

## Akit mefhumu etrafında incelemeler

Yazan : Ord. Profesör Esat ARSEBÜK

Hukukta akit nasıl bir inkışaf seyri takip etmiştir? Bu soru etrafında yaptığım tahliller bana açık fikir veremedi. Yapılan bir akit ilzamı kudretini nereden alır? Bu soruya GAIUS şu cevabı veriyor : “Borçlar bir kısmı akitten, diğer bir kısmı da suktan olmak üzere iki büyük kısma ayrılırlar” dedikten sonra akitten doğan borçların dört nevi olduğunu izah eder (1). Kezalik Justinien’in (Pandectes) inde aynı soru şu suretle cevaplandırılmıştır: “obligatio tabiatın veya hukukun tevhit ettiği bir taahhüttür ki bununla biz bir diğerine karşı bir şey vermek veya yapmak mecburiyetinde kalırız. Bir obligatio hukuk üzerine istinat edilmiş ise ona medenî borç deriz. Eğer borç nasafet esasına dayanıyorsa onun ismi medenî değil, tabii borçtur. Medenî borcun yerine getirilmemesi dâva hakkına vücut verdiği halde tabii borcun ifa edilmemesi borçluyu mahcup bir duruma düşürmekten başka bir netice vermez(2). Bu konu etrafında yıllardan beri zaman zaman çalışmaktayım. Ankara hukuk fakültesinde Roma hukuku derslerini okutan çok değerli alim Profesör Koşaker Satış akdine vücut veren muamelelerin sümerlerde evlenme akti olduğuna kanaat getirmişti. Bu alandaki tetkiklerini ikmal etmeden evvel irtihal etmesi hukuk ilmi namına teessüf edilecek bir şeydir.

Bu gün bir akdın meydana gelmesi için ne gibi kanunî şartlara ihtiyaç vardır? Bir akdın doğumu için lüzumlu olan şartlar, dördü müsbet ve ikisi menfî olmak üzere altıdır :

Müsbet şartlar — 1) Tarafların ehil olması ; 2) Karşılıklı ve yekdiğerine uygun surette iradelerin açıklanması; 3) İlete bağlı akitlerde illetin vücudu; 4) Şekle tabii akitlerde şekle riayet edilmiş bulunması.

Menfî şartlar — 1) Akit mevzuunun BK. nun 19 ve 20 inci maddelerine aykırı olmaması; 2) iradede fesadı mucip sebeplerden birinin bulunmaması. İşte bu şartları haiz olan bir akit muteberdir, yani taraflara karşılıklı mükellefiyet tahmil eder.

Biliyorsunuz ki Fransızcadaki “Contrat” tabirini biz akit ve “Con-

(1) Institutes de Gaius, traduit et commenté par M. L. Domenget Paris, 1886, p. 347.

(2) Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre par R. J. Pothier, Tome: 22, page 241.

vention" tabirini de mukavele (anlaşma) şeklinde ifade ederiz. Her akit bir mukaveledir ; fakat her mukavele bir akit sayılmaz. Akit olabilmek için borç ihdas edecek şekilde irade beyanının bulunması lâzım gelir.

Akitler etrafında yürütülen nazariyeler iki esaslı kısma ayrılırlar : **Birincisi** akdın teşekkülüne dair olan kısım ki BK. nunumuzun 1 - 40 inci maddelerinde temas edilmiştir. **İkincisi** ise akdın hükümlerine ve ifasına dairdir : BK.nunun 67 ve onu takip eden maddeleri bu kısma müteallik hükümlerden bahseder .

Akitlere hakim olan esas prensip şudur: "Akitler, kanunlarını tarafların anlaşmasından ahrlar". Kaynağını insan zekâsından alan bu prensip ilk defa Roma hukukçusu Ulpian (170 - 228) tarafından formüle edilmiş (3) ve daha sonra Fransız Medeni Kanununun 1134 üncü maddesinde en olgun şeklini almıştır : Kanunen muteber şekilde yapılan akitler bunları yapanlar hakkında kanun hüküm ve kuvvetini haizdir (4). Eski Hukuk usulü muhakemesi Kanunumuzun 64 üncü maddesi meşrutiyetin ilânından sonra tadil olunmuş ve bu prensip oraya da ilâve edilmişti. Hukuk muhakemesi usulü Kanununun 64 üncü maddesi aynen şöyle idi :

"Kanunen ve nizamem memnu ve adabı umumiyeye mugayir ve asayiş umumiyeyi muhil olmıyan ve şeraiti kanuniye ve nizamiyeye muvafik olan mukavele senetlerinin ahkâmı mer'i ve muteber addolunur. Fakat bu misillü mukavelat yalnız akdi imza edenler hakkında muteber olup imzası olmıyanlara şumulü olamaz. Ve aharın hukuk ve menafiine tecavüz etmez."

Maddenin 28 Nisan 1330 tarihinde tadil edilen şekli :

1 — Kavanin ve nizamâtı mahsusâ ile memnu ve adap ve intizamı umumiyi muhil olmıyan ve ahvali âkdeyn gibi ahvali şahsiyeye ve irs ve intikale ve nükut ve akarâtı mevkufenin ve emvali gayri menkulenin tasarrufuna müteallik kavâit ve ahkâma muhalif bulunmıyan bilcümle mukavelat ve teahhüdât ahkâmı akitler haklarında mer'i ve muteberdir ; şu kadar ki maküdünaleyh mümkünülhusül değılse butlan iddiası mesmudur.

2 — Malı mütekavvım olan her şey maküdünaleyh olabilir. Alelilak tedavülü mütearef olan ayan ve menafii ve hukuk mali mütekavvım hükümdededir. Atiyeen mevcut olacak eşya üzerine akteedilecek mukavelât dahi muteberdir.

3 — Mukavelenin nukatı esasiyesi hakkında âkdeynin muvafakatlari hasıl olduğı takdirde nukatı feriyeye meskütünanah kalmış olsa bile akit tamam olmuş addolunur. Nukatı feriyeye hakkında muvafakatı tarafeyn

(3) Contractus legemese conventionne accipiunt.

(4) Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

hasul olmadığı surette mahkeme için mahiyetini nazarı dikkate alarak nu-  
katı mezkûreyi tayin eder.”

“Tertibisani düstur : C. 6. S. 653”. Vakıa bu usul kanunda yer alacak  
bir hüküm değildi. Fakat mecelle tarafların iradesine bu derece şümüllü bir  
kıymet vermediği cihetle, hükmün mecelleye konulması, bir çok maddele-  
rinin değiştirilmesi ile mümkün olabilecekti. Bu ise kolay bir iş değildi. Bu  
sebepten mecellede yazılı fesat sebeplerinden hiç olmazsa bir kısmının bu  
suretle ortadan kaldırılması yoluna gidilmişti. Şimdi bir sual hatıra gele-  
bilir. : “duyun emsaliyle kaza olunur” kaidesi mecellenin bir çok maddeleri-  
ne hakim olan bir prensiptir. Altın şartı bahsinde bu meseleye bilhassa  
temas etmiştim (5). Bir ecebi parasının semen ittihaz olunmasını kabul  
eden ve böylece tarafların iradesini memleket parasını koruma kaygusu-  
nun üstünde tutan bir hükümden kodsivilin 1134 üncü maddesindeki esas  
istidlâl edilemez mi?

Bu sual zahiren yerindedir. Fakat bu kaidenin asıl manasına nüfuz  
ederseniz bu yoldaki bir istidlalin hiç bir suretle doğru sayılamıyacağını  
kabul zorunda kalırsınız. “Duyun emsaliyle kaza olunur” demek “borçlar  
ancak takas yoluyla ödenir” demektir. Çünkü mecelleye göre para gibi mis-  
li borçların hakikaten edaları tasavvur edilemez. Eda olabilmek için al-  
nan para veya diğer misli şeyin aynen geri verilmesi lâzım gelir. Halbuki  
ödünc, istihlâk için alınmış misli bir şeydir. Meselâ ariyet alınan veya gas-  
pedilen bir mal aynen ödenir. Karz misliyle ödenir. Çünkü meselâ para borcu  
zimmette sabit bir vasıftır. Şu halde borçlu kendi zimmetindeki paraya ö-  
derse onun da alacaklı zimmetinde sabit bir hakkı meydana gelir ve  
böylece her iki alacak takas yoluyla itfa edilir. İşte bu sebebe binaendirki  
bir kimse nikel para istikraz eder ve karşılığını altın olarak ödiyeceğini  
derse bu şart batıl olur. Demekki islâm hukukuna göre borçlanılan şeyin  
aynını vermek eda, mislini vermek kazadır. Görüyorsunuzki zahiri benzer-  
liğine rağmen “duyun emsaliyle kaza olunur” kaidesi, kodsivilin 1134 üncü  
maddesine tam bir istisna teşkil eder (6).

Şimdi bahsimize dönelim. Yapılan bir akit etrafında üç ihtimal tasav-  
vur edilebilir :

(5) Arsebük: Borçlar Hukuku, s. 82.

(6) Eda vacibin aynını, kaza mislini müstahıkkına vermektir. Meselâ, islâm  
dininde namaz vakitfe mukayyet olan dind bir borçtur. Akşam namazı günün mu-  
ayyeti bir saatinde kılınmak lâzımgelir. İşte o müayyen müddet içinde kılınan  
namaz eda edilmiş demektir. Vakit geçtikten sonra kılınan namaz artık eda ol-  
maz; belki kaza sayılır. Merhum Büyük Haydar Efendi, Usulü Fıkıh Dersleri,  
sahife: 73.

**Birinci ihtimal Taraflar,** işin mahiyetine ve nev'ine göre ya bir defada veya muhtelif zamanlarda karşılıklı olarak akdin hükümlerini yerine getirmeleridir. Burada akdi alâka normal neticelerini meydana getirmek suretiyle tabii seyrini takip etmiş ve nihayete ermiş olur. Biz bu ihtimale temas edecek değiliz.

**İkinci ihtimal Taraflar** arasındaki akdi ittisal ihlal edilmiş (BK. 96 ; 101, 117) veya ihlal edilmek ihtimalleri belirmiştir. (BK. 82). Buda iki suretle meydana gelebilir : 1) ya borçlunun hilesi veya kusuru bu hale sebebiyet verir ; bu takdirde borçlu üzerinde ne gibi bir tazyik vasıtaları kullanabiliriz? Meselesiyle karşılaşırız. 2) Yahut borçlunun hiç bir kusuru olmaksızın akdin hükümleri meydana gelemez, bu takdirde hukuki ittisal BK. numuzun 117 inci maddesindeki tabirle borçluya isnadı mümkün olmayan bir sebeple ihlal edilmiş demektir. Borçlunun şahsiyeti dışında kalan bu sebep ya akdin icrasını imkânsız kılar yahut icrayı uzun veya kısa bir müddet için geciktirir. Bir müessesede temsil vermeği taahhüt eden bir artistin ölümü ve hastalanması halinde olduğu gibi burada hasar nazariyesine (Théorie des risques) temas etmiş oluruz.

**Üçüncü ihtimal** akdin icra edilmemesi borçlunun sui niyetinden veya mücbir sebepten ileri gelmez; belki akit yapıldığı sırada hatıra gelmeyen bir sebep borçluya ilk tahminden çok fazla ve ağır bir külfet tahmil eder. Yani akit pek büyük fedakârlıklar pahasına icra edilebilen bir durum almıştır. Borçlunun şahsiyeti dışında kalması bakımından mücbir sebebe, ifanın - ağır fedakârlıklar pahasına da olsa - mümkün olması bakımından borçlunun sui niyetine yaklaşan bu ihtimal ilk iki ihtimalden tamamen ayrı ve müstakildir. Bir misal bize durumdaki hususiyeti kolayca anlatabilir : Bir tacir bir diğerine karşı her hangi mal teslimini taahhüt ediyor. Bu mal yabancı memleketlerden veya Türkiyenin uzak yerlerinden getirilecektir. Akit yapıldıktan sonra bu ikinci cihan harbinin patladığını farzediniz : Taahhüde girildiği sırada kolaylıkla ifası mümkün olan eda mevzuu, harp sebebiyle ifadaki eski kolaylığını gaip etmiştir. Nakil vasıtaları artık eskisi gibi hususi fertlerin emirlerine kolaylıkla tahsis edilemiyor ; yabancı memleketlerden mal ithali basit bir iş olmaktan çıkıyor ve bunların neticesi olarak da malın kıymeti her türlü tahminin fevkinde yükseliyor. İşte görüyorsunuz ki burada tam manasiyle mücbir bir sebep karşısında değiliz. Çünkü bu tacir müşterisine karşı giriştiği taahhüdü yerine getirebilir. Fakat bu husustaki hüsnüniyeti kendisini iflâsa ve binaenaleyh ticaretini terke sürükleyeceği de meydandadır. Eğer taraflar akdi yaparken bu ihtimali göz önüne getirmiş olsalardı hukuki bakımdan mesele sadeleşirdi. Filhakika "Harp zuhuru halinde mukavele hükümden düşecektir" yolunda konulan bir kayıt, tarafları yalnız hukukan değil, ahlâkan da

bağlar. Fakat böyle bir kayıt konulmaz veya harp zuhuru halinde mukave-  
lenin icra edileceği tasrih olunursa tarafların hukuki durumu ne olacaktır?  
Çünkü dünün harbi bugünün harbi değildir. Dün sınırlar bölgesinde inhi-  
sar eden savaş bugün bir cüz'i şayi gibi memleketin her tarafına sari bu-  
lunuyor. Şu halde mana ve şumulü dünün tecrübelerine göre anlaşıldığı  
tabii bulunan harp kaydının yıkıcı, ezici yeni savaş metodları karşısında  
alacaklıya ne dereceye kadar bir hak bahşedeceği de pek haklı olarak so-  
rulabilir? Kaldı ki tetkik etmekte olduğumuz durum yalnız savaş zuhuru  
halinde meydana gelmez ; para kıymetlerinin düşmeside Milletlerarası iş  
münasebetlerinde büyük tesirler gösterir. Bu gibi hallere karşı hukuka  
alınabilecek himaye tedbirleri nelerden ibaret olabilir? Eski ve yeni mev-  
zuatımızı gözden geçirelim.

1 — 1295 tarihli hukuk usulü muhakemesi Kanununun 127 inci mad-  
desi şöyle bir hükmü ihtiva eder : "Medyunun zarardide olup da şahiden  
bir hali müzayakada bulunduğu tahakkuk ve tebeyyün ettiği ve tediye  
deyn için kendisine bu halden dolayı mutedil bir mehil itası mahkemece  
münasip görüldüğü halde de asıl davanın hükmüyle beraber verilecek meh-  
lin miktar ve sebepleri de ilâma deroculunur" Fakat borçluya her zaman  
böyle bir mehil verilemez. Filhakika aynı Kanunun 128 inci maddesine  
göre "borçlunun malı diğer alacaklılar tarafından sattırılmış veya borç-  
lunun iflâsına karar verilmiş veyahut borçlu firar etmiş veya alacaklısı-  
na verdiği teminata halel getirmiş ise borçluya böyle bir mehil verilemi-  
yeceği gibi verilmiş olan mehilden de istifade ettirilmez." Görülüyorki bu-  
rada para borçlarına münhasır olan bir hususiyet vardır ve bugünkü hu-  
kuk terimleriyle işbu hususiyet şu suretle ifade edilebilir: Mahkeme borç-  
lunun iyiniyet sahibi olduğuna ve kendi kusuru olmaksızın müzayaka hali-  
ne düştüğüne kanaat getirirse mahkûmiyetine dair vereceği kararla bir-  
likte hiç bir talep sebketmese dahi ona bir mehil verebilir. Demekki aşıl-  
ması müşkül olan bir mania karşısında hakim ancak akdi alâkadaki buh-  
ranı teskin edici bir tedbire baş vurma yani borçluya yeni bir mehil ver-  
mek suretiyle yapılmış olan akdi tadil edebilecektir. Fakat eski Kanunu-  
muzun tatbikatına göre bu hal yalnız bedelin ödenmesinde nazara alınmış  
ve taahhüt olunan şeyin tesliminde bu maddeye hiç yer verilmemiştir.

2 — Mecellenin 241 inci maddesine göre : "Kuruş üzerine pazarlık  
olundukta müşteri rayiç olan meskukâtın memnu olmayan neviinden ve-  
retilir". Bu maddenin etkisi dolayısıyla mecellenin şarihi Ali Haydar  
Efendi merhum (ruhsa) yani para kıymetinin düşmesi meselesine temas  
etmiş ve şu mütalâayı ileri sürmüştür: Alehtlak kuruş üzerine satış ya-  
pıldıktan sonra meskukât nevilere bazısı ziyade, bazısı az ve bazısı  
orta bir halde ruhs bulsa müşteriye semen mebi orta bir halde ruhs bu-

lan meskûkâttan eda ile emrolunur. Çünkü zarar bikaderilimkân defolunur; yani zararın bir miktarı müşteriye ve bir miktarı dahi bayie tahmil ve böylece adalet muhafaza edilmiş olur. Bu mütalâa BK.nun 70 inci maddesindeki esasın semene tatbikinden başka bir şey değildir.

3 — **İcra ve İflâs Kanununun 317 ve onu takip eden maddelerinde :** Bazı hallerde muayyen mntaka borçlularına icra vekilleri heyeti kararıyla fevkalâde mühlet verilebileceğinden bahseder. Lisans kurlarının mevzuuna giren bu mesele üzerinde durmağa lüzum görmüyorum.

4 — **BK. nunun bir çok maddeleri muhik olan veya mucabi akdin icrasını tahammül edilmez bir hale sokan sebepler hudusunda taraflara akdi fesih selâhiyetini tanımıştır.** Madde: 262, 264, 340 ve müteakip 344, 555 sf. Fakat mevzuumuzu ilgilendiren en esaslı madde hiç şüphesiz 365 inci maddenin 2 inci fıkrasıdır. Çünkü bu fıkraya göre hakim takdir hakkına dayanarak taraflar arasındaki akdi ittisali tadil veya feshedebilir.

Hangi tip akitlerde tadil bahis mevzuu olabilir? Tetkik konumuzu sınırlandırabilmek için bu sorunun cevabını vermeliyiz.

Bir kerre akitler ıvezeli veya ıvezesiz olmak üzere ikiye ayrılırlar; ıvezesiz akitlerde ifanın güçleşmesi, hibe taahhüdünde bulunmuş olan kimseye rucu yani taahhütten cayma imkânını verir; bu, kanunun tanıdığı bir selâhiyettir. (BK. 245). Bu itibarla tetkikatımızın ıvezeli akitler etrafında cereyan etmesi tabiidir.

Bundan başka ıvezeli akitleri de ikinci bir tasnife tabi tutabiliriz. Akitler ya bir defada veya uzun bir müddet zarfında icra edilirler. Peşin para ile satış evvelkisine, kira ikincisine misaldir. Fihakika peşin alış ve satışlarda taahhütlerin karşılıklı olarak yerine getirilmesi ile taraflar kasettikleri menfaata kavuşmuş olurlar. Fakat kirada hiç de böyle değildir. Çünkü kiralanan şeyin menfaatını elde etmek zamana bağlıdır. Burada mal sahibi kira devam ettiği müddetçe (aylarca veya senelerce) mercurun intifasını maksut olan menfaata hâlel getirmeksizin kiracıya bırakmak zorundadır. Buna mukabil kiracının da intifa karşılığını zaman zaman mucire ödemesi lâzım gelir. Görüyorsunuzki temadi eden her akit tarafların basiretine dayanır ve böylece istikbale hakim olur. Ancak BK. nunumuzun 70 inci maddesi normal bakımdan bir defa da icra edilmesi lâzım gelen akitlerin temadi eden bir akde inkilâp edebileceğine işaret eder: ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir. T. K. Madde: 657. Semeni muhtelif vadelerde ödenecek olan kredili satışlarda bu ihtimal ile karşılırsınız (vente à tempèrament) görülüyorki kaideten bir defada icrası lâzım gelen bir akit, kredi şartının ilâvesi neticesinde temadi eden bir akit mahiyetini alıyor. Meydana getirdikleri hukuki neticeler ba-

kımından temadî eden akitlerin ehemmiyetleri büyüktür. Biz bu neticelerden bilhassa akdi ittisalin tadiline temas edenler üzerinde duracağız. Yani ifanın tecili, akdin hükümsüzlüğü veya akit hükümlerinin yeni baştan tanzimi. Bu noktaları tesbit etmekle çok bir şey yapmış olmuyoruz. Çünkü karşımıza derhal şu sualler çıkar:

1 — Acaba akdi ittisalin söylediğimiz şekillerden biriyle tadili akdin cevherinden doğan bir şey midir? Yoksa akitteki hastalığın tedavisi için baş vurulan istisnai çarelermidir? 2 — Tadilin hükümleri akit yapıldığı zamana mı yoksa tadilden sonraya mı şamil olacaktır? 3 — Bu tadil kanun vazına mı yoksa hakime mi aittir? Ve taraflardan birinin ve belki de her ikisinin isteklerine uymayan tadil edilmiş bir akit teknik manadaki akit karakterini muhafazada devam edecektir? İşte üzerinde durulmaları lâzım gelen bir takım sualler.

Bu sualler, tetkik mevzuumuzun, teknik meselelerinde fevkine yükseldiğini gösterir. Filhakika bu sualler bizi hukuk bakımından akitlerin ilzamî kuvvetlerini hangi kaynaktan aldıkları meselesine götürmektedir. Demek ki taraflardan birinin arzusuna rağmen bir akdin hükümlerini tecil etmek veya akdi hükümden düşürmek veyahud da tarafların karşılıklı iradeleriyle kararlaştırılan hükümlerde değişiklikler yapmak suretiyle akdi ittisalin tadili mümkün müdür? sorusu akitlerin ilzamî kuvvetleri için göstereceğimiz kaynağın mahiyetine göre cevaplandırılır. Çünkü meselâ akitler ilzamî kuvvetlerini tarafların iradelerinden alırlar dersek sualimize vereceğimiz cevap tabiatıyla menfi olacaktır.

Meseleyi mücerret sahadan kurtarmak için grev hâdisesini ele alalım. Grev iş akdinin tecilimidir? Yoksa akdin hükümsüzlüğünü intaç eden bir sebep midir? Fransız Temyiz mahkemesi evvelce grevi akdi ittisale nihayet veren bir sebep olmak üzere kabul etmişti. Kırk senelik bir tatbikattan sonra bu içtihadı karşı yeni bir takım düşünceler belirdi. Bazı müellifler ve bunları takiben bazı münferit mahkeme kararları grev veya lokavt (Lock-out, birine kapıyı kapamak) hâdisesini değil belki bu hâdiseyi doğuran sebepler ve bilhassa alâkalıların işbu hâdiseye vermek istedikleri şumul üzerinde durmağa başladılar. Çünkü grev kollektif hâdiseydi. Halbuki hukuk, akitleri umumiyetle ferdi olmak bakımından tetkik ediyordu. Satıcı, alıcı, kiracı, mal sahibi, işçi, iş sahibi gibi. Bu yeni görüş grevi daima aynı hükmü tevhit eden bir hâdiseyi olmaktan çıkarmış ve Fransız temyiz mahkemesi de hâdiselerin zoriyle eski içtihadını değiştirmiştir.

Fransız medenî kanununun neğri sıralarında “akde ilzamî kuvveti veren tarafların iradesidir”, fikri o derece hakim idi ki buna itiraz etmek hiç kimsenin aklından geçmiyordu. Esasen bundan evvel temas ettiğimiz

1134 üncü madde de kullanılan (kanun) kelimesinin mutlak bir mânayı haiz olduğu dahi meydanda idi. Yani yapılan akit yalnız tarafları değil hakimi de bağlardı. Halbuki Fransız Medenî Kanununun neşrini müteakip akit serbestisi hukukçular aleminin büyük taarruzlarına uğradı. İlk zamanlarda bu itirazlar teknik mahiyeti haiz idiler. Çünkü irade prensibine bağlı kalmakla beraber tarafların iradelerini kontrol altına almak lüzumu ileri sürülüyordu. Filhakika açığa vurulan iradeye mi yoksa hakiki iradeye mi kıymet verilmelidir meselesi bu taarruz alanında muvafakiyetle atılan ilk adımdır. Çünkü borçlar kanunumuzun kabul etmiş olduğu sistem henüz bulunmamıştı; ve hakimin de nihayet bir insan olduğuna göre hakiki iradeye kesin olarak nüfuz etmesi her halde beşeri imkânlar dışında kalmağa mahkûm olan bir şeydi. Fakat ne olursa olsun üzerinde durulması lâzımgelen bir tereddüt noktası bulunmuş oluyordu. Bu hal hukukta iki mühim nazariyenin inkişafına sebep oldu: a) irade nazariyesi b) beyan nazariyesi. Her iki nazariye dahi -gariptir- irade hakimiyetini teyide müncer oldu.

Kategoriler nazariyesi de aynı gayeyi istihdaf eden bir itirazın konusunu, teşkil etmekte idi. Bu nazariye şu fikre dayanıyordu. Fransız Medenî Kanunu bir takım akit tipleri tesbit etmiştir. Bu tiplerden dilediklerini seçmek ve hattâ bir kaç tip akdi tek bir anlaşma mevzuu yapmak, her hangi tip akitten diğerine intikal etmek tarafların serbest iradelerine bırakılmış olan bir şeydir. Fakat bu tiplerden her biri muayyen bir hususiyeti haizdirler. Meselâ bir menkul malın satışı hâdisesini ele alalım. Burada akdin üç esaslî hususiyeti bulunduğunu görürüz. 1 — Akit mülkiyet hakkının devrini istihdaf eder. 2 — Fakat mülkiyet hakkı ancak teslim ile devredilebilir. 3 — Bu hakkın müşteriye aidiyeti teslimden sonra başlar. Şu halde mülkiyet hakkını müşteriye devretmeyen veya bu hakkı teslimden meselâ bir sene evveline irca eden bir satış yapılamaz. Kira, satış, hibe vesaire hep kanunda kendilerine izafe olunan hükümleri meydana getirmelidir. Tarafların hibeyi satış, kirayı hibe şeklinde ifade etmelerine veya bu akitlerin hükümlerini meydana getirmelerine mani olacak kayıtlar koymağa selâhiyetleri yoktur.

Fransız Medenî Kanununa göre akitler hiç bir şekle tabi değildirler. Çünkü irade hakimiyeti akdin yalnız mevzuuna taalluk etmez, iradenin izhar şekillerinde de bu hakimiyet caridir. Fakat görülen zaruretler yavaş yavaş akitler sahasında da formalizme yer verdi. Bu suretle kanun bazı akitlerde iradenin tezahürüne adeta bir nevi rehberlik etmiş oluyor; onu vesayet altına almış bulunuyordu. İzhar olunan bir irade kanunun aradığı şekle bürünmemiş ise hüküm tevhit etmiyecekti. İşte irade hakimiyetine karşı indirilen en karakteristik darbe bu olmuştur.



Ve nihayet Fransız Medeni Kanununun "Amme intizamını ve adabı ilgilendiren kanunlara hususi anlağmalarla muhalefet edilemez" yolundaki 6 ncı maddesi irade hakimiyetini zamanla esaslı surette tahdit eden bir prensip mahiyetini aldığına şahit oluruz. En tabii bir fikrin ifadesi olan mütevazı madde, siyasi ve iktisadi değişikliklerin tesiri ile kazai içtihat sahasında çok büyük bir inkişafa mazhar oldu. Nasıl ki 19 uncu asırda kol kuvvetinin bir yardımcısı olarak ortaya çıkan makine, zamanla insanları kendi hükmü altına alacak bir gelişme göstermiştir, aynıyle bunun gibi Amme intizamı fikri de hukuki muamelelerin her sahasına dev adımlarıyla nüfuz eden irade hakimiyetini kökünden baltalayan korkunç bir esas halini almıştır. Bunun sebebini amme intizamı fikrinin gittikçe içtihat nizam fikrine yaklaşmasında ve nihayet her iki fikrin aynı kavram ifadesi haline gelmesinde bulabiliriz. Çünkü mübadeleyi istihdaf eden akitlerde ıvezler arasındaki adaletsizliğe meydan verilmemek gayesi hukukun belli başlı işlerinden biri halini almıştır. Artık bundan sonra "akdi olan her şey haklıdır." cümlesi bir hakikatın ifadesi olmak meziyetini gaip eder. Çünkü haklı olan şey ancak bir akdin mevzuu olabilecektir.

İrade hakimiyetini esas olarak kabul eden bir hukuk rejiminde akdi ittisale arız olabilecek hastalıklar bir tetkik konusu teşkil edemezler. Bu sebepten Fransız Medeni Kanunu akdin vukuundan sonra hadis olabilecek halleri bahis mevzuu etmemiştir. Halbuki akdi ittisal vucut bulduktan sonra - bazı hâdiseler tesiriyle - akdin mevzuu haklı olmaktan çıkabilir. Ancak bu sahadaki tetkikatımızı esaslı bir surette yapabilmek için akitlerde ilzami kuvvetin nasıl teessüs ettiğini görmeliğimiz lâzım gelir. Bunun için geçmiş zamanlara rucu edelim.

Birinci kısım — Mevzuun Roma Hukuku tarihi bakımından tahlil ve tenkidi.

1 — Roma hukukunda iradenin rolü - Romada Akdin nasıl meydana geldiğini tetkik eden bazı müellifler, vecibe doğumu bakımından akdi sonradan hâdis olmuş bir kaynak olarak kabul ederler. Bu müelliflere göre insanlar arasında borçluluk ve alacaklılık sıfatlarına vücut veren ilk kaynak, karşılıklı rıza değil, belki ika edilen bir suçtur. Bir diğerine karşı suç işleyen meselâ onu yaralayan, uzuvlarından birinin ziyana sebebiyet veren, bir başkasının kölesini veya hayvanını öldüren kimse pek tabiidirki zarara uğrayan şahsın intikam hissine dayanan bir adaletin tatbikatine karşılaşır.

Böyle bir adaletin tatbikine cevaz verildiği yerde ise topluluk hayatı olamaz. Çünkü intikam bilirsiniz hudut tanımaz bir adalet sistemidir. Bunun tahkiki yani işlenen suçla verilecek ceza arasındaki nisbetin muhafazası fikri, tazminat esasının doğumuna sebep olmuştur. Böylece

mağdur olan taraf, failden suçu karşılayacak yani onun neticelerini imkân dairesinde izale edebilecek bir şey vermek veya yapmakla mükellef tutulurdu. Bu mükellefiyet ilk zamanlarda borçlunun arzusuna tabidi. Mükellefiyetini yerine getiren borçlu artık mağdurun intikamından kurtulmuş demektir. Sonraları tazmin borcu kanunla teyit edildi. İşte ilk akdin esasını zararı tazmin taahhüdü teşkil eder.

Bugün bu izah tarzı kabul edilmiyor. Yeni yapılan çalışmalar bu husustaki bilgilerimizi biraz daha genişletmiştir. En doğru hal tarzını meseleyi muhtelif kısımlara ayırmakla bulabiliriz. Filhakika aynı (klan) a mensup fertler arasındaki münasebetlerle ayrı ayrı klanlara mensup şahıslar beynindeki münasebetler birbirine benzeyemezdi; ve artık biliyoruz ki Romada "gens" iptidai teşkilâtını ve birliğini muhafaza eden bir aile birliğini anlatır. Aynı babanın çocukları arasındaki iş münasebetlerinde hayat birliği ve bilhassa tek bir şefin hâkimiyeti altında bulunmak vakası ilk anlaşmaların ancak aile fertleri arasında yapılabileceğini gösterir. Çünkü bir akdin meydana gelmesi için lüzumlu olan emniyet yani karşısındakinin sözüne itimat böyle bir muhitte teessüs edebilir. İşte bundan dolayıdır ki mutuum "ivezsiz karz" ilk defa aralarında itimat bulunan aynı gens efradı arasında yapılmış olduğunu kabul edebiliriz. Filhakika zahire ve tohumluğun (karz), ziraat âletleri ve ehli hayvanların ("comnodat" ariyet) ödünç alınması, bir malın bir diğerine emaneten bırakılması (dépot - vedia,rehin = gage) hayat icaplarının doğurduğu zaruretleri karşılayan bu akitler, Romada ilk akitler arasında sayılmaktadır. Bazı müellifler aynı ihtiyaçları karşılaması bakımından itimada müstenit muameleleri (pactum fiduciae = actes fiduciaires) bu arada sayarlar. Çünkü bu üç akitteki iade borcu itimada dayanır. Bugün hâlâ köylerimizde cari olan emece usulünde bir akdin kanuni vasıflarından hiç birini göremezsiniz. Burada aşağı yukarı bir hizmet mübadelesi mahiyeti vardır. İşte bundan dolayıdır ki aynı klana, aynı gens'e mensup olanlar arasındaki münasebetlerde müeyyede aramak lüzumu hissedilmemiş ve bu muameleler hiç bir şekil ve merasime tâbi tutulmaksızın yapılmakta bulunmuştur.

Hakiki akdin mebdaini bulabilmek için aynı gens'e mensup olmayanlar arasında iş münasebetlerinin hâdis olduğunu kabul etmek lâzım gelir, ve hiç şüphe yokki formalisme burada kendini gösterir. Çünkü bir kerre bu akitler nadirdir. Her aile kendi kendine kifayet eden ekonomik bir birlik teşkil etmekte olmasına göre hayat için lüzumlu ve zaruri olan şeyler (yiyecek, giyecek, âletler vesaire) aile efradı tarafından imal olunur; demekki yabancı bir aile ile münasebete girişmek mecburiyeti nadiren tahakkuk eden bir haldir. Bundan başka iki ayrı klana mensup fert-

ler arasındaki münasebetlerde bir klan efradı arasında cari olan itimat ve huzuru aramak tabiatile doğru olmaz. Bu sebebden yapılan akdin müeyyedeleri bulunmak lâzımgelir. Müeyyedenin tatbiki için de akdin yapıldığını isbat edebilmek şarttır. Kaldıki ferdin iradesi akdi bir ittisale vücut vermek için kâfi gelmez. İşte resmî şekle, yani irade dışında kalan ve akdin hükmü yerine getirilmediği takdirde müdahale edecek olan bir müeyyedeye ihtiyaç bundan ileri gelir. Resmilik bir şekildirki kaynağını dinî veya sihrî magique bir kuvvetten alır. Görülüyorki ayrı klanlar efradı arasında: 1) İş münasebetlerinin nadir olması, 2) Akdi ittisalin isbat edilebilmesi için deliller tedariki mecburiyeti, 3) Yalnız ferdi iradenin bir hukuki ittisale meydan verememesi gibi sebebler "formalisme" e büyük bir önem vermiş ve zamanla bu önem şumüllü bir mahiyet almıştır.

Bu şekilcilik nasıl tezahür etti? İlk zamanlarda fert ancak (damnatio) yi ihtiva eden resmî bir muamele neticesinde borç altına girebilirdi. Damnatio bir taraflı bir bayandan ibarettir. İşbu beyan yerine göre dinî şefler veya hâkim, veya alelâde bir fert veyahutta halk tarafından yapılır. Eğer bir nezir neticesinde borç altına girilmiş ise damnatio dini şef pontif tarafından yapılmalı idi. Bir intikamdan vaz geçildiğine veya mabuda kurban kesileceğine dair yapılan nezirlerde olduğu gibi. Eğer üçüncü şahıs lehine bir menfaat temin eden ölüme bağlı bir tasarruf mevzu bahis ise bu tasarrufun lüzum ifade etmesi yani mirasçıyı bağlaması için halk tarafından damnatio beyanında bulunulmak icabedecekti. Yine bunun gibi bir suçlunun para cezasına mahkûm edilebilmesi halkın bu beyanına bağlı idi. Yalnız ceza miktarı mahkûmiyetten sonra hâkim tarafından tesbit edilebilirdi: Judicatio (7). Bu izahat bize (damnatio) nun şekilcilik alanında çok ehemmiyetli bir rol oynadığını gösterir. Hatta bir teşbihe cevaz verilerek denirebilirki kanun vaz'ının herhangi cezayî bir hüküm sevketmesi de damnatiodan başka bir şey değildir. Çünkü bununla menedilen fili işleyen kimse bir borç altına sokulmuş oluyor.

Daha sonraları damnatio ile vücut bulan hukuki ittisale muvazi olarak ikinci bir şekil inkişaf etmiştir: Sponsio. Buda borç altına girmeyi tazammun eden bir beyandır, fakat üçüncü şahıs tarafından değil belki bizzat borçlu tarafından yapılır. Bazı müellifler promesse kelimesinin etimolojisine giderek bunun sağ el parmaklarını yukarıya kaldırmak suretiyle yapılan ve yemini tazammun eden bir taahhüt şeklinden ibaret olduğunu söylerler. İhtimalki borçlu, taahhüdünün müeyyidesi olmak üzere lâneti

(7) E. Cuq. Les institutions des romains. T. I, page 104.

mutazammın bir sözde sarfediyordu. Vadinde durmadığı takdirde Allahın intikamına maruz kalacaktı. Bu yemin, belki de damnatio'nun dini karakterini kaybetmesi ve zamanla medeni mahiyet alması üzerine meydana gelen bir şekildir.

Roma hukukunda görülen üçüncü bir şekil de "Contrat verbis" dir. Burada vecibeye ilzamı kuvvetini verebilmek için muayyen ve resmi cümleler kullanılır. Böyle bir akdın yapılabilmesi alacaklının borçluya bir sual sormasına ve onun da bu suale uygun bir cevap vermesine bağlı idi. Çünkü bu sayede borçlunun üzerine aldığı mükellefiyet en açık bir surette belirtilmiş oluyordu. Sonra kutsal kelimelerin kullanılması da lüzumlu idi. Demekki bu şekil dahi kuvvetini tamamen dinden alıyordu.

Ve nihayet contrat litteris ismi verilen dördüncü bir şekil daha meydana çıkıyor. Buradaki şekil sadece yazıdan ibarettir. Vakıta ilk zamanlarda yazının bir şekil olarak kabul edilmesi garip görünebilir. Fakat kendimizi o zamanın muhitinde tasavvur edersek bunun pek tabii bir şey olduğunu teslim mecburiyetinde kalırız. Yazı yeni bir şeydi, ve bir ferdin iradesini yazı ile yani değişmiyecek bir tarzda tesbit etmek adeta korkunç sayılabilirdi. Romada yazının vecibeye vücut vermesi alınan ve verilen paraların bir deftere (codex) kaydıyla başlar. Bu defterin bir sayfası expenso (çıkan paralar) ve diğer sayfası da accepta (giren paralar) ye tahsis edilmişti. Meselâ ödenen bir borç, ödünç olarak bir diğerine teslim olunan para, kızlarından birine verilen cihaz çıkan paralar sayfasına yazılır; kendisine ödenen bir para borcu veya evlenme dolayısıyla aldığı cihaz bedeli giren paralar arasında yer alırdı. Böylece bir kimseye ait olan codex - eğer intizam dairesinde tutulmuş ise o şahsın bütün muamelelerini açık bir surette gösterebilirdi. Bu suretle bugünkü ticarethanelerin tutmakta oldukları kasa defteri, Romada zamanla vecibe yaratan bir şekil mahiyetini iktisap etmiş ve Cumhuriyet devrinin hitamından çok zaman evvel (kabeilmilad 561) tatbik edilmekte bulunmuştu.

İşte Roma akitlerinin ilk şekilleri bunlardan ibarettir: Damnatio, sponsio, contrat verbis, contrat litteris. Şimdi yemin ile teyit olunan bir vadin hukukî neticeleri nelerdir. sualine geçelim.

Resmîlik solennité bir emniyet vasıtasıdır. Bu emniyet borcun mutlak ifa edileceğinin bir müeyyidesi olmasından ileri gelir. Resmî bir muamele ile bağlananlar, şöyle bir ihtar karşısında bırakılıyor: "Taahhüde girişmeden önce iyi düşününüz, sonra taahhüdünüzden cayamazsınız. Açığa vurulan iradem hata veya hile tesiri altında meydana gelmiştir, veya yaptığım taahhüdün meşru bir sebebi yoktur, veyahutta vaat ettiğim şey bana karşı vaat olunan şeye nazaran çok kıymetlidir." gibi iddialara başvuramazsınız." Görülüyorki resmî şekil ile yapılan bir taahhüt tarafları

kat'i surette bağlar ve hiç bir sebep bu taahhüdün ilzami kuvvetine halel getiremez.

Böylece bir taahhüdün icra safhasına baktığımız zaman görürüz ki her hangi bir borcun yerine getirilmemesi, müeyyidesini o borca vücut veren akdin tabi tutulduğu şekilden alır. Domnatio ile bağlanan kimse borcunu ifa etmezse kendi muhitinin adeta afarozuna uğramış sayılırdı (8) Böylece resmi şekilde yapılan bir vadin ifa edilmemesi borçluyu alacaklısının hakimiyeti altına sokardı; ve kaynağı dini olan "manus injectio" bir kimse üzerine elini koymak" hiç bir resmi makamın müdahalesi olmaksızın doğrudan doğruya alacaklı tarafından yapılabilecekti. Demekki borçlu alacaklısının yediahpsinde bulunuyor.

Şu noktaya da işaret etmeliyiz ki damnatio umumi bir formüldür ve bu muhtelif akitlerde kullanılabilir. Ne gibi zaruretler neticesinde doğduğu etrafında henüz müellifler arasında ittifak hasıl olmayan nexum dahi mancipatio gibi Roma şehrinin kuruluşundan evvel yaşayan bir akit tipi idi. Bu itibarla nexum ve mancipatio etrafında yapılan tetkikler bize akdin doğumunu izah eden kıymetli bir konu teşkil edebilir. Bazılarına göre nexum para ikrazında kullanılan bir şekildir. Burada taraflar, en az beş şahit ve bir de elinde terazi olan ve libripens denilen kantar memuru bulunurdu. (9) Bunlardan başka iki madde daha lâzımdı: Bir maden parçası ve bir de kantar. Yapılacak maddi muamelede maden parçasının tartılması idi. İşte nexum için lüzumlu olan bütün unsurlar. Akdin nasıl yapıldığını Roma hukuk derslerinde gördünüz.

Bazılarına göre ise nexum, borçlu olacak kimsenin bizzat kendini, satmış gibi görünmesi ile bağlamıştır. (mancipatio). Bir şey satın alabilmek için o şeyin üzerine elin dokunması lâzımdı. Her iki izah tarzına göre de muamele maden parçası ve terazi ile yapılır. (per aes et libram). Ancak muamele maden parçası ve terazi ile yapılır. (per aes et bibrum). Ancak ilk reyde bulunan müelliflerce tartma muameleleri hakikidir. Borçlu, tartılan maden kadar alacaklıya maden iadesine mecburdur. İkinci reye taraftar olan müelliflerce tartma işi sembolik muameledir ki bundan maksat borcun yerine getirilmemesi halinde borçlunun önceden alacaklısının hakimiyeti altına girmiş bulunmasından ibarettir. Burada borçlu, yapılan anlaşma mucibince vade gününe kadar hür adam vasfını muhafaza edecek ve borcunu vadesinde ödemekle eski durumunu tekrar iktisap eyleyecektir. Fakat borç ödenmezse bu anlaşma hükümden düşecektir. O zaman alacaklı borçlusunu kendi evine götürür ve onu bir esir gibi çalıştırabilirdi.

(8) Gaston May, Droit romain, page: 415.

(9) Gaston May, Droit romain, page: 181.

Nexum'un tarihi kaynağı ne olursa olsun bu izahat bize iki noktayı tebarüz ettiriyor : 1 — Nexum, icra kabiliyeti kudretini yapılaş şeklinden alan bir akittir. Hakemin veya hakimın hükmüne ve daha umumi bir tabirle hiç bir vasıtaya müracaat edilmeksizin alacaklı tarafından icra edilir. 2 — Nexum da icra tarzı borçlunun malına değil şahsına taallük eder, şu halde alacaklı borçlusunu esir sıfatıyla çarşıda satabilir. XII levha kanunlarından sonra - ki milâddan 450 yıl öncedir - cebri icra sertliklerinin biraz yumuşatıldığına şahit oluruz. Filhakika 428 de (milâddan evvel) Poetelia Papiria (10) kanunu manus injectio yi alacaklının doğrudan doğruya müracaat edebileceği bir icra yolu olmaktan çıkarmış ve bu hakkın kullanılmasını ancak hakimden istihsal edilecek müsadeye tabi tutmuştu; Manus injectio judicati. Böylece talihsiz borçlu, alacaklının keyfine tabi olmaktan kurtuluyordu. Bundan böyle alacaklı borçlusunu ne öldürebilir ve nede satabilirdi. İşte icra yolunun şahıstan mallara intikal etmesine yol açan ilk adım.

Contrat verbis'e gelince bu zümreye giren en ehemmiyetli akit "stipulatio = şifahî vade dayanan akittir. Buna ilk defa sponsionun dinî müeyyidesi izafe edilmişti. Fakat manus injectio bu akitten pek erken kaldırıldı. Bir takım kanunlar, vaitte bulunan kimse sözünde durmadığı takdirde alacaklıya ihbar tebliğ ve iddia mükellefiyetleri (Conditiones) tahmil etmişti. : a) Eğer alacak muayyen bir paraya taalluk ediyorsa alacaklı için fazla mütalebede bulunmak davanın gaip olmasını intaç ederdi: Condictio certae pecuniae; demekki alacaklı borçlunun hakikaten mahkûm edilebileceği bir para talep etmeğe mecburdu. Yani öyle bir talep yapma idi ki hakim para miktarını tenzil edemesin. b) Eğer alacaklı paradan maada muayyen bir şeyin veya mikdarın teslimine taalluk etmekte ise alacaklının talebi yine hakiki alacak mikdarını geçemezdi: Condictio certae rei. c) Eğer alacak gayri muayyen bir şeye meselâ bir fiile veya bir imtinaa müteallik ise alacaklı akdin illetini göstermeğe mecburdu. Condictio incerti: ilk iki condictio mücerret olduğu halde üçüncüsü illete bağlıdır. Görülüyorki bir vadin resmi yapılması ona en kuvvetli icra kabiliyetini izafe eder. İşte Romada bir çok asırlar tatbik edilen kaideler bunlardı.

Acaba akitlerin bu ilzâmı kuvvetleri hiç bir surette ihlâl edilmemiş miydi? Hakimın borçları tadil edecek bir kudrete sahip olmaması zorla icranın murakabesi pek çok zamanlar hakimın selâhiyeti dışında kalmış bulunması ve bunların neticesi olarak da alacaklıya tanınan bu geniş infaz kudretinin sebebiyet verdiği tehlikeli durum Roma topluluğunda

(10) Poetibus ve Papirius o yılın konsulleridir. Girard, droit romain, p. 482.

tesirini göstermiş ve tetkik etmekte olduğumuz devrede - ki XII Levha Kanunlarından Aebutia Kanununa kadar geçen müddeti ihtiva eder (KM. 400 - Badelmilat 600). Kanun vaz'ının bu sahadaki müdahaleleri tekerrür etmiştir. Filhakika kanun vaz'ının bu gibi taahhütlerin ilzami kuvvetini bazan borçlu lehine vadeler tanımak, bazan da borçları ilga etmek suretiyle ihlâl edildiğini görüyoruz. Bu gibi müdahalelere yol açan devrin siyasi hareketleri idi. Esasen o sıralarda patriciens lerle plebe arasındaki mücadele gittikçe plebe lehine inkışaf ederek bu sınıfın yeni yeni başarılar elde etmesine sebep oldu. Bazı kaza makamları plebiens lere verilmiş ve hatta tribunat da la plebe adı altında hususi bir kaza makamı işbu sınıfa tahsis edilmiştir. Yine bu başarılar arasında hukukun dini ve gizli bir ilim olmaktan çıkarıldığını ve hukuk kaidelerinin alenileştiğini zikredebiliriz.

Milâddan zekiz yıl önce ölen Yunan tarihçisi Denys d'Halicarnasse bugünkü bodrum şehri' anlattığına göre Romanın cenubunda ve Tiramien denizinin sahilinde yaşayan Volsques lar Romayı istilâya kalktılar. Bu tehlike karşısında plebien ler şehrin müdafaasına iştirâk etmediler. Bunun üzerine o zaman Konsul olan Servibius a geniş selâhiyetler verildi. (Servibius Cépion milattan 174 sene evvel ölmüştür). İşbu selâhiyete dayanarak Konsul bir emirname Edit çıkardı. Bunda kendisiyle birlikte harbe iştirâk edenlere ait evlerin haciz olunamayacağını ve satılamayacağını ve bu kimselere mensup olan fertlerin hapis edilemeyeceklerini ve fakat harbe iştirâk etmeyenler alacaklılarının mutlak hakimiyeti altında bırakılacaklarını bildirdi.

İlk dünya harbinde Fransa'da dahi buna benzer bir çareye başvurulmuştu. Seferber edilip cepheye sevkonulan askerlere tam bir huzur temini için 5 Ağustos 1914 tarihli bir kararname neşrolundu. Ve bu kimselerin kira ve ticari borçları tecil edildi. Aynı mahiyetteki tedbirlerin ufak tefek değişikliklerle Türkiye tarafından da harbe iştirâkı müteakip alındığını görüyoruz. Yirmiki asırlık bir zaman farkıyla ittihaz olunan bu tedbirler aynı zaruretlerin doğurduğu neticelerdi, ve her iki tedbir arasındaki şekil değişikliği ancak 2114 yıllık bir tekâmülden ileri geliyordu.

Yine aynı Yunanlı tarihçisi Denys i dinleyelim. Plébiens ler milattan önceki beşinci asırda bir kaç defa Romayı terk ederek civarındaki mukaddes tepe (Mont sacré'ye) iltica ettiler. Bunun sebebi patriciens lerin çekilmez bir hal alan zulmünden kurtulmak için onlarla artık münasebeti kesmekti. Bu hareketlerden biri (kabelmilat 493) plebé e hususi bir kaza makamı temin etti. Tribunat de la plebe. Diğer bir hareket de o zaman Roma konsüllü olan Menenius Ağrippa'nın mide ve uzuvlar arasındaki tesanüt teşbihini ihtiva eden meşhur nutkuna sebep oldu. Bu konsul demikti ki:

“Uğradığımız felâketlerin en mühim sebebi hiç şüphe yokki alacaklıların matluplarını elde edebilmek için borçlulara karşı gösterdikleri sert muamelelerdir”. Bu duruma çare olmak üzere de şu kararları ittihaz etti : “Taahhütlerini yerine getirmeyecek durumda olan borçlular ibra edilmelidirler. Bu hakkaniyetin tevlit ettiği bir neticedir. Borçlarını vadesinde ödememiş olmalarından dolayı hapsedilmiş olan borçluların serbest bırakılmalarını emrediyorum. Bundan başka borçluları aleyhine mahkemeye müracaat ederek aciz hallerin tesbit ve böylece onları kendi emirleri altında çalışmağa mahkûm ettiren alacaklıların bundan böyle haklarının da sukut ettiğini bildiriyorum”.

Roma kanun vazının akdî ittisali tadile matuf tedbirleri hakkındaki misalleri görmüş oluyoruz. Fakat tarih ancak sosyal hadiseler ilcasiyle kırtık zamanlarda alınan geniş ve umumi tedbirleri nakleder. Hukuku çok yakından ilgilendirmekle beraber siyasi hadiselerin ani tesirleri altında meydana gelmiyen tedbirlere dair tarih kitaplarında tafsilâta tesadüf edilmesi nadirdir.

Plébe sınıfının siyasi kudreti genişledikçe kaynağını şekli hukuktan alan bu sertliğin artık devamlı konularla tadil olunduğuna şahit oluyoruz. Çünkü bir akdin yapılması için izhar olunan iradeler arasında müsavat olmaması yani hakim sınıfının mahkûm sınıfa tahakküm etmesi bu neticeleri meydana getirmiştir. Yüksek faize tabi tutulan borçlular lehine daimi mahiyeti haiz tedbirler alınması keyfiyeti bahsimizi yakından ilgilendiren bir konudur. Roma hukuku bu sahada bize üç nevi kanun nümunesi verir :

1 — *Lex Plaetoria*. Milattan 184 sene evvel. Bu kanun rüşt yaşının 25 olduğunu tesbit eder. Bu yaştaki insanların himayeye ihtiyaçları yoktur, fakat bu yaşa varmayanlar küçük sayılırlar ve bu sebeble kanunî bir himaye rejimine tabi tutulurlar. Binaenaleyh küçüğün tecrübesizliğinden istifade ederek onu aldatmış olan kimse aleyhinde her vatandaş dava açabilir (*Judicium publicum*) ve böyle bir kimse hareketinin subutu takdirinde siyasi haklardan mahrum edilir.

2 — *Lex Silia et calpurina*; illeti yazılı olmıyan bir alacak sahibine *stipulatio de* olduğu gibi ihbar mükellefiyeti tahmil ediyordu. *Silia* kanunî para borçlarına, *calpuria* kanunu da ferdile veya neville muayyen paradan başka borçlara aitti. Bunların tarihi hakkında kesin bir malûmat yoktur.

3 — *Lex genucia*, *Lex Marcia*, *Lex Duilia* bu üç kanun faiz miktarını tahdit eden veya faizi esasından kaldıran kanunlardır. Borçluların sefaleti, fakir halk tabakasının gittikçe tezahur eden memnuniyetsizliği cemiyette bir huzursuzluk yaratmış ve bu kanunların çıkarılmasına sebep olmuştur. (*Cuq. Les Institutionis J. des romains. T. 1. p. 118*).



Alman bu tedbirler asıl borçlulara munhasır kalmadı. Kefillerde kanunun himayesine mazhar oluyorlar. Borç münasebetlerinde mamelekin değil, belki şahsın mesul tutulduğu zamanlarda kefaletin oynadığı rol pek mühimdi. İşin ne gibi vahim neticeler doğuracağını takdir edemiyen veya hut yapılan bir talebi redde alicenaplığı müsait olmayan bir kimse kefalet altına girerse mahvolabilirdi. İşte bu vahametin önüne geçmek için de bir takım kanunlar yapıldı. Bir kefile ait borcun iki sene sonunda nihayet bulunması hakkındaki *Lex Furia*, hissesinden fazla tediye bulunan kefilin borçlunun diğer kefilleri aleyhine aralarında şirket varmış gibi rucua hakkı olacağına dair bulunan *Lex Apuleia* bu arada zikredilebilir. İyi bir mukayese imkânı elde etmek isterseniz yukarıdaki izahatı MK. nun 570 ve BK 486, 493. cü maddeleriyle karşılaştırınız. İşte Romanın ilk devresine ait olup mevzumuzu ilgilendiren bilgiler bunlardan ibarettir. Şimdi bunu takip eden devrenin hususiyetlerine geçelim. Bu hususlar şöyle ifade olunabilir. Bir taraftan formalizm eski sertliğini kaybediyor, diğer taraftan hakimın rolü gittikçe genişliyor. Demekki 1) formalizm hakimiyetinin inhitata uğraması; 2) Akdî ittisalin (*vinculum juris*) zayıflaması bu devrin mevzuumuz bakımından en ehemmiyetli hususiyetlerini teşkil etmektedir. İlk önce formalizm inhitatının tezahür şekillerini görelim. Fakat şu noktaya işaret etmeliyiz ki Roma hiç bir zaman ilk sistemden inhiraf etmedi. Justinien devrinde bile (527 - 565) şekilden ari bir anlaşmanın "pacte nu" dava hakkına selâhiyet verebileceği kabul edilmemişti. Şu halde medenî hukukta eski formalzmi hükümden düşüren bir prensip yoktu. Bilâkis tahminen milâttan bir buçuk asır evvel vaz olunan *lex Aebutia* ile formül usulünün, kanuni usul olarak kabul edildiği teyit olunuyordu.

Ancak formalizmin ilga edilmemekle beraber yavaş yavaş hafifledi ve bu gittikçe artan yeni vecibe kaynaklarının hadis olmasıyla meydana geldi.

Bir *gens e mensup* kimselerin akitler hakkında evvelce söylediklerimize tekrar dönecek değilim. Bu kimseler aralarında yaptıkları akitlerde çok muhtemeldirki hiç bir zaman formül usulüne tabi tutulmadılar. Binaenaleyh formalizmin eski ehemmiyet ve şiddetini kaybetmesi mevzuunu aynı aile fertleri arasındaki muamelelerde aramak doğru olmaz. Çünkü formalizm akitlere müeyyide temin etmek ihtiyacından doğan bir usuldü ve bu müeyyideye ise ya iki aile fertleri veya Roma vatandaşlarıyla medenî haklardan istifade edemiyen yabancılar (*peregrins*) arasındaki borç münasebetlerinde ihtiyaç vardı.

1 — Bu sahadada tesadüf ettiğimiz ilk değişikliği Roma hukukunda (*contrats nommés* - isimli akitler) denilen anlaşma tiplerinde görürüzki bunlar dört tanedir: Satış, kira, şirket ve vekâlet. Eski *Droit strict* akitlerini şekli olmasına ve bir tarafın iradesiyle meydana gelmesine mukabil

işbu akitler iki taraflıdır. Rızadır, şekle tâbi değildir ve nihayet ilzamî kuvvü haizdir. İsimli akitlerin tetkikine girişecek değiliz, bunlara dair lüzumlu tafsilâtı Roma hukuku kitaplarında bulabilirsiniz. Esasen mevzuun bizi ilgilendiren kısmı sadece rızai akitlerin nasıl meydana geldiklerini araştırmaktır. Fakat satış aktinin tetkiki dolayısıyla bu noktaya temas etmiş olan müellifler arasında esash intilâflar vardır.

Bir fikre göre satış bir akittir ve Romada akit ne mülkiyeti devredebilir ve ne de aynı bir hak meydana getirir. Satış ancak karşılıklı vecibeler tevliit edebilir. Satıcının vecibesi "actio venditi" ile, müşterinin vecibesi ise "actio empti," ile temin olunmuştur. Evvelkisi satış akdine istinaden müşterisinden, semeni ikincisi iktisabına dayanarak satıcısından malı istiyebilir. Her iki hak da müstakildir ve diğerinin mukadderatına tabi değildir. Şu halde satış akdi, aynı zamanda ve birbirine zıddolan iki stipulatio den doğar ve satış akdinin iptidai sisteme bağlanması ancak bu suretle izah edebilir. Müellif Girard bu fikri müdafaa etmektedir (11). Diğer bir fikre göre satış karşılıklı edaların mübadelesi sayılmaz. Bu, aynı mahiyeti "réel" haiz olmayan rızai bir akittir. Bununla bayi müşterisine bir mal teslimini ve müşteri de bir bedel ödemeyi taahhüt eder. Böylece satış trampadan ayrılmış oluyor. Çünkü yapılan vaat ile bu vaadin yerine getirilmesi iki ayrı muameledir. vaat vecibelere vucut verir, vaadin yerine getirilmesi ise paranın ve malın teslimile mümkündür. Trampada icra safhası akitle birleştiği halde burada ayrılıyor. Bu ayrılık fikri Roma amme hukukundan iktibas edilmiştir. Çünkü Roma istilâ ettiği yerlerdeki toprakları hususi fertlere müzayede ile satmakta idi; ve akit ihale yapıldığı anda hüküm ifade ediyordu: Devletçe yapılan bu muameleye kıyasen hususi fertler dahi satış akdini, onun icrasından ayırmağa başladılar. Çünkü bu ayrılış bir ihtiyacı karşılamakta idi: Bu suretle ileride yetişecek meyvelerin ve henüz devşirilmemiş mezuatın satılabilmesine imkân verilmiş oluyordu. İlk zamanlarda bu akdin müeyyidesi yoktu: Taraflar arasında çıkabilecek ihtilâfların hakem yoluyla halline gidilirdi. İşte burada da amme hukukunun hususi hukuk üzerindeki tesirine şahit oluruz. Hakem taraflar arasındaki münasebeti hakkaniyet esaslarına göre takdir eder. Cumhuriyet devrinin sonlarına doğru rızai satış iki dâva hakkile teyit olundu: actio venditi, actio empti. İşte müellif Ed. Cuq tarafından ileri sürülen fikir budur (page 226). Fakat rızai satışın istilâ devrinden yani devletin fazla araziye malik olmasından evvel yapılmakta bulunması bu mütalâanın zayıf tarafını teşkil eder.

Ve nihayet üçüncü bir fikre göre muhtelif klanlara mensup fertler muayyen devrelerde karşılaşılıyorlardı. Çünkü her aile kendisinde fazla olan

(11) Girard, Droit romain, page: 535.

şeyleri elinden çıkarmak ve ihtiyacı olduğu malları tedarik etmek mecburiyetinde idi. Hattâ "cités - refuges" denilen mahallerde birbirleriyle savaş halinde bulunan klan efradı dahi zaman zaman ticari muamelelerine devam etmekte idiler. Bu suretle bir gens efradı arasında cari olan emniyet ve itimat daha doğrusu söz yeterliği (fides) aynı işlerle uğraşanların toplandığı bu muhitlerde kolayca teessüs edebilirdi. Bu hal bir takım yeni kaidelerin doğumuna sebep olmuştur. Bu kaideler genel bir şümülü hâiz değillerdi, sırf o muhitlerde yapılan muamelelerde tatbik ediliyordu. Yeni ticaret hukukunun kaynaklarını aradığımız zaman orta çağda aynı hâdisenin tekerrür ettiğine şahit oluruz. Bilindiği üzere ticari itimadı ihlâl eden uzun bir anarşi devresinden sonra pazar yerlerinin emniyetini temin için bazı nizamlar kabul olunmuş (lex mercatorium) ve bu nizamlar modern ticaret hukukunun esasını teşkil etmekte bulunmuştur. Müellif Giffard tarafından ileri sürülen bu fikir, diğerlerine nazaran daha ziyade doğruya yaklaşır. Nasıl ki aynı klana mensup kimseler arasında şekilcilik lüzumsuz bir külfet addolunuyordu; İktisadi mübadeleye tavassut eden adamlar arasında da itimat ve hüsniyete istinat eden ve binaenaleyh formül usulüne müracaata meydan vermiyen akitler yapıldığını kabul edebiliriz.

İşte muayyen işlerle uğraşan kimseler lehine olmak üzere formalizm icaplarını ihlâl eden ilk hareket. Fakat formalizmin ihlâli yalnız bu saha-ya münhasır kalmıyor.

II — Fihakika Romada öyle akitler vardı ki onlarda şekilcilik maddi bir vakıa ile bertaraf edilmişti: Aynı akitler contrats réels. "vedia, ariyet, ve rehin akitleri. Belki de tarihen en eskisi olan contrats de fiducie" itimadi akit aynı akitlerin ilki idi. Fakat her halde bu akitler ilzâmı kuvvetlerini sadece rızadan almıyorlardı, belki burada rıza bir şeyin maddeten teslimi ile tekemmül ediyordu. Demekki itimadın ve resmi şeklin bu sahada bir rolü yoktu. Akde hakim olan nokta bir şeyin tesli medilmiş olması vakasıydı: "res prestita" Şimdi bir çok asırları aşarak orta çağa gelelim. Yine aynı hâdise ile karşılaşırız. Kavimlerin muhacereti üzerine Roma hukuku hakimiyetini kaybetti, fakat istilâ edenler, iki şekilde akitlere ilzâmı kuvvet tanıdılar: Biri la fides, diğeri res prestita.

III — Formalizm hakimiyetinden kurtulmak için Romada bulunan üçüncü bir yol; anlaşmalara dava hakkı bahsetmek suretiyle meydana gelmiştir, ve işte ilk defa bu sahada kaza makamının tesirli bir müdahalesine şahit oluyoruz. Preteur bir kimseye dâva hakkı tanıyor ve meselâ esas mukaveleye bağlı talî bir anlaşma preteur hukukuna göre lüzum ifade ediyor. Bunlara (pactes pretoriens) diyoruz. Ancak bunların yanıbaşında kanunî akitler mertebesine yükseltilen anlaşmalarda vardır: Hibe muka-

velesi, sulh ve (cihaz tesisi, promissio dotis) bu son muamelenin ilk şekli dictio dotis idi (Girard p. 492).

IV — Romada isimsiz akitler “contrats innomés”ın zuhuru da formalizme karşı indirilen bir darbe olmuştur. Cumhuriyet devrinin hitamından sonra (milâttan önce 509-27) bir takım anlaşmalar yapılmaya başlandı. Bunlar formül usulüne tâbi olmadıkları gibi bundan evvel söylediğimiz akitler zümresine de dahil değillerdi. Bununla beraber kendilerine bir müeyyide tanınmasını icabettirecek kadar ehemmiyetli görülmekte idiler. Bunların en tipik misali trampadır. Roma hukukunda satış rızai bir akitti ve tarafları ilzam ediyordu. Fakat malını devreden kimse karşı taraftan paradan maada bir şey almak isterse ne olacaktı? Görülüyor ki trampa bir satış değildir ve binaenaleyh tarafların rızası ile yapılan ve ilzamî kuvveti haiz olan bir akit sayılmaz. Bu görüş trampanın hususi bir rejime tâbi tutulmasını intaç etti. Eğer taraflardan biri kendi taahhüdünü yerine getirerek malını karşı tarafa devrederse bu hal ona bir dava hakkı verebilirdi.

Isimsiz akitlerden biri de “aestimatum” dir. Burada bir kimsenin diğerine - bu umumiyetle seyyar bir satıcıdır - satılmak üzere bir mal teslim eder, malı alan; sattığı takdirde parasını satamadığı surette malı iadeye mecbur olurdu. Ancak tahmin edilen kıymetten fazlaya satılırsa fazlası satana ait olacaktır. Burada vekâlet, satış ve girket akitlerinin hususiyetleri vardı, fakat bunlardan hiç biri de değildi. Nihayet bu anlaşma için bir dava hakkı tanındı. Isimsiz akitlerin gittikçe çoğalması, bunların ihtiva ettikleri konuya göre tasnif edilmelerini intaç etmiştir.

Şimdi bu akitlere tanınan müeyyidelere gelelim:

Bir şey vermeliğin için veriyorum (trampa)	— Do ut des
Bir şey yapmalığın için veriyorum	— Dou ut facias
Bir şey vermeliğin için yapıyorum	— Facis ut des
Bir şey yapmam için veriyorum	— facio ut facias

Herhangi bir anlaşmanın contrat innommé sayılabilmesi için her iki tarafa da bir mükellefiyet tahmil edilmesi ve taraflardan birinin mükellefiyetini yerine getirmesi lâzımdır. Şu halde diğeri tarafından yapılan bir edayı kabul etmemek ve kendisine düşen borcu yerine getirmemek suretiyle her iki taraf dahi anlaşmanın ilzamî bir mahiyet iktisap etmesine mani olabilirlerdi. Fakat taraflardan biri borcunu ifa ettiği halde diğeri mukabil edadan imtina ederse ifa eden tarafın bir dava hakkı vardı : Actio prescriptio verbis veya Justinien in tabirile actio infactum = vakıyaya istinat eden dava. Bu hak ancak akdi icra eden tarafa tanınmıştı. Çünkü aynı bir mukaveleye benziyordu ve iki hususiyeti vardı. Alacaklı iki türlü istirdat davasında bulunabilirdi. Meselâ karşı tarafın vereceği öküze mu-

kabil bir at teslim etmiş olan kimse öküzünü geri istiyebileceği gibi atı da talep edebilirdi. Bunun için ona şahsî bir hak tanınmıştı, *Conductio causa data* = bir şeyin verilmiş olmasından doğan talep hakkı. Bu izahat mukabil edanın talep edilmesinin sebebini bize anlatır. Fakat meselâ A, taahhüdünü ifaya hazır olduğunu beyan ettiği halde B nin bunu kabul etmiyerek verdiği şeyi geri istiyebilmesi nasıl izah olunabilir? Çünkü *Contictio causa data* sebepsiz iktisaba dayanır. Halbuki karşı taraf taahhüdünü ifaya hazır olunca sebepsiz iktisap bahis mevzuu olmaz. bununla beraber teslimde bulunan kimsenin ifadan pişman olduğu takdirde verdiğini geri istemge hakkı bulunduğu kabul edilmekte ve bunun için de kendisine *conductio ex poenitentia* tanınmaktadır. Eğer bu *conductio* bütün isimsiz akitlere teşmil olunmuş ise mukavelenin manası kalmaz. Bu sebepten istirdat hakkının ancak metinlerde yazılı hâdiselere hasredildiği umumiyetle kabul olunmaktadır. 1) Azat edilmek şartıyla bir esirin diğer birine teslimi, 2) bir esirin azat edilmesi; 3) Bir seyahat icrası şartlarıyla para verilmesi.

İsimsiz akitler üzerinde biraz fazla durmaklığımızın sebebi şudur : Orta çağın borçlar hukuku bu akitler sayesinde meydana gelmiştir. Roma hukukunun klâsik akitleri dışında kalan isimsiz akitler parazit bir nebatın üzerine sarıldığı ağacı kurutması gibi formül usulünü adeta boğmuş denebilir. Bununla beraber şu ciheti hatırdan çıkarmamalıyız ki Roma hukuku karşılıklı rızaların bir akde vücut verebileceğini hiç bir zaman teyit etmedi ve şekilcilik esas kaide olarak kaldı.

V — Roma'nın son devresinde ve şimdiye kadar temas ettiklerimin dışındaki bir usul "yazılı mukavele" "*contrat ecrit*" usulü formalizmin sahasını daha ziyade daralttı. Yazılı mukaveleden maksat resmî bir akit olan *contrat litteris* değildir; belki mukavelelerin yazı ile yapılması âdetinin gittikçe taammüm etmesi bu usulün doğumuna sebep olmuştur. İster yalnız borçlu tarafından, ister hem alacaklı ve hem de borçlu tarafından imza edilmiş olsun, taraflar çok defa *stipulatio nun tabi* olduğu şekle riayet etmiyorlar, fakat şekle riayet olunarak akdin yapıldığını yazı ile tesbit ediyorlardı. Madem ki bu cihet tesbit edilmişti, o halde şekle riayet olunmuş nazariyle bakılabılırdi. Böylece yazılı akdin ilzamî bir kuvveti haiz olduğunu kabul etmemek için bir sebep de kalmazdı.

Formalizm ilga edilememekle beraber yeni vecibe kaynaklarıyla şiddetinin tahfif edilmesi etrafındaki tetkikatımız burada bitmiş oldu.

II — Roma hukukunda illiyet nazariyesi:

a — İlzamî kudreti haiz bir hukuki ittisalın Romada nasıl meydana geldiğini görmüş oluyoruz. Fakat ileriki tetkikatımızda bize lüzumlu olan verileri elde edebilmek için klâsik devirde illiyet nazariyesine yer verilip

verilmediğini de araştırmaklığımız icabeder. Daha umumi bir ifade ile müteakib edalar yekdiğerinin mukadderatına tabi tutuluyorlar mıydı? Her şeyden evvel şu ciheti tebarüz ettirmeliyiz ki Fransız hukukunda yer alan illiyet nazariyesi bu günkü mâna ve şümuliyle Roma hukukunda hiç bir zaman mevcut olmamıştır. İlk zamanlarda illet “cause” tabirinin ifade edebileceği ve ifade ettiği mâna ancak resmîlik “solennité” olabilirdi. Çünkü anlaşmalara fiilî müeyyide temin eden bu resmîlik idi. Yerine göre bazan söz veya yazı gibi şekli bir unsuru, bazan teslim gibi maddi bir unsuru, bazan animus donandi gibi subjektif bir unsuru ihtiva eden bu resmîlik akdin mukadderatına hakim oluyordu. Filhakika C. Verbis lerdeki sponsio ve C. litteris lerdeki yazı illet rolünü ifa ediyordu. Bu iki yerde cause tabiri müvellit muamele “acte g n rateur” mânasına gelir ki cause efficiente “illeti failiye demektir. İşte resmi akitlerde illetin mahiyeti budur. Bağışlamada illet, Romahlara göre “saik = motif” ten başka bir şey değildir. Bu sebebe binaendir ki yanlış olan yani hakikate uymayan bir saikin, yapılan hibenin sıhhatini ihlâl etmiyeceği Romahlarca kabul edilmişti. Ve bu, kanunumuzun saikteki hatasına benzeyen bir durumdu. Demek ki burada da Fransız hukukçularının anladığı manada bir illet yoktur. Vakıa isimsiz akitlerde cause tabirine sık sık tesadüf ederiz, fakat Roma bu tabiri “res = chose” müradifi olarak kullanır. Nitekim bir şeyin verilmiş olmasından doğan talep hakkına *condictio causa data* denilmektedir. Demek ki akdin illeti teslim vakıasıdır. Çünkü akde lüzum izafe eden budur. Acaba cause tabirinin “*causa finalis*” manasını anlatacak şekilde kullanıldığı yok mudur? Fransız Medenî kanununa göre illeti olmayan bir mukavele batıldır. Romada bu manayı haiz olmak üzere “cause” tabirinin kullanıldığına tesadüf ediyoruz. Meselâ donandi causa, credendi causa denildiği vakidir. Ve bu tabirlerde maksat ve gaye manası vardır. Bununla beraber bu istimalin teknik bakımdan büyük bir kıymeti olduğunu zannetmiyorum. Çünkü hibe dolayısıyla biraz evvel söylediğim gibi bu causa akit üzerinde hukuki bir netice meydana getirmez. Görülüyor ki şimdiye kadar tetkik ettiğimiz akitlerde illeti gaiyenin bir rolü yoktur.

İsimli akitlere geçelim. Burada muayyen akitlerin (satış, kira, şirket, vekâlet) meydana gelmeleri tarafların rızalarına bağlı olmasına göre akde ilzami kuvvet izafe edebilmek için iradeye diğer bir unsurun ilâve edilmesi lâzım geleceği fikri zihne tebadür edebilir. Buna rağmen, gariptir, bu akitlerde de gerek karşılıklı edalar arasındaki kıymet muvazenesi, gerek akde hakim olan saikler üzerinde durulmamış ve Fransız medenî kanununun 1108, 1131 ve müteakip maddelerindeki illet mefhumunun şümulünü haiz bir esas Romada hiç bir zaman yer almamıştır. Esa-

sen tarihi hadiseler dahi bu fikri teyit eder. Fihakika Roma hukukunun uzun zamanlar hakim olduğu ve yabancı elemanların tavassutundan imkân nisbetinde mahfuz kaldığı memleketlerde, Almanyada ve İsviçrede akdin muteber sayılabilmesi için illetin vücuduna lüzum görülmemektedir. Ancak Romada umumî mahiyeti haiz olmamakla beraber illetin rol aldığı bir saha vardır: Stipulatio. Bu resmî bir akittir ve mücerrettir. İşte illeti bulunmayan bir stipulatio için preteur, exceptio dolis def'ini kabul etmişti. Eğer bir kimse almadığı bir paranın iadesini taahhüt eder ve bu taahhüdünü yerine getirirse bunu istirdat edebilirdi: *condictio in debiti*. Daha sonraları haksız veya adaba muhalif bir illete istinat eden vaitlerde de aynı defî hakkı pretör hukukunca kabul edildi. Vaid ifa edilmemiş ise borçlu *exceptio doli def'ine* dayanarak mükellefiyetten kurtulabilirdi. Fakat vaid yerine getirilmiş bulunursa o zaman *accipiens aleyhine* bir dava hakkı tanınmıştı: edayı kabul eden bakımından edanın illeti adaba muhalif ise *condictio ob turpem causam*. Eda haksız ise *condictis ob injustam causam*; İstirdat hakkı hırsızlık fiiline istinat etmekte ise *condictio furtiva*.

Milâdın III üncü asrında imparator Caracalla'nın beyyine külfetini borçludan kaldırıp alacaklıya tahmil etmesi de *cause nazariyesini* ilgilendiren bir hadise olmak üzere zikredilebilir. Fihakika faiz mukavelelerinde yapılan ihtikâr borçluya almadığı bir paranın iade mükellefiyetini tahmil etmekte idi. Bu hal, borçluya bir defî hakkının tanınmasını intaç etti: "*exceptio non numerate pecuniae*". Fakat borçlu senesi içinde alacaklıdan evvel dava açabilir ve senedde yazılı meblâğı almadığını iddia edebilirdi: *querele non numerate pecuniae*. Bu surette alacaklı, senedin ihtiva ettiği paranın borçlu tarafından kabz olunduğunu isbat mecburiyetinde kalırdı. Bu bir senelik müddet imparator Diocletien tarafından 5 seneye çıkarıldı. Bu müddet geçtikten sonra borçlunun dava hakkı kalmaz.

Bu saydığımız haller görülüyor ki hep bir taraflı akitlere münhasırdır. Şu halde iki taraflı akitlerde - ki taraflardan birinin edasının illeti diğer tarafın edasıdır - illetin hiç bir rolü yoktur. Fakat rızaf olan ve hüsnü niyete dayanan iki taraflı akitlerde karşılıklı edaların aynı zamanda yapılması lüzumu hüsnü niyet icabından sayılması zarurî değil midir? Tarafların hukukî durumları arasında tam bir müsavat gözetmek bu zarureti icap ettirmez mi? Şu halde satış, kira ve şirket akitlerinde borçlu, edasını henüz yerine getirmemiş olan alacaklıya karşı hangi vasıtaya baş vurarak mukabil edanın ifasına kadar kendi borcunu yerine getirmekten imtina edebilecekti? Daha umumî bir tabirle bu gibi akitlerde edalar yekdiğerine ne dereceye kadar bağlı tutuluyorlardı?

Bazı alman hukukçuları Keller - Karlowev, borcunu ifa etmeyen müddeinin davası dinlenmez derler. Çünkü, meselâ müşteri semeni tediye etmeden mebiin teslimini talep ederse bayi "henüz dava hakkınız doğmamıştır" yolunda bir cevap verebilir. Bu mütalâa isimsiz akitlerin esas olarak alınmasından ileri gelir. Binaenaleyh yanlıştır. Filhakika isimsiz mukavelelerde dava hakkının doğumu taraflardan birinin taahhüdünü yerine getirmesine bağlıdır. Çünkü, buradaki rıza, yapılan akde ilzamî bir mahiyet izafe etmez; belki buna ilâveten bir şeyin teslimi veya yapılması da lâzım gelir. Aynı akitlerde olduğu gibi isimsiz akitlerde de dava hakkı ancak ifada bulunan tarafa tanınmıştır. Fakat karşılıklı teahhütleri ihtiva eden akitlerde edalardan birinin diğerine bağlılığı tebarüz ettirilmemişti ki, dava hakkının edadan evvel doğmayacağı fikri kabul edilebilirdi. Şu halde bu görüş kabul edilemez. Acaba bunun dışında müddeialehy için tanınmış bir defî hakkı var mı idi?

Romanın VII nci asrında - ki Cesar devridir - yani henüz milâddan evvel satış akdi dolayısıyla tesadüf edilen bir metin bu suale müsbet cevap vermek icap edeceğini bize anlatır. Filhakika Varron, muhtelif mevzular üzerine yazı yazmış olan bu lâtin şairi (Milâddan önce "27 - 116") , zamanımıza kadar intikal eden De re rustica adlı eserinde satışın mülkiyet hakkını müşteriye intikal ettirmesi için semenin ödenmesi lâzımgeleceğini söyler. Fakat bundan 50 yıl sonra Auguste devrinde Jurisconsulte Antistius Labeo mebiin teslimini dava edebilmek için semenin ödenmesine lüzum olmadığını tesbit etmektedir. Görülüyor ki dava hakkının doğumu semenin tediyesine bağlı değildir. Dava hakkı akitle doğar. Şimdi açılan bu davanın muvaffakiyetle neticelendirilmesine imkân varmıdır? suali üzerinde duralım:

Milâdın ikinci asrında büyük hukukçu ve "edictum perpetuum" sahibi Julien, doğumlarından sonra dahi karşılıklı vecibelerin yekdiğerine bağlı olduğu fikrindedir. Netekim, aynı asır hukukçularından Marcus, müşterisine kredi yapmamış olan bayiin, semen tediye edilinceye kadar satılan mal (mebi) üzerinde bir rehin hakkı olacağını kabul eder (Cuq. II. p. 314) Demekki esas itibariyle bayi mahî teslimine mecburdur. Fakat mürtehin gibi bayiin de mebiin teminatı olan semeni alıncaya kadar mebi üzerinde hapis hakkı "pignus" vardır. Şu halde dava dinlenir; ancak müddeialehye bir defî hakkı tanınmıştır. Eğer müşteri yapılan def'a rağmen semeni tediyyeden imtina ederse davası red olunur; ve bu takdirde mebi üzerindeki hakkı da artık sakit olur. Bu netice litis contestatio mekanizması icabındandır. (Cuq. I. p. 140).

Karşılıklı taahhütleri ihtiva eden akitlerde causa bakımından tarafların durumunu görmüş oluyoruz. Ancak bu mahiyeti arz etmemekle be-



raber doğumları ihtimal dahiline giren mütekabil vecibelerin ifası zımında dava açılabilmesini mümkün kılan akiler de vardır. İşte âriyet, vekâlet, emanet, rehin bu imkânı bahşeden akitlerdendir. Meselâ, âriyet alan kimse "müsteir" aldığı şey üzerinde iyi bir aile babası gibi takayüt göstermeğe, onu mukavele hükümlerine aykırı şekilde kullanmamağa ve müddeti hitamında sahibine iade etmeğe mecburdur. Bütün bu vecibeler, hüsnü niyet dairesinde yerine getirilirler. Eğer müsteir yâni âriyeti alan kimse vecibelerine riayet etmezse alacaklının - ki muirdir - bir dava hakkı vardır: *actio commodati directa*. Fakat bu akit bazı hallerde âriyet alan kimseye de dava hakkı verebilir. Hususiyle bu kimse muir'in alacaklısı olursa böyle bir durumla karşılaşırız. Burada muir vakıa âriyet akdi dolayısıyla bir borç altına girmiş olmaz; fakat malın teslim edilmiş olması bir borcun doğumuna sebebiyet verebilir. Müsteirin âriyet aldığı mal üzerinde istimalin tevhit etmediği zaruri masraflar yapmağa mecbur kalması halinde olduğu gibi. Bu takdirde müsteirin dava edebilmesi hakkaniyet iktizasından görülmüş ve kendisine *actio commodati contraria* hakkı tanınmıştır. Eğer muir bu masrafları tediye eden imtina ederse, âriyet mal üzerinde tediye vaki oluncaya kadar hapis hakkı kullanılır (G. May. p. 271). Esasen Romada takas nazariyesinin hüsnüniyete istinad eden ve karşılıklı dava haklarına yol açan akidler dolayısıyla inkışaf etmiş bulunması da mevzuumuz bakımından işaret edilmesi lâzım gelen bir noktadır.

Bilindiği üzere Roma usulü muhakemesi ilk zamanlarda tek bir ihtilâfın halli için dava ikamesine müsaade ederdi. Müddeî hakime ancak bir sual sorabilirdi. *Principale de l'unité de question*. Davalarının hallini güçleştirmemek için ne takas iddiası dinlenir nede mukabil dava kabul olunurdu. Halbuki hüsnüniyet icabı olarak sonraları cevaz verilen esas dava ve mukabil dava hakları, malları hakiki sahiplerine iade etmemek için kullanılan birer vesile mahiyetini aldılar. Malikin talebine karşı her türlü alacak iddiaları baş gösterdi. Böylece aşağı İmparatorluk devrinde borçlular, kendilerine tanınan mukabil dava haklarını suiistimal etmeğe başladılar. Buna karşı derhal harekete geçilmedi. Bilâkis Roma imparatoru üçüncü Gordien rehinli alacaklılar lehine yeni bir hüküm kabul etti. Eğer böyle bir alacaklı, rehinin tesisinden sonra ve vadenin hulûlünden evvel rahine karşı yeni bir alacağa sahip olursa bu alacak için dahi merhunu yedinde hapis edebilir (Cuq. II. 311). Görülüyorki tek bir ihtilâfın halli bahanesiyle en haklı sebepler için dahi defî hakkı kabul etmeyen usulü muhakeme, git gide rehinli alacakla hiç bir irtibatı olmayan alelade bir alacak için bile hapis hakkı tanınmış ve borçlular aleyhine tatbik edilen ilk şiddet-

tin tam aksine olarak bu defa da alacaklılar aleyhine bir şiddet gösterilmiştir.

Borçluların haklarını suiistimal etmelerine karşı ilk hareket İmparator Diocletien zamanında başladı. (Milâdi 294): artık bir şey âriyet alan kimse o şeye vaziulyed bulunmaktan ileri gelen alacaklardan maada bir alacak için âriyeti hapis edemezdi. Şu halde âriyet, muire karşı arada iktisap edilen bir alacağın teminatı olamaz.

İmparator Justinien (527-565) zamanında da bu hareket devam etti. (Cuq. II. p. 782...). Fîlhakika bir taraftan karşılıklı ve muaccel alacakların takasını kolaylaştırdı (Girard. p. 708); diğer taraftan hapis hakkının suiistimal edilmesine karşı şiddetli davrandı: müstevda, akte yabancı olan alacaklar için vediayı hapis edemeyeceği gibi vediaya ait masraflar için de hapis hakkı kullanamaz, Vediayı sahibine iadeye mecburdur. Eğer bu yüzden bir alacağı var ise onu ayrıca mudiden talep edebilir. Bu izahattan şu neticeyi çıkarabiliriz. Karşılıklı vecibeler arasındaki irtibat fiilen kabul edilmiştir. Vakıa iki tarafı ilzam eden akidlerin aynı zamanda icrası prensibi (ki bu BK. numuzun 81. ci maddesinde yazılıdır.) hiç bir zaman formülleştirilmemiştir. Akdi icra etmemek defî exceptio non adimpleti cortracus" Roma hukukunda yer almadı. Fakat hüsnüniyete dayanan karşılıklı taahütleri muhtevi akidlerde - ister tam ister nakıs olsun - müd deialeyhın himayesi temin edilmişti.

Karşılıklı vecibelerin aynı zamanda icrası meselesi bu vecibeler arasındaki irtibatın yalnız bir cephesidir. Bunun diğer iki cephesi daha vardır: hasar nazariyesi, akidlerin feshi meselesi.

Hasar nazariyesi - acaba Romada bir akdin mücbir sebep dolayısıyla yerine getirilmemesi halinde akdi icra edemiyen taraf, diğerinden mukabil eda talebinde bulunabilirmiydi? Eğer bu sorunun cevabı müsbet olursa karşılıklı vecibeler arasındaki irtibatın tam olmadığı meydana çıkar. Mücbir sebep yüzünden eda mükellefiyetinden kurtulmuş olan taraf, mukabil eda talebine hakkı bulunmuyorsa Roma hukukunda bu irtibatın bir dereceye kadar bulunduğunu teslim etmek zorunda kalırız. Yalnız bu soru her hâdisede aynı suretle cevaplandırmağa da imkân yoktur. Bir malın kiraya verilmesinde mal sahibi mecuru yangın sebebiyle teslim edemezse kiracı icar bedelini vermeğe mecbur tutulamaz: şu halde kira bedelini istiyen böyle bir mucire karşı kiracı "res perit debitori" kaidesini ileri sürebilir. Yani mademki bana mecuru teslim etmediniz, size kira bedelini vermiye mecburiyetim yoktur. Kezalik şirket aktinde de aynı esas kabul edilmiş idi. Bir ortak kendi hissesini şirkete getirmese akit batıl sayılırdı. Hattâ ortaklardan birinin hissedene muaf tutulması da imkânsızdı. Çünkü bu takdirde ortada bir şirket değil belki bir hibe vardı Cuq. II. p. 438).

Rizâî akidelerin en eskisi olan ve hüsnüniyete dayanan satışta ise kira ve şirket akidelerinden prensibin tam zıddı kabul olunmuştu. res perit emtoria .

Vakıa bu prensip ferdiyle muayyen mal satışlarında cari idi ve bu gibi mallar bayii yedinde mücbir sebep tesiriyle telef olursa hasar müşteriye ait olurdu. Nev'ile veya cinsiyle muayyen mallara gelince burada aynı prensip kabul edilmiyordu, çünkü müşterinin hakkı muayyen bir mala talluk etmemekte idi.

Justinien prensibin sebeplerini şöyle izah eder: hasarın müşteriye tahmil edilmesi mebide hasıl olabilecek kıymet fazlalığının müşteriye ait olmasından doğan bir neticedir. Satışın vukuiyle beraber kıymet yükselmesinden doğan menfaati müşterinindir. Meselâ satılan ineğin henüz teslim edilmeden evvel bir yavrusu olursa bu yavru müşterinin malıdır. Buna muvazi olarak hayvanın mücbir sebeple telefı halindeki zararın da müşteriye yükletilmesi lâzımgelir.

Bu izahata rağmen "res perit emtori" kaidesinin ferdiyle muayyen mallarda bile tatbikini haklı gösterecek sebepler yoktur. Bir kere filif bakımından henüz yerine getirilmemiş bir mukavele hükmünü mülkiyet hakkını muhafaza eden bayi lehine ve müşteri aleyhine tatbik etmek nasafet kaidesine uymaz. Sonra hukukî bakımından da bu hal tarzı doğru sayılmaz. Çünkü, satış karşılıklı vadlerin teatisinden ibarettir: vaadlerden biri, diğer tarafın kusuru olmaksızın yerine getirilemezse karşı tarafında kendi vaadini ifa etmesine bir sebep tasavvur edilemezdi. Ve nihayet vaadlerden birini ifa ettirip diğerini ortadan kaldırmak akdin mesnedini teşkil eden hüsnüniyetle de telif olunamazdı. Bu kaidenin gerek tarihî ve gerek hukukî bakımından izahı romanistler arasında heyecanlı ihtilâfların doğumuna sebep olmuştur. Çünkü her müellif bu kaidenin sebepleri üzerinde durmağı ilmi bir haysiyet meselesi yapmış ve kaideyi kendi görüşüne göre makul ve mantıkî sebeplere ircaa çalışmıştır. (Cuq. II. p. 406; Girard p. 547, Honig, s: 261). Fakat bugün muhakkak görülen bir şey varsa o da bütün bu izahların talil badelvuku mahiyetinde olduğudur. Kaidenin menşei hakkında kesin bir şey bilmiyoruz. Şu noktaya da işaret etmeliyiz ki mebiin mülkiyet hakkı satışın vukuiyle müşteriye geçmez. Satış da karşılıklı vecibeye vücut veren akittir. Mülkiyet hakkının müşteriye intikali ise teslimile olur. işte satışta cari olan res perit emptori kaidesinin res perit domino (propriétaire) kaidesiyle birleştiği bu sebepten iddia olunamaz.

Hülâsa satışta iki tarafın vecibeleri yekdiğerinden müstakildir.; mücbir sebep iki bayii borcundan kurtarır; fakat müşteri semeni ödiyecektir. Halbuki kira ve şirket akitlerinde mütekabil vecibeler arasındaki irtibat

daha ziyade bariz bir hal almıştır. Edalardan birinin yerine getirilmesine mani olan mücbir sebep akdi ittisali ihlâl eder.

Akdi feshi meselesi. Şimdi karşılıklı vecibeler arasındaki irtibatı gösteren fesih meselesine yani akdi ittisalin ilerisi için ex nunc bozulması haline geliyorum: Roma hukuku kira ve şirket akitlerinde fesih hakkını kabul etmişti. Kira bedelini ödemeyen kiracıya karşı mal sahibi akdi ittisalin feshine karar alabilirdi. Şirkette de ve umumiyetle isimsiz akitlerde de böyle idi. Meselâ trampada diğerin edasını kabul eden taraf kendi taahhüdünü yerine getirmese edada bulunan taraf muhayyerdi : dilersek mukabil edanın yerine getirilmesini, dilerse akdi feshini istiyebilirdi. Çünkü biliyorsunuz ki "condictio causa data,, mukabil edanın ifa edilmemesi yüzünden borçlu elinde sebepsiz kalan iktisabın istirdatını istihdaf eder. Fakat şirket, icar, vekâlet gibi isimli akitler arasında yer alan ve rızai akitlerin tip modeli sayılan satışta taraflardan birinin akdi iera etmemesinden dolayı karşı tarafın akdi feshini istemesine kaideten hakkı yoktu. Meseleyi tam bir şekilde kavrayabilmek için hadis olabilecek ihtimalleri Roma hukuku bakımından gözden geçirelim:

1 — Peşin para ile yapılan satışta henüz semeni tediye etmeyen müşteriye bayi malı ya teslim etmiştir veya etmemiştir. Teslim etmiş ise müşteriye borcun ifasına davet eder. "actio ex vendito". Fakat Romaya göre aynı zamanda senemin tediyesine kadar mal bayii mülkiyetinden çıkmaz. Binaenaleyh bu hakka dayanarak müşteriden malı geri istiyebilir. Eğer mal teslim edilmemiş ise müşterinin talebine karşı "actio ex empto" bayi semenin tediyesine kadar mebi yedinde hapis etmeğe hakkı vardır. Görülüyor ki peşin satışlarda akdi feshi, tatmin edilmesi lâzım gelen bir ihtiyaç değildir.

2 — Veresiye yapılan satışlarda mesele değişir, çünkü bayi, semeni ileride alacağını kabul etmiş ve müşterisine bir kredi yaparak malı ona teslim etmiştir. Mülkiyet hakkı burada teslim ile intikal eyler. Şimdi semenin vadesinde ödenmediğini farz ediniz. Bayii ancak actio ex vendito ile müşteriye ifayı taahhüde cebre hakkı vardır; artık mebi istirdad edemez. Böyle zayıf bir duruma düşmemek için bayi bir takım tedbirler almak zorundadır. Satış akdinden ayrı olarak koşulan lex commissoria şartı, işte bayi tarafından alınması icabeden bir tedbirdir. Filhakikâ bu şartta göre vadesinde semen ödenmezse mebiin mülkiyeti müşteriye intikal etmemiş yani mebi bayii mülkiyetinden çıkmamış sayılır. Vakıa burada akdi feshine benzer bir mahiyet vardır. Fakat bu, daha ziyade infisahî bir şarttır. Çünkü semenin vadesinde tediye olunmasıyla infisahî şart tahakkuk etmiş ve böylece akdi ittisal nihayete ermıştır..

Tetkikatımız bizi şu neticelere vâd ediyor: 1, Roma akdin muteber olmasını Fransız hukuku gibi bir illetin vücuduna bağlı tutmamıştır.

2, Karşılıklı vecibelerin yekdiğerine irtibatı bazı müşahhas hâdiselerde (kira, şirket) kabul ediliyor ve borçların aynı zamanda yerine getirilmeleri tabii görülüyordu; fakat satışta hasar nazariyesi tamamen ihmal edilmiş ve bu suretle vecibelerin yekdiğerine bağlılıkları bir kaide olarak ileri sürülmemiştir.

3, akdin icra edilmemesinden dolayı makable şamil ex tunc bir surette fesih hiç nazara alınmamış yalnız akdin ilerisi için bozulabilmesi imkânı infisahî şart yoluyla temin edilmiştir.

Romada akdi ittisalın hakimler tarafından takdiri - Mevzuumuz etrafındaki tetkikatı tamamlayabilmek için Roma hukukunda hakimın rolüne de temas etmeliyiz. Hakimın akdi bir ittisal vinculum Juris üzerindeki takdir hakkı nasıl doğmuş ve ne suretle inkişaf etmiştir? Akidler formalist olduğu ve bir tarafın iradesine dayandığı müddetçe hakime bir takdir hakkı tanımağa imkân yoktu. Fakat iktisadî zaruretler bir taraflı akidlerin kifayetsizliğini pek çabuk meydana çıkardı. Romanın siyasi bakımından genişlemesi, yabancılarla, (peregrin) muameleye girişmek zarureti iktisadî münasebetlerin artık Jus civile (medeni hukuk) a göre değil Jus gentium'a göre cereyanını zarurî kılmış ve bu hal akdi ittisal üzerinde hakime takdir hakkı tanınmasını intaç etmiştir. Fihakika zaman geçtikçe medeniyet tekemmüle doğru adımlar atar. Bu, resmiliğın solennité değişmez kaideler sertliğinin hukukta yavaş yavaş inhitata yüz tutması neticesini meydana getirir. Taraflardan hüsnüniyet aramak ihtiyacı, vakia ilk defa, hüsnüniyete müstenit rizaî akideler için doğmuştu. Fakat zamanla şekli hukuka Jus strictum ve bir taraflı akidlere de teşmil edildi.

a) Şekli hukukta - Burada préteur'un müdahalesi iki defa hakkının tanınması ile başlar: exceptio doli (hile), ex quod metus-causa (ikrah). Bilindiği üzere, Romada bir davanın açılabilmesi préteur'ün bu davayı bir formüle bağlanması ile mümkündür. Bundan maksad, nasafetin tahakkukuna azamî imkânı vermektir (Cuq. II. p. 256) Hakime dava formülünü verdiği zaman préteur şöyle derdi: "size filan davayı tevdi ediyorum. Siz bu işte hiç bir hile veya ikrah bulunmadığını ve müddei tarafından ileride de bir hile yapılmıyacağını anlarsanız o zaman müddei aleyhi mahkûm edebilirsiniz" Bazan préteur, davanın kazanılamıyacağını görür ve formülü vermekten imtina ederdi. Denegatio actionis. Böylece davanın hâkim huzuruna gitmesine meydan verilmezdi. Hattâ doğan vecibe borçlunun meselâ 25 yaşından küçük olması hasabiyle tecrübesizliği neticesinde meydana gelmiş (G. May. p. 147) veya alacaklının hilesi veya ikrahı borcun doğumuna sebep olmuş (. May. p. 251, 253) veyahut da akit medeni hukuk ba-

kımından muteber olmakla beraber işbu hukuk kaidelerinin tatbiki halinde taraflardan biri haksız bir zarara maruz kalacak ise (May. p. 664) préteur zararı önlemek için restitutio in integrum yoluyla durumun eski haline iadesine imkân verebilirdi.

b) Şekli olmayan hukukta - Bu sahada preteur'ün müdehalesi daha çabuk ve daha şümüllü olmuştur. Bir kere hüsnüniyete dayanan akitlerde exceptio dolii zammen mevcut sayılırdı. Ve sonra ehemmiyetli akitlerde préteur medenî hukukta yeri olmayan bir takım dava hakları kabul etmişti. Bilhassa teminat gibi ferî vecibeler tevhit eden akitlerde préteur, ilzamî mahiyeti haiz olan ittisalin taraflarca derpiş edilmeyen neticeleri üzerinde ciddi surette durmağa başladı. Vakıa meydana gelen bir akdi hükümsüz bırakmağa esas itibariyle préteur'ün selâhiyeti yoktu. Fakat Romada pek dikkati çekmiyen iki objektif vakıa, sonraları yapılan tetkikatla büyük bir ehemmiyet kazandı. Bunlardan biri Gabin = lésion, diğeri bekle-nilmeyen halin hudusu imprévision dur.

GABİN — Klâsik hukukta umumî bir gabin nazaiyesine yer verilmemiştir. Gabin ancak hile veya küçüklük sebebi ile tezahür edebilir ve akdi ittisalin ya hükümsüzlüğünü veya zayıflamasını intaç ederdi. Fakat hıristiyanlığın zuhuru bu müessesenin Roma hukukunda inkişafına sebep oldu. Milâdın 533 inci yılında meriyete giren Digeste (12) deki bir metin şerikler arasında yapılan keyfî ve haksız bir kâr taksiminin düzeltilmesi imkânından bahs eder. Gabin hakkındaki ilk metin budur. Vazifesini muvaffakiyetle başaramıyan bir hakemin kararı üzerine tekrar dönebilmek imkânı Romada işte bu suretle temin edilmiş oluyordu. Vakıa Diocletien kanunda ortaklar arasında bir taksimde dahi Gabin esasının carî olacağına dair bir kayda tesadüf edilir. Fakat bu metin Justinien tarafından o kadar tahrif edilerek nakl olunmuştur ki bu gün Diocletien in maksadı ve koyduğu kaidenin şümülü hakkında tam bir fikir edinmeye imkân yoktur; bundan başka Justinien kanununda laesio aenormis den bahs eden ve yine Diocletien e atf edilen bir hüküm daha vardır. Bir gayri menkul değer bahasından % 50 noksanına satılmış ise bayi, gabine istinad ederek semenin iadesi suretiyle gayri menkulünü geri alabilir (Girard, p. 540). Bu hak niçin bayie tanınmıştı? Bunu anlayabilmek için aşağı imparatorluk devrinde halkın durumunu bilmek lâzımdır. Romada halk iki sınıfa ayrılmıştı: Kudret sahibi olanlar ve bunların nüfuzu altında bulunanlar. Memleketin serveti gittikçe kudretlilerin ellerinde toplanıyordu, bu hal impara-

(12) Digesta — Diğerere masdarından gelir. Derlenmiş, toplanmış eser demektir. İstanbul ve Beyrut hukuk mektebi hocalarından ve yüksek hukukçu ve hakimlerden mürekkep 16 kişilik bir heyet tarafından hukuk mektebinin ilk sınıfında okutturulmak için toplanmıştır.

torları, zayıfların himayesine matuf tedbirler almağa sevk etti. ve müşterinin gabin iddiasında bulunamaması işte bundan ileri geliyordu. Roma hukukunun gabin etrafındaki hükümleri işte bundan ibaretti.

Beklenilmeyen halin hudusu - Bu konu etrafında da Romada umumi bir nazariyeye tesadüf edilemez. Bununla beraber bazı felsefi ve edebi eserlerde kararlaştırılan her şeyin haklı sayılması ve bu itibarla mutlaka ifası icabedeceği yolundaki umumi kanaate karşı bir itirazın yükselmekte olduğuna şahit oluyoruz. Cumhuriyet devrinde Roma hatiplerinin en büyüklerinden biri olan Ciceron ahlâk üzerine yazdığı vazifeler *Officiis* adlı kitabında şöyle der: “yapılan vaadlar kendilerine fayda temin eden kimselere karşı her vakit yerine getirilemez. Eğer bir vaadin ifası, lehine vaad olunan kimseye temin edeceği menfaatten fazla vaadde bulunan tarafın zararını intaç ederse o vaad infaz olunmamalıdır.” Bundan pekaz bir zaman sonra filosof Sênèque - ki milâdın ikinci yılında ölmüştür, İyilikler adlı eserinde aynı fikri müdafaa eder. “Eğer vade hakim olan ahval ve şerait aynen baki değilse vaad olunan şeyintamamını yerine getirmek mecburi değildir (T.K. mad. 679). Vakıa bu fikirler *imprévision* nazariyesine belki temas eder; fakat nazariyeden henüz çok uzakta olduğumuz da meydandadır. Ancak Roma hukukunda hususî bir kaç hâdise dolayısıyla kabul edilen ve münferit münakaşalara sebep olan bazı hukuk metinleri daha vardır. Bunlar, orta çağda işbu nazariyenin inkişafına hizmet etmiş olmaları bakımından ehemmiyet arz ederler. Bu sebepten üzerlerinde durmayı faydalı buluyorum:

1. *Digeste de yazıldığına göre Juris Consulte Neratius* iki kimsenin bir biriyle evlenmesi için bir cihaz verilmiş olur ve bu kimselerden biri henüz evlenme çağına gelmemiş bulunursa cihazın hemen istirdadı cihetine gidilmesinin doğru olmayacağı fikrindedir. (D. L. XII, titre 4 f. 8) *Binaenaleyh cihazın tahsisine hakim olan ahval ve şerait baki bulunduğu ve işbu şeraite göre evlenme akdinin yapılabilmesi mümkün görüldüğü müddetçe istirdat davasına müsaade edilemez.*

2. *Adjectus solutionis gratia* (Cuq. II p. 518) Bir vekil yapılan bir *stipulatio mucibince* vaad olunan edayı kabul edecektir. Vekâlet verildiği zaman vekilin edayı kabule ehliyeti vardı. Fakat sonradan Medeni ölüm cezasına “*capitis deminutio*” uğramak suretiyle ehliyeti kalmıyor (Girard p. 190). Acaba bu durumdaki bir vekil, yapılan edayı halâ kabul edebilir mi? *Juris consulte Africanus* bu soruya şöyle cevap veriyor: edayı kabul etmek için vekilin ehliyet bakımından eski durumda bulunması lâzım gelir: bu yapılan mukavelenin zammında mevcut bir hükümdür. (D. L. 46; T. 3 f. 38).

3. Taliki şarta bağli bir akit karşısındayız. Akdin mevzuunu teşkil

eden mal, intizar devresinde, akde yabancı bir sebeple alacaklının milkine girmiştir. İşte burada Juris consulte Marcellus, yapılan vaadin artık faydasız olduğu ve çünkü yabancı bir hâdise akdi hükümünden iskat ettiği fikrinde bulunuyor.

Vakıa bunlardan hiç biri bugünkü anladığımız manada bir imprevision nazariyesine temas etmez. Fakat ilerideki hadiselerin yapılan akidler üzerine tesiri olabileceğini gösterir; kaldı ki pretörlerce borcun mutlaka yerine getirilmesi etrafındaki esasları tadil edici mahiyette iki önemli tedbir alındığını da görüyoruz.

**Birinci tedbir** : Bénéfice de compétence. Mahkûmiyetin tahdidi zımında bazı borçlular lehine pretör'ün dava formülüne koyduğu bir kayıttır. Bu sayede borçlu aciz halinin tevlid edeceği vahim neticelerinden kurtulur. Filhakika mahkûm olduğu parayı ödeyemeyen borçlu hâpise girecektir. Bunu önlemek için hakime verdiği dava formülünde préteur borçlunun mahkûmiyetini ancak varlığı nisbetine hasredilmesini söyledirdi. (Cuq. II, p. 741; Gaston May, p. 352). Bu aşağı yukarı nafaka mükellefiyetinde mahkûmiyetin borçlunun geliri ile mütenasip olması lüzumuna dair olan MK'nın 316 ncı maddesindeki kaydı hatırlatır. Fakat Romada hükümden sonra borçlunun malî durumu düzelirse alacaklı geriye kalan matlubunu artık istifa edemez.

**İkinci tedbir** : Cessio bonorum; Borçluya préteur başka bir hak daha tanır. Bu hakka istinaden borçlu alacaklılarına bütün mamelekini emirlerine terk ettiğini ve bunları satarak alacaklarını istifa edebileceklerini söyleyebilirdi. Burada borçlunun şahsı yerine mameleki kaim olur; bundan sonra borçlu eski alacaklar için takibata maruz kalamaz (Girard, p. 1038).

Tetkik mevzuumuz bakımından Roma hukukunun bize verdiği dersleri umumî hatlariyle hulâsa etmek istersek şu neticelerle karşılaşırız.

I — Roma hukuku iradenin bir akde vücud vereceğini hiç bir zaman kabul etmemiştir. Şekil ve merasimden âri olarak taraftar arasında yapılan anlaşmaların dava hakkı bahşedemiyeceği sonuna kadar müdafaa edildi. Fakat bir çok istisnaî hallerde şekle riayet edilmeksizin yapılan anlaşmalar ameli bakımdan ilzamî bir ittisale meydan vermekte idi.

II — Resmiliğe bağlı kalan Roma hukuku iki tarafı ilzam eden akidlerde illet nazariyesini açık bir tarzda tebarüz ettirmemiş yani taraflardan birine düşen eda mükellefiyetinin mukadderatı diğer tarafın edasına bağlanmamıştır. Her iki vecibede müstakil varlıklarını muhafaza etmektedir.

III — Meydana gelen akidlerin muhik olup olmadıkları etrafında hakimlerin takdir hakkı üzerinde Roma hukuku hiç bir zaman esaslı surette durmamıştır. Hattâ bunun aksine olarak takdir hakkını mümkün olduğu kadar tahdid etmiş ve muteber bir mukavelenin hakimlerce tadil



edilemeyeceğini teyid eylemiştir. Borçların tecili, faiz mükelefiyetlerinin ilgası hattâ borçların hükümden iskati gibi buhranlı devirlerde toptan alınan tedbirlerin sebep ve hikmeti ancak hakimlere takdir hakkının tanınmamış olması ile izah olunabilir.

Şimdi germen ve Fransız hukukunda akitlere tarif olabilecek arızaların tedavi imkânları etrafında bir gelişme bulunup bulunmadığını anlatmak çok faydalı olacaktır.

A — Jermen devri — Bu devir Roma hukukunun ilk şekline benzetilebilir. Çünkü aynı hususiyetlere burada da tesadüf ederiz: akidler resmidir ve borçlu alacaklının şiddetli takiplerine maruz kahr.

Resmilik — Bu devirde Gaul'i istilâ eden Jermenlerin medeniyet bakımından henüz iptidai halde bulunmaları nazara alınırsa iktisadî münasabetleri çok nadir olduğu ileri sürülebilir. Çünkü her aile iktisadî bakımdan kendi kendine yetecek bir teşkilâta maliktir. Ve ferdler arasındaki iktisadî münasabetlerin tanzimi akidlerden ziyade esaret müessesesine (ve bu müessesenin meydana getirdiği colonat sistemine) aittir. Bu sebeple nadiren yapılan akidlerin resmî şekle tabi tutulmalarını tabii görmek lâzım gelir. Filhakika Roma hukukunun damnatio ve sponsio sına tekabül etmek üzere burada fides facta = foi jurée vardı ve yapılan bir anlaşmanın lüzum ifade etmesi taraflardan birinin diğerine bir mal teslim eylemesine (res prestita) bağlı idi. Teslim imkânı bulunmayan hallerde akdin meydana gelmesi ya kefil iraeşi suretiyle bir teminat gösterilmesine Wadium veyahutda festuca'ya tevfikân bazı haklardan feragat edilmesine bağlı idi: feragat eden kimse Jermen okunu temsil eden bir deynek parçası atardı. Daha sonları alacaklının hakkına kavuşmasına engel olacak mahiyetdeki butlan iddialarından ve defi haklarından borçlunun yemin ile feragat etmesi usulü kabul edildi. Vakıa jermenlerde bir kural mahiyetini alan ein mann, ein Wort "bir adam bir Söz" tabiri üzerine uzun bir nazariye kurulmuş ve akdin ilzamî bir mahiyet alması için tek bir sözün kifayet edeceği neticesine varılmıştır. Halbuki tarihin verdiği malûmat bu nazariyeyi hiç de teyid etmez. Bu Kuraldan maksad resmî sözler sarfeden bir adamın bu sözlerle ilzam edilebileceğini anlatmaktır. Demekki ilzami bir ittisalin roğunu için resmilik lâzımdır.

Borçlunun takibi — Borçlunun durumuna gelince onun maruz kaldığı şiddet hudutsuzdur çünkü "vaad başka ifa yine başkadır" sözü o zamanlarda dahi kullanılmakta idi. Şu halde vadedilen şey her vakit yerine getirilmediği içindir ki, ifaya imkân verecek bütün tedbirlerin alınması zaruri görülmüştü. İcra "manus injektio" yoluyla yapılırdı. Akdin icra edilmemesi halinde damnatio da olduğu gibi alacaklı borçlusunu tazyik edebi-

lirdi Bunun için alacaklının hakimden müsaade almıya bir mecburiyeti yoktu. Demekki manus injehtio judicati'ye yer verilmemişti.

İşte ana prensipler bunlardır. Fakat şu ciheti de hatırlatmak icap eder: Jermen istilası Roma hukukunu tamamen ortadan kaldırmadı. Bilhassa borç münasebetleri etrafında asırlardan beri cari olan yazılı akid formülleri ve modelleri vardı. Tabellion'lar - ki noter vazifesini görmekte idiler - eskisi gibi işlerine devam ediyorlardı, Roma medeniyetinin yıkılmış olmasına rağmen bunlar hayatiyetlerini muhafaza etmekte idiler. Rahip Marcuri tarafından toplanan vesikalar gösteriyorki tabellion huzurunda yapılan mukavelelerde Romalılardaki merasim carî idi. Ve hiç bir şekle riayet edilmediği halde şekle riayet olunduğunu tespit eden yazılı bir vesika ilzamî mahiyeti haizdi.

B) Hıristiyanlığın tesiri — Ferdlerin kendi sözlerine büyük bir ehemmiyet vermemeleri alacaklıları başka bir yola sevk etti: vadin yerine getirileceğinden emin olmak için akid medeni mahiyetten çıkarıldı ve ona dinî bir mahiyet izafe edilmeye başlandı. İncil ve mukaddes şeyler üzerinde yemin işte bu ihtiyaktan doğmuştur. Yemin dinî bir muameledir ve yalnız yapılan şeyin tasdikine değil yapılacak şeyin teyidinde yarar. Görülüyorki burada asırlardan beri teessüs eden ananelerden uzaklaşmış ve yeni bir amilin tesiri altına girilmiştir. Gerek akdi vecibelerin temeli, gerek yapılan anlaşmaların ilzâmı kudreti bakımından Hıristiyanlık hukukta yeni bir hava yaratmıştır. Esasen ahlâki fikirlere ve nasafete çok bağlı olan stoicien'lerin hazırladıkları zemin Hıristiyanlığın işini oldukça kolaylaştırmıştı. Hıristiyanlığa göre yalan bir günahı ve verdiği sözü fiil ve hareketleriyle teyid etmeyen kimse bu günahı işlemiş demektir. Böylece akid ahlâki ve dinî bir sahaya intikal etmiş oluyor. Hıristiyanlık aleminde kendilerine mukaddes "Saint" vasfı izafe edilen pek çok zevat bütün muamelelerin doğruluğa dayanması Hıristiyanlık emri icabından olduğunu beyan etmişlerdir. (Yalan) nın tarifini bulmıya uğraşan St. Augustin diyorki 'yalan karşısındakini aldatmak kastiyle yapılan hakikate aykırı bir beyandır. Şu halde yerine getirmeyi azmetmediği bir şeyi vadeden kimse yalancıdır. Bu kimsenin hareketi imanla telif edilemez. Çünkü iman fides sadece Allaha inanmak değil aynı zamanda yapılan vaadede sadık kalmaktır. Demekki yapılan vadin yerine getirilmesi dinin emri iktizasındandır.' Bazı yazıları Fransız milli kütphanesinde bulunan XI inci asır hukukçularından biri Kilise hukukuna dair yazdığı bir şerhde şöyle diyor: "Merasimden âri olarak namuskârane yapılan bir akdi icra etmeyen kimse bir günah işlemiştir" bu fıkradaki "merasimden âri akid = pacte-nu" tabiri dikkati üzerine çekecek kadar ehemmiyetlidir. Çünkü böyle bir akid Roma hukukunda dâva selâ-

hiyeti vermez. Yine aynı hukukçunun sözlerine geliyorum: “arada bir stipulation yapılmış olsun veya olmasın vad eden kimse, muktedir olduğu halde vadini yerine getirmesse affedilmez bir günah irtikâp etmiş olur.”

Kilise hukukuna dair yazılan eserlerde istenildiği kadar geniş tafsilât bulabiliriz. Fakat şu kısa izahattan da anlaşılıyor ki:

Evvvelâ kilese hukuku şekle muhaliftir.

Saniyen ferd kendi iradesiyle borç altına girebilir. Ancak irade ile vicdanın icapları arasında tam bir ittisal bulunmak lâzım gelir. Çünkü akidler namuskârane yapılmalıdır.

Salisen hakim ferdlerin viedanlarına nüfuza çalışmalıdır. Çünkü vadin infaz edilmemesi yerine göre bazen doğru bir hareket bazen de günah olabilir Demekki günah olan yerlerde vadi ifa ettirmek günah sayılmıyacak hallerde infaza gitmemek hakime ait bir selâhiyettir.

Bir taahhüdün yerine getirilmemesi yüzünden çıkan ihtilâfı Piskopos halleder. Çünkü Piskopos, ister dine, ister medenî sahaya taallük etsin vicdanî meselelerin tabii hakimidir. Dine sadık olanların kusurlarını bu sıfatla inceler. Çünkü dinî hakim olması hasebiyle günah işlenip işlenmediğini tetkik vazifesidir. Bu husustaki kanaati ya kusurlunun itirafıyla “confession” veya diğer bir Hıristiyanın bilhassa alacaklının ihbarıyla hasıl olabilir. Böylece Piskopos taahhüdünü yerine getirmeyen kimseye sadakadan aforaza kadar giden dinî cezalar tayin eder.

Kilisenin tesiriyle husule gelen bu cereyana muadil müvazî bir durum tabiatıyla lâyük hukukta yoktur. Fakat buna rağmen dinî tesirin medenî alanda bir takım tezahürlerine şahid oluruz. Filhakika Roma İmparatorlarının Hıristiyanlığı kabul etmeleri üzerine IV. üncü asrın son senelerinden itibaren Hıristiyanlar medenî ihtilâflarını Piskoposların hakemliğine tevdi başladılar: Piskopos dindarlar nazarında itimada lâyük en doğru adamdı. Bu sebeple hakemlik için lüzumlu olan mümtaz mevkîe sahip bulunuyordu. Kendisine tevdi olunan işlerde hakemliği icabı olarak Piskopos hukukî ihtilâfları usulü muhakemenin teknik şekillerine riayet etmezsin tetkik ve hükme raptediyordu. Fakat verdiği hükmün icrai kabiliyeti çok zayıfı. Hakemin kararına riayet etmeyenler hakkında ancak dinî bir ceza tertip edilebilirdi. Böylece hakemlerine cebri icra safhaları bir tarafa bırakılırsa görülürki V. inci asırdan XII. inci asra kadar geçen müddet zarfında bir yandan Romanın şerikci hukuku, diğer taraftan Hıristiyanlığın şekilden âri anlaşmaların yerine getirilmesini terviç eden esas tatbik edilmekte idi. Şimdi karşı-

mıza bir sual çıkar: İradenin akdi bir ittisale vücut verebilmesi etrafında madem ki bu kadar eski bir cereyan mevcut idi; o halde neden bu cereyan inkışaf edemedi ve Fransız Medenî kanununun intişarına kadar şekilden âri bir iradenin akde vücut vereceği niçin kabul olunamadı? Bu soruyu cevaplanılabilmek için XII inci asırda cereyan eden bir hâdiseye işaret etmek lâzımgelir. Hukuk ilmini bir çok bakımlardan zenginleştirmiş ve fakat tetkik etmekte olduğumuz noktaya, yani akitlerin tekâmülünü geciktirmiş olan bu hâdiseye şudur: Roma hukukunun Rönesansı.

Filhakika XII nci yüzyılda İtalyada büyük üniversiteler açıldı. Bunların ve bilhassa Bologne Üniversitesinin araştırmaları neticesinde Justinien külliyatı keşfolundu. Üzerinde binlerce yıl çalışılmış zengin bir hukuk kaynağının elde edilmesi hukukçuları son derece sevindirdi. Artık bütün çalışmalar bu kıymetli hazine üzerinde tekâsüf ettirildi, bir çok gerhler yazıldı, bu eserleri yazanlara glossateur derler. Bu mesai bilhassa vecibeler hukukunun birdenbire gelişmesini temin etmiştir. Fakat akdin inkışafına engel olan da işte yapılan bu keşiftir. Bu sebeple XII inci asırdan XVIII inci asra kadar devam eden devreyi hem ilâhiyatçıların eserlerinden, hem glossateur lerin kitaplarından hem de Fransız tekâmül hukukunda takip etmek lâzım gelir. Tetkikatımız üç safhaya ayrılacaktır:

I — Taahhüdün karşılıklı rızadan doğumu nasıl tahakkuk ettirildi?

II — İlet nazariyesinin doğumuna sebep olan haller ve bu nazariyenin meydana getirdiği neticeler nelerdir?

III — Hukuki ittisalın ilzami kudreti ile iş bu ittisalın haklı olması icap edeceği fikri nasıl telif edilebildi?

Birinci safha: Fransız hukukunun solus consansus obligat prensibi bir çok yüz yıllar devam eden mücadele neticesinde elde edilmiştir. XII. ci asırda Justinien kanunlarının keşfi ve bilhassa bu kanunların usulu muhakemeye dair hükümleri kilise hukukunun ileri sürdüğü esasın tatbikine mani olmuştur. Çünkü; piskopos huzurunda dava acabilmek için alacaklının bir hakkı bulunması lâzım gelir. Halbuki Roma hukuku bu hakkı contrat litteris, contrat verbis ve contrat ree'lerde ve bir de contrat innom mé'lerde tanıyordu. Sadece tarafların rızasına dayanan akitlerde dava hakkı yoktur. Devrin hukukçuları arasında bir çok ihtilafların doğumuna sebep olan bu mesele kesin olarak halledilemedi. Bazıları tahkimin lüzum ifade etmesi şartıyla Roma hukukunun aynen tatbiki fikrinde bulundular. Diğer bazı hukukçular ise dava hakkının Roma hukukundan değil belki kilise hukukundan doğduğunu ileri sürdüler. Bu takdirde nasıl

dava ikame edilebileceği meselesiyle karşılaşıldı. Çünkü teknik manasıyla ortada bir dava hakkı yoktu; fakat hakimden (piskopos) kendisine tevdi olunan ihtilâfın halli ricâ edilebilirdi. Implaraemntum officii judicis. İşte böylece Justinien hukukunun keşfi usulü muhakeme bakımından bir güçlük ihdasına sebep oldu.

Nazariyat sahasında bu karışıklık devam ede dursun, tatbikatı işlemin cereyanına mani olmuyordu. Vakıa artık Roma hukuku nazariyelerinin tatbikatta pek yeri yoktu. Çünkü, bir taraftan akitler contrats écrits dolayısıyla resmî şekil bir “faraziye fiction” haline gelmişti: Stipulatio ya riayet olunduğunun yazı ile tesbiti kâfi görülüyordu. Diğer taraftan tatbikatçılar Jermen hukukundaki resmîyeti de asgari hadde indirmiş bulunuyorlardı. Artık res prestita yerine pey akçesi ve teminat Wadium yerine de el sıkılmak (bizdeki helâllaşmak) kâim olmuştu. Taraflar anlaşıklarını birbirlerinin elini sıkılmak suretiyle resmî bir tarzda açığa vurmuş olurlardı. Bu devirde şekilcilik en basit ifadesini buluyor; fakat kaldıramıyor.

Bazı bölgelerde daha da ileri gidilmişti. Miladın XII inci ve XIII üncü asırlarında şarkla münasebetin artması dolayısıyla ticaretin tekâsif ettiği İtalyan şehirlerinde bir akde lüzum izafe etmek için resmîliğe ihtiyac olmadığı ve böylece şekilden âri akitlerin dahi infazı lâzım geleceği kabul edilmişti. Kaldı ki bu davalara hak ve nasafet esasları dairesinde karar vermek için teşekkül etmiş olan “curia mercatorum” huzurunda bakılmakta idi. Artık şekle ehemmiyet verilmiyordu. Aynı esas XIII üncü asır sairlerinden hukukçu Beaumanoir tarafından Fransada şu suretle formülleştirilmisti: “Convenances vaine loi” veya başka ifade ile “convenances font à tenir” ancak bu zat zamanına göre çok ileri gitmişti. Çünkü bu neticeye varılmak için Fransa’da bir kaç yüz yılın daha gecmesi lâzımdı. El sıkılmak, pey vermek, yemin etmek gibi resmî şekiller ancak XVI inci asırda ehemmiyetlerini kaybettiler. Fransız hukukunun birliğini temin bakımından çok değerli gayretler sarfetmiş olan Dumoulin (1500 - 1566) her hangi bir anlaşma, sanki bir “stipulation”u ihtiva ediyormuş gibi icra edilmelidir” demişti. Fransız hukukçusu Loisel’in (1531 - 1617) şu sözleri le dikkate lâyıktır : On lie les boeufs par les cornes et les hommes par la parole = adamlar sözleriyle öküzler boynuzlarıyla bağlanır”.

XVII inci asırda Jean Domat, Les Lois civiles dans leur ordre naturel adlı eserinde “bundan böyle akitlerin isimli ve isimsiz diye ikiye ayrılmasına mahal olmadığını ve bütün anlaşmaların taraftarlara hüsnüniyete müstenit bir dava hakkı bahşettiğini” açıkça tesbit etti. (Birinci kitap 61 inci fasıl mad. 7-8). Bundan yüz yıl sonra Pothier Fransız medenî kanununa model teşkil eden Borçlar hakkındaki eserini yazdı. Burada diyor

duki: "Tabii hukuka aykırı olan Roma hukuku artık mevcut değildir. İsmi olsun olmasın her akit hükümlerini meydana getirir ve onu yapanları ilzameder. Akitleri şekilsiz anlaşmalardan ayıran ve yapılan mukaveleler arasında bir takım gayri tabii farklar ihdası suretiyle sadelikten uzaklaşan Roma hukuku tabii hukuka istinad etmez. Bu sebepten hukukumuzda da kabul edilemez."

Hülâsa Milâdın ilk asırlarında Roma hukuku prensipleri Kilise hukukunun tesiriyle sarsılıyor, fakat Roma hukukunun Rönesansı ile neticelenen tarihî büyük hâdise, kilise hukukunun tesirlerini pek çabuk izale etmiş ve eski prensiplerin asırlarca tatbikine imkân vermiştir. Şurasını da ilâve etmek lâzım gelir ki, Hıristiyanlığın ısrarla üzerinde durduğu günah nazariyesi yalan söylemenin bir günah sayılması ve bu itibarla verilen sözün tutulması hukuk âleminde tahakkuk edemiyor. XVI ncı asırdan itibaren bilhassa Dumoulin'le birlikte irade hakimiyeti nazariyesinin tohumları atılıyor; çünkü, bu tabii hukukun doğurduğu bir neticedir.

**İkinci safha :** Karşılıklı mükellefiyetlerin yekdiğerine bağılılık dereceleri ve bunlardan birinin diğeri için illet sayılması fikri ancak ittisalin meydana gelmesini kolaylaştıran bir hukuk rejiminde doğabilir. Resmî bir şekle riayet zarureti akdin doğumu için hem lâzım hem de kâfi görülen yerlerde illet nazariyesine ihtiyaç yoktur. Nitekim Romada da yoktu. Bilâkis akdin doğumunu şekilciliğe lüzum göstermeksizin sadece iradelerin birleşmesine muallâk tutan bir rejimde iradelerin kayıdsız ve şartsız hakimiyetini kabul etmek bir kerre taraflardan birine düşen eda mükellefiyetinin karşı tarafa muadil bir ivaz temin edip etmemesi sonra da yapılan anlaşmaların ahlâkî mülâhazalara ve amme intizamına uygun olup olmaması bakımlarından faydalı oldukları kadar zararlı neticelere meydan verebilir. İşte akitlerde illet nazariyesi bu düşünceler tesiriyle meydana gelmiştir. Şekilciliğe muarız olan Hıristiyanlığın bu ihtiyacı görmemesine mantıken imkân yoktu. Fakat ilk zamanlarda ne görebildi, ne de bu nokta üzerinde tam bir katıyetle durdu.

Vakıa yemin ile teyid olunan bir taahhüd Romanın mücerred vadine benzeyordu. Şu halde "sitipulatio" veya sponsio'nun tevlit ettiği neticeleri meydana getirmesi pek tabii görülebilirdi. Çünkü akid yemin ile doğmuş ve bu yemin (şekil) akde lüzum izafesi için kâfi gelmişti. Bu mahiyetdeki akidlerde ayrıca bir illetin aranmasına lüzum yoktu. Fakat şekilden âri anlaşmalarda (pacte-nu) meşru bir sebebin aranması icabedeceği kendisi ni pek çabuk hissettiren bir ihtiyaç halini aldı.

Şimdi III inci asırdan XIII. inci asra kadar geçen bin yıllık müddetin bu sahadaki muvaffakiyet derecesini göstermek için hukukun bir hu-

susiyetine işaret edeyim. Tatbikatta ameli ihtiyaçlar karşılanabildiği müddetçe nazari ihtiyaçlar daima ikinci plânda kalır. Bu sebepten meselâ hiç bir şey almadığı halde borçlu olduğunu ikrar eden kimsenin mes'uliyetini icap ettiren illet tizerinde nazariyat bakımından da durulmağa lüzum görül-müyordu. Çünkü borcun illetini ihtiva etmeyen bir senede karşı borçlu "querele non numerate pecuniae" davasını senesi içinde açabilirdi. Bu takdirde ise alacaklının borcun illetini isbata mecburiyeti vardı. Bu mahi-yetteki senedlerin hile veya ikrahla malûl olabilmesi ihtimali tizerinde an-cak XIII. üncü asırda durulmağa başlandı. Beaumanoir'in fikrinde borç sebebini ihtiva etmeyen şüpheli bir senedle imza sahibinin mahkûmiyeti cihetine gidilmesi doğru olmaz; hakim borcun nereden geldiğini araştır-ması lâzımdır. Yine aynı devirde zamanın en yüksek hukukçularından olan Papa IV. innocent (1243 - 1254) taahhütlerde illeti failiyenin değil; illeti gaiyenin aranması fikrini ileri sürdü. Eğer iki kimse karşılıklı taahhüde girişmiş olurlar ve bu taahhütlerini yemin ile teyid eylemiş bulunurlarsa yemininde durmayan kimseye karşı, diğer tarafın da yemininde durması lâzım gelmez" (12); ve bundan pek az bir zaman sonra Piskopos Hostien-sis bu fikri bir hukuk kaidesi olarak ifade edebildi:

**"Non servanti fidem fides non est servanda"**

Nihayet 1298 de Sexte ismi verilen kilise hukuku mecmuasında resmî bir mahiyet aldı: "sözünde durmayan kimse, karşı tarafın sözünde dur-masını talep edemez". Türk Ticaret kanunumuzun Madde : 661, BK. 81.

Akdî bir ittisal neticesinde mevdana gelen karşılıklı borçların XVI. ıncı asırdan itibaren bir bütün teşkil etmesi yani borçlardan birinin mu-kadderatının mukabil borcun mukadderatına tabi olması bu fikirlerin za-manla olgunlaşmasından elde edilmiş bir esastır. Bu esas illet nazariyesi-nin gelişmesine sebep olmuştur. İşte böylece Dumoulin tarafından ortaya atılan fikri ve bunun akislerini Jean Domat ele almış ve akidleri Roma hukukunda rastlamadığımız bir tasnife tabi tutmuştur. Bu Müellife göre tam trampa akidlerinde taraftarlardan birinin borcu, karşı tarafın borcu-nun illetidir. Aynı (réel) akidlerde borcun illeti testîmdir. Ve nihayet ivaz-sız akidlerin illeti teberrü kastıdır. İlet nazariyesinin hangi safhalardan geçerek teşekkül ettiğini görmüş olduk. İmdi bu nazariyenin doğurduğu ne-ticeleri görelim:

1 — Akdî icra etmemek defî - Mantıken düşünülecek olursa bunların en başında akdî icra etmemek definin "exceptio non adimpleti contractus"

(12) Çünkü böyle bir kimseyi yalancılıkla itham etmeye din bakımından da im-kân yoktur.

gelmesi icabeder. Çünkü bayiin semeni almadığı müddetçe müşteriye mal teslim etmiyeceği ve sattığı mal üzerinde semeni temin eden bir rehin hakkı bulunduğu Roma hukukunca da kabul edilmişti. Euna rağmen “exceptio non adimpleti contractus,, define orta çağda rastlıyoruz. Filhakika meşhur İtalyan hukukcusu Bartole (1314 - 1357)” kendi taahhüdünü tamamen yerine getiren taraf ancak mukabil taahhüdün ifasını isteyebilir” kaidesini koymuş ve bu kaide bazı mahkeme kararlarında dahi yer almıştır. Fakat XVI. inci asırda bu kaidenin izlerine tatbikatta tesadüf edilemez. Çünkü Fransada Roma hukukunun tarihî mektebini tesis eden Cujas (1522 - 1590) Roma hukukunun klâsik devirde olduğu gibi tatbikini iltizam etmiş ve orta çağdaki inhiraflardan bu hukuku temizlemeğe azim eylemiştir. Halbuki Romada böyle bir defi hakkı kabul edilmemişti. İşte esaslarına bağlı kalınması icabedeceği fikri olgunlaşınca kadar akdi icra etmemek definden bahs olunmaz. Bu defi hakkında ancak Domat ve Pothier'nin yazılarında tesadüf edilir.

2 — Akdin feshi - İlet nazarivesinin doğumu akdin feshine de imkân hazırlamıştır. Çünkü Roma, sebepsiz olarak verilen sevin istirdadına isimsiz akidler dolayısıyla cevaz vermekte idi. “Contictio ob causam” Demekki taraflardan biri mukavele hükümlerini yerine getirmezse diğeri verdiği geri alabilecekti. Fakat nesin para ile satis vaptişi halde parasını almaksızın malı teslim etmek tedbirsizliğinde bulunmuş olan bavi lehine XVI. inci asırdan itibaren bir takım himaye yolları tatbik edilmeğe başlandı. Mülkiyeti muhafaza şartıyla satis yapma imkânı, menkul veva gayrimenkun bayi lehine tanınan imtiazlar bu arada zikredilebilir. Yine aynı devirde Fransız muhakim içtihadı takas nazariyesine büyük bir yer ayırmak suretiyle muhtemel zararları önlemek yoluna gitmiştir. İtalyanlaştırılmış Roma hukukunun tatbik edildiği memleketlerde Almanya, Avusturya ve İtalyada Bartole nin tesiriyle akdi icra etmemek defi gittikçe inkişaf etmiş ve XIV inci asırda bu himaye tedbiri de Fransada tatbik edilmeğe başlanmıştır.

3 — Hasar nazariyesi - İlet nazarivesinin tevliid edebileceği üçüncü bir neticede hasarın hangi tarafa ait olacağı meselesi idi. Yani mücbir bir sebep tesiriyle taraflardan biri taahhüdünü ifa edemezse acaba karşı taraf taahhüdünü yerine getirmeye mecbur tutulacak mıdır? Romada bu hususa dair umumî bir prensip kabul edilmemiş olduğunu gördük. Şirket, kira gibi devamlı akidlerde borçların yekdiğerine bağlılığı en son dereceye kadar götürülmüş ve “res perit debitori” kaidesi tatbik edilmekte bulunmuydu. Fakat buna mukabil satış akdinde bu kaidenin tam zıddı kabul olunmakta idi. Malın satıcı elinde mücbir sebeple telef olmasına rağmen müş-



teriden semen talep olunabilirdi "res perit creditor" Kilise hukuku da bu sahada bir yenilik meydana getiremedi ve XIX uncu asrın sonlarına yani Alman medeni kanununun neşrine kadar bu mesele bir çok ihtilâfların kaynaştığı bir konu olarak kaldı. AMK'nın 323, 446, 447 ve 451 inci maddelerine bakınız.

**Üçüncü Safha :** Akdi ittisalin haklı olması lüzumuna Roma hukukunun son devirlerinde temas edilmiştir. Filhakika gabin dolayısıyla akdin bozulabilmesi ancak Diocletien kanunlarında yer almış ve bu kaide Justinien beklenilmeyen bir halin hudusu meselesi tarafından kısmen tadil olunarak ibka edilmişti. Akiş yapıldıktan sonra Roma hukukunda umumî bir tetkik mevzuu bile olmamıştır.

a) Gabin — Gabin dinî hukukla teyit olunmuş bir müessesedir. Buna rağmen XII inci asıra kadar eski Fransız hukukunda bu müesseseye rastlanmaması garip görünebilir. Orta Fransada tatbik edilen ve kaynağını dinî esaslardan alan Theodosien kanununda gabinden bahis bile yoktur. Halbuki bu kanun Hıristiyan imparatorlarının 312 den 432 yılına kadar isdar ettikleri emirlerinden tereküp eder. İlk Hıristiyan imparatoru olan Constantin bütün kudret ve nüfuzuna rağmen devrindeki hukukçuların fikirleri karşısında kendi itikadının icaplarına yer veremedi. O derecede ki "bir akdin meydana getirdiği vecibelerin fiyat gibi hasis düşüncelerle ihlâl edilmeyeceğini" ileri süren Constantin olmuştur. Çünkü gabin mefhumunun inkişaf edebilmesi bir kere sabit kıymet ifade eden bir para sisteminin vücuduna sonra da âkidlerin durumunda tam bir müsavatin bulunmasına bağlıdır. Halbuki Fransada böyle bir para sistemi yoktu. ve âkidlerden kuvvetli olan taraf, zayıf tarafı tahakküm edebiliyor, yani zayıf taraf mukavelenin akdi sırasında her türlü defî haklardan feragat ettiriliyordu. Bu şartlar dairesinde gabin fikrinin hukukta yer almasına imkân olamazdı. Bu mevzu etrafında çalışmalara yol açan hâdise ancak Roma hukukunun Rönensansıdır.

Roma hukuku gabin sebebiyle akdin bozulabilmesini kabul etmişti. Bundan kuvvet alan ilâhiyatçılar Aristonun fikirlerine sıkı surette bağlandılar. Bir şeyin kanunî olması onun haklı olmasını icabettirmezdi. Çünkü Aristo bir şey verenin mutlaka bir şey alması icabedeceğini daha başka bir ifade ile ivazlarda teadülün ihmali kabil olmayan bir esas olduğunu ileri sürmüştü. Kezalik para bir şey doğuramazdı. Bu sebepten karzın faize tabi tutulması da caiz değildi. Bu fikirler Aristonun Ethique à Nicomaque adlı eserinde teşrih edilmektedir. Aristonun bu eserini serh eden St. Thomas d'Aquin (1226 - 1274) adaletin herkese hakkını vermekle tahakkük edebileceğini söyler. İvazlar arasında tam denkliğin bulunması akid-

lerdeki adaletin esasıdır. Satışta malın kıymetini karşılamanın, hizmette yapılan işe tekabül eden bir ücret lâzımgelir. Demek ki verilen şeyden mahrum kalmanın hasıl ettiği elem, alınan şeyin iktisabından doğan sevinci karşılamahtır yani bu iki his yekdiğerine müsavi olmalıdır.

İşte St. Thomas d'Aquin'in görüşü budur. İvazlar arasındaki teadülün böyle hislerle ölçülmesi kıymet mefhumunun psikolojik bir alana götürüldüğü zannını tevlit edebilir. Halbuki hiç de böyle değildir. Bilhassa XIII üncü asırda ilâhiyatçıların tesis ettikleri ekonomi, mübadeleye tabi olan malların, alâkahların istekleri dışında objektif bir kıymeti olduğu ve bu kıymetin selâhiyetli bir makam tarafından tesbiti lâzım geldiği fikrini müdafaa eder; çünkü ihtiyaçların âdîfâne bir tarzda tesbiti ancak bu suretle mümkündür. Bu nazariye gerek alıcı ve gerek satıcı lehine olarak bilhassa satış akdi dolayısıyla inkişaf ettirilmiş ve hizmet akidlerinde dahi tatbik edilmekte bulunmuştur. Çünkü, ücretlerin kilise hakimleri tarafından takdir edilmelerine imkân vardı. ve görülen işler bu ölçüye göre ücretlendirilebilirdi.

Kilise hukuku gabin nazariyesini karza da teşmil etmiş ve ne kadar az olursa olsun faizi men eylemiştir. Bunun sebebini fikrimce St. Thomas d'Aquin'in yaşadığı devirde yapılan karzların hususiyetlerinde aramak lâzımdır. Filhakika o zamanlar karz yalnız istihsâl (prêt à consommation) için yapılırdı. Eğer istihsâl için karz yapılmak âdet olsaydı (prête à production) belki faizin büsbütün men'i cihetine gidilmezdi. Kaynağını ahlâki düşüncelerden alan bu nazariyenin çok ileri götürülmesi kâr mefhumunu da ortadan kaldıracaktır. İşte bu sebebe mebnidir ki ilâhiyatçılar (mutedil bir kâr = lucrum moderatum) a cevaz verdiler. Bu fikir "makul haddi tecavüz etmeyen kâr" tabiriyle Ticaret kanunumuzun 944 üncü maddesinde de yer almıştır: Şu cihete işaret edilmek lâzımgelir ki kilise hukukunun riba tâbirinden kastettiği mana, bizim bugünkü anlamışımıza mana değildi. Riba kelimesi çok yüksek bir faiz nisbetini ifade eder. Halbuki ilâhiyatçılara göre riba bir akit zmnında dğerini istismar etmektir. İşte gabin ile ribanın dîni hukukta bir arada tetkik edilmesi bundan ileri gelir.

Böylece inkişaf etmiş olan gabin müessesesinin tatbikatta yer alması Justinien kanunları sayesinde olmuştur. Değer bahasından yüzde elli eksliğine satılan bir gayri menkulü, semeni iade ederek bayiin geri alabileceği hakkındaki Diocletien kanunu, Théodosien kanunlarını tatbik etmekte olan Fransada asırlarca müddet meçhul kalmıştı. Bu esası meydana çıkaran Roma hukukunun rönensansı idi. Glossateur ler bu kesiften faydalanarak Romada yalnız bayi lehine tanınan gabin iddiasının müşteri lehine de tannabileceğini kabul ettiler ve Romadaki gibi sadece gayri

menkullerde değil menkul mallarda dahi gabin iddiasına cevaz verdiler. Daha sonra gabin idiası trampa, kira, sulh akitlerine de teşmil edildi.

XIV üncü asırda Bartole ile birlikte en mütekâmil devrini idrak eden bu nazariyenin hukuktaki hakimiyeti hiç de uzun sürmedi. Filhakika aynı asrın son senelerine doğru akitlerdeki emniyet fikirlerinin ahlâki düşünceleri ikinci plâna attığına şahit oluyoruz. Bu yolda atılan ilk adım gabin sahasının tahdidi ile başlar. Deniliyordu ki gabin dolayısıyla akdin bozulması keyfiyetini her hâdisede ayrı ölçüleri kullanarak tatbik etmek doğru olmaz.

Bazı muameleler olur ki yarıdan fazla bir fark "lesio enormis., akdin bozulması için kâfi gelir. Diğer bazı muameleler vardır ki oralarda fiyat farkının üçte ikiye baliğ olması lâzımdır. Haciz edilen malların müzayede ile satışında veya müşterisi kolaylıkla bulunmayan kıymetli eşyaların satılmasında bu farkın gözetilmesi zaruridir. Ve nihayet öyle muameleler olur ki gabin iddiasına mahal bile bırakmaz. Baht ve talie istinad eedn satışlarda böyledir. Çünkü bu gibi satışlar kâr ve zarar ihtimali üzerine kurulmuş ve binaenaleyh netice taraflarca akit yapılırken bilinmekte bulunmuştur.

Daha sonraları yeni bir takım düşünceler ileri sürüldü. Yapılan akdi hükümsüz bırakmak işlerin selâmeti bakımından bir takım tehlikeler arz edebilirdi. Bunun önüne geçmek için gabin iddialarını güçleştirmek lâzım. gelir Esasen lâyük hukukun günden güne eski hakimiyetini iktisabetmesi bu yolda cereyanın süratle gelişmesini temin ediyordu. Kilise hukuku Romaya rakip olan bir hukuk kaynağı idi. Bu kaynaktan gelen prensiplerin tatbikini mümkün olduğu kadar tahdit etmek, hukuk fikri namına girilmesi lâzımgelen bir hareket tarzı addolundu. Böylece gabin iddialarının ancak satıcı tarafından ileri sürülebileceği kabul edildi, ve nihayet IX uncu Charles 15 Nisan 1561 tarihli emirname ile bundan böyle gabin iddiasının hiç bir uzlaşmada dinlenemeyeceğini tesbit etti, çünkü, diyordu, "tab'amız arasında pek çok miktara baliğ olan ihtilâfları azaltmak zarureti karşısındayız." Bu Roma hukukunun bir aksülâmeli idi.

b) Beklenilmeyen halin hudusu: imprévision - Gabinde olduğu gibi burada da iki esaslı prensip etrafında cereyan eden bir ihtilâfa şahit oluyoruz. Filhakika bir taraftan ahlâki düşünceler beklenilmeyen halin hudusunda akidlerin tadili lüzumunu haklı gösteriyor; diğer taraftan muamelâtta emniyetin hâkim olması fikri akitlerde değişiklik yapılmaması cihetini iltizam ediyordu. Romahlılar emniyet fikrine taraftar oldular. Vaki a Seneque, Ciceron gibi bazı feylézoflar akidledin ilzami kudretinde ahlâki mülâhazalara yer verilmesi lâzım geleceğini ileri sürmüşlerdi. Fakat bu

mütalâalar objektif hukuka aksetmedi. Ve Roma asırlarca müddet ilk prensibine sadık kaıdı. Bologne üniversitesi üstadlarından Irnerius'un "Nasafet fikri bir mukavele hükmünün ihlâline sebep teşkil edemez" demesi milâdın XII nci asrına kadar bu prensibin değişmediğine bir delil sayılabilir.

Hukukî ittisalın haklı olması lüzumuna kilise hukuku mensuplarından St. Thomas d'Aquin temas eder. Somme théologique adlı eserinde diyor ki "akid yapıldığı zaman mevcut olan şartlar sonradan değişmiş olursa teahhüt ettiği şeyi yerine getirmeyen kimse mazur sayılmalıdır. Çünkü bu şartların icra zamanına kadar değişmemesi taraflarca zımnen kabul edilmiş bir keyfiyettir. Şu halde bu kimseye yalancılık isnad edilemez". Bundan sonra Bartole, Roma hukukunu St. T. d'Aquin nazariyeleriyle izah edecektir. Ticaret Kanunumuzun 679 uncu maddesine bakınız.

Roma hukukunun mevzuumuzu ilgilendiren kısmını izah ettiğimiz sırada bazı metinlere temas etmiştik. meselâ ehliyetini kaybeden vekilin artık kabza selâhiyeti olmayacağına dair olan Africanus'un fikri bu cümledendi. Kezalik taliki sartla yapılan bir satışta akid mevzuunu teşkil eden malın şartın tahakkuku için geçmesi lâzım gelen müddet zarfında akde yabancı bir sebeple alacaklının mülkiyetine girmesi, teslim vaadini hükümsüz kıldığı ve çünkü bir hâdise tesiriyle bu vaad'in hic bir faydası kalmadığını da Jurisconsulte Marcellus tesbit etmişti. İste bu metinlere istinad eden Bartole akdin hükümleri yerine getirileceği zaman dahi akid yapılırken mevcut şartların baki olması lâzımgeleceği fikrini müdafaa etti. Aynı fikir Bartole nun talebesi olan Balde tarafından genişletildi: "biz daima şeraitin aynı kalması yani değişmemesi üzerinde ısrar edivoruz. Çünkü herhangi bir vaad bu ihtimale istinaden yapılmıştır.". Bu günkü hukuk edebiyatında ver almıs olan "Clausula rebus sic stantibus" den maksad da budur. Görülüyor ki Roma hukukunun mevzuumuza pek uzaktan temas eden ve bir kac münferid hâdiseve inhisar evleyen hükümleri kilise hukukunun tesiri altında şumulünü genişletti ve ahval ve şeraitin değişmesiyle akdi ittisalde tadilât yapılabileceği kaidesini meydana çıkardı.

Bu nazariyenin en çok inkişaf ettiği memleket Almanvadır. Bu memlekette yıllarca kalmıs ve hattâ tedris hayatına istirak etmiş olan Fransız hukukcusu Doneau biraz evvel isaret ettiğimiz Marcellus'un fikrini izah ederken akidlerin iki büyük kısma ayrılması lâzım geldiğini söyler. Bir kısım akidler vardır ki derhal icra edilmek suretiyle tekemmül ederler. Fakat diğer bir kısım akidlerin tekemmülü zamana bağlıdır. İstikbalin bu akidler üzerinde az veya çok tesiri görülebilir. Kira akdi işte bunlardan biridir. Hiç şüphe yok ki gerek kiralayanın ve gerek kiracının vecibeleri

akidle birlikte doğar. Ancak bu vecibeler zamanla yerine getirilir. İşte bu gibi akidlerde zaman ve şeraitin değişmesi tarafların vecibeleri üzerinde akisler yapar. Demek oluyor ki bir defa yapılması lâzım gelen akidlerde hiç bir rolü olmayan ahval ve şeraitin değişikliği temadi eden akidlerde müessirdir. Bu fikir ilmi içtihad sahasında kalmamış belki kanunlara da aks etmiştir. 1756 tarihli Bavyera kanununun (Bab. IV. fasıl 15. § 12), “şeyin ziyası ve tahavvülü” başlığı altındaki 3 No. lu fıkrada şöyle bir hüküm vardır: bütün vecibeler “rebus sic stantibus” şartını ihtiva ederler; bu sebeple de tadile tâbi tutulurlar. Ancak vecibelerin tadil edilebilmesi için üç şartın tahakkuk etmesi lâzımdır:

1) değişiklik borçlunun temerrüdünden (mora), kusurundan (culpa) veya fiilinden (factum) ileri gelmemelidir. 2) değişiklik evvelden kolayca keşf edilebilmelidir. 3) değişiklik öyle bir mahiyet arz etmelidir ki borçlu bunu evvelden tahmin etmiş olsaydı makul ve doğru düşünen bitaraf kim selerce borçlunun bu akde aslâ muvafakat etmiyeceği kabul ve teslim olunabilmelidir.

İkinci şartın oldukça garip görünmesine rağmen “Clausula rebus sic stantibus” nazariyesinin sahası tam bir vuzufla tesbit edilmiş oluyor. Fakat bundan sonra nazariyenin inhitat devresi başlar. Filhakika Prusya kanununun bu nazariyeye sadık kalmadığını görüyoruz. Bazı hâdiselerde ahvalin tebeddülü neticesi olarak akdin feshi kabul edilmekle beraber prensibi ifade eden formül değiştirilmiş ve kaidenin tatbik sahası daraltılmıştır. İşbu kanuna göre ahvalde husule gelen değişiklik kaideten akdin feshini icap ettirmez; fakat ahvalin değişmesi akidden maksud olan gayeye vusulü imkânsız kılarca o zaman fesih kabul edilebilir. ((I.5 § 378). Diğer taraftan 18 inci asırdan itibaren bu şartın umumi surette tatbikine imparatorluk mahkemesi de taraftar görünmüyor. Esasen Marie Therese’in Avusturya medenî kanunu işbu prensibin akidlerde değil akid yapma anlaşmalarında carî olacağını tesbit etmektedir; § 936. Clausula rebus sic stantibus nazariyesinin eski hakimiyetinden artık eser kalmadığını görüyorsunuz.

Şimdi bu nazariyenin Fransada geçirdiği safahata gelelim: XVI ncı asırda Fransız hukukçularından Alciat’ın “présomption” adlı eserinde şöyle bir fıkraya rastlarız: “İzhar edilen bir iradenin değiştirilmesine müsaade edilemez. Ancak bu kaidenin birtakım istisnaları vardır. Bilhassa tarafların evvelce tahmin edemedikleri bir sebebin hadis olması işte bu istisna hallerdendir.” Bu müelliften başka hiçbir hukukçunun bu mevzua temas ettiğini görmüyoruz. Yalnız 1773 de müruru zaman bahsine dair yazdığı bir eserde Duned de Charnage para kıymetlerinden bahsederken diyor ki

“para kıymetlerinin çok fazla düşmesi vaad olunan para miktarını karşılık (ivaz) olmaktan çıkarmıştır. Eskiden yapılmış öyle irad akidlerine tesadüf ettim ki orala *corvéables* angaryaya tâbi tutulan şahıslara “*Corvéables*” verilmek üzere tahsis olunan para miktarı bu günün ihtiyaçlarını hiç bir suretle karşılayamaz; bu miktarın arttırılması nasafetin icaplarından dır (*Présomptions 3 ume partie Ch. 11. p. 396*). Hususî hukuktan ziyade amme hukukunu ilgilendiren bu mütalâayı nazariye lehine kayıt etsek dahi Fransız hukukçularının mevzuumuza pek geç temas etmiş olduklarını ve kanunlarda yer almak şöyle dursun ilmî bir içtihad konusu teşkil edecek kadar bile üzerinde durmadıklarını teslim mecburiyetinde kalırız. Şu cihette dikkate şayandır. ki hiç de inkişaf edemeyen akdın feshi nazariyesi Fransada tekemmül ettirilmiş ve Almanya’da önemli bir tetkik konusu olarak ele alınan “*Clausula rebus sic stantibus*” nazariyesi Fransada tamamen ihmal edilmiştir. Vakıa bazı müellifler kilise hukukundan gelen prensiplerin hükümden sakit olması sebebini protestanlığın zuhurunda buhur- lar. Bu mülâhaza İtalya ve Fransa için doğrudur. Çünkü bu iki memleket katolik kalmışlardır. Fakat Protestanlığı kabul etmiş olan Almanya’da kilise hukukundan gelmiş olan bir nazariyenin inkişaf etmiş bulunması mülâhazanın doğruluğu hakkında ciddi tereddüdlere meydan verir.

Paris hukuk fakültesi Profesörlerinden Mösyö Cassin “*Clausula rebus sic stantibus*,” nazariyesinin Fransada ihmal edilmiş olması keyfiyetini aşağıdaki üç sebebe dayanarak izah eder:

1. Roma hukukunun tarihi mektebi. Filhakika “*exceptio non adimpleti contractus*,” bahsî dolayısıyla Cujas’ın fikirlere temas etmiştim.. 16 ncı asırda yetişen bu Fransız hukukçusu, Roma hukuku esaslarına tam ve tarihî bir sadakatle bağlanmış ve kilise hukuk müntesipleriyle glossateurlerin biraz da keyfî mahiyet arzeden nazariyelerine hiç bir suretle taraftar olmamıştır. Fransada akdi iora etmemek defî gibi “*Clausula rebus sic stantibus*” nazariyesinin ihmal edilmesinde bu hukukçunun büyük tesirini kabul etmek lâzım gelir.

2. Tabii hukuk nazariyesi. Bu nazariye, bilindiği üzere ferdin iradesine çok büyük bir ehemmiyet verir. Hollanda da Grotius (1583 - 1645) Almanyada Baron de Pufendorff (1632 - 1694, Fransada Domat (1625 - 1696) tabii hukuk nazariyesinin başlıca mümessili idiler ve pek az bir zaman farkıyla her üç şahsiyet dahi aynı fikri müdafaa ediyordu.

a) Grotius’in Fransızcaya tercüme edilmiş olan *harb ve sulh adlı eserinde* - ki 1625 de intişar etmiştir - mevzua esaslî surette temas ettiğini görüyoruz: “bir şey vaad eden kimseden ancak teahhüt altına girmek

istediği şey'in kendi arzusuyla yerine getirilmesi istenebilir. Ciceron vaadler meselesinde sarf olunan sözlerden ziyade maksada bakılmasını söyler. Fakat maksad iç âleme teallük eder ve ruhi hareketler dış alemce anlaşılacak mahiyette değildirler. Bu sebepten maksadın ne olduğunu anlayabilmek için değişmez bir takım kaideler kabul edilmelidir; aksi takdirde herkes maksadım bu değildi diyerek teahhüdünden kurtulabilir. Fakat bazan kullanılan tabirlerden biri veya bir kaç muhtelif manaları haiz olabilir. Bu takdirde karineler yoluna gidilerek tabirlere yekdiglerini teyit eder manalar verilmek lâzım gelir. Çünkü bir kimsenin aynı zamanda iki şeyi birden istemesine imkân yoktur. Cild 1 S. 490 ve müteakip.

b) Baron de Puffendorff 1672 de yazdığı "traité de droit naturel"inde şöyle diyor: gu "rebus sic stantibus" şartı ne kadar müstekreh (odieux) bir şeydir. Çünkü yapılan vaadi keelenemyekün ve kıymetsiz hale koymak gibi bir gaye istihdaf ediyor. Bu şartın akidlerde zımnen mevcut olduğunu kabul etmek izahı güç bir anlayıştır; meğer ki bu şart mukavelede açıkça zikredilmiş olsun". Tabii hukuk nazariyesinin Almanyada da 18 inci asrın sonlarına doğru büyük bir inkişafa mazhar olması clausula nazariyesinin zayıflamasını intac etmiştir.

c) Grotius dan sonra Loi civile adlı eserini yazan Domat, tabii hukuk nazariyesinin en samimi bir taraftarı idi ve bu yüzden tarafların iradelerine en yüksek bir kıymeti izafe ediyordu. Eserinde clausula nazariyesine temas bile etmemiş ve akdin haklı olması gibi ahlâki düşünceleri ihmal ederek akidlerde emniyet ve itimad fikrini ilk plâna almış olmasının sebebi budur.

3. Liberal iktisad mektebinin doğumu. Bu mektep müntesepleri akidlerin haricî bir kuvvetle tanzimi fikrine muhaliftirler.

### Fransız medeni kanununun neşrinden sonra akid nazariyesinin inkişafı

#### 1 — Akdin mahiyeti ve akdi ittisalin teşekkülü :

Fransız Medeni kanununun yürürlüğe girmesinden sonra akidler nazariyesi iki önemli cereyanın tesiri altında kalmıştır. Her iki cereyan da kaynaklarını fikrimce eski devirlerden alır. Ancak bu cereyanlar zamanla sistemleştirilmiş ve sınırları belirli iki nazariye şeklinde ortaya atılmıştır: Birincisi: iradenin hakimiyeti nazariyesi: İkincisi: sosyal nazariye. İlk nazariye - ki bazan individualiste cereyan şeklinde ifa edilir (13) — XIX inci asır sonlarına kadar ilim sahasında hakim olur. Bundan

(13) Çünkü bu nazariye, cemiyet'n menfaatlerini irade sahiplerinin takdirine terk eder.

sonra (sosyal nazariye) nin tesirlerine şahit oluruz. Şu noktaya işaret etmeliyiz ki Fransız hakimleri ferdiyetçi cereyanın en kuvvetli olduğu devirlerde bile sosyal düşüncelerden tecerrüd etmemişler ve yarattıkları içtihadlarla nasafet esasına yer vermişlerdir. Ancak XX inci asırdan itibaren sosyal nazariyenin hakim olmasına ve kanun vazı bu cereyanın tesiri altında kanunlarda da değişiklikler yapmağa başlamasına rağmen Fransız mahkemeleri irade hakimiyeti nazariyesini ihmal etmemiş ve böylece her iki nazariye arasındaki müvazeneyi zamanımıza kadar idame ettirmeğe muvaffak olmuştur. İşte Fransız kazaî içtihadı, büyük başarisını bu müvazeneyle borçludur.

Fihakika XIX inci asrın başlangıcında Fransız hukukçuları Medeni kanunu maziden tamamen alâkasını kesmiş yeni bir müessese olarak ele alınması lâzım geldiğini ileri sürdükleri halde Fransız hakimleri bu fikre iştirâk etmemişler ve aldıkları tahsilin tesiri altında kalarak Code civil de eski hukukun bir tekâmülünü görmek istemişlerdir. Meselâ taraflar arasında yapılan mukavelelerin kanun hüküm ve kuvvetinde olduğuna dair olan 1131 inci madde, ilim alanında mukavelelere tam bir kanun karakterini verdiği halde Fransız hakimleri maddedeki “kanunen muteber şekilde” kaydına dayanarak akidlerin tefsirinde kanunların tefsirine ait esasları tatbikten daima çekinmişlerdir. Çünkü Fransız hakimleri bir mukavelede kanun hüküm ve kuvvetini görmüyorlardı. Mukavele taraflara göre kanun yerine geçebilen bir vakıa idi. Demekki kanun değildi. İşte bu görüşün neticesi olarakdır ki 1808 de verdiği bir prensip kararında yargıtay genel kurulu “mukavelelerin kötü bir tefsire tabi tutulduğu” iddiasının yüksek mahkemece tetkikine imkân olmadığını tesbit etmiştir. Çünkü vakıaların tesbiti ve takdiri ilk mahkemelere aittir. Görülüyor ki yargıtay mukavelelere bir vakıa mahiyeti izafe etmiş ve kanunların tefsirinde son sözü kendisine hasır ettiği halde mukaveleleri bu zümrenin dışında bırakmıştır. Fakat diğer taraftan mukavelelerin yorumlanmasında ilk mahkemelerin hudutsuz takdir selâhiyetleri de yoktu. Eğer bir mukavelelerin sarahati ilk mahkemelerce ihlâl edilmiş olursa o zaman kötü bir tefsir bahis mevzuu olmaz; belki mukavele hükümlerinin tatbikinden imtina edilmiş demektir. Bu takdirde yanlışlığın islâhı yüksek mahkemeye aittir. (İrade hakimiyeti prensibi Sirey. 1873, I page: 332).

Fransız Medeni kanununun 1131 inci maddesi serahatine rağmen mukavelelerin bir kanun değil belki bir vakıa olduğunu teyit eden bir delil de beyyine hakkındaki umumî esaslardır. Eğer mukaveleleri hakikî bir kanun saymak lâzım gelirse “hakim kanunu bilir” kaidesi gereğince bir mukaveledeki hükümlerin hakim tarafından resen yani hiç bir talep olmaksızın nazara alınması icap edecektir. Çünkü, haki mkanun maddesinin hâdi



seye tatbiki için tarafların talepleriyle bağı değildir. Halbuki mukavelelerde bu esas carî olmaz. Hakim tarafların talepleriyle mukayyettir. İddiaların delili olmak üzere ileri sürülen vakıaların dışındaki bir vakıayı, mukavelelerin dava edilmeyen bir hükmünü, hakim resen nazara alamaz. Demek ki bir mukavelelerin taraflara ne gibi haklar temin ettiğinin delilini getirmek hakime düşmez. İşte Fransız yargıtayının mukavele ile kanun arasında kazaî içtihadlarla meydana getirdiği fark bizi şu neticeye götürür: Taraflar, iradeleriyle bir kanuna vücut veremezler.

İlmî ve kazaî içtihadlar arasında çok esaslı bir ihtilâf konusu teşkil eden hükümlerden biri de Fransız Medenî kanununun 6 ıncı maddesidir: “amme intizamını ve adabı ilgilendiren kanunlara hususî anlaşmalarla muhalefet edilemez = On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui interessent l'ordre public et les bonnes moeurs” Maddenin müzakeresi sırasında söz alanlardan biri bu maddenin lüzumsuzluğunu ileri sürdü; çünkü, diyordu: bu, tarafların serbestisini teyit eden normal bir hükümdür. Halbuki irade hakimiyetinin bir diğer müeyyidesi olmak üzere kanunda ipka edilen bu hüküm, ilmî ve kazaî içtihadlar alanın da yekdiğerinin tamamen zıddı iki tefsire tabi tutulmuştur:

a) Hukukçulara göre 6 ıncı madde tahdidî bir şekilde tefsir olunmalıdır. Kanununun amme intizamını ve umumî adabı ilgilendiren sarîh ve âmîr hükümlerine muhalefet edilemez. Bunun dışındakilere muhalefet caizdir. Demek ki tarafların irade serbestileri ancak kanunda yer alan âmîr hükümlerle tahdit edilmiştir. Maddenin sarahatinden çıkan mana budur. Kaldı ki esas ferdin serbest olduğudur. İrade tahdidi istisandır.. Şu halde bir istisna karşısındayız. İstisnalar ise ancak mevritlerine maksur olur. Binaenaleyh kanunda yazılı olmayan hallerde amme intizamı ve umumî âdap düşüncesi bir mukavelelerin hükümsüzlüğünü intaç edemez.

b) Hakimlere göre ise madde şu manayı ifade etmekte idi: “kanunda yazılı olsun olmasın, amme intizamını ve umumî adabı ilgilendiren hukuk prensiplerine hususî anlaşmalarla muhalefet edilemez “Demekki amme intizamı hudutları katıyetle çizilmiş olan bir kavram sayılmaz. Bu, her devlete göre değişebilir. Bir devlette dahi siyasi rejim değişikliğinin mefhum üzerinde tesirleri olabilir; hatta aynı siyasi rejimde bile amme intizamı, her zaman aynı kavramı ifade edemez. (14)

(14) Hadiseler Fransız hakimlerinin bu görüşünü te'yid etmiştir. Filhakıka meşhur Fransız şairi Baudelaire'in “Les fleurs du mal - Fenalığın çiçekleri,, adlı eserinde intişar eden şiirlerden bazıları umumi adaba aykırı sayılmış ve 20 Ağustos

Hukukçularla hakimlerin görüşleri arasında zıddiyet farkı gözden kaçmıyacak kadar açıktır. Şimdi maddenin tatbikatına geçelim: Code civil'in neşrini müteakip XIX inci asrın ilk otuz yılında adaba ve amme intizamına muhalif bulunmasından dolayı mukavelelerin hüküm ifade etmeyeceğine dair Fransız yargıtayının verdiği kararlara pek az rastlarız. Zina ve muharemat mahsulü (inceste) olan çocuklar lehine yapılan teber-rüler ile aralarında evlilik bağı bulunmayan kimselerin birbirlerine karşı yaptıkları bağışları işte bu senelerde mahkemeler batıl addetmişlerdi. Çünkü O zamana göre ahlâka aykırı idiler. Kezalik evlenme dellâllığı da aynı sebepten dolayı ücrete hak veremezdi. Ancak 1830 dan sonradır ki amme intizamı kavramının daha geniş bir sahada tatbik edildiğine şahit oluruz. İspanyada liberaller ile legitimistler arasında çıkan dahilî harp için Fransada yapılan silâh satışı mukavelelerini Fransız Yargıtayı komşu bir devletin emniyetini ihlâl etmesi sebebiyle batıl ad etmiştir. Daha sonra müstahsillar veya sınaî bir teşebbüste çalışan işçilerin kurdukları cemiyetler de 6 ncı madde dolayısıyla amme intizamını muhıl sayılmıştır. İrade hakimiyeti nazariyesinin doctrine alanında en parlak devrine vardığı 1880 tarihinden sonra amme intizamı nazariyesinin mahkemelerde daha fazla inkişaf ettirildiğini görüyoruz. O tarihe kadar kabul edilmeyen mukaveleler yeni telâkkiler karşısında kabul edilmeğe ve kabul edilenler de hükümsüz sayılmağa başlandı. Meselâ evlilik bağının kudsiyetine bir te cavüz sayılmakta olan evlenme dellâllığı mukavelesinde artık böyle bir mahiyet görülmediği cihetle mahkemelerin bu husustaki kararlarında eski sertlik ve katiyet yoktu; çünkü verilen dellâllık ücreti geri alınamı-yordu. Yine bunun gibi ilânın bir nevi olan tiyatrolardaki (Claque) alkış mukaveleleri de meşru görülmeğe başlandı. İşbu mukavele hükmünce bir takım ilân müesseseleri kendi adamlarını tiyatronun büyüklüğüne ve tem silin ehemmiyetine göre mikdarı değişen bir grupla birlikte tiyatroda ha-zır bulunduracak ve temsil sırasında söylenen hissiyatı tahrik edici ma-hiyetteki sözleri alkışlamak suretiyle artistlerin muvaffakiyetini temine çalışacaktır. Eskiden bu mukaveleler, seyircilerin serbest takdir haklarına tecavüz sayılıyordu. Halbuki bu gün bu gibi akidlerin butlanı iddia edile-mez bir hale gelmiştir. Bununla beraber XIX inci asırda pek bilinemiyen ve hileyi, spekülasyonu veya memurların irtikâbını istihdaf eden mukave-

---

1857 tarihinde müellifi mahkûm edilmişti. Fransızlar bu gibi mahkûmiyetlerin iadei muhakeme yoluyla izale olunabileceğine dair bir kanun kabul ettiler. İşbu kanun hükmüne tevfikam bu eserin umumi adaba aykırı bulunmadığına 31 mayıs 1949 ta-rihinde Fransız Temyiz Mahkemesi Cinayet dairesi karar verdi. Jacques Hamelin; L'arhabilitation judiciaire de Baudelaire. Librairie Dalloz.

lelere karşı Fransız mahkemeleri şiddetli bir mücadeleye giriştiler. Bu mücadele memleket dahiline münhasır kalmadı. İlk umumi harbi müteakip yabancı devlet memurlarının irtikâbını temin suretile birtakım haksız menfaatler elde edilmesi yolundaki mukavelelerde batıl sayılmıştır. Hattâ Fransız yargıtayı daha ileri gider ve kanunda yazılı olmadığı halde hakimlere büyük bir takdir hakkı tanır. Meselâ eşinin evlenmemesi şartıyla yapılan hibe veya vasiyet daima batıl değildir. Hakim her hâdisedeki hususiyetleri göz önünde tutarak kararını ona göre verecektir. Her şeyden evvel, böyle bir vasiyetin yapılmasında hakim olan maksat aranmalıdır. Eğer sırf kıskançlık hissinin tatmini ise o zaman amme intizamını ihlâl eden bir muamele karşısındayız; vasiyet muteber fakat şart batıdır. Böyle değil de meselâ sağ kalan eş'in himayesi ve banun neticesi olarak yetişecek çocuklarının istikbalini temin ise şart iüzum ifade eder. Demek ki Fransız mahkemelerinin elinde amme intizamı telâkkisi bir taraftan genişlemiş, diğer taraftan ise çok seyyal (souple) bir mahiyet almıştır. Çünkü aynı şart bir mukavelede batıl, diğer mukavelede ise muteber sayılıyor. Görülüyor ki gerek 1134 üncü ve gerek 6 ncı maddenin tefsirinde Fransız hakimleri doctrine'in çizdiği yollardan gitmemişler ve bu sayede bir buçuk asırlık bir mazisi olmasına rağmen Fransız medenî kanununa ihtiyaçları tatmin eden bir yenilik aşlamaya muvaffak olmuşlardır.

Şimdi mevzumuzu yine akidlerin teşekkülü etrafında olmak üzere diğer bir cepheye yani tarafların himayesine dair olan ve bu itibarla daha somut = concret bir mahiyet arz eden KS in 1108 inci maddesine nakledeyim: madde şudur :

“Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation.

İrade hakimiyeti nazariyesine göre iki taraf arasında serbestçe müzakere edilip kararlaştırılan hususî menfaatler, umumun menfaatine de uygun görülmelidir. Esasen mukaveleler kanun mertebesine yükseltilelen bir kuvvetle himaye edilmektedir. Ve verilen sözün yerine getirilmesi de emniyet bakımından lüzumlu olan bir - şeydir. İşte iradenin hakimiyeti nazariyesini müdafaa edenlerin dayandıkları üç ana prensip bunlardır. Fakat her üç prensip dahi âkitlerin iradelerini serbestçe ve şuurlu olarak izhar etmeleri ihtimaline dayanır. Medenî hukuk, rızaları her hangi bir suretle fesada uğrayan (hata, hile, ikrah) âkidleri ve bilhassa küstüklerle akli durumları normal olmayan kimseleri muhtelif yollarla hi-

mayeye çalışmaktadır. İşte bu sebeptendir ki Fransız Medenî kanununun 1109 uncu maddesinde hata veya ikrah veyahut da hile ile yapılan bir beyanın rıza sayılmıyacağı tasrih edilmiştir. Biraz daha aşağıda âkidlerin ehliyetine dair olan kısımda (1123 - 1125) kanunen ehliyetsiz sayılmayan her şahıs kaideten akid yapabilir denildikten sonra şu esas tesbit ediliyor: Küçüklerin, mahcurların ve evli kadınların giriştikleri teahhütleri ehliyetsizlik sebebi ile bozdurabilmeleri kanunda yazılı halere inhisar eder. Bu gibi kimselerle akde girişenlerin ise butlan sebebinin ileri sürmeğe hakları yoktur (art 1125). Eğer kanunun bu hükümlerini izah ettiğimiz prensiplere yaklaşırsak varacağımız neticenin şu olması lâzım gelecektir. Gerek irade fesadı, gerek âkidlerin ehliyeti nazariyeleri irade hakimiyeti nazariyesiyle ahenkli bir surette telif edilmiştir. Şu halde mukaveleden çıkan bir ihtilâfda hakimin arayacağı nokta iradelerin serbestçe izhar edilip edilmediğidir: irade serbestisi ihlâl edilmiş ise mukavele bozuktur; edilmemiş ise taraflar mukavele hükümlerini yerine getirmekle mükellef tutulacaktır. Çünkü hakim tarafların iradesini tahakkuk ettirmeğe memurdur. Demek ki onun vazifesi bir mukavelede irade fesadının bulunup bulunmadığı noktasını araştırmaktan ibarettir. Halbuki tatbikatta işlerin hiç de böyle cereyan etmediğini görürüz. Filhakika Fransız hakimleri selâhiyetlerini bu sınırlarla tahdit etmemişlerdir. Bunun tamamen aksine olarak ahlâk ve emniyet bakımlarından yani umumî bir tabirle sosyal nizam bakımından hadiseleri incelemişler ve böylece ferdiyetçi individualiste bir görüşten uzaklaşmışlardır.

Mr. Ripert "La règle morla dans les obligation" adlı eserinde bu noktayı bilhassa tebarüz ettirmektedir. (p. 80). Mevzuu tam bir şekilde kavrayabilmek ve Fransız mahkemelerinin irade fesadı etrafında vücuda getirdikleri sistemle doctrine arasındaki farkı görebilmek için Roma ve kilise hukukunun prensiplerini bir kaç kelime ile hülâsaya çalışalım:

Roma hukukunda irade fesadı nazariyesi akıtlar dolayısıyla meydana getirilmiştir. Preteur, tam manasiyle suç sayılan hareketleri cezalandırmak için işe müdahale eder ve böylece hile ve fesada maruz kalan kimselerin himayesinden ziyade bunları yapan tarafı cezalandırmakla uğraşır.

Kilise hukukunda vakia, ferdin iradesi nazara alınmıştır. Fakat bu hukuk hiç bir zaman ferdiyetçi zihniyet ile sosyal zihniyeti birbirinden ayıramaz. Bu hukuka göre sözünde durmamak bir günahdır ve sözünü bazı fesat sebepleri neticesinde veren bir adamın, teahhüdünü yerine getir-

memesinde bir günah görülemez. Demek ki kilise, hukuku, ferdiyetçi, sosyal ve dinî mülâhazaları bir arada toplar.

Fransız hukukuna gelince, burada irade fesadı akde butlan izafe etmez. Bu cihet Code civil'in 1117 inci maddesinde açıkça gösterilmiştir. Hata, hile ve ikrah ile yapılan akidler kendiliğinden batıl sayılmazlar. Yalnız kanunun tayin ettiği hallerde butlan iddiasına veya istirdad haklarına vücut verirler.

**Hata nazariyesi :** şimdi hata nazariyesinin bir kaç hassas noktası tizerinde duralım bu nazariye XIX veXX inci asırlarda inkışaf etmiş ve bunun neticesi olarak Romada tesadüf edemediğimiz bir takım incelikler meydana gelmiştir. Bir kere doctrine hatayı üç dereceye ayırır :

1 İnci derece : her iki taraf için akdin doğumuna mani olan hata-Error in corpore, error in nogetia. Fransız hukukçuları burada bir anlaşmazlık mahiyeti görmüşler ve her iki tarafın da hataya istinad ederek akdin hükümsüzlüğünü iddia edebileceğini kabul etmişlerdir.

2 İnci derece: Akdin yalnız bir taraf için bozulmasını intac eden hata Şahısta ve makudün aleyhin nevi ve mahiyetindeki hata bu derecededir. Ancak şahıstaki hatanın akde müessir olabilmesi için akdin meydana getirilmesine sebep karşı tarafın şahsı olması icabeder. Makudünaleyhin nevi ve mahiyetindeki hataya gelince (C. civil madde 1110), burada müellifler arasında bir ihtilâf çıkmıştır. Bazıları objektif nazariyeye istinaden şu iddiada bulunurlar: Makudüaleyhin nevi ve mahiyetindeki hata ancak eda mevzuunun maddiyetinde bir hata olabilir. : şu halde şu yoldaki bir hatanın 1. inci derecede yer alması lâzım gelir. Diğer bazıları ise sübjektif bir telâkiye tâbi olarak böyle bir hatanın makudüaleyhin esas vasıflarında olmasının kâfi geleceği fikrindedirler. Fakat her iki kısım müellifler de hata eden tarafın hatasına dayanarak akdin feshini talebe hakkı olduğunu kabul etmektedirler.

3 Ünsü derece - Akde müessir olmayan hata - Bu akdin yalnız saiklerine teallük eden hatadır. Bu yoldaki hata ister şahsa ister makudünlerine teallük eden hatadır. Bu yoldaki hata ister şahsa ister makudünaleyhe taallük etsin, nazara alınamaz ve hiç bir netice meydana getiremez. İşte Fransız hukukçularının görüşlerini hülâsa etmiş oluyorum:

Şimdi tatbikat alanına geçerek Fransız mahkemelerinin bu hükümleri nasıl anladıklarını görelim:

Fransız mahkemeleri yapılan bir hatanın her iki taraf içinde akdin doğumuna mani olabileceğini hiç bir zaman kabul etmemişlerdir. Hata iddiası, ancak hataya düşen tarafıntan ileri sürüldüğü takdirde kabul edilir. Hata etmeyen tarafın böyle bir iddiada bulunmaya hakkı yoktur.

Makudünaleyhin nevi ve mahiyetindeki hataya gelince burada mahkemeler objektif görüşü nazara almadılar. Bilâkis bütün tahliller sübjektif telâkki etrafında yürütüldü. Hattâ Fransız yargıtayının kullandığı tabirlerde bile bu telâkkinin gittikçe inkişaf ettiği görülür. Filhakika ilk zamanlar “erreur sur la substence” tabirini kullandığı halde sonraları “erreur sur la qualité substantielle” veya “erreur substantielle” tabirlerini kullanıyor ve en sonrada şu tabirde karar kılıyor: “erreur telle que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté” Biraz evvel görmüştük ki sübjektif telâkkiye taraftar olan müellifler de vardır. Fakat bu müelliflerin hareket noktaları yine irade hakimiyeti prensibi idi. Yani böyle bir hata olduğu anlaşılırsa akid lüzum ifade edemezdi çünkü taraflardan birinin iradesine uymadığı sabit olmuştu. Demekki akdi hükümsüz bırakılmak için hata iddiasında bulunan tarafın bu yüzden bir zarar görmesi şart değildi. Halbuki Fransız yargıtayı bu görüşe iştirak etmedi. “Menfaat bulunmayan yerde dava hakkı olamaz” = pas d'intéret pas d'action” kaidesine dayanarak hata eden tarafın maddî veya manevî bir zarara uğramadıkça hata iddiasında bulunamayacağını bir prensip olarak kabul etti. Bu konu etrafındaki içtihadların en güzel misallerini sigorta akidleri dolayısıyla çıkan ihtilâflarda görebiliriz. Bir kimse malını hasara karşı sigorta ettirmek istiyor ve bu maksadla bir kumpanyaya müracaat ediyor. Fakat akidten sonra anlıyorki müracaat ettiği kumpanya sabit primli bir müessese değil; belki karşılıklı sigorta işleri yapan bir kumpanyadır. (T. K. Madde 932) İşte burada Fransız yargıtayı hata sebebiyle akdin feshine gitmektedir; çünkü müracaat edilen kumpanyanın hukukî vasfı hakkında bir hata yapılmıştır. Fakat hata iddiasının kabulüne saik olan sebep sade bu değildir. Karşılıklı sigorta işleri yapan bir müessesede sigortalı da sigortacı sıfatını alır ve böylece zararın bir kısmına kendisi de iştirak eder. Şu halde sigortalının yaptığı hata kendisini bir zarara sokuyor demektir. Halbuki akdi yaparken böyle bir zarara katlanmak onun maksadına uymuyordu. İşte akdin feshine sebep olan nokta da budur.

Şimdi irade hakimiyetine dayanan hata nazariyesiyle tatbikatta yer alan hata nazariyesi arasındaki farkı gösteren dördüncü bir noktaya geliyorum: Fransız mahkemeleri sosyal telâkkiileri, hata eden tarafın şahsî menfaatlerinden üstün tutmaktadır. Filhakika makudünaleyhin nevi ve mahiyetinde hata eden ve böylece akdin butlanını talebe hak kazanan kimse acaba daima akdi bozdurabilir mi? Yoksa karşı tarafın kendisinin hataya düştüğünü bildiği veya yapılması lâzım geldiği halde hatasını tasbih etmediğini isbata mecbur bırakılmalı mıdır? Bir misal alalım: Bir adam antikacı dükkânında bir tablo görüyor. Tabloda hiç bir imza yoktur. Fakat resmin yapıış tarzından bu tablonun meşhur bir ressam a ait oldu

ğu zannında bulunuyor; çünkü biliyor ki, o ressam şöhret almadan evvel tablolarına imza atmazdı. Fikrini dostlarından bir kaç kişiye söylüyor ve onlar da adamın zannını teyid ediyorlar. Tabloyu ucuz bir bedel ile satın alıyor ve evine getiriyor. Ancak kendisini ziyaret gelen bir mütehassıs tablo o ressamın olmadığını söylüyor. Bunun üzerine müşteri hataya istinaden akdin feshini istemektedir. Buradâ sadece irade hakimiyeti nazariyesine dayanırsak akdin feshine gidilmesi doğrudur. Çünkü makudtialeyhın esas fasıflarında bir hata edilmiş ve bu hata olmasaydı akdin yapılmıyacağı da tesbit olunmuştur. Fakat mahkemeler bu mahiyetteki bir hataya istinad eden davaları daima red etmişlerdir. Çünkü ahlâki düşünceler ve iş münasebetlerinde carî olması lâzım gelen sosyal emniyet anlaşmalarının herhangi bir caprice neticesinde bozulmasına engel teskil eder. Şu halde karşı tarafın vakıf olduğu veya vakıf olması lâzım geldiği sabit olmadıkça bu yoldaki hatalara dayanılarak akidler hükümsüz bırakılmaz. Görülüyor ki tamamen ferdiyetçi bir zihniyetle kaleme alınan ve irade hakimiyetine en yüksek kıymet veren Code civil, Fransız mahkemelerinin elinde bu günün sosyal düşüncelerine zemin hazırlayan modern bir hukuk olmuştur. Nitekim son kanunların bu içtihadlardan ilham almaları da bunu isbat eder: B. K. Madde 24 ve 26. Polonya borçlar kanunu madde 37.

Celui qui a commis une erreur sur le contenu de sa déclaration ou de la déclaration de l'autre partie, peut se soustraire aux effets juridiques de sa déclaration, si l'autre partie, même sans commettre de faute, a provoqué l'erreur par son attitude, ou encore si cette autre partie avait de l'erreur, ou pouvait facilement s'en rendre compte.

İkrah nazariyesi . irade fesadı sebeplerinden ikrahda dahi aynı farkları bulabiliriz. Mademki bir kimse iradesini bir taziyik altında izhar etmiştir. O halde irade hükümsüzdür; çünkü ferdin takdir hakkına ve serbestçe karar almasına imkân bırakılmamıştır Halbuki Fransız mahkemeleri hiç de bu fikirde değildirler. Onların kanaatine ister maddî, ister manevî olsun, ikrahın sebebi mesru ve haklı ise akidler lüzum ifade edecektir. Aksi takdirde akdin iptaline gidilir. Nicin? çünkü sosyal menfaat ve umumî ahlâk düşünceleri, ikraha maruz bırakılan tarafın sadece ruhî haletini nazara almağa müsaade etmez; belki ikrah sebebinin de araştırılmasına lüzum vardır. Demek ki mahkemeler irade hakimiyeti prensibinin yanı başında bu düşüncelere de önemli bir yer veriyorlar. Esasen Code civil'in maddesinde bu hal tarzını haklı gösteren bir hüküm bulmak da kabildir.

La seule crainte révérencielle envers le pere, la mere ou autre as-

cendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat.

Ana babanın çocukları üzerinde telkin ettiği hürmet ve onların sözlerinden dışarı çıkmamak suretinde tecelli eden ikrahın sebebini meşru kılar. Demekki sebep meşru ise ikrahın akde tesiri görülmez; haksız ise ve meşru değilse o zaman ikrah nazariyesini tatbika imkân olacaktır.

Fransız yargıtayı kararlarında göze çarpan düşünceler bunlardır. Meselâ bir alacaklı borcunu yerine getirmekten imtina eden borçlusuna karşı iflâs talebi tehdidinde bulunuyor. İflâs talebi, teahhütlerini muntazaman yerine getiren bir borçlu için bilhassa manevî bakımdan şumulü büyük olan bir tehdittir. Fakat sözünde durmayan borçluya karşı alacaklı bu hakkını kullanabilir. İşte bundan dolayıdırki haciz ve iflâs tehdidinin ikrah sebebiyle butlanı istilzam etmiyeceğine mahkemeler karar vermişlerdir. Şu kadar ki hakkından fazla bir şey koparmak için borçlusunun ruhî durumundan faydalanarak böyle bir tehditte bulunmuş ise bu cihetin sübutu halinde akdin butlanına gidilir. Çünkü borçlu iradesini serbestçe kullanmamıştır.

İrade üzerine yapılan bir tazyik, umulmamazlıktan (cas fortuit) da ileri gelebilir. Hukukçuların fikirlerine göre mademki ikraha maruz kalan kimsenin ruhî durumu nazara alınacaktır ; o halde ikrahın diğer tarafın fiilinden veya umulmamazlıktan husule gelmesi arasında bir fark yoktur. Çünkü her iki ihtimalde de borçlu teahhüdünü bir tazvik altında yapmış ve iradesini serbest kullanmamıştır. Doctrine tarafından ileri sürülen bu fikir mahkemelerce kabul edildi. Fakat mahkemeler, sadece ikrahın meydana getirdiği neticeler üzerinde durmadılar. Lehine teahhüt olunan kimsenin ahlâk, kaidelerine aykırı bir surette hadiselerden istifadeye kalkışıp kalkışmadığını da aramağa lüzum gördüler. Meselâ kazaya uğrayan bir geminin kaptanı diğer bir gemiden yardım istiyor. Deniz çok fırtınalıdır. Yardıma gelen gemi kaptanı durumun kendisi için de bir takım zarar ve hasarların istilzam edebileceğini görerek kurtarma işi başarılı olduğu takdirde kendisine şu kadar ücret verilmesini istiyor ; diğer taraf bunu kabul ediyor. Neticede gemi kurtarılmıştır. Fakat yardım isteyen kaptan istenilen ücrete havanın fırtınalı olması yüzünden muvafakate mecbur kaldığını ve binaeneleyh tesiri altında bulunduğunu iddia ediyor. Eğer irade hakimiyeti prensibini esas alırsak bu iddia yerindedir. Ancak mahkemeler, durumu yalnız yardım isteyen kaptan bakımından tetkik etmediler ; belki işin ahlâki bakımdan da tetkikine lüzum gördüler. Havanın fırtınalı olması acaba yardımda bulunan gemi kaptanını diğerin-



den fazla bir ücret istemeğe ve böyle durumdan istifadeye sevk etmiş midir? Rouen istinaf mahkemesinin 1891 de verdiği bir kararda şöyle de-niliyor :

‘Bien que ce fût la tempête que fut la base de la contrainte exercée contre le capitaine du navire en peril, le fait que le sauveteur a abusé de la situation, constitutue une violence suceptible d’annuler le contrat’

Fransız hakimleri bunu, bir içtihat kararı olarak kabul ederler. Görülüyor ki mahkemeler, sadece mağdurun tamamen objektif durumunu veya hadiselerin yine tamamen objektif mahiyeti üzerinde durmamışlar ; belki her iki tarafın karşılıklı durumlarını da tetkik etmişlerdir. Şu halde ahlâki telâkkiler, maddî hadiselerden fazla nazara alınmıyor. Bu görüş 28 aralık tarihli Brüksel uluslar arası anlaşmasında dahi kabul ediliyor. (Mazhar Nedim Göknil, deniz ticareti hukuku, sahife 379).

Hile nazariyesi : — Burada da varacağımız netice diğerlerinden farklı değildir. Hilenin bir irade fesadı sebebi olarak kabul edilebilmesi için diğer âkid tarafından yapılması lâzım gelir. Bu code civil’in kabul ettiği bir esastır (art 1116). Bu itibarla hukukçular yalnız hilenin neticeleri üzerinde değil, onun kaynağı etrafında da durmak icap edeceğini ileri sürmüşler ve böylece hatâ ve ikrahda olduğu gibi tamamen ferdiyetçi bir düşünce tesiri altında kalmamışlardır. Bununla beraber mahkemelerin, doctrine tarafından çizilen hududu aştıklarına şahid oluyoruz. Meselâ bir adam, muayyen bir gayri menkulu satın almak istiyor. Müşteriyi bu kararda sebat ettirmek için bayi gayri menkulun yüksek bir irad getirdiğini gösterir sahte vesikalar ibraz ediyor (dol incident) Bu gibi hallerde mahkemeler daima akdın iptali cihetine gitmezlerse de satış bedelinin tanzili lüzumuna karar verirler. Ticarethaneler satışı dolayısıyla çıkan ihtilâflarda bu hal sureti bu gün umumiyetle kabul olunmaktadır.

(Devam edecek)