

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL KÖKLERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Selahattin EREN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Havva KARAGÖZ

TEMMUZ 2018

ÖNSÖZ

“Satış Sözleşmesinin Tarihsel Kökleri” adını taşıyan bu çalışmada, rızâî sözleşmelerden en eskisi olan satış sözleşmesinin Eski Roma’daki kökleri, arkaik dönemde benzer işlemlerle olan ilişkisi ve son olarak ortaya çıkış süreci incelenmektedir.

Bu yüksek lisans tezi, Prof. Dr. Havva Karagöz’ün gözetiminde hazırlanmıştır. Beni kırmayıp tez danışmanlığı görevini yürütmeyi kabul eden, değerli zamanını bana ayırarak uzun tartışmalarla ufkumu genişleten değerli Hocama teşekkür etmeyi borç bilirim.

Romanist olma yolunda ilerlememe ön ayak olan ve bu çalışmanın ortaya çıkış sürecinde desteğini benden esirgemeyen Marmara Üniversitesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Başkanı saygıdeğer Hocam Öğretim Üyesi Dr. Nurcan İpek’e çok teşekkür ederim.

Çalışmayı hazırlama sürecinde, yeri geldiğinde her konu hakkında bitmek bilmeyen monologlarımı dinleyerek, yeri geldiğinde Roma hukukunun en derin meselelerini benimle tartışarak çalışmanın zihnimde olgunlaşmasına katkıda bulunan sevgili nişanlım Ege Türel’e minnettarım.

Son olarak, bu çalışmanın bir an önce nihayete ermesi konusunda telkinleriyle beni cesaretlendiren, sevgi ve desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen sevgili aileme şükranlarımı ifade etmek isterim.

İstanbul, 2018

Selahattin EREN

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vii
RÉSUMÉ.....	ix
ABSTRACT	x
ÖZET.....	xi
GİRİŞ	1
§ 1. KLASİK ROMA HUKUKUNDA SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ	4
I. Tanım.....	4
II. Unsurları	4
A. Satılan.....	4
1. Genel Olarak	4
2. Satılanın Özellikleri	5
B. Bedel.....	8
1. Genel Olarak	8
2. Bedelin Özellikleri	8
C. İrade Uyuşması: <i>Consensus</i>	12
1. Rızaî Sözleşme Olması	12
2. Sözleşmenin Tamamlandığı An	13
III. Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Sorumluluk.....	16
A. Alıcının Bedel Ödeme Borcu	16
1. Paranın Mülkiyetini Devir Borcu	16
2. Bedelin Ödenmesinin Mülkiyetin Kazanımına Etkisi.....	17
B. Satıcının Rahat Zilyetliği Sağlama Borcu	21
1. Teslim Borcu	21
2. Zapta Karşı Garanti Verme Borcu	25
C. İyiniyetten Doğan Diğer Borçlar	31
D. Sinallagma İlişkisi ve Hasar Sorunu	33

IV. Satıcının Ayıptan Sorumluluğu	37
V. Ek Anlaşmalar: <i>Pacta Adiecta</i>	41
A. Genel Olarak	41
B. Ek Anlaşma Çeşitleri	44
1. <i>Lex Commissoria</i>	44
2. <i>Pactum Displicentiae</i>	45
3. <i>In Diem Addictio</i>	45
4. <i>Pactum de Retrevendendo</i>	47
5. Diğer Anlaşmalar	47
 § 2. RIZAÎ SÖZLEŞMEDEN ÖNCEKİ DÖNEMDE SATIŞ İŞLEMİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE DİĞER İŞLEMLERLE İLİŞKİSİ.....	49
I. Genel Olarak	49
II. <i>Mancipatio</i>	50
A. Genel Olarak	50
1. Hukukî Niteliği	50
2. Konusu	51
3. Şekli	54
B. Eski Hukuk Dönemi'nde <i>Mancipatio</i>	55
1. Peşin Satış İşlemi Olması	55
2. <i>Mancipatio</i> 'nun İki Farklı İşlemin Bileşimi Olduğuna İlişkin Teori	59
C. Arkaik Dönemde <i>Mancipatio</i>	61
1. Şekli	61
2. Tek Taraflı Bir Alım İşlemi Olması (<i>Emptio</i>)	65
3. Devir İşlemi Olmaması	68
4. Kazandırıcı Zamanaşımı ile İlişkisi	71
5. İşlemin Genel Görünümü	75
III. Mal Değişimi	76
A. Arkaik Dönemde Mal Değişimi	76
1. Hukukî Niteliği	76
2. Şekli	80
B. Klasik ve Postklasik Hukuk Dönemlerindeki Mal Değişimi ile Farkı	80
IV. <i>In Iure Cessio</i>	82
V. <i>Traditio</i>	85
A. Genel Olarak	85
1. Hukukî Niteliği ve Sebebi	85
2. Mülkiyet Kazanımının Koşulları	89
B. Eski Hukuk Dönemi'nde ve Arkaik Dönemde <i>Traditio</i>	90
 § 3. RIZAÎ SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI	92
I. Genel Olarak	92
II. Çift <i>Stipulatio</i> Teorisi	93
A. <i>Stipulatio</i> 'nun Temel Özellikleri	93
1. Geçerlilik Koşulları	93

2. <i>Stipulatio</i> 'dan Doğan Borç	94
3. Hukukî Sebebi ve Gelişimi	95
B. Çift <i>Stipulatio</i> Teorisinin Savları	96
1. Genel Olarak	96
2. Basitlik ve Tek Taraflılık İlkesine İlişkin Sav	97
3. Sinallagma İlişkisine Dayalı Sav	98
4. Kaynaklarda Çift <i>Stipulatio</i> Yoluyla Satış Örneği Bulunduğuna Yönelik Sav	103
III. Kamu Satışı Teorisi	106
A. Kamu Satışının Temel Özellikleri	106
1. Kamu Alım ve Satımlarında Yetkili Görevliler	106
2. Açık Arttırma Usulüyle Yapılması	108
3. Şekle Bağlı Olmaması	109
B. Kamu Satışı Teorisinin Savları	110
1. Genel Olarak	110
2. Satışın Kendine Özgü Kurallarının Kamu Hukukundan Kaynaklandığına İlişkin Sav	111
3. Kamu Hukuku Kurumlarının Özel Hukuku Etkilediğine İlişkin Sav	113
4. İyiniyet Kavramının Kamu Hukukundan Doğduğuna İlişkin Sav	114
5. Satışın Borçlandırııcı Etkisini Açıklamaya Yönelik Sav	115
IV. Reel Sözleşme Teorisi	116
A. Reel Sözleşme Kavramı	116
1. İsimli Reel Sözleşmeler	116
2. İsimsiz Reel Sözleşmeler	117
B. Reel Sözleşme Teorisi	118
V. <i>Mancipatio</i> Teorisi	120
A. Genel Olarak	120
B. Peşin Satışın İki Farklı İşleme Ayrılması	122
1. Taşınmaz Satışlarında	122
2. Taşınır ve <i>Res Nec Mancipi</i> Satışlarında	127
C. Satışın Rızaî Sözleşmeye Dönüşmesinde İyiniyetin Rolü	128
1. Varro'nun <i>Res Rusticae</i> 'nda Satış Sözleşmesi Örneği	128
2. Bedelin Ayrıca Taahhüt Edilmesi	130
3. Zilyetliği Devir Borcunun <i>Actio Empti</i> ile Korunması	132
4. Bedel Ödeme Borcunun <i>Actio Venditi</i> ile Korunması	134
5. Rızaî Satış Sözleşmesi ve <i>Stipulatio</i> İlişkisi	135
D. Rızaî Satışın Kendine Özgü Özelliklerinin Bu İşlemin Yarım Kalmış Bir Peşin Satış Olmasından Kaynaklanması	137
VI. Rızaî Satış Sözleşmesinin Ortaya Çıkışında Yabancıların Etkisi	139
A. Satış Sözleşmesinin Kavimler Hukuku Kurumu Olması	139
B. Rızaî Satış Sözleşmesinin Ortaya Çıkışında Önemli Rol Oynayan <i>Fides</i> 'in Yunan Felsefesi Kökenli Olması	140
SONUÇ	144
KAYNAKÇA	149

ÖZGEÇMİŞ.....	160
----------------------	------------



KISALTMALAR

APDSJ	: Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
BIDR	: Bullettino dell'Istituto di diritto romano
Bkz.	: Bakınız
C. Iust.	: Codex Iustiniani
Çev.	: Çeviren
C.	: Cilt
Co.	: Codex Iustiniani
D.	: Digesta Iustiniani
Ed.	: Editör
Fr. Vat.	: Fragmenta Vaticana
Gai.	: Gaius
Göz. Geç.	: Gözden geçiren
Inst.	: Institutiones
Iust.	: Iustinianus
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFY	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
K.	: Kitap
Krş.	: Karşılaştırınız
Lat.	: Latin dilinde
MHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MEFRA	: Mélanges de l'Ecole française de Rome - Antiquité
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
Modest.	: Modestinus
Nov.	: Novella Iustinianus
NRHD	: Nouvelle revue historique de droit français et étranger
Papin.	: Papinianus
Paul.	: Paulus
Pomp.	: Pomponius
pr.	: principium
RDUS	: Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
Regl.	: Reglae
RHD	: Revue historique de droit français et étranger
RIDA	: Revue Internationale des droits de l'Antiquité
RSSEF	: Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SDHI	: Studia et Documenta Historiae et Iuris

Sent.	: Sententiae
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
Ulp.	: Ulpianus
v.	: dize
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZSS RA	: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung



RÉSUMÉ

Le contrat de vente formé par l'échange non-solennel de manifestation des volontés réciproques et concordantes est, d'après la classification des contrats en droit romain, un contrat consensuel qui consiste en l'échange d'une chose contre son prix. La vente génératrice d'obligations ou bien la consensualité constituait une idée étrangère aux sociétés archaïques. Dans la pensée juridique de l'époque ancienne, une obligation relevait, à l'exception de délits, uniquement des actes juridiques solennels.

Parmi tous les systèmes de droit de l'Antiquité, la naissance d'obligations juridiquement contraignantes d'une convention non-formelle des parties est reconnue uniquement par celui des romains. Avant l'apparition de la vente consensuelle au II^e siècle av. J.C., l'échange d'une chose contre son prix se réalisait spontanément en un seul acte juridique. Donc avant l'apparition de la consensualité, la vente était, à l'exception de l'obligation *auctoritas*, une vente au comptant non-génératrice d'obligation, transférant simplement la maîtrise matérielle de la chose.

Plusieurs tentatives ont été faites pour expliquer comment la vente consensuelle est apparue dans le processus historique. La théorie qui se démarque des autres est celle qui s'appuie sur l'idée que la vente consensuelle s'est développée à partir de la mancipation, jusque-là une vente au comptant. En revanche, d'autres explications à ce sujet ne sont point insignifiantes. L'idée selon laquelle les obligations relevant de la vente, faisaient auparavant l'objet de deux actes verbaux distincts et par suite sont devenues réciproques en un contrat unique et non-formel est aussi remarquable. Mais il n'y a pas de doute que les singularités de la vente consensuelle résultent d'une vente au comptant commencée et inachevée. L'accord des volontés et la remise de la chose se sont séparés pour la première fois, dans la vente des immeubles. Le principe juridique de bonne foi, développée par les romains sous l'influence de la philosophie grecque, obligeait le vendeur à compléter l'acte de vente déjà commencé. Ainsi la vente consensuelle est apparue.

ABSTRACT

The contract of sale formed by the non-solemn exchange of expressions of reciprocal and concordant wills is, according to the classification of contracts in Roman law, a consensual contract consisting in the exchange of a thing for its price. The sale generative of obligations or the consensuality constituted a foreign idea to archaic societies. In primitive legal thought, except for *delictum*, an obligation could arise only from solemn acts.

Among all the legal systems of Antiquity, the birth of a legally enforceable obligation from a non-formal agreement of the parties is recognized solely by the Roman system. Before the appearance of the consensual sale in the second century BC, the exchange of property for its price was realized spontaneously in a single legal act. So, prior to the appearance of consensuality, the sale was a non-binding cash sale, with the exception of the obligation of *auctoritas*, simply transferring the material control of the thing.

Several hypothesis have been stated on the question of how consensual sale has appeared in the historical process. The theory that stands out from others is the one that defends that consensual sale has developed from the mancipation, until then a cash sale. On the other hand, other explanations on this subject are not insignificant. The idea that the obligations arising from sale were previously the subject of two separate verbal acts and then became reciprocal in a single, non-formal contract, is remarkable. However, there is no doubt that the peculiarities of the consensual sale result from a started yet not completed cash sale. The convention and the delivery of the thing first splitted up into two different acts in the sale of immovable properties. The legal principle of *bona fides*, developped by the Romans under the influence of Greek philosophy, obliged the seller to complete the act of sale already begun. Thus the consensual sale appeared.

ÖZET

Tarafların herhangi bir şekle bağlı olmaksızın birbirine uygun karşılıklı irade açıklamalarıyla kurulan satış sözleşmesi, Roma Hukukunda yapılan geleneksel ayrıma göre, bir mal ile bedelin değişimi konusunda yapılan bir rızaî sözleşmedir. Borçlandırııcı bir işlem olarak satış sözleşmesi ve rızaî sözleşme kavramı, arkaik toplumlara yabancıdır; zira ilkel hukuk düşüncesinde haksız fiiller dışında borç, yalnızca şekle bağlı işlemlerden doğardı.

Şekle bağlı olmayan bir anlaşma üzerine hukuken tanınan ve korunan bir borcun doğumu, bütün Eski Çağ toplumları arasında yalnızca Romalılar tarafından kabul edilmiştir. M.Ö. II. yüzyılda rızaî nitelik taşıyan satış sözleşmesi ortaya çıkmıştır. Bu tarihten önceki dönemde, mal il bedel değişimi, aynı işlem sırasında aynı anda gerçekleştirilirdi. Bu bakımdan rızaî sözleşme öncesi satış işlemi, zapttan sorumluluk dışında borçlandırııcı olmayan ve malın fiilî hâkimiyetinin devrinden ibaret bir peşin satıştır.

Rızaî satışın nasıl ortaya çıktığı sorusuna ilişkin birçok teori ileri sürülmüştür. Bunlardan en öne çıkanı, rızaî satışın o zamana kadar peşin satış işlemi niteliği taşıyan *mancipatio*'nun içinden çıkıp geliştiğine ilişkin teoridir. Buna karşın, bu konuya ilişkin ileri sürülen diğer teoriler değersiz değildir. Satış sözleşmesinden doğan karşılıklı borçların, bir zamanlar iki farklı sözlü işlemle ayrı ayrı güvence altına alındığı ve bu iki işlemin günün birinde şekilsiz tek bir sözleşmeye dönüştüğü teorisi kayda değerdir. Ancak rızaî satışın kendine özgü özelliklerinin, başlamış ama tamamlanmamış bir peşin satışın sonucu olduğuna kuşku yoktur. İlk olarak taşınmaz satışlarında, anlaşma ile ifa birbirinden ayrılmış ve iki farklı hukukî işlemin konusu haline gelmiştir. Eski Yunan felsefesinin etkisiyle Romalılar tarafından geliştirilen bir hukuk ilkesi olarak *bona fides*, satıcıyı yarım kalmış satış işlemini tamamlama borcu yüklemiştir. İşte rızaî satış böyle ortaya çıkmıştır.

GİRİŞ

Eski Roma'dan beri sözleşmeler, geleneksel olarak oluşumları bakımından dörde ayrılmaktadır: Sözlü sözleşmeler (*verbis*), yazılı sözleşmeler (*litteris*), reel¹ sözleşmeler (*re contrahitur*) ile rızaî sözleşmeler (*contractus ex consensu*). Sözlü sözleşmeler, belirli sözlerin taraflarca sarf edilmesiyle kurulan şekle bağlı işlemler olduğu halde; reel sözleşmeler, işlemin kurulması için tarafların şekilsiz anlaşmalarının yanı sıra bir şeyin verilmesi gerekli olan hukukî işlemlerdir. Oluşumu yazılı bir usulün izlenmesine bağlı sözleşmeler yazılıdır. Buna karşın rızaî sözleşmeler, herhangi bir hukukî şekle bağlı olmaksızın tarafların iradelerinin uyuşmasıyla kurulan sözleşmelerdir.

Rızaî nitelik taşıyan satış sözleşmesi, 1926 yılında İsviçre Medenî Kanununun kabulüyle tamamlanan Roma hukukunun benimsenme sürecinden önce, Türk Hukukuna yabancı değildir. Mecelle'de satış sözleşmesi, borçlandırıcı ve rızaî bir sözleşme olarak düzenlenmiştir. Ancak irade açıklamalarının uyuşmasıyla kurulan rızaî sözleşme ve bir mal ile bedelin karşılıklı olarak borçlanıldığı satış sözleşmesi, esasen bir Eski Çağ kurumudur. Genel olarak Kara Avrupası hukuk sistemlerinin olduğu gibi rızaî satış sözleşmesinin de tarihsel kökeni, Roma Hukukuna dayanmaktadır. Bu nedenle başlıkta Roma hukukuna ilişkin bir çalışma olduğu hususunu belirtmeye gerek duyulmamıştır; modern hukuk kurumlarının kökenine ilişkin her araştırma, zorunlu olarak Eski Çağ'a ve Roma Hukukuna uzanmaktadır.

Kara Avrupası hukuk sisteminin kökeni olan Eski Roma Hukukunda borç, tarafların iradelerinin öngörülen usullere uygun biçimde açıklamalarıyla doğardı. Bu bakımdan Eski Çağ hukuk düzenlerinde ana kural, şekle bağlılıktı. *Pactum* adı

¹ Latince “*realis*” sözcüğü ile ifade edilen kavram için Türkçede “aynî” ya da “real – reel” ifadeleri kullanılmaktadır. Mal anlamına gelen “*res*” sözcüğünden türediğine kuşku bulunmayan bu kavram için en uygun çevirinin, “aynî” olduğu düşünülebilir. Ancak Türk öğretisine “aynî sözleşme” kavramı genellikle mülkiyetin devrine yönelik anlaşma anlamında kullanılmaktadır. Oysa bir maddî fiilin meydana gelmesiyle kurulan sözleşmeler ile hakkın devrine yönelik anlaşmayı birbirinden ayırmak gerekmektedir. Bu nedenle bu çalışmada bir maddî fiilin meydana gelmesiyle kurulan sözleşmeler için “reel sözleşme” kavramı kullanılacaktır.

verilen ve herhangi bir şekle bağlı olmayan basit anlaşmalar ise hukuk dışı olaylar olarak kabul edilir; bu anlaşmalardan birer borç ve dava doğmazdı. Dolayısıyla rızaî sözleşme, Eski Hukuk Dönemi'ne yabancı bir kavramdı.

Salt anlaşma sonucunda dava ile korunan bir borcun doğumu, hukuk anlayışının gelişmesiyle mümkün olmuştur. İlk rızaî sözleşme, M.Ö. II. yüzyıl dolaylarında ortaya çıkan satış sözleşmesidir.² Bu nedenle satış sözleşmesinin kökenini ve ortaya çıkış sürecini araştırmak, yalnızca satış sözleşmesinin değil, aynı zamanda rızaî sözleşme kavramının tarihsel köklerini incelemek anlamına gelmektedir. Nitekim bu çalışmanın amacı, satış sözleşmesi özelinde, şekle bağlı olmayan bir anlaşmadan borç doğmasının nasıl mümkün hale geldiğini bulmaktır.

Bu doğrultuda çalışmanın ilk bölümünde, Klasik Roma Hukukunda rızaî satış sözleşmesinin hukukî rejimi ana hatlarıyla ortaya koyulmuştur; çünkü sözleşmenin hukukî rejimi olmaksızın bu hukukî kurumun tarihsel gelişim sürecini işlemek mümkün olmayacaktı. Kuşkusuz satış sözleşmesini düzenleyen hukuk kurallarının irdelenmesi, ticarî ve adî işlerdeki önemi ve geniş uygulama alanı itibarıyla başlı başına kapsamlı bir çalışmanın konusunu teşkil etmektedir. Bu nedenle bu bölümün kapsamı, satış sözleşmesinin ortaya çıkış sürecini okuyucunun anlaması için gerekli olan temel bilgilerle sınırlanmıştır.

İkinci bölümde, satış sözleşmesinin, henüz rızaî bir nitelik kazanmadığı Eski Hukuk Dönemi'ndeki özellikleri ve eşya üzerindeki fiilî ya da hukukî hâkimiyette doğrudan değişiklik meydana getiren diğer hukukî işlemlerle olan ilişkisi incelenmiştir. Öncelikle, Klasik Hukuk Dönemi'ndeki görünümünden yola çıkarak, Eski Hukuk Dönemi'nde peşin satış işlemine karşılık gelen *mancipatio* işleminin

² Paul Frédéric GIRARD, **Manuel élémentaire du droit romain**, Göz. Geç. Jean-Philippe Lévy, Paris: Dalloz, 2003, s. 570; William Raymond MONIER, **Manuel élémentaire de droit romain II : Les obligations**, Montchrestien : 1948, s. 134; Paul KOSCHAKER, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları**, Ed. Kudret Ayiter, Ankara : AÜHFY, 1977, s. 230 ; Alan WATSON, "The Evolution of Law : The Roman System of Contracts", **Law and History Review**, C. 2, S. 1, 1984, s. 3 ve 8; Fritz PRINGSHEIM, "L'Origine des contrats consensuels", **RHD 4. Seri**, C. 31, 1954, s. 32; René-Marie RAMPENBERG, "L'obligation romaine: Perspective sur une évolution", **Archives de Philosophie du Droit**, C. 44, 2000, s. 59.

Fransız Romanist Cuq rızaî satış sözleşmesinin ortaya çıkışını, XII Levha Kanunu ve hukuk dışı metinlerden yola çıkarak, M.Ö. VI. yüzyıla kadar geriye götürmüştür. Bkz. Edouard CUQ, **Manuel des institutions juridiques des romains**, Paris : 1928, s. 453 ve 454 n°3. Ancak yazarın söz ettiği metinler, tarafların şekilsiz anlaşmasıyla bir borç doğduğunu göstermemektedir. Kuşkusuz, reel olmayan satış Romalılarca bilinmekteydi; ancak bu tür anlaşmalar *ius civile* kapsamı dışında kalan hukuk dışı olaylardı. Bu nedenle rızaî satış sözleşmesi kavramından, borçlandırıcı etkiye sahip sözleşmeyi anlamak gerekir.

özellikleri ortaya koyulmuş ve arkaik dönemlerdeki izleri araştırılmıştır. Daha sonra sırasıyla mal değişim sözleşmesi, *in iure cessio* ve son olarak *traditio* işlemlerinin, satış sözleşmesi ile olan ilişkisi inceleme konusu yapılmıştır.

Üçüncü ve son bölümde ise tarafların salt anlaşmasıyla kurulan borçlandırııcı satış sözleşmesinin ortaya çıkış süreci ele alınmıştır. Romanistler arasında görüş birliği bulunmayan bu konuya ilişkin ileri sürülen farklı teoriler, ayrı ayrı aktarılmış ve ilk bölümde ortaya koyulan satış sözleşmesinin temel özellikleri ışığında değerlendirilmiştir.

Bu çalışma satış sözleşmesinin tarihsel kökenine ve ortaya çıkış sürecine odaklanmaktadır. Bu nedenle satış sözleşmesinin Eski Çağ'dan günümüze tarihsel gelişim süreci, çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

Çalışmanın gerçekleştirilmesinde karşılaşılan en büyük güçlük, yanıtı Eski Çağ'da -hatta bir hukuk sistemine sahip olduğu dahi tartışmalı olan ve pek az bilinen arkaik dönemde- yatan teknik bir soruyu, Roma Hukukunda uzmanlaşmış olsun olmasın, her okurun ilgisini yitirmeyecek şekilde yanıtlamaya çalışmaktır. Bu güçlüğü mümkün mertebede aşmak amacıyla, metin içinde Latince deyimlerden Türkçede birer karşılıkları olduğu ölçüde kaçınılmış; Roma Hukukunun kavram ve kurumları her fırsatta açıklanmaya çalışılmıştır.

§ 1. KLASİK ROMA HUKUKUNDA SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

I. Tanım

Eski Roma'da satış sözleşmesi ya da Romalıların deyiimiyle alım satım sözleşmesi (*emptio venditio*), taraflardan birinin (satıcı, *venditor*) bir malın rahat zilyetliğini sağlamayı, diğer tarafın (alıcı, *emptor*) ise para ile ifade edilen bir bedel ödemeyi borçlandığı iyiniyete dayalı, rızaî ve sinallagmatik bir sözleşmedir.

II. Unsurları

A. Satılan

1. Genel Olarak

Satılacak bir malın (*merx, res*) bulunması, satış sözleşmesinin esaslı unsurlarından biriydi.³ Satılan olmaksızın geçerli olarak kurulmuş bir satış

³ William Warwick BUCKLAND, **A Text-Book of Roman law from Augustus to Justinian**, Cambridge: University Press, 1921, s. 479; Calixte ACCARIAS, **Précis de droit romain II**, Paris : 2. Basım, 1874, s. 430; Gaston MAY, **Éléments de droit romain II**, Paris: Yedinci Basım, 1901, s. 117; Richard HONIG, **Roma Hukuku**, Çev. Şemseddin Talip, İstanbul: İÜHFY, 1938, s. 258; Salvatore DI MARZO, **Roma Hukuku**, İstanbul: İÜHFY, 1959, s. 432; Barry NICHOLAS, **An Introduction to the Roman Law**, Gözden Geçiren Ernest Metzger, New York: Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2010, s. 172; Rudolph SOHM, **The Institutes of Roman Law**, Çev. James Crawford Ledlie, , Oxford: Clarendon Press 1907, s. 396; Bruno SCHMIDLIN / Carlo Augusto CANNATA, **Droit privé romain II**, Lozan: 1991, s. 138; Jean GAUDEMET / Emmanuelle CHEVREAU, **Droit privé romain**, Montchrestien: 3. Basım, 2009, s. 270; Richard William LEAGE, **Roman Private Law**, Ed. C.H. Ziegler, Londra: 2. Basım, 1932, s. 323; Georges CORNIL, **Droit romain**, Brüksel: 1921, s. 337; Joseph CORNIL, **Droit romain: Traité élémentaire des droits réels et des obligations**, Brüksel: 1885, s. 256; Ziya UMUR, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul: Beta, Tıpkı 3. Basım, 2010, s. 356; Türkan RADO, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, İstanbul: 11. Baskıdan Tıpkı Basım, 2016, s. 87 vd.; Bülent TAHİROĞLU, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul: Der Yayınları, 2014, s. 195 vd.; Belgin ERDOĞMUŞ, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul: Der Yayınları, 4. Basım, 2011, s. 65; Koschaker, **Roma**, s. 230 ; Girard, **Manuel**, s. 572; Monier, **Manuel**, s. 137.

sözleşmesinden söz edilemezdi: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (satılabilir bir şey olmadan ne alım ne de satım olur).⁴

2. Satılanın Özellikleri

Sözleşme kurulduğu sırada hâlihazırda yok olmuş malın satışı geçersizdi. Günümüz hukukunda bu hâl, objektif ifa imkânsızlığı olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte gelecekte elde edilecek şeylerin (*res futurae*) satışı geçerliydi. Bu tarz bir satış, henüz olgunlaşmamış ve tarladan kaldırılmamış tarım ürünlerinin ya da üretilecek bir zanaat ürününün satışını olanaklı kılardı.

Gelecekte elde edilecek şeylerin satışı ikiye ayrılırdı: *Emptio spei* (ümit alımı) ve *emptio rei speratae* (ümit edilen şeyin alımı). Basit bir ümit alımının söz konusu olduğu ilk halde alıcı, bir şeyi gelecekte elde edeceğine dair ümidi gerçekleşmese bile satış bedelini ödemekle yükümlüyüdü. Örneğin, bir avcının yakalayacağı kuşların satın alınması halinde, avcının hiçbir şey yakalayamaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemezdi.⁵ Buna karşın ikinci halde geciktirici şarta bağlı bir satış sözleşmesi söz konusu olurdu; gelecekte elde edileceği ümit edilen şey borçlunun kusuru bulunmaksızın elde edilemezse, satış sözleşmesi geçersiz sayılırdı.⁶ Eğer satıcı ümit edilen şeyin elde edilmesini engellemişse, alıcı, satış sözleşmesi geçersiz olmasına rağmen bu sözleşmeden doğan dava hakkına sahip olurdu.⁷

Satış sözleşmesinin konusu, miras var olduğu sürece tereke (*hereditas*) olabilir. Yaşayan ya da hayalî bir kişinin malvarlığının satışı geçersizdi.⁸ Mirasçılık olasılığı üzerine bir başkasının malvarlığı satılamazdı.⁹

Maddî imkânsızlığın yanı sıra hukukî imkânsızlıklar da satış sözleşmesinin geçerliliğini etkilerdi. Özgür insanlar, dinî ve kutsal şeyler, kamu malları gibi ticarî olmayan şeylerin (*res extra commercium*) satışı geçersizdi.¹⁰ Ancak eğer alıcı ticarî

⁴ Pomp. D. 18.1.8.pr; Ulp. D. 18.1.9.pr. Bu eserdeki Latince metinler, kaynakçada yer alan Latince ve İngilizce basımlarından yararlanılarak yazar tarafından Türkçeye çevrilmiştir.

⁵ Pomp. D. 18.1.8.1; Ulp. D. 18.4.11; D. 19.1.11.18; Cels. D. 19.1.12.

⁶ Pomp. D. 18.1.8.pr; Iulian. D. 18.1.39.1.

⁷ Pomp. D. 18.1.8.pr.

⁸ Pomp. D. 18.14.1.

⁹ Paul. D. 18.1.7.

¹⁰ Paul. D. 18.1.34.1 ve 2; Pomp. D. 18.1.6.pr; Iust. **Inst.** III.23.5.

olmayan bir malı satın aldığını bilmiyorsa, iyiniyetli alıcı uğramış olduğu zararın tazminini satış sözleşmesinden doğan davayla satıcıdan isteyebilirdi.¹¹ İyiniyetli alıcıya tanınan bu hak, bazı klasik hukukçuların bu varsayımda satış sözleşmesinin geçerli olduğunu yazmalarına yol açmıştır.¹²

İngiliz Romanist Buckland'e göre¹³ satılanın ticarî şey olması, tarafların özelliklerine göre ayrıca değerlendirilirdi. Örneğin, vasi, vesayetinde bulunan çocuğa ait herhangi bir malı satın alamazdı.¹⁴ Benzer bir şekilde resmî yetkililerin görevleriyle ilgili malları doğrudan ya da bir kimsenin aracılığıyla satın almaları yasaklanmıştır.¹⁵ Ancak bu varsayımlarda sözleşmenin geçersizliğine yol açan olgu, satılanın niteliğinden değil, bizzat tarafların özelliklerinden ve aralarındaki hukukî ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle vasinin vesayetinde bulunan çocuğa ait bir malı satın alma yasağının dayanağı, ticarî olmayan bir şeyin satılmasından ziyade, yasaklayıcı bir yasa hükmüdür.

Satıcının üçüncü kişiye ait bir malın devrini borçlandığı satış sözleşmesi geçerlidir.¹⁶ Bu husus, satış sözleşmesinin borçlandırıcı bir işlem olmasının bir sonucudur. Tasarruf yetkisinin (*abusus*) gerekli olduğu devir işlemi, satış sözleşmesinden doğan borcu yerine getirmek amacıyla daha sonra yapıldı. Bu durumda sözleşme kurulduğu sırada mevcut olan imkânsızlık, yalnızca borçlu bakımından söz konusudur; bu nedenle sübjektif niteliktedir. Başkasına ait malı tedarik etmeyi örtülü olarak taahhüt eden satıcının, bu taahhüdünü gerçekleştirerek malı alıcıya devretmesi ya da maliki alıcıya devretmeye ikna etmesi mümkündür.

Her ne kadar başkasına ait malın satışı geçerli olsa da, malik olmayandan satın alınan mallar karine olarak çalıntı mal (*res furtiva*) olarak kabul edilir; böylece bu tür malların zamanaşımıyla kazanılması mümkün olmazdı.¹⁷

¹¹ Modest. D. 18.1.62.1; Iust. **Inst.** III.23.5.

¹² Bkz. Pomp. D. 18.1.4; Licin. Ruffin. D. 18.1.70.

¹³ Buckland, s. 481.

¹⁴ Paul. D. 18.1.34.7.

¹⁵ Marcian. D. 18.1.46.

¹⁶ Ulp. D. 18.1.28.

¹⁷ Gai. **Inst.** II.48. Çalıntı malların zamanaşımıyla kazanılamamasının nedeni, kazandırıcı zamanaşımı kurumunun, arkaik dönemde mülkiyetin olağan ve genel kazanma biçimi olmasında yatmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bu çalışmada bkz. §2/II/C/4 (*Kazandırıcı Zamanaşımı ile İlişkisi*).

Taşınır ve taşınmazların yanı sıra maddî olmayan şeyler de satışın konusu olabilirdi. Başlangıçta yalnızca taşınırlarla sınırlı olan *merx* kavramı, zaman içinde taşınır ya da taşınmaz olmak üzere ticarete (*in commercio*) kullanılan her türlü maddî malı (*res corporales*) kapsayacak şekilde genişlemiştir.¹⁸ Satılan kavramının genişleme süreci; alacak, açılmış miras, sınırlı aynî hak gibi maddî olmayan bazı şeylerin (*res incorporales*) de kapsama alınmasıyla tamamlanmıştır.¹⁹ Örneğin, mevcut olan bir intifa hakkının kullanımı satış sözleşmesinin konusu olabilirdi; buna karşın intifa hakkı devredilemezdi.²⁰

Satış sözleşmesinden, nitelikleri özel olarak belirlenmiş parça borçları, cins ve miktarı belirlenmekle yetinilen çeşit borçları ya da satıcıya ait bir stoktan bir miktarın belirlendiği sınırlı çeşit borçları doğardı. Satış sözleşmesinden yalnızca parça borçlarının doğduğu; çeşit borçları (*genus*) bakımından *stipulatio* işleminin yapılması gerektiği de savunulmuştur.²¹ Uygulamada *stipulatio*'nun tercih edildiğine kuşku yoktur; zira kaynaklarda satış sözleşmesinden çok, *stipulatio* ile çeşit borcunun öngörüldüğü görülmektedir.²² Ancak konusu çeşit borcu olan satış sözleşmesi geçersiz değildi. Her şeyden önce bir iyiniyet sözleşmesinin kapsamının, dar hukuk sözleşmesine göre daha dar olması mantıklı değildir.²³ Dahası, ticarî yaşamda yaygın olarak kullanılan bu tarz satışların hâzır olmayanlar arasında yapılamaması düşük olasılıktır.²⁴

Seçimlik borçlarda edimlerden birinin seçimi satıcıya aitti. Ancak satıcı, borçlardan biri teslimden önce ortadan kalkarsa, diğer borcu yerine getirmekle yükümlü olurdu.²⁵

¹⁸ Cuq, **Manuel**, s. 455.

¹⁹ Satılanın bir alacak hakkı olduğu satış sözleşmesi için bkz. Ulp. D. 18.4.4 ve 17. Tereke satışı için bkz. Pomp. D. 18.4.3; Paul. D. 18.4.7; Iavol. D. 18.4.8 ve 10.

²⁰ Ulp. D. 7.1.12.2; D. 7.8.8.

²¹ Cuq, **Manuel**, s. 455 n°3; Girard, **Manuel**, s. 575 n°5. Krş. Monier, **Manuel**, II, s. 137; Koschaker, **Roma**, s. 231; Buckland, s. 482.

²² Bkz. Papin. **Fr. Vat.** 16; Alfén. Var. D. 19.1.26; Iavon. D. 18.1.65. Sınırlı çeşit borcu doğuran satış sözleşmesi için bkz. Gai. D. 18.1.35.5.

²³ Buckland, s. 482.

²⁴ Monier, **Manuel**, II, s. 137.

²⁵ Paul. D. 18.1.34.6.

B. Bedel

1. Genel Olarak

Alicının malın karşılığında vermeyi borçlandığı bir miktar para anlamına gelen satış bedeli (*pretium*), satış sözleşmesinin esaslı unsurlarından biriydi: *Nulla emptio sine pretio esse potest* (bedel olmaksızın satış sözleşmesi de olamaz).²⁶

2. Bedelin Özellikleri

Sözleşmenin geçerli biçimde kurulabilmesi için satış bedelinin gerçek (*verum*) olması gerekirdi.²⁷

Ulp. D. 18.1.36

Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere.

Satışta, bağışlama sebebiyle, talep etmeyeceği bir bedel belirleyen bir kimse, bir şey satmış sayılmaz.

Bir malı devretmeyi borçlanan taraf karşılığında bedeli istemeyeceğini bildirmişse, satış sözleşmesinden söz edilemezdi. Böyle bir işlem, Ulpianus'un ifade ettiği gibi bir bağışlama sözleşmesi olabilirdi.²⁸ Bedelin gerçek olması kuralı, muvazaalı satış sözleşmelerinin geçersizliğini sağlardı.

Satış bedelinin âdil (*iustum pretium*) olması gerektiği düşüncesi, klasik hukukçulara yabancıdır; zira bu dönemde serbest ticaret esastır:

Paul. D. 19.2.22.3

Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluri sit minoris emere, quod minoris sit pluri vendere et ita

²⁶ Iust. **Inst.** III.23.1; Ulp. D. 18.1.9.pr.

²⁷ Ulp. D. 18.1.36.

²⁸ Ulp. D. 18.1.2.1.

invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.

Alım satımda, daha değerli bir şeyin daha düşük bedele alınmasına ya da daha az değerli bir şeyin daha yüksek bedele satılmasına, böylelikle birinin diğerinden yararlanmasına doğal olarak izin verilir; aynı kural *locatio conductio*'larda da geçerlidir.

Ulp. D. 4.4.16.4

Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.

Ayrıca Pomponius, alım satımlarda tarafların bedel konusunda birbirlerini aldatmalarının doğal olduğunu söyler.

Bu nedenle satış sözleşmesinin geçerliliği bakımından edimler arasında orantı bulunması ya da bedelin malın değerinden daha az olmaması aranmazdı. Liberal anlayışa uygun olarak, taraflar bedeli belirlemede özgürlerdir. Bu nedenle satıcının bağışlama niyetiyle satış bedelinde büyük oranda indirim yapması, satış sözleşmesini geçersiz kılmazdı.²⁹ Bu özgürlüğün sınırlarını, muvazaa (*simulatio*) ve aldatma (*dolus*) halleri teşkil ederdi.

Klasik Hukuk Dönemi'ne ait kaynaklarda *iustum pretium* şartı, tarafların sözleşme koşullarını belirlemesinin mümkün olmadığı hallerde *praetor* ya da hâkimin malın değerini belirlemesinde aranırdı. Örneğin *praetor*, vasiyetname ile öngörülen mükellefiyet gereği mirasçı tarafından satın alınacak ya da azat edilecek kölenin değerini hakkaniyete uyun olarak belirlerdi.³⁰ Ortaklığın giderilmesi davasında hâkim, müşterek mülkiyet konusu malın değerini belirlerken âdil olmasına dikkat ederdi.³¹

Edimler arasındaki orantıyı gözetken satış bedelinin âdil olması kuralına, Postklasik Hukuk Dönemi'nde rastlanmaktadır. Taşınmaz satışlarında bedelin malın

²⁹ Ulp. D. 18.1.38.

³⁰ Paul. D. 40.5.31.4.

³¹ Paul. D. 10.3.10.2; Pomp. D. 6.1.70; Paul. D. 24.1.36.pr.

değerinin yarısından daha az olması ve alıcının aradaki farkı ödemeyi reddetmesi halinde satıcıya sözleşmeyi iptal hakkı veren *laesio enormis*³² (fahiş gabin) kurumunun hangi imparator döneminde kabul edildiği belirsizdir. Bu kural, M.S. III. yüzyıla ait iki emirname nedeniyle Diocletianus’a atfedilmiştir.³³ Ancak edimler arasındaki aşırı orantısızlığın sözleşmenin geçerliliğine etkilemediği yönünde Codex Theodosianus’da yer alan ve IV. yüzyıla ait metinler³⁴, Diocletianus’a atfedilen iki emirnamedenin *interpolatio*’lu olduğunu düşündürmektedir.³⁵ Buna karşın Iustinianus döneminde satış bedelinin âdil olması gerektiğine kuşku yoktur.

Klasik Hukuk Dönemi’nde satış bedelinin belirli bir miktar (*certum*) olması gerektiği söylenegelmiştir.³⁶ Ancak bu şart, yalnızca konusu ya da sebebi belirli olan hukukî işlemlerin yaptırma bağlandığı Eski Hukuk Dönemi’nde söz konusuydu.³⁷

Klasik Hukuk Dönemi’nde sözleşmenin kurulması anında, satış bedelini belirlemek için gerekli unsurların kararlaştırılması yeterliydi.³⁸ Bir başka deyişle bu dönemde bedel, en azından objektif unsurlar aracılığıyla belirlenebilir olmalıydı.

Bedelin değil, yalnızca miktarın tam olarak belirtilmediği, “senin aldığın fiyata” ya da “cüzdanımdaki miktara” şeklindeki satışlar geçerliydi.³⁹ Alıcının, “bu araziye yüze ve onu sattığımda elde edeceğim yüzü aşan miktara alıyorum” demesiyle yapılan satış da geçerliydi.⁴⁰

Bedelin belirlenmesinin bir üçüncü kişiye bırakılması halinde sözleşmenin geçerliliği çokça tartışılmıştır. Böyle bir sözleşme Cassius ve Labeo’ya göre geçersiz iken, Ofilius ve Proculus’a göre üçüncü kişinin adının belirtilmiş olması

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat TOPUZ, “Fahiş Gabinin Roma Sözleşmeler Hukukunda Uygulama Alanı ve Fahiş Gabine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **MÜHFD**, C. 1, S. 1, 2007, s. 463-497.

³³ Co. IV.44.2 ve 8.

³⁴ Constantinus dönemi (310-337) için bkz. C. Th. 3.1.1. Gratianus (367-383), Valentinianus (375-392) ve Theodosius (379-395) dönemleri için bkz. C. Th. 3.1.4 ve 7.

³⁵ Monier, **Manuel**, II, s. 140; Koschaker, **Roma**, s. 231. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR / Haluk EMİROĞLU, “Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)”, **AÜHFD**, C. 53, S. 1, 2004, s. 82 vd.

³⁶ Gai. **Inst.** III.140; Iust. **Inst.** III.23.1; Ulp. D. 18.1.7.1.

³⁷ Cuq, **Manuel**, s. 456.

³⁸ Örneğin; “para kesemde ne kadar varsa” ya “yüz ve satıştan ne kadar elde edersem” biçiminde belirlenen bedeller de sözleşmenin kurulması için yeterliydi. Bkz. Ulp. D. 18.1.7.1 ve 2.

³⁹ Ulp. D. 18.1.7.1.

⁴⁰ Ulp. D. 18.1.7.2.

varsayımında geçerliydi.⁴¹ Ancak bedelin belirlenmesi takdirine bırakılan üçüncü kişi bu görevi yerine getirmezse satış sözleşmesi geçersiz olurdu.⁴² Iustinianus zamanında bedelin belirlenmesinin bir üçüncü kişiye bırakıldığı sözleşmenin şarta bağlı olduğu ve bedel belirlendikten sonra hüküm ve sonuç doğuracağı kabul edilmiştir.⁴³ Buna karşın bedelin belirlenmesi hiçbir dönemde taraflardan birinin takdirine bırakılamazdı.⁴⁴

Satış sözleşmesini izleyen *pactum* ile bedel olarak kararlaştırılmış miktarın değiştirilmesi halinde, önceki sözleşmenin yerine geçen yeni bir satış sözleşmesi yapıldığı kabul edilirdi.⁴⁵

Klasik Hukuk Dönemi'nde satış bedelinin para ile ifade edilebilen bir miktar (*in pecunia numerata*) olması kuralı, oldukça tartışmalıdır. Roma'nın iki büyük hukuk okulundan⁴⁶ biri olan Proculianus Okulu, satış sözleşmesinden söz edebilmek için bedelin mutlaka para olması gerektiğini ve mal değişiminin satış sözleşmesinden bağımsız bir hukukî işlem olduğunu ileri sürmüştür.⁴⁷ Aksi takdirde değiştirilen mallardan hangisinin bedel olduğunu anlamak mümkün olmazdı. Buna karşın Gaius gibi Sabinianus Okulu'na bağlı hukukçular, satış sözleşmesinde bedelin paradan başka bir şey olabileceğini ve bir mala karşılık bir başka malın teslimini konu edinen işlemin bir tür satış sözleşmesi olduğunu savunmuşlardır. Ancak hukuk metinlerinden, Klasik Hukuk Dönemi'nde Proculianus Okulu'nun görüşünün ağır bastığı anlaşılmaktadır.

Diocletianus zamanında satış ve mal değişim sözleşmelerinin birbirinden bağımsız olduğuna kuşku yoktur.⁴⁸ Bu dönemde satış bedeli, mutlaka bir miktar para olmalıdır.⁴⁹

⁴¹ Gai. **Inst.** III.140.

⁴² Gai. D. 19.2.25.pr. Gaius'un *locatio conductio* işlemindeki bedelin belirlenmesi bakımından ifade ettiği bu husus, satış sözleşmesiyle de uyumludur.

⁴³ Iust. **Inst.** III.23.1; Co. IV.38.15; Gai. D. 19.2.25.pr.

⁴⁴ Gai. D. 18.1.35.1; Ulp. D. 18.1.7.pr.

⁴⁵ Paul. D. 18.1.72.pr. (Papin.).

⁴⁶ Sabinianus Okulu, M.Ö. I. ve II. yüzyıllarda faaliyet gösteren, adını ünlü hukukçu Massurius Sabinus'tan alan hukuk okuludur. Adını bir diğer hukukçu Proculus'tan alan Proculianus Okulu ise Sabinianus Okulu'nun rakibiydi. Kökleri, Augustus döneminde kadar uzanan bu iki okul arasındaki rekabetin nedeni, politik ve felsefi ayrımların yanı sıra farklı eğitim kurumları olmaları olarak gösterilmektedir.

⁴⁷ Gai. **Inst.** III.141; Iust. **Inst.** III.23.2; Paul. D. 18.1.1.1.

⁴⁸ Co. IV.64.3.

⁴⁹ Co. IV.64.7.

C. İrade Uyuşması: *Consensus*

Satış sözleşmesinin esaslı unsurlarını oluşturan mal ve bedel konularında tarafların iradeleri uyuşmazsa (*dissensus*), sözleşme geçerli değildir.⁵⁰ Bu bakımdan bedel karşılığında, satıcının malı devretme, alıcının ise malı kazanma iradesi bulunması gerekirdi.⁵¹

1. Rızaî Sözleşme Olması

Satış sözleşmesinin kurulması için, satıcı (*vendor*) ve alıcı (*emptor*) olarak adlandırılan tarafların mal ile bedel üzerinde anlaşmış olmaları yeterli olup, iradelerin uyuşmasını (*consensus*) izleyen bir şeyin teslimi gerekli değildir. Bu bakımdan satış sözleşmesi, reel sözleşmelerden ayrılan rızaî bir sözleşmedir:

Gai. Inst. III.135-136

Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.

Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse.

Alım satım, *locatio conductio*, ortaklık ve vekâlet sözleşmelerinde borç irade uyuşmasından doğar.

Bu sözleşmelerde borçların iradelerin uyuşmasından doğduğunu söyleriz; çünkü sözlü ya da yazılı şekil aranmaz, sözleşme taraflarının iradelerinin uyuşması yeterlidir.⁵²

Satış sözleşmesinin tarafları iradelerini herhangi bir şekle bağlı olmaksızın açıklarlardı. Eski Çağ hukuk sistemlerinde bir hukukî işlem sonucunda borcun doğumu, iradelerin hukuk düzeninin öngördüğü biçimde açıklanmasıyla mümkün olurdu. Bu bakımdan tarafların iradelerini herhangi bir şekle bağlı olmaksızın

⁵⁰ Ulp. D. 18.1.9.pr.

⁵¹ Lab. D. 18.1.80.3.

⁵² Krş. Iust. **Inst.** III.23.pr.

açıklamaları sonucunda birer borcun doğması, katı şekilciliğin hâkim olduğu Eski Roma Hukuku bakımından bir anomalidir. Nitekim *emptio venditio*, *locatio conductio* (kira, eser, hizmet), *mandatum* (vekâlet) ve *societas* (ortaklık) sözleşmelerinden oluşan rızaî sözleşmeler, Roma sözleşmeler sistemindeki yerini, sözlü (*verbis*) ve isimli reel (*re*) sözleşmelerden sonra görece geç bir dönemde almıştır.

Satış sözleşmesinin rızaî nitelik taşımasının iki temel sonucu bulunurdu: (1) Hâzır olmayanlar arasında, (2) taraflardan birinin rızasını diğerine bildiren ve *nuntius* denilen bir ulak aracılığıyla kurulabilirdi.

2. Sözleşmenin Tamamlandığı An

Romalı hukukçular, geçerli olarak kurulmuş ve hüküm doğuran sözleşmenin *perfecta* (tam ya da tamamlanmış) olduğundan söz ederlerdi. Sözleşmenin ne zaman tam olduğunun belirlenmesi, hasarın geçişi gibi birçok hukukî sorunun çözümü bakımından son derece önemliydi.⁵³

Satış sözleşmesinin tamamlanma anı, sözleşmenin konusuna ya da özelliklerine göre değişiklik gösterirdi:

Gai. D. 18.1.35.5

In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratave sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum quantumcumque esset uno pretio venierit, idem iuris est quod in ceteris rebus. Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici.

⁵³ Cuq, **Manuel**, s. 457; Koschaker, **Roma**, s. 237; Buckland, s. 484 ve 485; Nicholas, s. 179. Bizzat Paulus da sözleşmenin tamamlanma anının, hasarın geçişi bakımından önemli olduğunu ifade eder. Bkz Paul. D. 18.6.8.pr.

Quod similiter scilicet quaeritur et de his quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris.

Mısır, şarap, zeytinyağı, gümüş gibi ağırlık, sayı ya da ölçüyle belirlenen şeylerde, bazen diğer şeylerle aynı kural -bedel konusunda anlaşma yapılır yapılmaz satışın tamamlanmış olduğu- bazen de bedel konusunda anlaşılmalı olsa da, satışın şeyin tartımı, ölçümü ya da sayımıyla tamamlanmış olduğu kuralı gözlemlenir. Eğer şarap, zeytinyağı, mısır ya da gümüşün tamamı, miktarı ne olursa olsun, toptan ve tek bir bedele satılmışsa, diğer şeylere ilişkin kural geçerlidir. Ancak eğer bir amfora⁵⁴ şarap, bir metreta⁵⁵ zeytinyağı, bir modius⁵⁶ mısır, bir libre⁵⁷ gümüş satılırsa, satışın ne zaman tamamlanmış sayılacağı sorusu gündeme gelir. Aynı soru, sayı ile belirlenen şeylerde parça başı bedel kararlaştırılması halinde de gündeme gelir. Sabinus ve Cassius, şarta bağlıymış gibi sayım, ölçüm ya da tartımın yapılmasıyla satışın tamamlanmış olduğu kanısındadırlar: “her metreta için şu kadar ya da ölçtüğün her modius için şu kadar”, “tarttığın her libre için şu kadar” ya da “saydığın her parça için şu kadar”.

(1) Konusu parça borcu (*species*) olan satış, mal ve bedel üzerinde anlaşma anında tamamlanmış olurdu.⁵⁸ (2) Çeşit borçlarına ilişkin satışta, sözleşmenin tamamlanma anı bedelin belirlenme biçimine göre saptanırdı.⁵⁹ (a) Şarap, yağ, mısır

⁵⁴ Amfora; iki kulplu, dibi sivri, dar boyunlu, karnı geniş Eski Çağ’a özgü bir testidir.

⁵⁵ Metreta, Eski Yunanlıların sıvı ölçmek için kullandığı birimdir. Bir metreta, yaklaşık 40 litreye karşılık gelmektedir.

⁵⁶ Modius, Eski Roma’ya özgü kuru hacim ölçüsüdür. Bir modius yaklaşık 9 litreye eşdeğerdir.

⁵⁷ Libre, yaklaşık yarım kilograma karşılık gelen bir ağırlık birimidir.

⁵⁸ Ulp. D. 18.1.9.pr. Eski Roma’da uygulamada sıklıkla karşılaşılan köle ve şarap satışı gibi, sözleşmenin tamamlanma anının özellikle üzerinde durulması gereken haller için bkz. Özlem SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir)*, Ankara: Seçkin, Nisan 2010, s. 70-90.

⁵⁹ Gai. D. 18.1.35.6; Paul. D.18.6.8.

ve gümüş gibi mislî mal satışında, birim (libre, galon, modius vs.) başı bedel belirlenmesi halinde sözleşme; ölçüm, tartım ve sayımın yapıldığı teslim anında tamamlanmış sayılırdı. (b) Eğer mislî malların toplamı için bir bedel kararlaştırılmışsa, sözleşme, genel kurala uygun olarak anlaşma anında tamamlanmış olurdu. (3) Belirli bir stoktan bir miktar malın devrini öngören satış sözleşmesi ise miktarın ölçüldüğü teslim anında tamamlanmış sayılırdı.⁶⁰ (4) Şarta bağlı satış sözleşmesi ise şartın gerçekleşmesiyle tamamlanmış olurdu.⁶¹

Sözleşmenin tamamlanma anı bakımından iki durumun üzerinde ayrıca durmak gerekir: Tarafların sözleşmenin kurulmasını daha sonra yerine getirilecek bir şekle bağlaması ve *arra* olarak adlandırılan bir miktar para ya da şeyin anlaşma sırasında verilmesi.

Sözleşme koşullarının daha sonra yazıya dökülmesi halinde, yazılı belge sözleşmenin yapıldığına dair yalnızca bir kanıt teşkil ederdi.⁶² Ancak taraflar sözleşmenin kurulmasını daha sonra düzenlenen yazılı bir belgeye bağlamış olabilirlerdi. Böylece yazılı belge, sözleşmenin esaslı unsurlarından biri haline gelmiş olurdu.⁶³ Bu nedenle Klasik Hukuk Dönemi uygulamasında, sözleşmenin unsurları ile kanıt kavramları iç içe geçmeye başlamıştır.⁶⁴ Bu eğilim Iustinianus zamanında mantıksal sonucuna varmıştır: Yazılı bir belge bulunması halinde, tarafların satış sözleşmesinin geçerliliğini bu yazılı belgeye bağlamayı istedikleri karine olarak kabul edilmiştir.⁶⁵ Bu dönemde yalnızca yazılı belge düzenlemeksizin yapılan satış sözleşmesi (*venditio sine scriptura*), rızâî sözleşme niteliğini koruyabilmiştir.

Klasik Hukuk Dönemi'nde sözleşmenin kurulması anında taraflardan birinin diğerine vermiş olduğu küçük bir miktar para ya da şey, sözleşme yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılırdı.⁶⁶ *Arra* satış bedelinden düşülür; sözleşme geçersiz

⁶⁰ Gai. D. 18.1.35.7. Gaius, belirli bir fiçdan yüz galon şarap satışında, ölçüme kadar sözleşmenin tamamlanmış olmayacağını yazar.

⁶¹ Paul. D. 18.6.8.pr.

⁶² Paul. **Sent.** II.17.13.

⁶³ Girard, **Manuel**, s. 576; Buckland, s. 479; Leage, s. 324;

⁶⁴ Monier, **Manuel**, s. 141.

⁶⁵ Co. IV.21.17; **Inst.** III.23.pr.

⁶⁶ Gai. **Inst.** III.139; D. 18.1.35.pr; Ulp. D. 19.1.2.6. Klasik Hukuk Dönemi'nde satış bedelinin belirlenen zamanda ödenmemesi halinde, sözleşmenin bozulmuş sayılacağı ve *arra*'nın satıcıda kalacağına ilişkin metinler de mevcuttur. Bkz. Scaev. D. 18.3.6 ve 8; Co. IV.54.1.

olduğunda ise alıcıya geri verilirdi. Bu varsayımda *arra*, bir bağlanma parasıdır (*arra confirmatoria*). Iustinianus zamanında ise yazılı satışlarda (*venditio cum scriptum*) verilen bir miktar para, sözleşmenin yapıldığına artık kanıt olamayacağı için cayma parası (*arra poenalis*) olarak kabul edilmiştir.⁶⁷

III. Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Sorumluluk

Satış sözleşmesi tam iki taraflı ya da her iki taraf borç yükleyen bir sözleşmedir. Alıcı, satış bedelini ödemekle, satıcı ise alıcının mal üzerinde rahat zilyetliğini sağlamakla yükümlüydü.

A. Alıcının Bedel Ödeme Borcu

1. Paranın Mülkiyetini Devir Borcu

Alıcının satış sözleşmesinden doğan asıl borcu, satış bedelini ödemek; kararlaştırılan bir miktar paranın mülkiyetini satıcıya devretmektir (*dare pretium*).⁶⁸ Satış bedelini ödeme borcu, vade ya şart kararlaştırmamışsa, sözleşmenin kurulması üzerine derhal yerine getirmeliydi.

Ayrıca alıcının birtakım yan borçları da söz konusu olabilirdi. Malı teslim aldığı halde bedeli ödemeyen alıcı, satılanın kendisine teslim edildiği tarihten itibaren bedelin faizlerini de ödemeliydi.⁶⁹ Satıcının önerdiği ifayı reddederek alacaklı temerrüdüne düşen alıcı, satıcının teslimden önce malın muhafazası için yaptığı giderleri de ödemekle yükümlüydü.⁷⁰

Satıcının, bu borçları yerine getirmesi talebiyle alıcıya karşı sahip olduğu dava, *actio venditi* (satıcının davası) idi: *Ex vendito actio venditori competit ad ea*

⁶⁷ Iust. **Inst.** III.23.pr. *Arra* kullanımının rızâ satış sözleşmesinin gelişimine etkisi için bkz. Daniele MATTIANGELI, “Il problema della consensualità nel contratto di compravendita romano e la sua recezione nei moderni ordinamenti europei”, **RIDA**, C. 59, 2012, s. 338 vd.

⁶⁸ Ulp. D.19.1.11.2; Paul. D. 19.4.1.pr.

⁶⁹ Paul. **Sent.** II.17.9; Ulp. D. 19.1.13.20; Papin. **Fr.** **Vat.** 2; Co. IV.49.13.

⁷⁰ Lab. ve Trebat. D. 19.1.13.22; Sext. Ael. ve Drus. D. 19.1.38.1.

consequenda, quae ei ab emptore praestari oportet (Satıcı, alıcının yükümlü olduğu herhangi bir şeyi elde etmek için *actio venditi*'ye sahiptir).⁷¹

2. Bedelin Ödenmesinin Mülkiyetin Kazanımına Etkisi

XII Levha Kanununda⁷² teslim ile zilyetliği devredilen malın mülkiyetinin, satış bedeli ödendikten sonra alıcıya geçeceği düzenlenmiştir:

Iust. Inst. II.1.41

*Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferentur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquirentur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed et si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.*⁷³

Ama eğer bir şey bağış, cihaz ya da herhangi bir başka hukukî sebeple teslim edilirse, kuşkusuz (mülkiyet) geçer: oysa satılan ve teslim edilen şeyler, ancak satıcıya bedelin ödenmesi ya da bedeli taahhüt etmek veya bedel için rehin vermek gibi başka bir şekilde güvence altına alınması halinde alıcı tarafından kazanılır; çünkü XII Levha Kanununda kuşkusuz böyle belirtilmiştir: ancak, isabetli olarak, bunun kavimler hukukundan, yani doğal hukuktan geldiği söylenir. Ama eğer satıcı alıcının sözüne güvenmişse, şeyin alıcıya derhal geçtiği söylenir.

⁷¹ Ulp. D. 19.1.13.19. Ayrıca bkz. Pomp. D. 18.1.6.1; Ulp. D. 18.1.30; Hermog. D. 18.1.75; Iavol. D. 18.1.79; Paul. D. 18.2.14.1; Ulp. D. 18.3.4.pr. D. 18.3.4.3; Ulp. D. 18.4.2.10; D. 18.4.2.19; Papin. D. 18.7.6.pr. ve 1; D. 18.7.8; Pomp. D. 19.1.9.

⁷² M.Ö. V. yüzyılda çıkarılan bu kanun, Roma örf ve âdetlerinin yazıya dökülmesinden ibarettir. Bkz. Nurcan İPEK, "On İki Levha Kanunu", *Argumentum*, C. 3, S. 34, 1993, s. 609-616.

⁷³ XII Levha Kanunu VII.11 (Paul Frédérick GIRARD, *Textes de droit romain*, Ed. Arthur Rousseau, Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1890, s. 15).

Eski Hukuk Dönemi’nde mevcut olduğuna kuşku olmayan bu kural, ilk olarak, dönemin peşin satış işlemine karşılık gelen *mancipatio* işlemi için geçerliydi.⁷⁴ Hukukî metinlerden, daha sonra teslim ile devirlere de uygulanmaya başlandığı anlaşılmaktadır. Satış niteliğini kaybedip soyut bir devir işlemi haline geldikten sonra, *mancipatio* işlemiyle mülkiyetin kazanımı bakımından bedelin ödenmesi şartı aranmaz olmuştur. Bu nedenle Klasik Hukuk Dönemi’nde bedel ödeme şartının söz konusu olup olmadığı sorunu, yalnızca *traditio* ile devirler bakımından incelenmelidir.

Bu kuralın, Klasik Hukuk Dönemi’nde de geçerli olduğunu gösteren birçok metin mevcuttur.⁷⁵ Bunlardan en açık ve önemlisi, Pomponius’a aittir:

Pomp. D. 18.1.19

Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione.

Satılan şey, yalnızca eğer bize bedel ödenir ya da bu konuya ilişkin bir güvence verilirse veyahut hiçbir güvence vermeksizin alıcıya güvenirsek geçer.

Pomponius’un metninin, Digesta’da yer alan bir hukukî metin olduğu ve bu nedenle Iustinianus döneminde *interpolatio*’ya uğramış olabileceği itirazı yapılabilir. Klasik Hukuk Dönemi’nde yaşamış toprak sahiplerinin alım satım işlemlerini ayrıntılı biçimde açıklayan Romalı yazar Varro, mülkiyetin bedel ödendikten sonra geçtiğini açıkça ortaya koyar; üstelik bu hukuk dışı metnin değiştirilmiş olması için hiçbir neden yoktur:

⁷⁴ Girard, **Manuel**, s. 769 n°1; Buckland, s. 231. Bu kuralın nedeni, satış sözleşmesinin kökeni, peşin satış işleminde gizlidir. Mal ile bedel aynı anda değiştirildiğinden, ödeme ile hakkın kazanımı iç içe geçmiştir. Bu çalışmada bkz. §2/II/B/1 (*Peşin Satış İşlemi Olması*).

⁷⁵ Bkz. Iust. **Inst.** II.1.41; Pomp. D. 18.1.19; Co. IV.54.3. Ayrıca M.S. 160 tarihli Transilvanya Triptikleri’nde bir kadın kölenin makbuz (*apochatus*) verilmek suretiyle satışından söz edilmiştir. (Girard, **Textes**, s. 724). Satıcı, satılanın maliki olduğunu kanıtlamak için bedeli ödemiş olduğuna ilişkin makbuzu alıcıya verir. Dolayısıyla bedelin ödenmesi, mülkiyetin kazanımı bakımından şarttı.

Varr. Agr. II.1.15

Quarta pars est de iure in parando, quem ad modum quamque pecudem emi oporteat civili iure. Quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere, neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini. In emptione alias stipulandum sanum esse, alias e sano pecore, alias neutrum.

Dördüncü kısım satış hukuku -bir kimsenin bir hayvanı *ius civile*'ye göre kazanması için gereken şekil üzerinedir. Başkasına ait bir şeyin benim olması için, arada başka bir (unsur daha) gereklidir; bütün (satışlarda) mülkiyetin el değiştirmesi için *stipulatio* ile bedeli taahhüt etmek ya da ödemek yeterli değildir. Alımda (hayvanın) bazen sağlıklı olduğunu, bazen sağlıklı bir sürüden olduğunu *stipulatio* ile taahhüt etmek gerektiği halde, bazen de hiçbir taahhütte bulunmaya gerek yoktur.

Varr. Agr. II.2.6

(...) Cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum (...)

Bu işlem tamamlanmış olsa da, sürünün maliki sayım yapılmadıkça değişmez.

Buna karşın Pringsheim, mülkiyetin kazanımını bedelin ödenmesine bağlayan kuralın; Klasik Hukuk Dönemi'nde var olmadığını, Iustinianus zamanında XII Levha Kanunundan yola çıkarak yeniden düzenlendiğini savunmuştur.⁷⁶ Yazara göre, Digesta başta olmak üzere çeşitli derlemelerde yer alan klasik hukukçuların aksi yöndeki metinleri, *interpolatio*'ya⁷⁷ uğramıştır. Gerçekten bu metinlerden yalnızca üçü tahrif edilmiş olsa da, tahrifat, Postklasik Hukuk Dönemi'nde uygulaması

⁷⁶ Fritz PRINGSHEIM, **Der Kauf mit fremdem Geld**, Leipzig: Arno Press, 1916, s. 50 vd. Pringsheim'in görüşünü kabul eden yazarlar için bkz. Max KASER, **Das römische Privatrecht**, C. 1, Münih: 1971, s. 418; Buckland, s. 231; 240; Di Marzo, s. 435; Rado, **Borçlar**, s. 94; Tahiroğlu, **Borçlar**, s. 207; Belgin ERDOĞMUŞ, **Roma Eşya Hukuku**, İstanbul: Der Yayınları, 4. Basım, 2009, s. 69.

⁷⁷ *Interpolatio*, zamanın koşullarına uyarlamak için metinler üzerinde yapılan tahrifattır. M.S. VI. yüzyılda Iustinianus'un emriyle düzenlenen medenî hukuk külliyatı (Corpus Iuris Civilis) kaleme alınırken klasik hukukçuların metinleri, dönemin ihtiyaçları doğrultusunda değiştirilmiştir.

kalmamış olan “*mancipatio*” ifadelerinin “*traditio*” ile değiştirilmesinden ibarettir. Dahası önemli metinlerde⁷⁸, sarıh olduğunu gösteren ciddi izler mevcuttur.⁷⁹

Gaius’un *res mancipi* ve *res nec mancipi* ayrımı hakkında yazdıkları, bu doğrultuda yorumlanmış; bedelin ödenmesinden söz edilmediğinden bu kuralın Klasik Hukuk Dönemi’nde de var olmadığı düşünülmüştür.⁸⁰

Gai. Inst. II.20

Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.

Böylece satış, bağış ya da başka bir hukukî sebeple sana kıyafet, altın ya da gümüş teslim edersem, devreden kişinin malik olması halinde, mülkiyet hakkı derhal devralana ait olur.

Ne var ki metinden böyle bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Gaius’un satış bedelinden söz etmemesi, söz konusu metinde mülkiyetin kazanılmasının şartlarından satış bedelinin ödenmesi değil, tasarruf yetkisinin konu edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bütünüyle farklı bir husustan söz eden Gaius, mülkiyetin kazanımı şartlarından bedelin ödenmesine değinmeye gerek duymamıştır.

Tüm bu bilgiler ışığında, mülkiyetin ancak satış bedeli ödendikten sonra kazanılmasına ilişkin kural, Eski Hukuk Dönemi ve Postklasik Hukuk Dönemi’nde olduğu gibi, aynı şekilde Klasik Hukuk Dönemi’nde bulunduğu sonucuna varmak kanımızca zorunludur.

⁷⁸ Gai. D. 18.1.53 ve 19; Pomp. D. 18.1.19.

⁷⁹ Charles APPLETON, “A l’époque classique le transfert de propriété de la chose vendue et livrée était-il subordonné, en règle, au paiement du prix ?”, **RHD (1922-)** 4. Seri, C. 7, 1928, s. 33 vd. Klasik Hukuk Dönemi’nde mülkiyetin kazanımının bedelin ödenmesi şartına bağlı olduğu görüşüne ilişkin bkz. Girard, **Manuel**, s. 765 n°3; 769 n°1; May, I, s. 294; II, s. 138; Koschaker, **Roma**, s. 138; Jean-François BREGI, **Droit romain : Les biens et la propriété**, Paris : Ellipses, 2009, s. 157; Philippe MEYLAN, **Le rôle de la bona fides dans le passage de la vente au comptant à la consensuelle à Rome**, Basel: 1955, s. 250; Calixte ACCARIAS, **Théorie des contrats innomés et explication du titre de praescriptis verbis au digeste**, Paris : 1886, s. 142 vd.

⁸⁰ Bkz. Erdoğan, **Eşya**, s. 69.

B. Satıcının Rahat Zilyetliği Sağlama Borcu

Satıcı satılanın zilyetliğini alıcıya devretmeli ve zapta karşı garanti vermelidir.

Satıcı malın mülkiyetini devretmekle (*rem tradere*) değil, yalnızca rahat zilyetliğini sağlamakla (*vacuam possessionem tradere*) yükümlüdür. *Res Mancipi* satışlarında ise satıcı, ayrıca zapta karşı garanti vermekle yükümlüdür; bunun için *mancipatio* işlemini yapmalıdır.

1. Teslim Borcu

Satıcı satılanı alıcıya teslim etmek, zilyetliğini devretmekle (*possessionem tradere*) yükümlüdür.⁸¹ Sözleşmenin kurulmasından sonra satılanın semereleri (*causa rei*) de alıcıya verilmeliydi.⁸² Teslim tarafların anlaşmasına uygun yer ve zamanda yapılmalıydı.

Malın rahat zilyetliğini sağlamakla yükümlü olan satıcı, malın mülkiyetini devretmek zorunda değildi.⁸³

Tarafların bedel karşılığında bir malın yalnızca rahat zilyetliğinin değil, aynı zamanda mülkiyetinin devrine ilişkin yaptıkları anlaşmanın hukukî niteliği tarihsel süreçte tartışılmıştır. Aşağıda yer alan Celsus'tan bir alıntı, tartışmayı şekillendirmiştir:

Cels. D. 12.4.16

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis

⁸¹ Paul. D. 19.1.2.1; Gai. **Inst.** IV.131; Proc. D. 18.1.68.2.

⁸² Lab. D. 18.1.80.pr.; Pomp. D. 19.1.3.1; Papin. **Fr. Vat.** 15; Paul. **Sent.** II.17.7; D. 22.1.38.8; Ulp. D. 19.1.13.10-18.

⁸³ Iulian. D. 19.1.30.1.

non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

Bana Stichus'u vermen için sana para verdim. Bu tür bir sözleşme alım satım mı yoksa henüz gerçekleşmeyen sebep için bir şeyin verilmesinden doğan başka bir borç mu söz konusu? İkinci görüşe meylediyorum. Yani eğer Stichus ölürse, bana Stichus'u vermen için sana ödemiş olduğum parayı geri alabilirim. Stichus'un başkasına ait olduğunu ve buna rağmen onu bana teslim ettiğini varsayalım. Parayı senden geri alabilirim; çünkü devralana malik sıfatını devretmedin. Aynı şekilde eğer Stichus sana aitse ve zapta karşı garanti vermemişsen, paranın geri verilmesi talebimden kurtulamazsın.

Orta Çağ'ın önemli hukukçularından Bolognalı Azo, tarafların malın özellikle mülkiyetinin devredileceğine ilişkin yaptıkları anlaşmanın, satış sözleşmesi değil, bir isimsiz sözleşme olduğunu savunmuştur.⁸⁴ İtalyan *glossator*, günümüz Romanistleri arasında da genel kabul gören bu görüşünü, bir malın mülkiyetinin devrine yönelik anlaşmanın satış sözleşmesi olamayacağı argümanına dayandırmıştır; çünkü Celsus'a göre mülkiyetin devir borcu satış sözleşmesinin doğasına aykırıdır (*contra naturam venditionis*).

Azo'nun Celsus'a atfettiği bu düşünce biçimi, satış sözleşmesinden mülkiyet devir borcunun doğmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bununla birlikte isimsiz sözleşmeler ile satış sözleşmesini kıyaslayan Paulus, Azo ile aynı fikirde değildir. Romalı hukukçu, iki sözleşmeyi birbirinden ayıran unsurun, mülkiyeti devir borcu olarak tespit etmez:

Paul. D. 19.5.5.1

Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem

⁸⁴ “*Quia appositum fuit pactum de dando Sticho, id est de transferenda proprietate Stich, quod est contra naturam venditionis... est enim dare accipient.*” Azo'nun bu metni için bkz. Charles APPLETON, “L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine: Fr. 16 D. De cond. causa data XII, 4”, *NRHD*, C. 30, 1906, s. 742.

rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Sed si Scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. Explicitus est articulus ille do ut des.

Eğer bir şey kazanmak amacıyla para veririm, bu bir alım satımdır. Ama bir şey kazanmak amacıyla bir başka şey veririm, mal değişiminin satış olmadığı konusunda uzlaşma olduğundan, *ius civile*'ye göre bir borcun doğduğuna kuşku yoktur. Bu davanın konusu, aldığını geri vermek değil, anlaştığımız malı elde etmekteki menfaatim için bir tazminat ödemendir. Ya da eğer malımı geri almak istersem, bir şey elde etmek için verilen şey, karşı edimin gerçekleşmemesi teorisine göre talep edilmelidir. Ama eğer Stichus'u bana vermen için kadehlerimi vermişsem, hasar bana ait olur ve sen yalnızca kusurundan sorumlu olursun. "Veriyorum, vermen için" bölümü tamamlanmıştır.

Satış sözleşmesinden mülkiyeti devir borcunun doğmaması, Romalıların, satış sözleşmesinin nihai amacının bir malın mülkiyetinin karşı tarafa kazandırılması olduğunu inkâr ettikleri anlamına gelmemektedir.⁸⁵ Gerçekten Labeo malın mülkiyetinin devrinin taraflarca açıkça dışlandığı bir sözleşmenin satış olmadığını yazar:

Lab. D. 18.1.80.3

Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.

⁸⁵ Cuq, **Manuel**, s. 458; Appleton, **Obligation**, s. 742 vd.

Hiç kimse, tarafların mülkiyetinin devrini istemedikleri bir şeyi satmış sayılamaz; (ancak bu durumda) bir *locatio* ya da başka bir tür sözleşme söz konusu olabilir.

Dolayısıyla satıcının mülkiyeti devretmekle yükümlü olmamasından tek bir anlam çıkarılmalıdır: Mülkiyeti devir, satış sözleşmesinin doğrudan sonucu, bu işleminden doğan bir borç değildir. Bu kuralın nedeni ise çalışmamızın konusunu teşkil eden satış sözleşmesinin tarihsel gelişimiyle doğrudan ilgilidir.⁸⁶

Öte yandan sözleşmeden menfaati bulunan satıcının sorumluluğu, fayda ve menfaat ilkesi⁸⁷ (*utilitas*) gereği ağır olarak değerlendirilirdi. Hafif ihmallerinden (*culpa levis*) de sorumlu olan satıcı, iyi bir aile reisinin (*bonus pater familias*) göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermekle yükümlüydü.⁸⁸

Hatta kusursuz sorumluluğun kural olduğu Klasik Hukuk Dönemi'nde de satıcı, teslimden önce mal üzerinde sürekli bir gözetimle (*custodia*) önlenebilecek beklenmeyen olaylardan da sorumluydu.⁸⁹ Buna karşın satıcı, borçluya yüklenemeyen sebeplerle meydana gelen öngörülemez ve kaçınılmaz bir olay sonucunda mal telef olmuşsa sorumlu değildi; zira mücbir sebep (*vis maior*) kural olarak sorumluluğu ortadan kaldırırdı.

Kuşkusuz bu kural, yalnızca parça borcunun söz konusu olduğu satış sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Çeşit ve miktar olarak belirlenen çeşit borçları için (*genus*) aynı sonuca ulaşmak mümkün değildi; çünkü geleneksel deyimle çeşit telef olmaz: *Genus non perit*. Satıcı borç konusu yeryüzünde ortadan kalkmadığı sürece borcunu ifa etmekle yükümlüydü.

⁸⁶ Bu kural, arkaik dönemde mülkiyet hakkının devren değil, yalnızca aslen kazanılmasından kaynaklanmaktadır. Bu dönemde mülkiyet, zamanaşımı (*usucapio*) ya da ihraz (*occupatio*) yoluyla kazanılırdı. Bu çalışmada bkz. §2/II/C/3 (*Devir İşlemi Olmaması*).

⁸⁷ Krş. TBK 114/f.1.

⁸⁸ Gai. D. 18.1.35.4.

⁸⁹ Paul. D. 18.6.3; Gai. D. 18.6.2.1; Nerat. D. 19.1.31; Ulp. D. 47.2.14.pr.

2. Zapta Karşı Garanti Verme Borcu

Roma vatandaşları arasındaki *res mancipi* konulu satış sözleşmesinde satıcının *mancipatio* yapma borcu doğardı.⁹⁰ *Mancipatio* işleminin asıl işlev ve amacı, malın mülkiyetini devretmek değil, zapta karşı garanti vermektir (*ob evictionem se obligare*).⁹¹ Klasik Hukuk Dönemi'nde *mancipatio*, mülkiyeti geçiren soyut bir devir işleminden ibaret değildi; her şeyden önce, Romalıların *auctoritas*⁹² olarak adlandırdıkları zapta karşı garanti borcunun kaynağıydı.⁹³ Hiçbir kaynakta satış sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmek için *in iure cessio* işlemi yapan bir satıcıya rastlanmaması, *mancipatio*'nun asıl işlevinin *auctoritas* borcunu yaratmak olduğunu kanıtlamaktadır.⁹⁴

Digesta metinlerinde satıcının borcunun *traditio* yapmak olduğu yönündeki ifadelerin, *res mancipi* – *res nec manipi* ayrımının ortadan kalktığı Iustinianus zamanında yapılan *interpolatio*'nun sonucu olması kuvvetle muhtemeldir.⁹⁵

Ulp. D. 19.1.11.2

Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.

⁹⁰ Gai. **Inst.** II.204; IV.131a; Paul. **Sent.** I.13.4. Ayrıca bkz. Paul Frédérick GIRARD, "La Garantie d'éviction dans la vente consensuelle", **NRHD**, C. 8, 1884, s. 396; Pieter Willem KAMPHUISEN, "La garantie en cas d'éviction en droit romain hors du contrat de vente", **RHD (1922-)** 4. **Seri**, C. 6, S. 4, Ekim-Aralık 1927, s. 641 n  1.

⁹¹ Paul. D. 19.4.1.pr; Ulp. D. 19.1.11.2; Pomp. D. 18.1.66.pr.

⁹² *Auctoritas* sözcüğünün kökeni oldukça tartışmalıdır. İlk kez "*usus auctoritas*" şeklinde XII Levha Kanununda, zamanaşımı yoluyla kazanma bahsinde kullanıldığı düşünülmektedir. Bkz. XII Levha Kanununu (Gai. **Inst.** II.42; Cic. **Top.** 4.23). Ancak *auctor* sözcüğü, bu bağlamda devreden   işaret etmektedir; dolayısıyla *auctoritas* devredenın verdiği bir taahhüttür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Belgin ERDOğMUş, "Usus Auctoritas ve Aeterna Auctoritas", **   MHAD**, C. 6, S. 9, 1972, s. 109 vd. *Auctoritas* kavramının bir diğer anlamı ise bir kimse ya da kurumun toplum içindeki konumu gereği sahip olduğu emretme yetkisiydi. Bkz. Fritz SCHULZ, "Auctoritas",   ev. Havva Karagöz, **   HFD**, C. 55, S. 4, Orhan Münir   ağıl'a Armağan, 1997, s. 341-354.

⁹³ Monier, **Manuel**, I, s. 409; Philippe MEYLAN, "La Gen  se de la vente consensuelle romaine", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis**, C. 21, S. 2, 1953, s. 165. Nitekim *mancipatio*'nun asıl işlevinin satıcının garanti vermesi olması, Eski Hukuk Dönemi'nde bu işlemin peşin satış işlemine karşılık gelmesinden kaynaklanmaktadır. Bu çalışmada bkz.   2/II/C/3 (*Devir İşlemi Olmaması*).

⁹⁴ Girard, **Garantie**, s. 399. Satıcı mülkiyeti devretmekle yükümlü olsaydı, *in iure cessio* gibi diğer devir işlemini de yapabilmesi gerekirdi.

⁹⁵ Accarias, **Contrats innom  s**, s. 138; Girard, **a.g.e.**, s. 397; Philippe MEYLAN, "La Stipulation *Habere Licere*", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis**, C. 38, S. 1, 1970, s. 68.

Ve öncelikle satıcı malı sağlamalı; yani **teslim (traditio)** etmelidir: Eğer satıcı mala malikse, teslim alıcıyı da malik yapar; eğer satıcı malik değilse, teslim, bedelin ödenmesi ya da bedelin güvence altına alınması koşuluyla yalnızca satıcının zapt borcunu doğurur. Tam tersine alıcı satıcıyı paraların (sahibi) yapmakla yükümlüdür.

Nitekim Paulus'un satıcının borcunu ortaya koyduğu metinde, sözlü sözleşmelerde verilen garanti için kullanılan “*ob evictionem cavere*” değil, *mancipatio* ile özdeşleşen “*ob evictionem se obligare*” ifadesini kullanması da *interpolatio* iddiasını kuvvetlendirmekte ve *res Mancipi* satışlarında satıcının borcunun *mancipatio* yapmak olduğunu kanıtlamaktadır:⁹⁶

Paul. D. 19.4.1.pr

(...) *Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet.* (...)

(...) Alıcı, yalnızca devralana paranın mülkiyetini devretmezse, satış (hükümlerine göre) sorumlu tutulur; satıcının (ise) zapta karşı garanti vermesi, zilyetliği devretmesi ve kötü niyetli davranışlardan kaçınması yeterlidir, dolayısıyla şey zapt edilmezse satıcının hiçbir borcu yoktur. (...)

Auctoritas borcu, her şeyden önce üçüncü kişi tarafından üstün hak iddiasıyla malın zilyetliğini kaybetme riskiyle yüzleşen alıcıya, satıcının hukukî yardımda bulunma borcudur.⁹⁷ Üçüncü kişi satılanın zilyetliğinin kendisine verilmesini dava ederse, alıcı, satıcıdan bu davada kendisini savunmasını isteme hakkına sahipti. Satıcı onu savunmaz ya da dava kaybedilirse, satıcı, alıcıya satış bedelinin iki katı tutarında bir tazminat öderdi. Alıcının zapta karşı garantiyi ileri sürdüğü davaya, *actio auctoritatis* denirdi.

⁹⁶ Meylan, **Stipulatio**, s. 68.

⁹⁷ Buckland, s. 486; Meylan, **a.g.e.**, s. 67; Cuq, **Manuel**, s. 463.

Zapt halinde alıcının satış bedelinin iki katı tutarında tazminat istemi için iki koşulu bulunurdu: (1) Malın alıcıya teslim edilmiş olması ve (2) satış bedelinin ödenmiş olması.⁹⁸

Auctoritas borcu *mancipatio*'nun sonucuydu; *res nec Mancipi* satışlarında ya da taraflardan birinin yabancı (*peregrinus*) olduğu *res Mancipi* satışlarında, satıcı zapta karşı garantiyi şekle bağlı bir sözlü sözleşme olan *stipulatio* ile verirdi.⁹⁹ *Mancipatio* işlemi, yalnızca Roma vatandaşları arasında *res Mancipi* devirleri için kullanılabilirdi.

Stipulatio aracılığıyla zapta karşı garanti verilmesi, Romalı hukukçuların *ius civile* kapsamı dışında kalan şekilsiz satışları hukuken korumak amacıyla verdiği tavsiyelerin ürünüdür. Satıcı zapta karşı garanti vermek için iki farklı *stipulatio*'dan yararlanabilirdi: *Stipulatio duplae* ve *stipulatio habere licere*.¹⁰⁰

Stipulatio duplae ile satıcı, alıcıya satılan üzerindeki rahat zilyetliğinin kendisi, mirasçıları ve üçüncü kişiler tarafından üstün hak iddiasıyla bozulmayacağını ve eğer zapt gerçekleşirse, satış bedelinin iki katı tutarında tazminat ödeyeceğini taahhüt ederdi. Rahat zilyetliği bozulan alıcı, *actio ex stipulatu* (*stipulatio*'dan doğan dava) ile satıcıdan bu tazminatı talep edebilirdi.

“*Habere licere spondes? – Spondeo.*” sözleriyle yapılan *stipulatio habere licere* ya da *stipulatio simplae*, satıcının zapta karşı garanti verip, malın zapt edilmesi halinde alıcının uğrayacağı zararları tazmin etmeyi taahhüt ettiği bir işlemi.¹⁰¹ Bu taahhüdün *stipulatio duplae*'dan temel farkı, ikincisinde satış bedelinin iki katı tutarında tazminat, ilkinde ise alıcının satılanın değerinin (*quanti ea res erit*) ya da zapt nedeniyle uğradığı zararın (*quanti emptoris interest*) giderilmesinin taahhüt edilmiş olmasıdır.

⁹⁸ Paul. **Sent.** II.17.1-3.

⁹⁹ Girard, **Manuel**, s. 567; Monier, **Manuel**, s. 155. *Mancipatio*'suz köle satışında *stipulatio duplae* için bkz. Varr. **Agr.** II.10.5.

¹⁰⁰ *Stipulatio simplae*, *satisfatio secundum Mancipium* gibi birçok farklı *stipulatio* işlemi de zapta karşı garanti borcunun kaynağı olduğu iddia edilmiştir. *Stipulatio simplae* ve *stipulatio habere licere* ilişkisi belirsizdir; muhtemelen aynı işlemin iki farklı adı söz konusudur. Bkz. Girard, **Manuel**, s. 574. *Satisfatio secundum Mancipium* ise zapta karşı garanti değil, malın teslimine ilişkin bir garanti verilen işlemi. Bkz. Philippe MEYLAN, “La Satisfatio Secundum Mancipium”, **RIDA 4. Seri**, C. 25, 1948, s. 33.

¹⁰¹ Ulp. D. 45.1.38 pr. Öğretide *stipulatio habere licere* ile yalnızca uğranılan zararın giderilmesinin değil, belirli bir miktarın taahhüt edildiği de savunulmuştur. Bkz. Meylan, **Stipulatio**, s. 100.

İki işlemin, taahhüt edilen para miktarı bakımından ayrıştığına şüphe yoktur. Ancak bu iki *stipulatio* arasındaki ilişki, tarihsel süreçte hangisinin ilk olarak ortaya çıktığı, birtakım koşullarına bağlı olup olmadığı kesin olarak bilinmemektedir.

Geleneksel görüşe göre *stipulatio duplae*, şekilsiz satışlarda *auctoritas* borcunun eksikliğini gidermek amacıyla, bu borç model alınarak oluşturulmuştur.¹⁰² Bir başka deyişle *stipulatio duplae*, *mancipatio* hukukunun şekilsiz satışlara uygulanmak üzere taklidinden ibarettir.¹⁰³ *Mancipatio* ile *stipulatio duplae*'in hukukî sonuçlarının benzer olması, *stipulatio duplae*'in *mancipatio* hukukunun kapsamı dışında kalan *res Mancipi* satışlar için öngörüldüğünü düşünülmesine neden olmuştur. Bu bakımdan *stipulatio duplae*'in, görece daha önemsiz malların satışında kullanılan *stipulatio habere licere*'den daha eski bir işlem olduğu savunulmuştur. Bu görüşe göre başlangıçta yalnızca *mancipatio* yapılmaksızın gerçekleştirilen *res Mancipi* satışlarında kullanılan *stipulatio duplae*, zaman içinde yüksek değere sahip *res nec Mancipi* satışlarına da uygulanmaya başlanmıştır.

Fransız Romanist Monier, *stipulatio duplae*'in, *mancipatio*'dan doğan *auctoritas* borcu taklit edilerek, şekilsiz satışlar için öngörüldüğünü reddetmiş, *stipulatio habere licere*'den daha eski olmadığını ve yalnızca miktar bakımından farklılaştığını savunmuştur.¹⁰⁴ Yazara göre iki işlemten hangisinin kullanılacağı, tarafların iradesi ve yerel âdetlere göre belirlenirdi.

Eski Çağ'da Roma egemenliğindeki Afrika ile ilgili çalışmasıyla bilinen Saumagne, iki *stipulatio*'nun yalnızca miktar bakımından farklılaşmadığını, aynı

¹⁰² Girard, **Manuel**, s. 591; Cuq, **Manuel**, s. 463 vd.; Cornil, **DR**, s. 340 vd.; Max KASER, **Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht**, Böhlau: 1956, s. 212 vd.; Helmut COING, "A Typical Development in the Roman Law of Sales", **Bulletin of the Riccobono seminar of Roman law in America**, C. 8, 1950, s. 9 vd. Cuq, *stipulatio duplae*'den sorumluluğun doğması için iki koşul arandığını savunmuştur: (1) Malın zilyetliğinin kaybedilmiş olması, (2) üstün hak iddiasının alıcıya dava yoluyla yöneltilmiş olması. Oysa *stipulatio habere licere* yapılması halinde, alıcının zilyetliği geçici kaybı dahi satıcının sorumluluğunun doğması bakımından yeterliydi. Kaser ve Coing'e göre *stipulatio habere licere*, satıcı ya da mirasçılarının satılan üzerinde herhangi bir hak iddia etmeyeceklerine ilişkin bir taahhüt; *stipulatio duplae* ise üçüncü kişilerin alıcının rahat zilyetliğini bozmayacaklarına ilişkin bir taahhüttür. Ancak kaynaklardan böyle bir çıkarım yapmak için yeterli kanıt bulunmamaktadır.

¹⁰³ Coing, s. 8.

¹⁰⁴ Monier, **Manuel**, II, s. 155.

zamanda farklı koşullara tâbi olduğunu ileri sürmüştür.¹⁰⁵ *Stipulatio duplae*, satıcı ve onun mirasçılarının kaynaklanan zapta karşı garantiydi. Bu *stipulatio* ile, üç durumda satıcının sorumluluğunu doğardı:¹⁰⁶ (1) Alıcının satılan üzerindeki hakkına istihkak davası ya da zilyetliği koruyan *interdictum*'lar yoluyla itiraz etmek. (2) Üçüncü kişinin üstün hak iddiasıyla açtığı istihkak davasında, alıcıyı savunmayı reddetmek. (3) Başkasına ait malı alıcıya bilerek satmak ve onu bu konuda bilgilendirmemek. Bu üç durumda satıcının kötüniyetle hareket ettiği varsayılmış; kötüniyeti cezalandırmak amacıyla satılanın değerinin iki katı tutarında bir miktarın ödenmesi öngörülmüştür. Buna karşın satılanın değeri kadar bir miktarın taahhüt edildiği *stipulatio habere licere*, Saumagne'ın deyimiyle *stipulatio simplae*, satıcıdan kaynaklanmayan bir nedenle üçüncü kişinin satılanı zapt etmesine karşı verilen bir garantiydi. Malın başkasına ait olduğunu bilmeyen satıcının iyiniyeti göz önünde bulundurularak, alıcının yalnızca uğramış olduğu zararın giderilmesi öngörülmüştür. Lévy, değerli makalesinde¹⁰⁷, Saumagne'ın *stipulatio duplae* ile *stipulatio habere licere* arasında kesin sınırlar çizen sistemini ayrıntılı bir inceleme sonucunda çürütmüştür. Nitekim uygulamada iki *stipulatio*'nun benzer konu ve koşullardaki satışlarda kullanıldığı görülmektedir.

Roma vatandaşları arasındaki *res Mancipi* satışında, *stipulatio duplae*'nin tercih edildiğine kuşku yoktur. Ancak bu düşünceden hareketle, *res nec Mancipi* satışlarında *stipulatio duplae* yapılmadığını söylemek mümkün değildir. *Stipulatio habere licere* ya da *stipulatio duplae*'dan hangisinin tercih edilmesi gerektiği sorusunun yanıtı, satılanın değerine ve yerel âdetlere göre belirlenirdi.¹⁰⁸ Uygulamada satıcı, *Mancipatio* dışında kalan *res Mancipi* satışlarının yanı sıra,

¹⁰⁵ Christian COURTOIS / Louis LESCHI / Charles PERRAT / Charles SAUMAGNE, **Tablettes Albertini: Actes privés d'époque vandale (fin du V^e siècle)**, Paris: 1952, s. 143-187. *Stipulatio duplae*'in satıcının ya da onun mirasçılarının; *stipulatio habere licere*'nin ise üçüncü kişilerin hak iddiaları halinde sorumluluk doğurduğu görüşüne birçok yazar katılmıştır. Bkz. Jacques LAMBERT, "Les tablettes Albertini", **Revue Africaine**, C. 97, 1953, s. 221 vd.; Maxime LEMOSSE, "Journées algériennes de la société d'histoire du droit", **Revue algérienne, tunisienne et marocaine de Législation et de Jurisprudence**, C. 70, 1954, s. 95-103; Joseph MALAFOSSE, "Notes sur les Tablettes Albertini: Les stipulations de garantie", **RHD (1922-)**, C. 30, 1953, s. 110-120.

¹⁰⁶ Courtois / Leschi / Perrat / Saumagne, s. 148 vd.

¹⁰⁷ Jean-Philippe LEVY, "Les stipulations de garantie contre l'éviction dans la vente romaine (A propos d'une théorie récente)", **RHD (1922-) 4. Seri**, C. 31, 1954, s. 321-357. Benzer bir görüş için bkz. Adolphe BERGER, "Actes de vente latins de l'époque vandale découverts en Algérie (Autour de l'édition des Tablettes Albertini)", **Latomus**, C. 12, S. 2, Nisan-Haziran 1953, s. 202 vd.

¹⁰⁸ Gai. D. 21.2.6. Ayrıca bkz. Cuq, **Manuel**, s. 465; Girard, **Garantie**, s. 416.

değeri yüksek *res nec Mancipi* satışında satış bedelini iki katını; buna karşın değeri düşük *res nec Mancipi* satışında uğranılan zararı gidermeyi taahhüt ederdi.¹⁰⁹

Auctoritas borcundan farklı olarak, *stipulatio* ile garanti verilen alıcı, zilyetliği ancak kendisine yöneltilen bir dava sonucunda kaybetmişse, *actio ex stipulatu* ile satış bedelinin iki katını ya da zararının tazminini isteyebilirdi.¹¹⁰

Satış sözleşmesinin iyiniyet sözleşmesi niteliği, farklı bir işleminden doğan garanti borcunun, zaman içinde sözleşmenin doğal unsurlarından biri haline gelmesini olanaklı kılmıştır.¹¹¹ Ancak satış sözleşmesinden zapt sorumluluğu, aşamalı bir gelişim süreci sonunda doğmuştur.

Öncelikle M.Ö. I. yüzyılın sonunda, tarafların ya da satılanın hukukî niteliği nedeniyle *mancipatio*'nun yapılamadığı hallerde, taraflar *stipulatio* yapılacağına ilişkin özel bir anlaşma yapmamış olsalar bile iyiniyet gereği satıcının *stipulatio* ile garanti verme borcu olduğu kabul edilmiştir.¹¹² *Stipulatio duplae*'in yapılmadığı hallerde alıcı, satış sözleşmesinden doğan dava yoluyla satıcının zapttan sorumluluğunu ileri sürer; hâkim, durumun özelliklerine göre, iyiniyetin satıcının iki katın taahhüdünün gerektirip gerektirmediğini karara bağlardı. Böylece *stipulatio* yapmayı reddeden satıcı, iyiniyet gerektiriyorsa, *stipulatio* yapılmış gibi satış bedelinin iki katı tutarında tazminat ödemeye mahkûm edilirdi.¹¹³ Ancak satıcı, *actio empti* sonucunda genellikle bedelin iki katını değil, alıcının zapt nedeniyle uğradığı zararı tazmin etmeye mahkûm edilirdi. Tazminat miktarı, malın yargılama anındaki değeri üzerinden hesaplanırdı.¹¹⁴

Nihayet Klasik Hukuk Dönemi'nin ortalarından itibaren *stipulatio habere licere* uygulama alanına giren satışlarda, zapt halinde zararın tazmini borcunun, yapıldığı varsayılan *stipulatio*'dan değil, doğrudan satış sözleşmesinden doğduğu kabul edilmiştir.¹¹⁵ Zapta karşı garantiye ilişkin bir *stipulatio*'nun varlığından

¹⁰⁹ Cuq, **Manuel**, s. 463 vd.; Girard, **Manuel**, s. 591; Monier, **Manuel**, s. 156; Buckland, s. 487. Değeri düşük mallar için yapılan *stipulatio habere licere* için bkz. Varr. **Agr.** II.2.6; II.3.5; II.4.4.

¹¹⁰ Cels. D. 21.2.62.pr.; Afric. D. 21.2.24.

¹¹¹ Cuq, **Manuel**, s. 465; Girard, **Manuel**, s. 592; **Garantie**, s. 425 vd.; Cornil, **DR**, s. 342.

¹¹² Bkz. Nerat. D. 19.1.11.8 (Ulp).

¹¹³ Paul. D. 21.2.2; Pomp. D. 45.1.5.pr.

¹¹⁴ Monier, **Manuel**, II, s. 156.

¹¹⁵ Iulian. D. 19.1.30.1 (Africanus); Iulian. D. 21.2.8; Iavol. D. 21.2.60.

bağımsız olarak, alıcıya zapt durumunda satış sözleşmesinden doğan dava hakkı (*actio empti*) tanınmıştır. Böylelikle artık gerek duyulmayan *stipulatio habere licere* tarih sahnesinden silinmiştir.¹¹⁶ Buna karşın, alıcının daha geniş bir korumaya ihtiyaç duyduğu değeri yüksek mal satışlarında, âdet gereği *stipulatio duplae* yapılmaya devam edilmiştir.

C. İyiniyetten Doğan Diğer Borçlar

Satış sözleşmesi bir iyiniyet sözleşmesi (*bona fidei negotium*); bu sözleşmeden doğan davalar (*actiones empti et venditi*) ise birer iyiniyet davalarıydı (*bona fidei iudicium*).¹¹⁷

Bu bağlamda modern hukuk sistemlerindeki objektif iyiniyet ya da dürüstlük kuralı kavramlarına karşılık gelen *bona fides*, satış sözleşmesinden doğan borçların kapsamının belirlenmesi bakımından önemliydi.¹¹⁸ Şekle bağlılığın esas olduğu dar hukuk sözleşmelerinde (*stricti iuris contractus*), yalnızca belirli sözlerle taahhüt edilen edimler, genellikle belirli bir miktar borçlanılırdı. Oysa satış sözleşmesinden doğan borçların kapsamı, iyiniyet dikkate alınmak suretiyle daha geniş yorumlanırdı. Bu tür sözleşmelerin *formula*'sı şu şekildedir: *quidquid dare facere oportet ex fide bona* (iyiniyete göre eda etmek zorunda olduğu şeye mahkûm edilsin).¹¹⁹ Nitekim bu husus Iustinianus'un *Institutiones*'inde açıkça ifade edilmiştir:

Iust. Inst. IV.6.30

In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. (...)

¹¹⁶ Monier, **Manuel**, II, s. 157.

¹¹⁷ Ulp. D. 19.1.1.1; D. 19.1.11.1; Iulian. D. 19.1.11.18 (Ulp.); Pomp. D. 19.1.6.9; Iust. **Inst.** IV.6.28. *Fides* ile *bona fides* kavramlarını, en azından Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren birbirinden ayırmak gerekir. Daha geniş bir kavram olan *fides*, güven ve ahde vefa ilkesini kapsayacak şekilde kullanılırdı. Bkz Cic. **Offic.** I.7. Bu bakımdan *fides*, dar hukuk sözleşmeleri dahil olmak üzere tüm sözleşmelerin temeliydi. Oysa *bona fides* kavramı, borcun kaynağı ve borcun kapsamını belirlemede kullanılan sözleşmesel bir ölçüttü.

¹¹⁸ Koschaker, **Roma**, s. 194-195; René ROBAYE, "Le prêt d'usage est-il un contrat de bonne foi en droit romain classique?", **RIDA**, C. 36, 1989, s. 354. *Bona fides* kavramı, *aequitas* (hakkaniyet) kavramıyla doğrudan ilgilidir. Nitekim hâkime gönderilen *formula*'larında, "*ex bono et aequo*" (iyiniyet ve hakkaniyete göre) karar vermesi de yazardı. İyiniyet-hakkaniyet ilişkisi için bkz. Havva KARAGÖZ, "Roma Hukukunda Adalet (*Iustitia*) ve Hakkaniyetin (*Aequitas*) Anlamı ve Gerçekleşme Biçimi", **YÜHFD**, C.7, S. 1, 2010, s. 48 n°20; Özlem SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, **Roma Hukukunda Tarihîsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Ankara: Seçkin, Eylül 2016, s. 70 vd.

¹¹⁹ Gai. **Inst.** IV.47; Val. Max. VIII.2.1.

İyiniyet davalarında, ne kadar iade edilmesi gerektiğini iyiniyet ve hakkaniyete göre belirlemesi için hâkimin daha geniş takdir yetkisi (kullanmasına) izin verildiği görülür. (...)

Borcun kapsamını belirlenmesi bakımından önem arz eden iyiniyet, taraf iradelerini yok sayacak ya da önemsizleştirecek biçimde yorumlanamazdı. Sözleşmeyle kararlaştırılan borçların içeriğini değiştiremez ya da tarafların anlaşarak dışladıkları bir borcun kaynağı olamazdı. İyiniyet, ancak tarafların herhangi bir anlaşma yapmadıkları konularda dikkate alınırdı. Bu bakımdan *bona fides*, tarafların iradelerini tamamlayan bir hukuk kurumuydu:

Ulp. D. 19.1.11.1

Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.

Öncelikle bilinmelidir ki, yalnızca tarafların sorumluluğu öngördüğü hususlar bu davanın (*actio empti*) kapsamındadır. (*Actio empti*) bir iyiniyet davasıdır; sözleşme taraflarını öngördüklerinden sorumlu kılmaktan başka hiçbir şey iyiniyete daha uygun değildir. Ancak hiçbir şey kararlaştırılmamışsa, taraflar, doğal olarak bu davanın kapsamından doğan edimlerden sorumlu tutulurlar.

Stipulatio ile taahhüt edilmediği halde satıcının zapttan sorumlu tutulması, bu sorumluluğun Ulpianus'un sözünü ettiği sözleşmenin doğal unsurlarından biri haline geldiğini göstermektedir. Taraflar satıcının zapttan sorumlu olmayacağını kararlaştırabilirlerdi.¹²⁰ Böyle bir zapttan sorumsuzluk anlaşması yapılmışsa, tarafların iradelerine üstünlük tanımak ve böyle bir anlaşmayı geçerli kabul etmek iyiniyetin gereği idi.¹²¹ Ancak bu kurala ilişkin bir sınırlama söz konusuydu. Zapta ilişkin sorumsuzluk anlaşması, satıcının ayıplı malı kasten devretmesi halinde

¹²⁰ Pomp. D. 19.1.6.9; Iulian. D. 19.1.11.18 (Ulp.).

¹²¹ Krş. TBK 221; TBK 115 f.1.

geçersiz olurdu; çünkü borçlunun kastından sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar kamu düzeni gereği her zaman geçersizdi.¹²² Iustinianus zamanında ağır ihmalden sorumsuzluk öngören anlaşmalar da geçerli değildi: *Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolus est*¹²³ (Olağanüstü özensizlik ihmaldir; ağır ihmal ise kasıttır.¹²⁴)

Satışın bir iyiniyet sözleşmesi olmasının sonucu olarak, *ius civile*'nin kapsamı dışında kalan ve satış sözleşmesine bağlı olarak yapılan şekilsiz ve basit anlaşmalar, kural olarak, iyiniyet davasında hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır.¹²⁵ Böylece beğenme koşuluyla satış, daha iyi teklif koşuluyla satış gibi özel nitelikli satış sözleşmeleri, dava ile korunmuş olurdu.

İyiniyet sözleşme taraflarına bir başka borç daha yüklerdi. Satıcı, iyiniyet gereği, her türlü hileli ya da kasıtlı davranışlardan kaçınmakla (*purgari dolo malo*) yükümlüydü.¹²⁶ Hatta Paulus, bu yükümlülüğü, alıcının satış bedelini ödeme borcu ve satıcının malın rahat zilyetliğini sağlama borcuyla birlikte satış sözleşmesinden doğan asıl borçlar arasında sayar.¹²⁷

D. Sinallagma İlişkisi ve Hasar Sorunu

Klasik Roma Hukukunda satış sözleşmesinden doğan edimler arasında sinallagma ilişkisi (Yun. *συναλλαγμα*; karşılıklılık, ivaz) bulunurdu.¹²⁸ Satıcı ile alıcı, bu sözleşme ile edimlerin değişimini amaçlar; satıcı bir bedel, alıcı ise mal elde etmek amacıyla böyle bir hukukî ilişkiye girerlerdi. Bu nedenle satış sözleşmesinden doğan bu karşılıklı borçlar, aynı zamandan birbirinin hukukî

¹²² Paul. D. 2.14.27.3; Pomp. 19.1.6.9; Ulp. D. 19.1.1.1.

¹²³ Paul. D. 50.16.226.

¹²⁴ Watson bu metni, “gross negligence is fault; gross fault is bad faith” yani “ağır ihmal kusur; ağır kusur kötünüyettir” şeklindeki çevirmiştir. Bu farklılık, Latince “*culpa*” ve “*neglegentia*” sözcüklerinin sıklıkla birbirlerine yerine kullanması ve “*dolus*” kavramının kasıt ve kötünüyet olmak üzere farklı anlamlarda kullanılmasından ileri gelmektedir.

¹²⁵ Ulp. D. 2.14.7.5. Bu çalışmada bkz. §1/V (*Ek Anlaşmalar: Pacta Adiecta*).

¹²⁶ Paul. D. 19.4.1.pr.; D. 18.6.3; **Fr. Vat.** 13; Afr. D. 19.1.30.1. Nitekim satış sözleşmesinin *ex bona fide* karakterinden kaynaklanan *purgari dolo malo* borcu, kullanım ödöncü, saklama gibi diğer iyiniyet sözleşmeleri bakımından da geçerliydi. Örneğin bir malı karşılıksız olarak kullanmak üzere alan kişi, ödöncü konusu mal yüzünden uğramış olduğu zararın giderilmesini ya da malı muhafaza etmek için yapmış olduğu olağanüstü giderleri ödöncü verenden isteyebilirdi. Bkz. Gai. D. 13.6.18.2; D. 13.6.18.3.

¹²⁷ Bkz. Paul. D. 19.4.1.pr.

¹²⁸ Gai. **Inst.** III.137; Ulp. D. 50.16.19.

sebebini (*causa*) oluştururdu. Bu bakımdan birer alacak sebebinden (*causa credendi*) bahsetmek mümkündür.

Sinallagma ilişkisi, ifa sırası bakımından da belirleyicidir. Karşı edimin yerine getirilmesini isteyen alacaklı, kendi edimini yerine getirmeyi en azından önermiş olmalıydı.¹²⁹ Aksi takdirde kendisinden ifa istenilen borçlu, borcunu ifa etmekten kaçınabilirdi. Bu doğrultuda borçlunun sahip olduğu hukukî imkân, *exceptio non adimpleti contractus* (ifa edilmemiş sözleşme def'i) olarak adlandırılırdı.¹³⁰

Birbirinden farklı iki borcun birbirinin hukukî sebebi haline gelmesi, birinin ifasının diğerinkine bağlanması, iyiniyetin sonucudur. Bir başka deyişle sinallagma ilişkisinin kaynağı iyiniyettir.¹³¹ Nitekim Romalılar, satış sözleşmesinden doğan edimlerin birbirinden bağımsız olmadığının bilincinde olmalarına rağmen, bu hususu sinallagma ve hukukî sebep kavramlarıyla açıklamazlar; iyiniyete dayandırılırdı.¹³² Iulianus da bu hususu açıkça ifade etmiştir:

Iulian. D. 19.1.11.18 (Ulp.)

(...) *Bonae fidei contractus hac patitur convenientone, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret.* (...)

(...) İyiniyet sözleşmesi, alıcının malı kaybetmesine rağmen, satıcının bedeli muhafaza edeceğine ilişkin bir anlaşmaya izin vermez. (...)

Dolayısıyla iyiniyet kavramı, basit ve şekilsiz anlaşmalardan yalnızca borç doğurmasını sağlamakla kalmamış; aynı zamanda edimler arasındaki hukukî bağı kurmuştur.

¹²⁹ Ulp. D. 19.1.13.8. Krş. TBK 97.

¹³⁰ *Exceptio non adimpleti contractus*'un hukukî niteliği tartışmaya açıktır. *Exceptio* (def'i) olarak adlandırılrsa da, ifayı talep eden taraf kendi borcunu ifa ettiğini ya da ifayı önerdiğini kanıtlamalıydı. Bu nedenle bu imkânın gerçek bir def'i olmadığı görüşü ağır basmaktadır. Bkz. Girard, **Manuel**, s. 567 n°4; Buckland, s. 491. Aksi görüş için bkz. Raymond SALEILLES, **Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand**, Paris: 3. Basım, 1914. s. 189.

¹³¹ Meylan, **Fides**, s. 254; Élise CHARPENTIER, "Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat", **RDUS**, C. 26, S. 2, 1996, s. 310; Raymond MONIER, "Le caractère de bonne foi de la vente et l'obligation de manciper", **Mélanges Cornil**, II, 1926, s. 143-147.

¹³² Philippe MEYLAN, "La loi 23. Dig. 46, 4 et la notion de bilatéralité du contrat de vente chez Labéon", **Studi in onore di Salvatore Riccobono**, IV, 1936, s. 281-311.

Parça borcu konulu satış sözleşmesinde teslimden önce malın borçluya yüklenemeyen bir olay sonucunda yok olması halinde, belirttiğimiz gibi, satıcı malı teslim borcundan kurtulurdu. Bu durumda malı teslim alamayan alıcı satış bedelini ödemekle yükümlü müydü? Hasar (*periculum*) alıcıya mı yoksa satıcıya mı aitti?

Romalılar bu sorunu satıcı lehine çözmüşlerdir. Klasik Hukuk Dönemi'nde, kural olarak, hasar alıcıya aitti: *Periculum emptoris est*.¹³³ Başlangıçta satıcıya ait olan hasar, sözleşme tam (*perfecta*) olduğu anda alıcıya geçerdi.¹³⁴

Paul. D. 18.6.8.pr.

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum. Quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. Et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente

¹³³ Alfen. D. 18.6.13 (Paul.); Iulian. D. 18.5.5.2; Paul. D. 18.6.8; Afric. D. 46.3.39; Ulp. D. 47.2.14.pr.; D. 48.24.11.12; Iust. **Inst.** III.23.3; Co. IV.48.1.

¹³⁴ Klasik Hukuk Dönemi'nde hasarın satıcıya ait olduğu, aksini kanıtlayan metinlerin ise Iustinianus döneminde *interpolatio*'ya uğradığı ileri sürülmüştür. Bkz. Franz HAYMANN, "Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht II", **ZSS RA**, C. 41, S. 1, 1920, s. 44-185; Honig, s. 261. Ancak bu azınlık görüşünü destekleyen yeterli argüman bulunmamaktadır; onlarca metnin tamamının *interpolatio*'ya uğramış olması gerçekçi bir tahmin değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Charles APPLETON, "Les Risques dans la vente et les fausses interpolations", **RHD (1922-)** 4. Seri, C. 5, 1926, s. 375-417. Öte yandan Ayiter de "*periculum emptoris est*" ilkesinin Klasik Hukuk Dönemi'nde geçerli olan bir genel hüküm olmadığını; bunun ancak Iustinianus zamanında Yunan Hukukunun etkisiyle kabul edilmiş olabileceğini savunmuştur. Bkz. Kudret AYİTER, "Roma Hukukunda Alım Satım Akdinde Hasarın İntikali", **AÜHFD**, C. 14, S. 1, 1957, s. 141-142. Di Marzo ve Schwarz ise hasarın alıcıya ait olması kuralının Klasik Hukuk Dönemi'nde bulunmadığına ilişkin argümanların yetersizliğini ortaya koymuştur. Bkz. Di Marzo, s. 437; Andreas SCHWARZ, "Satış Akdinde Hasarın İntikali", Çev. Kudret Ayiter, **AÜHFD**, C. 5, S. 1-4, 1947, s. 164 vd. Bu kuralın hangi döneme ait olduğuna yönelik öğretilerdeki tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Söğütü Erişgin, **Periculum**, s. 91-109.

condicione res extincta fuerit: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.

Satışın ne zaman tamamlanmış olduğu, zorunlu olarak bilinmelidir; çünkü böylece hasarın kime ait olduğunu öğreniriz. Satışın tamamlanması üzerine hasar alıcıya ait olur. Eğer satılan belirli bir şeyse; niteliği, miktarı, bedeli belirlenmiş ve şarta bağlanmamışsa, satış tamdır. (...) Ancak satış eğer şarta bağlanmış ve şart henüz gerçekleşmemişse, *stipulatio* olmadığı gibi bir satış da yoktur. Bununla birlikte eğer şart gerçekleşmişse, Proculus ve Octavenus hasarın alıcıya ait olduğunu söylerler. Pomponius da dokuzuncu kitabında bunu onaylar. Ayrıca eğer satıcı ya da alıcıdan herhangi biri şart gerçekleşmeden önce ölecek olursa, şartın gerçekleşmesi üzerine, satış ilk anlaşma tarihine bağlıymış gibi, mirasçılarının sorumlu olacağı, yerleşik bir uygulamadır. Eğer bir şey şart henüz gerçekleşmemişken teslim edilmişse, alıcı, onu zamanaşımıyla kazanamaz. Eğer şey şart gerçekleşmeden önce yok olursa, ödenmiş olan bedel geri istenir ve şartın gerçekleşmesine kadar geçen sürede semereler satıcıya ait olur (şarta bağlı *stipulatio*'lar ile *legatum*'lar benzer biçimde sona erer). Elbette şart gerçekleştiği anda hâlâ mevcut olmasına rağmen şey kısmî hasara uğramışsa, alıcının hasara katlanması gerektiği söylenebilir.

Dolayısıyla sözleşmenin tamamlanması ile teslim arasında mal satıcıya yüklenemeyen bir sebeple yok olursa, alıcının satış bedelini ödeme borcunu yerine getirme yükümlülüğü aynen devam ederdi. Sözleşme ise, gördüğümüz gibi, kural olarak tarafların sözleşmenin esaslı unsurları konusunda anlaşması üzerine tamamlanmış sayılırdı.¹³⁵

Romalıların hasar sorununu çözme biçimi, sinallagma ilişkisini dışlayan, iyiniyet ve hakkaniyete aykırı (*contra aequum et bonum*) bir durum oluştururdu. Satış sözleşmesi edimlerin değiştirilmesi amaçlayan bir hukukî işlem olduğuna göre, satıcının edimi kusuru bulunmaksızın imkânsızlaşırsa, alıcının da kendi borcundan

¹³⁵ Sözleşmenin tamamlanma anına ilişkin ayrıntılı bilgi için bu çalışmada bkz. §1/II/C/2 (*Sözleşmenin Tamamlandığı An*).

hakkaniyet gereği kurtulması gerekirdi. Bu kuralın nedeni, rızaî satış sözleşmesinin ortaya çıkışıyla doğrudan ilgilidir.¹³⁶

Öte yandan hasara katlanan alıcı, mal kendisine teslim edilmeden önce satılarda meydana gelen artışları (*commodum*) isteyebilir; zira Romalılar “hasar kime ait ise yararlar da ona aittir” ilkesini kabul etmişlerdir: *Cuius periculum eius commodum*.¹³⁷ Örneğin; satılan hayvan teslimden önce doğurursa, yavru da alıcıya ait olurdu. Yararın hasara katlanan alıcıya ait olması, hakkaniyete aykırı hasar sorununu bir nebze hafifletmeyi mümkün kılmıştır.

IV. Satıcının Ayıptan Sorumluluğu

Rızaî satış sözleşmesinin henüz bulunmadığı dönemde *mancipatio* ile yapılan peşin satışlarda, satıcının ayıptan sorumluluğu iki halle sınırlıydı. Birincisi, *auctoritas* olarak adlandırılan zapta karşı sorumluluktur. Değindiğimiz üzere malın alıcıya teslimi ile kazandırıcı zamanaşımı süresinin dolmasına kadar dönemde satılan alıcının elinden üstün hak iddiasıyla alınacak olursa, satıcının sorumluluğu, *actio auctoritas* ya da *actio ex stipulatu* ile ileri sürülebilirdi. İkincisi ise taşınmaz satışlarında arazinin satıcının bildirdiği ölçülere sahip olmamasıydı (*ut optimus maximus*): XII Levha Kanunundan itibaren alıcı, arazinin bildirilen ölçülere sahip olmaması (*maximus*) ya da bildirimin aksine irtifakla yüklü olması (*optimus*) halinde, *actio de modo agri* adlı dava hakkına sahip olur, bu davayla satış bedelinin iki katını talep ederdi.¹³⁸

Actio de modo agri; köle ve hayvanlar gibi ticarî yaşamda sıklıkla alınıp satılan mallar, *nec mancipi* mallar ve araziler üzerindeki diğer ayıplar bakımından geçerli değildi. Zapta karşı garantide olduğu gibi satıcı, bu tür mallarda maddî ayıp

¹³⁶ Peşin satış ile rızaî satış arasındaki geçiş döneminde, satış sözleşmesinden doğan karşılıklı borçların birbirinden farklı iki *stipulatio* ile taahhüt edildiği savunulmuştur. Bu teori, hasarın satıcıya ait olmasını, geçiş döneminde edimlerin bağımsızlığı ve sinallagma ilişkisinin bulunmamasıyla açıklamaktadır; zira iki farklı hukukî işlem söz konusuydu. Buna karşın *mancipatio* teorisi olarak adlandırdığımız bir diğer görüşe göre, rızaî satış sözleşmesi, peşin satış işleminin taşınmaz satışları bakımından doğan pratik ihtiyaçlar doğrultusunda iki farklı sürece (anlaşma ve teslim) ayrılmasıyla ortaya çıkmıştır. Rızaî satış sözleşmesi, başlamış ama tamamlanmamış bir peşin satış olduğu için malın zilyetliği alıcıya devredildiği varsayımından hareketle hasarın alıcıya ait olması mantıklıdır. Ayrıntılı bilgi için §3/II/B/3 (*Sinallagma İlişkisine Dayalı Sav*); §3/V/D (*Rızaî Satışın Kendine Özgü Özelliklerinin Bu İşlemin Yarım Kalan Bir Peşin Satış Olmasından Kaynaklanması*).

¹³⁷ Paul. D. 18.6.7.pr.

¹³⁸ Cic. **Offic.** III.16.65. Bu kural, Klasik Hukuk Dönemi’nde de geçerliydi. Bkz. Paul. **Sent.** II.17.4.

bulunmadığını bir *stipulatio* ile taahhüt ederdi. Nitekim *mancipatio* işlemine elverişli olmayan köle ve hayvan satışlarında, zapta karşı garanti verilmesi ve maddî ayıbın bulunmadığına ilişkin taahhüt aynı *stipulatio* ile olurdu.¹³⁹

Eski Hukuk Dönemi'nde kural olarak satıcının satılndaki maddî ayıplardan sorumluluğu bulunmazdı. Peşin satışın yaygın olduğu bu dönemde alıcının, malı teslim alırken gerekli incelemeyi yapacağı, aksi halde özensizliğinin sonucuna katlanması gerektiği düşünülmüştür. Bu düşünce, *caveat emptor* (alıcı gözünü açsın) ilkesiyle ifade edilmiştir.¹⁴⁰ Satıcı yalnızca malda belirli niteliklerin varlığına ya da birtakım olumsuz niteliklerin yokluğuna ilişkin *stipulatio* ile özel bir taahhütte (*dicta promissa*) bulunması veya malda bulunan gizli ayıbı bilmesine rağmen alıcıya bildirmemesi halinde kastından (*dolus*) sorumlu tutulurdu.¹⁴¹

Satıcının maddî ayıp sorumluluğu, çarşı ve pazar denetiminden sorumlu *magistra* olan *aedilis curulis*'lerin faaliyetleri sonucunda genişlemiştir. İlk olarak hayvan ve köle satışlarında, maddî ayıptan sorumluluk öngörülmüştür.¹⁴² M.Ö. II. yüzyıldan itibaren görülen *aedilis curulis* beyannamelerine (*edictum*) göre satıcı, pazarda satışa çıkardığı kölenin üzerindeki etikete, kölenin herhangi bir hastalığı ya da ayıbı bulunup bulunmadığını, kaçak ya da mahkûm olup olmadığını yazmalıydı.¹⁴³ Ulpianus'un aktardığına göre beyannamenin içeriği şu şekildedir:

Ulp. D. 21.1.1.1

Aiunt aediles: Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte

¹³⁹ Bkz. Varr. **Agr.** II.10.5. Klasik Hukuk Dönemi'ne ilişkin bu metnin içeriğinin, Eski Hukuk Dönemi bakımından da geçerli olduğuna kuşku yoktur; zira Varro çok eski bir teamülü aktarır.

¹⁴⁰ Nicholas, s. 181; Türkan RADO, "Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti", **İÜHFM**, C. 10, S. 3-4, 1945, s. 606 vd.

¹⁴¹ Girard, **Manuel**, s. 599; Monier, **Manuel**, II, s. 158; Cuq, **Manuel**, s. 463 vd.; Koschaker, **Roma**, s. 235; Schmidlin / Cannata, s. 140-141; Nicholas, s. 181; Di Marzo, s. 439; Honig, s. 262; Rado, **Borçlar**, s. 99; Umur, s. 364; Tahiroğlu, **Borçlar**, s. 216; Erdoğan, **Borçlar**, s. 79 vd.; Haluk EMİROĞLU, "Roma Hukukunda Alım-Satım Sözleşmelerinde Maldaki Maddî Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu", **İNÜHFD**, C. 2, S. 2, 2011, s. 109 vd.

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Henri VINCENT, **Le droit des édiles : étude historique et économique des prescriptions édiliciennes sur la vente et la garantie**, Paris : 1922.

¹⁴³ Gell. **Noct. Attic.** IV.2.1. "De Mancipiis vendundis" denilen bu tür *aedilis* beyannameleri, M.Ö. II. yüzyılın ortalarından itibaren görülmektedir. Bkz. Arthur de SENARCLENS, "La Date de l'édit des édiles de mancipiis vendundis", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis**, C. 4, 1923, s. 384-400; Vincent, **a.g.e.**, s. 124.

pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. (...)

Aedilis'ler şöyle derler: “Köle satanlar mallarındaki hastalık ya da ayıpları; verilen kölenin kaçak ya da aylak olup olmadığını, noxal sorumluluğa¹⁴⁴ yol açan bir suç işleyip işlemediğini, köle satışı sırasında uygun şekilde alıcıya bildirmelidirler. Bu düzenlemeye, satış anındaki bildirime veya taahhüde aykırı biçimde köle satılacak olursa, alıcıya ve menfaati olan herkese kölenin iadesi için bir dava hakkı vereceğiz. (...)”

Böylece satıcı, Eski Hukuk Dönemi'nde hiçbir yükümlülük altında olmadığı halde, Klasik Hukuk Dönemi'nde sattığı maldaki bilmediği gizli ayıplardan sorumlu tutulmuştur. Ulpianus, bu değişimi, satıcıların hileli satışlarının artması ve satıcının sattığı malın özelliklerini bilmesi gerektiği düşüncesiyle açıklar:

Ulp. D. 21.1.1.2

Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur Fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.

Bu beyanname satıcıların hilelerini denetim altına almak ve satıcılar tarafından kandırılan alıcıların mağduriyetini gidermek amacıyla yayınlanmıştır. Bu nedenle satıcının, *aedilis*'lerin bildirilmesini şart koştuğu ayıpların varlığından habersiz olsa bile, sorumlu olacağını bilmemiz gerekir. Bunda hakkaniyete aykırı bir şey yoktur; (çünkü)

¹⁴⁴ Bir kölenin başkasına hukuka aykırı bir fiille zarar vermesi halinde, efendinin sorumluluğu söz konusu olurdu. Zarar gören, hak ehliyeti ve dolayısıyla herhangi bir malvarlığı bulunmayan köle yerine, *actio noxalis* denilen dava yoluyla kölenin efendisinden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilirdi. Efendi, tazminat öder ya da köleyi zarar görene teslim ederdi. Bkz. D. 9.4 (*De noxalibus actionibus*).

satıcı bu hususları bilmeliydi; aldatmanın satıcının bilgisizliğinden mi yoksa hileli davranışından mı kaynaklandığı, alıcıyı ilgilendirmez.

Satıcının maldaki gizli ayıplara ilişkin bildirimde bulunmaması ya da bildirimin gerçeği yansıtmaması halinde ise alıcıya iki seçimlik dava hakkı tanınmıştır: *Actio redhibitoria* ve *actio quanti minoris (aestimatoria)*.

Actio redhibitoria ile satılndaki maddî ayıbı ileri süren alıcı, sözleşmenin hukukî sonuçlarının en başından beri ortadan kaldırılmasını sağlayabilirdi.¹⁴⁵ Böylece satıcı ve alıcı, satış sözleşmesinden önceki konumlarına geri dönmüş olurlardı. Bu bakımdan alıcı, maddî ayıp halinde dava yoluyla kullanılan bir sözleşmeden dönme hakkına sahipti.¹⁴⁶ Bu dava sonucunda ayıplı mal teslim eden satıcı, satış bedelini alıcıya geri vermeyi reddetmişse, alıcının uğradığı zararın iki katı tutarında tazminat öderdi. Fakat eğer satış bedelini alıcıya geri vermişse, satıcı, alıcının yalnızca uğramış olduğu zararı gidermeye mahkûm edilirdi.¹⁴⁷ Bu dava hakkı, kural olarak satış sözleşmesinin kurulduğu tarihten itibaren altı ay içinde kullanılmalıydı; ancak bu süre alıcının ayıbı öğrendiği tarihte işlemeye başlardı.¹⁴⁸

Actio quanti minoris ya da *aestimatoria* ise alıcının ayıplı satılanı muhafaza ederek satış bedelinden ayıp oranında indirim isteme hakkını ileri sürdüğü davaydı.¹⁴⁹ Bu dava hakkı, ayıbın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl içinde kullanılmalıydı; ancak tıpkı *actio redhibitoria*'da olduğu gibi, bu süre ayıbın alıcı tarafından öğrenildiği tarihten itibaren başlardı.

Satıcının maldaki maddî ayıplara ve zapta karşı garanti vermeyi reddetmesi halinde ise bu davalar için öngörülen süreler daha kısaydı: Bu durumda alıcı, iki ay içinde *actio redhibitoria*, altı ay içinde *actio quanti minoris* açmalıydı.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Iulian. D. 21.1.23.7 (Ulp.); Paul. D. 21.1.60; Gai. D. 21.1.45.

¹⁴⁶ Krş. TBK m. 227 f.1.

¹⁴⁷ Gai. D. 21.1.45.

¹⁴⁸ Ulp. 21.1.19.6; Papin. D. 21.1.55.

¹⁴⁹ Gell. **Noct. Attic.** IV.2; Gai. 21.1.18.pr.; Paul. 21.1.43.6. Krş. TBK m. 227 f.2.

¹⁵⁰ Gai. D. 21.1.28.

Satıcının alıcı ile anlaşarak ayıplı köleyi geri alması halinde, *aedilis curulis*'in tanıdığı davalardan kurtulabilirdi. Satış bedelini geri almak isteyen alıcıya ise *actio in factum*¹⁵¹ tanınmıştır.¹⁵²

Başlangıçta yalnızca hayvan ve köle satışlarında söz konusu olan *actio redhibitoria* ile *actio quanti minoris*, M.S. I. yüzyılda tüm satışlara uygulanmaya başlanmıştır.¹⁵³ Yine bu dönemde *aedilis curulis* beyannamelerinin *ius civile*'nin kapsamına alınması üzerine, satış sözleşmesinden doğan dava (*actio empti*), *actio redhibitoria* ve *actio quanti minoris*'in işlevini yerine getirmeye başlamıştır.¹⁵⁴ Satıcının hilesi halinde, alıcı, *aedilis curulis*'lerin tanıdığı davalar için öngörülen süreler dolduktan sonra, *actio empti* ile ancak uğradığı bütün zararın giderilmesini isteyebilirdi.¹⁵⁵

V. Ek Anlaşmalar: *Pacta Adiecta*

A. Genel Olarak

Eski Hukuk Dönemi sözleşmeleri birer dar hukuk sözleşmeleri idi; hâkimin takdir yetkisinin bulunmadığı bu tür işlemlerde, mahkûm edilen tutar tarafların iradelerine göre saptanan sözleşme konusunun değeri ile sınırlıydı. Dolayısıyla bu tür sözleşmelere bağlı olarak yapılan şekilsiz ek anlaşmalar, sözleşmeden doğan davada hâkim tarafından dikkate alınmazdı. Herhangi bir sözleşme tipine girmeyen bu tarz şekilsiz anlaşmalardan (*pactum*) bir borç ve dava doğmadığından, ek anlaşmayı ayrı bir dava ile ileri sürmek mümkün değildi. *Stipulatio*, tüketim öduncü sözleşmesi gibi en eski işlemler buna örnektir.

Buna karşın iyiniyet sözleşmeleri olarak adlandırılan bir diğer tür sözleşmeler vardı ki, bunlardan doğan davalarda hâkimin takdir yetkisi oldukça geniş olup; yargılama sırasında dürüstlük kuralının gerektirdiği her hususu dikkate alırdı. Bu bakımdan ek anlaşmalarla öngörülen yükümlülükler de hukuken korunurdu.

¹⁵¹ *Actio in factum, ius civile*'ye göre davası olmayan hususlarda, *praetor*'un hakkaniyet gereği bir davanın *formula*'sının *intentio* kısmını değiştirerek tanıdığı bir davadır.

¹⁵² Ulp. D. 21.1.31.17.

¹⁵³ M.S. II. ve III. yüzyıla ait bu doğrultuda iki metin mevcuttur. Bkz. Ulp. D. 21.1.1.pr.; Pomp. D. 19.1.6.4.

¹⁵⁴ Lab. ve Sab. D. 19.1.11.3 (Ulp.).

¹⁵⁵ Iulian. D. 19.1.13.pr. (Ulp.).

Satış sözleşmesi, belirttiğimiz gibi, bir iyiniyet sözleşmesiydi. Dolayısıyla satış sözleşmesinden doğan davada, sözleşmeye ek olarak yapılan şekilsiz anlaşmalar da hâkim tarafından dikkate alınırdı. Nitekim *pacta adiecta* denilen ek anlaşmaların en geniş uygulama alanı satış sözleşmesiydi.

Satış sözleşmesinin hukukî sonuçları, birtakım şartların kararlaştırılmasıyla değiştirilebilirdi. Ancak bu şartlar, mal ile bedelin değişimi konulu bir anlaşmadan ibaret olan satış sözleşmesinin kapsamında değerlendirilmez; bu sözleşmeye bağlı yapılan ek anlaşmalar olarak kabul edilirdi. Bu nedenle ek anlaşmalar yapıldığı takdirde, satış sözleşmesinin şarta bağlandığı değil, yalnızca sözleşmenin sonuçlarından değişiklik meydana getiren bir ek anlaşmanın yapılmış olduğu varsayılırdı:

Ulp. D. 18.3.1

Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur.

Bir arazi *lex commissoria* ile satılırsa, satışın şartsız olduğu; satışın şarta bağlanmaktan çok, satışa iptaline ilişkin bir hüküm eklenmiş sayılır.

Ulp. D. 18.2.2.pr.

Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. Et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis.

Arazi *in diem addictio* ile satılırsa, iptal hakkı veren bir sözleşme koşuluna bağlı saf bir alım mı yoksa şarta bağlı bir alımın mı bulunduğu sorusu gündeme gelir. Bana göre bu, tarafların gerçek

iradelerine bağlıdır; eğer iradeler daha iyi teklif halinde sözleşmenin hükümsüz kalacağına yönelikse, satışın kendisi şarta bağlı değildir ama iptali şarta bağlıdır. Oysa eğer iradeler satışın daha iyi teklif gelmemesi halinde tamamlanmış olacağı yönündeysen ve daha iyi teklif yapılmamışsa, satışın kendisi şarta bağlanmıştır.

Bununla birlikte Sabinus, bu tarz anlaşmalar sonucunda bozucu şarta bağlı satış sözleşmesinin söz konusu olduğunu savunmuştur.

Paul. D. 41.4.2.3

Sabinus, si sic emptā sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fiet, non usucapturum nisi persoluta pecunia. Sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur quam implebitur.

Sabinus, eğer bir şey belirli süre içinde bedel ödenmediği takdirde satılmamış olacağı kararlaştırılarak satılırsa, bedel ödenmedikçe şeyin zamanaşımıyla kazanılamayacağını söyler. Bu (anlaşmanın) bir şart mı yoksa *conventio* mu olduğuna bakalım: Eğer *conventio* ise, söz konusu olan sözleşmeyi uygulamak değil, bozmaktır.

Tek başına hiçbir hukukî değer taşımayan şekilsiz anlaşmalar (*pacta*), rızâ satışın iyiniyet sözleşmesi niteliği gereği hukuk düzenince dikkate alınır; taraflarca dava yoluyla ileri sürülebilirdi.¹⁵⁶ Uygulamada sıklıkla rastlanan ek anlaşmalar arasında; *lex commissoria*, *pactum displicentiae*, *in diem addictio* ve *pactum de retrovendendo* bulunurdu.

¹⁵⁶ Ulp. D. 2.14.7.5; D. 2.14.7.6. Ayrıntılı bilgi için bkz. Duygu TAHAN, “Roma Hukukunda Alım Satım Bağılı *Pactum*’lar”, *İNÜHFD*, C. 8, S. 1, 2017, s. 199-224.

B. Ek Anlaşma Çeşitleri

1. *Lex Commissoria*

Lex commissoria, belirlenen süre içinde bedel ödenmediği takdirde satıcıya satışı geçersiz kılma imkânı veren bir anlaşmadır.¹⁵⁷ Bedelin öngörülen süre içinde ödenmemesi halinde satış sözleşmesi, *ipso iure* geçersiz hale gelmezdi. Bunun için satıcının bildirimde bulunması gerekir, böylece mal satılmamış sayılırdı.¹⁵⁸ Bu bakımdan satıcının sözleşmeden dönme hakkı vardı.

Lex commissoria'nın verdiği hakkı kullandığını bildirdikten sonra, satıcı, düşüncesini değiştirerek satış sözleşmesini ayakta tutamazdı.¹⁵⁹ Aynı şekilde bedelin ödenmemesi üzerine, sözleşmeyi geçersiz kılma hakkını kullanmayacağını bildiren satıcı, daha sonra sözleşmeden dönmek amacıyla dava hakkına sahip olmazdı. Açıkça bildirimde bulunulmadığı birtakım hallerde de satıcının *lex commissoria*'yı uygulamayacağı sonucu çıkarılabilirdi. Örneğin; bedelin ödenmesini dava eden satıcının, sözleşmeden dönme hakkı ortadan kalkardı. Bedelin ödenmesi için öngörülen süre dolduktan sonra alıcının ödemesini kabul etmesi halinde, satıcı, sözleşmeyi geçersiz kılma hakkını kullanmayacağını bildirmiş sayılırdı.¹⁶⁰

Lex commissoria, satıcının malı kaybetmesini önlemeye yönelik bir anlaşma değildi.¹⁶¹ Bu işlevi, bir başka kural yerine getirirdi: *Traditio* ile malı teslim almasına rağmen satış bedelini ödemediği takdirde, alıcı, satılanın mülkiyetini kazanamazdı.

Bu anlaşma geciktirici ya da bozucu şarta bağlı olarak yapılabilirdi; ancak karine olarak bozucu şarta bağlı olduğu kabul edilirdi.¹⁶² Şartın niteliğini belirlemek, hasarın geçişini saptamak bakımından oldukça önemliydi.

¹⁵⁷ D. 18.3 (*De lege commissoria*); Sabin. D. 41.4.2.3 (Paul). Bu bağlamda “*lex*” kavramı yasa değil, sözleşme hükmü anlamına gelmektedir.

¹⁵⁸ Pomp. D. 18.3.2; Ulp. D. 18.3.3.

¹⁵⁹ Papin. D. 18.3.4.2 (Ulp.);

¹⁶⁰ Scaev. D. 18.3.6.2.

¹⁶¹ Girard, **Manuel**, s. 765 n°3.

¹⁶² Pomp. D. 18.3.2.

2. *Pactum Displicentiae*

Pactum displicentiae (“beğenmemenin anlaşması”), alıcının malı beğenmediğini belirli bir süre içinde bildirmesi halinde, satış sözleşmesi kurulmamış olmasını ya da sonuçları ortadan kalkmasını öngören bir anlaşmadır.¹⁶³

Herhangi bir sürenin öngörülmemesi halinde, alıcı, malı beğenmediğine ilişkin bildirimini altmış iş günü (*dies utiles*) içinde yapmalıydı.¹⁶⁴ Malı beğenmediğini bildiren alıcının takdir yetkisi mutlaklı.¹⁶⁵ Böyle bir anlaşmaya; at ve arazi gibi niteliği gereği kapsamlı bir deneme gerektiren malların satışında başvurulurdu.¹⁶⁶ Bu anlaşma, *actio ex empto* (satış sözleşmesinden doğan dava) ya da *actio in factum* ile korunurdu.¹⁶⁷

3. *In Diem Addictio*

In diem addictio belirli süre içinde daha yüksek bedel ya da daha iyi sözleşme koşulları teklif edilmesi halinde, ilk alıcı ile yapılan sözleşmenin bertaraf edilmesine ilişkin bir anlaşmadır.¹⁶⁸ Anlaşma, geciktirici ya da bozucu şarta bağlı olarak yapılabilirdi; ancak genellikle bozucu şarta bağlanırdı.¹⁶⁹ Paulus *in diem addictio*’nun *formula*’sını verir:

Paul. D. 18.2.1

In diem addictio ita fit: "Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas ianuarias proximam meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat."

¹⁶³ Ulp. D. 18.1.3; D. 41.4.2.5; lust. **Inst.** III.23.4.

¹⁶⁴ Ulp. D. 21.1.31.22.

¹⁶⁵ Buckland, s. 492-493.

¹⁶⁶ At satışı için bkz. D. 19.5.20. Arazi satışı için bkz. **Fr. Vat.** 14; Co. IV.58.4.

¹⁶⁷ Paul. D. 18.5.6.

¹⁶⁸ Plaut. **Capt.** I, 179-181; D. 18.2 (*De in diem addictione*); Iulianus, D. 41.4.2.4 (Paul). *In diem additio* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arthur de SENARCLENS, “Etude sur l’*in diem addictio*”, **Recueil publié par la Faculté de Droit de l' Université de Lausanne**, 1896, s. 241-296.

¹⁶⁹ Ulp. D. 18.2.2; Paul. D. 41.4.2.4. Şartın hukukî niteliği için bkz. Joseph Anthony Charles THOMAS, “Alım Satımdan Dönmeyi Sağlayan Tedbirler”, Çev. Belgin Erdoğan, **İÜHF**, C. 39, S. 1-4, Ord. Prof. Dr. Siddık Sami Onar Hatıra Sayısı, s. 469 vd.

In diem addictio şöyle yapılır: “Bu arazi senin tarafından yüze alınmış olsun, meğer ki başkası önümüzdeki Ocak ayının birine kadar daha iyi teklif yapmasın; o halde şey malikin elinden çıkar.

Daha iyi teklif, kuşkusuz ilk anlaşmaya kıyasla daha yüksek bir bedeldi. Daha iyi teklif alan satıcı, bu hususu alıcıya bildirmekle yükümlüydü.¹⁷⁰ Satıcı, teklifi kabul edip sözleşmeden dönmeden önce, ilk olarak alıcıya teklifini arttırma fırsatını tanımalıydı.¹⁷¹ Alıcı teklifini arttırırsa, satıcı, sözleşmeden dönemezdi.

Bu anlaşma, satış sözleşmesinden doğan dava ile korunurdu. Ancak Ulpianus bu anlaşmaya aynî bir etki atfeder:

Ulp. D. 18.2.4.3

Sed et Marcellus libro quinto digestorum scribit pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret.

Ancak Marcellus, Digesta’sının beşinci kitabında, şarta bağlı olmayan ve *in diem addicto* uyarınca iptal edilebilir bir satışta, daha iyi bir teklif yapılması halinde, eğer alıcı rehin vermişse, arazinin rehin konusu olmaktan çıktığını yazar. Bundan, alıcının aradaki sürede mala malik olduğu sonucu çıkarılabilir; çünkü aksi halde taahhüt bağlayıcı olmazdı.

Ancak *in diem addictio*’nun aynî etkisine yönelik kesin bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.¹⁷²

¹⁷⁰ Paul. D. 18.2.8.

¹⁷¹ Paul. D. 18.2.7.

¹⁷² Buckland, s. 494.

4. *Pactum de Retrovendendo*

Pactum de retrovendendo satıcıya, tarafların kararlaştırdıkları bedeli belirli bir süre içinde ödemek suretiyle malı geri alma hakkı veren bir anlaşmadır.¹⁷³ Kararlaştırılan bedelin, genellikle satış bedeli ile aynı miktar olması muhtemeldir.¹⁷⁴

Bu anlaşmayı koruyan dava, kaynaklarda farklılık göstermektedir. İmparator Alexander Severus'un emirnamesine göre sözleşmenin yerine getirilmemesi halinde, alıcı, *actio ex empto* ya da *actio praescriptis verbis*¹⁷⁵ adlı davaya sahip olurdu.¹⁷⁶ Buna karşın Proculus, bir *actio in factum*'un tanındığından söz etmiştir.¹⁷⁷ *Actio praescriptis verbis*'in esasen isimsiz sözleşmelerden doğan dava bir hakkı olduğu göz önüne alındığında, *pactum de retrovendendo*'nun başlangıçta yalnızca bir *actio in factum* ile korunduğu; satış sözleşmesinin iyiniyet karakterinin yerleşmesiyle birlikte sözleşmeden doğan davayla korunmaya başlandığı söylenebilir.¹⁷⁸ *Actio praescriptis verbis* ifadesi, isimsiz sözleşme teorisinin şekillendirildiği Iustinianus dönemine ait, söz konusu metinde yapılan bir değişikliğin sonucu olabilir.

5. Diğer Anlaşmalar

Pactum protimeseos, satılan mal daha sonra yeniden satışa çıkacak olursa, satıcıya öncelikli olarak malı satın alma hakkı tanıyan bir anlaşmaydı. Bu anlaşma, satış sözleşmesinden doğan dava ile korunurdu.¹⁷⁹

Emptio ad gustum ("tadım üzerine alım"), şarap ya da benzer ürünlerin satışında, alıcının belirli süre içinde ürünü onaylamasına ilişkin bir anlaşmaydı. Bu

¹⁷³ Procul. D. 19.5.12; Co. IV.54.2. Bu anlaşma satıcıya, malı belirli bir süre içinde satın alma imkânı sağladığından, TMK 736'da düzenlenen geri alım hakkı ile benzerlik göstermektedir. Ancak geri alım hakkının, taşınmaz satışlarında tapuya şerh verilmek suretiyle etkisi güçlendirilen nisbî bir hak olduğunu hatırlatmakta yarar vardır. Oysa *pactum de retrovendendo*'nun böyle bir özelliği bulunmazdı.

¹⁷⁴ Buckland, s. 492.

¹⁷⁵ *Actio praescriptis verbis*, bir karşı edim beklentisiyle bir malın teslim edildiği ya da bir şeyin yapıldığı sinallagmatik ve reel nitelik taşıyan isimsiz sözleşmelerde, karşı edimin ifasının talep edildiği davaydı.

¹⁷⁶ Co. IV.54.2.

¹⁷⁷ Proc. D. 19.5.12.

¹⁷⁸ Buckland, s. 492.

¹⁷⁹ Hermog. D. 18.1.75; Paul. D. 19.1.21.5.

anlaşma, geciktirici şarta bağlıydı.¹⁸⁰ Satış sözleşmesi, alıcının ürüne onay verdiği ya da belirlenen sürenin dolduğu tarihte tamamlanmış sayılır ve ancak bu tarihte hasar alıcıya geçerdi. Eğer alıcının onay vermesi için belirli bir süre kararlaştırılmamışsa, alıcı, herhangi bir tarihte malı reddedebilir.¹⁸¹ Cato, uygulamada alıcıya tadım için üç günlük bir süre tanıdığını ve tadımın genellikle bir uzman tarafında yapıldığını yazmıştır.¹⁸²

¹⁸⁰ Ulp. D. 18.6.4.pr.

¹⁸¹ Ulp. D. 18.6.4.1.

¹⁸² Cat. **Rust.** 148.

§ 2. RIZAÎ SÖZLEŞMEDEN ÖNCEKİ DÖNEMDE SATIŞ İŞLEMİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE DİĞER İŞLEMLERLE İLİŞKİSİ

I. Genel Olarak

Belirttiğimiz gibi¹⁸³, rızaî nitelik taşıyan satış sözleşmesi M.Ö. II. yüzyıl dolaylarında ortaya çıkmıştır. Eski Hukuk Dönemi olarak adlandırılan bu tarihten önceki dönemde bir mal ile bedelin değişimi, işlem sırasında taraflarca aynı anda gerçekleştirilir; bu işlemde alıcının bedel ödeme borcu, satıcının ise rahat zilyetliği sağlama borcu doğmazdı. Bir başka deyişle bu dönemde söz konusu işlem, aynı nitelik taşıyan bir peşin satış işlemiydi. Bu bakımdan rızaî satışın ortaya çıkışından önce, mal ile bedel bakımından iki taraflı ve borçlandırıcı bir hukukî işlem anlamında bir sözleşmeden söz etmek mümkün değildir.

Bu peşin satış işlemi, daha sonra Klasik Hukuk Dönemi'nde bir devir işlemi niteliği kazanacak olan *mancipatio*'dur. Bu nedenle, Eski Hukuk Dönemi'nde satış işleminin hukukî niteliğini irdelediğimiz bu bölümde, peşin satış işlemi niteliği taşıyan *mancipatio* önemli bir yer tutmaktadır. Nitekim rızaî sözleşme niteliği taşıyan satış sözleşmesinin ortaya çıkışından önceki dönemde -özellikle arkaik dönemde- satış işleminin hukukî niteliği, tarafların şekilsiz ve basit anlaşmasıyla birer borç doğuran rızaî sözleşmenin nasıl ortaya çıktığı hakkında önemli ipuçları vermektedir.

Bu bölümde incelenen bir diğer husus olan mal değişim sözleşmesi, paranın bulunmadığı arkaik dönemde peşin satış işleminin işlevini yerine getirmektedir. Bu bakımdan mal değişim sözleşmesini incelemek, satış sözleşmesinin karşıladığı ihtiyacın -mal edinmek- insanlık tarihinde nasıl giderildiğini açıklamaktadır.

¹⁸³ Bu çalışmada bkz. *Giriş* bölümü dipnot n°2.

Öte yandan Klasik Hukuk Dönemi'nde birer devir işlemi olarak karşımıza çıkan birtakım hukukî işlemlerin, Eski Hukuk Dönemi'nde satış işlemi ile olan ilişkisi ve satış sürecindeki rolü incelenmiştir.

II. *Mancipatio*

A. Genel Olarak

Mancipatio işlemine ilişkin sahip olduğumuz bilgilerin kaynağı; Gaius, Ulpianus, Paulus ve Papinianus gibi Klasik Hukuk Dönemi'nde yaşamış hukukçuların eserleridir. Doğal olarak, klasik hukukçuların betimlediği ve yorumladığı *mancipatio* işlemi, Klasik Hukuk Dönemi'ne aittir.

Bir sonraki bölümde inceleyeceğimiz Eski Hukuk Dönemi'nde *mancipatio*, işlemin Klasik Hukuk Dönemi'ndeki görünümünden yola çıkarak, yorum yoluyla tespit edilebilmektedir.

1. Hukukî Niteliği

Mancipatio, her şeyden önce bir devir işlemiydi (*abalienatio*).¹⁸⁴ İşlem konusu malın mülkiyetini devralana geçirirdi. Nitekim Ulpianus, mülkiyet kazanma yolları arasında; *traditio*, *in iure cessio*, *usucapio* ve *adiudicatio*'nun yanı sıra *mancipatio*'yu da sayar.¹⁸⁵

Mancipatio, soyut bir devir işlemiydi. İşlemin geçerliliği, hukukî sebebinin geçersizliğinden etkilenmezdi. Ancak mülkiyet hakkının devralana (*accipiens*) geçmesi için, devredeninin (*mancipans*) tasarruf yetkisine sahip olması gerekirdi: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (Kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez).¹⁸⁶

¹⁸⁴ Cic. **Re Publ.** 1.17.27; **Parad. Stoic.** 5.1.35; **Ad Fam.** 7.30.2; **Harus. Resp.** 7.14.

¹⁸⁵ Ulp. **Regl.** 19.2. Klasik Roma Hukukunda devren kazanma yolları için bkz. Erdal ÖZSUNAR, "Roma Hukukunda Mülkiyetin Devren Kazanılması Yolları", **Melikşah ÜHFD**, C. 2, S. 2, 2013, s. 39-66.

¹⁸⁶ Ulp. D. 50.17.54.

Klasik Hukuk Dönemi'nde *mancipatio* olağan bir devir işleminden ibaret değildi. Bu işlemin bir başka hukukî sonucu daha bulunurdu. *Mancipatio*, satış sözleşmesinden doğan borcun ifası amacıyla yapıldığında, zapta (*evictio*) karşı kişisel garanti (*auctoritas*) borcu doğururdu.¹⁸⁷ Bu bakımdan *mancipatio* hem devir hem de borçlandırıcı etkisi olan bir karma işlemi.

Auctoritas borcu, hukukî işlemin doğal unsurlarındandı. Satıcı işlem sırasında alıcıya zapta karşı sözlü ve özel bir teminat vermemesine rağmen, işlem sonucunda satıcının *auctoritas* borcu doğardı. Bu borç, *mancipatio* işleminin o denli ayrılmaz unsuruydu ki, satıcının zapt sorumluluğunu ortadan kaldıran bir anlaşma geçersizdi.

Bir *ius civile* kurumu olan *mancipatio*, kural olarak yalnızca Romalılar arasında gerçekleştirilebilir; yabancıların (*peregrini*) *mancipatio* yapması söz konusu olamazdı.¹⁸⁸ Buna karşın, Roma vatandaşı olmayan birtakım halklara zaman içinde bu işlemi yapma hakkı tanınmıştır. Buna göre *mancipatio*, Roma vatandaşlarının yanı sıra Latin statüsü tanınan İtalya dışında kurulan kolonilerin yerlileri (*Latini coloniarii*), yasaya ya da şekle aykırı olarak azat edilen köleler (*Latini Iuniani*) ve ticaret hakkı (*ius commercii*) tanınan yabancılar arasında yapılabilirdi.¹⁸⁹

Mancipatio, *actus legitimi* olarak adlandırılan en eski hukukî işlemlerden biriydi.¹⁹⁰ Arkaik dönem işlemlerinin ortak özelliğine sahipti: *Mancipatio* şart ve vadeye bağlanamazdı.

2. Konusu

Mancipatio işleminin konusu *res Mancipi* olarak adlandırılan mallardı.¹⁹¹ Bu mallar arasında; köleler, yük ve çeki hayvanları, İtalya arazileri (*solum italicum*) ve üzerindeki binalar ile köy irtifakları yer alırdı.¹⁹² Bu mallar, sayılı şeylerden ibaret

¹⁸⁷ Bu çalışmada bkz. §1/III/B/2 (*Zapta Karşı Garanti Verme Borcu*).

¹⁸⁸ Gai. **Inst.** II.65; I.119.

¹⁸⁹ Ulp. **Regl.** 19.4.

¹⁹⁰ Papin. D. 50.17.77.

¹⁹¹ Gai. **Inst.** I.120; II.22.

¹⁹² Ulp. **Regl.** 19.1. Varro (**Agr.** II.6.3) eşek, katır, at ve öküzlerin (*ceterae pecudes*) basit teslimle (*traditio*) devredildiğini yazmıştır. Bu metinden yola çıkan Voigt, Varro zamanında yük ve çeki hayvanlarının henüz *res Mancipi* kategorisine dahil edilmediğini savunmuştur. Bkz. Moritz VOIGT, **Das jus naturale, aequum et bonum, und jus gentium der Römer IV**, Leipzig: 1856, s. 561 vd. Bonfante ise bu metni, Proculianus Okulu'nun yük ve çeki hayvanlarının ancak evcilleştirildikten

olup; sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesine tâbiydi. Yük ve çeki hayvanlarından kasıt; öküz, at, katır ve eşek gibi boyunduruk ya da eyer vurulan ve özellikle tarımda kullanılan hayvanlardı. Ayı ve aslan gibi vahşi hayvanların yanı sıra, fil ve deve gibi Gaius'un deyimiyle yarı vahşi hayvanlar *res Mancipi* statüsünde değildi.¹⁹³ Kuşkusuz fil ve deve gibi hayvanların *res nec Mancipi* olarak kabul edilmesinde, vahşi hayvanlar olmalarının yanı sıra Roma dünyasına görece geç bir dönemde –yaklaşık M.Ö. II. yüzyılda girmiş olmaları da etkili olmuştur. Buna karşın *res nec Mancipi* olarak adlandırılan ve yukarıda sayılanların dışında kalan mallardan hiçbirisi, *mancipatio* ile devredilemezdi.¹⁹⁴ Bu tür malların devri için *in iure cessio* ve *traditio* işlemleri kullanılırdı.¹⁹⁵

Gaius'tan öğrendiğimize göre Proculianus Okulu; eşek, katır, öküz ve at gibi yük ve çeki hayvanlarının doğumdan itibaren *res Mancipi* olmadığını, ancak evcilleştirildikten sonra böyle kabul edilebileceğini savunmuştur.¹⁹⁶ Buna karşın Sabinianus Okulu, herhangi bir zamansal ayrım gözetmeksizin tüm yük ve çeki hayvanların doğum anında *mancipatio*'nun konusu haline geldiği kanısındadır.

Res Mancipi – *res nec Mancipi* ayrımının kökenine ilişkin birçok teori ileri sürülmüştür. Mal ayrımının kökenini politik gelişmelerde arayan bir görüşe göre bu kategori, Roma Kralı Servius Tullius'un toplumu beş sınıfa ayırması sırasında sınıfların belirlenmesi bakımından yalnızca belirli malların dikkate alınması için düzenlenmiştir.¹⁹⁷

Genel kabul gören teori, seçkin Romanist Bonfante'ye aittir. Kurumun kökenini dönemin egemen ekonomik ve toplumsal sisteminde arayan Bonfante, *res Mancipi* denilen malların, tarım bakımından önem arz eden değerli mallar olduğu ve

sonra *res Mancipi* haline geldiği yönündeki görüşüyle açıklamıştır. Bkz. Pietro BONFANTE, **Corso di diritto romano II: La proprietà**, Milano: 1966, s. 173. Kanımızca bu konuda en isabetli görüş Fransız Romanist Monier'ye aittir: Varro'nun metnindeki "*traditio*" ifadesi, el yazmasının kopyalanması sırasında yanlışlıkla "*mancipatio*" sözcüğünün değiştirilmesi sonucu olmalıdır; zira metnin kopyalayan kişinin *mancipatio* işleminin unutulduğu dönemde yaşıyor olması kuvvetle muhtemeldir. Bkz. Raymond MONIER, "Les *res Mancipi* à l'époque de Varron", **RHD (1922-) 4. Seri**, C. 9, 1930, s. 120.

¹⁹³ Gai. **Inst.** II.16; Ulp. **Regl.** 19.1.

¹⁹⁴ Cic. **Top.** 10.45; Ulp. **Regl.** 19.1.

¹⁹⁵ Gai. **Inst.** II.19. *In iure cessio* ve *traditio* işlemleri için sırasıyla bu çalışmada bkz. §2/IV (*In Iure Cessio*); §2/V (*Traditio*).

¹⁹⁶ Gai. **Inst.** II.15.

¹⁹⁷ Raymond De FRESQUET, "De l'origine politique et de l'importance de la distinction des '*res Mancipi*' et '*nec Mancipi*' dans l'ancien droit romain", **RHD (1855-1869)**, C. 3, 1857, s. 509- 524.

gens olarak adlandırılan ve ortak ataya dayanan toplumsal grupların mülkiyetinde bulunduğu düşüncesini ortaya atmıştır.¹⁹⁸

Bonfante'nin ileri sürdüğü gibi *res Mancipi* denilen mallar tarım bakımından önem arz eden mallar ise, *res Mancipi* – *res nec Mancipi* ayrımı, Roma'nın kuruluşunda mevcut olamaz. Roma'nın temellerinin atıldığı M.Ö. VIII-VII yüzyıllarda İtaliüm'da, hayvancılığa dayalı yarı göçebe bir yaşam tarzı egemendir.¹⁹⁹ Bölgede tarım, ancak Etrüsk işgalinin ardından gelişmiş ve temel ekonomik faaliyet olmuştur. Bu nedenle çoğunluğu çobanlardan oluşan Romalılar bakımından keçi, koyun ve domuz gibi sürü hayvanlarının değerli olduğuna kuşku yoktur. Bu mal ayrımı Roma'nın kuruluşuna kadar geriye gitseydi, yüksek değere sahip bu hayvanların *res Mancipi* kategorisinden olması gerekirdi. Ne var ki keçi, koyun ve domuz gibi değerli hayvanların *res nec Mancipi* kategorisinde bulunduğu bilinmektedir.

Arkaik dönemde Romalıların çoban olması, Bonfante'nin teorisinin sorgulanmasına neden olmuştur. Önemli Romanistlerden Visscher, *res Mancipi* kategorisine giren malların, en azından başlangıçta tarım bakımından değerli mallar olmadığını, aile reisinin (*pater familias*) hâkimiyetinde barışta ve savaşta çalışabilen köle, yük ve çeki hayvanları gibi canlı varlıklar olduğunu iddia etmiştir.²⁰⁰ Keçi, koyun ve domuz gibi çalıştırılmayan ve yalnızca ürün elde edilen sürü hayvanları *res Mancipi* değildi. Başlangıçta *res Mancipi* kategorisine dâhil olmayan taşınmazlar ise ekonomik değer ve önemleri gereği bu sınıfın kapsamına alınmıştır.²⁰¹

Arkaik dönemde yalnızca *res Mancipi* denilen mallar üzerinde mülkiyet hakkının kuruluyor olması muhtemeldir; zira bilinen en eski devir işlemi olan *Mancipatio*'nun konusunu, belirttiğimiz gibi, yalnızca bu tür mallar oluştururdu. *Nec Mancipi* mallar daha sonra hukuk alanına girmiş ve mülkiyet hakkının konusu

¹⁹⁸ Bkz. Bonfante, s. 253. Aynı görüş için bkz. Di Marzo, s. 234 vd. Bonfante'nin teorisi, Türk öğretisinde de kabul görmüştür. Bkz. Umur, s. 408; Erdoğan, *Eşya*, s. 7; Özcan Karadeniz ÇELEBİCAN, *Roma Eşya Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 5. Basım, 2015, s. 46.

¹⁹⁹ Gaetano de SANCTIS, *Storia dei romani*, Torino, 1907, II, s. 465 vd.

²⁰⁰ Fernand De VISSCHER, "Mancipium et res Mancipi", *SDHI*, C. 2, 1936, s. 264-322. Aynı görüş için bkz. Monier, *Manuel*, I, s. 350.

²⁰¹ Monier, *Manuel*, I, s. 350 n°3; Meylan, *Genèse*, s. 153.

olabilmiştir. Ancak bütünüyle sezgisel bu çıkarımı kanıtlayan herhangi bir veri kaynaklarda bulunmamaktadır.²⁰²

3. Şekli

Mancipatio şekle bağlı bir hukukî işlemdi. Geçerli olarak kurulması için, tarafların iradelerini hukuk düzeninin öngördüğü şekilde açıklamaları gerekirdi. Klasik Hukuk Dönemi'nde *mancipatio*'nun şekli oldukça karmaşıktı. Bu şeklin içeriği, Gaius tarafından ayrıntılı biçimde aktarılmıştır:

Gai. Inst. I.119:

Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

Yukarıda dediğimiz gibi, *mancipatio* hayalî bir satıştır: Roma vatandaşlarına özgü hukukun bir parçasıdır; çünkü yalnızca onlar bu işlemi yapabilirler. *Mancipatio*'nun usule uygun olması için, Roma vatandaşı ve ergin en az beş tanığın yanı sıra, bronz bir terazi tutan ve terazi memuru olarak adlandırılan aynı özelliklere sahip bir başkasının önünde yapılması gerekir. Devralan, malı tutarak şöyle der: “Bu insanın *Quirites* hukukuna göre benim olduğunu beyan ederim; çünkü onu bu bronz terazi ve maden parçasıyla aldım.” Bunun üzerine elindeki maden parçasını teraziye vurur ve bedel yerine devredene verir.

Görüldüğü gibi *mancipatio*; devreden, devralan, her biri Roma vatandaşı ve ergin olan beş tanık ve bir terazi memurunun (*libripens*) katılımıyla devralanın bahsedilen sözleri söylemesi ve sonra maden parçasını (*aes*) devredene vermesiyle

²⁰² Georges CORNIL, *Ancien droit romain: Le problème des origines*, Brüksel-Paris: 1930, s. 62 vd.

gerçekleşirdi. Maden parçası satış bedelinin sembolik olarak ödenmesi anlamına gelirdi. Devralanın söylediği sözler ise iki farklı cümleden oluşurdu. “*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*” şeklindeki ilk kısım, *in iure cessio* işlemindeki gibi, malın mülkiyetinin devralana geçtiğini bildiren bir istihkak iddiasıydı.²⁰³ Romalılar buna *vindicatio* derlerdi.²⁰⁴ İkinci kısım (*mihi emptus esto hoc aere aenequa libra*) ise tarafların mal ile bedelin değiştirilmesi konusunda maden ve teraziyle yaptıkları anlaşmayı temsil eden bir değişim açıklamasıydı. Bu açıklama, malın devrinin hukukî sebebinin maden ve teraziyle (*per aes et libram*) yapılan işlem olduğunu belirtirdi.²⁰⁵ Ne var ki bu açıklama, maden parçasının bedel olarak karşı tarafa verilmesi gibi tamamen sembolikti. Nitekim belirttiğimiz gibi, *mancipatio*’nun hukukî sebebi satış sözleşmesi olabileceği gibi, bağışlama vb. de olabilirdi; çünkü Klasik Hukuk Dönemi’nde *mancipatio*, satış işlemi değil, soyut bir devir işlemiydi.

B. Eski Hukuk Dönemi’nde *Mancipatio*

1. Peşin Satış İşlemi Olması

Terazi, *libripens* ve maden gibi, beş tanık şartının dışında kalan işlemin diğer esaslı unsurları, ilk bakışta ilginç ve anlamsız görünebilir; ancak işlemi meydana getiren tüm bu sembolik unsurlar, *mancipatio*’nun Eski Hukuk Dönemi’ndeki görünümünün ipuçlarını taşımaktadır.

Devlet tarafından piyasaya sürülen basılmış paranın (sikke) olmadığı dönemde mübadele aracı olarak, standart biçim ve ağırlığa sahip olmayan ham maden parçaları (*aes rude*) kullanılırdı.²⁰⁶ Bu maden parçaları, altın ve gümüş değil, bronzdu.

²⁰³ Henri LÉVY-BRUHL, “La formule vindicatoire”, *NRHD*, Paris: 1932, s. 205; **Quelques problèmes du très ancien droit romain**, Paris, 1934, s. 95; “Note sur l’acte juridique à Rome”, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, S. 1-2, 1939, s. 78; Buckland, s. 236; May, II, s. 454 n°5.

²⁰⁴ Davacının mülkiyet hakkını ileri sürerek malın zilyetliğinin geri verilmesini talep ettiği *rei vindicatio* adlı dava (istihkak davası) da bu *formula*’yı içerirdi.

²⁰⁵ Lévy-Bruhl, *Vindicatio*, s. 208.

²⁰⁶ Gai. *Inst.* I.122; Plin. *Nat. Hist.* XXXIII.13.1; Fest. **Verb. Sign.** ‘pendere poenas’. Yunan sikkeleri dışında, Eski Roma’da bilinen ilk mübadele aracı, M.Ö. IV. yüzyılın başında kullanımına başlandığı sanılan *aes rude* denilen ham bronz madeni parçalarıdır. Bu parçaların standart bir biçim ya da ağırlığı yoktur. Terazile tartım yapılmasının nedeni, ağırlığını ve dolayısıyla değerini belirlemektir. M.Ö. IV. yüzyılın sonunda bu ham bronz parçaları, belirli biçime sokulmuş ve ağırlıkları sabitlenmiştir. *Aes signatum* (işaretlenmiş sikke) denilen bu yeni bronz sikkeler, külçe gibi dikdörtgen prizması biçiminde 16x9 boyutlarında ve 1,5 kg ağırlığındaydı. Yüzeylerinde hayvan

Madenin değerini belirleyen sayı değil, ağırlığıydı. Terazî de bu madenin ağırlığını ölçmek için kullanılırdı. Nitekim Gaius, *mancipatio*'da terazinin varlığını, eskiden as, çift as (*dupondius*), yarım as (*semis*) ve çeyrek as (*quadrans*) denilen bronz madenlerinin değerinin ağırlıkla ölçülmesiyle açıklar.²⁰⁷ As bir libreye, çift as iki libreye, yarım as yarım libreye ve çeyrek as çeyrek libreye karşılık gelirdi.²⁰⁸

Devralan, *formula*'ya uygun sözleri sarf ettikten sonra, madeni teraziye vururdu: *Raudusculo libram ferito* (Külçeyi teraziye vursun).²⁰⁹ Amaç, çıkan sestene madenin gerçek olup olmadığını anlamaktı.²¹⁰ *Libripens*'in görevi yalnızca teraziye tutmak değil, aynı zamanda tartımı yapmaktı. Titiz ve doğru bir tartım yapılabilmesi için tarafsızlığı tartışılmaz olması gereken *libripens*, bu bakımdan *mancipatio* işleminin önemli unsurlarından belki de birincisiydi.

Terazi unsurunun gösterdiği gibi, orijinal *mancipatio*'da mal ile bedelin değiştirilmesi söz konusuydu. Dolayısıyla Klasik Hukuk Dönemi'nin *mancipatio*'su ile eski *mancipatio* işleminin içeriği farklıydı. Klasik Hukuk Dönemi'nde *mancipatio*, bir malın mülkiyetinin bir başkasına devredildiği soyut bir tasarruf işlemi olduğu halde, daha eski dönemde mal ile bedelin (maden) değişimini konu edinen bir satış işlemiydi.²¹¹

resimleri gibi çeşitli işaretler kazınmıştır. Son olarak M.Ö. III. yüzyılın ortalarından itibaren *aes grave* (ağır bronz) olarak adlandırılan 325 g ağırlığındaki sikkeler kullanılmaya başlanmıştır. Pön Savaşları sırasında bu madenlerin ağırlığı 270 g olarak değiştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Theodor MOMMSEN, *Histoire de la monnaie romaine*, I-IV, Çev. Le Duc de Blacas, Paris: 1865-1875; Charles APPLETON, "La Monnaie romaine et les XII Tables", *Aréthuse*, C. 1924, s.11-25.

²⁰⁷ Gai. *Inst.* I.122.

²⁰⁸ Libre (Lat. *pondus*), 453,592 gramlık bir ağırlık ölçü birimidir.

²⁰⁹ Fest. *Verb. Sign.* 'rodus'; Varr. *Ling. Lat.* V.163. *Aes* ve *raudusculum* eş anlamlı kavramlardır.

²¹⁰ Rudolph Von JHERING, *L'Esprit du droit romain*, Çev. De Meulenaer, Paris: 1877, III, s. 222. Bir başka görüşe göre madenin teraziye vurulması, anlaşmanın tamamlandığını gösteren sembolik bir hareketten ibaretti. Bkz. Johannes CHRISTIANSEN, *Wissenschaft der Römische Rechtsgeschichte im Grundrisse*, I, 144 vd.

²¹¹ Pringsheim, *Origine*, s. 490; "The Unique Character of Classical Roman Law", *The Journal of Roman Studies*, C. 34, S. 1-2, 1944, s. 63; William Hepburn BUCKLER, *The Origin and History of Contract in Roman Law down to the end of Republican Period*, Londra: 1895, s. 136; Herbert Felix JOLOWICZ, *A Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge University Press, Londra, 1932, s. 144; Reuven YARON, "Remarks on Consensual Sale (with special attention to *periculum emptoris*)", *Roman Legal Tradition*, C. 2, 2004, s. 59-60; George M. BUSH, "Mancipatio - An Historical Study", *Juridical Review*, C. 38, 1926, s. 87; Girard, *Manuel*, s. 309 vd.; Monier, *Manuel*, I, s. 408; Accarias, *Précis*, II, s. 430; May, I, s. 279; II, s. 115; Honig, s. 327; Di Marzo, s. 276; Nicholas, s. 63; Sohm, s. 48; Schmidlin / Cannata, s. 135; Gaudemet / Chevreau, s. 236; Meylan, *Genèse*, s. 130; Cornil, *ADR*, s. 65; Coing, s. 7; Saleilles, s. 214; Rado, *Borçlar*, s. 87 vd.; Tahiröglü, *Borçlar*, s. 195; Erdoğan, *Eşya*, s. 60; Çelebican, s. 169; Özsunar, s. 46.

Bu satış işleminin niteliğine dair öğretide farklı teoriler ileri sürülmüştür. Romanistlerin önemli bölümü, Eski Hukuk Dönemi'ndeki *mancipatio*'yu bir peşin satış olarak değerlendirirken, Koschaker ise *mancipatio*'nun iki farklı işlemin bileşiminden oluştuğunu savunmuştur.

Romalılar, rızaî satış sözleşmesinin ortaya çıkmasından önceki dönemde peşin satış yaparlardı. Satılan ile bedel, işlem sırasında aynı anda değiştirilir; herhangi bir vade ya da koşul öngörülmezdi. *Mancipatio per aes et libram* (maden ve teraziyle) yapılan bir peşin satışı.²¹² Tanıkların önünde bedel yerine geçen bir miktar maden terazi ile tartılıp satıcıya verilir; daha sonra mal devralana verilir.

Taksitli ya da vadeli satışa özgü bağımsız bir işlem düşüncesi, arkaik dönem toplumlarının çok ilerisindeydi. Ancak bu, Erken Çağ toplumlarının taksitli ya da vadeli satışı bilmedikleri anlamına gelmemektedir. XII Levha Kanununda, kurban etmek amacıyla bir hayvan satın alan ve bedeli ödemeyen alıcıya karşı satıcının rehin hakkının (*pignoris capio*) bulunduğu düzenlenmiştir.²¹³ Bu düzenlemeden şu sonuç çıkarılabilir: Satış bedeli her zaman peşin olarak ödenmez ve bu halde alıcı bedel için satıcıya bir aynî güvence verirdi.

Peşin satışın egemen olduğu dönemde, vadeli satış ihtiyacı, peşin satış işlemine ek olarak başka işlemlerden yararlanılmak suretiyle giderilirdi. Örneğin; Romalılar, peşin satış işleminde bedel ödenmesini temsilen bir maden parçası teslim ederler; satış bedelini ise *stipulatio* ile güvence altına alırlardı.²¹⁴ Eski Yunanlarda *stipulatio*'nun işlevini, ödünç verenin ödünç alana bir miktar parayı teslim etmiş gibi yaptığı bir farazî tüketim ödünçü sözleşmesi görürdü.²¹⁵ Satış bedelini güvence altına alınmak için kullanılan bir diğer yöntem, cayma ve bağlanma parasının öncülü olan *arra* kullanımıydı.²¹⁶

²¹² *Mancipatio, per aes et libram* yapılan şekle bağlı işlemlerden yalnızca biriydi. *Nexum, testamentum per aes et libram, coemptio, imaginaria solutio, emancipatio* da maden ve teraziyle gerçekleştirilirdi. Bu çalışmada bkz. §2/II/C/1 (*Şekli*).

²¹³ Gai. **Inst.** IV.28.

²¹⁴ Pringsheim, **Origine**, s. 489-490; Meylan, **Genèse**, s. 153 vd.

²¹⁵ Satış işleminde satıcı, bedel ödenmiş gibi alıcıya bir makbuz verirdi. Tüketim ödünçünde ise bir miktarın paranın alıcıya ödünç verildiğine ilişkin bir makbuz verirdi. Böylece satıcı satış bedelini alıcıdan tüketim ödünçünden doğan dava ile talep edebilirdi. Bkz. Fritz PRINGSHEIM, **The Greek Law of Sale**, Weimar: 1950, s. 244 vd.; **Origine**, s. 490.

²¹⁶ Pringsheim, **Greek Sale**, s. 57; 374. Roma'da *arra* için bkz. Plaut. **Rud.** v.45, 552, 852-867, 1281; **Mostel.** v. 637-645, 795-828, 912-920, 1010-1025. Eski Yunanlarda *arra* için bkz. Theophrastos, 97.7.

M.Ö. V. yüzyılın başında dövülmüş madenî paranın (sikke) devlet tarafından dolaşıma sokulmasından sonra, tartma işlemi yapılmamaya başlanmıştır; çünkü bedel yerine geçen madenînin değeri, nominal olarak paranın üzerinde yazılıydı ve tartmaya artık ihtiyaç yoktu.²¹⁷ Nitekim aynı dönemde yürürlüğe giren XII Levha Kanununda, *mancipatio* işlemi sırasında uygun sözlerin söylenmesi üzerine hakkın doğacağı belirtilmiştir: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (*Nexum* ya da *mancipatio* yapıldığında, hak, söylenen sözler doğrultusunda doğar.)²¹⁸ Girard, ifade tarzından, kanunda sadece *mancipatio*'da belirli sözlerin söylenmesi gerektiği değil, tartım işlemi yapılmadan hakkın doğacağının kastedildiğini iddia etmiştir.²¹⁹ Her ne kadar tartım artık yapılmasa da, terazi ve *libripens* işleminden çıkartılmamıştır.

Öte yandan zaman içinde *mancipatio*, taksitli satış ve cihaz (*dos*) verilmesi gibi bedel ödenmesinin söz konusu olmadığı durumlarda, malı devretmek amacıyla kullanılmaya başlanmıştır. Şekilci bir işlem söz konusu olduğundan, terazi unsuru işleminden çıkartılmamış; bunun yerine bedel ödeniyormuş gibi tartma işlemi korunmuştur.²²⁰ En ufak sikke olan bir *sestertius* ile sembolik ödemenin yapıldığı bu işleme, *mancipatio nummo uno* (kuruş *mancipatio*'su) denmiştir.²²¹

V. yüzyılda merkezî para biriminin ortaya çıkmasının ardından gerek bedelin bulunmadığı devir işlemlerinde gerekse peşin satışlarda, bedel yerine geçen madenin gerçekten tartılmasına son verilmiştir. Terazi ve tartım artık yalnızca sembolik hale

²¹⁷ Paul Frédérick GIRARD, "L'Histoire des XII Tables", **NRHD**, C. 26, 1902, s. 425; Frederick Parker WALTON, **Historical Introduction to Roman Law**, Edinburgh: 1920, s. 138; Jhering, III, s. 223. Devlet tarafından dolaşıma sokulan dövülmüş paranın sonra belirli bir süre daha tartım yapılmış olabilir; çünkü seri üretimin bulunmadığı bu dönemde madenlerin ağırlıkları arasında ciddi farklar bulunurdu. Bu nedenle *mancipatio* işlemindeki tartımın sembolik hale gelmesinin, gümüş paranın yürürlüğe girdiği M.Ö. III. yüzyılda gerçekleştiği de öğretilerde savunulmuştur. Bkz. Appleton, **Prix**, s. 22 vd.; Monier, **Manuel**, I, s. 409.

²¹⁸ XII Levha Kanunu, VI.1 (Girard, **Textes**, s. 14).

²¹⁹ Girard, **Manuel**, s. 310 n°3. Girard'ın bu görüşü eleştiriye açıktır. Lafzî yorumla bu sonuca ulaşmak mümkün değildir. Bkz. Appleton, **Prix**, s. 23. Monier, bu cümleyi, *mancipatio* sırasında satıcının verdiği ek taahhütlerin bağlayıcı olduğu şeklinde yorumlamıştır. Bkz. Monier, **Manuel**, I, s. 411. Lévy-Bruhl ise bu ifadeden, tartımın yanı sıra tanıkların onayı olmadan da işlemin geçerli bir şekilde kurulmuş olacağı sonucunu çıkarmıştır. Bkz. Lévy-Bruhl, **Acte**, s. 80. Ayrıca bu çalışmada bkz. §2/II/C/1 (*Şekli*).

²²⁰ Girard, **Manuel**, s. 310; May, I, s. 281.

²²¹ *Formula Baetica* (Girard, **Textes**, s. 707). Ayrıca bkz. Koschaker, **Roma**, s. 139; Cuq, **Manuel**, s. 153; 273; Girard, **Manuel**, s. 294 n°2; 566 n°3; Buckland, s. 237 n°7; 241 n°10; May, I, s. 504; Pringsheim, **Origine**, s. 490; Sohm, s. 59; Di Marzo, s. 277.

gelmiştir.²²² Gaius'un *mancipatio* için kullandığı "hayalî satış" (*imaginaria venditio*) niteliyesi, işte bu gelişimi -gerçek tartımın yerini sembolik tartımın almasını ifade eder.

Basılmış paranın yaygınlaşması ve taksitli ya da vadeli satış ihtiyacını ortaya çıkmasıyla, tartım işlemi yok olmakla kalmamış, aynı zamanda *mancipatio* sırasında satış bedelinin ödenmesine son verilmiştir.²²³ Muhtemelen bedel, işlemden önce ödenirdi. Bu bakımdan bu şekilci işlem, saf bir peşin satış olma özelliğini yitirmiştir. Ancak Klasik Hukuk Dönemi'ne kadar, satış işlemi niteliğini korumuş; soyut bir devir işlemi özelliğini henüz kazanamamıştır.

2. *Mancipatio*'nun İki Farklı İşlemin Bileşimi Olduğuna İlişkin Teori

Koschaker, eski *res Mancipi* satışının, mal ile paranın aynı anda ve tek işlemle değiştirildiği bir peşin satış olmadığını savunmuştur.²²⁴ Eğer peşin satış olsaydı, her iki tarafın da şekilci işleme etkin şekilde katılmaları; alıcının parayı, satıcının ise malı vermesi gerekirdi. Oysa Gaius'un betimlediği *mancipatio*, yalnızca alıcının şekle bağlı olarak hareket ettiği bir işlemdir.²²⁵ Alıcı; taşınırı eliyle kavrama hareketini yapar, istihkak iddiasında bulunur ve elindeki külçeyi teraziye vurup satıcıya verir. Satıcı ise tamamen edilgen konumdadır.²²⁶ Bu bakımdan *mancipatio*, yalnızca taraflardan birinin şekle bağlı olarak hareket ettiği bir hukukî işlemdir.

Avusturyalı Romaniste göre *res Mancipi* satışı, bedelin ödenmesi ve daha sonra alıcının kendi kendine zilyetliği kazanması olmak üzere iki farklı hukukî işlemten oluşurdu.

(1) Terazi ile ağırlığı tartılan madeni satıcıya vermesi üzerine alıcı, bir alacak hakkı değil, satılan üzerinde bir aynî hak kazanırdı. *Vindicatio formula*'sına eklenen "*mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*" ifadesi de mülkiyetin geçtiğini

²²² Paul Frédéric GIRARD, "L'Action auctoritatis", *NRHD*, C. 6, 1882, s. 180; Girard, *XII Tables*, s. 425; *Manuel*, s. 310; Schmidlin / Cannata, s. 136.

²²³ Koschaker, *Roma*, s. 136.

²²⁴ Koschaker, *a.g.e.*, s. 134-137.

²²⁵ Meylan, *Genèse*, s. 132.

²²⁶ Buckland, s. 236; Monier, *Manuel*, I, s. 407; Fernand De VISSCHER, "Le rôle de l'auctoritas dans la mancipation", *RHD* 4. *Seri*, C. 22, 1933, s. 604.

gösterirdi²²⁷; zira “*emere*” sanılanın aksine “satın almak” değil; *accipere* (birinin elinden almak) ve *sumere* (tutmak), “satış akdine dayanarak almak, tutmak” anlamına gelirdi.²²⁸

(2) Satış bedelinin ödenmesinden sonra alıcı, maliki haline geldiği malı teslim almak suretiyle zilyetliğini kazanırdı. Bu nedenle satıcı; malın mülkiyetini devretme gibi herhangi bir borç altına girmez ve hâlihazırda mülkiyeti kazanmış olan alıcının malın zilyetliğini kazanmasına engel olamazdı.

Darp tekniğiyle basılmış paranın dolaşıma sokulmasından sonra, maden tartımının yanı sıra, zilyetliğin kazanımı da sembolik hale geldiğini savunan Koschaker, taşınmazların bir toprak parçasıyla temsil edilerek satıldığını iddia etmiştir.²²⁹ Dahası, işlem sırasında bulunması gereken taşınırın, zilyetliğin devrinden sonra alıcı tarafından alınıp götürüldüğüne ilişkin hiçbir kaynakta bilgi bulunmaması, bu sembolizmi kanıtlar niteliktedir. Yazara göre her iki unsurun sembolik hale gelmesi, başlangıçta birbirinden ayrı olan bu iki işlemin birleşmesini kolaylaştırmıştır. Eski Hukuk Dönemi’nde *res mancipi* satışının bir peşin satış olduğu yönündeki yanılmanın nedeni, işte bu iki farklı işlemin birleşmesidir.

Koschaker’in ileri sürdüğü bu teori, Klasik Hukuk Dönemi’nde de geçerli olan bedel ödendikten sonra mülkiyetin kazanılması kuralını açıklamaktadır; çünkü bedel ödenmeden satış olmaz ve kazanmanın hukukî sebep bulunmazdı.

Gai. I.119’un genel kabul gören metninde betimlendiği gibi alıcı önce malı teslim alıp daha sonra bedeli ödüyorsa, Koschaker’in önce bedelin ödenmesi üzerine

²²⁷ Koschaker’in mülkiyetin alıcıya geçtiği şeklinde yorumuna karşın, “*mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*” ifadesi zilyetliğin devrini açıklayan bir alım işlemiydi. Bu çalışmada bkz. §2/II/C/2 (*Tek Taraflı Bir Alım İşlemi Olması - Emptio*).

²²⁸ Fest. **Verb. Sign.** ‘*emere*’; ‘*abemito*’, ‘*redemptores*’; Varr. **Ling. Lat.** VII.26-27. En basit haliye “almak, ele geçirmek” anlamına gelen “*emere*”, yalnızca satış değil, kira gibi birçok işlemde taraflardan birinin kazanmasını ifade ederdi. Bkz. Jhering, III, s. 225 n°274; Cuq, **Manuel**, s. 454 n°11; Meylan, **Genèse**, s. 133; Buckler, s. 139; Jolowicz, s. 148; Theodor MOMMSEN, “Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe”, **ZSS RA**, C. 6, S. 1, 1885, s. 265; Alan WATSON, “*Emptio*, ‘taking’”, **Glotta**, C. 53, S. 3/4, 1975, s. 296 n°15.

²²⁹ Koschaker, **Roma**, s. 138. Devlet tarafından dolaşıma sokulan dövülmüş paranın ortaya çıkışıyla, taşınmazların uzaktan sembolik olarak devredilmesi mümkün değildi. Gaius, taşınmazların sembolik tesliminden, bir taşınmazın *vindicatio* işlemiyle devrinde söz eder. Ayrıca taşınmazların sembolik teslimi, satış sözleşmesinin tarihsel gelişimiyle uyumlu değildir. Bu çalışmada bkz. §3/V/B/1 (*Taşınmaz Satışlarında Peşin Satışın İki Farklı İşleme Ayrılması*).

kurulu teorisi çürütülmüş olmaktadır.²³⁰ *Mancipatio* sırasında önce malın alıcıya teslim edildiği, daha sonra bedelin ödendiği şeklindeki öğretideki genel kabul hatalıdır; zira Gai. I.119'un orijinalinde sözleri söyleyip madeni vermeden önce alıcının elinde malı tuttuğu (*rem tenens*) değil, madeni tuttuğu (*aes tenens*) ifade edilir. Dolayısıyla Koschaker'in teorisi, *mancipatio*'nun iki farklı işlemin bileşiminden meydana geldiği ve peşin satış halini aldığı şeklinde yorumlanabilir.

C. Arkaik Dönemde *Mancipatio*²³¹

1. Şekli

Buraya kadar Gaius'un Klasik Hukuk Dönemi'ndeki *mancipatio* tasvirinden yola çıkarak, Eski Hukuk Dönemi'nde *mancipatio*'nun soyut bir devir işlemi olmadığını, mal ile teraziyle tartılan bir miktar madenin değiştirildiği şekle bağlı bir peşin satış olduğunu tespit ettik.

Yine gördüğümüz gibi *mancipatio, per aes et libram* (maden ve teraziyle) yapılan şekle bağlı bir işlem; ancak *per aes et libram* işlemler *mancipatio* denilen arkaik dönemin peşin satışından ibaret değildir. Nitekim Gaius ve Ulpianus, maden ve teraziyle yapılan birçok farklı işlemin varlığına tanıklık ederler: *nexum* (Varr. **De Ling. Lat.** VII.105), *imaginaria solutio* (Gai. **Inst.** III.173), *emancipatio* (Gai. **Inst.** I.132), *mancipatio familiae* (Ulp. **Regl.** 20.2-9; Gai. **Inst.** II.102-104), *coemptio* (Gai. **Inst.** I.113). Bu işlemlerin incelenmesi, *mancipatio*'nun arkaik kökenlerini bulmakta

²³⁰ Söz konusu metne ilişkin (Gai. **Inst.** I.119) ayrıntılı değerlendirme için bu çalışmada bkz. §2/II/C/2 (*Tek Taraflı Bir Alım İşlemi Olması - Emptio*).

²³¹ Roma Hukuku dönemlerini; Eski Hukuk Dönemi, Klasik Hukuk Dönemi ve Postklasik Hukuk Dönemi olmak üzere üçe ayıran geleneksel sınıflandırma, bu dönemlerin kendi içlerinde yeknesak olduğu izlenimini yaratmaktadır. Özellikle Eski Hukuk Dönemi malvarlığı hukukunda, çalışmanın bu bölümünde ele alacağımız önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Bu nedenle Eski Hukuk Dönemi içinde yeni bir sınıflandırmaya ihtiyaç vardır. Mevcut bilgiler ışığında, bu yeni dönemin başlangıcı ve sonunu tam olarak saptamak mümkün değildir. Hukuk alanındaki değişiklikleri birbiriyle dolaylı olarak bağlantılı iki olgu tetiklemiş olmalıdır: ham maden parçalarından paraya geçiş ve hukukun yazılı hale gelmesi. Dolayısıyla yeni sınıflandırmada, M.Ö. VI-V. yüzyılların dönüm noktası olarak esas alınması yanlış olmayacaktır. XII Levha Kanunu, kuşkusuz hukuk alanındaki bu dönüşümünün ifadesidir. Bu tarihten önceki dönem, “arkaik dönem” ya da “çok eski hukuk dönemi” olarak ifade edilmektedir. Bkz. Henri LÉVY-BRUHL, **Nouvelles études sur le très ancien droit romain**, Paris, 1947; **Quelques problèmes du très ancien droit romain**, Paris, 1934; Félix SENN, “Le nexum: contrat de prêt du très ancien droit romain”, **NRHD**, C. 29, S.1, Ocak-Şubat 1905, s. 49-95; Paul HUVELIN, “La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain”, **Mélanges Ch. Appleton**, Lyon: 1903, s. 371-499.

yardımcı olabilir.²³² *Per aes et libram* vasiyetnamenin şekli, bu doğrultuda birçok ipucu vermektedir:

Gai. Inst. II.104:

Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGE PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare.

Bu işlem şu şekilde yapılır: vasiyet eden, diğer *mancipatio*’larda olduğu gibi, beş ergin Roma vatandaşı tanık ve bir terazi memuru alır, vasiyetini levhalara yazdıktan sonra, şekle uygun olsun diye *familia*’sını²³³ başkasına *mancipatio* ile devreder; bu konuda *familia* alıcısı şu sözleri sarf eder: “*Familia*’nın ve paranın benim mandam ve gözetimimde olduğunu ve vasiyetini yasaya uygun olarak yapabilmen için, bu bronz madeni ve bazılarının eklediği gibi bu bronz teraziyle onlar benim tarafımdan alındığını beyan ederim.” Sonra teraziye bronz parçasıyla vurur ve bu bronz parçasını bedelin yerine vasiyet edene verir. Sonra vasiyet eden, vasiyetinin yazılı olduğu levhaları elinde tutarak şöyle der: “Bu levhaların üzerine yazanlar uyarınca, veriyor, vasiyet ediyor,

²³² Belirtmek gerekir ki, arkaik dönemde *mancipatio* ve genel olarak arkaik dönemin dinî ya da ruhanî nitelik taşıyıp taşımadığına ilişkin tartışma, bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kaius TUORI, “The Magic of *Mancipatio*”, *RIDA* 3. Seri, C. 55, 2008, s. 510 vd.

²³³ “Aile” ya da “hane” anlamına gelen “*familia*” sözcüğü, hane üyeleri arasında yer alan kölelerden yola çıkarak, “malvarlığı” anlamında da kullanılır. Gaius’un bu metinde “*familia*” ve “*pecunia*” sözcükleri aynı cümlede ayrı ayrı kullanılmasından anlaşılabacağı üzere, “*familia*” kavramı, para dışında kalan canlı varlıkları kapsamaktadır.

tanıklık etmeye çağırıyorum ve siz, *Quirites* (Romalılar), bana tanıklık ediniz”. Ve buna *nuncupatio* denir: *nuncupare* kamuya açıklamaktır ve vasiyet edenin vasiyetname levhalarında özel olarak yazdıklarının bu genel sözlerle açıklandığı ve onaylandığı görülür.

Ulp. Regl. 20.9

In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum : tabulas testamenti testator tenens ita dicit : HAEC UT IN HIS TABULIS CERISVE SCRIPTA SUNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR ; ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM PERHIBETOTE. Quae nuncupatio et 'testatio' vocatur.

Maden ve teraziyle yapılan vasiyetin iki unsuru vardır: *mancipatio familiae* ve vasiyet açıklaması (*nuncupatio*). Vasiyet şu şekilde açıklanır; vasiyet eden vasiyet levhalarını elinde tutarak şöyle der: “Bu levhalarda ve bu balmumu üzerinde yazanları veriyor, vasiyet ediyor, tanıklık etmeye çağırıyorum. Ve siz, *Quirites* (Romalılar), bana tanıklık ediniz.” Bu açıklamaya ‘*testatio*’ da denir.

Mancipatio familiae ya da *testamentum per aes et libram* (maden teraziyle vasiyetname), şekle bağlı peşin satışta olduğu gibi beş tanık ve bir terazi memuru önünde bir hayalî satış biçiminde gerçekleştirilirdi. Ancak bu metinde Gaius (I.119), *mancipatio*’yu betimlerken belirtmediği bazı unsurlardan vasiyetname için söz eder. İşlemin konusunun vasiyetname olmasından kaynaklı özgünlükleri bir kenara bırakmak gerekir; çünkü arkaik satışın şekliyle ilgili bilgi sağlayamaz. Buna karşın doğrudan *per aes et libram* işlemi ilgilendiren iki temel unsur göze çarpmaktadır: *testes rogati* (1) ve *nuncupatio-testatio* (2).²³⁴

İlk olarak, tanıklar işleme katılmak için özellikle davet edilirlerdi; tesadüfen hazır bulunan kişiler tanık olamazdı. Bu bakımdan *per aes et libram* işlemlerinin tanıklarına, *testes rogati* (davet edilen tanıklar) denirdi.²³⁵ Terazi memuru için de

²³⁴ Edouard CUQ, “Recherches historiques sur le testament *per aes et libram*”, *NRHD*, C. 10, 1886, s. 565; Edwin Charles CLARK, *Early Roman Law: The Regal Period*, Londra, 1872, s. 119.

²³⁵ Koschaker, *Roma*, s. 136.

davet edilmiş olma şartı aranırdı. Gaius'un (II.25) *mancipatio*'nun dostlar arasında yapıldığını söylemesi, arkaik *mancipatio*'da davetin söz konusu olmadığı anlamına gelmemektedir. Romalı hukukçu, bu sözleriyle işlemin yaygın kullanımını ifade etmek istemiştir. Gaius'un *mancipatio*'yı anlatırken davetten söz etmemesi, bilinçli bir tercih değildir. Bu nedenle, tanık ve terazi memurunu davet şartının, peşin satış işlemine karşılık gelen arkaik *mancipatio*'da da geçerli olduğu kabul edilmelidir.

İkincisi, vasiyet eden, alıcı gerekli sözleri söyleyip maden parçasını vasiyet edene verdikten sonra, tanıklardan onay isterdi. Gaius'un belirttiği gibi bu sözlerle *nuncupatio* denirdi. Onay vasiyetnamenin geçerli olması için şarttı.²³⁶ Arkaik dönemde *nuncupatio* büyük olasılıkla tüm hukukî işlemlerde bulunurdu; hukukî işlem ilgilinin salt irade açıklamasıyla oluşmazdı. Bireyin irade açıklamasının hukukî sonuç doğurması için, tanıkların temsil ettiği topluluğun²³⁷ bu işleme onay vermesi gerekirdi.²³⁸ Birey, topluluğun içinde var olur, onun belirlediği ortak amaç ve çerçeveden sapamazdı. Dolayısıyla hukukî işlemin geçerliliği, topluluğun denetimine bağlıydı. Bu bakımdan tanıklar, basit birer ispat aracı değil, mal devrine hukukî sonuç bağlayan adeta birer yasa koyuculardı; hukukî işleme verdikleri onay esasen yasa gücündeydi.²³⁹ Diğer hukukî işlemler gibi, *mancipatio*'da da *nuncupatio*'nun bir zamanlar bulunduğu kanımızca muhakkaktır.²⁴⁰ Hukuk anlayışı gelişip birey - topluluk ilişkisi gevşedikçe, topluluk denetimi sembolik hale gelmiştir.²⁴¹ Tanıklar,

²³⁶ Henri LÉVY-BRUHL, "Fonction du Très Ancien Testament Romain", *NRHD*, C. 45, 1921, s. 636; 659.

²³⁷ Bu topluluk, satılanın mülkiyetine göre farklılaşır. Bireysel mülkiyetin henüz gelişmediği dönemde, toplumsal mülkiyet söz konusuydu. İtalik halklar genelden özele *tribus*, *curia*, *gens*, *familia* gibi çeşitli toplumsal gruplara ayrılmıştır. Her bir topluluğun kendisine ait malvarlığı bulunurdu. Bkz. Bonfante, s. 253; Bush, s. 88.

²³⁸ Jhering, III, s. 228; Lévy-Bruhl, *Acte*, s. 76-77; Bush, s. 90. Topluluğun onayının, tanıklara şekle bağlı bir *formula* doğrultusunda soru yöneltilmesi ve tanıkların yanıtlaması biçiminde açıkça ya da örtülü olarak mı verildiği tartışma konusudur. Bush ve Magny'ye göre topluluğun onayı örtülüdür (Bush, s. 90; Magny, s. 47). Jhering ise açık olduğunu savunmuştur. Jhering'in görüşü, arkaik dönemin temel özellikleri ile uyumludur; çünkü bu dönemde iradelerin yalnızca belirli *formula*'larla açıklanırdı. *Nuncupatio*'nun topluluğun denetimi olduğuna ilişkin metinler için bkz. Fest. **Verb. Sign.** '*nuncupata pecuniam*'; Varr. **Ling. Lat.** VI.60.

²³⁹ Bush, s. 90; Lévy-Bruhl, *Acte*, s. 77. Arkaik dönemdeki hukukî işlemlerin topluluğun onayı ile kurulması kuralı, Klasik Hukuk Dönemi'ne kadar ulaşmış bir işlemde de karşımıza çıkmaktadır. Gaius'tan (I.97 vd.) öğrendiğimize göre evlat edinme, iki şekilde gerçekleşebilirdi: *magistra* ya da halk önünde (*adrogatio in comitia*). İkincisinde evlat edinme, halk meclisinin oylama yaparak onay vermesine bağlıydı.

²⁴⁰ *Mancipatio* ile *nuncupatio*'nun iki farklı işlem olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Cuq, **Testament**, s. 566; 571.

²⁴¹ Lévy-Bruhl, *Acte*, s. 80.

aleniyeti sağlayan unsurlara, birer ispat araçlarına dönüşmüşlerdir.²⁴² Klasik Hukuk Dönemi'nde *mancipatio*'da *nuncupatio*'dan bahsedilmemesinin nedeni budur.²⁴³

Nitekim Romanist gelenekte tanık sayısının beş olmasının nedeni, kral Servius Tullius'un Roma toplumunu beş sınıfa²⁴⁴ ayırmasından kaynaklandığı ve tanıkların bu sınıflardan birini temsil ettiği ileri sürülmüştür.²⁴⁵ Her ne kadar tanık ve *nuncupatio* topluluk denetimini sağlasa da, bu iddia iki nedenden ötürü yerinde değildir. İlk olarak, Roma toplumunda temsil bakımından sınıflar (*classis*) değil, *centuria* denilen bir başka toplumsal ve idarî ayırım esas alınırdı.²⁴⁶ İkincisi ise Gaius, beşin asgarî sayı olduğunu belirtir; tanıkların toplumsal sınıfları temsil etme işlevi olsaydı, tanık sayısının tam olarak beş olması beklenirdi; zira sembolizmde belirlilik esastır.²⁴⁷ Dolayısıyla tanık sayısından, şartın işlevine yönelik doğrudan sonuç çıkarmak mümkün değildir.

2. Tek Taraflı Bir Alım İşlemi Olması (*Emptio*)

Gaius'un metninin (I.119) yukarıda aktarılan versiyonuna (Verona el yazması) göre devralan, sözleri söylemeden ve bedel olarak maden parçasına vermeden önce, devir konusu malı tutardı: *Rem tenens*. Dolayısıyla bu metinden, devralan maden parçasını devredene vermeden önce ilk olarak malın teslim edildiği sonucunu çıkartmak zorunludur. Ancak Koschaker'in belirttiği gibi²⁴⁸, Eski Çağ'da Doğu hukuk sistemlerinde, malın tesliminden önce bedelin ödenmesi âdettendi. Roma

²⁴² *Mancipatio*'da tanıkların, en başından beri işlemin yapıldığına dair kanıt elde etmek ve aleniyet için öngörüldüğü de savunulmuştur. Bkz. Cornil, **ADR**, s. 64; Jolowicz, s. 145. Kanıtların birer ölümlü olduğu düşünüldüğünde, böyle bir amaç için beş sayısının oldukça az olduğu açığa çıkmaktadır (Brégi, s. 153 n°2.). Öte yandan amaç kanıt elde etmek olsaydı, mahkemede tanıklıkları kabul edilen kadınların da tanık olabilmeleri gerekirdi; ancak bu mümkün değildi.

²⁴³ Buna karşın aynı dönemde yapılan *per aes et libram* vasiyetnamelerde *nuncupatio*'nın muhafaza edilmesi, bireyin yaşamı sona erdikten sonra malvarlığının akıbetini belirlemesinin tüm topluluğun doğrudan menfaati olduğu düşüncesiyle açıklanabilir.

²⁴⁴ Efsaneye göre Roma'nın altıncı kralı olan Etrüsk kökenli Servius Tullius (M.Ö. 575-535), Roma toplumunu zenginliğe (*cens*) göre beş sınıfa (*classis*) ayırmıştır. Sınıflar ise her biri kural olarak yüz kişiden oluşan ve *centuriae* olarak adlandırılan birimlere ayrılmıştır. *Centuria*'lar ise *iuniores* (17-45 yaş) ve *seniores* (46-60 yaş) şeklindeki yaş gruplarına bölünmüştür (Tit. Liv. **Urb. Cond.** I.43).

²⁴⁵ Georg Philipp Eduard HUSCHKE, **Die Verfassung des Königs Servius Tullius**, Heidelberg: 1838, s. 602. Krş. Brégi, s. 153 n°5; Clark, s. 110.

²⁴⁶ Bkz. Girard, **Manuel**, s. 310 n°1. Servius Tullius'a atfedilen reformlardan en önemlisi, *comitia centuriata* denilen ve vatandaşların *centuria* esasına göre temsil edildiği halk meclisinin kurulmasıdır. Her *centuria*'nın bir oy hakkı vardı (Tit. Liv. **Urb. Cond.** I.43).

²⁴⁷ Girard, **Manuel**, s. 310 n°1; Cornil, **ADR**, s. 64.

²⁴⁸ Paul KOSCHAKER, "Eheschliessung und Kauf nach alten Rechten, mit besonderer Berücksichtigung der älteren Keilschriftrechte", **Archiv Orientalni**, C. 18, S. 3, 1950, s. 214'den naklen Meylan, **Genèse**, s. 132.

Hukukunda durumun böyle olmaması için bir neden yoktur. Nitekim Varro, sikkelerden bahsederken, terazi ve madenle (*per aes et libram*) yapılan işlemlerde devralının sözleri söylerken madeni tuttuğunu belirtir: *Assem tenentes*.²⁴⁹ O halde Gaius'un orijinal metinde, büyük olasılıkla “*rem tenens*” değil, “*aes tenens*” ifadesi yer almaktaydı.²⁵⁰ Dolayısıyla Gai. I.119'da malın tesliminden söz edilmemekte olup, bu pasajdan malın tesliminin bedelin ödenmesinden önce gerçekleştiği sonucu çıkarılamaz.

Öte yandan öğretide *mancipatio* betimlenirken, Gaius'un aktardığı bir başka pasaj sıkça ihmal edilmiştir:

Gai. Inst. I.121:

In eo solo praediorum Mancipatio a ceterorum Mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae Mancipi sunt, nisi in praesentia sint, Mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum, qui Mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei Mancipio datur, necesse sit; unde etiam Mancipatio dicitur, quia manu res capitur: Praedia vero absentia solent Mancipari.

Taşınmazlara ilişkin *mancipatio*, diğer şeylere ilişkin *mancipatio*'dan yalnızca bir noktada farklıdır: Köle ve özgür kişiler, aynı şekilde *mancipatio* ile devredilebilir hayvanlar, yalnızca işlem sırasında hazır bulundurulursa *mancipatio* ile devredilebilir; çünkü devralanın kendisine *mancipatio* ile devredilen şeyi el ile kavraması zorunludur; nitekim “*mancipatio*” sözcüğü buradan gelir; çünkü şey el ile kavranır. Oysa taşınmazların *mancipatio* ile yokluklarında devredilmesi âdettendir.

Gai. I.119'da sayılan şartlar, taşınır devrinde *mancipatio* işleminin tamamlanması için yeterli değildi. Devir konusu malın bir taşınır (*res mobile*) olması varsayımında, taşınırın işlem sırasında orada bulunuyor olması da gerekirdi; çünkü taşınır mal işlem sırasında devralana teslim edilmeliydi. Devralanın söz konusu malı el ile kavrama hareketini (*adprehendere*) gerçekleştirmesi, işlemin esaslı unsurlarından biriydi. Nitekim *mancipatio* sözcüğü, *manu capere* (el ile tutmak)

²⁴⁹ Varr. **Ling. Lat.** IX.83.

²⁵⁰ Meylan, **Genèse**, s. 132.

deyiminden gelmektedir: *Mancipatio dicta est quia manu res capitur*.²⁵¹ Devralanın taşınır malı el ile kavrama hareketini gerçekleştirmesi o denli önemliydi ki, Ulpianus'un dediği gibi, devralanın eliyle kavrayabileceğinden daha fazla mal bir kerede devredilemezdi.²⁵²

Gai. I.119 ile I.121'i birlikte düşünmek gerekir. Dolayısıyla taşınır devrinde devralan, önce satış bedelini temsil eden maden parçasını verir, daha sonra el ile kavrama hareketini yapardı.

Gaius'un anlattığı *mancipatio*'da önce el ile kavrama hareketi yapılır, sonra devralan istihkak iddiasında bulunur ve daha sonra devralan devredene maden parçasını verirdi. İlginç olan, malın alınmasının bedelin verilmesinden önce olmasıdır. Diğer Eski Çağ hukuk sistemleri incelendiğinde, bedelin mutlaka malın alınmasından önce ödendiğini görülmektedir. El ile kavramanın daha önce olması, ancak bedelin işlemiden önce ödenmesi varsayımında mantıklı olabilir.

Bedelin ödenmesinden sonra gelen ve ödemenin meşrulaştırdığı bu el ile kavrama hareketi, “*mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*” sözleriyle açıklanan bir maddî devir, bir *emptio*'dur.²⁵³ Bahsettiğimiz gibi, *emptio*'nun kökenini oluşturan “*emere*” sözcüğü, bedel karşılığında mal devralmak anlamında satın almak değil, yalnızca almak ve ele geçirmek anlamına gelirdi.²⁵⁴ Devralanın tek taraflı olarak hareket ettiği, devredenin bütünüyle edilgen olduğu bir işlemdi. Devreden ile devredenin anlaştıklarını gösteren *emptio formula*'sı ise herhangi bir borç doğurmayan, şekilsiz bir anlaşma niteliğini taşır; yalnızca maddî devri açıklardı.

Eski Roma'da tüm mal devirleri, hukukî sebebi ne olursa olsun, esasen bir *emptio*, devralanın tek taraflı hareket ettiği bir alım işlemiydi.²⁵⁵ Pomponius'un XII Levha Kanununda her mal devrinin bir *emptio* olarak görüldüğünü yazmış olması da

²⁵¹ Isod. **Orig.** V.25.31; IX.4.45; Gai. **Inst.** I.121. *Mancipatio*'yu malın maddî devriyle ilişkilendiren bu açıklama, öğretide kabul edilmiştir. Bkz. Theodor MOMMSEN, “Mancipium. manceps. praes. praedium”, **ZSS RA**, C. 23, S. 1, 1902, s. 438-441; André MAGDELAİN, “L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain”, **Jus imperium auctoritas - Études de droit romain**, Roma: École Française de Rome, 1990, s. 752, Koschaker, **Roma**, s. 136; Cornil, **ADR**, s. 63; May, I, s. 278; Bush, s. 91; Magny, s. 47; Accarias, **Précis**, I, s. 531; Clark, s. 109;

²⁵² Ulp. **Regl.** 19.6.

²⁵³ Meylan, **Satisfatio**, s. 13; **Stipulation**, s. 73; **Genèse**, s. 133; Mommsen, **Mancipium**, s. 438; Cornil, **ADR**, s. 64; Clark, s. 109 vd.

²⁵⁴ Bu çalışmada bkz. §2/II/B/2 (*Mancipatio'nun İki Farklı İşlemin Bileşimi Olduğuna İlişkin Teori*).

²⁵⁵ Meylan, **Genèse**, s. 133 n° 9; 150.

bu görüşü desteklemektedir: *quoniam lex duodecim tabularum emptiois verbo omnem alienationem complexa videretur*. (... çünkü XII Levha öncesi bütün devirler birer *emptio* olarak görülürdü.)²⁵⁶ Bu bakımdan ister malın muhafaza edilmesi ister kullanılması için verilmesi olsun, malın fiili hâkimiyetinde değişiklik yaratan tüm işlemler muhtemelen bir *emptio* idi.²⁵⁷ *Emere* ve *emptio* kavramları, bedel karşılığı mal devralmak ya da satın almak anlamını, Klasik Hukuk Dönemi'nde rızaî satış sözleşmesinin ortaya çıkmasıyla kazanmıştır.

3. Devir İşlemi Olmaması

Eski *mancipatio* mal ile bedelin değiştirildiği bir peşin satıştan, bir *emptio*'dan ibaret değildi. Aynı zamanda satıcı, alıcıya malın rahat zilyetliğini sağlama borcu altına girerdi.²⁵⁸ Bir başka deyişle, bedeli elde eden satıcı, yalnızca malı alıcının almasına izin vermekle kalmaz; zapta karşı kişisel güvence verirdi. Dolayısıyla alıcının *emptio*'suna (alım) karşılık satıcının *datio*'su (verme) söz konusuydu.

Mal ile bedelin maddî değişimi ve zapta karşı garanti verilmesinin, *res mancipi* peşin satışında tam olarak nasıl bir arada yapıldığı bilinmemekte; tek bir işlemle olduğu varsayılmaktadır. Cumhuriyet döneminin sonlarında ve Klasik Hukuk Dönemi'nde, *mancipatio*'nun her şeyden önce bir borçlandırıcı işlem olduğuna kuşku yoktur.²⁵⁹

Eski Çağ hukukî işlemlerinde basitlik ilkesi geçerlidir.²⁶⁰ Bir hukukî işlemin hem devir işlemi hem de borçlandırıcı işlem olması, basitlik ilkesiyle çelişir. *Mancipatio*'nun bu ilkenin tek istisnası olması için bir neden yoktur. Nitekim *vindicatio* ve *emptio formula*'larının dilbilim bakımından uyumsuzluğu, iki *formula*'dan birinin orijinal *mancipatio*'da bulunmadığı düşüncesini

²⁵⁶ Pomp. D. 40.7.29.1. *Emptio* ve *emptor* kavramlarının M.Ö. V. yüzyıldan öncesinde mevcut olduğuna kuşku yoktur. Bkz. Watson, **Emptio**, s. 295.

²⁵⁷ Arkaik dönemin kamu hukukunda ise tek işlem ise *dare locare* ya da *emere conducere* idi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mommsen, **Kauf**, s. 260 vd.

²⁵⁸ Öğretide büyük çoğunluk, *auctoritas* borcunun kökeninin, alıcının *sponsio* ile sözlü taahhüdü değil, bizzat *mancipatio* olduğu konusunda birleşmiştir. Bkz. Saleilles, **Obligation**, s. 214.

²⁵⁹ Meylan, **Satisfatio**, s. 18.

²⁶⁰ Jhering, IV, s. 136. Jhering, tek taraflılık ilkesini şu deyimle isabetli biçimde açıklamaktadır: “Ne kadar hak varsa, o kadar hukukî işlem vardır.” İlk kez Jhering'in dile getirdiği bu olgu, öğretide bütünüyle kabul edilmiştir. Bkz. De Visscher, **Auctoritas**, s. 636; Meylan, **Genèse**, s. 141.

desteklemektedir.²⁶¹ Arkaik dönemde, *mancipatio* borçlandırıcı ya da devir işlemlerinden yalnızca biriydi.

Mancipatio'nun arkaik dönemde de bir devir işlemi olduğunu savunan Jhering'e göre, *auctoritas* borcunun kaynağı doğrudan tarafların iradeleri (*mancipatio*) değil, yasa olmalıydı.²⁶² Buna karşın Meylan, *mancipatio*'nun gerek Cumhuriyet döneminde gerek Klasik Hukuk Dönemi'nde her şeyden önce borçlandırıcı bir işlem olduğunu savunmuştur.²⁶³ Klasik dönem öncesine ait kaynaklar, *mancipatio* yapılması üzerine *auctoritas* borcunun doğduğunu açıkça ortaya koymaktadır.²⁶⁴ Kuşku duyulması gereken husus, *mancipatio*'nun borçlandırıcı işlem olması değil, devir işlemi olmasıdır. Nitekim *mancipatio* hakkında ipucu verebilecek nitelikte olan *mancipatio familiae*²⁶⁵ işleminde *vindicatio formula*'sı bulunmazdı.

O halde mülkiyeti devir etkisini doğuran istihkak iddiası *formula*'sı, muhtemelen orijinal *mancipatio*'da bulunmazdı.²⁶⁶ Bu *formula*, Klasik Hukuk Dönemi'nde işlem soyut bir devir işlemine dönüştüğünde, muhtemelen *rei vindicatio* ya da *in iure cessio*'dan alınmış olmalıdır.

Dolayısıyla arkaik dönemde peşin satış işlemi, Gaius'un tasvir ettiği haliyle mülkiyeti geçiren bir *mancipatio* değil, yalnızca bir *emptio* idi. Klasik hukuktan farklı olarak başlangıçta *emptio*, mülkiyetin devrini ifade etmezdi; bu işlemle alıcı malın mülkiyetini değil, ilk zamanlarda *usus* denilen fiilî hâkimiyetini kazanırdı.²⁶⁷ Bu bakımdan Eski Hukuk Dönemi'nde *datio*, mülkiyeti devir değil, alıcının mal üzerindeki rahat zilyetliğini güvence altına alan bir maddî devirdi.

²⁶¹ *Vindicatio formula*'sında fiil (*aio*) *indicativus* kipinde şimdiki zamanda (*praesens*) çekimlendiği halde; *emptio formula*'sında fiil (*esto*) *imperativus* kipinde gelecek zamanda (*futurum*) çekimlenmiştir.

²⁶² Jhering, III, s. 224; 235. Benzer bir şekilde, arkaik hukukî işlemlerin ilgilinin irade açıklaması ve topluluğun onayından başka bir unsura sahip olmadığını belirten Lévy-Bruhl (*Acte*, s. 79)., *auctoritas* borcunun orijinal *mancipatio*'da bulunmadığını savunmuştur.

²⁶³ Meylan, *Genèse*, s. 141.

²⁶⁴ Plaut. *Pers.* v. 525, 532, 589; Varr. *Agr.* II.10; Cic. *Mur.* 2 ve 3; *Top.* 10.45; *Formula Baetica*, lin. 15. Klasik Hukuk Dönemi'nde *mancipatio* ve *auctoritas* borcu ilişkisi için bkz. Paul. *Sent.* II.17.1-3.

²⁶⁵ Gai. *Inst.* II.104. Bu çalışmada bkz. §2/II/C/1 (*Şekli*).

²⁶⁶ Meylan, *Genèse*, s. 141; *Satisfatio*, s. 18; *Stipulatio*, s. 73; Lévy-Bruhl, *Vindicatio*, s. 225; Monier, *Manuel*, I, s. 408; André MAGDELAIN, "L'acte per aes et libram et l'auctoritas", *RIDA* 3. *Seri*, C. 28, 1981, s. 151 ve 157.

²⁶⁷ Mommsen, *Kauf*, s. 263; Monier, *Manuel*, I, s. 408; Meylan, *Genèse*, s. 142; De Visscher, *Auctoritas*, s. 641 vd.; Bush, s. 91; Magdelain, *Acte*, s. 749 ve 750; *Auctoritas*, s. 153; Appleton, *Prix*, s. 25; Cornil, *ADR*, s. 57; 66.

Mancipatio'nun etimolojisi, bu işlemle malın her şeyden önce zilyetliğinin devri ve *emptio* ile ilişkilendirildiğini göstermektedir:

Floren. D. 1.5.4.2

Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent.

Köleler bu şekilde adlandırılırlar; çünkü generallerin esirleri öldürmek yerine satmaları ve böylelikle muhafaza etmeleri âdettendir.

Floren. D. 1.5.4.3

Mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur.

Esasen kölelere *mancipia* denilir; çünkü düşmanlarının elindeki (*manus*) esirlerdir.

Satış sözleşmesinden malın mülkiyeti devir borcunun doğması ve satıcının zapta karşı sorumlu olması, günümüz hukuk sisteminin içinde yetişen modern hukukçular için son derece olağandır. Ancak zapta karşı sorumluluk ve mülkiyet hakkı, tarihsel süreçte birbirini dışlayan iki unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Eski Roma Hukukunda *mancipatio* işlemi sırasında *auctoritas* borcu, satılanın mülkiyetinin alıcıya devredilmemesinin yarattığı boşluğu doldururdu.²⁶⁸ Malın yalnızca zilyedi haline gelen alıcı, bu fiili hâkimiyeti kaybettiği takdirde, satıcının sorumluluğuna başvurabilirdi. Bu bakımdan *auctoritas* borcu, mülkiyetin devren kazanılmadığı dönemde *emptio*'yu tamamlayan bir hukukî kurumdu.

Gaius'un aktardığı şekle bağlı işlemde, *auctoritas* borcunun kaynağı belirsizdir. *Vindicatio* ve *emptio formula*'larının dışında, zapta karşı garanti borcunu doğuran herhangi bir *formula* Klasik dönem hukukçularına ulaşmamıştır.²⁶⁹ Klasik

²⁶⁸ Monier, **Manuel**, I, s. 408; André Edmond GIFFARD, **Précis de droit romain**, Paris, 1951, I, s. 374 n°3.

²⁶⁹ De Visscher, *auctoritas formula*'sının *emptio*'yu tamamlayan, alıcının tek taraflı olarak malın zilyetliğini ele geçirmesini onaylama işlevine sahip olduğunu savunmuş ve bu *formula* için Plautus metinlerinden (**Poen.** 146) yola çıkarak "*auctor sum*" ifadesini önermiştir. Bkz. De Visscher,

Hukuk Dönemi'nde *mancipatio* soyut bir devir işlemi niteliği kazandığında, diğer hukukî sebeplere dayanan devir işlemlerinde gereksiz kalan *auctoritas* borcunun kaynağı olan *formula*, şekle bağlı işlemde çıkartılmış olmalıdır. *Actio auctoritatis* ile satıcı satış bedelinin iki katı tutarında tazminata mahkûm edildiğinden, satış bedeli büyük olasılıkla bu *formula* ile belirtilirdi.²⁷⁰ Girard ise *mancipatio* ile yapılan peşin satışın sonucunda doğan alıcının *auctoritas* borcunun temelinde haksız fiil sorumluluğunun yattığını savunmuştur.²⁷¹ Buna göre üçüncü kişinin üstün hak iddiasıyla karşı açtığı davada satıcının onu savunmaması ya da savunmasına rağmen mahkûm olması durumunda alıcı, uğramış olduğu zararı aldatma (*dolus*) nedeniyle satıcıdan isteyebilirdi.

4. Kazandırıcı Zamanaşımı ile İlişkisi

Arkaik *mancipatio* ile alıcının malın yalnızca zilyetliği kazanıyor olması, o dönemde mülkiyet kavramının bulunmadığını göstermemektedir.²⁷² Hukuk düzeni, bu şekilde kazanılan ve süreklilik gösteren fiilî hâkimiyete mülkiyetin kazanımı sonucunu bağlamıştı: Kazandırıcı zamanaşımı (*usucapio*). XII Levha Kanununda belirtildiği gibi, taşınıra bir yıl, taşınmaza iki yıl kesintisiz zilyet olan alıcı, istihkak iddiasında bulunarak mala malik olurdu.²⁷³

Auctoritas, s. 634. Ancak gerek Plautus'un gerek diğer yazarların eserlerinde kullanılan "*auctor*" sözcüğü, "danışma", "tavsiye verme" gibi farklı anlamlarda kullanılmıştır.

²⁷⁰ Jhering, III, s. 229. Şekle bağlılığın ve belirliliğin esas olduğu Eski Hukuk Dönemi'nde, borcun doğumuna neden olan herhangi bir unsurun dış dünyaya açıklanmaması düşünülemezdi.

²⁷¹ Girard, **Auctoritatis**, s. 212 vd.

²⁷² Arkaik *mancipatio*'nun zilyetliğin devri anlamına gelen bir *emptio* olması, Eski Romalıların zilyetlik (*possessio*) kavramına yükledikleri anlamla uyumludur. Günümüz hukukunda zilyetlik, bir eşya üzerine fiili hakimiyete sahip olma ve bunu kaybetmemiş olma şeklinde tanımlanırken; her ne kadar TMK'da söz edilmese de fiili hakimiyet kuran kişinin zilyet olma iradesinin de bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Roma Hukukunda ise zilyetlik *corpus* (fiili hakimiyet) ve *animus* (niyet) olmak üzere iki unsurdan oluşurdu. Ancak alelade bir zilyet olma iradesi söz konusu değildi. Zilyet, kendi mülkü imiş gibi malı muhafaza etme niyetine (*animus rem sibi habendi*) sahip olmalıydı. Bir başka deyişle, zilyet mal üzerinde bir mülkiyet hakkı iddiası taşımalıydı. Aksi takdirde zilyet sayılmazdı. Günümüzden farklı olarak zilyetlik kavramının daha dar ve mülkiyet kavramına daha yakın olması, bu kavramın mülkiyet işlevini taşıdığını göstermektedir. Böylece arkaik dönemde mülkiyetin devren kazanılamaması kuralı anlaşılmaktadır; mülkiyet işlevini taşıyan zilyetlik hâlihazırda hukuk düzenince korunmaktaydı. Bu bakımdan arkaik dönemde mülkiyet rejiminin ikili bir yapıya sahip olduğu söylenebilir: *usus* (zilyetlik) denilen nisbî mülkiyet ve *dominium* denilen mutlak mülkiyet. Bkz. Magdelain, **Acte**, s. 142 vd; Cornil, **ADR**, s. 63 vd. Buna karşın arkaik dönemde işgalin (*occupatio*) de mutlak mülkiyeti kazanma yollarından biri olduğu savunulmuştur. Bkz. Lévy-Bruhl, **Vindicatio**, s. 220.

²⁷³ XII Levha Kanunu, VI.3 (Girard, **Textes**, s. 14); Gai. **Inst.** II.42; Ulp. **Regl.** XIX.8; Cic. **Top.** IV.23; **Caec.** XIX.

Usucapio'nun ilk uygulama alanı oldukça dardı. Kazandırıcı zamanaşımı bakımından, Orta Çağ'da *Glossator*'ların²⁷⁴ *res habilis* olarak adlandırdıkları bir koşul aranırdı: Kazanmaya elverişli mal. Kutsal ya da dinî mallar, kamu malları, özgür insanlar ve çalıntı mallar, zamanaşımıyla kazanmaya elverişli değildi.²⁷⁵ İlk iki tür malın kapsam dışı bırakılmasının nedeni çok açıktır: kamu hukukunun kapsamında kalan ve özel mülkiyetin konusu olamayan mallardır. Özgür insanların kazanımı ise elbette hukukî kişiliklerini korumak amacıyla yasaklanmıştır.

Çalıntı mallara gelince, ilk bakışta bu tür malların hukuka uygun olmayan bir fiile (hırsızlık, *furtum*) dayanarak bir hak kazanılmasını kamu yararı düşüncesiyle önlemek, zilyetliği iradesi dışında kaybeden maliki korumak için zamanaşımıyla kazanılamadığı düşünülebilir. Oysa arkaik dönemde malın çalıntı olmaması koşulunun amacı, kazandırıcı zamanaşımını, satış gibi geçerli bir hukukî sebebe dayanarak zilyetliğin malikten (*a domino*) kazanıldığı hallerle sınırlamaktı. Roma Hukukunda *furtum*'un geniş kapsamı, aslında malik olmayandan kazanılan tüm malların çalıntı olarak değerlendirilmesini zorunlu kılırdı.²⁷⁶ Nitekim Gaius malik olmayandan kazanmaların hırsızlık olduğunu ifade eder: *Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem uendidit et tradidit, furtum committit* (Buna göre taşınırlarda, iyiniyetli zilyet, zamanaşımı yoluyla mülkiyet hakkını kolaylıkla kazanamaz; çünkü başkasına ait bir şeyi satan ve zilyetliğini devreden kişi hırsızlık suçunu işlemiştir).²⁷⁷ Bu bakımdan yalnızca fiilî hâkimiyetin kazanıldığı *emptio*'yu tamamlayan *usucapio*, arkaik dönemde mülkiyet hakkının olağan kazanma biçimiydi.²⁷⁸ Bir başka deyişle, arkaik

²⁷⁴ *Glossator*'lar, İmparator Iustinianus'un VI. yüzyılda yürürlüğe giren medenî hukuk külliyatını yorumlayan, Bologna Okulu'nda Imerius'un takipçileri olan Orta Çağ hukukçularıdır. XI. yüzyıldan XIII. yüzyıla kadar faaliyet gösteren *Glossator*'ların adı, *Corpus Iuris Civilis* metinlerinin satır aralarına ya da sayfa kenarlarına düştükleri şerhlerden (*glossa*) gelmektedir.

²⁷⁵ Gai. *Inst.* II.48.

²⁷⁶ Bkz. Gai. *Inst.* II. 45-50; Gell. *Noct. Att.* 11.18. 2-14. Roma Hukukunda *furtum*, modern hukuk sistemlerinin aksine, zilyetliğin kişinin iradesi dışında alınmasıyla sınırlı değildi. *Furtum* üçe ayrılırdı: *furtum rei* (mal hırsızlığı), *furtum usus* (kullanım hırsızlığı), *furtum possessionis* (zilyetlik hırsızlığı). Saklama ya da kullanım ödücü sözleşmeleri gibi bir hukukî sebebe dayanarak alınan malın bir başkasına devredilmesi halinde, kullanım hırsızlığı söz konusu olur ve mal zamanaşımıyla kazanılamazdı.

²⁷⁷ Gai. *Inst.* II.50.1.

²⁷⁸ Meylan, *Genèse*, s. 142-143 n°29; Magdelain, *Acte*, s. 751; *Auctoritas*, s. 150. Benzer görüşü savunan De Visscher, zamanaşımıyla kazanılan hakkın kamusal niteliğine dikkat çekmiştir. Bkz. De Visscher, *Auctoritas*, s. 641. Kanımızca doğru olan Meylan ve Visscher'in bu görüşü, öğretilde pek yandaş bulamamıştır. Krş. *Esprit*, III, s. 224; 235; Carlos Felipe Amunátegui PERELLÓ, "Problems concerning Mancipatio", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, C. 80, 2012, s. 343. arkaik döneme ilişkin çalışmalarıyla tanınan Lévy-Bruhl ise bu dönemde devren kazanmanın söz konusu olmadığını,

dönemde mülkiyet devren değil, yasa gereği aslen kazanılırdı. Taşınırlarda bir yıl, taşınmazlarda iki yıl gibi oldukça kısa sürelerin öngörülmüş olması da, *usucapio*'nun, olağan bir mülkiyet kazanma yolu olduğunu ortaya koymaktadır. Devren kazanma, gelişmiş bir hukuk anlayışına sahip toplumlara özgüdür.

Başlangıçta yalnızca zilyetliğin malikten kazanıldığı haller için öngörülen *usucapio*'nun uygulama alanı, XII Levha Kanunundan itibaren genişlemeye başlamış; *bona fides* (iyiniyet) şartının aranmaya başlanmasıyla *furtum*'un kapsamı daraltılmıştır. Böylelikle *usucapio, a non domino* kazanmalara da uygulanır hale gelmiştir. Gaius da bu hususu doğrular:

Gai. Inst. II.43:

Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, siue Mancipi sint eae res siue nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse.

Diğer bazı malların da zamanaşımı ile kazanabiliriz; malik olmayan tarafından zilyetlik devredildiğinde, devreden malik olduğuna inanan iyiniyetli bir kimse tarafından şey devralınırsa, *res Mancipi* ya da *res nec Mancipi* fark etmeksizin bir şey üzerindeki *Quirites* mülkiyeti zamanaşımıyla kazanılabilir.

Gaius'un açıkça belirttiği gibi, *usucapio*'nun uygulama alanı, taşınırlar bakımından aynı ölçüde genişlememiştir. Malik olmayandan kazanmalar, kural olarak, hırsızlık olarak değerlendirilmeye devam edilmiştir. Hukuk öğretisi, iki durumda *furtum*'un bulunmadığını karine olarak kabul etmiştir: Mirasçının bir malı miras mallarından zannederek devretmesi ve intifa hakkı sahibinin kadın kölenin çocuğunu, kendisine ait olduğunu zannederek devretmesi.²⁷⁹

Usucapio, a non domino kazanmalara kapsayacak biçimde genişledikçe, var oluş amacı ve ilk uygulama alanı olan *a domino* kazanmalara uygulanmamaya

tüm kazanmaların birer işgal yoluyla kazanma olarak görüldüğünü savunmuştur. Bkz. Lévy-Bruhl, *Vindicatio*, s. 221.

²⁷⁹ Gai. Inst. II.50.

başlanmıştır.²⁸⁰ Nitekim XII Levha Kanununda, satış bedelini ödeyen ya da bu konuda satıcıya taahhütte bulunan alıcının mülkiyet hakkını kazanacağı düzenlenmiştir.²⁸¹ Aşağıda göreceğimiz üzere, *legis actio sacramentum in rem*'deki istihkak iddiasından (*vindicatio*) yola çıkarak, muhtemelen XII Levha Kanunundan az önce, *usucapio*'dan bağımsız olarak mülkiyeti kazanmayı sağlayan *in iure cessio* işlemi ihdas edilmiştir. En nihayetinde istihkak iddiası, *in iure cessio* etkisiyle, o zamana kadar borçlandırıcı bir işlem ve bir *emptio* olan *mancipatio*'ya eklenmiştir.²⁸² Böylece *mancipatio*, kazandırıcı zamanaşımı, bedel ve zilyetliğin devrinden bağımsız soyut bir devir işlemi haline gelmiştir. Cicero'nun yaşadığı M.Ö. I. yüzyılda *emptio*'nun bütünüyle sembolik hale geldiği ve *mancipatio*'nun mülkiyeti devrettiği görülmektedir.²⁸³ Hatta Cicero bu işlemi açıkça *abalienatio* (devir işlemi) olarak tanımlayıp her dönemde bir devir işlemi olan *in iure cessio*'ya benzetir.²⁸⁴ Çağdaşı Varro, Mamilius ile Mutius arasındaki *nexum*'un hukukî niteliğine ilişkin ünlü tartışmayı aktarırken, *mancipatio*'nun mülkiyeti devrettiğinden örtülü olarak söz eder.²⁸⁵

Klasik Hukuk Dönemi'nde *mancipatio*'nun, hem mülkiyeti geçiren bir devir işlemi hem de zapta karşı garanti borcu doğuran bir borçlandırıcı işlem olduğu kesindir. Bu bakımdan karma bir işlem idi. Ancak *auctoritas* borcu, kural olarak, kazanmanın hukukî sebebi satış olduğunda doğardı.²⁸⁶

²⁸⁰ Devren kazanmanın mümkün olmadığı arkaik dönemde olağan bir kazanma yolu olan *usucapio*'nun uygulama alanı, böylece *res mancipi* denilen malların *traditio* ile devri ya da *a non domino* kazanmalarla sınırlanmıştır. *Usucapio*, kamu yararı ve işlem güvenliği gereği, yalnızca mülkiyet hakkının sahibindeki belirsizliği ortadan kaldırmaya yönelik bir hukukî kuruma dönüşmüştür. Bkz. Gai. *Inst.* II.44; D. 41.3.1. Klasik Hukuk Dönemi'nde *usucapio*'nun şartları ve işlevi için bkz. Nadi GÜNAL, "Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyet İktisabının Yeri ve Önemi", *AÜHFD*, C. 47, S. 1, 1998, s. 119-136.

²⁸¹ XII Levha Kanunu VI.3 (Girard, *Textes*, s. 14); *Iust. Inst.* II.1.41; Gai. D. 18.1.53.

²⁸² İstihkak iddiasına ilişkin cümlelerin *mancipatio*'ya ne zaman eklendiği bilinmemektedir. Monier, XII Levha Kanunundan itibaren *mancipatio* ile mülkiyetin geçtiğini iddia etmiştir. Bkz. Monier, *Manuel*, I, s. 409. Kanımızca XII Levha Kanunu ile mülkiyetin devren kazanımı mümkün hale gelmiş olsa da, *mancipatio*'nun birkaç yüzyıl daha zilyetliğin devrinden ibaret bir işlem olarak kalmış olması muhtemeldir. Aksi halde üç yüzyıl sonra ortaya çıkan rızâ satışta, satıcının borcunun rahat zilyetliği sağlama borcu değil, mülkiyeti devir olması gerekirdi. Öte yandan XII Levha Kanunundan hemen önce mülkiyetin devrine olanak sağlayan *in iure cessio*'nun yaratılmış olması, *mancipatio*'nun orijinal işlevini bir süre daha koruduğunu göstermektedir.

²⁸³ Cic. *Re Publ.* I.17.27; *Parad.* 5.1.35; *Fam.* 7.30.2; *Har. Resp.* 7.14.

²⁸⁴ Cic. *Top.* 5.28

²⁸⁵ Varr. *Ling. Lat.* VII.105.

²⁸⁶ *Mancipatio*'nun hukukî sebebi satış sözleşmesi dışında başka bir işlem olduğunda *auctoritas* borcu için bkz. Kamphuisen, *Garantie*, s. 607-650.

5. İşlemin Genel Görünümü

Arkaik dönemde *mancipatio*, Klasik Hukuk Dönemi'nde Gaius'un betimlediği şekilci işlemden farklıydı. İlk *mancipatio*, alıcının tek taraflı olarak hareket ederek malı ele geçirdiği bir şekilci işlem, bir *emptio* idi. İstihkak iddiası *formula*'sı *mancipatio*'da bulunmazdı. *Emptio* ile alıcı, malın mülkiyetini değil, zilyetliğini kazanırdı. Öte yandan *emptio*, *auctoritas* borcu doğururdu. Şekilci işlemde *auctoritas* borcunu doğuran unsur, Klasik Hukuk Dönemi'nde devir işlemine dönüştüğünde *emptio*'dan çıkarılmıştır. Bu borç, taşınırlarda bir yıl, taşınmazlarda iki yıllık kesintisiz zilyetliğe dayanarak, mülkiyetin yasa gereği kazanılmasıyla (*usucapio*) sona ererdi. Şekle bağlı peşin satış orijinal sürecinde, beş ana unsur mevcuttu:

- (1) Satıcı ile alıcı arasında malın bedel ile değişimine ilişkin anlaşma
- (2) Tanık ve terazi memurunun davet edilmesi
- (3) *Mancipatio*
 - (a) Tartım ve alıcının satıcıya bedeli ödemesi
 - (b) *Emptio*
- (4) Satıcının alıcıya zapta karşı garanti vermesi
- (5) Tanıkların Onayı

Her şeyden önce tarafların satılan ile bedel hakkında anlaşmaları gerekirdi.²⁸⁷ Bu sonuç eşyanın doğasından çıkmaktadır. Alıcının, henüz satıcı ile anlaşmadan *mancipatio* işlemini gerçekleştirmek üzere beş tanık ve bir terazi memurunu davet etmesi anlamsız olurdu. Kaynaklarda bu anlaşmadan ender bir şekilde söz edilmesinin nedeni, kuşkusuz böyle bir anlaşmanın var olmaması değil, böyle bir anlaşmanın herhangi bir hukukî sonuç doğurmamasıdır.²⁸⁸ *Ius civile*'nin tanıdığı sözleşme tiplerinden hiçbirine girmeyen böyle bir basit ve şekilsiz anlaşma, *pactum* olarak adlandırılırdı.²⁸⁹ Anlaşmadan herhangi bir borç ya da dava hakkı doğmazdı:

²⁸⁷ Pringsheim, **Origine**, s. 490.

²⁸⁸ Buckler, s. 137.

²⁸⁹ *Contractus*, *ius civile* kapsamında borç doğuran bir sözleşmeyi; *pactum* ise borç doğurmayan şekilsiz ve hukuk dışı anlaşmaları ifade ederdi. *Pactum*'lar ilk kez bir def'ile korunmaya başlanmış; tarihsel gelişim süreci içinde daha sonra *ius civile* kapsamına alınarak birer dava ile korunmuştur. Böylece bazı *pactum*'lar Roma sözleşmeler sisteminin parçası haline gelmiştir. Tarihsel süreçte, hukuken korunan *pactum*'ların sayısı gitgide artmıştır. *Contractus-pactum* ayırımı ve *pactum*'ların gelişim süreci için bkz. Söğütlü Erişgin, **Contractus**.

Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. (Basit anlaşma borç doğurmaz ama bir def'i doğurur.)²⁹⁰

Daha önce davet edilmiş olan beş tanık ve terazi memurunun önünde bedel yerine geçen ham maden parçaları teraziyle tartılır; alıcı maden parça ya da parçalarını alıcıya teslim ederdi. Daha sonra alıcı, “*mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*” (bu, benim tarafımdan bu maden ve teraziyle alındı) diyerek taşınır malı el ile kavrama hareketini (*adprehensio*) gerçekleştirirdi. Böylece *emptio* sonuçlanmış olur ve arkaik dönemde *usus* denilen zilyetlik, alıcıya geçerdi.

Daha sonra satıcı, bir *formula*'ya bağlı olarak birtakım sözler sarf etmek suretiyle alıcıya zapta karşı garanti verirdi. Bu sözlerin içeriği günümüze ulaşmamıştır. Nihayet garanti verildikten sonra, satıcı ya da alıcı tanıklara dönerek “*vos, Quirites, testimonum mihi perhibetote*” (Siz, Romalılar, bana onayınızı verin) der ve tanıkların onaylaması halinde işlem tamamlanmış olurdu.

Alıcı zilyedi haline geldiği satılanın mülkiyetini, ancak *usucapio* ile yasa gereği aslen kazanabilirdi. Eski Hukuk Dönemi'nde bu süre, taşınırlar bakımından XII Levha Kanununda belirtilen süreyle (bir yıl) muhtemelen aynıydı.

III. Mal Değişimi

A. Arkaik Dönemde Mal Değişimi

1. Hukukî Niteliği

Bedel yerine geçen ham maden parçalarının tartıldığı *mancipatio* ya da daha genel bir ifadeyle *per aes et libram* işlemi, bronz madeninin ancak genel mübadele aracı haline gelmesinden sonra ortaya çıkmış olabilir.²⁹¹ Satış sözleşmesinin ekonomik amacı, malın mülkiyetini alıcının malvarlığına geçirmektir.²⁹² Bronz kullanımının yaygınlaşmasından önceki dönemde ise, satış-devir sözleşmesinin

²⁹⁰ Ulp. D. 2.14.7.4.

²⁹¹ Jhering, III, s. 223; Lévy-Bruhl, **NEDR**, s. 110; Perelló, s. 342.

²⁹² Cornil, **DR**, s. 337. Nitekim Labeo (D. 18.1.80.3) tarafların malın mülkiyetini devrilemeyeceği konusunda yaptıkları anlaşmanın, satış sözleşmesi olmadığını yazar.

işlevini (mal devrini konu edinen anlaşma) mal değişim işlemi (*permutatio*) yerine getirirdi.²⁹³ Paulus da bu hususu doğrular:

Paul. D. 18.1.1.pr.

Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.

Tüm alım ve satımların kökeni, mal değişiminde yatar. Çünkü bir zamanlar para diye bir şey yoktu ve “mal” ve “bedel” kavramları bilinmezdi. Her insan mevcut ihtiyaçlarına göre kendisi için gereksiz olan bir şeyi gerekli olanla değiştirirdi; çünkü çoğu zaman birinin ihtiyaç duyduğuna bir başkası sahiptir. Ancak sen benim istediğim bir şeye sahip olduğunda, ben her zaman senin ihtiyacın olan bir şeye sahip olmadıgımdan, devlet tarafından sabit değer biçilen bir madde belirlenmiş, böylece mal değişiminden kaynaklanan sorunlar ortadan kalkmıştır. Darphanede belirli biçimde basılan bu maddenin işlev ve değeri, niteliğiyle değil, niceliğiyle belirlenir; böylelikle değiştirilen şeylerden her ikisi de mal olarak adlandırılmaz, birine bedel denir.

Mal değişimi, yalnızca satışın işlevini yerine getirmekle kalmazdı; aynı zamanda bizatihi bir tür satış olarak görülmekteydi. Klasik Hukuk Dönemi’nde Proculianus ve Sabinianus okulları arasındaki satış bedelinin paradan başka bir şeyin

²⁹³ Cantardo FERRINI, “Sull’origine del contratto di vendita in Roma”, **Opere**, III, Milano, 1929, s. 50; MAGNY, **Droit romain : Les Origines de la vente et du louage, droit français : le contrat de fondation**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Grenoble Üniversitesi, Hukuk), Lyon, 1974, s. 39 vd.; Bush, s. 87; Yaron, s. 59-60.

olup olamayacağına dair tartışmada²⁹⁴, mal değişimin bir tür arkaik satış olduğu açığa çıkmaktadır. Proculianus Okulu, satış sözleşmesinden söz edebilmek için bedelin mutlaka para olması gerektiğini; Sabinianus Okulu ise bedelin paradan başka bir şey olabileceğini savunmuş ve eklemiştir: (...) *eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse* (bu tür bir alım satım çok eskidir).²⁹⁵

Nitekim Homeros da mal değişiminin çok eski bir işlem ve bir tür satış olduğuna dair kanıt sunar: Truva Kuşatması sırasında, Lemnos'dan gelen gemilerden şarap satın alan Akhalar; ödemeyi demir, post, öküz gibi mal ve esirlerle yaparlar.²⁹⁶ Homeros'un bu pasajda kullandığı *oivíζουαι* fiili, hem şarap satın almak hem de şarap ile bir başka malı değiştirmek anlamına gelmektedir.²⁹⁷ Fiilin ikili anlamı, arkaik dönemde mal değişimi ile satış sözleşmesinin birbirinden ayrı düşünülmediğini göstermektedir.²⁹⁸

Mal değişimi, tarafların birbirlerinin ihtiyaç duydukları mallara sahip olmaları halinde söz konusu olurdu. Örneğin; A'nın buğdaya ihtiyacı varken arpa fazlası olsun. B'nin ise arpa ihtiyacı varken buğday fazlası olsun. Satış bir malın bedel karşılığı değişimi olduğuna göre, A ile B'nin buğday ile arpa değiş tokuşunun satış ile ilgisi olmadığı söylenebilir; zira mallardan hiçbiri bir mübadele aracı değildir. Klasik ekonomi politik terminolojisine göre değiştirilen mallar, örneğimizde mübadele değeri değil kullanım değeri taşımaktadır.²⁹⁹

Paulus'un yazdığı gibi taraflar, her zaman birbirlerinin ihtiyaç duydukları mallara sahip olmazlardı.³⁰⁰ Bu nedenle, mal değişiminde genellikle bir tarafın ihtiyaç duyduğu mal, mübadele aracı olarak kullanılan bir başka mal karşılığında

²⁹⁴ Bkz. Gai. **Inst.** III.141; Iust. **Inst.** III.23.2; Paul. D. 18.1.1.1.

²⁹⁵ Iust. **Inst.** III.23.2.

²⁹⁶ Homeros, **İlyada**, VII, v.470-482.

²⁹⁷ Henry George LIDDELL / Robert SCOTT, '*oivíζουαι*', **A Greek and English Lexicon**, Clarendon Press, 1996.

²⁹⁸ Truva Savaşı ve Homeros döneminde paranın bulunmadığı gerçeğinden yola çıkarak, *oivíζουαι* fiilinin satış ile ilgisi olmadığı da savunulmuştur. Bkz. Tessa LEESEN, "The Controversy about the nature of the price in a contract of sale", **RIDA 3. Seri**, C. 55, 2008, s. 298. Ancak bu argümantasyon doğru değildir. Bu fiilin, para ortaya çıktıktan sonra satış için de kullanılması, Eski Yunanlıların satışı, mal değişiminin bir devamı olarak gördüklerini göstermektedir.

²⁹⁹ Adam SMITH, **The Wealth of Nations**, New York: The Modern Library, 1937, s. 28; David RICARDO, **On the Principles of Political Economy and Taxation**, Londra: 3. Basım, 1821, s. 11; Karl MARX, **Kapital**, C. 1, Çev. Nail Satlıgan ve Mehmet Selik, İstanbul: Yordam, 2014, s. 15.

³⁰⁰ Aynı doğrultuda bkz. James MACKINTOSH, **The Roman Law of Sale with Modern Illustrations**, Edinburgh : 1892, s. 2.

devrilirdi. Ekonominin tarım ve hayvancılığa dayandığı arkaik dönemde, herkesin değeri üzerinde anlaştığı ve rahatlıkla devredilebilen sürü hayvanları, mübadele aracı olarak kullanılırdı.³⁰¹ Nitekim Latin dilinde para anlamına gelen *pecunia* sözcüğü, *pecus*'tan (sürü hayvanı) türemiştir.³⁰² Festus, para sözcüğünün sürü hayvanlarından gelmesini şöyle açıklamıştır: *Peculatus furtum publicum a pecore dictum, sicut et pecunia, eo quod antiqui Romani nihil praeter pecora habebant* (*Peculatus* kamu hırsızlığı, *pecunia* gibi, *pecus*'tan gelir; çünkü eskiler sürülerinden başka zenginliğe sahip değillerdi).³⁰³ Dolayısıyla arkaik dönemde gerçekleştirilen böyle bir mal değişiminde, her ne kadar işlem konusu iki mal olsa da, sürü hayvanının bedel olduğu söylenebilir. Nitekim sürü hayvanlarının mübadele aracı olarak kullanıldığı dönemde, değeri ağırlığıyla belirlenen ham maden parçaları (*aes rude, raudusculum*) da kullanırdı. Ham maden parçalarının bedeli teşkil ettiği konusunda hiçbir kuşku olmadığına göre, her iki malın aynı dönemde olarak mübadele aracı olarak kullanılması, mal değişiminin bir tür satış olduğu iddiasını güçlendirmektedir.

Mal değişiminde tarafların karşılaştığı bir diğer güçlük, değiştirilen malların değerlerini saptamak ve değer dengesini sağlamaktır. Aynı zamanda bu husus, satış sözleşmesinin en büyük avantajıdır; çünkü mübadele aracı olarak para sabit bir değere sahiptir. Bu nedenle malın bedel ile değiştirildiği satış sözleşmesi, mükemmelleştirilmiş bir mal değişim sözleşmesinden ibarettir.³⁰⁴ Hayvan başı, post gibi görece büyük malların yerini zaman içinde değerli madenler almıştır. Böylece peşin satış ortaya çıkmıştır. Mal değişimi ile satışı birbirinden ayıran Proculianus Okulu'nun görüşünün Klasik Hukuk Dönemi'nde genel kabul görmesi bu gerçeği değiştirmemektedir.

³⁰¹ Bush, s. 92.

³⁰² Varr. **Ling. Lat.** V.92: *Pecuniosus a pecunia magna; pecunia a pecu: a pastoribus enim horum vocabulorum origo: "Pecuniosus (çok parası olan) pecunia'dan (para), pecunia da pecus'tan (hayvan) gelir. Bu sözcüklerin kökeni pastor (çoban) ve pascere (otlatmak) sözcükleridir". Pecunia sözcüğünün etimolojisinden yola çıkarak, arkaik Roma ekonomisinin tarıma değil, hayvancılığa dayandığı ileri sürülmüştür. Bu çalışmada bkz. §2/II/A/2 (Konusu).*

³⁰³ Fest. **Verb. Sign.** '*peculatus*'. Ayrıca bkz. Fest. **Verb. Sign.** '*peculium*'; Plin. **Nat. Hist.** XVIII.3.2. Benzer bir şekilde arkaik dönemde kamu gelirleri, *pascua* (mera hayvanı) olarak kayıtlara geçirilirdi (Plin. **Nat. Hist.** XVIII.3.3).

³⁰⁴ May, I, s. 279.

2. Şekli

Arkaik dönemde *res mancipi* denilen malların değişiminde aynı şeklin uygulandığına ilişkin tek bir kanıt dahi yoktur.³⁰⁵ Ancak Klasik Hukuk Dönemi'nde bu tür malların devri için şekilci bir işlemin yapılması zorunluyken, şekle bağlılığın çok daha katı olduğu arkaik dönemde *res mancipi* değişiminin şekle bağlı olmaması akla uygun değildir. Dolayısıyla mal değişiminin satış işlevini üstlendiği para öncesi dönemde, *res mancipi* değişiminin, tıpkı daha sonraki dönemin *mancipatio* işlemi gibi, taraflar, tanıklar, *emptio* sözleri el ile kavrama hareketi unsurlarıyla yapılması muhtemeldir.³⁰⁶ Dolayısıyla esasen bir peşin satış işlemi olan *mancipatio*'nun şekli, öncülü mal değişimi sözleşmesinin şekliydi.³⁰⁷ Tek bir farkla: Para ile ifade edilen bir bedelin bulunmadığı mal değişiminde, terazi ve tartı söz konusu değildi.

Şekilci mal değişim sözleşmesinin kökeni ise devralanın tek taraflı olarak hareket ettiği bir alım işlemi olan *emptio*'dur. Tek taraflılık ilkesinin geçerli olduğu arkaik dönemde mal değişimi, iki *emptio*'nun birleşiminden meydana geliyor olmalıdır.³⁰⁸ Para ortaya çıkınca mal değişimi, terazi ve madenin eklendiği peşin satış işlemine dönüşmüştür.

B. Klasik ve Postklasik Hukuk Dönemlerindeki Mal Değişimi ile Farkı

Arkaik dönemde satış işlemine karşılık gelen mal değişimi, Romalıların deyimiyle *permutatio*; Iustinianus döneminden itibaren hukukî sonuç bağlanan ve nihayet Bizans Hukuku döneminde isimsiz sözleşme (*contractus innominatus*) olarak sınıflandırılan mal değişim sözleşmesinden farklı bir hukukî işlemi.

İsimsiz sözleşmelerin en önemlisi olan mal değişim sözleşmesi, *do ut des* (veriyorum, vermen için) kategorisine girerdi: Taraflardan biri malın mülkiyetini, bir başka malın mülkiyetini elde etmek amacıyla devrederdi.³⁰⁹ Bu sözleşmenin

³⁰⁵ Jhering, III, s. 223.

³⁰⁶ Buna karşın bu işlemde, istihkak iddiası söz konusu değildi. Bkz. B/2.d (*Emptio Teorisi*)

³⁰⁷ Jhering, III, s. 223.

³⁰⁸ Cornil, *emptio* dediğimiz tek taraflı işlemi “eski *mancipatio*” olarak adlandırmıştır. Bkz. Cornil, *ADR*, s. 64.

³⁰⁹ Paul. D. 19.4.1.pr; D. 19.5.5.1. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fulya İlçin GÖNENÇ, “Roma Akitler Sistemi ve *Permutatio* (Trampa)”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2009, s. 201-218.

kurulabilmesi için, tarafların mal değişimi konusunda anlaşmalarının (*consensus*) yanı sıra, bir malın teslimi (*res*) gerekirdi.³¹⁰ Bu malın teslim edilmesiyle karşı tarafın borcu doğardı. Bir başka deyişle, Iustinianus döneminde dava ile korunmaya başlanan mal değişim sözleşmesi, oluşumu bakımından bir reel sözleşmeydi (*contractus realis*).

Satış sözleşmesi ile mal değişim sözleşmesi arasında rızaî-reel karakterlerinden doğan birçok farklılık bulunurdu. Satış sözleşmesinde satıcı ile alıcı farklı rollere sahiptiler: Satıcı malın rahat zilyetliğini sağlamayı, alıcı ise satış bedelini ödemeyi taahhüt ederdi. Buna karşın mal değiştirenler, aynı role sahiptiler: Her ikisi de malın mülkiyetini devrederdi. İkincisi, alıcı paranın mülkiyetini, satıcı ise malın yalnızca zilyetliğini devretmeliyken, mal değiştirenler malların mülkiyetini devretmeliydiler.³¹¹ Öte yandan başkasına ait malı devreden satıcı bedeli alıcıdan dava yoluyla talep edebilirken; isimsiz sözleşmelerde başkasına ait malı bir karşı edim umuduyla devreden, karşı edimi talep etmek için karşı eda davasını (*actio praescripti verbis*) açamazdı.

Buna karşın arkaik dönemde karşımıza çıkan mal değişimi, yukarıda belirttiğimiz gibi, malların karşılıklı olarak aynı anda değiştirildiği bir işlem idi. Dahası, mallardan birinin bir mübadele aracı olması nedeniyle başlangıçta bir satış işlemi niteliği taşırdı. Bu işleminden herhangi bir borç doğmazdı.

Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren mal değişimi, satış sözleşmesinden tamamen ayrılmış, farklı bir işlem haline gelmiştir. Nitekim Bizans Hukuku döneminde bağımsız bir sözleşme olarak sınıflandırılmıştır. Bu ayrışmanın başlangıcının, rızaî satış sözleşmesinin ortaya çıktığı döneme rastlaması tesadüf olmasa gerekir. Satış konusundaki anlaşma ile mal devrinin arasına zamanın girmesiyle, mal değişiminin satışla önemi bir ortak noktası ortadan kalkmıştır.

³¹⁰ Paul. D. 19.4.1-2; Co. IV.64.

³¹¹ Accarias, **Contrats innomés**, s. 133.

IV. In Iure Cessio

“Huzurda terk” anlamına gelen *in iure cessio*, ister *res Mancipi* ister *res nec Mancipi* olsun tüm malların devri için kullanılabilen şekle bağlı bir işlemdi.³¹² Ancak Klasik Hukuk Dönemi’nde *res Mancipi* devrinde *mancipatio*, *res nec Mancipi* devrinde ise *traditio* tercih edilirdi; çünkü bu işlemler daha kullanışlıydı.³¹³ Bu nedenle *in iure cessio*, mülkiyetin devri bakımından sık kullanılan bir işlem değildi. Asıl kullanım alanı; maddî olmayan şeylerin (*res incorporales*) devri, intifa hakkı başta olmak üzere irtifak tesisi, mirasçı tayini ve azatlı kadının vesayet altına alınmasıydı.³¹⁴ Ayrıca taşınmaz devri de *in iure cessio*’nun konusu olabilirdi.³¹⁵ *Actus legitimi* denilen en eski şekle bağlı işlemlerin genelinde olduğu gibi, *in iure cessio*, vade ya da koşula bağlı olarak yapılamazdı.

Bu işlemin ilk kez ne zaman ortaya çıktığı bilinmemektedir. Ancak XII Levha Kanununda³¹⁶ söz edildiğinden, yasaların yürürlüğe girdiği V. yüzyıldan önce de mevcut olduğu kesindir. Nitekim *in iure cessio*’nun bir başka görünümü olan *manumissio vindicta* adlı azat etme işleminin, Cumhuriyet’in ilk yüzyılına dek uzanan çok eski bir hukukî işlem olduğu bilinmektedir.³¹⁷ *Mancipatio*’dan daha sonra ortaya çıktığı tahmin edilmektedir.³¹⁸ Bu işlemin, yalnızca fiili hâkimiyetin (zilyetlik) konusu olabilen *res nec Mancipi* denilen mallar üzerinde ilk kez hukukî hâkimiyet (mülkiyet hakkı) tanındığı dönemde ortaya çıktığı iddia edilmiştir.³¹⁹ Bu tür malların devrinde *mancipatio* kullanılamadığından, *ius civile* mülkiyetini devredecek yeni bir işlem gereksinimi doğmuştur. Romalılar, istihkak talebine yönelik *sacramentum in rem*³²⁰ adlı *legis actio*’dan yeni bir devir işlemi

³¹² Ulp. **Regl.** 19.9.

³¹³ Gai. **Inst.** II.24-25.

³¹⁴ Jhering, III, s. 237; Buckland, s. 235; Cuq, **Manuel**, s. 275; May, I, s. 286; Accarias, **Précis**, I, s. 531; Di Marzo, 278.

³¹⁵ Ulp. **Regl.** 19.11-12.

³¹⁶ XII Levha, VI, 1b (**Fr. Vat.** 50: *mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat*).

³¹⁷ Bkz. Tit. Liv. **Urb. Cond.** II.5.10.

³¹⁸ Jhering, III, s. 235; Koschaker, **Roma**, s. 138; Girard, **Manuel**, s. 316; Gaudement / Chevreau, s. 237; Sohm, s. 56.

³¹⁹ Cornil, **ADR**, s. 67; May, I, s. 284. May, bu işlemin, başlangıçta *res Mancipi* kategorisine girmeyen ve dolayısıyla *mancipatio* ile devredilemeyen taşınmazların devren kazanılmasını mümkün kılmak amacıyla yaratıldığını savunmuştur. Bir diğer görüşe göre bu işlem; irtifak tesisi, evlat edinme, azat etme, vesayetin sonlandırılması gibi *mancipatio* için elverişsiz maddî olmayan şeyler için de görülmüş olabilir Bkz. Gaudement / Chevreau, s. 237.

³²⁰ Bkz. Gai. **Inst.** IV.16.

yaratmışlardır.³²¹ Mülkiyet hakkının tespiti ve zilyetliğin geri verilmesini konu edinen bu aynî davanın ilk safhası, *in iure* (*magistra* önünde) safhası ödünç alınmıştır.

Gaius'un genel kabul gören anlatımına göre, Roma'da *praetor* ve eyaletlerde vali önünde gerçekleştirilen bu işlemde davacı ya da devralan (*vindicans*), istihkak iddiasında (*vindicatio*) bulunurdu: *Hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio* (Bu şeyin *Quirites* hukukuna göre bana ait olduğunu iddia ederim).³²² *Vindicatio* sözleri sarf edildikten sonra *magistra*, davalı ya da devredene (*in iure cedens*), bir karşı iddiada (*contra vindicatio*) bulunup bulunmadığını sorardı. Davalı bu istihkak iddiası karşısında susar ya da bir karşı iddiasının bulunmadığını açıklarsa, *magistra*, malın davacıya verildiğini bildirirdi (*addictio*). Bu bakımdan bu işlem, *magistra* önünde gerçekleştirilen bir farazî davaydı.³²³ Bir dava görünümünde olduğu için devreden ve devralanın dava ehliyetine sahip olmaları zorunluydu. Bu nedenle taraflar, yalnızca *ius commercium*'a değil, aynı zamanda Roma vatandaşlığına da sahip olmalıydılar.

Vindicatio per sacramentum'da olduğu gibi, *in iure cessio* işleminde devir konusu mal hazır bulunmalıydı.³²⁴ Muhtemelen bu işlemde de taşınamayacak bir malı ya da taşınmazı temsil eden bir toprak parçasının getirilmesi yeterliydi.³²⁵

Malın zilyetliği devredilmediği halde mülkiyeti kazanılmış olurdu. Devredenin susması ve herhangi bir olumlu davranışta bulunmaması, *in iure cessio*'nun yalnızca bir tarafın (devralan) şekle bağlı hareket ettiği bir işlem olduğunu göstermektedir.³²⁶

³²¹ Lévy-Bruhl, *QPDR*, s. 96; Buckland, s. 233; Meylan, *Genèse*, s. 144; Sohm, s. 57.

³²² Gai. *Inst.* II.24.

³²³ Girard, *Manuel*, s. 315; Cuq, *Manuel*, s. 274; Buckland, s. 233; May, I, s. 283; Accarias, *Précis*, I, s. 532; Lévy-Bruhl, *QPDR*, s. 96 ve 99; J. Cornil, s. 77; Sohm, s. 57; Brégi, s. 158; Clark, s. 94. Gerçek bir dava olsaydı, davacının istihkak iddiasına karşılık davalı da bir karşı iddiada bulunur ve *praetor* uyuşmazlığı çözmesi için meseleyi bir hâkime (*iudex*) göndermesi gerekirdi. *In iure cessio* işleminde davalı herhangi bir karşı iddiada bulunmadığı için meselenin hâkime gönderilmesi söz konusu değildi; *praetor* malın davacıya ait olduğunu açıklardı. Farazî davanın, gerçekten davadan, *addictio*'nun yanı sıra bir başka farkı daha vardı: Farazî davada mala değnekle (*vindicta*) dokunulması söz konusu değildi. Krş. Gai. *Inst.* IV.16.

³²⁴ Gai. *Inst.* IV.16.

³²⁵ Buckland, s. 235.

³²⁶ Koschaker, *Roma*, s. 140.

Buna karşın Ulpianus, *in iure cessio*'yu Gaius'tan daha farklı biçimde betimler: *In iure cedit dominus; vindicat is, cui ceditur; addicit praetor* (Malik *magistra* önünde mülkiyet hakkından vazgeçer, devralan hak iddia eder, *praetor* hükmü açıklar).³²⁷ İşlemin bu versiyonunda, öncelikle malik *magistra* önünde hakkından vazgeçerdi. Bunun üzerine mal bir terk edilmiş (*res derelicta*) hale gelir; devralanın istihkak iddiasında bulunmasıyla devralan, bu sahipsiz malı ihraz (*occupatio*) yoluyla kazanırdı. *Magistra* ise bu işleme tanıklık eder ve kazanmayı yalnızca açıklardı. Bu nedenle, *in iure cessio* işleminin, bir çekişmesiz yargı işi ve mülkiyetin aslen kazanma yollarından biri olduğu iddia edilmiştir.³²⁸ Nitekim bu prosedür, arkaik dönem hukukî işlemlerine hâkim olan tek taraflılık ilkesine ve mutlak mülkiyetin devren kazanılamayacağı kuralına daha uygundur. Bu nedenle *in iure cessio*'nun, kazandırıcı zamanaşımı süresinin dolmasını beklemeden *a domino* (malikten) kazanmaları mümkün kılmak amacıyla düzenlenmiş olması muhtemeldir.

İster Gaius ister Ulpianus haklı olsun, *in iure cessio* hiçbir halde gerçek bir dava değildir. Devredenin susması, devralanın hakkının ikrar etmesiyle (*confessio in iure*) açıklanamaz; çünkü usul hukuku anlamında bir ikrar sadece taraflar arasında etkiye sahip iken, *in iure cessio* mülkiyeti üçüncü kişilere de etki edecek şekilde devrederdi.³²⁹ Bu bakımdan *in iure cessio*, *magistra* önünde gerçekleştirilen bir devir işlemiydi.³³⁰

Tıpkı *mancipatio* gibi *in iure cessio*, soyut bir işlemi. Devir işleminin hukukî sebebinin, işleme herhangi bir etkisi bulunmamaktaydı. Devrin bir satış sözleşmesinden doğan borcun ifası amacıyla yapıldığı varsayımında durum değişmezdi. Mülkiyetin devri, satış sözleşmesinin geçersizliğinden etkilenmezdi.

Zaman içinde önemli değişiklikler geçiren *mancipatio*'nun aksine *in iure cessio*'nun, ortaya çıktığı dönemdeki orijinal hali ile Klasik Hukuk Dönemi'ndeki hali arasında kayda değer bir değişiklik bulunduğu inanmak için bir sebep

³²⁷ Ulp. **Regl.** 19.10.

³²⁸ Lévy-Bruhl, **Vindicatio**, s. 221; **QPDR**, s. 118 vd.; Monier, **Manuel**, I, s. 405; Cornil, **DR**, s. 46; **ADR**, s. 67.

³²⁹ Koschaker, **Roma**, s. 138; Brégi, s. 158.

³³⁰ Honig, s. 328; Buckland, s. 233.

bulunmamaktadır.³³¹ Her dönemde bu işlem, geçerliliği hukukî sebebinin geçerliliğinden etkilenmeyen soyut bir devir işlemiydi. Hukukî sebebi, satış olabileceği gibi, mal değişimi, bağışlama gibi çeşitli anlaşmalar da olabilirdi. Dolayısıyla *in iure cessio*, hiçbir zaman bizatihi satış işlemi olmamıştır.

In iure cessio, *traditio*'nun maddî olmayan şeylere (*res incorporales*) uygulanmaya başlanmasıyla, Iustinianus döneminde uygulamadan bütünüyle kalkmıştır.

V. *Traditio*

A. Genel Olarak

1. Hukukî Niteliği ve Sebebi

Klasik Hukuk Dönemi'nde *traditio* (teslim), *mancipatio* ve *in iure cessio*'nun yanı sıra mülkiyeti geçiren bir devir işlemiydi. Bir malın maddî anlamda devrini, bir elden diğerine verilmesini ifade ederdi: *de manu in manum*.³³² Teslim edene *tradens*, teslim alana ise *accipiens* denirdi.³³³

Traditio, bir evrensel hukuk (*ius gentium*) kurumuydu. Bu nedenle işlemin geçerliliği, herhangi bir şekle bağlı değildi. Öte yandan *traditio*; *ius civile* kurumu olan *mancipatio*'nun aksine yabancılara da açıktı. Teslim ile *res nec mancipi* mülkiyetini devredilirdi.³³⁴ Buna karşın basit teslim yoluyla *res mancipi* mülkiyeti devredilmek istenirse, malın *ius civile* mülkiyeti değil, *praetor* mülkiyeti geçerdi.³³⁵ Bir başka deyişle, böyle bir durumda *ius civile*, devralanın kazandığı hakka yönelik herhangi bir koruma sağlamazdı. Kural olarak maddî mallar (*res corporales*), *traditio* ile devredilebilirdi.³³⁶

³³¹ Ortaya çıktığı dönemde mülkiyetin aslen kazanma yolu iken (Ulp. **Regl.** 19.10), zaman içinde mutlak mülkiyetin yaygınlaşmasıyla devren kazanma yoluna dönüşmüştür.

³³² Cic. **Fam.** VII.5.3; Papin. D. 29.7.10.

³³³ Klasik ve Postklasik dönemlerde *traditio* işlemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Havva KARAGÖZ, **Traditio'nun Tarihsel Gelişimi ve Constitutum Possessorium**, İstanbul: Der Yayınları, 2001.

³³⁴ Gai. **Inst.** II.65.

³³⁵ Gai. **Inst.** II.41; Ulp. **Regl.** 1.16; 19.7.

³³⁶ Gai. **Inst.** II.19.

Traditio'nun işlevi, mülkiyeti devretmekle sınırlı değildi. Teslim, tarafların iradesine göre mülkiyeti (*dominum*), zilyetliği (*possessio*) ya da elde bulundurmaya (*detentio*) geçirirdi.³³⁷ *Traditio*, Klasik Hukuk Dönemi'nin *mancipatio* ya da *in iure cessio* işlemlerinin aksine başlı başına mülkiyeti devretmez; geçerli bir teslim sebebine (*iusta causa traditionis*) dayandığı takdirde mülkiyeti devrederdi.³³⁸

Iusta causa traditionis'in hukukî niteliği oldukça tartışmalıdır. *Traditio*'nun sebebe bağlılığına ilişkin kesin bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Nitekim bu konuda birçok teori ileri sürülmüştür.

Vera causa (gerçek sebep) olarak adlandırılan teoriye göre *iusta causa traditionis*, tarafların malı devretmede güttükleri gerçek amaçtır.³³⁹ Bu amaç; alım satımın yanı sıra bağışlama, mal değişim sözleşmesinden doğan mülkiyeti devir borcunu ifa etmek olabilir. Nitekim Paulus ve Ulpianus'un *iusta causa traditionis*'ten anladıkları budur:

Paul. D. 41.1.31.pr.

Numquam nuda traditio transfert dominum, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Traditio tek başına mülkiyeti geçirmez; ancak teslimden önce bir satış ya da bir başka haklı sebebin mevcut olması halinde mülkiyeti geçirir.

Ulp. D. 12.1.18.pr.

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederam, 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.

³³⁷ Girard, **Manuel**, s. 317.

³³⁸ Ulp. **Regl.** 19.7; Gai. **Inst.** II.20.

³³⁹ Max KASER, "Zur Iusta Causa Traditionis", **BIDR**, S. 3, 1961, s. 64; Koschaker, **Roma**, s. 143; Erdoğan, **Eşya**, s. 66; Çelebican, s. 82. Ayrıntılı bilgi için bkz. Arzu OĞUZ, "Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*)", **AÜHF**, C. 47, 1998, s. 80.

Eğer sana bağış olarak bir miktar para verir ve sen de bu parayı tüketim ödöncü olarak alırsan, Iulianus bunun bir bağışlama olmadığını yazar. Ama tüketim ödöncü olup olmadığına bakmak gerekir. Ben tüketim ödöncünün bulunmadığını ve mülkiyetin parayı alana geçmediğini düşünüyorum; çünkü parayı farklı bir niyetle almıştır. Böylelikle parayı alan bu tutarı harcayacak olursa, parayı veren bir *condictio*'ya sahip olmasına rağmen, ona karşı bir hile def'i ileri sürülebilecektir; çünkü verenin iradesine uygun olarak bu para harcanmıştır.

Buna karşın Iulianus, aynı varsayımda Ulpianus ile aynı fikirde değildir:

Iulian. 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.

Eğer teslim edilecek şey hakkında anlaşmamıza rağmen teslimin sebebi hakkında anlaşamazsak, *traditio*'nun neden geçersiz olması gerektiğini anlamıyorum; örneğin eğer ben bir vasiyet nedeniyle sana bir arazi devretme borcumun bulunduğuna inanır ve sen sana olan borcumun *stipulatio*'dan doğduğunu düşünürsen... Yine, sana belirli bir miktar parayı bağışlama amacıyla vermiş olsam ve sen de bunu bir ödünç olduğunu düşünerek kabul etsen bile, mülkiyetin geçtiğine kuşku yoktur ve vermenin yanı sıra almanın sebebi konusunda uyuşmamış olmamız, mülkiyetin sana geçmesine engel değildir.

Iulianus'un metnini esas alan bir diğer görüşe göre teslim eden ile teslim alan arasında malın mülkiyetinin devrine yönelik aynî anlaşmanın (*animus dominii transferendi* teorisi) ya da farazî (putativ teori) bir hukukî sebebin varlığı, *traditio* ile

mülkiyetin geçmesi için yeterlidir.³⁴⁰ Bu nedenle satış ve bağışlama sözleşmeleri gibi geçerli bir hukukî sebebin bulunmasının, mülkiyetin geçmesi bakımından bir önemi yoktur.

Ancak Iulianus'un bu metninin *interpolatio*'ya uğradığı; orijinal metinde yer alan "*mancipatio*" ifadesinin "*traditio*" olarak değiştirildiği iddia edilmiştir.³⁴¹ Digesta'nın kaleme alındığı Iustinianus döneminde *res mancipi* – *res nec mancipi* ayrımı ortadan kalkmış ve *mancipatio*'nun uygulaması kalmamış olması, *interpolatio* iddiasını güçlendirmektedir. *Mancipatio*'nun ortadan kalkması üzerine klasik hukukçuların metinlerindeki "*mancipatio*" ifadeleri "*traditio*" olarak değiştirilmiştir.³⁴²

Traditio sebebe bağlı bir işlem ise hukukî sebebinin geçersizliği, mülkiyetin geçmemesine yol açmalıdır. Bu durumda teslim eden, söz konusu malı mülkiyet hakkını ileri sürerek *rei vindicatio* (istihkak davası) ile geri isteyebilmelidir. Oysa hiçbir kaynakta teslim alana istihkak davası tanındığına ilişkin veri bulunmamaktadır. Geçerli bir hukukî sebebe dayanmayan kazanmalarda *condictio* adlı şahsî davanın tanındığına kuşku yoktur. Bu nedenle ilk bakışta, *animus dominii transferendi* teorisinin ya da farazî sebep teorisinin daha ağır bastığı söylenebilir. Ancak *traditio* ile devirlerde gerçek hukukî sebebin bulunmaması üzerine *condictio* tanınması, pekâlâ *interpolatio*'nun sonucu olabilir. Klasik Hukuk Dönemi'nde soyut bir devir işlemi olan *mancipatio*, hukukî sebebi geçersiz olsa bile mülkiyeti devredici etkisini yitirmez; sözleşme tarafına sebepsiz zenginleşmeden doğan bir *condictio* tanınırdı. *Traditio* metinlerinde geçen "*condictio*" ifadeleri *interpolatio* sonucu kabul edildiğinde, şu soru sorulabilir: Neden *traditio*'ya ilişkin tek bir metinde dahi devredene *rei vindicatio* tanındığından söz edilmemektedir? Kanımızca bunun nedeni, *traditio*'nun her zaman hukuk teorisinin kapsamı dışında kalan uygulamaya ait basit bir olgu olarak görülmesinde yatmaktadır. İşte bu yüzden *interpolatio*'lu metinler dışında, *traditio*'dan söz eden metin sayısı çok azdır.

³⁴⁰ *Animus dominii transferendi* teorisi için bkz. Fritz SCHULZ, **Classical Roman Law**, Oxford: 1950, s. 350; Cuq, **Manuel**, s. 277; Girard, **Manuel**, s. 318; Saleilles, **Obligation**, s. 288-289; Lars Van VLIET, "Iusta Causa Traditionis and its History in European Private Law", **European Review of Private Law**, C. 3, 2003, s. 378. Farazî hukukî sebep görüşü için bkz. Buckland, s. 230. Di Marzo ise *vera causa* teorisini reddetmiş ve *iusta causa*'nın uzak değil, yakın sebep olarak anlaşılması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Di Marzo, s. 280.

³⁴¹ Kaser, **Traditio**, s. 64.

³⁴² Bkz. Co. VII.31.1.5.

2. Mülkiyet Kazanımının Koşulları

Traditio ile mülkiyetin devredilmesinin bir diğer şartı, söz konusu şeyin zilyetliğinin maddî olarak devredilmiş olmasıdır.³⁴³ Ancak kişinin mal üzerindeki fiili hâkimiyetinde objektif bir değişiklik olmadığı halde, sırf tarafların anlaşmasıyla hâkimiyetin dayandığı niyetin (*animus*) değişmesi üzerine zilyetliğin kazanılması mümkündür. Maddî teslimin gerçekleştiğinin varsayıldığı bu haller, farazî teslim (*traditio fictiva*) olarak adlandırılmaktadır. Örneğin, kira sözleşmesine (*locatio conductio rei*) dayanarak bir malı bedel karşılığında kullanan kiracı, daha sonra kiraya verenle bir alım satım sözleşmesi yapacak olursa, o ana dek *detentor* sıfatına sahip olan kiracı tarafların anlaşması üzerine zilyet haline gelirdi; çünkü söz konusu malı başkası için değil, kendi mülkü imiş gibi muhafaza etme niyeti vardır. Zilyetliğin kazanıldığı bu tür bir teslim, kısa elden teslim (*brevi manu traditio*) denirdi. Kira ve alım satım konusu malı *res nec mancipi* denilen mallardan olması halinde devralan, farazî teslim sonucunda mülkiyet hakkını da kazanırdı.

Tradito mülkiyeti devir amacıyla yapıldığında, teslim edenin mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması gerekirdi. Aksi halde mülkiyet hakkı teslim alana geçmezdi:

Ulp. D. 41.1.20.pr.

Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert.

Traditio teslim edenin sahip olduğundan fazlasını devralana geçirmemelidir ve nitekim geçirmez... Böylece, eğer bir kimse arazide mülkiyete sahipse, bunu *traditio* ile geçirir; eğer mülkiyete sahip değilse, devralana hiçbir şey geçirmiş olmaz.

³⁴³ Cic. **Fam.** VII.5.3; Papin. D. 29.7.10.

Öte yandan devreden, tasarruf ehliyetine de sahip olmalıydı. Örneğin; yedi ilâ on iki yaşındaki küçük (*pupillus*) vasisinin işleme katılıp rıza göstermesi söz konusu olmadıkça, tüketim ödöncü sözleşmesi yapamazdı.³⁴⁴

B. Eski Hukuk Dönemi'nde ve Arkaik Dönemde *Traditio*

Eski Hukuk Dönemi'nde satış işleminin izleri, her zaman şekle bağılı *res Mancipi* peşin satışı olan *mancipatio*'da aranmıştır. Buna karşın, şekilci olmayan *res nec Mancipi* peşin satışının, biri malın diğeri bedelin devri için gerçekleştirilen birbirinden farklı iki *traditio*'dan meydana geldiği varsayılmıştır.³⁴⁵ Oysa satış işleminin aslında bir *emptio* olması, yalnızca *res Mancipi* satışları bakımından geçerli değildi.³⁴⁶ Şekle bağılı olmayan *res nec Mancipi* satışlarının da birer *emptio* olduğu, *formula*'sından anlaşılmaktadır: *Illaec res, tanti est mihi emptā? – Est* (Bu mal benim tarafımdan alındı mı? - Alındı).³⁴⁷

Her ikisi de birer *emptio* olan *res nec Mancipi* satışı ile *res Mancipi* satışından ayıran tek husus, ilkinin şekle bağılı bir işlem olmasına rağmen ikincisinin şekle bağılı olmamasıdır.³⁴⁸ Belirttiğimiz gibi, *res Mancipi* satışı, tarafların “*Illaec res, tanti est mihi emptā? – Est.*” şeklindeki anlaşması ve tanıklar önünde teraziyle tartılan bir miktar madenin, malla değişiminden ibaretti.³⁴⁹ Bu bakımdan arkaik *res Mancipi* satışının, *per aes et libram* (maden ve teraziyle) yapılan bir *emptio* olduğu söylenebilir. Buna karşın *res nec Mancipi* satışı, satış bedelinin daha önce ödendiği şekilsiz bir *emptio*'dur. Anlaşma üzerine satıcı; tanık, terazi, tartım olmaksızın malın hâkimiyetini alıcıya bırakır. Şekilsiz satışlarda ise rahat zilyetliğin güvence altına alınması, ayrı ve şekilci bir işlemle olurdu: *Sponsio*.³⁵⁰

³⁴⁴ Gai. D. 26.8.9.1.

³⁴⁵ Bkz. Cuq, **Manuel**, s. 453; Pringsheim, **Origine**, s. 491; Monier, **Manuel**, s. 133; Clark, s. 110.

³⁴⁶ Meylan, **Genèse**, s. 133-134.

³⁴⁷ Varr. **Agr.** II.2.5; Plaut. **Capt.** v. 179; **Ep.** v. 471.

³⁴⁸ Meylan, **Genèse**, s. 134.

³⁴⁹ Bu *formula* peşin satış niteliği taşıyan Eski Hukuk Dönemi'ndeki *mancipatio*'nun *formula*'sına ikinci kısmıyla benzerdir: *Mihi emptus esto hoc aere aenequa libra*. Tek farkla: *Mancipatio*, şekilci *res Mancipi* satışı olduğundan, *per aes et libram* ile yapıldı. Buna karşın şekilsiz *res nec Mancipi* satışında maden ile teraziye gerek yoktu. Şekilsiz satışın *formula*'sında “*hoc aere aenequa libra*” (bu maden ve teraziyle) ifadesinin bulunmamasının nedeni budur.

³⁵⁰ Varr. **Agr.** II.2.6. *Sponsio*, Klasik Hukuk Dönemi'nde *stipulatio* olarak adlandırılan şekle bağılı sözlü sözleşmenin arkaik dönemdeki öncülüdür. *Stipulatio* kavramı için bu çalışmada bkz. §3/II/A (*Stipulatio*'nun Temel Özellikleri).

Dolayısıyla şekilci olmayan satışın, çift *traditio* ile gerçekleştiği yönündeki genel kabul hatalıdır. Bu kabul, *traditio*'ya arkaik bir hukuk kurumu niteliği atfetmek olur ki, aslında tam tersi geçerlidir: *Traditio*, *emptio*'dan türemiştir.³⁵¹



³⁵¹ Meylan, **Genève**, s. 134. Ayrıntılı bilgi için bu çalışmada bkz. § 3/V/B/1 (*Taşınmaz Satışlarında Peşin Satışın İki Farklı İşleme Ayrılması*). Monier, *traditio*'nun XII Levha Kanunu zamanında hukuk alanına girerek, bir devir işlemi niteliğini kazandığı kanısındadır. Bkz. Monier, **Manuel**, I, s. 412.

§ 3. RIZAÎ SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

I. Genel Olarak

Roma Hukukunda satış sözleşmesinin kökleri, gördüğümüz gibi, XII Levha Kanununun öncesine kadar uzanmaktadır. Ancak bu dönemde egemen satış biçimi, mal ile bedelin aynı anda değiştirildiği peşin satışı. Bedelin tamamının devir anında ödenmeyip, zamana yayıldığı taksitli satış ihtiyacı ise uygulamada rehin sözleşmesi, *vas*³⁵² verilmesi, *stipulatio* gibi farklı hukukî işlemlerden yararlanılmak suretiyle giderilirdi; zira satış anlaşması, *res mancipi* satışı için yapılan *mancipatio*'dan doğan *auctoritas* borcu hariç olmak üzere, herhangi bir borç doğurmazdı.

Katı şekilciliğin kural olduğu Eski Hukuk Dönemi'nde, tarafların basit ve şekilsiz anlaşması (*pactum*), *ius civile* tarafından tanınan ve korunan bir borç doğurmazdı. Bir mal ile bedelin değiş tokuşu anlamına gelen borçlandırıcı ve şekilsiz satış anlaşmasına (*emptio venditio*), M.Ö. II. yüzyıldan itibaren rastlanmaktadır. Arkaik dönemde izleri bulunan satış-devir işlemi, tarafların salt şekilsiz anlaşması sonucunda malın zilyetliğini devir ve karşılığında bedel ödeme borçlarını doğuran rızaî sözleşmeye nasıl evrilmiştir? Günümüzde bu soruya hâlâ kesin bir yanıt bulmak mümkün olmamıştır. Buna karşın öğretilerde bu soruyu yanıtlamaya yönelik birçok teori ortaya atılmıştır.

Romanistler rızaî satışın, yabancı halklardan alınıp uygulandığı düşüncesini reddetmiş ve Roma toplumunun bir ürünü olduğu konusunda birleşmişlerdir. Bu nedenle Roma Hukukunda, peşin satış ile rızaî satış arasında bir geçiş kurumu bulunduğunu varsaymışlardır. Bir başka deyişle, rızaî satış, bir hukuk kurumunun doğal gelişimi sonucunda ortaya çıkmıştır.

³⁵² *Vas*; *legis actio* usulünde davalının *magistra* önüne çıkacağına ilişkin verilen bir güvencedir. Davalının belirlenen tarihte *magistra* önüne çıkmaması halinde, *vas*, kararlaştırılan bir miktar parayı ödemeyi taahhüt ederdi. Bkz. Tit. Liv. **Urb. Cond.** III.13.6; Dion. X.18. *Vas* ile *vadimonium* ilişkisi bütünüyle aydınlatılamamıştır; ancak bağlantılı kavramlar olduğuna kuşku yoktur. Bkz. Varr. **Ling. Lat.** 6.74.

Bu geçiş kurumu arayışı, farklı sonuçlara ulaşılmasına yol açmıştır. *Stipulatio*, reel sözleşme, kamu satışı, *mancipatio* gibi birçok hukukî işlemin rızaî satışın ortaya çıkışında etkili olduğu savunulmuştur.

II. Çift *Stipulatio* Teorisi

A. *Stipulatio*'nın Temel Özellikleri

1. Geçerlilik Koşulları

Roma sözleşmeler sisteminin en eski borçlandırıcı işlemlerinden biri olan *stipulatio*, şekle bağlı bir sözlü sözleşmeydi.³⁵³ Tarafların iradelerinin uyuşması, sözleşmenin geçerli olarak kurulması için yeterli değildi. Bu iradeler, hukuk düzeninin öngördüğü biçimde dış dünyaya yansıtılmalıydı. *Stipulatio* tarafları, iradelerini soru-yanıt şeklinde açıklarlardı: Alacaklı olmak isteyen, borcun konusunu açıklayıp, borçlu olmak isteyen bunu taahhüt edip etmediğini sorar; borçlu olmak isteyen ise taahhüt ettiği şeklinde yanıtlardı. Bu bakımdan *stipulatio*, her iki tarafın soru ve yanıt biçiminde ifade edilen karşılıklı iradelerinin uyuşmasıyla (*consensus*) kurulan iki taraflı bir hukukî işlemdi. *Stipulatio* alacaklısına *stipulator* (kendisine taahhüt ettiren), *stipulatio* borçlusuna *promissor* (taahhüt eden) denirdi.

Klasik Hukuk Dönemi'nde *stipulatio*'nın şekilciliği yumuşamıştır. Ulpianus zamanında taraflar aynı sözcüklerle anlaşmak zorunda değillerdi. *Stipulator*'un sorusuna *promissor*'un “*quid nī*” (neden olmasın) şeklinde yanıtlaması da işlemin geçerli olarak kurulmasını sağlardı.³⁵⁴ Hatta taahhüt ettirenin soruyu sorduktan sonra oradan ayrılması ve taahhüt edenin onun dönüşünde yanıt vermesi durumunda sözleşme kurulmuş olurdu.³⁵⁵

³⁵³ Arkaik dönemde *sponsio* olarak adlandırılan *stipulatio*'nın en eski *formula*'sı (“*dari spondes? – Spondeo*”) dinî bir nitelik taşır; dinî bir merasim şeklinde yapılırdı. Bkz. Fest. **Verb. Sign.** ‘*spondere*’; Varr. **Ling. Lat.** VI.7.69.

³⁵⁴ Ulp. D. 45.1.1.2.

³⁵⁵ Ulp. D. 45.1.1.1.

Taraflar anlaştığı sürece soru ve yanıtın yabancı dilde ifade edilmesi mümkündü. Hatta sorunun Latince, yanıtın Eski Yunanca olması durumunda da sözleşme kurulmuş olurdu.³⁵⁶

Sözleşmenin kurulması için sözlerin karşılıklı olarak art arda sarf edilmesi gerekirdi. Bu nedenle *stipulatio*, hâzırlar arasında yapılan bir hukukî işlemi.³⁵⁷ Mektup yoluyla (*per epistulam*) *stipulatio* yapılamazdı.³⁵⁸ Sağır dilsizler ile bütünüyle konuşma yeteneğine sahip olmayan yedi yaşından küçükler (*infans*) *stipulatio* ile borç altına giremezlerdi.³⁵⁹

Stipulatio, bir *ius civile* kurumuydu. Bu nedenle başlangıçta yalnızca Roma vatandaşları arasında yapıldı. Nitekim *stipulatio*'nun *formula*'larından biri olan “*dari spondes? – Spondeo*” (Vermeyi taahhüt ediyor musun? - Ediyorum), her dönemde yalnızca Roma vatandaşları arasında geçerliydi.³⁶⁰ Daha sonra bu sözlü şekle bağlı işlemin, yabancılar arasında da yapılmasına izin verilmiştir.

İşlemin konusuna göre farklı *formula*'lar kullanılmıştır: “*Dabis? - Dabo*” (Verecek misin? - Vereceğim), “*Promittis? Promitto*” (Vaat ediyor musun? – Vaat ediyorum), “*Fidepromittis, Fidepromitto*” (Şerefim üzerine taahhüt ediyor musun? – Şerefim üzerine taahhüt ediyorum), “*Fideiubes? – Fideiubeo*” (Şerefim üzerine söz veriyor musun? – Şerefim üzerine söz veriyorum), “*Facies? Faciam*” (Yapacak mısın? - Yapacağım).³⁶¹

2. *Stipulatio*'dan Doğan Borç

Stipulatio'nun konusu bir verme (*dare*) borcu olabileceği gibi, bir yapma (*facere*) borcu da olabilirdi.³⁶² Bu bakımdan *stipulatio* sorumluluğu öngören bir genel sözleşme niteliği taşırdı.

³⁵⁶ Gai. **Inst.** III.93; Ulp. D. 45.1.1.6.

³⁵⁷ Paul. **Sent.** V.7.2.

³⁵⁸ Iust. **Inst.** III.19.12.

³⁵⁹ Ulp. D. 45.1.1.pr.

³⁶⁰ Gai. **Inst.** III.93.

³⁶¹ Gai. **Inst.** III.92; Paul. **Sent.** II.3.

³⁶² Paul. D. 45.1.2.

Bu işlem sonucunda taraflardan yalnızca biri (*promissor*) borç altına girerdi. O halde *stipulatio*, borçlu sayısı bakımından tek taraflı ya da tek tarafa borç yükleyen bir dar hukuk (*stricti iuris*) sözleşmesiydi. Bu nedenle *stipulatio*'dan doğan davalarda hâkim, yalnızca sözleşme konusuyla sınırlı hüküm açıklardı: Gecikme faizi talep edilemez; üçüncü kişi yararına borç doğmazdı.

Borcun konusuna göre *stipulatio*'dan doğan hakkı koruyan birçok dava vardı. Belirli miktar para borçlarında *actio certae creditae pecuniae* (kredi olarak verilmiş belirli bir miktar para davası); mislî mal ya da parça borçlarında ise *condictio triticaria* (buğday *condictio*'su) söz konusu olurdu. Yapma borçları başta olmak üzere diğer tüm hallerde, *actio ex stipulatu*, bu şekilde bağlı sözlü sözleşmeden doğan hakkı korurdu.

Stipulatio, taraflardan birinin sorumluluğuna yol açan bir genel sözleşmeydi. Her türlü borç, *stipulatio*'nun konusu olabilirdi.³⁶³ Verme (*dare*), yapma (*facere*) ya da yapmama (*non facere*) edimleri öngörülebilirdi. Nitekim bir malın devrinden bağışlamaya, tüketim öduncünden kefalete kadar birçok vaat; *stipulatio*'ya konu edilebilirdi. Benzer biçimde bu taahhütler, çok çeşitli hukukî sebeplere dayanabilirdi.

3. Hukukî Sebebi ve Gelişimi

Stipulatio, tarafların iradelerine göre sebebe bağlı ya da soyut olarak yapılabilirdi. Taraflar sözlü olarak işlemin hukukî sebebini (*causa*) açıkça belirtmişlerse (*cautio discreta*), *stipulatio* sebebe bağlı olurdu. Bu durumda davacı hem *stipulatio*'nun hem de geçerli bir hukukî sebebin varlığını kanıtlamak zorundaydı.³⁶⁴ Buna karşın *stipulatio*'da hukukî sebep belirtilmemişse, soyut bir işlem söz konusu olur; hukukî sebep ortadan kalkmış olsa dahi *stipulatio* geçerliliğini korurdu. Örneğin; (A) (B)'ye kendisine daha sonra 100 borç vereceği ümidiyle, 100 ödeyeceğini *stipulatio* ile vaat etsin. (B), (A)'ya 100 vermez, yani tüketim öduncü sözleşmesi yapmazsa, (A) ile (B) arasındaki *stipulatio*'da geçerli bir hukukî sebebinin varlığından bahsedilememesine rağmen, (A)'nın *stipulatio*'dan borcu doğmuştur. Bu halde *stipulatio* alacaklısı (B), borcun yerine getirilmesi için (A)'ya

³⁶³ Koschaker, **Roma**, s. 207.

³⁶⁴ Koschaker, **a.g.e.**, s. 213-214.

karşı dava açarsa, *stipulatio* borçlusu (A), genel hile def'i (*exceptio doli generalis*) yoluyla hukukî sebebin eksikliğini ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir.

İmparator Leo döneminde M.S. 469 yılında *stipulatio*'nun soru-yanıt biçimindeki şekli ortadan kaldırılmış; şekle bağlı olmayan sözlü anlaşmayla borcun doğacağı esası kabul edilmiştir.³⁶⁵ Böylece *stipulatio*, her ne kadar bu şekilde sınıflandırılmasa da, uygulamada rızaî bir sözleşmeye dönüşmüş ve Roma Hukukunun alametifarikası olan şekle bağlılık ilkesi önemli ölçüde aşınmıştır.

B. Çift *Stipulatio* Teorisinin Savları

1. Genel Olarak

Rızaî satış sözleşmesinin birbirinden ayrı yapılan çift *stipulatio*'dan doğup geliştiği düşüncesini, Bekker³⁶⁶ ve Jhering³⁶⁷ ortaya atmıştır. Daha sonra Girard'ın³⁶⁸ geliştirdiği bu teori; birçok Romanistin desteğini almıştır.³⁶⁹

Stipulatio teorisine göre, rızaî satışın görüldüğü M.Ö. II. yüzyıldan önce vadeli satış yapmak isteyen taraflar, malın teslimi ve bedelin ödenmesi edimlerini ayrı ayrı iki farklı *stipulatio* ile güvence altına alırlardı.³⁷⁰ Satıcı *stipulatio* ile malı alacaklıya taahhüt ederdi: Alacak hakkını kazanan alıcı bakımından bir alım (*emptio*) söz konusuydu. Alıcı ise ayrı bir *stipulatio* ile satıcıya bir bedel ödemeyi taahhüt ederdi: Satıcı bedelin ödenmesini talep hakkı elde ederdi. Bu işlem bir satım (*venditio*) idi. Bu teoriye göre bu iki farklı *stipulatio* (*emptio* ve *venditio*), bilinmeyen bir tarihte tek bir işlemde kaynaşmış; böylece rızaî iyiniyet sözleşmesi olan *emptio venditio* ortaya çıkmıştır.

Stipulatio ile satış sözleşmesi arasında bir ilişki olduğu çok açıktır. Nitekim bedelin bir *stipulatio* ile taahhüt edildiği bir satıştan söz eden birçok metin

³⁶⁵ Co. VIII.38.10.

³⁶⁶ Ernst Immanuel BEKKER, **Die Aktionen des Römischen Privatrechts**, Berlin : 1871, I, s. 157-158.

³⁶⁷ Jhering, III, s. 232; IV, s. 143; 195.

³⁶⁸ Girard, **Manuel**, s. 570 n°1.

³⁶⁹ Bkz. Appleton, **Risque**, s. 379-381; Accarias, **Précis**, II, s. 196; Cornil, **DR**, s. 337; May, II, s. 155.

³⁷⁰ Jhering, III, s. 232, IV, s. 5; 142-143, 195; 249; Bekker, I, s. 157 vd.; Girard, **Manuel**, s. 570; **Stipulations**, s. 539, n°4; Appleton, **Risques**, s. 379; May, II, s. 115.

Digesta'da mevcuttur.³⁷¹ Ancak *stipulatio*'nun rızaî satış sözleşmesinin ortaya çıkışındaki rolü aydınlatılmaya muhtaçtır.

2. Basitlik ve Tek Taraflılık İlkesine İlişkin Sav

Teorinin temel dayanaklarından biri, hukukî işlemlerin basitliği ilkesidir. Ünlü Pandekt Jhering, XII Levha Kanunu öncesi arkaik dönemde geçerli olan basitlik ve tek taraflılık ilkelerinden, rızaî satışın kökeninin yalnızca taraflardan birine borç yükleyen iki farklı tek taraflı işlem olduğu sonucunu çıkartmıştır. Arkaik dönemde hukukî işlemler basit, yani belirli bir hakkın doğumuna yönelikti. Basitlik ilkesine göre, ne kadar çok hakkın doğması amaçlanırsa, o kadar çok farklı hukukî işlem vardır.³⁷² Bir başka deyişle, bir işlemde birden çok hakkın, karşılıklı edimlerin doğması mümkün değildi. Öte yandan basitlik ilkesi, doğal olarak, bir işlemde hem aynî bir hak hem de bir alacak hakkının doğmasını önlerdi. Nitekim sonraki dönemlerde de bu tarz işlem sayısı oldukça sınırlıdır.³⁷³

Basitlik ilkesini, sözleşmelerin tek taraflılığı ilkesi tamamlamaktadır. Arkaik dönemde hukukî işlemlerde, kural olarak yalnızca bir kişi borç altına girer; karşı taraf hak elde ederdi. Bu bakımdan arkaik dönemde bütün işlemler, tek tarafa borç yükleyen ya da tek taraflı işlemlerdi.³⁷⁴ İki taraflı işlem-sözleşme kavramı, arkaik dönemin hukuk düşüncesi için fazla ileri bir anlayışın ürünüydü.

Emptio venditio kavramının ikili yapısı; rızaî satışın, biri *emptio* diğeri *venditio* olarak adlandırılan iki farklı *stipulatio*'dan türediğine kanıt olarak gösterilmiştir.³⁷⁵ Ancak peşin satışın egemen olduğu arkaik dönemde dahi satıcı ile alıcının gerçekleştirdikleri işlemler birbirinden ayrı düşünülür ve farklı biçimde adlandırılırdı. Alıcının işlemine *emere* (almak, ele geçirmek); satıcının işlemine ise *venum dare* (satış olarak vermek) denirdi. *Stipulatio*'ya özgü bir durumdan bahsedilemez. Öte yandan, iki tarafa borç yükleyen bir işlemin doğurduğu borçlardan yola çıkarak iki sözcükle adlandırılması, hukuk biliminin günümüzle

³⁷¹ Bkz. Scaev. D. 2.14.47.pr.; Ulp D. 14.6.3.3; Paul. D. 18.1.40.2; D. 18.5.3; Papin. D. 21.2.68.pr.

³⁷² Jhering, IV, s. 136-137; Cuq, **Manuel**, s. 415. Bkz. §2/II/C/1 (*Şekli*)

³⁷³ Bu tarz işlemler arasında; *pignus* (rehin sözleşmesi), *superficies* (üst hakkı), *emphyteusis* (uzun süreli kira hakkı) yer alır.

³⁷⁴ Jhering, IV, s. 192.

³⁷⁵ Bkz. Girard, **Manuel**, s. 573.

kıyaslanamayacak kadar geri bir gelişim düzeyine sahip olduğu Erken Çağ toplumu için son derece doğaldır. Aksine Romalıların, böyle iki farklı borç birden doğuran bir sözleşmeyi, günümüzdeki gibi (Tr: satım, Fr: la vente, Alm: der Kauf) tek bir isimle anısalardı, bu olağandışı olurdu.³⁷⁶ Dolayısıyla sözleşmenin adındaki ikili yapıyı, başlangıçta borçların iki farklı işlemten doğmasıyla açıklama çabaları sonuçsuz kalmaktadır. *Emptio venditio* kavramının kökeni, sözleşmeden doğan karşılıklı borçlardır.³⁷⁷ Kaldı ki Gaius, eskilerin alım ya da satım kavramlarından birini ayırım yapmaksızın kullandığını belirtir: *Veteres in emptione venditioneque appellationibus promiscue utebantur*.³⁷⁸

3. Sinallagma İlişkisine Dayalı Sav

Bu teorinin en büyük eksiği, satış işleminin dönüşümünü açıklamakta yetersiz kalmasıdır.³⁷⁹ *Stipulatio* soru-yanıt şeklinde gerçekleştirilen şekle bağlı bir sözleşmeydi. Oysa rızaî satış şekle bağlı olmayan, tarafların salt anlaşmasıyla borç doğuran bir sözleşmeydi. *Stipulatio*'lar birbirlerinin hukukî sebebi olmayan soyut işlemlerdi. Oysa rızaî satış sebebe bağlıydı. Alacaklardan birinin imkânsızlaşması ya da geçersizliği, ifa edilen diğer borcun konusunun geri istenmesine neden olurdu. *Stipulatio*'dan doğan borçlar, iki farklı işlem söz konusu olduğundan birbirinden bağımsızdı. Oysa rızaî satış sözleşmesinde edimler arasında bir sinallagma (ivaz) ilişkisi vardı. *Stipulatio* bir dar hukuk sözleşmesiydi. Oysa rızaî satış bir iyiniyet sözleşmesiydi. *Stipulatio*'lar başta *actio ex stipulatu* olmak üzere dar hukuk davalarıyla; rızaî satış ise *actio empti* adındaki iyiniyet davasıyla korunurdu. Nasıl iki farklı şekle bağlı, soyut ve dar hukuk sözleşmesi; şekle bağlı olmayan ve edimler arasında sinallagma ilişkisi bulunan tek bir iyiniyet sözleşmesine dönüşmüştür? *Actio ex stipulatu*, satış özelinde nasıl iyiniyet davasına dönüşmüştür?

³⁷⁶ Monier, **Manuel**, II, s. 132; Arthur CHAUSSE, “Les Singularités de la vente romaine”, **NRHD**, C. 23, 1899, s. 515. Buna karşın, *emptio venditio* adından sözleşmenin çift *stipulatio*'dan geliştiğinin çıkarılamayacağını savunan Cuq, bu adlandırmayı *emptio*'nun kökeni olan *emere*'nin teknik anlamda “satış”a karşılık gelmemesine bağlamıştır; “*venditio*” eklenmesiyle işlem “satış” anlamını kazanmaktadır (**Manuel**, s. 454 n°11).

³⁷⁷ Buckland, s. 478; May, II, s. 113 n°2.

³⁷⁸ Gai. D. 19.1.19.

³⁷⁹ Pringsheim, **Origine**, s. 489; Meylan, **Genèse**, s. 152.

Sinallagma ilişkisinin kurulması, alım ve satım *stipulatio*'larının şarta bağlı olarak yapılmasıyla açıklanmaya çalışılmıştır.³⁸⁰ Ancak böyle bir varsayımda, *stipulatio*'lardan her biri, diğer *stipulatio* konusu borcun ifa edilmesi üzerine sonuç doğuracağından, geçerli olarak doğmuş iki karşılıklı edimin varlığından söz etmek mümkün değildir. Nitekim çift *stipulatio* ile rızaî satış sözleşmesinin hukukî sonuçları da farklı olacaktır. Örneğin; A *stipulatio* ile B'ye, 100 ödenirse bir malını teslim etmeyi taahhüt etsin. Teoriye göre bu *stipulatio* bir alımdır. Daha sonra B, yine bir *stipulatio* ile, önceki *stipulatio* konusu malın kendisine teslimi edilirse, A'ya bir 100 ödemeyi taahhüt etsin. Bu *stipulatio* ise bir satımdır. Bu durumda taraflardan hiçbirisi, karşı taraf kendi borcunu ifa etmedikçe alacağını talep edemez; şart gerçekleşmedikçe *stipulatio* henüz sonuç doğurmadığından, böyle bir borç yoktur. Oysa rızaî satış sözleşmesinde, alıcı ya satıcı, kendi edimini ifa etmeden de karşı edimin yerine getirilmesi talep edebilir; zira her iki borç da doğmuştur. Ancak sinallagma ilişkisi, taraflardan birinin kendi borcunun ifa etmeden karşı edimi talep etmesi halinde, borçlunun *exceptio non adimpleti contractus* ileri sürerek borcunun yerine getirmekten kaçınmasını sağlardı. Bu bakımdan çift *stipulatio*'nun şart yoluyla birbirine bağlanması, edimlerin karşılıklılığının sağlamazdı.³⁸¹

Satışın iki farklı *stipulatio* biçiminde yapıldığı dönemde, kendi edimini ifa etmeden karşı edimi talep eden kişiye karşı bir *exceptio doli* (hile def'i) ileri sürme imkânının bulunduğu ve rızaî satıştaki edimler arasında sinallagma ilişkisinin çıkış noktasının bu def'i olduğu iddia edilmiştir.³⁸² Ancak böyle bir def'inin ileri sürülmesi, *stipulatio*'lar arasında sinallagma ilişkisinin bulunması gerektirir ki, zaten tartışma konusu ve ispata muhtaç olan husus bu ilişkinin bulunup bulunmadığıdır.

Bu teorinin savunucuları, alım satım sözleşmesinde edimlerin birbirinden bağımsız olduğunu gösteren birtakım örnekleri, teoriyi destekleyen kanıt olarak sunmuşlardır. Çocukluk çağını aşmış olan küçüğün (*impuberes infantia maiores*)

³⁸⁰ Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *La Compravendita in Diritto Romano*, Napoli: 1956, s. 50; Alan WATSON, "The Origins of Consensual Sale: A Hypothesis", s. 248 vd.; *Evolution*, s. 10. Watson, çift *stipulatio*'nun iyiniyet gereği *actio empti* ile tanınan tek bir işleme dönüştüğü, iyiniyet davasının zapttan ve ayıptan sorumluluğu kapsam dışı bırakmasından anlaşılmaktadır. Yazara göre iyiniyet davası, *stipulatio*'nun koruma kapsamı dışında kalan hususlar için yaratılmıştır. Bu iki borcu, hâlihazırda *stipulatio* koruduğu için iyiniyet davası bunları kapsam dışı bırakmıştır. Böylece rızaî satış sözleşmesinin iyiniyet gereği tanındığı dönemde, zapt ve ayıba karşı garanti borcunun doğumu, tarafların bu konuda ayrı bir *stipulatio* yapmış olmalarına bağlanmıştır.

³⁸¹ Chausse, s. 515.

³⁸² May, s. 278.

vasi *auctoritas*'ı bulunmadan yaptığı alım satım sözleşmesinin küçük bakımından borçlandırıcı kısmı geçersiz; kazandırıcı kısmı geçerli olurdu.³⁸³ Böylece küçük, bedeli talep hakkına sahip olmasına rağmen, malı teslim etmekle yükümlü değildi. Bu durumda *venditio*'suz *emptio*'nun söz konusu olduğu, dolayısıyla rızâî satışın başlangıçta iki farklı işleminden oluştuğu iddia edilmiştir. Ancak edimlerin birbirinden bağımsız olması, satış sözleşmesine özgü bir durum olmayıp, fiil ehliyetine ilişkin genel kuralın olaya uygulanmasından ibarettir.³⁸⁴ Bunun alım satım sözleşmesine özgü bir durum olmadığı, tüketim ödöncü gibi diğer işlemlere de aynı hukukî sonucun bağlanmış olmasından anlaşılabılır.³⁸⁵

Benzer biçimde sözleşme taraflarından birinin esaslı olarak yanılması halinde, karşı tarafın sözleşmeden doğan borcuyla bağlı kalacağı savunulmuştur.³⁸⁶ Ancak hukukî metinler aksini kanıtlamaktadır. Satılan kölenin cinsiyetinde yanılmanın işlemi geçersiz kıldığına kuşku yoktur: *Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est* (Ama eğer sana bir kadın satar ve sen de bir erkek köle aldığını zannedersen, cinsiyette yanılma, alımı satımı geçersiz kılar).³⁸⁷ Alım satım sözleşmesinin konusunun sözleşme kurulduğu sırada mevcut olmaması durumunda, sözleşmenin geçersiz olacağı kuralı da edimler arasında karşılıklılığın bulunduğunu göstermektedir: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (Satılan şey olmadan ne alım ne de satım vardır).³⁸⁸ Bu örneklerin gösterdiği üzere, sözleşme kurulduğu sırada edimler arasında sinallagma ilişkisi, tam bir bağımlılık bulunurdu.³⁸⁹ Öyle ki her iki borç birbirinin hukukî sebebini oluşturur ve biri olmadan diğeri doğmazdı.

Buna karşın, edimlerin bağımlılığından sözleşme kurulduktan sonra aynı kesinlikle söz etmek mümkün değildir. Bir kere doğmuş olan borçların ifa anında birbirinden bütünüyle bağımsız hale geldiğine ilişkin örnekler bulunmaktadır. Hasar sorunu bunlardan yalnızca biridir. Kabul etmek gerekir ki, çift *stipulatio* teorisi, rızâî

³⁸³ Ulp. D. 19.1.13.29.

³⁸⁴ Chausse, s. 516.

³⁸⁵ Bkz. Pomp. D. 12.2.42.pr.

³⁸⁶ Jhering, IV, s. 196 n°293.

³⁸⁷ Ulp. D. 18.1.11.1.

³⁸⁸ Pomp. D. 18.1.8.pr.

³⁸⁹ Georges CORNIL, "L'Évolution historique de la vente consensuelle et la loi 50, D. de actionibus empti et venditi", *NRHD*, C. 25, 1901, s. 151.

satışta hasarın alıcıya ait olması kuralını (*periculum emptoris est*) neredeyse kusursuz şekilde açıklamaktadır.³⁹⁰ Nitekim Girard, Romalıların hasar sorununu çözüm şeklini –edimlerin tam bağımsızlığı- satışın iki farklı işleminden geldiğine kanıt olarak göstermiştir.³⁹¹ Eğer rızaî satış iki farklı *stipulatio*’dan doğmuşsa, farklı hukukî kaynakları bulunan bu borçlar, en azından çift *stipulatio*’dan rızaî satışa geçiş sürecinde birbirinden bağımsız olmalıydı. Bu nedenle rahat zilyetliği taahhüt edilen mal satıcının kusuru bulunmaksızın imkânsızlaşırsa, satıcının sorumluluğu doğmaz; ancak alıcı bedel ödemekten kurtulamazdı. Hasarın alıcıya ait olması kuralı, sinallagma ilişkisini dışlamaktadır.³⁹²

Öğretide Labeo’dan bir pasaj, rızaî satışın ilk zamanlarında, sözleşme kurulduktan sonra edimlerin birbirinden bütünüyle bağımsız hale geldiğine kanıt olarak gösterilmiştir:

Lab. D. 19.1.50:

Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. Possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem petitor ei neque vendidisset neque tradidisset.

Mal teslim edilmeden önce alıcının yasa gereği bedel ödeme borcundan kurtulması halinde, iyiniyet, satıcının malı alıcıya teslim etmeye zorlanmasına ve böylelikle maldan olmasına izin vermez. Eğer şey teslim edilmişse, satıcının şeyi de yitireceği doğrudur; alıcının dava etmesi halinde, satıcı satılmış ve teslim edilmiş şeyin def’ini ileri sürebilir ve davacı malı ne satmış ne de teslim etmiş kabul edilirdi.

Edimlerin bağımsızlığından söz etmek için, alıcının borcundan yasa gereği kurtulduğu varsayımında³⁹³, satıcıdan malın kendisine teslim edilmesini talep hakkı

³⁹⁰ Chausse, s. 517.

³⁹¹ Girard, **Manuel**, s. 583.

³⁹² Schmidlin / Cannata, s. 145.

³⁹³ Alıcının para borcu, çeşit borcu olduğundan imkânsızlaşamazdı (*genus non perit*); ancak Eski Roma’da dönem dönem para borçlarının yasal düzenlemeler yoluyla silinmesi söz konusu olur, böyle bir durumda alıcı bedel ödemediği borcundan yasa gereği kurtulurdu. D. 19.1.50’de Labeo’nun söz

olması gerekirdi. Oysa metinden bu yönde bir anlam çıkmamaktadır. Ancak bu metin, ikinci cümledeki “*aeque*” (da) ifadesinin dilbilim ve anlam bakımından bütünlüğü bozması nedeniyle *interpolatio* iddialarına konu olmuş ve orijinal metin arayışında alternatif metinler önerilmiştir.³⁹⁴ Cornil, değerli makalesinde³⁹⁵, ilk cümle üzerinde *interpolatio* yapıldığını ve “*Bona fides non patitur, ut*” ifadesinin orijinal metinde yer almadığını ortaya koymuştur.³⁹⁶

Böylece rızaî satışın ilk zamanlarında yaşamış olan Labeo, alıcının borcundan kurtulması halinde satıcının malı teslim etmekle yükümlü olduğunu, dolayısıyla edimlerin birbirinden bağımsız olduğunu ifade etmiş olmaktadır.³⁹⁷ Labeo’nun tanıklığı, bu bakımdan çift *stipulatio* teorisi ile uyumludur. Benzer şekilde Labeo’nun çağdaşı Varro da rızaî satışta edimlerin ifa anında bağımlılığından habersizdir:

Varr. Agr. II.2.6:

Nec non emptor pote ex vendito illum damnare, si non tradet quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio si non reddit pretium.

Satıcı malı teslim etmezse, alıcının, bedeli ödememiş olsa bile satıcıya karşı dava hakkı vardır; alıcı bedeli ödemezse, satıcı, malı teslim etmemiş olsa bile alıcıya karşı benzer bir davaya sahiptir.

ettiği böyle bir varsayımdır. Para borçlusunun borcunu azaltan ya da sona erdiren bu yasalara, *leges de novis tabulis* denirdi. Bkz. Cornil, **Vente**, s. 141; Meylan, **Fides**, 255.

³⁹⁴ Mommsen ikinci cümleyi, mal teslim edildikten sonra alıcının borcundan kurtulması halinde, satıcının hem malından hem de satış bedelinden olacağı şeklinde yorumlamıştır. Birçok yazar ikinci cümleyi sarıh kabul etmemiş ve metni edimlerin arasında sinallagma ilişkisi bulunduğu şeklinde yorumlamışlardır.

³⁹⁵ Cornil, **Vente**, s. 145-150.

³⁹⁶ Buna göre orijinal metin şu şekilde olmalıdır: “Alıcının malın kendisine henüz tesliminden önce yasa gereği ödemedi kurtulması halinde, satıcı malı alıcıya teslim etmeye ve maldan olmaya zorlanır (...)”. Chausse ise *interpolatio* iddialarını görmezden gelerek, Labeo’nun pasajını edimler arasında karşılıklılığın bulunduğu biçiminde yorumlamış ve çift *stipulatio* teorisini reddetmiştir. Bkz. Chausse, s. 517.

³⁹⁷ Her ne kadar *interpolatio* daha sonraki dönemde yapılmış olsa da, metne eklenen ifade, sinallagma ilişkisinin kurulmasında iyiniyetin belirleyeceği olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim sinallagma ilişkisinin iyiniyetin sonucunda geliştiği savunulmuştur. Bkz. Watson, **Origin**, s. 251. Dar hukuk sözleşmesi çift *stipulatio*’dan tek bir iyiniyet sözleşmesinin ortaya çıkmasında, iyiniyet kilit rol oynamış olabilir. Ne var ki iyiniyet, kamu hukuku kökenli bir hukukî kurum olduğundan, rızaî satışın kamu hukuku kökenine ilişkin teoriyi destekler niteliktedir. Krş. §3/III/B/4 (*İyiniyet Kavramının Kamu Hukukundan Doğduğuna İlişkin Sav*).

Dolayısıyla rızaî satış sözleşmesinde edimler arasında sinallagma ilişkisi, sözleşme kurulduğu sırada mevcuttu. Buna karşın, Varro ve Labeo'nun yaşadığı rızaî satışın ilk örneklerine rastlandığı dönemde, sözleşme hüküm doğurmaya başladıktan sonra sinallagma ilişkisinden söz etmek mümkün değildir. Sonraki dönemlerde dahi hasar sorununun edimlerin tam bağımsızlığı temelinde alıcı aleyhine çözülmüş olması, rızaî satış sözleşmesinde sinallagma ilişkisinin hiçbir zaman tam olarak yerleşmediğini göstermektedir. Bu olgu, rızaî satışın kökeninin edimlerin iki farklı hukukî işlemle güvence altına alındığı çift *stipulatio* şeklinde satış olduğu düşüncesini desteklemektedir.³⁹⁸

4. Kaynaklarda Çift *Stipulatio* Yoluyla Satış Örneği Bulunduğuna Yönelik Sav

Stipulatio teorisinin karşılaştığı büyük güçlük; iki ayrı şekilci, soyut işlem den sebebe bağlı ve şekle bağlı olmayan tek bir işleme dönüşümü açıklayamamasıyla sınırlı değildir. Her şeyden önce ne hukukî ne de hukuk dışı metinlerde, satışın bir zamanlar çift *stipulatio* ile yapıldığına ilişkin herhangi bir veri bulunmamaktadır.³⁹⁹ Gerçi soru-yanıt şeklinde yapılan satış anlaşmalarına ilişkin birçok metin ileri sürülmüştür.⁴⁰⁰ Ancak bunlardan hiçbiri ikna edici değildir. Örneğin, Varro'nun sözünü ettiği, alıcı ile satıcı arasında sözlü soru-yanıt değişimi biçimindeki satış işlemlerinin, *stipulatio* şeklinde yapılan satış olduğu iddia edilmiştir.⁴⁰¹

Varr. Agr. II.2.5-6

(...) *De reliquo antiqua fere formula utuntur. Cum emptor dixit "tanti sunt mi emptae?" Et ille respondit "sunt" (...)*

(...) Ayrıca (böyle bir işlem için) genellikle eski bir *formula* kullanılır: Alıcı satıcıya “Şu kadara benim tarafımdan alındı mı?” der. O da “Alındı” diye yanıtlar (...)

³⁹⁸ Rızaî satışın kökenine ilişkin tartışmaya taraf olmayan Capitane, Cornil'in ileri sürdüğü argümanlar ışığında çift *stipulatio* teorisini daha olası olduğunu yazmıştır. Bkz. Henri CAPITANT, **De la cause des obligations**, Paris: Dalloz, 1923, s. 92.

³⁹⁹ Cuq, **Manuel**, s. 454 n°9-10; Pringsheim, **Origine**, s. 489; Giffard, II, s. 53; James GORDLEY, “The Origins of Sale: Some Lessons from the Romans”, **Tulane Law Review**, C. 84, S. 6, Haziran 2010, s. 1442

⁴⁰⁰ Bu metinler için bkz. Varr. **Agr.** II.2.5-5; 3.5; 4.5; Cat. **Rust.** 146; 149; Iulian. D. 18.1.41.pr.; Paul. D. 18.5.3; Pomp. D. 19.1.3.1; Paul. D. 45.1.35.2; Paul. D. 18.1.34.2; Ulp. D. 18.1.39.1; Paul. D. 18.1.40.2; Scaev. D. 18.1.81 pr.

⁴⁰¹ Jhering, IV, s. 143; Bekker, s. 156; Appleton, **Risque**, s. 380.

Varr. Agr. II.3.5

Illasce capras hodie recte esse et bibere posse habereque recte licere, haec spondesne?

Bu keçilerin bugün iyi durumda olduğunu, içebildiğini ve onlara sahip olmama izin verileceğini taahhüt ediyor musun?

Varr. Agr. II.4.5

Emi solent sic: "illasce sues sanas esse habereque recte licere noxisque praestari neque de pecore morbosus esse spondesne?" Quidam adiciunt perfunctas esse a febris et a foria.

Alım geleneksel olarak şöyledir: “Söz konusu domuzların sağlıklı olduğunu, onlara sahip olmama izin verileceğini, *nox*a taleplerinden muaf olacağımı ve domuzların hastalıklı bir sürüden olmadığını taahhüt ediyor musun?” Bazıları domuzların ateşli bir hastalık ya da ishal atlattığını da ekler.

Her ne kadar II.2.5-6’da soru-yanıt söz konusu olsa da, bu işlem, belirli sözlerin söylenmesiyle kurulan şekle bağlı bir işlem, bir *stipulatio* değil, basit bir anlaşmadır (*pactum*).⁴⁰² Soru-yanıt şeklindeki sözleşmeler, *stipulatio formula*’sıyla sıkça karıştırılmış ve basit anlaşmaları da birer *stipulatio* olarak değerlendirme eğilimi ortaya çıkmıştır. Oysa Varro’nun aktardığı bu sözler, gördüğümüz gibi⁴⁰³, arkaik dönemde yapılan peşin satışın *formula*’sıyla aynıdır.⁴⁰⁴ Dolayısıyla metinde geçen işlem, *stipulatio* değil, bir mal ile bedelin maddî değişimini açıklayan bir *emptio* idi. Nitekim bu anlaşmaların şekle bağlı olmadığını savunan Monier, bunlar ile kamu satışlarının *formula*’sıyla paralellik kurmuştur.⁴⁰⁵ Arangio-Ruiz’in⁴⁰⁶ ileri sürdüğü metin bakımından da aynı durum söz konusudur:

⁴⁰² Monier, **Manuel**, II, s. 132.

⁴⁰³ Bu çalışmada bkz. §2/II/C/2 (*Tek Taraflı Bir Alım İşlemi Olması - Emptio*).

⁴⁰⁴ Meylan, **Genèse**, s. 133.

⁴⁰⁵ Bkz. Monier, **Manuel**, II, s. 132.

⁴⁰⁶ Vincenzo ARANGIO-RUIZ, “Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano”, **Festschrift Paul Koschaker**, II, 1939, s. 161, n. 29.

Paul. D. 45.1.35.2

Si in locando conducendo, vendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum est, quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur.

Eğer *locatio conductio* ya da alım satımda bir kimse, sorulan soruya yanıt vermemesine rağmen, sorulan şeye rıza gösteriyorsa işlem geçerlidir; çünkü bu sözleşmeler sözlerle değil, rızanın verilmesiyle kurulur.

Bu metinden satışın, önceleri karşılıklı çift *stipulatio*’larla yapıldığını çıkarmak olanaksızdır. Paulus, rızaî satışın eskiden soru-yanıt şeklinde yapıldığını örtülü olarak ifade ederken, rızaî satışın kökeninin *emptio* olduğunu kasteder.

Varro ve klasik hukukçulardan alınan metinler, çift *stipulatio* şeklinde yapılan satıştan çok, kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir.⁴⁰⁷ Daha önce yapılan bir satış anlaşmasını, şekle bağlı bir işlemle güvence altına almak amaçlanmıştır. Formüllerde geçmiş zamanın kullanılmış olması da bunu göstermektedir. Nitekim teorinin en önemli savunucularından Girard da bu hususu kabul etmiştir.⁴⁰⁸ Çift *stipulatio* şeklindeki satışa, rızaî satış ortaya çıktıktan sonraki dönemde de rastlanması, rızaî satışın *stipulatio*’lardan evrilmesi ihtimalini zayıflatmaktadır.⁴⁰⁹

Öte yandan, satıcının malın mülkiyeti devretmekle yükümlü olmayıp yalnızca rahat zilyetliği sağlama (*vacuam possessionem tradere*) borcu altında olması, *stipulatio* teorisiyle bağdaşmamaktadır. Nitekim öğretilde bu kurala, *stipulatio* teorisyenleri tatmin edici bir açıklama getirememişlerdir.⁴¹⁰ Alıcının kendisine malın rahat zilyetliğinin sağlanmasını taahhüt ettirmekle yetinmesi mantıklı değildir.⁴¹¹ Eğer rızaî satışın kökeni çift *stipulatio* olsaydı, rızaî sözleşmeden doğan satıcının borcunun mülkiyeti devir olması beklenirdi. Bu noktada, “arkaik dönemde *datio*

⁴⁰⁷ Chausse, s. 516.

⁴⁰⁸ Paul Frédéric GIRARD, “Les Stipulations de garantie”, *NRHD*, C. 7, 1883, s. 541.

⁴⁰⁹ Prinsgheim, *Origine*, s. 490.

⁴¹⁰ Girard (*Manuel*, s. 581) satıcının mülkiyet yerine yalnızca zilyetliği devretmekle yükümlü olmasını, rızaî satışın olmadığı dönemde *stipulatio formula*’larının bu şekilde oluşturulmasıyla açıklamaya çalışmıştır; ancak belirttiğimiz gibi, *stipulatio formula*’larının böyle olması için bir neden yoktur.

⁴¹¹ Chausse, s. 517; Meylan, *Genèse*, s. 153.

(verme) yalnızca zilyetliğin devriydi; mülkiyet hakkı kural olarak devren değil, yasa gereği aslen kazanılırdı ve *stipulatio* çok eski bir hukukî kurumdur” denilebilir. Ancak çift *stipulatio* şeklinde satış; peşin satış ile rızaî satış arasında bir geçiş kurumu olduğuna göre, en erken M.Ö. IV. yüzyılda (bedel *mancipatio*’dan çıkarıldıktan sonra) yerleşmiş olmalıdır. O dönemde ise mülkiyet hakkının devren kazanılması hâlihazırda mümkündü; nitekim *stipulatio* ile bir malın mülkiyetinin devri taahhüt edilmesi yaygın bir uygulamaydı. Dolayısıyla *stipulatio* ile mülkiyeti devir borcunun doğmaması için bir neden bulunmamaktadır.

Çift *stipulatio* teorisi, gerek satışın çift *stipulatio* ile yapıldığına ilişkin kaynaklarda hiçbir tatmin edici örneğin olmaması gerekse rızaî satışın özgün niteliklerini açıklayamaması nedeniyle isabetli değildir. Elbette, peşin satış ile rızaî satış arasındaki geçiş döneminde borçlandırıcı satış işlemi ihtiyacını karşılamak amacıyla *stipulatio*’lara başvurulması olağandır. Hatta rızaî satışın tanındığı Klasik Hukuk Dönemi’nde bile satış *stipulatio* yardımıyla yapılabilirdi.⁴¹² *Stipulatio*’nun konusu ne olursa olsun sorumluluğa yol açan genel bir sözleşme tipi olduğu göz önüne alındığında, bu işlemin borçlandırıcı satış yerine kullanılıyor olması kuvvetle muhtemeldir. Muhtemel olmayan, rızaî satışın mal teslimi ve bedel ödenmesi konusunda yapılan çift *stipulatio*’ların zaman içinde dar hukuk davaları yerine iyiniyet davalarıyla korunması, şekilciliğin bertaraf edilerek rızaîlik ilkesinin kabul edilmesi ve edimleri arasında bir sinallagma ilişkisinin yerleştirilmesidir.

III. Kamu Satışı Teorisi

A. Kamu Satışının Temel Özellikleri

1. Kamu Alım ve Satımlarında Yetkili Görevliler

Satış sözleşmesi özel hukuka özgü bir hukukî kurum değildi. Devlet hazinesi (*aerarium saturni*), toplumun ihtiyaçları doğrultusunda alım satım yapardı. Hazinenin yönetimi Senato’ya aitti.⁴¹³ Senato Hazine’yi *magistra*’lar aracılığıyla

⁴¹² Meylan, *Fides*, s. 254; Mattiangeli, s. 337. Satış bedelinin *stipulatio* ile taahhüt edildiği bu tür satışlar için bkz. Scaev. D. 2.14.47.pr.; Ulp D. 14.6.3.3; Paul. D. 18.1.40.2; D. 18.5.3; Papin. D. 21.2.68.pr.

⁴¹³ Suet. *De Vit. Caes. Tib.* 30; Tacit. *Ann.* II.37; 38; XIII.49-51; Vulcat. Gallic. *Hist. Aug. Av. Cass.* 7.

yönetirdi. Hazine mallarının devri ya da mal alımı, Senato'nun verdiği yetkiye dayanarak, Roma'da (*imperium domi*) *ensor*⁴¹⁴ ve *quaestor urbani*⁴¹⁵; Roma dışında (*imperium militiae*) ise *quaestor militares*⁴¹⁶ ve ordu komutanları tarafından yerine getirilirdi.

Kamu kurumları için gerekli olan araç gereçlerin alımı ve malların tedariki, *ensor*'ların görev alanına girerdi.⁴¹⁷ *Censor* makamının kurulduğu M.Ö. 443 yılının öncesinde ise alımlardan konsüller sorumluydu.⁴¹⁸ Alımlar için diğer *magistra*'ların özel olarak yetkilendirildiği de olurdu. Örneğin; Titus Livius'un aktardığına göre *tribunus consularis*'ler altın alımından sorumlulardı.⁴¹⁹

Roma dışında ordunun iâşesinden ve bütçesinden sorumlu *quaestor militares*, görevlendirildiği lejyonun ihtiyaç duyduğu buğdayı, kıyafetleri ve silahları tedarik ederdi.⁴²⁰ Bunun için Senato tarafından lejyona tahsis edilen miktarı (*attributa*), Roma'dan ayrılmadan önce *quaestor urbanis* aracılığıyla tahsil ederdi.⁴²¹ Askeri sefer sonrası ordu komutanı ve *quaestor militares*, bütçeden artan miktarı Roma'da *quaestor urbanis*'e geri verirlerdi.⁴²²

Kamu mallarının yönetiminden sorumlu olan *ensor*, aynı zamanda kamu mallarının satışı konusunda genel yetkili *magistra* idi. Buna karşın *quaestor*'lar, aldıkları özel yetkiye dayanarak, kamu mallarının devrini öngören satış işlemleri yapabilirlerdi. Uygulamada *ensor* ve *quaestor urbanis* arasındaki görev dağılımı şu şekildeydi: Hazineden sorumlu olan *quaestor*'lar günlük olağan idari işler

⁴¹⁴ *Censor* olarak adlandırılan *magistra* makamı, M.Ö. 443 yılında kurulmuştur. *Censor* beş yılda bir (*lustrum*) halk meclisleri tarafından seçilir; on sekiz ay boyunca görev yapardı. *Censor*'un bulunmadığı üç buçuk yıl boyunca makamın görev ve yetkileri, *consul* (konsül) başta olmak üzere diğer makamlara geçerdi. *Imperium*'a sahip olmasa da, büyük bir otoriteye sahipti. *Censor*'un en önemli görevi, nüfus sayımını (*census*) yapmak ve senatör listesini (*lectio senatus*) hazırlamaktır. Bunun yanı sıra *ensor*, hanelerin örf ve âdetlere uygun davranıp davranmadığını denetler, birçok idari işlemi yerine getirirdi.

⁴¹⁵ Cumhuriyet döneminde *quaestor*'lardan ikisi her zaman Roma'da kalır, hazineden sorumlu olurlardı. Bunlara *quaestores urbani* (kent *quaestor*'ları) ya da Augustus döneminden itibaren *quaestores aerarii* (hazine *quaestor*'ları) denirdi (Cic. **Leg.** III.3.6). Diğer *magistra*'ların talepleri üzerine hazineden ödeme yapar; kamu binalarının onarımı ya da inşası için yüklenicilerle anlaşılırdı.

⁴¹⁶ *Quaestores militaries* ordu komutanlarına sahada eşlik eden, ordunun mali ve idari işlerinden sorumlu *magistra*'lardır.

⁴¹⁷ Theodor MOMMSEN, **Le droit public romain**, Çev. P.F. Girard, Paris: 1984, I, s. 272.

⁴¹⁸ Titus Livius, M.Ö. 492'deki kıtlıkta, konsüllerin buğday almaya birilerini göndermemesi halinde halkın ve kölelerin açlıktan ölebileceğini ifade etmiştir. Bkz. Tit. Liv. **Urb. Cond.** II.34.3.

⁴¹⁹ Tit. Liv. **Urb. Cond.** V.25.

⁴²⁰ Tit. Liv. **Urb. Cond.** XXIII.15; XXX.38.

⁴²¹ Cic. **Verr.** II.1.13; 14.

⁴²² Pierre WILLEMS, **Le droit public romain**, Louvain, 1888, s. 342.

kapsamındaki satışlarda, daha büyük otoriteye sahip olan *ensor*'lar ise olağanüstü durumlarda önem arz eden satış işlemlerinin yanı sıra taşınmaz satışlarında görev alırlardı.⁴²³ Öte yandan *ensor*'un kamu malları üzerindeki yetkisi tamdı; Senato tarafından özel olarak yetkilendirmeksizin her türlü malın satışını gerçekleştirebilirdi.

2. Açık Arttırma Usulüyle Yapılması

Kamu satış sözleşmeleri, kamu için gelir elde etmek ve giderde bulunmak için yapılan işlemlerin çoğu gibi, ihale usulüyle gerçekleştirilirdi.⁴²⁴ İhale, kural olarak, Roma halkının önünde (*in conspectu populi Romani*) Forum'da *magistra*'nın satılanın özelliklerini ve satış koşullarını (*leges censoriae*) ilan ettiği şartname (*tabula censoriae*) çerçevesinde yapılırdı.⁴²⁵ Şartname Forum'da asılarak ya da tellal (*praeco publicus*) tarafından sözlü olarak duyurulurdu.⁴²⁶ Şartname, üzerinde değişiklik yapılabilen bir taslaktan ibaretti; ancak ihale tarihinde şartname koşulları bağlayıcı olurdu.⁴²⁷ Kamu mallarının satışı açık arttırma usulüyle yapılır; en yüksek teklifi veren ihaleyi kazanırdı.⁴²⁸ Tarafların anlaşması, alıcı özel hukuk kişinin sorusu (*emptium rogare*) ve *magistra*'nın yanıtı (*addictio*) ile meydana gelirdi.⁴²⁹ Soru-yanıt biçimi nedeniyle sıkça *stipulatio* ile karıştırılan bu işlem, şekle bağlı değildi. Bu bakımdan özel hukukta tarafların herhangi bir şekle bağlı olmaksızın gerçekleştirdikleri şekilsiz satış anlaşmasına (*pactum venditionis*) benzerdi. Tek

⁴²³ Mommsen, **DPR**, I, s. 272; IV, s. 252.

⁴²⁴ Mommsen, **a.g.e.**, IV, s. 135; Willems, s. 343. Bkz. Tit. Liv. **Urb. Cond.** XXIII.48; XLIV.16; XXII.33.

⁴²⁵ Plin. **Nat. Hist.** XVIII.3.3; Gell. II.10; Cic. **Leg. Agr.** I.2.4.10; **Verr.** II.5.21.33.

⁴²⁶ Cic. **Quin.** XV.50; **Leg. Agr.** II.21; **Sest.** 26; **Philip.** II.26; 64; Horat. **Ars Poet.** 419. Tellallar, kamu ihaleleri dışında da görev yaparlardı. Resmî tatil ve törenleri duyurur, ölüm cezasının infazında cellada infaz emrini verir, ceza yargılamalarında tarafları, avukatları ve tanıkları çağırırdı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mommsen, **DPR**, I, s. 417-418.

⁴²⁷ Cuq, **Manuel**, s. 453.

⁴²⁸ Türk Hukukunda ihale usulleri ikili biçimde düzenlenmiştir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulü olmak üzere beş ihale usulü bulunmaktadır. Bu Kanun uyarınca ihaleler, kural olarak kapalı teklif usulüyle yapılır (m. 36). Tahmin edilen bedeli her yıl Genel Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı geçmeyen ihaleler, açık teklif usulüyle açık arttırma ya da açık eksiltme şeklinde yapılır (m. 45-46). 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ise açık ihale usulü, genel ihale usulüdür (m. 5 f.4). Özel hukuk kapsamındaki açık arttırma yoluyla satış için bkz. TBK m. 274-281.

⁴²⁹ Bkz. Plaut. **Poen.** II.1.50; **Capt.** I.2; 78; Cic. **De Har.** 13; Plin. **Nat. Hist.** XIV.4.4; XVII.1.3.

farkı, böyle bir anlaşma kamu hukukunda bağlayıcı iken, özel hukukta istisnai haller dışında hukukî değer taşımaz, hukuk düzenince tanınmazdı.⁴³⁰

Öte yandan şartnameyi hazırlayan *censor*, sözleşme şartlarını devletin menfaatleri doğrultusunda karşı tarafa dayatırdı. Devlet, malın maddî devri dışında herhangi bir yükümlülük altına girmezdi. Alıcı kamu malının mülkiyetini ancak satış bedelinin tamamı hazineye girdikten sonra kazanırdı. Dahası sözleşmeden doğan riskleri üstlenmez, satılanın ifadan önce yok olması durumunda devletin satış bedelini talep hakkı sona ermezdi.

3. Şekle Bağlı Olmaması

Eski Hukuk Dönemi'nde özel hukuk satış işlemlerinde mal ile bedelin aynı anda değiştirildiği bir peşin satış niteliğini taşıırken, kamu alım satımları birer rızâî sözleşmelerdi.⁴³¹ Yetkili *magistra* aracılığıyla devlet ile özel hukuk kişinin birbirine uygun karşılıklı irade açıklamalarıyla sözleşme meydana gelirdi. Bir başka deyişle devlet, karşı tarafı borç altına sokmak ya da bir kamu malını devretmek için şekle bağlı bir işleme gereksinim duymazdı. Bunun nedeni ise Roma Hukukunda şekilciliğin kökeninde yatmaktadır.

Belirttiğimiz gibi⁴³² arkaik dönemde hukukî işlem, ancak tarafların irade açıklamalarına Roma halkının onay vermesiyle (*nuncupatio*) sonuç doğururdu. Tarafların iradelerini açıklamasından sonra, hukuki işlemin içeriğine ve yöneldiği amaca göre yapılan bu denetim, topluluğun özel denetimi idi. Buna karşın topluluğun onay vermesinden önce taraflar, iradelerini serbestçe değil, belirli *formula*'lara uyarak sözlü biçimde açıklamalıydı; çünkü birey topluluğun önceden belirlediği ve onayladığı amaçlardan sapamazdı. Bu bakımdan sözlü şekilcilik ya da *formula* usulü, işlemin özel niteliklerinden bağımsız, topluluğun işlemten önce gerçekleştirdiği bir genel denetimdi.⁴³³

⁴³⁰ Cuq, **Manuel**, s. 454; Buckler, s. 138. Özel hukuk alanında borç ve dava hakkı doğurmayan *pactum*, bir kazanmanın hukukî sebebini teşkil ettiği ölçüde hukuk düzenince dikkate alınırdı; zira Roma Hukukunda sebebe bağlılık, temel prensipti. Bkz. Ege TÜREL, "Roma Hukukundan Günümüze Hukukî Sebep ve Sinallagma İlişkisi", **MÜHF-HAD**, C. 23, S. 3, Özel Sayı (Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan), Aralık 2017, s. 365-394.

⁴³¹ Mommsen, **Kauf**, s. 267; **DPR**, I, s. 196-197; Chausse, s. 522; Cuq, **Manuel**, s. 453.

⁴³² Bu çalışmada bkz. §2/II/C/1 (*Şekli*).

⁴³³ Lévy-Bruhl, **Acte**, s. 76.

Dolayısıyla kamu alım satımları ile yapım ve onarım işlerinin şekle bağlı olmaması, bu tür işlemlerin topluluğun genel denetiminden muaf olduğunu göstermektedir; zira işlem kamu gücünü kullanan yetkili *magistra* tarafından gerçekleştirilmesi, topluluğun rızasının hâlihazırda bulunduğunu gösterirdi.

Öte yandan kamu alım satımları ile kamu binalarının yapımı ya da onarım işlerinin (*locatio operis*) verilme biçimi farklı değildi.⁴³⁴ Eski Hukuk Dönemi'nde kamu hukukunda alım satım, eser, hizmet ve kira sözleşmeleri tek bir sözleşme tipi olarak görülürdü. Kamu hukukundaki tek sözleşme tipi, Mommsen'in deyiimiyle *dare locare* ve *emere conducere* idi.⁴³⁵ Her iki işlem de kamu menfaati doğrultusunda rekabet yaratmak amacıyla ihale usulüyle gerçekleştirilirdi. Bir işin yapılmasını isteyen ve karşılığında bir miktar para ödeyen tarafa, halka *locator* (iş sahibi), bir işi yapmayı taahhüt eden ve alacaklı sıfatını kazanan özel hukuk kişisine *redemptor*⁴³⁶ (yüklenici), sonraları ise *conductor* denirdi.⁴³⁷ Kamu malını satın alan ya da bir işi üstlenen kişi, ihale sırasında el (*manus*) kaldırdığından *manceps* olarak da adlandırılırdı.⁴³⁸

B. Kamu Satışı Teorisinin Savları

1. Genel Olarak

M.Ö. III-II. yüzyıl dolaylarında ortaya çıktığı kabul edilen rızâî satış sözleşmesinin, anlaşma ile ifanın birbirinden ayrıldığı şekilsiz kamu satışının kurallarını ödünç aldığı savunulmuştur. Özel hukuk rızâî satış sözleşmesinin, kamu hukukunun etkisiyle ortaya çıktığını ilk kez büyük Romanist Mommsen⁴³⁹ savunmuştur. Cuq⁴⁴⁰, Chausse⁴⁴¹, Di Marzo⁴⁴², Buckler⁴⁴³ ve Giffard⁴⁴⁴ bu teoriyi kabul etmişlerdir.

⁴³⁴ Mommsen, **DPR**, I, s. 272.

⁴³⁵ Mommsen, **Kauf**, s. 260.

⁴³⁶ Fest. **Verb. Sign.** '*redemptores*'. *Redemptor* sözcüğünün kökeni, bedel karşılığı malı devralmak değil, yalnızca ele geçirmek ve almak anlamına gelen *emere*'dir. Bkz. Mommsen, **Kauf**, s. 265.

⁴³⁷ Mommsen, **DPR**, IV, s. 136.

⁴³⁸ Fest. **Verb. Sign.** '*manceps*'. Bkz. Mommsen, **Mancipium**, s. 438 vd.

⁴³⁹ Mommsen, **Kauf**, s. 260-274; **DPR**, I, s. 197.

⁴⁴⁰ Cuq, **Manuel**, s. 453 vd.

⁴⁴¹ Chausse, s. 513-526.

⁴⁴² Di Marzo, s. 431.

Bu görüşe göre, kamu satışlarında geçerli olmayan özel hukuka egemen olan şekle bağlılık ilkesi, kamu satışının özel hukuk satış kurallarını etkisi sayesinde aşınmıştır. Böylece ilk kez özel hukuk alanında, şekle bağlı olmayan bir işlem sonucunda hukuk düzeninin iyiniyete dayanarak tanıdığı ve koruduğu bir hakkın doğumu mümkün olmuştur.

2. Satışın Kendine Özgü Kurallarının Kamu Hukukundan Kaynaklandığına İlişkin Sav

Klasik Roma Hukukunda rızaî satış sözleşmesini diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayıran kendine özgü özellikleri, kamu hukuku etkisinin kanıtı olarak gösterilmiştir.⁴⁴⁵ Rızaî satış sözleşmesinin bu özgünlüklerini incelemek, bu işlemin ortaya çıkışı hakkında fikir verebilir.

Rızaî satış sözleşmesinin kendine özgü üç temel özelliği bulunmaktadır: (1) Satıcının yalnızca zilyetliği devretmekle yükümlü olması, (2) satılanın mülkiyetinin ancak satış bedeli ödendikten sonra alıcıya geçmesi, (3) hasarın alıcıya ait olması.

Birincisi, satıcı malın mülkiyetini alıcıya devretmek zorunda değildir; zilyetliği devretmesi yeterliydi: (...) *ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat* (...) (... satıcı alıcıya, malın mülkiyetini devretmek değil, yalnızca malın rahat zilyetliğini sağlamakla sorumlu olsa da ...).⁴⁴⁶ Bu düzenleme, bizatihi Roma Hukuku bakımından da bir anomalidir; zira ortaklık (*societas*), tüketim ödöncü (*mutuum*) ya da *stipulatio* gibi sözleşmelerle bir malı taahhüt eden taraf, malın zilyetliğini devretmekle borcundan kurtulmazdı; malın mülkiyetini devretmekle yükümlüydü.⁴⁴⁷

İkincisi, satış bedeli ödenmedikçe, mal alıcıya teslim edilmiş olsa bile satıcı, malın maliki olarak kalırdı.⁴⁴⁸ Buna karşın, alıcı malı teslim almadan önce bedeli

⁴⁴³ Buckler, s. 135-140.

⁴⁴⁴ Giffard, II, s. 53-55.

⁴⁴⁵ Chausse, s. 513.

⁴⁴⁶ Afric. D. 19.1.30.1; Paul. D. 19.4.1.pr.; Ulp. D. 19.1.11.2.

⁴⁴⁷ *Stipulatio*'da mülkiyeti devir borcu için bkz. Ulp. D. 18.1.25.1. Tüketim ödöncünde mülkiyeti devir borcu için bkz. Gai. **Inst.** III.90.

⁴⁴⁸ Ulp. D. 19.1.11.2; Pomp. D. 18.1.19; Gai. D. 18.1.53; Ulp. D. 14.4.5.18; Paul. D. 40.12.38.2; Ulp. D. 43.26.20; D. 49.14.5.1.

ödemişse, malın mülkiyetini kazanmış olmazdı.⁴⁴⁹ Bu nedenle alıcı, satıcıdan malın kendisine teslimini, istihkak davasıyla (*rei vindicatio*) değil, satış sözleşmesinden doğan şahsi davayla (*actio empti*) isteyebilirdi.

Son olarak satış sözleşmesinde hasar alıcıya aitti: *Periculum emptoris est*. Sözleşmenin kurulmasından borcun ifasına kadar geçen sürede malın satıcıya yüklenemeyecek bir nedenle yok olması durumunda, satıcının ifa imkânsızlığından sorumlu tutulmamasına rağmen, satış bedelini alıcıdan isteyebilirdi.⁴⁵⁰ Buna karşın satış bedeli ödeme borcundan yasa gereği kurtulması durumunda alıcı, satıcıdan malın kendisine devredilmesini isteyemezdi.⁴⁵¹

Modern hukuk sistemlerinin bu üç konu bakımından karşıt hükümler öngörmesi, rızaî satış sözleşmesinin öne çıkan bu üç özelliğinin Klasik Roma Hukukuna özgü bir anomali olduğunu doğrulamaktadır. Örneğin, Türk Hukukunda satıcı zilyetliğin yanı sıra mülkiyeti de devretmekle yükümlüdür (TBK 207 f.1); hasar kural olarak satıcıya aittir (TBK 208 f.1) ve mülkiyetin alıcıya geçmesi satış bedelinin ödenmesine bağlı değildir.

Rızaî satış sözleşmesinin bu özgünlüklerinin bir ortak özelliği bulunurdu. Bu kurallar, satıcıya alıcı karşısında son derece ayrıcalıklı bir konum sağlamaktaydı.⁴⁵² Taraflardan birinin (satıcı) sözleşme şartlarını dayatması söz konusudur. Sözleşme tarafları arasında ekonomik anlamda eşitsizliğin buna neden olduğu düşünülebilir. Ancak satış sözleşmesinin adî işlerden ticarî işlere kadar yaşamın her alanında kullanılan bir hukukî işlem olması, bu düşünceyi dışlamaktadır. Günümüz kapitalist ekonomik sisteminin sonucu olan genel işlem koşullarını, ilkel tarım ve ticarete dayalı bir ekonomiye sahip Eski Roma'da aramak isabetli değildir.

Bu üç özgünlüğe kamu satışlarında da rastlamak mümkündür. Gördüğümüz gibi, hazineye ait bir malı paraya çevirmek isteyen *ensor*, devletin menfaatleri doğrultusunda, satılanın özelliklerini ve satış koşullarını belirttiği bir şartname (*lex censoriae*) kaleme alırdı. Devlet, malın maddî devri dışında herhangi bir yükümlülük

⁴⁴⁹ Arangio-Ruiz, *Compravendita*, s. 31; Chausse, s. 513.

⁴⁵⁰ Paul. D. 18.6.8; D. 18.6.13; Iulian. D. 18.5.5.2; Afric. D. 46.3.39; Cels. D. 47.2.14.pr (Ulp).

⁴⁵¹ Lab. D. 19.1.50.

⁴⁵² Chausse, s. 514.

altına girmezdi. Mülkiyet ancak satış bedelinin tamamı hazineye girdikten sonra alıcıya geçerdi. Dahası satılanın ifadan önce yok olması durumunda, devletin satış bedelini talep hakkı sona ermezdi.

Kamu satışı teorisinin savunucuları, rızaî satışın kendine özgü özelliklerinin kamu satışıyla benzerliğinden yola çıkarak, bu işlemin kamu satışından esinlenildiğini iddia etmişlerdir.⁴⁵³ Gerçekten Roma'nın imparatorluğa dönüşmesi üzerine gelişen ticarî yaşam, özel hukuk satışlarında anlaşma (*consensus*) ve ifanın birbirinden ayrılmasını zorunlu kılmıştır.⁴⁵⁴ Satıcının ayrıcalıklı durumu göz önüne alındığında, hâlihazırda var olan şekilsiz ve borçlandırıcı kamu satışının, özel hukuk kişileri arasında uygulanmaya başlanmış olması, değerlendirmeye değer bir teoridir.

3. Kamu Hukuku Kurumlarının Özel Hukuku Etkilediğine İlişkin Sav

Rızaî sözleşme niteliğini taşıyan kamu satışının ticarî yaşamın gerekleri nedeniyle özel kişiler arasında uygulanmaya başlandığı tezi, bu sözleşmenin içeriğinin ve kurallarının aynen benimsenmesini açıklamamaktadır. Artık sözleşme taraflarından biri devlet olmadığına göre, sözleşme koşullarının özel hukukun ihtiyaçları doğrultusunda değiştirilmesi beklenirdi. Neden özel kişiler kamu satışını düzenleyen, satıcıya ayrıcalıklı bir konum sağlayan satış koşullarını kabul etmişlerdir? Bu sorunun yanıtı, rızaî sözleşme kavramının özel hukuka yabancı olması nedeniyle, gerekli meşruiyeti sağlamak için kamu satışının koşullarını belirten *lex censoriae*'nin birebir kopyalanmasıyla verilmeye çalışılmıştır.⁴⁵⁵

İlk özel hukuk rızaî satış sözleşmesi *formula*'ları, kamu satışı şartnamelerinin taklidinden ibarettir. Kamu satışı koşullarından ayrılmak, özel hukuk alanında salt anlaşmayla sözleşme kurmayı tartışmalı hale getirebilirdi.⁴⁵⁶ Sonraki dönemde, kamu satışına hâkim olan sözleşme koşullarının, işlemin amacını ortadan kaldırmadığı

⁴⁵³ Di Marzo, rızaî satış sözleşmesinin, kamuya ait taşınmazların satışların model olarak ortaya çıktığını savunmuştur; zira kamuya ait taşınmazların mülkiyetinin özel kişilere devredilemediğinden, yalnızca zilyetliği devredilirdi. Bkz. Di Marzo, s. 431.

⁴⁵⁴ Cuq, **Manuel**, s. 454.

⁴⁵⁵ Chausse, s. 524.

⁴⁵⁶ Hatta ilk dönemlerde bu koşullarından sapmanın, sözleşmenin hukukî niteliğini değiştirdiği iddia edilmiştir. Rızaî satışın özel kişiler arasında uygulanmaya başlandığı Klasik Hukuk Dönemi'nin başında Celsus'un (D. 12.4.16) bedel karşılığı bir malın mülkiyetinin devrini öngören hukukî ilişkisinin, satış sözleşmesi olmadığını savunduğu dahi ileri sürülmüştür. Oysa Celsus bahsedilen anekdotta, sözleşme kurulduğu anda bedelin karşı tarafa verildiği ve Stichus adlı kölenin mülkiyetini devretmenin borçlanıldığı bir isimsiz sözleşmeden (*do ut des*, veriyorum vermen için) söz eder.

sürece, taraflarca değiştirebileceği kabul edilmiştir. Nitekim satıcının malın yalnızca zilyetliğini değil, mülkiyetini de devretmeyi borçlanabileceğine⁴⁵⁷ ya da hasarı satıcıya ait olacağına⁴⁵⁸ ilişkin anlaşmalar da geçerli sayılmıştır.

Bir kamu hukuku kurumunun özel kişiler arasındaki ilişkilere uygulanması alışılmadık bir durum değildir. İfa güçsüzlüğüne düşen borçlunun mallarının açık artırma yoluyla satışı anlamına gelen *venditio bonorum*, Devletin borçlularına karşı başvurduğu *sectio bonorum*'dan yola çıkarak düzenlenmiştir.⁴⁵⁹ Benzer şekilde nizam dışı yargılama usulü (*cognitio extra ordinem*), idari yargılama usulünün özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanmasından ibaretti.⁴⁶⁰ Başka kamu hukuku kurumlarının da özel kişiler arası ilişkilere uygulanagelmesi, rızâî satışın kamu hukuku kökeni teorisini destekler niteliktedir.⁴⁶¹

Gördüğümüz gibi kamu satışı açık arttırma yoluyla yapıldı. Bu nedenle kamu satışı kurallarının olağan özel kişiler arasındaki olağan satış sözleşmelerine nasıl uygulanmaya başlandığı açıklamaya muhtaçtır. Peşin satış işlemi yapmak istemeyen özel kişilerin kendi aralarında, en azından başlangıçta açık artırma yoluyla satış işlemini gerçekleştirdikleri savunulmuştur.⁴⁶² Böylelikle kamu satışı kurallarının olağan satış işlemlerine uygulanması kolaylaşmış olabilir.

4. İyiniyet Kavramının Kamu Hukukundan Doğduğuna İlişkin Sav

Rızâî satış sözleşmesinin iyiniyete (*bona fides*) dayanması da kamu satışıyla olan analojiyi desteklemektedir; zira *bona fides* kavramı, ilk olarak kamu hukukundan doğmuştur. *Praetor* ile *ensor* üzerinden medeni yargı ile idari yargıyı karşılaştıran Varro, iyiniyeti özel hukuka karşıt biçimde kamu hukukuyla bağdaştırır: *Quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum*

⁴⁵⁷ Paul. D. 19.5.5.1.

⁴⁵⁸ Iulian. D. 18.5.5.2.

⁴⁵⁹ Roma'da özel hukuk ya da kamu hukuku alanlarındaki açık arttırma usullerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Marcel RIVIÈRE, *La vente consensuelle dans les comédies de Plaute*, Paris: 1907, s. 91 vd.

⁴⁶⁰ Chausse, s. 524 n°1.

⁴⁶¹ Roma sözleşmeler sisteminde yer alan bir başka rızâî sözleşme olan kiranın da (*locatio conductio rei*) kamu hukukundaki kira sözleşmesinden türediği iddia edilmiştir. Bkz. Adhémar ESMEIN, "Les baux de cinq ans du droit romain", *NRHD*, C. 10, 1886, s. 1-10.

⁴⁶² Exupère CAILLEMER, "Un commissaire-priseur à Pompéi au temps de Néron", *NRHD*, C. 1, 1877, s. 397-410; Chausse, s. 524.

existimabatur (*praetor* tarafından yasanın emrettiği şeye, *censor* tarafından hakkaniyetin gerektirdiğine mahkûm edilme pahasına).⁴⁶³

Nitekim kamu satışlarında alıcının kendi aleyhine olan sözleşme koşullarının kabul etmesinin nedeni, devletin hakkaniyete uygun biçimde borcunu yerine getireceğine olan inançtı. Yetkili *magistra*, devlet ile özel kişi arasındaki uyuşmazlığı hakkaniyet ve iyiniyete göre (*ex aequo et bono*) çözerdi.⁴⁶⁴ Salt devletin menfaatlerini korumaz, aynı zamanda alıcının menfaatlerini de gözetirdi; zira aksi takdirde devletin güvenilirliği zedelenmiş olurdu.⁴⁶⁵

5. Satışın Borçlandırıcı Etkisini Açıklamaya Yönelik Sav

Kamu satışı teorisi, gördüğümüz gibi, satış sözleşmesinin rızâ bir sözleşme olmasını, diğer deyişle özel kişiler arasında salt anlaşmayla (*solo consensu*) sözleşme kurulmasını mantıklı şekilde açıklamasına rağmen, satış sözleşmesinin borçlandırıcı etkisini açıklayamamaktadır.⁴⁶⁶ Her ne kadar kamu satışında devlet ile özel kişi arasında herhangi bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, ilgili *magistra*'nın uyuşmazlığı hakkaniyete göre çözmekle görevli olduğu bilinse de, edimlerin arasında sinallagma ilişkisinin ve alıcının ifayı talep hakkının bulunup bulunmadığı belirsizdir. Bizzat bu teorinin savunucularından Cuq, özel kişinin devlete karşı bir dava hakkına sahip olmadığını kabul etmiştir.⁴⁶⁷ Bu nedenle teorinin en büyük eksikliği, özel hukuk alanında başlangıçta herhangi bir hukukî değeri bulunmayan şekilsiz satış anlaşmasının (*pactum venditionis*), nasıl hukuken tanınıp *actio empti* ile korunmaya başlandığı sorusuna tatmin edici bir yanıt bulamamasıdır.

Bu soruya verilen yanıtlardan en tatmin edici olanı, *pactum venditionis*'in aşamalı olarak tanındığını savunan Buckler'a aittir.⁴⁶⁸ Yazara göre şekilsiz satış anlaşması, ilk olarak satılan üzerinde aynî hak iddiasında bulunan satıcıya karşı *exceptio rei venditae et traditae* (satılmış ve teslim edilmiş mal def'i) tanınması sayesinde hukuken korunmuştur. Daha sonra malın zilyetliğini kaybeden alıcıya,

⁴⁶³ Varr. **Ling. Lat.** VI.71.

⁴⁶⁴ Chausse, s. 523.

⁴⁶⁵ Buckler, s. 138.

⁴⁶⁶ Pringsheim, **Origine**, s. 489; Watson, **Evolution**, s. 8; Meylan, **Genèse**, s. 149.

⁴⁶⁷ Bkz. Cuq, **Manuel**, s. 454 n°6. Aynı görüş için bkz. Meylan, **a.g.e.**, s. 149.

⁴⁶⁸ Buckler, s. 140.

kazandırıcı zamanaşımının koşullarının varlığı halinde, *actio publiciana* denilen aynî dava ile malın zilyetliğini geri alma imkânı tanınmıştır. Buckler’a göre alıcıya alacak hakkını ileri sürebileceği bir şahsî dava tanınması, ancak bu aşamalardan geçtikten sonra mümkün olmuştur. Fakat bu aşamalı gelişim tezi, hukuk kaynaklarıyla desteklenmeyen bir varsayım olmaktan öteye geçmemektedir.

IV. Reel Sözleşme Teorisi

A. Reel Sözleşme Kavramı

1. İsimli Reel Sözleşmeler

Reel sözleşme (*contractus realis*), kurulması için tarafların anlaşmasının (*consensus*) yeterli olmadığı, iradelerin uyuşmasının bir malın (*res*) teslimiyle tamamlandığı bir sözleşmedir. Başlangıçta reel sözleşme kavramı, anlaşmanın yanı sıra bir malın mülkiyetinin devredildiği sözleşmelerle sınırlı tutulmuştur. Bu nedenle, yalnızca *mutuum*⁴⁶⁹ (tüketim ödücü sözleşmesi) klasik hukukçular tarafından bir reel sözleşme olarak değerlendirilmiştir.⁴⁷⁰ III. yüzyılın sonunda reel sözleşme kavramı, bir malın yalnızca *detentio*’sunun⁴⁷¹ (elde bulundurma) ya da *possessio*’nun (zilyetlik) devredildiği sözleşmeler için de kullanılmaya başlanmıştır.⁴⁷² Böylelikle malı teslim alan tarafın; elde bulunduran (*detentor*) sıfatını kazandığı *commodatum* (kullanım ödücü sözleşmesi) ve *depositum* (saklama sözleşmesi) ile zilyet sıfatını kazandığı *pignus* (rehin sözleşmesi) da reel sözleşme kapsamına alınmıştır.

Reel sözleşmeler, dostlar arasında gerçekleştirilen ticarî olmayan hukukî işlemlerdir.⁴⁷³ Bu nedenle bedelsizdirler. Aile reisleri arasındaki hatır ilişkisine

⁴⁶⁹ Reel sözleşmelerden en eskisi olan *mutuum*’un ortaya çıkış tarihi tartışmalıdır. Cuq’e göre (Manuel, s. 430) bu sözleşme M.Ö. VI. yüzyılda ortaya çıkmıştır. Buna karşın öğretide tüketim ödücünün M.Ö. II. yüzyıl dolaylarında ortaya çıktığı görüşü hâkimdir.

⁴⁷⁰ Gai. *Inst.* III.90; Iust. *Inst.* III.14.

⁴⁷¹ *Detentio* (elde bulundurma ya da vazülyetlik), tıpkı *possessio* (zilyetlik) gibi bir kimsenin eşya üzerinde sahip olduğu fiilî hâkimiyettir. *Detentio* ile *possessio* birbirinden ayıran, Romalı hukukçuların *animus* dedikleri niyet unsuruydu. Roma Hukukunda “kendi mülkü imiş gibi muhafaza etme niyeti” (*animus rem sibi habendi*) ile mal üzerinde fiilî hâkimiyet bulunduran kimseye zilyet denirdi. Buna karşın, “başkasının adına muhafaza etme niyeti” (*animus rem alteri habendi*) bir malı fiilî hâkimiyetinde bulunduran kimseye elde bulunduran denirdi. Bu bakımdan *detentor*, Türk Hukukunda “başkası için zilyet” kavramına karşılık gelmektedir.

⁴⁷² Schmidlin / Cannata, s. 102.

⁴⁷³ Cat. *Rust.* 4; 5; Plaut. *Asin.* 226-248; *Curc.* 68; *Trinum.* 715; Gell. *Noct. Attic.* XX.1.41.

dayanan bu sözleşmelerden, başlangıçta dava ile korunan birer borç doğmazdı.⁴⁷⁴ Bu sözleşmeler, ticarî amaçlarla kullanılmaya başlayınca Cumhuriyet'in son yüzyıllarında birer dava ile korunmaya başlanmıştır.

2. İsimli Reel Sözleşmeler

Arkaik dönemde borç, yalnızca şekle bağlı sözleşmelerden doğardı. İsimli reel sözleşmeler ile rızaî sözleşmelerin tanınması üzerine borç doğuran sözleşme sayısı artmıştır. Böylece Roma sözleşmeler sistemi meydana gelmiştir. İsimli reel sözleşmeler ise sisteme dahil olan son kategoridir.

İsimli reel sözleşmeler, bir şeyin verilmesi ya da yapılması üzerine bir karşı edimi yerine getirme borcu doğuran hukukî işlemlerdir. Buna karşın tüketim ödünçü, kullanım ödünçü, saklama ve rehin sözleşmelerinde ise borcun konusu, teslim edilmiş olan şeyin geri verilmesiydi.

İsimli reel sözleşmeler karşılıklı edimler içermektedirler; bu bakımdan sinallagmatik sözleşmelerdir. Karşı edim beklentisiyle bir şeyin verilmesi ya da yapılması, şekilci *ius civile*'nin kapsamı dışında kalır ve herhangi bir borç doğurmazdı. Ancak bir şeyi veren ya da yapan taraf, Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren hukuken korunmaya başlanmıştır. *Praetor* karşı edimin ifası için *actio in factum* denilen bir dava hakkı tanımıştır. Iustinianus döneminde ise *actio praescriptis verbis* adı verilen davayla korunan bu tarz sözleşmeler, sözleşmeler sisteminde “isimli reel sözleşmeler” olarak yerini almıştır.⁴⁷⁵

İsimli sözleşmeler, borcun konusuna göre kendi içinde sınıflandırılmaktadır: *Do ut des* (veriyorum vermen için), *do ut facias* (veriyorum yapman için), *facio ut des* (yapıyorum vermen için), *facio ut facias* (yapıyorum yapman için).⁴⁷⁶ *Do ut des* kategorisinde yer alan en önemli hukukî işlem mal değişim sözleşmesidir (*permutatio*).

⁴⁷⁴ Girard, **Manuel**, s. 539; Cuq, **Manuel**, s. 430; 444; 446. *Mutuum* bir sözleşme olarak tanınmadan önceki dönemde misli mal ödünç alanın bunu iade yükümlülüğü, sebepsiz zenginleşmeye dayandırılırdı.

⁴⁷⁵ Bkz. D. 19.5 (*De praescriptis verbis et in factum actionibus*).

⁴⁷⁶ Paul. D. 19.5.5.pr.

B. Reel Sözleşme Teorisi

Mancipatio aracılığıyla yapılan peşin satış işleminden rızaî satış sözleşmesine geçişin reel sözleşmeler sayesinde olduğuna ilişkin teori, reel sözleşme teorisi olarak adlandırılmaktadır.

Bu teoriyi ilk kez ortaya atan Pernice, peşin satış ile rızaî satış arasındaki geçiş döneminde satış sözleşmesinin reel nitelik taşıdığını savunmuştur.⁴⁷⁷ Pernice'e göre mal ile bedel aynı anda değiştirildiği peşin satış işlemi (Zug um Zug), vadeli satış ihtiyacını karşılamak amacıyla, yalnızca satılanın teslim edildiği, alıcının ise bedel ödemeyi borçlandığı bir reel sözleşmeye evrilmiştir. Huvelin bu teoriyi yalnızca satış sözleşmesiyle sınırlı tutmayarak tüm rızaî sözleşmelere uygulamıştır.⁴⁷⁸ *Stipulatio* şeklinde satışın da kullanıldığını kabul eden Vincent, bu işlemin başlangıçta yalnızca Romalılara açık olmasından yola çıkarak, yabancılarla ticarî ilişkilerde çok yaygın olan satışın şekilsiz bir reel sözleşme şeklinde yapılmış olmasının doğal olacağı görüşündedir.⁴⁷⁹

Bu şekilde betimlenen bir reel satış, bir şeyin verilmesi ya da yapılmasıyla karşı edimi talep hakkının doğduğu isimsiz sözleşmelerle benzerlik taşımaktadır.⁴⁸⁰ Nitekim rızaî satış sözleşmesini düzenleyen birçok kural, isimsiz sözleşmenin hukukî rejimiyle uyumludur: Hasarın alıcıya ait olması, *exceptio non adimpleti contractus*, mülkiyetin kazanımının bedelin ödenmesine bağlı olması.

Reel sözleşme teorisi, hasarın sözleşme kurulduğu sırada alıcıya geçmesi kuralını mantıklı biçimde açıklamaktadır. Malın teslimi ile anlaşmanın tek bir işlemle gerçekleştiği reel sözleşmenin kurulmasıyla hasarın alıcıya geçmesi olağandır; çünkü hasar zilyetliğin devriyle ilişkilendirilmektedir.⁴⁸¹ Ancak bu husus, rızaî satış sözleşmesinin reel sözleşmeden evrildiğini kanıtlamamaktadır; zira hasarın alıcıya ait olması, *stipulatio* teorisinin savunduğu gibi edimlerin bağımsızlığıyla da

⁴⁷⁷ Alfred PERNICE, *Marcus Antistius Labeo: das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, C. 1, Halle, 1873, s. 456; "Parerga", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, C. 9, S. 1; 1888, s. 223 n°1.

⁴⁷⁸ Paul HUVELIN, 'obligatio', *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, C. 4, ed. Daremberg-Saglio, s. 133-140.

⁴⁷⁹ Vincent, s. 142.

⁴⁸⁰ Pernice, *Labeo*, s. 457-458.

⁴⁸¹ Vincent, s. 140 n°1.

açıklanabilir. Hasarın alıcıya ait olması zilyetliğin sözleşme anında devredilmesinden kaynaklandığının kabulü dahi reel sözleşme kökenini kanıtlamaz; zira reel sözleşme zilyetliğin devredildiği yegâne işlem değildir. Peşin satış işlemi eski *mancipatio* da hasar sorununu mükemmel biçimde açıklamaktadır. Dolayısıyla reel sözleşme teorisyenlerinin, rızaî satışın neden doğrudan *mancipatio*'dan evrilmediğini ortaya koymaları gerekir.

Alıcının sahip olduğu *exceptio non adimpleti contractus* (ifa edilmemiş sözleşme def'i) adlı savunma imkânı, reel sözleşme kökenine kanıt olarak gösterilmiştir. Modern hukuk sistemlerinde ödemezlik def'i olarak adlandırılan bu imkâna göre alıcı, satılanı teslim etmemiş ya da bunu önermemiş olan satıcıya borcunu ifa etmekten kaçınabilirdi. Nitekim bu def'i, Eski Roma'da satıcının açtığı davayı (*actio venditi*) etkisiz kılardı. Satış bedelinin ödenmesinin malın teslimine bağlanmış olması, karşı edimin talep edilebilmesi için malın tesliminin gerekli olduğu reel sözleşme ile benzerlik kurulmasını mümkün kılmıştır.

Mülkiyetin ancak satış bedeli ödendikten sonra alıcıya geçmesine ilişkin kural, reel sözleşme ile açıklanabilir. Tarafların salt anlaşması mülkiyeti devretmeye yetmez; bedelin verilmesiyle mülkiyet kazanılabılırdi. Böylece bedeli elde etmeksizin, malı sözleşme kurulduğu sırada teslim etmiş olan satıcının alacağı güvence altına alınmış olurdu.

Klasik Hukuk Dönemi'nde Sabinianus Okulu'nun satış sözleşmesi ile mal değişim sözleşmesinin aynı işlem olarak değerlendirmesi, rızaî satış sözleşmesini reel kökenine dair bir kanıt olarak gösterilmiştir. Bir mala karşılık bir diğer malın devrinin taahhüt edildiği bir sözleşmenin satış olup olmadığına ilişkin bu tartışma, paranın ortaya çıkmasından önceki dönemde mal değişiminin satış işlevini sağladığını göstermektedir.⁴⁸²

Tüm bu benzerliklere rağmen, isimsiz reel sözleşmeler rızaî satış sözleşmesine model olamazdı; zira bir şeyin verilmesi ya da yapılması üzerine bir karşı edimin doğduğu bu tarz anlaşmaların hukuk düzenince tanınıp korunması, rızaî satış

⁴⁸² Bu çalışmada bkz. §2/III/A (*Arkaik Dönemde Mal Değişimi*).

sözleşmesinin ortaya çıkışından sonraki döneme rastlamaktadır.⁴⁸³ Klasik Hukuk Dönemi'nde *actio in factum* ile korunan bu sözleşmelerin, sözleşmeler sistemindeki yerini alması Iustinianus zamanını bulmuştur.

Bu geçiş dönemindeki satış sözleşmesi, bir malın teslimi üzerine borç doğuran *mutuum*, *commodatum*, *depositum* ve *fiducia* gibi isimli reel sözleşmelerle de bağdaştırılamaz. Söz edilen reel sözleşmelerden doğan asıl borç, verilen bir şeyin geri verilmesinden ibarettir. Tüketim ödünçü sözleşmesinde ödünç alan, almış olduğu tüketilebilir malı aynı cins ve miktarda geri verir. Kullanım ödünçünde ödünç alan, ödünç konusu malı aynen iade eder. Saklama sözleşmesinde saklayan, muhafaza etmek üzere almış olduğu malı geri verir. Oysa reel sözleşme niteliği taşıdığı iddia edilen geçiş dönemindeki satış sözleşmesinde alıcı, almış olduğu malı değil, bedeli teşkil eden bir miktar parayı satıcıya ödemekle yükümlüdür.

Satış sözleşmesinin isimli reel sözleşmeleri model olarak borç doğurmaya başladığı düşüncesi bir ikinci olgu tarafından çürütülmektedir: İsimli reel sözleşmeler, gördüğümüz gibi, başlangıçta dostlar arasında yapılır ve hukuk düzeninin kapsamı dışında kalırdı. Bu tür sözleşmelerin dava hakkı tanınarak hukuki sonuç doğurması, rızaî satış sözleşmesinin ortaya çıktığı döneme rastlamaktadır. Dolayısıyla reel sözleşme olarak satışın bu teoriye göre ortaya çıktığı M.Ö. V-III. yüzyıl döneminde, henüz borçlandırıcı işlem niteliği taşımayan isimli reel sözleşmeler ona model olamazdı.

V. Mancipatio Teorisi

A. Genel Olarak

Eski Hukuk Dönemi'nin peşin satışı ile Klasik Hukuk Dönemi'nin rızaî satış sözleşmesi arasında, her zaman bir geçiş kurumu aranmıştır: *Stipulatio*, kamu satışı, reel sözleşme vb. Bununla birlikte sayısız yazar, rızaî satış sözleşmesinin doğrudan peşin satış niteliğindeki eski *mancipatio*'dan evrildiği; bir başka deyişle *mancipatio*'nun doğal gelişimi sonucunda ortaya çıktığını savunmuştur. Buna göre rızaî satış, peşin satış işlemi *mancipatio* ile aynı hukukî kurumdur. *Mancipatio* teorisi

⁴⁸³ Monier, **Manuel**, II, s. 131.

olarak adlandırdığımız bu köklü teori, Pandekt Windscheid⁴⁸⁴, Karlowa⁴⁸⁵ ve Saleilles⁴⁸⁶ gibi birçok yazar tarafından savunulmuştur. *Mancipatio*'dan rızaî satışa giden süreci ayrıntılı olarak açıklayan ise Meylan⁴⁸⁷ olmuştur.

Eski Hukuk Dönemi'nde *mancipatio*'nun peşin satış işlemi olması, rızaî satışın ortaya çıkışının *mancipatio* ile doğrudan ilgili olduğunu akla getirmektedir. “Satışın birliği” olarak adlandırılabilen bu düşünce, Roma hukuk tarihinin ana hatlarıyla uyumludur. Romalılar, ortaya çıkan yeni ihtiyaçları karşılamak amacıyla, yeni hukuk kurumları yaratmak yerine mevcut hukuk kurumlarının değiştirmeyi ve geliştirmeyi tercih etmişlerdir.⁴⁸⁸

Öte yandan Roma Hukukunda Iustinianus dönemine kadar *res Mancipi* – *res nec Mancipi* ayrımı belirleyici olmuş; mülkiyet hakkının kazanılma biçimi başta olmak üzere Roma Hukukunun temel sorunları, bu ayrım etrafında şekillenmiştir.⁴⁸⁹ *Res nec Mancipi* denilen mallar için bir teoriye gerek yoktu; bunların devri bütünüyle uygulamaya bırakılmıştı.⁴⁹⁰ Bu nedenle bir malın devrine ilişkin her türlü anlaşmanın yanı sıra, satış sözleşmesinin kökeninin *res Mancipi* denilen mallar ile bunların devrini sağlayan *mancipatio* işleminde aranması akla uygundur.

Rızaî satışın peşin satış işleminin doğal gelişimi sonucunda ortaya çıktığını gösteren bir diğer olgu, rızaî sözleşmenin hukuken tanınmasından ve uygulamada yaygınlık kazanmasından sonra peşin satış şeklinde yapılan *mancipatio*'ya rastlanmamasıdır. Rızaî satışın ortaya çıkışı ile *mancipatio*'nun *auctoritas* borcu doğuran soyut bir devir işlemine dönüşmesinin aynı döneme rastlaması tesadüf

⁴⁸⁴ Bernhard WINDSCHEID, *Lehrbuch des pandektenrechts II*, Darmstadt: 9. Basım, 1963, n°318-389.

⁴⁸⁵ Otto KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig: 1901, s. 632-651.

⁴⁸⁶ Saleilles, *Obligation*, s. 196; 203; 215; 222.

⁴⁸⁷ Meylan, *Genèse*, s. 150 vd.

⁴⁸⁸ Mülkiyet hakkını ileri süren malike malın zilyetliğinin geri verilmesini sağlayan istihkak davasından yola çıkarak, bir mülkiyeti devir işlemi yaratan Romalılardan başkası değildir. Bu çalışmada bkz. §2/IV (*In Iure Cessio*).

⁴⁸⁹ Pringsheim, *Origine*, s. 492.

⁴⁹⁰ Bonfante'nin ortaya attığı ve sayısız Romanistin kabul ettiği teoriye göre, arkaik dönemde *res nec Mancipi* denilen değersiz mallar üzerinde *Quirites* mülkiyeti kurulamazdı. Bir başka deyişle, bu tür mallar hukuk düzeninin dışında kalan ve akıbeti tamamen uygulamaya bırakılan mallardı. Bkz. Bonfante, s. 170 vd.; Girard, *Manuel*, s. 272; Cuq, *Manuel*, s. 243 ve 292. *Res Mancipi* kavramı için bu çalışmada bkz. §2/II/A/2 (*Konusu*). Krş. Monier, *Manuel*, I, s. 355.

değildir. Her iki işlem, aynı hukukî kurumun farklı dönemlerdeki görünümleridir.⁴⁹¹ Dolayısıyla biri varken diğeri var olamazdı.

Romalıların rızaî satış sözleşmesine verdikleri isim (*emptio venditio*) de eski *mancipatio*'nun kökenini ortaya koymaktadır. Eski Hukuk Dönemi'nde *mancipatio*, *res Mancipi* denilen mallar ile bedelin aynı anda değiştirildiği şekle bağlı bir peşin satış işlemiydi. Aslında peşin satış işlemi, bedelin ödenmesinden sonra, alıcının satılanın zilyetliğini devraldığı tek taraflı bir işlem, bir *emptio* (alım) idi.⁴⁹² Bu bakımdan eski *mancipatio*'yu *emptio per aes et libram*, yani maden ve teraziyle gerçekleştirilen bir alım işlemi olarak adlandırmak mümkündür. *Emptio venditio* nitelemesi, rızaî satışın her şeyden önce bir alım, zilyetliğin kazanımı olarak görüldüğünü göstermekte; *mancipatio* kökenini doğrulamaktadır.⁴⁹³ Nitekim *emptio venditio*'nun geleneksel *formula*'sı, arkaik *emptio*'nun *formula*'sıyla aynıdır: *Ille res, tanti est mihi empta? – Est.* (Bu mal benim tarafımdan alındı mı? - Alındı).⁴⁹⁴

B. Peşin Satışın İki Farklı İşleme Ayrılması

Eski Hukuk Dönemi'nde bedel ile malın aynı anda değiştirildiği peşin satış niteliği taşıyan *mancipatio*'nun, Cumhuriyet'in sonlarında “anlaşma” ve “teslim” olmak üzere iki farklı işleme nasıl ayrıldığı meselesi açıklanmaya muhtaçtır.

1. Taşınmaz Satışlarında

Meylan'a göre bu dönüşüm, *mancipatio*'nun taşınmaz devirlerine uygulanmaya başlamasıyla mümkün olmuştur.⁴⁹⁵ İlk olarak *res Mancipi* kategorisi, yük ve çeki hayvanları ile köleler gibi, Gaius'un (I.121) betimlediği gibi devralanın eliyle kavrayabileceği canlı varlıklardan ibaretti. O zamana kadar devri mümkün

⁴⁹¹ Meylan, *Genèse*, s. 150.

⁴⁹² Bu çalışmada bkz. §2/II/C/2 (*Tek Taraflı Bir Alım İşlemi Olması - Emptio*).

⁴⁹³ Meylan, *a.g.e.*, s. 150-151.

⁴⁹⁴ Varr. *Agr.* II.2.5; Plaut. *Capt.* v. 179; *Ep.* v. 471.

⁴⁹⁵ Meylan, *a.g.e.*, s. 153 vd. XII Levha Kanununda taşınır mülkiyeti ile taşınmaz mülkiyeti arasında önemli bir fark bulunmasa da, *mancipatio* sözcüğünün etimolojisinden hareketle, başlangıçta taşınmaz üzerinde özel mülkiyet kurulamayacağı düşünülmektedir. Bu olgu, taşınmaz mülkiyetinin egemenlik yetkisi gereği devlete ait olduğu düşüncesinden kaynaklanmış olmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cornil, *ADR*, s. 59. Taşınır mülkiyetinin, taşınmaz mülkiyetinden daha eski olduğunu savunana May, *in iure cessio* işleminin taşınmaz mülkiyetinin devrini mümkün kılmak amacıyla oluşturulduğunu iddia etmiştir. Bkz May, I, s. 284.

olmayan taşınmazlar, *res mancipi* kategorisi oluştuktan daha sonra, ekonomik değer ve önemleri gereği bu kategoriye alınmış ve şekle bağlı işlemle (*per aes et libram*) devredilmeye başlanmıştır.⁴⁹⁶ Gaius, doğaları gereği el ile kavranmaya uygun olmayan taşınmazların *mancipatio* ile uzaktan devredilebileceğini yazar: *Praedia vero absentia solent mancipari*.⁴⁹⁷ Gaius'un bu ifadesinden, taşınmazı temsil eden bir parça toprak ya da tahta parçasının işlem sırasında hazır bulundurulması yoluyla devrin mümkün olduğu sonucu çıkarılmıştır.⁴⁹⁸ Oysa Gaius böyle bir prosedürü, yalnızca *magistra*'nın değnekle gerçekleştirdiği işlem (*vindicatio*) bakımından betimler:

Gai. Inst. IV.17

Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci, verbigratia si columna aut navis aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur eaque in ius adferebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio.

Eğer uyumsuzluk konusu sütun ya da büyükbaş hayvan sürüsü gibi rahatlıkla taşınamayacak ya da *praetor* önüne çıkarılamayacak bir şey ise, bir parçası huzura getirilir ve merasim malın tamamıymış gibi o parça üzerinde gerçekleştirilir.

Bu usulün taşınmaz peşin satışlarında da geçerli olduğunu gösteren herhangi bir kanıt bulunmamaktadır.⁴⁹⁹ Devralan satılanı el ile kavrama hareketi (*adprehensio*) yaparak Romalıların *usus* dedikleri malın zilyetliğini maddî olarak devraldığına göre, Klasik dönem öncesinde taşınmazların zilyetliğinin bir parça ile devredilmesi mümkün değildir.

Bu nedenle, bedelin ödenmesinden sonra taraflar, “*Illaec res, tanti est mihi empti? – Est.*” şeklindeki *emptio formula*'sıyla maddî devri açıklarlar, bu aşamada orada bulunmayan taşınmazın zilyetliği devredilemez, devralan el ile kavrama

⁴⁹⁶ Monier, **Manuel**, I, s. 350 n°3; Meylan, **Genèse**, s. 153.

⁴⁹⁷ Gai. **Inst.** I.121.

⁴⁹⁸ Koschaker, **Roma**, s. 138; Brégi, s. 152.

⁴⁹⁹ Meylan, **Satisfactio**, s. 13. Nitekim Jhering *vindicatio* için söz konusu olan sembolizmin, *mancipatio* bakımından geçerli olduğuna dair kuşkularını ifade etmiştir. Bkz. Jhering, III, s. 255.

hareketini gerçekleştiremezdi. Zilyetliğin devri, taşınmazın bulunduğu yerde ayrıca gerçekleştirilmeliydi.

Bu aşamada henüz malı teslim alamamış olan alıcı, satış bedelini ödemiş olurdu; çünkü bedelin malın tesliminden önce ödenmesi çok eski bir âdetti.⁵⁰⁰ Taraflar arasındaki şekilsiz anlaşmanın borçlandırıcı etkisi bulunmadığından, satıcının, taşınmazın bulunmadığı yerde başlayan bu satışı tamamlama yükümlülüğü söz konusu olmazdı. Satıcının satılanın zilyetliğini alıcının elde etmesine izin vermemesi halinde, alıcı, hiçbir hukukî imkânâ sahip değildi.

İşte bu nedenle, ilk aşamada el ile kavrama hareketinin eksikliğini doldurarak, alıcının malın zilyetliğini elde etmesini güvence altına alınması zorunluydu. Bu doğrultuda malın teslimini sağlamak amacıyla alıcıya muhtemelen bir *vas*⁵⁰¹, bir güvence verilirdi.⁵⁰² Nitekim Varro, “*vas*” kavramını açıklarken, özellikle konusu taşınmaz olan *mancipatio*’dan bahseder:

Varr. Ling. Lat. VI.74

(...) *Vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat. Consuetudo erat quom reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret; a quo caveri postea lege coeptum est ab his, qui praedia venderent, vades ne darent; ab eo ascribi coeptum in lege mancipiorum: Vadem ne poscerent nec dabitur.*

Başkası için bir *vadimonium*⁵⁰³ taahhüt edene *vas* denir. Eskiden bir davada, yükümlülüklerini bizzat yerine getirecek durumda olmadığı anlaşılan taraflardan birinin, bunun için bir başkasını belirlemesi âdetti. Bu nedenle daha sonra taşınmazlarını satanlara karşı, kendilerini *vas* olarak öneremeyecekleri yasayla düzenlendi. Bundan

⁵⁰⁰ Koschaker, **Kauf**, s. 214’den naklen Meylan, **Genèse**, s. 132. Ayrıntılı bilgi için bu çalışmada bkz. §2/II/B/2 (*Mancipatio*’nun İki Farklı İşlemin Bileşimi Olduğuna İlişkin Teori).

⁵⁰¹ *Vas*; *legis actio* usulünde davalının *magistra* önüne çıkacağına ilişkin verilen bir güvencedir. Davalının belirlenen tarihte *magistra* önüne çıkmaması halinde, *vas*, kararlaştırılan bir miktar parayı ödemeyi taahhüt ederdi. Bkz. Tit. Liv. **Urb. Cond.** III.13.6; Dion. X.18. *Vas* ile *vadimonium* ilişkisi bütünüle aydınlatılamamıştır; ancak bağlantılı kavramlar olduğuna kuşku yoktur. Bkz. Varr. **Ling. Lat.** 6.74.

⁵⁰² Meylan, **Genèse**, s. 155.

⁵⁰³ *Vadimonium*, bir kimsenin *magistra* karşısına çıkacağına ilişkin verdiği bir garantidir.

böyle *mancipatio*'ya şu hüküm eklenmeye başlandı: “*Vas ne istenebilir ne de verilebilir.*”

Zaman içinde sözlü (*verbis*) taahhütlerin yaygınlaşmasıyla beraber, *vas* verilmesine son verilmiş; böylelikle satıcının, ilk işlemle malın zilyetliğini kazanamayan alıcıya malı devredeceğine ilişkin *praetor*'un zorlamasıyla bir *stipulatio* ile garanti vermesi usulü yerleşmiştir. *Emptio*'yu tamamlayan bu *stipulatio*'ya, *satisfatio secundum Mancipium* (“mala ilişkin güvence”) denmiştir. Hukukî niteliği oldukça tartışmalı olan bu *stipulatio*, büyük Romanist Cujas'ın ortaya attığı görüşe uygun olarak, öğretide genellikle zapta karşı garanti verilmesine ilişkin bir işlem, *actio auctoritas*'ı bertaraf etmenin bir yolu olarak değerlendirilmiştir.⁵⁰⁴ Oysa kaynaklar bu işlemin, her şeyden önce taşınmaz teslimine yönelik bir güvence olduğunu ortaya koyar.⁵⁰⁵

Cic. Attic. V.1.2

De Annio Saturnino, curasti probe. De satis dando vero te rogo, quoad eris Romae tu ut satis des. et sunt aliquot satisfationes secundum Mancipium veluti Mennianorum praediorum vel Atilianorum (...)

Annius Saturninus hakkında yaptıklarını onaylıyorum. Ama güvence vermeye gelince, Roma'da bulunduğun sürece bizzat güvence vermeni rica ediyorum. Memmius ve Attilius'un taşınmazlarında olduğu gibi, birçok *satisfatio secundum Mancipium* mevcut.

Klasik öncesi hukuk döneminde başlıca hukuk otoritesi olan Scaevola'nın (M.Ö. 159-88) sözünü ettiği ve satıcının taşınmazın zilyetliğini devrini taahhüt ettiği işlem, *satisfatio secundum Mancipium* olmalıdır:

⁵⁰⁴ Bkz. Cuq, **Manuel**, s. 462; Girard, **Garantie**, s. 421; **Auctoritatis**, s. 214; **Manuel**, s. 592 n°2; **Textes**, s. 707.; Di Marzo, s. 439.

⁵⁰⁵ Cic. **Attic.** V.1.2; **Form. Baetica**; Scaev. D. 45.1.131.1; Ulp. D. 45.1.52; 46.3.27. Ayrıntılı bilgi için bkz. Meylan, **Satisfatio**, s. 33.

Scaev. D. 45.1.131.1

Qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur, quamvis fundus Titio traditus sit, nihilo minus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur: nam interest eius, quia mandati actione fundum recepturus sit a Titio. Sed si donationis causa Titium interposuit, dicetur traditione protinus reum liberari.

Bir kimseye arazinin kendisine ya da Titius’a devredileceği *stipulatio* ile taahhüt edilmiş ve arazi Titius’a teslim edilmiş olsun. Taahhüt edilen, zapta karşı taahhüt elde etmek amacıyla arazi için bir dava açabilir. Vekâletten doğan davayla araziye Titius’tan geri alabileceği için, bunda menfaati vardır. Ancak Titius’tan, eğer ona hediye etmek amacıyla söz ederse, borçlu, Titius’un teslim etmesiyle borcundan tamamen kurtulacaktır.

Nitekim Scaevola’dan yapılan bu alıntı, *interpolatio* iddialarına konu olmuştur. Orijinal metinde “*ut sibi de evictione promittatur*” yerine, “*ut sibi de secundum Mancipium satisdetur*” ifadesinin yer aldığı savunulmuştur.⁵⁰⁶ Dolayısıyla bu *stipulatio*, taşınmazın teslimine yönelik verilen bir güvencedir.⁵⁰⁷

Stipulatio’ların sözleşmesel *stipulatio* ya da *praetor stipulatio*’ları⁵⁰⁸ olmak üzere iki tür olduğunu belirttikten sonra, Ulpianus, malın rahat zilyetliğinin devrini taahhüt etmekten söz eder:

Ulp. D. 45.1.52.1

Si quis vacuum possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continebit, sed causam bonorum.

Eğer bir kimse rahat zilyetliği devretmeyi taahhüt etmişse, böyle bir *stipulatio* yalnızca bir olguyu değil, maldaki hak durumunu içerir.

⁵⁰⁶ Meylan, **Satisfatio**, s. 32.

⁵⁰⁷ Meylan, **Genèse**, s. 156.

⁵⁰⁸ *Praetor stipulatio*’su, yargı işlerinden sorumlu *magistra* olan *praetor*’un sahip olduğu *imperium*’a dayanarak taraflardan biri ya da her ikisini yapmaya zorladığı *stipulatio*’ya verilen addır. Genellikle tarafların başlamış bir davayı yarıda bırakmamaları için yapıldı.

Ulpianus, *causa bonorum* ya da *causa rei* kavramlarıyla, malın yalnızca zilyetliğinin devrinin değil, aynı zamanda semerelerinin de geri verilmesinin taahhüt edilmiş olacağını kasteder. Böylece bu işlemin, bir *praetor stipulatio*'su olduğuna kuşku kalmaz; zira iradî *stipulatio*'lar malın semerelerinin geri verilmesini kapsamazdı.⁵⁰⁹ Dolayısıyla metindeki *stipulatio*'nun, taşınmazın rahat zilyetliğinin devrinin taahhüt edilmesine ilişkin bilinen yegâne *praetor stipulatio*'sunun, bir *satisfatio secundum Mancipium* olması zorunludur.

Satisfatio secundum Mancipium'un kullanımı sayesinde, taşınmaz şekilci peşin satışı, iki farklı işleme ayrılmıştır: *Emptio* açıklaması (anlaşma) ve *traditio vacuae possessionis* (teslim). Böylece tarihte ilk kez *traditio* işlemi ortaya çıkmıştır. Eski *emptio* sırasında bütünüyle edilgen bir konumda olan satıcı, *traditio*'nun doğumuyla etkin bir rol oynamaya başlamıştır: Eski *emptio* ile yalnızca alıcının malın zilyetliğini almasına engel olmayan satıcı, artık rahat zilyetliği devretme borcu altına girmiştir. *Usus* denilen taşınır üzerindeki fiili hâkimiyetin *possessio*'ya dönüşmesi, eski *emptio*'nun bu şekilde parçalanması sayesinde mümkün olmuştur.

Klasik hukukun temellerini atan bu büyük dönüşüm, kazandırıcı zamanaşımının *Mancipatio* ile kazanmalarla sınırlı kalmayarak, teslim yoluyla kazanmalara da uygulanmasının önünü açmıştır.⁵¹⁰ Öyle ki *praetor*, geçerli bir alım satıma dayanarak yapılan *traditio* (*traditio ex causa venditionis*) ile bir mal üzerinde iyiniyetli zilyet olan kimseyi, satıcının istihkak davasına (*rei vindicatio*) karşı satılmış ve teslim edilmiş mal def'i (*exceptio rei venditae et traditae*) ile korumaya başlamıştır.

2. Taşınır ve *Res Nec Mancipi* Satışlarında

Taşınır peşin satışları ise uzun bir süre daha eski haliyle devam etmiştir: Taşınırın hazır bulunduğu *emptio* sırasında, maddî devir *formula*'ya uygun olarak açıklanır; alıcının el ile kavrama hareketini gerçekleştirmesi üzerine malın zilyetliği kendisine geçmiş olurdu. Taşınmaz satışlarında bulunmayan el ile kavrama hareketi, zamanla taşınır satışlarında da sembolik hale gelmiş ve bu tür satışlarda da anlaşma

⁵⁰⁹ Ulp. D. 22.1.38.7.

⁵¹⁰ Meylan, *Genèse*, s. 157-158.

ile devir birbirinden ayrılmıştır.⁵¹¹ Bu süreç, herhangi bir teoriye sahip olmayan *res nec Mancipi* satışlarını da etkilemiştir.⁵¹² Böylelikle tüm malların satışında anlaşma devirden bağımsızlaşmıştır.

Esasen herhangi bir borç doğurmayan ve yalnızca maddî devri açıklayan *emptio*, taşınmaz satışında zilyetliğin devrinin zorunlu olarak geleceğe bırakılması sonucunda maddî devir niteliğini kaybetmiş ve rızaî sözleşme niteliği kazanmıştır. Bir başka deyişle rızaî sözleşme, başlanmış ama tamamlanmamış bir peşin satışıdır.⁵¹³

C. Satışın Rızaî Sözleşmeye Dönüşmesinde İyiniyetin Rolü

1. Varro'nun *Res Rusticae*'nda Satış Sözleşmesi Örneği

Eski Hukuk Dönemi'nde bedel ile malın aynı anda değiştirildiği peşin satışın, taşınmaz satışının doğası gereği, anlaşma (*emptio formula'sı*) ile teslim (*traditio*) olmak üzere iki farklı işleme ayrıldığını ve bu ikili yapının zamanla tüm malların satışına uygulanmaya başlandığını tespit ettik. Ancak rızaî satış sözleşmesi sistemi, anlaşma ile teslimin birbirinden ayrılmasından ibaret değildir. Geriye şu soru kalır: Salt anlaşmaya karşılık gelen *emptio* açıklaması, malın zilyetliğini devir (*tradere possessionem rei*) ve bedel ödeme (*pretium dare*) borçlarının kaynağı haline nasıl gelmiştir?

Bu sorunun yanıtını, Cumhuriyet'in sonlarında yapılan şekle bağlı olmayan bir satış işlemini konu edinen Varro'ya ait aşağıdaki metine bulmak mümkündür:

Varr. Agr. II.2.5-6

... *De reliquo antiqua fere formula utuntur. Cum emptor dixit "tanti sunt mi emptae?" Et ille respondit "sunt" et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic, "illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra luscam*

⁵¹¹ Gai. *Inst.* II.204; Fr. *Vat.* 311. Nitekim Klasik Hukuk Dönemi'nde *mancipatio*'nun soyut bir devir işlemine dönüşmesi, el ile kavrama hareketinin sembolik hale gelmesiyle mümkün olmuştur. Böylece *res Mancipi* satışında, *mancipatio* ile mülkiyet devredildikten ve zapta karşı garanti verildikten sonra, malın zilyetliği *traditio* ile ayrıca devredilirdi.

⁵¹² Meylan, *Genèse*, s. 158.

⁵¹³ Meylan, *a.g.e.*, s. 160.

surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morbosum esse habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?" Cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum; nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium.

Genellikle eski bir *formula* kullanılır. Alıcı satıcıya “Bunlar benim tarafımdan alındı mı?” dedikten sonra (satıcı) “alındı” diye yanıtlayıp (alıcı) bir bedel ödemeyi taahhüt ettiğinde, alıcı eski *formula*’ya uygun olarak şöyle bir taahhütte bulunur: “Bu kuzuların, bu tür hayvanlar için gerekli özelliklere göre sağlıklı olduğunu; tek gözlü, sağır ve karnının yünsüz olmadığını; hastalıklı bir sürüden gelmediğini ve gerektiği gibi malik olacağımı taahhüt ediyor musun? Bu işlem tamamlanmış olsa da, sürünün maliki (mallar) sayılmadıkça değişmez. Satıcı malı teslim etmezse, alıcı, alım satımdan doğan davaya sahiptir; alıcı bedeli ödemezse, satıcı, benzer bir davaya sahiptir.

Varro’nun aktardığı satış borçlandırıcı etkiye sahiptir; taraflar mal ile bedelin değişimi konusunda anlaştıktan sonra, alıcı *expromittere nummos* (para taahhüt etmek) işlemini yapar; satıcı ise zapta ve maddî ayıplara karşı *stipulatio* ile garanti verir. Alıcı bedeli ödemiş olsa bile, malın teslimini, satış sözleşmesinden doğan davayla isteyebilir. Satıcı ise benzer bir davaya sahip olur.

Söz konusu *formula*’nın (*Tanti sunt mi emptae? – Sunt*) soru-yanıt biçiminde olması, satışın bir *stipulatio*, yani şekle bağlı sözlü bir sözleşmeyle yapıldığını düşündürmektedir. Ancak Varro, satışın *stipulatio* aracılığıyla yapıldığını değil, bu sözlerin sarf edilmesinin âdetten olduğunu anlatır: *De reliquo antiqua fere formula utuntur*. Varro’nun satışı ile eski *mancipatio*’daki alıcının sözleri arasındaki benzerlik (*"Tanti sunt mi emptae? – Sunt"*), sözlerin yalnızca geleneksel olduğunu ve dolayısıyla şekle bağlı bir işlemin söz konusu olmadığını açıklığa

kavuşturmaktadır.⁵¹⁴ Genellikle, rızaî satışta anlaşma (*consensus*) soru-yanıt biçiminde gerçekleşirdi.⁵¹⁵ En önemlisi, rızaî satış sözleşmesinin, her şeyden önce bir *emptio* olduğunu ve şekle bağlı bir *emptio* olan *mancipatio*'dan türediğini kanıtlamaktadır. Bu bilgiler ışığında, günümüzde Varro'nun salt anlaşmayla borç meydana getiren bir rızaî satıştan söz ettiği düşünülmektedir.⁵¹⁶

2. Bedelin Ayrıca Taahhüt Edilmesi

Varro'nun aktardığı satışta bulunan bir unsur, işlemin rızaî sözleşme olduğundan kuşku duyulmasına sebep olur: Tarafların mal ile bedelin değişimini eski *formula*'ya uygun olarak açıkladıktan sonra, alıcı, *emptio*'dan bağımsız bir taahhütte bulunur: *expromittere nummos* (para taahhüt etmek). Konusu bir miktar para olan bu taahhüt, bir *stipulatio* olmalıdır.

Alicının malın teslimini alım satımdan doğan davayla isteyeceğini yazan Varro, bedelin ödenmemesi halinde, satıcının ise “benzer bir davaya” (*simile iudicium*) sahip olduğunu belirtir. Satıcının alım satımdan doğan bir dava hakkına (*actio ex empto vendito*) sahip olduğu düşünülebilir. Ancak *emptio* açıklamasından sonra alıcı bir miktar para vermeyi *stipulatio* ile ayrıca taahhüt ettiğine göre, satıcının sahip olduğu davanın; satış sözleşmesinden doğmadığı, yalnızca bu davayla benzer bir nitelik taşıdığı sonucu çıkarılmalıdır. Satıcının davası ile alıcının davası arasındaki benzerlik, her ikisinin de birer şahsî dava⁵¹⁷ (*actio in personam*) olmasından ileri gelir. Bir miktar para taahhüt edilen satıcının alacak hakkını ileri sürdüğü dava, *actio certae creditae pecunia* olmalıdır.⁵¹⁸

⁵¹⁴ Değindiğimiz gibi satışın, en azından rızaî satışa geçiş sürecinde şekle bağlı çift *stipulatio* şeklinde yapıldığı görüşü böylece dayanıksız kalmış olmaktadır. Bu çalışmada bkz. §3/II/B/4 (*Kaynaklarda Çift Stipulatio Yoluyla Satış Bulunduğuna İlişkin Sav*).

⁵¹⁵ Pernice, *Labeo*, s. 458; Meylan, *Fides*, s. 250. *Mancipatio*'da anlaşmanın da soru-yanıt şeklinde yapılmasından hareketle, arkaik dönemden itibaren yalnızca *stipulatio* gibi sözlü sözleşmelerin değil, ister sözlü (*stipulatio*) ister aynî (*mancipatio*) olsun tüm anlaşmaların soru-yanıt görünümünde olduğu sonucuna varılabilir. Nitekim öneri ve kabulden meydana gelen anlaşmanın, soru-yanıt şeklinde meydana gelmesi son derece doğaldır.

⁵¹⁶ Meylan, *Fides*, s. 247.

⁵¹⁷ *Actio in personam*, davalının sözleşme ya da haksız fiilden doğan borcun takibine yönelik, dava *formula*'sının *intentio* kısmında bir kimsenin birine bir şey verme, yapma ya da bir başka edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu iddia edilen bir davadır. Bkz. Gai. *Inst.* IV.2.

⁵¹⁸ Meylan, Varro'nun bu pasajda çiftçilere satın alacakları mallara ilişkin tavsiyelerde bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda, satıcının sahip olduğu dava hakkından üstün körü bahsedip, *actio certae creditae pecuniae* gibi teknik kavramlar kullanmak yerine, “benzer bir dava”dan söz etmesinin olağan olduğunu savunmuştur. Bkz. Meylan, *Fides*, s. 249.

Varro'nun aktardığı satışta alıcının borcunun kaynağı satış sözleşmesi değil *stipulatio* olduğuna göre, metindeki satışın rızaî nitelik taşıdığını söyleyebilmek için, bu *stipulatio*'nun hâlihazırda satış sözleşmesinden doğmuş olan borcu yenileyen bir işlem den ibaret olduğu kanıtlanmalıdır.⁵¹⁹ Ancak bu varsayımda tarafların, mevcut bir borcu yenilemek için herhangi bir sebepleri yoktur.

Dolayısıyla alıcının bedel ödeme borcunun kaynağı, mal ile bedelin değişimine ilişkin açıklama değil, bu anlaşmadan hemen sonra yapılan *stipulatio*'dur. Metinde satıcının malı teslim etme borcundan söz eden bir başka *stipulatio* bulunmadığından, çift *stipulatio* ile yapılan bir satıştan söz edilemez. O halde bu satışı nasıl açıklamalı?

Varro'nun *Res rusticae* adlı eserinde, bir miktar paranın taahhüt edildiği *stipulatio*'ya ilişkin başka örnekler de mevcuttur. Nitekim bir başka pasajda Varro, *traditio* ile verilen bir malın mülkiyetinin alıcıya geçmesinden söz ederken, paranın *stipulatio* ile taahhüt edilmesinin (*stipulatio nummorum*), paranın ödenmesinin (*solutio nummorum*) yerini tuttuğunu örtülü olarak ifade eder:

Varr. Agr. II.1.15

Quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere, neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini.

Başkasına ait bir malın benim olması için, bir başka (unsur daha) gereklidir; bütün (satışlarda) mülkiyetin el değiştirmesi için bedeli taahhüt etmek ya da ödemek yeterli değildir.⁵²⁰

Varro'nun aktardığı satışı anlamak için, bir miktar paranın taahhüt edildiği *stipulatio* ile eş değer görülen *solutio nummorum* kavramını incelemek gerekmektedir. Ödeme ya da genel bir ifadeyle ifa, mevcut bir borcun yerine getirilmesi anlamına gelmektedir. Bu tanım uyarınca mevcut borç, mal ile bedelin değişimine ilişkin açıklamadan doğmuş olmalıdır. Ancak tartışma konusu olan

⁵¹⁹ Nitekim bir zamanlar Meylan, bu *stipulatio*'nun işlevinin, borcu yenileme olduğunu savunmuştur. Bkz. Philippe MEYLAN, "Varron et les conditions de transfert de la propriété dans la vente romaine", *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, IV, 1949, s. 179 vd.

⁵²⁰ Şekilsiz satışlarda malın mülkiyetinin el değiştirmesi için gerekli bir diğer şart ise malın teslim edilmiş olmasıdır. Bkz. Varr. *Agr.* II.2.6; 6.3; 9.7.

husus, tam da borcun kaynağının *antiqua formula* olup olmadığına ilişkindir. *Stipulatio nummorum* ile ilişkisi dikkate alındığında, *solutio nummorum*, mevcut bir borcun yerine getirilmesi değil, satışın kurulması için gerekli bir şart olarak anlaşılmalıdır.⁵²¹

Solutio kavramının XII Levha Kanunundaki anlamı da budur.⁵²² Bu tanım, Eski Hukuk Dönemi'nde mal ile bedeli aynı anda değiştirilmesi anlamına gelen peşin satışla tam bir uyum içindedir. Bedel ödenmedikçe peşin satıştan söz edilemezdi. O halde, bedelin ödenmesinin yerini *stipulatio nummorum*'un aldığı Varro'nun aktardığı satış, rızaî satışa geçiş döneminde kullanılan değiştirilmiş ve yumuşatılmış bir peşin satıştır.⁵²³

Vadeli satış ihtiyacına yanıt vermek amacıyla, mal ile bedelin değişimi açıklandıktan sonra bedel ödenmemiş; bunun yerine *stipulatio* ile bedel taahhüt edilmiştir. Bedel *stipulatio* ile taahhüt edildiği için, alıcının borcu, bir miktar paranın mülkiyetini devretmektir; çünkü *stipulatio* ile bir şey taahhüt edilirse, zilyetliğin değil, mülkiyetin devri taahhüt edilmiş sayılırdı. Böylece satıcı malın yalnızca rahat zilyetliğini sağlamakla yükümlü olmasına rağmen, alıcının *pretium dare* borcunun (bedel vermek) nedeni ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla mal ile bedelin değişimini açıklandıktan sonra yapılan *expromissio nummorum*; mevcut bir borcu yenilemez, alıcının borcunun doğrudan kaynağıdır. Bu nedenle Varro'nun sözünü ettiği satış, saf rızaî nitelik taşımamaktadır. Bu satış örneği, peşin satışın rızaî satışa evrilme sürecindeki ara duraklardan biri olmalıdır.

3. Zilyetliği Devir Borcunun *Actio Empti* ile Korunması

Alıcının bedeli ödemek yerine taahhüt etmesine rağmen, Varro'nun betimlediği satış, satıcının malın teslim etmeyip bunu taahhüt ettiği bir işlem değildir. Aslında malın tesliminin bir *stipulatio* ile taahhüdü teorik olarak mümkün olsa da,

⁵²¹ Meylan, **Fides**, s. 250. Nitekim Cato satış *formula*'larında geçen *solvere* (ifa etmek) ve *solutio* (ifa) kavramlarını, satışın meydana gelmesi için gerekli bir şart olarak değerlendirir. Bkz. Cat. **Rust.** 146.5; 150.7.

⁵²² Bkz. Tabula VI.3 (Iust. **Inst.** 2.1.41); VIII.10 (Gai. D. 47.9.9)

⁵²³ Meylan, **a.g.e.**, s. 251. Varro'nun yalnızca alıcının borcunun kaynağını sözlü bir taahhüt olarak göstermesi, yazarın bilgi ya da yazım hatası değildir. Cato'nun aktardığı satış *formula*'larında da yalnızca alıcının asıl borcunun sözlü bir taahhütten doğduğu görülür.

kaynaklarda *possessionem tradere* borcu doğuran bir *stipulatio*'ya taşınmaz satışları dışında rastlanmamaktadır.⁵²⁴ Bunun nedeni, *actio incerti ex stipulatu*'nun görece geç bir dönemde ortaya çıkması olabilir.⁵²⁵ Bu davanın tanınmasından önceki dönemde ise alıcı, geleceğe bırakılan malın teslimi, çeşitli biçimlerde hukukî koruma kapsamına alınabilirdi. Alıcı, *expromissio* ya da *stipulatio nummorum*'da bedelin ödenmesini malın teslimi şartına bağlayabilirdi. Ayrıca, peşin satışta bedelin ödenmesi malın maddî olarak ele geçirilmesinden önce geldiği ve onu meşrulaştırdığına göre, alıcı, satıcıya *arra* vermek suretiyle malı ayırtırdı.⁵²⁶

Herhangi bir taahhüt ya da güvence vermediği halde, zamanla satıcıya, satış işlemi sırasında muhafaza ettiği malı teslim etme borcu yüklenmiştir. Peşin satışın pratik ihtiyaçlar nedeniyle anlaşma ve teslim olarak ikiye ayrılması sonucunda meydana gelen bu borç, tarafların anlaşmasından kaynaklanmamaktadır; çünkü değindiğimiz gibi bu anlaşma, mal ile bedelin değişimine yönelik basit ve şekilsiz bir açıklamaydı. Teslim borcunun ve alıcının bu hakkını ileri sürdüğü sözleşmeden doğan davanın (*actio empti*) kaynağı *bona fides* idi. Bu bağlamda iyiniyet, verilen sözün tutulması anlamına gelmemektedir. İyiniyetten kaynaklanan bu borç, bedel ödendikten ya da *stipulatio* ile taahhüt edildikten sonra yarım kalan peşin satış işleminin dürüstlük ilkesi uyarınca tamamlanması gereğinden kaynaklanmaktadır.⁵²⁷

Teslim borcunun amacı yarım kalan satış işlemini tamamlamak olduğuna göre, alıcı, satış sözleşmesi kurulduğu an mal devredilseydi sahip olacağı konuma teslimle getirilmeliydi. Peşin satışta malın mülkiyeti geçmediğinden, satıcı, teslimle alıcıyı malik haline getirmek zorunda değildi; yalnızca zilyetliği devretmesi yeterliydi.

O halde *bona fides*, yalnızca borçlunun sorumluluğunun kapsamını belirleyen bir ölçüt değil; rızaî satışta satıcının teslim borcunun doğrudan kaynağıdır: *Dare facere oportet ex bona fide*. (Verme ve yapma iyiniyetten kaynaklanır).

⁵²⁴ Rahat zilyetliğin *stipulatio* ile devredilebildiğini savunan Coing, Pomponius'un kaleminden çıkan bir metni (D. 19.1.3.1) kanıt olarak göstermiştir. Bkz. Coing, s. 15. Ancak metnin devamında, Romalı hukukçunun, bir çiftliğin satışından söz ettiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu *stipulatio*, taşınmazın rahat zilyetliğinin taahhüt edildiği bir *praetor stipulatio*'su, bir *satisfactio secundum Mancipium* olmalıdır.

⁵²⁵ Meylan, *Fides*, s. 252.

⁵²⁶ Meylan, *a.g.e.*, s. 252. Eski Roma'da *arra* kullanımı, bu bakımdan Eski Yunanlarınkinden farklıydı. Bkz. Plaut. *Rud.* v.45, 552, 852-867, 1281; *Mostel.* v. 637-645, 795-828, 912-920, 1010-1025. Ayrıntılı bilgi için bkz. Philippe MEYLAN, "Des arrhes de la Vente dans Plaute", *Mélanges Lévy-Bruhl, Droits de l'Antiquité et Sociologie Juridique*, 1959, s. 205-214.

⁵²⁷ Meylan, *a.g.e.*, s. 253.

4. Bedel Ödeme Borcunun *Actio Venditi* ile Korunması

Peşin satıştan rızaî satışa geçiş döneminde, alıcının borcunun kaynağı *expromissio* ya da *stipulatio numorum* denilen satış bedelini ödeme taahhüdü iken, satıcının borcunun kaynağı *bona fides*'tir. Dolayısıyla satıcı bedelin ödenmesini *stipulatio*'dan doğan davayla (*actio ex stipulatu*), alıcı ise malın teslimini iyiniyetten doğan sözleşmesel davayla (*actio empti*) isteyebilirdi.

Zaman içinde satış bedelini talep eden satıcıya, *actio ex stipulatu* yerine sözleşmeden doğan bir davanın (*actio venditi*) tanındığına kuşku yoktur.⁵²⁸ Ancak bu geçişin ayrıntıları kesin olarak bilinmemektedir. İyiniyetten doğan *actio empti*'nin, *actio venditi*'nin doğumu bakımından bir örnek teşkil ettiği; böylece bedel ayrıca taahhüt edilmediği halde, satıcının sözleşmeden doğan dava hakkını elde ettiği tahmin edilebilir.⁵²⁹ Bedel ödeme borcunun bir iyiniyet davası ile takip edilmesi, Roma'nın emperyal bir güç haline gelmesinden sonra uzun mesafeli ticaretin gelişmesi sonucunda mümkün olmuş olabilir; zira *stipulatio* yalnızca hâzırlar arasında yapılabilirdi. Bu nedenle, *bona fides*, *actio empti*'den sonra *actio venditi*'nin de kaynağı haline gelmiştir.

İyiniyet kaynaklı bu iki borcun doğumu mal ile bedel değişimine yönelik açıklamanın, yani başlamış ama tamamlanmamış bir peşin satışın varlığına bağlı olduğundan, zaman içinde borçların doğrudan anlaşmadan doğduğu kabul edilmiştir. *Bona fides*, borcun kaynağı olmaktan çıkıp, anlaşmadan doğan borçların kapsamını belirleyen bir ölçütten ibaret olmuştur.

Böylelikle peşin satış işleminde yalnızca mal ile bedelin maddî değişimini açıklayan *emptio formula*'sı (*Illaec res, tanti est mihi empti? – Est*), iyiniyetin rolü sayesinde borçlandırıcı bir işlem ve rızaî satış sözleşmesi haline gelmiştir.

⁵²⁸ *Actio venditi* için bkz. Ulp. D. 19.1.13.19; Pomp. D. 18.1.6.1; Ulp. D. 18.1.30; Hermog. D. 18.1.75; Iavol. D. 18.1.79; Paul. D. 18.2.14.1; Ulp. D. 18.3.4.pr. D. 18.3.4.3; Ulp. D. 18.4.2.10; D. 18.4.2.19; Papin. D. 18.7.6.pr. ve 1; D. 18.7.8; Pomp. D. 19.1.9.

⁵²⁹ Meylan, *Fides*, s. 154.

5. Rızaî Satış Sözleşmesi ve *Stipulatio* İlişkisi

Geriye tek bir soru kalmaktadır: Tarafların her ikisine de satış sözleşmesinden doğan dava ne zaman tanınmıştır? M.S. 10 yılında yaşamını yitirdiği düşünülen Labeo, yaşadığı dönemde rızaî satış sözleşmesinin bulunduğu tanıklık eder: *contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sunallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem* (buna karşın *contractus*; alım satım, *locatio conductio* ve adî ortaklık gibi her iki tarafa borç yükleyen, Yunanların *sinallagma* dedikleri bir işlemdir).⁵³⁰

M.Ö. I. yüzyılın henüz başında da rızaî satış sözleşmesi örnekleri mevcuttur. Valerius Maximus (ölüm M.S. 30), *augur*'ların kat eksiltilmesine karar verdiği bir taşınmazın satışından söz ederken, satıcının, ayıbı bilmeyen alıcıya karşı iyiniyet neyi gerektiriyorsa ona mahkûm olacağını yazar.⁵³¹ Cicero (M.Ö. 106-43), T. Claudius Centumalus ve P. Calpurnius Lanarius adlı kişiler arasındaki bu satışı aktarır ve satış sözleşmesinin iyiniyet niteliğini açıkça ifade eder.⁵³² Hatta M.Ö. II. yüzyılda, Plautus'un oyunlarında rızaî satış sözleşmesinin izlerine rastlamak mümkündür.⁵³³

Bu yazarların çağdaşı olan Varro'nun (M.Ö. 116-27), söz konusu metinde bedelin ayrı bir *stipulatio* ile taahhüt edildiği geçiş döneminin satışını tasvir etmesini nasıl açıklamalı? Yazarın, üyesi olduğu toplumda yaygın olarak kullanılan saf rızaî satış sözleşmesini bilmemesi mümkün değildir. Romalı yazar, çiftçilere öğütler verdiği ünlü eserini M.Ö. 37 yılında yayımlamıştır. Meylan'ın belirttiği gibi⁵³⁴, o tarihte seksen yaşında olan Varro, bedelin *stipulatio* ile taahhüt edildiği gençliğini muhtemelen özlemle hatırladığı düşünülebilir: *Senes omnia quae curant meminerunt* (İhtiyarlar kendilerini ilgilendiren şeyleri hatırlarlar).⁵³⁵ Ancak bu denli büyük bir hatayı, yalnızca yaşlı bir zihinle açıklamak isabetli değildir; zira Varro'yu destekleyen birçok kaynak bulunmaktadır.

⁵³⁰ Lab. D. 50.16.19 (Ulp.).

⁵³¹ Val. Max. **Fact.** VIII.2.1.

⁵³² Cic. **Offic.** III.16.66; 17.70.

⁵³³ Rivière, muazzam çalışmasında, Plautus'un oyunlarındaki satış sözleşmelerinin rızaî nitelik taşıyıp taşımadığını titizlikle incelemiştir. Bkz. Rivière, s. 103 vd.

⁵³⁴ Meylan, **Fides**, s. 254.

⁵³⁵ Cic. **Senec.** VII.21. Latin dilinde “*curo*”; özen göstermek, dikkat etmek, değer vermek, önemsemek, gerekli olmak anlamlarına gelmektedir. Söz konusu deyimde bu sözcük, “ilgilendirmek” anlamına gelir.

Klasik Hukuk Dönemi'nde saf rızaî satış sözleşmesi ortaya çıktıktan sonra, teslimin iyiniyetten doğduğu, bedelin ise *stipulatio* ile taahhüt edildiği satışa rastlamak mümkündür. Klasik hukukçular böyle bir satışa aşinalardır. Scaevola bedelin *stipulatio* ile taahhüt edildiği bir mal ile bedel değişimini amaçlayan hukukî işlemi, satış sözleşmesi olarak nitelendirir: *Emptor praedii viginti caverat se soluturum et stipulanti spoponderat* (Taşınmazın alıcısı yirmi ödemeyi yüklenmiş ve bu miktarı *stipulatio* ile taahhüt etmiştir).⁵³⁶ Hukuk dışı kaynaklarda bu tarz bir satışın yer alması, uygulamada yaygınlığını göstermektedir. Romalı düşünür ve devlet adamı Seneca Minor (M.Ö. 4 – M.S. 65) *De Beneficiis* adlı eserinde, alıcının borcunun *stipulatio*'dan doğduğunu örtülü olarak ifade eder: *Utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret*. (Tanrılar hiçbir *stipulatio* alıcıyı satıcıya karşı borçlandırmazın buyurur.)⁵³⁷

Dolayısıyla Klasik Hukuk Dönemi'nde her iki borcun iyiniyetten kaynaklandığı saf rızaî satış sözleşmesinin yanı sıra, bedelin *stipulatio* ile taahhüt edildiği satış işlemine de rastlanmaktadır.⁵³⁸ Paulus, satış sözleşmesinin salt anlaşma ile yapılabileceği gibi, bir başka işlemin eklenmesiyle yapılabileceğini örtülü olarak ifade eder:

Lab. D. 46.4.23

Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum. Paulus: immo cum locatio conductio, emptio venditio conventionem facta est et nondum res intercessit, utrimque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit, liberantur obligatione.

Eğer seni ibra edersem, sana olan borcumdan kurtulmuş olmam. Paulus: *locatio conductio*, alım satım yalnızca anlaşmayla yapıldığında ve onu hiçbir şey takip etmediğinde, yalnızca taraflardan biri diğerini ibra etmiş olsa bile her iki taraf da borcundan kurtulmuş olur.

⁵³⁶ Scaev. D. 2.14.47.pr. Klasik hukukçuların benzer metinleri için bkz. Ulp D. 14.6.3.3; Paul. D. 18.1.40.2; D. 18.5.3; Papin. D. 21.2.68.pr.

⁵³⁷ Senec. **Benef.** III.15.1.

⁵³⁸ Meylan, **Fides**, s. 255; Mattiangeli, s. 337.

Klasik Hukuk Dönemi'nde satış sözleşmesinin iki farklı türünün bulunması, Digesta'da bulunan ve satış sözleşmesinde edimler arasındaki sinallagma ilişkisini dışlayan metinleri de açıklamaktadır. İlk tür satışta edimlerden biri *stipulatio* ile taahhüt edildiğinden, farklı işlemlerden doğan malın teslimi ile bedel ödeme borçları birbirinden bağımsızdır. Bu nedenle, satış bedelini ödemeyen alıcı, malın teslimini dava edilebilirdi.

Satış sözleşmesinde sinallagma ilişkisinin bulunduğuna yönelik Labeo'nun metninin (D. 19.1.50) *interpolatio*'ya uğradığı iddiası, rızaî satışın peşin satış işleminden türediği tezini çürütmemektedir. Cornil'in ileri sürdüğü gibi metin değiştirilmiş ve orijinal metinde sözleşmeden doğan edimler birbirinden bağımsız olabilir.⁵³⁹ Bu halde Labeo'nun metni, bedelin *stipulatio* ile taahhüt edildiği, rızaî satışa geçiş dönemindeki bir tür satış betimlemektedir.

D. Rızaî Satışın Kendine Özgü Özelliklerinin Bu İşlemin Yarım Kalmış Bir Peşin Satış Olmasından Kaynaklanması

Roma Hukukunda satış sözleşmesi, ardılı modern hukuk düzenlerinin aynı konuya ilişkin sahip olduğu hukukî rejiminden birkaç noktada ayrılmaktadır. Roma satışının kendine özgü özellikleri, satışın başlamış ama tamamlanmamış bir peşin satış olmasıyla doğrudan ilgilidir.

Klasik Roma Hukukunda satıcı, gördüğümüz gibi, malın mülkiyeti devretmekle (*rem dare*) değil, yalnızca rahat zilyetliğini sağlamakla yükümlüydü. *Res Mancipi* satışlarında satıcının *mancipatio* yapma borcu doğardı; ancak bu bir devir işlemi yapma değil, satıcının zapta karşı garanti verme borcunu ifade ederdi; çünkü *mancipatio* her şeyden önce *auctoritas* borcunun kaynağıydı. Nitekim Gaius satıcının borcunu *possessionem tradere* olarak ifade eder.⁵⁴⁰ *Rem tradere* mülkiyet devri, *possessionem tradere* ise zilyetliğin devri için kullanılırdı. Satıcının yalnızca malın zilyetliğini devretmekle yükümlü olması, rızaî satışın *mancipatio* kökenini doğrulamaktadır; zira gördüğümüz gibi, Klasik Hukuk Dönemi'ne kadar *mancipatio*

⁵³⁹ Bkz. Cornil, **Vente**, s. 151 vd. Ayrıntılı bilgi için bu çalışmada bkz. §3/II/B/3 (*Sinallagma İlişkisine Dayalı Sav*).

⁵⁴⁰ Paul. D. 19.1.2.1; Pomp. D. 19.1.3.pr.

mülkiyeti geçiren bir devir işlemi değil, yalnızca malın zilyetliğin el değiştirmesini sağlayan maddî bir devir, bir *emptio* idi.⁵⁴¹

Rızaî satışın başlamış ama tamamlanmamış bir *emptio* olması, rızaî satış sözleşmesi kurulduğu andan itibaren hasarın alıcıya ait olması kuralını (*periculum emptoris est*) açıklamaktadır. Klasik hukukçular tam hasar ve kısmî hasarı birbirinden ayırt etmişlerdir. Tam hasar, satılanın mülkiyetin, kısmî hasar ise zilyetliğin devriyle ilişkilendirilmiştir.⁵⁴² Klasik Hukuk Dönemi'nde *res Mancipi* konulu satışlarda, mülkiyeti devreden *mancipatio* işlemi satış sözleşmesinin hemen ardından yapıldığından, sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcı hasara katlanmalıydı. Mülkiyeti devreden *mancipatio* ile zilyetliği devreden *traditio* arasında geçen dönemde satılan satıcının sorumlu tutulamayacağı bir nedenle telef olursa, alıcı satış bedelini ödemekle yükümlüydü. *Res nec Mancipi* satışlarında mülkiyetin devri ise *traditio* yapılmasının yanı sıra satış bedelinin ödenmiş olması ya da taahhüt edilmiş olmasına bağlıydı: *dies pretii solvendi*. Nitekim Buckland ve Monier, bu kuralı peşin satış işleminde anlaşma ile devrin aynı anda gerçekleşmesinin bir sonucu olarak değerlendirmiştir.⁵⁴³ Benzer şekilde Cuq, hasarın alıcıya ait olmasını, yalnızca peşin satışın bilindiği dönemin bir kalıntısı olduğu kanısındadır.⁵⁴⁴ Gerçekten Romalıların hasar sorununu çözme biçimi, anlaşma ile teslimin aynı anda gerçekleştirildiği, eski aynî satışın izlerini taşımaktadır. İki dönem arasındaki temel fark, ilkinde zilyetliğin devri, ikincisinde ise *mancipatio* soyut bir devir işlemine dönüştüğünden mülkiyetin devrinin esas alınmış olmasıdır.

Rızaî satış sözleşmesinin kendine özgü diğer kuralları, taşınmaz peşin satışının başlamış ama tamamlanmamış bir işlem olmasından kaynaklanmıştır. Satıcı, sözleşme kurulduktan sonra satılanın meyvelerini alıcıya geri vermekle yükümlüydü.⁵⁴⁵ *Emptio* tamamlanmış olsaydı, meyveler alıcıya ait olacaktı. Borca aykırılık durumunda taraflar, sözleşmeden dönme hakkına sahip değillerdi; yalnızca

⁵⁴¹ Bu çalışmada bkz. §2/II/C/2 (*Tek Taraflı Bir Alım İşlemi Olması - Emptio*). Buna karşın *mancipatio* teorisinin bazı savunucuları, rızaî satışın bu özelliğini, peşin satış işleminin mülkiyeti devretmesiyle açıklamışlardır. Bkz. Saleilles, **Obligation**, s. 222.

⁵⁴² Meylan, **Genèse**, s. 172.

⁵⁴³ Buckland, s. 484; Monier, **Manuel**, II, s. 149.

⁵⁴⁴ Cuq, **Manuel**, s. 461.

⁵⁴⁵ Paul. **Sent.** II.17.7; D. 22.1.38.8; Lab. D. 18.1.80 pr.; Pomp. D. 19.1.3.1; Papin. D. 22.1.4.pr.; Ulp. D. 19.1.13.10.

sözleşmenin ifasını isteyebilirlerdi. Yarım kalmış işlem ifa ile birlikte tamamlanmalıydı.

VI. Rızaî Satış Sözleşmesinin Ortaya Çıkışında Yabancıların Etkisi

A. Satış Sözleşmesinin Kavimler Hukuku Kurumu Olması

Paulus, alım satım sözleşmesinin kavimler hukuku (*ius gentium*) kurumu olduğunu yazar:

Paul. D. 18.1.1.2

Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras.

Alım satım bir kavimler hukuku sözleşmesidir; dolayısıyla basit anlaşmayla kurulur, ulak ya da mektup yoluyla hâzır olmayanlar arasında yapılabilir.

Paulus'un bu ifadesi, Romalıların rızaî satış sözleşmesini bir başka hukuk sisteminden ödünç aldığı anlamına gelmemektedir. Eski Çağ'da Roma Hukuku dışında hiçbir hukuk sisteminde rızaî satışa rastlanmamaktadır.⁵⁴⁶ Şekilsiz bir satış anlaşmasına hukukî sonuç bağlama düşüncesinin Romalıların buluşu olduğuna kuşku yoktur. Watson'ın deyiimiyle rızaî satış, Romalıların en büyük buluşudur.⁵⁴⁷

Rızaî satış sözleşmesinin Roma buluşu olduğunu kabul edilse de, ortaya çıkışı yabancılarla olan ticarî ilişkilere bağlanmıştır.⁵⁴⁸ Nitekim Arangio-Ruiz, satıcının mülkiyeti devir borcunun bulunmamasının, *mancipatio* ve *in iure cessio* gibi şekle bağlı işlemlerin yabancılara açık olmamasından kaynaklandığı ileri sürmüştür.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ Pringsheim, **Origine**, s. 476; Meylan, **Genèse**, s. 149.

⁵⁴⁷ Watson, **Evolution**, s. 8.

⁵⁴⁸ Koschaker, **Roma**, s. 230; Pringsheim, **a.g.e.**, s. 475; Paul COLLINET, "The Evolution of Contract as Illustrating the General Evolution of Roman Law", **The Law Quarterly Review**, C. 48, S. 192, 1932, s. 489.

⁵⁴⁹ Arangio-Ruiz, **Compravendita**, s. 176. Aynı görüş için bkz. François LANGELIER, "De la Vente du Bien d'Autrui", **La Revue Légale**, C. 2, S. 1, 1870, s. 634; Walton, s. 367; J. Cornil, s. 265.

Benzer şekilde Koschaker, rızaî satışın *ius civile*'ye dahil edilmesini, yabancılar *praetor*'unun (*praetor peregrinus*)⁵⁵⁰ faaliyetlerine bağlamıştır.⁵⁵¹

Ancak bu görüş ikna edici değildir; zira rızaî satış eğer söylenildiği gibi yabancılarla ticarî ilişkileri kolaylaştırmak amacıyla tanınmış olsaydı, yabancılarla ticarî ilişkilere sahip olan diğer Eski Çağ toplumlarının da rızaî satışa ulaşmaları gerekirdi.⁵⁵² Oysa Pringsheim'in ortaya koyduğu üzere vadeli ya da taksitli satış ihtiyacı, Roma dışında peşin satış işleminin değiştirilmesi yoluyla giderilirdi.⁵⁵³

Rızaî satış sözleşmesi yabancılarla ticarî ilişkilere hukukî sonuç bağlama düşüncesinden doğmamıştır. Satış sözleşmesinden doğan dava, *praetor*'un tanıdığı bir dava değil, en başından beri bir *ius civile* davasıydı.⁵⁵⁴ Rızaî sözleşmenin bir *ius gentium* kurumu olduğunu yazan Paulus, rızaî satışın yabancılar *praetor*'unun eseri değil, yabancılara da açık olduğunu kastetmiştir.⁵⁵⁵ Nitekim Ulpianus ibra kurumunun da *ius gentium* kökenli olduğunu ifade eder.⁵⁵⁶ Bu kurumun *praetor peregrinus* makamı ihdas edilmeden önce var olduğu bilindiğine göre, Romalı hukukçuların “*ius gentium* kurumu” ifadesiyle kurumun kökenini değil, yabancılara da açık olduğunu kastettikleri sonucu çıkartılmalıdır. Bu nedenle rızaî satış, *ius civile Romanorum* (Romalıların medenî hukuku) kurumudur.

B. Rızaî Satış Sözleşmesinin Ortaya Çıkmasında Önemli Rol Oynayan *Fides*'in Yunan Felsefesi Kökenli Olması

Günümüzde kural rızaîlik ilkesi olduğundan, tarafların iradelerini şekle bağlı olmaksızın açıklamaları sonucu borç doğması son derece olağan bir durumdur. Ancak katı şekilciliğin hâkim olduğu Eski Çağ hukuk sistemlerinde şekle bağlı olmayan bir anlaşmaya hukukî sonuç bağlayıp dava hakkı tanımak, gelişmiş bir hukuk ve felsefe anlayışını ifade etmektedir. Rızaî satışın hangi hukukî kurumdan

⁵⁵⁰ *Praetor peregrinus*, M.Ö. 242 yılında kurulan, yabancıların kendi aralarında (*inter peregrinos*) ve yabancılar ile Roma vatandaşları arasındaki medenî hukuk ilişkilerine bakmakla görevli makamı. Eyalet sayısı artıkça *praetor* sayısı da artmış; on altıya kadar çıkmıştır.

⁵⁵¹ Koschaker, **Roma**, s. 230.

⁵⁵² Meylan, **Genèse**, s. 149.

⁵⁵³ Pringsheim, **Greek Sale**, s. 90, 322, 33, 501.

⁵⁵⁴ Monier, **Manuel**, II, s. 136.

⁵⁵⁵ Watson, **Origin**, s. 254; Meylan, **Genèse**, s. 46; Rampelberg, s. 59.

⁵⁵⁶ Ulp. D. 46.4.8.4.

doğduğu biçimindeki teknik sorunun ötesinde, Romalılar her iki tarafa borç yükleyen rızaî sözleşmesi gibi karmaşık hukukî kurumu nasıl kabul etmişlerdir?

Rızaî satış sözleşmesinin hukuk düzenince tanınmasında iyiniyet, güven (*fides*) kavramı önemli bir rol oynamıştır.⁵⁵⁷ *Fides*, alıcıya *actio empti* hakkı tanınmadan önce, borcun başlıca kaynağı olmuştur. Nitekim Klasik Hukuk Dönemi'nde satış sözleşmesi hukukî yaptırıma bağlandığı zaman da tarafların borçlarının kapsamı, iyiniyete göre belirlenmeye devam edilmiştir. Buna göre satış sözleşmesinden doğan davada hâkim, “iyiniyet neyi gerektiyorsa” ona hükmeder; böylece sözleşmeye bağlı ek şekilsiz anlaşmalar da dikkate alınırdı.

İyiniyetin belirleyici rolü, Romalıların rızaî satış düşüncesine, iyiniyete dayanan uluslararası ticarî teamüller sayesinde vardıklarını düşündürmektedir. Nitekim Eski Çağ'da uluslararası ticarî yaşam, rızaî satış ve iyiniyete yabancı değildir. Akdeniz havzasında Romalılardan Yunanlara, Fenikelilerden Mısırlılara kadar geniş bir yelpazede salt anlaşma ile alım satım yapıldı. Ancak bu sözleşmelerden tarafların alacak hakkını koruyan herhangi bir dava hakkı söz konusu değildi. Hukukî zorlamanın bulunmayışının yarattığı boşluğu, iyiniyete dayanan ticarî teamüller doldururdu. Herodotos'un aktardığı Fenikeliler ile Libya yerlileri arasındaki ticaret bu bakımdan aydınlatıcıdır.⁵⁵⁸ Libya sahillerine ulaşan Kartacalı tacirler, satmak istedikleri malları sahile koyup gemilerine döner ve siyah duman ile yerlilere haber verirler. Dumanı gören yerliler sahile gelir ve almak istedikleri malların yanına bir miktar altın koyduktan sonra malları almadan oradan uzaklaşırlar. Bunun üzerine Kartacalılar sahile yeniden çıkar, altın miktarını yeterli görürse altını alıp malı bırakır ve gemilerine dönerler. Altın yeterli değilse ne altını ne de malı alırlar. Altın yeterli olana kadar bu usul yenilenir. Sonunda Kartacalılar altınları gemiye yükleyip giderler.

Görüldüğü gibi, hukukî zorlama söz konusu olmaksızın gayet düzenli bir ticaret mevcuttur. Hukukî yaptırımın bulunmadığı böyle bir düzende ticaretin devamı, karşılıklı menfaatlere dayanan güven ilişkisine, *fides*'e bağlıdır. Karşılığını vermeksizin mal ya da altını alıp götürme fırsatı olan taraflar bu yolu seçmezler;

⁵⁵⁷ Charpentier, s. 316; Meylan, *Fides*, s. 247-254.

⁵⁵⁸ Herod. *Hist.* IV.196.

çünkü ticareti sürdürmek mümkün olmaz. Rızaî sözleşme icadına varan Romalılar, kuşkusuz bu uluslararası ticarî teamüllerin bilincindeydiler.

Romalılar, uluslararası ticarî teamüller ile hukuk düzeni arasındaki bağı kurmayı nasıl başarmışlardır? Çift *stipulatio* teorisinin savunucularından May, rızaî satış düşüncesinin Roma'ya yabancı toplumlardan geldiği kanısındadır: “Tek taraflı ve dar hukuk işlemi olan iki birbirine bağlı *stipulatio*’dan oluşan satış, tamamen Romalı bir görünüme sahiptir. Yabancı halklarla ilişkilerin gelişmesi rızaî satış fikrini aşılamasaydı, kuşkusuz bu görünümü daha uzun süre muhafaza edecekti.”⁵⁵⁹

Yunan felsefesinin etkisine dikkat çeken Pringsheim’e⁵⁶⁰ hak vermemek mümkün değildir.⁵⁶¹ Rızaî satış sözleşmesinin temel öğeleri olan iyiniyet ve sinallagma, Romalılardan çok daha önce Yunan düşünürler tarafından geliştirilmiştir. Rızaî sözleşmelerin temel özelliklerinden sinallagma ilişkisinin, doğrudan Eski Yunanca’dan (*συνάλλαγμα*) alındığı çok açıktır. Bu kavram ve genel olarak rızaî sözleşme düşüncesi Romalılara o kadar yabancıdır ki, Latin dilinde karşılığı dahi yoktur.⁵⁶² Öte yandan Roma’da egemen felsefi akım olan Stoacı ahlakçılığının iyiniyet kavramının gelişmesinde önemli bir rol oynadığını tahmin etmek de zor değildir. Stoacılık, Zeno’nun temellerini attığı Yunan kökenli bir düşünce akımıdır.

Satış sözleşmesinden doğan asıl borçların kaynağı olan *bona fides* kavramını bir adım daha ileri taşıyanların, Bizanslı hukukçular olmuştur. Bizans döneminde tarafların mal ile bedel konusunda anlaşması üzerine, sözleşmenin doğası gereği gerekli olan tüm edimlerin, ayrıca kararlaştırılmış olmasa dahi, sözleşmeden doğduğu kabul edilmeye başlanmıştır. Örneğin; satıcı, özel bir taahhüt vermediği halde ayıptan sorumlu olurdu. Ayıptan sorumluluğun satış sözleşmesinin doğal unsurlarından biri olduğu yönündeki *natura contractus* (sözleşmenin doğası) teorisinde, Yunan felsefesinin etkisi inkâr edilemez.⁵⁶³

Ius civile Romanorum kurumu olan rızaî sözleşme düşüncesinin Yunan felsefesinin ürünü olmasında şaşırtıcı bir şey yoktur; zira Eski Çağ’da Yunan

⁵⁵⁹ May, II, s. 116.

⁵⁶⁰ Pringsheim, **Origine**, s. 493.

⁵⁶¹ Aynı görüş için bkz. Magny, s. 33 vd.

⁵⁶² May, II, s. 30.

⁵⁶³ Coing, s. 22 vd.

Uygarlığı, felsefeden sanata kadar, hemen hemen her alanda tüm toplumlar için bir referans kaynağıydı.

Rızaî sözleşmenin düşünsel temelini Yunan felsefesinde yatıyor olması, Romalıların başarısını hiçbir şekilde azaltmamaktadır.⁵⁶⁴ Esasen ahlakî bir kavram olan iyiniyeti, hukuk alanına sokarak sözleşme ve borcun kaynağı haline getirmek azımsanacak bir başarı değildir. Rızaî sözleşmelerin ortaya çıkışı, Romalıların yabancı fikirleri alıp soyut ve genel bir sisteme bağlamadaki üstünlüklerini bir kez daha ortaya koymaktadır.⁵⁶⁵ Eski Yunanlar felsefenin öncüleriyse, Romalılar da hukuk erbablarıdır.

⁵⁶⁴ Pringsheim, **Origine**, s. 494.

⁵⁶⁵ Pringsheim, **a.g.e.**, s. 494; Gordley, **Sale**, s. 1443; Magny, s. 35 vd.

SONUÇ

Türk Hukuk Sistemi'nin başlıca kurumlarından biri olan satış sözleşmesinin tarihsel kökleri, Eski Roma'ya kadar uzanmaktadır. Klasik Roma Hukukunda alım satım sözleşmesi, günümüz hukukunda olduğu gibi, tarafların salt anlaşmasıyla kurulan rızaî bir sözleşmedir. M.Ö. II. yüzyıl dolaylarında rızaî sözleşmelerden ilki olarak ortaya çıkan satış sözleşmesi, borcun doğumu bakımından şekle bağlı bir işlemin yapılması ya da bir şeyin verilmesinin ana kural olduğu eski hukuk sistemleri için devrim niteliği taşımaktadır. Bu yeni kurumun kabulüyle, o güne dek herhangi bir hukukî sonuç doğurmayan şekilsiz ve basit anlaşmalar birer davayla korunmaya başlanmıştır. Dolayısıyla rızaî sözleşmenin ortaya çıkışının nedenleri, satış sözleşmesinin tarihsel kökeninde gizlidir.

Rızaî satış sözleşmesinin ortaya çıkış sürecini, en tutarlı biçimde açıklayan, bizim *mancipatio* teorisi olarak adlandırdığımız teoridir. Nitekim günümüzde, rızaî satış sözleşmesinin Eski Hukuk Dönemi'nin *mancipatio*'sundan türediği yönündeki bu teorinin temel önermesi büyük çoğunlukla kabul görmektedir. *Mancipatio* teorisinden yola çıkarak, bu çalışmamızda ulaştığımız sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

Paranın bulunmadığı arkaik dönemde, ihtiyaçlar, malların değişimiyle giderilmektedir. Ancak değiştirilen mallardan her ikisi, her zaman tarafların karşılıklı ihtiyaçlarını gidermemektedir. Satıcı, alıcının ihtiyaç duyduğu malı, kolay devredilebilen bir araç ile değiştirmektedir. Bu mallardan biri alıcının belirli bir ihtiyacına gidermeye yönelik bir kullanım değeri, diğeri ise satıcı bakımından yalnızca bir mübadele değeri taşımaktadır. Bu bakımdan arkaik dönemde bedel kavramı, bir miktar para ile sınırlı olmayıp, ticarî yaşamda kolaylıkla değiştirilebilen malları da kapsamaktadır. Dolayısıyla mal değişimi olarak adlandırılan bu işlem, paranın yaygınlaşmadığı dönemde satış sözleşmesinin işlevini yerine getirmektedir.

Mal ile bedelin değişimini amaçlayan satış sözleşmesi, Eski Roma Hukukunda, anlaşma ile malın tesliminin aynı anda gerçekleştiği bir peşin satış niteliği taşıyan *mancipatio* işlemi görünümündedir. Peşin satış, devralan ve devreden yan sıra, Roma vatandaşı ergin beş tanığın ve teraziyi tutan bir başka kişinin önünde yapılmaktadır. Terazi unsuru, bu işlemin köklerinin, Devlet tarafından dövülmüş veya basılmış paranın bulunmadığı döneme kadar geriye gittiğini göstermektedir. Mübadele aracı olarak kullanılan ham madde parçalarının değeri, işlem sırasında teraziyle tartım yapılmak suretiyle tespit edilmektedir. Bedel yerine geçen ham maden parçası verildikten sonra, mal, işlem anında karşı tarafa teslim edilmektedir.

Peşin satış, her şeyden önce bir *emptio*, alıcının tek taraflı olarak hareket ederek malın zilyetliğini ele geçirdiği bir maddî devirdir. Esasen *emptio* kavramı, bir malın bedel karşılığı devri anlamında “alım” değil, bir malın hukukî sebebi ne olursa olsun, bir kimse tarafından ele geçirilmesi anlamına gelmektedir. Nitekim *mancipatio* sırasında taraflar arasındaki “*Mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra - est.*” şeklindeki söz alışverişi, alıcının malın zilyetliğini ele geçirdiğini açıklamaktan öte bir işleve sahip değildir.

Satıcının bu işlem sırasında verdiği zapta karşı garanti, alıcının malın zilyetliğini ele geçirmesini tamamlamaktadır. Eski *mancipatio*, Klasik Hukuk Dönemi’nin *mancipatio*’sunun aksine, mülkiyet hakkını devredici etkiye sahip değildir. Arkaik hukukî işlemlerde basitlik ilkesi geçerlidir; bir işlemin hem zapta karşı garantinin hem de mülkiyet hakkının kazanımının kaynağı olması mümkün değildir. Bu nedenle, Klasik Hukuk Dönemi’nde *mancipatio* işleminin şeklinin bir parçası olan ve alıcının mülkiyet hakkını kazandığını ilan eden *vindicatio* ya da istihkak iddiası *formula*’sı (*hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio*), işlemin arkaik biçiminde bulunmamaktadır.

Devlet tarafından dolaşıma sokulan, sabit değere sahip sikkeler yürürlüğe girdikten sonra peşin satış işlemi sırasında tartım yapılmasına son verilmiştir. Böylece tartım ve terazi sembolik hale gelmiştir. Bedelin ödenmesi *mancipatio* işleminin unsurlarından çıkarılmış; bedel *mancipatio*’dan hemen önce ödenmeye başlanmıştır; zira Eski Çağ toplumlarında bedelin malın tesliminden önce ödenmesi âdettir.

Bedel ödenmesinin *mancipatio*'dan çıkması, bunun geleceğe bırakılmasının önünü açmıştır. Ödenmemiş bedel için hukukî koruma sağlamak amacıyla, satış işlemini takiben alıcının satıcıya bedeli *stipulatio* ile taahhüt etmesi uygulaması yerleşmiştir. Bedelin taahhüt edildiği *stipulatio nummorum*'un, bedelin ödenmesinin (*solutio*) yerini tuttuğu kabul edilmiştir. Bu nedenle, her ne kadar artık mal ile bedel aynı anda değiştirilme de, *mancipatio*, teknik olarak bir tür peşin satış işlemi özelliğini korumuştur.

İtalya'daki taşınmazların ticarî bakımından önemi gereği *res Mancipi* kategorisine dâhil edilmesi üzerine, *mancipatio* işlemi büyük bir dönüşüm geçirmiştir. Taşınmaz satışında *mancipatio*, iki farklı işleme bölünmüştür. İlk olarak, taraflar “*Mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra - est.*” sözleriyle, *emptio* denilen maddî devri açıklarlardı. Eski Roma Hukukunda taşınmaz zilyetliği, ancak maddî olarak devredilebildiği için, taşınmazdan uzakta yapılan peşin satış işlemi yarım kalırdı. İşlemin tamamlanması için satıcının, taşınmazın bulunduğu yerde zilyetliği ayrıca devretmesi gerekirdi. Uygulamada satıcının, taşınmazı teslim edip yarım kalan satışı tamamlayacağını, *satisfactio secundum Mancipium* olarak adlandırılan bir *praetor stipulatio*'su ile taahhüt etmesi yaygınlaşmıştır. Böylece taşınmaz şekilci peşin satışı, iki farklı işleme ayrılmıştır: *emptio* açıklaması ve *traditio vacuae possessionis* (teslim).

Taşınmaz peşin satışının uğradığı bu değişim, taşınır ve *res nec Mancipi* satışlarını da etkilemiş; bu tür satışlar da *emptio* ve *traditio* olmak üzere iki farklı işleme ayrılmıştır. Ancak zilyetliğin devrinin taahhüt edildiği *satisfactio secundum Mancipium*, yalnızca taşınmaz satışlarında kullanılmıştır. Dolayısıyla taşınır satışları ve tüm şekilsiz satışlarda, satıcının teslim borcunun kaynağı *stipulatio* değildir. Taşınır ve *res nec Mancipi* satışlarında, hiçbir zaman *stipulatio* ile taahhüt edilmeyen teslim borcunun, iyiniyetten kaynaklandığı kabul edilmiştir. Alıcı bedeli taahhüt ettiği ve bu taahhüt ödemenin yerini tuttuğu için, satıcı, dürüstlük kuralı gereği malı teslim etmelidir. Esasen ahlakî bir kavram olan iyiniyet, böylelikle borcun kaynağı haline gelmiştir.

Zaman içinde iyiniyetin rolü, taraflar arasındaki maddî devri bildiren sözlere atfedilmiştir. İster şekilci ister şekilci olmayan satışlarda teslim borcunun, *stipulatio* ya da herhangi bir işlem yapılmaksızın doğrudan *emptio* açıklamasından doğduğu kabul edilmiştir. Esasen yalnızca mal ile bedel değişimini açıklayan ve hiçbir hukukî sonucu bulunmayan *emptio*, iyiniyetin rolü sayesinde borçlandırıcı bir işleme, anlaşmaya dönüşmüştür. Böylelikle rızaî satış sözleşmesi ortaya çıkmıştır.

Dolayısıyla Roma Hukukunda rızaî satış sözleşmesi, Eski Hukuk Dönemi'nde peşin satış niteliği taşıyan *mancipatio* ile aynı hukukî kurumun farklı görünümleridir; zira her ikisi birer *emptio*'dur. *Emptio*'nun borçlandırıcı işlem haline gelmesinden sonra, *mancipatio*, “*hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio*” şeklindeki *vindicatio formula*'sının işleme eklenmesiyle soyut bir devir işlemi haline gelmiştir. Ancak maden, terazi, tanıklar, *emptio formula*'sı gibi peşin satış zamanından kalan unsurlar sembolik olarak muhafaza edilmiştir. Öte yandan Klasik Hukuk Dönemi'nde *mancipatio*, satış sözleşmesinden doğan borcu yerine getirmek amacıyla yapıldığı takdirde, satıcının zapta karşı sorumluluğunun (*auctoritas*) kaynağı olmuştur.

Rızaî satış sözleşmesinin bir Roma kurumu olduğuna kuşku bulunmamaktadır; zira tüm Eski Çağ toplumlarında yalnızca Mars'ın çocukları peşin satışın ötesine geçmeyi başarmışlar; şekilsiz ve basit bir anlaşmanın, karşılıklı borçlar doğurup dava ile korunacağına karar vermişlerdir. Ancak bu hukukî keşfin temelinde yatan *bona fides* ya da iyiniyet kavramı, Eski Yunanlara kadar geriye gitmektedir. Romalılar, bu kavramı hukukî bir kavrama dönüştürerek, borcun kaynağı haline getirmişlerdir. Hukukî zorlama bulunmaksızın uluslararası ticarî yaşamın sürmesini sağlayan teamüllerin, Romalılara yol göstermiş olması muhtemeldir. Klasik hukukçuların satış sözleşmesinin kavimler hukuku kurumu olduğuna yönelik ifadeleri, Roma kökenini yalanlamamaktadır. Bu ifadeler, satış sözleşmesinin Roma vatandaşları gibi, yabancılar tarafından da yapılabileceğini göstermektedir.

Roma Hukukunda satış sözleşmesinin kendine özgü özellikleri, bu işlemin bir zamanlar mal ile bedelin aynı anda değiştirilmesi anlamına gelen bir peşin satış iken, daha sonra pratik ihtiyaçlar nedeniyle yarım kalmasından kaynaklanmaktadır. Hasar anlaşma ile alıcıya geçer; çünkü klasik hukukçulara göre hasarın geçişi mülkiyetin

devir anıyla belirlenir ve peşin satış yarım kalmasaydı mal teslim edilmiş ve hak geçmiş olacaktı. Yine bu tamamlanmamış işlem nedeniyle, sözleşme kurulduktan sonra satıcının elde ettiği tüm yararlar alıcıya verilmelidir. Satıcı malın mülkiyetini değil, yalnızca rahat zilyetliğini sağlamakla yükümlüdür; zira devren kazanmanın mümkün olmadığı arkaik dönemde olağan bir *emptio* yalnızca malın zilyetliğini devrederdi. Ve nihayet, mülkiyet ancak bedelin ödenmesinden ya da taahhüt edilmesinden sonra geçerdi; çünkü anlaşmanın borçlandırıcı etkisi bulunmadığı bir dönemde, bedel ödenmediği halde malı teslim eden satıcıyı korumak gerekirdi.

Yukarıda özetlediğimiz *mancipatio* teorisinin temel gerekçelerinin doğruluğuna kuşku bulunmasa da, rızaî satış sözleşmesinin ortaya çıkışına ilişkin diğer teorileri küçümsemek gerekir; çünkü bu teoriler doğru yanıtın bulunmasında belirleyici rol oynamışlardır. Örneğin; Girard'ın başını çektiği çift *stipulatio* teorisi, sözlü sözleşmelerin Roma sözleşmeler sistemindeki başat rolüne dikkat çekerek, *bona fides*'in borcun kaynağı haline nasıl geldiğine ışık tutmuştur. Gördüğümüz gibi, peşin satış işleminin anlaşma-ifa ya da borçlandırıcı işlem-teslim şeklinde ikiye ayrılıp bir borcun doğumu, *stipulatio*'nun kullanımıyla mümkün olmuştur. En az muhtemel teori olarak görülen reel sözleşme teorisi dahi, hasarın alıcıya ait olması gibi rızaî satış sözleşmesinin kendine özgü kurallarının, reel işlem niteliğindeki bir satışın sonucu olabileceğini ortaya koyarak, *mancipatio* teorisine giden yolu aydınlatmıştır.

Roma Hukukunda rızaî sözleşme kavramının ortaya çıkışını ve satış sözleşmesinin Eski Çağ'daki gelişimini ortaya koyduğumuza göre, modern hukuk sistemlerindeki borçlandırıcı işlem-devir işlemi, reel sözleşme-aynî sözleşme kavramları arasındaki çizginin incelenmesiyle ortaya çıkan hukukî sorunları tarihsel bakış açısıyla değerlendirmek mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

ACCARIAS Calixte, **Précis de droit romain I-II**, Paris : 2. Basim, 1874. (**Précis**)

ACCARIAS Calixte, **Théorie des contrats innomés et explication du titre de praescriptis verbis au digeste**, Paris : 1886. (**Contrats innomés**)

APPLETON Charles, “A l’époque classique le transfert de propriété de la chose vendue et livrée était-il subordonné, en règle, au paiement du prix ?”, **RHD (1922-)** 4. **Seri**, C. 7, 1928, s. 11-45. (**Prix**)

APPLETON Charles, “L’obligation de transférer la propriété dans la vente romaine : Fr. 16 D. De cond. causa data XII, 4”, **NRHD**, C. 30, 1906, s. 739-780. (**Obligation**)

APPLETON Charles, “La Monnaie romaine et les XII Tables”, **Aréthuse**, C. 1924, s. 11-25. (**Monnaie**)

APPLETON Charles, “Les Risques dans la vente et les fausses interpolations”, **RHD (1922-)** 4. **Seri**, C. 5, 1926, s. 375-417. (**Risque**)

ARANGIO-RUIZ Vincenzo, “Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano”, **Festschrift Paul Koschaker II**, 1939, s. 141-161. (**Obblighi**)

ARANGIO-RUIZ Vincenzo, **La Compravendita in Diritto Romano**, Napoli: 1956. (**Compravendita**)

AYİTER Kudret, “Roma Hukukunda Alım Satım Akdinde Hasarın İntikali”, **AÜHFD**, C. 14, S. 1, 1957, s. 122-142.

BEKKER Ernst Immanuel, **Die Aktionen des Römischen Privatrechts I-II**, Berlin : 1871.

BERGER Adolphe, “Actes de vente latins de l’époque vandale découverts en Algérie (Autour de l’édition des Tablettes Albertini)”, **Latomus**, C. 12, S. 2, Nisan-Haziran 1953, s. 192-205.

BONFANTE Pietro, **Corso di Diritto Romano II: La Proprieta**, Milano : 1963.

BREGI Jean-François, **Droit romain : Les biens et la propriété**, Paris : Ellipses, 2009.

BUCKLAND William Warwick, **A Text-Book of Roman law from Augustus to Justinian**, Cambridge: University Press, 1921.

BUCKLER William Hepburn, **The Origin and History of Contract in Roman Law down to the end of Republican Period**, Londra: 1895.

BUSH George M., “Mancipatio - An Historical Study”, **Juridical Review**, C. 38, 1926, s. 85-100.

CAILLEMER Exupère, “Un commissaire-priseur à Pompéi au temps de Néron”, **NRHD**, C. 1, 1877, s. 397-410.

CAPITANT Henri, **De la cause des obligations**, Paris: Dalloz, 1923.

CHARPENTIER Élise, “Le rôle de la bonne foi dans l’élaboration de la théorie du contrat”, **RDUS**, C. 26, S. 2, 1996, s. 299-320.

CHAUSSE Arthur, “Les Singularités de la vente romaine”, **NRHD**, C. 23, 1899, s. 513-526.

CHRISTIANSEN Johannes, **Die Wissenschaft der Römische Rechtsgeschichte im Grundrisse**, Altona: 1938.

CLARK Edwin Charles, **Early Roman Law : The Regal Period**, Londra : 1872.

COING Helmut, “A Typical Development in the Roman Law of Sales”, **Bulletin of the Riccobono seminar of Roman law in America**, C. 8, 1950, s. 6-22.

COLLINET Paul, “The Evolution of Contract as Illustrating the General Evolution of Roman Law”, **The Law Quarterly Review**, C. 48, S. 192, 1932, s. 488-494.

CORNIL Georges, “L’Évolution historique de la vente consensuelle et la loi 50, D. de actionibus empti et venditi”, **NRHD**, C. 25, 1901, s. 136-160. (**Vente**)

CORNIL Georges, **Ancien droit romain: Le problème des origines**, Brüksel-Paris: 1930. (**ADR**)

CORNIL Georges, **Droit romain**, Brüksel: 1921. (**DR**)

CORNIL Joseph, **Droit romain: Traité élémentaire des droits réels et des obligations**, Brüksel: 1885.

COURTOIS Christian / LESCHI Louis / PERRAT Charles / SAUMAGNE Charles, **Tablettes Albertini: Actes privés d’époque vandale (fin du V^e siècle)**, Paris: 1952.

CUQ Edouard, “Recherches historiques sur le testament *per æs et libram*”, **NRHD**, C. 10, 1886, s. 533-586. (**Testament**)

CUQ Edouard, **Manuel des institutions juridiques des romains**, Paris : 1928. (**Manuel**)

ÇELEBİCAN Özcan Karadeniz, **Roma Eşya Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 5. Basım, 2015.

DI MARZO Salvatore, **Roma Hukuku**, İstanbul: İÜHFY, 1959.

EMİROĞLU Haluk, “Roma Hukukunda Alım-Satım Sözleşmelerinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu”, **İnÜHFD**, C. 2, S. 2, 2011, s. 99-119.

ERDOĞMUŞ Belgin, “Usus Auctoritas ve Aeterna Auctoritas”, **İÜMHAD**, C. 6, S. 9, 1972, s. 107-117. (**Auctoritas**)

ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul: Der Yayınları, 4. Basım, 2011. (**Borçlar**)

ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Eşya Hukuku**, İstanbul: Der Yayınları, 4. Basım, 2009. (**Eşya**)

ESMEIN Adhémar, “Les baux de cinq ans du droit romain”, **NRHD**, C. 10, 1886, s. 1-10.

FERRINI Cantardo, “Sull’origine del contratto di vendita in Roma”, **Opere**, III, Milano, 1929, s. 49-79.

FRESQUET Raymond De, “De l'origine politique et de l'importance de la distinction des ‘*res Mancipi*’ et ‘*nec Mancipi*’ dans l'ancien droit romain”, **RHD** (1855-1869), C. 3, 1857, s. 509- 524.

GAUDEMET Jean / CHEVREAU Emmanuelle, **Droit privé romain**, 3. Basım, Montchrestien : 2009.

GIFFARD André Edmond, **Précis de droit romain**, I-II, Paris : 1951.

GIRARD Paul Frédéric, “L'Histoire des XII Tables”, **NRHD**, C. 26, 1902, s. 381-436. (**XII Tables**)

GIRARD Paul Frédéric, “L’Action auctoritatis”, **NRHD**, C. 6, 1882, s. 180-218. (**Auctoritatis**)

GIRARD Paul Frédéric, “La Garantie d’éviction dans la vente consensuelle”, **NRHD**, C. 8, 1884, s. 395-440. (**Garantie**)

GIRARD Paul Frédéric, “Les Stipulations de garantie”, **NRHD**, C. 7, 1883, s. 537-592. (**Stipulation**)

GIRARD Paul Frédéric, **Manuel élémentaire de droit romain**, Göz. Geç. Jean-Philippe Lévy, Paris: Dalloz, 2003. (**Manuel**)

GIRARD Paul Frédéric, **Textes de droit romain**, Ed. Arthur Rousseau, Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1890. (**Textes**)

GORDLEY James, “The Origins of Sale: Some Lessons from the Romans”, **Tulane Law Review**, C. 84, S. 6, Haziran 2010, s. 1437-1470.

GÖNENÇ Fulya İlçin, “Roma Akitler Sistemi ve *Permutatio* (Trampa)”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2009, s. 201-218.

GÜNAL Nadi, “Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyet İktisabının Yeri ve Önemi”, **AÜHFD**, C. 47, S. 1, 1998, s. 119-136.

HAYMANN Franz, “Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht II”, **ZSS RA**, C. 41, S. 1, 1920, s. 44-185.

HONIG Richard, **Roma Hukuku**, Çev. Şemsettin Talip, İstanbul: İÜHFY, 1938.

HUSCHKE Georg Philipp Eduard, **Die Verfassung des Königs Servius Tullius**, Heidelberg: 1838.

HUVELIN Paul, ‘obligatio’, **Dictionnaire des antiquités grecques et romaines**, C. 4, Ed. Daremberg-Saglio, s. 133-140. (**Obligatio**)

HUVELIN Paul, “La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain”, **Mélanges Ch. Appleton**, Lyon: 1903, s. 371-499. (**Iniuria**)

İPEK Nurcan, “On İki Levha Kanunu”, **Argumentum**, C. 3, S. 34, 1993, s. 609-616.

JHERING Rudolph Von, **L’Esprit du droit romain**, Çev. De Meulenaer, Paris: 1877.

JOLOWICZ Herbert Felix, **A Historical Introduction to the Study of Roman Law**, Londra: Cambridge University Press, 1932.

KAMPHUISEN Pieter Willem, “La garantie en cas d’éviction en droit romain hors du contrat de vente”, **RHD** (1922-) 4. Seri, C. 6, S. 4, Ekim-Aralık 1927, s. 607-650.

KARAGÖZ Havva, “Roma Hukukunda Adalet (*Iustitia*) ve Hakkaniyetin (*Aequitas*) Anlamı ve Gerçekleşme Biçimi”, **YÜHFD**, C.7, S. 1, 2010, s. 35-55. (**Hakkaniyet**)

KARAGÖZ Havva, **Traditio'nun Tarihsel Gelişimi ve Constitutum Possessorium**, İstanbul: Der Yayınları, 2001. (**Traditio**)

KARLOWA Otto, **Römische Rechtsgeschichte II**, Leipzig: 1901.

KASER Max, “Zur Iusta Causa Traditionis”, **BIDR**, S. 3, 1961, s. 61-97. (**Traditio**)

KASER Max, **Das römische Privatrecht**, C. 1, Münih: 1971. (**DPR**)

KASER Max, **Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht**, Böhlau: 1956. (**Eigentum**)

KOSCHAKER Paul, “Eheschliessung und Kauf nach alten Rechten, mit besonderer Berücksichtigung der älteren Keilschriftrechte”, **Archiv Orientalni**, C. 18, S. 3, 1950, s. 210-296. (**Kauf**)

KOSCHAKER Paul, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları**, Ed. Kudret AYİTER, Ankara : AÜHFY, 1977. (**Roma**)

KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan / EMİROĞLU Haluk, “Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)”, **AÜHFD**, C. 53, S. 1, 2004, s. 77-87.

LAMBERT Jacques, “Les tablettes Albertini”, **Revue Africaine**, C. 97, 1953, s. 196-225.

LANGELIER François, “De la Vente du Bien d'Autrui”, **La Revue Légale**, C. 2, S. 1, 1870, s. 630-643.

LEAGE Richard William, **Roman Private Law**, Ed. C.H. Ziegler, Londra: 2. Basım, 1932.

LEESEN Tessa, “The Controversy about the nature of the price in a contract of sale”, **RIDA 3. Seri**, C. 55, 2008, s. 283-301.

LEMOSSÉ Maxime, “Journées algériennes de la société d'histoire du droit”, **Revue algérienne, tunisienne et marocaine de Législation et de Jurisprudence**, C. 70, 1954, s. 95-103.

LEVY Jean-Philippe, “Les stipulations de garantie contre l'éviction dans la vente romaine (A propos d'une théorie récente)”, **RHD (1922-)** 4. Seri, C. 31, 1954, s. 321-357.

LÉVY- BRUHL Henri, **Nouvelles études sur le très ancien droit romain**, Paris: 1947. (**NEDR**)

LÉVY-BRUHL Henri, “Fonction du Très Ancien Testament Romain”, **NRHD**, C. 45, 1921, s. 634-669. (**Testament**)

LÉVY-BRUHL Henri, “La formule vindicatoire”, **NRHD**, Paris: 1932, s. 205-226. (**Vindicatio**)

LÉVY-BRUHL Henri, “Note sur l'acte juridique à Rome”, **APDSJ**, S. 1-2, 1939, s. 75-82. (**Acte**)

LÉVY-BRUHL Henri, **Quelques problèmes du très ancien droit romain**, Paris: 1934. (**QPDR**)

LIDDELL Henry George / SCOTT Robert, **A Greek and English Lexicon**, Clarendon Press, 1996.

MACKINTOSH James, **The Roman Law of Sale with Modern Illustrations**, Edinburgh : 1892.

MAGDELAIN André, “L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain”, **Jus imperium auctoritas - Études de droit romain**, Roma: École Française de Rome, 1990, s. 713-752. (**Acte**)

MAGDELAIN André, “L'acte per aes et libram et l'auctoritas”, **RIDA 3. Seri**, C. 28, 1981, s. 127-161. (**Auctoritas**)

MAGNY Pierre Ravier Du, **Droit romain : Les Origines de la vente et du louage, droit français : le contrat de fondation**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Grenoble Üniversitesi, Hukuk), Lyon : 1974.

MALAFOSSE Joseph, “Notes sur les Tablettes Albertini: Les stipulations de garantie”, **RHD (1922-)**, C. 30, 1953, s. 110-120.

MARX Karl, **Kapital**, C. 1, Çev. Nail Satlıgan ve Mehmet Selik, İstanbul: Yordam, 2014.

MATTIANGELI Daniele, “Il problema della consensualità nel contratto di compravendita romano e la sua recezione nei moderni ordinamenti europei”, **RIDA**, C. 59, 2012, s. 335-353.

MAY Gaston, **Éléments de droit romain I-II**, Paris: Yedinci Basım, 1901.

MEYLAN Philippe, “Des arrhes de la Vente dans Plaute”, **Mélanges Lévy-Bruhl, Droits de l'Antiquité et Sociologie Juridique**, 1959, s. 205-214. (**Arrhes**)

MEYLAN Philippe, “La Genèse de la vente consensuelle romaine”, **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis**, C. 21, S. 2, 1953, s. 129-173. (**Genèse**)

MEYLAN Philippe, “La loi 23. Dig. 46, 4 et la notion de bilatéralité du contrat de vente chez Labéon”, **Studi in onore di Salvatore Riccobono**, IV, 1936, s. 281-311. (**Bilatéralité**)

MEYLAN Philippe, “La *Satisfatio Secundum Mancipium*”, **RDH (1922-) 4. Seri**, C. 25, 1948, s. 1-35 (**Satisfatio**).

MEYLAN Philippe, “La Stipulation *Habere Licere*”, **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis**, C. 38, S. 1, 1970, s. 67-106. (**Stipulation**)

MEYLAN Philippe, “Le rôle de la bona fides dans le passage de la vente au comptant à la consensuelle à Rome”, **Aequitas und bona fides (Mélanges A. Simonius)**, Basel: 1955, s. 247-254. (**Fides**)

MOMMSEN Theodor, “Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe”, **ZSS RA**, C. 6, S. 1, 1885, s. 260-274. (**Kauf**)

MOMMSEN Theodor, “Mancipium. manceps. praes. praedium”, **ZSS RA**, C. 23, S. 1, 1902, s. 438-441. (**Mancipium**)

MOMMSEN Theodor, **Histoire de la monnaie romaine**, I-IV, Çev. Le Duc de Blacas, Paris: 1865-1875.

MOMMSEN Theodor, **Le droit public romain**, Cilt I-IV, Çev. P.F. Girard, Paris: 1984. (**DPR**)

MONIER Raymond, “Le caractère de bonne foi de la vente et l'obligation de manciper”, **Mélanges Cornil**, II, 1926, s. 143-147. (**Bonne Foi**)

MONIER Raymond, “Les *res Mancipi* à l'époque de Varron”, **RHD (1922-) 4. Seri**, C. 9, 1930, s. 119-121. (**Res Mancipi**)

MONIER Raymond, **Manuel élémentaire de droit romain**, Cilt I-II, Montchrestien, 1947-1948. (**Manuel**)

NICHOLAS Barry, **An Introduction to the Roman Law**, Gözden Geçiren Ernest Metzger, New York: Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2010.

OĞUZ Arzu, “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*)”, **AÜHFD**, C. 47, 1998, s. 49-83.

ÖZSUNAR Erdal, “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devren Kazanılması Yolları”, **Melikşah ÜHFD**, C. 2, S. 2, 2013, s. 39-66.

PERELLO Carlos Felipe Amunátegui, “Problems concerning Mancipatio”, **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis**, C. 80, 2012, s. 329-352.

PERNICE Alfred, “Parerga”, **ZSS RA**, C. 9, S. 1; 1888, s. 195-260. (**Parerga**)

PERNICE Alfred, **Marcus Antistius Labeo: das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit**, Halle: 1873. (**Labeo**)

PRINGSHEIM Fritz, “L’Origine des contrats consensuels”, **RHD 4. Seri**, C. 31, 1954, s. 475-495. (**Origine**)

PRINGSHEIM Fritz, “The Unique Character of Classical Roman Law”, **The Journal of Roman Studies**, C. 34, S. 1-2, 1944, s. 60-64. (**Unique**)

PRINGSHEIM Fritz, **Der Kauf mit fremdem Geld**, Leipzig: Arno Press, 1916. (**Kauf**)

PRINGSHEIM Fritz, **The Greek Law of Sale**, Weimar: 1950. (**Greek Sale**)

RADO Türkan, “Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti”, **İÜHFM**, C. 10, S. 3-4, 1945, s. 604-619. (**Ayıp**)

RADO Türkan, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, İstanbul: 11. Baskıdan Tıpkı Basım, 2016. (**Borçlar**)

RAMPELBERG René-Marie, “L’obligation romaine: Perspective sur une évolution”, **Archives de Philosophie du Droit**, C. 44, 2000, s. 51-68.

RICARDO David, **On the Principles of Political Economy and Taxation**, Londra: 3. Basım, 1821.

RIVIÈRE Marcel, **La vente consensuelle dans les comédies de Plaute**, Paris: 1907.

ROBAYE René, “Le prêt d’usage est-il un contrat de bonne foi en droit romain classique?”, **RIDA**, C. 36, 1989, s. 351-400.

SALEILLES Raymond, **Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand**, Paris: 3. Basım, 1914.

SANCTIS Gaetano De, **Storia dei romani**, C. 2, Torino: 1907.

SCHMIDLIN Bruno / CANNATA Carlo Augusto, **Droit privé romain II**, Lozan: 1991.

SCHULZ Fritz, “Auctoritas”, Çev. Havva Karagöz, **İÜHFD**, C. 55, S. 4, Orhan Münir Çağıl’a Armağan, 1997, s. 341-354. (**Auctoritas**)

SCHULZ Fritz, **Classical Roman Law**, Oxford: 1950. (**CRL**)

SCHWARZ Andreas, “Satış Akdinde Hasarın İntikali”, Çev. Kudret Ayiter, **AÜHFD**, C. 5, S. 1-4, 1947, s. 159-167.

SENARCLENS Arthur de, “Etude sur l’*in diem addictio*”, **Recueil publié par la Faculté de Droit de l’ Université de Lausanne**, 1896, s. 241-296. (**Diem**)

SENARCLENS Arthur de, “La Date de l’édit des édiles de mancipiis vendundis”, **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis**, C. 4, 1923, s. 384-400. (**Edit**)

SENN Félix, “Le nexum: contrat de prêt du très ancien droit romain”, **NRHD**, C. 29, S.1, Ocak-Şubat 1905, s. 49-95.

SMITH Adam, **The Wealth of Nations**, New York: The Modern Library, 1937.

SOHM Rudolph, **The Institutes of Roman Law**, Çev. James Crawford Ledlie, Oxford: Clarendon Press, 1907.

SÖĞÜTLÜ ERIŞGİN Özlem, **Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Ankara: Seçkin, Eylül 2016. (**Contractus**)

SÖĞÜTLÜ ERIŞGİN Özlem, **Tarihsel ve Dogmatik Açıdan Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir)**, Ankara: Seçkin, Nisan 2010. (**Periculum**)

TAHAN Duygu, “Roma Hukukunda Alım Satıma Bağlı *Pactum*’lar”, **İNÜHFD**, C. 8, S. 1, 2017, s. 199-224.

TAHİROĞLU Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul: Der Yayınları, 2014.

THOMAS Joseph Anthony Charles, “Alım Satımdan Dönmeyi Sağlayan Tedbirler”, Çev. Belgin Erdoğan, **İÜHFM**, C. 39, S. 1-4, Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar Hatıra Sayısı, s. 465-480.

TOPUZ Murat, “Fahiş Gabinin Roma Sözleşmeler Hukukunda Uygulama Alanı ve Fahiş Gabine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **MÜHFD**, C. 1, S. 1, 2007, s. 463-497.

TUORI Kaius, “The Magic of *Mancipatio*”, **RIDA 3. Seri**, C. 55, 2008, s. 499-521.

TÜREL Ege, “Roma Hukukundan Günümüze Hukukî Sebep ve Sinallagma İlişkisi”, **MÜHF-HAD**, C. 23, S. 3, Özel Sayı (Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan), Aralık 2017, s. 365-394.

UMUR Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul : Beta, Tıpkı 3. Basım, 2010.

VINCENT Henri, **Le droit des édiles : étude historique et économique des prescriptions édiliciennes sur la vente et la garantie**, Paris : 1922.

VISSCHER Fernand De, “Le rôle de l’auctoritas dans la mancipation”, **RHD 4. Seri**, C. 22, 1933, s. 603-644. (**Auctoritas**)

VISSCHER Fernand De, “Mancipium et res Mancipi”, **SDHI**, C. 2, 1936, s. 264-322. (**Mancipium**)

VLIET Lars Van, “Iusta Causa Traditionis and its History in European Private Law”, **European Review of Private Law**, C. 3, 2003, s. 342-378.

VOIGT Moritz, **Das jus naturale, aequum et bonum, und jus gentium der Römer IV**, Leipzig: 1856.

WALTON Frederick Parker, **Historical Introduction to Roman Law**, Edinburgh: 1920.

WATSON Alan, “*Emptio*, ‘taking’”, **Glotta**, C. 53, S. 3/4, 1975, s. 294-296. (**Emptio**)

WATSON Alan, “The Evolution of Law: The Roman System of Contracts”, **Law and History Review**, C. 2, S. 1, 1984, s. 1-20. (**Evolution**)

WATSON Alan, “The Origins of Consensual Sale: A Hypothesis”, **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis**, C. 32, S. 2, 1964, s. 245-254. (**Origin**)

WILLEMS Pierre, **Le droit public romain**, Louvain, 1888.

WINDSCHEID Bernhard, **Lehrbuch des pandektenrechts**, Darmstadt: 9. Basım, 1963.

YARON Reuven, “Remarks on Consensual Sale (with special attention to *periculum emptoris*)”, **Roman Legal Tradition**, C. 2, 2004, s. 59-76.

ANTİK KAYNAKLAR

AULUS GELLIUS, **Attic Nights**, C. 1, K. 1-5, Çev. J. C. Rolfe, Loeb Classical Library 195, Cambridge: Harvard University Press, 1927. (**Noct. Attic.**)

CATO, **On Agriculture**, Çev. W. D. Hooper ve Harrison Boyd Ash, Loeb Classical Library 283, Cambridge: Harvard University Press, 1934. (**Agr.**)

CICERO Marcus Tullius, **Letters to Atticum**, Ed. Çev. R. Shackleton Bailey, Loeb Classical Library 7, Cambridge: Harvard University Press, 1999. (**Attic.**)

CICERO Marcus Tullius, **Letters to Friends**, C. 1: Mektup 1-113, Ed. ve Çev. D. R. Shackleton Bailey, Loeb Classical Library 205, Cambridge: Harvard University Press, 2001. (**Famil.**)

CICERO Marcus Tullius, **Orations: Pro Archia, Post Reditum in Senatu, Post Reditum ad Quirites, De Domo Sua, De Haruspicum Responsis, Pro Plancio**, Çev. N. H. Watts, Loeb Classical Library 158, Cambridge: Harvard University Press, 1923. (**Har. Resp.**)

CICERO Marcus Tullius, **Pro Quinctio, Pro Roscio Amerino, Pro Roscio Comoedo, On the Agrarian Law**, Çev. J. H. Freese, Loeb Classical Library 240, Cambridge: Harvard University Press, 1930. (**Quin.**) (**Leg. Agr.**)

CICERO Marcus Tullius, **On the Republic, On the Laws**, Çev. Clinton W. Keyes, Loeb Classical Library 213, Cambridge: Harvard University Press, 1928. (**Re Publ.**) (**Leg.**)

CICERO Marcus Tullius, **On Duties**, Çev. Walter Miller, Loeb Classical Library 30, Cambridge: Harvard University Press, 1913. (**Offic.**)

CICERO Marcus Tullius, **On the Orator: K. 3, On Fate, Stoic Paradoxes, Divisions of Oratory**, Çev. H. Rackham, Loeb Classical Library 349, Cambridge: Harvard University Press, 1942. (**Parad. Stoic.**)

CICERO Marcus Tullius, **Philippics 1-6**, Ed. ve Çev. D. R. Shackleton Bailey, Göz. Geç. John T. Ramsey ve Gesine Manuwald, Loeb Classical Library 189, Cambridge: Harvard University Press, 2010. (**Philip.**)

CICERO Marcus Tullius, **The Verrine Orations, C. 1: Against Caecilius. Against Verres**, Kısım 1-2, K. 1-2, Çev. L. H. G. Greenwood, Loeb Classical Library 221, Cambridge: Harvard University Press, 1928. (**Verr.**)

CICERO Marcus Tullius, **Pro Lege Manilia, Pro Caecina, Pro Cluentio, Pro Rabirio Perduellionis Reo**, Çev. H. Grose Hodge, Loeb Classical Library 198, Cambridge: Harvard University Press, 1927. (**Caec.**)

CICERO Marcus Tullius, **In Catilinam 1-4, Pro Murena, Pro Sulla, Pro Flacco**, Çev. C. Macdonald, Loeb Classical Library 324, Cambridge: Harvard University Press, 1976. (**Mur.**)

CICERO Marcus Tullius, **Pro Sestio, In Vatinius**, Çev. R. Gardner, Loeb Classical Library 309, Cambridge: Harvard University Press, 1958. (**Sest.**)

CICERO Marcus Tullius, **On Invention, The Best Kind of Orator, Topics**, Çev. H. M. Hubbell, Loeb Classical Library 386, Cambridge: Harvard University Press, 1949. (**Top.**)

CICERO Marcus Tullius, **On Old Age, On Friendship, On Divination**, Çev. W. A. Falconer, Loeb Classical Library 154, Cambridge: Harvard University Press, 1923. (**Senec.**)

CODEX IUSTINIANI, **Corpus Iuris Civilis**, Ed. Krueger (Editio maior), C. 2, Berlin: 1877. (**Co.**)

DIGESTA IUSTINIANI, **Corpus Iuris Civilis**, Ed. Krueger-Mommsen (Editio maior), C. 1, Berlin: 1870. (**D.**)

DIGESTA IUSTINIANI, **The Digest of Justinian**, C. 1-4, Çev. ve Ed. Alan Watson, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998. (**D.**)

FESTUS Sextus Pompeius, **De la signification des mots**, Çev. A. Savagner, Ed. C.L.F. Panckoucke, Paris: 1846. (**Verb. Sign.**)

FORMULA BEATICA, **Fontes iuris Romani antejustiniani III**, Vincenzo Arangio-Ruiz, Firenze: 1943, s. 295-297, n. 92.

FRAGMENTA IURIS ROMANI VATICANA, **Collectio librorum iuris antejustiniani III**, Ed. Theodor Mommsen, Berlin: 1890, s. 1-106. (**Fr. Vat.**)

GAIUS, **Institutiones**, Ed. E. Seckel ve B. Kuebler, Leipzig: 1938. (**Inst.**)

HERODOTOS, **The Persian Wars**, C. 2: K. 3-4, Çev. A. D. Godley, Loeb Classical Library 118, Cambridge: Harvard University Press, 1921. (**Hist.**)

HISTORIAE AUGUSTAE, C. 1: **Hadrian. Aelius. Antoninus Pius. Marcus Aurelius, L. Verus. Avidius Cassius, Commodus, Pertinax, Didius Julianus, Septimius Severus, Pescennius Niger, Clodius Albinus**, Çev. David Magie, Loeb Classical Library 139, Cambridge: Harvard University Press, 1921.

HOMEROS, **Odysseus**, C. 1: K. 1-12, Çev. A. T. Murray, Güz. Geç. George E. Dimock, Loeb Classical Library 104, Cambridge: Harvard University Press, 1919. (**Odys.**)

HORATIUS, **Satires, Epistles, The Art of Poetry**, Çev. H. Rushton Fairclough, Loeb Classical Library 194, Cambridge: Harvard University Press, 1926. (**Ars Poet.**)

INSTITUTIONES IUSTINIANI, **Corpus Iuris Civilis**, Ed. Krueger, C. 1, Berlin: 1889. (**Iust. Inst.**)

ISODORE, **Etymologiarum sine Originum**, Ed. W. M. Lindsay, Oxford: Oxford University Press, 1911. (**Orig.**)

NOVELLAE IUSTINIANI, **Corpus Iuris Civilis**, Ed. Schoell-Kroll, C. 3, Berlin: 1895. (N.)

PAULUS, **Sententiae**, Ed. J. Baviera, Fontes iuris Romani antejustiniani, II, Firenze, 1968, pp. 321-417. (Sent.)

PLAUTUS, **Amphitryon, The Comedy of Asses, The Pot of Gold, The Two Bacchises, The Captives**, Ed ve Çev. Wolfgang de Melo, Loeb Classical Library 60, Cambridge: Harvard University Press, 2011. (Asin.) (Capt.)

PLAUTUS, **Casina, The Casket Comedy, Curculio, Epidicus, The Two Menaechmuses**, Ed. ve Çev. Wolfgang de Melo, Loeb Classical Library 61, Cambridge: Harvard University Press, 2011. (Curc.) (Epid.)

PLAUTUS, **The Merchant, The Braggart Soldier, The Ghost, The Persian**, Ed. ve Çev. Wolfgang de Melo, Loeb Classical Library 163, Cambridge: Harvard University Press, 2011. (Mostel.) (Pers.)

PLAUTUS, **The Little Carthaginian, Pseudolus, The Rope**, Ed. ve Çev. Wolfgang de Melo, Loeb Classical Library 260, Cambridge: Harvard University Press, 2012. (Poen.) (Rud.)

PLAUTUS, **Stichus, Trinummus, Truculentus, Tale of a Travelling Bag, Fragments**, Ed. ve Çev. Wolfgang de Melo. Loeb Classical Library 328. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. (Trinum.)

PLINIUS SECUNDUS, **Natural History**, C. 1: K. 1-2, Çev. H. Rackham, Loeb Classical Library 330, Cambridge: Harvard University Press, 1938. (Nat. Hist.)

SUETONIUS Gaius Tranquillus, **Lives of the Caesars, C. 1: Julius, Augustus, Tiberius, Gaius, Caligula**, Çev. J. C. Rolfe, Loeb Classical Library 31, Cambridge: Harvard University Press, 1914. (Vit. Caes.)

TACITUS, **Histories: Kitap 4-5, Annals: Kitap 1-3**, Çev. Clifford H. Moore, John Jackson, Loeb Classical Library 249, Cambridge: Harvard University Press, 1931. (Ann.)

TITUS LIVIUS, **History of Rome**, C. 1: K. 1-2, Çev. B. O. Foster, Loeb Classical Library 114, Cambridge: Harvard University Press, 1919. (Urb. Cond.)

TITUS LIVIUS, **History of Rome**, C. 2: K. 3-4, Çev. B. O. Foster, Loeb Classical Library 133, Cambridge: Harvard University Press, 1922. (Urb. Cond.)

TITUS LIVIUS, **History of Rome**, C. 3: K. 5-7, Çev. B. O. Foster, Loeb Classical Library 172, Cambridge: Harvard University Press, 1924. (Urb. Cond.)

TITUS LIVIUS, **History of Rome**, C. 5: K. 21-22, Çev. B. O. Foster, Loeb Classical Library 233, Cambridge: Harvard University Press, 1929. (Urb. Cond.)

TITUS LIVIUS, **History of Rome**, C. 6: K. 23-25, Çev. Frank Gardner Moore, Loeb Classical Library 355, Cambridge: Harvard University Press, 1940. (Urb. Cond.)

TITUS LIVIUS, **History of Rome**, C. 8: K. 28-30, Çev. Frank Gardner Moore, Loeb Classical Library 381, Cambridge: Harvard University Press, 1949. (Urb. Cond.)

TITUS LIVIUS, **History of Rome**, C. 13: K. 43-45, Çev. Alfred C. Schlesinger, Loeb Classical Library 396, Cambridge: Harvard University Press, 1951. (Urb. Cond.)

ULPIANUS, **Reglae**, Ed. P. F. Girard ve F. Senn (Textes de droit romain, C. 1), Paris: 1964, s. 414-449. (Regl.)

VALERIUS MAXIMUS, **Factorum et Dictorum Memorabilium**, C. 2, Ed. ve Çev. D. R. Shackleton Bailey, Loeb Classical Library 493, Cambridge: Harvard University Press, 2000. (**Fact.**)

VARRO Marcus Terentius, **On the Latin Language**, C. 1-2: K. 5-10, Çev. Roland G. Kent, Loeb Classical Library 333-334, Cambridge: Harvard University Press, 1938. (**Ling. Lat.**)

VARRO Marcus Terentius, **On Agriculture**, Çev. W. D. Hooper ve Harrison Boyd Ash, Loeb Classical Library 283, Cambridge: Harvard University Press, 1934. (**Agr.**)



ÖZGEÇMİŞ

Selahattin Eren 13.05.1991 tarihinde Fransa’da doğdu. 2007 yılında girdiği Beşiktaş Atatürk Anadolu Lisesi’nden 2010 yılında mezun oldu. 2012’de Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans öğrenimine başladı. Lisans eğitiminin ardından 2015 yılında mezun oldu. Aynı yıl Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans programına girdi. 2016 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı. 2017 yılında başladığı İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Latin Dili ve Edebiyatı programında ikinci lisans eğitimini halen sürdürmektedir. Yazarın iki adet bilimsel makalesi bulunmaktadır:

- “Roma Hukukunda Köle Mülkiyetinin Sınırları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.23 S.3, Özel Sayı (Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan), s. 283-322;
- “Roma Diktatörlüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.23, S.2, 2017, s. 167-220.

TEZ ONAY SAYFASI

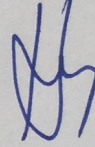
Üniversite	: Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı	: Selahattin EREN
Tez Başlığı	: Satış Sözleşmesinin Tarihsel Kökleri
Savunma Tarihi	: 10/07/2018
Danışmanı	: Prof. Dr. Havva KARAGÖZ

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. Havva Karagöz



Dr. Öğretim Üyesi Nurgül İpek N. İpek

Dr. Öğretim Üyesi Mehmet Toprak M. Toprak

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Y. Y. Öztürk