

ROMA HUKUKU SAHASINDA BAZI YENİ GÖRÜŞLER

Prof. Dr. Türkân EADO

Bugünkü Roma hukuku araştırmalarının mevcut metinler muvacehesinde yıllardan beri yerleşmiş an'anevî görüşler bakımından fazla bir yenilik getiremeyeceği düşünülebilirse de son yılların, yerleşmiş birçok esasları ve noktai nazarıları sarsan ve hattâ yıkan bir takım yeni fikir ve nazariyeler ihtiva eden ilmi neşriyatı, böyle bir düşüncenin ne kadar hatalı olabileceğini pek bâriz şekilde açığa vurmaktadır. Nitekim, bu son yıllarda, Gaius'un Institutiones'i gibi Justinianus devrinin interpolatio'larından masun kalabilmiş bir metne dayanan mevzularda bile eskilerine tamamen zıt olan ve o nisbette de makul ve yerinde gözüken yeni noktai nazarlara şahit olmaktayız. Bunlardan biri Sabiniani ve Proculiani mektepleri arasında ihtilâf mevzuu olan trampadan ne kastedildiği meselesine, diğeri Gaius'un metninde «*inutilis*» olarak ifade edilen «*mandatum post mortem*» in hangi tarafın ölümünden sonra bahis mevzuu olan bir vekâlet olduğu meselesine ve nihayet üçüncüsü de bugüne kadar ki tefsirlerde alacaklı zararına borçluyu ibra etmiş olan fer'i alacaklıdan bahsettiği zannedilen lex Aquilia'nın ikinci faslına dair Gaius metninin yeni bir şekilde mânalandırılması meselesine dairdir. İlk bakışta çok basit ve önemsiz mevzulara dairmiş gibi gözüken bu üç noktai nazar kabul edildikleri ve yerleştikleri taktirde, şimdiye kadar yapılmış ve bu mevzularda eski görüşlere dayanan birçok neşriyatın da değerlerinden kaybedeceği veya hiç olmazsa sarsılacağı muhakkaktır.

I. — Trampa hakkında.

Roma hukukunun birçok şüpheli problemlerinde ve bilhassa alım satım bahsinde orijinal ve hatta biraz da aşırı fikirleriyle tanınmış olan Lausanne Üniversitesinin kıdemli üstadı Philippe Meylan bu defa da, klâsik devrin Sabiniani ve Proculiani mektepleri mensupları arasında trampa bahsindeki ihtilâfın mevzuu hususun-

da da yeni bir izah tarzı ortaya atarak an'anevi görüşlerden ayrılmış bulunmaktadır¹. Mamafi Meylan'dan bir hayli evvel Perozzi iki mektep arasında trampa hakkındaki fikir ihtilâfının mevzuu üzerinde ilk defa bir şüphe izhar ederek yeni bir izah tarzı teklif etmişti. Fakat Perozzi'nin ortaya attığı ve an'anevi görüşlerden ayrılan bu farklı tefsir tarzı o zaman romanist âlemde fazla bir alâka ve tepki uyandırmamıştı. Bu defa aynı fikirden hareket etmekle beraber çok daha ileri giden Ph. Meylan'ın görüşünün ise romanistler camiasında nasıl karşılandığı henüz belli olmamıştır.

Sabiniani ve Proculiani mektepleri arasında mevcut ve Gaius tarafından da zikredilen (III, 141) fikir ihtilâfının romanist ilim çevresince an'anevi izah tarzı malûmdur. Sabiniani'ler *permutatio*'yu, trampayı, yani iki şeyin mübadele edileceğine dair iki taraf arasında yapılmış anlaşmayı alım satım hükümlerine tâbi tutarlar. Şöyle ki; Sabiniani'lere göre iki şeyin trampa edileceğine dair tarafların uyuşması, rızalarının mutabakati, rizai bir akit olan alım satım hükümleri uyarınca, her iki tarafı da birbirine karşı borç altına sokar; zira Sabiniani'ler semenin paradan başka bir şey de olabileceğini kabul etmişlerdir. Proculiani'lerin ise bu fikri kabul etmedikleri malûmumuzdur.

Bu izah tarzına karşı ilk defa Perozzi bir şüphe izhar etmiş ve iki mektep arasında ihtilâf mevzuu olan trampadan anlaşılması lâzım gelenin sadece iki malın mübadele edileceğine dair anlaşma olmayıp, taraflardan biri tarafından yerine getirilmiş bir trampa (*do ut des* tipi) olması lâzım geldiği fikrini ileri sürmüştür². Böylece ihtilâfın mevzuu tarafların birince yerine getirilmiş trampanın alım satım hükümlerine tâbi olup olmayacağı meselesi idi. Meylan ise, Perozzi'nin bu fikrini işlemek suretiyle daha da ileri götürerek, iki mektep arasındaki fikir ihtilâfının ne trampa anlaşmasını ne de bir tarafça yerine getirilmiş trampayı istihdaf etmeyip her iki tarafça yerine getirilmiş yani ifa edilmiş bir trampanın alım satım hükümlerine tâbi olup olmayacağı meselesine dair olduğunu ileri sürüyor. İlk bakışta belki de çok aşırı gözükken bu neticeye şöyle bir muhakeme yolu ile varıyor :

1) *Philippe Meylan*, *Permutatio rerum*, *Ius et lex*, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel 1959, s. 45 - 63.

2) *Perozzi*, *Istituzioni*, II (1928), s. 359.

Gaius'un III, 141 metninden hareket eden Meylan, ilk cümle hususunda Verona metninin sıhhatinden şüphe ettiğini ifade ederek aslı metnin muhtemelen şu şekilde olduğunu düşünüyor :

«Item pretium in numerata pecunia consistere debet. <atquin permutatis> rebus an <altera res> veluti homo aut toga aut fundus alterius rei <pretium esse possit>, valde quaeritur ...»

Mamafi bunun üzerinde de fazla ısrar etmiyerek, Gaius'un metninde hakikiliği kabul edilmiş kelimeleri ele alarak «*per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi*» ile «*permutatio rebus*» ifadelerinin şeylerin trampa edileceğine dair anlaşma mânasına gelip gelmiyeceği münakaşa götüreceğinden, bir tarafa bırakıyor fakat «*data (res) esse*» ve «*datam (rem) esse*» nin ancak yerine getirilmiş bir ödem için kullanılabileceğini ve *venisse*'nin de ancak verilmiş olan şeyleri ifade edebileceğini söylüyor. Fikrini takviye için de Sabiniani'lerin İlyadadan aldıkları misali izah ediyor : Ajax ile Hector arasındaki çetin mücadeleden dönen yorgun Akyalı muharipler hararetlerini o akşam adalardan getirilmiş şaraplarla gideriyorlar ve buna mukabil de ellerinde ne varsa — kimi tunç, kimi parlak demir, kimi hayvan postu — veriyorlar. Sabiniani'lere göre bu ancak bir alım satımdır ve alım satımın da en eski şeklidir. Proculiani'lere göre ise bu durum ancak bir trampa olabilir fakat alım satım değildir.

Müellif kanaatini takviye için daha da ileri giderek Gaius'un metnini alım satım ve locatio conductio bakımından mukayese ediyor ve bu iki müessese arasındaki fikir muvaziliğini açığa vuruyor : Gaius nasıl alım satım için semenin *certum* olması lâzım geldiğini (III, 140) söylemişse locatio conductio için de aynı şekilde *merces certa*'dan bahsetmiştir (III, 142 ve 143); keza yine nasıl ki alım satım bahsinde trampanın alım satım olup olmadığı ihtilâfı üzerinde durmuşsa (III, 141), iki şeyin kullanılmasının mübadele edilmesinin bir locatio conductio sayılıp sayılmıyacağını da münakaşalı olduğuna temas etmiştir (III, 144) :

«Item si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur an locatio et conductio contrahatur...»

Burada da, diyor Meylan, iki şeyin kullanılmak üzere verileceğine dair anlaşmanın bir locatio conductio teşkil edip etmiyeceği meselesi bahis mevzuu değildir bilâkis sorulan sual şudur : iki şey karşılıklı verilmişse, biri benim kullanmam diğeri de bilmukabele sizin kullanmanız için, ortada bir locatio conductio var mıdır? Gaius'un alım satımla locatio conductio ve bunların karşılığı olan semenle kira ücreti arasında yaptığı mukayese, Proculiani'lerle Sabiniani'ler arasındaki ihtilâfın iki şeyin derhal trampa edilmiş olması ihtimali üzerinde cereyan ettiği fikrini teyid etmektedir. Esasen Justinianus da bu çift ihtilâfı birleştirerek bir hal çaresine bağlamıştır (Inst. 3, 24, 2) :

«Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatio rebus emptio et venditio contrahitur, ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. Et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus...»

Demek oluyor ki ihtilâf ne iki şeyin karşılıklı verileceğine dair trampa anlaşmasının alım satım mı sayılacağı ne de iki şeyin karşılıklı kullanılmasının temin edileceğine dair anlaşmanın locatio conductio mu sayılacağı meselesine dair olmadığı gibi bahsi geçen hallerde taraflardan birinin ödemeni yerine getirmesi halinde bir alım satımın mı yoksa bir locatio conductio'nun bahis mevzuu olacağı ihtilâfı da değildir. Taraflardan birinin ödemeni ifası hali için klâsik hukukçular *do ut des* formülünü bilmiş olsalardı zaten ona iltihak ederlerdi; mesele iki şeyin trampa maksadiyle veya kullanılmak üzere verilmiş olmasıdır.

Meylan, Gaius'dan sonra Digesta'daki metinlerin tahliline geçiyor ve ilk olarak Paulus'un alım satımın menşesine dair D. 18, 1, 1, 1 metnini ele alarak bu metni Digesta'nın trampaya dair «De rerum permutatione» başlıklı faslının baş kısmında bulunan ve Paulus'un muhtemelen yine aynı eserinden alınmış başka bir metni ile mukayese ediyor (D. 19, 4, 1, pr, Paul. libr. 32. ad edict.) ve bu mukayese ve inceleme neticesinde sonuncu metnin büyük bir kısmının [*multumque differunt praestationes, quoniam non potest inveniri*] interpolate olduğu neticesine vararak metni bu interpolatio'lardan temizleyerek her iki tarafça yerine getirilmiş bir trampa manası çıkacak şekle sokuyor ve aynı izah tarzının D. 19, 4, 1 metninin müteakip paragrafları için de varit olacağını kabul ediyor. Fil-

hakika, yerine getirilmiş olan trampanın kendine göre bazı müeyyideleri vardır :

D. 19, 4, 1, 1 Paulus

«Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur in factum dandam actionem respondetur.»

Proculiani'ler ifa edilmiş bir trampada ödemlerden birinin zaptı halinde bir *actio in factum* tanıdıkları halde Sabiniani'ler aynı durum için bir *condictio* (D. 19, 4, 1, 3) imkânını kabul ediyorlar. Meylan birinci metindeki «*acceperim*» ve «*dederim*» in fiilen alınmış ve verilmiş şeyleri ifade ettiğini, bir anlaşmanın bahis mevzuu olamayacağını, zaten metnin başındaki «*unde*» nin de geçmiş bir durumu ifade için kullanılabileceğini söyleyerek bahsi geçen metnin ancak derhal, peşin olarak yapılmış bir trampa fikri ile kabili izah olduğu neticesine varıyor; esasen kendi borcunu yerine getirmemiş olan tarafın *actio in factum*'dan istifade ettirilmesi de düşünülmez; Paulus'un ifadesine göre Proculiani'ler zarar gören taraflardan her birine bu *actio in factum*'u (*decretalis*) verdikleri halde Sabiniani'ler muhtemelen trampacılar arasında ancak «*pretio nomine*» başkasına ait bir şeyi almış olan tarafa bir *condictio* tanıyorlardı; hatta Pedius'un ifade ettiğine göre zapt dâvası açılmadan dahi bu *condictio*'yu kullanmak imkânı vardı (D. 19, 4, 1, 3 : «*Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*»). Trampa edilen mallarda maddî ayıp bulunması halinde ise *actio redhibitoria*'yı her iki mektep de trampacılar arasında tanımakta idi.

Müellif bundan sonra trampa ile alım satım tefrikine dair III. asrın ortalarından itibaren neşredilmiş imparator emnamelerinin tetkikine geçiyor : Gordianus'un 238 tarihli rescriptum'u (C. 4, 64, 1 Gord.) ile yarım asır kadar sonra Diocletianus tarafından neşredilmiş müteaddit rescriptum'larda kendi tezini takviye eder delilleri buluyor (C. 8, 44 (45), 29; C. 4, 64, 2-3-4-5-7). Bu devrin metinlerinde ilk defa olarak trampa (*permutatio*) — yerine getirilmiş trampa — ile trampanın yapılacağına dair, hiç bir hukuki netice meydana getirmeyen ve metinlerde *placitum permutationis* denilen anlaşma arasında açıkça bir tefrik yapıldığını görüyoruz. Nitekim bu husus Diocletianus tarafından sarahaten ifade edilmiştir :

C. 4, 64, 3 Diocl.

«Ex placito permutationis re nulla secuta constant nemini actionem competere, nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.»

Böyle bir anlaşmanın borç doğurması ancak *stipulatio* ile yapılmış olmasına bağlıdır. Fakat bu nevi bir trampa anlaşmasını taraflardan biri yerine getirirse bu takdirde bir *datio ob rem* bahis mevzuu olur ki buna da Diocletianus bir tek müeyyide tanıyor, o da *condictio*'dur (C. 4, 64, 5 : ... *condictionis ratione datum restituere* ...). Keza C. 4, 64, 7 metninde de trampa anlaşmasının (*placitum permutationis*) bir alım satım olmadığı ve bu sebeple ödemin bir dâva ile takip edilemeyeceği ve eğer ortada yapılmış bir *stipulatio* yoksa ödemin yerine getirmiş olan tarafın ancak *datio ob rem* sebebiyle bir *condictio* (*causa data causa non secuta*) açabileceği beyan edilmektedir. Bu da gösteriyor ki Diocletianus mevzuatında *permutatio* denildiği zaman klâsik manada trampa yani iki şeyin yapılmış mübadelesi anlaşılmaktadır; eğer ortada bir yenilik varsa o da ifa edilmiş trampanın müeyyide bakımından alım satıma muadil sayılmasıdır. «*Placitum permutationis*» denilen trampa anlaşmasına gelince; Diocletianus buna hiç bir netice tanımamakta ısrar ediyor : taraflardan biri ödemin ifa ederse diğer tarafa karşı ancak bir *condictio* açabilir, ortada henüz bir trampa yoktur sadece bir *ob rem datum* durumu vardır.

Justinianus ise, muhtemelen Bizans devrinin hukuk mekteplerinin eseri olan tefrikten istifade ederek *do ut des* muameleyi borçlandırıcı bir muamele olarak kabul etmiş ve borcunu ifa eden tarafa, malûm olduğu üzere iki dâva tanımıştır : *Actio praescriptis verbis* ve *condictio causa data causa non secuta*. Fakat, diyor Meylan, Corpus Iuris'de bu yeni tip *permutatio* eski *permutatio*'yu tam mânâsıyla hukuken ortadan kaldıramamıştır. Digesta'daki «*De rerum permutatione*» faslı ile Codex'deki «*De rerum permutatione et de praescriptis verbis actione*» başlıklı fasıllar ancak bu husus göz önünde tutulunca kabili izahtır. Digesta'nın 19, 4 faslında Justinianus kompilatörleri, her iki tarafça ifa edilmiş trampaya dair metinleri asli şekillerinde toplarken (D. 19, 4, 1, 1-2) bunlar arasına yeni *permutatio* telâkkisini de sokuşturmaya çalışmışlardır (D. 19, 4, 1, pr. ve 3).

Justinianus'un Codex'i ise (C. 4, 64) *placitum permutationis*'in netice doğurmadığına dair eski fikri muhafaza etmekle beraber (C. 4, 64, 3), birbirleriyle pek ahenk teşkil etmeyen, bazıları klâsik tip trampaya dair (C. 4, 64, 1 ve 2) diğer bazıları ise sadece *condictio* ile müeyyidelenmiş ve *ob rem datio*'ya dair (C. 4, 64, 4-5-7) olan *rescriptum*'ları bir araya getiriyor ve hepsine birden bir de *actio praescriptis verbis* tanıyor ki bu dâva, ya mukabil tarafın ödemin

veyahut da zapt halinde zararın tazminini istemeğe yaramaktadır. Kompilatörler, *condictio* açmak imkânına sahip bir kimseye bu dâvayı da tanımakla metinler arasındaki tezatları mümkün olduğu kadar örtmeğe çalışmışlardır.

II. — Gai. III, 158 deki «*mandatum post mortem*» hakkında.

Hukuk tarihçisi ve romanist âlim Taubenschlag'ın hâtırasına tahsis edilmiş olan armağanda³ J. C. van Oven, Gaius'un *Institutiones*'inin III, 158 paragrafında hükümsüzlüğünden (*inutilis*) bahsettiği vekâletin, şimdiye kadar umumiyetle romanist ilim tarafından tefsir ve iddia edildiği gibi⁴ vekilin ölümü halinde bahis mevzuu olan bir vekâlet (*mandatum post mortem eius cui mandatum est*) olmayıp, bilâkis vekâlet verenin ölümü halinde bahis mevzuu olan bir vekâlet (*mandatum post mortem mandantis*) olduğu tezini ileri sürüyor.

Gaius'un metnine bu manayı vermek fikri daha evvelden başka romanistlerin aklına gelmiş ise de kimse bu tezi van Oven kadar kat'iyetle izah ve müdafaa etmiş değildi. Bu kadar iddialı bir görüşün bir takım tepkiler yaratması da mukadderdi: Filhakika «*Iura*» mecmuasında Sanfilippo ile (*Iura*, 1959, X, s. 113 - 114) van Oven arasında açılan münakaşa (*Iura*, XI, s. 183 - 184) henüz kapanmış değildir; zira bu mevzuda Arangio Ruiz ve Rabie gibi kat'i kanaatlerini beyan etmiş daha başka âlimler de vardır.

Van Oven, yazısında Glück'den başlayarak, Gaius'un bahsi geçen paragrafı üzerinde beyan edilmiş çeşitli fikir ve mütalâaları, kısaca da olsa, teker teker gözden geçiriyor: Bütün problem esasında Gaius'un Verona metninin hakikiliği ve bahsi geçen cümledeki eksik tarafların nasıl tamamlanması gerektiği meselesine dayanmaktadır. Glück meseleyi ele aldığı zaman Verona metni henüz bulunmuş değildi. Buna rağmen Glück, kendisinden evvel gelmiş bazı müelliflere de dayanarak, böyle bir vekâletin gerek klâsik hukukta gerek Justinianus hukukunda sıhhat arzettiği kanaatini beyan et-

3) *Symbolae* Taubenschlag, EOS, volumen XLVIII, 1956 Varsovie, s. 529 - 540.

4) Son yıllarda *Sanfilippo*, Studi in onore di Solazzi (Napoli 1948, s. 554 - 567) de neşrettiği bir yazısında bu metnin «*mandatum post mortem mandantii*» yi alâkadar ettiği kanaatindedir; «*mandatum post mortem mandatoris*» in ise muteber olduğunu sarahaten söylemektedir, s. 567.

miştir. Bu müellifler arasında yalnız Gerhardt Noodt⁵ böyle bir vekâletten bir *actio mandati*'nin doğamayacağını beyan etmekle van Oven'in müdafaa ettiği fikrin öncüsü olmuştur. Institutiones'in Verona nüshasının keşfinden sonra «*mandatum post mortem mandantis*» meselesini ilk defa olarak 1821 de Zimmern ortaya atmış ve böyle bir vekâletin bâtil olduğu fikrini müdafaa etmiş ise de, tezini takviye maksadiyle ileri sürdüğü metin şekli tatminkâr değildir :

«Item si quis post mortem meam (aliquid mihi) faciendum mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse.»

Bilâkis bu metne göre (*mandatum post mortem eius cui mandatum est*) vekilin ölümünden sonra yerine getirilmek üzere verilmiş vekâletin hükümsüz olması gerekir. 1856 da ise Dietzel de *mandatum post mortem mandantis*'in hükümsüzlüğünü ileri sürüyor ve Gaius'un bahsi geçen paragrafını tamamlamak için daha makul bir teklifte bulunuyor :

«Item si quid post mortem meam faciendum mandetur, inutile mandatum est, ...»

Bonfante ise 1903 de *mandatum post mortem mandantis*'in hükümsüzlüğünü kabul etmekle beraber Gaius'un metni üzerinde fikir yürütmekten çekiniyor. 1912 de Lothmar Verona metnini olduğu gibi muhafaza ediyor (*item si quis post mortem meam faciendum mandet ...*), fakat bundan vekilin ölümünden sonra yerine getirilecek vekâletin hükümsüz olduğu manasını çıkardığı halde vekâlet verenin ölümünü öngören vekâleti, «*mandatum post mortem mandantis*» i muteber sayıyor. Kniep de 1917 de Lothmar'ın fikrine iştirak ediyor. Nihayet 1947 de Di Marzo aynı problem üzerine eğiliyor ve Institutiones'in Kübler tarafından hazırlanmış baskısını esas kabul ederek metindeki hükümsüzlüğün açıkça vekilin ölümünden sonraki vekâlet için bahis mevzuu olduğu neticesine varıyor :

«Item si quis quid post mortem meam faciendum mihi mandet ...»

Filhakika, eskiden teklif edilmiş fakat sonradan kaldırılmış olan «*mihi*» Huschke'nin müdahalesiyle tekrar metne sokulmuştur.

5) Gerhardt Noodt, Observationum 2, s. 1 - 3.

Bu suretle metinden bir neticeye varmak imkânını bulamıyan Di Marzo Gaius'un *mandatum post mortem mandantis*'den bahsetmiş olmasını III, 160 da verdiği «*mandatum morte solvitur*» kaidesine bağlıyor.

Arangio Ruiz ise, *mandatum*'a dair eserinde ⁶, *mandatum post mortis mandantis*'in hükümsüzlüğünü kabul etmekle beraber, *quid* ve *mihi* kelimelerini de metinde muhafaza ederek, metnin asli şekli hususunda şöyle bir teklif ileri sürmektedir :

«*si quis quid post mortem suam vel post mortem meam faciendum mihi mandat ...*»

Aynı metin tadilatı ile «*mandatum post mortem mandantis*» in hükümsüzlüğünü 1952 de Rouxel de kabul etmiştir. Bilâkis Sanfilippo, 1948 de *mandatum post mortem mandantis*'in sıhhatini, Gaius'un Krüger metnini de nazarı itibare almak suretiyle, gayet şiddetle müdafaa etmiştir ⁷ (*item si quid post mortem meam faciendum (mihi) mandat ...*). Rabie'ye gelince, 1955 de neşrettiği post mortem muamelelere dair kitabında ⁸ bahis mevzuu vekâletin sıhhatini müdafaa etmekle beraber, Krüger metninin asli metin olabileceği ihtimali üzerinde şüphe izhar etmiştir. Nihayet, Kübler metni üzerinden Gaius tercümesini hazırlayan Zulueta ise, metni olduğu gibi tercüme etmekle beraber, *mihi* üzerindeki şüphesini not olarak ifade etmekten geri kalmamıştır.

Hülâsasını çok kısa olarak yukarıda verdiğimiz fikirlere temas ettikten sonra van Oven, romanist âlimlerin ne için Verona metnini değiştirmekte ısrar ettiklerini anlamadığını söyledikten sonra bilâkis metnin olduğu gibi muhafaza edilerek bir kere de yüksek sesle okunmasını teklif ediyor : çünkü Gaius'un metni netice itibarıyla bir ders notudur ve bütün manası yüksek sesle okunduğu ve izah edildiği zaman meydana çıkar :

«*Item si quis pos(t) mortem meam faciendum mandat, inutile mandatum est, qui generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.*»

6) *Arangio Ruiz*, Il mandato in diritto romano, Napoli 1949, s. 142 ve m.

7) *Studi Solazzi*, 1948, s. 554 ve m. .

8) *H. A. Rabie*, L'acte post mortem en droit romain : validité et fonction, 1955.

Eksik olan (t) harfinden başka, kanaatince, metnin sıhhati hakkında söylenecek bir şey yoktur. Yüksek sesle ve bir hoca edasıyla okunduğu takdirde metin çok daha vazıhtır. «*Post mortem meam faciendum*» kısmı tırnak içine alındığı veya büyük harfle yazıldığı takdirde hakiki manası kendiliğinden ortaya çıkar: «Benim ölümden sonra şu işi yapmanız için vekâlet veriyorum» denirse bu vekâlet hükümsüzdür; zira borç münasebeti mirasçılarının şahsında başlayamaz; mirasçılarının bir *actio mandati*'si yoktur. Gaius'un söylemek istediği de budur⁹.

Böylece van Oven bu metin ile *stipulatio post mortem*'den bahseden III, 100 metni arasında gayet kolayca bir paralel kurarak iddiasında haklı gözüküyor. Bilâhare kendi tezini zayıflatacak gibi gözükken bazı fikir ve kanaatlere ve bilhassa Di Marzo, Solazzi, Arangio Ruiz ve Sanfilippo'nun fikir ve kanaatlerine cevap verdikten sonra Digesta'daki metinlerin durumuna temas ederek «*ab heredis persona*» kaidesinin Justinianus tarafından kaldırılması üzerine bu mevzua dair metinlerin interpolatio'ya uğramış olmalarının kuvvetle muhtemel olduğunu, zaten sayıları beş olan bu metinlerden üçünün Gaius'a ait olduğunu ve bunların da Gaius tarafından Digesta'daki şekillerinde yazılmış olsalar bile III, 158 metni ile bariz tezat halinde olmadıkları, romanistleri çok meşgul etmiş olan D. 46, 3, 108 metninin ise Paulus'un «*mandatum post mortem mandatis*» in sıhhatini kabul ettiğini asla isbat edemeyeceği neticesine varıyor: Madem ki ortada el yazması bir metin vardır, Verona metni, bunu esasen tadile uğramış Digesta metinlerine uydurmak için tasahih edeceğimiz yerde, olduğu gibi muhafaza ederek bilâkis Digesta'daki tadilâtı bundan öğrenmeğe çalışmak muhakkak ki en doğru yol olacaktır.

III. — Lex Aquilia'nın ikinci faslı mevzuunda Gai. III, 215'in yeni bir tefsiri.

Société des Droits de l'Antiquité'nin 1957 de Oxford'da yapılan toplantısında Paris Hukuk Fakültesinin emekli üstadı H. Levy-Bruhl, Gaius'un III, 215 metninin yeni ve çok tatminkâr bir izah ve

9) Van Oven 'Iura'da Sanfilippo ile münakaşasından sonra fikrinde ısrar ediyor ve olsa olsa tırnak içine alınacak kısmın şöyle daraltılabileceğini söylüyor: «POST MORTEM MEAM» faciendum mandet... (Iura, XI 1960, s. 183 - 184).

tefsirini yapmıştı. Adı geçen teşekküle bağlı dergide¹⁰ ertesi yıl bir etüd halinde neşredilen bu tebliğde Levy-Bruhl, bugüne kadar kabul edile gelmiş an'anevi tefsirlerden ayrılarak mevzua tamamen yeni bir yönden ışık tutmaktadır :

Gaius, Institutiones'inde lex Aquilia'nın birinci faslından bahsedip (210 - 214) ve onun devamı olan üçüncü faslı izahına geçmeden evvel bahsi geçen kanunun mevzu itibarıyla biraz farklı olan ikinci faslı şöyle izah eder :

III, 215 «Capite secundo adversus adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit quanti ea res est tanti actio constituitur. 216. Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est : sed id caveri non fuit necessarium cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod lege adversus infitiantem in duplum agitur».

Levy-Bruhl Gaius'un bu metninin, bugüne kadar zannedildiği gibi, esas alacaklının zararına borçluyu ibra eden adstipulator'dan değil de, borçlunun yaptığı ödemeyi kabul edip (*acceptam fecerit*) de aldığını esas alacaklıya devretmekten imtina eden adstipulator'dan bahsettiği fikrindedir ve bu görüşünü de takviye edecek kuvvette deliller bulmaktadır. Şimdiye kadar bahsi geçen metnin yapılmış tercüme ve tefsirleri kimseyi lâyıkiyle tatmin etmediğinden Levy-Bruhl'ün bu nokta nazarının, neşredildikten sonra da tıpkı Oxford kongresindeki şifahi tebliği gibi, romanist âlemde ancak hörmetskâr bir tasviple karşılanacağından şüphe etmiyoruz; esasen neşredildiği tarihten beri de herhangi bir tenkit sesi yükselmediğine göre, *adstipulator'un* mes'uliyetinin sebebini izah eden bu tefsir şekli umumen benimsenmiş addolunabilir.

Bu kadar basit bir neticeye neden şimdiye kadar varılamamış olunması şöyle izah edilebilir : Bugüne kadar bütün an'anevi tefsir ve izahlar *acceptum facere*'nin klâsik hukuk dilinde ifade ettiği maddadan hareket edilmek suretiyle yapılmıştır. Bu sebeple metnin izahında şöyle bir durum tasavvur ediliyordu : Stipulatio yapılırken esas alacaklının yanında fer'i alacaklı olarak üçüncü bir şahıs da bu stipulatio'ya iştirak etmiştir; lex Aquilia'nın ikinci faslı da

10) Revue Internationale des Droits de l'Antiquité, 3. série, Tome V, Bruxelles, 1958, s. 507 - 517.

adstipulator denilen bu fer'i alacaklıyı cezalandırmaktadır. Cezayı mucip fiile gelince, Gaius bunu «*pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit*» şeklinde ifade ediyor. Zamanımıza kadar bundan anlaşılan mana, *adstipulator*'un esas alacaklının zararına olarak borçluyu ibra etmesi idi. Filhakika, klâsik hukuk devrinde *acceptatio*, borçtan kurtarma yani ibra muamelesidir.

Levy-Bruhl ise «*acceptam fecerit*» e verilecek mananın klâsik devirde kullanılan mecazi ibra manası olmayıp, kelimelerin kanunun yapıldığı tarihte ifade ettikleri hakiki mana olması lâzım geldiği kanaatindedir : «*acceptum facere*» herşeyden evvel almak, kabul etmek manasına gelir. Metinde de bahis mevzuu olan durum *adstipulator*'un, borçlunun yaptığı ödemeyi, verdiği parayı, hakiki manada, alması, kabul etmesidir. Bunun böyle olması da zaten lâzımdır, bir şey elde etmeden borçluyu ibra etmekte *adstipulator*'un hiç bir menfaati yoktur; halbuki parayı almakla o paraya sahip olacaktır; üstelik almak hususunda da hukuken hak sahibidir ve borçlu da ödemeyi ona yapmakla borcundan kurtulmaktadır. Diğer taraftan *lex Aquilia*'nın yapıldığı tarihlerde esas alacaklının *adstipulator*'a karşı bir *actio mandati* açmak imkânı da yoktur çünkü *mandatum* müessesesi henüz ortaya çıkmış değildir. Esas alacaklı *adstipulator*'a karşı *furtum*'a dayanarak da bir dava açamaz çünkü *adstipulator* kendisine taahhüt edilmiş bir borcu aldığından *furtum* da bahis mevzuu olamaz. Vekâletin henüz yerleşmediği ve fiilin hırsızlık sayılmasına imkân olmadığı bu devirde ifa edilen borcu esas alacaklıya devretmekten imtina eden *adstipulator*'u cezalandırmak için kanun vazınının müdahale edip hususi bir müeyyide sevketmesinden başka çare yoktu.

Böyle bir kanuni müeyyidenin neden daha evvel düşünülmemiş olduğu meselesine gelince; herşeyden evvel *adstipulatio* müessesesinin çok eski devirlere kadar çıktığını muhakkak saymamak lâzımdır. Diğer taraftan eski devirlerde *adstipulator*, umumiyetle esas alacaklıya tâbi bir kimse olduğundan, ona karşı gelmesi pek tasavvur edilemezdi; halbuki bu nevi tâbiyet bağları daha sonraları sosyal münasebetlerin gevşemesiyle hafifleyince ve Roma cemiyeti de kalabalıklaşınca, bu gibi densizlikleri irtikâp edecek tıynette kimseler ortaya çıktı ve bu yüzden de eski devirlerde lüzumsuz olan bir müeyyide artık zaruri görüldü.

Metnin bugüne kadar yanlış anlaşılmasının sebebi *acceptum facere* kelimelerine verilen ibra manasından ileri gelmektedir. Hakiki, fiili ödemeyi almadan ödemi almış gibi borçluyu borçtan kur-

tarmak, ibra etmek, bu kelimelere sonradan verilmiş yeni manadır. Filhakika, iptidai devirlerde ve hatta lex Aquilia'nın yapıldığı tarihlerde ise durum farklıdır : eski devirlerde bir borçlunun borcundan kurtulması için ödemin sadece fiilen, maddeten ifası kâfi değildir, aynı zamanda borcu tesise yarayan muamelenin aksi olan borçtan kurtarma muamelesinin yapılması lâzımdır. Zamanla borçlunun borcundan kurtarılması sadece ödemin ifasıyla mümkün olmaya başlayınca, eskiden ifa muamelesinin yanında cereyan eden şekiller lüzumsuz kaldı ve bu sembolik muameleler, hakikat halde borçtan affedilen, yani ibra edilen borçlu için kullanıldı. Ancak M. Ö. birinci asırdadır ki şekilsiz ödeme borçluyu borcundan kurtarabiliyordu. Dolayısıyla o tarihlerden itibaren de «*acceptum facere*» borçtan ibra manasını kazandı. Bu sebeple ne *stipulatio Aquiliana*'da ne de aynı ismi taşıyan *lex Aquilia*'da bir borçtan ibra bahis mevzuudur; her ikisinde de hakiki manada bir ödemededen bahsedilmektedir. Eskiden hakiki bir ödemeyi ifade eden *acceptilatio* muamelesi sonradan fiktif ödemeler için kullanılmıştır.

Bu suretle lex Aquilia'da bahis mevzuu olan suçun esas alacaklıyı zarara sokmak için yapılmış karşılıksız bir ibra olmasına imkân yoktur. Adstipulator'un maddi bir menfaati bahis mevzuu olmadıkça kendisini alacaklıya karşı tehlikeye sokmasına da sebep yoktur. Ancak ödeneni alıp muhafaza ederse bir menfaat elde eder: İşte kanunun cezalandırmak istediği fiil de budur. Hal sureti bu kadar basit olduğuna göre, şimdiye kadar bu ihtimal üzerinde durulmamış olunmasının sebebi «*acceptum facere*» ye klâsik devirde verilmiş olan mecazi mananın göz önünde tutulmuş olması ve kelimelerin mana değiştirmiş olmalarının, daha doğrusu bidayette lugavi manalarını ifade etmiş olmaları ihtimalinin hatıra gelmiş olmamasıyla izah edilebilir.

Prof. Dr. Türkân RADO