

ROMA HUKUKUNDA MALDAKİ AYIPLARDAN DOLAYI SATICININ MESULİYETİ

Doçent Dr. Türkân Rado

İktisadi hayatta malların tedavülü, hukukî bir şekil olan alım satım akdi yoluyla cereyan etmeğe başladığı andan itibaren satılan maldaki ayıplar ve bu ayıplardan dolayı satıcının mes'uliyeti meselesi büyük önem kazanmıştır.

Her alım satımında müşteri için birinci derecede ehemmiyet arzeden mesele, satın aldığı şeyin iyi olması, yani bozuk, kusurlu, ayıplı olmamasıdır. Her zaman müşteri ayıp dolayısıyla kıymeti noksan olan mallar satın almak tehlikesi altındadır.

Bu suretle hukuk nizamı tarafından halli icabeden bir hukukî problem ortaya çıkıyor: Satın alınan malda ayıplar varsa, mal müşterinin umduğu gibi çıkmamışsa, malda mevcut olduğu tahmin edilen vasıflar yoksa bâyî hangi hallerde bundan mes'ul olur? Hangi şartlar altında ve ne dereceye kadar müşteri, satıcıya karşı maldaki ayıplardan dolayı bazı haklar ileri sürebilir? Meselâ satın alınan makine veya saat iyi işlemezse, yeni diye alınan ev eşyasının müstamel olduğu, elbisenin yamanmış veya örülmüş olduğu görülür ve anlaşılırsa, müşteri satıcıyı mes'ul tutabilir mi ve ne dereceye kadar mes'ul tutabilir? Bu nevi ihtimaller çeşitli alım satım akitlerinin her birinde varit olabilir. Dolayısıyla bu bahis alım satım mevzuunun en ehemmiyetli problemlerinden birini teşkil etmektedir.

Satılan maldaki ayıplar meselesi Türk Borçlar Kanununda müşteri lehine halledilmiştir. Kanunumuzun hükümleri bilhassa müşteri menfaatinedir. Nitekim bu meseleyi tanzim eden maddelerin birincisi olan ve «mebiin ayıptan salim olmasını tekeffül» matlabını taşıyan 194 üncü maddeye göre:

«Bâyî müşteriye karşı mebiin zikir ve vadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddî veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli suretle tenkis eden

ayıplardan salim olmasını da mütekeffildir.» Hattâ maddenin son cümlesi «Bâyi bu ayıpların mevcudiyetini bilmese bile anlardan mes'uldü.» diye bir hüküm dahi ilâve etmiştir. Demek oluyor ki, bâyi, hiçbir kusuru olmasa, maldaki ayıplardan bihaber bulunsa bile, bunların mevcudiyetinden mes'ul tutulmaktadır. Satıcının bu teminatı, kanunumuzun tabirile tekeffülü muhtelif şekillerde tahakkuk ettirilebilir: Hususile müşteriye iki dâvadan birini seçmek imkânı verilmiştir: Borçlar Kanunumuzun 202 nci maddesine göre müşteri «Dilerse mebli redde hazır olduğunu beyanla bey'in feshedilmesini, dilerse mebli alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dâva eder.» Hattâ 205 inci maddenin son fıkrasına göre: «Bâyi kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe müşterinin diğer her türlü zararını tazmin etmeğe borçludur.» Fıkranın muhtevasını müsbet şekilde ifade edersek: Satıcı kusuru halinde, ayrıca müşterinin her türlü zararlarını da tazmin ile mükelleftir.

Borçlar Kanunumuzun bazı maddelerine temas etmek suretile hulâsa ettiğimiz bu esaslar Roma hukukundan gelmektedir. Bu bahis, modern hususî hukuklarda en fazla Roma hukukunun tesiri altında kalmış olan bahislerden biridir. Bu vaziyeti yalnız bizim hukukumuzda değil, aynı zamanda tedvin edilmiş modern hukukların ekserisinde aynen müşahede edebiliriz. Modern dünyanın Medeni Kanunlarıyla Ticaret Kanunları bu sahada, tabiatıyla farklı derece ve nisbetlerde, Roma hukukunun prensiplerini kabul etmişlerdir. Mamafih, Roma hukukunun bu prensipleri bilhassa İsviçre ve Türkiyede, hususiyile Cermen hukukunun tesiriyle ehemmiyetli surette tadil edilmişlerse de, yukarıda zikrettiğimiz ve meselenin temelini teşkil eden esaslar tamamıyla Roma hukukunun esaslarıdır.

Bununla beraber, zikrettiğimiz prensiplerin bu tarzda oluşları hiç de zarurî değildir; dolayısıyla bu prensipler kendiliğinden izah edilebilen tabii bir karakter arzmezler. Hattâ Romada bile bu esaslar her zaman aynı şekli muhafaza etmemişlerdir.

Nitekim Roma hukukundan gelen bu prensiplerin menşei Romada aedilis curulis denilen majistraların beynnameleri, edictum'larıdır. Hattâ bu sebepledir ki Borçlar Kanunumuzun 202 nci maddesinin müşterinin ihtiyarına bıraktığı iki dâvaya da, umumiyetle hukuk dilinde, aedilis dâvaları denilmektedir.

Aedilis'lerin bu sahada yaptıkları ıslahattan evvel ve onların prensiplerinin tatbik sahası dışında kalan hallerde, Roma hukukunda cari olan hükümler müşteriye fazla himaye eder mahiyette değil-

di. Nitekim diğer kadim hukuklarda da aynı vaziyeti müşahede edebiliyoruz. Eski şark hukukları, bilhassa son senelerde çivi yazısı vesikaların bulunmasıyla derin araştırmalara mevzu olan kadim şark ve Mezopotamya hukukları ayıplara karşı tekeffül esasını tanımadıkları gibi, bu hukuklarda satın alınan şeyi ayıp dolayısıyla iade ve akdi feshetmek imkânları da yalnız köle alım satımlarında ve sar'a sebebiyle mümkündü (1).

Keza Roma'nın imparatorluk devrinden kalmış olan ve Mısırda bulunan papirüsler arasında ele geçirilen birçok vesikalar da bunları teyit eder mahiyettedir. Son senelerde Roma hukukunun hususî bir branşını teşkil eden bu papirüs araştırmaları ile elde edilen menkul alım satımlarına dair vesikaların birçoğunda malın «olduğu gibi, iade edilememek» şartıyla satıldığına dair daimî mahiyette şartlar görülmektedir. Ancak köle satışlarında bir istisna kabul edilmişti. «Sar'a halleri müstesna» (yani mukaddes hastalık denilen bu hastalıkla cüzzam sebebiyle satın alınan kölenin iadesi kabul ediliyordu. Mamafih bu sonuncu ihtimal de çok münakaşalı ve müphemdir).

İsviçre kanununun başlıca tarihi temellerinden birini teşkil etmek dolayısıyla büyük kıymet arzedən Cermen hukukunda da satıcının maldaki ayıplara karşı teminatı mahdut bir çerçevede kalmıştı. Cermen hukuku ancak satıcı tarafından vâdedilen vasıfların ademi mevcudiyeti halinde ve yine satıcının malda ayıp olduğunu bilerek bunları gizlemesi veya sükût etmesi halinde müşterinin satıcıya karşı bir hak dermeyan etmesini kabul etmiştir. Fakat müşteri aldığı şeyi açıkça, aydınlıkta görmüş ise, sonradan çıkan ayıplara dayanarak akdi feshedemezdi. Hattâ eski Cermen hukukunda mevcut ve meselâ «Gözünü aç, satış satıştır» (Augen auf Kauf ist Kauf) ve «Gözünü açmayan kesesini açar» gibi vecizelerde Cermen hukukunun müşteri aleyhindeki bu temayülünü sezme mümkündür.

Cermen hukukunun bu prensipleri uzun müddet İngiliz hukukunda da cari olmakta devam etmişlerdir. Hattâ İngiliz hukukunda cari olan bu prensip lâtince «caveat emptor» müşteri dikkat etsin, gözünü açsın şeklinde ifade ediliyordu. Bir şey satın alırken dikkat etmek müşteriye düşen bir işti. Kusurlu, ayıplı bir şey satın almış ise bunun zararını kendi çekerdi. Fakat zamanla İngilterede de menkullerin alım satımını tanzim eden Sale of good act isimli kanunla

(1) *Ed. Cuq*, Etudes sur les contrats de l'époque de la première dynastie babylonienne, *Nouv. Rev. Hist.* 1910; *Ed. Cuq*, Manuel, Paris 1917, S. 469.

ve hususiyle Amerikada satıcının ayıplara karşı teminatı, tekellüflü esas: geniş bir tatbik sahası kazanmıştır (2).

Bu suretle hukuk tarihinin seyrinde iki zıt cereyan müşahede etmek imkânı vardır. Daha ziyade satıcı lehine olan birinci cereyan müşteriyi, satın aldığı şeyi tetkik etmekle ayıplarını ve vasıflarını araştırmakla mükellef tutuyor. Ayıp çıktığı takdirde bunu müşteri yüklenir, zararı müşteri çeker; satıcı ancak muayyen ve mahdut hallerde ve ezcümle hususiyle bir teminat verdiği veya hilesi, hileli sükûtu halinde mes'ul tutulmaktadır. Müşteriyi korumak gayesini güden aksi prensip ise satıcıya karşı daha sert davranmaktadır. Bu prensip aedilisler tarafından tesis edilen ve modern hukuklara kadar devam edegelen Roma hukukunun prensipidir. Bu prensipin esbabı mucilbesini *Digesta*'da aedilis'lerin beyannamesine dair olan yirmi birinci kitabın birinci faslının baş kısmında *Ulpianus* tarafından şu şekilde ifade edilmiş buluyoruz:

D. 21, 1, 1,2... Ulp.

«..... dummodo sciamus venditorem etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.»

Satıcının, aedilis'lerin tekeffülünü mecburî kıldıkları hususları bilmese bile onlardan mes'ul olduğunu biliyoruz. Bu bir haksızlık değildir. Çünkü satıcı malını tanımak imkânındadır. Satıcının maldaki ayıpları bilmesi veya bilmemesi mağdur müşteriyi alâkadar etmez.»

Bu prensipe göre satıcı sattığı şeyi tanımak mecburiyetindedir. Müşterinin umduğunu elde edememesinden, yanılmış olmasından mes'uldür. İşte Roma hukukunda ve Borçlar Kanunumuzda hâkim olan esas fikir budur. Satıcının mes'uliyeti ayıpları bilmesine veya bilmemesine bağlı değildir; onlardan müstakildir ve hattâ satıcı gizli ayıplardan da mes'uldür. Bununla beraber, unutmamak lâzımdır ki, Roma hukukunun prensiplerinin sertliği kanunumuzda Cermen fikirlerinin ve prensiplerinin tesiriyle mühim surette hafiflemiştir.

Mamafih, Roma hukukundan geldiğini söylediğimiz bu prensip

(2) Bak: *E. Cottin*, *Définition du vice caché dans la vente*, Paris 1940 S. 38 ve m.; *Aref*, *De la théorie générale de la garantie pour vices cachés*, Paris 1936.

de eski Roma hukukunun iptidai prensipi değildir. Bu prensip, asırlara yayılan uzun bir inkişafın mahsulüdür.

Roma hukukunun bütün tarihinde bir hukuk ikiliği, örfî âdetlerden, kanunlardan ve hukukçuların içtihatlarından teşekkül eden ius civile ile majistraların ve hususile pretorların senelik beyannameleriyle, edictum'lariyle ortaya koydukları prensiplerden meydana gelen ius honorarium, majistra hukuku arasında daimî bir rekabet göze çarpar. Tetkik ettiğimiz mevzuda da bu ikiliği müahşede ediyoruz. Bu suretle eski ius civile prensipleriyle daha yeni olan ius honorarium'un bu sahadaki prensiplerini tefrik etmek lâzımdır. Şunu da hatırlatmak lâzımdır ki, ius honorarium'un mevzuumuzu tanımlayan prensipleri pretorlar tarafından değil, fakat ismini birkaç defa zikretmiş olduğumuz aedilis curulis denilen majistralar tarafından ortaya konmuştur. Aedilis'lerin yaptıkları yenilikler bidayette muayyen bazı alım satımlara inhisar ediyordu. Ancak asırların seyrindedir ki aedilis'lerin bu prensipleri umumileştirilmiş ve ius civile'nin esaslariyle mezcedilmiştir. Nihayet Justinianus hukuku bu inkişafı tamamlamıştır. Hakikatte modern hukuklara umumî şekilde tesir eden ve hususile tetkik ettiğimiz mevzuda bugüne kadar devam edegelmiş olan prensipler Justinianus hukukunun, Corpus Iuris Civilis'in prensipleridir.

Ayıplara karşı teminat hükümlerinin tarihî gelişimi birçok şüpheli ve aydınlatılması müşkül meseleler ihtiva etmektedir. Roma hukuku sahasındaki tarihî araştırmaların yeni bir hız almasından ve metinler üzerindeki tenkitli araştırmaların birçok metinlerin kompilâtörler tarafından interpolatio yoluyla değiştirilmiş olduğunu meydana koymasındanberi, mevzuumuza kaynak teşkil eden metinler de derin incelemelere ve monografilere mevzu olmuştur. Bu hususta bilhassa Cologne üniversitesi profesörlerinden Haymann'ın ve Paris Hukuk Fakültesi Roma hukuku profesörlerinden R. Monier'nin eserleri zikre şayandır. Bu eserlerde ve diğer bazı etüdlerde yapılan derin araştırmalara rağmen (3) eski Roma hukukunda satıcının mal-

(3) *Haymann*, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, 1912.

De Senarclens, L'extension de l'édit des édiles aux ventes de toute espèce de choses, Rev. Hist. de droit, 1927 S. 385 ve m.;

De Senarclens, la date de l'édit des édiles, Rev. Hist. de droit 1923, S. 384 ve m.;

R. Monier, La garantie contre les vices cachés, dans la vente romaine; Paris 1940;

P. F. Girard, Mélange de droit romain, Tome II, Paris 1923.

daki ayıplara karşı mes'uliyeti meselesi el'an münakaşalı noktalar ihtiva etmektedir. Eski Roma hukukunda *ius civile*'deki vaziyeti kısaca şöyle tesbit edebiliriz:

Romanın ilk devirlerinde satıcı esas itibariyle ve kanunen maldaki ayıplardan mes'ul değildi. Hukuk nizamındaki bu noksan hususî akitler vasıtasıyla tamamlandı. Şöyle ki, ayıplardan dolayı satıcıyı mes'ul tutmak için hususî bir teminatın verilmiş olması lâzımdı. Bu teminat da muhtelif şekillerde verilebilirdi:

XII Levha Kanunundan itibaren *mancipatio* suretiyle yapılan alım satımlarda satıcının *mancipatio* esnasında, muamelenin diğer şartları arasında malda ayıp olmadığını *nuncupatio* yoluyla temin etmesi lâzımdı (*Nuncupatio* satış için tanzim edilen bir nevi şartname bir *lex venditionis* idi). Nitekim XII Levha Kanununa göre satılan arazinin genişliği hakkında hilâfı hakikat teminatta bulunmuş olan kimseye karşı *actio de modo agri* denilen bir dâva açılarak, yapmış olduğu hileli hareketten dolayı, cezaen, ödenen semenin iki misli istenirdi. Keza satılan gayri menkul üzerinde hiçbir irtifak bulunmadığını, gayri menkulün *uti optimus maximus* olduğunu söylemiş olan bâyie karşı da aynı şekilde hareket etmek imkânı vardı (4).

Bu suretle *mancipatio*'yu neticelendiren satışlarda eğer satıcı *mancipatio* muamelesine bağlı olarak malda ayıp bulunmadığına dair bir taahhütte bulunmuş ise ve ancak bu takdirde hileli hareketinin neticesi olarak mes'ul tutuluyordu.

Mamafih birçok romanistler ve bu meyanda Girard (5), cumhuriyetin ilk devrinde ayıplara karşı bir garanti esasının mevcut olmadığını kabul ediyorlarsa da son senelerde bu sahada derin araştırmalarda bulunan R. Monier, *mancipatio* suretiyle neticelenen alım satımlarda dahi organize bir teminat sisteminin mevcut olduğunu müdafaa etmektedir. Bununla beraber, Romanın bütün ilk devirleri hakkındaki malûmatımız, kaynakların azlığı sebebiyle çok fakirdir. Diğer bahislerde olduğu gibi bu sahada da daha sonraki devirlerde yaşamış hukukçuların, tarihçilerin ve diğer müelliflerin eserlerinden istifade edilmektedir. Nitekim eski malûmatımızı milâttan evvel birinci asırda yaşamış olan büyük devlet adamı ve hatip Cicero'nun

(4) R. Monier, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris 1930, S. 3-9; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain* Tome II, Paris 1936, S. 193.

(5) P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1929; S. 597 ve m.

«De officiis» adlı eseriyle Aulus Gellius'un «Noctes Atticae» sindeki ve Varro'nun «De re rustica» sındaki dağılık bazı izahattan elde ediyoruz (6).

Bundan başka eski ius civile'de bâyi müstakil bir akit ile şifahi olarak yapılan stipulatio yoluyla malda ayıp olmadığını müşteriye temin eder ve malda ayıp çıktığı takdirde müşterinin maruz kalacağı zararı ödemeyi taahhüt ederdi. Bu usul mancipatio'yu neticelendirmeyen, meselâ res nec mancipi'ler üzerindeki satışlarla yabancılarla Romalılar arasında yapılan satışlarda tatbik edilirdi, Mamafih, mancipatio'ya bağlı olarak da yapıldığı variddi. Romalı müelliflerden meşhur Varro'nun, «De re rustica» eserinde verdiği malûmata göre stipulatio yoluyla ayıplara karşı teminat usulü bilhassa köle ve hayvan alım satımlarında taammüm etmişti.

Sözlü akit, stipulatio yoluyla yapılan bu teminat daha fazla satıcı lehine idi. Zira satıcı mancipatio'da olduğu gibi iki misline mahkûm olmuyor. Ancak müşterinin ayıp dolayısıyla maruz kaldığı zararları tazmin ediyordu.

Nihayet ius civile hükümlerine göre satıcıyı mes'ul tutmak için diğer bir yol daha vardı. Alım satım akdi rızai bir akit olarak kabul edildiği tarihlerden itibaren, ayıp meselesi de yine Cicero'nun verdiği malûmata göre tarafların akdin ifası sırasında riayet etmekle mükellef buldukları hüsnüniyet esaslarıyla hallediliyordu (7). Satıldığı malda ayıp bulunmadığını ve yahut muayyen vasıfların mevcut olduğunu sözle veya taahhütle dicta ve promissa ile temin eden ve yahut malda ayıp olduğunu bildiği halde bunları söylemeyen, sükût eden satıcı hüsnüniyet kaidelerine muhalif hareketten dolayı, müşteriyi aldatmış olmak sebebiyle, dolus'u, hilesi yüzünden mes'ul tutuluyordu. Bu ihtimalde bâyin mes'ul tutulması bey' akdinin bir hüsnüniyet akdi olması neticesidir. Müşteri bu hallerde alım satım akdinin, emptio venditio'nun dâvası olan actio empti dâvasıyla maruz kaldığı zararların tazminini talep ederdi. Zarar ve ziyanın miktarı hâkim tarafından takdir olunurdu. Satıcı müşterinin maldaki ayıp yüzünden maruz kaldığı zararlar beraber ayıplı malın tahsis edildiği gayeye yaramamasından mütevellit zararları da öderdi (8). Ancak şunu hatırlamak lâzımdır ki, actio empti ile akdin feshini ve ma-

(6) Cicero. De officiis, III; 17,6,69.

A. Gellius, Noctes Atticae, IV; 2; 2-12.

Varro, de re rustica, II;

(7) Cicero; De officiis; III, 16-17; III, 23, 91. III, 14; 61.

(8) R. Monier, garantie contre les vices cachés, S. 114-143.

lin iadesini istemeğe imkân yoktu. Actio empti akdin ifasını talebe yarayan bir dâvadır. Müşteri burada satıcının dürüst bir bâyi gibi hareket etmemesinden, akdin ifasında hüsnüniyet icabı kendisine terettüp eden vecibeleri yerine getirmemiş olmasından dolayı maruz kaldığı zararları tazmin ettirecektir. Bu suretle eğer satıcı hüsnüniyetle hareket etmişse, yani malın ayıplı olduğunu bilmemiş ise kendisine hiçbir mes'uliyet terettüp etmiyecektir. Demek ki, eski Roma hukukunda ve hattâ sonraki devirlerde ius civile'ye göre bâyi maldaki gizli ayıplardan mes'ul değildir.

Aedilis'lerin ıslahatına kadar ve onların tanzim ettikleri sahalar haricinde Roma hukukunda tatbik edilen esaslar bunlardır. Bu prensipler umumiyetle aedilis'ler tarafından vazedilenlere ve bugünkü. lere nazaran daha ziyade satıcı lehinedir. Hüsnüniyet sahibi satıcı hiçbir suretle mes'ul tutulmamıştır. Bâyin mes'ul olması için malda ayıp olmadığını veya muayyen vasıfların mevcudiyetini hususî şekilde temin etmesi lâzımdı.

Bütün bu hallerde açılan dâvalarla ne akdin feshi, ne de semenin tenzili istenir. Satılan mal müşteride kalır. Müşteri ancak, prensip itibariyle hilâfı hakikat teminatta bulunmuş olan bâyiden maruz kaldığı zararların tazminini isteyebilir. Romanın ius civile'sinde mevcut bu vaziyet aedilis curulis'ler tarafından ıslah ve yeniden tanzim edilmiştir.

Aedilis curulis denilen majistra'lar cumhuriyet devrinin ortalarından itibaren şehrin zabıta vazifesini ifa ediyorlar ve bu arada çarşı ve pazarların kontrolü ile meşgul oluyorlardı. Bunlar bilhassa Romanın muzaffer harplerinden sonra büyük ehemmiyet kazanmış olan köle pazarlarıyla hayvan pazarlarını murakabe ediyor, ekseriyetle ecnebilerden ve şüpheli ahlâklı kimselerden teşekkül den köle satıcılarının hilelerine mâni olmak üzere tedbirler alıyorlardı. Aedilis'ler, Roma vatandaşlarını köle ve hayvan tüccarlarının hilelerine karşı korumak için aldıkları tedbirlerini, majistra sıfatıyla neşretmek salâhiyetini haiz buldukları beyannamelerinde, edictum'larında ilân etmişlerdir. Aedilis'lerin bu nevi beyannamelerine Romada milâttan evvel ikinci asrın ortalarından itibaren rastlanmaktadır (9).

(9) R. Monier, op. cit; S. 19 ve m.;

Senarclens, la date de l'édit des édiles «de mancipiis vendundis», R. M. D. 1923; S. 384 ve m.; Vincent, droit des édiles; S. 124 ve m.;

Pineau; Etude historique sur l'édilité romaine, thèse; Bordeaux 1893.; Girard; Mélanges, t. II; 1923; S. 129 ve m.

Aedilis'lerin ıslahatını tetkik için beyannamelerinin metninden hareket etmek kanaatimizce en uygun yoldur. Bizi tenvir edecek iki beyanname vardır: Biri köle satışlarına dair «de mancipiis vendundis» adlı beyanname, diğeri de hayvan alım satımlarını tanzim eden «de iumentis vendundis» isimli beyannamedir. Bunların metnini Ulpianus, aedilis curulis'lerin beyannamesine dair şerhinde nakletmiştir. Bunları Digesta'nın 21 inci kitabının 1 inci faslında buluyoruz. Pretor beyannamelerini milâttan sonra II nci asırda oplamış olan Salvius Julianus da, bu beyannameleri de pretor beyannamesinin sonuna ilâve etmiştir. Bu suretle Lenel'in, Edictum Perpetuum eserinin sonunda da bu metinleri görmek kabildir (10).

Köle satışlarına dair beyannamenin metni şöyledir:

«Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quis morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuncianto. Quad si mancipium adversus ea venisset sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet in sex mensibus, quibus primum de ea re experiundi potestas fuerit, indicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.... (11)»

Bu beyannamenin metnini aşağı yukarı izah ve tercüme edebiliriz.

«Köle satanlar köledeki hastalık ve sakatlıkları (morbi vitiive), kölenin fugitivus (yani efendisinin evinden kaçmak itiyadında) ve erro (yani bir müddet gezdikten sonra tekrar eve dönmek itiyadında) olduğunu ve actio noxalis'i mucip bir suç işlemişse müşteriye bildirmek mecburiyetindedirler. Bütün bu hususlar köle satılırken alenen ve doğru olarak ilân edilmelidir. Eğer köle bunlar yapılmadan (yani ayıplar bildirilmeden) ve yahut söylenilen sözlere ve yapılan taahhütlere (dicta ve promissa) muhalif olarak satılmış ise, (yani muayyen vasıflar vâdedilmiş veya ayıp mevcut olmadığı söylenmiş ise) müşteriye ve müşterinin haleflerine, 6 ay içinde, kölenin iadesi maksadiyle bir actio vereceğiz, (indicium dabimus ut id mancipium redhibeatur). Bundan sonra beyannamede müşterinin dâvayı

(10) O. Lenel; Das Edictum perpetuum, Leipzig; 1927.

(11) O. Lenel, Das edictum perptuum; Leipzig; 1927; S. 555. §. 293.

ne gibi şartlar altında açacağı ve iadenin nelere şâmil olacağı söylen-
dikten sonra satıcının hilesine karşı da bir hüküm sevkediliyor ve
«bütün bunları bildiği halde hile ile, dolus malus ile köleyi satana
karşı da evleviyetle actio vereceğiz» deniyor.

Demek oluyor ki, aedilis'lerin köle satışlarına dair vaz'ettikleri
esaslara göre, metinde zikredilen bedeni veya fikri ayıplardan biri
varsa, köle suç işlemiş ve henüz actio noxalis açılmamış ise veyahut
satıcı hakikate muhalif olarak malda ayıp bulunmadığını veya mu-
ayyen vasıfların bulunduğunu temin etmiş ise, müşteri altı ay içinde
köleyi iade, yani bey' akdini fesh için dâva açabilir.

Beyannamenin sonunda satıcının hilesi halinde bu dâvanın ev-
leviyetle açılacağına işaret edilmiş olması da satıcının, bu ayıplar-
dan haberdar olmasa dahi, yani bunlar, bugünkü tabirle gizli ayıp-
lar olsa dahi, mes'ul tutulduğunu göstermektedir. Nitekim, aynı
fikri Ulpianus da yukarıda zikrettiğimiz bir parçasında ifade etmek-
tedir. «Satıcının ayıpları bilmesi veya bilmemesi müşteriyi alâkadar
etmez» (12).

Aedilis'lerin eski hukuka nazaran ortaya koydukları en mühim
yenilik de bu hükümdür: Yani satıcıyı gizli ayıplardan, kendinin de
bilmediği ayıplardan mes'ul tutmak esası. Artık eskiden olduğu gibi
satıcının mes'ul olması için malda ayıp olmadığına dair teminat ver-
mesine lüzum yoktur. Aedilis'ler satıcının sattığı malı bilmesi lâzım
geldiği esastan hareket ederek, satıcı hüsnüniyet sahibi de olsa,
onu malın ayıplı çıkmasından mes'ul saymışlardır. Aedilis'lerin va-
zettikleri bu esaslar eski hukuka nisbetle müşteriyi daha fazla koru-
maktadır ve bu sebeple de satıcı aleyhinedir. Aedilis'lerin köle satış-
larına dair beyannamelerinin yanında iumentum yani taşıt ve binek
hayvanları satışlarını tanzim eden ikinci bir beyannameleri vardır.
Gerek Digesta'da, Ulpianus'tan naklen, gerek Edictum'un sonunda
bulduğumuz bu beyannamenin metni ve aşağı yukarı tercümesi
şöyledir:

«Qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in
quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata
vendenti causa fuerint, ita emptoribus tradantur, si quid
ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentis-
ve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexagin-
ta, morbi autem vitiiive causa inemptis faciendis in sex
mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint in anno iu-

(12) D. 21, 1, 1, 2 Ulp.

dicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit ut redhiberi debeat, indicium, dabimus, quo utrumque redhibeatur.» (13).

«İumentum yani binek ve taşıt hayvanları satanların, onlardaki hastalık ve ayıpları alenen bildirmeleri lâzımdır. Hayvanları satmak için onlara iyi koşumlar takmışlarsa bunları da müşteriye teslim edeceklerdir. Bunlar yapılmamış ise, koşumların verilmesi veya koşumlar yüzünden hayvanların iadesi için altmış gün içinde, hastalık ve ayıp halinde de akdin feshi için altı ay zarfında ve yahut da satış bedelinin tenzili için bir sene içinde dâva vereceğiz. Eğer bir çift hayvan satılmış ve birinde iadeyi mucip sebeplerden biri varsa her ikisinin de iadesi için dava tanıyacağız.»

Bu beyanname hayvan satıcılarını vitium ve morbus denilen hastalık ve sakatlık gibi fizik ayıpları bildirmekle mükellef tutuyor. Bidayette yalnız iumentum'lar için yapılan bu beyanname sonradan bütün hayvanlara teşmil edilmiştir (14). Gerek köle, gerek hayvan alım satımlarında nelerin hastalık, sakatlık sayılacağı meselesi de klâsik hukukçular arasında çok münakaşa edilmiştir. Nitekim köleler için «febris» denilen ateşli hastalıklar veya kölenin kör, dilsiz olması akdin feshini mucip ayıplardan telâkki ettiği halde «febricula» denilen hafif ateşli hastalıklar, bir parmağın veya dişin eksik olması reddi mucip ayıp sayılmıyordu (15).

Hayvanlara dair beyannamenin köleler hakkındaki beyanname den ayrıldığı en mühim nokta: Müşteriye iki dâva tanınmış olmasıdır. Her iki beyannamde de kölede veya hayvanda ayıp bulan müşteri altı ay içinde actio redhibitoria, akdin feshi dâvasıyla köleyi veya hayvanı iade eder. Fakat hayvanlara dair beyannamede müşteri isterse bir sene içinde maldaki ayıp nisbetinde semenin tenzilini dâva ve malı muhafaza eder. Bu dâvaya actio quanti minoris deniyor. Bunu kölelere dair beyannamede görmemiştik.

(13) O. Lenel. op. cit. S. 565 §. 294.

(14) Bu beyannamenin diğer hayvan alım satımlarına teşmili dahi Labeo zamanında yapılmış bulunuyordu. Bak: R. Monier, op. cit, S. 47.

(15) D. 21, 1, 1; 7 ; Ulp; D. 21, 1, 4, 6 Paulus;

D. 21, 1, 6, 1; Ulp.; D. 21, 1, 9 Ulp;

D. 21, 1, 10 pr. 2, 3 Ulp.;

D. 21, 1, 11 Paulus.

Modern romanistlerin ekserisi hayvan satışlarını tanzim eden beyannamede tanınan semenin tenzili dâvasının o tarihten itibaren köle satışlarına da tatbik edildiğini ileri sürüyorlarsa da, Monier, *actio quanti minoris*, semenin tenzili dâvasının hakikatte hiç bir zaman klâsik devirde mevzu bahis olmadığını, bunun hattâ beyannamenin metnine dahi interpolatio yoluyla Justinianus devrinde ilâve edildiğini ileri sürmektedir. Monier'ye göre *aedilis*'ler beyannamelerinde yalnız akdın feshine müteallik bir *actio redhibitoria* tanımışlardır (16).

Bundan başka *aedilis*'ler katiyetle tâyin edilemeyen bir tarihten itibaren köle satıcılarını, sattıkları kölede ayıp bulunmadığına dair müşteriye stipulatio yoluyla teminat vermeğe mecbur tutuyorlar (17). Son senelerde Mısırda bulunan papirüslerin de gösterdiği gibi bu nevi stipulatio'lara çok müracaat olunuyordu. Satıcı bu stipulatio ile kölede ayıp çıktığı takdirde müşterinin maruz kalacağı zararı ödemeyi taahhüt ediyordu. Kendisine böyle bir teminat verilmiş olan müşteri de yeni bir imkân elde ediyor, *actio ex stipulatu* denilen stipulatio dâvasıyla zararını satıcıya tazmin ettirebiliyordu.

Aedilis'ler tarafından vazedilen, satıcı aleyhine müşteriye korumak gayesini güden bu esaslar yalnız köle ve hayvan alım satımları için konmuştu. Sonraki devirlerde bu prensipler bütün alım satım ara teşmil edilmiş ve bu suretle *ius civile*'nin prensipleriyle *ius honorarium*'un yani *aedilis*'lerin prensipleri mezcedilmiştir. Fakat bu umumileştirme hareketinin ne zaman cereyan ettiği katiyetle tâyin dilemiyor. Monier ve diğer bazı romanistler (18) bunun yalnız Justinianus devrinde interpolatio yoluyla yapıldığını söylüyorlar. Nitekim *Digesta*'nın 21 inci kitabının birinci faslıının baş kısmında *aedilis*'lerin beyannamesinin bütün satışlara tatbik edileceğini bildiren cümlelerin interpolatio ile tadil edilmiş olduğu bugün katiyetle ispat edilmiş ise de umumileştirme hareketinin tarihi yine meçhul kalmaktadır.

Roma hukukunun inkişafının son merhalesinde Justinianus hukukunda ayıplı mal ile karşılaşan müşteriye bugünkü hukuklarda da cari olan imkânlar verilmiştir. Justinianus devrinde cari olan bu

(16) R. Monier; op. cit, S. 170 - 185.

(17) R. Monier; op. cit, S. 87 - 109.

(18) Bak: R. Monier, op. cit; S. 161 ve m. De Senarclens; L'extension de l'édit des édiles aux ventes de toute espèce de, choses; R. H. D. 1927; S. 395 ve m.

hükümler bütün alım satımlara tatbik edilmektedir: Müşteri dilerse altı ay içinde *actio redhibitoria* ile bey' akdinin feshini talep eder, malı geri verir ve semeni ister. Eğer malı muhafaza etmek istiyorsa bu takdirde bir sene içinde *actio quanti minoris* veya *acti aestimatoria* denilen semenin tenzili dâvasını açar, malda ayıp dolayısıyla mevcut olan kıymet noksanını ister. (Hâkim burada tamamiyle *subjectif* zaviyeden kıymet takdir eder. Müşterinin o şeye verdiği para ile onun ayıbını bilmiş olsaydı, vereceği fiyat arasındaki farkın ödemesini karar altına alır). Müşteri bu iki dâvayı, bâyi, malda ayıp olduğunu bilse de bilmese de açar. Yani gizli ayıplar halinde de bunlar kullanılır. Nihayet müşterinin elinde sonuncu bir imkân daha vardır. Eğer bâyin hilesi, dolu'su varsa, müşteri hiçbir müd.ete bağlı olmaksızın bütün zararlarının tazmini için alım satım akdinin dâvası olan *actio empti'yi* ikame edebilir. Roma hukukunda gördüğümüz bütün bu imkânlar bugünkü hukukumuzda da mevcuttur.

Modern hukukların Roma hukukundan iktibas ettikleri hukukî prensip şudur: Müşterinin maldaki ayıplardan dolayı, teslim edilmiş şeyin ayıpsız, sağlam bir şeyle değiştirilmesini istemeğe hakkı yoktur, ancak akdin feshini veya semenin tenzilini (yani akdin tadilini) isteyebilir. Bu prensipin dayandığı hukukî sebep satıcının ancak satılan şeyi teslim ile mükellef olduğu esasıdır. Satıcı o şeyi teslim etmekle kendisine terettüp eden ödemi ifa etmiştir. Satıcının ayıplardan dolayı mes'uliyeti bir ödemi ifa borcuna (akdi ifa borcuna) değil, fakat bir teminat, tekeffül borcuna dayanıyor. Bu tekeffül her ödemin ifasında olduğu gibi bir neticeyi meydana getirmek mecburiyetini koymuyor; fakat muayyen bir vaziyetin mevcut olup olmasından dolayı mes'uliyeti mucip oluyor.

Fakat Borçlar Kanunumuzun 203 üncü maddesinden anlaşıldığı gibi bu hükümler yalnız parça (*species*) alım satımlarında (ferden tâyin edilmiş eşya alım satımlarında) *caridir*. Nevi satışları hususunda Borçlar Kanununun 70 inci maddesinin umumî hükmü tatbik edilir; yani borçlu, mutevassıt vasıftan aşağı vasıfta bir şey veremez, öyleyse ayıpsız bir şey vermekle mükelleftir. Eğer nevi üzerine yapılan satışta mal ayıplı ise, demek ki borçlu vasat dereceden aşağı bir mal vermiştir ve bu sebeple borcunu ifa etmemiş sayılır ve 203 üncü madeye göre müşteri malın ayıptan âri misli ile değiştirilmesini isteyebilir. Bu hüküm *Pandekt hukuku* denilen modern, müşterek Roma hukukundan gelmektedir. Roma hukukunun, bu

prensipi tanıyıp tanımadığı şüphelidir. Hattâ klâsik hukukçuların nevi alım satımlarını umumî alım satım hükümlerine tâbi tutup tutmadıkları dahi el'an münakaşalıdır. Bununla beraber, maldaki ayıplardan dolayı mes'uliyete dair esas prensipler Roma hukukundan gelmektedir.

Roma hukukunda olduğu gibi bugünkü hukukumuzda da satıcı gizli ayıplardan dahi, yani kendisinin bilmediği ayıplardan dahi mes'uldür. Borçlar Kanununun 194 üncü maddesinin son fıkrasına göre «bâyi bu ayıpların mevcudiyetini bilmeseyse bile anlardan mes'uldür».

Keza bugün de bâyi, Roma'da olduğu gibi mebi'n ayıplarından mes'ul olmakla beraber mebiin zikir ve vâdettiği vasıflarını da mütekeffildir. Borçlar Kanunumuzun müşteriye tanıdığı dâvalar da Roma hukukundakilerdir. Müşterinin elinde iki imkân vardır, isterse akdin feshini dâva eder. Bu Roma'daki actio redhibitoria'dır; isterse malı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzilini dâva eder. Bu da Roma'da gördüğümüz actio quanti minoris veya actio aestimatoria'dan başka bir şey değildir. Hattâ bu dâvaların ikamesi için Roma'da cari kısa müdetler esası da bugünkü hukukumuzda kadar gelmiştir. Ancak, Borçlar Kanunumuz her iki dâva için aynı müddeti, yani bir senelik müddeti kabul etmiştir. Bu bir senelik müddet Romada semenin tenzili dâvası halinde cari idi. Halbuki Ticaret Kanunumuz (madde 717) fesih dâvasının müddeti olan altı aylık müddet esasına uymuştur.

Bugünkü hukukumuzdaki ana prensipler Roma hukukundan geldiği gibi, daha hususî mahiyetteki hükümlerin de yine aynı menşeden geldiğini görüyoruz. Nitekim Borçlar Kanunumuzda bey' akdinin feshi halinde cari olacak esasları tesbit eden maddeler de Roma hukukunun hükümlerini nakletmektedir.

Ezcümle Borçlar Kanununun 205 inci maddesine göre «bey' feshedilince müşteri bâyie mebi ile beraber ondan istihsal ettiği menfaatleri iade etmekle mükelleftir». Aynı esas aedilis'erin köle satışlarına dair beyannamelerinde mevcuttur. Müşteri satın aldığı köle dolayısıyla iktisap ettiği menfaatleri, semereleri ve meselâ kadın kölenin doğurduğu çocuğu satıcıya vermekle mükelleftir (19). Keza

(19) Bak: edictum de mancipiis vendundis D. 21,1, 1, 1, Ulp: «... sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quod aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat...»

satıcının semenle birlikte faizleri de ödeyeceği esasını da Roma hukukunda görüyoruz. Nitekim Ulpianus (D. 21, 1, 27.) «pretium et usuras eius» semen ve onun faizlerinden bahsetmektedir. Keza satıcının yapılan masrafları ödeyeceği esası da yine Roma menşelidir.

Bundan maada Borçlar Kanununun 204 üncü madesine göre meblihin ayıp veya beklenmedik hâdise dolayısıyla ziyayı halinde fesih dâvasının açılabilmesi kabul edilmiştir. Muvazi hükümler Roma'da da vardı. Paulus'un verdiği malûmata göre (D. 21, 1, 47, 1):

«Post mortem autem hominis aediliciae actiones manent.»

«Kölenin ölümünden sonra da aedilis dâvaları bakidir.»

Birden ziyade şeyin satışında bunlardan birinin ayıplı çıkması halinde tatbik edilecek esaslar Borçlar Kanunumuzun 206 ncı maddesinde teferruatıyla gösterilmiştir. Şeyler, müşteriye veya bâyie mühim zarar vermeden ayrılamıyorsa hepsi birden iade olunurlar. Bu esasın menşei de yine Roma hukukudur. Nitekim aedilis'lerin hayvan satışlarına dair beyannamelerine göre: bir çift hayvan satılmış ve biri ayıplı çıkmış ise her ikisinin de iadesi için dâva tanındığını görmüştük. Keza Ulpianus da, aedilis'lerin beyannamesine dair şerhinde (D. 21,1, 35): «Hasta olan köle yüzünden hasta olmyanlar da eğer bunlar büyük zarar vermeden ayrılamıyorsa, (si separari non possint), iade edilirler» diyor.

Bütün bu saydığımız ve Roma'dan geldiklerine işaret ettiğimiz hükümler hukukumuzun ne derecede Roma hukukunun tesiri altında kaldığını göstermektedir.

Bununla beraber, unutulmamalıdır ki, Borçlar Kanunumuz, diğer modern kanunlar, ve ezcümle Fransız ve Alman Medeni Kanunları karşısında, Roma hukukuna nazaran, mühim değişiklikler de ihtiva etmektedir. Bu farklı hükümler bilhassa satıcı lehindedir ve müşterinin vaziyetini güçleştirmektedir. Satıcı lehinde vazedilmiş olan bu değişiklikleri iki noktada topluyabiliriz. Her ikisi de Cermen hukukundan gelmektedir.

Bir kere kanunumuzun ayıplar hakkında vazettiği umumî hükümler hayvan alım satımlarına tatbik edilmemektedir. Borçlar Kanununun 195 ve 199 üncü maddeleri hayvan satışlarında satıcının mes'uliyetini çok hudutlamıştır. Bu mes'uliyet ancak yazılı teminat ve hile hallerinde caridir.

Gariptir ki Roma'da müşteri ilk defa hayvan alım satımlarında korunduğu halde bugün hayvan alım satımlarında korunmuyor. Cermen hukukundan iktibas edilen bu değişik esas İsviçre Borçlar Kanununa hayvan ticaretiyle meşgul olan köylüyü himaye gayesi ile vazedilmiştir. Fakat bu madde İsviçrede yalnız muayyen hayvanlara (at, merkep, katır, sığır soyu hayvanlarla koyun, keçi ve domuz) tatbik edildiği halde Türk vâzı kanunu hükmü umumî surette bütün hayvan alım satımlarında cari olmak üzere kabul etmiştir.

Borçlar Kanunumuzda yine Cermen hukukundan gelen ve satıcıyı koruyan diğer bir hüküm de Borçlar Kanununun 198 maddesinde vazolunan, müşterinin malı muayene ve ayıbı derhal ihbar mükellefiyetidir. Eğer müşteri bunu ihmal etmişse malı kabul etmiş sayılır. Bu suretle satıcı derhal vaziyetten haberdar olacaktır. Böylece satıcının mümkün olduğu kadar şüphede, muallâkta kalması önlenmiş oluyor. İşte bu bakımdan da kanunumuz birçok memleketlerin Medenî Kanunlarına nazaran daha ziyade satıcı lehinedir. Diğer bazı hukuklarda malı muayene mükellefiyeti yalnız Ticaret Kanunlarında mevcut olduğu halde İsviçre Borçlar Kanunu, Cermen hukukundan ve ticaret sahasından gelen bu prensipi umumî bir prensip olarak kabul etmiştir.

Bugünkü hukukumuzda, Roma hukukunun prensipleri, son işaret ettiğimiz hükümlerle satıcı lehine hafifletilmiş olmakla beraber, satılan maldaki ayıptan dolayı satıcının mes'uliyetini tanzim eden ana prensipler yine Roma hukukunun prensipleridir. Bu sebeple, bugünkü hükümlerin tarihi temelini teşkil eden Roma hukukunun bu sahadaki kaideleri aydınlatılmadıkça, hukukumuzun prensiplerinin de lâyıkiyle anlaşılmasına imkân yoktur.

Doçent Dr. Türkân Rado