

SÖZLEŞMENİN ÜÇLÜ AŞAMASI (*)

Prof. Dr. Jean LIMPENS

Çev. Asis. Dr. Özer SELİÇİ

Sözleşme kavramı, karşılaştırmalı bir incelemeye en uygun kavramlardan biridir. Bu, yalnız sözleşmenin dünyanın bütün ülkelerinde çok sık bir kullanma alanı bulmuş olmasından değil, fakat biza-tihi söz konusu sık kullanılması dolayısıyla çok değişik biçimlerde ortaya çıkmasındandır ki, bunların kaynağının ve karşılıklı değerleri-nin bilinmesi ilginçtir.

Sözleşme modern toplumda temel bir rol oynar. Yalnız iş haya-tında değil, aynı zamanda salt medenî hukuk ilişkilerinde, iş ilişki-lerinde ve hattâ idarî hayatın bazı görünüşlerinde de egemen durum-dadır.

Geçen yüzyıl boyunca sözleşmenin etkisi o kadar büyüleyici ol-muştur ki kimse onu modern uygarlığın başlıca belgesi haline getir-mekte tereddüt etmemiştir. Sözleşmede toplum düzeninin (1) teme-lini gören J.J. Rousseau'ya kadar çıkmadan, Summer Maine'in, söz-leşmede, kişinin kurtarılmasına yönelmiş çabaların vardığı son aş-amayı bulduğu (2) hatırlanacaktır. Fouillée, biraz da aşırı olarak, sözleşmeler hukukunun, hukukun tümü ile karışma eğiliminde oldu-ğunu sanıyordu : «Sözleşme diyen, hukuk der» diye yazmıştı (3). Beudant'da hukukun sözleşme yapma serbestisinden başka birşey olmadığı görüşünde idi (4).

(*) 13.6.1970 tarihinde Mukayeseli Hukuk Enstitüsünde verilmiş konfe-ransın çevirisidir.

(1) J.J. Rousseau, Du Contrat social 1762

(2) S. Maine, Ancient Law, 1861.

(3) A. Fouillée, La science sociale contemporaine, 1910.

(4) Ch. Beudant Cours de droit civil français t. t. III: Le contrat et les Obligations.

Şüphesiz böyle bir aşırı hayranlık zamana karşı koyamamıştır. İnsan gibi, hattâ uygarlıklar gibi, (5) fikirler, hukuki kurumlar da zamanla yıpranırlar. Eski rejimde, üzerinde ağırlığını duyduğu fiziki baskıdan ve saygısal korkudan kurtulan yeni insan, gitgide iktisadî bağımlılığın yükünü hissetmeye başlayacaktı. Yeni bir liberalleştirme hareketi ortaya çıkacak ve bu, acayip bir geriye dönüşle, sözleşmenin kötüye kullanılmasını önlemek gerekçesiyle, kişiyi gittikçe katı ve hoşgörüsüz bir düzene bağlı kılacaktı. Modern «statü» kavramının rekabetinden ise hiç bahsetmeyelim.

Ne olursa olsun, sözleşme kavramı izlediği yolun sonuna varmış olmaktan uzaktır. Sözleşmenin, bugün, statü ve düzenleyici hükümlerin ortak saldırısına uğradığı ne kadar doğruysa, uygulama alanını da genişlettiğinin görüldüğü — idare hukuku, sovyet tecrübesi — sayısız örnek vardır. Demekki sözleşme modern toplumun bir temel unsuru olarak kalmaktadır ; öyleki ondan yoksun bir hukuki düzen tasarlamak güçtür.

Fakat bununla birlikte, durum her zaman böyle olmamıştır. İlkel toplumların gözlemleri, roma hukukunun gelişimi, bize sözleşme kavramının, alacak ve borç soyut kapsamı ile, herşeyden önce maddî olaylara yönelmiş ilkel insan tarafından kavranamayacağını göstermektedir (6).

Bugün, ilk sözleşmelerin basit fiili ilişkiler olduğu belirlenmiştir. İlkel insan ancak duygularıyla kavrayabildiği şeyleri tasarlayabilmiştir. Bu ön hukuki ilişkilerin konusunu teşkil eden şeyler zorunlu olarak tarafların duygusal çevrelerinde bulunuyordu. Yalnız elkoy-

(5) P. Valery, *Le cimetièrè marin*: «Uygarlıklar, şimdi biliyoruz ki sizler ölümsüzsünüz.»

(6) Tarde, *Transformations, du droit* 2 éd. 1894; G. Davy, *La foi jurée*; R. Maunier, *Recherches sur les échanges rituels en Afrique du Nord*: l'Année sociologique, nouvelle série 1924-1925; Mauss, *Essai sur le don*: l'Année sociologique c. I. 1923-1924; D. Warnotte, *Les Origines sociologiques de l'obligation contractuelle*, 1927; H. De Cugis, *Les Etapes du droit des Origines à nos jours*, éd. 1946; J. Carbonnier, *sociologie et droit du contrat*: *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, 1959 s. 115 vd., J. Carbonnier *Sociologie de la vente* : *Travaux et conférence de l'université Libre de Bruxelles, Faculté de droit*, 1960 c. VIII s. 144 vd., N.M.K. Gomaa, *Théorie des sources de l'obligation*, Tez Paris 1968.

ma, fiilen elde bulundurma herhangi bir değer taşıyordu (7). Bu devre Gerçekçilik devresidir.

Herhalde binlerce yıl sonra, başka biçim ilişkiler kendilerini, ilkel toplumlara, kabul ettirmiş olacaktırlar. Birçok hallerde, örnek olarak bir alışveriş konusu şeylerin, fiilen orada bulundurulmaları güçtü; bu halde sembollerle yetinilmiştir. (bir toprak parçası, saman çöpleri, dal), Diğer hallerde ise, bazen borçluyu kendi düşüncesizliğine karşı korumak, bazen sonraki itirazları önlemek, hattâ topluluğa bilgi vermek amacı ile alışverişini belirli bir törene bağlamak ihtiyacı kendini hissettirmiştir. Bu devre Şekilcilik devresidir.

Bu, sorun hâlâ tartışmalı olmakla beraber, gerçekçilik devrinin, şekilcilik devresinden birçok yüzyıl önce geldiği anlamını taşır (8).

Birkaç örnek, durumu daha iyi anlatabilir niteliktedir. Bu örnekler bugün bile, sözleşmenin uzak geçmişin izlerini taşıması yüzünden daha da gerekli gözükmektedirler.

GERÇEKÇİLİK

Orman tehlikelerinin zorunlu kıldığı yalnız yaşamayı sona erdirdikleri anda, ilkel insanlar, işbirliğinden ele edebilecekleri yararı, içgüdüleriyle sezmişlerdir.

İşbirliğin ilk belirtilerinin hizmet ve mal trampası şeklinde ortaya çıkmış olması muhtemeldir.

1 — Mal değiş tokuşu - trampa

Kaynak. — Öyle görünüyor ki, ilk mal değiş tokuşu kaynağını iş uzmanlaşmasında bulmaktadır. Topluluğun bazı üyeleri, belirli bir

(7) Öyle görünüyor ki aile düzeyinde de durum aynı idi ; Kadınların kaçırılması hattâ değiş tokuşu, herhalde, etnoloji ve tarihte çok sayıda örnekleri göüreln dinsel törenlerden önce varolmuştur.

(8) Bu husus, tabiatıyla, gerçekçiliğin başka bir biçimde daha eski devirlerde doğmuş olabileceği düşüncesini, — örnek olarak şekilciliğin malın teslimine bağlandığı bazı sözleşmeleri nitelendirmek için, — önlemez.

meslekî faaliyette uzmanlaştıkları (örnek olarak taş yontması, veya maden çıkarma) an, topluluğun diğer üyelerine başvurarak, onlardan yaşamaları için gerekli tarım, balık ve av ürünlerini toplamak zorunda kalmışlardı.

Daha sonra buna, uzakta üretilen, sırf bölgesel ürünlerin değiş tokuşu eklenmiştir : Spiennes (Belçika) ve Grand Pressigny (Bassin de la Loire) (9) ın bıçak taşı, Baltık'ın amberi ve, tabii, tarih öncesi devrinin ender kalay madenlerinin yakınındaki kalay ve bakır alaşımı ile imal edilmiş bronz eşyalar (10).

İnsanlar arasındaki ticaretin ilk belirtileri sözleşmesinin kaynağı olmalarına rağmen, sözleşmedeki başlıca belirleyici niteliği — borç bağı — taşımamaktadırlar. Gerçekten trampada mülkiyetin geçirilmesi karşılıklı, bir anda olmakta ve kimse kimseye birşey borçlanmamaktadır.

Carbonnier : «Bu satımlar hiçbir süre parçası kaplamazlar... Arkalarında hiçbir borç izi bırakmazlar» diye yazmaktadır (11).

Sessiz Trampa : Tarafların birbirleriyle hiçbir teması olmadan yapılan ve ilkel toplulukların çoğunda görülen sessiz trampa, özel görünüşüne rağmen klâsik şemaya aykırı düşmemektedir (12).

Herodot'un yazdığına göre : «Libya'da Herkül sütunlarının ötesinde, Kartacalıların alışveriş yaptığı insanların yaşadığı bir yer vardır. Orada, Kartacalılar gemi yüklerini boşaltırlar, kıyıya yerleştirirler, gemilerine binerler ve yoğun bir duman yayarlar. Yerli halk, dumanın görünüşü ile kıyıya inerler ve malların karşılığı olarak altın bırakırlar; sonra da uzağa çekilirler. Kartacalılar tekrar gelir, ince ler ve bırakılan altını mallarıyla aynı değerde görürlerse, altını alır giderler. Eğer yeterli altın bırakıldığı kanısında değillerse, birşeye dokunmadan gemilerine dönerler ve orada kalırlar. Yerli halk tek-

(9) J. de Morgan, L'humanité préhistorique 152 vd.

(10) H.. De Cugis, a.g.e. c. I, 35 vd.

(11) J. Carbonnier, Sociologie de la vente, age s. 144 vd; bkz. Gomaa a.g.e. No. 23.

(12) T.J. Hamilton — Greerson, The silent trade, 1903 ; R. Maunier, Les échanges rituels en Afrique du Nord, age, c. XVI; Gomaa aeg No. 23.

rar yaklaşır ve Kartacalılar yetininceye kadar altın eklerler ; taraflardan hiçbirince haksızlık yapılmaz ; bir taraf malların değerine eşit olmadan önce, altına, diğer taraftakiler ise altın alınmadan önce, mallara dokunmazlar.»

Bu hikâye bizi kuşkulandırmamalıdır. Zira benzer uygulamanın izleri dünyanın her tarafında bulunmuştur. Altay dağlarındaki, satıcının diğer sözleşme tarafının kapısına kendisine sunulan şey oranında mal bırakması biçimindeki gezgin ticarete durum budur. Bedeviler ve Güney Sahara aşiretleri arasında, kişisel temas olmadan uygulanan tuz ile altın tozu trampalarında, Peruda, İspanyol kuşatması sırasında hâlâ uygulanan sessiz trampalarda (13), Sumatrada, Kubus'lerde onura yapılan sessiz trampalarda — ki Forbesin bunlara dair hikâyesi her noktada Herodot'unkine uymaktadır — aynı şey geçerlidir (14). «Sessiz anlaşma» devresi biraz zahmetli olsa da, bu sessiz trampa örneklerinde, karşılıklı, bir anda oluşan mülkiyet geçirmesinden başka bir şey yoktur. Olsa olsa Herodot'a göre hiçbir haksızlık yapmayan tarafların moral davranışlarına hayran kalınabilir. Fakat burada bile, bir borç bağının varlığını belirtecek hiçbir iz bulunmaz. En fazla misilleme korkusu, belki de — sözleşme kavramından çok daha önce ortaya çıkan mülkiyet kavramı düşünülürse— başkasının mülkiyetine saygı izleri görülebilir.

Para - Mal : Değiştirilebilen paranın ortaya çıkması, trampadan satışı doğurduğuna göre sözleşmenin önemli bir aşaması olmasına rağmen, ilkel ilişkilerin sırf gerçekçi kurumuna önemli değişiklik getirmemiştir.

Gerçekten, başlangıçta, para olarak mal kullanılıyordu : Balıkçı halklar da kurutulmuş balık, istiridye kabuğu ; avcılar da deri ve kürk ; tarımcılar da sürü hayvanları (15).

(13) L. Baudhuin, L'empire socialiste des Incas, s. 165.

(14) Forbes, The Kubus of Sumatra, J.A.I. XIV s. 162.

(15) Modern dil bu uygulamanın birçok kalıntılarını saklamaktadır. Pecunia pecus, sürü'den gelir; peculium kölenin sürüsü idi; capital caput, sürü başından gelir; rouble rouspa, sürüden; raka, Estonyada deri ve parayı açıklar. İlyadada bir bronz saçayağı oniki öküze, bir köle dört öküze bedeldir. Dracon kanunlarında cezalar sürü olarak belirtilmiştir. XV. yüzyılda İslandada bir bölgesel emir ,eşyaların fiyatını kurutulmuş balıkla belirtiyordu : Bir çift deri ayakkabı üç kuru balık ediyordu ; bir fiçi şarap yüzyirmi kuru balıktı. (Babelon, Les origines de la monnaie, s. 8 ; De Cugis age s. 23 ve 155).

Karşılıklı edimler burada da aynı anda yerine getirilmektedir. Herhangi bir borç bağı belirtisi yoktur.

Madenî para : Daha sonra insanlar madenleri bulup bunları alışveriş parası olarak kullanmaya başlayınca bile temel verilerde bir değişiklik olmamıştır. Satım haline gelen eski trampa gerçek görünüşünü kaybetmemiştir ve işlem âni olarak gerçekleştirilmekte süregeliyordu.

Fakat şurası gerçektir ki, bu ilk madenî paralar, çeşitli ağırlıkta madenî değer külçeleri biçiminde idi ve her alışveriş bir tartıyı gerektiriyordu. Bu nazik iş, bir çeşit yeminli tartıcı olup görevini tanıklar karşısında yapan bu uzmana «lipripens» emniyet edilmiştir.

Başlangıçta tamamen gerçek olan bu teknik, düşünceleri etkilemekten ve tartı gereksiz hale geldiğinde tamamen biçimsel bir usülün uygun dayanağı olmaktan geri kalamazdı.

Büyünün getirdiği : Kaldıkları eşyaları insanlara bağlayan esrarengiz bağların koparılmaları gerekti ; ancak bu halde eşyalar yeni sahibine bağlanabilirdi.

Gerçekten kişisel sahip olma etkiliği o kadar güçlü idi ki, binlerce yıl taşınırlar kişiyi mezarında izlemişlerdir : «mobilia ossibus inherent».

Bugün büyüünün ve özellikle ellerin gizli kudretinin, bu konuda temel bir rol oynamış oldukları kanıtlanmıştır.

El töreni :: Gerçekten «el törenleri» sayısızdır (16). Tarih öncesi av sahnelerinde ellerin tasviri hayvanın avlanmasının kolaylaştırılmasına yönelmiştir. Krallar ve mucize yaratıcılar hastaları, ellerini onların üzerine koyarak iyileştirirler.

El bir güç işaretidir : Krallar ucunda adalet eli bulunan bir asa taşırlar. Aile reisinin (Pater familias) yetkisi (manus) «el» diye ad-

(16) De Cugis buna elli sayfa ayırmıştır, age 251 vd. ; Bk. J. Coppens, L'imposition des mains et rites dans le nouveau Testament et dans l'église ancienne, 1925.

landırılır. Ondan hakimiyetten çıkarılma ile kurtulunur. «Manus Injectio» borçluyu köle haline getirirdi.

El aynı zamanda bir güven işaretidir de : «mandat» (vekâlet) «manum dare» den gelir. Evlenme «dextrarum junctio» veya «handfast» ile yapılır. Birçok sözleşme «el sıkışma» «Handsale» veya «Handkauf» yoluyla kurulur.

Muhtemelen binlerce yıllık bir büyü ile donanmış el ve dolayısıyla el koyma (mancipatio - manum capere) (17) alışveriş alanında hem ilkel gerçekçiliğin bir belirtisi ve hem de olaylara etkililik veren gizli güçlerin aracı olarak tasarlanabilir.

2 — Hizmetlerin değiş tokuşu — Nexum.

Kaynak : İlkel insanın malların değiş tokuşuna başvurduğu zamanlarda, başka ihtiyaçlar başka usullerin doğmasına yol açmışlardır.

Örnek olarak talihin ters sillesine uğramış bir ilkel insanın komşusunu yardımına çağırdığı pekâlâ düşünülebilir.

Başlangıçta, bu biçimde görülen ufak hizmetler kuşkusuz karşılıksızdı. Fakat görülen hizmetin karşılığının ödenmesi gerektiği düşüncesinin doğduğu bir zamanda gelmiştir ve ilk kez, hukuk öncesi biçiminde olsa da, ödev kavramının veya borcun ortaya çıktığı görülmektedir.

Potlach : İlkel insan, hukuki borçtaki düşünsel bağı hiç tasarlamadığına göre, borçluyu bağlamak için türlü biçimde düzenler kullanacaktır.

Kuzey Amerika'nın ve Malenezya'nın bazı ilkel topluluklarında hizmetler «potlach» adı verilen tören veya şölenler sırasında, genellikle aşırı bir faiz karşılığında yerine getirilirler. Taraflar, bilinçsiz olarak, ilişkilerini törene bağlayarak, bunların yerine getirilmesini

(17) Başlangıçta, sözleşme ancak gerçek olarak fiilen ele alınan şeylere yöneliyordu.

emniyet altına almak için, bir çeşit tanrılara veya topluluğa başvur-
ma gereğini duymuşlardır.

Nexum : Esasen Nexum da bize dikkat çekici bir doğrulama ör-
neği vermektedir.

Zorunlu sebep gereğiyle çift hayvanlarını kullanamayan bir çift-
çinin, komşusundan, hayvanlarını ödünç istediğini farzedelim. Bu
hayvanların bir düğümlü bağ ile tutturulmuş yular (nexum) taşımış
olmaları ve ödünç alanın ödünç aldığı hayvanları bu yulardan tutarak
çekmiş olması (contrahere) muhtemeldir.

Nexum, contrahere, sözleşmenin başlangıcını çizmeye katkısı
olabilecek bir terim rastlaşmasıdır.

Nexum, kuşkusuz, klâsik Roma Hukukunda para ödöncü anla-
mına gelir, fakat yazarlar, başlangıçta bir ariyet olduğunu düşün-
mektedirler.

Ne olursa olsun, Roma Hukukunun en eski sözleşmesinin açıkça
düğüm adını taşıdığını belirtmek ilginçtir.

Büyünün getirdiği : Gerçekten bu kelime, kendi içinde, tarih ön-
cesi yüzyıllarını taşımaktadır.

Madenleri bulmadan önce, mağara insanının kendisini korumak
için ancak taşı, tahtası ve ipten bağları vardı.

Bağırsak, kayış, sarmaşık, kenevirden yapılan ve ağ, kement,
zincir, ip tuzakları biçiminde kullanılan ip bağları, tarih öncesi dün-
yasında temel rol oynamışlardır.

Tarih öncesi mağaralarında ve aynı tarihten kalma nesnelere üze-
rinde çizilen av sahneleri bize tanıklık etmektedirler.

Esasen bütün mitolojilerde izleri bulunan ve yüzyıllar boyunca
sürüp giden bu tasvirlerin bir anlamı, bir büyü anlamı olduğu bugün
belirlenmiştir.

Düğüm töreni : Asurluların (18), Hinduların (19), Yunanlıların (20), Cermenlerin (21) bağlama tanrıları vardı; bunlara, inatçı borçluları zincire vurma gücü maledilirdi.

Yunanca «katadeo» kelimesi hem bağlamak, hem de büyü yapmak anlamına gelir. Bugün bile «ergens een knoop opleggen» (22) biçiminde Hollandacadaki terim aşağı yukarı «tanrıları tanık tutma» anlamını taşır.

Dünyadaki bütün ülkelerde, düğümler bir büyü gücüne sahiptir. Kuran düğümlere üfleyen büyüleri cezalandırmaktadır. Filistin'de düğüm - düğüm bacakları olan kurşun heykelcikler bulunmuştur. Nuska düğümleri veya «Nestelknüpfer», bütün Ortaçağ'da kötülük yapıcı olarak görülmüşlerdir. Ambroise Paré (1515 - 1590) bunlarla şeytan arasında ilişkiler bulmaktadır. 1718'de Bordeaux parlamentosu hâlâ büyücülerden birini ateşte yakılmaya mahkûm ediyordu.

Kısacası ariyette de trampada olduğu gibi, başlangıçta bir gerçek vardır : Bir eşya veya bir el hareketi. Bu gerçek daima boş inançların gizli belirtileriyle birlikte bulunmaktadır. Trampada, eşyaları insana bağlayan bağların törenle koparılmaları gerekecekti. Bu görevi mancipatio yerine getirecektir. Buna karşılık ariyette, borçlu ile alacaklı arasında bağların törenle onaylanması gerekecektir. Bu rolü oynayan ise «Nexum» dur.

Ne olursa olsun borç belirtisinin, ilk olarak görüldüğünde, büyü gücü ile kuşanmış, bir düğümlerle somutlaştırılmış, nesnelleştirilmiş olması ilgi çekicidir.

Belirsizce şekilciliğe yaklaşılmaktadır.

(18) Louvre'daki şahin kaidesi.

(19) Varuna.

(20) Ouranos — Hephaistos — Hercule

(21) Odhinn.

(22) «Bir şeyi düğümlerle.»

B. ŞEKİLCİLİK

Kaynak : İlkel gerçekçiliğin nasıl yüzyıllar süresince şekilciliğe dönüştüğü kuşkusuz daima sırla çevrili kalacaktır.

Fakat muhtemeldir ki, yüzyıllar boyunca hukuki alışverişinin aşamalarını belirlemek için bazı hareketlerin yapılmasına veya bazı şeylerin kavranmasına alışmış olan ilkel insan, davranışları gerçeğe uymadığı gün, birdenbire bunlardan kopabileceğine inanmamıştır.

Örnek olarak elde tutma, el koyma, yavaş yavaş ilk gerçekçiliğinden kurtulmaktadır. Başlangıçta, sözleşme hak sahibinin, bir defada kavrayabileceği şeylerden fazlasına yönelemezdi. Taşınmaz alışverişleri için tarafların taşınmazın bulunduğu yere gidip fiilî olarak zilyedliği geçirmiş olmaları muhtemeldir.

Daha sonra elde tutma hareketleri sembolik hale gelecekler ve taraflar, sözleşmelerin kurulmasına ayrılan yerlerde, kuşkusuz saygı ile korunan bir parça toprak, bir saman çöpü veya bir çubuk gibi tören araçlarına dokunmakla yetineceklerdir.

Nexum da az sonra ödünç verilen şeyi belirleyen ve kavramaya yarayan gerçek bir işlem olmaktan çıkmıştır. Belirli bir zamanda, tarafların uygun bir törenle, alışveriş yerinin bir tarafına asılmış, belki de kutsal yapma bir düğüme dokunmuş olmaları muhtemeldir.

Bu düğüme dokunmuş olmak veya kendisini «zorlanmış» görmek için borçlu, düğümün yüzyıllar boyunca taşıdığı gizli güçlerle bağlandığını duyacaktır.

XII Levha Kanunu : XII Levha Kanunu bize bu gelişmenin bir yansımasını vermektedir :

«Cum nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto», yani «bir düğüm yapılmışsa veya bir şey ele alınırsa, dilin ifade ettiği hukuk olsun.»

Burada uzun süredir anlamlarını kaybetmiş gerçek uygulamaların vardıdığı nokta, içgüdü ile hissedilmektedir. Mancipatio ve Nexum törensel hareketler haline gelmiştir.

Kelimelerin şekilciliği : Sanki ilk usül yeterli değilmiş gibi — meğer ki bu teknik o devirde bile eskimiş olarak kabul edilsin —, XII Levha Kanunu buna kelime şekilciliğini de eklemiştir : «uti lingua nuncupassit ita jus esto.»

Artık, kutsal sözlerin söylenmesi de gereklidir. Bu söz şekilciliği eşyanın tabii düzenindedir. Hareketlerin büyüsunün yerini kelimelerin büyüsu alır.

Bütün dinler kelimelerin gizli gücünü ima ederler. Atharda büyücüler — Veda (23) — : «Oh ateş, benden kaçamayacaksın, zira seni adınla biliyorum» derlerdi. Eski Çinlilerde, adı bilmenin kelimeyi söylemenin varlığa sahip olma veya eşyayı yaratma anlamına geldiği düşüncesi hakimdi. Her hayvan onun adını söyleyebilen tarafından ehlileştirilir (24). Mısır tanrısı Atoum - Ra, gökyüzü ve yeryüzü henüz var olmadığı zamanlarda, bütün şekilleri ağzından çıkanlarla yaratmıştır (25). Genesis'e göre gökler Tanrının sözleriyle ve bütün ordusu da nefesiyle yaratılmıştır (26). Saint - Jean İncili şu kelimelerle başlar : «Başlangıçta olan kelime idi ve Kelime Tanrı da idi ve Kelime Tanrı idi.»

Nuncupatio : Nuncupare (nomen capere) kelimesinin kaynağı, —ad almak, adını söylemek— yeter derecede açıklayıcıdır. Sanılabileceğinin tersine borçlu kendi yaptığı açıklamalarla bağlanmaz; aksine bir biçim büyüülü sözler söylerken, borçluyu adıyla çağırarak (nuncupatio) onu büyüler ve tanrıları da tanık tutar. «Cornu bos capitur, voce ligatur homo», borçlunun vaadleriyle bağlandığı değil, fakat alacaklının onun hakkında söylediği beddua ile bağlandığı anlamına gelir.

İtibari tartı : Tartı usulü, esasen, şekilciliğin başka bir örneğini vermektedir.

Gerçekten öyle bir gün gelmiştir ki, madenî parayı tartma ihti-

(23) Vendries tarafından, Le language, s. 218.

(24) Granet, La pensée chinoise, s. 43.

(25) Moret, Le Nil et la civilisation égyptienne.

(26) Psalma 33, satır 6.

yacı kalmamıştır ; zira para artık aynı ağırlık ve değerde parçalar halinde yapılmıştır.

Bununla beraber, bilindiği gibi, tartı töreni dayanağı olmadan yüzyıllar boyunca korunmuş ve bu tören çeşitli muhtevada alışverişlere çerçeve olmaya devam etmiştir (27).

Bunun açıklaması kolaydır : Temsili niteliği ile tartı töreni ilkel insana, gerektiğinde, karşılıklı olarak yerine getirilen trampanın gerçekliği yerine geçebilecek bir somut mekanizma sağlıyordu.

Stipulatio : Fakat yüzyıllar boyunca süren şekilciliğin kendisi de derin değişikliklere uğramıştır.

İtibarî tartı (per aes libram) usulü eklenen ve nuncupatio ile onanan nexum ve mancipatio önemli derecede basitleştirilmiştir. Libripens ve terazi kaybolacaktır. Düğüm ve el koyma törenleri terk edilecektir.

Yalnız nuncupatioya eş etkili işlemler, «sponsio» veya «Stipulatio» gib sözlü bağlanmalar biçiminde sürmektedirler. Fakat burada da değişiklik derindir ; zira sözleşmeden doğan bağlılık alacaklı tarafından söylenen bedduada değil, fakat borçlanan tarafın üzerine aldığı yüklenmeden doğmaktadır.

Herşeye rağmen şekilcilik hükmünü sürdürmektedir. Yüklenme kesin törensel koşullara uymalıdır : Sorular ve cevaplar : «Spondesne, spondeo» kesinlikle birbirini izlemelidir.

Yazılı borçlanmalar : Nihayet, yazı toplumunda yayıldıkça, henüz istisnaî olsa da, şekilciliğe hizmete başlamıştır.

Bu özellikle, yurtiçi sicillerine yapılan özel kayıd «nomina transcriptitia» ve daha sonra şekilci yazılı borçlarda bahis konusudur.

Şekilciliğin zaferi : Bundan böyle şekilci teknik artık sonuna ulaşmıştır.

(27) Girard, Droit romain s. 509.

Bu teknik, ilkel gerçekçilikten doğarak, «mancipatio», «nexum» ve «per aes et libram» (tartı usulü) gibi bazı kesin usülleri uzun süre korumuştur. Bunlara «nuncupatio» nun şekilciliği, kutsal sözler ve yazılı borçlar eklenmiştir.

Bu davranışların çoğu özlerini kaybetmiş olsalar, el artık sembollere dokunsa, düğüm kimseyi bağlamasa, terazide hiçbir şey tartılmasa bile, şekilcilik törenleri bunlardan daha az sıkıntılı değildi. Bunlardan kurtuluş yoktu : «Ex nudo pacto, obligatio non oritur.»

C. RIZAILİK

Bununla beraber, bu dönemde sözleşme gelişmesinin ancak üçte iki yolunu aşmıştır. Şekilciliğin övünçleri ne olursa olsun, öyle bir gün gelmiştir ki, ticaret yeni zorunluklar ortaya atmıştır.

Bir taraftan bazı usuller sıkı sıkıya bazı konular için saklı tutulmuştur : Örnek olarak yalnız «res mancipi» ler (eğer ve koşum hayvanları, toprak ve predial irtifaklar) bir mancipatio işleminin konusu olabilirlerdi.

Diğer taraftan, şekilcilik, otomatizmi dolayısıyla büyük tehlike teşkil ediyordu. Satım halinde, örnek olarak semen ödenmemişse, satıcının müracaat hakkı yoktu.

Bu yüzden hukuk uygulayıcıları şekilcilik yanında, tarafların basit iradesinden doğan bazı borçların varlığını kabul yoluna gitmişlerdi : «solo consensu.»

Bunu yaparken, isteyerek geleneklerden kopuyor ve hukukun gelişmesinde yeni bir dönem yaratıyorlardı: Rızailik dönemi.

İnsanların, bu biçimde ard arda hareketlerini, sözlerini, yazılarını ve sonunda basit rızalarını, hukuki ilişkilerini kurmak için kullanmış olmaları bugün bize insan aklının gelişmesinin bir akisi olarak görülebilir. Milâttan Önce birinci yüzyılın Romalı Hukukçusu için, burada bütün araçlarla engel olunmak gerekli gerçek bir devrim söz konusu idi.

Bu ise Roma Hukukunun niçin ancak dört türlü rızai sözleşme tanıdığını açıklar : Pretorun bazı sözleşmeleri (recepta verba) ve bazı kanunî sözleşmeler (cihaz tesisi ve bağışlama vaadi) dışında, satım, kira, şirket ve vekâlet.

Bin yıl sonra, «ex nudo pacto obligatio non oritur» özdeyişi hâlâ yürürlükte. Bugün o kadar alışılmış kişi iradesine dayanan rızai sözleşmeyi zafere ulaştırmak için büyük bir sabır ve öngörü harcamak gerekmiştir.

Kilise hukukçularının getirdikleri : (XII - XIV yüzyıl) Bu süreçte kilise hukukçuları temel bir rol oynamışlardır. Şekilcilikte payen döneminin alışkanlıklarını gördüklerini öne sürmüşlerdir.

Onlara göre, Hıristiyan öğretisi, başlıca vicdana dayanır. Hıristiyanların tanrısı mademki vicdanların içine girip niyetleri okuyabiliyor, o halde dolambaçlı yollara sapmak neye yarar? İnsanların kararsız davranışlarına rehber olmak için şekilcilik gerekli olabilirse de herşeye kadir bir Tanrı mahkemesi önünde gülünçtür. Hıristiyan, bu yüzden, söz verdiği (fides) andan itibaren vicdanında sorumludur (28). «Pacta sunt servanda.» «Servanti fidem est fidesservanda.»

Kilise hukukçularının yapısı, kilisenin bu dönemde özel hukukun bütün alanlarında yaygın bir yetkiye sahip olması dolayısıyla daha da etkili olacak ve öğretisini saydırmak ve yürürlüğe koymak olanağını bulacaktır.

Kilisenin yargılama etkiliği esasen o kadar büyüktür ki, her türlü şekilciliğe karşı olan ticaret mahkemeleri gönüllü olarak kilise öğretisini uyguluyorlardı.

Glossatorların karşı koyması : Bununla beraber bu reform, glossator ve Roma Hukuk ekolünde yetişmiş hukukçuların zorlu direnmelerine uğramadan yapılamamıştır.

(28) Spies, De l'observation des simples conventions en droit canonique, 1928; Roussier, Le fondement des obligations contractuelles dans le droit classique de l'église.

Geleneğin gücü büyüktür ; çoğu zaman, eskimiş, kullanılmayan kurumların yıkılmasına ulaşmak için sabırlı ve dayanıklı olmak gerekir.

Bu hal, örneğimizde olduğu gibi, geçerli kanıtların — özellikle borçluları düşüncesiz yüklenmelere karşı korumak isteği — gelenekleri desteklediği durumlarda kendini daha da güçlü hissettirir. Mancipatio, Nexum, tartı, Stipulatio, el sıkışma, hattâ çifte anlaşmaların şekilciliği, saf rızailiğin veremeyeceği garantiler sunuyorlardı.

Tabiî hukukun ve filozofların getirdikleri : (XVI - XVIII) yüzyıl) Son direnmelerde tabiî hukuk ekolü ve ansiklopedist filozofların öğretilerinin ortak faaliyetleriyle kırılmıştır.

Grotius (29) ve öğrencileri için hukuk eşyanın tabiatından zorunlu olarak doğar ve insan sırf akıl aracı ile onu bulmak durumundadır. Genel hukuk düzenini bulmak için yeter akıllı olan insan, diğer taraftan, kendi özel kanununu yapmak için niye yeteneksizdir?

Diğer taraftan kişinin özgürlüğüne yönelmiş olup insan ve vatandaş hakları beyannamesiyle onaylanan felsefî akım (30), mantıken, insanın kendi iradesiyle borçlanma özgürlüğünü reddemezdi.

Rızailiğin zaferi : Hukuka yeni fikirlerin girmesi gecikmeyecektir. Domat'ın isabetle belirttiği gibi : «Anlaşmalar karşılıklı beyan edilmiş ve belirlenmiş rıza ile kurulurlar. Örnek olarak satım, satılan verilmiş, semen ödenmiş olmasa bile, sırf rıza ile kurulur» (31).

Çıplak anlaşmalara ilişkin ilk sınırlamalar söz konusu edilmeyecektir. Pothier itiraz kabul etmeyecek biçimde Romalıların ayırımlarını mahkûm etmektedir : «Roma Hukukunun sözleşmelerin çeşitli biçimleri hakkındaki ve sözleşme ile basit anlaşmalar ayırımı ilke-

(29) Grotius, «Jus est dictamen rectae rationis, etiam si daremus, cuod sine somhumana», De jure belli et pacis, 1625.

(30) Ansiklopedistler, fizyokratlar, Descartes'ın rasyonalizmi, Montesquieu, Kant düşünülmektedir.

(31) Domat, Les lois civiles das leur ordre naturel. Kitap 1, c. 1, Bölüm 1, 8.

leri ,tabiî hukuka dayanmadığı ve basitlikten çok uzak olduklarından hukukumuzda kabul edilmemişlerdir» (32).

Gelenegin sürerliği : Her zafer tavizlerle birlikte gelir. Geçmişle kopma çok ender olarak tamdır. Gelenegin hattâ alışkanlığın gücü bazen o kadar büyüktür ki, en radikal devrimlerde bile yıkılması hiç bir zaman mutlak değildir.

Rızailiğın zafere ulaşması da kurala bir istisna teşkil etmez. Bugün bile, geçmiş devirlerin önemli kalıntılarının bulunması bununla açıklanabilir.

Bazı sözleşmeler, aynı sözleşmeler — örnek olarak ariyet, ödünç, vedia, rehin elden bağışlama ve acayip olarak taksitle satış — bugün bile, şaşırtıcı olarak işlem konusunun karşı tarafa teslimi ile doğma özelliğini göstermektedirler (33).

Diğer bazı sözleşmeler, törene bağlı sözleşmeler, — örnek olarak evlenme, evlenme mukavelesi, evlâd edinme, ipotek, bağışlama, halefiyet yolu ile ödeme, kanun tarafından öngörölmüş formalitelerin yerine getirildiği an kurulmaktadır.

Rızailiğe konan sınırlama : Fakat, söylemek gerekir ki, hiçbir şey kesinlikle sona ermez. Tarihin sarkacı sallanmasını sürdürmektedir. Rızailiğe konan sınırlamalar, ilkeler alanında yenilmiştir ; fakat sebep ve ispat vasıtası kavramlarında tekrar ortaya çıkmaktadırlar.

Şunu belirtelim ki, sebep kavramının Roma Hukuku gibi şekilci sistemlerde düşünölməsi güçtür. İradenin öngörölen biçimlerde ortaya çıkmasıyla, borç kendinde sebebini taşıyordu (34). Romalı Hukukçuların sebebe ilişkin : «*condictio sine causa*», «*causa data causa non secuta*» ender yollamaları, modern hukukun sebebe verdiği anlamı taşımazlar.

(32) Pothier, *Traité des obligations selon les régles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, c. 1. No. 3.

(33) Taksitle satış durumunda, Belçika Kanununa göre, semenin bir kısmı, sözleşmenin kurulabilmesi için verilmiş olmalıdır.

(34) Ripert et Boulanger, c. II No. 280.

Kilise hukukçularının şekilcilik doğmasını yıktıkları, verilen söze uyulmasının bir vicdan borcu haline geldiği an, borcun haklı bir temeli olup olmadığı sorunu ortaya atılmıştır.

Bu biraz da sözleşmeyi biçimden sıyırdıktan sonra, kilise hukukçularının ona bir başka elbise giydirmek gerektiğini sanmalarındır. Rizailiğin tehlikeleriyle karşı karşıya kalan borçluya, sebep kavramıyla, hiç olmazsa belirli bir koruma sağlamayı düşünmüşlerdi.

Ne olursa olsun sebep öğretisi yoluna devam etmiştir: Post-glossatorlar ustalıkla konuyu ele almışlardır: Balde «Causo finalis est objectum intellectus, sicut... portus est objectum navigantium, et quidquid agimus propter finem agimus.»

Domat'ın kaleminde, sebep üç panolu bir fresk haline gelir :

— Karşılıklı sözleşmelerde sebep, diğer tarafın borcu yüklenmesidir ;

— Aynî sözleşmelerde, karşı tarafın edimidir ;

— İvazsız sözleşmelerde, saik; serbest niyettir.

Bilindiği gibi bu öğreti hukukçuların dünyasını ikiye bölmüştür : Bir taraftan sebebe bağlılığı savunanlar, diğer taraftan sebebe karşı olanlar (35).

Taraflardan birini veya diğerini sözleşme yapmaya iten hukuka aykırı sebep veya saiklerin nazara alınması zorunluğu hakkında hiç bir tartışma olmadığını hemen belirtelim.

Fakat sözleşmenin dolaysız sebebi, yani taraflarca sözleşme çerçevesine konan edimler söz konusu olunca, Planiol'un belirttiği gibi, sebep kavramı yanlış ve yararsız görülmektedir (36).

(35) Sebebe bağlılığı savunanlar : Capitant, Ripert ve Boulanger, Sebebe karşı çıkanlar : Ernst, Laurent, Planiol, De Page, Dabin.

(36) Planiol, Traité élémentaire, c. 1 No. 1057.

— Karşılıklı sözleşmelerde edimlerden birinin sebebi diğerinin konusudur ;

— Aynî sözleşmelerde, sebep, sözleşmenin bizatihi konusudur ;

— İvazsız sözleşmelerde ise iradedir.

Ne olursa olsun, sebep yüzyıllar boyunca, yalnız bir ad olarak da olsa, şekilciliğin kaybolmasıyla ortaya çıkan tehlikelere karşı bir koruyucu rolü oynayacaktır. İngiltere'de de, özellikleri, sebebin özelliklerinden tamamen farklı olan «Consideration» benzer koruyucu bir rol oynamıştır (37).

Delillerin bağlayıcılığı : Kimsenin sözleşmenin geçerliğini sebebe bağlayarak elde etmeye tecrübe etmediğini, diğerleri ispat vasıtaları alanında yapacaklardır. Rızailik ilkesinin ihtiyatsız borçluyu tanıklığın tesadüfiliğine attığını gören zamanın hukukçuları, geç bir pişmanlık duygusuyla yazılı şeklin korumasını borçluya sağlamayı zorunlu saymışlardır.

1666 Moulins emirnamesi : «Şimdiye kadar görülen tanıkların mahkeme önünde cezalandırılma olaylarının çoğalmasını önlemek ve dâvada birçok mahzurlar ortaya atması dolayısıyla, bundan böyle değer ve tutarı yüz lirayı aşan şeyler için noter ve tanıklar huzurunda sözleşme yapılacak ve söz konusu hususlar ancak bu sözleşmelerle ispat edilebileceklerdir. Sözleşmenin muhtevası ve sözleşmede belirtilen ve uyuşulanlardan başka, ispat için tanık dinlenilmeyecektir. Taraflar arasında kendi yazıları ve imzaları ile yapılan özel sözleşmeler mümkündür!» (m. 54) öngörmektedir.

Bu tedbir sonradan Louis XIV (1667) nın medenî hukuka ilişkin emirnamesiyle tekrarlanmıştır. (Bölüm 20 ; md. 2) Bilindiği gibi bu son metin aşağı yukarı aynen Code Civil'in 1341 maddesine alınmıştır.

(37) Gorla, II contratto, 1957.

(38) Pothier, Traité des obligations, c. II No. 750 ; Colin et Capitant, c. II No. 468 ; De Page, c. III No. 713.

Bu tedbirleri, İngiltere'de II Charles'in hükümdarlığı sırasında «Statute of frauds» (39) daki tedbirlerle karşılaştırmak yararsız değildir.

Bugün de bütün ülkelerde şekilciliğin çok net bir yoğunlaşması görülmektedir ; bu ister irade şekilciliği biçiminde olsun, ister yetki verme şekilciliği, ister aleniyet şekilciliği veya ispat vasıtaları şekilciliği biçiminde olsun (40).

Yetkililerin, sözleşme taraflarına, korunmaları için tanıdığı unsurlar bunlardır ve bunlar, görüldüğü gibi, rızailik ilkesine dolaylı sınırlamalar teşkil etmektedir.

SONUÇ :

İşte, genel hatları itibariyle, sözleşmenin başlangıcından günümüze kadar olan gelişme ve kuruluşu budur.

Az bir dikkatle bile, bu gelişmede, insanlığın evrimi bulunur.

Tarih öncesi insanların somutluk duygusuna, gerçekçilik cevap vermektedir ;

Antikite hukukçularının emniyet endişesine şekilcilik uymaktadır.

Modern çağların bireyselciliğine rızailik uygun düşmektedir.

Fakat tarih bize kopmanın hiçbir zaman mutlak olmadığını öğretmektedir. Tarihin çarkı geçmişin kalıntılarını yörüngesinde sürükleyerek dönmeye devam etmektedir. Öyle ki bugün bile insan hafı-

(39) 29 Car. II c. 3, 4, md. 17 : Fiyatı 10 Sterlini aşan taşınır, hayvan veya eşyalara ilişkin alım satım sözleşmeleri, ancak, alıcının bir kısmını kabul edip fiilen de teslim aldığı veya kendisinin ciddi olarak işlemi yapmak veya kısmi bir ödemede bulunmak için bir şey verdiği veya sözleşmede borçlanan tarafların veya temsilcilerinin bu işlemi yaptıklarına dair imzaladıkları bir yazılı belge tanzim edildiği hallerde geçerlidir.»

(40) J. Limpens, L'influence du Code civil au point de vue de la Technique Juridique, : La semaine internationale de droit, Paris 1950, No. 8 vd.

zasında geçmiş devirlerin izlerini taşımaktadır. (aynî sözleşmeler, törene bağlı sözleşmeler) Tarihteki bu kısa gezintinin bir sonucunun da Altamura insanı ile Apollo XII insanının kısmen de olsa aynı hukuki ilkelere bağlı olduklarını ortaya koymuş olması daha az ilginç değildir.

Daha iyi bir dâvaya yaraşır heyecanla, maalesef güçlerinin özünü binlerce yıllık geleneklerin imkânsız olan yıkılmaları yolunda harcayan kişiler için ne büyük bir alçak gönüllülük dersi.