

ALIM SATIMDAN DÖNMEYİ SAĞLAYAN TEDBİRLER

Yazan: J.A.C. THOMAS (Londra) (*)

Çev. : Asis. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ

Alelâde bir alım satım akdini tavsif edebilen çeşitli kayıtlardan özellikle üç tanesi - *in diem addictio*, *lex commissoria*, *actum displicentiae* - göze çarpar; böyle olması da makûldür. Sadece ait olduğu akdin normal neticesinin doğacağı faraziyesi için önemi olan *pac-tum de retroemendo* ve diğerlerine benzemeyen bu üçü, alım satımın tam anlamıyla bütün tesirliliğini bazı daha yeni hadiselere bağlamaktadır; satıcı tesbit edilmiş bir süre içinde daha iyi bir teklifi kabul etmemelidir, *in diem addictio*; semen belli bir zaman içinde tamamen ödenmiş olmalıdır, *lex commissoria*; alıcı belli bir kullanma ve deneme süresinden sonra maldan memnun olmalıdır, *pac-tum displicentiae*.

Bu kayıtlar (özellikle ilk ikisi) doktrinin dikkatinden katiyen kaçmamış, hem birlikte hem de münferiden incelenmiştir (1). Ro-

(*) Bu makale Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis cilt 78 de yayımlanmıştır.

(1) Bu asrın ilgili bibliyografyası, Senn, 37 NRH 275 ff; C. Longo, 31 BIDR 40 ff; Wieacker, Lex Commissoria; Sieg, Quellenkritische Studien zur Bessergebotsklausel; Beseler, 43 ZSS 4 ff; Frezza, 8 RISG 412 ff; Archi, Il Transferimento della Proprietà, 115 ff ve St. Ratti, 325 ff; Levy, Symbolae Lenel (Bundan sonra, Gesammelte Schriften II, 169 ff; D'Ors, AHDE 193 ff; Biscardi, 60 Studi Senesi 611 ff ve St. Betti, II, 575 ff; De Fontette, St. De Francisci III, 541 ff. Ayrıca bkz, De Zulueta, Roman Law of Sale, 55; Arangio-Ruiz, La compravendita in Diritto Romano, 339 ff; Thielmann, Die römische Privatauktion, 14 ff; ve Viard, Les Pactes Adjoints aux Contracts, 60 ff.

manist çalışmaların bu ilerlemiş safhasında tamamen yeni bir şey yazmayı ümit etmek iyimser olmaktan ziyade haddini bilmemek olur. Bununla beraber, bu literatürün büyük bir kısmının, interpolatio araştırmalarının henüz çok cazip (2) olduğu II. Dünya Harbinden önceki devreye (3) ait olduğu gözden kaçırılmayacak olursa, bu kayıtların bazı yönlerine açıkca muhafazakâr bir gözle tekrar bakmak faydadan uzak olmayacaktır.

In diem addictio bir çok bakımdan hepsinin en ilgi çekenidir (4). Bu, diğerlerinden, tarafların mevcut akdi ifayla bağlı oldukları sırada, alım satımın yeni bir akitle değiştirilmesinin mümkün olmasıyla, ayrılır. Göreceğimiz gibi, bunun, hiç olmazsa eski hukukta, kaynaklarda özel bir muameleye tabi tutulmuş olduğuna emare vardır. Bu sebeble, bu kayıtların üçünü birlikte incelemenin doğru olmadığını ileri süren müellifler olmuştur (5). Ancak *in diem addictio* bu yazının temel konusu olmakla beraber, bunun gelişiminin incelenmesi diğer mutad kayıtların birlikte mütalaasının yardımıyla olabilir.

I

Genellikle üçü de, *pacta* olarak alım satımlara munzam olarak bağlanırlar. Julianus'tan önce, şüphesiz *in diem addictio*'nun *lex commissoria* ve *pactum displicentiae*'den oldukça farklı olarak anlaşıldığı hususunda delil eksik değildir.

Lex commissoria'nın daima akde bağlanmış bir vade olarak kabul edilmiş olduğu görünmektedir. Bizim en eski delilimiz (6) belki de :

(2) 1940'dan beri D'Ors, De Zulueta ve Arangio-Ruiz'in eserleri dışında De Fontette'nin bir araştırması (ki, her yanıla *in diem addictio* hakkında bir inceleme olmaktan ziyade bir toplu bakıştır. Biscardi'nin St. Betti'deki araştırması mevcuttur.

(3) Henle'nin, cit, metinlere karşı gösterdiği anlaşılmasız tutuma rağmen.

(4) Yukarda n. 1'de zikredilen bibliyografyadan bunun en büyük ilgiyi topladığı anlaşılmaktadır.

(5) Meselâ, D'Ors, op. cit., 208/9; De Fontette, 541, n. 2 benzer bir usul takip etmiştir.

(6) Burada Cumhuriyet devrine ait kaynaklar mevcut değildir: Karşılaştırınız, Watson Law of Obligations in the Later Roman Republic, 97; Archl, Transferimento, cit, 119, Sabinus'un *lex commissoria* ile ilgili ilk otorite olduğunu söylemektedir.

D. 19, 1, 51, 1 (Labeo, 5 Post. a. Iav. Epit.) :

Quod si fundum emisti ea lege uti des pecuniam kalendis Iuliis ... deinde per te staret quo minus solveres, uti posse adversuste lege sua venditorem dixi.. (7). Bundan sonra örnekler, hem ilmi içtihat- larda - *Sabinus, si sic empta sit, ut..* (D. 41, 4, 2, 3, Paulus 54 ad E.); *Lege fundo vendito dicta ut...* (D 18, 3, 5 Neratius 5 Membr);... *convenit ut, nisi...* (D. 44, 3, 6, 1, Africanus, 9 Quaest.) (8) — hem de imparator emirnamelerinde örnek devamlılık arzeder — *Si ea lege ... ut ...* (C. 4, 54, 1) ve *Qui ea lege ... vendidit ut ...* (C. 4, 54, 3); alıcının malı denemesi hususu, benzer bir tarzda, fer'i bir an- laşma olarak, daha Alfenus'a ait bir metinde yer alır — *Quidam boves vendidit ea lege uti daret experiundos* — (9) ve bundan son- ra örnek yine devamlılık gösterir (10).

In diem addictio halinde ise, metinlerin genel temayülü, *in diem addictio*'dan basit tarzda bahsetmektir, *Quotiens fundus in diem addictus, si res in diem addicta* (11) vs. Mutad şekil bu olma- sına — hatta Hermogenianus'ta (12) bile — rağmen Julianus'tan itibaren, *si ex duobus servis viginti venditis et in diem addictis* (13), zaman zaman *in diem addictio*'yu alım satıma bağlanmış olarak gösteren daha yeni ifade tarzları ortaya çıkmıştır: Ulpianus'un nak- lettigine göre, *Sed et Marcellus ... pure vendito et in diem addicto* (14) ve yine bizzat kendisi, *Si quis hac lege emerit ut...* (15) ve *Sir distracta fuerit sic, nisi...* (16).

Özellikle dikkati çeken bu vakıanın bir izahı, herhalde başlan- gıçta, bunun akitten kurtulmak için bir kayıt olmaktan ziyade alım

(7) Bu gerçekten özel bir dies kaydı olabilir, ancak *lex venditoris*'e yapılan atıf akla *lex commissoria*'yı getirmektedir.

(8) Ayrıca bakınız, D. 18, 1, 6, 1; D. 18, 3, 1; D. 18, 5, 10; D. 20, 1, 31; D. 18, 3, 4 pr.; D. 4, 4, 38.

(9) D. 9, 2, 52, 3.

(10) Karşılaştırınız, D. 19, 5, 20 pr., 1 (Ulpianus Labeo ve Mela'yı zikretmektedir) - Michel, *Gratuité en Droit Romain*, 39, bu halleri *pactum displicentiae* ile yapılmış satışlar olarak kabul etmemektedir; fakat ile- riye, s. 14-15'e bakınız: D. 18, 1, 3; D. 43, 24, 11, 13; D. 18, 5, 6.

(11) D. 18, 2, 1, 2 pr., 4, 1; ayrıca bakınız meselâ, D. 18, 2, 11 pr., 13, 14, 1, 15 pr., 16, 18, 19; D. 39, 3, 9; D. 43, 24, 11, 10; 12.

(12) D. 35, 2, 38, 2.

(13) D. 18, 2, 4, 2.

(14) 18, 2, 4, 3.

(15) D. 6, 1, 41, pr.; ilerde 6. sayfadan sonrasına bakınız.

(16) D. 20, 6, 3; ilerde 12. sayfadan sonrasına bakınız.

satımın bizzat kendisi olarak nazara alınmış olmasıdır (17). Bu yönden daha az önemli olmayan diğer bir nokta, burada hiç bahsedilmeyen, *actio venditi*'nin icra için kullanılmasıdır, halbuki *lex commisoria* açısından böyle bir şüphe için emare bile yoktur. Pomponius (18) *actio venditi*'den bahsederken, Ulpianus alım satım davasının kullanılmasının Severus ve Caracalla'nın emirnamesiyle münakaşanın konusu olmaktan çıktığını söylemektedir. D. 19, 5, 20 pr. bize, benzer bir şekilde, *pactum displicentiae*'nin daima akitten doğan dava ile takibinin mümkün olmadığını göstermektedir (20).

Bu, genel olarak kabul edilen, Romada hususi müzayedelerin *in diem addictio* delâletiyle tesir sahası bulduğu şeklindeki fikre (21) uygundur. Müzayedeler için hukukî delil yokluğunun kabul edilmiş olduğu gözden kaçırılmış değildir (22), fakat ihtiyarî müzayedede esas itibarıyla, *addictio*'lar silsilesiyle gerçekleştirilecek olursa, argentarius'un ödemeleriyle ilgili meselelere nazaran — ki en fazla bilgimiz bu konudur — (23) prosedürün mekanizması daha kolay anlaşılır. Thielmann (24) geçenlerde, müzayedede ve *in diem addictio*'yu birbirinden tefrik etmek için esas itibarıyla, müzayedelerde satıcının malı arttırmaya çıkarmak suretiyle (ingilizce bir akdî tabir kullanılırsa) sadece «muamele yapmaya davet ettiğini» ve bir müzayedede mala daima daha yüksek bir semen elde etme amacı olduğu halde, *in diem addictio*'da daha başka vakıaların da *melior condicio* olarak kabulüne imkân olduğunu ileri sürmüştür. İlk nokta modern müzayedeler için doğru olmakla beraber, ro-

(17) Romano, cit., 292-5, aynıdır; fakat genel olarak fikri kabul edilemez. Bunun *lex mancipations*'ten geldiği şeklindeki Frezza'nın görüşü için bakınız, H. Krüger, 55 ZSS 385, 389; Archi, Transferimento, 117 n. 1.

(18) D. 18, 1, 6, 1.

(19) D. 18, 3, 4 pr. D. 18, 3, 5 de Aristo'nun sadece *existimabot... iudicium in emptorem dandum esse*; dediği dikkati çekebilir: Davanın adı belirtilmiş değildir.

(20) Ayrıca bakınız, D. 18, 5, 6 ve 14. sayfadan sonrasına.

(21) Yakın zaman için, Talamanca, Contributi allo Studio delle Vendite all' Asta nel Mondo Classico; Thomas, 1957 Juridicial Review 42 ff; Thomas'ın, op. cit., 14 ff aksine.

(22) De Zulueta, cit., 56, n. 7; Thielmann cit., 16, 80 ff.

(23) D. 18, 2, 11 pr.'un bir artırma ile ilgili olmadığı hakkında n. 21 de zikredilen eserlerdeki atıflara bakınız: Karşılaştırınız, De Zulueta, loc. cit.

(24) 16/7, 87 ff.

malıların da aynı ekonomik gayeye benzer tarzda ulaştıkları neticesine varılamaz; her biri ayrı bir alım satım olan münferit *addictio*'lardan meydana gelen silsile, sonuca aynı derecede mükemmel olarak hizmet edebilirdi. Diğer noktaya gelince, *melior condicio*'nun muhtevasının geniş tutulduğu hakkında klasik hukukta çok delil vardır. Bu da *addictio*'nun alım satımın bir şekli olmaktan ziyade alım satımda bir kayıt olarak muamele gördüğü sonucuna götürür. Bu açıdan, muamelenin Julianus devrinden olan farkı önemlidir.

II

Kaydın ifade tarzına dönecek olursak, *in diem addictio*'nun bir formülünün D. 18, 2, 1 da verilmiş olduğunu görürüz :

D. 18, 2, 1 (Paulus, 5 ad Sab): *In diem addictio ita fit: «ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat».* (*In diem addictio* şöyle yapılır; bu arazi sana 100 e satılmış olsun, meğer ki başkası önümüzde Ocak ayının birine kadar daha iyi bir teklif yapmış olmasın, o takdirde mal malikin elinden çıkar).

C. Longo (26) bunun *in diem addictio*'nun tek şekli olduğunu ve kelimelerin her hangi bir diğer şeklinin, *addictio*'ya, alım satımdaki tipik kayda, benzeyen, fakat ondan farklı olan bir kaydı meydana getireceğini iddia etmiştir. Bazı karşı fikirlere (27) rağmen, Longo tesirli olmuş ve büyük kabul görmüştür, özellikle D'Ors (28) ve Romano (29) tarafından.

Bu fikrin kabulündeki aşikâr güçlük, tabiatıyla, alım satımın rızai bir akit olmasıdır, tarafların anlaşmalarını seçtikleri tarzda tertip etmeleri tamamen caizdir. Gerçekten, D. 18, 2, 1 de yer alan-

(25) İlerde 10-11. sayfadan sonrası.

(26) Op. cit.

(27) Viard, cit., 61 n. 3. buna ilk şiddetle muhalefet edenlerden biriydi; ayrıca bakınız, Levy, cit., (i.e. Ges. Schr. II), 265, n. 31; Henle, cit., 178 ff; daha yeni olarak, Arangio - Ruik, cit., 402 ve 403, n. 1.

(28) Julianus'un klasik hukukta bir *actio in factum* ile takip edilecek yeni bir *pactum* yarattığını iddia edenler, bunun meriyeti için bir zaman sınırı veremeyeceklerdir.

(29) s. 295.

dan başka formüllerin varlığı ki, Longo bunları kabul etmemektedir, bu görüşün delilidir.

İki örnek kâfi gelecektir :

D. 6, 1, 41 pr. (Ulpianus, 17 ad Ed).

Si quis hac lege emerit ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, allatam condicionem iam non potest in rem actione uti et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit (Eğer bir kimse şu şartla satın almışsa; bir başkası daha iyi bir teklif yaparsa, alım satımdan dönülebilecektir. Teklif yapıldıktan sonra, aynı davayı kullanamaz. Fakat bir arazi bir kimseye daha iyi bir teklif kaydıyla satılmışsa, daha iyi teklif yapılmadan önce, aynı davayı kullanabilir: sonra kullanamaz.)

Bu pasaj asırlarca süren bir ilginin konusunu teşkil etmiştir. Arangio Ruiz bunu yerinde olarak *Cruces interpretum'dan* (31) (yorumcuların başbelâlarından) biri olarak nitelemişti. Farzolunan tefriki izaha çalışan teşebbüslerden çoğu *sed etsi* ibaresinden harekete yeltenmiştir. Her iki cümle bir sonuca varmayı hemen imkânsız kılmaktadır, bu sebeble ekseriya *sed et si*'yi iptal etmektedirler. Yapamadıkları şey, birinci cümledeki dizilişin konusuyla D. 18, 2, 1 deki ifade tarzı arasındaki aşikâr yakınlığı gizlemektir. Fakat niçin her ikisi de klâsik devrin sonu için olmak üzere *in diem addictio* genel başlığı altına sokulmasın (32). Tamamen basit olarak, D. 6, 1, 41 pr. da ikinci cümle, birinciyi *addictio*'nun bir şekli kabul ederek, kuralın araziye uygulanmasını tebarüz ettiriyor olamaz mı?

D. 18, 2, 9 (Ulpianus, 28 ad Sab.)

Sabinus scribit venditori meliorem condicionem oblatum abicere Sequique primam quasi meliorem, et ita utimur quid tamen si hoc erat nominatum actum, ut liceret desilire emptori meliore condicione allata? dicendum erit dissolutam priorem emptionem, etiamsi venditor sequentem non admittat. (Sabinus'un yazdığına göre, satıcı daha iyi bir teklifi reddedebilir ve birincisini daha iyi imiş gibi kabul edebilir, ve bu bizim de uyguladığımız hukuftur. Fakat eğer

(30) Cf. D'Ors'un özetl. cilt., 269-273.

(31) S. 427.

(32) Bakınız İlerde, s. 10 ff.

açıkça, daha iyi bir teklifin yapılması halinde, alıcının rücu edebileceği kararlaştırılmışsa, durum nedir? İlk alım satımın kalktığı söylenmelidir, hattâ satıcı sonrakini kabul etmese bile).

In diem addictio'nun daima satıcının menfaatine olduğu faraziyesi, belki anlamlı olarak, *quid tamen. allata. allata* (33) gerçek olması dolayısıyla itiraza uğramaktadır. Fakat zikredilen bu kaydın özelliğidir. Bu tarafların kendi pazarlık durumlarının değişik olabilmesiyle kabili telif olan bir husustur. Longo'nun tezindeki *in diem addictio* formülünün D. 6, I, 41 pr. daki *hac lege ... ut* şeklindeki ibareden görünüşte farklı olmasını desteklemek için çok şey yapılmıştır (34). Bununla beraber, *lex commissoria* konusunda aynı durum bir ölçüde tekrar edilmiştir. Longo (35) burada tekrar bir *clausola di stile* (tipik bir kayıt) kabul etmektedir - *si ad diem pecunia soluta non sit* (nisi pecunia soluta sit) *ut fundus inemptus sit* (36), (37). Fakat burada da değişik formüller mevcuttur.

D. 18, 1, 6, 1 (Pomponius, 9 ad Sab.)

Si fundus annua bima trima die ea lege venisset ut, si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret... (38) (eğer bir arazi bir, iki, üç yıllık ödeme süresiyle (ve) şu şartla satılmışsa, tayin edilmiş süre içinde para ödenmemiş olursa, arazi satılmamış sayılsın..)

Ea lege ... ut, le commissoria karşısında aynı öneme sahiptir, fakat D. 18, 3, 5 te Neratius'un şöyle dediğine rastlıyoruz :

Lege fundo vendito dicta ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit... (Bir gayrimenkul şu şartla satılmışsa, belirli bir süre içinde semen ödenmemiş olursa, mal satılmamış olsun...); bu bize *lege... dicta*'nın ihlali halini göstermekte ve bunu Longo'nun münhasıran kabul ettiği formül takip etmektedir; halbuki D. 4, 4, 38 Paulus (1 Decret) de daha çetrefil, Aemilius Larianus ile başlayan bir kayıt yer almaktadır. *Hac/ea lege ...*

(33) En son, Pringsheim, ZSS 79 s. 65. n. 231.

(34) E.g. Archi, Transferimento, 19 ff.

(35) 47 ff.

(36) Cf. D. 18, 3, 2, 4 pr.

(37) Siber, Römisches Privatrecht, 424. bunun olumlu veya olumsuz formüllerin kullanılması bakımından önemli olduğunu, söylemektedir.

(38) Ayrıca bakınız D. 18, 5, 10; D. 20, 1, 31; D. 4, 4, 38; C. 4, 54, 1, 3.

ut formülünün gerçek *lex commissoria*'dan farklı olduğu fikri aşikâr olarak cılız bir fikirdir.

Bu konuda bundan başka, fakat buna bağlı bir nokta daha vardır. Longo'nun basit örneğini takip etmeyen anlaşmaların vadeleri genellikle son devirlere aittir. D. 18, 1, 6, 1 da Pomponius'tan sonra, Scaevola — *Lex ... ut, si post certum tempus, is fundus ad dominium redeat* (D. 20, 1, 31) Paulus. D. 4, 4, 38 ve imparatorlar Caraxcalla ve Alexander C. 4, 54, 1 ve 3 te bununla ilgilidir. *Lex commissoria* ile yapılmış alım satımlardan bahsedenler genellikle son devrin hukukçularıdır.

D. 18, 3, 1 (Ulpianus, 28 ad Sab) :

Si fundus commissoria lege venierit, magis est ut sub conditione resolvi emptio quam sub conditione contrahi videatur (40) (eğer bir arazi *lex commissoria* ile satılmışsa, alım satımın bir şart altında inikad ettiğinden çok bunun bir şart altında çözülebileceği kabul edilir).

Semenin zamanında ödenmemesinden dolayı, alım satımdan dönmeyi sağlayan herhangi bir kaydı *lex commissoria* olarak kabul etmedikleri ve terimin kullanımının bunların hepsini kapsamadığına inanmayı istemek biraz fazla olur.

Şimdi durum *lex commissoria*'da bu ise, *mutatis mutandis* — *in diem addictio* için de — görünüşte kat'i olarak Julianus (tan itibaren alım satımdan dönmeyi sağlayacak bir kayıt olarak kabul edilmektedir — aynı hal niçin varit olmasın ve *lex commissoria* için takip edilmiş aynı kronolojik örneğe uyulmasın?

Özet olarak, ne *lex commissoria* ne de *in diem addictio* halinde tek bir tip, klâsik bir kaydın bulunduğu fikri kabul edilemez. Hu-

(39) «ea lege... ut nisi intra certum tempus pretium fulset exsolutum... dominium ad te pertineret (C. 4, 54, 1): «ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur» C. 4, 54, 3 ayrıca bakınız V. F. 3, 4 (Papinianus); D. 18, 3, 6 (Scaevola); D. 43, 24, 11, 13 (Ulpianus - *commissoria venierit*); D. 18, 3, 7 ve D. 35, 2, 38, 2 (Hermogenianus).

(40) D. 18, 3, 4, 3. e de bakınız.

(41) *Pactum displicentiae* (D. 9, 2, 52, 3, D. 19, 5, 20 pr) ile ilgili ilk emareler bunun formülünü meydana çıkarmak için kâfi derecede açık değildir. Bununla beraber bakınız ilerde s. 13 den sonra.

kukçular nasıl formüle edilmiş olursa olsun, kaydın ekonomik fonksiyonuna dikkat etmişlerdir: Eğer daha iyi bir teklif aranıyorsa, bir *in diem addictio*, ödemenin yapılmamış olduğu hususuna önem veriliyorsa, *lex commissoria* vardır (42). Tabiatıyla bu, bazı mutad şekillerin bulunmadığını söylemek anlamına gelmez. Bunların hepsi eşit olarak, alım satımın belli çeşitlerinde normal olarak kullanılmışlardır. Tarafların rızai bir akit için uyuşma kudretine sahip oldukları kabul edilmelidir.

III

Kaydı ifade şekli meselesiyle yakından ilgili diğer bir husus ta bunun yorumudur. Longo yine Sabinus'un gerçek *in diem addictio*'yu taliki şarta bağlı olarak izah ettiğini, halbuki Julianus ve ondan sonra gelenlerin alım satımı hemen sonuçlarını doğuracak, fakat daha iyi bir teklifin gelmesi halinde, akdin bozulabileceğine ilişkin bir kayıpla birlikte mütalaa ettiklerini söylemiştir (43).

Longo'nun iddiasını ana fikrini kabul, alim müellif Romano'yu gerçekte sadece Julianus ve talebeleri Africanus ve Paulus'un in-fisahi çizgide olduklarını, diğer klasik hukukçuların Sabinus ananesine sadık kaldıkları sonucuna varan bir araştırmaya götürmüştür; D'Ors ise bütün klasik hukukçuların «gerçek» *in diem addictio* bakımından Sabinus'u takip ettiklerini, Julianus'un meseleyi in-fisahi açıdan ele alışının, müstakil bir tedbir olan yeni bir anlaşmaya yol açtığını söylemiştir (45).

Bir asrın önemli bir kısmında cari olan, tek bir tipik kaydın (*clausola di stile*) taliki bir anlamı olduğu kabul edilecek olursa, ilk bakışta, Julianus'un yorumu sebepsiz değiştirdiği sanılabilir. Henüz yapabileceğimiz tek izah, başka bir münasebetle söylediğimiz

(42) Cf. De Fontette, cit., 557 ff. Hukukçuların tutumunun akla getirdiği pratiklik Henle'nin *addictio*'daki şartın karakteri hususunda yaptığı teferruatlı tetkikin faydalılığına (op. cit. 192) konusunda şüphe yaratmaktadır.

(43) S. 42-44.

(44) s. 309 ff. Africanus için en önemli D. 18, 2, 18; Paulus için D. 41, 4, 2, 4 ve D. 18, 2, 14, 2.

(45) Op. cit., 221 ff. Farklıklar için bakınız Archi, St. Ratti, 327 ff ve nn. 1, 2, D. e Fontette, 547 ff, Longo'nun görüşünü kabul etmektedir.

üzere *Julianus ... scripsit interesse multum quid inter contrahentes actum sit* (46) (*Julianus ... âkitler arasında yapılan anlaşmaya göre çok önemli olacağını yazmıştır*).

Bir an için D. 6, 1, 41 pr'un birinci cümlesine dönecek olursak, kaydın, genellikle kabul edildiği için, infisahi olarak manâlandırıldığından şüphe edilemez; alım satım şimdi yapılmıştır, fakat daha iyi teklif sonradan gelecek olursa, *recedere* (dönme) imkânı da doğacaktır.

Diğer taraftan, D. 18, 2, 1'deki *esto emptus*, muhakkak ki, güçlük çıkmadan her iki şekilde yorumlanmaya müsaittir. Bunun için Julianus tarafından şuurlu veya kasdi bir değişikliğin farzolanmasına ihtiyaç tabiatıyla yoktur. Gerçi D. 18, 2, 11 pr (47) daki *prioris emptoris statim fit*, Sabinus'un *in diem addictio*'yu tâliki (48) olarak kabul ettiğine delil olarak gösteriliyor ama, D. 18, 2, 13 pr. müşterek malikler tarafından bir malın tek bir semen karşılığında satılması halinde, satılmış malın tamamen ilk alıcıda kalacağını (*quod si uno pretio vendiderint, dicendum est totam priori emptam manere*) söylerken ilk alım satımı neticelerini doğuran, fakat sona ermesi mümkün bir alım satım olarak hatıra getirmektedir (49). Bununla beraber, çeşitli formüller bir yana, Julianus'un görüşünü tipik kayda (*clausola di stile*) uygunluğunu kabul edebiliriz; D. 41, 4, 2, 4 açıkça D. 18, 2, 1 de yer alan kayda dayanmaktadır ve Paulus Julianus'un yorumunu kabul ederken, *alii* (Sabinus'un da bunlara dahil olduğuna ihtimal veriyoruz) *hanc sub condicione esse contractam* (51) (bu tâliki) tahtında yapılan anlaşma) cümlesini ilâve etmektedir. Julianus nasıl oluyor da Sabinus'tan değişik bir yoruma ulaşıyor? Kısmi bir cevap, alım satımın bizzat kendisi ile kaydın tesirinin mümkün sonuçları arasındaki meselâ *usucapio* hususundaki farktır; bunun için şartlı alım satımın normal muhtevasını *in*

(46) D. 18, 2, 11 pr.

(47) Metin aşağıda n. 57 de yer almaktadır.

(48) Cf. D. 41, 4, 2, 4.

(49) Ayrıca bakınız, Watson, *Obligations*, cit., 98: Tabiatıyla bu *addictio*'nun bizzatlı alım satım olduğu görüşüne uymaktadır.

(50) Romano ve D'Ors'a, cit. uyan bir şekilde.

(51) Ayrıca Cf. D. 43, 24, 11, 12, *interdictum quod vi aut clam*'in açılabilmesine ilişkin bu metinde, Cassius ile Julianus arasındaki fikir ayrılığı görünmektedir.

(52) Cf. Henle, cit., 180 ff.

diem addictio ve *lex commissorica*'ya uygulamak kolay değildir. İlk önce *melior condicio*'nun (daha iyi teklif) kaynaklardaki tatbikatını nazara almak uygun olacaktır. Görünüşte daha iyi bir teklifi reddetmek ve ilk akde bağlı kalmayı, Sabinus'un (53) satıcı için mümkün gördüğünü biliyoruz. Bununla beraber, gerçek olan, *melior condicio*'nun geniş şekilde yorumlanmasının ödeme için daha kısa süre, daha iyi teminat şartları vs — Sabinus'tan sonraki otoriteler tarafından yapılmıştır.; *et ita Pomponius libro nono ex Sabino scribit* (D. 18, 2, 4, 6) muhtemelen bu durumu göstermektedir (54). Sabinus'un sadece daha büyük miktar parayı (55) aradığından şüphe edilebilir. Bu bakımdan gerçeği gösteren daha başka emareler hem şartlarla (56) ilgili hem de D. 18, 2, 11 pr. da olduğu gibi *in diem addictio*'ya ilişkin olarak mevcuttur. Bu metinde Sabinus kaydın tesirini tek alım satıma ve daha iyi teklife inhisar ettirirken, Julianus birden fazlasına cevaz verildiğini söylememekle beraber, *quid actum sit* (57) e dayandığı takdirde mümkün olduğunu söylemektedir.

Julianus'un infisahi yorumunun ilk neticesi *usucapio* ile ilgilidir. Bu münasebetle dikkati çeken husus, metinlerin hepsinin arazi ve kölelerden bahsetmesidir (58). Erken devirde yaşamış ve oldukça lâfzi olan Sabinus'un satıcı daha iyi bir teklif aldığı için, akdinin sona erebileceği bir kimse lehine, bu ihtimalin vukua gelebileceği sürenin geçmesine kadar, alıcı sıfatıyla zaman aşımı yoluyla iktisap süresinin işlemlerini kabul etmediği farkedilmektedir; tıpkı *lex*

(53) D. 18, 2, 9; yukarda s. 6.

(54) D. 18, 2, 5'e de bakınız.

(55) Pringsheim'e, s. 65, bakınız.

(56) D. 41, 4, 2, 2 - Bir şartın tahakkuk ettiği vakıası bundan sonra, bu vakıayı bilmeseyse bile zilyet olan alıcının zamanaşımı ile iktisabına imkân verir.

(57) D. 18, 2, 11 pr. (Ulpianus, 28 ad Sab.) :

Quod autem Sabinus scribit fundum in diem addici non posse rursus, qui semel fuerat in diem addictus, ratione eiusmodi defendit, quia prioris, inquit, emptoris statim fit, scilicet quasi non videatur melior condicio allata, si non secure secundo emptori fundus addicitur, sed alla licitatio prospicitur, sed Iulianus libro quinto digestorum scripsit interesse multum, quid inter contrahentes actum sit, nec impedire quicquam vel hoc agi, ut saepius fundus collecatur, dum vel prima vel secunda vel tertia adiectione, res a venditore discidat.

(58) Buna bazıları tarafından çok önem verilmiştir, örneğin Romano 302 ff.

commissoria kaydıyla bir mal satın almış kimse için *usucapio*'yu reddetmesi gibi (59). Fakat genellikle zamanaşımı ile iktisabın, mutaden, söz konusu kayıt için tayin edilmiş süre içinde tamamlanması mümkün değildir. Ocak, Nisan, Temmuz vs. ayının birinden önce 12 aydan daha kısa bir süreyi hatıra getirmektedir (60). D. 18, 16, 1 de olduğu gibi, *lex commissoria*'da öngörülmüş süre tamamlanmadan önce, *usucapio*'nun normal süresinin dolacağı hallerde, duruma uygun şartların birleşmesi anlaşmada gözetilmekteydi. Şu da var ki, kendisine teslim yapılmış alıcıyı zamanaşımı ile iktisaptan alakoya-bilecek çareler aşikâr olarak mevcuttur. *Lex commissoria ile ilgili olmak üzere* Javolenus (11 Epist.) *convenit ut, donec pecunia persolveretur, certa mercede conductum haberet* (para ödeninceye kadar, belli bir ücretle kiralanmış sayılacağı hususunda anlaşma yapılmış) D. 19, 2, 21 ve daha sonra Ulpianus (2 Resp) *ea, quae distracta sunt ut precario penes emptorem essent quad pretium universum persolveretur* (Semenin tamamı ödeninceye kadar alıcıda *precarium* olarak kalacağı tarzda satılan) D. 43, 26, 20; bu münasebetle *lex commissoria*'daki infisahi görüşe bir delili daha Neratius'ta bulduğumuza işaret edelim (61). Benzer bir tarzda Ulpianus 71 ad Ed. D. 43, 24, 11, 13 te şöyle demektedir :

Ego, si post in diem addictionem factam fundus precario traditus sit, emptorem interdictum quod vi aut clam habere, si vero aut nondum traditio facta est aut etiam facta est precarii rogatio, nun puto dubitandum quin venditor interdictum habeat (İn diem addictio yapıldıktan sonra, arazi *precarium* olarak teslim edilmişse, benim kanaatime göre alıcı *interdictum quod vi aut clam*'ı açabilir. Fakat *tradito* henüz yapılmamışsa yahut *precarium* gayesiyle, yapılmışsa *interdictum*'a açabileceğinde şüphe edilemeyeceği kanaatindeyim.)

Böyle vasıflı teslimler meselâ D. 20, 6, 3 te yer alan, *addictio*'yu takip eden basit *fuertque tradita* ile aşikâr bir tezat halindedir. Bu bakımdan geniş bir uygulamanın inkişâf etmesi, Julianus'un *in diem addictio* münasebetiyle, daha ziyade mevcut bir usulü takip ettiği ve sadece satılmış malın vasıfsız bir şekilde teslim edildiği hallerde infisahi yorumu kullandığı düşünülebilir.

(59) Meylan için, IURA 6 s. 202-3 (Arangio-Ruiz'in tenkidi sırasında) sadece D. 41, 4, 2, 3, *lex commissoria*'nın taliki olarak tatbikine kesin delil teşkil etmektedir: bununla beraber yukardaki metinde zikredilen cümleler farklı şekilde yorumun mümkün olduğunu göstermektedir.

(60) D. 4, 4, 38 de bakınız - dört aylık bir süre öngörülmüştür.

(61) D. 18, 3, 4, 1 ve 5.

Teslimin mümkün olan tavsiflerinin mevcudiyetinden, bununla beraber, Ulpianus'un *in diem addictio* muamelesini tarafların anlaşmasına dayandırması kolayca anlaşılabilir: D. 18, 2, 2 pr. (Ulpianus 28 ad Sab.)

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 (Bir gayrimenkul daha iyi teklif kaydıyla satılmışsa, alım satım akdinin şartsız olup, fakat şarta bağlı olarak feshedilebileceğini yahut aksine şartlı bir alım satımın mı mevcut olduğu meselesi münakaşalıdır. Bana göre, neyin kastedilmiş olduğuna bakılmalıdır: Eğer daha iyi bir teklif halinde, satıcının akitten dönebileceği kararlaştırılmışsa, şartsız bir alım - satım vardır, ve bu bir şart altında feshedilebilecektir. Fakat eğer daha iyi bir teklif yapıldığı takdirde, alım satımın tamam olacağı kararlaştırılmışsa, şartlı bir alım satım vardır.)

Bu metin gerçekten çok tenkide (62) hedef olmuştur ve bazı üslup bozukluklarının varlığını kimse inkâr edemez (63), fakat özünden şüphe etmek için sebep azdır (64). *Et mihi videtur*, şahsi bir görüşe işaret eder ve gösterilmeye çalışılan gelişmenin ışığında makuldür. D. 18, 2, 2 de varlığı iddia edilen *interpolatio*'yu ispat için şu fikir ileri sürülmüştür; Sabinus'un *in diem addictio*'yu taliki olarak kabul etmesinden sonra, Julianus infisahi yorumun bir savunucusu iken, Ulpianus'un *ad Sabinum* (65) şerhinde nisbi durumları ve tarafları izahta güçlük çekmesi anlaşılabilir. Fakat muhakkak ki en önemli nokta, Ulpianus'un seçimlik imkânları tanıması

(62) Cf. örneğin Beseler, Beitr. I, 85; II, 57; 8 TyR 291; 54 ZSS 7 ff; Arangio - Ruiz 410.

(63) *utrum (est resolvitur)* gibi basit zaman çekimde olan kelimeler takip ederken, *an* iltizami kipte olan *sit* kelimesini almıştır. Bununla beraber *condicionalis* kelimesinin tenkidli haksız görülmektedir, Ulpianus'a ait çeşitli metinlerde yer almıştır, örneğin D. 26, 8, 8; D. 28, 7, 10; D. 34, 3, 5, 2; D. 34, 3, 5, 2; D. 46, 2, 14 pr.

(64) Cf. Henle, 178 ff; Arangio-Ruiz, 410; De Zulueta, 55, *interpolatio* belirtisi görmemektedir.

(65) Cf. Beseler, Beitr. I, cit.

ve kendi fikrini açıklamasıdır. Sonra, D. 18, 24, 66 pr. ele aldığımız zaman, kaydın infisahi olduğu takdirde, alıcının semereleri iktisap edebileceği ve zamanaşımından faydalanabileceğini, taliki ise, Pomponius'un hiçbirine cezası vermediğini nakletmiştik. Daha sonraki devirde yaşamış Ulpianus'un — D. 6, 1, 41 pr ve D. 18, 2, 9 ona aittir — meseleyi haklı olarak özellikle tarafların anlaşmasına dayandırması dikkati çeken bir husustur. Burada biz büyük bir gelişme görüyoruz; Sabinus'un tâliki muamelesi, aynı müessesenin Julianus tarafından farklı bir yoruma tâbi tutulması ve değişik formülleri açık olarak kabul eden Ulpianus'un *in diem addictio* için hem tâliki hem de infisahi imkânları tanınması.

Bu metnin hakikiliği, Ulpianus'un *lex commissoria* hakkındaki tam kanaatinin eksikliği ile (D. 18, 3, 1 de daha ziyade infisahi yorumun kabul edildiğini (68) söylemek suretiyle) doğrulanmaktadır. Buna karşılık *pactum displicentiae* hakkında şüphesi yoktur, D. 18, 13 te *constat ... resolvi emptionem sub condicione* (alım satımın şart tahtında çözüleceği kat'idir) demektedir (69).

Bu konuda taliki kaydın mümkün olduğuna dair elimizde ilk zamanlara ait emareler vardır. D. 9, 2, 52, 3 te gördüğümüz gibi bir kimse tecrübe edilmek üzere öküzler satmıştı; alıcının bir kölesi hayvanlardan biri tarafından yaralanmıştı ve bu yaralanmadan dolayı sorumluluk meselesi ortaya çıkmıştı. Alfenus bunu özellikle alım satımın tamam olup olmamasına dayandırmıştı ki, bu kaydın seçimlik niteliğine işaret etmektedir. Yine D. 12, 5, 20 pr da *Apud Labeonem quaeritur si tibi equos venales experiundos dedere ut si in triduo displicuissent, redderes, tuque in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, at sit adversus te re vendito autio, et puto verius esse praescriptis verbis agendum...* (Labeo'ya sorulmuştu, satılık atlar sana denenmek için verilmişti, öyle ki, üç gün içinde

(66) «Ubi condicionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum posse nec fructus ad eum pertinere?»

(67) Yabıyatıyla bu, Pomponius'un Sabinus'un ananesine sadık kaldığını ifade etmemektedir (cf. Romano cit.); Pomponius burada mülkiyet naklinin taliki olması halinde durumunun ne olacağını söylemektedir.

(68) «Si fundus commissoria lege venierit, magis est ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videtur».

(69) «Si res ita distracta sit, ut si displicuisset, inempta esset, constat nom esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione? Ayrıca *rescissio emptionis*'ten bahseden D. 43, 24, 11 e bakınız.

hoşuna gitmiyecek olursa, geri verecektin, ve sen bunları koşturdun ve kazandın, ve sonra satın almak istemedin, sana karşı *actio ex vendito* mu açılacaktı. Benim fikrime göre *actio praescriptis verbis*'i açmak daha doğrudur).

A. *praescriptis verbis*' burada bizi ilgilendirmemektedir (70); fakat sürenin kısıtlığı taliki bir kaydı hatırlatmaktadır. Bunu takip eden 20, 1 bize, *apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares..* (Mela'ya sorulmuştu, sana denemen ve hoşuna giderse satın alman, hoşuna gitmezse, bunları iade etmen için, katırlar verilmişse) ve takip eden hususî meselede, *Mela ait interesse utrum emptio iam erat contracta an futura* (71) (Mela'nın alım satımın yapılmış veya yapılacak olmasının önemli olduğunu söylediğini) nakletmektedir. 20 pr'ın üç günlük süresi bize Cato'nun şarabı tecrübe etmek için tavsiye ettiği süreyi hatırlatmaktadır (72). Diğer taraftan Aedilis curulis'in beyannamesinde *actio in factum.. ad redhibendum* için mevcut, beğenmeme halindeki 60 günlük süre, tamam, fakat ortadan kaldırılması mümkün bir akdi akla getirmektedir. *Degustatio*'nun özelliği ve ilgili sürenin kısıtlığı ve Aedilis curulis'in koyduğu tedbirin etkisiyle *emptio ad gustum* ve *pactum displicentiae*'in erken olarak birbirinden tefrik edildiğinden şüphe edilebilir; ikincisi sonradan kural olarak infisahî hale gelmiştir (74).

(70) Cf. s. 3/4 den önceye. Bu muhtemelen, akdî dâvaların açılması konusunda mektepler arasındaki ayrılığı yansıtan bir *actio in factum*'u gösteren bir ibarenin yerini almıştır; Sabinianus'lar *pactum*'lar için *actio empti/venditi*'nin açılmasını savunurlarken Proculianus'lar bu davaları mal ve semen hakkında açmasına cevaz vermek suretiyle bir tahdide gitmişlerdir. En yeni olarak bakınız, Thomas, 1 Irish Jurist (N. S.) s. 125 n. 39.

(71) Michel'in *Gratuité*, 39, bunun alım satımı bir hali olduğunu reddetmesini anlamak güçtür.

(72) De Agri Cultura, 148. *Degustatio* hakkında, cf. Yaron, Roman Law of Sale (Studies in Memory of De Zulueta), 71 ff.

(73) D. 21. 1, 31, 22.

(74) Taliki olan I. III, 23, 4 bizim görüşümüz açısından, şartlı alım satıma verilmiş talihatsız bir örnektir.

IV

Burada beliren manzara, tarafların tedbirlerini uygun şekilde düzenleyebileceklerini göstermektedir, klasik hukukta bu imkân onlara elastiki bir şekilde tanınmaktadır. İlk devirlerde *in diem addictio* ve *lex commissoria*'yı *usucapio pro emptore*'yi erteletmeye yarayan bir muamele olarak görmek eğilimi vardı. Alıcıya zilyedliği vermekten kaçınmak için bazı tedbirlerin kabulü, kayıtların infisahi yorumunun satıcıya verdiği dezavantajı azalttı. *Pactum displicentiae* daha Cumhuriyet devrinde her iki şekilde kullanılıyordu, fakat infisahi kayıt olarak yerleşmişti, ve *lex commissoria* hakkında benzer bir tutuma olan eğilim, imparatorluğun ilk asrının sonuna doğru kendini göstermişti. Bu kayıtlar için böyle bir görüşün kabulüyle, Julianus'un *melior condicio*'nun geniş kapsamı dolayısıyla *in diem addictio*'yu akdi bir şart olarak görmesi ve infisahi yorumu burada da ileri sürmesi anlaşılmaktadır. Aynı zamanda *in diem addictio* alım satımın varlığı ile yakından ilgilidir, daha iyi teklifin kabulü yeni bir akdin doğmasına sebep olacaktır (75). Bu sebeple kaydın alternatif olarak yorumlanmasının aşikâr olarak devam etmesi anlaşılmaktadır. Buna delil D. 18, 2, 2 pr'dır.

(75) Cf. burada taraflar semenin değiştirilmesi konusunda anlaşmışlardır. D. 18, 1, 72 pr., D. 18, 5, 2.