

ROMA VE PANDEKT HUKUKUNDA FIDUCIA VE GÜVENLİ KAZANDIRICI HUKUKİ MUAMELELER

Yazan : Prof. Hans PETER
Çev. : Dr. Özcan KARADENİZ

İsviçre'de ve ona komşu memleketlerde ikinci dünya savaşındanberi, mamelek haklarının itimaden hakikî veya hükmi bir şahsa devri problemini, cari hukukun her yönden tatmin edici bir şekilde çözümleyip çözülmediği konusu sık sık münakaşa edilmiştir. Özellikle hukuk tatbikatçıları birçok kereler bu soruyu menfi cevaplandırarak mevcut düzenin değişik yönlerde tekemmül fikrini desteklemişlerdir. Bu arada, bilhassa İngiliz ve Amerikan hukukunun «trust» müessesesinin kıt'a hususî hukukuna ithali teşvik edilmiştir; ancak hususî hukukumuzda mevcut temel kuraların, İngiliz «trust» hukukunun iktibasını önliyeceği haklı gerekçesiyle bu fikre itiraz edilmiş, bugünkü itimada dayanan hukukî münasebetlerin düzenlenmesinde, örneklerin başka tarihî hukuk düzenlerinde aranması gereği savunulmuştur. (Özellikle Gubler, 1954 tarihli İsviçre hukuk haftasındaki tebliğinde ZSR n. F. 73, 1954, s. 215 a v.d.). Mevzu hukuk bakımından bu meseleler üzerinde yapılan tartışmalarda Orta Çağ Alman hukukunun «Treuhand» ı yanında, eski Roma Hukukunun «fiducia» (güven, itimat) kavramı da yeniden sık sık ortaya atıldı. İsviçre ve Türk hukuku bakımından fiducia'ya vukuf özel bir önem taşımaktadır; zira doktrin ve içtihatlarımızda, itimatlı hukukî muameleler, Almanya'da olduğundan daha sık, «fiducial'lı muameleler» veya sadece «fiducia» olarak tavsif edilmektedir.

Bu bakımdan, Roma hukukçusu, «fiducia» adını taşıyan bu eski Roma müessesesinin, klasik hususî hukukta nasıl bir şekil arzettiğini göstermek gibi bir görevle karşı karşıyadır. Konferansının ilk bölümü buna ayrılmıştır. İkinci bölümde ise daha yeni hukuk ilminin Roma fiducia'sının mahiyet ve kendine has vasıflarına vukuf yolları gösterilecektir. Fiducia'nın ilk örneğini tarihî araş-

tırılması yanında, Roma hukuk doktrininin bugünkü fiducia'lı (güvenli) muamelelerin temel ilkelerinin oluşunun ne şekilde hizmet ettiği üçüncü ve son bölüme konu olacaktır.

I. Bölüm : Klâsik Roma hukukunun fiducia'sı :

Cumhuriyetin geç devirleri ve prenslik devri hukukunda çok değişik cins ve menşeli hukukî vakıalar «fiducia» ismi veya «fiduciarius» sıfatıyla vasıflandırılmışlardır. Bugün bu vakıaların bir kısmını aynı haklar veya borçlar hukukuna ithal ederken, ötekilerin aile hukukuna ve miras hukukuna ait olduğunu müşahede ediyoruz. Ferdî teşekküllerine rağmen bu vakıalar müşterek hususiyetleriyle belli bir hukukî müesseseye bağlıdırlar .Bunlarda her şeyden önce müşterek olan husus, mülkiyetin veya aile hukukundaki hakimiyet haklarından birinin, belli şartların gerçekleşmesi halinde iktisap edilen bu hakkı tekrar devredene nakletmekle mükellef veya bu hak üzerindeki tasarruf selâhiyeti başka bir yönden sınırlandırılmış olan bir şahsa nakli keyfiyeti idi. Ayrıca, bahis konusu hakkın güvenen (itimad eden) (fiduciant) tarafından güvenilene (itimad edilen) (fiduziar) a devir şekli de bütün bu muamelelerde müşterektir : İstenilen gayeye ulaşmak sadece mancipatio veya in iure cessio ile kabildi. Bu muamelelerde müşterek olan son bir husus da muamelelerin pratik gayelerinin mülkiyetin güvenilen kişiye devrini aslında gerektirmemesi idi.

Roma'da, bu tip hukukî muamelelerde güdülen pratik gayeler çok çeşitli idi. Güvenilen kişinin, güvenen kişiden alacağı teminatı olarak yapılan mülkiyet nakilleri ön plânda yer almaktadır. Bunların yanında, kaynaklarda, bir eşyanın emin bir şekilde muhafazası, kölelerin azadı, emancipatio veya aile evlatlarının adoptio'su, kadınlara vasiyet ehliyetinin sağlanması, v. s. gibi gayelere matuf fiducia'ya dayanan (fiducia'lı mancipatio) lardan da söz edilmektedir. Fiducia'nın bu kullanılış tarzlarından iki tanesi daha klasik devir hukukçuları tarafından hususî isimlerle tefrik edilmişlerdir. Nitekim mülkiyet devralarının devredenden olan alacağı teminatı olarak mülkiyetin devri (fiducia cum creditore) ve eşyanın emin bir şekilde muhafazası gayesiyle devri (fiducia cum amico) isimlerini almıştır. Fiducia'nın teminat fonksiyonunun modern hususî hukuk yönünden, fiducia müessesesinin aile hukuku sahasındaki kullanılış tarzlarından daha büyük bir tedris değeri taşıması ve Roma kaynaklarının bizi bu konuda gayet iyi aydınlatmış

olmaları dolayısıyla müteakip açıklamalarımda münhasıran fiducia cum creditore üzerinde duracağım.

a) *Mukayeseli hukuk yönünden fiducia cum creditore* : Umumi Umumi hukuk tarihi çerçevesi içinde, bir alacaklının alacağına garantisini olarak, borçlunun bir eşyasının mülkiyetini iktisabı, nadir bir tezahür değildir. Nitekim, eski Yunanistan'da feshi kabil satış, (prasis epi lysei) tesbit edebildiğimiz üzere, en eski aynı teminat şeklidir. (Bak. F. Hitzig, Yunan Rehin Hukuku, 1895). Atina havalisinde pek yaygın olan bu müessese, eşyanın alıcısı olan alacaklı ve satıcısı olan borçlu arasında, hakikî bir satış aktine dayanmaktadır. Borçlunun meselâ, arsasını, alacaklıya devrettiği satış aktinde, alacaklının borçluya ödediği satış bedeli aynı zamanda karz bedeli idi; bu bedelin iadesini alacaklıya devredilmiş olan arsa garanti etmekteydi. Borçlunun, borcun ödenmesinden sonra eşyanın kurtarılması hakkındaki talebi, her halde alacaklıya karşı mevcut geri satın alma hakkı olarak mütalâa edilmekteydi. Buna benzer vakıalara Cermen hukukunda meselâ Frank hukukunda ve Orta Çağ İngiliz hukukunda da rastlanmaktadır.

b) *Muvazaalı satış* :

Yunan hukukunun, yukarda bahis konusu edilen, kabili fesih satışı ile mukayese edilirse Roma «fiducia cum creditore» sinin bariz bir gelişme gösterdiği söylenebilir. Gerçi burada da mülkiyetin borçludan (güvenen kişiden) alacaklıya (güvenilen kişiye) nakli, satış şeklinde yapılmaktaydı; mancipatio, ius civile'nin peşin satış için düzenlenmiş eski şekli muamelesi idi ve iktisabedenin söylediği (Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio) (Quiritis Hukuku gereğince bunun benim olduğunu iddia ederim) şifahi formül (emare) (satın almak) fiilini ihtiva etmekteydi. Ancak, Klasik devirde satış bedelinin tartılmasının sadece sembolik olarak yapılmaya başlanmasıyla, mancipatio şeklinin iptidai fonksiyonu değişmişti. Mülkiyeti iktisabeden, teraziye tek bir sikke ile dokunmakta ve bu sikkeyi (sembolik satış bedelini) mülkiyeti devredene vermekte idi. Fiducia'da mancipatio veya onun yerine in iure cessio'nun kullanılması, Yunan «kabili fesih satış» muamelesindeki gibi burada da hakikî bir satış aktinin in'ikadı zaruretinden değil, ius civile' nin değerli eşyalarda mülkiyetin ve diğer hakimiyet haklarının devrinde bu iki şekli muameleden birini kullanmaya icbar etmesi vakıasından ileri gelmekte idi.

c) *Pactum fiduciae* :

Bu tip mülkiyet nakillerinin fiducia karakteri, bizatihi söz konusu edilen mancipatio veya in iure cesso şekli muamelelerinde değil, bunların icrasından önce tarafların aktettikleri anlaşmada mündemiçtir. Ekseriya yazılı olarak tesbit edilmesine rağmen, şekle riayet mecburiyetinden arî olan bu anlaşma «pactum fiduciae» adını taşımaktadır. Böyle bir pactum'la taraflar, teminata bağlanan alacağın cinsini ve miktarını, devredilen şeyi ve alacağın muacceliyet zamanını kesin olarak tesbit ederlerdi. Ancak, pactum fiduciae herşeyden önce, güvenilen şahsın kendisine itimaden devredilmiş olan şeyi, teminata bağlanmış olan alacağın sona ermesi halinde tekrar güvenen şahsa devri taahhüdünü ihtiva etmekteydi. Bu taahhüt, Pompei'de bulunan bir vesikada müsbet mânâda ifade edilmiştir: teminaten (firucia'ya istinaden) devredilen «Simplex» ve «Petrinus» adlı köleler borcun ödenmesi halinde güvenen şahsa, şüphesiz yeni bir mancipatio ile, geri verilmelidir. (Bk. Fontes III. 1943, Sh. 293). Buna karşılık başka bir vesikada ise mülkiyetin devri mükellefiyeti menfi mânâda formüle edilmiş: fiducia'ya bağlanan eşyalar, bütün borç ödeninceye kadar güvenilen şahsın mülkiyetinde kalmalıdır. İspanya'da bulunan bu ikinci vesikada pactum ilâve edilen ilk mancipatia'nun fiduciae causa (fiducia sebebiyle, fiducia'ya binaen) yapıldığı sarahaten bildirilmektedir. (Bk. Fontes III. Sh. 296).

Borcun ödenmemesi halinde, kendisine devredilen eşyadan güvenilen şahsın alacağını tahsil tarz ve şeklinin düzenlenmesi de fiducia anlaşmasının (pactum fiduciae) zarurî muhtevasıdır. Güvenilen şahsın, mancipatio'nun yapıldığı andan itibaren şeyin maliki olduğu ve bu sebeple borcun ödenmemesi kat'iyet kesbedince, şey üzerinde malik olarak dilediği şekilde tasarrufta bulunabileceği, mülahazasıyla böyle bir düzenlemenin fuzulî olduğu düşünülebilir. Ancak, Cumhuriyetin geç devirlerindenberi, fiducia cumcreditore, rehin müessesesinin ekonomik fonksiyonunu icra etmesi sebebiyle, hakikî rehin (pignus) müessesesindekine benzer kaideler ve tekâmüle tabi olmuştur. Kaynaklarına sahip olduğumuz devirlerde, güvenilen şahsın satma hakkı ekseriya pactum fiduciae'de kararlaştırılmıştır. Bu satma hakkının eski devirlerde mutad olan (Lex Commissoria) (merhuna temellük kaydı)nı, kesin olarak bilinmeyen uzun bir gelişme içinde, gittikçe daha fazla ortadan kaldırmakta olduğu görülüyor. Güvenilen şahsın satma hakkının, rehin alacaklısı-

nın satma hakkı gibi, güvenen şahıs için, fiducia'nın veya pignus'un alacaklı lehine kat'i olarak düşmesinden daha adil olduğunu belirtmeğe lüzum yoktur. Zira şeyin üçüncü bir şahsa satılmasından, teminata bağlanan alacak miktarını aşan bir bedel elde edilebilir. Pactum fiduciae'de ekseriya sarahatan tesbit edildiği üzere «superfluum» adı verilen böyle bir fazlalığı güvenilen şahıs, güvenen şahsa geri vermeli idi.

d) *Tarafların hukukî durumu :*

Fiducia cum creditore'de her iki tarafın hukukî durumu hakkında kaynaklar bize kesin bilgi vermektedir. Bilhassa önemli olan husus, güvenilen şahsın, mülkiyet hakkında mündemiç bütün hakları kullanabilmesidir. Bu sebeple, fiducia'ya dayanan pactum'u ihlâl eder mahiyette olsalar dahi, güvenilen şahsın şey üzerindeki bütün tasarrufları, malikin tasarrufları olarak muteberdi (D. 19, I, 23). Güvenilen şahsın mülkiyeti, rei vindicatio veya actio furti ile üçüncü şahıslara karşı tam olarak korunmaktaydı. Bugünkü hukukta olduğu gibi, fiducia'ya dayanan anlaşma, tahdit edici etkilerini aynı haklar alanında değil, sadece borçlar hukuku alanında göstermekteydi. Şeyin zilyetliğinin de mülkiyetle birlikte alacaklıya mutlaka intikalinin zarurî olmadığı da belirtilmelidir. Borçlunun zarurî olarak ihtiyaç duyduğu köleler ve hayvanlar veya itimaden devredilmiş olan arsa, borçlunun zilyetliğinde kalabilirdi. Böylece borçlunun ödemesi kolaylaştırılmış oluyordu. Bu tip zilyetsiz teminat fiducia'larında teminata bağlanmış olan alacağın sona ermesi halinde, fiducia'nın mancipatio ile tekrar borçluya devri zarurî değildi. Zira şeyin zilyetliğini muhafaza etmiş olan güvenen şahıs borcun ödenmesinden bir yıl sonra, özel bir iktisabî mürur zamanla mülkiyeti tekrar iktisabederdi.

e) *Actio fiduciae :*

Güvenen şahsın fiducia (güvenilerek verilen şey) üzerindeki mülkiyet hakkının tekrar kendine devri hususundaki talebinin tanınma ve korunma şekil ve tarzı dikkate şayandır. Fiducia ismi etimolojik olarak fides (sadakat, vefa, doğruluk, itimat, güven) den çıkmıştır. Bu vakiyaya dayanılarak ve bazı başka sebeplerden dolayı güvenilen şahsın sadakatsizliğinin, meselâ kendine itimaden bırakılmış olan şeyi satmasının veya onu geri vermekten kaçınmasının, Roma Hukukunun eski devirlerinde özel hukuk muhakeme yollarıyla ta-

kip edilmediği sonucuna varılmıştır. Güvenen şahıs, *ius civile*'ye göre, mülkiyeti muteber olarak güvenilen şahsa devretmiş olmakla, verilen söze itimatta aldatılmış olması haline, hukuken himayesiz kalmaktaydı.

Benzer müesseselerin aynı durumu göstermeleri sebebiyle, başlangıçta *fiducia*'nın dava edilebilmek imkânından yoksun olduğuna muhakkak nazarıyla bakılabilir. Nitekim, eski İngiliz hukukunda güvenilen şahıs (*trustee*) sadece vicdanen itimadedilen şeyi geri vermekle mükellefti. Bu sebeple Orta Çağ'da ruhanilerden müteşekkil bir mahkemeye (*the chancery*) tâbi idi. Roma hukukundaki *fideicommissum* bize daha yakın bir analogi imkânı vermektedir. Bu, murisin mirasçının hüsnüniyetine istinat ettirdiği, karakteri itibarıyla miras hukukuna ait bir tasarruftu. *Fideicommissum*'den istifadesi olan üçüncü şahıs, ancak Augustus'tan beri mahkemelerin himayesinden yararlanabilirdi.

Cumhuriyetin geç devirlerinde ise, güvenen şahıs, borcun ödenmesinden sonra, güvenilen şeyi kendisine geri vermemesi halinde, güvenilen şahsa karşı hukukî yola başvurabilirdi. Milâttan önce ikinci yüzyıldanberi teşekkül etmeğe başlıyan *Edictum Perpetuum*, daha erken devirlerde, «*bonae fidei iudicia*» (hüsnüniyet davaları) başlığını taşıyan bölümünde, güvenenin güvenilene karşı açacağı dava (*actio fiduciae directa*) için bir yazılı dava formülü ihtiva etmekteydi. Bu dava formülü gereğince, eğer borcun ödenmesinden sonra itimaden verilen şey davacıya geri verilmemişse, veya davalı, «*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*» («kişiler arasında hüsnüniyetle ve hilesiz davranılması» esasına) uygun olarak hareket etmişse, hâkim, davâlı durumda olan güvenilen kişiyi mahkûm ederdi. Cicero tarafından kesinlikle tevsik edilmiş olan bu Latince ibare, «*ex fide bona*» (hüsnüniyet gereğince) kaydının eski bir ifade şeklidir. Bu ise *actio fiduciae*'nin praetor hukukunun yeni bir mahsulü olmayıp, (*iudicia bonae fidei*) lere dahil bulunup, menşeinin medenî hukuk alanından geldiğini gösterir. Gene Cicero'nun mahkeme konuşmalarında bildiğimiz gibi, güvenilen kişinin *fiducia* davasında mahkûmiyeti, şerefsizliği (vatandaşlık şerefının ziyasını) (*infamia*) tevhit ederdi. Böylece Cumhuriyetin geç devirleri ve klasik devir hukukunun, güvenen şahsa tesirli bir hukukî himaye sağladığı görülür. Ancak, «*condemnatio pecuniaria*» prensibi gereğince hakimin, davalı durumundaki güvenilen şahsı, davacı lehine sadece tazminata mahkûm edebileceği nazara alınmalıdır.

f) *Roma fiducia cum creditore'sinin değerlendirilmesi :*

Bugün İsviçre ve Türk hususî hukukunda alacağın, bir şeyin mülkiyetinin alacaklıya nakli suretiyle teminata bağlanması men edilmiş, hiç değilse kanun tarafından ön görülmemiş istisnai bir durum arzeder. Diğer modern hususî hukuklarda, meselâ Alman hukuk sisteminde, teminat kastıyla mülkiyetin devri fazla yaygın olmakla beraber, kanun tarafından düzenlenmiş değildir. Bu sebeple, klasik devrin ileri bir tekâmül gösteren hususî hukukunda, fiducia cum creditore'nin nasıl olup da bu kadar yayılabildiği ve kat'î bir kabul bulduğu sorusu akla gelebilir. Bu sorunun cevabını araştırırken teminat kastıyla mülkiyetin devrinde carî olabilecek modern hukukî mülâhazaları, olduğu gibi Roma hukukuna tatbikten kaçınmalıyız. Bugün bizce bilinen mülkiyetin teminaten devri, özellikle menkullerde ipotek yasağına karşı, gerektiğinde hileye imkân vermesi sebebiyle doğmuştur. Roma hukukunda ise bu yasak mevcut değildi. Aynı teminatın her üç şekli, fiducia cum creditore, pignus ve hypotheca, zilyetlikle birlikte veya zilyetliğin alacaklıya devrine lüzum olmaksızın muteber şekilde tesis edilebilirdi.

Bu bakımdan, ortaya atılan bu sorunun cevabı başka bir yönde aranmalıdır. Fiducia'nın, bu kadar yayılmasının başlıca sebebi, her halde eski Roma hukukunda mahdut aynı hakların tedricen teşekkülü vakasına dayanmaktadır. Zira, bilindiği üzere, meselâ rehin alacaklısının davasına (actio Serviana) ancak prenslik devrinde tam şumullü aynı tesir tanınmıştı. Mancipatio ve in iure cessio gibi aleniyeti gerektiren muamele şekillerinin, borçlunun şeyin zilyetliğini muhafazası halinde, teminatın mevcudiyetinin, alacaklı tarafından ispatını kolaylaştırması da, fiducia cum creditore'nin büyük önem kazanmasında rol oynamış olabilir. Ancak, bu son söylenenler sadece bir ipotез olarak kabul edilmelidir. Zira, bu sorular hakkında bugün bizce bilinen kaynaklardan tam bir sarahate vermağa imkân yoktur.

II. Bölüm : *Fiducia'nın yeniden ortaya çıkarılması :*

Roma hukuku, sadece yarattığı çeşitli hukukî müesseselerin zenginliği ile değil, aynı ölçüde müesseselerinin, dogmalarının, ilminin zamanımıza kadar gelen uzun tarihçeleriyle de ilgimizi çekmektedir. Bu sebeple, sizlere Eski Çağ'ın sone ermesinden itibaren fiducia'nın tarihi gelişimi hakkında da kısa bir özet vermek, özellikle

modern Roma hukuk ilminin, söz konusu fiducia müessesesine vukuf yollarını anlatmak istiyorum.

Fiducia'nın, Milâttan sonra 3 veya 4. yüz yılda Roma İmparatorluğu pratik hukuk hayatından silindiği anlaşılıyor. Bu, şüphesiz, mancipatio ve in iure cessio'nun ortadan kalkmasının bir sonucudur. «Fiducia» kelimesine Corpus iuris Iustinianus'ta sadece beş yerde ve ekseriya tarihî açıklamalarla ilgili olarak rastlanır (Manigk, Pauly/Wiszowa, RE⁶ sp. 287 v.d. zikredilenler). Praetor edikt'lerinde 'bona fidei iuducua' başlığı altında, dava formülleri tesbit edilmiş olan diğer hukukî muameleler — Depositum, mandatum, şirket akti, satış, kira akti — Digesta (16, 3-19, 2) ve Codex (4, 34-65) de teferruatlı olarak düzenlenmişlerdir. Fiducia ise Iustinianus'un, hukuk kitabından çıkarılmış olmakla, Roma borçlar hukukunu, «bugünkü Roma hukuku» olarak orta çağdan beri nesilden nesile devrederek 18 ve 19. yüzyıl hususî hukuk kodifikasyonlarına kadar getiren, derlemelerde etüdlerde, ve sistematiklerde artık yer almamaktadır. Fiducia'nın bugünkü hukukta kanunen düzenlenmiş olması ve bazı itimada dayanan kazandırıcı muamelelerin, kanuna karşı hile ile sıkı bir bağlantı altında bulundurulması, son olarak, bu müessesenin Iustinianus tarafından atılması vakiasına istinad ettirilebilir. Böylece hukuken düzenlenmiş akit tipleri arasındaki yerini bir defa kaybetmiş olan fiducia, modern hukukta da kendine kanunen düzenlenmiş hukukî muamele tipleri arasında bir yer sağlayamamıştır.

Bu sebeple, Yeni Çağ'da, ortadan kalkmış olan bu hukukî müessesenin araştırılmasıyla, dogmatik hukukçular değil, eski Roma hukuku eserleriyle ilgilenen hukukçular uğraşmışlardır. Fiducia'nın yeniden ortaya çıkarılışı ümanizma devrinde «ince hukukçuluk» diye adlandırılan cereyan ile başlamıştır. 1517 yılında Paulus'un sententia'ları (Pauli Sententiae) ilk defa olarak basıldı. Corpus iuris civilis'ten ayrı olarak nakledilen bu etütte, fiducia hakkında bugün bir baskı sayfasını dolduracak kadar hüküm bulunmaktaydı (Paul 2,12 ve 13). Üç yüz yıl sonra Verona'da bulunan Gaius'un Institutiones'i yeni bilgiler getirdi. Gaius, meselâ fiducia cum creditore ile fiducia cum amico arasındaki farkları belirtmekte, bize fiducia ile ilgili başka meseleler hakkında da bilgi vermektedir. (2, 60).

Roma fiducia'sına bugünkü vukufumuzun gerçek temelleri ise ancak 19. uncu yüzyılın ikinci yarısında atıldı. 1867 yılında Sevil ya-

kınlarında bulunan bir madenî levha, teminata dayanan mancipatio ve buna inzimam eden pactum hakkında, bilgi vermektedir. İmparatorluk devrinin dili ve yazısıyla kaleme alınmış olan ve «Tabula Baetica» olarak adlandırılan bu madenî levhanın müşahhas bir hukukî muamele vesikası olmayıp, genel olarak fiducia cum creditore'nin bağlayıcı umumî formülünü ihtiva ettiği tahmin edilmektedir. 1887 yılında ise Pompei'de çıkarılan bir balmumu levhada, karz bedelinin teminatı olarak iki kölenin itimaden devri muamelesinden bahsedilmekte olup aynı derecede değerli bilgi verilmektedir. Son yıllarda, Herculaneum'da yapılan bulgularla bu tip vesikaların adedi biraz artmıştır.

Fiducia'nın yeniden keşfi bakımından en önemli olay, Tabula Baetica ve Pompei'de bulunan balmumu levha gibi 1867 ve 1887 yıllarına rastlayan bu epigrafik bulgular devrine raslar. 1880'den biraz sonra Otto Lenel, Bavyera İlimler Akademisi'nin ödüllü yarışmasına katılmak amacıyla edictum perpetuum'un yeniden teşkili içine başladı. Lenel, inscriptio'lar yardımıyla, Digesta'da klasik devir hukukçularının edict şehirlere alınmış, dağınık bir halde bulunan fragment'leri eski sırasıyla bir araya topladı. Böylece, Lenel, actio fiduciae'nin, Praetor edildiklerinde actio depositi ile actio mandati arasında yer aldığı hakkında 16. yüzyılda ortaya atılmış olan, faraziyeyi, kesin olarak ispatlamağa muvaffak oldu. Aynı zamanda, Ulpianus Paulus, Iulianus ve Gaius'un fiduciayı, edict şerhlerinin hangi münferit kitaplarında teferruatlı olarak incelediklerini tesbit etmeyi başardı. Lenel ve diğer hukukçular, münferit fragmentlerin dikkatle incelenmesi sonunda, Iustinianus ve yardımcılarının Digesta'nın teşkilinde, ekseriya Interpolatio'ya uğramış olan fragmentlerin muhtevasında başka bir değişiklik yapmadan «fiduca» kelimesini «pignus» veya — klasik metinde fiducia cum amico bahis konusu edilmişse — «depositum» ile değiştirdiklerini ispat etmişlerdir.

Digesta'dan alınan aşağıdaki örnek bize Iustinianus Interpolatio'larının bazan ne kadar sathî yapılmış olduğunu göstermektedir. (De pigneraticia actione) : 13,7 başladığı altında :

D. 13, 7, 34 : Marcellus libros singulari responsorum. Titius cum creditisset pecuniam Sempronio et ob eam (pignus) accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor, guia pecunia non solveretur,

(Titius, pignus (rehin) karşılığında Sempronius'a ödünç para vermişti. Öyleki, borcun ödenmemesi halinde, alacağını bu rehni paraya çevirmek suretiyle tahsil edebilecekti.....)

Buradaki «eam» zamiri klasik metinde «pignus» yerine «fiducia» kelimesinin bulunduğunu gösteriyor.

Bugün, itimada dayanan hukukî muameleler konusuyla ilgili birçok sorular hakkında, klasik hukukçular kanalıyla kesin bir bilgiye sahip olabilmişsek, ilim bu bilgiyi ilk planda Lenel'in öncülüğünü yaptığı araştırma yoluna, interpolatio araştırmalarına borçludur.

III. Bölüm : Pandekt Hukuku Nazariyeleri :

Roma Hukuk tarihinin bulgular ve gözlemlerle eski fiducia'nın yeniden keşfine muvaffak olduğu yıllarda, hâlâ yürürlükte olan Pandekt hukukunun dogmatik hukukçuları, modern hukuk hayatının benzer vakıalarıyla daha teferruatlı bir şekilde uğraşmaktaydılar. Müstakbel bir alacağın teminatı olarak bono tanzimi (teminat bonosu), bir alacağın, tahsilini kolaylaştırmak amacıyla temlik (incasso cessio), menkullerin teminat kastıyla mülkiyetlerinin nakli — bunlar ve buna benzer vakıalar 1880 yılında, Kohler, Regelsberger ve diğer hukukçular tarafından etraflı bir şekilde incelenmiş ve bir yandan muvazaalı hukukî muamelelerden, öte yandan hukukî hile yollarından tefrik edilmişlerdir. Kohler, söz konusu vakıaları «saklı hukukî muameleler» olarak vasıflandırırken (Jherings. Jb. 16, S. 140, Ihering'e atfen, Roma Hukukunun Ruhu, R. § 57), Regelsberger 1880 yılında İspanya'da bulunan Fiducia ile ilgili bir kitabeye istinaden bunlar için, «itimath muameleler» ismin ortaya atmıştır (Arch. civ. Pr. 63, 173).

Bekker E. I. Bundan birkaç yıl sonra, bir şahsın diğer bir şahsa mamelekî bir kazanç sağladığı, bir grup hukukî muamelenin, dahilî benzerlikleri dolayısıyla «kazandırıcı muamele» üst kavramı altında toplanabileceğini ortaya çıkardı. Bu vakıadan, bugünkü hukuk hayatının itimatlı muamelelerinin, kazandırıcı muamelelerin özel bir türünü meydana getirdiği, sonucuna varmak kolay oldu. Bu muameleler, hakkın nihai iktisabını hukuken haklı gösterecek bir causa'dan yoksun olmaları, bu sebeple iktisap edeni, kendisine devredilen hakkı belli şartların gerçekleşmesi halinde, devredene tekrar geri nakletmekle mükellef kılmalarıyla tebellür etmektedirler. And-

reas v. Tuhr, itimatlı hukukî muameleleri veya onun haklı olarak dediği gibi, itimatlı kazandırıcı muameleleri evvelâ «Algemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts» (Alman Medenî Hukukunun Genel Esasları), bilâhare (Algemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts» (İsviçre Borçları Hukukunun Genel Esasları) isimli kitaplarında, bu görüşle incelemiştir. Söz konusu kitaplardan ikincisinin Türkçeye çevrilmiş olması dolayısıyla, Andreas v. Tuhr'un görüşleri sizlerce malûmdur. Bugünkü cari hukuk tartışmalarımızda ve fiducia ile ilgili meselelerdeki tereddütlü hukuk tatbika-tında v. Tuhr'un bu görüşleri ve 19. yüzyılın sonunda yaşamış selef-lerinin araştırmaları sağlam bir dogmatik temel teşkil etmektedir.