in davalarda başkasını temsil etmesi, *actio popularis*⁴⁴⁷ davasını açması ve davalarda tanıklık yapması mümkün değildir⁴⁴⁸.

Infamia'nın özel hukuk alanındaki bir diğer etkisi ise vasiyetnameler üzerindedir. *Querela inofficiosi testamenti* ile vasiyetnamenin iptali, mirasbırakanın alt soyu veya üst soyundan gelenlerce talep edilebilir⁴⁴⁹. İmparator I. *Constantinus* tarafından çıkarılan emirnamelerle, vasiyetname sahibinin *infamia* ile lekelenmesi durumunda vasiyetnameye itiraz edebilecek kişiler arasına kız ve erkek kardeşler de eklenmiştir⁴⁵⁰. Burada mirasbırakanın *infamis* olması, yapmış olduğu vasiyetnameyi doğrudan hükümsüz hale getirmemektedir⁴⁵¹. Yalnızca vasiyetnameye itiraz edebilecek kişilere üstsoy ve altsoyun yanında kız ve erkek kardeşler de eklenmiştir.

Cumhuriyet Devrinin son dönemlerinde çıkarıldığı düşünülen bir *senatus consultum*, vasiinin veya vasiinin erkek çocuklarının, vesayeti altındaki kızlarla

⁴⁴⁴ Abel Hendy Jones Greenidge, *Infamia Its Place in Roman Public and Private Law*, Oxford at the Clarendon Press, 1894, s. 18 et seq.; Umur, *Lügat, op. cit.*, s. 86. Kişinin toplumdaki şerefini, haysiyetini ifade etmek için Latince “*existimatio*” ve “*fama*” kavramları bulunmaktadır. Bu iki kavram eş anlamlıdır. *Existimatio* kavramının Latince’de olumsuz ek almış bir formu yoktur. Bu sebeple olumsuz ek alabilen *fama* kavramı şerefsiz anlamında *infamia* şeklinde kullanılmaktadır. Greenidge, *op. cit.*, s. 19.

⁴⁴⁵ Halide Gökçe Türkoğlu Özdemir, *Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 28.

⁴⁴⁶ Türkoğlu Özdemir, *Infamia, op. cit.*, s. 33; Halide Gökçe Türkoğlu, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Nisan, 2017, s. 92.

⁴⁴⁷ *Actio popularis*; Roma hukuku davalar sisteminde kamu menfaatinin korunması için halktan (*populus*) herhangi birinin harekete geçerek açabildiği ve yaptırımının belli miktar para olarak belirlendiği dava türüdür. Eşref Küçük, *Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis*, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara, Ekim, 2013, s. 72.

⁴⁴⁸ Türkoğlu Özdemir, *Infamia, op. cit.*, s. 40 et seq.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, s. 42.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, s. 43.

⁴⁵¹ *Ibid.* Açıklamalar için ayrıca q.v. İkinci Bölüm, I, B, 1, *Ius Civile* Hükümsüzlüğü.

evlenmesini yasaklamıştır⁴⁵². Vesayet altındaki kızla vasi evlenirse kendisi, vasinin oğlu evlenirse hem kendisi hem de oğlu *infamis* ilan edilir ve evlilik hükümsüz sayılır⁴⁵³. Evliliğin geçerli şekilde kurulabilmesi için kızın *pater familias*'ının, hayattayken bizzat veya öldüyse vasiyetnamesinde kızının, vasi veya vasinin oğlu ile evlenebileceğine ilişkin rızasını sunmuş olması gerekmektedir⁴⁵⁴.

6. Azatlık Durumunun Hukuki İşlemlere Etkisi

Roma'da insanlar hür ve köle olarak ikiye ayrıldıktan sonra (Gai. I. 1, 9) hürler de hür doğanlar (*ingenui*) ve azatlılar (*libertini*) olmak üzere ikiye ayrılmıştır (Gai. I. 1, 10). Azatlık (*libertinus*) hak ehliyetini kısıtlayan bir durumdur. Azatlılar kamu ve özel hukuka ilişkin birtakım haklardan yararlanamazlar.

Kamu hukuku alanındaki kısıtlamaların başında *senatus*'a üye olamamaları ve *equites* sınıfına⁴⁵⁵ girememeleri gelmektedir⁴⁵⁶. Ayrıca eyalet ve *municipium*'larda⁴⁵⁷ büyük memuriyet görevlerine gelmeleri, şeref payelerine ulaşmaları ve askerlikte rütbe kazanmaları da mümkün değildir⁴⁵⁸.

Özel hukuk alanında ise kendileri için malvarlığı edinmelerine ve geçerli şekilde vasiyetname düzenlemelerine izin verilmiştir⁴⁵⁹. Bu alandaki kısıtlamaları genellikle eski efendileri ile olan ilişkileri çerçevesinde şekillenmiştir. Azatlılar kendilerini azat etmiş olan eski efendilerine karşı birtakım yükümlülükleri yerine getirmek mecburiyetindedirler⁴⁶⁰. Bu mecburiyetin kaynağı eski efendinin sahip olduğu *ius*

⁴⁵² Greenidge, *op. cit.*, s. 139.

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ *Ibid.*, s. 139-140.

⁴⁵⁵ *Equites* sınıfı ordunun atlı, şövalye sınıfıdır. Genellikle atlarını kendileri tedarik ederler. Toplumdaki zengin, nüfuzlu ve soylu kişilerden oluşan *equites* sınıfındaki kişiler birtakım imtiyazlara sahiptirler. Umur, *Lügat, op. cit.*, s. 65.

⁴⁵⁶ Altop, *op. cit.*, s. 110; Türkoğlu Özdemir, *Infamia, op. cit.*, s. 28

⁴⁵⁷ Roma devletinin şehri statüsü verilerek Roma'nın koruması altına alınan fakat iç işlerinde özgür (otonom) olan İtalya'daki kent devletlerine ya da başlangıçta bu şekilde kurulan şehirlere ve bu şehirlerin barındırdıkları topluma *municipium* denmektedir. Bu şehirdeki vatandaşlar hem kendi şehirlerinin hem de Roma'nın vatandaşı olarak görülen adeta çifte vatandaşlık hakkına sahip kişilerdir. Bununla birlikte bazı *municipium*'ların Roma vatandaşlığı bağlamında siyasal hakları kısıtlı idi. Tekin, *op. cit.*, s. 207.

⁴⁵⁸ Altop, *op. cit.*, s. 110.

⁴⁵⁹ Rose B. MacLean, *Cultural Exchange in Roman Society: Freed Slaves and Social Values*, A Dissertation Presented to the Faculty of Princeton University In Candidacy for the Degree of Doctor of Philosophy, November, 2012, s. 6.

⁴⁶⁰ Türkoğlu Özdemir, *Infamia, op. cit.*, s. 28.

patronatus hakkıdır⁴⁶¹. Azatlı, kendisini azat eden efendisine karşı *infamia*'yı sonuçlayan davaları açamaz, aldatma ve korkutmaya ilişkin *exceptio*'ları ileri süremezdi⁴⁶². Bu şekilde, eski efendisiyle yapmış olduğu hukuki işlem hileli hareketlerle veya korkutma etkisi altında yapılmış olsa dahi efendisinin taleplerini engelleyememekteydi.

Azatlı ile eski efendisi arasında karşılıklı olarak bakma ve nafaka yükümlülüğü bulunmakta, bununla birlikte eski efendi ve mirasçıları, vasiyette bulunmamış olan azatlının terekesi üzerinde yasal miras hakkına sahip olmaktaydılar⁴⁶³.

Azatlıların evlenmesi ve özgür çocuklara sahip olmaları kural olarak mümkün olmakla birlikte⁴⁶⁴ İmparator *Augustus* döneminde özgür Roma vatandaşları ile evlenmeleri yasaklanmıştır⁴⁶⁵. Bu devirde, Roma vatandaşları ile bir evlilik gerçekleştirmişlerse evlilik hükümsüz sayılmıştır. Bu yasak sonraları hafifletilmiş ve yalnızca *senatus* üyesi rütbesindeki kimselerle evlenmelerinin yasak olduğu kabul edilmiş, *Iustinianus* döneminde ise yasaklama tümüyle kaldırılmıştır⁴⁶⁶.

7. Toplumsal Sınıflara Mensubiyetin Hukuki İşlemlere Etkisi

Roma'nın ilk devirlerinde toplum *patrici*'ler ve *pleb*'ler olmak üzere iki belirgin sınıfa ayrılmıştır⁴⁶⁷. *Patrici* sınıfındakiler soylu ve ayrıcalıklı kişiler iken; *pleb* sınıfındakiler düşük seviyeli sınıf olarak kabul edilmiş, siyasi hakları kısıtlanmış ve ekonomik açıdan zayıf kalmışlardır⁴⁶⁸. *Pleb*'lerin aile hukuku alanında da hak ehliyeti kısıtlanmıştır. Bu çerçevede *pleb*'lerin *patrici*'ler ile evlenmeleri yasaklanmıştır⁴⁶⁹. *Patrici* ve *plebler* arasındaki evliliklerin geçerli kabul edilmesi M.Ö. 445 yılında *tribunus Canuleius*'un yasağı kaldırmasıyla mümkün olmuştur⁴⁷⁰.

⁴⁶¹ Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s. 98; Altop, **op. cit.**, s. 107.

⁴⁶² Altop, **op. cit.**, s. 107-108.

⁴⁶³ **Ibid.**, s. 108.

⁴⁶⁴ MacLean, **op. cit.**, s. 6.

⁴⁶⁵ Türkoğlu Özdemir, **Infamia**, **op. cit.**, s. 28.

⁴⁶⁶ Altop, **op. cit.**, s. 109.

⁴⁶⁷ Lesley Adkins/Roy A. Adkins, **Handbook to Life in Ancient Rome**, Facts on File, 2004, s. 38.

⁴⁶⁸ Berger, **op. cit.**, s. 621.

⁴⁶⁹ Adkins/Adkins, **op. cit.**, s. 39; Türkoğlu Özdemir, **Infamia**, **op. cit.**, s. 29.

⁴⁷⁰ Diler Tamer, **Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis**, Homer Kitabevi ve Yayıncılık Ltd. Şti., 1. Basım, 2007, s. 58.

Roma hukukunda *patrici-pleb* ayrımından kaynaklanan kısıtlamaların yanı sıra bazı siyasi makamlardaki kişilere veya meslek gruplarına mensup kimselere ilişkin kısıtlamalar da görülmektedir. *Senatus* üyelerinin, eyalet *magistra*'larının, *praetor*'ların ve çeşitli hizmetleri gören kişilerin belirli hakları kısıtlanmıştır⁴⁷¹. *Senatus* üyeleri belli tonajdan büyük gemilerin sahibi olamazlar, ticaret yapamazlar ve azatlı kadınlarla evlenemezler⁴⁷². Herhangi bir ticari ilişki çerçevesinde bir sözleşme yaparlarsa bu sözleşme hükümsüz olur. Yine azatlı kadınlarla yaptıkları evlilikler de hükümsüz sayılmıştır.

Roma'da hapisane muhafızlarının, kendi hapisanelerindeki kişilerden herhangi bir mal satın almaları yasaklanmıştır⁴⁷³. Bu yasaklama zaman içerisinde genişletilerek diğer yöneticilerin de yönetimindeki kişilerle yaptıkları satışlar bakımından uygulanmıştır⁴⁷⁴. Kamu görevlilerinin, sorumlulukları altındaki kişilerle yaptıkları satışlarda, aldıkları malı kaybetmelerinin yanı sıra satış bedelinin dört katı kadar da ceza ödemeleri düzenlenmiştir⁴⁷⁵. Ayrıca, ticaretle uğraşan Roma vatandaşları *magistra*'lık yapamazlar, çünkü bu gibi faaliyetlerde bulunmanın *magistra*'lık görevine uygun düşmeyeceği kabul edilirdi⁴⁷⁶.

İmparatorluk döneminde örgütlenmiş meslek birliklerine bağlı olarak çalışan kişilerin çeşitli hakları kısıtlanmıştır. Bu çerçevede bir meslek üyesinin başka bir meslek birliğine bağlı kişiyle evlenmesi, ona miras bırakması ve satış yapması yasaklanmıştır⁴⁷⁷.

8. Cinsiyet Durumunun Hukuki İşlemlere Etkisi

Roma hukukunda cinsiyet hem hak hem de fiil ehliyetini etkileyen bir unsur olmuştur⁴⁷⁸. Kadınların hak ve fiil ehliyetleri kısıtlanmış, bu durum kamu ve özel

⁴⁷¹ Türkoğlu Özdemir, *Infamia*, *op. cit.*, s. 28.

⁴⁷² Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 175, dn. 67.

⁴⁷³ Henry John Roby, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, Volume II, Cambridge: at the University Press, 1902, s. 141; Zulueta, *op. cit.*, s. 11; Yüksel, *op. cit.*, s. 39.

⁴⁷⁴ Zulueta, *op. cit.*, s. 11, dn. 3; Yüksel, *op. cit.*, s. 39.

⁴⁷⁵ Roby, *op. cit.*, s. 141; Yüksel, *op. cit.*, s. 39.

⁴⁷⁶ Türkoğlu Özdemir, *Infamia*, *op. cit.*, s. 28.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, s. 29.

⁴⁷⁸ Roma'da eski devirlerden gelen bakış açısına göre kadınlar erkeklerden daha az yetenekli ve daha kusurlu görülmektedir. Roma toplumunda kural olarak her iki cins kökeninde ve teoride eşit kabul edilse de; kadınların aşağı olduğu, şehveti temsil ettikleri, irrasyonel davranışları ve ahlaki zafiyet içerisinde

hukuk alanındaki haklarını etkilemiştir. Kadınların kamu hukuku alanındaki hakları sınırlandırılmış;⁴⁷⁹ seçme, seçilme, devlet memurluklarına getirilme hakları kadınlara tanınmamıştır⁴⁸⁰.

Özel hukuk alanında da kadınlar, erkeklerin sahip olduğu birtakım haklardan mahrum kalmışlardır. Roma hukukuna göre kadın; bekâr ise kendi *pater familias*'ının, evli ise evlenmenin *manus*'lu olup olmamasına göre ya yine kendi *pater familias*'ının veya kocasının ya da kocasının *pater familias*'ının hâkimiyeti altında bulunur. Roma'da kadınlar, *sui iuris* olsalar bile hiçbir zaman *pater familias* olamamışlar yalnızca, hukuki bir anlam ifade etmeyen ancak kadının aile içerisindeki rolünü belirtmek üzere toplumsal bir kavram olarak kullanılan *mater familias* (aile annesi) sıfatını alabilmişlerdir⁴⁸¹. Dolayısıyla *pater familias*'ın sahip olduğu *patria potestas*'a da hiçbir zaman sahip olamamışlardır⁴⁸². *Mater familias*, *patria potestas* sınırları içerisindeki bir yetkiyi kullanarak hukuki işlem yaptığı takdirde bu işlem hükümsüz olur. Sözgelimi *alieni iuris* statüsündeki bir aile ferdinin evlenebilmesi için gerekli olan rızayı⁴⁸³ *mater familias*'ın göstermesi durumunda rıza geçerli olmaz.

Eski Hukuk Devrinde ve Klasik Devrin başlarında Roma'da vasiyetnameler iki şekilde yapılmıştır. İlk yöntem, bir savaşın arefesinde lejyon savaş düzenine göre dizilmişken sözlü şekilde son isteklerin beyan edilmesidir (*in procinctu*)⁴⁸⁴. İkinci yöntem ise *comitia calata* isimli mecliste, meclisin de onayını alarak vasiyetnamenin duyurulmasıdır⁴⁸⁵. Kadınlar ilk yöntemi lejyonlara katılma hakları olmadığı için, ikinci yöntemi ise *comitia*'lara katılma hakları olmadığından kullanamazlar ve bu iki yöntemin dışında yapılan vasiyetnameler hükümsüz olacağından geçerli bir vasiyetname düzenleyemezler⁴⁸⁶. Klasik Devrin ortalarından itibaren ortaya çıkan yeni

bulundukları imaları sıklıkla görülür. Roma'da kadınların ehliyetsizliği sorununun temelinde de bu bakış açısı yer almaktadır. Fulya İlçin Gönenç, "Toplumsal Cinsiyet ve Roma Hukukunda Kadın", **Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan**, Der Yayınları, Aralık, 2011, s. 107.

⁴⁷⁹ Gönenç, **Kadın**, *op. cit.*, s. 22.

⁴⁸⁰ Buse Aksaray, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, İstanbul, Aralık, 2012, s. 24.

⁴⁸¹ Grubbs, *op. cit.*, s. 19; Aksaray, *op. cit.*, s. 25.

⁴⁸² Grubbs, *op. cit.*, s. 18; Aksaray, *op. cit.*, s. 25.

⁴⁸³ Grubbs, *op. cit.*, s. 20; Akıncı, **Roma Dersler**, *op. cit.*, s. 215.

⁴⁸⁴ John Andrew Couch, "Woman in Early Roman Law", **Harvard Law Review**, Volume 8, No 1, s. 43.

⁴⁸⁵ **Ibid.**

⁴⁸⁶ **Ibid.**

vasiyetname türlerini ise vasilerinin *auctoritas*'ı ile geçerli şekilde yapabilmelerine izin verilmiştir (Gai. I. 2, 113).

Kadınlar, fiil ehliyeti bakımından da birtakım kısıtlamalara tâbi olmuşlardır. Roma hukukunda kadınlar, gerekli yaşa ulaşırsalar dahi tam fiil ehliyetine sahip olamazlardı. 12 Levha Kanunları, *pater familias*'ının veya kocasının hâkimiyeti altında bulunmayan ve bu sebeple *sui iuris* olan kadınlara, bazı hukuki işlemleri yapabilmeleri için *ius civile* gereğince vasi tayininin gerekli olduğunu belirtmektedir⁴⁸⁷. *Gaius*, vasi tayininin gerekliliğini, atalarından gelen görüşe atıfta bulunarak kadınların yaradılış gereği tecrübesiz, düşüncesiz olmalarına bağlamaktadır (Gai. I. 1, 144).

Vesayet altındaki kadın, fiil ehliyetini tümüyle kaybetmediğinden bazı hukuki işlemleri vasisinin işlem sırasında vermesi gereken *auctoritas*'ı olmadan, tek başına yapabiliirdi⁴⁸⁸. Kendisini borç altına sokmayan hukuki işlemleri yapabileceği gibi, bir *res nec Mancipi* malın mülkiyetini devredebilir, bir ödemeyi kabul edebilir, sayıları ve önemi zaman içerisinde artan *ius praetorium* ve *ius gentium* işlemlerini yapabiliirdi⁴⁸⁹. Tek başına yapamadığı hukuki işlemlerinin geçerliliği ise vasisinin *auctoritas*'ına bağlıdır. *Legis actio* veya *iudicium legitimum* yoluyla açılan davalar (M.S. 4. yüzyılda bu usuller aşılmıştır), kendilerini borç altına sokan hukuki işlemler, bir *ius civile* işleminin yapılması, şekle tâbi işlemlerle köle azat edilmesi ve *mancipatio* işleminin geçerli şekilde yapılması vasisinin işlem sırasında vereceği *auctoritas*'a bağlıdır⁴⁹⁰. Metinlerden anlaşıldığı kadarıyla mirasın kabulü, vasiyetname yapma (Gai. I. 2, 112 ve Gai. I. 2, 113), *conventio* ile *manus* altına girme (Gai. I. 1, 115) de vasisinin *auctoritas*'ının gerektiği işlemler arasındadır⁴⁹¹. İşlem sırasında *auctoritas* verilmezse hukuki işlem kesin hükümsüz olur⁴⁹². *Auctoritas*, icazet şeklinde verilemeyeceği için askıda hükümsüzlük söz konusu değildir ve işlem sonradan geçerli hale getirilemez.

⁴⁸⁷ Ziynet Seldağ Güneş Ceylan, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 69; Gönenç, **Kadın, op. cit.**, s. 25.

⁴⁸⁸ Jean Gaudemet, "Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Çeviren: Bülent Tahiroğlu, Cilt: 6, Sayı: 9, Yıl: 1972, s. 209; Gönenç, **Kadın, op. cit.**, s. 25.

⁴⁸⁹ Gaudemet, **op. cit.**, s. 209; Gönenç, **Kadın, op. cit.**, s. 25.

⁴⁹⁰ Gaudemet, **op. cit.**, s. 208-209; Gönenç, **Kadın, op. cit.**, s. 26.

⁴⁹¹ Gaudemet, **op. cit.**, s. 209; Gönenç, **Kadın, op. cit.**, s. 26.

⁴⁹² Cuq, **op. cit.**, s. 125. Ayrıca cf. Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 160; Umur, **Roma Hukuku Ders Notları, op. cit.**, s. 198.

B. Fiil Ehliyetine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hükümsüzlük

Fiil ehliyeti, bir kimsenin kendi fiilleri ile hak edinebilme ve borç altına girebilme yeteneğidir (TMK m.9). Türk hukukunda tam fiil ehliyetine sahip olmak için ayırt etme gücüne sahip olmak, kısıtlı olmamak (TMK m.10) ve ergin olmak (TMK m.11, m.12) gerekmektedir. Ayırt etme gücü, akla uygun biçimde davranma kabiliyetini ifade eder⁴⁹³. Akla uygun biçimde davranmanın kanun hükmü ile kesin ölçütlerini ortaya koymak mümkün değildir⁴⁹⁴. Hâkimin her somut olayda davranışı çevreleyen subjektif şartları değerlendirerek bir sonuca ulaşması gerekmektedir⁴⁹⁵. Ayırt etme gücüne sahip olmayanların fiil ehliyeti de bulunmamakta ve bu kişiler tam ehliyetsiz olmaktadır⁴⁹⁶. Ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin yaptığı hukuki işlemin hükümsüzlük türü ise doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüş, ayırt etme gücünün sözleşmenin kurucu unsuru değil, geçerlilik unsuru olduğunu, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin yaptığı sözleşmenin kurulmamış değil, kurulmuş ama kesin hükümsüz olduğunu savunmaktadır⁴⁹⁷. Ayırt etme gücü olmayan kimseyle hukuki işlem yapan taraf iyiniyetli olsa dahi işlem kesin hükümsüzdür⁴⁹⁸. Ancak eğer, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi ayırt etme gücü bulursa idi yine aynı şekilde hareket edecek idiyse, hukuki işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı düşeceğinden bu talebi kabul edilmemektedir⁴⁹⁹.

Keller/Schöbi, ayırt etme gücünü de sözleşmenin kurucu unsurları arasında saymaktadır. Yazarlar, sözleşmenin her iki tarafı veya yalnız bir tarafı ayırt etme

⁴⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler**, *op. cit.*, s. 55; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku**, Cilt 2, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 57.

⁴⁹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler**, *op. cit.*, s. 55.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler**, *op. cit.*, s. 53; Nomer, **Borçlar Hukuku**, *op. cit.*, s. 70.

⁴⁹⁷ Medicus/Petersen, *op. cit.*, s. 244; Bork, *op. cit.*, s. 383; Kocayusufpaşaoğlu et al., *op. cit.*, s. 581; Eren, **Borçlar Genel**, *op. cit.*, s. 332; Serozan, **Medeni Hukuk**, *op. cit.*, s. 374; Nomer, **Borçlar Hukuku**, *op. cit.*, s. 70; Aybay, *op. cit.*, s. 61.

⁴⁹⁸ YİBK, T. 11.06.1941, E. 1941/4, K. 1941/21, Resmi Gazete 28.07.1941, Sayı: 4871 (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/4871.pdf>, Çevrimiçi 2.9.2019).

⁴⁹⁹ YİBK, T. 09.03.1955, E. 1954/22, K. 1955/2, Resmi Gazete 27.06.1955, Sayı: 9039 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatlari-birlestirme-hgk-e-1954-22-k-1955-2-t-09-03-1955>, Çevrimiçi 2.9.2019).

gücüne sahip değilse, sözleşmenin kurulmuş sayılamayacağını ifade etmektedirler⁵⁰⁰. Dolayısıyla bu görüş, ayırt etme gücü olmayan kişinin işlemlerinin yok sayılacağını kabul etmektedir. **Oğuzman/Barlas** aynı sonuca işaret ederek, ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin iradesinden söz edilemeyeceğini ve gerçek iradeye dayalı irade beyanı hukuki işlemin kurucu unsuru olduğuna göre, ayırt etme gücünün bulunmamasının bir yokluk sebebi olması gerektiğini savunmaktadırlar. Yazarlara göre doktrinde ve uygulamada yokluk yerine kesin hükümsüzlüğün kabul görmesinin altında yatan sebep, tam ehliyetsizi korumak amacıyla işlemin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde buna engel olmak ve işlemi en azından TMK m.2 mekanizmasıyla ayakta tutabilmektir. Bu görüşe göre, yokluk yaptırımı kabul edilseydi işlemi TMK m.2 yoluyla dahi ayakta tutmak mümkün olmayacaktı⁵⁰¹.

Roma hukukunda ise, daha önce belirtildiği üzere hak ehliyeti olmaksızın fiil ehliyetine sahip olunabilir⁵⁰². Hak ehliyetine sahip olmayan kimseler, kendilerine fiil ehliyeti tanınmışsa ve şartları mevcutsa, hak ehliyetsizliğine yol açan statü dikkate alınmak suretiyle, kendi fiilleriyle hak sahibi olabilir veya *pater familias*'larını hak sahibi yapabilir ya da tam veya tabii borç altına girebilirler. Yaş, akıl hastalığı, savurganlık ve cinsiyet fiil ehliyetini etkiler, daralmasına veya tamamen ortadan kalkmasına neden olur. Türk hukukundaki düzenlemelerden oldukça farklı olan Roma hukuku anlayışında bu kıstaslarla çizilen şartlar mevcut olduğu takdirde fiil ehliyeti tamdır. Bu noktada fiil ehliyetine ilişkin şartların bulunmadığı durumlarda, ilgili şartın eksikliğinin yol açtığı hükümsüzlük hallerini ayrı ayrı ele almak gerekmektedir⁵⁰³.

1. Yaş (*Aetas*)

Yaş, hem Türk hukuku hem de Roma hukuku bakımından fiil ehliyetine etki eden bir unsurdur. Türk hukukunda fiil ehliyetinin ve ehliyetsizliğin şartları TMK

⁵⁰⁰ Max Keller/Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Basel/Frankfurt, 3. Auflage, 1988, s. 25 et seq.

⁵⁰¹ Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 224, dn. 340.

⁵⁰² Koschaker/Ayiter, **op. cit.**, s. 90; Gönenç, **Kadın, op. cit.**, s. 23.

⁵⁰³ Cinsiyetin hak ve fiil ehliyetine etkisi, hak ehliyeti kısıtlamaları bağlamında incelendiğinden bu kısımda ayrıca inceleme yapılmayacaktır. Q.v. İkinci Bölüm, II, A, 8, Cinsiyet Durumunun Hukuki İşlemlere Etkisi.

m.10 ve TMK m.14'te belirtilmiştir. TMK m.10'a göre "*Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır*". TMK m.14'e göre ise "*Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur*". Erginlik; belirli bir yaşa gelme veya kanunen o yaşa gelmiş sayılmadır⁵⁰⁴. Türk Medeni Kanunu erginlik yaşını 18 olarak belirlemiş (TMK m.11), bunun yanı sıra şartları mevcutsa evlenmeyle (TMK m.11/f.2) ve yargı kararıyla (TMK m.12) da kişinin ergin kılınabileceğini kabul etmiştir.

Türk hukukunda yaş küçüklüğünün, fiil ehliyetinin bir diğer şartı olan ayırt etme gücüne de etki ettiği kabul edilmektedir. TMK m.13'te "*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*" denilmektedir. Türk Medeni Kanunu kişinin hangi yaştan itibaren ayırt etme gücüne sahip olacağına ilişkin bir hüküm ihdas etmemiştir. Küçüğün yaşının ayırt etme gücüne etki edip etmediğini her olayın özelliğine göre ayrı değerlendirmek gerekmektedir⁵⁰⁵. Alman hukukunda BGB § 104 ve BGB § 828 düzenlemelerinde işaret edildiği üzere 7 yaşından küçüklerin hukuki işlem ehliyeti ve haksız fiil ehliyetinden yoksun oldukları kabul edilmiştir⁵⁰⁶. Avusturya hukukunda da yine Alman hukukundakine benzer şekilde bir derecelendirme yapılarak ayırt etme gücünden yoksunluğun sınırı olarak, kişilerin 7 yaşını doldurmaları ölçütü kabul edilmiştir⁵⁰⁷. Alman ve Avusturya hukuklarındaki düzenlemelerin temeli Roma hukukuna dayanmaktadır.

Roma hukuku; 7 yaşına kadarki küçükleri (*infans* çağındakiler), 7 yaş ile erginlik yaşı⁵⁰⁸ arasındaki küçükleri (*impubes infantia maiores*) ve erginlik yaşı ile 25 yaş arası küçükleri (*puberes minores*) farklı hukuki rejime tabi tutmuştur.

⁵⁰⁴ Dural/Öğüz, **op. cit.**, s. 52; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler, op. cit.**, s. 66.

⁵⁰⁵ Dural/Öğüz, **op. cit.**, s. 58; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler, op. cit.**, s. 60 et seq.

⁵⁰⁶ Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku**, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Acar Matbaacılık Tesisleri, İstanbul, 1984, s. 202; Vehbi Umut Erkan/İpek Yücer, "Ayırt Etme Gücü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 60, Sayı 3, Yıl 2011, s. 490.

⁵⁰⁷ Köprülü, **op. cit.**, s. 202; Erkan/Yücer, **op. cit.**, s. 490.

⁵⁰⁸ Erginlik yaşı *Sabinianus* ve *Proculianus* mektepleri arasında tartışmalıdır. Erkekler bakımından; *Sabinianus* mektebi mensupları (*Sabinus* ve *Cassius* başta olmak üzere) bülüğün kişiden kişiye değişeceğini dolayısıyla kesin bir yaş sınırı koymanın isabetli olmayacağını, *Proculianus* mektebi mensupları ise 13 yaşın dolmasıyla bülüğün tamamlanacağını o sebeple erginlik yaşının 14 olması gerektiğini savunmuştur (Gai. I. 1, 196). Sonraki süreçte ve kesin olarak *Iustinianus* Devrinde *Proculianus* mektebinin görüşü ağır basmıştır. Bunun sebebi vücut olgunluğunu araştırmanın ve tespit

a. 0-7 Yaş Arası Küçükler (*Infans* Çağındakiler)

Roma'da 7 yaşından küçükler, yetişkinlerin dilini konuşamayanlar anlamında *infans* kavramı ile ifade edilmekteydi⁵⁰⁹. Klasik Devirde *infans* çağındakilerin, hatta *infans* çağından yeni çıkmış olan ancak çocukluk yaşına yakın küçüklerin (*infanti proximus*) akıl hastasından farklı olmadıkları, hiçbir şekilde ayırt etme gücüne sahip olamayacakları kabul edilmiştir (Gai. I. 3, 109). Bu prensip *Iustinianus* Devrinde *infans* çağındakiler açısından değişmemiş ancak çocukluk yaşına yakın küçükler, bülüğa yakın olanlarla (*pubertate proximi*) aynı rejime tabi tutulmuşlardır (Iust. I. 3, 19, 10).

Infans çağındaki küçüklerin hukuki işlem yapma iradesine sahip olamayacakları kabul edilmiştir⁵¹⁰. 7 yaşını tamamlamayanlar kendilerine hak kazandıracak veya borç altına sokacak şekilde irade beyanında bulunamazlar⁵¹¹. Hukuki işlem ve haksız fiil ehliyetleri bulunmaz⁵¹². *Patria potestas* altında iseler, onlar adına hukuki işlemleri *pater familias* yapar⁵¹³. *Sui iuris* oldukları takdirde malvarlıklarıyla ilgili tüm hukuki işlemler kendilerine atanan vasi (*tutor*) tarafından bizzat yapılır⁵¹⁴. *Infans* bizzat işlem yapmış ise, vesayet altında iken vasinin izin veya icazeti, *infans*'ın yapmış olduğu işleme geçerlilik kazandırmaya yetmez⁵¹⁵. Akıl hastalarına benzetildikleri için ayırt etme gücüne sahip olmadıkları ve bu sebeple yapmış oldukları hukuki işlemlerin kesin hükümsüz olduğu kabul edilir⁵¹⁶.

etmenin kişinin onuru, haysiyeti açısından uygun görülmemesidir. Kızlar bakımından ise yine aynı sebeple erginlik yaşının 12 olduğu hususu belirlenmiş olup, mektepler arasında bu konuda herhangi bir ihtilaf söz konusu olmamıştır (Iust. I. 1, 22, pr.).

⁵⁰⁹ Mary Harlow/Ray Laurence, **Growing Up and Growing Old in Ancient Rome**, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2005, s. 37; Hadley, **op. cit.**, s.130; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, **op. cit.**, s. 159; Akıncı, **Roma Dersler**, **op. cit.**, s. 198; Mehmet Üçer, **Roma Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Kasım, 2018, s. 178.

⁵¹⁰ Hadley, **op. cit.**, s. 130; Akıncı, **Roma Dersler**, **op. cit.**, s. 198; Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, **op. cit.**, s. 198.

⁵¹¹ Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, **op. cit.**, s. 198; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, **op. cit.**, s. 159.

⁵¹² Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, **op. cit.**, s. 159.

⁵¹³ Üçer, **Roma**, **op. cit.**, s. 179.

⁵¹⁴ Mousourakis, **Roman Private Law**, **op. cit.**, s. 111-112; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, **op. cit.**, s. 159.

⁵¹⁵ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, **op. cit.**, s. 159; Üçer, **Roma**, **op. cit.**, s. 178-179.

⁵¹⁶ Üçer, **Roma**, **op. cit.**, s. 178.

Evlenme ve vasiyetname düzenleme işlemleri ile *actus legitimi*⁵¹⁷ olarak ifade edilen sıkı şekle bağlı işlemler ise *infans* tarafından yapılamayacağı gibi *pater familias* veya vasi tarafından da yapılamaz⁵¹⁸. *Infans* tarafından bizzat veya *pater familias* ya da vasi tarafından *infans* adına yapıldıkları takdirde hükümsüz olurlar.

b. 7 Yaş-Erginlik Yaşı Arasındaki Küçükler (*Impubes Infantia Maiores*)

Roma hukukunda 7 yaşını geçen ancak henüz erginlik yaşına ulaşmamış olan küçükler “çocukluk çağını aşmış baliğ olmayanlar” anlamında *impubes infantia maiores* veya kısaca “baliğ olmayan” anlamında *impubes* denmekteydi⁵¹⁹. *Impubes*’lerin evlenmeleri ve vasiyetname düzenlemeleri yasaklanmış, bu işlemleri kendi başlarına veya yasal temsilcilerinin rızasıyla yapmalarına izin verilmemiştir⁵²⁰.

Pomp. D. 23, 2, 4: “*Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos*”.

Pomp. D. 23, 2, 4: “Evlendiğinde 12 yaşından küçük olan bir kız, kocasıyla birlikte yaşamaya devam ederken, 12 yaşına ulaşmadığı sürece yasal eş sayılmaz”⁵²¹.

Roma’da devlet, aile hukukuna fazlaca müdahil olmamış, bununla birlikte toplumda yerleşen örf ve adet kurallarının uygulanmasında ve aile yapısının korunmasında rol üstlenmiştir. Evlilik için de asgari bir yaş belirlenmiş ve bu yaşın altındaki küçüklerin evliliklerinin hükümsüz olacağını kabul etmiştir. Ancak, birlikte yaşama söz konusu ise yine de bu birliktelikleri hukuki statüye kavuşturmak ve gerektiğinde çiftlerin birtakım haklarını koruyabilmek amacıyla eğer taraflar

⁵¹⁷ Roma hukukunun ilk devirlerinde mevcut olan sıkı şekle tâbi işlemlerdir. Bu işlemler geciktirici şarta veya vadeye bağlanamazlar. *Mancipatio, in iure cessio, acceptilatio* gibi işlemler bu kategoride değerlendirilir. Pap. D. 50, 17, 77; Berger, *op. cit.*, s. 348.

⁵¹⁸ Leage, *op. cit.*, s. 102-103.

⁵¹⁹ Umur, *Roma Hukuku, op. cit.*, s. 464; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları, op. cit.*, s. 198.

⁵²⁰ Umur, *Roma Hukuku, op. cit.*, s. 464; Umur, *Roma Hukuku Ders Notları, op. cit.*, s. 198.

⁵²¹ Güneş Ceylan, *Evlenme, op. cit.*, s. 70.

nişanlanmışsa (*sponsalia*)⁵²², bu hükümsüz evliliğin aslında nişanlılığın devamı niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.

Ulp. D. 23, 1, 9: “*Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint, ante duodecimum annum si fuerint nuptiae collatae. Et semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est non videri sponsalia facta. Quam sententiam Papinianus quoque probat*”.

Ulp. D. 23, 1, 9: “*Iulianus’a, 12 yaşından küçük kızla evlenme sözleşmesi yapılırsa, nişanlanma meydana gelir mi, diye sorulmuş. Burada Labeo’nun görüşünü uygun buluyorum, nişanlanma, eğer evlenmeden önce yapılmış ve kız adamla aynı evde, eşi gibi yaşamaya başlamışsa, nişanlanma var olmaya devam eder. Ama eğer öncesinde nişan yoksa, kızın eve gelmesi nişanlanmayı doğurmaz. Papinianus da aynı fikirdedir*”⁵²³.

Metinde erginlik yaşının altındaki bir kız evlenmeye ilişkin rıza gösterirse yaş küçüklüğü sebebiyle kesin hükümsüz olan evlenmenin, nişanlanma olarak ayakta tutulup tutulamayacağı, başka bir deyişle tahvil edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. *Labeo, Iulianus* ve *Papinianus* önceden nişanlanma yoksa, evlenme iradesinin nişanlanmayı doğurmayacağı görüşünü savunmuşlardır. Önceden nişanlanma varsa, tarafların evlenme iradesinin nişanlılığın devam etmesine yönelik olduğu kabul edilmiştir.

⁵²² Nişanlanma (*sponsalia*), tarafların birbirlerine evlenme sözü vermeleridir (Flor. D. 23, 1, 1). Eski Hukuk Devrinde nişanlanma, kız ve erkeğin *paterfamilias*’larının taraf olduğu bir *stipulatio* ile gerçekleştirilmekte ve nişanlananların rızasına gerek duyulmamaktaydı. Güneş Ceylan, **Evlenme**, **op. cit.**, s. 35. Klasik Devirden itibaren nişanlanmanın geçerli olabilmesi için kızın ve erkeğin rızalarının bulunması aranmıştır (Iul. D. 23, 1, 11; Ulp. D. 23, 1, 4, pr.). Nişanlanma *paterfamilias*’lar tarafından yapılsa dahi nişanlananların rızası bulunmuyorsa hükümsüz sayılmıştır. Nişanlanmanın geçerliliği için herhangi bir yaş sınırı ise belirlenmemiştir. Bununla birlikte tarafların rızası arandığından bu işi idrak edebilecek yaşta olmaları gerekir. Tamer, **Uygulamalar**, **op. cit.**, s. 79. Klasik Hukuk Devrinden önce, nişanlanmanın bozulması halinde bozan tarafa karşı taahhüdünü yerine getirmediği için bir *actio* tanınmıştır. Klasik Devirden sonra ise bu imkân kaldırılmış, hatta başlangıçta bu yönde bir cezai şart öngörülmüşse, bu cezai şartın da hükümsüz olacağı kabul edilmiştir. Frier/McGinn, **op. cit.**, s. 65; Berger, **op. cit.**, s. 713.

⁵²³ Güneş Ceylan, **Evlenme**, **op. cit.**, s. 70.

Impubes'ler kendilerini borç altına sokan hukuki işlemleri tek başlarına yapamazlar. Bu işlemlerin geçerli olabilmesi için *pater familias* hâkimiyetinde iseler *pater familias*'ın, vesayet altında iseler vasinin hukuki işlemin yapılması esnasında *auctoritas*⁵²⁴ vermesi gerekir. *Impubes* tarafından *auctoritas* olmadan yapılan hukuki işlemler kesin hükümsüzdür⁵²⁵. *Auctoritas*, hukuki işlem yapılmadan önce veya yapıldıktan sonra verilmişse hüküm doğurmaz (Iust. I. 1, 21, 2). *Auctoritas*, izin veya icazet şeklinde kullanıldığı takdirde, *auctoritas* gereken hukuki işlem kesin hükümsüz olur⁵²⁶. Bu noktada *auctoritas*, icazet şeklinde kullanılmadığı için askıda hükümsüzlük olmaz⁵²⁷. *Impubes*'in kendisini borç altına sokmayan, yalnızca hak kazandıran hukuki işlemleri ise tek başına yapmasına izin verilmiştir (Iust. I. 1, 21, pr.). Kendilerine bağış yapılabilir, karşılıksız hak tesis edilebilir veya kendileri ihraz ya da işgal yoluyla kazanımda bulunabilirler. Yapmış oldukları tam iki taraflı sözleşmelerde ise, kendileri ile sözleşme yapan kişi borç altına girerken, *impubes* borçlanmış sayılmaz (Ulp. D. 19, 1, 13, 29; Iust. I. 1, 21, pr.). Bu tip işlemlere müşterek hukukta total hukuki işlem anlamına gelen *negotium claudicans* denmektedir⁵²⁸. Türk hukukunda “bölünmüş geçersizlik teorisi” veya “tek taraflı bağlamazlık” olarak ifade edilen bu durumda, total hukuki işlem taraflardan biri için sağlam bir hukuki işlem olarak bağlayıcı nitelik taşımakta, diğer tarafı ise bağlamamaktadır⁵²⁹. Bağlı olmayan tarafın bu hukuki işlem ile bağlanabilmesi için gerekli olan koşulun ileride gerçekleşmesi üzerine işlem tam anlamıyla geçerlilik kazanır ve o ana kadar bağlı olmayan taraf için de artık hukuki işlem bağlayıcılık kazanır⁵³⁰. Öte yandan, *impubes* ile sözleşme yapan kişinin korunmaması hakkaniyetli görülmediğinden bu konuda da bir çözüm geliştirilmiştir. *Impubes* ile tam ehliyetli bir kişi arasında tam iki taraflı bir

⁵²⁴ *Pater familias* tarafından verilen rıza, *auctoritas patris familias*; vasi tarafından verilen rıza ise *auctoritas tutoris* olarak adlandırılmaktadır. Her iki *auctoritas* da *impubes*'in yaptığı ve kendisini borç altına sokan hukuki işleme *pater familias* veya vasinin bizzat hazır bulunarak rıza göstermesi anlamını taşımaktadır. Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 26-27.

⁵²⁵ Cuq, **op. cit.**, s. 125.

⁵²⁶ Cf. Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 160; Umur, **Roma Hukuku Ders Notları, op. cit.**, s. 198.

⁵²⁷ Aynı durumun *auctoritas* olmadan hukuki işlem yapan kadın açısından da söz konusu olduğu yönündeki açıklamalar için q.v. İkinci Bölüm, II, A, 8, Cinsiyet Durumunun Hukuki İşlemlere Etkisi.

⁵²⁸ Umur, **Roma Hukuku Ders Notları, op. cit.**, s. 198; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 160, dn. 71.

⁵²⁹ Koç, **op. cit.**, s. 138. Ayrıca q.v. Birinci Bölüm, III, B, 3, İptal Edilebilirlik.

⁵³⁰ Koç, **op. cit.**, s. 138.

sözleşme, sözgelimi satış sözleşmesi yapılmışsa satıcı konumundaki *impubes* satış bedelini almak için *actio venditi* açtığı anda alıcı tarafa *exceptio doli generalis* ileri sürme imkânı tanınmıştır⁵³¹. Böylece *impubes* kendi edimi olan satılanın rahat zilyetliğini sağlama borcunu yerine getirmediğçe alıcı, satış bedelini ödemekten kaçınabilmiştir⁵³². Bu durumda işlemi bozup bozmama veya belirsizlik süresini uzatıp uzatmama imkânı yine de *impubes*'te olduğu için alıcının dezavantajlı olduğu açıktır⁵³³. Bununla birlikte alıcı, *impubes*'in edimini yerine getirmesini beklemeden veya talep edilmeden satış bedelini ödemişse, ödemiş olduğu bedeli geri alabilmek için bir *condictio* (sebepsiz zenginleşme davası) açabilmektedir⁵³⁴.

c. Erginlik Yaşı-25 Yaş Arası Küçükler (*Puberes Minores*)

Roma hukukunda erginlik çağına ulaşmak önceleri fiil ehliyetini tam olarak kazanmayı sağlamaktaydı. Ancak M.Ö. 192 (veya 191) tarihinde çıkarılan *Lex Plaetoria* adlı kanun, erginlik çağına ulaşan ancak 25 yaşından küçük olan baliğlerin, tecrübesizlikleri yüzünden kolaylıkla aldatılabildikleri için yaptıkları hukuki işlemlerden dolayı kendilerine yöneltilen talepleri *praetor*'un verdiği bir *exceptio* ile yerine getirmekten kaçınabileceklerini düzenlemiştir⁵³⁵. Bununla birlikte *puberes minores*'e, *praetor* tarafından bir *in integrum restitutio* verilerek yaptığı hukuki işlemi eski hale getirme⁵³⁶ ve bu çerçevede iptalle birlikte hükümsüz işleme dayanılarak ifa edilen edimlerin kendiliğinden iadesi imkânı da tanınmıştır.

Kanun, görüldüğü üzere bu aşamada *puberes minores*'in fiil ehliyetini sınırlamamaktadır. Ancak zaman içerisinde *puberes minores* ile hukuki işlem yapacak kişilerde, kanunun kendilerine uygulanmasından çekindikleri için bu yaştakilerle işlem

⁵³¹ Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 464-465; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 160.

⁵³² Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 160.

⁵³³ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 208; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 160.

⁵³⁴ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 160.

⁵³⁵ Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 122. Kanun ayrıca *puberes minores*'in tecrübesizliğinden yararlanan kişiye karşı *actio legis Plaetoriae* davasının açılacağını düzenlemiştir. Berger, **op. cit.**, s. 557.

⁵³⁶ Hadley, **op. cit.**, s. 130; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 162; Üçer, **Roma, op. cit.**, s. 180.

yapmaktan kaçınma eğilimi başlamıştır⁵³⁷. Bunun önüne geçebilmek için *puberes minores*'in yapacağı hukuki işlemde önce kendisine kayyım (*curator*) atanmasını isteme usulü (*cura minorum*) ortaya çıkmıştır⁵³⁸. M.S. 2. yüzyıldan itibaren kayyım, *puberes minores*'in hem hukuki işlemleri için hem de malvarlığını idare etmek için atanmaya başlanmıştır⁵³⁹. *Magistra* tarafından belirlenen kayyımın, *puberes minores*'in rıza gösterdiği bir kişi olması gerekmektedir (Iust. I. 1, 24, 1-2). Vasiyet yoluyla kayyım atanmışsa, bu atamanın geçerli olması *praetor*'un veya valinin kararına bağlıdır (Iust. I. 1, 24, 1).

Kayyımın *puberes minores*'e verdiği rıza *consensus*'tur⁵⁴⁰. Kayyımın verdiği *consensus* hukuki işlem verilmeden önce izin şeklinde olabileceği gibi, hukuki işlemin yapılmasından sonra icazet şeklinde de olabilir⁵⁴¹. İcazet şeklinde kullanıldığı durumlarda, *consensus* verilene kadar hukuki işlem eksiktir, askıda hükümsüzdür. *Consensus* verildiğinde hukuki işlem başlangıçtan itibaren hüküm doğurur.

Türk hukukunda da ayırt etme gücüne sahip olan küçükler veya kısıtlılar yasal temsilcinin izni olmadan kendisini borçlandıran hukuki işlem yapmışlarsa işlem askıda hükümsüzdür⁵⁴². Tamamlayıcı unsur, yasal temsilcinin hukuki işleme önceden rıza göstermesi (izni) veya sonradan onay (icazet) vermesidir⁵⁴³. Baştan izin eksikse, icazet verilip verilmeyeceğinin belli olmadığı dönemde hukuki işlemde eksiklik vardır ve bu eksiklik hâkim tarafından resen dikkate alınır⁵⁴⁴. Yasal temsilci hukuki işleme onay

⁵³⁷ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 210; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 162.

⁵³⁸ Muirhead/Goudy/Grant, **op. cit.**, s. 315; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 210.

⁵³⁹ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 162. Vasinin (*tutor*) vesayet altındaki kişiyi gözetmesi de gerekirken kayyım (*cura*) yalnızca malların idaresi ile görevlidir. *Iustinianus* devrinde vasi ile kayyım arasındaki fark önemli ölçüde azalmıştır. Tamer, **Uygulamalar, op. cit.**, s. 124.

⁵⁴⁰ Hadley, **op. cit.**, s. 130; Berger, **op. cit.**, s. 421.

⁵⁴¹ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 162; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 210.

⁵⁴² Serozan, **Medeni Hukuk, op. cit.**, s. 388; Dural/Öğüz, **op. cit.**, s. 89-90; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 235; Antalya, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 154; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 230. TMK m.16/f.1 hükmüne göre, “Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir”.

⁵⁴³ Vasiler hakkında TMK m.451/f.1 “Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi, vasinin açık veya örtülü izni veya sonraki onamasıyla yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir” hükmüyle izne ve icazete işaret etmektedir. TMK m.343 ise “Velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir” demek suretiyle aynı esasın veliler bakımından da geçerli olduğunu ifade etmektedir.

⁵⁴⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler, op. cit.**, s. 98; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 235.

verirse, hukuki işlem başlangıçtan itibaren tam anlamıyla geçerli bir işlem olarak hüküm ifade eder⁵⁴⁵. Yasal temsilci işleme onay vermeyeceğini baştan beyan eder veya kendisine tanınan sürede gerekli onayı vermezse hukuki işlem baştan itibaren kesin olarak hükümsüzleşir⁵⁴⁶.

2. Akıl Hastalığı (*Furor*)

Roma hukukunda akıl hastalığı, sürekli olduğu durumlarda hem hukuki işlem ehliyetini hem de haksız fiil ehliyetini ortadan kaldıran bir durumdur⁵⁴⁷. Bunun sebebi akıl hastalığının ayırt etme gücünü tümüyle ortadan kaldırmasıdır (Gai. I. 3, 106).

Akıl hastası olan bir insanın ve *infans* çağını aşmış bir küçüğün durumu ele alındığında, bir hukuki işlem yapılırken işlemin gerekliliklerini her ikisi de yeterince anlamasa dahi *infans* çağını aşmış küçüğün veli veya vasisinin *auctoritas*'ı ile işlem yapabileceği ancak akıl hastasının hiçbir surette geçerli bir işlem yapamayacağı ifade edilmiştir (Paul. D. 50, 17, 5).

Akıl hastalığının sürekli olmadığı durumlarda ise, kişinin ayırt etme gücünün bulunduğu anlarda fiil ehliyetinin var olduğu kabul edilmektedir⁵⁴⁸. Bu konuya temas eden *Ulpianus*'a ait metinde akıl hastalığı bulunan kişi, belli aralıklarla sağlıklı düşünme yetisini kazanıyorsa, bu süre zarfında yaptığı şahitliğin kabul edileceği belirtilmiş ve sağlıklı olduğu aralıkta ayırt etme gücünün varlığına işaret edilmiştir.

Ulp. D. 28, 1, 20, 4: “*Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit: sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest: testamentum quoque, quod ante furorem consummavit valebit et bonorum possessio ex eo testamento competit*”.

⁵⁴⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler*, **op. cit.**, s. 98-99; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 236.

⁵⁴⁶ Dural/Öğüz, **op. cit.**, s. 90; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler*, **op. cit.**, s. 99; Oğuzman/Barlas, **op. cit.**, s. 236; Dural/Sarı, **op. cit.**, s. 230.

⁵⁴⁷ Ulp. D. 9, 2, 5, 2; Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, **op. cit.**, s. 164; Aksaray, **op. cit.**, s. 28.

⁵⁴⁸ Aksaray, **op. cit.**, s. 28.

Ulp. D. 28, 1, 20, 4: Bir akıl hastasının, sağlıklı bir zihni bulunmadığından şahitlik yapması teklif edilemez. Bununla birlikte, aklının başında olduğu aralıklar varsa, bu aralığın devamı süresince şahitlik yapabilir; akıl hastası olmadan önce yaptığı vasiyetname geçerli olur; ve vasiyetnamenin hükümlerine uygun olacak şekilde malların üzerindeki hakları devredebilmelidir.

Romalılar akıl hastalıklarını tanımadıklarından bir kişinin akıl hastası olup olmadığına dış görünümüne, normal bir insan etkisi bırakıp bırakmadığına bakarak karar vermişlerdir⁵⁴⁹. Akıl hastalığının ortaya çıkmasıyla kişi, herhangi bir *magistra* müdahalesine ihtiyaç kalmaksızın *ipso iure* ehliyetsiz hale gelir⁵⁵⁰. Bu durumdayken geçerli bir irade beyanında bulunamayacağı kabul edilir (Pomp. D. 50, 17, 40). Yaptığı hukuki işlemler hükümsüz olur ve herhangi bir şekilde ayakta tutulamaz.

Akıl hastası *alieni iuris* ise *pater familias*'ının, *sui iuris* ancak yaşı küçükse vasisinin (*tutor*) hâkimiyetinde olur⁵⁵¹. *Sui iuris* olmakla birlikte yaşı ilerlediğinden kendisine atanan bir vasi bulunmuyor ise kayyım (*curator*) atanır (*cura furiosi*)⁵⁵². Kayyım (*curator*) akıl hastasının malvarlığıyla ilgili tüm işlemleri⁵⁵³ bizzat yapmaktadır⁵⁵⁴. Yaptığı işlemler vekâletsiz iş görme (*negotiorum gestio*) hükümlerine tâbidir⁵⁵⁵.

3. Savurganlık (*Prodigentia*)

Roma hukukuna göre sahip olduğu malvarlığını aşırı düzeyde tüketerek ailesini maddi güçlük içerisinde bırakan kişi savurgan kabul edilmiştir⁵⁵⁶. *Ulpianus*, 12 Levha Kanunlarında kişinin kendi mallarını gereksiz yere harcamasının yasaklandığını ifade etmektedir (Ulp. D. 27, 10, 1, pr.).

⁵⁴⁹ Tamer, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 78-79.

⁵⁵⁰ Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 474; Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 164.

⁵⁵¹ Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 474-475.

⁵⁵² Berger, *op. cit.*, s. 420; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 475.

⁵⁵³ Roma'nın ilk devirlerinde kayyım çok geniş yetkilere sahip olmakla birlikte zaman içerisinde vasilere ilişkin getirilen, bazı malları devredememe gibi sınırlamalar kayyımlar için de geçerli olmuştur. Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 475.

⁵⁵⁴ Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 164.

⁵⁵⁵ Berger, *op. cit.*, s. 420; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 475.

⁵⁵⁶ Berger, *op. cit.*, s. 655; Aksaray, *op. cit.*, s. 28.

Ab intestato mirasçısı olduğu aile mallarını israf eden kimseye *agnatio* akrabası kayyım olarak atanır ve bu kişilerin fiil ehliyeti sınırlanarak mallarını idare etmeleri ve vasiyette bulunmaları yasaklanır⁵⁵⁷. Kısıtlamadan sonra düzenledikleri vasiyetnameler hükümsüz olur. Bununla birlikte kısıtlanmadan önce vasiyetname düzenlemişlerse, bu vasiyetnameler geçerlidir⁵⁵⁸. Klasik devirde de *praetor* veya vali, mallarını israf ettiğini tespit ettikleri kişiye kayyım atayarak bu kişilerin fiil ehliyetini sınırlandırmıştır (Ulp. D. 27, 10, 1, pr.).

Savurgan kişinin kendi malvarlığını artıran hukuki işlemleri kısıtlama olmaksızın yapabilmesine izin verilmiş ancak kendisini borç altına sokan işlemler için kayyımın *consensus*'u aranmıştır⁵⁵⁹. Kendisini borç altına sokan bir işlem yaptığında ve *consensus*'un icazet şeklinde kullanıldığı durumlarda, *consensus* verilene kadar hukuki işlem eksiktir, askıda hükümsüzdür. *Consensus* verildiğinde hukuki işlem başlangıçtan itibaren hüküm doğurur.

⁵⁵⁷ Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s. 171.

⁵⁵⁸ Berger, **op. cit.**, s. 655.

⁵⁵⁹ Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 476; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, **op. cit.**, s. 165.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HUKUKİ İŞLEME İLİŞKİN HÜKÜMSÜZLÜK SEBEPLERİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ YANSIMALARI

I. GENEL OLARAK

Roma hukukuna ilişkin kaynaklarda hukuki işlemlerin hükümsüzlüğüne işaret edilse de hükümsüzlüğün derecesine göre ortaya çıkan türleri konusunda sistematik bir düzenleme yapılmamıştır. Metinlerde hükümsüzlük tiplerini genel özellikleri dikkate alınarak birkaç başlık altında toplamak yerine, birçok kavrama bazen aynı bazen farklı anlama gelecek şekilde yer verilmiştir. Bu kavramların bir kısmı metinden çıkan anlama göre günümüz hükümsüzlük terminolojisi ve türleri dikkate alınarak bir sınıfa yerleştirilebilmektedir. Diğer kısmı üzerinde ise ancak genel prensiplerden yola çıkılarak yorum yapılabilmektedir.

Roma hukukuna ilişkin metinlerde belirtilen kavramların işaret ettiği hükümsüzlük derecesinin ve birbirlerinden ayrılan özelliklerinin tespiti hususunda ciddi bir zorluk söz konusudur. Bunun sebebi, kavramlar kullanılırken yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik veya diğer hükümsüzlük türlerine denk gelen sabit bir terminolojinin kullanılmaması ve hatta gerekli görülmemesidir. Günümüz hukuklarında halen hükümsüzlüğe ilişkin kavramsal düzensizliğin bulunması da Roma hukukundaki bu kavram karmaşasına bağlanmaktadır⁵⁶⁰. Bu sebeple Roma hukukuna ilişkin metinlerde yer alan ve hükümsüzlüğü ifade eden yüzün üzerinde kavramı⁵⁶¹

⁵⁶⁰ Iván Siklósi, “Some thoughts on the inexistence, invalidity and ineffectiveness of juridical acts in Roman law and in its subsequent fate”, **Journal On European History Of Law**, 2017, Volume 8, s. 94.

⁵⁶¹ Yokluk, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirliğe ilişkin kavramların bir kısmı şunlardır; *nullum esse, nullum (veya non) fieri, nullum stare, nullius momenti esse, non (veya nec) valere, nullam vim (veya nullas vires) habere, effectum non habere, inefficax esse, ad effectum perducere non posse, sine effectum esse, pro non facto haberi (veya pro non facta est), pro non scripto haberi, non viderifacere, non intellegi, necfacere potest, non esse, non consistere, non subsistere, neque (veya nisi) constat, non contrahi (obligationem), non videtur contrahi, contrahi non potest, nihil agere, inutilis, utile non esse, irritus, imperfectus, ratum non (veya nullo tempore) haberi (veya ratum non est), inanis (veya inane factum), vitiosum esse, vitari, frustra facere, non posse (veya non potest fieri etc.), non licere, illicitus, non permitti, non (veya nihil) est permissum, prohiberi, impedire (veya impediri), obstare, corrumpere, infirmare (veya infirmari), infirmum, non nocere, non prodesse (veya non [nihil] proficere), non sequi (veya nec sequenda est), non teneri, non tenere, iuris vinculum non optinet (obtinere), non obligari (veya non est obligatorium, non [nec] nascitur obligatio, and nulla obligatio nascitur), non (veya nullo modo) deberi (veya debere), non acquirere, actio non datur (veya actio denegatur, actio non competit, actio*

sınıflandırma çabasına girmek yerine, hükümsüzlük sebeplerini gruplara ayırarak bu sebepler üzerinde kesin olarak tespit edilebilen hükümsüzlük yaptırımlarını belirlemeyi ve geri kalanları ise genel prensiplerden hareketle yorumlamayı hedef tutacağız.

II. BAŞLANGIÇTAKİ İMKÂNSIZLIK

Roma hukukundaki temel prensiplerden biri imkânsız olandan borç doğmayacağını ifade eden “*impossibilium nulla obligatio est*” ilkesidir (Cels. D. 50, 17, 185). Hukuki işlemin kuruluşu aşamasında maddi (fiili) veya hukuki imkânsızlık söz konusu ise hukuki işlem hükümsüz olur⁵⁶².

Hayali bir varlığın, sözgelimi “*sentor*” olarak adlandırılan kısmen insan kısmen at görünümünde bir yaratığın *stipulatio* ile taahhüdü (Gai. I. 3, 97a) veya gökyüzüne dokunma taahhüdü (Gai. I. 3, 98) verilmesi halinde sözleşme maddi (fiili) imkânsızlık sebebiyle hükümsüz olur⁵⁶³.

Stipulatio yapmak suretiyle köle zannedilen hür bir insanın veya beşerî hukuka tâbi olduğu zannedilen kutsal veya dini bir yerin taahhüdü halinde ise *stipulatio* hukuki imkânsızlık sebebiyle hükümsüz olur (Gai. I. 3, 97). Bir kimsenin kendi malı üzerinde yine kendisi için rehin, vedia, *precarium*, satış veya kira akdi tesis etmesi halinde de hukuki imkânsızlık sebebiyle işlem hükümsüz olur (Ulp. D. 50, 17, 45, pr.).

Türk hukukunda da maddi bir imkânsızlık olabileceği gibi hukuki bir imkânsızlık da olabilir⁵⁶⁴. Hukuki işlem kurulmadan ölmüş bir yarış atının satışı

peti non posse), *compelli non posse* (veya *cogendum non esse, ne cogatur*), *ius* (veya *facultatem, potestatem*) *non habere* (*faciendi*), *recte* (veya *iure*) *non fieri* (veya *facere*), *non iurefactum, iustum non haberi* (veya *iniustum*), *coiri non posse, evanescere, nihil esse, nihil posse, nihil momenti habere, submoveri, supervacuum, pro infecto haberi, pro non adiecto haberi, invalidus, vanum, impedimentum adferre, perimi, remitti, tolli, rescindere, ve rumpere*. Bunların yanı sıra *infirmari, pro non scripto haberi, irritum fieri, rumpitur, ve rescindere* kavramlarının ise her zaman için kesin hükümsüzlüğe işaret eder tarzda kullanıldıkları kabul görmektedir. Siklósi, **op. cit.**, s. 94.

⁵⁶² Alfredo Mordechai Rabello, “The Impossible Contract: From Roman Law to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law”, **Fundamina: A Journal of Legal History**, Volume 16, Issue 1, January, 2010, s. 349; Erdoğan, **Roma Borçlar, op. cit.**, s. 8; Kaser, **Roman Private Law, op. cit.**, s. s. 144.

⁵⁶³ Rabello, **op. cit.**, s. 349.

⁵⁶⁴ Huguenin, **op. cit.**, s. 119; Guilloid/Steffen, **op. cit.**, Art. 19-20, N. 76; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 290; Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 1037.

halinde maddi imkânsızlık; birinci derece sit alanı olarak belirlenen arazi üzerinde bina yapımı için eser sözleşmesi yapılması durumunda hukuki imkânsızlık söz konusudur.

Sözleşmenin geçerliliği açısından önem arz eden bir diğer husus ise imkânsızlığın objektif ya da subjektif olması ihtimalleridir. Objektif imkânsızlık sözleşmenin yalnızca borçlu açısından değil, hiç kimse açısından gerçekleştirilebilir durumda olmamasıdır⁵⁶⁵. Edimin ifası borçlu açısından imkânsız ancak başkaları açısından mümkün ise sübjektif imkânsızlık bulunur⁵⁶⁶. Roma hukukunda kavramsal olarak yalnızca “imkânsızlık” kullanılmış “objektif imkânsızlık” kavramı müşterek hukukta kullanılmıştır⁵⁶⁷. Bununla birlikte Venu. D. 45, 1, 137, 5 ve Ulp. D. 18, 1, 28 metinlerinde subjektif imkânsızlığa işaret edilerek sözleşmeyi hükümsüz hale getirmeyeceği vurgulanmıştır.

Venu. D. 45, 1, 137, 5: “*Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem sabinus scribit*”.

Venu. D. 45, 1, 137, 5: Eğer, bir başkası için yapılması mümkün olan şeyi yapamayan biriyle *stipulatio* yapmışsam, *Sabinus* borcun doğacağını yazar.

Ulp. D. 18, 1, 28: “*Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest*”.

Ulp. D. 18, 1, 28: Bir kimsenin başkasına ait eşyayı satabileceğine şüphe yoktur: bu durumda geçerli bir alım satım vardır: fakat alıcıdan eşya geri alınabilir.

Roma hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da subjektif imkânsızlık sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir⁵⁶⁸.

Üzerinde durulması gereken son husus ise imkânsızlığın sözleşme kurulmadan önce mi yoksa kurulduktan sonra mı ortaya çıktığıdır. *Institutiones*’te hükümsüzlüğe

⁵⁶⁵ Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 1039; Mehmet Altunkaya, **Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 89.

⁵⁶⁶ Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 1039; Altunkaya, **op. cit.**, s. 89.

⁵⁶⁷ Von Tuhr, **op. cit.**, s. 253.

⁵⁶⁸ Altunkaya, **op. cit.**, s. 178.

yol açan imkânsızlığın sözleşme kurulmadan önceki imkânsızlık olduğu ifade edilmiştir.

Iust. I. 3, 19, 2: “*Idem iuris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita 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...*”.

Iust. I. 3, 19, 2: “Aynı şekilde eğer biri, kutsal veya dini bir yeri dini bir niteliği olmadığını zannederek taahhüt etmişse, veya meydan ya da amfiteatr gibi halkın kullanımına ayrılmış kamuya ait mal, veya özgür bir adam köle zannedilerek, veya alış verişi konu edilemeyen mal hakkında işlem yapılır veya kendi malı kendisine verilirse; sonradan *stipulatio*’nun geçerliliği sağlansa, kamuya ait arazi özel kullanıma ayrılrsa, özgür kişi köle olsa, mal alış verişi konu edilebilen mala dönüşse, veya kendisine ait olan mal kendisinin malvarlığından çıkmış olsa dahi, sözleşme başlangıçtan itibaren hükümsüzdür (*inutilis*)...”⁵⁶⁹.

Metinden anlaşıldığı üzere hem şekle tâbi sözleşmelerde hem de rızai sözleşmelerde başlangıçtaki objektif imkânsızlık sözleşmeyi hükümsüz kılar. Klasik Devirde şekle tâbi sözleşmelerde şekle uyulduğu için varlık kazanan sözleşme veya *consensus* bulunduğu için kurulmuş sayılan rızai sözleşme kanaatimizce artık yok sayılamaz. Bu sebeple başlangıçtaki objektif imkânsızlık sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirmektedir⁵⁷⁰. Sözleşme başlangıçtan itibaren kesin olarak hükümsüz olur. Ayrıca Iust. I. 3, 19, 2’de belirtildiği üzere başlangıçtaki objektif imkânsızlık sonradan ortadan kalksa dahi sözleşme geçerlilik kazanmaz⁵⁷¹. Diğer yandan *Ulpianus*, satış sözleşmesinde başlangıçtaki objektif imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüz olan

⁵⁶⁹ Cf. Paul. D. 45, 1, 83, 5 ve Paul. D. 46, 3, 98, 8.

⁵⁷⁰ Kaser, **Roman Private Law**, *op. cit.*, s.144; Rabello, *op. cit.*, s. 352.

⁵⁷¹ Rabello, *op. cit.*, s. 352.

sözleşmede, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna güven duyan alıcıya *praetor* tarafından hakkaniyet gereği *actio in factum* tanınabileceğini ifade etmiştir.

Ulp. D. 11, 7, 8, 1: “*Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat*”.

Ulp. D. 11, 7, 8, 1: Dini bir mekan, dini nitelikte olmadığı öne sürülerek satıldığında, *praetor* satıcıya karşı ilgili tarafın lehine bir *actio in factum* tanır; ve bu dava satıcının mirasçılara karşı da açılabilir, çünkü o satış sözleşmesinden doğan davaya benzer.

Sözleşme başlangıçtaki objektif imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüz olduğundan alıcının *ius civile* tarafından kabul gören bir *actio*’su ve dolayısıyla hakkı bulunmamaktadır. Ancak *praetor*, alıcıya *actio in factum* tanıyarak *actio empti*’de olduğu gibi zararını tazmin etme imkânı sağlamıştır⁵⁷². *Modestinus* ise *actio in factum*’a gerek kalmadan *actio empti* ile zararın tazmin edilebileceğini kabul etmiştir⁵⁷³.

Türk hukukunda da sözleşme yapıldığı sırada işlemin konusunu oluşturan edimlerden birinin objektif olarak imkânsızlığı, başlangıçtaki objektif imkânsızlık olarak ifade edilmekte ve başlangıçtaki objektif imkânsızlık, TBK m.27/f.1’e göre hukuki işlemi kesin hükümsüz kılmaktadır⁵⁷⁴. Hukuki işlem kurulduktan sonra ortaya çıkan imkânsızlık ise ifa imkânsızlığı olarak nitelendirilir ve işlemi kesin hükümsüz yapmaz. Bu olasılıkta imkânsızlık, ifanın gerçekleşmesine engel olmaktadır⁵⁷⁵.

⁵⁷² Kaser, **Roman Private Law**, *op. cit.*, s. 144.

⁵⁷³ Mod. D. 18, 1, 62, 1.

⁵⁷⁴ Altunkaya, *op. cit.*, s. 178; Leyla Müjde Kurt, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 162; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 294. Başlangıçtaki objektif imkânsızlığa bağlanan kesin hükümsüzlük yaptırımı doktrinde eleştirilmiştir. Bu konuda **Serozan**’ın, Roma hukukundan gelen “*impossibilium nulla obligatio est*” (imkânsız olandan borç doğmaz) ilkesine dayanan kesin hükümsüzlük yaptırımının aşılması gerektiğine ilişkin görüşleri için q.v. Rona Serozan, “Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkânsızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, İstanbul, 2007, s. 2029 et seq.

⁵⁷⁵ Kurt, *op. cit.*, s. 163; Altunkaya, *op. cit.*, s. 105.

III. EMREDİCİ HÜKÜMLERE AYKIRILIK

Roma hukukunun yürürlük kaynakları devirlere göre farklılık göstermektedir. Krallık Devrinde; *rex* tarafından ihdas edilen kanunlar, halkın iradesini yansıtan örf ve adet kuralları ve rahip hukukçuların yeni hukuki şekiller geliştirme (*cavere*), yürürlükteki kanunu yorumlama (*interpretare*) ve kendilerine sorulan soruları cevaplama faaliyetleri (*respondere*) yürürlük kaynaklarıdır⁵⁷⁶. Cumhuriyet Devrinde ise halk meclislerince çıkarılan kanunlar ve *magistra*'lar tarafından ilan edilen beyannameler yürürlük kaynaklarıdır⁵⁷⁷. Ayrıca devrin başlarında *senatus*'un tavsiye niteliğinde olan kararları, Cumhuriyetin sonlarındaki siyasi ve yönetsel krizlerin de etkisiyle bağlayıcı hale gelmiştir⁵⁷⁸. İlk İmparatorluk Devrinde yürürlük kaynağı olarak; *senatus* tarafından çıkarılan *senatus* kararları ve *princeps* tarafından yayımlanan emirnameler yer almaktadır⁵⁷⁹. Son İmparatorluk Devrinde ise esas kaynak imparator emirnameleri olmakla birlikte, M.S. 426 senesinde Batı Roma İmparatoru III. *Valentinianus* (M.S. 425-455) ve Doğu Roma İmparatoru II. *Theodosius* (M.S. 402-450) tarafından yayımlanan M.S. 426 tarihli imparator beyannamesiyle dönemin beş büyük hukukçusu ve onların atfı yaptıkları hukukçuların görüşleri de bağlayıcı kabul edilmiştir⁵⁸⁰. *Iustinianus* Devrine gelindiğinde, *Corpus Iuris Civilis*'in oluşturulmasıyla birlikte bu derlemenin bölümleri imparatorlukta tek yürürlük kaynağı olmuştur.

Roma hukukundaki bu yürürlük kaynakları vasıtasıyla ortaya konulan hükümlerin bir kısmı emredici hükümlerdir. Bu emredici hükümlere aykırı olarak hukuki işlem yapıldığı takdirde, işlem hükümsüz olur. Bir kısmı ise yaptırım içermeyen, düzenleyici nitelikte hükümlerdir. Bu hükümlere aykırılık durumunda hukuki işlemin geçerliliği etkilenmez. Nitekim halk meclisinin, kanun çıkarma yetkisine sahip olduğu dönemde çıkardığı kanunların tümü emredici nitelikte değildir. Bu kanunlar hukuki işlemler üzerindeki etkilerine göre *leges perfectae* (tam kanunlar),

⁵⁷⁶ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, *op. cit.*, s. 52 et seq.; Akıncı, **Roma Dersleri**, *op. cit.*, s. 66-67.

⁵⁷⁷ Mousourakis, **History of Rome**, *op. cit.*, s. 52 et seq.; Akıncı, **Roma Dersleri**, *op. cit.*, s. 67.

⁵⁷⁸ Mousourakis, **History of Rome**, *op. cit.*, s. 59.

⁵⁷⁹ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, *op. cit.*, s. 26; Akıncı, **Roma Dersleri**, *op. cit.*, s. 68.

⁵⁸⁰ Q.v. Codex Theodosianus 1, 4, 3.

leges minus quam perfectae (daha az tam kanunlar) ve *leges imperfectae* (tam olmayan kanunlar) olmak üzere üçe ayrılır⁵⁸¹.

Leges perfectae'ye aykırı olarak yapılan hukuki işlemler hükümsüz olmaktadır⁵⁸². Hükümsüzlüğün türü ise kanun hükmünün içeriğine bakarak değerlendirilmelidir. M.Ö. 81 yılında çıkarılan *Lex Cornelia de Aleatoribus*, kumar borcunun ödeme taahhüdü için yapılan *stipulatio*'ların kesin hükümsüz olacağını düzenlemektedir⁵⁸³. Yine köle azat etmeyi sınırlamak için M.S. 4 yılında ihdas edilen *Lex Aelia Sentia*'nın, *Iustinianus* Devrinde de yürürlükte bulunan hükümlerine göre ise alacaklıları zarara sokmak için yapılan azat etme işlemleri kesin hükümsüzdür⁵⁸⁴.

M.Ö. 40 yılında çıkarılan *Lex Falcidia* atanmış mirasçıya terekenin net tutarının 3/4'ünden fazlasının belirli mal vasiyeti olarak vasiyet edilmesini yasaklamıştır⁵⁸⁵. Kendisine belirli mal vasiyet edilen kişi, atanmış mirasçıya karşı terekenin 3/4'ünü aşan kısma ilişkin talepte bulunursa, atanmış mirasçı *exceptio legis Falcidiae* ileri sürerek talebi yerine getirmeyebilir⁵⁸⁶. Dolayısıyla burada atanmış mirasçıya bir *exceptio* tanınmış ve bu *exceptio*'yu kullanmak suretiyle ifadan kısmen kaçınılabileceği kabul edilmiştir. Kanaatimizce Roma'da yasa koyucular *leges perfectae* kapsamındaki yasaklayıcı normlara atfettikleri önem derecesine göre işlemi ya kesin hükümsüz kılmış ya da hafif bir yaptırım olarak *exceptio* vermişlerdir. *Lex Cornelia de Aleatoribus*, *Lex Aelia Sentia*, *Lex Commissoria* gibi kanunlarda işleminden zarar görene ayrıca özel bir *exceptio* tanınma ihtiyacı dahi duyulmamış, bu kanunlara aykırı şekilde yapılan işlemler kesin hükümsüz kabul edilmiştir. İşlemin kesin hükümsüzlüğü istenmiyorsa kanunla, korunmak istenen tarafa *exceptio* tanınmış ve bu şekilde ilgililer himaye edilmiştir.

Türk hukuk doktrinine göre emredici hükümler; hukuki işlemin taraflarınca değiştirilemeyen ve bu yönüyle tarafların irade özerkliğini sınırlayan kanun

⁵⁸¹ William Alexander Hunter, *A Systematic and Historical Exposition of Roman Law*, Translated into English by J. Ashton Cross, 2. edition, London: William Maxwell & Son, 1885, s. 750; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 178; Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 16.

⁵⁸² Hunter, *op. cit.*, s. 750; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 178.

⁵⁸³ Berger, *op. cit.*, s. 549.

⁵⁸⁴ Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s. 114.

⁵⁸⁵ Robert Dundonald Melville, *A Manual of the Principles of Roman Law relating to Persons, Property and Obligations with a Historical Introduction*, Edinburgh, W. Green & Son Limited Law Publishers, 1915, s. 416, dn. 3; Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s. 118.

⁵⁸⁶ Berger, *op. cit.*, s. 552.

hükümleridir⁵⁸⁷. Türk hukukunda TBK m.27/f.1 hükmü emredici hükümlere aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük olarak belirlemiştir.

Roma hukukunda *leges minus quam perfectae*'ye aykırı olarak yapılan hukuki işlemler ise hükümsüz olmazlar, ancak bu işlemleri yapanlara ceza verilir⁵⁸⁸. M.Ö. 204 ila 169 tarihleri arasında yapıldığı bilinen *Lex Furia Testamentaria*, mirasbırakanın, eşi veya gelini hariç, 1000 *as*'ı aşan miktarda belirli mal vasiyetinde bulunmasını yasaklamıştır⁵⁸⁹. Buna rağmen, lehine mal vasiyet edilen kimse, mirasçıdan 1000 *as*'ı aşan vasiyetin yerine getirilmesini isterse dört katı kadar miktarı ceza olarak ödemesi kararlaştırılmıştır⁵⁹⁰. Dolayısıyla hukuki işlem ayakta kalır, geçerliliği etkilenmez⁵⁹¹ ancak bu hukuki işlemden menfaat elde etmek isteyen kişi cezalandırılır⁵⁹². Türk hukukunda düzen hükmü olarak ifade edilen kurallar, *leges minus quam perfectae* ile benzerlik göstermektedir. Düzen hükmü niteliğindeki kanuni yasaklara aykırılık halinde de hukuki işlem geçerliliğini korur ancak başka tür bir yaptırım uygulanır⁵⁹³.

Leges imperfectae'ye aykırı olarak yapılan hukuki işlemler ise hükümsüz olmadıkları gibi, herhangi bir müeyyide de içermezler⁵⁹⁴. M.Ö. 204 senesinde çıkarılan *Lex Cincia de Muneribus et Donis*, miktarı bilinmemekle birlikte belli bir oranın üzerinde bağışlamalarda bulunmayı ve bağışı kabul etmeyi, eşler veya yakın hısımlar hariç olmak üzere yasaklamıştır⁵⁹⁵. Roma'nın eski devirlerinde kanunların dini bir niteliği de olduğundan bu kanun için ayrıca dünyevi bir müeyyide öngörülmemiş ve *imperfecta* kabul edilmiştir⁵⁹⁶. Taraflar, kanunun yasakladığı şartlar altında bir bağışlama sözleşmesi yapsa dahi bu sözleşme hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Ancak sonraları *praetor* faaliyetleri neticesinde bağışlayanın,

⁵⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 538; Fahri Erdem Kaşak, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Ocak, 2019, s. 250; Karabağ Bulut, **op. cit.**, s. 16-17.

⁵⁸⁸ Hunter, **op. cit.**, s. 750; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 178.

⁵⁸⁹ Berger, **op. cit.**, s. 552; Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s. 119.

⁵⁹⁰ Hunter, **op. cit.**, s. 750; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, **op. cit.**, s. 16.

⁵⁹¹ Hunter, **op. cit.**, s. 750.

⁵⁹² Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, **op. cit.**, s. 16.

⁵⁹³ Serozan, **Medeni Hukuk**, **op. cit.**, s. 31; Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 540.

⁵⁹⁴ Hunter, **op. cit.**, s. 750; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 178.

⁵⁹⁵ Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s. 115-116.

⁵⁹⁶ Hunter, **op. cit.**, s. 750; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 178.

kendisine bağışlamanın yapılması için bir dava açıldığında *exceptio Legis Cinciae* ileri sürerek bağışlamadan kaçınabileceği kabul edilmiştir⁵⁹⁷.

Türk hukukunda emredici hükümlere aykırılık, kişilik haklarına aykırılığı da kapsar⁵⁹⁸. Bu çerçevede TBK m.27’de kişilik haklarına aykırılığın kesin hükümsüzlüğe yol açacağı ayrıca belirtilmiş olsa da, esasen TMK m.23 hükmü emredici niteliktedir⁵⁹⁹. Dolayısıyla TBK m.27’de bu ifade olmasa dahi, kişilik haklarına aykırı sözleşmeler emredici hükme aykırılık sebebi ile hükümsüz olurdu⁶⁰⁰. Diğer yandan doktrinde, TBK m.27’de ayrı bir kesin hükümsüzlük sebebi olarak sayılan kamu düzenine⁶⁰¹ aykırılığın da aynı zamanda emredici hükümlere aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür⁶⁰².

IV. AHLÂKA AYKIRILIK

Romalılar daha Eski Hukuk Devrinde, *ius* (hukuk) ve *mores* (ahlâk) kavramlarını birbirinden ayırt etmişlerdir⁶⁰³. *Mores* kavramı, bir arada yaşayan insanların ortak rızalarıyla uydukları, geleneklere dayalı ahlâk kurallarını ifade etmek için kullanılmıştır⁶⁰⁴. Roma vatandaşlarının uyması gereken iyi ve dürüst davranışlar

⁵⁹⁷ Berger, **op. cit.**, s. 549.

⁵⁹⁸ Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı)**, Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi, Sulhi Garan Matbaası Kollektif Şirketi, İstanbul, 1976, s. 46; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 395.

⁵⁹⁹ Karabağ Bulut, **op. cit.**, s. 63.

⁶⁰⁰ Tekinay et al., **op. cit.**, s. 395; Karabağ Bulut, **op. cit.**, s. 63.

⁶⁰¹ Kamu düzeni kavramının tanımı ve içeriği hususunda Türk hukukunda görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında; ahlak ve dürüstlük kurallarını, toplumun, hukukun temel ilke ve değer yargılarını, adaleti ve ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olayların kamu düzenini ihlal eden olgular olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1998/12-287 K. 1998/325 T. 6.5.1998 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-1998-287-k-1998-325-t-06-05-1998>, Çevrimiçi 2.9.2019). Anayasa mahkemesi ise, kamu düzeninin tanımlanması güç bir kavram olduğunu belirttikten sonra, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan, cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralların kamu düzeni kapsamına gireceğini belirten geniş bir tanıma yer vermiştir. Resmi Gazete 17.04.1964, Sayı: 11685, E. 1963/128 K. 1964/8 T. 28/1/1964 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-1963-128-k-1964-8-t-28-1-1964>, Çevrimiçi 2.9.2019). Bu çerçevede kamu düzeni, toplumun çıkarını koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuki düzenin bütününü ifade eder. Huguenin, **op. cit.**, s. 114; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 278.

⁶⁰² Tekinay et al., **op. cit.**, s. 395; Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, op. cit.**, s. 39-40; Akın Ünal, **Kelepçeleme Sözleşmeleri**, Adalet Yayınları, 2012, s. 43.

⁶⁰³ Kaser, **Roman Private Law, op. cit.**, s. 21.

⁶⁰⁴ Berger, **op. cit.**, s. 587.

boni mores (iyi ahlâk) olarak ifade edilmiş⁶⁰⁵; onurlu ve saygın bir vatandaşa yakışmayacak davranışlar ise *contra bonos mores* (ahlâka aykırı) kabul edilmiştir (Pap. D. 28, 7, 15).

Roma hukukunda taraflar arasında konusu ahlâka aykırı olan bir hukuki işlem yapılmışsa ya da hukuki işlem ile elde edilmek istenen amaç ahlâka aykırı ise, bu hukuki işlemlerin hükümsüz olduğu kabul edilmekteydi⁶⁰⁶. Ahlâka aykırı hukuki işlemlerin hükümsüzlüğüne ilişkin en eski metinler⁶⁰⁷ ise M.S. 2. yüzyıla, yani Klasik Devrin sonlarına dayanmaktadır⁶⁰⁸. Bu metinlerde hem şekle tâbi sözleşmelerin hem de rızai sözleşmelerin ahlâka aykırılık halinde hükümsüz olacağı düzenlenmiştir.

Digesta'da genel olarak ahlâka aykırı *stipulatio*'ların hükümsüz olduğu ifade edilmiştir.

Ulp. D. 45, 1, 26: “*Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*”.

Ulp. D. 45, 1, 26: “Biliyoruz ki, genel olarak, ahlâka aykırı *stipulatio*'lar hükümsüzdür (*nullius esse momenti*)”.

Iul. D. 45, 1, 61: “*Stipulatio hoc modo concepta: "si heredem me non feceris, tantum dare spondes?" inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio*”.

Iul. D. 45, 1, 61: *Stipulatio* şu şekilde ifade edilirse “Beni mirasçı yapmaman karşılığında bir miktar para vermeyi taahhüt ediyor musun?” ahlâka aykırılık sebebiyle hükümsüzdür (*inutilis*).

⁶⁰⁵ *Ibid.*, s. 374.

⁶⁰⁶ Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, *op. cit.*, s. 204-205; Mehmet Yeşiller, “Roma Hukuku’nda Hükümsüzlük Halleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Yıl: 2011, Sayı 3, s. 90.

⁶⁰⁷ *Infra*, Gai. I. 3, 157; Iul. D. 45, 1, 61.

⁶⁰⁸ Zimmermann, *op. cit.*, s. 707.

Stipulatio'nun yanı sıra metinlerde rızai bir sözleşme olan vekâlet sözleşmesinde ahlâka aykırılık durumu da incelenmiş, ahlâka aykırı bir iş için yapılan vekâlet sözleşmeleri hükümsüz kabul edilmiştir⁶⁰⁹.

Gai I. 3, 157: “*Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, ueluti si tibi mandem, ut Tito furtum aut iniuriam facias*”.

Gai I. 3, 157: “Açıktır ki, bir kimse ahlâka aykırı (*contra bonos mores*) bir iş için vekâlet verirse, örneğin *Titius*'a karşı hırsızlık (*furtum*) veya yaralama (*iniuria*) fiilini işlemeni istersem, sözleşmeden borç doğmaz”.

Iust. I. 3, 19, 24: “*Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet*”.

Iust. I. 3, 19, 24: Adam öldürme veya bir kutsala saygısızlık gibi ahlâka aykırı bir sebeple verilen taahhüt hükümsüzdür.

Iust. I. 3, 26, 7: “*Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de iniuria facienda tibi mandet*”.

Iust. I. 3, 26, 7: Ahlâka aykırı vekâlet sözleşmesinden borç doğmaz, örneğin *Titius* hırsızlık (*furtum*), mala zarar verme veya yaralama (*iniuria*) fiillerini gerçekleştirmen için vekâlet verdiğiinde.

Metinlerden de anlaşılacağı üzere bir kimse, tapınak soymak veya bir köleyi yaralamak gibi haksız fiillerin gerçekleştirilmesi için bir başkasıyla vekâlet sözleşmesi

⁶⁰⁹ Alan Watson, **Contract of Mandate in Roman Law**, Oxford University Press, First Edition, 1961, s. 88 et seq. Roma hukukunda sadece vekilin menfaatine bir vekâlet sözleşmesi yapıldığında (*mandatum tua gratia*), sözleşmenin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir. Bir kişinin kendisine ait bir işi yapıp yapmayacağı veya ne şekilde yapacağı vekâlet sözleşmesinin konusu olamaz. Şahin Akıncı, **Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s. 5; Savaş, **Vekâlet**, op. cit., s. 16-17.

yaptığı takdirde bu sözleşme hükümsüz olmaktadır⁶¹⁰. Şunu da belirtmek gerekir ki, metinlerdeki haksız fiiller için ayrıca emredici hükümlere aykırılık da söz konusudur. Aynı zamanda suç da oluşturan bu fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda emredici hükümlere aykırılık sebebiyle de hükümsüzlük meydana gelmektedir.

Ahlâka aykırı içerikteki veya ahlâka aykırı amaç taşıyan⁶¹¹ sözleşmelerin hüküm doğurmaması, Türk hukuku bakımından da bir gereksinim olarak görülmüş ve TBK m.27’de ahlâka aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, söz konusu kavramın içeriğinin doldurulması doktrine bırakılmış ve bu konuda doktrinde birçok tanım yer almıştır⁶¹². Bu itibarla ahlâka aykırılık içi doldurulacak genel bir kavram olarak kanunda yer almaktadır⁶¹³.

V. ŞEKLE AYKIRILIK

Eski hukuk düzenlerinde ve Roma hukukunun erken devirlerinde hukuki bağın yalnızca törensel faaliyetlerin neticesinde kurulabileceği fikri kabul görmüştür⁶¹⁴. Bu fikir şeklin, hukuki işlemin ortaya çıkması için gereken bir kurucu unsur olmasını sağlamıştır. Şekle uyulmadığında hukuki işlem hiçbir hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Tersten bakıldığında, eğer şekle uyulmuşsa, yanılma ya da aldatma ile veya korkutma etkisi altında yapılmış olsa dahi hukuki işlem geçerli kalır. Katı şekilciliğin hukuk üzerindeki bu denli hâkimiyeti, *aequitas* (hakkaniyet) ve *bona fides* (iyiniyet) düşüncelerinin toplumda ve hukuk düzeninde etkili olduğu döneme kadar sürmüştür. Ulp. D. 1, 1, 10, 1’de yer alan dürüstçe yaşamak, herkese hak ettiğini vermek, kimseye zarar vermemek gibi temel prensiplerin hukuk düzenine hâkim olması⁶¹⁵ ve *praetor*’ların *aequitas* (hakkaniyet) ve *bona fides* (iyiniyet) düşünceleri

⁶¹⁰ Zimmermann, **op. cit.**, s. 421.

⁶¹¹ Aybay, **op. cit.**, s. 40.

⁶¹² Tanımlar ve ayrıntılı bilgi için q.v. Ateş, **op. cit.**, s. 80 et seq.

⁶¹³ Schwenger, **op. cit.**, s. 258.

⁶¹⁴ Kaser, **Roman Private Law, op. cit.**, s. 34.

⁶¹⁵ Bu temel prensipler *Digesta*’ya alınırken *Ulpianus*’a atıf yapılmıştır. Bununla birlikte doktrinde, *Ulpianus*’un da bu prensipleri *Cicero*’nun “*De Officiis*” adlı eserindeki verilerden elde ettiği savunulmaktadır. Philip J. Thomas, “Bona Fides, Roman Values and Legal Science”, **Fundamina**, A Journal of Legal History, Volume 10, 2004, s. 190.

Dolayısıyla *bona fides* ve dürüstlük kuralının ilk nüvelerinin ortaya çıkışına ilişkin net bir tarih vermek mümkün olmasa da, *Cicero*’nun M.Ö. 106 - M.Ö. 43 yılları arasında yaşadığı göz önünde

ekseninde yeni himaye vasıtaları ortaya çıkarmalarıyla⁶¹⁶ birçok kurucu şekil şartı ortadan kalkmıştır. Klasik Devirden itibaren şekil, birçok işlem bakımından bir varlık şartı olarak değil, geçerlilik şartı olarak görülmüştür. Bir kısım işlemlerin ise şekli gereklilikleri yumuşatılmış ve bu işlemler için gereken şekil; kurucu unsur veya geçerlilik şartı olmaktan ziyade sembolik bir anlam taşımıştır.

Stipulatio, per aes et libram işlemleri ve özellikle *mancipatio, in iure cessio, manus* tesisi muameleleri olan *coemptio* ve *conferreatio*, evlat edinme işlemleri olan *adoptio* ve *arrogatio*, *pater familias* hâkimiyetinden çıkarmak için kullanılan *emancipatio*, *ius civile* tarafından öngörülen köle azat etme şekilleri, vasiyetname yapma şekilleri olan *testamentum in procinctu*, *testamentum calatis comitiis* ve *testamentum per aes et libram* en yaygın törensel, şekle bağlı işlemlerdir. Her bir işlemin kendine özgü farklı şekil şartları bulunmaktadır. Bu noktada Roma hukukunun karakteristik bazı şekle tâbi işlemlerini ele almak, hükümsüzlüğün ortaya çıkabileceği durumları belirleyebilmek adına yararlı olacaktır.

En yaygın kullanılan sözlü sözleşme olan *stipulatio*'nun, önceleri katı şekilde uygulanan ancak zaman içerisinde yumuşatılan birçok şekil şartı mevcuttur. Öncelikle işlemin tarafları aynı ortamda, bir arada olmak zorundadır⁶¹⁷. Hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmenin hükümsüz olacağına ilişkin bu kural *Iustinianus* Devrinde yumuşatılmıştır⁶¹⁸. Bununla birlikte *stipulatio*'da soru ve cevap için kullanılan özel kelimeler vardır. *Stipulatio*'nun geçerli şekilde kurulabilmesi için alacaklının “Taahhüt ediyor musun?” anlamındaki sorusuna taahhüt edenin “Taahhüt ediyorum” anlamına gelen belirli bir terimle cevap vermesi gerekmektedir. En eski devirlerden itibaren bu amaçla kullanılagelen terimler “*Spondes?*” (Taahhüt ediyor musun?) ve buna cevaben “*Spondeo*” (Taahhüt ediyorum) olmuştur⁶¹⁹. Bu terimler

bulundurulduğunda bu düşüncelerin M.Ö. 2. ve 1. yüzyıllarda hukuk hayatında etkin olduğunu ifade etmek mümkündür.

⁶¹⁶ D. H. Van Zyl, “Justice and Equity in Cicero”, **Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)**, Volume 50, Issue 2, 1987, s. 168.

⁶¹⁷ Kaser, **Roman Private Law, op. cit.**, s. 40. Bunun bir yansımasının Türk hukukundaki işlemde birlik (*unitas actus*) ilkesi olduğu ileri sürülebilir. Söz konusu ilke için q.v. Kocayusufpaşaoğlu et al, **op. cit.**, s. 306-307.

⁶¹⁸ *Iustinianus* Devri Roma hukukunda, *stipulatio*'nun yapıldığı yazılı olarak belgelenmişse ve belgenin düzenlendiği gün tarafların sözleşmenin yapıldığı bölgede bulunduğu belirlendiği takdirde tarafların hazır bulundukları karine olarak kabul edilmiştir. Ancak taraflardan birinin o bölgede bulunmadığı ispatlanırsa karine çürütülebilirdi. Di Marzo, **op. cit.**, s. 424-425.

⁶¹⁹ Kaser, **Roman Private Law, op. cit.**, s. 40.

kullanılmadığında *stipulatio* yokluk derecesinde hükümsüz olmakta ve taraflar açısından borç ve alacak doğurmamaktadır. *Peregrinus*'larla etkileşimin artmasıyla birlikte yeni kalıplar ortaya çıkmış, tek bir terime bağlılık ortadan kalkmış ve ilk başta “*Fidepromittis?*” ile “*Fidepromittio*” kavramları, sonrasında Klasik Devir boyunca “*Promittis?*” ile “*Promitto*”; “*Dabis?*” ile “*Dabo*”; “*Facias?*” ile “*Faciam*” ve benzeri birçok kavram ile *stipulatio*'nun geçerli şekilde kurulabileceği kabul edilmiştir⁶²⁰. Son İmparatorluk Devrinde tarafların Yunanca ile de *stipulatio* yapabilecekleri kabul edilmiş ve nihayet Doğu Roma İmparatoru I. *Leo*'nun reformları çerçevesinde M.S. 472 yılında, tarafların arzularını ifade edecek herhangi bir kelime ile sözleşmenin kurulabileceği kabul edilmiştir⁶²¹. Ayrıca, sözlülük esas olduğu için sağır ve dilsizlerin sözleşmeyi geçerli şekilde yapamayacakları kabul edilmiş (Gai. I. 3, 105) ve bu esas *Iustinianus* Devrinde de yürürlükte kalmıştır⁶²².

Mülkiyeti devir işlemi olan *mancipatio*'nun hüküm doğurması için malı devreden (*mancipio dans*), malı devralan (*mancipio accipiens*), bir terazi tutan (*libripens*) ve en az beş ergin Roma vatandaşının mevcut olması gerekir⁶²³. Malı devralacak olan kişi “*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*” (*Quirites* hukukuna göre bu malın benim olduğunu iddia ediyorum, bu mal bu bakır külçesi ve terazi ile bana satılmış olsun) dedikten sonra bakır parçası ile terazinin kefesine vurur ve mülkiyetine geçirdiği mal karşılığında bakır parçasını malı devredene verir⁶²⁴. *Mancipatio*'nun bu ilkel, değişime uğramamış halinde yer alan şekil şartlarının her biri kurucu unsurdur. Mesela beş ergin Roma vatandaşının işlem sırasında hazır bulunması *mancipatio*'nun yapıldığına ilişkin ispat ve aleniyet fonksiyonunu yerine getirir. Ancak bu şart yalnızca bir ispat şartı olmadığı, aynı zamanda kurucu unsur olduğu için beş ergin Roma vatandaşı işlem sırasında hazır bulunmuyorsa işlem yok kabul edilir⁶²⁵. *In iure cessio* da *mancipatio* gibi şekil şartlarını haiz, *magistra* huzurunda yapılan bir mülkiyeti devir şeklidir. Bu işlemin kurucu unsuru *magistra* önünde yapılmasıdır, dolayısıyla *magistra*

⁶²⁰ **Ibid.**

⁶²¹ Riccobono, **op. cit.**, s. 93; Berki, **op. cit.**, s. 275.

⁶²² Berki, **op. cit.**, s. 276.

⁶²³ Erdoğan, **Roma Eşya, op. cit.**, s. 59; Karadeniz Çelebican, **Roma Eşya, op. cit.**, s. 169.

⁶²⁴ Kaser, **Roman Private Law, op. cit.**, s. 36; Erdoğan, **Roma Eşya, op. cit.**, s. 59-60.

⁶²⁵ Cf. George M. Bush, “Mancipatio, An Historical Study”, **Juridical Review**, Volume 38, Issue 1, 1926, s. 90.

önünde yapılmayan *in iure cessio* işlemi de yokluk derecesinde hükümsüz olur⁶²⁶. Eski Hukuk Devrinin sıkı şekilciliğinin etkisi altındaki *actus legitimi* işlemlerinin ve bu işlemlerden olan *mancipatio* ve *in iure cessio*'nun geciktirici şarta veya vadeye de bağlanmaları mümkün olmamıştır⁶²⁷. Bu işlemlerde şekle veya törene uyulduğu takdirde hukuki işlemin ara verilmeksizin, derhal hüküm ve sonuç doğurması istenmiştir⁶²⁸. Bu sebeple şart veya vadeye bağlanan *mancipatio* ve *in iure cessio* hükümsüz sayılmıştır⁶²⁹. Zaman içerisinde *mancipatio*'ya ilişkin şekil şartları yumuşamış ve *Iustinianus* devrinde işlem tamamen ortadan kalkmıştır⁶³⁰. *Mancipatio* gibi *in iure cessio* işlemi de *Iustinianus* Devrinde ortadan kalkmıştır⁶³¹.

Ius civile tarafından öngörülen köle azat etme şekillerinden *manumissio vindicta* (değnekle azat etme) ise, *rei vindicatio* davası benzeri kurgusal bir dava ile *magistra* önünde yapılan azat etmedir⁶³². Kölenin sahibi, güvendiği bir kişi ve köle, *magistra*'nın önüne gider. Güvenilen kişi, davacı konumundadır ve *adsertor libertatis* (hürriyet savunucusu) sıfatıyla köleye değnekle dokunarak hür olduğunu iddia eder⁶³³. Kölenin sahibi bunu kabul edince *magistra*'nın onayıyla köle özgürlüğünü kazanmış olur⁶³⁴. Bu işlemde değnekle köleye dokunmak bir kurucu şekil şartıdır. Eğer ortamda değnek bulunmaz ise veya köleye değnekle dokunulmazsa azat etme işlemi yok sayılır ve köle özgürlüğüne kavuşamaz.

Türk hukukunda ise şekil; hukuki işlemin kurucu unsuru veya geçerlilik şartı olabileceği gibi ispat şartı olarak da belirebilir. İspat şartı olarak öngörülen şekil hukuki işlemin geçerliliğine etki etmez yalnızca ispat vasıtası olarak kullanılır. Mesela, HMK m.200/f.1⁶³⁵ hükmüne göre, yapıldığı zamanki miktar veya değeri 2500

⁶²⁶ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, *op. cit.*, s. 201.

⁶²⁷ Pap. D. 50, 17, 77; Berger, *op. cit.*, s. 348.

⁶²⁸ Berger, *op. cit.*, s. 348.

⁶²⁹ Kaser, **Roman Private Law**, *op. cit.*, s. 53.

⁶³⁰ Berger, *op. cit.*, s. 573; Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, *op. cit.*, s. 442; Erdoğan, **Roma Eşya**, *op. cit.*, s. 60.

⁶³¹ Berger, *op. cit.*, s. 496.

⁶³² Berger, *op. cit.*, s. 496.

⁶³³ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, *op. cit.*, s. 146.

⁶³⁴ *Ibid.*, s. 145.

⁶³⁵ HMK m.200/f.1: “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve iffası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz”.

TL'nin üzerinde olan hukuki işlemler senetle ispat edilir. Ancak ispat için gerekli şekle uyulmamış olması hukuki işlemi hükümsüz kılmaz⁶³⁶. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu, hukuki işlem için herhangi bir şekil öngörülümüşse, bu şeklin kural olarak geçerlilik şartı olduğunu belirtmektedir (TBK m.12/f.2⁶³⁷). Kanunda şekle aykırılığın hukuki işlemi hükümsüz kılacağı belirtilmekle birlikte hükümsüzlüğün türüne ilişkin net bir ifade ise yer almamaktadır⁶³⁸. Türk hukuk doktrininde baskın görüş geçerlilik şartı olan şekle uyulmamasının kesin hükümsüzlüğe yol açacağını savunmaktadır⁶³⁹. Yargıtay da 30.09.1988 Tarih ve E. 1987/2, K. 1988/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul kararında belirtildiği üzere kesin hükümsüzlük görüşünü benimsemektedir⁶⁴⁰. Tarafların anlaşmasıyla şekil şartı bertaraf edilemeyeceği gibi,

⁶³⁶ Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Kasım, 2018, s. 256.

⁶³⁷ TBK m.12/f.2: "*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*".

⁶³⁸ Tufan Ögüz, "Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, 2011, s. 104. Şekle aykırılığın yaptırımına ilişkin yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, kendine özgü (*sui generis*) hükümsüzlük ve diğer görüşler ile bu görüşlere yöneltilen eleştiriler için q.v. Arif Barış Özbilen, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, İstanbul, Aralık, 2016, s. 177 et seq.

⁶³⁹ Kocayusufpaşaoğlu et al., **op. cit.**, s. 313; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 479; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 102; Serozan, **Medeni Hukuk, op. cit.**, s. 376; Özbilen, **op. cit.**, s. 198; Ögüz, **op. cit.**, s. 104; Muzaffer Şeker, "Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini", **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı 61, Ocak, 2008, s. 51; Aybay, **op. cit.**, s. 61; Abdurrahman Savaş, **İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler**, Adal Ofset, Konya, Temmuz, 2005, s. 264; Ayrıca İsviçre için q.v. Schwenger, **op. cit.**, s. 245; Julia Xoudis, **Commentaire Romand, Code des Obligations I**, Art. 11-16, Éditeurs: Luc Thévenoz et Franz Werro, Deuxième édition, Helbing Lichtenhahn, 2012, Art. 11, N. 33; Alman hukuku için q.v. Medicus/Petersen, **op. cit.**, s. 275; Bork, **op. cit.**, s. 419.

⁶⁴⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2:

"... Gerçekten, Borçlar Kanununun 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre kanunun öngördüğü bir şeklin kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme sahih olmaz. Başka bir anlatımla Kanun, öngördüğü şekli, bir geçerlik (sıhhat) şartı olarak düzenlemiş bulunmakta ve buna uyulmadan yapılan sözleşmelere, "geçersizlik" müeyyidesini (hukuki sonucunu) bağlamaktadır. O halde, Medeni Kanunun 634 ncü maddesi ile Borçlar Kanununun 11 ve 213 ncü maddelerinin bu açıklıkları karşısında, tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satımına ve noterde düzenleme biçiminde (re'sen) yapılmamış olan taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmeler geçersizdir.

Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgün geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def'i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hâkim tarafından re'sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hâkim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen gözönüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin

tarafların onayı ile de işlem geçerli hale gelmez⁶⁴¹. Öte yandan, şekle aykırılık itirazı hakkın kötüye kullanımı oluşturduğu anda, hükümsüzlük nazara alınmaz ve işlem geçerliymiş gibi sonuç doğurabilir, tahvil yoluna gidilmesi de mümkün olabilir⁶⁴².

Son olarak, TBK m.17/f.1⁶⁴³ hükmüne göre tarafların da şekil şartı kararlaştırması mümkündür. Buna göre TBK m.17/f.1 hükmü kapsamında kararlaştırılan iradi şekil de geçerlilik şeklidir⁶⁴⁴ ve iradi şekil şartı kararlaştırılmışsa kanuni geçerlilik şekli ile aynı yasal sonuçların ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁶⁴⁵.

VI. İRADE İLE BEYAN UYGUNSUZLUĞU

A. *Reservatio Mentalis* (Zihni Kayıt)

Kişinin bilerek ve isteyerek gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunması, beyan ettiği sonucu istemediğini kendi zihninde gizlemesi durumunda *reservatio mentalis* (zihni kayıt) ortaya çıkar⁶⁴⁶. *Reservatio mentalis* söz konusu olduğunda hukuki işlemin geçerli olup olmayacağını Eski, Klasik ve Post Klasik Hukuk devirlerine göre ayrı ayrı incelemek gerekir.

Eski Hukuk Devrinde beyan edilen sözlerin gerçek iradeyi yansıttığı kabul gördüğü için, bu devirde bulunulan irade beyanı zihni kayıt durumu olsa dahi geçerli bir hukuki işlemin oluşmasını sağlar. Nitekim bir *stipulatio*'da sözleşmenin kurulması için gerekli sözler beyan edildikten sonra, taahhütte bulunan kişinin gerçek iradesini bilinçli olarak yansıtmadığı tespit edilse ve hatta işlemin karşı tarafınca bilinse dahi işlem geçerli olur.

ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti göz önünde tutulamaz...” (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1987-2-k-1988-2-t-30-9-1988>, Çevrimiçi 2.9.2019).

⁶⁴¹ Osman Gökhan Antalya, “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 18, Sayı 3, Temmuz, 1992, s. 366-367.

⁶⁴² Xoudis, **op. cit.**, Art. 11, N. 36 ve 44; Medicus/Petersen, **op. cit.**, s. 276; Huguenin, **op. cit.**, s. 106 ve 108; Schwenger, **op. cit.**, s. 246-249; Bork, **op. cit.**, s. 421.

⁶⁴³ TBK m.17/f.1: “*Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz*”.

⁶⁴⁴ Huguenin, **op. cit.**, s. 110; Schwenger, **op. cit.**, s. 251; Xoudis, **op. cit.**, Art. 16, N. 3.

⁶⁴⁵ Schwenger, **op. cit.**, s. 251; Xoudis, **op. cit.**, Art. 16, N. 35. Bu konuda farklı bir görüş ise iradi şekle aykırılığın yokluğa yol açacağını savunmaktadır. Görüş için q.v. Huguenin, **op. cit.**, s. 111.

⁶⁴⁶ Zimmermann, **op. cit.**, s. 643; Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 348; Antalya, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 277.

Klasik Devirden itibaren ise önceden bahsedildiği üzere⁶⁴⁷ beyanda bulunan kişinin gerçek iradesi dikkate alınmıştır. Bu anlayışın müşterek hukuktaki görünümü olan irade teorisi dikkate alındığında beyanda bulunan kişinin gerçek iradesi ile muhatabın gerçek iradesi uyuşmadığından sözleşmenin kurulmayacağı düşünülebilir, ancak irade teorisinin en önemli savunucuları dahi teorinin zihni kayıt durumunda uygulanmasını uygun görmemişlerdir⁶⁴⁸. Roma hukukunda da Klasik ve Post Klasik Devirde zihni kayıt durumunda kişinin gerçek iradesi ile beyanının uyuşmamasından hareketle hükümsüzlüğün ileri sürülmesi, hukukun belirliliğini ve güvenilirliğini sarsacağından bu şekilde yapılan sözleşmeler geçerli kabul edilmiştir⁶⁴⁹.

Cels. D. 2, 15, 12: “*Non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei relictæ sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti ac non etiam quod posteriore legatum sit...*”.

Cels. D. 2, 15, 12: “Bir tarafın kendisine vasiyetname ile bırakılan mirasın tümü üzerinde anlaşma yapması ve sonraları yaptığı anlaşmanın vasiyetnamenin ilk kısmında kendisine kalanın dışındaki kısma ilişkin olmadığını iddia etmesi ve son bölümde ona bırakılanlara değinmemesi kabul edilemez...”.

Öte yandan Klasik Devir metinlerinde rastlanmasa dahi *bona fides* ilkesinin önem kazandığı ve şekilciliğin kırıldığı bu dönemde *reservatio mentalis*’in karşı tarafça bilinmesi halinde işlemin hükümsüz olacağı kabul edilmiş olmalıdır. Bu hususta Roma hukuku kaynaklarında doğrudan veri bulunmasa da, müşterek hukukta

⁶⁴⁷ Q.v. Birinci Bölüm, I, B, 1, İrade Beyanı.

⁶⁴⁸ Turhan Esener, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, **AÜHFD**, Cilt 9, Sayı 3, 1952, s. 185.

⁶⁴⁹ Zimmermann, **op. cit.**, s. 644.

ve Kilise hukukunda⁶⁵⁰ konunun üzerinde durulmuştur⁶⁵¹. Zihni kayıt durumunda “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” olarak ifade edilen ve “kimse kendi yaptığı yanlıştan kendisine hak çıkaramaz” anlamına gelen genel prensip uygulama alanı bulur⁶⁵². Kendisine irade beyanında bulunulan kişi iyiniyetliyse⁶⁵³, zihni kaydı bilebilecek durumda değil ise hukuki işlemin geçerliliği etkilenmez⁶⁵⁴. İyiniyetli değil ise hukuki işlem hükümsüz olur⁶⁵⁵.

Alman hukuku da güven teorisine ve karşı tarafın iyiniyetli olup olmamasına dayanan bu ayrımı benimsemiştir. BGB § 116 hükmü⁶⁵⁶, zihni kaydın muhatap tarafından bilinmesi durumunda hukuki işlemin hükümsüz olacağına, bilinmemesi halinde ise geçerli olarak kalacağına işaret etmektedir⁶⁵⁷. İsviçre-Türk hukuklarında ise açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte doktrinde aynı şekilde, güven teorisine göre karşı taraf zihni kaydı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa hukuki işlemin hüküm doğurmayacağı; karşı taraf bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyor ise işlemin geçerli kalacağı kabul edilmektedir⁶⁵⁸.

B. Iocandi Causa (Latife Beyanı)

Beyan sahibi tarafından hukuki sonuç doğurması istenmeyen, karşı tarafça ciddiye alınmayacağı düşüncesiyle yapılan, görünüşte, sözde beyanlar *iocandi causa*

⁶⁵⁰ Kilise hukukuna; Kanon hukuku veya Kanonik hukuk da denmektedir. Ortaya çıkışı hakkında farklı görüşler mevcuttur. İlk görüş Kilise hukukunun doğuşunu doğrudan havarilerin faaliyetlerine ve faaliyet dönemine dayandırır. İkinci görüş ise Kilise hukukunun 12. yüzyıl ve sonrasında ortaya çıktığını ileri sürer. Bu görüşe göre ilk asırlardaki kilise sadece rehberlik vazifesi görmüş, kanunlar külliyyatının ortaya çıkışı 12. yüzyılda gerçekleşmiştir. Üçüncü bir görüş ise, konsiller (kilise önderlerinin toplantıları) ve bu konsillerde ortaya konulan kanonlarla birlikte Kilise hukukunun ortaya çıktığını ileri sürmektedir. Tuncay Başoğlu, “Hristiyan Hukuku”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı 9, 2007, s. 38 et seq.

⁶⁵¹ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, *op. cit.*, s. 207.

⁶⁵² Helmuth Pree, “On Juridic Acts and Liability in Canon Law”, **The Jurist**, Volume 58, published by the Department of Canon Law, The Catholic University of America, 1998, s. 65, dn. 68.

⁶⁵³ Pree, *op. cit.*, s. 65.

⁶⁵⁴ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 222; Koç, *op. cit.*, s. 165.

⁶⁵⁵ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 223.

⁶⁵⁶ BGB § 116/f.1: Bir irade beyanı, beyanda bulunan aslında beyanda bulunmak istemediğini saklamışsa, hükümsüz değildir. f.2: Beyan, karşı taraf kendine yöneltilmiş beyandaki zihni kaydı biliyorsa, hükümsüzdür.

⁶⁵⁷ Zimmermann, *op. cit.*, s. 643, dn. 138.

⁶⁵⁸ Esener, *op. cit.*, **İtimat**, s. 185-186; Eren, **Borçlar Genel**, *op. cit.*, s. 349.

(latife beyanı) olarak nitelendirilmektedir⁶⁵⁹. Roma hukukunda latife beyanının geçerli bir hukuki işlem doğurup doğuramayacağı hususu aynı zihni kayıta olduğu gibi Eski Hukuk Devrine ve Klasik Devir sonrasına göre farklılık göstermiştir.

Eski Hukuk Devrinde beyanda bulunanın gerçek iradesi dikkate alınmadığı için ciddi olsun veya olmasın hukuki işlem geçerlidir. Beyanlar uyuştuktan sonra latife amacıyla yapılıp yapılmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Klasik Hukuk Devrinde ise beyanda bulunanın gerçek iradesine verilen önem sebebiyle latife beyanı mevcutsa Paul D. 44, 7, 3, 2 metninde ifade edildiği üzere hukuki işlemin hükümsüz olduğu kabul edilmiştir.

Paul. D. 44, 7, 3, 2: “*Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero "spondes?" et tu responderis "spondeo", nascetur obligatio*”.

Paul. D. 44, 7, 3, 2: “Sözlü bir sözleşme akdedilirken tarafların niyetine bakılır; örneğin ben sana latife etmek veya bir şeyler öğretmek amacıyla “taahhüt ediyor musun?” diye sorsam ve sen “taahhüt ediyorum” şeklinde cevap versen borç doğmaz”.

Latife beyanında sözleşme taraflarının biri, gerçek iradesini açıklamamış, latife amacıyla bilerek farklı yönde beyanda bulunmuştur. Kanaatimizce Roma hukukunda güven teorisi bulunmadığı için sözleşmenin karşı tarafı, latife beyanında bulunan kişinin gerçek iradesini bilmiyorsa sözleşmenin kurulacağı söylenemez. Bu ihtimalde latife beyanında bulunan kişinin iradesi ile beyanı uyuşmamakta, muhatabın ise iradesi latife amaçlı beyana göre şekillenmektedir. Dolayısıyla gerçek iradeler uyuşmadığı için sözleşme kurulmaz, yok hükmünde olur. Muhatabın, latife beyanında bulunan kişinin gerçek iradesini bilmesi durumunda ise zaten sözleşmenin kurulmaması yönünde bir irade uyuşması söz konusu olduğundan sözleşme yine yok hükmündedir.

⁶⁵⁹ Zimmermann, *op. cit.*, s. 643; Eren, *Borçlar Genel, op. cit.*, s. 346; Antalya, *Borçlar Genel, op. cit.*, s. 278.

BGB § 118⁶⁶⁰ düzenlemesine göre, ciddi olmayan bir beyan, karşı tarafın beyanın ciddi olmadığını anlayacağı düşüncesiyle yapılmış ise hüküm doğurmaz. Alman hukukunda bu bağlamda beyanda bulunan kişinin gerçek iradesi, hukuki işlemin geçerli olmayacağına yönelmişse, bu düşünce korunmaktadır⁶⁶¹. İsviçre-Türk hukuklarında, zihni kayıta olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, güven teorisine göre, karşı taraf beyanın latife amaçlı olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa hukuki işlemin hüküm doğurmayacağı; latife olduğunu bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyor ise işlemin geçerli olacağı ileri sürülmektedir⁶⁶².

C. *Simulatio* (Muvazaa)

Hukuki işlemin taraflarının çeşitli amaçlarla görünüşte bir sözleşme akdetmeleri ancak aynı zamanda akdettikleri bu sözleşmenin hüküm doğurmaması veya başka bir sözleşme olarak hüküm ifade etmesi hususunda anlaşmaları halinde *simulatio* (muvazaa) ortaya çıkar⁶⁶³. Taraflar üçüncü kişilere hukuki işlem varmış gibi göstererek gerçekte hiçbir hukuki işlem yapmak istemiyorlarsa mutlak muvazaa; gerçekte yapmak istedikleri bir hukuki işlem var ancak bu işlemi üçüncü kişilerden saklamak için başka bir hukuki işlem varmış gibi gösteriyorlarsa nisbi muvazaa söz konusu olur⁶⁶⁴. Roma hukukuna ilişkin metinlerde mutlak ve nisbi muvazaa ayrımı kavramsal olarak yer almamaktadır. Bununla birlikte metinlerin içeriğinden her iki tür muvazaanın da bilindiği anlaşılmaktadır.

Eski Hukuk Devrinde beyan ön planda olduğundan taraflar gerçekte istemeseler dahi yapmış oldukları işlemler bağlayıcı kabul edilmektedir⁶⁶⁵. Tarafların muvazaalı

⁶⁶⁰ BGB § 118: “Ciddi bir iradenin bulunmadığının yanlış anlaşılacağı beklentisiyle yapılan gerçekte istenmeyen yönde açıklanan bir irade beyanı hükümsüzdür”.

⁶⁶¹ Zimmermann, *op. cit.*, s. 643-644.

⁶⁶² Antalya, *Borçlar Genel, op. cit.*, s. 278-279; Esener, *op. cit.*, *İtimat*, s. 186.

⁶⁶³ Benedict Winiger, *Commentaire Romand, Code des Obligations I*, Art. 18, Editeurs: Luc Thévenoz et Franz Werro, Deuxième édition, Helbing Lichtenhahn, 2012, Art. 18, N. 71; Huguenin, *op. cit.*, s. 55; Schwenzer, *op. cit.*, s. 232-233; Tekinay et al., *op. cit.*, s. 407; Nomer, *Borçlar Hukuku, op. cit.*, s. 100; Berger, *op. cit.*, s. 708; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku, op. cit.*, s. 223-224.

⁶⁶⁴ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku, op. cit.*, s. 224; Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri, op. cit.*, s. 208; İsmail Alamutlu, *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 47 et seq.

⁶⁶⁵ Zimmermann, *op. cit.*, s. 647; Arzu Oğuz, “Muvazaa Kuramının Iustinianus’tan Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi”, *AÜHFD*, 1996, C. 45, S. 1, s. 453-454; Meryem

işlemleri, şekli şartlar yerine getirilmişse hükümsüz olmaz. *In iure cessio*, *adoptio* (evlat edinme), *emancipatio* (*pater familias* hâkimiyetinden çıkarılma) gibi hukuki işlemlerde şekle uyulmuşsa tarafların gerçek iradeleri işlemleri yapmak yönünde olmasa dahi işlemler bağlayıcı olmaktadır⁶⁶⁶.

Gerçek iradenin ve hakkaniyet fikrinin önem kazanmasıyla birlikte Eski Hukuk Devrindeki anlayış değişmiştir. Hem Klasik Devirde hem de *Iustinianus* Devri Roma hukukunda muvazaalı hukuki işlemin, taraflar ve üçüncü kişiler nezdinde hüküm doğurmayacağı kabul edilmiştir⁶⁶⁷. Ulp. D. 18, 2, 4, 5'te daha iyi teklif kayıtlı bir satışta eğer ilk satış gerçekleştikten sonra; ikinci bir alıcının daha iyi bir teklifle ortaya çıktığı ve onunla sözleşmenin yapıldığı ileri sürülürse ancak bu ikinci alıcı ile aslında gerçek bir satış sözleşmesi yapılmamışsa, ikinci satış sözleşmesinin hükümsüz olacağı ifade edilmiştir. Benzer şekilde Mod. D. 44, 7, 54'te muvazaalı satışların hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

Mod. D. 44, 7, 54: *Contractus imaginarii etiam in emptionibus iuris vinculum non optinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate.*

Mod. D. 44, 7, 54: Kurmaca sözleşmeler hükümsüzdür, satış söz konusu olsa bile işlem muvazaalıysa ve gerçeğe dayanmıyorsa böyledir.

Ulp. D. 18, 2, 4, 5 ve Mod. D. 44, 7, 54 metinleri mutlak muvazaa durumuna ilişkindir ve işlemin hükümsüz olacağı açıkça ifade edilmiştir. Diğer yandan Ulp. D. 18, 1, 36 ve Ulp. 19, 2, 46 metinleri nisbi muvazaa durumuna işaret etmekte ve görünürdeki işlemin hükümsüz olacağını belirtmektedir.

Ulp. D. 18, 1, 36: “*Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere*”.

Günay, **Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 26.

⁶⁶⁶ Oğuz, **op. cit.**, s. 454.

⁶⁶⁷ Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 488.

Ulp. D. 18, 1, 36: Satıcı, satılan için talep etmeyeceği bir bedel belirlerse, niyeti bağışlama olduğu için satış hükümsüz olur.

Ulp. D. 19, 2, 46: “*Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit*”.

Ulp. D. 19, 2, 46: Bir kimse gerçek değerine nazaran çok ufak bir bedel karşılığı kira sözleşmesi yaparsa, sözleşme hükümsüzdür, bu bağışlamaya benzemektedir.

Metinlerde işaret edildiği üzere görünürdeki işlem olan satış hükümsüz iken, satışın arkasına gizlenen bağışlama sözleşmesi geçerli kabul edilmiştir⁶⁶⁸.

Iustinianus devrinde Cod. 4, 22’nin başlığında yer alan “Gerçekten yapılan şey, görünürde yapılmış görünen ancak aslında muvazaalı olan şeyden üstündür” anlamına gelen “*Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*” prensibi kabul edilmiştir⁶⁶⁹. Klasik ve Post Klasik Devirde, hem mutlak muvazaada hem de nisbi muvazaada görünürdeki işlem bakımından tarafların iradeleri kurgusal dahi olsa bir sözleşme oluşturmak hususunda uyduğundan yokluktan söz edilemez. Bununla birlikte görünürdeki sözleşmenin hüküm doğurmaması için yapmış oldukları anlaşma, sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirmiştir⁶⁷⁰.

Türk hukukunda baskın görüş, görünüşteki muvazaalı işlemin kesin hükümsüz olduğunu kabul etmektedir⁶⁷¹. Bu görüş, ortada şeklen dahi olsa karşılıklı irade beyanları varken yokluktan söz edilemeyeceğini; tarafların arzusuna dayanan bir kesin hükümsüzlüğün olduğunu ileri sürmektedir⁶⁷². İkinci bir görüş, aslında muvazaalı işlemin hiç meydana gelmemiş olduğundan hareketle yokluk halinin söz konusu olduğunu savunmaktadır⁶⁷³. Bu görüşe göre, sadece görünüşte kalan ve her iki tarafça

⁶⁶⁸ **Ibid.**

⁶⁶⁹ Prensip İmparator *Diocletianus* döneminde konulmuştur. *Diocletianus*’un *rescriptum*’larında satış sözleşmesinin ve diğer birtakım sözleşmelerin muvazaa sebebiyle hükümsüz sayılacağı ifade edilmiştir. Oğuz, **op. cit.**, s. 455.

⁶⁷⁰ Cf. Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, **op. cit.**, s. 209.

⁶⁷¹ Von Tuhr, **op. cit.**, s. 273-274; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1**, **op. cit.**, N. 417; Hatemi/Gökyayla, **op. cit.**, s. 91; Kılıçoğlu, **op. cit.**, s. 236-237; Aybay, **op. cit.**, s. 61-62.

⁶⁷² Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1**, **op. cit.**, N. 417.

⁶⁷³ Keller/Schöbi, **op. cit.**, s. 194; Kocayusufoğlu et al., **op. cit.**, s. 356, 357; Eren, **Borçlar Genel**, **op. cit.**, s. 356-357; Serozan, **Medeni Hukuk**, **op. cit.**, s. 386.

bilerek ve istenerek hiçbir şekilde hukuki sonuç doğurmamak üzere açığa vurulmuş irade beyanları ile gerçek bir işlemin oluştuğunun kabulü mümkün değildir⁶⁷⁴. Muvazaa halinde taraflarda hukuki sonuç iradesi bulunmamakla birlikte, olmayan böyle bir iradenin dış dünyaya yansıtılıp yürürlüğe konması anlamında beyan iradesi de mevcut değildir⁶⁷⁵. Aksine burada tarafların iradesi muvazaalı işlemin meydana gelmemesi konusunda birbirine uygundur⁶⁷⁶. İsviçre kökenli üçüncü görüş, muvazaada klasik anlamda bir kesin hükümsüzlük olmadığını, kesin hükümsüzlüğün birtakım sonuçlarının aşılaraq, değiştirilerek uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Bu çerçevede kesin hükümsüzlüğün mevcut olduğu ancak hâkim tarafından resen göz önünde bulundurulamayacağı ileri sürülmektedir⁶⁷⁷.

Türk hukukunda nisbi muvazaa bakımından gündeme gelebilecek diğer bir mesele ise gizli işlemin akıbetinin ne olacağıdır. Doktrinde kabul gören görüş, nisbi muvazaada görünüşteki muvazaalı işlemin arkasına gizlenmiş ve tarafların gerçek iradesine uyan işlemin, kendi geçerlilik şartlarını sağlaması halinde geçerli olacağıdır⁶⁷⁸. Yargıtay tarafından da benimsenen bu görüşe göre, gizli işlem kendi geçerlilik şartlarını taşııyorsa muvazaa sebebiyle değil, ilgili geçerlilik şartına sahip olmaması sebebiyle kesin hükümsüz olur⁶⁷⁹. Bu konuda azınlık görüşü ise muvazaa

⁶⁷⁴ Kocayusufoğlu et al., **op. cit.**, s. 357.

⁶⁷⁵ **Ibid.**, s. 357, dn. 35.

⁶⁷⁶ Keller/Schöbi, **op. cit.**, s. 193 et seq.; Eren, **Borçlar Genel, op. cit.**, s. 356.

⁶⁷⁷ Peter Jäggi/Peter Gauch, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1b, (Art. 18 OR), Zürich, 1980, Art. 18, N. 129.

⁶⁷⁸ Schwenzer, **op. cit.**, s. 233; Huguenin, **op. cit.**, s. 55-56; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 419; Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 101.

⁶⁷⁹ Hatemi/Gökyayla, **op. cit.**, s. 91; Kılıçoğlu, **op. cit.**, s. 237.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı E. 1953/8, K. 1953/7, T. 07.10.1953.

“... Medeni Kanunun 634 üncü maddesi mülkiyeti nakledecek akitlerin resmi şekilde yapılmasını amirdir. Bununla hakiki iradelerinin tam olarak telahuk ettiğini akitlerin salahiyyetli memur huzurunda beyan eylemeleri kasdolunmuştur. Memur huzurunda bey akti hakkında iradelerinin telahuk ettiğini akitler beyan eyleseler ve fakat hakiki kasıtlarının akit yaparken hibe olduğu sabit olsa bey akti batıl olur amma yerine hibe akti kaim olamaz; Çünkü memur huzurunda hibe hakkında tarafların iradeleri telahuk eylememiştir. Bu halde tapu kaydı hali aslisine irca olunmakla iktifa olunur. Müşteri vaziyetinde bulunan şahsa hibe sebebiyle mülkiyet intikal eylemiş olamaz...” (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatleri-birlestirme-hgk-e-1953-8-k-1953-7-t-07-10-1953>, Çevrimiçi 2.9.2019).

Kararda nisbi muvazaalı işlemde görünürdeki satış sözleşmesinin muvazaa sebebiyle, gizli işlem olan bağışlamanın ise; bir taşınmaz bağışı söz konusu olduğu için tapuda resmi şekilde yapılma şekli şartı gerçekleşmediğinden, dolayısıyla şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacağına işaret edilmiştir.

sebebiyle kesin hükümsüz olan görünüşteki işlemde uyulan resmi şeklin gizli işlem için de şekil şartını gerçekleştirmiş olacağını ifade etmektedir⁶⁸⁰.

D. Açıklamada Yanılma (Beyan Hatası)

Roma hukukuna ilişkin temel kaynak olan *Corpus Iuris Civilis*'te *error* (yanılma, hata) tanımlanmamıştır. Türk Borçlar Kanunu da yanılmayı doğrudan doğruya tanımlamak yerine yanılma teşkil eden halleri sayma yoluna gitmiştir (TBK m. 31-32-33). Türk hukuk doktrinine göre yanılma; irade beyanının istenmeyerek ya da fark edilmeyerek gerçek iradeye, arzuya uygun olmaması veya iradenin oluşmasına etken olan bir hususta düşüncenin gerçek duruma uygun düşmemesidir. İrade beyanının gerçek iradeye uymaması açıklamada yanılma, iradenin oluşmasını sağlayan bir hususta düşüncenin gerçek duruma uymaması ise saikte yanılma olarak nitelendirilmektedir⁶⁸¹. Öte yandan Türk Borçlar Kanununun 30. maddesinin “G. İrade Bozuklukları” kenar başlığı altında açıklamada yanılma, saikte yanılma, aldatma ve korkutma yer almaktadır⁶⁸². Zikredilen bu durumlardan esasen açıklamada yanılmada, irade ve beyan uyumsuzdur; saikte yanılma, aldatma ve korkutmada ise irade ve beyan birbirine uygunken iradenin oluşumunda bozukluk söz konusudur⁶⁸³. Bu sebeple açıklamada yanılmayı irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk halleri arasında, saikte yanılmayı ise irade beyanının oluşumuna ilişkin bozukluklar kapsamında değerlendireceğiz.

Roma hukukunda açıklamada yanılma hallerinde, yapılan hukuki işlemlerin geçerliliği konusunda genel bir kural oluşturulmamış, kazuistik sistemin anlayışına uygun olarak her durumun özelliklerine göre farklı çözüm yolları geliştirilmiştir⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ İlhan E. Postacıoğlu, **Gayri Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti**, İstanbul, 1945, s. 129.

⁶⁸¹ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, Cilt-1, **op. cit.**, N. 303; Tekinay et al., **op. cit.**, s. 427 et seq.; Nomer, **Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 92 et seq.; İnan/Yücel, **op. cit.**, s. 311-312; Kocayusufoğlu, **Hata**, **op. cit.**, s. 44 et seq.; Seyfullah Edis, **Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdın Lüzumlu Vasıflarında Hata**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 9 et seq. Açıklamada yanılma ve saikte yanılma ayrımı Savigny'nin Klasik Yanılma (Hata) Teorisine dayanmaktadır. Turhan Esener/Fatih Gündoğdu, **Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1-48)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 127; Kocayusufoğlu, **Hata**, **op. cit.**, s. 44.

⁶⁸² Alman hukukunda aynı durum q.v. Medicus/Petersen, **op. cit.**, s. 220; Bork, **op. cit.**, s. 321.

⁶⁸³ Schwenzer, **op. cit.**, s. 284; Huguenin, **op. cit.**, s. 126; Nomer, **Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 90.

⁶⁸⁴ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 226.

Ortaçağ Roma hukukçuları bu çözüm yollarını, ilişkin oldukları durumların ayırıcı niteliklerine göre esaslı yanılmalar (hatalar) ve esaslı olmayan yanılmalar (hatalar) olmak üzere iki grupta toplamışlardır⁶⁸⁵. Sınıflandırma yapılırken yanılığa düşen kişi gerçek durumu bilseydi yine de hukuki işlemi yapacak idiyse buradaki yanılmanın esaslı yanılma olmadığı; gerçek durumu bilse hukuki işlemi yapmayacağı öngörülüyorsa yanılmanın esaslı olduğu prensibinden hareket edilmiştir. Yanılma esaslı değil ise hukuki işlem geçerli, esaslı ise hükümsüz olacaktır⁶⁸⁶.

Roma hukukunda hukuki işlemin konusuna ilişkin miktarda yanılma (*error in quantitate*) ve isimlendirilmesine ilişkin tanımlamada yanılma (*error in nomina*) esaslı sayılmamıştır. Hukuki işlemin konusuna ilişkin miktarda yanılmalarda (*error in quantitate*) işlemin hükümsüz olmayacağı, üzerinde tereddüt olmayan miktarın geçerli olacağı kabul edilmiştir⁶⁸⁷. Türk Borçlar Kanunu da m.31/f.2 hükmüyle, güven teorisine uygun olarak, basit hesap yanlışlıklarının işlemin geçerliliğine etkisinin olmayacağını kabul etmiştir. Bu durumda işlem, gerçek tutar üzerinden kurulmuş olur.

Hukuki işlemin taraflarca isimlendirilmesine yönelik tanımlama hataları (*error in nomina*) da hukuki işlemi hükümsüz kılmaz. İçerik açısından uyuşma varsa, tarafların farklı isimler vermiş olması hukuki işlemin geçerliliğini etkilemez.

Ulp. D. 18, 1, 9, 1: *Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.*

Ulp. D. 18, 1, 9, 1: “Eğer, biz isim bakımından uyuşmamış, fakat satımın konusu üzerinde uyuşmuş isek, öyleyse şüphesiz satım geçerlidir. Çünkü, eğer satım konusunda uyuşma varsa, isim bakımından hata (tanımlama hatası) önemli değildir”⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, s. 226-227.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, s. 227.

⁶⁸⁷ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, op. cit., s. 214.

⁶⁸⁸ Yusuf Büyükkay, **Roma Borçlar Hukukunda Hata**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 74.

Error in nomina'nın yanılma teşkil etmeyeceği Türk Borçlar Kanununda da TBK m.19/f.1 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Esas olarak, bu sonuca güven teorisiyle de ulaşmak mümkündür.

Roma hukukunda hukuki işlemin konusunda yanılma (*error in corpore*), hukuki işlemin niteliğinde yanılma (*error in negotio*) ve şahısta yanılma (*error in persona*) halleri ise esaslı yanılma halleri olarak kabul edilip hukuki işlemin hükümsüzlüğü neticesini doğurmuşlardır. TBK m.31/f.1/b.1,2,3 hükümlerinde Türk hukukunda da bu yanılmaların esaslı kabul edileceği düzenlenmiştir.

Roma hukukunda hukuki işlemin konusunu oluşturan malda yanılığa düşülmüş, beyan sahibinin arzu ettiği şey ile muhatabın arzusu uyuşmamış ise hukuki işlemin konusunda yanılma (*error in corpore*) vardır. Hukuki işlemin konusunda yanılma her zaman için esaslı yanılma sayılır⁶⁸⁹ ve işlemi hükümsüz kılar.

Iust. I. 3, 19, 23: *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsummon esset. Veluti si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.*

Iust. I. 3, 19, 23: Taahhüt veren ile taahhüt ettiren farklı şey düşünmüşse, cevap soruyu karşılamıyormuş gibi sözleşme kurulmaz. Örneğin biri, sana köle *Stichus*'u taahhüt ettirmiş ve sen *Stichus* zannettiğin *Pomphilus*'u düşünmüşsündür.

Ulp. D. 18, 1, 9, pr.: *In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem cornelianum, tu mihi te vendere sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. idem est, si ego me stichum, tu pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiat, apparet nullam esse emptionem.*

⁶⁸⁹ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, op. cit., s. 229.

Ulp. D. 18, 1, 9, pr.: “Alım ve satımda bilindiği gibi, uyuşma hakim olmalıdır, eğer, satılanın kendisi ya da bedel üzerinde, ya da herhangi bir nokta üzerinde uyuşmazlık varsa, bu takdirde satım tamamlanmamıştır. Eğer, ben buna göre *Cornelianus*’un gayrimenkulünü almayı kast etmişsem, fakat sen *Sempronianus*’un gayrimenkulünü satmayı düşünmüşsen, bu takdirde satım hükümsüzdür. Çünkü biz satımın konusu üzerinde uyuşmamışız. Aynı durum şudur, eğer ben *Stichus*’u almayı (düşünüyör), fakat sen hazır bulunmayan *Pamphilus*’u satmayı düşünüyorsan, yani, biz satım konusu üzerinde uyuşmamış isek, bu takdirde satımın hükümsüz olduğu açıktır”⁶⁹⁰.

Ulpianus’tan alıntılanan *Digesta* metninde sözleşmenin konusu üzerinde uyuşma yoksa hükümsüzlüğün ortaya çıkacağı açıkça ifade edilmiştir. Metnin son kısmında Iust. I. 3, 19, 23’deki olay tekrarlanarak neticenin yine hükümsüzlük olduğu aktarılmıştır.

Hukuki işlemin taraflarından herhangi biri, diğerinin arzu ettiğinden farklı bir hukuki işlem yapmak istemiş ve taraflar bu sebeple yanılmışlarsa hukuki işlemin niteliğinde yanılma (*error in negotio*) vardır⁶⁹¹. Hukuki işlemin niteliğinde yanılma da konuda yanılma gibi her zaman için esaslı yanılma kabul edilir⁶⁹² ve hukuki işlemi hükümsüz hale getirir.

Ulp. D. 12, 1, 18, pr.: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.*

Ulp. D. 12, 1, 18, pr.: “Eğer ben sana parayı bağışlama olarak verir, sen karz olarak alırsan *Iulianus* bağışlamanın olmadığını yazmaktadır: Karz olup olmadığı incelenmelidir. Kanaatime göre, başka bir düşünceyle almışsa, karz yoktur ve paralar

⁶⁹⁰ Büyükcay, **Hata, op. cit.**, s. 56.

⁶⁹¹ Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 489.

⁶⁹² **Ibid.**, s. 489-490.

alanın olmamıştır. Eğer paraları tüketmişse, ona bir sebepsiz iktisap davası açılabilir, fakat o bir *exceptio doli* dermeyan edebilir, çünkü paralar verenin iradesine uygun olarak tüketilmiştir.”⁶⁹³.

Ulp. D. 12, 1, 18, pr.’de *Ulpianus* bağışlamanın, tarafların iradelerinin uyuşmaması, yani *dissensus* sebebiyle meydana gelmeyeceğini ifade etmekte ve *Iulianus*’un da bu fikirde olduğunu belirtmektedir⁶⁹⁴. Ulp. D. 12, 1, 18, 1 metninde ise beyan sahibinin vedia arzusıyla verdiği parayı muhatabın karz arzusuyla alması durumunda hükümsüzlüğün ortaya çıkacağı açıkça ifade edilmiştir.

Ulp. D. 12, 1, 18, 1: *Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accipi: sed in utroque casu consumptis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit.*

Ulp. D. 12, 1, 18, 1: “Eğer ben sana vedia için para versem, ancak sen bunu karz olarak kabul etsen: ne vedia ne de karz sözleşmesi vardır. Aynı şekilde sen bana parayı karz olarak versen, ben gösteriş amaçlı kullanmak üzere ariyet olarak alsam; her iki örnekte de para harcanmışsa, geri almak için, *exceptio doli*’ye maruz kalmaksızın, sebepsiz zenginleşme davası açılabilir”.

⁶⁹³ Tahiroğlu/Erdoğan, **Meseleler**, **op. cit.**, s. 240.

⁶⁹⁴ *Iulianus*’a ait Iul. D. 41, 1, 36 metninde ise bu durumun aksinin ifade edildiği, metinler arası bir çelişki olduğu ileri sürülmüştür. Bu konuda q.v. Büyükcay, **Hata**, **op. cit.**, s. 69.

Iul. D. 41, 1, 36: “*Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*”.

Iul. D. 41, 1, 36: “Teslim edilecek madde üzerinde uyuştığımız halde, sebepler konusunda farklı düşünüyorsak, teslimin niçin hükümsüz olması gerektiğini anlayamam. Mesela ben sana vasiyetname dolayısıyla borçlu olduğuma inanarak araziyi devretmiş, halbuki sen bir *stipulatio* dolayısıyla borçlu olduğumu zannetmişsen. Nitekim sayılmış parayı sana bağışlama gayesiyle vermişsem, fakat sen onu karz gibi kabul etmişsen, mülkiyetin sana geçtiği ve verme ile alma sebebi üzerinde uyuşmamış olmamızın bunu engelleyemeyeceği muhakkaktır”. Tahiroğlu/Erdoğan, **Meseleler**, **op. cit.**, s. 239.

Tahiroğlu/Erdoğan, *Iulianus*’un meseleye sözleşmenin kurulması açısından değil mülkiyetin geçirilmesi açısından yaklaşmış olabileceğini ileri sürmüşlerdir. Tahiroğlu/Erdoğan, **Meseleler**, **op. cit.**, s. 232.

Roma hukukunda hukuki işlem yapmak istemediği halde, yanlışlıkla irade beyanında bulunan kişinin düştüğü yanılğı da hukuki işlemin niteliğinde yanılma (*error in negotio*) kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁹⁵. Açık artırma yapılan bir salonda arkadaşını çağırmak için el sallayan kişinin bu hareketinin açık artırmayı yapan görevli tarafından teklif olarak algılanıp malın o kişiye satılması durumunda hukuki işlemin niteliğinde yanılma sebebiyle sözleşmenin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir⁶⁹⁶.

Şahısta yanılma ise hukuki işlem taraflarının herhangi birinin diğerinin kimliği üzerinde iradesinin uyuşmamasıdır⁶⁹⁷.

Cels. D. 12, 1, 32: *Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

Cels. D. 12, 1, 32: Eğer benden ve *Titius*’tan borç para istersen, ben bana borçlu olan birinin sana ödeme yapmasını emredersem ve sen bu kişinin *Titius*’un borçlusu olduğunu düşünerek bir *stipulatio* yapmışsan, bana karşı sorumlu olacak mısın? Bu noktada şüpheliyim, eğer benimle bir borç ilişkisi içerisine girmediyse bile, bana karşı sorumlu olmanın mümkün olduğunu düşünüyorum; ben sana ödünç para

⁶⁹⁵ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, *op. cit.*, s. 212, dn. 171; Büyükcay, **Hata**, *op. cit.*, s. 67.

⁶⁹⁶ Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, *op. cit.*, s. 212, dn. 171; Büyükcay, **Hata**, *op. cit.*, s. 67. Türk hukukunda da irade beyanında bulunmayı düşünmeksizin yapılan davranışın güven teorisi çerçevesinde karşı tarafça bir öneri veya kabul olarak anlaşılması haklı ise bir sözleşme kurulabilmektedir. Bu durumda, kendi davranışı öneri veya kabul olarak değerlendirilen taraf, yanılmaya ilişkin hükümlerden yararlanabilmektedir. Türk hukukunda bu açıklamada yanılma hali “hukuki işlemin konusunda yanılma” kategorisinde değil, “bir davranışın irade beyanı sayılması şeklinde yanılma” şeklinde ayrı bir açıklamada yanılma türü olarak değerlendirilmektedir. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, *Cilt-1*, *op. cit.*, N. 319. Esas itibarıyla burada beyan arzusunu taşımayan türden bir “iradeyi ortaya koyan davranış” söz konusu olduğu ve iradeyi ortaya koyan bir davranışın somut olayın şartları çerçevesinde irade beyanı olarak kabul edilmesi gerektiğini iddia eden kimsenin, bu şartların varlığını ispat etmesi gerektiği belirtilmektedir. Oğuzman/Barlas, *op. cit.*, s. 199.

⁶⁹⁷ Zimmermann, *op. cit.*, s. 592.

verdiğimden değil (tarafların karşılıklı rızaları olmadığı için bu olamaz), fakat benim param senin eline geçti ve bu yüzden uygun olan, bu parayı bana geri ödemen.

Celsus, metinde ifade edildiği üzere borç ilişkisinde bulunulacak olan tarafın şahsında bir yanılığa düşülmüşse hukuki işlemin hükümsüz olacağını belirtmektedir. Metne muhtemelen *Celsus*’tan sonraki dönemde eklenen ve hükümsüzlüğün sebebini açıklama amacı güden, parantez içerisindeki “(*hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest*)” yani “(tarafların karşılıklı rızaları olmadığı için bu olamaz)” kısmı ile bu tespit desteklenmiştir⁶⁹⁸.

Yanılma halinde hukuki işlemin akıbeti Eski Hukuk Devrinde ve Klasik Hukuk Devrinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Eski Hukuk Devrinde, devrin beyanı ön planda tutan, katı şekilci anlayışına uygun olarak, şekle uygun olarak yapılan hukuki işlem, yanılma sebebiyle hükümsüz olmaz⁶⁹⁹. Gerçek iradeler uyuşmasa dahi hukuki işlem geçerlidir.

Klasik Devirden itibaren ise beyan, iradeyi dışa vurmaya yönelik bir araç olarak kabul edildiğinden gerçek iradeler uyuştugu zaman *consensus* bulunduğu kabul edilmektedir⁷⁰⁰. Bu noktada metinlerden⁷⁰¹ hareketle, tek tarafın yanılığa düşmesi ile her iki tarafın birden yanılığa düşmesi ihtimallerinin değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmenin taraflarından yalnızca biri yanılığa düşmüşse tek taraflı yanılma, her iki taraf da yanılmışsa iki taraflı yanılma vardır. Öncelikle Roma hukukunda güven teorisinin bulunmadığını ve irade teorisinin ilk şeklinin uygulandığı Klasik Devirde gerçek iradelere üstünlük tanındığını hatırlamak gerekir. Tek tarafın yanılığa düşmesi durumunda, yanılan beyan sahibinin gerçek iradesi, beyanına uymamakta, beyana güvenen muhatabın ise iradesi aldığı beyana göre şekillenmektedir. Dolayısıyla tarafların gerçek iradeleri de uyuşmamaktadır. Bu durumda *dissensus* olduğundan hukuki işlem hükümsüzdür. Diğer yandan, beyan sahibi ile muhatabın her ikisinin birden gerçek iradelerinin farklı yönde oluşması durumu da yanılma olarak kabul

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ *Ibid.*, s. 587.

⁷⁰⁰ Kaser, **Roman Private Law, op. cit.**, s. 47; Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, op. cit.**, s. 206.

⁷⁰¹ Ulp. D. 12, 1, 18, pr.; Ulp. D. 18, 1, 9, pr.; Iust. I. 3, 19, 23.

edilmektedir⁷⁰². Bu ihtimalde her iki tarafın da gerçek iradeleri birbirlerine nazaran farklı yönde oluştuğu için iki taraflı yanılma bulunmaktadır. Gerçek iradelerin başlangıçta farklı yönde oluştuğu düşünüldüğünden tek taraflı yanılmada olduğu gibi yine *dissensus* sebebiyle hukuki işlem hükümsüzdür. Dolayısıyla Klasik Devirde tek taraflı yanılma da olsa iki taraflı yanılma da olsa *dissensus* bulunduğu ve bu sebeple hükümsüzlüğün ortaya çıkacağı kabul edilmektedir⁷⁰³. Hükümsüzlüğün türünün ise kesin hükümsüzlük olduğu ifade edilmektedir⁷⁰⁴. Aynı netice 19. yüzyılda Savigny tarafından savunulan Klasik Yanılma (Hata) Teorisinde de kabul edilmiş, esaslı yanılma halinde hukuki işlemin irade yokluğu sebebiyle kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir⁷⁰⁵. Esasen hükümsüzlük türünün kesin hükümsüzlük olarak ifade edilmesi yokluk kavramının sonradan ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır. Yokluk teorisi yakın zamanda Alman aile hukuku çalışmaları çerçevesinde ortaya çıkmıştır. *Corpus Iuris Civilis*'te veya diğer Roma hukuku kaynaklarında bir hükümsüzlük türü olarak yokluk açıklanmamıştır. Türk hukuk doktrininde ise bir hükümsüzlük türü olarak yokluk yer almış; *consensus*'un, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması, yani *dissensus* bir yokluk sebebi olarak kabul edilmiştir⁷⁰⁶. Roma hukukunda irade teorisi temelli bir düşünceyle irade uyuşmazlığı tek tarafın yanılmasıyla da iki tarafın yanılmasıyla da oluşsa *dissensus* ortaya çıkacağı kabul edilmekteydi. Bu sebeple kanaatimizce günümüz terminolojisiyle yorumlandığında Roma hukukunda yanılmanın, hukuki işlemi yokluk derecesinde hükümsüz kıldığını ifade etmek gerekir.

Türk hukukunda da yanılma halinde irade ile beyan arasındaki uyuşmazlık tek taraflı⁷⁰⁷ veya iki taraflı olabilir⁷⁰⁸. Tek taraflı yanılmada, yanılığa düşen tarafın beyanı, gerçek iradesine uymamaktadır. Bu durumda muhatap, yanılığa düşen tarafın yanıldığını bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyor ise güven teorisine göre irade beyanı muhatapın dürüstlük kuralına göre anlaması gerektiği şekilde hüküm ifade eder. Bu

⁷⁰² Zimmermann, *op. cit.*, s. 588.

⁷⁰³ Kaser, *Roman Private Law, op. cit.*, s. 47; Zimmermann, *op. cit.*, s. 590.

⁷⁰⁴ Umur, *Roma Hukuku, op. cit.*, s. 490; Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri, op. cit.*, s. 210; Büyükkay, *Hata, op. cit.*, s. 93.

⁷⁰⁵ Schwarzh, *Borçlar, op. cit.*, s. 311; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata, op. cit.*, s. 45.

⁷⁰⁶ Q.v. Birinci Bölüm, III, B, 1, Yokluk.

⁷⁰⁷ Tekinay et al., *op. cit.*, s. 427.

⁷⁰⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Hata, op. cit.*, s. 117.

irade beyanı öneriyse ve muhatap güven ilkesine göre anladığı bu beyana ilişkin kabulde bulunursa, sözleşme kurulur. Bununla birlikte yanılan taraf hukuki işlemi iptal edebilir, kanunda öngörülen yaptırım iptal edilebilirliktir⁷⁰⁹. Aynı sonuç tek taraflı irade beyanları için de geçerlidir. Örnek olarak bir taraf sözleşmeden dönmek istemediği halde, karşı tarafın haklı olarak bu şekilde anladığı bir beyanda bulunursa, sözleşmeden dönülmüş olunur. Fakat yanılma ile malûl dönme beyanında bulunan taraf, bu irade beyanını iptal edebilmektedir. Türk hukukunda tek taraflı yanılmada Roma hukukundan farklı olarak yokluk veya kesin hükümsüzlük yerine iptalin kabul edilmesinin arkasındaki düşünce ise irade beyanını hükümsüz bırakmakta yalnızca yanılanın menfaatinin bulunması ve sözleşmenin yanılma yönünden hükümsüzlüğünü yanılan istemediği takdirde bizzat ona karşı ileri sürmenin hakkaniyetli gözükmemesidir⁷¹⁰.

İki taraflı yanılma ise, tarafların aynı yanılığa düşmesi neticesinde ortaya çıkan iki taraflı ortak yanılma ve tarafların farklı hatalara düşmesi neticesinde ortaya çıkan iki taraflı farklı yanılma olmak üzere ikiye ayrılır⁷¹¹. Roma hukuku metinlerinde değinilen iki taraflı yanılma, iki taraflı farklı yanılmadır. Türk hukukunda iki taraflı farklı yanılmalarda iptal yaptırımına başvurulmasına gerek kalmamaktadır. Çünkü Türk hukukunda kabul gören güven teorisine göre de iki irade beyanı birbiriyle uyuşmayacağı için sözleşme kurulamamaktadır⁷¹². Başka bir deyişle Roma hukukunda olduğu gibi iki taraflı farklı yanılmada Türk hukuku açısından da yokluk söz konusudur. Bu görüş kabul edilmediği takdirde, her iki tarafın da iptal beyanında bulunmak için derhal harekete geçebileceği bir sözleşmenin kurulmasına cevaz verilmiş olunur⁷¹³. İki taraflı ortak yanılma halinde ise *falsa demonstratio non nocet*

⁷⁰⁹ Q.v. Birinci Bölüm, III, B, 3, İptal Edilebilirlik.

⁷¹⁰ Schwarzh, **Borçlar, op. cit.**, s. 312.

⁷¹¹ Kocayusufoğlu, **Hata, op. cit.**, s. 117-120.

⁷¹² TBK m.1/f.1'e göre "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur".

⁷¹³ Kocayusufoğlu et al., **op. cit.**, s. 138. Ancak yazar önceki tarihli bir eserinde her iki tarafın da iptal hakkına sahip olacağını kabul etmiştir. Sözgelimi A, B'ye 500 TL üzerinden teklif yapacakken yanlışlıkla 300 TL üzerinden yapar. B, A'nın teklifindeki 300 TL'yi 200 TL olarak okur ve cevabını "Teklifinizi kabul ediyorum" şeklinde gönderir. Burada A'nın da B'nin de beyanları gerçek iradelerine uymamaktadır. A, iradesi 500 TL üzerinden öneride bulunmak iken beyanını 300 TL üzerinden yapmıştır. B ise bir yanlış anlama sonucu 300 TL'yi 200 TL sanmış 200 TL üzerinden olduğu düşüncesiyle 300 TL üzerinden kabul anlamına gelen bir cevap göndermiştir. Bu durumda iki taraf da farklı hatalara düşmüştür. Bu görüşe göre, Türk hukukunda bu durumda sözleşme 300 TL üzerinden

(yanlış belirtme zarar vermez) kuralı uygulanır, tarafların gerçek iradeleri yorumlanarak sözleşme kurulur ve yanılma hükümleri uygulanmaz⁷¹⁴.

VII. İRADENİN OLUŞUMUNA İLİŞKİN BOZUKLUKLAR

A. Saikte Yanılma (Saik Hatası)

İrade ile beyan birbirine uygun olmakla birlikte beyan edilen iradenin yanılığın neticesinde oluşması halinde saikte yanılma söz konusu olur⁷¹⁵. Roma hukukunda kural olarak saikte yanılmanın hukuki işlemin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmiştir⁷¹⁶. Bunun istisnası malın özünde yanılma (*error in substantia*)⁷¹⁷. *Ulpianus*, maddenin özüne ilişkin (*substantia*) bir yanılma söz konusu ise bu yanılmanın esaslı olduğunu ve hukuki işlemi hükümsüz kılacağını ifade etmektedir⁷¹⁸.

Sözleşmenin geçerliliği açısından esas olan, sözleşmenin kurulması esnasında gerçek saike uyan maddenin mevcut olmasıdır. Nitekim Roma hukukuna göre, şarap satışında sözleşme yapıldıktan sonra satılan şarap sirkeye dönüşürse sözleşmenin geçerli olacağı, ancak sözleşme kurulmadan sirkeleşmiş şarap varsa maddenin özünde yanılma oluştuğundan sözleşmenin hükümsüz olacağı ifade edilmektedir⁷¹⁹. Hükümsüzlüğün sebebi sözleşmenin kurulması sırasında maddenin özünün gerçek saike uymaması, değişmiş olmasıdır. Altın olduğu düşünülürken bronz, gümüş olduğu düşünülürken kurşun veya gümüşe benzeyen bir madde üzerinde anlaşılması da özde yanılma (*error in substantia*) kabul edilmektedir⁷²⁰. *Ulpianus*'un görüşü dikkate alındığında taraflar sözleşme konusu üzerinde uyuşmuş olsalar dahi, uyuşmanın

meydana gelmekte ancak gerek A gerekse B yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal hakkına sahip olmaktadır. Kocayusufoğlu, *Hata, op. cit.*, s. 120.

⁷¹⁴ Kocayusufoğlu, *Hata, op. cit.*, s. 118-120.

⁷¹⁵ Kaser, *Roman Private Law, op. cit.*, s. 47; Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri, op. cit.*, s. 216.

⁷¹⁶ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku, op. cit.*, s. 231; Tahiroğlu/Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri, op. cit.*, s. 216; Somer, *op. cit.*, s. 21.

⁷¹⁷ Büyükkay, *Hata, op. cit.*, s. 77, 93.

⁷¹⁸ Ulp. D. 18, 1, 9, 2.

⁷¹⁹ Kaser, *Roman Private Law, op. cit.*, s. 47.

⁷²⁰ Ulp. D. 18, 1, 9, 2; Iul. 18, 1, 41, 1.

sağlandığı maddenin özü, gerçek saiklerine uymadığından sözleşme hükümsüz olur⁷²¹. *Error in substantia* halinde sözleşmenin hangi tür hükümsüzlükle sakatlanacağı ise metinlerden anlaşılmamaktadır. Bununla birlikte kanaatimizce *error in substantia* ile açıklamada yanılma halini eşdeğer görmek yerinde olmaz. Zira *error in substantia* halinde *dissensus*'un bulunduğu sonucuna varmak, tarafların iradeleri karşılıklı ve birbirine uygun olduğu için yerinde olmayacaktır. Bu sebeple *error in substantia* halinde işaret edilen hükümsüzlüğün türü kesin hükümsüzlüktür⁷²².

Kaynaklarda satılanın niteliğinde yanılmayı ifade eden *error in materia* kavramının da kullanıldığı görülmektedir. *Error in materia*, *error in substantia*'dan farklıdır. Bakire olmayan bir köleyi bakire zannetmek veya daha önce hiç dövüşmemiş bir köleyi gladyatör zannetmek *error in materia* kapsamında değerlendirilir⁷²³. Satılanın özü, tarafların düşündüğünden farklı değildir. Taraflar, satılanın niteliklerinde yanılığa düşmüş, tahayyül ettikleri özellikleri bulamamışlardır. Bu sebeple Klasik Devir hukukçularına göre, *error in materia* sözleşmenin geçerliliğini etkilemez⁷²⁴. Alıcının ya da her iki tarafın satılanın nitelikleri üzerinde yanılığa düştüğü, *error in materia* kapsamına giren durumların hukuki işlemin geçerliliğini etkileyen bir kural olarak kabulünün ise Ortaçağ Roma hukuku doktrinine dayandığı ileri sürülmektedir⁷²⁵.

Türk hukukunda da saikte yanılmalar kural olarak esaslı yanılma sayılmaz ve sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Ancak saikte yanılma, yanılan taraf açısından sözleşmenin temeli niteliğinde ise, başka bir deyişle yanılma söz konusu olmasaydı sözleşmeyi akdetmeyeceği söylenebiliyorsa; bu da TMK m.2'ye uygun ve karşı tarafça

⁷²¹ *Marcellus* ise maddenin niteliğinde yanılığın söz konusu olsa dahi satışın konusunda uyuşulduğunu ve bu sebeple sözleşmenin geçerliliğinin etkilenmeyeceğini ileri sürmüştür. Ulp. D. 18, 1, 9, 2.

⁷²² Cf. Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, *op. cit.*, s. 217.

⁷²³ Marc. D. 18, 1, 11, 1.

⁷²⁴ Yusuf Büyükay, Roma Hukukunda *Error in Materia* ve *Error in Substantia*", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1-4, Yıl: 2001, s. 351. **Karadeniz Çelebican**, Post Klasik Devirde bazı münferit durumlarda maddenin niteliğinde yanılmanın esaslı sayılabildiğini savunmuştur. Nitelikte yanılmanın esaslı olup olmamasının ise o şeyin ekonomik ve toplumsal fonksiyonu dikkate alınarak tespit edilebildiğini ifade etmiştir. Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 232.

⁷²⁵ Büyükay, **Hata**, *op. cit.*, s. 76. *Error in materia* ile *error in substantia* arasındaki farklar ve *error in materia*'nın hukuki işlemin geçerliliğini etkilemediğine ilişkin *Corpus Iuris Civilis* metinleri için q.v. Büyükay, **Hata**, *op. cit.*, s. 76 et seq.

bilinebiliyorsa esaslı yanıltma sayılır (TBK m.32). Böylece işlem Roma hukukundan farklı olarak iptal edilebilir durumda olur.

B. *Dolus Malus* (Aldatma, Hile)

Aldatma, bir kimsenin zihninde yanlış kanaatler oluşturarak gerçek durumu bilse idi yapmayacağı bir hukuki işlemi yapmasını sağlamaktır⁷²⁶. Türk hukukuna göre, aldatılan kişi, hukuki işlemin karşı tarafının veya üçüncü bir kişinin davranışı⁷²⁷ neticesinde saikte yanıltılmış olur⁷²⁸. Roma hukukunda en ağır kusur ölçütü olan kast için kullanılan “*dolus*” kavramı, aldatma için de kullanılmıştır⁷²⁹. Ticaret hayatının özelliklerinden sayılan, kötünîyet içermeyen hatta kişisel beceri gerektiren pazarlama teknikleri⁷³⁰ “*dolus bonus*”; kötünîyet içeren aldatma ise “*dolus malus*” terimleriyle ifade edilmiştir⁷³¹. Eski Hukuk Devrinde *ius civile*, hile etkisi altında yapılan hukuki işlemleri geçerli saymıştır⁷³². Aldatılanı korumaya ilişkin vasıtalar ilk olarak *praetor*’lar tarafından ihdas edilmiştir.

Ulp. D. 2, 14, 7, 9: *Dolo malo ait praetor pactum se non servaturum. dolus malus fit calliditate et fallacia: et ut ait pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur.*

Ulp. D. 2, 14, 7, 9: “*Praetor hile ile yapılan anlaşmalara uyulmayacağını söyler. Çünkü hilenin olduğu durumlarda kurnazlık ve kötünîyet vardır; ve Pedius’un dediği*

⁷²⁶ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 351; Esener/Gündoğdu, **op. cit.**, s. 156; Akıncı, **Roma Dersler, op. cit.**, s. 124; Bengi Sayın Korkmaz, “Roma Hukuku’nda Hile (*Dolus*) Kavramı”, **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 7, Sayı 2, 2017, s. 426.

⁷²⁷ Üçüncü kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı taraf aldatmayı biliyorsa veya bilecek durumdaysa sözleşmeyle bağlı olmaz (TBK m.36/f.2).

⁷²⁸ Von Tuhr, **op. cit.**, s. 293; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku, Cilt-1, op. cit.**, N. 351; Esener/Gündoğdu, **op. cit.**, s. 157; Nomer, **Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 97.

⁷²⁹ Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 60.

⁷³⁰ Satıcının malını abartılı şekilde överek tanıtması bu kapsamda değerlendirilmiştir. Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 60.

⁷³¹ Sayın Korkmaz, **op. cit.**, s. 429. *Dolus bonus*, eski devirlerden gelen ve özellikle düşmana veya hırsız yapılan hileler için kullanılan bir kavramdır, kötünîyet içeren aldatma için kullanılan *dolus malus* kavramının ortaya çıkışında ise *praetor* rol oynamıştır. Q.v. Ulp. D. 4, 3, 1, 3.

⁷³² Kaser, **Roman Private Law, op. cit.**, s. 49; Rado, **op. cit.**, s. 155.

gibi, birini aldatma amacıyla aslında var olandan farklı bir şeyin gösterildiği bir anlaşma hile ile yapılmıştır”⁷³³.

Praetor’lar aldatmanın iradeyi sakatlayan bir sebep olmasının yanı sıra aynı zamanda bir haksız fiil de olduğunu kabul etmişlerdir⁷³⁴. Bir *praetor peregrinus* olan *Aquilius Gallus*, hile etkisi altında hukuki işlem yapana, kendisine karşı açılan davada kullanmak üzere *exceptio doli*⁷³⁵ tanımış ve ayrıca aldatmanın haksız fiil olması sebebiyle, aldatan kişiye karşı zarar gören tarafından bir ceza davası olan *actio doli* açılabileceğini kabul etmiştir⁷³⁶. *Exceptio doli*, aldatılan kişinin, aldatan alacaklının alacağını talep etmesi durumunda kullanabileceği bir imkândır⁷³⁷. Yalnızca aldatan muhataba karşı ileri sürülebilir⁷³⁸. İleri sürülebilmesi için hileli hukuki işleme ilişkin talepte bulunulması gerekir. Ayrıca aldatılan kişi, hukuki işlemde doğan borcunu ifa etmişse, artık bu vasıtayı kullanma imkânı kalmamaktadır⁷³⁹. Bu *exceptio* ile *ius civile*’ye göre geçerli sayılan hukuki işlemin sonuçları engellenir. Ceza davası niteliğindeki *actio doli* ise, aldatan tarafın para cezasına mahkûm edilmesini sağlamakta, ayrıca mahkûm edilen kişinin *infamis* statüsüne düşmesine neden olmaktadır⁷⁴⁰. Bir başka ceza davası açılmadığı durumlarda açılabilen⁷⁴¹ bu dava, bir yıl içerisinde ve yalnızca aldatan kişiye, ceza hukuku terimiyle faile, karşı açılabilir⁷⁴². Bu fail sözleşmenin karşı tarafı olabileceği gibi bir üçüncü kişi de olabilir. Hileyi yapmayan ancak hileli işleme dayanarak talepte bulunan üçüncü kişilere karşı ise *actio doli* açılamaz.

⁷³³ Sayın Korkmaz, **op. cit.**, s. 427.

⁷³⁴ Rado, **op. cit.**, s. 155; Sayın Korkmaz, **op. cit.**, s. 428.

⁷³⁵ Yalnızca aldatma hallerinde kullanılan *exceptio doli specialis* ve bütün iyiniyete aykırılık hallerinde kullanılan *exceptio doli generalis* olmak üzere iki çeşit *exceptio doli* vardır. Rado, **op. cit.**, s. 155.

⁷³⁶ Kaser, **Roman Private Law**, **op. cit.**, s. 50; Sayın Korkmaz, **op. cit.**, s. 430.

⁷³⁷ Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 212; Sayın Korkmaz, **op. cit.**, s. 435.

⁷³⁸ Nurcan İpek, “Roma Hukukunda Korkutma (Metus)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 23, Sayı 3, s. 128; Tunay Tunoğlu, **Roma ve Türk Hukukunda Metus (Tehdit)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 73.

⁷³⁹ Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 212.

⁷⁴⁰ Iust. I. 4, 16, 2; Rado, **op. cit.**, s. 156; Sayın Korkmaz, **op. cit.**, s. 431.

⁷⁴¹ Ulp. D. 4, 3, 1, 1; Kaser, **Roman Private Law**, **op. cit.**, s. 50.

⁷⁴² William Warwick Buckland, **A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, Third Edition, 1975, s. 594.

Klasik Devirde *praetor*'lar aldatılan kişiye *in integrum restitutio* da vermişler ve işlemin iptali ile uğranılan zararın tazmininin bu vasıta ile gerçekleştirilebilmesine imkân tanımışlardır⁷⁴³. *Iustinianus* Devrinde *actio doli, in integrum restitutio*'nun fonksiyonunu da içerir hale geldiğinden bu himaye vasıtasına ihtiyaç kalmamıştır⁷⁴⁴. *In integrum restitutio*'nun sağladığı sonuçların *actio doli* ile de sağlanabilmesi *arbitraria* davası oluşuyla ilgilidir⁷⁴⁵. Bu himaye vasıtaları değerlendirildiğinde hileli hukuki işlemin başlangıçtan itibaren kesin hükümsüz olmadığını ancak Klasik Devirde *in integrum restitutio* ile Post Klasik Devirde ise *actio doli* ile iptal edilebildiğini kabul etmek gerekir. Klasik Devirde *in integrum restitutio*, Post Klasik Devirde ise *actio doli* kural olarak ifa edilen edimlerin iadesini de sağlamaktadır. Sürekli defî olan *exceptio doli*⁷⁴⁶ ise hem Klasik Devirde hem de Post Klasik Devirde zarar görenin ifadan kaçınabilmesini sağlayan bir vasıta olmuştur. Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise hileli hareketlerin üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde hukuki işlemin akıbetidir. Roma hukukunda üçüncü kişinin aldatması varsa kural olarak işlemin geçerliliği etkilenmez⁷⁴⁷. Ancak aldatılan kişi açısından temel hatası düzeyinde saikte yanılma varsa bu sebeple sözleşme kesin hükümsüz olur⁷⁴⁸. Failin cezalandırılması ve zararın tazmini için ise her iki durumda da üçüncü kişiye *actio doli* açılabilir⁷⁴⁹.

Türk hukukunda da aldatılan kişi, işlemi iptal edebilir ve iptal edilebilirliğin kabul edilen görünümüne göre sözleşmeyi başlangıçtan itibaren kesin hükümsüz hale getirir veya kesin hükümsüz olarak kabul edilen hukuki işlemin bu niteliğini kesinleştirir⁷⁵⁰. Doktrinde yer alan bozulabilir geçerlilik görüşünün temeli ise

⁷⁴³ Schwarz, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 249; Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 497; Sayın Korkmaz, *op. cit.*, s. 435.

⁷⁴⁴ Oğuzoğlu, *op. cit.*, s. 212; Sayın Korkmaz, *op. cit.*, s. 435.

⁷⁴⁵ Kaser, **Roman Private Law**, *op. cit.*, s. 50. *Formula* yargılamasının tipik özelliklerinden biri mahkûmiyet kararının mutlaka bir miktar para olmasıdır. *Arbitratia* davalarında ise bu kural esnetilmiş ve bu tür davalarda davalı ya dava konusu malı aynen teslimine ya da malın bedelini ödemeye mahkûm edilirdi. Bu noktada malın bedelini belirleme yetkisi davacıya bırakıldığından davalı genellikle malı aynen teslim etmeyi tercih ederdi. Buckland, **Text-Book**, *op. cit.*, s. 659; Halide Gökçe Türkoğlu Özdemir, “Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2005, s. 195.

⁷⁴⁶ Gai. I. 4, 121.

⁷⁴⁷ Melville, *op. cit.*, s. 312; John Baron Moyle, **The Contract of Sale in the Civil Law with References to the Laws of England, Scotland and France**, Oxford Clarendon Press, 1892, s. 62.

⁷⁴⁸ Moyle, *op. cit.*, s. 62.

⁷⁴⁹ Melville, *op. cit.*, s. 312; Moyle, *op. cit.*, s. 62.

⁷⁵⁰ Q.v. Birinci Bölüm, III, B, 3, İptal Edilebilirlik.

kanaatimizce Roma hukukundaki iptal vasıtalarına dayanmaktadır. Bunun sebebi, Klasik Devirde *in integrum restitutio* ile Post Klasik Devirde ise *actio doli* ile iptal edilen sözleşmenin, iptal edilene kadar ayakta kalmasıdır. Türk hukukunda iptal edilen sözleşmeye dayalı olarak yaptırılan kazandırmaların iadesi için veya uğranılan zararın giderilmesi için ise ayrıca dava açmak gerekir⁷⁵¹. Klasik Devirde *in integrum restitutio* ve Post Klasik Devirde *actio doli* ise ifa edilen edimlerin iadesini de kendiliğinden sağlar.

Öte yandan Türk hukukunda üçüncü kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, güven teorisi çerçevesinde karşı taraf sözleşmenin yapıldığı esnada aldatmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa sözleşmeyi iptal edebilir (TBK m.36/f.2). Bununla birlikte üçüncü kişinin aldatması nedeniyle sözleşme iptal edilemiyorsa, başka bir deyişle karşı taraf üçüncü kişinin aldatmasından haberdar değilse ve haberdar olması beklenmiyorsa, sözleşme ancak temel hatası da söz konusu ise temel hatasına dayanılarak iptal edilebilir⁷⁵². Roma hukukunda ise belirttiğimiz üzere üçüncü kişinin aldatması işlemin geçerliliğini etkilemez. Roma hukukunda güven teorisi olmadığı için sözleşmenin karşı tarafı sözleşme yapıldığı sırada aldatmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa dahi işlem iptal edilemez. Bununla birlikte aldatılan kişi açısından temel hatası düzeyinde saikte yanılma söz konusu ise Türk hukukunda işlem iptal edilebilir durumdayken Roma hukukunda işlem kesin hükümsüzdür⁷⁵³.

C. *Metus* (Korkutma, İkrah)

Bir kimsenin zihninde önüne geçilmez bir korku uyandırılarak, normal durumda yapmayacağı bir hukuki işlemi yapmaya zorlanması⁷⁵⁴; Latince korku, endişe, huzursuzluk anlamlarına gelen *metus* kavramı ile ifade edilmektedir⁷⁵⁵. Hukuki işlemlere etkisinden bahsedilirken kaynaklarda *metus* kavramı, *vis* (cebir) ile birlikte zikredilmektedir⁷⁵⁶. Fiziksel bir temasta bulunularak maddi cebir uygulanması *vis*

⁷⁵¹ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, Cilt-1, **op. cit.**, N. 362; Nomer, **Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 98.

⁷⁵² Von Tuhr, **op. cit.**, s. 297; Esener/Gündoğdu, **op. cit.**, s. 161.

⁷⁵³ Q.v. *supra*.

⁷⁵⁴ Rado, **op. cit.**, s. 156.

⁷⁵⁵ Erdal Alova, **Latince Türkçe Sözlük**, Sosyal Yayınları, Beşinci Baskı, Aralık, 2013, s. 367.

⁷⁵⁶ Berger, **op. cit.**, s. 768.

absoluta; fiziksel temas olmaksızın kişinin zihninde korku, endişe hissi uyandırılmasına yönelik müdahale ise manevi cebir, *vis compulsiva* olarak nitelendirilmektedir⁷⁵⁷. *Vis absoluta* (maddi cebir) bulunmakta ise mağdurun irade kullanımını tamamen engelleyen bir fiziksel güç bulunduğu için iradeden söz edilemez⁷⁵⁸. Bir kişi, başkasının elini tutarak sözleşme imzalatmışsa, cebre maruz kalan kişinin iradi olarak seçim özgürlüğü bulunmamaktadır⁷⁵⁹. Bu durumda *vis absoluta* (maddi cebir) neticesinde ortaya çıkan irade yokluğu sebebiyle⁷⁶⁰ hukuki işlemi yok saymak gerekir. Hukuki işlemin kurulması için gerekli olan iradeyi tamamen ortadan kaldırmayan ancak sakatlayan *metus*'un arka planında ise *vis absoluta* (maddi cebir) değil, *vis compulsiva* (manevi cebir) bulunmaktadır⁷⁶¹.

Ius civile'ye göre, hukuki işlem yapma isteği kişinin zihnindeki korkuya dayansa, kişi işlemi yapmaya mecbur bırakılsa dahi hukuki işlem geçerlidir⁷⁶². Korkutulan kişinin iradesi *vis compulsiva* (manevi cebir) ile baskılanmasına rağmen, korkunun tesiriyle oluşan irade dış dünyaya beyan edildiğinde *ius civile*'ye göre hüküm ve sonuç doğururdu⁷⁶³.

Hakkaniyet düşüncesinin güçlenmesiyle *praetor* hukukunca aynı *dolus*'ta olduğu gibi *metus* için de *actio metus causa*, *exceptio metus causa* ve *in integrum restitutio* tanınmıştır. Bu himaye vasıtalarının en eskisi *in integrum restitutio*'dur⁷⁶⁴. Klasik Devirden itibaren, şekle bağlı bir hukuki işlem veya dar hukuk akdi, *metus* etkisi altında yapılmış ise *in integrum restitutio* ile hiç yapılmamış farz edilebilirdi⁷⁶⁵.

Paul. D. 4, 2, 21, 5: *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.*

⁷⁵⁷ Graham Glover, "Metus in the Roman Law of Obligations", *Fundamina, A Journal of Legal History*, Volume 10, 2004, s. 48.

⁷⁵⁸ Karakocalı, *op. cit.*, s. 33.

⁷⁵⁹ Zimmermann, *op. cit.*, s. 660.

⁷⁶⁰ Nurcan İpek, "Roma Hukukunda Korkutma (Metus)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı 3, s. 106-107.

⁷⁶¹ Rudolph Sohm, *The Institutes of Roman Law*, translated by James Crawford Ledlie, Oxford, Clarendon Press, 1892, s. 135; Tunoğlu, *op. cit.*, s. 22.

⁷⁶² İpek, *Korkutma*, *op. cit.*, s. 120.

⁷⁶³ *Ibid.*

⁷⁶⁴ Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 498.

⁷⁶⁵ Ulp. D. 4, 2, 9, 2; Paul D. 4, 2, 11; İpek, *Korkutma*, *op. cit.*, s. 121.

Paul. D. 4, 2, 21, 5: “Korkutularak bir malvarlığına mirasçı olduysam, mirasçı olarak hareket etmiş sayılacağımı düşünüyorum; çünkü baştan özgür olsaydım (korku unsuru olmasaydı) bunu istemeyecek olmama rağmen, her ne kadar zorlama bulunsa da, mirasçı olma yönünde irade gösterdim. Ancak bunu istemiyorsam, *praetor*'dan, mirası reddetme yetkisine sahip olduğum yönünde bir eski hale iade kararı (*restitutio*) almalıyım”⁷⁶⁶.

Praetor'un *in integrum restitutio* kararıyla birlikte hukuki işlem iptal edilir ve taraflar ifa ettikleri edimleri geri alırlardı⁷⁶⁷. Paul. D. 4, 2, 21, 5 metninden anlaşıldığı üzere korkutma etkisi altındaki işlem *in integrum restitutio* kararı verilene kadar geçerliliğini sürdürmektedir. Basit bir hak tanınmanın veya yükümlülük altına sokmanın ötesinde hukuki işlemi hükümsüzleştirme sonucu taşıdığından *praetor*, *in integrum restitutio* kararını *iurisdictio*⁷⁶⁸ yetkisiyle değil, doğrudan *imperium* yetkisine dayanarak verirdi⁷⁶⁹.

M.Ö. 80 yılında *praetor Octavius*, *metus* etkisi altında yapılan hukuki işlem neticesinde elde edilen malı, korkutmaya maruz kalan kişiye iadeye zorlayan *actio metus causa* davasının *formula*'sını oluşturmuştur⁷⁷⁰. Korkutma sona erdikten sonra bir yıl içerisinde açılan bu dava ile hukuki işlem sonucunda verilen şeylerin değerinin dört katı talep edilebilmektedir⁷⁷¹. Bu dava *actio doli*'den farklı olarak yalnız korkutana karşı değil, korkutma etkisi altındaki sözleşmeye dayanarak talepte bulunan üçüncü kişilere karşı da iyiniyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın açılabilirdi⁷⁷². Bir kimse, malını korkutma etkisi altında başkasına vermiş ve o

⁷⁶⁶ İpek, **Korkutma**, *op. cit.*, s. 125.

⁷⁶⁷ Glover, *op. cit.*, s. 43; Karakocalı, *op. cit.*, s. 98-99.

⁷⁶⁸ *Iurisdictio*; *magistra*'nın yargı alanındaki yetkisini ifade etmek için kullanılır. Özel yargılama sisteminde (*Ordo iudiciorum privatorum*) *magistra* uyuşmazlıkları karara bağlamamaktadır. *Legis actio* ve *formula* usullerinde *iurisdictio*, belli bir olayda hangi hakkın mevcut olduğunu tespit ederek bu hususta karar vermek ve hâkime bu karara göre hareket etmesi gerektiğini bildirmektir. Umur, **Lügat**, *op. cit.*, s. 98.

⁷⁶⁹ Glover, *op. cit.*, s. 43.

⁷⁷⁰ Umur, **Lügat**, *op. cit.*, s. 76.

⁷⁷¹ Iust. I. 4, 6, 25; İpek, **Korkutma**, *op. cit.*, s. 131-132. Davanın tazmin etme fonksiyonunun yanı sıra cezai niteliği de bulunmaktadır. Ayşe Öncül, **Metus Kavramı ve Kurumlarının İncelenmesi**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, İstanbul, Ocak, 2018, s. 104.

⁷⁷² Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 498.

da malı üçüncü kişiye satmışsa, bu üçüncü kişi iyiniyetli olsa dahi kendisine *actio metus causa* yöneltilebilmekteydi⁷⁷³. Yine *actio doli* ile aralarındaki bir diğer fark ise dava sonucunda mahkûmiyetin kişiyi *infamis* yapmamasıydı⁷⁷⁴. *Iustinianus* Devrine gelindiğinde, *actio metus causa* davası, *actio doli*'de olduğu gibi *arbitraria* özelliği vasıtasıyla *in integrum restitutio*'yu kapsar hale gelmiştir⁷⁷⁵. Böylece *in integrum restitutio*'nun iptal fonksiyonunu da ihtiva eder konuma gelmiştir.

M.Ö. 66 yılında *praetor Aquillius Gallus*, korkutma etkisi altındaki kişiye, kendisine karşı açılan davada ileri sürebilmesi için *exceptio metus causa* tanımıştır. *Metus* etkisi altında yüklenilmiş olan borç henüz ifa edilmemiş ve tehditte bulunan, dava açarak alacağını istiyorsa, *exceptio metus causa* ile davalı bu davada mahkûmiyetten kurtulmaktadır⁷⁷⁶. *Exceptio doli* sadece hile yapan kimseye karşı ileri sürülebilirken, *exceptio metus causa* sadece korkutana değil, korkutma sonucu fayda sağlayan herkese karşı, iyiniyetli olsalar dahi, ileri sürülebilmekteydi⁷⁷⁷. Dolayısıyla sözleşmenin tarafı olmayan bir kişi, korkutma etkisinde yapılan sözleşmeye dayanarak bir talepte bulunduğu da korkutulan kişi *exceptio* ileri sürebilmektedir⁷⁷⁸.

Türk hukukunda yanıltma ve aldatmada olduğu gibi korkutmada da korkutulan kişi, işlemi iptal edebilir⁷⁷⁹. Yine aldatmada olduğu gibi korkutmada da bozulabilir geçerlilik görüşünün temeli kanaatimizce Roma hukukuna dayanmaktadır. Bunun sebebi Roma hukukunda Klasik Devirde *in integrum restitutio*, Post Klasik Devirde ise *in integrum restitutio*'nun fonksiyonunu ihtiva eden *actio metus* ile iptal edilene kadar sözleşmenin ayakta kalmasıdır. Türk hukukunda taraflardan biri, karşı tarafın veya üçüncü kişinin korkutması sonucu sözleşme yapmışsa, sözleşmeyi iptal edebilir (TBK m.37/f.1). Aldatmadan farklı olarak korkutma üçüncü kişi tarafından yapılırsa ve korkutmadan karşı taraf haberdar olmasa ve olması gerekmeseyse dahi her halükârda sözleşmenin geçerliliğini etkiler (TBK m.37/f.2). Muhatap korkutmayı bilmiyorsa ve

⁷⁷³ *Ibid.*

⁷⁷⁴ Zimmermann, *op. cit.*, s. 655; Umur, *Roma Hukuku, op. cit.*, s. 498.

⁷⁷⁵ Nurcan İpek, "Actio Vi Bonorum Raptorum ile Actio Quod Metus Causa Arasındaki İlişki", *Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/1, s. 125 et seq.; Tunoğlu, *op. cit.*, s. 82-83.

⁷⁷⁶ Gai. I. 4, 117; Iust. I. 4, 13, 1; Umur, *Roma Hukuku, op. cit.*, s. 498.

⁷⁷⁷ İpek, *Korkutma, op. cit.*, s. 128.

⁷⁷⁸ *Actio metus* ile *exceptio metus causa*'nın *actio doli* ve *exceptio doli*'den farklı olarak talepte bulunan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, *in rem scripta* niteliğine bürünmüş olmalarından kaynaklanmaktadır. İpek, *Korkutma, op. cit.*, s. 128; Tunoğlu, *op. cit.*, s. 73.

⁷⁷⁹ Q.v. Birinci Bölüm, III, B, 3, İptal Edilebilirlik.

bilecek durumda değilse dahi korkutulan iptal hakkını kullanabilir. Ancak bu durumda hakkaniyet gerektiriyorsa diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlü olur (TBK m.37/f.1-2).

VIII. *Laesio Enormis* (Aşırı Yararlanma, Gabin)

Bir sözleşmede edimler arasında aşırı dengesizlik bulunuyor ve bu dengesizlik zarar gören tarafın özel bir durumunun istismar edilmesi suretiyle gerçekleşiyorsa *laesio enormis* ilkesi uygulama alanı bulur⁷⁸⁰. Roma hukukunda *laesio enormis* ilkesi, ahlaki ve dini düşüncesinin etkisiyle⁷⁸¹, Post Klasik Devirde ortaya çıkmıştır⁷⁸². Bu ilke önceleri yalnızca taşınmaz satışlarında ve satıcı lehine uygulanmıştır⁷⁸³. Pandekt hukukunda ise uygulama alanı genişletilerek alıcıyı da kapsar hale getirilmiştir⁷⁸⁴.

Post Klasik Devirde satıcının *laesio enormis*'i *actio* veya *exceptio* yoluyla ileri sürebileceği kabul edilmiştir⁷⁸⁵. Eğer satıcı, satılanın mülkiyetini alıcıya devretmemişse ve devredilmesi için kendisine karşı *actio empti* açılmışsa bu talebi *exceptio* ile durdurur⁷⁸⁶. Satılanın devri gerçekleşmişse, satıcı bu sefer *actio* ile sözleşmenin iptalini ve eğer satış bedelini almışsa bedelin tümünü geri ödemek kaydıyla, satılanın mülkiyetinin kendisine devrini talep eder⁷⁸⁷. Bu talep karşısında alıcının iki seçeneği bulunmaktadır. Alıcı, sözleşmenin geçerli kalmasını istiyorsa, başka bir ifadeyle taşınmazı elinde tutmak istiyor ise, mutlak surette taşınmazın piyasa değerinden eksik kalan kısmı satıcıya ödemek zorundadır⁷⁸⁸. Sözleşmenin geçerli

⁷⁸⁰ Tahiroğlu, **op. cit.**, 205-206; Murat Topuz, **Roma Hukukunda Fahiş Gabin (Laesio Enormis)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003, s. 23 et seq.

⁷⁸¹ Kaser, **Roman Private Law, op. cit.**, s. 176. Hristiyanlığın resmi din olarak kabulünün *laesio enormis* ilkesinin oluşumuna etkileri için q.v. Topuz, **op. cit.**, s. 22-23.

⁷⁸² İlkenin ortaya çıkışı İmparator *Diocletianus*'a ait olduğu ileri sürülen Iust. Cod. 4, 44, 2 ve Iust. Cod. 4, 44, 8 metinlerine dayandırılmaktadır. Bununla birlikte *laesio enormis* ilkesinin *Iustinianus* Devrinde oluşturularak *Codex*'e *interpolatio* değişiklikleri ile dâhil edildiği yönünde görüşler vardır. Bu görüşler ve gerekçeleri için q.v. Erkan Küçükgüngör/Haluk Emiroğlu, *Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)*, **AÜHFĐD**, C. 53, S. 1, 2004, s. 82 et seq.

⁷⁸³ Küçükgüngör/Emiroğlu, **op. cit.**, s. 81-82.

⁷⁸⁴ Tahiroğlu, **op. cit.**, s. 206; Somer, **op. cit.**, s. 24; Yüksel, **op. cit.**, s. 63.

⁷⁸⁵ Moyle, **op. cit.**, s. 183.

⁷⁸⁶ **Ibid.**, s. 183-184.

⁷⁸⁷ **Ibid.**, s. 184.

⁷⁸⁸ Tahiroğlu, **op. cit.**, 205; Seda İrem Çakırca, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Ekim, 2015, s. 20.

kalmasını istemezse, satılanın mülkiyetini yeniden satıcıya devretmek zorundadır⁷⁸⁹. Satıcının *actio*'sunun hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Sözleşmenin iptalini sağlayan bu *actio*'nun satıcının satış sözleşmesinden doğan dava hakkı olan *actio venditi* olduğu çoğunlukla kabul görmekle birlikte, *condictio ex lege*, *condictio indebiti* ve *in integrum restitutio* ile aynı sonuçları doğuran bir *actio* olduğu yönünde düşünceler de mevcuttur⁷⁹⁰. Satıcının bu *actio* ile elde etmek istediği hukuki sonuç, *laesio enormis* sebebiyle hukuki işlemin iptalidir⁷⁹¹. Açıklandığı üzere iptal hakkı, zarara uğrayan satıcı tarafından *actio* ile mahkemede ileri sürülmektedir. Bu aşamada alıcının, değerler arasındaki aşırı oransızlığı gidererek hukuki işlemin hükümsüz kılınmasını önlemesi mümkündür. Alıcı bunu yapmaz ve satıcı davayı kazanırsa, satılanın mülkiyeti ve satış bedeli taraflarca birbirlerine iade edilir ve taraflar hukuki işlemin kurulmasından önceki duruma (*status quo ante*) dönerler⁷⁹².

Kodifikasyonlar içerisinde Roma hukukundaki *laesio enormis* kurumuna en sadık kalan kanun Avusturya Medeni Kanunudur. Avusturya hukukuna göre karşılıklı bir sözleşmede taraflardan birinin, karşı tarafa verdiği yarısından azını alması durumunda az alan tarafa sözleşmeyi sona erdirerek eski halin iadesini talep etme hakkı tanınmıştır⁷⁹³. Yine tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi edimler arasındaki oransızlık lehine olan taraf, sözleşmedeki değer ile edimin ortalama değeri arasındaki farkı ödeyerek sözleşmenin sona erdirilmesine engel olma hakkına sahiptir⁷⁹⁴. Türk hukukunda ise aşırı yararlanma, tam iki taraflı sözleşmeler bakımından genel düzenlemeye sahiptir. Buna göre sözleşme taraflarından birinin, diğerinin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden yararlanarak karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlığın bulunmasına sebep olması durumunda aşırı yararlanma vardır (TBK m.28/f.1). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁷⁹⁵ ile sömürüye uğrayan tarafa iki seçimlik hak tanımıştır⁷⁹⁶. Buna göre ilgili taraf durumun özelliğine

⁷⁸⁹ Moyle, **op. cit.**, s. 184.

⁷⁹⁰ **Ibid.**, s. 184 ve 184, dn. 1.

⁷⁹¹ Kaser, **Roman Private Law, op. cit.**, s. 176.

⁷⁹² Moyle, **op. cit.**, s. 184.

⁷⁹³ Vedat Buz, "Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt 19, Sayı 4, s. 57.

⁷⁹⁴ Buz, **Gabin, op. cit.**, s. 57.

⁷⁹⁵ 818 sayılı Borçlar Kanununda sadece iptal hakkı tanınmıştı. Buna karşılık iptal yerine orantısızlığı giderme olanağının da bulunduğu doktrinde ileri sürülmekteydi. Q.v. Buz, **Gabin, op. cit.**, s. 65 et seq.; Schmidlin, **op. cit.**, Art. 21, N. 18.

⁷⁹⁶ İsviçre'de seçim hakkının bulunduğu yönünde q.v. Schwenzer, **op. cit.**, s. 269

göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir (TBK m.28/f.1). Zarar görenin, bu haklarını düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği, zor durumda kalmada ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içerisinde kullanabileceği kabul edilmiştir (TBK m.28/f.2). Bu çerçevede tanınan ilk hak, irade bozukluğu hallerinde olduğu gibi zarar görenin, sözleşmeyle bağlı olmadığını karşı tarafa bildirmek suretiyle hukuki işlemi iptal edebilmesidir. İkinci hak ise sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesidir. Bu hak kullanıldığında da kısmi iptal ortaya çıkar ve kısmi iptal neticesinde oluşan sözleşme boşluğunun doldurulması söz konusu olur⁷⁹⁷.

Aşırı yararlanma, ahlâka aykırılığın özel bir uzantısı olarak kabul edilmektedir⁷⁹⁸. Nitekim Alman Medeni Kanunu § 138⁷⁹⁹,de aşırı yararlanmaya, ahlâka aykırılıkla aynı yaptırım türü olan kesin hükümsüzlük sonucu bağlanmıştır⁸⁰⁰. İsviçre-Türk hukuklarında ise aşırı yararlanma ile ahlâka aykırılık eşdeğer sayılmamış, aşırı yararlanmaya ahlâka aykırılıktan daha hafif bir yaptırım bağlanmıştır⁸⁰¹. Bu çerçevede İsviçre-Türk hukuklarındaki iptal edilebilirlik uygulamasının da temeli Roma hukukunda işlemin *actio* ile iptaline dayanmaktadır. Öte yandan iptal edilebilirliğin görünümüne ilişkin yanılma, aldatma ve korkutma hallerinde olduğu gibi aşırı yararlanmada da doktrinde farklı görüşler bulunduğundan bahsetmiştik⁸⁰². Bu noktada Roma hukukunda *actio* ile işlemin iptaline kadar sözleşmenin ayakta

⁷⁹⁷ Haluk Nami Nomer, “Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest Midir?”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, Cilt I, 2015, s. 639; Haluk Nami Nomer, “İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?”, **Prof. Dr. M. İlhan Uluhan’a Armağan**, Cilt 3, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, s. 525; Nomer, **Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 108; İsviçre’deki durum için q.v. Schmidlin, **op. cit.**, Art. 21, N. 20-21. Bu yönde açık hüküm olmayan İsviçre’de dayanağın İsviçre Borçlar Kanunu 21 hükmünün amacı olduğu yönünde q.v. Schwenger, **op. cit.**, s. 269-270. Dolayısıyla yazar örtülü olarak İsviçre Borçlar Kanunu 21’in doğurduğu hükümsüzlüğü amaca göre sınırlamaktadır.

⁷⁹⁸ Buz, **Gabin**, **op. cit.**, s. 58; Serozan, **Medeni Hukuk**, **op. cit.**, s. 380.

⁷⁹⁹ BGB § 138 f.1: Ahlâka aykırı bir hukuki işlem hükümsüzdür. f.2: Özellikle, bir tarafın diğerinin düşüncesizliği, tecrübesizliği, zor durumu veya iradesindeki ciddi bir zayıflığından istifade etmek suretiyle kendine veya üçüncü bir kişiye, karşılığında bariz bir orantısızlığın bulunduğu maddi menfaat verilmesini veya taahhüt edilmesini sağladığı hukuki işlemler hükümsüzdür”.

⁸⁰⁰ Medicus/Petersen, **op. cit.**, s. 316; Bork, **op. cit.**, s. 461; Buz, **Gabin**, **op. cit.**, s. 58-59

⁸⁰¹ Schwenger, **op. cit.**, s. 269.

⁸⁰² Q.v. Birinci Bölüm, III, B, 3, İptal Edilebilirlik.

olduğu bilgisi ışığında düşündüğümüzde kanaatimizce, aşırı yararlanmadaki bozulabilir geçerlilik görüşünün de temeli Roma hukukuna dayanmaktadır.



SONUÇ

Roma hukukunda hukuki işlemde hükümsüzlüğün ortaya çıkışını ve tarihi süreç içerisinde hükümsüzlük sisteminin gelişimini incelemeyi, ayrıca köklerini Roma hukukunda bulan düzenlemelerin Türk hukukundaki durumunu göstermeyi hedeflediğimiz çalışmamızda birtakım sonuçlara ulaşmış bulunuyoruz.

1. Roma hukuku kazuistik bir hukuk sistemi olduğundan Romalılar yaptıkları çalışmalarda, hukuki kavramlar ve kurumlar hakkında teorik tanımlamalar yapmayı ve kuralları sistematik hale getirmeyi amaç edinmemişlerdir. Hukuki işlem kavramı da Roma hukuku kaynak ve metinlerinde tanımlanmamıştır. Ancak bu durum hukuk düzeninde hukuki işlemin ve unsurlarının bulunmadığı anlamına gelmez. Roma hukukunda hukuki işlem; irade beyanı ve sözleşmeler sistemi bağlamında kabul edilen kurucu unsurlardan oluşur.

2. Eski Hukuk Devrinde sıkı şekilcilik ve törensel işlemler ön planda olduğu için hukuki işlem ya geçerli ya da yok hükmünde kabul edilmiş, ara hükümsüzlük dereceleri ortaya çıkmamıştır. Bununla birlikte, Klasik Devre kadar sözleşmeler sistemine hâkim olan tipe bağlılık ilkesi *praetor* faaliyetleri neticesinde esnetilmiştir. Sözleşme sisteminin yeni sözleşmelerle birlikte genişlemesi, bu sistemin hakkaniyet çerçevesinde kontrol edilme zorunluluğunu da ortaya çıkarmıştır. *Praetor* bu çerçevede hukuki işlemi hükümsüz kılmaya yönelik vasıtaların ve farklı hükümsüzlük türlerinin ortaya çıkışında rol oynamıştır. Bu bağlamda *exceptio* vasıtasıyla işleme dayanılarak bulunulan taleplerin engellenmesini, *in integrum restitutio* ile ise işlemin iptalini ve sözleşmeye dayanılarak verilenlerin iadesini sağlayabilmiştir. *Praetor*'lar kullandıkları bu himaye vasıtalarıyla, münferit olaylar bazında sunulan çözümlerin ötesinde, hükümsüzlüğün ortaya çıktığı durumları ve hükümsüzlüğün sonuçlarını sistematik olarak ele alabilmişlerdir. *Ius honorarium*'un etkisiyle değişim gösteren Klasik Devrin *ius civile*'sinde de yokluk ve kesin hükümsüzlüğün yanı sıra iptal edilebilirlik, eksiklik ve nisbi etkisizliğin izlerine rastlanmıştır. Post Klasik Devirde ise *cognitio extra ordinem* yargılama sisteminin yerleşmesiyle birlikte *ius civile-ius honorarium* hükümsüzlüğü ayrımı ortadan kalkmıştır.

3. Roma hukukunda hak ve fiil ehliyetine ilişkin şartlar ve bu şartlar olmaksızın yapılan hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü önemli yer tutmaktadır. Kölelik sisteminin

mevcut olması ve hak ehliyetine ilişkin diğer kısıtlamalar sebebiyle Roma hukukunda hukuki işlemi yapan kişiye ilişkin sebeplerin, günümüz hukuk sistemlerindeki ve bu çerçevede Türk hukukundaki düzenlemelerle benzerliği ve Türk hukukuna etkisi ise oldukça sınırlıdır.

4. Hukuki işleme ilişkin hükümsüzlük sebeplerinde Roma ve Türk hukukundaki düzenlemelerin birbirine benzediği ve ayrıştığı hususlar tespit edilmiştir. Klasik ve Post Klasik Devirde başlangıçtaki objektif imkânsızlık, *leges perfectae* olup yasa koyucuların hükümsüzlüğü ağır tayin ettiği emredici hükümler, ahlâka aykırı işlemler kesin hükümsüzdür. Türk hukukunda da emredici hükümlere, ahlâka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırılık kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutulmuştur. Şekil şartları, Eski Hukuk Devrinde kurucu unsur olarak kabul edilmiş, Klasik Devirden itibaren bu nitelikleri değişmiş bir kısmı geçerlilik şartına dönüşmüş, bir kısmı ise sembolik bir anlam taşımıştır. Türk hukukunda da şekil, kurucu unsur veya geçerlilik şartı olabileceği gibi ispat şartı olarak da ortaya çıkabilir.

5. İrade ile beyan uygunsuzluğu halleri olan zihni kayıt, latife beyanı, muvazaa ve açıklamada yanılma, beyan teorisinin uygulandığı Eski Hukuk Devrinde hukuki işlemin geçerliliğini etkilememiştir. İrade teorisinin uygulandığı Klasik Devir ve sonrasında ise yaptırımlar birbirinden ayrılmıştır. Zihni kayıt durumunda irade teorisi etkili olsa dahi sözleşmenin geçerliliğinin etkilenmeyeceği kabul edilmiştir. Metinlerde rastlanmamakla birlikte, *bona fides* ilkesinin önem kazandığı bu dönemde karşı taraf zihni kaydı biliyor ise işlemin hükümsüz olacağı kabul edilmiş olmalıdır. Roma hukukunda güven teorisinin bulunmaması Klasik ve Post Klasik Devirde latife beyanı açısından irade uyumsuzluğu sebebiyle işlemin yokluğuna yol açmıştır. Klasik Devir ve Post Klasik Devirde hem mutlak hem de nisbi muvazaada görünürdeki işlem kurgusal dahi olsa bir sözleşme oluşturma hususunda uyduğundan yokluktan söz edilemez, görünürdeki işlem kesin hükümsüz olur. Türk hukukunda da baskın görüş görünürdeki işlemin kesin hükümsüzlüğünü kabul etmektedir. Roma hukuku metinlerinde nisbi muvazaada gizli işlemin ise geçerli olacağı kabul edilmiştir. Türk hukuk doktrinine göre de gizli işlem kendi geçerlilik şartlarını taşıyorsa geçerli, taşııyorsa muvazaa sebebiyle değil, ilgili geçerlilik şartına sahip olmaması sebebiyle kesin hükümsüz olur. Eski Hukuk Devrinde esaslı sayılan açıklamada yanılmanın sözleşmeyi hükümsüz kılmayacağı kabul edilmiştir. Klasik Devirden itibaren irade

teorisinin etkisiyle sözleşmenin kurulması için gerçek iradelerin uyuşması aranmıştır. Tek taraflı yanılmada da iki taraflı yanılmada da gerçek iradeler uyuşmadığından, güven teorisine göre sözleşmenin kurulması mümkün olmaz ve sözleşme yok hükmünde olur. Türk hukukunda tek taraflı yanılmada işlem iptal edilebilir durumdadır. İki taraflı farklı yanılmada sözleşme kurulmadığından yokluk söz konusudur. İki taraflı ortak yanılmada ise tarafların gerçek iradeleri yorumlanarak sözleşme kurulduğundan yanılma hükümlerine gidilmez.

6. Saikte yanılma, aldatma ve korkutma halinde iradenin oluşumunda bozukluk söz konusudur. Saikte yanılmada iradenin arkasındaki düşüncede yanılma vardır ve Roma hukukunda kural olarak bu yanılma hukuki işlemin geçerliliğini etkilemez. *Error in substantia* bulunması halinde ise *consensus* olduğundan yokluktan söz edilemez, metinlerde işaret edilen hükümsüzlüğün türü ise kesin hükümsüzlüktür. Aldatma ve korkutma durumunda da Eski Hukuk Devrinde hukuki işlemler geçerli kabul edilmiştir. Klasik Devirde ise *praetor*'lar *exceptio* ile aldatılan veya korkutulan kişinin ifadan kaçınılmasını; *in integrum restitutio* ile işlemin iptalini sağlamışlardır. Post Klasik Devirde *actio doli* ve *actio metus*'un *arbitaria* özellikleri vasıtasıyla *in integrum restitutio* işlevi kazanmalarıyla, bu *actio*'lar ile de işlemler bazı durumlarda iptal edilmeye başlanmıştır. Öte yandan Türk hukukunda irade bozukluğu hallerinin tümünde hukuki işlem açısından iptal edilebilirlik müeyyidesi kabul edilmiştir. İptal edilebilirliğin görünümünden bozulabilir geçerlilik görüşü ise Roma hukukuna dayanmaktadır.

7. *Laesio enormis* ilkesi Roma hukukunda Post Klasik Devirde ortaya çıkmıştır. Aşırı yararlanma durumunda *exceptio* ile ifadan kaçınılması veya *actio* ile işlemin iptali sağlanabilir. *Actio* ileri sürülmesi halinde muhatap sözleşmenin geçerli kalmasını istiyorsa bedelden eksik kalan kısmı öder, aksi takdirde işlem iptal edilir. Türk hukukunda ise sömürülen taraf sözleşmeyi iptal etme veya sözleşmeyle bağlı kalarak oransızlığın giderilmesini talep etme hakkına sahiptir. Oransızlığın giderilmesi talep edildiğinde de kısmi iptal ve iptal neticesinde ortaya çıkan sözleşme boşluğunun doldurulması söz konusudur. İptal edilebilirliğin görünümünden bozulabilir geçerlilik görüşü ise Roma hukukuna dayanmaktadır.

KAYNAKÇA

- Adkins, Lesley / Adkins, Roy A. :**Handbook to Life in Ancient Rome**, Facts on File, 2004.
- Akıncı, Şahin / Savaş, Abdurrahman :**Roma Hukuku Pratik Çalışmalar**, 4. Baskı, Sayram Yayınları, 2013.
- Akıncı, Şahin :**Roma Hukuku Dersleri**, Sayram Yayınları, 12. Baskı, Konya, Ekim, 2018. (“Roma Dersler” şeklinde kısaltılmıştır).
- Akıncı, Şahin :**Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)**, 9. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, Ekim, 2016. (“Borçlar Genel” şeklinde kısaltılmıştır).
- Akıncı, Şahin :**Roma Borçlar Hukuku, 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli**, Sayram Basım Yayım Ltd. Şti., 6. Baskı, Konya, Şubat, 2016. (“Roma Borçlar Hukuku” şeklinde kısaltılmıştır).
- Akıncı, Şahin :**Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Sayram Yayınları, Konya, 2004.
- Akkanat, Halil :**Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Aksaray, Buse :**Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, İstanbul, Aralık, 2012.
- Akyol, Şener :**Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İkinci Bası, İstanbul, 2006.

Alamutlu, İsmail

:Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Alova, Erdal

:Latince Türkçe Sözlük, Sosyal Yayınları, Beşinci Baskı, Aralık, 2013.

Altop, Serpil

:Roma Hukuku'nda Kölelik, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

Altunkaya, Mehmet

:Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Antalya, Osman Gökhan

:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Legal Yayıncılık A.Ş., Birinci Baskı, Ekim, 2015. (“Borçlar Genel” şeklinde kısaltılmıştır).

Antalya, Osman Gökhan

:“Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları”, Yargıtay Dergisi, Cilt 18, Sayı 3, Temmuz, 1992, s. 365-395. (“Geçerlilik” şeklinde kısaltılmıştır).

Antalya, Osman Gökhan / Topuz, Murat

:Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Legal Yayıncılık A. Ş., 2. Basıya Ek 1. Tıpkı Basım, İstanbul, 2017.

Atamer, Yeşim M.

:Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., 1. Bası, İstanbul, Ağustos, 1999.

Ateş, Derya

:Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara, Mart, 2007.

Aybay, Aydın

:Borçlar Hukuku Dersleri, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

Ayiter, Kudret

:Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, İkinci Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1963. (“Aile” şeklinde kısaltılmıştır).

Başoğlu, Tuncay

:“Hristiyan Hukuku”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 9, 2007, s. 25-66.

Başpınar, Veysel

:Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998.

Baştuğ, İrfan

:Borçlar Hukuku “Genel Hükümler, İstiklal Matbaası, İzmir, 1977.

Bauman, Richard A.

:Human Rights in Ancient Roma, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2003.

Berger, Adolf

:Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia, reprinted 1991.

Berki, Şakir

:Roma Hukuku, Giriş ve Roma Hukukunun İçinde İnkişaf Ettiği Devirler, Dava Hukuku, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Ayni Haklar ve Borçlar Hukuku, Ankara, 1949.

Bix, Brian H.

:“Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, Çeviren: Ertuğrul Uzun, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 2, Yıl: 2004, s. 291-343.

- Bork, Reinhard
: **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- Bruhl, Henry Lévy
: “Roma Hukukunda Hukuki Muameleye Dair”, **İÜHFM**, Çeviren: Türkan Basman, Cilt 6, Sayı 2-3, s. 589-597.
- Bucher, Eugen
: **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Schulthess, Zürich, 1988.
- Buckland, William Warwick
: **A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, Third Edition, 1975. (“Text-Book” şeklinde kısaltılmıştır).
- Buckland, William Warwick
: **Elementary Principles of the Roman Private Law**, Cambridge: at the University Press, 1912. (“Elementary Principles” şeklinde kısaltılmıştır).
- Buckland, William Warwick
: **The Roman Law of Slavery**, Cambridge at the University Press, 1908. (“Slavery” şeklinde kısaltılmıştır).
- Burdick, William L.
: **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law**, The Lawyers Co-operative Publishing, New York, 1988.
- Bush, George M.
: “Mancipatio, An Historical Study”, **Juridical Review**, Volume 38, Issue 1, 1926, s. 85-100.
- Buz, Vedat
: **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005. (“Yenilik Doğuran Haklar” şeklinde kısaltılmıştır).

Buz, Vedat

:“Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt 19, Sayı 4, s. 53-82. (“Gabin” şeklinde kısaltılmıştır).

Büyükcay, Yusuf

:**Roma Borçlar Hukukunda Hata**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007. (“Hata” şeklinde kısaltılmıştır).

Büyükcay, Yusuf

:“Roma Hukukunda Error in Materia ve Error in Substantia”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1-4, Yıl: 2001.

Chappuis, Christine

:**Commentaire Romand, Code des Obligations I**, Art. 32-40, 458-465, Editeurs: Luc Thévenoz et Franz Werro, Deuxième édition, Helbing Lichtenhahn, 2012.

Couch, John Andrew

:“Woman in Early Roman Law”, **Harvard Law Review**, Volume 8, No 1, s. 39-50.

Cuq, Edouard

:**Manuel des Institutions Juridiques des Romains**, 2. édition, Paris, 1928.

Çakırca, Seda İrem

:**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Ekim, 2015.

Çetiner, Bilgehan

:“Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerliliği Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk**

- Çukadar, Neslihan
- Demirsatan, Barış
- Demirsatan, Barış
- Demirsatan, Barış
- Di Marzo, Salvatore
- Doğancı, Kamil
- Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan)**, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 803-826.
- :Borç İlişkilerinde Def’i Hakkı ve İtirazlar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013.
- :Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Aralık, 2019. (“Sözleşmenin Haksız Sona Erdirilmesi” şeklinde kısaltılmıştır).
- :“Vakıf Tüzel Kişiliği Bakımından Tescilin İyileştirici Etkisi ve MK m. 103/II Hükmünün İşlevi”, İÜHFM**, Cilt 75, Sayı 1. (“Vakıf” şeklinde kısaltılmıştır).
- :Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., İstanbul, 2017. (“Üst hakkı” şeklinde kısaltılmıştır).
- :Roma Hukuku**, Beşinci Tab’ından Çeviren: Ziya Umur, İkinci Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959.
- :“I. Constantinus’un Hristiyanlığı Meselesi ve Ölümü Hakkındaki Tartışmalar”, Uludağ Üniversitesi Fen-**

- Domingo, Rafael
- Du Plessis, Paul
- Dural, Mustafa / Sarı, Suat
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut
- Edis, Seyfullah
- Emiroğlu, Haluk
- Erdoğan, Belgin
- Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 18, S. 33, 2017, s. 493-517
- :Roman Law: An Introduction**, Routledge, 1st edition, 2018.
- :Borkowski's Textbook on Roman Law**, Oxford University Press, 5. Edition, 2015.
- :Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 13. Baskı, 2018.
- :Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku**, Cilt 2, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- :Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku**, Cilt 3, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- :Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku**, Cilt 4, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- :Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- :Ius Gentium (Kavimler Hukuku)**, Değişim Yayınları, Ocak, 2007.
- :Roma Eşya Hukuku**, Der Yayınları, Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul, 2015. ("Roma Eşya" şeklinde kısaltılmıştır).

Erdoğmuş, Belgin

:Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, 2014. (“Roma Borçlar” şeklinde kısaltılmıştır).

Eren, Fikret

:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. (“Borçlar Genel” şeklinde kısaltılmıştır).

Ergüne, Mehmet Serkan

:Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, İstanbul, Ağustos, 2017.

Erkan, Vehbi Umut / Yücer, İpek

:“Ayırt Etme Gücü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 3, Yıl 2011, s. 485-522

Ersoy, Çağlar

:Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 3. Baskı, İstanbul, Nisan, 2018.

Esener, Turhan / Gündoğdu, Fatih

:Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1-48), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Esener, Turhan

:“Hukuki Muamelelerde Tahvil”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 1, s. 234-259. (“Tahvil” şeklinde kısaltılmıştır).

Esener, Turhan

:“Akitlerde Esaslı Noktalar ile İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi”, AÜHFD, Cilt 16, Sayı 1-4, 1959, s. 234-259. (“Esaslı Noktalar” şeklinde kısaltılmıştır).

Esener, Turhan

:“Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, AÜHFD, Cilt 9, Sayı 3,

- 1952, s. 166-197. (“İtimat” şeklinde kısaltılmıştır).
- Flume, Werner :**Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschaft**, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, 1975.
- Frier, Bruce W. / McGinn, Thomas A.J. :**A Casebook on Roman Family Law**, Oxford University Press, 2004.
- Gaudemet, Jean :“Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Çeviren: Bülent Tahiroğlu, Cilt: 6, Sayı: 9, Yıl: 1972, s. 205-230.
- Gedikli, Fethi / Onat, İbrahim Enes :**Osmanlı Hukuk Sözlüğü: Mükemmel Istılâhât-ı Kavânin Yâhut Mâlûmât-ı Kanûniye Hülâsası**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, İstanbul, Aralık, 2017.
- Giray, Faruk Kerem :**Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, Beta Basım A.Ş., 2. Bası, İstanbul, Mart, 2013.
- Glover, Graham :“Metus in the Roman Law of Obligations”, **Fundamina, A Journal of Legal History**, Volume 10, 2004, s. 31-58.
- Gönenç, Fulya İlçin :**Roma Hukukunda Kadın**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., İstanbul, Mart, 2010. (“Kadın” şeklinde kısaltılmıştır).

Gönenç, Fulya İlçin

:“Toplumsal Cinsiyet ve Roma Hukukunda Kadın”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş’a Armağan**, Der Yayınları, Aralık, 2011, s. 105-111.

Gönenç, Fulya İlçin

:“Roma Hukuku’nda Boşanma (Divortium)”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VII, Sayı 1-2, Erzincan, 2003, s. 645-654.

Gönenç, Fulya İlçin

:“Roma’nın “Vatandaşlık” Politikası”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İlçin Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 659-675. (“Vatandaşlık” şeklinde kısaltılmıştır).

Gönenç, Fulya İlçin

:“Roma Akitler Sistemi ve Permutatio (Trampa)”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2009/1, s. 201-218. (“Permutatio” şeklinde kısaltılmıştır).

Greenidge, Abel Hendy Jones

:**Infamia Its Place in Roman Public and Private Law**, Oxford at the Clarendon Press, 1894.

Grotius, Hugo

:**Savaş ve Barış Hukuku**, Çeviren: Seha L. Meray, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1967.

Grubbs, Judith Evans

:**Women and the Law in the Roman Empire**, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2002.

Guillod, Olivier / Steffen, Gabrielle

:**Commentaire Romand, Code des Obligations I**, Art. 19-20, Editeurs: Luc

Günel, Ahmet Nadi

Günel, Ahmet Nadi

Günay, Meryem

Güneş Ceylan, Ziyet Seldağ

Güneş Ceylan, Ziyet Seldağ

Güneş Ceylan, Ziyet Seldağ

Thévenoz et Franz Werro, Deuxième édition, Helbing Lichtenhahn, 2012.

:“Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 44, Sayı 1, Ocak, 1995, s. 425-442. (“Roma Miras” şeklinde kısaltılmıştır).

:**Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2007. (“Roma Usul” şeklinde kısaltılmıştır).

:**Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.

:**Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010. (“Evlenme” şeklinde kısaltılmıştır).

:**Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004. (“Velayet-Vesayet” şeklinde kısaltılmıştır).

:“Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Pactum (Anlaşma) İlişkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 1-2, 2004, s. 171-183. (“Contractus Pactum İlişkisi” şeklinde kısaltılmıştır).

Güral, Jale

:Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara, 1953.

Gürten, Kadir

:Roma Hukuku'nda Hakkaniyet (Aequitas), Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Hadley, James

:Introduction to Roman Law In Twelve Academical Lectures, New York, D. Appleton and Company, 1902.

Harlow, Mary / Laurence, Ray

:Growing Up and Growing Old in Ancient Rome, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2005.

Hatemi, Hüseyin

:Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, Eylül, 2017. ("Medeni Hukuk" şeklinde kısaltılmıştır).

Hatemi, Hüseyin

:Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi, Sulhi Garan Matbaası Kollektif Şirketi, İstanbul, 1976 ("Hukuka ve Ahlaka Aykırılık" şeklinde kısaltılmıştır).

Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre

:Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Havutçu, Ayşe

:“Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, Dokuz

- Helvacı, Serap / Erlüle, Fulya
Hitz, Flurina
Honig, Richard
Houtin, Albert
Huguenin, Claire
Hunter, William Alexander
Işıқтаç, Yasemin
İnan, Ali Naim / Yücel, Özge
- Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı), Cilt 3, Sayı 1-4, 1987, s. 643-681.
- :Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Legal Yayıncılık A. Ş., 5. Bası, 2018
- :CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art. 656-666, 713-729, Zürih, 2016.
- :Roma Hukuku**, Tercüme eden: Avukat Dr. Şemseddin Talip, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No: 72, İstanbul, 1938.
- :“Hristiyanlığın Kısa Tarihi”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Çeviren: Abdurrahman Küçük, Cilt 25, Sayı 1, 1982, s. 437-455
- :Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, Schulthess, 2012.
- :A Systematic and Historical Exposition of Roman Law**, Translated into English by J. Ashton Cross, 2. edition, London: William Maxwell & Son, 1885.
- :Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, Şubat, 2014.
- :İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4.

- Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim, 2014.
- İpek, Nurcan :“Roma Hukukunda Korkutma (Metus)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 23, Sayı 3, s. 97-184. (“Korkutma” şeklinde kısaltılmıştır).
- İpek, Nurcan :“Actio Vi Bonorum Raptorum ile Actio Quod Metus Causa Arasındaki İlişki”, **Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002/1, s. 125-129.
- Jäggi, Peter / Gauch, Peter :**Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1b, (Art. 18 OR), Zürich, 1980.
- Johnston, David :**Roman Law in Context**, Cambridge University Press, 2004. (“Roman Law” şeklinde kısaltılmıştır).
- Johnston, David :**The Cambridge Companion to Roman Law**, Cambridge University Press, 2015.
- Kaneti, Selim :**Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.
- Karabağ Bulut, Nil :**Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., Birinci Baskı, İstanbul, Eylül, 2014.

Karadeniz, Özcan

:Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 396, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976.

Karadeniz Çelebican, Özcan

:Roma Hukuku, Tarihi, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış Onyedinci Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül, 2014. (“Roma Hukuku” şeklinde kısaltılmıştır).

Karadeniz Çelebican, Özcan

:Roma Eşya Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015. (“Roma Eşya” şeklinde kısaltılmıştır).

Karagöz, Havva

:“Roma Hukukunda Adalet (Iustitia) ve Hakkaniyetin (Aequitas) Anlamı ve Gerçekleşme Biçimi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1, 2010, s. 35-55.

Karakocalı, Ahmet

:Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Nisan, 2016.

Kaser, Max

:Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2nd ed., 1971.

Kaser, Max

:Roman Private Law, Çeviren: Rolf Dannenbring, 2nd ed., Butterworths, London, 1968.

Kaşak, Fahri Erdem

:Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici

- Keller, Max / Schöbi, Christian :**Hükümlerine Aykırılık**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Ocak, 2019.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. :**Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Basel/Frankfurt, 3. Auflage, 1988.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 21. Bası, Ankara, 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip :**Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip :**Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968. (“Hata” şeklinde kısaltılmıştır).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir :**Birinci Cilt, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış Dördüncü Bası’dan Yedinci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip :**“Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan**, İstanbul, 1996, s. 25-33. (“Kısmi Hükümsüzlük” şeklinde kısaltılmıştır).

Kocourek, Albert

:“The Formula Procedure of Roman Law”, **Virginia Law Review**, Volume 8, No 6, April, 1922, s. 434-444.

Koç, Nevzat

:“Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 1981, s. 127-172

Koschaker, Paul / Ayiter, Kudret

:**Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No 370, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

Köprülü, Bülent

:**Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku**, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Acar Matbaacılık Tesisleri, İstanbul, 1984.

Kurşat, Zekeriya

:“İrade Sakatlıkları”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan: Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, Anılar- Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri-Borçların İfası-Borçların İfa Edilmemesi Sonuçları**, 24-25 Mart 2012, İstanbul, 2014, s. 241-274. (“İrade Sakatlıkları” şeklinde kısaltılmıştır).

Kurşat, Zekeriya

:**Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, Kazancı Matbaacılık Sanayii A.Ş., İstanbul, 2003. (“Hile” şeklinde kısaltılmıştır).

Kurt, Leyla Müjde

:Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (TBK m.136), Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Kuru, Baki

:İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Kasım, 2018.

Küçük, Eşref

“XII. Yüzyıl Rönesansı ve ‘Yeniden Doğan’ Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, **AÜHFD**, (Seyfullah Edis Anısına) C. 56, S. 4, s. 111-122. (“Pandekt” şeklinde kısaltılmıştır).

Küçük, Eşref

:Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara, Ekim, 2013. (“Actio Popularis” şeklinde kısaltılmıştır).

Küçükgüngör, Erkan

:Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum), Yetkin Yayınları, Ankara, 2007. (“Vasiyet” şeklinde kısaltılmıştır).

Küçükgüngör, Erkan

“Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti”, **AÜHFD**, Cilt 45, Sayı 1, 1996, s. 505-531. (“Muayyen Mal Vasiyeti” şeklinde kısaltılmıştır).

Küçükgüngör, Erkan / Emiroğlu, Haluk

“Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)”, **AÜHFD**, C. 53, S. 1, 2004.

Küçükyalçın, Arzu

:“Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- Leage, Richard William
- Locke, John
- Locke, John
- Mackenzie, Lord
- MacLean, Rose B.
- Marshall, R. L.
- Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt 53, Sayı 4, s. 101-124.
- :Roman Private Law, Founded on the ‘Institutes’ of Gaius and Justinian**, Macmillan and CO Limited, New York: The Macmillan Company, 1906.
- :Hükümet Üstüne İkinci Tez**, Çeviren: Aysel Doğan, İlya İzmir Yayınevi Matbaası, 7. Baskı, İzmir, Aralık, 2013. (“Hükümet Üstüne” şeklinde kısaltılmıştır).
- :Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme**, Çeviren: Fahri Bakırcı, Ebabil Yayınları, 2. Baskı, Mayıs, 2012. (“Yönetim Üzerine” şeklinde kısaltılmıştır).
- :Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws of France, England and Scotland**, William Blackwood and Sons, Edinburgh and London, 1870.
- :Cultural Exchange in Roman Society: Freed Slaves and Social Values**, A Dissertation Presented to the Faculty of Princeton University In Candidacy for the Degree of Doctor of Philosophy, November, 2012.
- : “Freedom of Contract”, The Canadian Law Times**, Vol. 33, No:6, 1913, s. 542-554.

Medicus, Dieter / Petersen, Jens

:**Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, C.F. Müller, 2016.

Melville, Robert Dundonald

:**A Manual of the Principles of Roman Law relating to Persons, Property and Obligations with a Historical Introduction**, Edinburgh, W. Green & Son Limited Law Publishers, 1915.

Metzger, Ernest

:“An Outline of Roman Civil Procedure”, **Roman Legal Tradition**, Volume 9, 2013, s. 1-30.

Mitchell, Stephen

:**Geç Roma İmparatorluğu Tarihi M.S. 284-641**, Çeviren: Turhan Kaçar, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2016.

Morin, Ariane

:**Commentaire Romand, Code des Obligations I**, Art. 1-10, 22, Editeurs: Luc Thévenoz et Franz Werro, Deuxième édition, Helbing Lichtenhahn, 2012.

Moroğlu, Erdoğan

:**Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, İstanbul, 2017.

Mousourakis, George

:**Fundamentals of Roman Private Law**, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012. (“Roman Private Law” şeklinde kısaltılmıştır).

Mousourakis, George

:**A Legal History of Rome**, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2007. (“History of Rome” şeklinde kısaltılmıştır).

Moyle, John Baron

:The Contract of Sale in the Civil Law with References to the Laws of England, Scotland and France, Oxford Clarendon Press, 1892.

Muirhead, James / Goudy, Henry / Grant, Alexander

:Historical Introduction to the Private Law of Rome, A. & C. Black, Ltd., London, 1916.

Nomer, Haluk Nami

:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 16. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2018. (“Borçlar Hukuku” şeklinde kısaltılmıştır).

Nomer, Haluk Nami

：“İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?”, **Prof. Dr. M. İlhan Ulsan’a Armağan**, Cilt 3, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, s. 523-534. (“Kısmi İptal” şeklinde kısaltılmıştır).

Nomer, Haluk Nami

：“Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest Midir?”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, Cilt I, 2015, s. 637-650. (“Aşırı Yararlanma” şeklinde kısaltılmıştır).

Oğuz, Arzu

：“Muvazaa Kuramının Iustinianus’tan Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi”, **AÜHFD**, 1996, C. 45, S. 1, s. 453-481.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut

:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 17. Bası, Vedat Kitapçılık,

- Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut
İstanbul, 2019. (“Borçlar Hukuku, Cilt-1” şeklinde kısaltılmıştır).
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami
:**Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018. (“Borçlar Hukuku, Cilt-2” şeklinde kısaltılmıştır).
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami
:**Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe
:**Kişiler Hukuku**, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016. (“Kişiler” şeklinde kısaltılmıştır).
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe
:**Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar**, Filiz Kitabevi, 13. Bası, İstanbul, 2011. (“Eşya” şeklinde kısaltılmıştır).
- Oğuzoğlu, Cahit
:**Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No:130, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959.
- Öğüz, Tufan
:“Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, 2011, s. 103-110.

Öncül, Ayşe

:Metus Kavramı ve Kurumlarının İncelenmesi, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, İstanbul, Ocak, 2018.

Özbilen, Arif Barış

:Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, İstanbul, Aralık, 2016.

Özer Sarıtaş, Duygu

:Roma Kişiler Hukuku Ders Notları, Dora Basım Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 1. Baskı, 2018.

Özer Sarıtaş, Duygu

:Roma Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, Dora Basım Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2018.

Öztek, Selçuk

:“Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları, Törenden Şekle; Hususi Adaletten Devlet Adaletine”, İÜHFM, Cilt 51, Sayı 1-4, s. 335-372.

Pekmez, Cüneyt

:Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 1. Baskı, İstanbul, Mayıs, 2019.

Petit, Eugène

:Traité Élémentaire de Droit Romain, Quatrième édition revue et augmentée, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1903.

Postacıoğlu, İlhan E.

:Gayrı Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İstanbul, 1945.

Pree, Helmuth

:“On Juridic Acts and Liability in Canon Law”, The Jurist, Volume 58, published by the Department of Canon Law, The

- Catholic University of America, 1998, s. 41-83.
- Prichard, A. M. :**Leage's Roman Private Law Founded on the Institutes of Gaius and Justinian**, Macmillian and Company Limited, London, St Martin's Press, New York Third edition, 1964.
- Rabello, Alfredo Mordechai :“The Impossible Contract: From Roman Law to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law”, **Fundamina: A Journal of Legal History**, Volume 16, Issue 1, January, 2010, s. 346-358.
- Rado, Türkan :**Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, Şubat, 2014.
- Riccobono, Salvatore :**Stipulation and the Theory of Contract**, Çeviren: J. Kerr Wylie, A. A. Balkema, Amsterdam, Cape Town, 1957.
- Roby, Henry John :**Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines**, Volume II, Cambridge: at the University Press, 1902.
- Sami, Şemseddin :**Kâmûs-ı Türkî**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 2015.
- Sander, Oral :**Siyasi Tarih, İlkçağlardan 1918'e**, İmge Kitabevi, 15. Baskı, Ekim, 2006.
- Sarı, Suat :“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde

- Savaş, Abdurrahman
Gerçekleştirdiği Değişiklikler”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Nisan, 2013, s. 1026-1040.
- Savaş, Abdurrahman
:**Roma ve Türk Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi**, Adal Ofset, Konya, 2005. (“Vekâlet” şeklinde kısaltılmıştır).
- Savaş, Abdurrahman
:**İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler**, Adal Ofset, Konya, Temmuz, 2005. (“İnternet” şeklinde kısaltılmıştır).
- Savaş, Abdurrahman
:**Network Marketing Sözleşmesi**, Der Yayınları, İstanbul, 2016. (“Network Marketing” şeklinde kısaltılmıştır).
- Sayın Korkmaz, Bengi
:“Roma Hukuku’nda Hile (*Dolus*) Kavramı”, **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 7, Sayı 2, 2017, s. 425-438.
- Scalise, Ronald J. Jr.
:“Rethinking the Doctrine of Nullity”, **Louisiana Law Review**, Volume 74, No:3, Spring, 2014, s. 663-718.
- Schmidlin, Bruno
:**Commentaire Romand, Code des Obligations I** Art, 21, 23-31, Editeurs: Luc Thévenoz et Franz Werro, Deuxième édition, Helbing Lichtenhahn, 2012.
- Schulz, Fritz
:**Principles of Roman Law**, Oxford at the Clarendon Press, 1936.
- Schwarz, Andreas B.
:**Borçlar Hukuku Dersleri**, I. Cilt, Çeviren: Bülent Davran, Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1948. (“Borçlar” şeklinde kısaltılmıştır).

Schwarz, Andreas B.

:Roma Hukuku Dersleri, Çeviren: Türkan Rado, Kardeş Matbaacılık Sanayii A. Ş. Basımevi, Yedinci Bası, İstanbul, 1965. (“Roma Hukuku” şeklinde kısaltılmıştır).

Schwenzer, Ingeborg

:Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stampfli Verlag, 2016.

Serim, Gökçe

:Roma İmparatorluk Döneminde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018.

Serozan, Rona

:Madeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 7. Bası, İstanbul, Eylül, 2017. (“Madeni Hukuk” şeklinde kısaltılmıştır).

Serozan, Rona

:Eşya Hukuku I, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul, 2014. (“Eşya” şeklinde kısaltılmıştır).

Serozan, Rona

:Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

Serozan, Rona

:“Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkansızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007, s. 2029-2036. (“İmkansızlık” şeklinde kısaltılmıştır).

Shumaker, Walter A. / Logsdorf, George Foster / Cahill, James C.

:The Cyclopedic Law Dictionary, Chicago Callaghan and Company, Second Edition, July, 1922.

- Siklósi, Iván :“Some thoughts on the inexistence, invalidity and ineffectiveness of juridical acts in Roman law and in its subsequent fate”, **Journal On European History Of Law**, 2017, Volume 8, s. 90-97.
- Sirmen, A. Lale :**Eşya Hukuku**, Yetkin Hukuk Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2017. (“Eşya” şeklinde kısaltılmıştır).
- Sirmen, A. Lale :**Türk Özel Hukukunda Şart**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1992. (“Şart” şeklinde kısaltılmıştır).
- Smith, Adam :**The Wealth of Nations**, Introduction by Edwin R. A. Seligman, London: J. M. Dent & Sons Ltd, New York: E. P. Dutton & Co Inc, 1910.
- Smith, William :**Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, 2. edition, Boston: Little, Brown and Company, 1859. (“Dictionary” şeklinde kısaltılmıştır).
- Sohm, Rudolph :**The Institutes of Roman Law**, translated by James Crawford Ledlie, Oxford, Clarendon Press, 1892.
- Somer, Pervin :**100 Soru-100 Cevap Roma Borçlar Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Şubat, 2010.
- Somer, Pervin :**Roma Hukukunda İstisna Akdi**, Derin Yayınları, İstanbul, 2008.
- Söğüt, İpek Sevdâ :“Bona Fides in Roman and Turkish Contract Law”, **Coventry Law Journal**, Volume 20, Issue No: 1, 2015, s. 1-9.

Söğütlü Erişgin, Özlem

:Roma Kamu Hukukuna Giriş, Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A. Ş., Birinci Baskı, Temmuz, 2017.

Söğütlü Erişgin, Özlem

:Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara, Eylül, 2016. (“Contractus” şeklinde kısaltılmıştır).

Sungurtekin Özkan, Meral / Türkoğlu
Özdemir, Halide Gökçe

:Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, Şubat, 2008.

Şeker, Muzaffer

:Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Temmuz, 2015.

Şeker, Muzaffer

:“Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 61, Ocak, 2008, s. 49-63. (“Şekil” şeklinde kısaltılmıştır).

Tahiroğlu, Bülent

:Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgin

:Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku, 13. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2019. (“Roma Hukuku Dersleri” şeklinde kısaltılmıştır).

Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgin

:Roma Hukuku Meseleleri, Der Yayınları, Beşinci Basım, İstanbul,

2010. (“Meseleler” şeklinde kısaltılmıştır).
- Tamer, Diler
: **Roma Hukuku Uygulamaları**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 2. Baskı, İstanbul, Mart, 2009. (“Uygulamalar” şeklinde kısaltılmıştır).
- Tamer, Diler
: **Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis**, Homer Kitabevi ve Yayıncılık Ltd. Şti., 1. Basım, 2007.
- Tamer, Diler
: **Roma Hukuku, Cilt 1, Roma Tarihi, Roma Hukuku Kaynakları, Genel Kurallar, Roma Usul Hukuku**, Legal Yayıncılık, Ocak, 2020. (“Roma Hukuku” şeklinde kısaltılmıştır).
- Tamer Güven, Diler
: “Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı”, **İÜHFİM**, Cilt 57, Sayı 1-2, 2009, s. 225-240.
- Tandoğan, Haluk
: **La Nullité, L’Annulation Et La Résiliation Partielles Des Contrats**, Lausanne, 1952.
- Taylor, John
: **A Summary of the Roman Law, Taken From Dr. Taylor’s Elements of the Civil Law, to Which is Prefixed A Dissertation on Obligation**, London, Printed for T. Payne, 1772.
- Tekin, Oğuz
: **Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş**, İletişim Yayıncılık A. Ş., 12. Baskı, İstanbul, 2018.

- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla :**Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, 1993
- Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, H. Murat :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Mart, 2016.
- Thomas, Philip J. :“Bona Fides, Roman Values and Legal Science”, **Fundamina**, A Journal of Legal History, Volume 10, 2004, s. 188-199.
- Topuz, Murat :**Roma Hukukunda Fahiş Gabin (Laesio Enormis)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.
- Tunçomağ, Kenan :**Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Cilt**, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş Altıncı Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.
- Tunoğlu, Tunay :**Roma ve Türk Hukukunda Metus (Tehdit)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013.
- Turan Başara, Gamze / Başara, İzzet :“Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, Cilt I, s. 335-351.
- Türkoğlu Özdemir, Halide Gökçe :**Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008. (“Infamia” şeklinde kısaltılmıştır).

Türkoğlu Özdemir, Halide Gökçe

:“Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2005, s. 167-212. (“Usul” şeklinde kısaltılmıştır).

Türkoğlu, Halide Gökçe

:“Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Sayı 2, 2009, s. 251-289.

Türkoğlu, Halide Gökçe

:**Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Nisan, 2017.

Umur, Ziya

:**Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983. (“Lügat” şeklinde kısaltılmıştır).

Umur, Ziya

:**Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982. (“Roma Hukuku” şeklinde kısaltılmıştır).

Umur, Ziya

:**Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku**, Tıpkı 3. Basım, Beta Basım A. Ş., Ağustos, 2010, İstanbul. (“Roma Hukuku Ders Notları” şeklinde kısaltılmıştır).

Üçer, Mehmet / Meriç, Nedim

:“Roma Hukukunda ve Medeni Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (Litis Contestatio’dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu)”,

- Üçer, Mehmet
Üçer, Mehmet
Ünal, Akın
Xoudis, Julia
Van Zyl, D. H.
Ventura, Mişon
Von Tuhr, Andreas
Watson, Alan
- Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi**, Cilt 8, Sayı 22, 2012/2, s. 3-67.
- :Roma Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Kasım, 2018. (“Roma” şeklinde kısaltılmıştır).
- :Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013. (“Kısmi Butlan” şeklinde kısaltılmıştır).
- :Kelepçeleme Sözleşmeleri**, Adalet Yayınları, 2012.
- :Commentaire Romand, Code des Obligations I**, Art. 11-16, Editeurs: Luc Thévenoz et Franz Werro, Deuxième édition, Helbing Lichtenhahn, 2012.
- :“Justice and Equity in Cicero”**, **Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)**, Volume 50, Issue 2, 1987, s. 154-174.
- :Roma Hukuku**, Ahmet İhsan Matbaası Ltd., İstanbul, 1934.
- :Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2**, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No: 15, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.
- :Contract of Mandate in Roman Law**, Oxford University Press, First Edition, 1961.

Watson, Alan

:“The Evolution of Law: The Roman System of Contracts”, **Law and History Review**, Volume 2, Issue 01, (Copyright) The American Society for Legal History, Inc. 1984, s. 1-20. (“The Roman System of Contracts” şeklinde kısaltılmıştır).

Watson, Alan

:**The Evolution of Western Private Law**, Expanded Edition, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 2001. (“Western Private Law” şeklinde kısaltılmıştır).

Winiger, Benedict

:**Commentaire Romand, Code des Obligations I**, Art. 18, Editeurs: Luc Thévenoz et Franz Werro, Deuxième édition, Helbing Lichtenhahn, 2012.

Yeşiller, Mehmet

:“Roma Hukuku’nda Hükümsüzlük Halleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Yıl: 2011, Sayı 3, s. 77-94

Yüksel, Halil İbrahim

:**Roma Hukukunda Satış Sözleşmesi (Emptio-Venditio)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Zimmermann, Reinhard

:**The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Juta&Jo Ltd, 1990.

Zulueta, Francis de

:**The Roman Law of Sale Introduction and Select Texts**, Oxford The

Clarendon Press, Corrected Sheet of
First Edition 1966.



BAŞVURULAN KAYNAK METİNLER

Corpus Iuris Civilis

Institutiones	:Paulus Krueger (Recognovit), Berolini: Apud Weidmannos, 1889.
Digesta	:Theodorus Mommsen (Recognovit), Berolini: Apud Weidmannos, 1889.
Codex	:Paulus Krueger (Recognovit), Berolini: Apud Weidmannos, 1892.

II. Yardımcı Kaynak Metinler

Institutiones	:Iustinianus, Çeviren: Ziya Umur, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.
Gaius Institutiones, Borçlar Kısım	:Gaius, Çeviren: Türkan Rado, İstanbul, 1953.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.lexpera.com.tr/>

<http://www.tdk.gov.tr/>

<http://www.resmigazete.gov.tr/>

ÖZGEÇMİŞ

Halil İbrahim Yüksel

12 Haziran 1990 tarihinde İstanbul’da doğdu. Prof. Dr. Mümtaz Turhan Sosyal Bilimler Lisesi’nden 2009 yılında mezun oldu. Lise öğrenimi sırasında başladığı IB (International Baccalaureate) diploma programını başarıyla tamamladı. 2009 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde başladığı Hukuk Lisans programından 2013’te mezun oldu. Mezuniyetin ardından Eylül 2013’te başladığı İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans programını “Roma Hukukunda Satış Sözleşmesi (Emptio-Venditio)” adlı teziyle tamamladı. Yüksek lisans öğreniminin yanı sıra Aralık 2013’te İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı ve halen burada çalışmaya devam etmektedir.