

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKUNDA İSİMSİZ SÖZLEŞMELER VE
MODERN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

H. Asena ÇOLAK

Tez Danışmanı: Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU

EYLÜL 2025

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKUNDA İSİMSİZ SÖZLEŞMELER VE
MODERN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

H. Asena ÇOLAK

Tez savunma jürisi: Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU (Tez Danışmanı)

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ

Dr. Öğr. Üyesi B. Yiğit Sayın

EYLÜL 2025

ÖNSÖZ

“Roma Hukukunda İsimli Sözleşmeler ve Modern Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi” başlıklı bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış ve jüri üyesi olan değerli hocalarımla takdir ve görüşlerine sunulmuştur. Çalışmada, isimli sözleşmelerin Roma hukukundaki yeri ve gelişim sürecinin yanında, Roma hukukunda isimli sözleşmelerin ele alınış şeklinin ilerleyen yüz yıllarda modern sözleşme özgürlüğü fikrinin ortaya çıkışını nasıl etkilediği incelenmiştir. Çalışmanın vücut bulması saygıdeğer hocalarımla, çok kıymetli dostlarımla ve sevgili ailemin katkıları ve özverileriyle mümkün olabirmiştir. Bu vesileyle, kendilerine şükran ve minnet duygularımı ifade etmek isterim.

Akademi dünyasına girerken beni tüm içtenliği ve sıcaklığıyla karşılayan, tezi büyük bir titizlikle okuyarak yorumlarını benden esirgemeyen, akademik özgürlüğe gösterdiği saygıyı eksik etmeksizin bana her konuda yol gösteren ve beni teşvik eden, kanatlarını her zaman üzerimde hissettiğim kıymetli hocam Prof. Dr. Havva Karagöz’e ne kadar teşekkür etsem azdır.

Hukuk eğitimimin en başından itibaren öğrencisi olmaktan gurur duyduğum, lisans ve yüksek lisans eğitimim boyunca kendisinden aldığım derslerle düşünce ufkumu genişleten, değerli hocam Prof. Dr. H. Murat Develioğlu’na her zaman varlığını hissettirdiği en içten destekleri ve emekleri için müteşekkirim.

Jüride bulunmayı kabul ederek beni onurlandıran, saygıdeğer hocam Dr. Öğretim Üyesi Yiğit Sayın’a destekleri, sabrı ve ayırdığı kıymetli vakti için minnet ve şükranlarımı arz ederim.

Latince metinlerin anlaşılması hususunda yardımları ve kıymetli vaktini ayırarak gerçekleştirdiği fikir alışverişleri için kıymetli meslektaşım Dr. Selahattin Eren’e; sabır ve anlayışla tezi okuyarak görüş ve eleştirileriyle yardımlarını esirgemeyen

değerli dostum ve meslektaşım Dr. İsmail Dede'ye; kaynak temini başta olmak üzere her konuda büyük bir sabır ve özveriyle yardımlarını benden esirgemeyen değerli dostlarım ve çalışma arkadaşlarım Dr. Doğan Kara'ya, Ar. Gör. Mehmet Ali Tanrıkulu'ya, Ar. Gör. Eylem Işık'a ve Ar. Gör. Yankı Yener'e tüm katkıları için teşekkürlerimi sunarım.

2210-A Yurt İçi Genel Yüksek Lisans Burs Programı çerçevesinde desteklerini sunan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırmalar Kurumu'na (TÜBİTAK) katkıları için teşekkür ederim.

Hayatımın her döneminde sonsuz özverileri ve sevgileriyle arkamda durup beni destekleyen annem Müzeyyen Çolak ve babam Ahmet Çolak'a, aramızda kilometreler olsa bile beni her zaman güldürmeyi başaran ve “tez” sözcüğüyle yapılabilecek tüm kelime şakalarını tüketen sevgili kardeşim İsmail Gökalp Çolak'a; sevgisini ve desteğini her zaman hissettiğim, mücadeleci ruhunu ve azmini örnek aldığım en yakın dostum, kız kardeşim Aynur Yıldız'a hep yanımda oldukları için müteşekkirim. Her tökezlediğimde yılmadan, büyük bir sabır ve özveriyle beni tekrar ayağa kaldıran, beni bazen benden bile iyi tanıyan, hayallerimi desteklemekle kalmayıp onlara ortak olan, kendi hayallerine ulaşmak için gösterdiği kararlılığı ve mücadelesiyle bana ilham olan, yol arkadaşım Fuat Genç özel bir teşekkürü hak ediyor.

Son olarak bu tezi, ilkokuldan sonra okulu bırakmak zorunda kalan ama okuma, yazma ve öğrenme aşkı hiç bitmeyen, kendi çocuklarını okutmak için zor şartlarda çalışan, 80 yaşında bile küçükken öğrendiği şiirleri ezberden okuyarak hafızasına hayran bırakan, sonsuz ve koşulsuz sevginin yanında hayata ve yaşamaya dair birçok inceliği kendisinden öğrendiğim, bu tezi yazdığım için en çok gururlanacak kişiye, yakın zaman kaybettiğimiz anneannem Mümine Yıldız'a ithaf etmek istiyorum.

RESUMÉ

LES CONTRATS INNOMMÉS DANS LE DROIT ROMAIN ET LEUR INFLUENCE SUR LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE MODERNE

H. Asena ÇOLAK

Cette étude examine les contrats innommés en droit romain et leur influence sur l'émergence de la liberté contractuelle moderne. Le système contractuel romain, fondé sur le principe de la typicité et du formalisme, contraste profondément avec le principe moderne de la liberté contractuelle. Les questions centrales de cette recherche portent sur la manière et les raisons de l'abandon du principe le principe de la typicité et du formalisme ; sur le moment et les étapes par lesquels le système contractuel a évolué vers une théorie générale du contrat; ainsi que sur le rôle joué par le droit romain et les sources romaines dans ce développement.

À l'origine, État agricole fermé, Rome s'est progressivement étendue à travers diverses régions géographiques et est devenue un acteur actif du commerce international. Les besoins engendrés par cette transformation socio-économique ont rendu inévitable un assouplissement progressif du formalisme et de la typicité contractuelle rigide qui dominaient le droit romain.

Dans ce contexte, les contrats innommés ont joué un rôle essentiel en étendant considérablement le champ d'application du système contractuel romain. Il a été admis que, sans restriction quant à l'objet, un accord créant des obligations réciproques (*synallagma*) pouvait donner naissance à une obligation exécutoire dès lors qu'une partie avait exécuté sa prestation (*causa*).

Néanmoins, le formalisme n'a jamais été totalement abandonné à aucune période du droit romain. Par conséquent, la liberté contractuelle n'a jamais fait partie intégrante du droit romain. Cependant, les notions de *causa* et de *synallagma*, discutées dans le

cadre de la théorie des contrats innommés, ont joué un rôle majeur dans la formation des fondements intellectuels de la liberté contractuelle à partir du Moyen Âge. Ce processus a été renforcé par la synthèse du droit romain avec les exigences morales du droit canonique, les nécessités du commerce et les principes d'équité du droit naturel. Cette synthèse a abouti à l'abandon de l'exigence d'une exécution préalable pour que l'obligation soit contraignante. L'accent a été mis sur la volonté libre et rationnelle des parties. Cette évolution a conduit, en définitive, à la reconnaissance de la liberté contractuelle.

Le premier chapitre de notre étude, divisé en deux sections principales, traite des contrats innommés en droit romain. Il présente d'abord les caractéristiques générales des contrats en droit romain, le rôle des prêteurs, des pactums et des contrats innommés dans l'évolution de l'approche formaliste, puis aborde la relation entre les droits et les actions dans le droit procédural romain, en se référant particulièrement à la procédure de formule, qui présente un intérêt pour le sujet traité. Dans l'examen qui suit, l'évolution des contrats innommés de la période classique à l'époque de Justinien est retracée, ainsi que les actions accordées à leur égard et certains exemples spécifiques de ces contrats innommés.

Enfin, le deuxième chapitre retrace l'influence du droit romain dans l'émergence du principe de liberté contractuelle, depuis le Moyen Âge jusqu'au XVII^e siècle. À cette fin, l'approche des tribunaux de commerce, les opinions des juristes théologiens et la tradition du droit naturel sont examinées, dans la mesure où elles peuvent être mises en relation avec la pensée juridique romaine.

Mots-Clés: Contrats Innommés, Contractus Innominati, Causa, Synallagma, Liberté Contractuelle

ABSTRACT

INNOMINATE CONTRACTS IN ROMAN LAW AND THEIR IMPACT ON MODERN CONTRACTUAL FREEDOM

H. Asena ÇOLAK

The subject of this study is the innominate contracts in Roman law and the impact of their legal regulation on the development of modern contractual freedom. The Roman contractual system, dominated by the principle of typicity and formalism, stands in stark contrast to the contemporary principle of contractual freedom. This study revolves around key questions such as how and on what grounds the principle of typicity was abandoned; when and through which stages the contractual system evolved into a general theory of contract; and what role Roman law and Roman legal sources played in this development.

Initially a closed agrarian society, the Roman state gradually expanded across diverse geographical regions and became an active participant in international trade. The needs generated by this socio-economic transformation necessitated a relaxation of the dominant formalistic approach in Roman contract law. In this process of gradual process of change, innominate contracts represented the contractual forms that extended the scope of the Roman system of contracts to its broadest limits. Under such contracts, it was recognized that, without any limitation as to subject matter, a mutually binding agreement (*synallagma*) could give rise to an enforceable obligation once one party had performed their obligation (*causa*).

However, the concept of adherence to type and form was never fully abandoned during any period of Roman law. Consequently, the concept of contractual freedom never truly constituted an integral component of Roman law. Nevertheless, the concepts of *causa* and *synallagma*, which were discussed within the theory of

innominate contracts, played a critical role in shaping the foundations of contractual freedom from the Middle Ages onward.

The moral and religious justifications of canon law, when combined with the necessities of commerce and the equity-based, rational explanations of natural law, were synthesised with Roman legal thinking. Consequently, the stipulation that a party must have previously fulfilled their obligation to establish enforceability was rescinded. Conversely, the focus was directed towards the free and rational will of the parties involved. This synthesis ultimately led to the emergence of contractual freedom.

The first chapter of this study, which is divided into two main sections, deals with innominate contracts in Roman law. It first outlines the general features of Roman contracts, the role of the praetors, *pactums*, and innominate contracts in the evolution of the formalistic approach; then addresses the relationship between rights and actions in Roman procedural law, with particular reference to the *formula* procedure, which bears relevance to the subject under discussion. In the following examination, the development of innominate contracts from the Classical Period to the age of Justinian is traced, along with the actions granted to them and certain specific examples of such innominate contracts.

The second chapter traces the legacy of Roman law in the emergence of the principle of contractual freedom from the Middle Ages to the 17th century. In this chapter, the approach of commercial courts, the views of theological jurists, and the natural law tradition are examined insofar as they can be linked to Roman legal thought.

Keywords: Innominate Contracts, Contractus Innominati, Causa, Synallagma, Contractual Freedom

ÖZET

ROMA HUKUKUNDA İSİMSİZ SÖZLEŞMELER VE MODERN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİSİ

H. Asena ÇOLAK

Çalışmamızın konusunu, Roma hukukundaki isimsiz sözleşmeler ve bunlara ilişkin düzenlemelerin modern sözleşme özgürlüğünün gelişimine etkisi oluşturmaktadır. Tipe ve şekle bağlılık ilkesinin hâkim olduğu Roma sözleşmeler sistemi, bugün geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesiyle tezat oluşturur. Tipe ve şekle bağlılık ilkesinin ne şekilde ve hangi gerekçelerle terkedildiği; sözleşmeler sisteminin ne zaman ve hangi aşamalardan geçerek genel bir sözleşme teorisine evrildiği, yaşanan düşünsel gelişimde Roma hukukunun ve Roma kaynaklarının nasıl bir rol oynadığı soruları bu çalışmanın ana konusunu teşkil eder.

Roma devleti, başlangıçta kapalı bir tarım toplumuyken zamanla farklı coğrafyalara yayılmış ve uluslararası ticarete etkin bir aktör hâline gelmiştir. Bu sosyo-ekonomik dönüşümün ortaya çıkardığı ihtiyaçlar, Roma hukukunda sözleşmelerin düzenlenişindeki tipe ve şekle bağlı yapının değişimini kaçınılmaz kılmıştır. Aşamalı biçimde gerçekleşen bu değişimde, isimsiz sözleşmeler Roma sözleşmeler sistemini en geniş sınırlarına ulaştırmıştır. İsimsiz sözleşmeler ile, herhangi bir konu sınırı olmaksızın, karşılıklı yükümlülük altına girilen (*synallagma*) anlaşmadan taraflardan birinin edimini ifasıyla (*causa*) birlikte dava ile takip edilebilir bir borç doğduğu kabul edilmiştir.

Öte yandan tipe ve şekle bağlılık anlayışı Roma hukukunda tamamen terk edilmemiştir. Bu itibarla sözleşme özgürlüğü hiçbir zaman Roma hukukunun bir parçası olmamıştır. Ancak, Roma hukukunda isimsiz sözleşmeler teorisi kapsamında tartışılan *causa* ve *synallagma* kavramları Ortaçağ'dan itibaren sözleşme

özgürlüğünün fıkırsel temellerinin atılmasında etkin rol oynamıştır. Kilise hukukunun dini ve ahlaki gerekçeleri, ticaret hayatının gereklilikleri ve doğal hukukun hakkaniyete ve doğal akla dayanan açıklamaları Roma hukukuyla sentezlenmiştir. Bunun sonucunda, bağlayıcılık için bir tarafın edimini ifa etmiş olması şartı kaldırılarak tarafların özgür ve rasyonel iradeleri öncelenmiştir. En nihayetinde sözleşme özgürlüğü fikrine ulaşılmıştır

İki bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümü Roma hukukunda isimsiz sözleşmeleri konu almaktadır. Bu kapsamda, öncelikle Roma hukukunda genel olarak sözleşmelerin düzenlenişi, tipe ve şekle bağlı yapının değişiminde *praetorlar*'ın, *pactumlar*'ın ve isimsiz sözleşmelerin yeri anlatılmış; sonrasında Roma usul hukukundaki hak ve dava ilişkisine ve konumuz açısından önem arz eden *formula* usulüne değinilmiş; bu genel açıklamaların akabinde sırasıyla, isimsiz sözleşmelerin Klasik Hukuk Dönemi'nden Iustinianus dönemine kadar olan gelişim süreci, isimsiz sözleşmelere tanınan davalar ve belirli bazı isimsiz sözleşme örnekleri incelenmiştir.

İkinci bölüm ise Roma hukukunun modern sözleşme özgürlüğü fikri üzerindeki etkisine odaklanmaktadır. Bu kapsamda Ortaçağ'dan 17. yüzyıla kadar geçen süreçte filizlenen sözleşme özgürlüğü prensibinin gelişiminde Roma hukukunun izleri sürülmüştür. Bu doğrultuda, ticaret mahkemelerinin, teolog hukukçuların ve doğal hukuk öğretisinin görüşleri, Roma hukukuyla bağlantı kurulabildiği ölçüde incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: İsimli Sözleşmeler, Contractus Innommati, Causa, Synallagma, Sözleşme Özgürlüğü

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	iii
RESUMÉ	v
ABSTRACT	vii
ÖZET	ix
İÇİNDEKİLER	xi
KISALTMALAR	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA İSİMSİZ SÖZLEŞMELER

I. ROMA HUKUKUNDA SÖZLEŞMELERİN DÜZENLENİŞİ	6
A. CONTRACTUS - PACTUM İKİLİĞİ.....	6
B. TİPE VE ŞEKLE BAĞLI YAPI.....	9
1. Tipe ve Şekle Bağlı Yapının Tarihsel Nedenleri	9
2. Sözleşme Türlerinin Tasnifi	12
3. Şekle Bağlılığın Ön Plana Çıktığı Sözleşmeler	14
a. Sözlü Şekil - Stipulatio.....	14
b. Ayni Sözleşmeler	17
C. TİPE VE ŞEKLE BAĞLI YAPININ DEĞİŞİMİ	18
1. Praetor'un Değişimdeki Rolü.....	19
2. Şekle Bağlı Olmayan Sözleşmelerin İlk Uygulamaları: Rızai Sözleşmeler	22
3. Rızai Sözleşmelerin Uygulama Alanının Genişlemesi: Pactumlar	23
4. Tip Serbestisi Yönündeki Değişim: İsimsiz Sözleşmeler (Contractus	
Innominati).....	25
D. ROMA USUL HUKUKUNUN İSİMSİZ SÖZLEŞMELER AÇISINDAN ÖZELLİKLERİ .	29
1. Usul Hukukunda Hak (Ius) ve Dava (Actio) İlişkisi.....	29
2. Formula Usulünün Genel Özellikleri	32
3. Formula'nın Bölümleri.....	34

a.	Demonstratio	34
b.	Intentio	34
c.	Condemnatio	35
d.	İstisnai kısımlar: Adiudicatio, Exceptio ve Praescriptio	35
4.	Actiones in Ius Concepta ve Actiones in Factum Concepta	36
a.	Actiones in Ius Concepta	36
b.	Actiones in Factum Concepta	36
II.	ROMA HUKUKUNDA İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN GELİŞİMİ	37
A.	KLASİK HUKUK DÖNEMİ.....	37
1.	Sabinianus Mektebinin Görüşleri.....	37
2.	Proculianus Mektebinin Görüşleri	38
a.	Genel Olarak	38
b.	Labeo'nun Görüşleri	40
3.	Aristo'nun Görüşleri	48
4.	Klasik Dönemin Sonlarındaki Durum.....	54
B.	IUSTINIANUS DÖNEMİ	56
III.	İSİMSİZ SÖZLEŞMELERE TANINAN DAVALAR.....	56
A.	GENEL OLARAK	56
B.	SÖZLEŞME İLİŞKİSİNE DAYANMAYAN DAVALAR	58
1.	Condictio causa data causa non secuta.....	58
a.	Sebepsiz Zenginleşmenin ve Condictio'nun Genel Düzenlenişi	58
b.	Uygulama alanı	61
c.	Unsurları.....	62
2.	Condictio ex poenitentia.....	66
3.	Actio Doli.....	67
C.	SÖZLEŞME İLİŞKİSİNE DAYANAN DAVALAR	71
1.	Actiones in factum ve actiones in factum civilis	73
2.	Actio incerti civilis	80
3.	Actio praescriptis verbis.....	82
IV.	İSİMSİZ SÖZLEŞME OLARAK NİTELENDİRİLEN SÖZLEŞMELER	
	87	
A.	GENEL OLARAK	87
B.	PERMUTATIO (TRAMPA) SÖZLEŞMESİ	87

1. Özellikleri.....	87
2. Toplumsal ve Kültürel Yapının Permutatio'nun Gelişimindeki Yeri	90
3. Permutatio'nun Hukuk Düzenindeki Yerinin Ekonomik Analizi.....	92
C. AESTIMATUM (SATIŞ İÇİN BIRAKMA) SÖZLEŞMESİ	95
1. Kavram.....	95
2. Satış İçin Bırakma Sözleşmesinin Kökeni ve Interpolatio Tartışmaları	98
3. Hasar Sorunu.....	100
D. PRECARIUM (İĞRETİ) SÖZLEŞMESİ	101
1. Kavram.....	102
2. Tarihsel Gelişimi ve Kullanım Alanı	103
E. TRANSACTIO (SULH) SÖZLEŞMESİ.....	108
1. Kavram.....	108
2. Tarihsel Gelişimi.....	109

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ FİKRİNDE ROMA HUKUKUNUN ETKİSİ

I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ FİKRİNİN GELİŞTİĞİ ORTAMI

ANLAMAK..... 112

A. DÖNEMİN SİYASİ, HUKUKİ VE SOSYAL YAPISINA GENEL BAKIŞ	113
B. ÇOK PARÇALI HUKUKİ YAPININ SÖZLEŞMELER HUKUKU ALANINDA SENTEZİNDE ROMA HUKUKUNUN ROLÜ	116

II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEMELLENDİRİLMESİ VE GELİŞİM SÜRECİ..... 117

A. TİCARİ HAYATIN GEREKLİLİKLERİ VE EX BONO ET AEQUO YARGILAMA USULÜNÜN ETKİSİ	117
B. KİLİSE HUKUKU VE TEOLOGLARIN GETİRDİĞİ DİNİ VE AHLAKİ GEREKÇELENĐİRMELER	119
C. DOĞAL HUKUKA DAYALI GEREKÇELENĐİRMELER	122
D. CAUSA'NIN DEĞİŞEN ANLAMI VE İŞLEVİ	125
1. Causa Finalis ve Causa Impulsiva Ayırımı	126
2. Pacta Nuda ve Pacta Vestita Ayırımında Causa'nın Yeri	127
3. Bartolus ve Baldus'un görüşleri.....	128

4. Kilise Hukuku'nda Causa	131
E. DOĞAL HUKUKTAN GENEL SÖZLEŞME TEORİSİNE: GROTIUS'UN FİKİRLERİ. 133	
III. SONUÇ.....	140
IV. KAYNAKÇA	149



KISALTMALAR

§	Paragraf
Aşa.	Aşağıda
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
cap.	Caput (Bölüm)
Cod.	Codex
Çev.	Çeviren
CIC	Corpus Iuris Civilis
Condictio cds	Condictio causa data causa non secuta
D.	Digesta
disp	Disputatio (Tartışma)
dub.	Dubium (Alt Soru)
Ed.	Editör
f.	Folium (Yaprak)
Inst.	Institutiones
İnÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFM	İstanbul Hukuk Mecmuası
Lib.	Liber (Kitap)
M.Ö.	Milattan Önce
M.S.	Milattan Sonra
MÜHFHAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
No.	Numara
r.	Recto (Ön Yüz)
RG	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa

ss.	Sayfalar
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Tract.	Tractatus (Ana Bölüm)
v.	Verso (Arka Yüz)
vd.	Ve devamı
Vol.	Volume
Yuk.	Yukarıda
YÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
yy.	Yüzyıl



GİRİŞ

Roma hukuku günümüz Kıta Avrupası devletlerinin özel hukuk kurallarının önemli bir kısmının kaynağını oluşturur. Roma hukukunun etkisinin en çok gözlemlendiği alanın borçlar hukuku olduğunu söylemek yanlış olmaz. Buna karşın, günümüz borçlar hukukunun en önemli prensiplerinden biri olan sözleşme serbestisi Roma hukukuna yabancıdır. Günümüzde, kural olarak tarafların birbirine uygun ve özgür iradeleriyle kurulan her türlü anlaşma geçerlidir. Oysa Roma hukukunda her anlaşmadan borç doğmamaktaydı. Yalnızca hukuk düzeninin kabul ettiği sınırlı sayıdaki (*numerus clausus*) sözleşmeye borç doğurucu etki tanınmıştı. Bu kapsamda, *ius civile* tarafından tanınan ve borç doğuran *contractus* ile salt tarafların anlaşmasını ifade eden, dava edilebilir bir borç doğurmayan *pactum* ayrımı bulunmaktaydı. Tipe ve şekle bağlı bir yapı sergileyen Roma sözleşmeler sistemi, bugün geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesiyle tezat oluşturmaktadır. Bu durum, Roma hukukunun günümüz hukukundan ayrıştığı en temel konulardan biridir. Tipe ve şekle bağlı yapının ne şekilde ve hangi gerekçelerle terkedildiği; sınırlı sayıdaki belirli sözleşmelerden teşekkül eden sözleşmeler sisteminin ne zaman ve hangi aşamalardan geçerek genel bir sözleşme teorisine evrildiği, yaşanan düşünsel gelişimde Roma hukukunun ve Roma kaynaklarının nasıl bir rol oynadığı soruları bu tezin ana konusunu oluşturur.

Anılan soruların cevaplarına yönelik arayışa, birinci bölümde Roma hukukunda sözleşmelerin genel özellikleri incelenerek başlanmıştır. Ekonomisi tarıma dayalı, kapalı bir toplumda ortaya çıkmaya başlayan Roma hukuku eski dönemlerde örf ve âdet hukukuna dayanmaktaydı. İlkel toplumlarda sıkça rastlandığı üzere hukuk, meşruiyetini ilahlardan almaktaydı. Hukuk bilgisinin din adamlarının tekelinde olmasının bir sonucu olarak ilahi hukuk olan *fas* ile beşeri hukuk olan *ius* birbirine karışıyordu. Bu kapsamda, bir ritüel veya ayini andıran, özel hareket ve sözlerden oluşan merasimler Roma hukukunda önemli yere sahipti. *Ius civile*'e hâkim olan şekilcilik, eski hukuk dönemindeki bu yapıyla açıklanabilir. Roma devletinin

sınırlarının genişlemesi, diğer kavimlerle olan ilişkilerin ve ticaretin artması, Roma'nın toplumsal ve ekonomik yapısını değiştirmiştir. Bu değişim ve gelişim, *ius civile*'in katı ve şekilci yapısının değiştirilmesi ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Anılan ihtiyaç, *imperium* ve yargılama yetkisini haiz bir *magistra* olan *praetorlar*'ın çalışmaları ile giderilmeye çalışılmıştır. *Praetorlar* tanıdıkları dava ve def'i gibi çeşitli himaye vasıtalarıyla hakkaniyeti sağlamaya hizmet etmişlerdir. Bu kapsamda en önemli gelişmelerin başında, salt tarafların anlaşmasıyla kurulan sınırlı sayıdaki bazı rızai sözleşmelerin sözleşmeler sistemine dahil edilmesi gelir. Rızai sözleşmelerin kabulüyle başlayan Roma sözleşmeler sisteminin genişlemesi, *ius civile*, *praetor* veya imparator tarafından bazı *pactumlar*'a dava hakkı tanınması ve bir tarafın edimini ifa ettiği isimsiz sözleşmelerden dava edilebilir bir borç doğduğunun kabul edilmesiyle son raddeye ulaşmıştır.

Roma usul hukukunda hak ve *actio* arasında bulunan sıkı ilişki, sözleşmeler alanını da etkilemiştir. İsimli sözleşmelere hangi ihtimallerde ne tür bir *actio* tanınacağı meselesi, bu sözleşmelere ilişkin geliştirilen fikirlerin odak noktası olmuştur. Bu itibarla, isimsiz sözleşmelere ilişkin tartışmaların anlaşılabilmesi için öncelikle Roma usul hukukuna dair genel açıklamalara, konumuzu ilgilendirdiği ölçüde, yer verilmiştir.

Roma hukuku açısından isimsiz sözleşmeler, taraflardan birinin kendi edimini yerine getirmesiyle kurulduğu kabul edilen tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak tanımlanır. İsimli sözleşmeler için kabul edilen bu genel tanımın kapsamına giren sözleşmeleri biz “dar anlamda isimsiz sözleşmeler” olarak nitelemekteyiz. Çeşitli sebeplerle isimli sözleşmelere tanınan davalara başvurulamayan ancak yine de genel nitelikli bir dava ile korunan sözleşmeleri ise “geniş anlamda isimsiz sözleşmeler” olarak adlandırmaktayız. İsimli sözleşmeler teorisinin gelişiminde, dar anlamda isimsiz sözleşmeler için tanınan davaların, geniş anlamda isimsiz sözleşmelerin korunması için getirilen davalarla örtüştüğü görülür. Bu davaların tanınmasının arkasında yatan saik, *ius civile* sözleşmelerinin kapsamına girmeyen bir konu üzerinde anlaşılan tarafların korunması ihtiyacıdır.

Bu itibarla, öncelikle Roma hukukunda 1. yüzyıldan itibaren şekillenmeye başlayan isimsiz sözleşmeler teorisinin nasıl ve hangi muhakemeler sonucu Iustinianus dönemindeki haline ulaştığı ele alınmıştır. Labeo, herhangi bir genel ve soyut çerçeve

çizmeksizin, hakkaniyetsizliği önlemek amacıyla hem geniş hem dar anlamda çeşitli isimsiz sözleşmelere dava hakkı tanınması gerektiği görüşündedir. İlk kavramsal çerçeve ise Aristo tarafından çizilir: *synallagmatik* bir sözleşmede, taraflardan birinin edimini ifa etmesi halinde *causa* vardır ve bu durumda karşı taraf genel nitelikteki bir dava ile kendi edimini ifaya zorlanabilir. Aristo'nun çerçevesi yalnızca ifa edilen edimin bir verme edimi olduğu halleri kapsar. İlerleyen süreçte ise yapma edimleri de sisteme dahil olur. Iustinianus dönemine gelindiğinde, -dar anlamda- isimsiz sözleşmelerin dört farklı şekilde tezahür edebileceği kabul edilmiştir: (i) veriyorum vermen için (*do ut des*) (ii) veriyorum yapman için (*do ut facias*) (iii) yapıyorum vermen için (*facio ut des*) (iv) yapıyorum yapman (*facio ut facias*) için. Bu dönemde, geniş anlamda isimsiz sözleşmelerin alanının oldukça daraldığı söylenebilir. Çünkü eski dönemlerde bu kapsama giren sözleşmeler yıllar içerisinde ya iyi niyet sözleşmelerine tanınan davalarla, ya *pactum* olarak tanınıp kendilerine özel bir dava hakkı verilmesiyle korunur hale gelmiştir.

İsimsiz sözleşmeler öğretisinin gelişim süreci açıklandıktan sonra ise, isimsiz sözleşmelerin hangi davalarla korunduğu açıklanmıştır. Önceleri verme edimleri açısından sebepsiz zenginleşme temelli *condictio* davası, yapma edimleri açısından ise hile davası (*actio doli*) gibi sözleşmeye dayanmayan davalara başvurulmuştur. İlerleyen süreçte aynen ifanın talep edilebildiği, genel nitelikte bir dava imkanı tanınmıştır. Bu genel nitelikteki dava kaynaklarda çok farklı şekillerde adlandırılmıştır: *Actio in factum*, *actio in factum civilis*, *actio civilis incerti*, *actio praescriptis verbis*. Iustinianus döneminde, *actio praescriptis verbis* dar anlamda isimsiz sözleşmelerin korunması için başvurulmuş genel nitelikteki dava olmuştur. Birinci bölümde son olarak, kaynaklarda sık rastlanan belli başlı isimsiz sözleşme örnekleri olan *permutatio* (trampa), *aestimatum* (satış için bırakma), *precarium* (iğreti akti) ve *transactio* (sulh) incelenmiştir.

İkinci bölümde ise, modern hukuklarda kabul edilen sözleşme özgürlüğüne giden yolu inşa eden belli başlı görüşlere yer verilmiştir. Ancak tezin ana konusunun sözleşme özgürlüğü olmaması sebebiyle konunun sınırlanması gerekmiş, sözleşme özgürlüğünün tarihsel gelişimi tüm hatlarıyla ele alınmamıştır. Bu kapsamda sınır, öne sürülen görüşlerin Roma hukukuyla bağlantılı olması noktasından çekilmiştir. Bu nedenle, örneğin, sözleşme özgürlüğünün gelişiminde son derece önemli olan liberal

teoriye yer verilmemiştir. Yer verilen teolog hukukçuların ve doğal hukukçuların görüşlerinde ortak nokta, hepsinin o veya bu şekilde Roma hukuku kaynaklarını dayanak almalarıdır. Roma hukukunda geçerli olan prensipten ayrılırken dahi Roma metinlerine adeta bir meşruiyet kaynağı olarak dayanılmıştır.

Ahde vefa (*pacta sunt servanta*) prensibi esasen 1234 yılından itibaren kilise hukukunun bir parçasıdır. Her anlaşmanın başkaca herhangi bir şart (bir tarafın edimini ifası gibi) aranmaksızın tarafları için bağlayıcı olduğu fikrinin medeni hukuklarda kesin olarak yer bulması ise bundan yüz yıllar sonra olmuştur. Sözleşme özgürlüğü, medeni hukukların bir parçası haline gelmeden önce dahi, ticaret mahkemelerinde çıplak anlaşmalara dayanarak dava açılması kabul ediliyordu. Bu mahkemelerde uygulanan *ex bono et aequo* yargılama usulü sayesinde ve hakkaniyet gerekçesiyle çıplak anlaşmalara dayanarak hüküm verilebiliyordu. Yerine getirilen her taahhüdün, kurulacak bir sonraki ilişki için bir referans olması; güvenin ticaret hayatının etkin ve sorunsuz yürütmesinde oynadığı kilit rol, ticaret mahkemelerinin bu uygulamasının arkasındaki mantığı açıklar. Kilise hukukunun getirdiği gerekçeler ise daha çok dini ve ahlakidir. Günahtan sakınan iyi bir Hristiyan'ın verdiği sözlere uyacağı, Tanrı'nın gözünde verilen sözlerin şeklinin önemli olmadığı bu kapsamda dile getirilen gerekçelerin başlıcalarıdır. Her türlü anlaşmanın bağlayıcı olduğu ileri sürülürken din temelli gerekçelerin yanında doğal hukuka ve doğal akla dayalı temellendirmelere de başvurulmuştur. Bu görüşler, taraf iradelerini ve rızayı öncelemeleri nedeniyle önemlidir. Ancak bağlayıcılık için *causa*'nın aranması etkilerini sınırlar. Bu görüşlere göre *causa*, Roma hukukundaki gibi bir tarafın edimini ifa etmiş olması anlamına gelmez. Taahhütte bulunan kişinin taahhüt ile güttüğü amaç anlamında kullanılan *causa*'nın açıklanmış olması teolog hukukçularca aranan belirleyici unsurdur.

Gelişimin son basamağında ise modern rızaya dayalılık ilkesinin öncüsü olarak adlandırılan Grotius'un düşüncelerine yer verilmiştir. Son basamak olarak Grotius'un seçilme nedeni, anılan hukukçunun kilise hukukunu ve Roma hukukunu birlikte ele alıp, genel sözleşmeler hukukunu ve sözleşme özgürlüğünü dini bağlamından koparması ve sistem haline getirmiş olmasıdır. Bunun yanında, geçerlilik şartı olarak *causa*'nın aranmayışı Grotius'un düşüncelerini bir dönüm noktası haline getirir. Bu dönüm noktasından sonraki yol ise Grotius'un ilham olduğu Samuel Pufendorf, Jean Barbeyrac, Jean Domat ve Robert-Joseph Pothier gibi hukukçularla inşa edilmiş ve en

nihayetinde sözleşme özgürlüğü modern devlet hukuklarında yasal zemine kavuşmuştur.

Tezin yazımında başvuru birincil eserler Roma metinleridir. Corpus Iuris Civilis, Gaius'un Institutiones'i ve Paulus'un *Sententiae*'sı yararlanılan temel eserlerdir. Metinlerin Latince versiyonlarına Grenoble Üniversitesi'nin The Roman Law Library internet sitesi¹ üzerinden ve Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Pars Altera eserinden erişilmiştir. Türkçe tercüme için ise muhtelif eserlere başvurulmuştur. Gaius'un Institutiones'inde Selahattin Eren çevirisi², Iustinianus'un Institutiones'inde Ziya Umur çevirisi³ kullanılmıştır. Digesta metnlerinin büyük bir kısmı İngilizce⁴ ve Fransızca⁵ çeviriler baz alınarak tarafımızca çevrilmiştir. Birkaç metinde ise kullanılan ikincil kaynaklarda sağlanan Türkçe çevirilerden faydalanılmış olup her bir metin açısından hangi eserden yararlanıldığı dipnotlarda belirtilmiştir. Codex metnlerinin Türkçe tercüme için ise, Grenoble Üniversitesi'nin The Roman Law Library internet sitesinde sağlanan İngilizce çeviri baz alınarak tarafımızca çevrilmiştir.

İkincil başvuru kaynaklarımız ise Roma hukuku hakkında yazılmış Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca kitaplar, tezler ve makaleler olmuştur. Üçüncü bölümde görüşleri aktarılan teolog hukukçuların eserleri Latince dilinde olup bu eserlerin büyük bir kısmına doğrudan erişim imkânımız olmamıştır. Bu nedenle, naklen aktarım yolu tercih edilmiştir. Erişebildiğimiz sınırlı birkaç eser ise sanal çeviri araçları vasıtasıyla Latince'den çevrilerek incelenmiştir.

¹ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

² **EREN** Selahattin, Gaius Institutiones, On İki Levha Yayıncılık, 2024, (Inst.).

³ **UMUR** Ziya, Iustinianus Institutiones, Nazir Akbasan Matbaası, 1955, (Inst.).

⁴ **WATSON** Alan / **MOMMSEN** Theodor / **KRUEGER** Paul, The Digest of Justinian, University of Pennsylvania Press, 1985, Vol. 1-2-4; **SCOTT** Samuel P., The Digest Or Pandects Of Justinian, 1932, (Erişim: https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm, Erişim Tarihi: 11.08.2025).

⁵ **GAURIER** Dominique, Les 50 livres du DIGESTE, Éditions La Mémoire du Droit, 2017.

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA İSİMSİZ SÖZLEŞMELER

I. ROMA HUKUKUNDA SÖZLEŞMELERİN DÜZENLENİŞİ

A. Contractus - Pactum İkiliği

Borç ilişkilerinin kaynaklarından biri olan sözleşmeler, günümüzdeki tanım uyarınca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan hukuki işlemlerdir⁶. Türk Borçlar Kanunu’nun⁷ (TBK) birinci maddesi “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*” diyerek bu ilkeye yer vermiştir. Modern hukuklarda sözleşmelerin borç doğurması için tarafların anlaşması gerekli ve yeterli görülmüştür.

Oysa günümüz hukukunun temelini teşkil eden Roma hukukunda, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile yaptıkları her anlaşma bir borç doğurmuyordu. Roma hukukunda yalnızca *contractus* olarak adlandırılan, belirli ve sınırlı sayıdaki sözleşmelerin borç doğurucu nitelikte olduğu kabul edilmektedir.

⁶ OĞUZMAN Kemal/ ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Vedat Kitapçılık, 21. Baskı, 2023, s. 44; NÖMER Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, BETA Basım Yayın, 20. Baskı, 2024, s. 38; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Legem Yayınevi, 28. Baskı, 2023, (Borçlar), s. 209; TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Bası, 1993, s. 51.

⁷ RG., S. 27836, T. 04/02/2011.

Pactum olarak adlandırılan diğer her türlü anlaşmadan ise dava ile takip edilebilir bir borç doğmamaktaydı⁸. *Pactum*'dan doğan borcun eksik borç olduğu kabul edilmiştir⁹.

Nitekim *Digesta*'da yer alan “*Nuda pactio obligationem non parit.*” “Yalnızca anlaşma ile borç doğmaz.”¹⁰ ifadesi *pactum*'ların borç doğurmayacağı esasını belirtmektedir. Öte yandan, Gaius ve Iustinianus tarafından yapılan borçların kaynakları tasnifinde yer verilen kavramın *contractus* olduğu görülür.

Gaius Inst. 3.88: “(...) *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*”

“Her borç ilişkisi ya sözleşmeden ya da haksız fiilden doğar.”¹¹¹²

⁸ **RADO** Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, 2021, s. 42-43; **DI MARZO** Salvatore, Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 402; **ZIMMERMANN** Reinhard, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta&Co Ltd., 1992, s. 508; **BUCKLAND** William Warwick, A Text-Book Of Roman Law From Augustus To Justinian, Cambridge University Press, 1921, (*Textbook*) s. 409; **UMUR** Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 2010, (*Ders Notları*), s.334; **KOSCHAKER** Paul/**AYİTER** Kudret, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Sevinç Matbaası, 1977, s. 204 vd.; **SÖĞÜTLÜ** Özlem, Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 467-470; **SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN** Özlem, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.33; **GÜNEŞ CEYLAN** Seldağ, “*Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Pactum (Anlaşma) İlişkisi*” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1,2, 2004, ss. 171-183, s. 178; **GÖNENÇ** Fulya İlçin, “*Roma Akitler Sistemi ve Permutatio (Trampa)*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2009, ss. 201-218, s. 201; **YILDIZ** Sevil, Roma Hukukundan Günümüze İsimli Sözleşmeler (Contractus Innominati), Seçkin Yayınları, 2024, s. 23. Kaynaklarda, *contractus* kavramı için sözleşme, akit, kontrat terimleri kullanılırken *pactum* için anlaşma ifadesi tercih edilmektedir. Bu çalışmada da aynı terminoloji benimsenmiştir.

⁹ D.2.14.7; **SAYIN** Baha Yiğit, Roma Hukukundan Günümüze Obligatio Naturalis (Tabii Borç), On İki Levha Yayıncılık, 2023, s. 234; **TÜREL** Ege, “*Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Sebep ve Sinallagma İlişkisi*”, MÜHFHAD Bülent Tahiroğlu'na Armağan, C. 23, S.3, 2017, ss. 365-393, (*Sinallagma*), s. 371.

¹⁰ D. 2. 14. 7. 4.

¹¹ Çev. **EREN**, Inst., s. 279.

¹² *Digesta*'da Gaius'a ait metinde sözleşme ve haksız fiiller dışında borç doğuran üçüncü bir kaynak olarak “diğer çeşitli sebepler” zikredilir. Böylesine geniş bir ibarenin, haksız fiil ve sözleşmelerin bazı

Inst. 3.13.2: “*Sequens divisio in quattuor species diducitur, aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.*”

“Müteakip bir tasnif dört nevi ayırır: yani ya akitten (*ex contractu*), ya akit benzerinden (*quasi ex contractu*), ya haksız fiilden (*ex maleficio*), ya haksız fiil benzerinden (*quasi ex maleficio*) meydana gelirler.”¹³

Contractus kavramı, Latince *contrahere* kelimesinden gelmektedir. *Contrahere*; geniş manasıyla hukuki sonuç doğurabilen herhangi bir muameleyi iradeye uygun olarak yapma, dar manasıyla borç doğuran bir hukuk bağı tesis etmek, akit yapmak demektir¹⁴. *Contractus* ise “iki veya daha fazla tarafın aynı maksatla, birbirleri ile mutabık olarak *ius civile*’in tesis ettiği kalıplar içinde yaptıkları ve taraflar arasında, hukuk nizamının tasvip ettiği bir borç münasebetini (*obligatio*) doğurmağa müteveccih irade beyanları” olarak tanımlanır¹⁵.

Bu kapsamda, ancak *ius civile* tarafından tanınan sözleşme tiplerinden birine uygun olarak gerçekleştirilen karşılıklı irade uyuşmaları bir *contractus* sayılmakta ve bir dava (*actio*) ile korunmaktaydı¹⁶. *Ius civile* tarafından tanınan sözleşme tipleri ise sınırlı sayıdaydı¹⁷. Bu tip sözleşmelerin kapsamı belirli olup her biri için ayrı bir *actio* tanınmıştı. Bunun sonucu olarak, sözleşme tipi kadar *actio* mevcuttu. Bu nedenle Roma’da genel bir sözleşmeler hukukundan değil sözleşmeler sisteminden

borç kaynaklarını nitelemeye yetersiz kalması nedeniyle, *interpolatio* yoluyla eklendiği düşünülmektedir, bkz. **RADO**, s. 39.

¹³ Çev. **UMUR**, Inst., s. 115.

¹⁴ **UMUR** Ziya, Roma Hukuku Lügati, Fakülteler Matbaası, 1983, (Lügat), s. 49.

¹⁵ **UMUR**, Lügat, s. 48.

¹⁶ Her anlaşmanın borç doğurduğunun kabul edilmemesinin nedeni, Roma hukukunda maddi hukuktan kaynaklanan bir hakkın varlığından bahsedilebilmesinin usul hukukunda bir talep/dava hakkının tanınmasına ve bu kapsamda yargı organları tarafından bir müeyyide ile donatılmasına bağlı olmasıdır, bkz. **NICHOLAS** Barry/**METZGER** Ernest, An Introduction To Roman Law, Oxford University Press, 1976, s. 166. Hak ve dava ilişkisi için ayrıca bkz. Aşa.I.D.1

¹⁷ **GÖNENÇ**, s. 202.

bahsetmenin daha doğru olduğu ifade edilmektedir¹⁸. Gerçekten, Roma hukukunda günümüzdeki gibi genel ve soyut bir sözleşme tanımı vermek mümkün değildir. Roma sistemi, tipe bağıllık ilkesinin hâkim olduğu bir sözleşmeler kümesinden oluşmaktadır.

Öte yandan, *ius civile* tarafından kabul edilen sözleşme tipleri dışında yapılan ve *ius civile* tarafından *actio* tanınmayan *pactumlar*'ın ise *ius civile* kapsamında borç doğurucu etkisi yoktu.

Roma hukukunun tüm anlaşmalara geçerlilik tanımak istememe nedeni olarak tüm anlaşmaların geçerli sayılması halinde mahkemelerin iş yükünün artması, bunun da toplumun aleyhine olması gösterilmiştir¹⁹. Her anlaşmadan dava edilebilir bir borç doğmaması, *pactumlar*'ın hiç korunmadığı anlamına gelmez. *Pactum*'lar, Roma hukukunun çeşitli dönemlerinde *praetor* ve imparator hukuku tarafından dava hakkı ve def'iler tanınarak himaye edilmiştir. Hatta ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak izah edileceği üzere, Iustinianus dönemine gelindiğinde, dava hakkı tanınarak himaye edilen *pactumlar*'ın sayısı o kadar artmıştır ki, *contractus* ve *pactum* ayrımı önemini yitirmiştir.

B. Tipe ve Şekle Bağlı Yapı

1. Tipe ve Şekle Bağlı Yapının Tarihsel Nedenleri

Roma sözleşmeler sisteminin şekilci ve tipe bağlı yapısının ortaya çıkışının arkasında yatan sebeplerin anlaşılması için, Eski Hukuk Dönemi'ndeki Roma'nın sosyal ve ekonomik yapısının incelenmesi gerekir. Zira, sosyal ve ekonomik ilişkilerin gereklilikleri sonucu şekillenen hukuk, toplumsal yapıdan bağımsız bir şekilde değerlendirilemez.

Eski dönemlerden itibaren Roma toplumunun temelini *gens* adı verilen aile birlikleri oluşturmaktaydı. *Gens*'ler, ortak bir soydan gelen veya ortak bir soydan

¹⁸ BUCKLAND, Textbook, s. 409; UMUR, Ders Notları, s.335; RADO, s.43; SÖĞÜTLÜ, s. 467; NICHOLAS /METZGER, s. 165; BIRKS Peter, The Roman Law Of Obligations, Oxford University Press, 2014, s. 30.

¹⁹ DECOCK Wim, Theologians and Contract Law, Martinus Nijhof Publishers, 2013, s. 120'de aktarılan Le Douren'in görüşü.

geldiğine inanılan insanlardan oluşurdu. *Gens* mensupları ise *gentilis* veya *patricii* olarak adlandırılırdı²⁰. *Patricii*'ler, Roma vatandaşı olma ayrıcalığına sahip asil sınıftır. Roma toplumunda *patricii*'ler dışında *client* ve *pleb* olarak adlandırılan iki ayrı sınıf daha bulunmaktaydı. *Client*'ler, *patricii*'lere ekonomik yönden bağlı bulunan ve korunma gereksinimi içinde olan, Roma vatandaşı olmamakla birlikte *gens* üyesi kabul edilen savaş esirleri ve göç eden kimselerdi. “Sıradan insanlar, sıradan yığınlar” anlamını taşıyan *pleb*'ler ise avam sınıfını oluşturmaktaydı²¹.

Eski Hukuk Dönemi'nde Roma ekonomisinin temeli tarıma dayalıydı. Kapalı bir tarım toplumunun ön planda olduğu bu dönemde ihtiyaçlar aileler arasında, yardımlaşma ve dostluk ilişkileri temeline dayalı olarak karşılanırdı. Bu kapsamda, herkes ürettiği tarım ürünlerine karşılık kendisinde eksik bulunan ürünü değiş tokuş ederek; veyahut başkasının elinde fazladan bulunan bir ürünü tüketip veya kullanıp sonrasında mislen veya aynen iade etmek üzere ödünç alarak ihtiyaçlarını karşılardı. Paranın tedavüle girmesiyle birlikte, malların bir bedel karşılığı satılması yaygınlaştı²².

Üretim ve ticaretin kapalı bir toplumda ve sınırlı bir coğrafyada gerçekleşmesi toplumsal ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının şekillenmesinde belirleyici rol oynamıştır. Bu kapsamda, Eski Hukuk Döneminde örf ve adet hukuku kuralları uygulanmaktaydı. Uygulama alanı bulan örf ve adet hukuku, Roma toplumunun tüm sınıflarının geleneklerini temsil etmemekteydi. Asil sınıf olan *patricii*'lerin örf ve

²⁰ UMUR Ziya, Roma Hukuku, Fakülteler Matbaası, 1974, (*Roma*), s. 19; UMUR, Lügat, s. 79.

²¹ SÖĞÜTLÜ, s. 60. *Pleb*'ler ile *patricii*'ler arasındaki farkın sıradan bir sınıf farkı değil mahiyet farkı olduğu; krallık devrinde *pleb*'lerin Roma şehrinin dışında oturmaları ve müşterek dini benimsememeleri karşısında, Roma'nın hususi hukukundan faydalanma hakkı olan “yabancılar grubu” sayılması gerektiği yönünde bkz. UMUR, Roma, s. 20.

²² D. 18.1.1. pr.: “Tüm alım ve satımların kökeni, mal değişiminde yatar. Çünkü bir zamanlar para diye bir şey yoktu ve “mal” ve “bedel” kavramları bilinmezdi. Her insan mevcut ihtiyaçlarına göre kendisi için gereksiz olan bir şeyi gerekli olanla değiştirirdi; çünkü çoğu zaman birinin ihtiyaç duyduğuna bir başkası sahiptir. Ancak sen benim istediğim bir şeye sahip olduğunda, ben her zaman senin ihtiyacın olan bir şeye sahip olmadığımndan, devlet tarafından sabit değer biçilen bir madde belirlenmiş, böylece mal değişiminden kaynaklanan sorunlar ortadan kalkmıştır. Darphanede belirli biçimde basılan bu maddenin işlev ve değeri, niteliğiyle değil, niceliğiyle belirlenir; böylelikle değiştirilen şeylerden her ikisi de mal olarak adlandırılmaz, birine bedel denir.” Çev. EREN Selahattin: Satış Sözleşmesinin Tarihsel Kökleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (*Satış*), s. 77.

adetlerinden gelişen hukuk kuralları bu dönemin hukukunu oluşturmaktaydı²³. Romalılar'ın *mores maiorum*'a²⁴ dayandırdıkları bu hukukun tamamına *ius civile* adı verilmekteydi. *Ius civile*, siyasi ve sosyal tüm haklara sahip olan *patricii*'lerin tabii olduğu hukuktu.

İlkel toplumlarda sıkça rastlandığı üzere Roma toplumunda da hukuk, meşruiyetini ilahlardan almaktaydı. *Ius civile*'in tespitine ve uygulanmasına yönelik esaslar yalnızca *patricii* sınıfına mensup, *pontifex* olarak adlandırılan rahip hukukçular tarafından bilinirdi²⁵. Hukuk bilgisinin din adamlarının tekelinde olması, ilahi hukuk olan *fas* ile beşeri hukuk olan *ius*'un birbirine karışması sonucunu doğurmaktaydı. Bu kapsamda, özel hareket ve sözlerle adeta bir dini ritüel gibi icra edilen merasimler Roma hukukunda önemli yere sahipti²⁶. Ayrıca hukuk kurallarının yazılı hale gelmesi halinde, bilgilerin sihirli ve kutsal olma özelliğini kaybedeceklerine inanılıyordu²⁷. Bu nedenle, *ius civile*'a ait merasimlere ilişkin kurallar ve sözler yazılı değildi. Hukuk bilgisinin ilahi kökeni ve yalnızca belirli bir grup tarafından bilinmesi, *ius civile*'in katı, şekilci ve muhafazakâr bir yapıya sahip olması sonucunu doğuruyordu. *Ius civile*'in şekilci ve muhafazakâr özellik göstermesine yol açan bu sebepler, *ius civile*'in bir parçası olan *contractus* kavramının ele alınış biçimini de doğrudan etkilemiştir. Bu doğrultuda, tipe bağlılık ilkesinin hakim olduğu, şekilci bir sözleşmeler sistemi ortaya çıkmıştır.

Roma hukukunda bir anlaşmanın *contractus* sayılabilmesi için, *ius civile* tarafından kabul edilmiş sözleşme tiplerinden birine girmesi ve ilgili sözleşme türü için *ius civile*'de kabul edilen şekle uygun olarak tarafların iradelerini dile getirmesi

²³ SÖĞÜTLÜ, s. 66.

²⁴ Romalılar için dede ve atalardan kalan örf, adet ve usuller. UMUR, Lügat, s. 138; BERGER Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, 1968, s. 587.

²⁵ KARAGÖZ Havva, Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı, 12 Levha Yayıncılık, 2010, s. 7. Hukuku yorumlama ve uygulama imtiyazının, M.Ö. 4. Yüzyılın sonlarına doğru Gnaeus Flavius tarafından yayınlanan *ius Flavinum* isimli *formula*'lar derlemesi ile sona erdirildiği ve bu dönemden sonra hukuk faaliyetlerinin *iuris prudentes* (hukuk alimleri) tarafından yürütüldüğü konusunda bkz. DI MARZO, s. 4-5.

²⁶ UMUR, Roma, s. 182, 187.

²⁷ SÖĞÜTLÜ, s.105.

gerekmekteydi²⁸. Rahip hukukçular irade kavramını dini kökenli kabul etmekteydi. Bu nedenle belirli sözler, belirli merasimler içerisinde, ayin usulünde söylenmeliydi. Tarafların irade beyanlarının uyuşması tek başına sözleşmenin kurulması için yeterli değildi, bu irade beyanlarının *ius civile* tarafından aranan şekle uygun olarak gerçekleştirilmesi lazımdı²⁹. Dış şekilcilik olarak adlandırılan bu ilke, şekle yönelik şartların hukuki işleme ilişkin iradenin önüne geçmesine neden olmuştur. Şekildeki en ufak bir eksiklik, hukuki işlemin yok hükmünde olması sonucunu doğuruyordu³⁰.

Ezcümle, Roma toplumunun ilkel dönemlerinde hukuk bilgisinin rahip hukukçuların tekelinde olması; örf ve adet hukukunun uygulanması Roma sözleşmelerinin düzenlenişindeki şekilci ve tipe bağlı yapıda belirleyici olmuştur.

2. Sözleşme Türlerinin Tasnifi

Roma hukukundaki *contractus*'lar Gaius'un ve Iustinianus'un Institutiones'inde dörtlü bir ayrıma tabii tutulmuştur: sözlü şekle tabi sözleşmeler (*verbis contrahitur*), ayni sözleşmeler (*re contrahitur*), yazılı şekle tabi sözleşmeler (*litteris contrahitur*) ve rızai sözleşmeler (*consensu contrahitur*)³¹.

Sözlü şekle tabi sözleşmeler ile kastedilen, akdedilmesi için belirli sözlerin söylenmesi gereken sözleşmelerdir. Sözlü olarak beyan edilen her türlü irade uyuşması bu kategoriye girmezdi. Zira, Roma'da tarafların anlaşmaları ekseriyetle sözlü olarak

²⁸ RADO, s. 44; SÖĞÜTLÜ, s.467; UMUR, Roma, s. 187.

²⁹ GÜNEŞ CEYLAN, s. 176; KOSCHAKER/AYİTER, s. 206; UMUR, Ders Notları, s. 188; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 51-52.

³⁰ Bu şekilcilik, *legis actio* usulünün kullanıldığı eski dönemlerde usul hukukunu da etkilemekteydi. Şöyle ki, *legis actio* usulü, rahip hukukçular tarafından yürütülen dava biçimiydi. Bu dava biçiminde, belirli sözlerin taraflarca söylenmesi, ayin gibi çeşitli ritüellerin rahip hukukçular tarafından gerçekleştirilmesi söz konusuydu. Söylenmesi gereken sözlerdeki en ufak bir farklılık veya başkaca bir şekli hata davanın kaybedilmesi sonucunu doğuruyordu, bkz. ÖZTEK Selçuk: “Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları”, İÜHFM, C. 51, S. 1-4, 1985, ss. 335-372, s. 339 vd.; TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR Gökçe, “Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2005, ss. 167-212, s. 170; UMUR, Ders Notları, s. 231; SÖĞÜTLÜ, s. 192 vd..

³¹ Gaius, Inst., 3.89; Inst., 3.13.2.

gerçekleşmekteydi. Romalılar ilişkilerinde güveni ön planda tutmakta, verilen sözü yerine getirmeyi bir şeref meselesi³² saymaktaydı. Bu nedenle anlaşmaların sözlü olarak gerçekleştirilmesi yeterli görülmekte, anlaşmanın yazılı bir metne bağlanması aranmamaktaydı³³. Günümüz Türk hukukunda yalnızca evlilik akdinde karşımıza çıkan sözlü şekle tabi sözleşme, Roma hukukunda uzun süre yaygın uygulama alanı bulmuştur. *Stipulatio*, *dotis dictio* ve *promissio iurata liberti* sözlü şekle tabi sözleşmeleri teşkil ederdi³⁴.

Aynı sözleşmeler ise, tarafların anlaşmasını takiben ayrıca bir şeyin (*res*) karşı tarafa verilmesi, teslim edilmesi ile kurulan sözleşmelerdir³⁵. Toplamda dört adet aynı sözleşme mevcuttur: tüketim ödünçü (*mutuum*), kullanım ödünçü (*commodatum*), saklama sözleşmesi (*depositum*), rehin sözleşmesi (*pignus*).

Roma hukukundaki yazılı şekle tabi sözleşmelerin bugünkü yazılı şekille hiçbir benzerliği yoktur. Yazılı şekle tabi sözleşmelerden bugün anladığımız tarafların iradelerinin uyduğu noktaların yazılı bir metne dökülüp yine taraflarca imzalanmasıdır. Oysa Eski ve Klasik Hukuk döneme ilişkin olarak Gaius tarafından yapılan açıklamalarda, yazılı şekle tabi sözleşmelerin esasen aile reisi tarafından tutulan defterlere yapılan kayıtlardan ibaret olduğu görülür³⁶.

³² Güven unsurunun ön plana çıktığı sözleşme ilişkilerinde (adi şirket ve vekalet gibi) akde aykırılığın sonuçlarından birinin *infamis*, yani şerefsiz ilan edilmek olması Romalılar'ın bakış açısını ortaya koyan bir göstergedir.

³³ Tarafların anlaşmasının içeriğinin yazılı bir vesikaya bağlanması usulü ise, Mısır, Yunan gibi doğu toplumlarında yaygındı. Roma hukukuna bu uygulamanın girmesi, Roma devletinin sınırlarının genişlemesi ve bu toplumlarla olan ilişkilerin artmasının sonucudur, bkz. **UMUR**, Ders Notları, s. 50.

³⁴ Tunç külçe ve terazi ile yapılan iki muameleden biri olan nexum'un muayyen sözlerin söylenmesi ile bir borç ilişkisi doğurması sebebiyle sözlü sözleşmelerin ilk nüvesi olduğu belirtilmektedir, bkz. **DI MARZO**, s. 421.

³⁵ **RADO**, s. 44; **DI MARZO**, s. 408.

³⁶ Deftere kayıt usulüyle gerçekleştirilen yazılı şekle tabi sözleşmeler, Klasik Hukuk dönemi sonrası ortadan kaybolmuştur. Iustinianus dönemindeki kaynaklarda konuya ilişkin hiçbir açıklama bulunmaması nedeniyle bu türden yazılı sözleşmelere ilişkin açıklamalar Gaius'un *Institutiones*'inde yer alanlarla sınırlıdır, yazılı sözleşmelere ilişkin açıklamalar için bkz. **RADO**, s. 84 vd.; **DI MARZO**, s. 428 vd..

Rızai sözleşmeler ise, herhangi bir şekil şartının aranmadığı, yalnızca tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanları ile kurulan sözleşmelerdir. Sınırlı sayıdaki rızai sözleşmeler, alım-satım sözleşmesi (*emptio venditio*), kira sözleşmesi (*locatio conductio rei*), eser sözleşmesi (*locatio conductio operis*), hizmet sözleşmesi (*locatio conductio operarum*), vekalet sözleşmesi (*mandatum*) ve şirket sözleşmesinden (*societas*) ibarettir.

3. Şekle Bağlılığın Ön Plana Çıktığı Sözleşmeler

a. Sözlü Şekil - *Stipulatio*

Stipulatio, herhangi bir borç vaadini hukuken geçerli ve talep edilebilir hale getirmeye elverişli olması sebebiyle en geniş tatbik alanı bulan sözlü sözleşmeydi. Müstakbel alacaklının belirli kalıpta soru sorduğu, müstakbel borçlunun ise bu soruya belirlenmiş kalıpta uygun sözlerle cevap verdiği bir usulle kurulurdu. Sorunun ve cevabın borcun muhtevasını içermesi ve birbirine uygun olması gerekirdi³⁷. Ayrıca soru ve cevap arasında kesinti olmaması şarttı. Soruyu takiben cevabın verilmesi gerektiği için *stipulatio* ancak hazırlar arasında akdedilebilen bir sözleşmeydi. Ayrıca sağır ve dilsizler, sözlü şekil şartını yerine getirmeleri mümkün olmadığından; akıl hastaları ve çocuklar ise yaptıklarını idrak edebilecek durumda olmadıklarından *stipulatio* akdedemezdi³⁸.

Eski hukukta soru ve cevap *sponsio* şeklinde yapılırdı. Yani, alacaklının *dari spondes* (Vermeyi taahhüt ediyor musun?) sorusuna karşılık borçlunun *spondeo* (Taahhüt ediyorum) şeklinde cevap vermesi gerekirdi. *Sponsio*, yalnızca Roma vatandaşları arasında uygulanırdı. *Ius gentium*'un etkisiyle hem yabancılar hem Roma vatandaşları tarafından kullanılacak farklı soru formülleri ile de *stipulatio* akdedilebileceği kabul edilmiştir³⁹. En nihayetinde, M.S. 472 yılında İmparator Leo

³⁷ Cins borcu söz konusu olduğunda, soru ve cevapta farklı miktarlar zikredilmişse, örneğin on as taahhüt etmeye davet edilen kimse yirmi as vermeyi taahhüt ederse, *stipulatio* tamamen geçersiz olurdu. Buna karşın parça borçlarında kısmi geçersizlik söz konusu olurdu. Örneğin, köle Pamphilus'u konu alan soruya karşılık köle Pamphilus ve Stichus'un vaadedilmesi halinde *stipulatio* Pamphilus için geçerli, Stichus için ise batıl olurdu, bkz. D. 45.1.1.4-5.

³⁸ UMUR, Ders Notları, s. 350; RADO, s. 68.

³⁹ Gaius Inst. 3.92.

tarafından çıkarılan bir kanun ile, kullanılan sözler ne olursa olsun tarafların iradelerini sözlü şekilde beyan etmeleri *stipulatio*'nun kurulması için yeterli görülmüştür.

Hukukun yasaklamadığı her konuda yapılabilen *stipulatio* tek tarafa borç yükleyen bir dar hukuk akdidir. *Stipulatio* ile yalnızca taahhüt eden taraf borçlu olur, soruyu soran taraf ise alacaklı konumuna gelir. Önceleri *stipulatio*'nun konusunu yalnızca verme borçları oluşturmaktaydı. Bir başka ifade ile, yalnızca belirli bir miktar para veya başka bir *certa res* (muayyen şey) *stipulatio* ile taahhüt edilebilirdi. İlerleyen dönemlerde ise *stipulatio*'nun yapma veya yapmama gibi *incertum* (gayri muayyen) borçları da konu alabileceği kabul edilmiştir. Konunun *certum* veya *incertum* olmasına göre *stipulatio*'dan doğan *actio*'lar da farklılık göstermekteydi⁴⁰.

Romalıların güven ilişkisini ön planda tutan ve sözü senet sayan yaklaşımlarının bir sonucu olarak, *stipulatio* için tanık huzurunda yapılma şartı getirilmemiştir. Ancak bu durum *stipulatio*'nun ispatını güçleştirmekteydi. İspat kolaylığı sağlamak adına, bazen *stipulatio*'nun içeriğinin yazılı bir vesikaya bağlandığı görülmektedir⁴¹. Öte yandan, Doğu toplumlarında ve Yunan aleminde sözleşmelerin yazılı olarak akdedilmesi usulü uygulanmaktaydı. Ancak bu yazılı sözleşmeler Roma hukukuna göre borç doğurmamaktaydı. Bu sonucu bertaraf edebilmek için yazılı olarak akdedilen sözleşmelere, sözleşmenin içeriğinin bir *stipulatio* ile sözlü olarak taahhüt edildiğine yönelik kayıtlar konulmaya başlanmıştır. Ne var ki böyle bir kayıt olması, *stipulatio*'nun şekil şartlarına uygun olarak gerçekleştirildiğinin ve dolayısıyla borcun doğduğunun ispatına yeterli değildi. Böyle bir kayıt ancak *stipulatio* yapıldığına dair bir delil olabilirdi. Bunun farkında olan borçlular, yazılı metne rağmen *stipulatio*'nun esasen hiç akdedilmediği, borcun doğmadığı yönünde savunmalara başvuruyordu. Böylece yazılı metnin, borcun mevcudiyeti için bir karine sayılması anlayışı yerleşmiştir⁴². Bu itibarla, *stipulatio*'nun hiç akdedilmediğini ispat yükü davalı tarafa

⁴⁰ Sözleşmenin konusu bir miktar paranın verilmesiye açılacak dava *condictio certi* (*actio certae creditae pecuniae*); para dışında başka bir misli veya gayri misli şeyin verilmesi taahhüt edilmişse *condictio certae rei* (*condictio triticaria*); nihayet *stipulatio*'nun konusu bir *facere* yani yapma borcu ise açılacak dava *actio ex stipulatu*'dur, bkz. **RADO**, s. 70-71.

⁴¹ **RADO**, s.69.

⁴² Yazılı bir metnin *stipulatio* için delil sayılmasının mantıksız olduğu, böylesi bir metnin ancak tarafların iradelerini kanıtlayacağı ancak *stipulatio* için aranan formaliteleri gerçekleştirdiklerini

yüklenmiştir. Iustinianus dönemine gelindiğinde, ancak metnin imzalandığı tarihte tarafların aynı yerde bulunmadığının ortaya konulması halinde bu karinenin aksinin ispatlanabileceği kabul edilmiştir. Tarafların imza tarihinde farklı yerlerde bulunduğu ispatı ile, hazırlar arasında akdedilmesi gereken *stipulatio*'nun kurulmadığı açığa çıkmış oluyordu.

Bir *ius civile* kurumu olan *stipulatio*'nun şekilciliği, yalnızca sözlü beyanlarda kendini göstermekteydi. Konusal olarak herhangi bir sınırlama ise mevcut değildi. Bu nedenle *stipulatio*, konu bakımından sınırlamalara tabi olan diğer sözleşmelere eklenemeyen faiz, cezai şart, kefalet gibi edimlerin talep edilebilir hale gelmesi için de kullanılmıştır. Bu yönüyle *stipulatio*'nun *ius civile*'in şekilci yapısını aşmak için araçsallaştırıldığı söylenebilir.

Stipulatio'nun sebebe bağlı veya sebepten soyut (mücerret) yapılması mümkündü⁴³. Eğer sebebe bağlı şekilde yapılan bir *stipulatio* varsa alacaklı hem *stipulatio*'nun hem sebebin (*causa*) varlığını kanıtlamak zorundaydı⁴⁴. Soyut *stipulatio* akdedilmişse ispat yükünün kimin üzerinde olduğu meselesi dönemlere göre farklılık gösterir. Klasik devirde soyut *stipulatio*'ya dayanan alacaklının yalnızca *stipulatio*'nun varlığını kanıtlaması yeterliydi⁴⁵. Borçlu, bir *exceptio doli generalis* (genel hile def'i) ileri sürerek borç sebebinin mevcut olmadığını veya ortadan kalktığını ispat ederse mahkumiyetten kurtulurdu. İmparator Caracalla döneminde ise ispat yükü alacaklıya geçmiştir. Iustinianus döneminde de bu esas benimsenmiştir. Bu itibarla, alacaklının *stipulatio*'ya dayanarak açtığı bir davada borçlu, *stipulatio*'nun *causa*'sının olmadığını ileri sürerse alacaklı sebebin varlığını ispat etmeliydi⁴⁶. Soyut *stipulatio* bir senede bağlanmış olsa dahi bu esas geçerliydi.

göstermeyeceği yönünde bkz. WATSON Alan, “The Evolution of Law, The Roman System of Contracts”, Law and History Review, C. 2, S.1, Spring 1984, ss. 1-20, (*Evolution*), s. 16, dpn. 62.

⁴³ RADO, s. 72; SÖĞÜTLÜ, s.480.

⁴⁴ RADO, s. 72; SÖĞÜTLÜ, s.480.

⁴⁵ RADO, s. 73.

⁴⁶ RADO, s. 73.

Stipulatio'nun konu sınırına tabii olmaması nedeniyle her türlü borcu doğurmaya elverişli, genel nitelikte bir sözleşme olduğu belirtilmektedir⁴⁷. Hatta doktrinde bir görüş, *stipulatio*'nun her türlü edimi konu almaya elverişli yapısı nedeniyle, Roma hukukunun eski dönemlerinde sözleşmeler sisteminin değil, *stipulatio*'ya dayalı genel bir sözleşme teorisinin olduğunu iddia etmektedir⁴⁸. Bu görüşe göre, sonraki dönemlerde ortaya çıkan tüm sözleşme tipleri esasen *stipulatio* yapılmasının bir sebeple uygunsuz veya yetersiz bulunduğu durumlarda, sosyal ihtiyacı karşılamak için ortaya çıkmışlardır⁴⁹. İmparator Leo tarafından çıkarılan kanunla *stipulatio*'da aranan sözlü şekil şartının neredeyse ortadan kaldırılması, yalnızca tarafların anlaşması ile sözleşme akdedilebileceği fikrinin ve iyi niyet, hakkaniyet gibi kavramların Roma hukukunda yer edinmesi gibi gelişmelere rağmen *stipulatio*'nun genel sözleşme tipi olarak kullanılmaması düşündürücüdür. Watson'a göre *stipulatio*, başarılı bir modernleştirme hareketiyle esnek ve tekil bir sözleşme sisteminin temeli olabilirdi ancak hukukçu muhafazakârlığı ve geleneklere bağlılık bunu engellemiştir⁵⁰.

b. Aynı Sözleşmeler

Aynı sözleşmeler bugünkü hukuk anlayışına yabancıdır. Aynı sözleşmelerin kurulması ve borç doğurması için tarafların anlaşması (*consensus*) yeterli değildir, ayrıca bir şeyin (*res*) karşı tarafa verilmesi, teslim edilmesi gerekir.

Toplamda dört adet aynı sözleşme mevcuttur: tüketim ödöncü (*mutuum*), kullanım ödöncü (*commodatum*), saklama sözleşmesi (*depositum*), rehin sözleşmesi (*pignus*). Bu dört sözleşmede de malı teslim alan taraf her zaman borçlu durumundadır. Bu

⁴⁷ DI MARZO, s. 422; KOCHAKER/AYİTER, s. 213; RADO, s. 68; UMUR, Ders Notları, s. 350.

⁴⁸ WATSON, Evolution, s.3; WATSON Alan, The Spirit of Roman Law, University of Georgia Press, 1995 (*Spirit*), s. 127.

⁴⁹ WATSON, Evolution, s. 4. Dostluk ve güven temelince dayalı tüketim ödöncü, kullanım ödöncü, saklama sözleşmesi gibi aynı sözleşmelerde etik kaygılar *stipulatio*'nun uygunsuz düşmesine sebep olurken, satış, kira, eser, hizmet gibi rızai sözleşmelerde edimlerin karşılıklı olması ve birinin para olması *stipulatio*'yu yetersiz kılmaktaydı.

⁵⁰ WATSON, Evolution, s. 419. Yazar, Roma hukukundaki bu örneğin, hukuk geleneğinin, hukukun gelişimi üzerinde oynadığı etkin rolü gözler önüne serdiği fikrindedir. Romalıların süreklilik duygusu içerisinde, yeniyi benimsemekle birlikte geçmişle olan bağlarını koparmak istemediği yönünde bkz. SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 47.

kimsenin borcu bir iade borcudur. Tüketim öduncünde bu iade mislen gerçekleşirken kalan üç türde kural olarak aynen gerçekleşir. Kullanım öduncü, saklama sözleşmesi ve rehin sözleşmesinde *res*'i teslim eden taraf, teslim edilen şey nedeniyle bir zarar doğması gibi istisnai hallerde borç altına girebilir. Bu nedenle bu sözleşmeler eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Tüketim öduncünde ise malın mülkiyeti devredildiğinden teslim eden hiçbir zaman borçlu olmaz. Bir başka ifade ile, tüketim öduncü sözleşmesi her zaman tek tarafa borç yükler.

Ayni sözleşmelerin şekilciliği, sözleşmenin kurulması için bir malın karşı tarafa teslim edilmesinin gerekmesinde yatar. Tarafların anlaşması sözleşmenin kurulması için yeterli değildir. Oysa günümüzde, Roma hukukunda ayni sözleşme olarak değerlendirilen sözleşmeler rızai niteliktedir ve tam iki tarafa borç yükler. Günümüzde, Roma hukukundan farklı olarak malın teslimi, sözleşmenin taraflarından birinin borcu olarak karşımıza çıkar. Roma hukukunda ise malın teslimi bir tarafın borcu değil, sözleşmenin kurulması ve teslim alan tarafın iade borcunun doğması için aranan bir şekil şartıdır. Bu itibarla, örneğin tarafların bir miktar buğdayın tüketilmek üzere verilmesi ve hasat zamanı aynı nevi ve miktardan buğdayın iade edilmesi hususlarında anlaşmaları halinde ortada yalnızca bir *pactum* vardır. Ne zamanki anlaşılan miktarda buğday, tüketilmek üzere karşı tarafa teslim edilir o zaman ayni bir sözleşme olan *mutuum* akdedilmiş olur.

İlerleyen başlıklarda ayrıntılı olarak izah edileceği üzere, ayni sözleşmelerde malın teslimini esas alan bu şekilcilik Roma hukukunda isimsiz sözleşmelerin düzenleniş yöntemini etkilemiştir.

C. Tipe ve Şekle Bağlı Yapının Değişimi

Roma hukukundaki katı şekilci anlayış, Roma devletinin sınırlarının genişlemesi; ticaretin ve farklı toplumlarla etkileşimin artmasının etkisiyle Roma hukukunun ilerleyen dönemlerinde çeşitli yönlerden zayıflamıştır. Zira, ilk dönemlerde *ius civile*, dar bir coğrafyada, yalnızca Roma vatandaşlarının belirli ve sınırlı sayıdaki sosyal ve ekonomik ilişkilerini düzenlemeye yeten kurallar barındırmaktaydı. O dönemdeki kurallar gelişen ticaret hayatının gerekliliklerini karşılamaktan uzaktı ve yabancılarla

olan ilişkileri düzenlememekteydi⁵¹. Roma'nın yaşadığı siyasal, sosyal ve ekonomik gelişim, sözleşmeler sisteminin dönüşümünü zorunlu kılmaktaydı. Herhangi bir merasime veya mal teslimine gerek olmaksızın, yalnızca tarafların anlaşmaları ile kurulabilen rızai sözleşmelerin kabulü bu yönde atılan adımların başında gelmektedir. Bu değişim ve gelişimde en büyük rolü ise *praetorlar* oynamıştır. Şimdi, ilk olarak *praetor* faaliyetlerinin Roma sözleşmeler sistemini ne şekilde etkilediği incelenecek; sonrasında rızai sözleşmeler, *pactumlar* ve en nihayetinde isimsiz sözleşmeler ile şekle ve tipe bağlı yapıdan nasıl uzaklaşıldığı izah edilecektir.

1. *Praetor*'un Değişimdeki Rolü

Üçüncü *consul*'lük makamı olan *praetor*'luk makamı, M.Ö. 367 yılında *lex Licinia Sextia* ile kurulmuştur. Makam, uzun süren savaşlar sırasında şehri yöneten iki *consul*'un sürekli cephede olması nedeniyle Roma şehrinde *imperium* ve yargılama yetkisini haiz bir *magistra*'ya duyulan ihtiyacın giderilmesi amacıyla kurulmuştur⁵².

Sahip oldukları *imperium* yetkisi sayesinde *iurisdictio* faaliyetinde bulunabilen *praetorlar*, bu faaliyet çerçevesinde ihtilaf konusu olayda mevcut olan hakkı ve dava koşullarını tespit ederek yargılama sürecini başlatır, yaptığı tespitlere uygun olarak yargılamayı gerçekleştirmesi ve karar vermesi için hâkimi yetkilendirirlerdi⁵³. Belirtilmelidir ki, *praetor*'ların hukuk yaratma yetkisinin olmadığı kabul edilirdi, zira *praetor* kanun koyucu olmadığı gibi yargıç da değildi⁵⁴.

Praetorlar ayrıca *ius edicendi* olarak adlandırılan beyanname yayımlama yetkisini haizdi. Bu kapsamda *praetor*, görevde kalacağı süre boyunca yargı işlerinde uygulayacağı sistemi ve kabul ettiği hukuk kaidelerini ilan ederdi. Bu yolla aleniyet ve hukuk güvenliği sağlanırdı. Beyanname, onu ilan eden *praetor*'un görev süresi boyunca geçerliydi. Ana kural bu olmakla birlikte, uygulamada sonradan göreve gelen *praetor* sıklıkla, bir önceki *praetor* tarafından yayınlanan ve başarıyla uygulanan beyannamenin bazı kısımlarını kendi yayınladığı beyannamede korumaktaydı. Bir

⁵¹ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 56; SÖĞÜTLÜ, s. 106.

⁵² SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 56; UMUR, Roma, s.202.

⁵³ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 57.

⁵⁴ SÖĞÜTLÜ, s. 178.

beyannameden öteki beyannameye kalıcı olarak aktarılan ve miktarı daima artan bu kısımlara *edictum tralaticium* denmekteydi⁵⁵. Bu şekilde, beyannameler zamanın ihtiyaçlarına uyma niteliğini kaybetmeden daha istikrarlı bir hale gelirdi⁵⁶.

Hakkaniyetin sözcüsü olarak adlandırılan *praetorlar*, *ius civile*'in katı kurallarını toplum vicdanına uyacak çözümlerle yumuşatmıştır⁵⁷. Gerçekleştirdikleri yargı faaliyetleri ile *ius civile*'de mevcut olan kuralların anlaşılmasını sağlamış, *ius civile*'de boşluk olan konularda yeni hükümler koyarak onu tamamlamış ve hatta gerekli olması halinde *ius civile* hükümlerini değiştirmişlerdir⁵⁸. *Praetorlar*ca gerçekleştirilen faaliyetler neticesinde *ius praetorium* denilen *praetor* hukuku oluşmuştur. *Praetor* hukuku, *ius civile*'in yanında, ondan ayrı olarak varolan kurallar, prensiplerden oluşurdu.

Ius praetorium aracılığıyla, *ius civile* tarafından korunmayan hukuki ilişkiler himaye edilmiş, dönemin hukuk mantığına aykırı bazı *ius civile* kurallarının sonuçlar doğurmasını önleme yolları bulunmuştur. *Praetorlar* tarafından kullanılan vasıtalar, *ius civile*'de mevcut olmayan yeni davalar tanınması (*actio in factum*)⁵⁹, açılan davalarda ileri sürülen taleplere karşı *exceptio* (def'i) veya *in integrum restitutio* imkânı verilmesi gibi muhtelif şekillerdeydi.

Şekilci ve tipe bağlı yapıdaki değişimde, yabancılar *praetor*'unun çalışmalarına özellikle değinmek gerekir. Roma topraklarının genişlemesi ve ticaretin gelişmesi sonucu olarak yabancılarla olan iletişimin artması, *ius civile*'in yalnızca konusal değil

⁵⁵ DI MARZO, s.6; UMUR, Roma, s. 207

⁵⁶ DI MARZO, s. 6. İmparator Hadrianus zamanında beyanname tek ve kat'i şekle bürünmüştür. Bu tarihten sonra *praetor*'ların hukuku değişen koşullara uyarlama ve hakkaniyeti sağlama faaliyetleri son bulmuş, her *praetor* geleneklere uymak için bu tek beyannameyi ilan eder olmuştur.

⁵⁷ SÖĞÜTLÜ, s.107; UMUR, Roma, s. 209.

⁵⁸ D.1.1.7.1.: "*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt, adiuvandi vel supplendi corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium digiur ad honorem praetorum sic nominatum.*"

"*Ius praetorium*, *praetor*'ların kamu yararı düşüncesiyle, *ius civile*'i kuvvetlendirmek, onu tamamlamak ya da düzeltmek gayesiyle getirdikleri kurallardır, buna *praetor*'un honor'u ile bağlantı kurularak *ius honorarium* da denmektedir."

⁵⁹ Bkz. Aşa. I.D.4.

kişi bakımından kapsam açısından da yetersiz kalmasına yol açmıştı. Zira *ius civile* yalnızca Roma vatandaşlarına uygulanabiliyordu. Bu nedenle, yabancıların⁶⁰ dahil olduğu hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların ele alınması için M.Ö. 242 yılında yabancılar *praetorluğu* (*praetor peregrinus*) makamı ihdas edilmiştir. Yabancılar *praetor*'u Roma vatandaşları ile yabancılar arasındaki veya yabancıların kendi arasındaki hukuki ilişkilerden sorumluydu. Yabancılar *praetor*'u görev alanındaki hukuki ilişkilerin düzenlenmesi, uyuşmazlıkların çözümü için çeşitli koruma yolları getirmiş, *ius civile* tarafından tanınmayan yeni sözleşme tiplerini tanımıştır. Yabancılar *praetor*'unun getirdiği bu kuralların tamamı *ius gentium* (kavimler hukuku)⁶¹ olarak adlandırılmıştır⁶².

⁶⁰ Yabancılardan kasıt, Roma imparatorluğunun sınırları içerisinde yaşayan fakat Roma vatandaşlığına sahip olmayan kimselerdir. Roma imparatorluğu, fethettikleri topraklardaki halka vatandaşlık vermiyordu. Bu nedenle fethedilen topraklarda yaşayanlar imparatorluğun bir parçası olmakla beraber Roma vatandaşı sayılmıyor, *peregrinus* (yabancı) addediliyorlardı. İmparatorluk dışında kalan topluluklar ise barbarlar (*barbari*) olarak adlandırılıyordu. 212 yılında İmparator Caracalla tarafından yayınlanan emirname ile Roma topraklarında yaşayan herkese vatandaşlık verilmesiyle birlikte *peregrinus* ayrımı ortadan kalkmıştır, bkz. **UMUR**, Lügat, s. 27, 155.

⁶¹ *Ius gentium*, çok katmanlı bir kavramdır ve anlamı yüz yıllar içerisinde değişime uğramıştır. Günümüzde *ius gentium* genellikle modern uluslararası hukukun temeli olarak kabul edilmektedir. Bunun nedeni uluslararası hukukun babası addedilen Grotius'un kavramı bu yöndeki kullanımı ve 2. Dünya Savaşı sonrası uluslararası kurumlar oluşturulurken *ius gentium*'a hukuki bir temel olarak başvurulmuş olmasıdır. Biz çalışmamızda kavramı “yabancılar *praetor*'unun yarattığı hukuk” teknik anlamıyla kullanıyoruz. *Ius gentium*'un anlamının değişimi hakkında bkz. **WIELGUS** Stanislaw, “*The Genesis And History Of Ius Gentium In The Ancient World And The Middle Ages*”, *Roczniki Filozoficzne / Annales De Philosophie / Annals Of Philosophy*, 1999, Vol. 47, No. 2, 1999, ss. 335-351; **GILTAJ** Jacob “*The rediscovery of the Roman jus gentium and the post 1945 international order*”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 35, S.3, 2022, ss. 521–533 (Erişim: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/rediscovery-of-the-roman-jus-gentium-and-the-post-1945-international-order/2620C6D589A422785E9A12794B024919>. Erişim Tarihi: 22.07.2025)

⁶² Belirtmek gerekir ki, *ius gentium* zamanla *ius civile*'in bir parçası haline gelmiştir. Böylece köken olarak *ius gentium*'a ait kurumlar *ius civile*'ce tanınmış ve korunmuştur. Uygulamada, *praetor peregrinus*'un görev süresi sona erince genellikle *praetor urbanus* olarak atanması *ius gentium* ve *ius civile* arasındaki bu geçişkenliğin önemli sebeplerindedir, bkz. **UMUR**, Ders Notları, s. 93; **UMUR**, Roma, s. 202. Yabancılar *praetor*'u tarafından yaratılan yargılama usullerinin bir kanunla (*Lex Aebutia*) ile Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıklara teşmil edildiği yönünde bkz. **SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN**, s. 61.

Roma hukukunda *ius gentium*'un ortaya çıkışının ardındaki temel amaç, hem sadece Roma vatandaşlarına uygulanabilen *ius civile*'nin şekli gerekliliklerini ortadan kaldırmak, hem de ticareti teşvik etmektir. Sınır aşan hukuki ilişkiler, yerel hukuki ilişkilerden farklı dinamiklere sahiptir. Sözleşmelere ilişkin yerel hukuk kuralları genellikle uluslararası ticaretin özel ihtiyaçları için uygun değildir. Bu nedenle, uluslararası ticaretin özelliklerini dikkate alan bir dizi kurala ihtiyaç vardır. Romalılar yüzyıllar önce bu ihtiyacın farkındaydı ve yabancı bir unsur söz konusu olduğunda uygulanmak üzere kendi yerel hukuklarından (*ius civile*) farklı bir dizi kurallar yarattılar. Ezcümle, *ius gentium* ticaret hayatının gerektirdiği esnekliği ve hızı mümkün kılıyor, Roma'nın ticari yaşamını geliştirme amacına hizmet ediyordu. *Ius gentium*'un getirdiği en önemli yenilik, iyi niyete dayalı rızai sözleşmelerin kabulüdür⁶³.

Praetor faaliyetleriyle getirilen himaye yöntemlerinin ortak özelliği, *ius civile*'in getirdiği kuralların toplumsal hayatın gelişimine uydurulması amacı gütmeleridir. Bu yöntemler, hakkaniyetin şekil darlığına ve yeni ekonomik gereklilikleri karşılamayan eski anlayışlara karşı kazandığı bir zafer olarak nitelenmektedir⁶⁴.

2. Şekle Bağlı Olmayan Sözleşmelerin İlk Uygulamaları: Rızai Sözleşmeler

Herhangi tamamlayıcı merasime gerek olmaksızın, yalnızca tarafların anlaşması ile borç doğuran sözleşmelerin kabulü Roma hukukuna özgü bir buluştur⁶⁵. Modern hukuklarda geçerli olan ve bugünkü bakış açısıyla olağan gözüken salt rıza ile sözleşmenin kurulması fikrini eski toplumların idrak etmesi güçtü. Sayıları sınırlı olmakla birlikte, salt tarafların anlaşması ile borç doğabileceğinin kabulü Roma

⁶³ KOCHAKER/AYİTER, s. 230; PRINGSHEIM Fritz, “L’Origine des contrats consensuels”, RHD 4. Seri, C. 31, 1954, ss. 475-495, s. 475; COLLINET Paul, “The Evolution of Contract as Illustrating the General Evolution of Roman Law”, The Law Quarterly Review, C. 48, S. 192, 1932, ss. 488-494, s. 489. Rızai sözleşmelere dahil olan satış sözleşmesinin yabancılarla ticari ilişkilere hukukî sonuç bağlama düşüncesinden doğmadığı ve *ius gentium* kökenli olmadığı, D. 18.1.1.2’de *ius gentium* kurumu diye bahsedilmesinin nedeninin yabancılara da uygulandığını ifade etmek olduğu yönünde aksi görüş için bkz. EREN, Satış, s. 140. Rızai sözleşmelere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aşa. I.C.2

⁶⁴ DI MARZO, s. 7.

⁶⁵ WATSON, Evolution, s. 8; PRINGSHEIM, s. 476; WATSON, Spirit, s. 131.

hukuku açısından devrimsel bir gelişmeydi. Bu gelişmede, Yunan felsefesi ve *ius gentium* etkili olmuştur.

Rızai sözleşmelerin hukuk düzenince tanınmasında iyi niyet ve güven (*fides*) kavramları önemli rol oynamıştır. Bunlar hem Roma geleneklerinde hem uluslararası ticari teamüllerde yer alan kavramlardır. Dürüst, namuslu, iyi niyetli ve sözünün eri olmak ahlaki olarak bir kişiden beklenen erdemlerdir. *Fides*'in uluslar üstü niteliği göz önüne alan yabancılar *praetor*'u bu kavramı yabancı kavimlere mensup kişilerle kurulan ilişkilerdeki temel davranış normu ve işlem temeli olarak hukuk hayatına aktarmıştır⁶⁶.

Rızai sözleşme düşüncesinin temelleri esasen Yunan felsefesine dayanmaktadır⁶⁷. Rızai sözleşmelerin temel özelliklerinden olan *synallagma* ilişkisi, doğrudan Eski Yunanca'dan (συνάλλαγμα) alınmış olup Latince bir karşılığı yoktur. Öte yandan iyi niyet kavramının gelişiminde Roma'da hâkim felsefî akım olan Yunan kökenli Stoacı düşüncenin etkili olduğu düşünülmektedir⁶⁸. Ayrıca, Socrates'in felsefesinin temellerinden biri olan irade özgürlüğü, şekilden bağımsız salt irade uyuşmasını yeterli gören rızai sözleşmelerin kabulünde etkili olmuştur⁶⁹.

Romalı hukukçular, yalnızca tarafların anlaşması ile borç doğabileceği fikrini kabul etmelerine rağmen, bu kabulü genel bir sözleşme teorisine ulaştıramamışlardır. *Ius civile* geleneğinin getirdiği şekilci ve tipe bağlı yapı, yalnızca sınırlı sayıda sözleşmenin rızai sözleşme sayılmasında kendini göstermiştir. Bu sınırlı sayıdaki sözleşme ise, başta alım-satım sözleşmesi olmak üzere kira, eser, hizmet, vekalet ve adi ortaklık gibi ekseriyetle ticari hayatta büyük önem arz eden sözleşmelerdir.

3. Rızai Sözleşmelerin Uygulama Alanının Genişlemesi: Pactumlar

Yukarıda bahsedildiği üzere, *pactum ius civile*'in tanıdığı *contractuslar* dışında kalan anlaşmaları ifade eder. Kural olarak bu anlaşmalardan dava edilebilir *civil* bir

⁶⁶ SÖĞÜTLÜ, s. 507.

⁶⁷ EREN, Satış, s. 142; SÖĞÜTLÜ, s. 509.

⁶⁸ EREN, Satış, s. 142.

⁶⁹ SÖĞÜTLÜ, s. 509.

borç doğmaz. Buna karşın, ticaret hayatında sıklıkla kullanılan, bu doğrultuda uyumsuzluklara konu olan kimi anlaşmaların Roma hukuku tarafından tanınma ve korunma ihtiyacı hasıl olmuştur. Bu ihtiyaca binaen, uygulamada yer bulan kimi *pactumlar* dava hakkı tanınarak korunmuştur. Bu korumanın üç farklı kaynağı olabilirdi: *ius civile*, *praetor* hukuku (*pactum praetoria*) veya imparator kanunları (*pactum legitima*)⁷⁰.

Ius civile tarafından tanınan sözleşmelerin (*contractus*) içeriği, o sözleşmenin objektif esaslı unsurlarından ibaret olabilirdi. Taraflar, objektif esaslı unsurlar dışında bir düzenleme getirirse bu düzenlemeler *contractus*'un bir parçası sayılmıyor, salt bir *pactum* oluyordu. Bu doğrultuda, bu düzenlemelere aykırılık halinde *contractus*'a tanınan dava hakkına başvurulamıyordu. Örneğin bir alım-satım sözleşmesine eklenen belirli bir süre içerisinde daha iyi bir teklif gelmesi halinde satıcının sözleşmeden dönebileceğine ve malı geri isteyebileceğine ilişkin bir kayıt (*pactum displicentiae*) bu türden bir anlaşmadır. İyi niyet sözleşmelerinin ve iyi niyet davalarının Roma hukukunca kabul edilmesiyle birlikte, bu türden *pactumlar*'ın dava edilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Çünkü, iyi niyet davalarının *formula*'sında hâkim iyi niyet gereği yapılması veya verilmesi gereken her şeye karar verme konusunda yetkilendiriliyordu. Kendisine verilen geniş takdir hakkı çerçevesinde hâkim, kararını verirken, *contractus*'la birlikte akdedilen *pactum*'un içeriğini dikkate alabiliyordu. Bu itibarla, iyi niyet sözleşmesiyle birlikte akdedilen ilave anlaşmalar, *ius civile* tarafından tanınan *pactumlar*'dır. Asıl sözleşmeye eklenmeleri nedeniyle tâli (ikincil) anlaşma (*pacta adiecta*) olarak adlandırılırlar. Bu anlaşmaların iyi niyet sözleşmesine ait dava ile korunması, o sözleşme ile eş zamanlı olarak (*in continenti*) akdedilmesine bağlıydı⁷¹. Sonradan akdedilmesi halinde bu korumadan yararlanılması mümkün değildi meğerki borçlu lehine olsun.

Pactumlar'a tanınan korumanın diğer kaynakları ise *praetorlar* ve imparatorlardır. Bazı *pactumlar* *praetorlar* tarafından tanınarak onlara özgü bir *actio* bahşedilerek korunmakta; bazılarına ise imparatorlar tarafından dava hakkı tanınmaktaydı. *Praetor* korumasından yararlanan anlaşmalara örnek olarak şekil şartına tabii olmayan, bir nevi

⁷⁰ RADO, s. 127.

⁷¹ RADO, s. 128;

kefalet olan *constitutum debiti alieni* verilebilir. Tahkim anlaşması *compromissium* ise imparatorlar tarafından korunan anlaşmalardandır.

Iustinianus dönemine gelindiğinde, tanınarak bir dava ile korunan anlaşmaların sayısı oldukça artmıştı. Bu kapsamda rızai sözleşmelerin tatbik sahası da son derece genişlemişti. Bu sebeple *pactumların* Roma sözleşmeler sisteminin şekilci ve tipe bağlı yapısını zayıflatarak sözleşme özgürlüğü fikrinin gelişimine katkı yaptığı düşünülebilir. Ne var ki Roma hukuk geleneği salt tarafların anlaşması ile borç doğuran, dava ile takip edilebilen bir sözleşmenin kurulabileceğini kabul etmeye engeldi. Sözleşmeler sistemine hâkim olan kazuistik metot ve sınırlı sayı ilkesi *pactumlar*'ın gelişimini doğrudan etkilemiştir. Sistem, belirli anlaşma türlerinin münferiden korunması yoluyla genişlemiş, geçerlilik tanınan anlaşmaların sayısı sürekli artmış ancak her zaman sınırlı sayıda (*numerus clausus*) kalmıştır. Oysa, konu sınırlamasına tabii olmayan ve zaman içerisinde şekli şartlardan oldukça arındırılan *stipulatio* gibi bir müessese ve uygulama alanı son derece genişlemiş rızai sözleşmelerin varlığı karşısında, sözleşme özgürlüğünü esas alan, esnek ve tekil bir sözleşme sistemine geçiş mümkün olabilirdi. Fakat Roma'da geçerli olan hukuki düşünce yapısı bu geçişi şekillendirecek olgunluğa erişmiş değildi. Watson'a göre hukukçu muhafazakârlığı ve geleneklere bağlılık sözleşmeler sisteminin bu yönde gelişimini engellemiştir⁷².

Her ne kadar rızai sözleşmelerin tatbik sahasını genişletseler de, hukuken korunmalarında münferit sayım yönteminin terkedilmemesi sebebiyle *pactumlar*'ın sözleşme özgürlüğünün gelişimine olan etkisinin isimsiz sözleşmelere kıyasla daha sınırlı olduğu kanaatindeyiz.

4. Tip Serbestisi Yönündeki Değişim: İsimsiz Sözleşmeler (*Contractus Innominati*)

“İsimli” sözleşmeler, sosyal ve ticari hayatın ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalabilir. Kişilerin yaratmak istedikleri sözleşmesel ilişki, her zaman hukukun tanıdığı sözleşme tiplerinden birine girmeyebilir. Her somut olayın koşulları farklı menfaat

⁷² WATSON, *Evolution*, s. 19.

dengelerinin oluşturulmasını gerekli kılar. Taraflar hukuken tanınan sözleşme tiplerinden birine girme düşüncesiyle değil, kendi ihtiyaç ve isteklerine göre karşılıklı taahhütlerde bulunurlar. Bu, sosyal ve ticari hayatın bir gereği ve sonucudur⁷³. Sözleşmeler sisteminde şekilciliğin ve sınırlı sayı ilkesinin hâkim olduğu Roma hukukunda dahi, isimli olanlar dışında da sözleşmelerin var olmasının işin doğası gereği olduğu kabul edilmiştir⁷⁴.

Her ne kadar, isimli sözleşmeler dışında sözleşmeler olabileceği kabul edilmiş olsa da, *ius civile* sözleşmelerine dahil olmayan sözleşmelerin isimsiz sözleşmeler olarak adlandırılması Roma hukuku kökenli değildir. Zira, ne Gaius'un Institutiones'inde ne Iustinianus'un Corpus Iuris Civilis'inde *contractus innominati* (isimsiz sözleşme) kavramı geçer⁷⁵. Her iki eserde sözleşmeler, ayni, sözlü, yazılı ve rızai olmak üzere dörtlü ayrıma tabii tutulmuştur. İsimsiz sözleşmeler ayrı bir kategori olarak incelenmemiştir. Romalı hukukçular için önemli olan soyut ve genel hukuk kurallarından ziyade olaylardır. Önce olaylar ve münferit olaylara bağlanan sonuçlar vardır. Hukuk kuralları ise sonradan bu olaylardan ve olaylara bağlanan sonuçlardan doğar (*Ex facto ius oritur*). İsimsiz sözleşmeler teorisinin gelişimi de olaylar üzerinden olmuştur. O veya bu sebeple isimli sözleşmelere tanınan davalara başvurulamayan sözleşmesel ilişkilere hiçbir hukuki koruma sağlanmamasının yarattığı hakkaniyete aykırı durum, teorisinin gelişimini tetikleyen temel etkidir. Özellikle iki tarafa borç

⁷³ Nitekim, hukuk sisteminde tanınan sözleşme tipleri, sıklıkla uygulama alanı bulan ve bu sebeple uyumsuzluklara yol açan sözleşmelerdir. Başka bir ifadeyle, sözleşme tipleri önce sosyal hayatta doğar. Ortaya çıkan sözleşmenin uygulanma ve sebep olduğu uyumsuzlukların sıklığı bu sözleşme tiplerinin hukuken tanınmasını ve korunmasını gerektirir. Roma sözleşmeler sisteminin (esasen Roma hukuk sisteminin genelinin) kazuistik ve olay odaklı gelişiminin bir sebebi, hukukun sosyal ihtiyaçlarla olan bu ilişkisidir.

⁷⁴ D.19.5.4 (Ulpianus libro 30 ad Sabinum): “*Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula.*”

D.19.5.4 (Ulpianus'un Sabinianus Üzerine 30. Kitabından): “İsimlerinden daha fazla hukuki işlem bulunması gerçekliğin doğasında gizlidir.”

⁷⁵ D.12.1.9.pr., D.13.5.1.6., D. 46.4.18.pr. metinlerinde *contractus certi* ve *contractus incerti* ikiliği yer almaktadır. Accarias *contractus incerti*'nin isimsiz sözleşmeleri ifade ettiği görüşündedir, **ACCARIAS** Calixte, *Théorie des Contrats Innomés et Explication du Titre De Praescriptis Verbis Au Digeste*, 1866, s. 24. Bizans döneminden itibaren isimsiz sözleşmeler adlandırılmasının getirildiği yönünde bkz. **MONIER** Raymond, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, C.2, Les Éditions Domat-Montchrestien, 1936, s. 224.

yükleyen bir sözleşmede, bir tarafın edimini ifa ettiği halde diğer tarafın edimini ifa etmemesi halinde bu hakkaniyetsizlik ve edimini ifa eden tarafın korunmasına duyulan ihtiyaç çok daha göze çarpmaktadır. İsimsiz sözleşmelere ilişkin olarak Digesta başta olmak üzere Roma kaynaklarında yer alan tüm açıklamalar, değişen gerekçelerle sisteme oturtulamayan sözleşmesel ilişkilerin farklı görünüşleri üzerinden yapılmıştır.

İsimsiz sözleşmelere ilişkin getirilen genel tanım uyarınca taraflardan birinin kendi edimini yerine getirmesiyle kurulduğu kabul edilen tam iki tarafa borç yükleyen⁷⁶ sözleşmeler isimsiz sözleşmelerdir⁷⁷. Bir başka anlatımla, isimsiz sözleşmeler başlangıçta *actio* ile korunmayan sinallagmatik anlaşmanın (*pactum*) taraflardan birinin kendi edimini ifa etmesi sonucunda karşı taraf için bağlayıcı hale gelmesidir⁷⁸. Sözleşmenin kurulabilmesi için bir tarafın kendi edimini ifa etmesi gerekir. Bu nedenle isimsiz sözleşmeler aynı sözleşme olarak nitelenir⁷⁹. Edimin ifası, aynı sözleşmelerdeki *res*'i oluşturur⁸⁰. Ezcümle, isimsiz sözleşmeler 4 farklı şekilde tezahür edebilir: (i) veriyorum vermen için (*do ut des*) (ii) veriyorum yapman için (*do ut facias*) (iii) yapıyorum vermen için (*facio ut des*) (iv) yapıyorum yapman (*facio ut facias*) için⁸¹.

⁷⁶ Sözleşme bir tarafın edimini ifa etmesiyle kurulmuş sayılacağı için sözleşme esasen tek tarafa borç yükleyecektir. Ancak tarafların baştaki -ifadan önceki- anlaşmasının tam iki tarafa borç yükleyici nitelikte olduğunun belirtilmesi amacıyla bu ifade kullanılmıştır.

⁷⁷ **RADO**, s. 122; **UMUR**, Ders Notları, s. 375; **SÖĞÜTLÜ**, s. 578; **UMUR**, Lügat, s. 48; **ZIMMERMANN**, s. 537.

⁷⁸ **ACCARIAS**, s. 16.

⁷⁹ Zimmerman, bu sözleşmelerden “isimsiz aynı sözleşmeler” diye bahseder, bkz. **ZIMMERMAN**, s. 534. Benzer kullanıma Kochaker/Ayiter’de de rastlanır, bkz. **KOCHAKER/AYİTER**, s. 225. Aynı sözleşmelerin tek tarafa borç yüklemesi nedeniyle synallagmatik isimsiz sözleşmelerin aynı sözleşme kategorisinde değerlendirilemeyeceği yönünde karşı görüş için bkz. **PERNICE** Alfred, “*Parerga*. 3. *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung, 9), 1888, ss. 195-260, s. 251.

⁸⁰ Accarias, aynı sözleşmelerde *res*’in her zaman bir malın tesliminden (*traditio*) oluştuğu bu nedenle bir yapma edimin (*factum*) *res* teşkil edemeyeceği, bu itibarla edimin ifası (*factum*) ile kurulan isimsiz sözleşmelerin aynı sözleşme olarak nitelenemeyeceği görüşündedir, bkz. **ACCARIAS**, s. 18.

⁸¹ İsimsiz sözleşmelerde karşılıklılık ilişkisi önemli bir unsurdur. Nitekim, isimsiz sözleşmelere ilişkin düzenlemelerin büyük bir çoğunluğunun yer aldığı Digesta’nın 19. Kitabının içeriği, bu karşılıklılığın rolünü vurgular. Digesta’nın 19. Kitabının birinci ve ikinci fasıllarında alım satım sözleşmesi ile locatio

Biz bu şekilde tanımlanan isimsiz sözleşmeleri “*dar anlamda isimsiz sözleşmeler*” olarak nitelendirmeyi uygun görüyoruz. Dar anlamda isimsiz sözleşmeleri kapsayacak çatı kavram olarak “*geniş anlamda isimsiz sözleşmeler*”e başvuracağız.

Geniş anlamda isimsiz sözleşmeleri, bir sebeple isimli sözleşmelere tanınan özel davalarla korunamamakla birlikte, genel nitelikteki bir dava ile korunan her türlü sözleşme olarak tanımlayabiliriz⁸². Geniş anlamda isimsiz sözleşme olarak nitelediğimiz örneklerde, ya *ius civile* tarafından tanınan sözleşme tiplerine eklenen yan edimler veya şart nedeniyle isimli davalara başvurmak mümkün değildir⁸³ (D. 18.1.50; D.19.5.20.pr); ya sözleşmenin ne şekilde niteleneceği belirsizdir (D. 19.5.1.1; D. 19.5.1.2.); veya karşı tarafın edimini ifa edip etmediği verilen metinden anlaşılamamakta, bu nedenle de dar anlamda isimsiz sözleşme olarak nitelenememektedir (D. 19.5.6.pr.1). Meylan, bizim geniş anlamda isimsiz sözleşmeler olarak nitelediğimiz sözleşmeleri şüpheli isimli sözleşmeler (*contrats de nom douteux*) olarak isimlendirmektedir. Yazara göre, bu sözleşmeler *ius civile*’in sınırlı sözleşmeler sisteminin boşluklarını doldurmak için *praetorlar*’ın *actio praescriptis verbis* tanıdığı sözleşmeler olup isimsiz sözleşmelerin ilk örnekleridir⁸⁴.

Böyle bir sınıflandırmaya gitmemizin nedeni, isimsiz sözleşmeler teorisinin gelişimi incelendiğinde, dar anlamda isimsiz sözleşmeler için tanınan davaların, geniş anlamda isimsiz sözleşmelerin korunması için getirilen davalarla örtüştüğünün görülmüş olmasıdır. Konunun tarihsel gelişiminin lineer bir çizgi halinde olduğunu

conductio sözleşmeleri ele alınmıştır. Her iki sözleşme de sinallagmatik *ius civile* sözleşmeleridir. 3. Fasılda isimsiz sözleşmelerin bir görünümü olan *aestimatum* (satış için bırakma sözleşmesi) ve 4. Fasılda yine isimsiz sözleşmelerin bir görünümü olan *permutatio* (trampa sözleşmesi) yer alır. Son olarak 5. Fasılda ise Iustinianus döneminde isimsiz sözleşmelere tanınan genel dava niteliğinde olan *actio praescriptis verbis* konu alınır.

⁸² Bu tanım ilk bakışta *pactum*’ları kapsıyor gibi görünebilir. Ancak hukuken korunan *pactum*’ların tamamının kendilerine özgü isimlerle anılan davalara sahip olduğu, genel nitelikli -jenerik- bir dava türü ile korunmadıkları hatırdan çıkarılmamalıdır.

⁸³ Bu örneklerin, iyi niyet sözleşmelerinin tanınmasından önceki süreçte verildiği kanaatindeyiz. Zira, iyi niyet sözleşmelerinin ve dolayısıyla iyi niyet davalarının tanınmasıyla, *ius civile*’in tanıdığı sözleşmelere eklenen yan edimler bu sözleşmelere tanınan davalarla talep edilebilir hale gelmiştir.

⁸⁴ MEYLAN Philippe, Origine et Nature de l’Action Praescriptis Verbis, 1919, s. 90.

düşünmek yanıltıcıdır. Başka bir anlatımla, önce geniş anlamda isimsiz sözleşmeler korunmuş, sonrasında aynı vasıtalarla dar anlamda isimsiz sözleşmeler himaye edilmiştir, şeklinde bir sonuca varmak mümkün değildir. Çeşitli gerekliliklerin birbirini beslediği ortak bir gelişim ve değişim süreci yaşanmıştır. Roma hukukçularının olay odaklı yaklaşımı genel bir teori yaratılmasının önünde engel olmuş, farklı olayların benzer davalarla korunduğu bir sistem ortaya çıkmıştır. Fakat tespit edebildiğimiz kadarıyla, bu vasıtaların tanınmasının arkasında yatan saik, *ius civile* sözleşmelerinin kapsamına girmeyen bir konu üzerinde anlaşılan tarafların korunması ihtiyacıdır. Bu korumanın genel nitelikli tek bir dava ile tanınması, isimsiz sözleşmeleri sözleşme özgürlüğüne giden yolda önemli bir mihenk taşı yapmaktadır.

D. Roma Usul Hukukunun İsimsiz Sözleşmeler Açısından Özellikleri

İsimsiz sözleşmelere hangi ihtimallerde ne tür bir *actio* tanınacağı meselesi, bu sözleşmelere ilişkin geliştirilen fikirlerin odak noktası olmuştur. Nitekim, konuya ilişkin görüşlerin büyük çoğunluğu, Digesta'nın "*De praescriptis verbis et in factum actionibus*" (*Praescriptis Verbis* ve *Actio in Factum* Hakkında) başlıklı bölümünde (19. Kitap 5. Fası) yer almaktadır. Bu itibarla, isimsiz sözleşmelere ilişkin tartışmaların anlaşılabilmesi için Roma usul hukukundaki hak ve dava ilişkisinin ve *formula* usulünün genel niteliklerinin ortaya konulması elzemdir.

1. Usul Hukukunda Hak (*Ius*) ve Dava (*Actio*) İlişkisi

Roma hukukunda *ius*, hem hak hem hukuk anlamında kullanılmaktaydı. Hak anlamıyla *ius*, devlet tarafından güvence altına alınmış subjektif bir faaliyet yetkisi (*facultas agendi*) anlamına gelmekteydi⁸⁵.

Actio kavramı ise, devlet gücüne başvurarak hakkını koruyabilmek için hak sahibine tanınmış vasıta, mahkeme nezdinde dava açabilme yetkisi olarak tanımlanır⁸⁶.

⁸⁵ UMUR, Lügat, s. 99.

⁸⁶ UMUR, Roma, s. 342.

Actio kelimesinin dava hakkı anlamı dışında usuli aşamaları ifade ettiği belirtilmiştir⁸⁷. Gerek Gaius, gerek Iustinianus *actiolar*'ı (davalar), kişiler ve malların yanında hukukun konusunu oluşturan üçüncü başlık olarak değerlendirmiştir⁸⁸. Davalara ilişkin hukuk, hem münferit müeyyidelere, çarelere ilişkin hukuku hem de yargılama sırasında uygulanacak usul hukukunu kapsar⁸⁹.

Hak ve bu hakka bağlı müeyyidelerin ortaya çıkışında, öncelikle hakkın varlığı düşünülmüş, sonrasında bunu korumak için çeşitli müeyyideler getirilmiş değildir. Bilakis, dönemlere göre kralın veya *magistra*'nın toplumda çatışan menfaatlerin hangisinin korunmaya değer olduğuna karar vermesi sonucu haklar belirlenmiş oluyordu⁹⁰. Bir başka ifadeyle, öncelikle belirli bir duruma koruma sağlanıyor, sonrasında benzer ihtilaflarda verilen aynı yöndeki kararlarla kurallar genelleşiyor, böylece bir hakkın varlığından söz edilebiliyordu.

Romalılar hukuki ilişkileri himaye edilişlerinde görmüş, hakların değil davaların hükümlerini düşünmüşlerdir⁹¹. Nitekim, hem Gaius'un, hem Iustinianus'un Institutiones'inde *actiolar*'a ilişkin hukuka yönelik getirilen açıklamalarda maddi hakla olan bağlantı göze çarpar⁹². Gerçekten her iki eserde davalara ilişkin açıklamalar, *actiones in rem* (ayni davalar) ve *actiones in personam* (şahsi davalar) ayrımıyla başlar ki, bu ayrım esasen maddi hakka ilişkindir. Bu doğrultuda, klasik hukukta bir kişinin *actio*'ya sahip olup olmamasının aynı zamanda maddi hakka sahip olup olmadığını da belirlediği ifade edilmiştir⁹³.

⁸⁷ **BUCKLAND**, Textbook, s. 600. Öte yandan, Roma'nın ilkel dönemlerinde kişisel intikam düzeni geçerli olduğu, bu nedenle ilk devirlerde *actio* kavramının algılanışında yargılamanın esaslı bir yer tutmadığı atlanmamalıdır, bkz. **BUCKLAND**, Textbook, s.18.

⁸⁸ Gaius, Inst.,1.8.; Inst. 1.2.12.

⁸⁹ **BUCKLAND**, Textbook, s. 599.

⁹⁰ **TAMER GÜVEN** Diler, Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987, s. 20.

⁹¹ **TAMER GÜVEN**, s. 15.

⁹² **JOLOWICZ** H. F. "Obligatio and Actio", Law Quarterly Review, Vol. 68, S. 4, October 1952, ss. 469-480. HeinOnline, s. 470; **BUCKLAND** William Warwick, Elementary Principles of the Roman Private Law, WM. W. Gaunt & Sons, Inc., 1994 (*Principles*), s. 336.

⁹³ **ZIMMERMANN**, s. 27.

Actio ve hak ilişkisinin yanında, *actio*'nun borç (*obligatio*) ile ilişkisine de değinmek gerekir. Her iki Institutiones'ta, davalara ilişkin hukuk başlığında, aile babasının aile evlatlarının işlemlerinden ve haksız fiillerinden sorumluluğu gibi esasen borçlar hukukuna ilişkin konular incelenmiştir⁹⁴. Keza, D.44.7. ve Cod.4.10.'un *De obligationibus et actionibus* başlığını taşıması *Actio* ve *obligatio* arasındaki yakın ilişkiyi gösterir⁹⁵. Nitekim, Inst. 4.6.pr.'da *actio* “borçlu bulunan şeyi hakim önünde talep etme hakkından başka bir şey değildir” diye tanımlanmıştır⁹⁶. Romalılar, davanın sebebini, taraflar arasında daha önceden var olan ilişkide görür⁹⁸. Bu itibarla, borcun dayanağı, örneğin sözleşme, davanın da dayanağını oluşturur.

Ezcümle, Roma hukuku hak kavramını müeyyidesi üzerinden ele almış, hukuki ilişkiyi himaye edilişi yönünden değerlendirmiştir. Bu kapsamda özellikle borç kavramı, kendisine tanınan *actio* ile birlikte, adeta bu *actio* üzerinden tanımlanmıştır⁹⁹.

Fakat, hak ve dava hakkı özdeş kavramlar olmayıp, hakkın ve dava hakkının birbirinden ayrı varlıkları vardır¹⁰⁰. Bir hakkın mevcut olduğu her durumda uyumsuzluk hâkim önüne götürülemediği gibi, dava hakkı tanınan her durumda *ius civile*'in tanıdığı bir hakkın mevcut olduğu sonucuna varmak da mümkün değildir. Zira, bir hukuki durumun hâkim önüne götürülebilmesi hakkını tanımak *praetor*'un elindedir¹⁰¹. Bu itibarla *praetor*, daha önce hak olarak tanınmamış kimi hallerde bir dava hakkı tanıyabilir, mevcut bir dava hakkını reddedebilir (*denegatio actionis*) veya

⁹⁴ TAMER GÜVEN, s. 18; BUCKLAND, Textbook, s. 600.

⁹⁵ JOLOWICZ, s. 472, nitekim yazar, Ortaçağ'da Institutiones incelenirken iki başlığın birleştirilerek “Kişiler”, “Mallar” ve “Borçlar ve Davalar” olmak üzere üç bölümde ele alındığını belirtir.

⁹⁶ Çev. TAMER GÜVEN, s.14. D.44.7.51.'de Celsus'tan aktarılan metin, birebir aynı tanımı içerir.

⁹⁷ Bu tanım, yalnızca *actiones in personam*'ı kapsadığı için eksikmiş gibi görünür. Ancak klasik dönemde *actio* kavramının yalnızca *actio in personam*'ı kapsayan dar anlamıyla ve borç kavramıyla yakın ilişki içerisinde kullanıldığı göz önüne alındığında bu tanım anlaşılabilir. Nitekim, D.50.16.178.2'de Ulpianus, *actio*'nun genel anlamıyla *actio in rem*'i ve *actio in personam*'ı kapsadığını, ancak özel anlamıyla daha çok *actio in personam* için kullanıldığını, *actio in rem* içinse *petitio* kavramına başvurulduğundan bahseder. Konu hakkında bkz. JOLOWICZ, s. 476.

⁹⁸ JOLOWICZ, s. 475; ZIMMERMANN, s. 27.

⁹⁹ *Actio*'nun talep anlamı dışında, birçok metinde *obligatio* ile birbirinin yerine geçecek şekilde kullanıldığı yönünde bkz. JOLOWICZ, s. 474.

¹⁰⁰ TAMER GÜVEN, s. 60-61.

¹⁰¹ TAMER GÜVEN, s. 60.

def'i (*exceptio*) tanıyarak davanın davalı aleyhine sonuç doğurmasını engelleyebilirdi¹⁰². *Praetor*'un açıklanan yetkileri göz önüne alındığında, Romalılar nezdinde bir kimsenin bir hakka sahip olduğunu söylemektense bir *actio*'ya sahip olduğunu söylemenin daha doğru olduğu belirtilmiştir¹⁰³.

Hak ve dava arasındaki ilişkinin konumuz açısından önemi şudur: *Ius civile*'in bir dava hakkı tanıyarak koruduğu *contractus*'ların dışında kalan sözleşmesel ilişkilerde taraf menfaatlerinin korunarak hakkaniyetin sağlanabilmesi, bu ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların hâkim önüne götürülebilmesine bağlıdır. Aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere, tartışmalar isimsiz sözleşmelerin ne şekilde hâkim önüne götürülebileceği sorusu etrafında dönmektedir. İsimsiz sözleşmelerde tarafların arasındaki ilişkinin bir vakıa (*factum*) olarak korunarak mı, yoksa bu sözleşmelerden *civil* bir borç doğduğu kabul edilerek mi dava hakkı tanınacağı mevzuu kaynaklarda önemli yer tutar. Bu itibarla, hak ve dava hakkının birbiriyle bağlantılı olduğu, ancak hangi uyuşmazlıkların hâkim önüne götürülebileceğini *praetor*'un belirlemesi karşısında, dava hakkının haktan bağımsız da var olabileceği, isimsiz sözleşmelere ilişkin görüşler değerlendirilirken hatırdta tutulmalıdır.

Praetorlar'ın, *ius civile*'in katı ve muhafazakâr yapısını aşarak onu ihtiyaçlara uydurmaya ve isimsiz sözleşmeleri korumaya yönelik yeni yöntemler geliştirebilmeleri özellikle Roma usul hukukunda M.Ö. 2. Yüzyılın ortalarından itibaren uygulanmaya başlayan *formula* usulü sayesinde olmuştur. Önceden uygulanagelen *legis actio* usulüne kıyasla *praetor*'a daha fazla takdir hakkı bırakan bu usul sayesinde isimsiz sözleşmelerin farklı davalarla korunabilmesi mümkün olmuştur. Bu sebeple şimdi, *formula* usulünün genel özellikleri açıklanacaktır.

2. Formula Usulünün Genel Özellikleri

Roma usul hukuku M.Ö. 2. Yüzyılın ortalarına kadar, kat'ı ve mutlak kurallara tabi *legis actio*'lar (kanuni dava şekilleri) ile şekillenmişti¹⁰⁴. Bu usulde, en ufak bir şekli

¹⁰² TAMER GÜVEN, s. 28 vd.; UMUR, Roma, s. 343.

¹⁰³ UMUR, Roma, s. 343.

¹⁰⁴ *Legis actiolar* usulü hakkında açıklamalar için bkz. UMUR, Roma, s. 536 vd.; ÖZTEK, s. 339 vd...

hata davanın kaybedilmesine neden olmaktaydı. *Legis actio*'lar, zamanın ihtiyaçlarına göre şekillenme elastikiyetinden yoksundu. Siyasi, sosyal ve ticaret hayatındaki değişiklikler yeni bir usul sistemini gerekli kılıyordu. Bu sebeple, M.Ö. 2. Yüzyılın ortalarında *lex Aebutia* ile ihtiyari olarak, sonrasında ise Augustus'un *lex iudiciorum privatorum*'u (özel mahkemeler hakkında kanun) ile zorunlu olarak (bazı istisnalar hariç olmak üzere) *formula* usulü olarak adlandırılan yeni bir usul sistemi benimsenmiştir¹⁰⁵. *Formula*, belirli bir düzene konmuş kelimelerden oluşan "yazılı vesika" manasına gelir¹⁰⁶. *Formula* usulü tıpkı *legis actio* usulü gibi biri *magistra* önünde (*in iure*), diğeri hâkim önünde (*apud iudicem, in iudicio*) olmak üzere iki aşamadan teşekkül eder. *Formula* usulünü *legis actio*lar usulünden ayıran en önemli özelliği şekle bağlı olmayan, her somut olaya uyarlanabilen esnek bir yapıda olmasıdır. Eski usulde söylenen sözler, kanunen tayin edilmiş ve belirliydi. Oysa *formula* usulünde, *formula*'yı oluşturan kelimeler her uyumsuzluğun niteliğine göre ayrı ayrı düzenlenirdi (*concepta verba*)¹⁰⁷. *Praetor*, göreve başladığında yayınladığı beyannamesinde bir *formula* şeması vererek hangi durumlarda dava hakkı tanıyacağını belirtirdi¹⁰⁸. Bu itibarla, ne kadar dava hakkı varsa o kadar adette *formula* olduğu söylenebilir. Ezcümle, *formula* usulünde *praetor*, tarafların iddialarını dinledikten sonra, şekle bağlı kalmaksızın, tarafları yazılı bir talimatla hâkime gönderir, hâkim de bu talimata uygun olarak karar verirdi.

Legis actio'lar usulünden *formula* usulüne geçişte *praetor* hukukunun etkisinin büyük olduğu atlanmamalıdır. Bu usulün ortaya çıkışının arkasında Akdeniz'de yapılan uluslararası ticaretin getirdiği yeni ilişki çeşitlerinin korunması ihtiyacının¹⁰⁹ ve *legis actio*lar usulünün yabancılara uygulanamayışının yattığı kabul edilmektedir¹¹⁰. Bu doğrultuda, *praetor*'ların *ius civile*'e yabancı olsa da korunması gerektiğini düşündüğü tüm iddialara *formula in factum conceptae* tanınmasının bu

¹⁰⁵ DI MARZO, s.7.

¹⁰⁶ UMUR, Roma, s. 567.

¹⁰⁷ UMUR, Roma, s. 568; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, s. 176.

¹⁰⁸ UMUR, Roma, s. 591; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, s. 175.

¹⁰⁹ FIORI Roberto, "Rise and Fall of Specificity of Contracts", Nova Ratione – Change of Paradigms in Roman Law, Boudewijn Sirks (Ed.), Harrassowitz Verlag, 2014, ss. 33-49, s.34.

¹¹⁰ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, s. 177, UMUR, Roma, s. 570.

usulün ilk uygulaması olduğu belirtilmiştir¹¹¹. Fiori'ye göre, bu usulde de dava hakkı tanınan hallerin sayılmasının ve sınırlı sayı ilkesinin geçerli olmasının gerekçesi, *praetor*'un yayınladığı beyannamede tüm iddialara dava hakkı tanıyacağı yönünde geniş bir ifadeye yer veremeyecek olmasıdır. Böylesi geniş bir ifade, *praetor*'un korunmaya değer olmadığını düşünse dahi her tür iddiaya dava hakkı tanımasına yol açacak niteliktedir. Bu nedenle, *praetor*'lar bu usulle dava hakkı tanıyacağı olayları listelemek durumunda kalmıştır.

3. Formula'nın Bölümleri

Her dava *formula*'sı, davacı ve davalının üzerinde anlaştıkları hâkime hitaben, hâkimin *praetor* tarafından yetkilendirilmesiyle başlardı (*nominatio iudicis*). Sonrasında formula, üç asli kısımdan oluşurdu: *demonstratio*, *intentio* ve *condemnatio*. Bu üç bölüm dışında, davanın özelliğine göre başkaca bölümlerin eklendiği olurdu.

a. Demonstratio

Bu kısım davanın özelliğini ortaya koyan, davacının davasını neye dayandığını göstermek üzere uyuşmazlığın temeli olan olayın anlatıldığı kısımdır¹¹². Bu kısım, miktarı belirsiz olan alacakları koruyan (*intentio* kısmı belirsiz olan) şahsi davalarda bulunur.

b. Intentio

Formula'nın en önemli bölümü olan ve bütün davalarda bulunun *intentio* kısmında davacının iddiasının ne olduğu açıklanırdı. Davacının iddiası, *si paret* (eğer sabit olursa) ifadesiyle şartlı bir formüle döndürülürdü. Davacının dava sonucunda ne elde etmek istediği, hâkimin hangi konu hakkında ve hangi sınırlar içinde karar vereceği bu kısımdan anlaşılırdı¹¹³. *Intentio* kısmındaki ifadeler; davanın *in rem* mi, *in personam*

¹¹¹ FIORI, s. 34

¹¹² UMUR, Roma, s. 591; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, s. 196; BUCKLAND, Textbook, s.645.

¹¹³ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, s. 197.

mı, dar hukuk davası, mı iyi niyet davası mı, *in factum* mu, *in ius* mu olduğunu belirtirdi¹¹⁴.

c. *Condemnatio*

Formula'nın sonu olan bu kısımda, *intentio*'daki şartlı cümle, hâkime davalıyı beraat ettirmesi veya mahkûm etmesi yönündeki emirle sonuca bağlanır. Bu kapsamda, eğer *intentio*'da ileri sürülen iddianın sabit olduğu belirlenirse davalının mahkûm edilmesine, aksi halde beraatine karar verilmesi istenirdi.

d. *İstisnai kısımlar: Adiudicatio, Exceptio ve Praescriptio*

Adiudicatio, taksim davalarında (*actio familiae erciscundae*, *actio communi dividundo* ve *actio finium regundorum*) hâkime dava konusu olan malı, davacılarından bir tanesine verme ya da onlar arasında paylaşırma yetkisi veren *formula* kısmıdır¹¹⁵. Böylece hâkim dava konusu olan mallar üzerinde taraflara müstakil mülkiyet tesis edebiliyor veya eşitliği sağlamak için alacak ve borç ilişkileri kurabiliyordu¹¹⁶.

Exceptio (def'i) ise *formula*'nın *intentio* ile *condemnatio* bölümleri arasına davalı lehine ilave edilen kısımdır. Davalı, *praetor* önündeki safhada, davacının iddialarının doğruluğunu kabul etmekle birlikte, kendisini mahkumiyetten kurtaracak başka bir hukuki durumun bulunduğunu öne sürmek isterse, def'i yoluna başvururdu. Davalının *exceptio* ile ileri sürdüğü hadise, *condemnatio*'yu hadisenin doğru olması şartına bağlayan bir cümle olarak *formula*'ya eklenirdi.

Gaius'un *Institutiones* 4.130-137'de belirttiği üzere, bir *praescriptio* yargıç tarafından doğrulanacak olan dava olgularını tanımlar. Ancak iki farklı *praescriptio* türü vardır: *praescriptio pro actore* ve *praescriptio pro reo*. İlk tür (*praescriptio pro actore*) davacı lehinedir ve davacının talep sonucunu sınırlandırmayı amaçlamaktadır. *Formula*'nın başında, bağımsız bir parça olarak yer alır. Bu türden *praescriptio*'ya

¹¹⁴ BUCKLAND, Textbook, s. 646.

¹¹⁵ UMUR, Roma, s. 593; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, s. 198.

¹¹⁶ UMUR, Roma, s. 594.

örnek olarak farklı vadelere bağlanmış birden fazla borcu içeren bir *stipulatio*'ya dayanılarak açılan davada, henüz vadesi gelmemiş borçların davanın konusunun dışında bırakılması gösterilebilir¹¹⁷. İkinci tür (*praescriptio pro reo*) ise davalı lehine olup Gaius döneminde bunlar bir def'i haline gelmişlerdir. Bir de *praescriptio loco demonstrationis* vardır ki bu *praescriptio demonstratio* ile aynı işlevi görür, *formula*'da bağımsız bir bölüm olarak yer almaz¹¹⁸. *Praescriptio loco demonstrationis*'e sahip bir dava, uyuşmazlığın *ius civile*'e göre korunma gerekliliği kesin olmakla birlikte davanın nitelendirmesinde şüphelerin olduğu durumlarda tanınır¹¹⁹. Bu türde yargıç yalnızca vakıaların doğruluğunu araştırmaz ayrıca uyuşmazlığın *ius civile* kapsamındaki hukuki niteliğini tespit eder.

4. *Actiones in Ius Concepta* ve *Actiones in Factum Concepta*

a. *Actiones in Ius Concepta*

Formula'nın intentio kısmında *ius civile*'in tanıdığı bir hakkın zikredildiği davalar *actiones in ius concepta* olarak isimlendirilir¹²⁰. Bu türden davalarda davacının iddiası, *ius civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanır.

b. *Actiones in Factum Concepta*

In factum davalar ise, *ius civile* tarafından (veya daha doğru bir ifadeyle *actiones civilis* aracılığıyla) korunmayan ve fakat hakkaniyet gereği korunmaya değer hukuki ilişkileri korumak için, *praetorlar*'ın yarattığı hukuki yolun genel adıdır¹²¹. *Factum* denmesinin sebebi, *formula*'nın intentio kısmında mahkûmiyet için bir vakıanın

¹¹⁷ Gaius, Inst., 4.130. Böyle bir sınırlama olmazsa, *litis contestatio*'nun maddi hukuktan kaynaklanan borcu sona erdirici etkisi nedeniyle vadesi gelmemiş borçlar açısından dava hakkı ortadan kalkacaktır.

¹¹⁸ Gaius, Inst., 4.136.

¹¹⁹ ZHANG Lihong, "Studies on Actio in Factum Civilis", *Aus der Werkstatt römischer Juristen*, Ulrich Manthe / Shigeo Nishimura / Mariko Igimi (Ed.), 2016, ss. 489-502, s. 496. Bu türden *praescriptio*'nun kullanıldığı davalara örnek olarak Labeo'nun D.19.5.1. ve 19.5.1.2'de tanıdığı *actio in factum civilis* verilebilir, bkz. Aşa.II.A.2.b.

¹²⁰ UMUR, Lügat, s. 15.

¹²¹ ZHANG, s. 490; UMUR, Lügat, s. 15.

gösterilmesidir¹²². Bu türden davalar, *ius civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanmaz ancak *praetor*'un himaye etmek istediği bir durum vardır. *Praetor*, himaye etmek istediği durumu *intentio* kısmında açıklar.

II. ROMA HUKUKUNDA İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN GELİŞİMİ

A. Klasik Hukuk Dönemi

1. Sabinianus Mektebinin Görüşleri

Ius civile kapsamında kalan *contractuslar*'a tanınan davalara başvurulamayan sözleşmesel ilişkilerin bir şekilde korunması gerektiği yönündeki fikirler klasik hukuk döneminden itibaren tartışılmaya başlanmıştır. Proculianus ve Sabinianus mektepleri, korumanın gerekliliğini kabul etmekle birlikte korumanın yöntemi konusunda ayrışmaktaydı. Hukuk alanında muhafazakâr yaklaşımıyla bilinen Sabinianus mektebi sorunu mümkün olduğunca tipik ve kavramsal çerçevede kalarak çözüme eğilimindeydi. Bu kapsamda, *ius civile*'in tanıdığı sözleşmelerin objektif esaslı unsurlarının niteliğinin değişmesi veya yan edim yükümlülükleri getirilmesiyle isimli sözleşmelerden bir farklılaşma söz konusu olsa bile, uyuşmazlık ile isimli sözleşmelerden biri arasında benzerlik kurulup kurulamadığı incelenmekteydi. Eğer benzerlik mevcutsa o isimli sözleşmenin davası ile koruma sağlanırdı. Somut olaya göre *contractuslar*'ın davalarına başvurulamadığı durumlarda ise *condictio*, *actio doli* veya *actio furti* gibi farklı davalarla koruma sağlanması yönünde görüş bildirildiği görülür. Ancak bunların hiçbiri mümkün değilse, o zaman bir *actio in factum* açılabilirdi¹²³.

Sabinianus mektebinin görüşünü trampa sözleşmesinde gözlemlemek mümkündür. Bu mektebe göre, satış sözleşmesinde semenin belli miktar paradan oluşması zorunlu değildir, para yerine başka bir malın verilmesi mümkündür. Bir mala karşılık para yerine başka bir malın verildiği ihtimalde yine satış sözleşmesine dayanılarak dava açılmalıdır (D.18.5.6; Gaius, Inst., 3.141; Inst. 3.23.2).

¹²² KOCHAKER/AYİTER, s. 226; UMUR, Roma, s. 601.

¹²³ Sabinianus'ların bu durumda açılacak *actio in factum*'u mevcut isimli sözleşmelere ait davalar ile analogi yaparak tanıdığı yönünde bkz. ACCARIAS, s. 50.

19.5.17.5'te Sabinianus'un Ulpianus gibi *actio praescriptis verbis* tanımayarak yalnızca *condictio* veya *actio furti* tanınması, mektebin mevcut kavramsal çerçeve içerisinde kalma eğilimini gösteren bir başka örnektir.

D.2.14.7.2.'de¹²⁴, Sabinianus mektebinin önemli temsilcilerinden Julianus'un, veriyorum yapman için (do ut facias) örneğine giren dar anlamda bir isimsiz sözleşme için *praetor* tarafından bir *actio in factum* tanınması gerektiği fikrinde olduğu belirtilir. Bahsedilen örnekte köle Stichus'un teslim edilmesine karşılık köle Pamphile'in azat edilmesine yönelik bir anlaşma yapılmış, azattan sonra Stichus zapt edilmiştir. Tanınan davanın *in factum* olması, Sabinianus mektebinin bu durumda *civil* nitelikte bir borç doğmayacağı görüşünde olduğunu gösterir.

2. Proculianus Mektebinin Görüşleri

a. Genel Olarak

Proculianus'lar *ius civile*'in tanıdığı isimli sözleşmelere ismini veren karakteristik edimlerinin (objektif esaslı unsurların) değiştiremeyeceği ve yan anlaşmalarla

¹²⁴ D. 2.14.7.2. (Ulpianus libro quarto ad edictum): “Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.”

D.2.14.7.2 (Ulpianus, Edictum Hakkında 4. Kitap): “Fakat, anlaşma, diğer tipik sözleşme tiplerinden birine girmemekle birlikte bir sebebe dayanıyorsa Aristo, Celsus'a, yerinde bir şekilde, bir borcun doğduğu cevabını verir, “Ben sana senin bana başka bir mal vermen karşılığında bir mal verdim; ya da senin bana bir şey yapman karşılığında ben sana bir şey verdim” örneğinde olduğu gibi. Bu bir synallagma'dır. Ve bundan, bir civil nitelikte bir borç doğar. Ve bu nedenle aşağıdaki olayda Julianus'un Mauricianus tarafından haklı olarak eleştirildiğine inanıyorum: Pamphilus'u azat etmen karşılığında sana Stichus'u verdim; Pamphilus'u azat ettin ancak Stichus üçüncü bir kişi tarafından zapt edildi. Julianus, praetor tarafından actio in factum tanınması gerektiğini yazar. Buna karşın Mauricianus, miktarı belli olmayan dava taleplerini içeren bir civil davanın (actio incerti civilis), yani praescriptis verbis'in olduğunu söylüyor. Çünkü, Aristo'nun synallagma olarak nitelediği sözleşme ortaya çıkmıştır ve dava buradan kaynaklanır.”

tarafra ek yükümlölük getirilemeyeceği görüşündeydi. Bu görüşe göre, objektif esaslı unsurun niteliği değiştiğinde veya yan edim yükümlölükleri getirildiğinde artık *ius civile*'in tanıdığı bir sözleşme yoktur ve *contractuslar*'a tanınan davalara başvurulamaz. Proculianus mektebi, bu ihtimallerde genel nitelikli bir dava tanıyarak (*praescriptis verbis, incerti civilis*) sözleşmeyi koruyorlardı.

Geniş anlamda isimsiz sözleşmeler açısından Proculianus mektebinin görüşünün gözlenebileceği bir örnek, D.18.1.79¹²⁵, da yer alır. Anılan metinde, alıcı tarafından satıcıya bir arsanın yarısının satışı söz konusudur. Satış, alıcının arsanın kalan yarısını on yıl süreyle, belirlenen ve yıllık olarak ödenecek bedel üzerinden kiralaması şartına bağlanmıştır. Satış sonrası alıcıdan kira bedeli alacağı için satıcı, satış bedelini oldukça düşük belirlemiştir. Satış sözleşmesinde semenin yanında bir yapma ediminin de ifa edilmesinin kararlaőtırıldıđı bu örnekte Labeo, alıcının arsayı satıcıya kiralamaması halinde satıcının satış sözleşmesinden doğan davaya başvuramayacağı fikrindedir. Benzer şekilde, bir adamın karısına çiftliğini sattığı ancak boşandıkları takdirde karısının çiftliği aynı bedelle kendisine iade edeceği yönünde satış sözleşmesine bir kayıt eklendiği durumda Proculus satış sözleşmesinden doğan dava yerine *actio in factum* tanıımıdır (D. 19.5.12¹²⁶).

¹²⁵ **D.18.1.79.** (*Iavolenus libro quinto ex posterioribus Labeonis*): “*Fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emptor alteram partem, quam retinebas, annis decem certa pecunia in annos singulos conductam habeat. Labeo et Trebatius negant posse ex vendito agi, ut id quod convenerit fiat. Ego contra puto, si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur: nam hoc ipsum pretium fundi videretur, quod eo pacto venditus fuerat: eoque iure utimur.*”

D.18.1.79. (Javolenus, Labeo'nun Son Eserleri Üzerine 5. Kitap): “Bir arazi parçasının yarısını, arazinin kalan yarısının on yıl süreyle alıcıya kiralanması ve alıcının belirli bir kira bedelini yıllık olarak ödemesi şartıyla sattın. Labeo ve Trebatius, alıcının kabul ettiği şartlara uymasını sağlamak için satış sözleşmesine ilişkin bir dava açılmasına karşı çıkar. Ben tam tersini düşünüyorum, eğer bu kira sözleşmesini elde etmek için gayrimenkulü daha düşük bir fiyata sattıysan; kira bedeli de arazinin satış bedeli olarak kabul edilecektir; ve biz bu kuralı kullanıyoruz.”

¹²⁶ **D.19.5.12.** (*Proculus libro 11 epistularum*): “*Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum.*”

D.19.5.12. (Proculianus, Mektuplar 11. Kitap): “Bir adam çiftliğini karısına sattığında ve satış sözleşmesine evlilik sona erdiği takdirde, karısının, kocasının talebi halinde söz konusu çiftliği aynı

Dar anlamda isimsiz sözleşmeler açısından ise, trampa sözleşmesi örneği incelenebilir. Trampa sözleşmesi açısından Proculianus mektebi, Sabinianus mektebinin alım satım sözleşmesinden doğan davaya başvurulabileceği yönündeki görüşüne karşı çıkar. Zira, semen yerine başka bir mal verildiği takdirde kimin alıcı kimin satıcı olduğu belirlenemez (Gaius, Inst., 3.141; Inst. 3.23.2). İlerleyen süreçte Proculianus mektebinin görüşünün üstün geldiğini ve trampa sözleşmesinin (*permutatio*) bir isimsiz sözleşme kabul edilerek *actio praescriptis verbis* ile korunduğunu biliyoruz (D.19.4). Öte yandan, Roma hukukunun ilerleyen dönemlerinde, iyi niyet sözleşmelerine eklenen anlaşmaların (*pacta adiecta*) ilgili iyi niyet sözleşmesine ilişkin dava ile takip edilebileceği kabul edilmiş, yan yükümlülükler açısından Sabinianus mektebinin görüşü üstün gelmiştir.

Öğretide bir görüş, iki mektep arasında isimsiz sözleşmelere tanınan davaların özünde aynı olduğu ancak mekteplerin odak noktalarının farklı olması nedeniyle isimlendirmenin (*actio in factum* veya *actio praescriptis verbis*) farklılaştığı fikrindedir¹²⁷. Proculianuslar *praescripta verba* kısmını dikkate alırken, Sabinianuslar *intentio*'nun *in factum concepta* olmasından hareket etmekte olup bu nedenle isimlendirme farklılaşmaktadır.

Proculianus mektebinin görüşleri bu şekilde özetlendikten sonra, Iustinianus döneminde norm haline gelen, isimsiz sözleşmelerin genel nitelikli bir dava ile korunması yönündeki fikrin ilk örneklerine rastladığımız, mektebin kurucularından Labeo'nun görüşleri ele alınacaktır.

b. Labeo'nun Görüşleri

Labeo, *ius civile*'in tanıdığı sözleşmelerden farklılaşan edimler içeren sözleşmeler için *ius civile*'in getirdiği isimli davalara başvurulamayacağı görüşündedir. Ancak geniş anlamda isimsiz sözleşmelerde de korunmaya değer bir menfaat olduğunu

bedel üzerinden kocasına devretmesi gerektiği konusunda bir kayıt eklendiğinde, bence *actio in factum* kabul edilmeli ve bu kural diğer kişiler için de geçerli olmalıdır.”

¹²⁷ MEYLAN, s. 93.

savunur. Bu türden durumlarda Labeo, *praescriptis verbis* usulüyle dava açılması gerektiğini ileri sürer¹²⁸. *Praescriptis* kelimesi, önce anlamına “*pre*” ile yazmak anlamına gelen “*scribere*” kelimelerinin bir araya gelmesiyle oluşmuştur. Bu usul, davacının davanın başında olayı bildirmeye mecbur olduğu, “kullanılması zorunlu kelimeleri kapsayan” bir dava olarak tanımlanabilir¹²⁹. Labeo’nun *agere praescriptis verbis* tanıdığı senaryoların incelenmesi, isimsiz sözleşmelere yönelik bakışının anlaşılması için önemlidir.

D.19.5.19.pr. (*Ulpianus libro 31 ad edictum*): “*Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. Si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.*”

D.19.5.19.pr. (Ulpianus, Edictum Hakkında 31. Kitap): “Benden ödünç para vermemi istedin, ancak param olmadığı için, satman ve bedelini ödünç olarak kullanman için sana bir mal verdim. Eğer malı satmadıysan veya satmana rağmen parayı ödünç olarak almadıysan, Labeo’nun dediği gibi, aramızda kendine özgü bir sözleşmesel ilişki kurulduğu için, *praescriptis verbis* davasına başvurulması daha güvenlidir.”

Alıntılanan metinde, *do ut facias* (veriyorum yapman için) haline örnek bir olay değerlendirilmiştir. Olayda, taraflardan birine bir miktar paranın tüketim ödöncü verilmesi talebi yöneltilmiştir. Elinde ödünç verebilecek parası bulunmayan bu taraf, karşı tarafça satılıp satış bedeli ödünç olarak kullanılmak üzere bir malı teslim eder. Labeo’nun ortaya koyduğu bu ihtimal, teslim edilen malın satışıyla elde edilecek olan bedelin ödünç verilmiş sayılması ve iadesinin gerekmesi nedeniyle tüketim ödöncü sözleşmesini andırmaktadır. Ancak, doğrudan tüketilmek üzere verilen misli bir

¹²⁸ Bu davanın, *ius civile* kapsamında korunmayan karma nitelikteki sözleşmeleri korumak için getirilen ve iyi niyet davaları temelinde şekillenen genel nitelikli bir dava olduğu yönünde bkz. ZHANG, s. 496.

¹²⁹ KOCHAKER/AYİTER, s. 226. *Actio praescriptis verbis* için getirilen bu açıklamanın, Labeo’nun *praescriptis verbis*’i için de geçerli olduğu söylenebilir. Zira Labeo’nun *praescriptis verbis* ile birlikte kullandığı *agere, agendum* kelimeleri esasen *actio* kelimesinin de kökenini teşkil eder. *Actio praescriptis verbis* davasıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aşa. III.C.3

eşyanın söz konusu olmaması tüketim ödöncü olarak nitelendirmeye engeldir. Aynı zamanda, bir malın satılması konusunda birinin yetkilendirilmiş olması nedeniyle vekalet sözleşmesiyle bir benzerlik kurulabilir. Ne var ki, vekalet verenin lehine bir işlem gerçekleştirilmiyor oluşu ve karşılıksızlığın söz konusu olmaması vekalet sözleşmesi olarak isimlendirmeyi olanaksız kılar. Halihazırda *ius civile* tarafından tanınmış iki sözleşmeye ait edimleri, *ius civile*'in öngörmediği şekilde bir araya getiren bu sözleşmenin karma nitelikte¹³⁰ ve dar anlamda bir isimsiz sözleşme olduğu söylenebilir.

Verilen örnekte isimsiz sözleşmelerin korunmadığı görüşünde olan Fiori'ye göre alıntılanan metinde iki adet sözleşme vardır¹³¹. Birincisi tüketim ödöncü sözleşmesi, ikincisi ise bir tarafın bir malı satma yükümlölüğü altına girdiği bir vekalet veya vekalet benzeri *aestimatum*'dur. Uyuşmazlık ise tüketim ödöncü sözleşmesinin (i) malın satımının gerçekleşmemesi veya (ii) karşı tarafın parayı ödünç olarak almaması nedeniyle kurulmamış olması nedeniyle ortaya çıkar. Satımın gerçekleşmediği ihtimalde vekalet sözleşmesine (veya *aestimatum* sözleşmesine) aykırılık vardır ve bu sözleşmeye tanınan davaya başvurulabilir. Satımın gerçekleştiği ancak tüketim ödöncü sözleşmesinin kurulmadığı ihtimalde ise malik, yine vekalet sözleşmesine dayanarak satış bedelini isteyebilir. Fiori'ye göre Labeo buradaki kompleks hukuki ilişkiyi nitilemek için çabalamaktansa genel bir dava olarak *praescriptis verbis* tanımıştır. Bu imkanın tanınması, Labeo'nun diğer davaların açılmayacağı görüşünde olduğu ve isimsiz sözleşmeleri koruduğu şeklinde yorumlanamaz.

D.19.5.17.1. (*Ulpianus libro 28 ad edictum*): “*Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter*

¹³⁰ Karma sözleşme, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü edimlerin kanunun öngörmediği biçimde bir araya getirildiği sözleşme olarak tanımlanır, bkz. **TANDOĞAN** Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 69; **OKTAY** Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İÜHFM, C. 55, 1996, ss. 263-296, s. 273; **KUNTALP** Erden, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Sözkese Matbaacılık, 2013, s. 157.

¹³¹ **FIORI**, s. 41-42.

nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.”

D.19.5.17.1 (Ulpianus Edictum Hakkında, 28. Kitap): “Eğer değerini belirlediğim incileri sana verip ya aynı incileri bana iade etmen ya da (satıp) bedelini ödemen hususunda anlaşmışsak ancak inciler satış yapılmadan önce telef olmuşsa, hasar kimin üzerindedir? Labeo, Pomponius’un da onayladığı üzere, şunu söyler: Eğer ben satıcı olarak sana sormuşsam hasarı ben üstlenirim, eğer sen bana sormuşsan hasarı sen üstlenirsin. İkimiz de birbirimizden bunu istememiş, yalnızca anlaşmışsak bu durumda sen bana karşı sadece kastından ve ihmalden sorumlu olursun. Bu olayda başvurulacak dava her halükârda *actio praescriptis verbis*’tir.”

İkinci metinde, *do ut des* (veriyorum vermek için) hali söz konusudur. Satış için bırakmaya ilişkin bu örnekte yine mevcut *ius civile* sözleşmeleriyle benzerlik kurmak mümkündür. İncilerin satışının gerçekleştirilmesi için karşı tarafa verilmesi vekalet sözleşmesini andırmaktadır. Buna karşın, edimin karşılıksız/ücretsiz olmaması vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engeldir. Bu nedenle bu örnekte dar anlamda bir isimsiz sözleşme olduğu görüşündeyiz.

Fiori, bu örnekten yola çıkarak Labeo’nun isimsiz sözleşmeleri korumayı amaçladığı sonucuna varılamayacağı kanaatindedir¹³². Yazara göre metindeki sözleşme *aestimatum* veya beğenme koşuluyla satış olarak nitelenebilir. Hasarın kime ait olacağının tartışıldığı bu örnekte sözleşme nasıl nitelenirse nitelensin, Labeo’nun önem arz ettiği tek noktanın iyi niyete dayalı risk dağılımı olduğu belirtilmiştir.

D.19.5.20.pr. (Ulpianus libro 32 ad edictum): “*Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. Et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.”*

¹³² FIORI, s. 39.

D.19.5.20.pr. (Ulpianus, Edictum, 32. Kitap): “Labeo’nun metninde Şu problem vardır: Eğer satılık atlarım varsa ve bunları sana üç gün içinde beğenmezsen geri vermen kaydıyla denemen için verdiğem ve sen, bu atlarla bir akrobatik yarışa katılıp yarış kazandıysan, fakat sonra atları satın almak istemediysen, sana karşı satışa dayalı dava açılabilir mi? Bence burada, *praescriptis verbis* dava yoluyla ilerlemek daha doğrudur; çünkü aramızda yapılan anlaşma, bu atları ücretsiz olarak denemen içindi, onları yarıştırmam için değil.”

Labeo’dan aktarılan üçüncü metinde, üç günlük deneme süresiyle birkaç atın satışı söz konusudur. Üç günün sonunda atların beğenilmemesi halinde, atların iadesi mümkündür. Ancak alıcı, üç günlük deneme süresi içerisinde atları yarışa sokar ve atlar yarış kazanır. Buna karşın alıcı, deneme süresinin sonunda atları satın almak istemez. Labeo bu durumda satıcının alıcıya karşı bir dava açıp açamayacağı sorusunu olumlu yanıtlar ve başvurulması gereken davanın *praescriptis verbis* olduğunu belirtir. Labeo, tarafların deneme süresi üzerinde anlaşmasının kapsamının karşılıksız bir deneme olduğu, atların yarışa sokulmasının bu kapsamı aştığı görüşündedir. Olaya konu sözleşme esasen deneme süresine ilişkin kaydın eklendiğı alım-satım akdidir. Roma hukukunun ilerleyen süreçlerinde alım-satım sözleşmelerine eklenen bu türden anlaşmaların *pacta adiecta* sayıldığı ve alım-satım sözleşmesine tanınan *actio*’lara konu edilebileceğinin kabul edildiğini biliyoruz. Ancak, Proculianus mektebinin kurucusu Labeo, isimli sözleşmelerin nitelenmesine temel teşkil eden edimlerin değiştirilmesi veya bu edimlerin yanına başkaca edimlerin eklenmesi halinde ortaya çıkan sözleşmenin artık isimli sözleşme sayılamayacağı ve bu kapsamda isimli sözleşmelere tanınan *actio*’lar ile takip edilemeyeceğı görüşündeydi. İşte bu görüş nedeniyledir ki Labeo, alıntılanan metinde bir alım-satım sözleşmesi olmadığı, geniş anlamıyla isimsiz bir sözleşme olduğu görüşündedir. Bu itibarla Labeo, satıcıya, *actio venditi* tanımamış, *praescriptis verbis* usulüyle dava açılması gerektiğini savunmuştur. Atları yarışa sokarak deneme süresinin amacına aykırı hareket eden, üstelik bu yarış sonucu bir kazanç elde eden ancak sürenin sonunda atları satın almayan alıcıya karşı satıcının korunmaya değer bir menfaati olduğunu düşünen Labeo, bu menfaati *praescriptis verbis* ile korumuştur.

D.18.1.50. (Ulpianus libro 28 ad edictum): “Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam

ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.”

D.18.1.50 (Ulpianus, Edictum Hakkında 11. Kitap): “Capua Belediyesi’nin bana kütüphaneyi koyabileceğim bir yer satması şartıyla bana bir kütüphane satarsan ve ben kendi kusurumla Capua Belediyesi’nde bir yer aramamışsam, Labeo, bana karşı praescriptis verbis davasının açılacağından şüphe edilmemesi gerektiğini söyler. Ben alım satım sözleşmesinden doğan davanın (*actio venditi*) açılabilceğini düşünüyorum, zira şartın gerçekleşmesini alıcı engellediği için şart, gerçekleşmiş sayılır.”

Labeo’nun *praescriptis verbis* usulüyle dava hakkı tanıdığı son durumda erteleyici şarta bağlanmış bir satış sözleşmesi söz konusudur ve alıcının kusuru ile şartın gerçekleşmesi imkansız hale gelmiştir. Bugün, sözleşmelerin erteleyici şarta bağlanmış olması onların niteliğini değiştiren bir unsur değildir. Nitekim, Labeo’nun fikrini aktaran Ulpianus burada satıcıya alım-satım sözleşmesinden doğan *actio venditi* tanınması gerektiğini savunur. Buna karşın, aralarında Labeo’nun da bulunduğu klasik hukukun ilk temsilcilerine göre, erteleyici şarta bağlı bir sözleşme, şartın gerçekleşmediği aşamada herhangi bir hak doğurmaz¹³³. Bu itibarla, Labeo’ya göre, verilen örnekte satış sözleşmesinden doğan davaya başvurulması mümkün değildir. Yine de satıcının korunmaya değer bir menfaati vardır. Bu menfaat, *praescriptis verbis* ile korunacaktır. Alıntılanan metinde, satıcının kendi edimini ifa edip etmediği yani kütüphanenin teslimini gerçekleştirip gerçekleştirmediği anlaşılmamaktadır. Bu itibarla, Labeo’nun tipik sözleşmelerden biri olarak nitelenemeyen bir anlaşmanın korunması için bir tarafın edimini ifa etmesi şartını arayıp aramadığını net olarak söylemek mümkün değildir. Bu itibarla, bu örnekte geniş anlamda isimsiz sözleşmeden söz edildiği söylenebilir.

¹³³ **D.20.1.13.5.** (Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam): “Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeat (...).”

D.20.1.13.5. (Marcianus’un rehin hakkı formula’sına ilişkin kitabından): “Eğer bir borç karşılığında kurulan rehin hakkı bir şarta bağlanmışsa, şart gerçekleşene dek henüz hiçbir borç doğmadığından şart gerçekleşmeden önce dava açmak hukuken yerinde değildir (...).”

İsimsiz sözleşmelere ilişkin alıntıların büyük çoğunluğunun yer aldığı Digesta'nın 19. Kitabının 5. Faslında Labeo'nun *praescriptis verbis* yerine *actio in factum civilis* tanıdığı iki olay yer almaktadır. Bu olaylarda birer isimsiz sözleşmenin yer alıp almadığı, Labeo'nun isimsiz sözleşmeleri hem *praescriptis verbis* hem *actio in factum civilis* ile korumayı önerip önermediği tartışmaya değerdir. Labeo'nun *actio in factum civilis* tanıdığı sözleşmelere ilişkin açıklamalar D.19.5.1.1 ve D.19.5.1.2'de yer alır.

D.19.5.1. (Papinianus libro octavo quaestionum): “1. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandum Labeo scribit.

2. Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio.”

D.19.5.1. (Papinianus, Sorular, 8. Kitap): “1. Labeo, geminin kiralanmasına yönelik bir sözleşmenin (*conductio rei*) mi yoksa mallarının taşınması için bir eser sözleşmesinin (*locatio conductio operis*) mi yapıldığının belirsiz olduğu durumda, kaptana karşı açılmak üzere malların sahibine *actio in factum civilis* tanınması gerektiğini yazar.

2. Aynı şekilde, bir kimse, değerinin belirlenmesi için malını teslim ettiğinde ne saklama sözleşmesi ne kullanım öduncü sözleşmesi vardır. Fakat karşı taraf dürüstlük kuralına aykırı davranırsa, *actio in factum civilis* tanınır.”

İlk metinde, bir gemi sahibi ile akdedilen bir sözleşme mevcuttur. Ancak bu sözleşmenin *locatio conductio*'nun hangi türüne girdiği yani kira sözleşmesi mi yoksa eser sözleşmesi mi olduğu belirsizdir. Her iki ihtimalin *ius civile* tarafından tanınan bir tip sözleşme olduğuna dikkat edilmelidir. Bir başka ifadeyle, olayda dar anlamıyla bir isimsiz sözleşme yoktur, *ius civile* tarafından tanınmış sözleşme tiplerinden hangisine gireceği belirlenemeyen bir sözleşme vardır. Zhang'a göre, burada *locatio conductio*'nun türünün belirlenememesinin nedeni somut olayın şartlarının *litis contestatio* aşamasında *praetor* tarafından tam bilinemesidir¹³⁴. Dava açıldıktan sonra hakim, somut olayın koşullarını inceleyecek ve hangi sözleşme tipinin mevcut

¹³⁴ ZHANG, s. 492

olduğuna karar verecektir. Ancak, Roma usul hukukunun bir gereği olarak, dava açılırken dava, bir sözleşme tipine dayandırılarak isimlendirilmelidir. Dolayısıyla, davanın *locatio conductio*'nun bir türüne dayandırılmasına rağmen yapılan yargılama neticesinde diğer tip sözleşmenin mevcut olduğuna karar verilmesi halinde davacı hak kaybına uğrayacaktır. Bu hak kaybının önüne geçmek için dava sözleşme türüne ait özel isimle değil, somut olayın şartlarına göre şekillenebilecek bir formülle - *praescripta verba*- açılmalıdır¹³⁵. Verilen örnekte esasen tipik sözleşmelerden farklılaşan bir sözleşme yoktur. Yalnızca, davanın açılış aşamasında somut olayın şartları tam bilinmediğinden hangi tür sözleşme olarak niteleneceği belirsiz olan isimli sözleşmeler vardır. Bu metinde *actio in factum civilis*, yanlış niteleme sonucu yanlış isimle davanın açılması halinde davacının hak kaybına uğrayacağı bir usul sisteminin hakkaniyetsiz sonuçlarının önlenmesi için önerilen bir dava türü olarak karşımıza çıkar. Bu itibarla, ilk ihtimalde dar anlamda bir isimsiz sözleşme yoktur. Buna karşın, isimli sözleşmelere özgü bir davayla değil genel nitelikli bir dava ile korumanın önerilmesi nedeniyle geniş anlamda bir isimsiz sözleşmenin varlığından söz edilebilir.

Labeo'nun *actio in factum civilis* tanıdığı ikinci ihtimalde, bir eşyanın değerinin belirlenmesi amacıyla karşı tarafa teslimine yönelik bir sözleşme vardır. Mal kendisine bırakılan tarafın malın değerini belirleme yükümlülüğü altına girmesi, sözleşmenin saklama sözleşmesi olarak nitelenmesine engeldir. Metinde ayrıca sözleşmenin kullanım ödücü olarak adlandırılmayacağını belirtilmesi, sözleşmenin içeriğinde malı teslim alana kullanım hakkı verildiğini düşündürmektedir. Ancak, değer belirleme yükümlülüğünün varlığı sözleşmenin kullanım ödücü olmasını engellerken, kullanım hakkı tanınması nedeniyle ücretsiz olmaktan çıkan sözleşme vekalet sözleşmesi olarak da nitelenemez. Bu kapsamda, teslim edilen malı kullanma hakkı ve değerini belirleme yükümlülüğünden oluşan bu sözleşmenin saklama sözleşmesi (*depositum*), kullanım ödücü (*commodatum*) ve vekalet sözleşmesi (*mandatum*) karması bir sözleşme olarak nitelenmesi mümkündür¹³⁶. Veriyorum yapman için (*do ut facias*) türüne giren bu sözleşme dar anlamda isimsiz sözleşme

¹³⁵ **FIORI**, s. 37-38; **PERNICE**, s. 256; **ACCARIAS**, s. 358; **ZHANG**, s. 492. Zhang'e göre, Labeo'nun burada salt bir *actio in factum* değil de *actio in factum civilis* tanınmasının nedeni, sözleşme nasıl nitelenirse nitelensin her halükârda *ius civile* tarafından tanınmış bir sözleşme olmasıdır, bkz. **ZHANG**, s. 492. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar aşağıda III.C.1 başlığı altında yer almaktadır.

¹³⁶ **ZHANG**, s. 493.

olarak nitelenebilir. Bu örneği Labeo'nun *praescriptis verbis* tanıdığı diğer ihtimallerden farklılaştıran unsurun ne olduğu, burada ne gerekçeyle *praescriptis verbis* yerine *actio in factum* tanındığı tarafımızca anlaşılamamıştır. Zhang'e göre burada *praescriptis verbis* tanınan hallerden farklı olarak *ius civile* kapsamında kalan menfaatler söz konusudur, yalnızca bu sözleşmenin nasıl isimlendirileceği belli değildir¹³⁷. Ancak kanaatimizce, bu örnekte 19.5.5.1.1'den farklı olarak somut olayın şartlarının *praetor* tarafından belirlenememesi nedeniyle isimlendirme konusunda yaşanan bir karmaşa yoktur. Bu örnekte, tıpkı D.19.5.19.pr'de *praescriptis verbis* ile korunan sözleşmede olduğu gibi *ius civile* tarafından tanınan birden fazla sözleşmeye ait edimlerin bir araya geldiği bir karma sözleşme vardır. Kaldı ki, yukarıda açıklandığı üzere Labeo'nun *praescriptis verbis* tanıdığı ihtimallerin hepsinde *ius civile* sözleşmeleriyle bağlantı kurmak mümkündür.

Özetle, Labeo o veya bu sebeple tipik sözleşme olarak nitelenemeyen bir anlaşmanın korunmaya değer olduğu fikrindedir. Bu fikir, isimsiz sözleşmeler teorisinin temelini teşkil eder. Labeo, isimsiz sözleşmelerden doğrudan bahsetmediği gibi konuya ilişkin genel bir teori de getirmez. Ancak hem geniş anlamda hem dar anlamda isimsiz sözleşmelere koruma getirir. Labeo'nun görüşlerinde dikkat çeken iki husus vardır. İlki, hem *praescriptis verbis* hem *actio in factum civilis* usulüyle dava hakkı tanınan isimsiz sözleşmelerin tamamında tipik sözleşmelerle bir benzerlik söz konusudur. *Sui generis* isimsiz sözleşmelerin de korunmaya değer olduğunu düşünüp düşünmediği net değildir. İkinci husus ise, dava hakkının kazanılması için bir tarafın kendi edimini ifa etmesinin aranıp aranmadığının belirsiz olmasıdır.

3. Aristo'nun Görüşleri

Labeo'nun fikirleriyle tohumları atılan isimsiz sözleşmeler öğretisi dönemdaşı Aristo'nun düşünceleriyle gelişmiş, sınırlı olmakla birlikte kavramsal bir çerçeveye oturmuştur.

Aristo'nun isimsiz sözleşmelere ilişkin getirdiği fikir, D. 2.14.7.2. metninde aktarılmıştır:

¹³⁷ ZHANG, s. 495-496.

D. 2.14.7.2. (Ulpianus libro quarto ad edictum): “*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*”

D.2.14.7.2 (Ulpianus, Edictum Hakkında 4. Kitap): “Fakat, anlaşma, diğer tipik sözleşme tiplerinden birine girmemekle birlikte bir sebebe dayanıyorsa Aristo, Celsus’a, yerinde bir şekilde, bir borcun doğduğu cevabını verir, “Ben sana senin bana başka bir mal vermen karşılığında bir mal verdim; ya da senin bana bir şey yapman karşılığında ben sana bir şey verdim” örneğinde olduğu gibi. Bu synallagma’dır. Ve bundan, *civil* nitelikte bir borç doğar. Ve bu nedenle aşağıdaki olayda Julianus’un Mauricianus tarafından haklı olarak eleştirildiğine inanıyorum: Pamphilus’u azat etmen karşılığında sana Stichus’u verdim; Pamphilus’u azat ettin ancak Stichus üçüncü bir kişi tarafından zapt edildi. Julianus, *praetor* tarafından *actio in factum* tanınması gerektiğini yazar. Buna karşın Mauricianus, miktarı belli olmayan dava taleplerini içeren bir *civil* davanın (*actio incerti civilis*), yani *praescriptis verbis*’in olduğunu söylüyor. Çünkü, Aristo’nun synallagma olarak nitelediği sözleşme ortaya çıkmıştır ve dava buradan kaynaklanır.”

Alıntılanan Digesta metni, dar anlamda isimsiz sözleşmelerin teorisinin atasının Aristo olduğuna işaret eder¹³⁸. Aristo’ya göre, tam iki tarafa borç yükleyen bir ilişkide, bir taraf edimini ifa ettiğinde, *synallagma* vardır ve diğer tarafın borcu dava ile takip edilebilir (*obligatio civilis*) bir borç halini alır.

Desjardins, bu metnin Trajan döneminde isimsiz sözleşmeler öğretisinin hukukçular arasında (Özellikle Proculianus mektebinde, zira Aristo’ya soruyu

¹³⁸ FIORI, s. 47.

yönelten Celsus Proculianus'tur.) çok yeni olduğunu ispatladığı görüşündedir¹³⁹. Aristo'nun *synallagma*'dan ve dava ile takip edilebilir bir borçtan bahsettiği cevabı oldukça yenilikçi olmakla birlikte yalnızca veriyorum vermek için (*do ut des*) ve veriyorum yapman için (*do ut facias*) hallerini kapsar. Aristo'nun verdiği örneklerde bir *datio* -mülkiyetin nakli- vardır. Bu iki halin o dönemde halihazırda *condictio* ile korunan iki senaryo olması dikkate şayandır¹⁴⁰. İsimsiz sözleşmelerin diğer iki halinin (*facio ut facias*) ve (*facio ut des*) takip edilebilir bir borç doğurduğunun kabulü ise ilerleyen süreçte gerçekleşecektir.

Aristo'nun görüşünün kilit noktaları *synallagma* ve *causa* terimleridir. Her iki terimin aydınlatılması, Aristo'nun isimsiz sözleşmeler teorisini ele alışını ortaya koyacaktır. Digesta'da *synallagma* iki hukukçu tarafından kullanılır: Labeo (D.50.16.19¹⁴¹) ve Aristo. Labeo'un kullandığı anlamıyla *synallagma*, karşılıklı (*reciproque*) edim yükümlülüklerini, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeleri ifade eder. Labeo, bir sözleşmeyi (*contractus*) tarafların karşılıklı edim yükümlülüğü altına girmesi üzerinden tanımlar. Bu tanım, tarafların karşılıklı yükümlülük altına girdiği her anlaşmanın Labeo tarafından sözleşme olarak nitelendirildiği izlenimini vermektedir. Fakat, bu kapsamda verilen örneklerin rızai sözleşmeler (satış, kira, adi şirket) olduğu atlanmamalıdır. Nitekim, rızai sözleşmeler *ius civile*'in sözleşmeler sisteminde karşılıklı edim yükümlülüğünün olduğu tek türdür. Zira, ayni ve sözlü

¹³⁹ DESJARDINS Albert, "De L'action "Præscriptis Verbis" Revue historique de droit français et étranger, 1865, Vol. 11, 1865, Editions Dalloz, (<https://www.jstor.org/stable/43832616>), ss. 622-642, s. 628.

¹⁴⁰ DESJARDINS, s. 628.

¹⁴¹ D.50.16.19. (Ulpianus libro 11 ad edictum): "Labeo libro primo praetoris albaneseurbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam."

D.50.16.19 (Ulpianus, Edictum Hakkında, 11. Kitap): "Labeo, şehir praetoruna ilişkin birinci kitabında "actus (hareket)", "negotia (faaliyet, işlem)" ve "contractus'u (sözleşme)" şöyle tanımlamaktadır: Labeo, hareketin ya sözlerle ya da şeyin kendisiyle yapılmış olanları, örneğin *stipulatio* ya da ödünç gibi, gösteren genel bir uygulamaya sahip olduğunu söyler. Bununla birlikte, sözleşme, bir borçtan daha geniş bir anlama sahiptir. Çünkü sözleşme, Yunan'da olduğu gibi bir karşılıklılığı (*synallagma*) gerektirir, satım, *locatio conductio*, şirket gibi. İşlem terimi, sözler olmaksızın yapılmış olan şeyleri gösterir." (Çev., SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 30)

sözleşmelerde yalnızca tek taraf borç altına girer. Bu itibarla, Labeo'nun karşılıklı edim yükümlülüğünün -*synallagma*- var olduğu her anlaşmayı sözleşme (*contractus*) olarak değerlendirdiği sonucuna varmak mümkün değildir. Sonuç olarak Labeo, *synallagma*'yı karşılıklı yükümlülük üzerinden tanımlar ve merkezine sözleşmeyi alır.

Aristo'nun D. 2.14.7.2'de bahsettiği *synallagma* ise Labeo'nun kullandığı anlamla tam olarak örtüşmez. Aristo, Labeo'nun görüşüne karşı çıkmaz. Labeo'nun fikrini geliştirir, daha oturaklı bir şekilde yeniden şekillendirir¹⁴². Nitekim Aristo'nun *synallagma*'sında da bir karşılıklılık vardır. Ancak Aristo'nun *synallagması*'nda karşılıklılık verme ile yapma veya verme edimleri – yükümlülükleri değil- arasındadır. Labeo'nun aksine Aristo'nun merkezinde sözleşme değil ifa vardır. Burada *synallagma* karşı edimi elde etme amacıyla bir verme ediminin ifa edildiği tüm sözleşmelerde (*do ut des* ve *do ut facias*) bulunur. Bu nedenledir ki, Aristo'da edimler arasındaki bu karşılıklılığın geniş anlamda ele alındığı, önceden doğan bir yükümlülük olmaksızın gerçekleştirilen ifanın da bu kapsamda kaldığı, menfaatin ekonomik bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur¹⁴³. Aristo'nun anlamıyla *synallagma*'nın *negotium contractum* ile eş anlamlı olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁴. Bu itibarla, hukuki bağı ifade eden *negotium*'un bir *obligatio civilis* 'e vücut vermesi için karşılıksız olmaması, karşılıklı menfaatin var olması gerekir. Aristo'nun *synallagma*'sının yalnızca *do ut des* ve *do ut facias* hallerinde bulunduğu tekraren belirtilmelidir. Yalnızca bu iki halde *ius civile* kapsamında bir borç doğacağı ve *actio* tanınacağı Aristo'nun düşüncesinde önemli bir ayrıntıdır. Nitekim Aristo, *facio ut des* halinde (esasen burada da ifa edilmiş karşılıklılık, bir *synallagma* olmasına rağmen) *civil actio* tanınamayacağı, *praetoryen* nitelikte *actio in factum*'un tartışılabileceği veya hile davası (*actio doli*) tanınabileceği fikrindedir (D. 19.5.16.pr).

¹⁴² **PERNICE**, s. 250; **MASSARA** Tommaso Dalla, “Die causa des Vertrages im Denken des Aristo: zu den Ursprüngen einer Idee”, Causa contractus - Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens, Gregor Albers/ Francesco Paolo Patti/ Dorothée Perrouin-Verbe (Ed.), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 2022, ss. 37-66, s. 54.

¹⁴³ **MASSARA**, s. 54.

¹⁴⁴ **GIFFARD** André E., “Les Idées d’Ariston sur Les Contrats Innomés (D.2.14.7)”, Conférences faites à l’Institut de Droit Romain en 1947, Publications de l’Institut de Droit Romain de l’Université de Paris, 1950, ss. 69-76, (*Aristo*), s. 71.

Aristo'nun *ius civile* kapsamı dışında kalan bir anlaşmadan borcun ve dolayısıyla *actio*'nun doğduğunu kabul etmesinin *synallagma* dışındaki koşulu hukuki sebebin (*causa*) varlığıdır. *Causa*, Roma kaynaklarında birbiriyle bağlantılı çeşitli anlamlarda kullanılmıştır. Aristo'dan önce *causa*'nın daha çok *condictio* bağlamında değerlendirildiği görülür¹⁴⁵. Aristo ise ilk kez *causa*'yı sözleşmesel bağlamda ele almıştır. Tarafların irade uyuşmasıyla yalnızca *nuda pacta*'dan ibaret olan anlaşma, *causa*'nın varlığı halinde bağlayıcı hale gelerek sözleşme (*contractus*) olmakta ve karşı edim *actio* ile talep edilebilmektedir. Aristo'ya göre *causa*, ifa edilen verme edimi yani *datio*'dur¹⁴⁶. *Datio*'nun gerçekleşmesiyle birlikte karşı tarafın borcu bağlayıcı hale gelir. Aristo'nun *synallagma*'sının ifayı temel alması karşısında, *synallagma* ve *causa*'nın iç içe geçtiği söylenebilir.

Dalla Massara ise, *causa*'nın *datio* ile eş tutulması fikrine karşı çıkar¹⁴⁷. Yazara göre, Aristo isimsiz sözleşmelere *ius civile* koruması sağlamak istiyordu. Bu doğrultuda, *causa*, *condictio* bağlamının dışında yeniden ele alınmış: verilenin iadesini amaçlayan koruma perspektifi terk edilmiş ve *causa* sözleşmesel bağlama yerleştirilmiştir. Yazar, *causa*'yı sözleşmenin objektif amacı – fonksiyonu olarak tanımlar. Bu objektif amaç değerlendirilirken tarafların menfaatlerinin göz önüne alınması gerekir. Zira, bir araya gelen taraflar anlaşırken ortak ve gelecekteki bir amaca yönelirler. Tarafların ortak amacı etrafında her bir tarafın bireysel menfaati nesnelleşir. Bu itibarla, *causa* tarafların anlaşmasının amacı olan değiş-tokuş olarak okunmalıdır¹⁴⁸. Bu bağlamda yazar, Aristo'nun *causa*'sının *causa finalis*¹⁴⁹ olduğu fikrindedir. Bu açıklamalar

¹⁴⁵ MASSARA, s. 43; *Condictio* ve *causa* arasındaki ilişkiye yönelik bir inceleme için bkz. CHAUDET Francois, *Condictio causa data causa non secuta - Critique historique de l'action en enrichissement illegitime de l'art. 62 al. 2 CO*, Impremier Vaudoise, 1973.

¹⁴⁶ GIFFARD, Aristo, s. 72; TÜREL, *Synallagma*, s. 370.

¹⁴⁷ MASSARA, s. 46 vd.

¹⁴⁸ İsimsiz sözleşmelerdeki *causa*'nın Anglo-Amerikan hukuk sistemlerindeki *consideration* ile örtüştüğü yönünde benzer bir görüş için bkz. DE VILLIERS Melius, "Notes on the Innominate and Real Contracts", *South African Law Journal*, Vol. 42, S. 1, 1925, ss. 26-31. HeinOnline, (*Innominate Contracts*), s. 29. Aristo'nun bahsettiği *causa*'nın karşı taraftan bir kazanım elde etme amacı olduğu yönünde ayrıca bkz. CHAUDET, s. 76.

¹⁴⁹ Ortaçağ *causa* doktrinini, *causa finalis* ve *causa impulsiva* ayrımı yapar. Thomas Aquinas'nın göre her eylemin, izlediği amaca ya da hedefe (*causa finalis*) göre değerlendirilmesi gerektiği yönündeki

yazarın *datio*'yu hiç dikkate almadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Böylesi bir yorum, Aristo'nun isimsiz sözleşmeleri rızai sözleşme olarak nitelediği şeklinde yanlış bir sonuca götürür. Dalla Massara'ya göre, *datio, causa*'nın nitelendirilmesinde değil *synallagma*'nın tespitinde rol oynar. *Do ut des, do ut facias* ile gerçekleştirilen karşılıklılık, ilk edimin ifası ile meydana gelir.

Aristo *synallagma* ve *causa*'ya bağlı olarak geliştirdiği teoriyle, halihazırda *condictio* ile korunan *do ut des* ve *do ut facias* hallerinde bir borcun doğduğunu kabul etmiş ve *actio* tanımıştır. *Condictio* ile yalnızca verilenin iadesi istenebiliyorken, bu yolla karşı edim talep edilebilir. Bu şekilde, verme edimini ifa eden tarafın ifa menfaati korunmuştur. Metnin kalanında aktarılan görüşlerde, bu durumda tanınan davanın niteliğinde hukukçuların fikir ayrılığında olduğu görülür. Julian *actio in factum*, Mauricianus ise tıpkı Aristo gibi *actio civilis incerti* davası tanımıştır. *Actio civilis incerti*'den sonra *praescriptis verbis* 'ten bahsedilmesi düşündürücüdür. Bu kapsamda, “*id est praescriptis verbis sufficere*” ifadesinin Digesta derleyicileri tarafından eklenen bir *interpolatio* olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁰.

Özetle, Aristo'ya göre tarafların bir verme edimine karşılık, verme veya yapma edimi konusunda anlaşmaları *civilis* borcun doğumu için yeterli değildir. Bu anlaşma *nuda pacta*'dan (çıplak anlaşma) ibarettir. Ne zaman ki verme edimi ifa edilir, o zaman bir *synallagma*'dan söz edilir ve karşı edim (verme veya yapma) dava edilebilir bir borç (*obligatio civilis*) halini alır¹⁵¹. Borcun dava edilebilir hale gelmesinin nedeni hukuki sebebin (*causa*) varlığıdır. Aristo'nun düşüncesi, isimsiz sözleşmelerden *civil* bir borç doğacağını kabul etmesi açısından son derece önemlidir. Aristo, isimsiz sözleşmeleri bir vakıa (*factum*) olarak değil, *civil* borç doğuran bir kaynak olarak, *actio civilis (incerti)* ile korur. Bu itibarla Aristo, yalnızca *do ut des* ve *do ut facias* halleriyle

fikrinin sözleşmeler hukuku alanındaki görünümü olarak karşımıza çıkan *causa finalis*, sözleşmenin hukuki sebebinin ifade eder. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aşa. Üçüncü Bölüm, II.D.1.

¹⁵⁰ GIFFARD André E., “*L'actio Civilis Incerti Et Le Synallagma (D, 2, 14, 7)*”, Revue historique de droit français et étranger, Quatrième série, Vol. 34, 1957, Editions Dalloz (<https://www.jstor.org/stable/43844601>), ss. 337-346, (*Actio*), s.339.

¹⁵¹ Bu şekilde gerçekleşen anlaşmalar, klasik dönem sonrasında *novae negotiae* (yeni anlaşmalar) olarak isimlendirilir, bkz. TÜREL, Sinallagma, s. 370.

sınırlı olsa da isimsiz sözleşmelere getirilen korumayı genelleştirerek bu alanın teorisinin temellerini atan öncü hukukçu olmuştur.

4. Klasik Dönemin Sonlarındaki Durum

Labeo'nun koruduğu isimsiz sözleşmeleri tek bir çatı altında toplamak veya genel bir çıkarım yapmak olanaksızdır. Aristo ise yalnızca *do ut des* ve *do ut facias* halindeki isimsiz sözleşmelerde kendi edimini ifa eden tarafın karşı edimin ifasına olan menfaatini korumuştur. Iustinianus dönemine gelene dek, diğer hallerin de peyderpey koruma altına alındığı Digesta metinlerinden çıkarılmaktadır.

İmparator Septimus Severus döneminde yaşamış hukukçu Papinianus, veriyorum vermen için (D.19.5.8) ve veriyorum yapman için (D.19.5.7) hallerinin yanında yapıyorum yapman için (D. 19.5.9) halini de bir *actio* ile korumuştur. Papinianus üç ihtimali de korumakla beraber genel bir teori getirmiş değildir¹⁵². Bunu, öğrencileri Ulpinianus ve Paulus yapacaktır.

Paulus, D.19.5.5.pr'de isimsiz sözleşmelerin dört formülden oluşabileceğini ifade eder.

D.19.5.5.pr. (*Paulus libro quinto quaestionum*): “*Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest. Qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur.*”

D.19.5.5.pr.: (Paulus, Sorular 5. Kitap): “Benim köleden olma oğlum senin kölenken senin köleden olma oğlun benim kölemdir. Senin benim (köle) oğlumu azat etmen karşılığında benim senin (köle) oğlunu azat etmem konusunda anlaştık. Ben azat ettim, ama sen azat etmedin. Sen, hangi dava ile bana karşı sorumlusun? Bu soruya istinaden, bir amaç uğruna verilen her şeye ilişkin genel bir bakış

¹⁵² DESJARDINS, s. 630.

sunulabilir. Bu, aşağıdaki şekillerde karşımıza çıkar: Ya vermen için veriyorum ya da yapman için veriyorum veya vermen için yapıyorum ya da yapman için yapıyorum. Bütün bu ihtimallerde ne tür bir borç doğduğu sorulmalıdır.”

Ancak Paulus, bu dört formülün yalnızca üçünden *obligatio civilis* doğacağını kabul eder ve bir *actio* tanır. Actio tanınan üç ihtimalde (*do ut des* -D.19.5.5.1.; *do ut facias* - D.19.5.5.2. ve *facio ut facias* – D.19.5.5.4.) mevcut isimli sözleşmelerden biriyle benzerlik kurulabilir¹⁵³. Gerçekten *do ut des* için satış sözleşmesiyle; *do ut facias* için *locatio conductio* sözleşmeleriyle, *facio ut facias* için vekalet sözleşmesiyle benzerlik kurulması, analogi yapılması mümkündür. Öte yandan *facio ut des* için herhangi bir isimli sözleşmeyle benzerlik kurulması olanaksızdır. Bu ihtimalde edimlerin karşılıklılığı *ius civile* sistemine tamamen yabancıdır. Paulus’un *actio civilis* tanımadığı tek ihtimal budur (D.19.5.5.3). Paulus bu ihtimalde *actio civilis* yerine bir *actio doli* tanır.

Buna karşın Ulpianus *facio ut des* için de bir *actio civilis* tanınması gerektiği fikrindedir (D.19.5.15). Nitekim, Alexander Severus’un yayınladığı emirnamede *facio ut des* ihtimalinde *actio praescriptis verbis* tanınmıştır:

Cod.2.4.6. (Imperator Alexander Severus): “*Cum mota inofficiosi querella matrem vestram cum diversa parte transegisse ita, ut partem bonorum susciperet et a lite discederet, proponatis, instaurari quidem semel omissam querellam per vos, qui matri heredis extitistis, iuris ratio non sinit. Verum si fides placitis praestita non est, in id quod interest diversam partem recte convenietis: aut enim, si stipulatio conventioni subdita est, ex stipulatu actio competit, aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.*”

¹⁵³ D.19.5.5.4.’ün son cümlesi bu çıkarımı destekler: “(...) *Sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.*”

D.19.5.5.4: “(...) Hem binaların inşa edilmesinde hem alacakların tahsilinde vekalet sözleşmesinden doğan davaya benzer bir *praescriptis verbis* davanın tanınması daha güvenli olacaktır, tıpkı önceki olaylarda tanınan davanın eser sözleşmesinden ve satış sözleşmesinden doğan davaya benzer olması gibi.”

Cod.2.4.6. (İmparator Alexander Severus): “Annenizin, vazife hissine aykırı olarak yapılmış vasiyetnamenin iptali (*querella inofficiosi testamenti*) talebiyle açtığı davada, mirasçılardan bir kısmıyla uzlaşarak terekenin bir kısmını almayı ve davadan vazgeçmeyi kabul ettiğini ileri sürüyorsunuz. Annenizin mirasçısı sıfatıyla, onun vazgeçtiği bu davayı yeniden açmanıza hukuk düzeni izin vermez. Ancak, yapılan uzlaşma yerine getirilmemişse, diğer mirasçılara, kendi payları oranında doğmuş olan zararın giderilmesi için dava açabilirsiniz. Şöyle ki, eğer uzlaşmaya bir *stipulatio* eklenmişse, bu taahhüde dayalı olarak *ex stipulatu* davası açılabilir; eğer sözlü yükümlülük konmamışsa, *actio praescriptis verbis* yoluyla hak arama imkânı tanınır.”

B. Iustinianus Dönemi

Iustinianus dönemine gelindiğinde isimsiz sözleşmelerin *do ut des; do ut facias; facio ut facias* ve *facio ut des* olmak üzere dört farklı şekilde tezahür edebileceği fikri yerleşmiştir. Bu dönem itibarıyla isimsiz sözleşmelerin dar anlamıyla kullanıldığı söylenmelidir. Zira, süreç boyunca geniş anlamda isimsiz sözleşmelerin kapsamına giren hallerin büyük bir çoğunluğu ya iyi niyet sözleşmelerinin kabulü veya çeşitli *pactumlar*’ın hukuk sisteminde tanınması sayesinde hukuki korumaya kavuşmuştur.

Bu dönemde *actio praescriptis verbis* isimsiz sözleşmelerin korunması için tanınmış genel nitelikli dava formuna kavuşmuştur. Ancak *condictio* taleplerinin *actio praescriptis verbis* ile yarışacağı kabul edilmiştir¹⁵⁴. Ayrıca Iustinianus, isimsiz sözleşmeler özelinde edimini ifa eden tarafa sözleşmeden dönme hakkı (*ius poenitentiae*) tanımıştır. Bu hakkın kullanımı sonrası iade taleplerinin *condictio ex poenitentia* ile ileri sürüleceği kabul edilmiştir.

III. İSİMSİZ SÖZLEŞMELERE TANINAN DAVALAR

A. Genel Olarak

İsimsiz sözleşmelerin korunması için tanınan hukuki imkanlar Roma hukukunun tarihsel sürecinde değişmiş, gelişmiş ve çeşitlenmiştir. İlk koruma vasıtaları, isimsiz

¹⁵⁴ MEYLAN, s. 93; TÜREL, Sinallagma, s. 376; RADO, s. 123; DI MARZO, s. 453.

sözleşmenin borç doğurucu niteliğini kabul etmemekle birlikte kendi edimini ifa eden tarafı himaye etmeye yönelmiştir. Himaye, sebepsiz zenginleşme kurumuyla veya hileye dayanan bir ceza davasıyla sağlanmıştır. Bu kapsamda *condictio causa data causa non secuta* veya *actio doli* yoluyla edimin iadesi ve/veya karşı tarafın cezai nitelikte bir miktar para ödemeye mahkûm edilmesi sağlanmıştır. Labeo ve Aristo'nun fikirleri öncülüğünde isimsiz sözleşmeler öğretisinin gelişmesi, sözleşmeye dayalı taleplerin -özellikle aynen ifanın- ayrı bir *actio* ile ileri sürülebilmesini sağlamıştır. Roma kaynakları, hukukçuların açılacak *actio*'nun ismi ve niteliği yönünde görüş birliğinde olmaktan uzak olduğuna işaret eder. *Actio in factum*, *actio in factum civilis*, *actio incerti civilis*, *actio praescriptis verbis* kaynaklarda yer alan isimlendirmelerdendir.

Iustinianus dönemine gelindiğinde sözleşmeye dayalı taleplerin *actio praescriptis verbis* ile ileri sürüleceği kabul edilmiştir. Bunun dışında, sözleşmeye dayanmayan *condictio* taleplerinin sözleşmeye dayalı taleplerle yarışacağı fikri benimsenmiştir. Yine bu dönemde isimsiz sözleşmeler özelinde edimini ifa eden tarafa sözleşmeden dönme hakkı (*ius poenitentiae*) tanımış, bu kapsamdaki iade taleplerinin *condictio ex poenitentia* ile sürüleceği kabul edilmiştir.

Sözleşmeye dayalı taleplerin ileri sürülebileceği *actio*'nun isimlendirmesinin farklılaşması, bu isimlendirmelerin dönemsel olarak kategorize edilemiyor oluşu konunun Romanist öğretide alışıl gelmiş yöntem olan, Roma hukukunun tarihsel dönemlerine göre ele alınmasını engellemektedir. Bu sebeple, isimsiz sözleşmelere tanınan davalar incelenirken sözleşmesel ilişkiye dayanmayan davalar (B) ve sözleşmesel ilişkiye dayanan davalar (C) ayırımına gidilmiştir. Bu kapsamda, *condictio causa data causa non secuta*, *actio doli* ve *condictio ex poenitentia*¹⁵⁵ sözleşmesel ilişkiye dayanmayan davalar başlığı altında ele alınmış; *actio in factum*, *actio in factum civilis*, *actio incerti civilis*, *actio praescriptis verbis* ise sözleşmesel ilişkiye dayanan davalar başlığı altında incelenmiştir.

¹⁵⁵ Sözleşmeden dönme hakkı sözleşmeye dayalı bir talep olarak değerlendirilebilir. Ancak dönme hakkının kullanımı sonrası bir sözleşmenin varlığından söz edilemeyecek ve iade talebinin *condictio* ile ileri sürülecek olması karşısında bu yolu da sözleşmeye dayanmayan koruma vasıtaları kapsamında incelemeyi uygun buluyoruz.

B. Sözleşme İlişisine Dayanmayan Davalar

1. *Condictio causa data causa non secuta*

a. *Sebepsiz Zenginleşmenin ve Condictio'nun Genel Düzenlenişi*

Bir kimsenin malvarlığında haklı ve geçerli bir sebebe dayanmaksızın gerçekleşen artış olarak tanımlanan sebepsiz zenginleşme¹⁵⁶, sözleşme benzeri (*quasi contractus*) bir borç kaynağıdır. Kimsenin başkasının zararına sebepsiz zenginleşmemesi gerektiği ilkesi, temellerini ahlak ve felsefede bulur. Nitekim, Digesta'da aktarılan metinler sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade borcunun hakkaniyete (*aequitas*), adalete, doğal hukuka ve *ius gentium*'a dayandırıldığına işaret eder.

D.50.17.206 (*Pomponius libro nono ex varis lectionibus*): “*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*”

D.50.17.206 (Pomponius çeşitli dersler dokuzuncu kitabından): “Doğal hukuka göre hiç kimsenin, başkasının zararı ve uğradığı haksızlık (haksız fiil) sebebiyle daha fazla zenginleşmesi adil değildir”¹⁵⁷

Bu ahlaki ve felsefi kuramın hukuk düzenince bağımsız bir borç kaynağı olarak tanınması ise zaman almıştır. Gaius borcun kaynaklarını sözleşme ve haksız fiilden ibaret saymıştır¹⁵⁸. Iustinianus dönemine geldiğinde sözleşme benzerleri ve haksız fiil benzerleri de birer borç kaynağı kabul edilmiştir¹⁵⁹. Arada geçen süreçte, sebepsiz zenginleşme hukuk düzenince bir borç kaynağı olarak tanınmış, ilgili uyumsuzlukların *condictio* yolu ile çözüleceği fikri yerleşmiştir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ RADO, s. 137; EREN, Borçlar s. 958; OĞUZMAN Kemal/ ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 18. Baskı, 2023, s. 336; NOMER, s. 323.

¹⁵⁷ Çev., KARAGÖZ, s. 158.

¹⁵⁸ Gaius, Inst., 3.88.

¹⁵⁹ Inst., 3.13.2.

¹⁶⁰ Fakat her *condictio* türünün sebepsiz zenginleşme ilişkisine dayanmadığı belirtilmelidir. Tüketim ödücü ile *stipulatio*'dan doğan uyumsuzluklarda belli bir miktar para veya şey (*cerum*) için veya eşya hukuku çerçevesinde zilyetliğin iadesi için de *condictio* açılabilir. Ayrıca Iustinianus döneminde belli bir isim altında anılmayan tüm şahsi davalar (*actio in personam*) *condictio* olarak anılmıştır. Condicto'nun tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNAL, A. Nadi, Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti), 1996, (*Sebepsiz*

Klasik devirde, sebepsiz zenginleşmeden bahsedebilmek için bir şeyin mülkiyetinin nakledilmiş olması (*datio*) ve bu naklin geçerli bir hukuki sebebe (*causa*) dayanmaması gerekirdi¹⁶¹. Mülkiyetinin nakli, ilgili şekil şartlarına uygun olarak gerçekleşmelidir. Aksi halde mülkiyet geçerli şekilde nakledilmediğinden ortada sebepsiz zenginleşme olmayacak, malik istihkak davası (*rei vindicatio*) ile malın iadesini talep edebilecektir. Belirtilmelidir ki *datio*, Klasik Hukuk Döneminde bir eşyanın mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmesi anlamına gelir. İlerleyen süreçte bir yapma ediminin ifası da *datio* olarak kabul edilmiştir¹⁶². Böylece *datio*'nun tanımı genişlemiş, herhangi bir edimin ifası anlamına gelmiştir.

Datio, sebepsiz zenginleşmenin “zenginleşme” unsurunu oluşturur. Bu zenginleşmenin bir başka kişinin malvarlığı aleyhine gerçekleşip gerçekleşmemesi gerektiği, bir başka ifadeyle “fakirleşme” unsurunun aranıp aranmayacağı günümüz hukukunda tartışmalıdır¹⁶³. Ancak Digesta metinleri, fakirleşme şartının Roma hukukunda sebepsiz zenginleşme için aranan bir unsur olduğunu göstermektedir. D.50.17.206’da yer alan “*alterius detrimento*” (başkasının zararına) ifadesi, bir kişinin zenginleşmesi başkasının fakirleşmesine yol açması gerekliliğini gösterir¹⁶⁴.

Zenginleşme ile olay arasında illiyet bağı bulunması, sebepsiz zenginleşme için aranan bir diğer unsurdur¹⁶⁵. Sebepsiz zenginleşmede aranan illiyet bağı, haksız fiil ve tazminat hukukuna kıyasla daha geniştir¹⁶⁶. Sadece hayatın olağan akışı içerisinde

Zenginleşme), s. 3 vd. ve **SEZGİN** Sedat, Roma Hukukunda *Condictio Causa Data Causa Non Secuta* ve Türk Hukukuna Etkileri, Yetkin Yayınları, 2022, s. 8 vd.

¹⁶¹ **CHAUDET**, s. 49.

¹⁶² **CHAUDET**, s. 51.

¹⁶³ Konu hakkında bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 345 vd.; **EREN**, s. 984 vd.; **SEROZAN** Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Yayına Hazırlayanlar: Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı), On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 423 vd..

¹⁶⁴ **ÖZ** Turgut, “Sen, ben ve Titius”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, ss.593-612 (*Sen, ben ve Titius*), s. 594.

¹⁶⁵ **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 349; **ÖZ** Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, 1990, Kazancı Matbaacılık, (*Sebepsiz Zenginleşme*), s. 46 vd; **EREN**, s. 991; **NOMER**, s. 324.

¹⁶⁶ **EREN**, s. 991; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 349; **ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 46.

gerçekleşmesi normal karşılanan zenginleşmeler değil, fakirleşme sonucu doğuran tüm zenginleşmeler dikkate alınır¹⁶⁷.

Ezcümle, *datio* ile zenginleşmenin gerçekleşmesi, zenginleşmenin başkasının malvarlığı aleyhine olması, illiyet bağı ve zenginleşmenin geçerli bir sebebe (*iusta causa*) dayanmaması sebepsiz zenginleşmenin unsurlarıdır.

Sebepsiz zenginleşmede kabul edilen temel ilke tüm zenginleşmenin iadesinin sağlanmasıdır¹⁶⁸. Malın aynen iadesi mümkünse aynen iade, bu mümkün olmamakla birlikte ikame değer geldiyse bu ikame değer iadesi gerçekleştirilir. Şüphesiz ki, malın semerelerinin de iade edilmesi gerekir¹⁶⁹. Borçlunun kusuru olmaksızın ve ikame değer elde edilmeksizin malın aynen iadesinin imkânsız hale gelmesi durumunda borçlu, yalnızca elinde kalanı iade etmekle yükümlüdür¹⁷⁰.

Borç olmayan bir şeyin ifası için tanınan *condictio indebiti*, hukuken korunan ilk sebepsiz zenginleşme türüdür. *Condictio indebiti* en eski *condictio* türü olmasının yanında sebepsiz zenginleşme denince akla gelen esas *condictio*'dur¹⁷¹. Zaman içerisinde *praetor* hukukuyla gelişen korumalar neticesinde Iustinianus hukukunda sebepsiz zenginleşme halleri belirli tipler altında tasnif edilerek son halini almıştır. Bu kapsamda *condictio indebiti* dışında dört farklı *condictio* tanınmıştır: (i) Ahlaka, adaba ve hukuka aykırı bir sebebe dayanan iktisapların iadesinin istendiği *condictio ob turpem vel iniustam causam*, (ii) hırsıza veya mirasçılara karşı açılan *condictio*

¹⁶⁷ ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 46; EREN, s. 992.

¹⁶⁸ D.5.3.23: “İyiniyetli bir zilyet, acaba aldığı tüm bedeli mi, yoksa ne kadar zenginleşmişse o kadarını mı iade etmelidir. Tasarlayalım ki; bu kişi aldığı bedeli kaybetseyse, tükettiye ya da bir başkasına bağışladyısa, böyle bir durumda iadenin neye göre yapılacağı konusunda tereddüt vardır. Ancak bu tereddüt, Senatus Consultum ile ortadan kalkmıştır. Buna göre, zenginleşme ne kadarsa, iade de o kadar olmalıdır.” (Çev., GÜNAL, Sebepsiz Zenginleşme, s. 82.)

¹⁶⁹ DIAZ Julio Alberto, “Unjust Enrichment And Roman Law”, Pensar, Fortaleza, 2007, ss. 114-121, s. 116.

¹⁷⁰ DURAL Mustafa, “Roma Hukukunda Akit Benzerler (*Quasi Contractus*)”, İÜHF, C. 33, S. 3-4, 1967, ss. 257-272, s. 267.

¹⁷¹ SEROZAN, s. 451.

*furtiva*¹⁷², (iii) önceden mevcut sebebin sonradan ortadan kalkması halinde açılan ve isimsiz sözleşmelerin korunmasında temel *condictio* olan *condictio causa data causa non secuta* ve (iv) sayılan hallere girmeyen her türlü zenginleşmenin iadesini hedefleyen ve tarihsel süreçte gelişerek bugünkü sebepsiz zenginleşme davasının temelini teşkil eden, genel nitelikteki *condictio sine causa*.

b. Uygulama alanı

Condictio causa data causa non secuta (*condictio cds*), gerçekleşmesi beklenen bir amaç uğruna verilen şeyin, amacın gerçekleşmemesi sebebiyle iadesinin sağlanması amacıyla açılan sebepsiz zenginleşme davasıdır. *Condictio cds*, kaynaklarda farklı isimlerle ifade edilmiştir: *condictio ob causam datorum*, *condictio ob rem*, *condictio ob causam futuram*, *condictio ob causam dati*, *dare ob causam*, *condictio ob rem dati*, *condictio ob causam datam causam non secutam*.

Condictio cds'nin ortaya çıkış süreciyle Roma sözleşmeler sisteminin genişlemesi ve özellikle isimsiz sözleşmeler arasında sıkı bir bağlantı bulunur¹⁷³. Sözleşmeler

¹⁷² Hırsızlık halinde esasen çalınan malın mülkiyeti hırsıza geçmemiştir ve teknik anlamda bir “zenginleşme” yoktur. Dolayısıyla malik istihkak davası ile de iade talep edebilir. Gaius’a göre istihkak davası imkanın yanında *condictio furtiva*’nın tanınma nedeni hırsıza karşı duyulan nefret hissidir, bkz. Gaius, Inst., 4.4.

¹⁷³ **SOBCZYK** Marek, “*Condictio causa data causa non secuta and Development of the Contractual System*” Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa, 11 (2), 2018, ss. 177–195, (*Condictio*), s. 179. Belirtilmelidir ki *condictio causa data causa non secuta*’nın uygulama alanı isimsiz sözleşmeler ile sınırlı değildir. Bir evliliğin gerçekleşmesi beklentisi ile cihaz (*dos*) verilmesi ancak evliliğin gerçekleşmemesi, ölüme bağlı bağışlama (*donatio mortis causa*) halinde, bağışçının iyileşmesi veya parayı alan tarafın ondan önce ölmesi durumu gibi çeşitli senaryolarda *condictio causa data causa non secuta* ile verilenin iadesi talep ediliyordu. *Condictio causa data causa non secuta*’nın farklı uygulama alanları için bkz. **SEZGİN**, s. 83 vd. Yazar, belirli bir miktar para verilmesine rağmen karşılığında evladın hakimiyetten çıkarılması, kölenin azat edilmesi veya davadan feragat vaadinin yerine getirilmemesi (*D. 12.4.1.pr.*) ve uzlaşma amacıyla yapılan ifa halini *cds*’nin uygulanacağı bağımsız birer hal olarak saymıştır. Kanaatimizce bu örneklerin tümü, isimsiz sözleşme başlığı altında değerlendirilebilir. Zira bahsedilen senaryolarda, isimli sözleşmelerin kapsamının dışında kalan, *do ut facias* bir isimsiz sözleşme mevcuttur. *D. 12.4.1.pr.*’de sayılan haller açısından aynı yönde görüş için bkz. **ZIMMERMAN**, s. 843; **SOBCZYK**, Marek, “*Datio ob Rem and Datio ob Causam - The Purpose*

sisteminde sınırlı sayı ilkesinin geçerli olması bireylerin *actio* ile korunmayan *pactum* akdetmesine engel olmuyordu. Yapılan *pactum*'a dayanarak kendisine ifa edilen edimi kabul eden taraf, kendi edimini ifa etmediğinde geçerli bir sebebe dayanmaksızın zenginleşmiş oluyordu¹⁷⁴. Edimi ifa eden taraf bu ifayı akdedilen *pactum*'a güvenerek yapmıştır ve ifa anında bir sebep mevcuttur. Karşı tarafın kendi edimini ifa etmemesi ise bu sebebi ortadan kaldırmıştır. Böylece sonradan ortadan kalkan sebebe dayanarak zenginleşilmiştir. Hakkaniyete aykırı bu durumun ortadan kaldırılarak kendi edimini ifa eden tarafın mağduriyetinin giderilmesi için *praetor*'lar tarafından verilenin iadesine yönelik bir *condictio* tanınmıştır. Tanınan *condictio*, *condictio causa data causa non secuta* olup, bu yol isimsiz sözleşmeler için getirilen ilk korumadır.

c. Unsurları

Condictio cds'nin unsurlarını (i) mülkiyetin devri (*datio*); (ii) devrin gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir amaç uğruna yapılması (*ob rem veya ob causam*); (iii) hukuki sebep teşkil eden, beklenen amacın gerçekleşmemesi (*causa non secuta*) olarak sıralayabiliriz¹⁷⁵.

Condictio cds'nin ilk unsuru *datio*'dur. *Datio*, Klasik Hukuk Dönemi'nde bir eşyanın mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmesi anlamına gelir. Bu itibarla, *condictio cds* esas olarak yalnızca *do ut des* ve *do ut facias* hallerine giren isimsiz sözleşmelerde uygulama alanı bulur. Iustinianus dönemine gelindiğinde, *datio*'nun tanımı herhangi bir edimin ifası olarak genişlemiştir¹⁷⁶. Karşı tarafa mülkiyet devri değil, yalnızca bir alacak hakkı tanınması halinde de bir *datio*'dan bahsedilebilir¹⁷⁷. Belirli bir miktar paranın verilmesine dair anlaşmalarda genellikle, yapılan anlaşmanın ardından paranın mülkiyeti karşı tarafa anında devredilmez. *Pecunia promissa* olarak adlandırılan bu

of Performance in Roman Law", Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Legal History Review, C. 89, S 3-4, ss. 356-378, (*Datio*), s. 367.

¹⁷⁴ KOSCHAKER/AYİTER, s. 226.

¹⁷⁵ CHAUDET, s. 49; SEZGİN, s. 78 vd.

¹⁷⁶ CHAUDET, s. 51; TÜREL, Sinallagma, s. 371.

¹⁷⁷ TÜREL, Sinallagma, s. 373.

halde bir alacak hakkı tanınmasına rağmen *condictio cds* davasına başvurulabilir¹⁷⁸. Ancak bu durumda talep iadeyi değil, borç ilişkisinin kaldırılmasını konu alır¹⁷⁹.

Datio'nun gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir amaç uğruna (*ob rem* veya *ob causam*) yapılması *condictio cds*'nin ikinci unsurudur. *Datio ob rem* ve *datio ob causam*'ın anlamları Roma kaynaklarında muallaktır. İki kavram kimi zaman eş anlamlıymışçasına, kimi zamansa kapsamaları birbirinden farklı iki ayrı anlamda kullanılmıştır. D.12.6.52'de, *datio ob rem* ve *ob causam* birbirinden farklı anlama sahiptir¹⁸⁰. Bu metinde *res*, gelecekte gerçekleşecek amaç, *causa* ise geçmişte gerçekleşmiş bir sebep anlamında kullanılmıştır. D.12.4.1.pr¹⁸¹'de ve D.12.5.9.pr¹⁸²'de ise *res* ve *causa*'nın her ikisi gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir amaç anlamında kullanılmıştır.

¹⁷⁸ CHAUDET, s. 51; D.12.4.9.1.

¹⁷⁹ CHAUDET, s. 51.

¹⁸⁰ D.12.6.52. (Pomponius libro 27 ad Quintum Mucium): “*Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.*”

D.12.6.52. (Pomponius Quintum Mucium 27. Kitaptan): “Bir sebep veya bir amaç için bir şey veririz. Geçmiş bir sebepten ötürü; örneğin senden bir şey aldığım için veya bir şey yaptığın için veririz. Öyle ki, bu sebep yanlış bile olsa verdiğim paranın iadesini isteyemem. Ancak bir amaç için bir şey verildiğinde devamında başka bir şey gerçekleşmelidir ve bu gerçekleşmezse paranın iadesi talep edilebilir.” (Çev., TÜREL Ege, Kazandırmanın Hukuki Sebebi, On İki Levha Yayıncılık, 2024, (Hukuki Sebep), s. 14)

¹⁸¹ D.12.4.1.pr (Ulpianus libro 26 ad edictum): “*Si ob rem non inhonestam data sit pecunia, ut filius emanciparetur vel servus manumitteretur vel a lite discedatur, causa secuta repetitio cessat.*”

D.12.4.1.pr (Ulpianus, Edictum Hakkındaki 26. Kitaptan): “Eğer çocuğun hâkimiyetten çıkarılması, bir kölenin azat edilmesi veya bir davadan feragat gibi, ahlaka aykırı olmayan bir amaç [*ob rem non inhonestam*] için para verilmişse, amacın gerçekleşmesi hâlinde verilen paranın iadesi istenemez.” (Çev., TÜREL, Hukuki Sebep, s. 13)

¹⁸² D.12.5.9.pr (Paulus libro quinto ad Plautium): “*Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, conductione me recte acturum responsum est: quamvis enim propter rem datum sit causa secuta sit, tamen turpiter datum est.*”

D.12.5.9.pr (Paulus, Plautius 5. Kitaptan): “Eğer sana kullanman için kıyafetlerimi ödünç verirsem ve kıyafetlerin iadesi için de para ödersem, parayı bir *condictio* davası ile geri alabilirim: çünkü para belli bir amaç için ödenmiş, amaç da gerçekleşmiş olsa bile ahlaka aykırıdır.” (Çev., TÜREL, Hukuki Sebep, s. 13)

Bir görüşe göre, *res*, karşı edimi ifade eder¹⁸³. Bir yapma (*facere*) veya verme (*dare*) edimine karşılık bir malın mülkiyeti geçirildiğinde *datio ob rem* vardır. *Causa*'nın ise esasen devredenin amacı olduğu belirtilmiştir¹⁸⁴. Bu tanımlar uyarınca, *causa*'nın, *res*'i de kapsayan, daha geniş bir kavram olduğu söylenebilir. Zira, devredenin saikinin/amacının karşı edim elde etmek olduğu hallerde *causa* ve *res* örtüşür. O halde *datio ob rem*'in aynı zamanda bir *datio ob causam* olduğu sonucuna varılabilir¹⁸⁵. Belirtilmelidir ki *datio ob rem* ve *datio ob causam* arasındaki anlam farkı zamanla azalmış, Klasik Devrin sonlarında *datio ob causam*, *datio ob rem*'in yerini almıştır¹⁸⁶. *Digesta*'da aktarılan metinler bu değişime işaret eder. Paulus iki kavram arasındaki ayrımın farkında olmakla¹⁸⁷ birlikte birçok metinde iki kavramı birbirinin yerine kullanmıştır¹⁸⁸. Ulpianus ise genel olarak *datio ob causam* kavramını tercih etmiş, istisnaen *datio ob rem* kavramını kullanmıştır. Bu durum, *datio ob causam*'ın, *datio ob rem*'in yerine geçtiği şeklinde yorumlanabilir¹⁸⁹.

Ezcümle, *condictio cds* açılabilmesi için *datio*'nun gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir amaç uğruna yapılması gerekir. Bu amaç karşı edimin elde edilmesi olabileceği gibi devralanın davranışıyla bağlantılı olmayan, gelecekle gerçekleşecek herhangi bir olayı veya durumu da kapsayabilir. İsimsiz sözleşmeler açısından amaç, karşı edimin elde edilmesidir¹⁹⁰.

¹⁸³ TÜREL, Hukuki Sebep, s. 15; CHAUDET, s. 104.

¹⁸⁴ TÜREL, Hukuki Sebep, s. 15. Chaudet'ye göre, Klasik hukuk döneminde *res* ve *causa* eş anlamlı olarak kullanılmakla beraber, Klasik sonrası dönemde *causa*'nın anlamı devredenin amacı şeklinde değişmiştir, bkz. CHAUDET, s. 117-122.

¹⁸⁵ TÜREL, Hukuki Sebep, s. 15. Ancak Schwarz bu sonuca karşı çıkar ve *datio ob causam*'ın, yalnızca, karşılıksız kazandırma yapma saikiyle gerçekleştirilen işlemler olduğunu savunur, bkz. Schwarz'dan aktaran CHAUDET, s. 98.

¹⁸⁶ SOBCZYK, Datio, s. 365.

¹⁸⁷ D.12.5.1pr.; D.22.1.38.1.

¹⁸⁸ D.12.6.65.3; D.12.5.2; D.12.5.9.pr.

¹⁸⁹ SOBCZYK, Datio, s. 366.

¹⁹⁰ Sobczyk, mahkeme dışı sulh sözleşmesi kapsamında yapılan ifa (*datio ob transactionem*) bakımından bu amacın kısmen farklılaştığına dikkat çeker. Zira, bu sözleşmede davacının davasından feragat etmesine karşılık davalı, dava bedelinin bir kısmını ödemeyi kabul eder. Yazar, ödeme yapan tarafın amacı karşı tarafın davranışıyla bağlantılı olsa da tipik anlamıyla bir karşı edimden söz edilemeyeceği fikrindedir, bkz. SOBCZYK, Datio, s. 370.

Condictio cds yoluna başvurulabilmesi için aranan son şart, beklenen ve hukuki sebep arz eden amacın gerçekleşmemesidir (*causa non secuta*). Sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği an, beklentinin boşa çıktığı andır¹⁹¹. Ancak bu andan sonra sebepsiz zenginleşmeye dayalı talepler ileri sürülebilir. İfayı gerçekleştiren kişi, hayatın olağan akışı içerisinde bir süre beklentisinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini beklemelidir. Olağan akış içerisinde makul görülebilecek bir süre içerisinde beklentinin gerçekleşmemesi halinde *causa non secuta*'nın gerçekleştiği söylenebilir¹⁹².

Amacın gerçekleşmemesinde zenginleşenin kusurunun aranıp aranmayacağı hususu önem arz eder. *Digesta*'da yer alan bazı metinlerde, zenginleşenin kusuruna bakılmaksızın, amacın imkânsızlık veya başkaca sebeple gerçekleşmemesi halinde *condictio cds* açılabilceği belirtilmiştir¹⁹³. Fakat Cod.4.6.10'de yer alan bir ifade, zenginleşenin kusurunun tartışılmasına yol açmaktadır.

Cod.4.6.10 “*Pecuniam a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non est, minime repeti posse certum est.*”

Cod.4.6.10 “Amacın gerçekleşmemesi, zenginleşenin kusurundan değil de mücbir sebepten kaynaklansa bile, bu amaç için verdiğim paranın iadesini isteyemeyeceğim kesindir.”¹⁹⁴

Alıntılanan metinde bir mantık hatası olduğu aşikardır. Bu nedenle yazarlar, metinde *interpolatio* olduğu fikrindedir¹⁹⁵. Türel bu *interpolatio*'nun gerekçesi olarak klasik dönem sonrası *datio ob rem* işlemlerinin sözleşmesel niteliğinin git gide önem kazanmasını gösterir¹⁹⁶. Yazara göre, post klasik devirde *condictio cds* ile sözleşmesel talep olan *actio praescriptis verbis*'in aynı şartlara tabi tutulmuş olmasının sonucu olarak, *condictio cds* zenginleşenin kusuruna bağlı olarak gündeme gelir. Yazar, post

¹⁹¹ ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 99.

¹⁹² TÜREL, Sinallagma, s. 375; CHAUDET, s. 72. .

¹⁹³ Örnek olarak D.12.4.3.3, D. 12.4.16 ve D. 12.1.19. verilebilir.

¹⁹⁴ Çev., TÜREL, Sinallagma, s. 375.

¹⁹⁵ CHAUDET, s. 73; TÜREL, Sinallagma, s. 375; SEZGİN, s. 82.

¹⁹⁶ TÜREL, Sinallagma, s. 375.

klasik dönemde *condictio cds*'nin borç ilişkisinden bağımsız niteliğinin yok olduğunu, *actio praescriptis verbis* davasının bir alternatifi olarak sözleşmesel bir talep haline geldiğini belirtir.

2. Condictio ex poenitentia

Iustinianus döneminde isimsiz sözleşmelerin borç doğurucu niteliğinin tanınmasına paralel olarak alacaklıya getirilen bir diğer imkân sözleşmeden cayma hakkıdır (*ius poenitentia*). Cayma hakkını günümüz terminolojisiyle ani edimli sözleşmeler açısından dönme, sürekli edimli sözleşmeler açısındansa fesih hakkı olarak anlamak gerekir.

Yalnızca isimsiz sözleşmeler için getirilen cayma hakkının Roma hukuku açısından son derece yenilikçi ve alışılmadık olduğu söylenebilir. Bu hakkın kabulüyle, edimini ifa eden taraf, karşı tarafın edimini ifa etmediği süre içerisinde, herhangi bir sebebe dayanmaksızın, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilme imkanına kavuşmuştur¹⁹⁷. İşte *condictio ex poenitentia*, sözleşmeden cayma hakkını kullanan tarafın kendi ifa ettiği edimin iadesini talep ettiği dava olarak karşımıza çıkar. Cayma hakkının kullanılmasıyla taraflar arasında isimsiz sözleşme ortadan kalkacaktır. Böylece kendisine ifada bulunulan tarafın zenginleşmesinin sebebi kalmayacaktır. Görüldüğü gibi *condictio ex poenitentia*'da da önceden var olan hukuki sebebin sonradan ortadan kalkması sebebiyle zenginleşme söz konusudur. Bu nedenle bu davanın, *condictio cds* ile eş anlamlı olduğu, hiç değilse *condictio cds*'nin bir alt türü olduğu ifade edilmiştir¹⁹⁸.

Mevcut hukuki sebebin sonradan ortadan kalkması bakımından her iki *condictio*'nun benzeştiği söylenebilir. Öte yandan *condictio cds*'de sebebin ortadan

¹⁹⁷ ZIMMERMAN, s. 858; SOBCZYK, *Condictio*, s. 185; MONIER, s. 236. Bu hakkın bütün isimsiz sözleşmeler için getirildiğinin kabulünün sözleşmeyi manasız kılacağı, bu nedenle yalnızca kaynaklarda zikredilen haller için (azat edilmek şartıyla bir kölenin teslimi, bir kölenin azatı, bir seyahat yapılması şartıyla para verilmesi) cayma hakkından söz edilebileceği yönünde aksi görüş için bkz. ARSEBÜK Esat, "Akit Mefhumu Etrafında İncelemeler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S.1, 1953, ss. 369-425, s. 389.

¹⁹⁸ ZIMMERMAN, s. 844, dpn. 68; SOBCZYK, *Condictio*, s. 185.

kalkması borçlunun edimini makul süre içerisinde ifa etmemesi veya edimin ifasının imkansızlaşmasıyla gerçekleşir. *Condictio ex poenitentia*'da sebebin ortadan kalkması, cayma hakkının kullanıldığı andır. Cayma hakkının kullanımı ise borçlunun kusuruna bağlı olmadığı gibi hakkın kullanımının bir sebebe dayandırılmasına da gerek yoktur. Kendi edimini ifa eden taraf, karşı edimin ifa edilmediği herhangi bir anda sadece fikir değiştirdiği için dahi cayma hakkını kullanabilir. Karşı edim ifa edilmişse cayma hakkı kullanılamaz¹⁹⁹. Accarias, iki *condictio* türü arasındaki bir diğer fark olarak *condictio cds*'de yalnızca verilenin iadesi talep edilebilecekken *condictio ex poenitentia*'da zenginleşmenin tamamının iadesinin mevzubahis olmasını sayar²⁰⁰.

İsimsiz sözleşmelerin borç doğurucu niteliğinin kabul edilmesinin bir sonucu olarak, bu dönemde verilen edimin iadesi talebiyle açılan davaların *condictio cds*'den ziyade *condictio ex poenitentia* olacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Hatta, *condictio ex poenitentia*'nın *condictio cds*'nin isimsiz sözleşmelerdeki özel görünümü olduğu söylenebilir. Kaldı ki, *condictio ex poenitentia*'nın *condictio cds*'ye kıyasla daha kolay açılabilirdiği düşünülürse, bu davanın daha çok tercih edilmesi kuvvetle muhtemeldir. Öte yandan, isimsiz sözleşmelerde karşı edimin ayrı bir dava ile (*actio praescriptis verbis*) talep edilebilir hale gelmesinin, *condictio*'ya olan eğilimi azalttığı tahmin edilmektedir. Ancak her iki davanın aynı anda tanınması, kendi edimini ifa eden tarafa aynen ifayı talep ve sözleşmeden dönerek verdiği iadesini talep arasında bir seçim hakkı vermiştir.

3. Actio Doli

Bu davanın temeli *dolus*'a (hile) dayanır. *Dolus*, birisini kandırmak, aldatmak ve dolandırmak amacı ile yapılan her türlü yanıltıcı hareket ve kurnazlık olarak tanımlanır²⁰¹. Yanıltıcı, aldatıcı hareketlerle kişi normalde yapmayacağı bir işlemi yapmaya sevk edilir. İlerleyen süreçte *dolus*'un kapsamı genişlemiş, iyi niyete aykırı

¹⁹⁹ SOBCZYK, *Condictio*, s. 185.

²⁰⁰ ACCARIAS, s. 32. Yazar, bu görüşünü hangi metinlere dayandığını belirtmemiş olup tarafımızca bu yoruma imkan verecek bir kaynağa erişilememiştir.

²⁰¹ D.4.3.1.2.

her türlü eylem hile sayılmıştır²⁰². Roma hukukunda hile, bir irade bozukluğu hali olmasının yanında bir haksız fiildir. İşte bu haksız fiile karşı açılacak dava, *actio doli*'dir. İlk kez yabancılar praetoru Aquilius Gallus tarafından tanınan bu dava, Roma'da haksız fiillerin ele alınış biçimi nedeniyle cezai nitelikteydi ve son derece ağır neticeleri vardı. Dava sonunda mahkûm olan kişi *infamis* (şerefsiz) ilan edilirdi²⁰³. Cezai nitelikte olması nedeniyle yalnızca hileli davranışta bulunan kişiye karşı açılır, mirasçılara karşı açılmazdı²⁰⁴. Bu dava ile hile sonucu elde edilenin iadesi veya uğranılan zararın tazmini istenirdi²⁰⁵. Iustinianus döneminde *actio doli*, tazminat davası niteliğine bürünmüştür²⁰⁶. Diğer taraftan *actio doli*, ikincil (tali) nitelikte bir dava olup ancak başka yolla koruma imkânı yoksa açılabilirdi. Bu husus Digesta'da açıkça belirtilmiştir:

D.4.3.1.1. (Ulpianus libro 11 ad edictum): “*Verba autem edicti talia sunt: “quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.”*

D.4.3.1.1. (Ulpianus, Edictum Hakkında 11. Kitap): “Beyannamenin hükümleri şu şekildedir: Bir şeyin hileli (kötü niyetle) yapıldığı ileri sürülmüşse ve bu durumda başvurulacak başka bir dava yolu bulunmuyorsa ve ayrıca haklı bir sebep olduğu görülürse dava hakkı tanıyacağım.”

İsimsiz sözleşmeler alanında *actio doli*, *facio ut des* ve *facio ut facias* hallerinde uygulama alanı bulur²⁰⁷. İsimsiz sözleşme çerçevesinde verme edimini ifa eden ancak karşı edimi elde edemeyen taraf, *actio doli* ile zararının tazminini talep edebilir. İsimsiz sözleşmelerin borç doğurucu niteliğinin kabulü ve *actio praescriptis verbis* tanınana kadar geçen süreçte *actio doli facio ut des* ve *facio ut facias* hallerinde

²⁰² RADO, s.155.

²⁰³ D.3.2.4.5.

²⁰⁴ Inst. 4.12.1.

²⁰⁵ RADO, s. 156; SÖĞÜTLÜ, s. 659.

²⁰⁶ RADO, s. 156.

²⁰⁷ DI MARZO, s. 453-454.

başvurulabilecek yegâne hukuki imkan olarak karşımıza çıkar. Paulus, *facio ut des* hali için²⁰⁸ bu hususu açıkça belirtir:

D.19.5.5.3. (*Paulus libro quinto quaestionum*): “*Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.*”

D.19.5.5.3 (Paulus, Sorular, 5. Kitap): “Bir şey vermen karşılığında bir şey yapmayı kabul edersem ve ben o şeyi yaptıktan sonra sen bana vadettiğini vermezsen, bu durumda *ius civile*’den doğan dava açılmaz, ancak hile davası tanınır.”

Actio doli’nin tali niteliği, *do ut des* ve *do ut facias* hallerinde uygulanmasının büyük oranda önüne geçer. Zira bu durumlarda, genellikle verilenin iadesi *condictio* ile talep edilebilir. Ancak bir verme ediminin söz konusu hallerde de *actio doli*’ye başvurma ihtimali ortaya çıkabilir. Digesta 19.5.5.2’de bahsedilen senaryo konuya ilişkin açıklayıcı bir örnektir.

D. 19.5.5.2. (*Paulus libro quinto quaestionum*): “(...) *Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumissisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem.*”

D. 19.5.5.2. (Paulus, Sorular 5. Kitap): “(...) Ancak, köleni azat etmen karşılığında sana bir köle versem ve sen köleni azat etsen ve fakat zapt nedeniyle sana verdiğim köle elinden alınsa, eğer ben başkasının malı olduğunu bilerek sana verdimsem, Julianus bana karşı hile davası (*actio doli*) açılması gerektiğini, eğer bilmiyorsam, *actio in factum civilem* açılacağını söylüyor.”

İlgili metinde bir kölenin azat edilmesi karşılığında başka bir kölenin verilmesine yönelik bir sözleşme mevcuttur. *Do ut facias* kapsamına giren bu sözleşme uyarınca bir köle verilmiş ve karşılığında başka bir köle azat edilmiştir. Azattan sonra ise verilen

²⁰⁸ Bu ihtimal, mevcut *ius civile* sözleşmeleriyle analogi kurulamaması sebebiyle genel nitelikteki bir dava ile ifa menfaatinin korunabileceği fikrinin en geç yerleştiği isimsiz sözleşme türüdür.

köle zaptedilmiştir. Kölesini azat eden ancak karşılığında anlaşılan kölenin hakimiyetini elde edemeyen tarafın zapta karşı hangi hukuki imkana sahip olduğu ikili bir ayrımla değerlendirilmiştir. Eğer devreden kişi kölenin başkasına ait olduğunu bilmiyorsa ona karşı *actio in factum civilis* açılır. Buna karşın eğer devreden kişi kölenin kendisine ait olmadığını biliyor ve buna rağmen devrediyorsa burada aldatıcı, yanıltıcı bir davranış vardır ve *actio doli* açılabilir.

D.19.5.16.1’de, *actio doli*’ye başvurulabilecek bir başka olaya yer verilmiştir.

D.19.5.16.1. (Pomponius libro 22 ad Sabinum): “*Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. Nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.*”

D.19.5.16.1. (Pomponius, Sabinus Şerhi, 22. Kitap): “Bana çiftliğine tohum ekmem ve mahsulü toplamam için izin verdin. Tohumu ektim, fakat mahsulü almama engel oldun. Aristo, burada *ius civile*’den doğan davanın olmadığını söyler. *In factum* bir davanın tanınıp tanınamayacağı düşünülebilir. Ama hileye dayalı bir davanın (*actio doli*) açılacağı şüphesizdir.”

Bu örnekte, toprağın ekilmesi ve sonrasında mahsulün alınmasına müsaade edilmesine yönelik bir anlaşma söz konusudur. Toprak sahibi, karşı tarafça ekim yapılmasına rağmen mahsulün alınmasına müsaade etmemiştir. Bu durumda herhangi bir *actio civil* açılmazken *actio doli* açılacağı sonucuna varılmıştır. Olaya konu sözleşmenin mantığını anlamak ve nitelenmek meşakkatlidir. Bir taraf toprağı ekecek, toprak sahibi ise bunun karşılığında mahsulün toplanmasına müsaade edecektir. Toprağı ekip mahsulü elde edecek tarafın bunun karşılığında toprak sahibine karşı bir yükümlülük altına girip girmediği metinden anlaşılamamaktadır. Bu da sözleşmenin nitelenmesini zorlaştırmaktadır. Ancak metnin yer aldığı Digesta bölümü dikkate alındığında bu kullanımın tamamen karşılıksız olmadığı söylenebilir. Zira bir eşyanın karşılıksız kullanımının söz konusu olduğu halde kullanım ödöncü sözleşmesinden bahsedilir. Karşılığın bir para olduğu da söylenemez zira bu durumda bir kira sözleşmesi mevzu bahis olurdu. Bir ihtimal, metinden anlaşılmamakla birlikte toprak sahibine başkaca bir karşılığın sağlanmış olmasıdır. Bir başka ihtimal ise, toprağın boş

kalmak yerine ekiliyor olmasının toprak sahibinin menfaati olarak yorumlanmasıdır. Bir tarım arazisinin ekilmemesinin onun verimini etkilediği göz önüne alındığında, bu menfaat anlaşmanın akdedilmesi için yeterlidir. Bu menfaate karşılık toprak sahibi, mahsullerin toprağı eken kişi tarafından alınmasına müsaade etmekle yükümlüdür. Özetle, alıntılanan metinde *actio doli* tanınan dar anlamda isimsiz sözleşme şu şekilde formüle edilebilir: toprağını ekmek karşılığında (*facio*) mahsulleri almama müsaade edeceksin (*facias*).

C. Sözleşme İlişkisine Dayanan Davalar

Sözleşmeye dayanmayan koruma vasıtalarının “isimsiz sözleşmeleri” tam anlamıyla koruduğu söylenemez. Bu vasıtalar yalnızca aralarındaki anlaşmaya güvenerek ve karşı tarafın kendi edimini ifa edeceği inancıyla edimini ifa eden tarafın uğradığı hakkaniyetsizliğin önüne geçmeyi hedefler. Nitekim, sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir talebin varlığı, bir sözleşmenin mevcudiyetinin reddi anlamına gelir. Bir sözleşme var olmamalıdır ki, zenginleşme “sebepsiz” olsun. Sebepsiz zenginleşmeye içkin olan bu özellik nedeniyle, *condictio* talebinin “isimsiz sözleşmeleri” koruduğu söylenemez. *Actio doli*’nin haksız fiil temeline dayanması, bu vasıtanın da “isimsiz sözleşmeleri” korumaya yönelmediğini gösterir. İsimli sözleşmelerin, sözleşme olarak korunduğunun söylenebilmesi için sözleşmeye dayalı taleplerin ileri sürülebilmesi, sözleşmeden dava edilebilir bir borç doğduğunun kabulü gerekir. Bir taraf edimini ifa etmişken diğer tarafın etmemesi yüzünden doğan hakkaniyetsizliğin ortadan kaldırılması yerine edimini ifa eden tarafın karşı ifaya olan menfaati korunmalıdır. Bu itibarla, karşı tarafın aynen ifaya zorlanabilmesi, edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan zararların talep edilebilmesi halinde isimsiz sözleşmelerin korunduğu söylenebilir. İşte bu imkân, isimsiz sözleşmelere *actio* tanınarak sağlanmıştır.

Roma kaynaklarında gerek geniş anlamda gerek dar anlamda isimsiz sözleşmelere tanınan *actiolar*’ın *actio in factum*, *actio in factum civilis*, *actio civilis incerti*, *actio praescriptis verbis* gibi çok farklı isimlerle anıldığı görülmektedir. Bu kadar farklı isimlendirmenin nedeni olarak *Corpus Iuris Civilis*’in derleyicilerinin umursamazlığı,

kayıtsızlığı gösterilmektedir²⁰⁹. Farklı kavramların eş nitelikte görülmesi için bir araya getirildiği ve *interpolatio*'ya uğratıldığı da ileri sürülmüştür²¹⁰. Ayrıca bu kadar farklı isimlendirmenin, isimsiz sözleşmelerin klasik hukuk kökenli olduğuna işaret ettiği söylenmektedir²¹¹. Iustinianus döneminde ise, *actio praescriptis verbis*'in isimsiz sözleşmelerin korunması için kabul edilen genel nitelikteki dava olduğu kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, isimsiz sözleşmelere tanınan davalar, önceki dönemlerde farklı görünümlere sahip olmakla birlikte Iustinianus dönemindeki genel uygulama *actio praescriptis verbis* idi²¹².

Bu kadar fazla isimlendirme konunun incelenmesini karmaşıktırmakta, her dava türünün çok farklı şekillerde yorumlanmasına sebebiyet vermektedir. Roma kaynaklarının sınırlılığı konuya ilişkin resmin tamamlanmasını engellemekte, öğretinin yorumuna açık geniş bir alan bırakmaktadır. Bu doğrultuda, isimsiz sözleşmeler üzerine çalışmış yazarların anılan dava türlerine farklı anlamlar atfettikleri ve farklı şekillerde konumlandıkları görülmüştür.

Bazı yazarlar bütün bu farklı isimlerdeki dava türlerinin hepsini *actio praescriptis verbis* adı altında incelemektedir²¹³. Tahminimizce ortak başlık olarak *actio praescriptis verbis*'in seçilmesinin gerekçesi bu davanın Iustinianus döneminde kabul gören ve genel uygulama alanına sahip olan dava olmasıdır. Ayrı bir görüş ise *actio praescriptis verbis*'in *in factum* davaların bir türü olduğunu ve *civil* nitelikte olduğunu

²⁰⁹ MEYLAN, s. 68.

²¹⁰ PERNICE, s. 253.

²¹¹ MEYLAN, s. 87. Klasik Hukuk döneminde, bir anlaşma uyarınca kendi edimini ifa eden tarafın karşı edimin ifasına olan menfaatinin korunması amacıyla *actio in factum*'a başvurulduğu, Klasik Hukuk dönemine ait olmamakla birlikte bu dönemdeki kavramlara dayanılarak oluşturulan "*actio incerti civilis*" ve "*actio in factum civilis*" isimlendirilmesinin de kullanıldığı, en nihayetinde Doğu Roma Okulu tarafından genelleştirilen *actio praescriptis verbis*'e başvurulduğu yönünde ayrıca bkz. KASER Max, Das Römisches Privatrecht, Zweiter Abschnitt, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1959, (Privatrecht), s. 303

²¹² Bu davanın isminin, eski dönemdeki farklı *civil formulalar*'ı birleştiren bir tabir yaratmak amacıyla, 5. Yüzyılda Beyrut Hukuk Okulu'na mensup hukukçular tarafından geliştirildiği ifade edilmiştir, bkz. MONIER, s. 225.

²¹³ MEYLAN, s. 68; DESJARDINS, s. 622; PERNICE, s. 253. *Actio in factum civilis* ile *actio praescriptis verbis*'in aynı dava olduğu yönünde bkz. KOCHAKER/AYİTER, s. 226.

belirterek anılan dava türlerini tek bir potada eritmektedir²¹⁴. Digesta 19.5'in başlığından (*De praescriptis verbis et in factum actionibus*) yola çıkan bir başka görüş ise, Digesta hazırlanırken *agere praescriptis verbis* ile *actio in factum*'un *formula*'sının birleştirildiğini söyler²¹⁵.

Metinlerde dava isimlendirmeleri için yapılan tercihlerde ortak bir nokta, bir örüntü olmaması; anılan her dava çeşidinin *ius civile* tarafından korunan, belirli, sözleşmeler için getirilmiş spesifik bir dava türüne başvurulamadığında kullanılan genel nitelikli bir dava olması; hepsinin hakkaniyeti sağlama amacıyla farklı sözleşmesel ilişkileri (hem geniş hem dar anlamıyla isimsiz sözleşmeleri) koruma amacına yönelmesi dikkate alındığında ortak bir başlık altında incelenmeleri makul görünmektedir. Böylesi bir incelemenin konunun anlaşılmasını kolaylaştıracağı da göz ardı edilemez bir gerçektir. Ne var ki böylesi bir sonuca varmak için öncelikle kaynaklarda geçen dava türlerinin ayrı ayrı incelenmesinin sistematik olarak daha doğru olduğu fikrindeyiz. Bu itibarla ilk olarak *actio in factum*, *actio in factum civilis*, *actio civilis incerti* ele alınacak akabinde *actio praescriptis verbis* hem Roma kaynaklarında alıntılandığı haliyle hem de bir üst başlık olarak değerlendirilecektir.

1. Actiones in factum ve actiones in factum civilis

In factum davalar, *praetorlar*'ın *ius civile* tarafından korunmayan, fakat hakkaniyet gereği, *equo et bono* korunmaya değer hukuki ilişkileri korumak için yarattığı hukuki yolun genel adı olduğuna yukarıda değinilmişti²¹⁶. *In factum* davaların yalnızca isimsiz sözleşmelerin korunması için kullanılmadığının altı çizilmelidir. Nitekim, Roma hukukunda tanınan haksız fiillerden birinin kapsamına girmemekle birlikte günümüzdeki anlamıyla haksız fiil sorumluluğuna giren çeşitli ihtimallerde *actio in factum* tanınacağına yönelik metinlere rastlanmaktadır (bkz. D. 19.5.14 ve 19.5.23).

²¹⁴ DI MARZO, s. 452.

²¹⁵ YILDIZ, s. 102.

²¹⁶ Bkz. Yuk. I.D.4

Julianus'tan aktarılan görüşlerde *actio in factum* tanınan isimsiz sözleşmelere farklı örnekler görürüz. Bu örneklerden ilki D.19.5.13.1'te yer alan kat karşılığı inşaat sözleşmesidir.

D.19.5.13.1. (*Ulpianus libro 30 ad Sabinum*): 1. *Iulianus libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorrere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit: competit igitur pro socio actio. Sed si forte puerum dominii tui fecero, idem se quod in area dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo est? In factum putat actionem iulianus dandam, id est praescriptis verbis. (...)*"

D.19.5.13.1 (Ulpianus, Sabinus Şerhi, 13. Kitap): "Julianus Digesta'sının 11. Kitabında şöyle yazar: Üzerine çok katlı bir yapı (*insula*) yaptıktan sonra yapı üzerinde bana bir pay vermen karşılığında sana arsamın mülkiyetini devretsem, bu durumda bir alım satım sözleşmesi söz konusu değildir, çünkü satım bedeli yerine kendi malımdan bir pay alıyorum; karşılıksız olmadığı için, vekalet sözleşmesi de yoktur; ortaklık ilişkisine giren kimse, malı üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmeyeceği için şirket sözleşmesi de değildir. Fakat ben sana genç bir köleyi eğitmek ya da bir sürüyü otlatmak için versem ve birkaç yıl sonra köleyi veya sürüyü satıp, satış bedelini aramızda paylaşmak hususunda anlaşsak, bu durum arsanın verilmesinden farklıdır. Çünkü, bu durumda kişi, ilk örnekten farklı olarak verilenler üzerinde malik olmaya devam etmektedir, bu durumda şirket sözleşmesinden doğan dava açılır. Fakat seni genç kölenin maliki yaparsam, arsa durumunda söylenilen geçerli olacaktır, çünkü mülkiyet artık ilk malike ait değildir. Peki sonuç nedir? Julianus, *actio in factum*, yani *praescriptis verbis* tanınması gerektiğini düşünüyor. (...)"

Aktarılan metinde taraflar arsa mülkiyetinin verilip üzerine bina yapıldıktan sonra arsa sahibine inşa edilen yapıdan bir pay verilmesi konusunda anlaşmıştır. Bu örnekte

satış ve vekalet sözleşmelerinin varlığı tartışılmış ancak her ikisinin de kapsamına girmeyeceği sonucuna varılmıştır.

Bir diğer örnekte ise bir kölenin azat edilmesine karşılık başka bir kölenin verilmesini konu olan bir sözleşme vardır. Azattan sonra teslim edilen kölenin zaptı halinde açılacak dava *actio in factum* olarak nitelenmiştir.

D. 2.14.7.2. (Ulpianus libro quarto ad edictum): “*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*”

D.2.14.7.2 (Ulpianus, Edictum Hakkında 4. Kitap): “Fakat, anlaşma, diğer tipik sözleşme tiplerinden birine girmemekle birlikte bir sebebe dayanıyorsa Aristo, Celsus’a, yerinde bir şekilde, bir borcun doğduğu cevabını verir, “Ben sana senin bana başka bir mal vermen karşılığında bir mal verdim; ya da senin bana bir şey yapman karşılığında ben sana bir şey verdim” örneğinde olduğu gibi. Bu bir synallagma’dır. Ve bundan, bir *civil* nitelikte bir borç doğar. Ve bu nedenle aşağıdaki olayda Julianus’un Mauricianus tarafından haklı olarak eleştirildiğine inanıyorum: Pamphilus’u azat etmen karşılığında sana Stichus’u verdim; Pamphilus’u azat ettin ancak Stichus üçüncü bir kişi tarafından zapt edildi. Julianus, *praetor* tarafından *actio in factum* tanınması gerektiğini yazar. Buna karşın Mauricianus, miktarı belli olmayan dava taleplerini içeren bir *civil* davanın (*actio incerti civilis*), yani *praescriptis verbis*’in olduğunu söylüyor. Çünkü, Aristo’nun synallagma olarak nitelediği sözleşme ortaya çıkmıştır ve dava buradan kaynaklanır.”

Desjardins bu metni Julianus'un yalnızca *actio in factum* tanıdığı, *actio praescriptis verbis* tanımadığı şeklinde yorumlamıştır²¹⁷. Desjardins'a göre bu durumda bir üstte verilen örnekten farklı olarak Julianus'un *praescriptis verbis*'ten bahsetmemesinin sebebi, zapt nedeniyle mülkiyetin geçmediğinin yani bir *datio* olmadığının ortaya çıkması, bu nedenle de *facio ut facias* halinin söz konusu olmasıdır.

Son olarak D.19.5.24'te tüketim ödücü veya vekalet sözleşmesi olarak nitelenemeyen, özellikli bir sözleşmesel ilişki vardır.

D.19.5.24.(Africanus libro octavo quaestionum): “*Titius Sempronio triginta dedit pactique sunt, ut ex reditu eius pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret computatis usuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius praestitum esset, id ex sorte decederet, aut, si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset Titius Sempronio praestaret: neque de ea re ulla stipulatio interposita est. Titius consulebat, id quod amplius ex usuris Sempronius redegisset, quam tributorum nomine praestitisset, qua actione ab eo consequi possit. Respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi: verum in proposito videndum, ne non tam faenerata pecunia intellegi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum, nisi quod ultra semissem consecuturus esset: sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset vel vacuam habuisset, dicendum nihil eum eo nomine praestare debuisse. Quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari, praesertim cum illud quoque convenisset, ut quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum ius et causam pecuniae creditae excedat.*”

D.19.5.24.(Africanus, Sorular, 8. Kitap): “Titius, Sempronius'a otuz verdi ve şu hususta anlaştılar: Bu paradan elde edilecek gelirle, yüzde 6 oranında faiz hesaplandıktan sonra, Titius'un ödemesi gereken vergiyi Sempronius karşılayacaktı. Eğer vergi olarak ödenen meblağ, faiz miktarından az olursa, aradaki

²¹⁷ DESJARDINS, s. 629.

farkı Sempronius Titius'a iade edecekti. Şayet ödenen vergi miktarı faizi aşarsa, bu fazla kısım anapara üzerinden düşülecekti. Ve eğer toplam vergi ödemesi anaparayı ve faizi aşarsa, bu fazlalığı Titius, Sempronius'a ödeyecekti. Ancak bu hususta hiçbir *stipulatio* yapılmamıştı. Titius elde edilen faizin ödenen vergiyi aşan kısmını, Sempronius'tan hangi dava türüyle geri alabileceğini sordu. [Julianus] şu cevabı verdi: Gerçekten de, ödünç verilen para için faiz, eğer bu *stipulatio*'da kararlaştırılmadıysa istenemez. Ancak burada anlatılan durum, faizli para ödöncü ilişkisinden çok, aralarında bir vekalet akdi yapıldığı izlenimini vermektedir, tabi bu, elde edilen kazanç yalnızca yüzde altı oranını geçmediği sürece geçerlidir. Ancak şu da açıktır ki, bizzat anaparanın iadesi talebi bile, sıradan bir ödünç ilişkisine dayanmamaktadır. Zira, eğer Sempronius bu parayı kötü niyet olmaksızın kaybetmiş veya gelir getirmeden elde tutmuş olsaydı, bu durumda herhangi bir tazmin yükümlülüğü de söz konusu olmazdı. Bu nedenle, olayın şartlarına göre *praescriptis verbis* bir *actio in factum* açmak daha güvenli olur; özellikle de şu hususta da anlaşma sağlanmış olduğu dikkate alındığında: Faizlerden elde edilenden daha fazla ödeme yapılmışsa, bu fazla kısım anaparadan düşülecekti. Bu durumun kendisi bile, sıradan bir para ödöncü ilişkisinin ötesine geçmektedir.”

D.19.5.24. ve D.19.5.13.1.'de *in factum* davadan bahsedilirken, *praescriptis verbis* ifadesinin de kullanılmış olması göze çarpmaktadır. Bu durum, açılacak *in factum* davaların *formula*'sında belirli bazı kelimelerin kullanımının arandığına işaret ettiği şeklinde yorumlanabileceği gibi *praescriptis verbis* kısımlarının *interpolatio* olduğu da ileri sürülebilir. Öte yandan D.16.3.1.9'da aynı hukukçudan aktarılan görüşte *actio praescriptis verbis* tanınmasına rağmen *actio in factum*'dan bahsedilmemiştir.

Benzer bir kullanım şekline Gaius'tan aktarılan D. 19.5.22'de de rastlanmaktadır.

D.19.5.22. (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*): “*Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quod si neque gratis hanc operam suscepseris neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit,*

placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis.”

D. 19.5.22 (Gaius, Edictum Provinciale’ye ilişkin onuncu kitap): “Eğer sana giysileri süslemen veya onarman için verdiğem, bu işi ücretsiz olarak üstlendiysen, bu bir vekalet sözleşmesidir; eğer ücret verilmişse ya da ücret kararlaştırılmışsa, bu durumda bir *locatio conductio* (kira veya hizmet sözleşmesi) ilişkisi söz konusudur. Ancak, eğer sen bu işi ne ücretsiz olarak üstlendiysen ne de ücret derhal ödenmiş veya belirlenmişse, fakat iş, aramızda daha sonra belirlenecek ücretin ödenmesi niyetiyle yapılmışsa, bu durum yeni bir hukuki ilişki (*novo negotio*) gibi değerlendirilir ve *actio in factum*, yani *praescriptis verbis* bir dava açılması gerektiği kabul edilir”

Actio in factum ile karşı edanın ifası (aynen ifa) talep edilirdi²¹⁸. Buna karşın *actio in factum*’un konusunun verilenin iadesi talebinden oluştuğu da belirtilmiştir²¹⁹. Yukarıda yer verilen metinlerde tam bir açıklıkla belirtilmemiş olmakla birlikte, D.19.5.24 ve D.19.5.22’de talebin aynen ifa olduğu, D.2.14.7.2’de ise azat edilen kölenin iadesi mümkün olmadığından ancak zapt nedeniyle uğranılan zararın tazmininin talep edilebileceği kanaatindeyiz.

Actio in factum’un *praetor* hukuku kökenli olması karşısında *actio in factum civilis* kavramı bir anomali gibi görünebilir. Bir görüşe göre *praetor* hukukuna dayanan *actio in factum*’ların *ius civile*’e geçmesi sonucu söz konusu dava *civilis* ekini almıştır²²⁰. Bu öğretinin geçmişte kaldığını savunan aksi görüşe göreyse, *actio in factum* davanın *praetor* tarafından tanınması anlamına gelir; bu davanın formulası *in factum concepta* olabileceği gibi *in ius (civile) concepta* da olabilir²²¹. Nitekim *actio depositi* ve *actio commodati*’de durum budur²²².

²¹⁸ KOCHAKER/AYİTER, s. 226.

²¹⁹ YILDIZ, s. 72; THAYER James B., “*Actio Praescriptis Verbis*”, Tulane Law Review, C. 19, S. 1, 1944-1945, ss. 62-78, HeinOnline, s. 68

²²⁰ KOCHAKER/AYİTER, s. 226; MEYLAN, s. 64.

²²¹ ZHANG, s. 491.

²²² Gaius, Inst., 4.47.

Digesta’da *actio in factum civilis* toplamda üç metinde geçer. Bu metinlerin ikisi D.19.5.1.1 ve D.19.5.1.2 yer alan ve yukarıda açıkladığımız Labeo’ya ait görüşlerdir. Son metin ise D.19.5.5.2’dir. *Praetor* hukuku ile *ius civile*’in kaynaşması sonucu *actio in factum civilis* kullanımının ortaya çıktığı görüşüne karşı olan Zhang’e göre, *actio in factum civilis* tanınan hallerin ortak noktası *ius civile* tarafından tanınan ve korunan menfaatlerin mevcudiyeti ve dava *formula*’sının *in ius concepta* olmasıdır²²³. Labeo’nun görüşlerini aktarırken açıkladığımız üzere Zhang, D.19.5.1.1 ve D.19.5.1.2’de bir isimsiz sözleşme olmadığı, uyuşmazlığa konu sözleşmenin nasıl nitelendirileceğinin henüz belli olmaması nedeniyle *ius civile* davalarına başvurulamadığı fikrindedir²²⁴. D.19.5.5.2’de bahsedilen durum ise farklıdır.

D. 19.5.5.2. (*Paulus libro quinto quaestionum*): “(...) *Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumissisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem.*”

D. 19.5.5.2. (*Paulus, Sorular 5. Kitap*): “(...) Ancak, köleni azat etmen karşılığında sana bir köle versem ve sen köleni azat etsen ve fakat zapt nedeniyle sana verdiğim köle elinden alınsa, eğer ben başkasının malı olduğunu bilerek sana verdiysem, Julianus bana karşı hile davası (*actio doli*) açılması gerektiğini, eğer bilmiyorsam, *actio in factum civilem* açılacağını söylüyor.”

Bu metindeki sözleşmenin konusu bir kölenin azadı karşılığında başka bir kölenin verilmesidir. *Actio in factum civilis*’e konu edilen uyuşmazlık ise teslim edilen kölenin zaptıdır. Oysa, yukarıda alıntıladığımız üzere D.2.14.7’de birebir aynı uyuşmazlığa *actio in factum* tanınmıştır. İki metin arasındaki açık çelişki karşısında, D.19.5.5.2’deki *civilis* kısmının *interpolatio* olması akla gelen ilk açıklamadır. Zhang ise her iki metindeki kullanımının birbiriyle bağlantılı olduğu, iki olayda da alım satım sözleşmesinde alıcının zapta karşı korunması fikrinden yola çıkıldığı kanaatindedir²²⁵. Korunmak istenen menfaat *ius civile*’in tanıdığı ve koruduğu bir menfaat olmakla birlikte *emptio-venditio* sözleşmesi olmaması nedeniyle *actio empti*’ye

²²³ ZHANG, s. 502.

²²⁴ ZHANG, s. 496-497.

²²⁵ ZHANG, s. 501.

başvurulamamaktadır. Zapta karşı başvurulacak *in factum* davanın *formula*'sı, *civilis* bir davaya (*actio empti*) dayanarak oluşturulacağı için *actio in factum civilis*'ten bahsedilir²²⁶.

Ezcümle, *actio in factum* ve *actio in factum civilis*, isimsiz sözleşmelerin farklı görünümünde tarafların menfaatlerini korumak için kullanılmış davalardır. *Actio in factum* tanınan metinlerde yer alan isimsiz sözleşmelerin bir kısmı için (D.19.5.13.1, D. 19.5.24) çeşitli *ius civile* sözleşmeleriyle benzerlik kurmak ve *ius civile* tarafından tanınan ve korunan menfaatlerin varlığından söz etmek mümkündür. Bu nedenle, kanaatimizce bu iki davanın isimlendirilmesinde farklılığın *civilis* ibaresinin *interpolatio* olmasıyla açıklanması daha doğrudur.

2. Actio incerti civilis

Actio incerti civilis isimlendirmesi, davanın içeriğine dair ipuçları taşır. Adlandırma davanın *civil* karakterine olduğu kadar *intentio* kısmının (*in ius*) *incerta* olduğuna da işaret etmektedir²²⁷. Bu dava, tanındığı durumlar ve ileri sürülebilecek talepler açısından *actio praescriptis verbis* ile eşmiş gibi ele alınmaktadır²²⁸. Bu itibarla, *actio incerti civilis*'in bir sözleşmede kendi edimini ifa etmiş olmasına rağmen karşı edimi elde edemeyen tarafı korumaya yönelik olarak getirilen bir dava olduğu söylenebilir.

Actio incerti civilis'in dar anlamda isimsiz sözleşmeleri koruyan bir dava türü olarak ilk önerilişine Aristo'da ve Mauricianus'ta rastlarız. D.2.14.7.2'de²²⁹ Ulpinianus'un aktardığı ve katıldığı görüşe göre, *synallagma*'nın varlığı halinde karşı edimi elde edemeyen taraf *actio incerti civilis* davasına başvurabilir. Bu metinde, açılacak davadan bahsedilirken *praescriptis verbis* olmasına da değinilmesi, *actio incerti civilis* ile *actio praescriptis verbis*'i eş ele alan görüşleri destekler

²²⁶ ZHANG, s. 501.

²²⁷ MEYLAN, s. 62; ZHANG, s. 500

²²⁸ MEYLAN, s. 61-62; ZHANG, s. 500. Bu davanın *actio in factum civilis* ile aynı şey olduğu yönünde farklı bir görüş için bkz. PERNICE, s. 255.

²²⁹ Bkz. Yuk. s. 48.

niteliktedir²³⁰. Aktarılan olayda, *actio incerti civilis*'in zapta karşı sorumluluk kapsamında tanınması, bu davanın içeriğinin karşı edimin ifası talebiyle sınırlı olmadığını göstermektedir.

Aristo, *actio incerti civilis*'i yalnızca veriyorum vermek için ve veriyorum yapman için hallerinde tanıır²³¹. Ancak, farklı metinlerde yapıyorum yapman için (D. 19.5.9) ve yapıyorum vermek için (D.10.3.23²³²) hallerinde de *actio incerti civilis* 'e başvurma imkanına rastlanmaktadır. Bu metinlerin Aristo'dan sonra yaşamış hukukçulara ait olduğu, bu kapsamda isimsiz sözleşmeler öğretisinin gelişimine paralel olarak dava hakkı tanınan ihtimallerin arttığı gözden kaçırılmamalıdır.

Actio incerti civilis tanınan bir başka metin Neratius'a aittir.

D.19.5.6 (Neratius libro primo responsorum): “*Insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi. Respondit nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est.*”

D.19.5.6 (Neratius, Cevaplar, Birinci Kitap): “Çok katlı bir yapıyı (*insula*), başka bir yapıyı tamir etmen karşılığında sattım. Neratius şu cevabı verdi: Bu durumda bir satış sözleşmesi yoktur, ancak *actio incerti civilis* açılmalıdır.”

Aktarılan olayda, çok katlı bir yapının (*insula*) tamiri karşılığında başka bir yapının “satışı” söz konusudur. Bir verme edimine -yapının devri- karşılık olarak yapma ediminin -tamirat- söz konusu olduğu bu sözleşmenin dar anlamda bir isimsiz sözleşme olduğu söylenebilir. Metin uyumsuzluğa dair son derece sınırlı bilgi vermekte

²³⁰ Benzer şekilde, D. 19.5.8'de “*praescriptis verbis incerti*”den bahsedilmektedir. D.2.14.7.2'deki “*id est praescriptis verbis*” ifadesinin interpolatio olduğu yönünde bkz. **GIFFARD**, Actio, s.339

²³¹ D.19.5.16.1'de yer alan yapıyorum vermek için halinde Aristo'nun *actio in factum* tanınmasının, *civil* nitelikli bir davayı yalnızca veriyorum vermek için ve veriyorum yapman için hallerine özgülediğine delalet ettiği yönünde bkz. **GIFFARD**, Actio, s. 341.

²³² Giffard burada yapıyorum yapman için formülünde bir sözleşme olduğu kanaatindedir, bkz. **GIFFARD**, Actio, s. 343. Metinde, toprağın ortaklarca ekilip, yetişen ürünlerin yıldan yıla dönüşümlü olarak alınmasını konu edinen bir sözleşme vardır. Ortakların ekip biçme borcuna karşılık olan borcun belirlenmesi bir yorum meselesidir. Toplanan ürünlerin verilmesi olarak nitelendiği takdirde bir verme borcu söz konusuysen hasadın gerçekleştirilmesi olarak nitelendiğinde bir yapma borcu söz konusudur.

olup yapının tesliminin gerçekleşip gerçekleşmediği belli değildir. Bu kapsamda, Neratius'un *actio incerti civilis*'e başvurulabilmesi için edimin ifasını, başka bir anlatımla isimsiz sözleşmelerin aynı nitelikte olmasını arayıp aramadığı anlaşılamamaktadır²³³.

3. Actio praescriptis verbis

Praescriptis kelimesi, önce anlamına “*pre*” ile yazmak anlamına gelen “*scribere*” kelimelerinin bir araya gelmesiyle oluşmuştur. Bu usul, davacının davanın başında olayı bildirmeye mecbur olduğu, “kullanılması zorunlu kelimeleri kapsayan” dava olarak tanımlanabilir²³⁴. Genel uygulamada, *formula*'nın ilk kısmı olan *demonstratio*, davaya temel teşkil eden ilişkinin hukuki adıyla anılır (Gaius, Inst. 4.40.). Ancak *actio praescriptis verbis* davasına yol açan sözleşmenin hukuki bir “ismi” olmadığından, onu *demonstratio* kısmında adlandırmak imkansızdır. Bu nedenle ilişkiye göre adlandırma yerine, sözleşmesel ilişkinin unsurları, içeriği açıklanır.

Actio praescriptis verbis, Iustinianus zamanında dar anlamda isimsiz sözleşmelerin varlığı halinde başvuru genel nitelikteki dava formuna kavuşmuştur. Ne var ki, bu dava sadece dar anlamda isimsiz sözleşmeleri (*synallagma*'yı) korumaya yönelmediği gibi bu amaçla da ortaya çıkmış değildir²³⁵. İlk kullanımlara, Labeo başta olmak üzere Proclianus mektebinin hukukçularında rastlanır. Labeo'nun görüşlerinin açıklandığı kısımda anlatıldığı üzere, Labeo'nun *praescriptis verbis*'i geniş anlamda isimsiz sözleşmeleri korur. *Praescriptis verbis*'in, sözleşmenin isimli olup olmamasına bakılmaksızın, bir borca aykırılık nedeniyle bir tarafın zarara uğradığı, fakat mevcut “isimli” davaların açılmadığı durumlarda başvuru bir hukuki yol olduğu

²³³ Her ne kadar alıntılanan metin açık olmasa da Neratius'un edimin ifasını aramaksızın, salt tarafların anlaşmasıyla borç ve dava hakkı doğduğu görüşünde olduğunun söylenemeyeceği ifade edilmiştir, bkz. ACCARIAS, s. 240. Neratius'tan sonra yaşamış Aristo'nun fikirlerinin bile yalnızca *do ut des* ve *do ut facias* ile sınırlı olması göz önüne alındığında, Neratius'un her ihtimalde dava hakkı tanımak gibi çağının çok ötesinde bir fikir geliştirdiğini söylemek pek olası değildir. Nitekim Accarias'ın da belirttiği gibi, dönemine göre böylesi yenilikçi ve ayrıkçı bir görüşün farklı hukukçularca eleştirilmesi beklenir, oysa hiçbir metinde Neratius'a getirilmiş bir eleştiri yoktur. Bu itibarla, Neratius'tan aktarılan metinde yapının mülkiyetinin devredildiği varsayılmalıdır, bkz. ACCARIAS, s. 241.

²³⁴ KOCHAKER/AYİTER, s. 226; BERGER, s. 344.

²³⁵ MEYLAN, s. 25; FIORI, s. 47.

düşünülmektedir²³⁶. Dar anlamda isimsiz sözleşmenin mevcut olmadığı ancak *praescriptis verbis* tanınan hallere örnek olarak D.19.5.20.pr²³⁷ ve D.19.5.20.2²³⁸ verilebilir.

Nitekim D.19.5.2²³⁹'de Celsus'un bilinen dava türlerine gidilemediği durumlarda *actio praescriptis verbis*'e başvurulabileceği görüşünde olduğunu görürüz. Bunun, Celsus açısından *actio praescriptis verbis*'i uygulanması yönündeki ilk görüşleri olduğu söylenebilir²⁴⁰. Zira, Celsus D.12.4.16'da veriyorum vermen için ihtimalinde başvurulabilecek tek yolun *condictio* olduğunu söyler. D.19.5.2'deki alıntı, Celsus'un *condictio* tanınması yönündeki görüşünün *actio praescriptis verbis* lehine değiştiğine

²³⁶ FIORI, s. 47.

²³⁷ **D.19.5.20.pr.** (Ulpianus libro 32 ad edictum): “Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. Et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.”

D.19.5.20.pr. (Ulpianus, Edictum hakkındaki 32. Kitaptan): “Labeo’nun metninde şu sorulmaktadır: Sana üç gün içinde beğenmezsen geri vermen kaydıyla, satılık atları denemen için verdiğim ve sen, bir gösteri binicisi olarak bu atlarla yarışa katılıp yarışı kazandıysan, fakat sonra atları satın almak istemediysen, sana karşı satışa dayalı dava açılabilir mi? Ve ben diyorum ki, *praescriptis verbis* dava yoluyla ilerlemek daha doğrudur; çünkü aramızda yapılan anlaşma, bu atları ücretsiz olarak denemen içindi, onları yarıştırmam için değil.”

²³⁸ **D.19.5.20.2.** (Ulpianus libro 32 ad edictum): “Si, cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit et, cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere.”

D.19.5.20.2 (Ulpianus, Edictum hakkındaki 32. Kitaptan): Eğer sen gümüş eşya satın almak isterken, ustası bu eşyaları sana getirmişse; eşyalar sana hoş görünmeyip, sen de bunları geri götürmesi için kölene teslim etmişsen ancak bu eşyalar senin kusurun veya kötü niyetin olmaksızın yok olmuşsa, bundan doğan zarar ustaya (satıcıya) aittir. Çünkü eşya onun rızasıyla gönderilmiştir. Ancak Labeo açıkça ifade etmektedir ki, bir şeyi saklaması veya bir yere götürmesi için teslim ettiğin kişilerin kusurlarından sen sorumlu olursun. Ve ben düşünüyorum ki, bu durum için *actio praescriptis verbis* açılabilir.

²³⁹ **D.19.5.2.** (Celsus libro octavo digestorum): “nam cum deficient vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.”

D.19.5.2. (Celsus, Digesta, 8. Kitap): “Çünkü, olağan ve yaygın olarak kullanılan davalara başvurulamıyorsa, *praescriptis verbis* dava başlatılmalıdır.”

²⁴⁰ DESJARDINS, s. 628.

işaret eder. Esasen bu değişim, Roma hukukunun gelişimiyle paralellik gösterir. Malın kendisinin veya değerinin iadesine yönelen ve iyi niyet şartıyla iade yükümünün sınırlandığı *condictio*'nun getirdiği korumanın sınırlı olması yeni hukuki yolların geliştirilmesine sebebiyet vermiştir.

Pernice'e göre *actio praescriptis verbis*'in başlangıçtan itibaren sadece *synallagma*'yı koruyan bir hukuki yol olduğu söylenemez²⁴¹. Bu *actio*, en başta ne şekilde isimlendirileceği belirsiz olan sözleşmeler için uygulanmış (bkz. D.19.5.1.1), sonrasında ise uygulama alanı çeşitlenmiştir. Bu çeşitliliğe örnek olarak ilave bir *pactum*'la genişletilmiş *ius civile* sözleşmeleri (D.16.3.1.9; D.18.1.50) ve *liber homo bona fide serviens* vekalet sözleşmeleri verilebilir. Bütün bu kullanımların sonrasında *actio praescriptis verbis*, tam iki tarafa borç yükleyen, yani Aristo'nun anlayışıyla *synallagma*'nın olduğu sözleşmelerde alacaklının başvuracağı dava türü olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere Pernice, *synallagma*'nın, *actio praescriptis verbis*'in koruduğu hallerden yalnızca biri olduğu görüşündedir²⁴². Bu görüş değerlendirilirken, Pernice'in Digesta metinlerinde *agere praescriptis verbis*, *actio in factum*, *actio in factum civilis* gibi farklı isimlerle anılan ve geniş anlamda isimsiz sözleşmeleri korumaya yönelen dava türlerinin tümünü *actio praescriptis verbis* olarak ele aldığı hatırdta tutulmalıdır.

Accarias, *ius civile*'in yetersiz kaldığı durumlar için koruma getirmeleri yönünden *actio in factum* ve *actio praescriptis verbis*'in benzeştiği fikrindedir²⁴³. Öte yandan, bu iki dava türü hizmet ettikleri gereklilikler açısından farklılık gösterir. *Actio in factum*, hiçbir şekilde dava hakkına sahip olmayan kişileri korumak için getirilmişken, *actio praescriptis verbis* halihazırda sınırlı bir dava hakkına sahip kişilere tanınan daha avantajlı bir dava türü olarak karşımıza çıkmaktadır²⁴⁴. Bunun dışında *actio in factum*'da *demonstratio* bölümü olmayıp vakıalar *intentio* kısmında açıklanırken *actio praescriptis verbis*'te hem *demonstratio* hem *intentio (in ius concepta)* vardır²⁴⁵.

²⁴¹ PERNICE, s. 252, 256.

²⁴² PERNICE, s. 256 vd.

²⁴³ ACCARIAS, s. 353.

²⁴⁴ ACCARIAS, s. 368.

²⁴⁵ ACCARIAS, s. 350.

Meylan, *actio praescriptis verbis*'in Klasik Hukuk döneminde praetoryen nitelikte olduğunu, Iustinianus döneminde ise *civil* nitelik kazandığı fikrindedir²⁴⁶. Bu doğrultuda, *actio praescriptis verbis*, *actio in factum*'un özel bir görünümüdür²⁴⁷. Esasen *actio in factum* ve *actio praescriptis verbis* genel nitelikte iki davadır. İlki *intentio*'su *in factum concepta* olan davaları ifade ederken ikincisi *formula* usulünde *formula*'nın başında yer alan belirli kelimelere atıfta bulunulan ve tek bir dava tipinden çok bir dava sınıfını ifade eden *actio*'dur²⁴⁸. Yazar, hukukçular arasında davanın isimlendirmesinin farklılaşmasını ise Proculianuslar *praescripta verba* kısmını dikkate alırken Sabinianuslar'ın *intentio*'nun *in factum concepta* olmasından hareket etmesine bağlamaktadır²⁴⁹.

Inst.4.6.28'den anlaşıldığı üzere *actio praescriptis verbis* bir iyi niyet davasıdır²⁵⁰. Öğretide bazı yazarlar, alıntılanan metinde yalnızca satış için bırakmadan (*aestimatum*) ve trampadan (*permutatio*) bahsedilmesinden hareketle, yalnızca zikredilen bu iki sözleşme için açılan *actio praescriptis verbis*'in iyi niyet davası olduğunu, kalanların ise iyi niyet davası olmadığını (dar hukuk davası olduğu) savunmaktadır²⁵¹. Ancak aksi görüş ise, her türlü sözleşmeye dayanarak açılan *actio praescriptis verbis*'in iyi niyet davası olduğu kanaatindedir²⁵². D.43.26.2'de, *precarium* sözleşmesinden doğan *actio praescriptis verbis* iyi niyet davası olarak nitelenmiştir. Institutiones'de sayılan iki halden farklı bir halin iyi niyet davası olarak nitelenmesi, Inst.4.6.28'deki sayımın sınırlayıcı olmadığına işaret etmektedir. Kaldı ki *actio praescriptis verbis*'in tanındığı durumlar ve amacı göz önünde tutulduğunda iyi niyet davası olması daha makul görünmektedir.

²⁴⁶ MEYLAN, s. 93.

²⁴⁷ MEYLAN, s. 94.

²⁴⁸ MEYLAN, s. 154.

²⁴⁹ MEYLAN, s. 93.

²⁵⁰ Inst.4.6.28: "Bundan başka bazı davalar hüsnüniyet (*bona fides*) ve bazıları dar hukuk (*strictum ius*) davalarıdır. Hüsnüniyet davaları şunlardır: alım satım, kira, vekâletsiz iş görme, vekâlet, vedia, şirket, vesayet, ariyet, rehin, tereke taksimi, müşterek mal taksimi, mirasa müteallik istihkak davaları ile kıymet takdiri ve trampa'dan doğan *praescriptis verbis* davaları. (...)" (Çev., UMUR, Inst., s.159).

²⁵¹ DESJARDINS, s. 636 (Yazar, Cujas'ın fikrini aktarmış ancak eser atfı vermemiştir).

²⁵² DESJARDINS, s. 637; ACCARIAS, s. 71.

Actio praescriptis verbis ile aynen ifa talep edilebilir²⁵³. Ayrıca D.19.5.5.1²⁵⁴, D.19.4.14²⁵⁵ ve D.19.5.7²⁵⁶ uyarınca, alacaklının sözleşmenin ifasına olan menfaatinin yani olumlu zararının tazmininin talep edilmesi mümkündür. Aynen ifanın veya olumlu zararın tazmininin talep edilebilmesi, *condictio ob potentiam*'ın bir nevi dönme hakkı olmasıyla birlikte değerlendirildiğinde isimsiz sözleşmelere tanınan davalarda ilerisi sürülebilen taleplerin borçlunun temerrüdündeki seçimlik haklara ilişkin TBK

²⁵³ DI MARZO, s. 453; KOCHAKER/AYİTER, s. 226; ACCARIAS, s. 80; YILDIZ, s. 105.

²⁵⁴ D.19.5.5.1. (Paulus libro quinto quaestionum): “Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. (...)”

D. 19.5.5.1. (Paulus, Sorular, 5. Kitap): “Bir mal almak için para veririm alım-satım sözleşmesi vardır. Fakat bir mal elde etmek için bir mal veririm, o durumda, trampa sözleşmesi alım-satım olarak kabul edilmediği için, *civil* nitelikte bir borç doğduğundan (*obligatio civilis*) şüphe yoktur. Bu ilişkiye dayanan dava, senin aldığını bana geri vermene değil, aksine kararlaştırılan malı elde edememem nedeniyle uğradığım zararın tazminine yönelir. Veya malımı elde etmek istiyorsam, mülkiyeti geçirmeme rağmen karşı edimi elde edemediğim gerekçesiyle verilenin iadesine yönelik ayrı bir dava açabilirim. (...)”

²⁵⁵ D.19.4.1.4. (Paulus libro 32 ad edictum): “Igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, conductioni locus est quasi re non secuta.”

D.19.4.1.4. (Paulus, Edictum hakkındaki 32. Kitaptan): “Dolayısıyla, taraflardan biri tarafından teslim gerçekleştirilmişse ve diğer taraf malı teslim etmek istemezse, biz, teslim edilen şeyin bize geri verilmesi için değil, taahhüt edilen malı almaya olan menfaaımız kadar tazminat talebiyle dava açarız. Ancak teslim ettiğimiz malın iadesini istiyorsak, *condictio* açılması mümkündür; çünkü işlem sanki hiç gerçekleşmemiş gibi değerlendirilir.”

²⁵⁶ D.19.5.7. (Papinianus libro secundo quaestionum): “Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.”

D.19.5.7. (Papinianus, Sorular, 2. Kitap): “Eğer sana Stichus’u azat etmen için on vermişsem ve sen bunu yerine getirmemişsen, derhal *praescriptis verbis* bir dava açar ve menfaaım ne kadarsa, onu ödemeni isterim. Eğer hiçbir menfaat söz konusu değilse, verdiğim onun iadesi için sana karşı bir *condictio* davası açarım.”

Yıldız, D. 19.5.7’deki metindeki *interest* ifadesini faiz olarak yorumlamakta ve faiz gibi yan taleplerin ileri sürülebilmesinin *praescriptis verbis*’i *actio in factum*’dan ayıran bir özellik olduğu yönünde görüş bildirir, bkz. YILDIZ, s. 73. Kanaatimizce, buradaki *interest* kelimesi menfaat anlamındadır ve esasen tarafın olumlu zararının karşılanması ifade eder. Kaldı ki, metinde yalnızca *praescriptis verbis*’ten bahsedilmiş olması *actio in factum*’da bu talebin ileri sürülemeyeceği sonucuna varmak için yetersizdir.

m. 125 ile paralellik gösterdiği göze çarpmaktadır. Son olarak, Iustinianus döneminde, *actio praescriptis verbis* ve *condictio* talepleri yarışmakta olup alacaklı istediği yönetime başvurabilirdi²⁵⁷.

IV. İSİMSİZ SÖZLEŞME OLARAK NİTELENDİRİLEN SÖZLEŞMELER

A. Genel Olarak

İsimsiz sözleşmeler, nitelikleri gereği çok farklı şekillerde akdedilebilirler. Bazı isimsiz sözleşmelere, Roma metinlerinde daha fazla rastlanmaktadır. Bunun nedeninin bu sözleşmelerin uygulamasının daha yaygın kullanılması olduğu tahmin edilmektedir. Nitekim, *permutatio* (trampa sözleşmesi) ve *aestimatum* (satış için bırakma sözleşmesi) Digesta'nın 19. Kitabında (D.19.3; D.19.4) özel olarak düzenlenmişlerdir. Bu iki sözleşmenin dışında, *precarium* (iğreti akdi) ve *transactio* (sulh sözleşmesi) da isimsiz sözleşme olarak nitelenen sözleşmelerdendir. Bu sözleşmelerin her biri, tek başına bir tez konusu oluşturabilecek niteliktedir. Oysa isimsiz sözleşmelerin gelişim sürecine ve isimsiz sözleşmelere tanınan davalara ilişkin açıklamalar tezimizin konusunun ana içeriğini teşkil etmektedir. Bu itibarla, bu başlık altında anılan dört sözleşmeye genel hatlarıyla yer verilmiş, tezin esas konusuna hizmet ettiği düşünülen noktalarda yer yer daha derinlemesine bir analiz yapılmıştır.

B. *Permutatio* (Trampa) Sözleşmesi

1. Özellikleri

Permutatio, isimsiz sözleşmelerin *do ut des* türünün en yaygın görünümüdür. Bu sözleşme ile taraflar karşılıklı olarak bir malın mülkiyetini devreder. Sözleşmenin kurulması için taraflardan birinin malın mülkiyetini devrederek kendi edimini ifa etmesi gerekir. Bu ifayla beraber karşı tarafın malı devretme yükümlülüğü doğar. Mülkiyetin nakli sonucu sözleşmenin kurulmasıyla birlikte ifa edilmemiş edimin hasarı o edimin alacaklısına -yani kendi edimini ifa etmiş tarafa- geçer²⁵⁸. Bu

²⁵⁷ MEYLAN, s. 93; TÜREL, Sinallagma, s. 376; RADO, s. 123; DI MARZO, s. 453

²⁵⁸ D.19.5.5.1. Bu sonuç, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hasarın alıcıya geçtiği *emptio-venditio* ile paraleldir.

yükümlülük yerine getirilmezse alacaklı, *actio praescriptis verbis* ile aynen ifayı talep edebileceği gibi *condictio* ile verilenin iadesini de talep edebilir²⁵⁹.

Permutatio'da zapt sorunu özellikli bir görünüme sahiptir. Zira, eğer zapt edilen mal, ilk olarak ifa edilen edimin konusuysa mülkiyet geçmediğinden bir *datio* yoktur ve bir isimsiz sözleşme olan *permutatio* kurulmamıştır. Bu durumda karşı tarafın verme edimini ifa etme yükümlülüğü yoktur. Ayrıca, edimini yerine getiren taraf iyi niyetliyse yani devrettiği malın kendisine ait olmadığını bilmiyor veya bilebilecek durumda değilse kendisine karşı bir *actio in factum* açılır²⁶⁰. Eğer malın kendisine ait olmadığını bilerek devretmişse hileli davranışı nedeniyle kendisine karşı *actio doli* açılmalıdır. Zapt, henüz ifa edilmemiş edim konusu mal üzerinde gerçekleşmişse, kendi edimini ifa eden taraf, verdiği malın iadesini *condictio* ile isteyebilir.

Paranın mübadele aracı olarak kullanılmasından önceki dönemde, malların değiş tokuşunu konu alan trampanın sosyal ve ekonomik işlevi yüksektir. Ayrıca trampanın devam eden ilişkileri teşvik ederek toplulukları bir arada tutmada yardımcı rol oynadığı belirtilmiştir²⁶¹. M.Ö. 375 yılına kadar Roma'da para tedavüle sokulmaması karşısında, bu döneme kadar malların el değiştirmesinde yalnızca trampa kullanılmıştır²⁶². Nitekim, Digesta'da dahi satış sözleşmesinin kökenin trampa olduğu ifade edilmiştir²⁶³. En ilkel ilişki biçimlerinden biri olan trampanın hukuk düzenince satış sözleşmesinden neredeyse dört yüz yıl sonra²⁶⁴, Iustinianus döneminde, isimsiz

²⁵⁹ Cod.4.64.1.; Cod.4.64.4.1..

²⁶⁰ D.19.5.5.2. (Paulus, Sorular 5. Kitap): "(...) Ancak, köleni azat etmen karşılığında sana bir köle versem ve sen köleni azat etsen ve fakat zapt nedeniyle sana verdiğim köle elinden alınsa, eğer ben başkasının malı olduğunu bilerek sana verdiğim köle elinden alınsa, Julianus bana karşı hile davası (*actio doli*) açılması gerektiğini, eğer bilmiyorsam, *actio in factum civilem* açılacağını söylüyor." Aktarılan metin *permutatio*'ya değil, *do ut facias* haline giren bir sözleşmeye ilişkindir. Ancak ilk ifanın verme edimine yönelik olmasına ilişkin bir örnek olması nedeniyle *permutatio* için aynı sonuca varılabilir.

²⁶¹ HALL David Locke / RAYMOND Douglas "Economic Analysis of Legal Institutions: Explaining an "Inexplicable" Rule of Roman Law", Indiana Law Journal, C. 61, S.3, 1985-1986, ss. 401-427, s. 401.

²⁶² WATSON, Evolution, s. 17.

²⁶³ D.18.1.1.pr..

²⁶⁴ WATSON Alan, "Artificiality, Reality And Roman Contract Law", Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Vol. 57, S. 1-2, 1989, ss. 147-156. HeinOnline. (Contract Law). s. 147

sözleşmeler kapsamında tanınması şaşırtıcı bir olgudur. Öte yandan, trampanın hukuk düzenince bir dava hakkı tanınarak korunması fikrinin de ilk kez Iustinianus döneminde gündeme geldiği söylenemez. Tanınacak hukuki korumaya yönelik tartışmaların Sabinianus ve Proculianus mekteplerince yürütüldüğü bilinmektedir.

Yürütülen tartışmalar, trampa sözleşmesinin bir çeşit satış sözleşmesi olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Bu bağlamda, Sabinianus mektebine göre, satış sözleşmesinde semenin belli miktar paradan oluşması gerekmez. Para yerine başka bir malın verilmesi mümkündür. Bir mala karşılık para yerine başka bir malın verildiği ihtimalde satış sözleşmesine dayanılarak dava açılabilir²⁶⁵. Buna karşın Proculianus mektebine göre, satış sözleşmesinde semen belirli bir miktar para olmalıdır. Semen yerine başka bir mal verildiği takdirde kimin alıcı kimin satıcı olduğu belirlenemez. Bu durumda *praetor*, hangi tarafa *actio empti* hangi tarafa *actio venditi* tanıyacağını bilemez. Öte yandan Gaius Inst., 3.141'e göre, somut olayın koşulları çerçevesinde hangi tarafın satıcı olduğunun tespit edilebilir olmasının Sabinianus

²⁶⁵D.18.5.6.

Inst. 3.23.2: “Keza, semen paradan (*numerata pecunia*) ibaret olmalıdır. Başka şeylerin, meselâ bir köle, bir arazi, bir toğanın yerine geçip geçmiyeceği çok münakaşa edilirdi. Sabinus ve Cassius, semenin başka şeylerden de teşekkül edebileceğini kabul ediyorlardı: filhakika, umumi olarak alım satım, eşyanın trampa edilmesi (*permutatio*) ile akdolunur ve bu da alım satımın en eski şeklidir, demektedirler: Yunan şairi Homerus'un da bir yerde, Yunan ordusundakilerin bazı şeyler mukabilinde şarap satın aldıklarını söylediği, delil olarak ileri sürülmekte idi: «Uzun saçlı Yunanlılar, bazıları bakır, bazıları parlak demir, şunlar öküz derileri, bunlar bizzat öküzler veya köleler mukabilinde, şarap satın aldılar. Diğer mektebin müellifleri muhalif fikirde olup, eşya trampa etmenin başka, alım satımın başka şeyler olduğunu ileri sürmekte idiler: yoksa eşyanın trampasında satılan şeyin hangisi, semen olarak verilen şeyin hangisi olduğunu anlamak imkânsız olurdu: zira her ikisini de hem mebi, hem semen olarak kabul etmek mantıken mümkün değildir. Proculus'un ileri sürdüğü üzere, trampanın alım satımdan ayrı bir akit olduğu hükmü haklı olarak hâkim oldu; esasen bu fikir de Homerus'un başka mısraları ile temellendiği gibi, diğer çok kuvvetli sebeplerle de delillendirilir. Bizden evvel ilâhi imparatorların da kabul ettiği bu noktai nazar, Digesta'mızda daha geniş olarak izah edilmiştir.” (Çev., **UMUR**, Inst., s. 128-129). Ayrıca bkz. Gaius Inst., 3.141.

Sabinianus mektebi görüşünü Homeros'un, Lemnos'dan gelen gemilerden şarap satın alan Akhalar'ın ödemeyi bronz, demir, büyükbaş hayvan ve esirlerle yaptığını anlattığı bir metne dayandırır. Metinde geçen “aere” kelimesinin bronz dışında para anlamına da geldiği; Sabinianuslar tarafından ileri sürülen görüşün metinde para veya mal karşılığı mal alınmasının eş ele alınması karşısında *permutatio*'nun satış gibi değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **DAUBE** David, "The Three Quotations from Homer in Digest 18.1.1.1." Cambridge Law Journal, C. 10, S. 2, 1949, ss. 213-215, HeinOnline.

mektebinin görüşünün bel kemiğini oluşturduğu belirtilmektedir²⁶⁶. Bu bakış açısına göre Sabinianus mektebi yalnızca satıcı ve alıcının ayırt edilebildiği *permutatio* sözleşmesini satış sözleşmesiyle eş tutmuştur. Satıcı ve alıcı ayrımı ise somut olaydaki duruma, tarafların hareket şekline göre belirlenir. Örneğin, bir mal elde etmek amacıyla karşı tarafla iletişime geçen kişi alıcı, ona elindeki malı devredecek kişi ise satıcı konumundadır. Alıcının ödemeyi parayla veya başka bir mal ile gerçekleştirmesi fark yaratmaz, satış sözleşmesinden doğan davalara başvurulabilir.

Bu tartışmalar trampayı yalnızca satış sözleşmesiyle ilişkisi bağlamında ele almıştır. Tartışmalar, trampanın neden satış sözleşmesinin bir görünümü sayılmadığını açıklamakta, trampanın neden müstakil bir sözleşme olarak tanınmadığı sorusunu ise cevapsız bırakmaktadır. Bu sorunun cevabı toplumsal-kültürel yapıda ve ekonomik gerekçelerde aranmalıdır.

2. Toplumsal ve Kültürel Yapının *Permutatio*'nun Gelişimindeki Yeri

Günümüzde trampa sözleşmesi satış sözleşmesiyle aynı hükümlere tabi kılınmıştır²⁶⁷. Temel ödeme aracının para olduğu ve her şeyin değerinin parasal olarak belirlendiği bir ekonomik sistemde bu anlaşılabilir. Zira trampa sözleşmesi akdeden taraflar karşılıklılık ilişkisine sokacakları malları ekseriyetle fiyatlarına göre belirlemektedir. Parasal değer belirleyici unsurdur. Oysa paranın henüz icat edilmediği dönemlerde böyle belirleyici bir kıstas yoktu. Paranın icat edilmediği dönemde sosyal ve ekonomik yaşantı dayanışmaya, ortak çabaya dayanmaktaydı. Zira hiç kimse tamamen kendi kendine yeterli değildi²⁶⁸. Paranın kullanılmadığı kapalı, küçük bir toplulukta, iş gücü ortak çalışmaya dayanmakta, ortaya çıkan mahsul ise ortak çalışmanın ürünü sayılmaktaydı²⁶⁹.

²⁶⁶ BUCKLAND William Warwick, “*D.XII.4.16*”, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Vol. 16, S. 3, 1939, ss. 359-371, HeinOnline (*D.XII.4.16*), s. 367.

²⁶⁷ Bkz. TBK m. 283.

²⁶⁸ Donne’un ifadeleriyle, hiçbir insan başlı başına bir ada değildir; her insan karanın cüzü, bütünü bir parçasıdır. (*No man is an island, entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main.*), DONNE J., *Devotions Upon Emergent Occasions*, John Sparrow. (Ed.), Cambridge University Press, 1823, s. 98.

²⁶⁹ HALL/RAYMOND, s. 411.

Watson tarafından belirtildiği üzere, “*Balıkçı dönüşünde komşularından teknesini kıyıya çekmesine yardım etmelerini ister ve bekler; havalar bozmadan önce hasadı toplamak isteyen çiftçinin hem işgücü hem de aletler açısından yardıma ihtiyacı vardır; barakaların çatısı birden fazla kişinin çalışmasıyla çok daha kolay inşa edilir. Yardım isteyerek verilir, çünkü çok az kişi kendi kendine yetebilir. Yardıma ihtiyaç duyulan zamanlar sık sık gelir, bazen belirli bir düzende, bazense düzensiz ve öngörülemeyen bir şekilde.*”²⁷⁰.

Böylesi bir toplulukta, değiş-tokuş ilişkisi eş zamanlı değil geleceğe yönelik olarak kurulur. Bu topluluğun üyelerinin verdikleri hizmet için kesin bir eşdeğer talep etmek gibi bir çıkarları yoktur. Tersine, kesin olmama durumu gelecekteki ihtiyaçlara cevap vermek için gerekli esnekliğe izin verir²⁷¹. Talep edilen karşılık verilenden/yapılandan daha azı veya daha fazlası olabilir. Yardımlaşmaya, toplum hissine, dostluğa ve güvene dayanan bu ilişkilerin sözleşmeye bağlanması sosyal açıdan uygunsuz olduğu kadar olanaksızdır²⁷². Zira, yardımda bulunan kişinin karşısındakinden neyi ne zaman talep edeceği belirsizdir. Bu itibarla sözleşmesel yükümlülüklerin karşılıklı olarak belirlenmesi olanaksızdır. Ancak yardımlaşmanın sosyal hayatı şekillendirmede etkin olduğu bu toplumda ticaretin olmadığı elbette söylenemez. Ticari nitelikteki işlemler için taraflar bir *stipulatio* ile yükümlülük altına girerdi. Oysa dostluğa dayalı ilişkilerde *stipulatio* yapılmasını istemek, güvensizliğe işaret etmesi nedeniyle uygunsuz kaçardı. Sonuç olarak, bu yapının hayatta kalması iyi niyete ve güvene bağlıdır.

Anlatılan bu toplumsal yapıda yalnızca trampanın değil tüketim öduncü (*mutuum*), kullanım öduncü (*commodatum*), saklama sözleşmesinin (*depositum*) de kökleri bulunur. Tıpkı *permutatio* gibi dostluğa ve güvene dayanan bu sözleşmeler, *ius civile* tarafından tanınmadan çok önce toplumsal hayatta uygulama alanı bulmaktaydı. Bir mal veya hizmetin iktisadi değerini ölçmeye yarayan paranın bir mübadele aracı olarak kullanılmaya başlanması, sosyal ve ekonomik yapıda önemli değişikliklere yol açmıştır. Sözleşmeler sistemi de bu değişikliklerden nasibini almıştır. Şirket sözleşmesini (*societas*) bir kenara koyarsak, Roma sözleşmeler sistemi karşı edimin

²⁷⁰ HALL/RAYMOND, s. 411’den tarafımızca çevrilmiştir.

²⁷¹ HALL/RAYMOND, s. 412.

²⁷² HALL/RAYMOND, s. 412.

para olduğu sözleşmeler²⁷³ ve karşı edimin söz konusu olmadığı, karşılıksız, “dostane” sözleşmeler²⁷⁴ ayrimından oluşur²⁷⁵. Gerçekten, ikinci tür “dostane” sözleşmeler karşılığında bir para ödendiğinde ilk türe giren bir sözleşme oluşur²⁷⁶. Sözleşmelerdeki bu ikili ayrimın, karşılıklı yardımlaşma prensiplerinin *permutatio*’nun hukuki niteliğini etkilediği tezini desteklediği ifade edilmiştir²⁷⁷.

Temelini küçük ve kapalı toplumun gerekliliklerinde bulduğumuz *permutatio*’nun eski devirlerde neden sözleşme olarak kabul edilmediği anlaşılabılır. Fakat, bu açıklamalar dostluğa dayalı diğer hukuki ilişkiler zaman içerisinde *ius civile* kapsamında sözleşme sayılmış ve korunmuşken *permutatio*’nun yüz yıllar boyu korumadan mahrum bırakılmasının arkasında yatan nedeni tam anlamıyla açıklığa kavuşturamaya yetmez. Bu bağlamda akla gelebilecek bir gerekçe, paranın tedavüle girmesi ve sadece tarafların anlaşmasıyla kurulabilen satış sözleşmesinin *ius civile* kapsamına alınmasıyla birlikte trampa sözleşmesine duyulan ihtiyacın azalmasıdır. Hall/Raymond ise hukuk kültürünün ve toplumsal yapının etkisini reddetmemekle birlikte, satış sözleşmesinin trampaya kıyasla ekonomik açıdan daha avantajlı olması nedeniyle tercih edilen iktisadi politikayı ayrı bir gerekçe olarak gösterir²⁷⁸.

3. *Permutatio*’nun Hukuk Düzenindeki Yerinin Ekonomik Analizi

İlk olarak trampa sınırlı rasyonellik (*bounded rationality*)²⁷⁹ problemiyle karşı karşıyadır. Piyasada yer alan ürün sayısı arttıkça, dikkate alınması gereken değişim

²⁷³ Satış sözleşmesi ve *locatio conductio* sözleşmeleri.

²⁷⁴ Tüketim ödöncü (*mutuum*), kullanım ödöncü (*commodatum*), saklama sözleşmesi (*depositum*) ve vekalet sözleşmesi (*mandatum*).

²⁷⁵ WATSON, Evolution, s.3.

²⁷⁶ Kullanım ödöncünün para karşılığı yapılması halinde *locatio conductio rei*, saklama sözleşmesi ile vekalet sözleşmesinin para karşılığı yapılması halinde ise *locatio conductio operis* mevzubahis olur.

²⁷⁷ HALL/RAYMOND, s. 413.

²⁷⁸ HALL/RAYMOND, s. 416 vd.

²⁷⁹Sınırlı rasyonellik, karar vericinin bilişsel kapasitesinin sınırlılığı, konu hakkındaki tüm bilgilere erişmesinin zor, maliyetli veya imkansız olması nedeniyle elindeki sınırlı verilerle en iyi (optimum) çözümü değil en tatmin edici çözümü seçeceğini ifade eder. Bkz. <https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/rasyonellik>; <https://www.savassakar.com/sinirli-rasyonellik/>.

oranı katlanarak artar²⁸⁰. Değişim oranı arttıkça kişinin hata yapma ihtimali artacak, muhtemelen işlem bir tarafın diğerinin aleyhine kazanç sağlamasıyla sonuçlanacaktır²⁸¹. Oysa paranın bir mübadele aracı olarak sisteme girmesiyle dikkate alınması gereken değişim oranı düşmüştür. Zira bu durumda her bir mal için bir karşılık olduğundan değişim oranı piyasadaki mal sayısına eş olacaktır²⁸². Değişim oranlarının sayısı azaldıkça sınırlı rasyonelliğin sosyal açıdan olumsuz etkileri de azalacağından, sosyal refahı önceleyen bir hukuk sistemi değişim oranlarının sayısını azaltmak için atabileceği her türlü adımı atacaktır²⁸³.

Trampanın en önemli güçlüklerinden bir diğeri, iki tarafın da birbirinin ihtiyaç duyduğu şeye sahip olmasının gerekmesidir. Elimdeki buğdaya karşılık bir şişe süt almak istediğimde, yalnızca sütü olan birini bulmam yetmez. Sütü olup buğdaya ihtiyacı olan birini bulmam gerekir. Modern terminolojiyle düşünecek olursak, ihtiyaçları uyan taraflar ilk denemede birbirlerini bulurlarsa işlem maliyetleri simetriktir. Birinin durumu ötekine göre kötü değildir. Oysa sütü olan kişinin buğdaya değil de mısıra ihtiyacı olduğu bir senaryoda benim öncelikle buğdaya karşılık mısır verecek birini bulmam gerekir. Böylesi bir durumda ise tarafların işlem maliyetleri asimetriktir. Bir taraf, diğer tarafa kıyasla daha fazla işlem maliyetine katlanmak zorunda kalır. Paranın kullanımıyla işlem maliyetleri arasındaki bu yöndeki asimetri ortadan kalkmakta, bu da pareto verimliliğini sağlamaktadır. Asimetrik işlem maliyetlerinin getirdiği olumsuz sosyal etkilerin azaltılması ve verimliliğin sağlanması, trampanın tanınmayarak satış sözleşmesinin teşvik edilmesiyle mümkündür.

Her ne kadar modern iktisadi terimlerle düşünmeseler de Romalıların açıklanan ekonomik kaygıları taşıdığı Paulus'a ait aşağıdaki metinden görülebilir:

²⁸⁰ Matematiksel açıdan örneklemek gerekirse, 10 çeşit malın olduğu bir piyasada elindeki bir malı başka bir mal ile değiştirmek isteyen kişinin dikkate alması gereken değişim oranı 45'tir $[N.(N-1)/2]$. Mal sayısı 20'ye çıktığında değişim oranı 190'dır, bkz. **HALL/RAYMOND**, s. 418, 419, dñn. 93,94.

²⁸¹ Bu durumda pareto verimliliği (*pareto efficiency*) azalacaktır. Pareto verimliliği, kaynakların en az bir kişiyi daha kötü duruma düşürmeden başka birini daha iyi duruma getirecek şekilde yeniden tahsis edilemediği ekonomik durumdur. Bkz. **HALL/RAYMOND**, s. 419, dñn. 95.

²⁸² **HALL/RAYMOND**, s. 419.

²⁸³ **HALL/RAYMOND**, s. 421.

D. 18.1.1.pr. (*Paulus libro 33 ad edictum*): “*Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.*”

D. 18.1.1.pr. (Paulus, Edictum hakkındaki 33. Kitap’tan): “Tüm alım ve satımların kökeni, mal değişiminde yatar. Çünkü bir zamanlar para diye bir şey yoktu ve “mal” ve “bedel” kavramları bilinmezdi. Her insan mevcut ihtiyaçlarına göre kendisi için gereksiz olan bir şeyi gerekli olanla değiştirirdi; çünkü çoğu zaman birinin ihtiyaç duyduğuna bir başkası sahiptir. Ancak sen benim istediğim bir şeye sahip olduğunda, ben her zaman senin ihtiyacın olan bir şeye sahip olmadığımndan, devlet tarafından sabit değer biçilen bir madde belirlenmiş, böylece mal değişiminden kaynaklanan sorunlar ortadan kalkmıştır. Darphanede belirli biçimde basılan bu maddenin işlev ve değeri, niteliğiyle değil, niceliğiyle belirlenir; böylelikle değiştirilen şeylerden her ikisi de mal olarak adlandırılmaz, birine bedel denir.”²⁸⁴

Son olarak, para basma hak ve yetkisine münhasıran sahip olanın devletin, bu yetkisinin getirdiği menfaatlerden faydalanyor oluşu atlanmamalıdır²⁸⁵. Bu itibarla, trampa yerine satış sözleşmesinin teşviki paranın kullanımının teşviki anlamına gelir. Ezcümle, satış sözleşmesinin Roma sözleşmeler sistemine girmesinden sonra Iustinianus dönemine kadar trampanın sözleşme olarak kabul edilmemesi ekonomik bir politikanın sonucudur²⁸⁶.

²⁸⁴ Çeviri EREN, Satış, s. 77.

²⁸⁵ HALL/RAYMOND, s. 424 vd.

²⁸⁶ GÖNENÇ, s. 216.

Post-klasik dönemde trampa sözleşmesinin isimsiz sözleşme olarak nitelenerek tanınmasının nedeni yine ekonomiktir. Piyasada mal sıkıntısı yaşandığı, paranın değerinin düştüğü veya dalgalandığı, yüksek enflasyonun parayı güvenilir bir ödeme aracı haline getirdiği olağanüstü dönemlerde trampa sözleşmesine rağbet artar²⁸⁷. İşte Roma imparatorluğunda ikinci yüzyılın sonlarından itibaren yaşanan ekonomik darboğaz, trampa sözleşmesinin sosyal hayatta yeniden yer bulmasına yol açmıştır²⁸⁸. Bu durum, sözleşmenin tanınip korunması ihtiyacını artırmıştır.

C. *Aestimatum* (Satış İçin Bırakma) Sözleşmesi

1. Kavram

Aestimatum, bir kimsenin değer biçerek bir malı satılmak üzere karşı tarafa devrettiği, devralan tarafın ya malı satarak kararlaştırılan bedeli ödemeyi veya satamazsa malı aynen iade etmeyi üstlendiği sözleşmedir²⁸⁹. Günümüzde kanuni bir düzenlemeye sahip olmayan bu sözleşme öğretide genellikle “satış için bırakma sözleşmesi”²⁹⁰ olarak isimlendirilir. Kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden birine girmemesi sebebiyle satış için bırakma sözleşmesi modern hukukumuzda dahi bir isimsiz sözleşmedir²⁹¹.

²⁸⁷ TANDOĞAN, s. 336.

²⁸⁸ TAHİROĞLU Bülent, “Roma Devletinin İktisadi Krizleri”, İÜHF Mecmuası, C. 45, S. 1-4; 1981, ss. 677- 706, s. 698.

²⁸⁹ D.19.3.1 pr.; DI MARZO, s.454; KAYAK Sevgi, “Roma Hukukunda *Aestimatum* Kurumunun Uygulama Alanı Üzerine Bir Değerlendirme”, İnÜHFD, S. 12(2), 2021, ss. 824-839, s.826; BUCKLAND, Principles, s. 265.

²⁹⁰ *Aestimatum*’un Türk hukukunda ne şekilde isimlendirileceği konusunda görüş birliği yoktur. “Satış için bırakma/koltukçu/gezginci/bohçaçı/arz/tavsit sözleşmesi” gibi farklı isimlendirmeler önerilmiştir, bkz. KAYAK, s. 826, dñn. 2; TANDOĞAN, s. 19. Genel kabul gören isimlendirmenin satış için bırakma/tevdii olduğu söylenebilir.

²⁹¹ Tandoğan, sözleşmenin kendine özgü yapıda (*sui generis*) bir isimsiz sözleşme olduğu fikrindedir, blz. TANDOĞAN, s. 19 vd.

Ulpianus, D.19.3.1.pr.²⁹² ve D.19.5.13.pr.’de²⁹³ *aestimatum* ile satış, kira, hizmet, vekalet ve adi şirket sözleşmeleri arasında benzerlik kurulabileceğini belirtmiştir. Ancak metinlerde *aestimatum*’un tam olarak sayılan sözleşmelerden birine karşılık gelmediği sonucuna varılmıştır. *Aestimatum*’un bu sözleşmelerden biri olarak nitelenmesini engelleyen gerekçeleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Satış sözleşmesinde alıcının malı iade yükümlülüğü bulunmazken *aestimatum* alanın seçimlik borçlarından biri malın iadesidir²⁹⁴.
- Kira sözleşmesinde kiracıya tanınan hak malın kullanılmasıdır. *Aestimatum* borçlusu ise malı kullanamaz. Ayrıca, Roma hukukunda kiracı malın

²⁹² **D.19.3.1.pr.** (Ulpianus libro 32 ad Edictum): “*Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.*”

D.19.3.1.pr. (Ulpianus Edictum hakkındaki 32. Kitaptan): “*Aestimatum* akdinin davası tereddütün giderilmesi için getirilmiştir; nitekim bir mal değeri biçildikten sonra satılmak üzere verilmişse, bu değer üzerinden *actio venditi*’nin mi, yoksa malı satışı gibi üstlenilmiş gibi *actio locati*’nin mi, yoksa hizmetler görmeyi şart koşmuş gibi *actio conducti*’nin mi açılacağı hususunda büyük tereddüt vardır. Bu yüzden bu davanın getirilmesi yerinde olmuştur; nitekim söz konusu akdin niteliği üzerinde şüphe olduğu halde, bir davanın tanınmasında fikir birliği bulunduğundan, *actio aestimatoria praescriptis verbis* verilmektedir. Zira bir muamele hem de iyi niyetle yapılmıştır. Bu yüzden burada iyi niyet akitlerinde söylediğimiz hususlar uygulanacaktır.” (Çev. **ERDOĞMUŞ** Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, DER Yayınları, 2019 (*Borçlar*), s. 116, dpn. 191).

²⁹³ **D. 19.5.13.pr.** (Ulpianus, libro 30 ad sabinum): “*Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit.*”

D. 19.5.13.pr. (Ulpianus, Sabinus Şerhi, 30. Kitap): “Eğer sana bir malı, belirlediğim fiyatın üzerinde satman halinde aradaki farkı kendine alman kaydıyla belirli bir fiyattan satman için vermişsem ne vekaletten ne de adi şirket sözleşmesinden doğan davaya başvurulabilir, ancak vekaletsiz iş görmeye kıyasen *in factum* bir dava söz konusu olabilir. Vekalet sözleşmesi karşılıksız olmalıdır ve malın satışında sizi ortağı olarak görmeyen, bunun yerine kendisi için sabit bir fiyat ayıran birinin durumunda bir adi şirket sözleşmesi yapılmadığı açıktır.”

²⁹⁴ **THAYER**, s. 64; **MEYLAN**, s. 105.

yalnızca *detentio*'sunu elde etmekteydi. Kimsenin kendi hakkından fazlasını devredemeyeceği ilkesi çerçevesinde kiracının malın mülkiyetini devredebilmesi mümkün değildir. Oysa *aestimatum* borçlusunun malı satabilmesi gerekir. Dolayısıyla, malın mülkiyetini elde eder.

- Hizmet sözleşmesinde taraflardan birinin sunduğu hizmete karşılık işveren belirli bir ücret ödeme borcu altındadır²⁹⁵. *Aestimatum* vereninse, karşı tarafa ücret ödeme borcu bulunmaz. Karşı tarafın kazancı, malı belirlenen değerin üzerinde bir fiyata sattığında oluşan farktan ibarettir. Ayrıca, *aestimatum* alanın yürüttüğü iş, *locatio conductio operarum*'daki gibi bir hizmete ilişkin değildir²⁹⁶.
- Vekalet sözleşmesi (*mandatum*) karşılıksız olmalıdır. Vekilin ücret almaması *mandatum*'un karakteristik unsurudur. *Aestimatum* borçlusu, malı belirlenen değerin üzerinde satışı halinde bir kazanç elde edecek olup bu kazanç sözleşmenin *mandatum* olarak nitelenmesine engeldir.
- Adi şirket sözleşmesi ile *aestimatum*'un benzeştiği nokta her ikisinde de tarafların ortak bir amaç etrafında birleşmesidir. Ancak ortak amaç her iki sözleşmede farklı şekillerde görünür. Adi şirkette tarafların ortak bir amaca sahip olması sözleşmenin kurucu unsuru olup taraflar arasında manevi anlamda bir ortaklık bağı bulunur. Oysa Ulpianus'un da belirttiği gibi *aestimatum*'un tarafları birbirlerini “ortak” olarak kabul etmezler. Zira, *aestimatum*'da tarafların amacı malın satılmasıdır. Ancak malın satışı için taraflar ortaklaşa hareket etmezler, iş birliği içerisinde değillerdir. Ayrıca adi şirketten farklı olarak taraflar, kâra ve zarara ortak olma düşüncesinde değildir.

Aestimatum, Digesta'da kendine ait bir başlığı olan (D.19.3- *De Aestimatoria*), davası açıkça zikredilen (D.19.3.1.pr.) özellikli bir isimsiz sözleşmedir. Öte yandan, bir “ismi” olması ve Digesta'da ayrı bir bölümde düzenlenmesi *aestimatum*'un *ius civile* kapsamında Roma sözleşmeler sistemine dahil olduğu sonucuna ulaştırmaz. Sözleşmeye, Iustinianus Inst.4.6.28'de tüm isimsiz sözleşmelere tanınan *actio praescriptis verbis*'in tanınması karşısında, *aestimatum*'un isimsiz sözleşme olduğu

²⁹⁵ KAYAK, s. 834.

²⁹⁶ THAYER, s. 64.

şüphe götürmez. *Aestimatum*'un CIC'deki özellikli durumunun, sözleşmenin uygulamada tuttuğu yer olabileceği kanaatindeyiz. Zira, vekalet sözleşmesinin ücretsiz yapılması gerektiği, doğrudan temsilin kabul edilmediği Roma hukukunda *aestimatum*, bugün ticarî temsil, ticarî vekillik, komisyonculuk gibi çeşitli kurumlarla karşılanan ihtiyacı gidermekteydi²⁹⁷. Bu açıdan *aestimatum* Roma ekonomisinde, satış için bırakma sözleşmesinin bugünün ekonomisinde oynadığından çok daha önemli bir rol oynamaktaydı²⁹⁸.

2. Satış İçin Bırakma Sözleşmesinin Kökeni ve *Interpolatio* Tartışmaları

D.19.3.1.pr.'den anladığımız üzere, *aestimatum*'un farklı sözleşmelerle olan benzerliği, tanınacak dava konusunda tereddütlere yol açmıştır. Bu tereddütlerin giderilebilmesi için *aestimatum*'a ayrı bir dava tanındığı (*actio de aestimato*) belirtilmiştir. Metnin devamında tanınan davanın *actio praescriptis verbis* olduğu ifade edilmiştir. Öncelikle *actio de aestimato* isimli bir davadan bahsedilmesi, sonrasında ise *actio praescriptis verbis*'e değinilmesi *aestimatum*'un ortaya çıkışının Iustinianus döneminden önceye dayanıp dayanmadığı, metnin ne derece *interpolatio*'ya uğradığı konularında tartışmalara kapı açmıştır.

Lenel, D.19.3.1'de *aestimatum*'a tanınan davaya ilişkin açıklamaların yer aldığı kısmın²⁹⁹ *interpolatio* olduğu görüşündedir. Yazara göre bu *interpolatio*, *actio praescriptis verbis*'in kökeninin *aestimatum*'a *Edictum*'da tanınan dava olduğunu

²⁹⁷ MEYLAN, s. 104; KAYAK, s. 838.

²⁹⁸ Roma döneminden beri uygulamada var olan bir sözleşmenin bugün neden hala isimsiz sözleşme olduğu ve kanunda düzenlenmediği sorusunun cevabının bu açıklamada yattığı fikrindeyiz. *Aestimatum*'un giderdiği ihtiyaçların günümüzde başkaca kurumlarla karşılanması satış için bırakma sözleşmesinin uygulama alanını son derece daraltmış, bu da kanuni düzenleme yapılması yönündeki sosyal ihtiyacı azaltmıştır.

²⁹⁹ "... *quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigetur, cooueniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis uerbis actionem: est enim negotium ciuile gestum et quidem bona fide. (...)*".

ispatlamaktadır³⁰⁰. Bu itibarla, yazara göre *actio de aestimato*, daimi praetor beyannamesinde (*Edictum Perpetuum*) yer alır³⁰¹.

Buna karşın Beseler, *actio de aestimato*'nun tıpkı her çeşit *actio praescriptis verbis* gibi yalnızca *Edictum*'a değil, klasik hukuka dahi yabancı olduğu fikrindedir³⁰².

Buckland'a göre *interpolatio* sadece *actio praescriptis verbis*'e yapılan atıflardan ibarettir³⁰³. Bu doğrultuda *aestimatum* konusunda *actio praescriptis verbis*'e yapılan değinmeler Iustinianus kaynaklıdır³⁰⁴. Çok sayıda asılsız *interpolatio* argümanlarıyla kurumun klasik hukuk kökeni silinmeye çalışılmaktadır. Oysa *aestimatum*, isimsiz sözleşmelerin ortaya çıkışından çok daha önce var olan ve ayrı bir gelişim süreci geçiren bir sözleşmedir³⁰⁵. *Actio de aestimato*'nun daimi praetor beyannamesinde yer alması hususunda Lenel ile hemfikir olan³⁰⁶ yazara göre *actio praescriptis verbis*'in genelleşip yaygınlaşmasıyla birlikte *actio de aestimato* önemini yitirmiştir.

Meylan, her ne kadar teknik olarak *actio de aestimato* olarak adlandırılmasa da *aestimatum*'a tanınan *actio*'nun *Edictum*'da yer aldığı fikrindedir³⁰⁷. Yazar, *aestimatum*'a tanınan *actio*'nun *actio praescriptis verbis*'in ilk örneği, adeta bir prototipi olduğu kanaatindedir³⁰⁸. Bu davanın ilerleyen süreçte genelleşmesiyle *actio*

³⁰⁰ LENEL Otto, *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, C.2, Çev. Frédéric Peltier, 1903, s. 16 (<https://archive.org/details/essaidereconsti00peltgoog/mode/2up>, Erişim Tarihi: 04.08.2025).

³⁰¹ İmparator Hadrianus döneminde (M.S. 117-138) her *praetor*'un görev süresi boyunca yargı işlerinde uygulayacağı sistemi ve kabul ettiği hukuk kaidelerini ilan ettiği beyanname daimi hale getirilmiştir. Bu itibarla, *actio de aestimato*'nun *Edictum Perpetuum*'da yer aldığı kabulü, bu davanın en azından 2. yüzyılın ilk yarısında Roma hukukunda tanındığı anlamına gelir.

³⁰² BUCKLAND William Warwick, "Aestimatum", *Law Quarterly Review*, Vol. 43, S. 1, 1927, ss. 74-80, HeinOnline, (Aestimatum), s. 76'dan naklen.

³⁰³ BUCKLAND, Aestimatum, s. 75.

³⁰⁴ BUCKLAND, Aestimatum, s. 78.

³⁰⁵ BUCKLAND, Aestimatum, s. 74.

³⁰⁶ Ancak Buckland, Lenel tarafından ileri sürülen *actio de aestimato*'nun *actio praescriptis verbis*'in ilk görünümü olduğu fikrine karşı çıkar, bkz. BUCKLAND, Aestimatum, s. 76.

³⁰⁷ MEYLAN, s. 138.

³⁰⁸ MEYLAN, s. 90. *Aestimatum*'a tanınan davanın, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde tereddüt edilen durumlarda bir model olarak kullanıldığı yönünde benzer bir görüş için ayrıca bkz. MONIER, s. 232.

praescriptis verbis ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda, *actio aestimatoria* 6. yüzyılda *actio praescriptis verbis*'in çeşitli görünümlerinden biri halini almıştır³⁰⁹. Öte yandan yazara göre *actio aestimatoria*, hem Klasik Devir'de hem Iustinianus döneminde *aestimatum* sözleşmesi için öngörülmüş özel, ayrı bir davadır. Bu itibarla, D.19.3.1.pr'de yer alan *l'action aestimatoria praescriptis verbis* ifadesi açık bir *interpolatio*'dur³¹⁰.

3. Hasar Sorunu

Roma sözleşmeler sisteminin dışında kalan anlaşmalarda ifa menfaatinin genel nitelikteki bir dava ile korunması uygulamada bu anlaşmalardan doğan problemlerin çözümü için yeterli değildir. Zapt ve hasar bu problemlerin başında gelir. *Ius civile* kapsamında kalan “isimli” sözleşmeler açısından zapt ve hasar halinde hangi tarafın, ne şekilde sorumlu olduğu belirlidir. Oysa isimsiz sözleşmeler açısından uygulanacak belirli kurallar yoktur. Sorun, her bir isimsiz sözleşme özelinde, somut olayın şartlarına göre çözümlenmelidir³¹¹.

En az bir verme ediminin söz konusu olduğu bir isimsiz sözleşmede hasarın hangi tarafa ait olacağı sorunu benzerlik kurulabilecek *ius civile* sözleşmesi hükümleriyle analogi yapılması suretiyle çözümlenmeye çalışılmıştır. Trampa sözleşmesi açısından

³⁰⁹ MEYLAN, s. 154.

³¹⁰ MEYLAN, s. 115.

³¹¹ Günümüz hukukunda da isimsiz sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı hususu tartışmalıdır. Tartışma özellikle karma nitelikteki sözleşmeler eksenindedir. Zira, *sui generis* isimsiz sözleşmelerin iyi niyet kurallarına ve teamüllere göre yorumlanıp tamamlanacağı, bunlara nitelikleri elverdiği oranda benzedikleri sözleşme tipine ilişkin kanun hükümlerinin kıyas yoluyla ve gerekirse genel hükümlerin doğrudan uygulanacağı kabul edilmiştir. Karma nitelikteki isimsiz sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı meselesinde dile getirilen bir görüşe göre genel hükümler uygulanmalıdır (çeşitli tiplerin birbirini götürmesi kuralı). Soğurma teorisi olarak adlandırılan ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilmeyen bir başka görüş ise hangi tip sözleşmeye ilişkin edim daha önemliyse o tip sözleşmeye ilişkin özel hükümler uygulanması gerektiğini savunur. Bileştirme kuramı uyarınca ise her edime, ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Son olarak, hâkimin, sözleşmenin amacını ve tarafların menfaatlerini göz önünde tutarak tip sözleşmeler için getirilen hükümleri kıyasen uygulaması ve/veya TMK m. 1 uyarınca hukuk yaratması gerektiği savunulmuştur. Konu hakkında bkz. TANDOĞAN, s. 73 vd.; OKTAY, s. 275 vd..

benzerlik kurulacak sözleşmenin satış sözleşmesi olduğuna ve ifa edilmemiş edimin hasarının o edimin “alıcı”sına -yani kendi edimini ifa etmiş tarafa- ait olduğuna yukarıda değinmiştik. *Aestimatum*’daki hasar sorununun halli, benzerlik kurulabilecek *ius civile* sözleşme çeşidinin fazlalığı, analogi yapılabilecek hükümlerin farklı sonuçlara ulaştırması nedeniyle meşakkatlidir. Gerçekten, Ulpianus’dan aktarılan metinlerde *aestimatum* ile benzerlik kurulan vekalet ve kira sözleşmelerinde hasar malı teslim eden taraf (kiraya veren, vekalet veren) üzerindedir. Diğer yandan, benzerlik kurulan satış sözleşmesinde hasara malı teslim alan/alacak olan taraf (alıcı) katlanır. Bahsedilen farklılıklar nedeniyledir ki, karma nitelikteki *aestimatum* sözleşmesinde hasara malı teslim alan tarafın mı yoksa teslim eden tarafın mı katlanacağı sorunu tartışmalıdır. Kaynaklar birbiriyle çelişmektedir. Bir metinde hasarın malı teslim alan *aestimatum* borçlusunun üzerinde olduğu belirtilmiştir (D.19.3.1.1). İki farklı kaynakta ise somut olaya göre şekillenen sübjektif bir yaklaşım benimsenmiş; ilişkiyi başlatan tarafın hasara katlanması gerektiği belirtilmiştir (D.19.5.17.1; P.2.4.4³¹²)³¹³. İkinci görüş uyarınca, malın satımı için kimin kime teklifte bulunduğu hasar sorunun çözümü için belirleyicidir³¹⁴. Iustinianus döneminde hasarın kesin olarak *aestimatum* borçlusuna, yani malı teslim alana ait olduğu kabul edilmiştir³¹⁵.

D. *Precarium* (İğreti) Sözleşmesi

³¹² The Opinions Of Julius Paulus (*Sententiae*) (https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/paulus_Scott.html)

³¹³ D.19.3.1.1 ve D.19.5.17.1’de aktarılan iki farklı görüşün ikisinin de Ulpianus’a ait olması çelişkilidir. Meylan, bu çelişkiyi gidermek için D.19.5.17.1’de öngörülen sözleşmenin şu şekilde kurgulandığı tezini ortaya atar: *aestimatum*’dan farklı olarak burada satış sözleşmesi malı teslim alan kişi ile üçüncü bir kişi arasında değildir; malı teslim eden ve teslim alan arasında belirli bir süre deneme şartıyla bir satış sözleşmesi kurulmuştur; deneme süresince *commodatum* benzeri bir sözleşme vardır; sürenin sonunda teslim alan malı ya iade edecek ya da belirlenen bedeli ödeyecektir; bu kapsamda hasara ilişkiyi başlatan taraf katlanmalıdır. Bkz. MEYLAN, s. 143 vd.

³¹⁴ Ulpianus’un D.19.5.17.1.’de *aestimatum* borçlusunu kusurundan sorumlu tutması karşısında, kimin ilişkiyi başlattığının tespit edilemediği hallerde hasarın malı teslim eden taraf üzerinde olduğu yönünde bkz. BUCKLAND, Textbook, s. 521.

³¹⁵ YILDIZ, s. 140.

1. Kavram

D.43.26.1.pr. (*Ulpianus libro primo institutionum*): “*Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur.*”

D.43.26.1.pr. (Ulpianus, *Instutiones*, 1. Kitabından): “Precarium, ricayla isteyen kişiye, veren kişinin buna müsaade ettiği sürece kullanması için verilen şeydir.”

Precarium sözleşmesi ile bir kimse diğerinin ricası (*pex*) ile bir malın veya bir hakkın kullanımını karşı tarafa devrederdi. *Precarium* alan, devreden talebi üzerine malı iade etmek veya hakkın kullanımından feragat etmek borcu altına girerdi.³¹⁶. Kendisine yönelen ricayı, cömertlikle kabul eden tarafın, dilediği zaman verdiğini geri isteyebilmesinin doğal hakkaniyete uygun ve adil olduğu belirtilmiştir³¹⁷.

Verilen tanım kullanım ödöncü sözleşmesini (*commodatum*) andırmaktadır ancak bu sözleşmeden farklı olarak *precarium* alan malın *detentio*’sunu değil zilyetliğini elde ederdi³¹⁸. Ancak *precarium* alanın sahip olduğu zilyetlik, zamanaşımıyla mülkiyet kazanımına yol açmaz³¹⁹. Ayrıca *commodatum* menkul malları konu alırken

³¹⁶ RADO, s. 123; DI MARZO, s. 455; SÖĞÜTLÜ, s. 583.

³¹⁷ D.43.26.2.2. (*Ulpianus, libro 71 ad edictum*): “*Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.*”

D. 43.26.2.2. (Ulpianus, *Edictum* hakkında 71. Kitap): “*Precarium*’u feshetmek isteyen lehine yapılan düzenlemenin kaynağı doğal hakkaniyettir. Çünkü doğal hakkaniyete uygun olarak yalnızca ben izin verdiğim sürece benim cömertliğimden yararlanmalısın ve ben fikrimi değiştirdiğim zaman bunu iptal edebilirim. Dolayısıyla, bir şey *precarium* ile talep edildiğinde, sadece bu *interdictum*’u değil, aynı zamanda iyi niyete dayanan bir *actio praescriptis verbis*’i de kullanabiliriz.”

D.43.26.15.pr. (*Pomponius libro 29 ad Sabinum*): “*Et habet summam aequitatem, ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus.*”

D.43.26.15.pr. (Pomponius, *Sabinus Şerhi*, 29. Kitap): “Birinin bizim olan bir malı sadece ona izin verdiğimiz sürece kullanması kesinlikle hakkaniyetlidir.”

³¹⁸ *Precarium* ile zilyetliğin elde edilmesinin tarafların iradesine bağlı olduğu yönünde bkz. BUCKLAND, *Textbook*, s. 522 (Yazar görüşünü D.41.2.10.1.’e dayandırmıştır.).

³¹⁹ DI MARZO, s. 455; RADO, s. 125; GÜNAL A. Nadi, “*Roma Hukuku’nda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi*” AÜHFD, 1998, C.47, S.1, ss. 119-136, (*Zamanaşımı*), s. 123.

precarium'un konusunu genellikle gayrimenkuller oluştururdu³²⁰. Bunun dışında *precarium* alan, malı kullanabilmesinin yanında semerelerinden faydalanabilirdi³²¹. *Precarium* verenin, verdiği şeyi her zaman geri isteyebilmesi, sözleşmeyi kullanım öduncünden ayıran bir başka önemli noktadır³²².

Iustinianus döneminde *precarium* sözleşmesi *actio praescriptis verbis* davası ile korunmuştur³²³. Bu davanın tanınması sözleşmenin isimsiz sözleşme olarak değerlendirildiğini gösterir. Oysa isimsiz sözleşmelerin en önemli unsuru olan karşılıklılık, *synallagma precarium*'da yoktur³²⁴. Bu nedenle *precarium* sözleşmesinin isimsiz sözleşme olarak değerlendirilmesi bir muamma olarak nitelenmiştir³²⁵.

2. Tarihsel Gelişimi ve Kullanım Alanı

İsimsiz sözleşme olarak değerlendirilmesinden önceki süreçte *precarium*, sözleşmesel bir ilişki tesis etmiyor, her zaman geri alınabilir nitelikte bir vakıa, “*factum*” sayılıyordu³²⁶.

Kurumun hangi sosyal ihtiyacı karşılamak için ortaya çıktığı konusu tam aydınlatılmış değildir. *Precarium*'un ilk görünüş biçiminin, Roma devletinin fethettiği toprakların bir kısmından vatandaşların faydalanmasına izin verdiği, fakat istediği zaman işgal eden vatandaştan toprağı geri alabildiği “*ager publicus*” uygulaması

³²⁰ İlk ortaya çıkışında yalnızca taşınır malları konu almakla birlikte Klasik Hukuk Dönemi itibariyle gayrimenkullerin de *commadatum*'a konu olabileceği yönünde bkz. **BUCKLAND**, Textbook, s. 467.

³²¹ **BUCKLAND**, Textbook, s. 522.

³²² **KOCHAKER/AYİTER**, s. 222.

³²³ D.43.26.2.2. (Metin için bkz. dpn. 347).

³²⁴ Post-klasik devirde *precarium*'un artık karşılıksız olmadığı, zilyetliği veya kullanma hakkını elde eden tarafın ekseriyetle bir ödeme yaptığı ifade edilmiştir, bkz. **KASER** Max, “Zur Geschichte des *precarium*”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung), Vol. 89, S. 1, 1972, ss. 94-148, (*Precarium*), s. 94. Ödeme yapılması halinde *do ut des* formülünün kapsamına giren bir isimsiz sözleşmeden bahsedilmesi mümkündür.

³²⁵ **BUCKLAND**, Aestimatum, s. 74.

³²⁶ **ZIMMERMANN**, s. 190; **KASER**, *Precarium*, s. 94.

olduğu ortaya atılan fikirlerden biridir³²⁷. Öne çıkan görüşe göre kurumun kökeni *patricii*'lerin *clientes*'lere³²⁸ veya azat ettikleri kölelerine (*libertii*) istifade edebilecekleri bir parça arazi verme uygulamasına dayanır³²⁹. Patriciiler, özellikle bulundukları yerden uzakta olan arazilerini *precarium* olarak vererek bunların işlenmesini ve güvenliğini sağlıyordu³³⁰. *Precarium* verilen kişilerin efendilerine olan bağlarının sosyal ve hukuki kuvveti, efendinin dilediği zaman verdiğini geri alabilme imkanını mümkün kılıyordu³³¹. *Clientes*'lerin hukuki ve sosyal konumlarının güçlenmesiyle birlikte *precarium* verenin verilenin iadesi talebini ileri sürebileceği bir hukuki korumaya ihtiyaç hasıl olmuştur³³². Bu koruma, *interdictum de precario* ile sağlanmıştır.

Interdictum esasen zilyetliğin korunması için başvurulacak dava türüdür³³³. *Interdictum de precario*, teknik olarak bir *interdictum* sayılamaz. Zira burada zilyetliğin ihlali veya zilyetliğin ortadan kaldırılması söz konusu değildir, tam tersine *precarium* veren zilyetliğin kendi isteğiyle devretmiştir³³⁴. Zilyetliğin korunması yolu ile himayeden mahrum olan hukuki bir ilişki dava edilebilir hale getirilmiştir³³⁵. Malikin talebine rağmen iadeyi gerçekleştirilmeyen *precarium* alan, bir hırsız veya zilyetliğin zorla ele geçiren bir başka üçüncü kişi ile eş tutulmuştur³³⁶.

³²⁷ YILDIZ, s. 127. Karş. KASER, *Precarium*, s. 96-97; HARKE Jan Dirk, *Precarium Besitzvertrag im römischen Recht*, Schriften zur Rechtsgeschichte Band 176, Duncker & Humblot, 2016, s. 35.

³²⁸ Sözcük anlamı olarak “korunan kimse” anlamına gelen *clientes*, Roma’nın eski dönemlerinde savaşlarda esir düşen, kendi kavimlerinden çıkarılarak Roma’ya göç eden kimselerin oluşturduğu toplumsal sınıftır. Bu kimseler özgür olmakla birlikte Roma vatandaşı değillerdi. *Clientes*ler bir *gens*’e katılır ve *patriciiler*’in himayesi altına girerlerdi. *Patriciiler*, kendilerine sığınan *clientes*ler’i korur, *clientes*ler ise bunun karşılığında *patriciiler*’e sadık kalır ve çeşitli hizmetlerde bulunurlardı. Konu hakkında bkz. SÖĞÜTLÜ, s. 60, UMUR, *Roma*, s. 7-8.

³²⁹ BUCKLAND, *Textbook*, s. 522; KASER, *Precarium*, s. 96-97; KOCHAKER/AYİTER, s. 126. Karş. HARKE, s. 35.

³³⁰ ERDOĞMUŞ Belgin, *Roma Eşya Hukuku*, Der Yayınları, 2020 (*Eşya*), s. 19; SÖĞÜTLÜ, s. 583, 716.

³³¹ KASER, *Precarium*, s. 97.

³³² KASER, *Precarium*, s. 97.

³³³ DI MARZO, s. 340; UMUR, *Ders Notları*, s. 364; KOCHAKER/AYİTER, s. 133.

³³⁴ KOCHAKER/AYİTER, s. 135.

³³⁵ KOCHAKER/AYİTER, s. 135.

³³⁶ HARKE, s. 16.

Precarium Roma hukuku uygulamasında, malın teslimine yönelik bir sözleşmesel ilişkide teslim eden tarafın mala erişimini kolaylaştırarak durumunu güçlendirmek için başvurulmuş bir yol olarak karşımıza çıkar.

Precarium'un işlevselliği özellikle *fiducia cum creditore* sözleşmesinde ön plana çıkar³³⁷. Roma hukukunda nesnel teminatların en eski örneklerinden olan bu sözleşme, teminat olarak malın mülkiyetinin alacaklıya devredildiği bir inançlı akittir. *Fiducia* ile mülkiyeti devreden borçluya, *precarium* ile malın zilyetliği veriliyordu. Böylece borçlu, maldan istifade edebiliyordu. Aynı zamanda mülkiyeti devralan alacaklının malı elden çıkarma riski bertaraf ediliyordu. Bunun dışında üçüncü kişilerin -örneğin başka bir alacaklının- mala müdahalesi halinde *precarium* alan, zilyetliğin korunmasına ilişkin imkanlardan yararlanarak müdahaleyi bertaraf edebiliyordu. Öte yandan zilyetlik *precarium* ile devredilmiş olduğundan, borçlu malı uzun süre elinde bulundursa dahi zamanaşımı yoluyla iktisap edemiyordu³³⁸. Zira, *precarium* ile devredilen zilyetlik zamanaşımı yoluyla iktisaba elverişli bir zilyetlik değildir³³⁹. Bu şekilde alacaklı malın mülkiyetini elinde bulundurmaya devam ediyor, teminata olan menfaati korunuyordu. Borçlu, borcunu ödemediği takdirde alacaklı, *precarium* kapsamında malın iadesini talep edebiliyordu. Teminat konusu malın borçluda kalmasını sağlamak için *precarium*'a başvurulmuş bir diğer nesnel teminat türü *pignus*'tur³⁴⁰. Bu teminat sözleşmesinde alacaklıya malın mülkiyeti değil, zilyetliği devredilir. Ancak alacaklı, zilyetliği elinde tutmak yerine borçluya devredebilir. Nitekim, D.2.8.15.2'de Macer, rehin alanın ya zilyetliği elinde bulundurduğu ya da borçluya *precarium* ile devrettiğini belirtir. Hatta, rehin konusu mal borçluda bırakılıyorsa tarafların zımni olarak *precarium*'a anlaştığı ileri sürülmüştür³⁴¹. *Precarium* sayesinde rehin alan, teminatın varlığını ispatlamaya gerek kalmaksızın rehin verene bıraktığı zilyetliği geri alabilir³⁴².

³³⁷ RADO, s. 125; HARKE, s. 18; DI MARZO, s. 455.

³³⁸ Gaius, Inst., 2.60.

³³⁹ DI MARZO, s. 455; ŞEKER Melih, Roma Hukuku'nda Fiducia (İnançlı İşlem) ve Türk Hukuku Üzerindeki Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.79.

³⁴⁰ D.43.26.6.4; D.43.26.11.

³⁴¹ HARKE, s. 22.

³⁴² HARKE, s. 38.

Precarium'un önemli uygulama alanlarından bir diğeri taksitli satış sözleşmesinde söz konusudur:

D. 43.26.20 (*Ulpianus libro secundo responsorum*): “*Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emptorem essent, quoad pretium universum persolveretur: si per emptorem stetit, quo minus persolveretur, venditorem posse consequi.*”

D.43.26.20 (Ulpianus, Cevaplar 2. Kitap): “Semenin tamamı ödeninceye dek alıcıda *precarium* olarak kalması şartıyla satılan mallar, alıcının kusurlu olarak ödeme yapmaması halinde satıcı tarafından geri alınabilir.”

Taksitle ödeme yapılan satışlarda, *precarium* mülkiyetin derhal devredilmesini engelleyen bir rol oynar. Satış bedelinin peşin ödenmediği durumlarda satıcı, alıcıya mülkiyeti devretmek yerine *precarium* ile yalnızca zilyetliği devrediyordu³⁴³. Böylece satış bedeli ödenmeden alıcının malın mülkiyetini elde etmesi engelleniyordu. Diğer taraftan satış konusu malın zilyetliği kendisine devredilen alıcı, maldan yararlanabiliyordu. Bu yararlanmaya karşılık, alıcı, devir tarihinden itibaren işleyecek faizi ödemekle yükümlüydü³⁴⁴. Alıcının bedeli ödememesi halinde satıcı, *precarium*'a dayanarak malın iadesini talep edebiliyordu. Her iki tarafın menfaatini koruyan bu yolla satıcı, satış bedeli tamamen ödenmezse mala aynen kavuşma imkanına sahip olurken, alıcı satış bedelini ödeyene kadar geçen süreçte maldan istifade edebiliyordu.

Ayrıca daha iyi bir teklif kaydı (*in diem addictio*) ile yapılan satış sözleşmesinde de *precarium* uygulama alanı bulmaktaydı³⁴⁵. Böylece satıcı, mülkiyeti devretmek yerine yalnızca zilyetliği devrederek, daha iyi bir teklif gelmesi halinde *interdictum* ile malın iadesini isteyebiliyordu. Diğer taraftan alıcı, daha iyi bir teklif gelene kadar geçen süreçte maldan faydalanabiliyordu.

³⁴³ Alıntılanan metinden Ulpianus'un bedel ödenmediği takdirde malın iadesi için *interdictum de precario*'ya mı yoksa *actio empti*'ye başvurulması gerektiği fikrinde olduğu anlaşılamamaktadır, bkz.

HARKE s. 15.

³⁴⁴ D.19.1.13.20.

³⁴⁵ D.43.24.11.12; **YILDIZ**, s. 129.

Precarium'un uygulamasına rastlanan son sözleşme ise kira sözleşmesidir (*locatio conductio rei*). Kira sözleşmesi ve *precarium* temelde birbirinden farklıdır. Bu ayrım bir karşılığın varlığı ya da yokluğundan ziyade, fiili hakimiyetin hukuki statüsünden kaynaklanmaktadır. Roma hukukunda kira sözleşmesinde kiracı, malın zilyetliğini değil hukuken korunmayan fiili hakimiyetini (*detentio*) elde ederdi. Oysa *precarium* alan hukuken korunan fiili hakimiyete, zilyetliğe sahiptir. Kira sözleşmesinin yanında *precarium* akdedilmesi, ilk bakışta kiracının fiili hakimiyetini hukuken korunur seviyeye getirdiği için kiracı lehine gözükebilir. Ancak Romalı hukukçuların kiracının zilyetliği elde etme fikrini kabul edemediği, *locatio conductio* yanında *precarium*'un ancak kiracının zilyetliğe ilişkin haklarından feragat etmesi halinde yapılabileceği görüşünde oldukları *Digesta* metinlerinden anlaşılmaktadır³⁴⁶. Bu durum, *precarium*'un kiracıyı değil kiraya verenin hukuki durumunu güçlendirmek için kullanıldığına işaret eder³⁴⁷. Zira kiraya veren *precarium*'a dayanarak, dilediği zaman³⁴⁸ kiralananın iadesini talep edebilir. Üstelik *actio locati*'den farklı olarak sözleşmesel ilişkinin varlığını ispatlama zorunluluğu yoktur. İade talebinin *precarium* alana yönettildiğinin ispatı yeterlidir³⁴⁹. Diğer taraftan, *locatio conductio rei* ile birlikte kararlaştırılan *precarium*'un, *precarium* alanın malı elinde bulundurması için hukuki bir zemin teşkil etmediği belirtilmiştir³⁵⁰.

Bu uygulamalara daha çok Klasik ve Post-Klasik Hukuk Dönemi'nde rastlandığı belirtilmelidir. CIC'deki metinler, Iustinianus döneminde *precarium*'un eski önemini ve işlevselliğini yitirdiğine işaret eder³⁵¹. Derleyicilerin *precarium*'u canlı bir kurum olarak görmediğini ispatlamak için aktarılan metinlerin tutarsız ve hatta çelişkili

³⁴⁶ D 41.2.10; D 41.3.33.6

³⁴⁷ KASER, *Precarium*, s. 106; HARKE, s. 31.

³⁴⁸ Kira sözleşmesinin belirli bir süre için akdedilmesi halinde, *precarium*'a dayanılarak iadenin belirlenen süreden önce talep edilmesi kiraya verenin sözleşmesel sorumluluğunu doğurur. Kaser, sözleşmede sürenin öngörülmesi halinde, *precarium*'a dayalı iade talebinin belirlenen süreden önce kullanılamayacağı fikrindedir, bkz. KASER, *Precarium*, s. 108. Harke ise, *precarium*'a dayalı talebin her zaman, koşula ve süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebileceği görüşündedir, bkz. HARKE, s. 39.

³⁴⁹ HARKE, s. 31.

³⁵⁰ HARKE, s. 35. Hukuki zemini *locatio conductio rei* oluşturur.

³⁵¹ KASER, *Precarium*, s. 147; LEVY Ernst, Vom römischen Precarium zur germanischen Landleihe, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, Vol. 66, S. 1, 1948, ss. 1-30, s. 7.

olması, Novella’da konuya ilişkin hiçbir düzenlemenin yer almaması, Codex bölümünün garip isimlendirmesi (*De precario et de Salviano interdicto*) ve içeriğinin zayıf olması gösterilmektedir³⁵².

E. Transactio (Sulh) Sözleşmesi

1. Kavram

Transactio, mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın önlenmesi amacıyla tarafların karşılıklı olarak birtakım tavizler verdiği isimsiz sözleşme olarak tanımlanmaktadır³⁵³. Latince başka bir yere nakletmek, taşımak anlamına gelen *transgiere* fiilinden, mevcut uyuşmazlığı yeni bir hukuki ilişkiye taşımak anlamında *transactio* ifadesi türemiştir³⁵⁴. *Transactio* kavramının dar anlamıyla bugünkü sulh sözleşmesini, geniş anlamıyla ise sonlandırma, sonuca bağlamayı ifade ettiği belirtilmiştir³⁵⁵.

Bu sözleşme ile taraflar orta yolda buluşarak, karşılıklı vaat edilen menfaatler karşılığında bir hak talebinden vazgeçerdi³⁵⁶. Sözleşme genellikle alacaklının davasından vazgeçmesi karşılığında borçlunun borcunun bir kısmını ödemesi veya ödemeyi vaat etmesi şeklinde cereyan ederdi³⁵⁷. *Transactio*, bir özel hukuk sözleşmesi olup icrai bir fonksiyonu yoktur³⁵⁸. Bir başka ifadeyle, *transactio* davayı sona erdiren bir işlem değildir. Sözleşmenin icrai bir etkiye sahip olduğu tek durum, tarafların hükümle ilgili hâkime sundukları anlaşmalarının hâkim tarafından karara bağlanması halidir³⁵⁹.

³⁵² KASER, Precarium, s. 146-147; LEVY, s. 7-8.

³⁵³ UMUR, Lügat, s. 213; RADO, s. 125; DI MARZO, s. 454-455; BERGER, s. 740.

³⁵⁴ OERTMANN Paul, Der Vergleich im Gemeinen Zivilrecht, Carl Heymanns Verlag, 1895, s. 18.

³⁵⁵ KENDJIRO Oumé, La transaction en droit romain et dans l’ancien droit français, L. Larose et Forcel, 1889, s. 1-2.

³⁵⁶ DE VILLIERS Melius, “The Roman Contract According to Labeo”, Yale Law Journal, Vol. 35, S. 3, 1926, ss. 292-295. HeinOnline, (*Labeo*), s. 294.

³⁵⁷ BERGER, s. 740; YILDIZ, s. 143.

³⁵⁸ KENDJIRO, s. 181; GÜZEL Pınar, Sulh Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, 2022, s. 19

³⁵⁹ GÜZEL, s. 19.

2. Tarihsel Gelişimi

Transactio'nun dava ile takip edilebilen bir borç doğuran, isimsiz sözleşme olarak kabul edilişi Iustinianus dönemindedir. Şüphesiz ki bu durum, sulh sözleşmesinin bu dönemde ortaya çıktığı şeklinde yorumlanamaz. Roma hukukunun en eski devirlerinden beri taraflar uyuşmazlıkları sulh yoluyla çözebilmekteydi³⁶⁰. Tarafların uyuşmazlığı sulh olarak çözme konusunda anlaşmaları kaynaklarda her zaman *transactio* ile ifade edilmemiş, *decidere*, *decisio*, *pactum*, *pactio* gibi farklı kavramlar kullanılmıştır³⁶¹. Nitekim kurumun tarihsel geçmişi sulhun önceleri bir *pactum (de non petendo)* veya bir *stipulatio* aracılığıyla sağlandığını gösterir.

D.2.15.2. (*Ulpianus libro 74 ad edictum*): “*Transactum accipere quis potest non solum, si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum fuerit factum.*”

D. 2.15.2 (Ulpianus, Edictum hakkında, 74. Kitap): “Bir kimse yalnız Stipulatio Aquiliana yoluyla değil aynı zamanda bir anlaşma yaparak da uzlaşabilir.”

Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında praetor Aquilis Gallus, sözlü sözleşme dışında bir yolla kurulmuş sözleşmelerin de *stipulatio* ile sona erdirilmesi imkanını tanımıştır. Bu kapsamda taraflar öncelikle aralarında mevcut olan borç ilişkisini bir *stipulatio* ile yenilerdi (*novatio*). Böylece borç ilişkisinin temeli *stipulatio* haline gelirdi. Akabinde, aralarındaki sulh anlaşmasının kriterlerine göre borcun tamamen veya kısmen ibrasını *acceptilatio*³⁶² ile gerçekleştirirlerdi³⁶³. Bu şekilde yapılan *stipulatio* kaynaklarda

³⁶⁰ Eski Hukuk Devri'nde haksız fiil faili ile mağdur arasında, *pactum* olarak adlandırılan ve kişisel öcü ortadan kaldıran sulh sözleşmesi yapılabildiğine dair bkz. KOSCHAKER/AYİTER., s. 288; RADO, s. 126; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 43.

³⁶¹ Farklı kavramların kullanılışıyla ilgili olarak bkz. KENDJİRO, s. 3; GÜZEL s. 18.

³⁶² *Acceptilatio*, *stipulatio* yoluyla yapılan, borcu sona erdiren bir işlemdir, bkz. Gaius, Inst., 3.169.

³⁶³ D.2.15.4. (*Ulpianus libro 46 ad Sabinum*): “*Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et peremit ipsaque peremittitur per acceptilationem: et hoc iure utimur. (...)*”

D.2.15.4 (Ulpianus, Sabinus Şerhi, 46. Kitap): “Stipulatio Aquiliana, önceki tüm borçları yeniler ve sona erdirir ve kendisi de bir *acceptilatio* ile sona erdirilir; artık uygulamamız budur. (...)”

Stipulatio Aquiliana olarak anılmaktadır³⁶⁴. *Stipulatio Aquiliana* yönteminin avantajı *actio ex stipulatu* davası ile takip imkanı vermesidir. Bu yolla gerçekleştirilen sulh anlaşmasına aykırılık halinde anılan dava açılabilir.

Pactum de non petendo tıpkı *acceptilatio* gibi borcu sona erdiren bir işlemdir. Alacaklının alacağını talep etmeyeceğine ilişkin şekilsiz bir taahhüt niteliğindedir³⁶⁵. Alacaklı ve borçlu arasında yapılan *pactum de non petendo* her halükârda sözleşmesel bir ilişkidir, alacaklı tek taraflı bir işlemle alacağından vazgeçemez³⁶⁶. *Stipulatio Aquiliana*’dan farklı olarak *pactum de non petendo* bir dava hakkı vermediği gibi alacaklının borcun takibi için *actio* açma imkanını da ortadan kaldırmaz. Zira Roma hukukunda geçerli olan ilke uyarınca “anlaşma ile borç ortadan kalkmaz” (*obligatio pacto convento non tollitur*). *Pactum de non petendo* yalnızca borçluya kendisine karşı açılan bir davada def’i ileri sürme imkanı verir³⁶⁷. *Pactum de non petendo* ilk defa XII Levha Kanunu’nda sadece bazı haksız fiillerden doğan borçlar için kabul edilmiştir. İlerleyen dönemde ise *praetorlar* kapsamı genişletmiş ve kaynağına bakılmaksızın tüm borçlar için bu yöntemi kabul etmiştir³⁶⁸.

Roma hukukunun post-klasik döneminde *transactio*, *pactum* kavramından ayrıştırılarak bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilmiştir³⁶⁹. Yaşanan değişimde hukuk uygulamasına güvenin azalmasının ve Hristiyanlık’ın etkisiyle uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi düşüncelerinin ön plana çıkmasının etkili olduğu belirtilir³⁷⁰. Iustinianus döneminde *transactio*, isimsiz sözleşme sayılmıştır. Bu itibarla, *transactio* uyarınca kendi hakkından tamamen veya kısmen feragat eden kişi, karşı taraf uzlaşma koşullarına aykırı davranırsa *actio praescriptis verbis* davasına başvurma olanağına sahipti³⁷¹. Klasik hukuk döneminde, hâkim tarafından anlaşmazlık hakkında verilen hükme ilişkin sonradan yapılacak uzlaşma mümkün

³⁶⁴ D.2.15.4; **DI MARZO**, s. 455; **RADO**, s. 125; **BUCKLAND**, Textbook, s. 523; **KOSCHAKER/AYİTER**, s.288.

³⁶⁵ **GÜMÜŞ** Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 2015, s.32.

³⁶⁶ **KOSCHAKER/AYİTER**, s.288; **RADO**, s.182.

³⁶⁷ Cod.2.20.5.pr; **GÜMÜŞ**, s.32.

³⁶⁸ **RADO**, s.182; **GÜMÜŞ**, s.33.

³⁶⁹ **KASER**, Privatrecht, s. 322.

³⁷⁰ **GÜZEL**, s. 21; **KASER**, Privatrecht, s. 322.

³⁷¹ **RADO**, s. 125.

değildi³⁷². Iustinianus döneminde ise verilen hükme karşı kanun yolu açıksa *transactio* yapılması mümkündü³⁷³.



³⁷² DI MARZO, s. 455.

³⁷³ D.2.15.7.pr: “*Et post rem iudicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit vel appellare potueris.*”

D.2.15.7.pr: “Hüküm verildikten sonra temyize başvurulmuşsa veya temyize başvuru hakkı varsa sulh sözleşmesi (*transactio*) geçerlidir.”

Benzer bir düzenleme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 314’te yer alır.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ FİKRİNDE ROMA HUKUKUNUN ETKİSİ

I. Sözleşme Özgürlüğü Fikrinin Geliştiği Ortamı Anlamak

Sözleşme özgürlüğü fikrinin Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yasal bir zemine kavuştuğu kodifikasyonun 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu olduğu ifade edilir³⁷⁴. Napolyon tarafından hazırlatılan kanunun 1134. Maddesinin ilk fıkrası “Kanuna uygun olarak yapılan sözleşmeler taraflar arasında kanun hükmündedir.”³⁷⁵. Demek suretiyle bu ilkeyi belirtmiştir. Şüphesiz, bu ilkenin kabulünde Fransız Devrimi’yle birlikte savunulmaya başlayan bireyciliğin, bireysel özgürlüklerin ve liberalizmin etkisi büyüktür. İnsanın insan olmasından dolayı sahip olduğu özgürlüğü savunan ve irade özerkliğini önceleyen bu görüşler, bireyin her alanda özgürce hareket etmesi gerektiğine inanır. Bu kapsamda sözleşmeler, bireyin ekonomik anlamda özgür iradesini kullanacağı araçlardır.

18. ve 19. yüzyıllarda yaşanan sosyal, ekonomik ve siyasi yapıdaki değişimler ile bu değişimlerin ortaya çıkardığı düşünce akımlarının sözleşme özgürlüğü prensibinin benimsenmesinde etkili olduğu açıktır. Ancak bu ilkenin benimsenmesi salt bu düşünce akımlarıyla açıklanamaz. Ortaçağ’da ve sonrasında, özellikle 16. ve 17. yüzyıllarda, yaşamış önemli hukukçuların fikirleri sözleşme serbestisinin benimsenmesi ve genel bir sözleşmeler hukuku teorisinin oluşturulmasında büyük rol

³⁷⁴ KUNTALP, s. 27.

³⁷⁵ Art. 1134: 1. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* (https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136342/1804-03-25/#LEGISCTA000006136342).

oynamıştır. Bu hukukçuların önemli bir kısmı aynı zamanda teolog olması karşısında, fikirlerin gelişiminde Hristiyanlık dininin etkisi yadsınamaz. Öte yandan bu hukukçuların geliştirdiği fikirlerde Roma hukukunun izlerine sıklıkla rastlanır. Roma hukuku kaynakları Aquinacı-Aristotelesçi felsefe ile yorumlanarak bir sentez elde edilmiştir. Bu sentezde özellikle “geç skolastikler” veya “İspanyol doğal hukuk okulu” olarak adlandırılan teolog hukukçuların çalışmaları önemlidir³⁷⁶. 16. yüzyılda ve 17. yüzyılın başlarında yaşamış bu hukukçuların önde gelenleri Francesco de Vitoria, Diego de Covarruvias, Domingo de Soto, Luis de Molina ve Leonard Lessius’dur. Geç skolastiklerin çalışmaları, 17. ve 18. yüzyılda Grotius başta olmak üzere kuzey doğal hukuk okulu tarafından tekrar ele alınarak geliştirilmiş ve popülerleştirilmiştir³⁷⁷. Bu geliştirilen fikirler ise Jean Domat ve Robert Pothier gibi isimlerin düşüncelerini etkilemiş; en nihayetinde Domat ve Pothier’in düşünceleri Fransız Medeni Kanunu’nu büyük ölçüde şekillendirmiştir.

Ezcümle, sözleşme özgürlüğü prensibine yüzyıllar boyunca farklı düşünce ve teorilerin üst üste konmasıyla ulaşılmıştır. Adım adım inşa edilen bu prensibin temelinde ise yine Roma hukuku yatmaktadır. Bu itibarla ilerleyen sayfalarda sözleşme özgürlüğünün gelişim süreci, dayanan ekonomik, dini ve hukuki gerekçeler ele alınacaktır.

A. Dönemin Siyasi, Hukuki ve Sosyal Yapısına Genel Bakış

Batı Roma’nın yıkılışından, merkeziyetçi mutlak monarşilerin ortaya çıkışına kadar geçen sürede Avrupa’da siyasi egemenlik çok parçalı bir görünüme sahipti. Bir yanda önemli bir ekonomik, siyasi ve dinsel güç olan kilise ve papalığın kutsal otoritesi altında hüküm süren Kutsal Roma Germen İmparatorluğu bulunmaktaydı. Diğer yanda ise sınırları içerisinde kademeli feodal iktidar alanlarına sahip krallıklar vardı. Siyasi iktidarın bu çok parçalı ve karmaşık yapısının hukuk düzenini etkilememesi düşünülemez. Her bir siyasi güç, kendi egemenlik alanı içerisinde geçerli hukuk düzenini beraberinde getirir. Bu kapsamda kilise hukuku ve krallıkların iç hukukları iki ayrı hukuk kaynağı ve düzeni olarak karşımıza çıkmaktaydı.

³⁷⁶ GORDLEY James, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford University Press, 1991, s. 3.

³⁷⁷ GORDLEY, s. 71.

Kilise hukukunun (kanonik hukuk) kaynakları ilahi ve beşerî kaynaklar olarak ikiye ayrılır. Kilise hukukunda asıl kanun koyucu tanrıdır. Tanrının koyduğu kanunlar ilahi hukuku (*ius divinium*) oluştururken kutsal metinlerdeki yazılı hukuk kuralları ise pozitif ilahi hukuktur³⁷⁸. Papaların yayınladığı fermanlar, emirler, konsül kararları ve yorumlar ise, kilise hukukunun beşerî kaynaklarıdır. Kilise hukukuna ilişkin meselelerde kilise mahkemeleri yetkilidir.

Devletlerin koyduğu yasalardan oluşan medeni hukuk(lar) (*ius civile*) ayrı bir hukuk sistemi olarak uygulanmaktadır. Bu kapsamda devlet mahkemeleri, medeni hukuktan doğan uyuşmazlıklar açısından yetkilidir. Avrupa hukuk geleneğinin ve medeni hukuklarının şekillenmesinde, 11. yüzyılında sonlarında Roma metinlerinin keşfedilmesiyle birlikte yeniden doğan Roma hukukunun oynadığı etkin rolün altı çizilmelidir. Bu bağlamda, *ius commune* kavramına değinmekte yarar görüyoruz. Terimin anlamı ve kapsamı yüzyıllardır tartışılacelmiş olup konu üzerinde görüş birliği yoktur³⁷⁹. Biz *ius commune* kavramını, Decock’a paralel olarak³⁸⁰, Ortaçağ Avrupa’ında ortak hukuki miras olarak alınan, yorumlanmış biçimiyle Roma medeni hukukunu ifade etmek için kullanacağız.

Bu çok katmanlı hukuk sisteminde, her bir katman ile güdülen amaç birbirinden farklıdır. Antonio de Butrio’nun işaret ettiği gibi: “(...) medeni hukukun başlıca amacı

³⁷⁸ VAN DE WIEL Constant, History of Canon Law, Peeters Press, 1991, s. 15.

³⁷⁹ Roma hukukunun ve kilise hukukunun kaynaşmasından oluşan hukuk (*ius utrumque*); Roma hukukunun kendisi; 1100-1800 yılları arasında Avrupa’da ortak bir içtihat üreten, Roma, Kilise ve feodal hukukların füzyonu; Avrupa’daki her hukuk sistemini belli ölçüde şekillendiren normlar, kavramlar, teknik terimler ve ilkelerden oluşan içtihatlar bütünü; Roma hukuk metinlerinin yorumlanmasından doğan ve on birinci yüzyılın sonundan yaklaşık on altıncı yüzyıla kadar tüm Avrupa’ya yayılan hukuk kültürü getirilen tanımlardan bazılarıdır. Kavramın dönemlere göre farklı kullanımlarına ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. PENNINGTON Ken, “Ancient, Medieval, and Early Modern Concepts of the Ius commune”, Clio@Themis Revue Électronique D’Histoire du Droit, S. 27, 2024, (<http://journals.openedition.org/cliiothemis/5172>, Erişim Tarihi: 10.05.2025).

³⁸⁰ DECOCK, s. 32.

ilahi hukukun amacına ulaşmak değil, öncelikle kamu yararının (*finis publicae utilitatis*) peşinden gitmektir”³⁸¹.

Bu dönemde din, insanların hayatında geniş yer tutan, sosyal hayatı etkileyen başlıca unsurdur. Dönemin hukukunun işleyişinin anlaşılabilmesi için, toplumun çok büyük bir kesiminin hayatını şekillendiren dini bilincin farkında olunması elzemdir. Her şeyden önce, ruhun kurtuluşu koyu Hristiyan toplumlarda yaşayan insanlar için önemli bir meşguliyet kaynağıydı³⁸². Bu meşguliyet temelde düalist bir antropolojiye, yani insanın beden ve ruhtan oluştuğu (*homo ex corpore et anima constat*) fikrine dayanıyordu. Nitekim, sözleşmelerin bağlayıcılığı yönündeki öğreti geliştirilirken teologların bu düalizme dayandığı görülür.

Ruhun kurtuluşu dışında öne çıkan bir diğer dini kurum vicdan mahkemesidir (*court of conscience*). Vicdan mahkemesi fikrine göre ölümden sonra kişinin vicdanı, kişinin eylemleri lehine veya aleyhine tanıklık edecektir. Vicdan mahkemesi, yüce ahlaki ilkelerin uygulanma yeri değil, bir kişinin sahip olduğu hak ve yükümlülükleri hakikat ve adalet ışığında belirleme yeriydi³⁸³. Doğal hukukun uygulandığı bir mahkeme olarak vicdan mahkemesi, kilise ve devlet mahkemelerine paralel bir yargı merciidir³⁸⁴. Elbette hakimi, tarafları ve yargılamasıyla gerçek bir mahkeme sözü konusu değildir. Kastedilen, içsel bir mahkemedir. Juan de Valero, hakimlerin yargılamayı yürüttüğü beşeri mahkeme olan dış mahkemenin (*forus exterior*) karşısına itirafçılara ve her Hristiyan’a ait Tanrı’nın mahkemesi olan iç mahkemeyi (*forus interior*) koymuştur³⁸⁵. Dış mahkemede uygulanan adaletin ve yasaların katılığı, vicdan mahkemesinde yerini hakkaniyete (*aequitas*) bırakır. Vicdan, iyi ve erdemli bir insanda doğru aklın diktesi olarak görülür. Baldus de Ubaldis, vicdan mahkemesinin iyyinin ve hakkaniyetli olanın birlikte ele alındığı bir mahkeme olduğunu belirtir³⁸⁶.

³⁸¹ **DE BUTRIO** Antonio, *Super Decretalibus commentarii*, Torino, 1967, C. 2, X.1.35.1, f. 94v., No.7, DECOCK, s. 118’deki İngilizce çeviriden tarafımızca çevrilmiştir.

³⁸² **DECOCK**, s. 26.

³⁸³ **DECOCK**, s. 79.

³⁸⁴ **DECOCK**, s. 144.

³⁸⁵ **DE VALERO** Juan, *Differentiae inter utrumque forum, iudiciale videlicet et conscientiae, Cartusiae Maioricarum* 1616, *Praeludia*, No. 1, DECOCK, s. 72, dpn. 262’den naklen.

³⁸⁶ **DE UBALDIS** Baldus, *Commentaria in septimum, octavum, nonum, decimum et undecimum Codicis libros*, Lugduni 1585, (*Commentaria*), C.7.59.1. No. 3, DECOCK, s. 146, dpn. 524’ten naklen.

Yazar gerekçelendirmesinde *Digesta*’nın ilk bölümünde yer alan, adaletin iyi ve adil olanın sanatı olduğu ifadesine dayanır. Düşünre göre, hakkaniyetli olan, iyi olan ile çeliştiğinde ilahi adalet, medeni hukuk tarafından iyi olarak adlandırılanı değil, hakkaniyetli olanı benimser.

B. Çok Parçalı Hukuki Yapının Sözleşmeler Hukuku Alanında Sentezinde Roma Hukukunun Rolü

Sözleşmeler hukuku alanında *ius commune*, 15. yüzyıla kadar, Roma hukukunda hakim olan “çıplak anlaşmadan borç doğmayacağı” prensibini benimsemişti. Oysa teolog hukukçular, verilen söze uymamanın günah olması, barışın istikrarının sağlanması, ruhun kurtuluşa erebilmesi gibi Hristiyanlık inancına dayalı dini ve ahlaki çeşitli gerekçelerle her türlü anlaşmanın bağlayıcı olması gerektiğini savunuyordu. 1234 yılında, Liber Extra X.1.35.1’de yer almasıyla birlikte, çıplak dahi olsalar her türlü anlaşmanın bağlayıcı olacağı prensibi kilise hukukunun bir parçası haline gelmiştir³⁸⁷. Bağlayıcılığın teminatı olarak öngörülen yaptırımlar, yine kilise hukuku ve kilise mahkemeleri nezdinde ele alınmıştır. Bu itibarla, her anlaşmanın borç doğuracağı fikri ilk başta yalnızca kilise hukuku açısından sonuç doğurmuş, devlet mahkemeleri nezdinde bir dava açılması ise mümkün olmamıştır.

Teolog hukukçularının, tüm anlaşmalardan kilise mahkemesinde öne sürülebilecek bir yükümlülük doğduğu fikri, medeni hukukçuları Roma metinlerini doğal aklın ve Kilise otoritesinin emirlerine yaklaştıracak şekilde yorumlayarak esnetmeye itmiştir³⁸⁸. *Ius commune* üzerindeki kilise hukuku geleneğine uyma baskısı, bu geleneğin uygulamadaki etkin yeriyle açıklanmaktadır³⁸⁹. Domingo de Soto, Luís de Molina ve Leonardus Lessius gibi teologlar Orta Çağ’da uygulanan *ius commune* ile Aristotelesci-Thomizmcî ahlaki prensipleri sentezleyerek, genel bir sözleşmeler hukuku formüle etmişlerdir³⁹⁰. Böylece her türlü anlaşmanın yalnızca kilise hukukunda ve kilise mahkemeleri önünde değil *ius commune* nezdinde ve devlet mahkemeleri önünde de bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir. Kilise hukukunun *ius*

³⁸⁷ DECOCK, s. 128.

³⁸⁸ DECOCK, s. 110.

³⁸⁹ DECOCK, s. 153.

³⁹⁰ GORDLEY, s. 3.

commune'ü “düzeltmesi” sayesinde farklı hukuklar arasında uzlaşma sağlanarak uygulamadaki zorluk ve anlaşmazlıkların ortadan kaldırıldığı ifade edilmiştir³⁹¹.

Aşağıdaki başlıklardaki açıklamalarda ayrıntılı olarak görüleceği üzere, tüm anlaşmaların bağlayıcılığı fikri geliştirilirken temel başlangıç noktası yine Roma hukuku ve Roma metinleridir. Roma hukukunda geçerli olan prensipten ayrılırken dahi Roma metinlerine dayanılması, Roma hukukunun gücüne ve otoritesine yönelik önemli bir göstergedir. Keza, kilise hukuku çerçevesinde getirilen yaptırımların kanonik nitelikte olmasının nedeni olarak çıplak anlaşmalara dava hakkı tanınmayacağı yönündeki Roma hukuku kuralına açık bir karşı gelişin önlenmek istenmesi gösterilmiştir³⁹². Bir yandan Roma hukukunda geçerli prensipten ayrılmak istenirken diğer yandan Roma hukukuyla zıt düşmekten kaçınılmıştır. Ezcümle, her türlü anlaşmanın bağlayıcılığı gerekçelendirilirken Roma metinleri adeta bir meşruiyet kaynağı olmuştur³⁹³.

II. Sözleşme Özgürlüğünün Temellendirilmesi ve Gelişim Süreci

A. Ticari Hayatın Gereklilikleri ve *Ex Bono Et Aequo* Yargılama Usulünün Etkisi

Bir kimseyi yaptığı anlaşma uyarınca verdiği taahhüde uymaya iten dürtü salt hukuki yaptırım tehdidi ile açıklanamaz. Ahlaki ve ticari çeşitli kaygılar, kişiyi verilen söze uymaya iten güçlerdendir. Yerine getirilen her taahhüt, kurulacak bir sonraki ilişki için bir referanstır, güvencedir. Taahhüt ettiği yükümlülöklere riayet etmediği bilinen biriyle kimse anlaşma yapmaya yanaşmayacaktır. Kişinin önceki davranışlarıyla yarattığı kendisiyle ilgili tasvire uygun yaşayarak kimliğini onaylaması, verilen sözlere uyulmanın arkasında yatan motiflerden biridir³⁹⁴.

³⁹¹ DE OÑATE Pedro, De contractibus, romae, 1646, C.1, Tract. 1, Disp. 2, s. 40, DECOCK, s. 2'deki deki İngilizce çeviriden tarafımızca çevrilmiştir.

³⁹² DECOCK, s. 124.

³⁹³ Teologların dini doktrinlerine hukuki bir temel oluşturmaya çalışırken Roma metinlerine sarıldığı yönünde benzer bir görüş için bkz. CAPITANT Henri, De la cause des obligations, Librairie Dalloz, 1923, s. 127.

³⁹⁴ STORME Matthias E., “The binding character of contracts - causa and consideration”, Towards a european Civil Code, A.S. Hartkamp/ M.W. Hesselink/ E.H. Hondius (Ed.), 2. Bası, Kluwer / Ars aequi, 1998, ss. 239-254, s. 244.

Nitekim, Bartolus'un aktardığı bir olayda kefilin, "utandığı" için çıplak anlaşmaya dayanan faizin talep edilemeyeceği yönündeki savunmayı yapmadığı anlatılmıştır³⁹⁵. Kişinin oluşturduğu güvenilir imaj, sonraki ilişkilerin kurulmasına zemin hazırlar. Güven, ticaret hayatının etkin ve sorunsuz yürütmesinde kilit rol oynar. Bu nedenle, sözleşme özgürlüğü prensibi kurumsallaşıp norm haline gelmeden çok önce ticaret mahkemelerinin uygulamalarında dolaylı olarak yer bulmuştur. En azından 14. yüzyıl itibariyle, ticaret mahkemelerinde *exceptio nudi pacti*'nin (çıplak anlaşma def'i) ileri sürülemediği ve çıplak anlaşmaların bağlayıcı kabul edildiği bilinmektedir³⁹⁶.

Ticaret mahkemelerinin, medeni hukuklarda yer alan bir def'iin ileri sürülmesini kabul etmemesini sağlayan hukuki gerekçe, bu mahkemelerde uygulama alanı bulan *ex bono et aequo* (iyiye ve hakkaniyete göre) yargılama usulüdür. Tacirlerin tacir statüsünün, dahil oldukları uyuşmazlıkların iyiye ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini gerektirdiği ifade edilmiştir³⁹⁷. Ayrıca, tacirler arasındaki yargılamaların bu usulle yapılmasının teamül haline geldiği belirtilmiştir³⁹⁸. Bu yargılama usulünde medeni hukukun hiçbir şekilde dikkate alınmadığı düşünülmemelidir. Medeni hukuk yine temel hukuki dayanaktır. Ancak bu usulde, şekli formalitelere (*apices iuris*) bakılmaksızın, esas işlemin özüne göre, hakkaniyet temel alınarak karar verilir³⁹⁹. Bu kapsamda Bartolus'tan aktarılan metinlerde şekli eksiklere örnek olarak *actio utilis* yerine *actio directa* açılması, *litis contestatio*'nun yapılmaması verilmiştir.

Stracca, pozitif hukukun genel olarak ne kadar iyi olursa olsun her özel olaya uygulanamayacağını, ne zaman pozitif hukukun terkedilerek hakkaniyete başvurulması gerektiğinin hukukçular tarafından bilinmesi gerektiğini belirtir⁴⁰⁰. Bu itibarla, pozitif hukukun çıplak anlaşmanın dava edilemezliğine dair kuralı, tacirlerin

³⁹⁵ **DE SAXOFERRATO** Bartolus, Digestum Vetus Şerhi, 1602, (*Vetus*), D.17.1.48., **DONAHUE** Charles Jr. "Equity in the Courts of Merchants." Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review, Vol. 72, S. 1-2, 2004, ss. 1-36. HeinOnline, s. 8, dpn. 33'den naklen.

³⁹⁶ **DECOCK**, s. 121; **DONAHUE**, s. 5 vd..

³⁹⁷ **STRACCA** Benvenuto, De mercatura, Venice, 1553, 8.1, **DONAHUE**, s. 3, dpn. 13'den naklen.

³⁹⁸ **DE UBALDIS** Angelus, Consilium 77, Plures creditores, Superprimopuncto, Frankfurt, 1575, **DONAHUE**, s. 19, dpn. 108'den naklen.

³⁹⁹ **DONAHUE**, s. 6.

⁴⁰⁰ **DONAHUE**, s. 4.

özellikli durumu göz önüne alınarak yumuşatılmalı ve ılımlaştırılmalıdır⁴⁰¹. Stracca'nın bu görüşünü temellendirirken Cod.3.1.8'e⁴⁰² dayanması Roma hukuku prensiplerinden ayrılırken dahi Roma hukukuna meşruiyet kaynağı olarak başvurulduğu yönündeki görüşümüzü desteklemektedir. Bu bağlamda hakkaniyet, tacirlerin medeni hukukta bulunabilecek olası sınırlamalara bakılmaksızın, anlaştıkları şeye bağlı kalmalarıyla yerini bulur.

Ezcümle, ticaret hayatında istikrarın sağlanabilmesini teminen, hakkaniyetin her türlü anlaşmaya riayet edilmesini gerektirmesi gerekçesiyle ticaret mahkemelerinde çıplak anlaşmaların bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir. Böylece, sadece tacirler arasındaki anlaşmalar için geçerli de olsa, sözleşme özgürlüğü prensibi pozitif hukukta kendine yer bulmadan önce pratikte hayata geçirilmiştir.

B. Kilise Hukuku ve Teologların Getirdiği Dini ve Ahlaki Gerekçelendirmeler

“*Pacta sunt servanda*”, Latince bir deyiş olması sebebiyle bugün bir Roma hukuku alıntısı zannedilmektedir. Oysa bu deyiş, ilk kez 12. Yüzyılın sonlarında Bernardo di Pavia ve Huguccio'nun şerhlerinde karşımıza çıkar⁴⁰³. Sonrasında 1234 tarihli Liber Extra'da kendisine yer bularak kilise hukukunun bir parçası haline gelmiştir⁴⁰⁴.

Esasen, çıplak dahi olsalar tüm anlaşmaların bağlayıcı olduğu fikrinin 348 yılındaki Kartaca Konsili'ne kadar dayandığı ileri sürülmüştür⁴⁰⁵. Piskopos Antigonos, Piskopos Optantius'u yetkilerini belirledikleri anlaşmaya uymamakla suçlar. Konsil, barışın korunması gerekçeleriyle anlaşmanın bağlayıcılığı olduğuna karar verir. Barışa yapılan vurgu önemlidir. Sevilalı İsidor, *pactum* kelimesinin etimolojik olarak barış

⁴⁰¹ DONAHUE, s. 4.

⁴⁰² Cod.3.1.8.: “Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem.”

“Her konuda en önemli hususun katı hukuk kurallarından ziyade adalet ve hakkaniyet olması gerektiğine karar verilmiştir.” (Online çeviri kaynakları yardımıyla tarafımızca çevrilmiştir.)

⁴⁰³ DECOCK, s. 126. Huguccio'nun *Summa decretorum* adlı eserini yayınladığı 1188 yılı “*Pacta sunt servanda*” prensibinin doğuş yılı olarak adlandırılır.

⁴⁰⁴ DECOCK, s. 128.

⁴⁰⁵ DECOCK, s. 122.

anlamına gelen *pax* kelimesinden türediğini belirtmiştir⁴⁰⁶. *Pax* ve *pactum* özünde birbirleriyle iç içedir. Hristiyan yazarlara göre çıplak da olsa anlaşmaların bağlayıcılığını kabul etmek barışı teşvik eder.

Teologlar, anlaşmaların bağlayıcılığını ileri sürerken barışın teşvikinin yanında dinsel gerekçelendirmelere de yer vermiştir. Giasone del Maino, ruhun kurtuluşu için çıplak anlaşmaların devlet mahkemelerinde dahi dava edilebilir olması gerektiğini belirtmiştir⁴⁰⁷. Hugoccio ve Fortunius Garcia, anlaşmalara aykırı davranmanın günah olduğunun altını çizmişlerdir⁴⁰⁸. Hugoccio ayrıca, Tanrı'nın bir hristiyanın söylediği ve yemin ettiği arasında bir fark olmasını arzulamadığını, bu nedenle basit bir vaadin de yemin kadar bağlayıcı olması gerektiğini ileri sürmüştür⁴⁰⁹. Hugoccio'nun son fikrine katılan De Butrio'ya göre, çıplak dahi olsalar anlaşmalar Tanrı'nın gözünde bağlayıcı olduğu için kilise hukukuna göre bağlayıcıdır⁴¹⁰. Aktarılan düşüncelerin antropolojik temelinde Hristiyanlık öğretisine hâkim ruh ve beden düalizminin yattığı söylenebilir. Bu düalist anlayışın terkedilmesi nedeniyle, ahlaki teoloji ve sözleşme hukuku arasındaki bağlantının, özel hukukun tarihsel anlatımlarından neredeyse tamamen kaybolduğu ifade edilmiştir⁴¹¹.

Son olarak vicdan mahkemesi sözleşme özgürlüğüne giden yolda dikkate alınan bir başka dini değer olarak karşımıza çıkar. Vicdan açısından sözleşmesel yükümlülüklerin belirlenmesinde dikkate alınacak tek nokta tarafların karşılıklı rızasıdır⁴¹².

Geliştirilen fikirler neticesinde, her türlü anlaşmanın bağlayıcı olacağı kabul edilmiş olmakla birlikte, bağlayıcılığın hangi hukuki vasıta ile sağlanacağı

⁴⁰⁶ **ISIDORE** of Seville, *Isidori Hispalensis Episcopi Etymologiarum Sive Originum Libri XX*, C.1, (Gözden Geçiren: W.M. Lindsay), 1911, §5.24.18, s. 198 (Erişim: <https://archive.org/details/isidori01isiduoft/page/n197/mode/2up>. Erişim Tarihi: 20.07.2025), Latince metinden çeviri için online çeviri sitelerinden faydalanılmıştır.

⁴⁰⁷ **DECOCK**, s. 109.

⁴⁰⁸ **DECOCK**, s. 114, 124.

⁴⁰⁹ **DECOCK**, s. 124.

⁴¹⁰ **DE BUTRIO**, X 1.35.1, f. 94v., No: 7, **DECOCK**, s. 129, dñ. 477'den naklen.

⁴¹¹ **DECOCK**, s. 9.

⁴¹² **DECOCK**, s. 146.

tartışılmıştır. Hugoccio yaptırımın *officium iudicis*⁴¹³ ile sağlanmasını önerir⁴¹⁴. Böylece, çıplak anlaşmalara dava tanınmayacağı yönündeki D.2.14.7.4 düzenlemesine açık bir karşı gelişten kaçınır. Olağan bir yargı yolu ise ilk kez Johannes Teutonicus tarafından *Glossa ordinaria* (takribi 1215) adlı eserde önerilir⁴¹⁵. Teutonicus, Roma hukukunda yeni yaptırım getirme tekniği olan *condictio ex lege*'den ilham alarak *condictio ex canone Iuramenti* adını verdiği bir dava yaratır. Yalnızca ruhban sınıfına uygulanabilen bu yaptırımın etki alanı dar olmakla birlikte 14. Yüzyıla kadar çoğunlukça benimsenen yol olmuştur. Papa Innocent IV ise kilise mahkemeleri önünde evanjelik kınamayı (*evangelical denunciation*) önerir⁴¹⁶. Bu yöntem, Matta İncili'nde yer alan "kardeşçe düzeltme" (*correctio fraterna*) emrine dayanır⁴¹⁷. Her Hristiyan, günah işleyen kardeşini uyarmalıdır. Uyariya rağmen aynı günahı işlemeye devam ederse bu sefer iki tanık önünde tekrar ikaz edilmelidir. Buna rağmen günah düzeltilmezse, durum kiliseye bildirilmelidir. İşte bu son aşama, kilise mahkemeleri önünde, evanjelik kınama yoluyla hayata geçirilir. Bu usulde, sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafın, aynen ifayı gerçekleştirene kadar günahından kurtulamayacağı kabul edilmişti⁴¹⁸. Vicdan mahkemesinin temel prensibi olan hakkaniyetin evanjelik kınama yoluyla hayata geçirildiği; tıpkı *praetor*'un

⁴¹³ Kavram Roma hukukunda, hâkimin yargılama faaliyeti sırasında, *formula*'da kendisine verilen talimatlar dışında uyması gereken hukuk kurallarını ve teamülleri ifade eder, bkz. **BERGER**, s. 607; **UMUR**, Lügat, s. 146.

⁴¹⁴ **DECOCK**, s. 124; **CAPITANT**, s. 126.

⁴¹⁵ **DECOCK**, s. 127.

⁴¹⁶ **CAPITANT**, s. 126; **DECOCK**, s. 93. Papa Innocent IV'e göre, tabii borçlardan doğan her türlü somut menfaat evanjelik kınama yaptırımıyla korunabilir. Bu görüş uyarınca, çıplak anlaşmaların yanında sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar tabii borç olup uygun yaptırım evanjelik kınamadır.

⁴¹⁷ **Matta İncili 18. Bölüm: 15**«Eğer kardeşin sana karşı günah işlerse, ona git, suçunu kendisine göster. Her şey yalnız ikinizin arasında kalsın. Kardeşin seni dinlerse, onu kazanmış olursun. 16Ama dinlemezse, yanına bir ya da iki kişi daha al ki, söylenen her şey iki ya da üç tanığın sözüyle doğrulansın. 17Eğer kardeşin onları dinlemek istemezse, durumu inanlılar topluluğuna bildir. İnanlılar topluluğunu da dinlemek istemezse, onu bir putperest ya da vergi görevlisi yerine koy. (Çeviri: <https://www.kutsal-kitap.net/bible/tr/index.php?id=1491&mc=2&sc=1480>)

⁴¹⁸ **DECOCK**, s. 92. Kınanan davranıştan etkilenen mağdur, ilk başlarda evanjelik kınama usulüyle yalnızca tazminat elde edebiliyordu. Ancak usulün çıplak anlaşmaların yaptırımı olarak öngörüldüğü döneme gelindiğinde, evanjelik kınama ile aynen ifanın talep edilebileceği kabul edilmişti.

Romalılar için olduğu gibi Katolikler için de psikoposun hakkaniyetin garantörü olduğu belirtilmiştir⁴¹⁹.

C. Doğal Hukuka Dayalı Gerekçelendirmeler

Doğal hukuk, kimi düşünürlerce ilahi hukukla olan ilişkilendirmesi nedeniyle dini bir yöne sahiptir. Ancak doğal ve ortak akla dayanması, bütün hukuk kurallarının yönelmesi gereken ideal hukuk anlamı nedeniyle sözleşmelerin bağlayıcılığına ilişkin gerekçelendirmelerde ayrı bir konuma sahiptir.

Çıplak anlaşmaların bağlayıcılığının doğal hukuka dayandırılmasının önemi, vicdan mahkemesinde dikkate alınan hukukun doğal hukuk olmasında yatar. Doğal hukuk gereği yükümlülük altına girilen her durumda, vicdan mahkemesinde de yükümlülük altına girilir ve kilise mahkemelerinde evanjelik kınama yoluna başvurulabilir⁴²⁰. Nitekim Lessius, sözleşme yapma ehliyetine sahip taraflarca özgürce ve kendi iradeleriyle yapılan her anlaşmadan vicdan mahkemesinde tabii borç doğduğunu ve karşı tarafın rızası olmaksızın sözleşmeden dönülemeyeceğini belirtmiştir⁴²¹.

Çıplak anlaşmaların vicdan mahkemesinde ve kilise hukukunda bağlayıcı olduğu sonucuna varabilmek için Roma hukuku kaynaklarına başvurulması dikkat çekicidir. Bu doğrultuda, Roma hukukunun çıplak anlaşmalara dava hakkı tanımamakla birlikte bazı sonuçlar bağlamış olması karşısında, çıplak anlaşmaların korunmamakla birlikte

⁴¹⁹ DECOCK, s. 146.

⁴²⁰ VALERO Juan, Differentiae inter utrumque forum, iudiciale videlicet, et conscientiae, “*Obligatio*”, Differentiae 10, s. 230 (Erişim: https://archive.org/details/bub_gb_eUorXLlviUwC/page/n471/mode/2up, Erişim Tarihi: 04.08.2025). Latince metin, sanal çeviri araçlarıyla çevrilmiştir.

⁴²¹ LESSIUS Leonardus, De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus, Antverpiae, 1621, Lib. 2, Cap. 17, Dub. 4, No. 19, s. 197: “Tarafların sözleşme yapma ehliyetine sahip olmaları hâlinde, şekil şartına bağlı olmayan çıplak anlaşmalar dahil olmak üzere her sözleşme, serbest irade ile ve özgürce akdedilmişse, vicdan mahkemesi nezdinde bağlayıcı bir doğal borç ilişkisi doğurur. Bu tür bir sözleşme, ancak karşı tarafın rızasıyla feshedilebilir; aksi hâlde fesih, yalnızca sözleşmenin pozitif hukuk uyarınca geçersiz sayılması ya da pozitif hukukun sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye imkân tanıdığı hâllerde mümkün olur.” DECOCK, s. 152’ deki İngilizce çeviriden tarafımızca çevrilmiştir.

yasaklanmadığı teologlar tarafından vurgulanmıştır⁴²². Roma hukukuna göre çıplak anlaşmalardan doğal borç doğduğuna delalet eden ana gerekçe, D.2.14.7.4 metninde, çıplak anlaşmalara bir def'i tanınmış olmasıdır.

D.2.14.7.4. (*Ulpianus libro quarto ad edictum*): “*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*”

D.2.14.7.4. (Ulpianus, Edictum Hakkında 4. Kitap): “Ancak, hukuki sebep (*causa*) yoksa anlaşmadan borç doğmayacağı kesindir. Bu nedenle, çıplak anlaşmadan borç doğmaz ancak bir def'i doğar.”

İlgili metinde, Aristo'nun bahsettiği anlamıyla *causa*'nın olmadığı, yani tarafların anlaşmasından sonra ifanın gerçekleşmediği çıplak anlaşmalardan bir def'i doğacağı belirtilmiştir. Bir tarafın ifayı gerçekleştirilmesi “çıplaklığı” ortadan kaldıran bir sebep olarak görülmüştür zira bu durumda artık bir doğal borç değil *civil* borç vardır ve taraflara bir dava hakkı tanınmıştır. Tarafların salt anlaşmasının ise doğal borç doğuracağı ve ancak bir def'i tanınacağı belirtilmiştir. İşte Roma hukukunun tanıdığı bu def'i imkanı, çıplak anlaşmaların doğal hukuk gereği bağlayıcı olduğu fikrinin geliştirilmesinde önemli bir dayanak noktası olmuştur.

Teolog hukukçular ve medeni hukukçular, çıplak anlaşmalardan doğal borç doğduğu hususunda hem fikirdi. Fakat medeni hukukçular, çıplak anlaşmaların devlet mahkemelerinde dava edilemeyeceğini savunurken, teolog hukukçular vicdan mahkemesinde bağlayıcı olan bir anlaşmanın kilise mahkemeleri önünde dava edilebileceği kanaatindeydi. Kilise hukuku ve medeni hukuk arasındaki bu ikilik, medeni hukukun kilise hukukundaki tüm anlaşmaların bağlayıcı olduğu yönündeki prensibi benimsemesi suretiyle ortadan kalkmıştır. Bu düşünsel değişimde doğal hukuk düşüncesi rol oynamıştır. Fortunius Garcia, medeni hukukun çıplak anlaşmaların dava hakkı tanımayarak yarattığı adaletsizliğin kilise hukukuyla

⁴²² DECOCK, s. 146.

giderilebileceği fikrindedir⁴²³. Yazara göre, doğal aklın gerekleri söz konusu olduğunda kilise hukuku medeni hukuka üstün gelmelidir⁴²⁴. Bu doğrultuda, medeni hukuk doğal hukuka tabii olup, seküler hukuk kurallarının yerindeliğinin değerlendirileceği kıstas doğal akıl olmalıdır⁴²⁵. Bu itibarla, çıplak anlaşmalar kilise hukuku uyarınca bağlayıcı oldukları için devlet mahkemelerinde de dava edilebilmelidirler⁴²⁶. Benzer şekilde Wezenbeke’e göre, anlaşmalar doğal hukuk ve hakkaniyet gereği bağlayıcı olup, anlaşmaya aykırı hareket eden taraf doğaya karşı gelmiş ve günah işlemiştir. Günahtan korunmak istenen ve vicdan meselesi olan her durumda devlet mahkemelerinde dahi kilise hukukuna riayet edilmelidir⁴²⁷. Molina’ya göre ise, pozitif hukukun doğal hukuk ile uyumlu hale getirilmesi, siyasi toplumun barışı koruma hedefine ulaşmasına yardımcı olacaktır⁴²⁸.

Öte yandan, uygulamada kilise hukuku prensiplerine uyuluyor olmasının, medeni hukukun kilise hukukuna uyması yönündeki baskıyı arttırdığı belirtilmiştir⁴²⁹. Bu değişimde, prenslerin merkezileşme ve yargı yetkisini elinde tutan tek güç olma amaçlarının etkisi de göz ardı edilemez. Decock, paralel hukuk kurallarının ve yargı yetkilerinin, “yutulurak” nötralize edildiğini belirtmiştir⁴³⁰.

Her anlaşmadan dava edilebilir bir borç doğacağı fikrinin medeni hukuklarca kabul edilişi bir kerede olmamıştır. Zira, tüm Avrupa’da topyekûn uygulanan bir medeni

⁴²³ **GARCIA** Fortunius, Repetitio super cap. 1 de Pactis, in: Commentaria in titulum Digesti de Pactis, difficilem, uberrimum, omniumque contractuum parentem cum repetitione cap. 1 Extra in eodem titulo, Francoforti 1592, (*Repetitio*), No. 118, DECOCK, s. 160’tan naklen.

⁴²⁴ **GARCIA** Fortunius, De ultimo fine iuris civilis et canonici, de primo principio et subsequentibus praeceptis, de derivatione et differentiis utriusque iuris et quid sit tenendum ipsa iustitia, Coloniae Agrippinae 1585, (*Iuris Civilis*), No. 109–122, DECOCK, s. 160’tan naklen.

⁴²⁵ **GARCIA**, Iuris Civilis, No. 14, DECOCK, s. 159’dan naklen.

⁴²⁶ **GARCIA**, Iuris Civilis, No. 164, DECOCK, s. 160’tan naklen. Garcia’nın bu fikri geliştirmesinde, İspanya medeni hukukunda çıplak anlaşmaların bağlayıcılığının kabul edilmiş olmasının etkisi olduğu ifade edilmiştir, bkz. DECOCK, s. 160.

⁴²⁷ **VAN WEZENBEKE** Matthias, Paratitla in Pandectas iuris civilis ab authore recognita et aucta, Basileae, 1568, D. 2,14, p. 110, DECOCK, s. 156’dan naklen.

⁴²⁸ **DE MOLINA** Luís, De iustitia et iure, Moguntiae 1659, C. 2 (*De contractibus*), Tract. 2, Disp. 258, 25. Sütun, No. 9, DECOCK, s. 142, dñn. 516’dan naklen.

⁴²⁹ **DECOCK**, s. 153.

⁴³⁰ **DECOCK**, s. 153.

hukuk söz konusu değildir. Her krallıkta uygulanan medeni hukuk birbirinden farklıydı. Prensibin medeni hukuklarca benimsenmesinde tespit edilen en eski örnek İspanya'daki Castille Krallığı'dır. Luís de Molina, 16. yüzyılın sonlarında yazdığı eserinde çıplak anlaşmaların kilise hukukunca ve Kastilya krallığında bağlayıcı olduğunu aktarmıştır⁴³¹. İtalya'da ise klasik medeni hukuk öğretisi 18. yüzyıla kadar etkinliğini sürdürmekle beraber, 16. Yüzyılda dahi üst derece mahkemelerin hâkimin yetkisine (*officium iudicis*) dayanarak çıplak anlaşmalara dava hakkı tanıdığı bilinmektedir⁴³².

Ezcümle, doğal hukuka dayalı gerekçelendirmeler her anlaşmadan dava edilebilir borç doğacağı fikrinin kilise hukukundan medeni hukuklara geçişinde etkili olmuştur. 16. Yüzyılın sonlarından itibaren, sözleşme özgürlüğü Avrupa medeni hukuklarının bir parçası haline gelmeye başlamıştır.

D. Causa'nın Değişen Anlamı ve İşlevi

Gerek medeni hukuk gerek kilise hukuku açısından *causa* Ortaçağ sözleşme hukukunun kilit kavramlarından biri haline gelmiştir. Bu durum, kavramın dönüşümü eşliğinde aşama aşama gerçekleşmiştir. Başlangıçta, *causa* doktrini, hangi sözleşmelerin dava edilebilir ve dolayısıyla geçerli olduğuna ilişkin tartışmanın bir yan ürünü olarak karşımıza çıkmıştır⁴³³. Sonrasında ise taraf iradelerini temel alan, sözleşmenin yöneldiği amaca ifade eden bir anlam kazanmaya başlamıştır.

Teolog hukukçular, çıplak anlaşmaların doğal hukuk gereği bağlayıcı olduğu fikrini ileri sürerken *causa* kavramına başvurmuşlardır. Bu itibarla, bir anlaşmanın doğal hukuk gereği bağlayıcı olabilmesi için bir sebebe dayanması gerektiği ifade edilmiştir. Soyut borç ikrarlarının tefecilik ve faize yönelik uygulamaları gizlemek için

⁴³¹ **DE MOLINA**, Tract. 2, Disp. 258, 25. Sütun, No. 8-9, DECOCK, s. 142'den naklen. De Molina, kanun koyuculara, Kastilya Krallığı örneğinin takip edilerek medeni hukukun kilise hukukuna uydurulması ve hatta medeni ve dini yargı yetkilerinin vicdan mahkemesine uydurulması yönünde telkinde bulunur.

⁴³² **DECOCK**, s. 154.

⁴³³ Bu bağlamda tartışmaların başlangıç noktası, isimsiz sözleşmeler açısından *causa*'nın öngörüldüğü D.2.14.7 ve *stipulatio* için *causa*'nın arandığı D. 44.4.2.3 metinleridir.

kullanılabileceği yönündeki endişe, *causa* şartının getirilmesinin önemli sebeplerindedir⁴³⁴. Fakat kilise hukukunun *causa*'ya getirdiği anlam, Roma hukukundakinden farklıdır. Roma kaynaklarında dahi birbirinden farklı anlamlar atfedilen *causa*'nın dönemlere göre değişen ve çeşitlenen anlamı, kavramın ve işlevinin anlaşılmasını güçleştirmektedir. Nitekim, 14. yüzyılın önde gelen Post-Glossatorlar'ından olan Bartolus, Digesta şerhinde, çok anlamlılığı nedeniyle *causa* hakkında ne yazılırsa yazılsın anlaşılmasının zor olduğundan yakınmıştır⁴³⁵.

Kilise hukukunun *causa* kavramına atfettiği anlamın anlaşılabilmesi için öncelikle Glossator ve Post-Glossatorlar'ın görüşlerinin irdelenmesi gerekir. Zira, bu görüşler (özellikle Baldus'unkiler) teolog hukukçuların *causa* teorisine giden yolda köprü işlevi görmüşlerdir. Bu itibarla, ilk olarak anılan görüşler incelenecek, akabinde kilise hukukundaki *causa* kavramı ele alınacaktır.

1. *Causa Finalis* ve *Causa Impulsiva* Ayrımı

Causa finalis ve *causa impulsiva* ayrımı günümüzdeki hukuki sebep ve saik ayrımı ile örtüşmektedir⁴³⁶. Glossator'lar ve Post-glossator'lar tarafından yapılan bu ayrım, hangi *causa*'nın sözleşmenin geçerliliği açısından dikkate alınması gerektiği hususunda önem arz eder. Bu bağlamda, kural olarak *causa finalis* sözleşmenin geçerliliği için dikkate alınan sebep olup, *causa impulsiva* yalnızca istisnaen -ivazsız kazandırmalarda- yeterli olabilir. *Causa* doktrininin gelişimi ve *causa finalis*'e odaklanılmasında skolastik düşüncenin, özellikle Thomas Aquinas'ın görüşlerinin

⁴³⁴ SCHERMAIER Martin, “Die Rolle der causa bei der Überwindung des Typenzwangs durch die mittelalterlichen Juristen”, Causa contractus-Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens, Gregor Albers/ Francesco Paolo Patti/ Dorothee Perrouin-Verbe (Ed.), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 2022, ss. 97-152, s. 135. Nitekim, Papa 9. Gregor, yayınladığı emirname ile, *causa*'nın içerikte belirtilmediği yazılı senetler açısından ispat yükünü alacaklı aleyhine değiştirmiştir. Bu doğrultuda, ancak sebebin belirtildiği yazılı senetler borçlu açısından bağlayıcı kabul ediliyor, sebebin belirtilmemesi halinde ise alacaklının bağlayıcılığı başka yollarla ispatlaması gerekiyordu, bkz. SCHERMAIER, s. 136.

⁴³⁵ DE SAXOFERRATO Bartolus, Digestum Novum Şerhi, 1588, (Novum), Birinci Bölüm, D. 39.5.2.7, SCHERMAIER, s. 101, dpn. 13'den naklen.

⁴³⁶ TÜREL, Hukuki Sebep, s. 33.

etkisi büyüktür⁴³⁷. Dış dünyadaki şeylerle ilgili yargılar için geçerli olanın eylemler için de geçerli olması gerektiğine inanan Aquinas'ya göre her eylem, izlediği amaca ya da hedefe (*causa finalis*) göre değerlendirilmelidir. Bu nedenle, bir sözleşmenin veya taahhütün *causa finalis*'ine ilişkin hukuki değerlendirmelerin ardında, ilk olarak Aquinas tarafından formüle edilen “Herkes bir amaç uğruna hareket eder (*omne agens agit propter finem*).” prensibinin yattığı söylenebilir⁴³⁸.

Her iki *causa*'nın varlığı münferit eylemler açısından rahatça değerlendirilebilirken sözleşmenin akdedilmesi gibi müşterek ve karşılıklı eylemlere uygulanması zordur. Nitekim bu ikili ayrımın daha çok *stipulatio, promissio* (taahhüt), vasiyetname gibi tek taraf borç yükleyen işlemler açısından ele alındığı görülür. Her iki tarafın da aynı hukuki sonucu doğurmak istemesi halinde, bir sözleşmenin *causa finalis*'e sahip olduğu söylenebilir⁴³⁹. Ancak, Ortaçağ hukukçularının bakış açısına göre, bir sözleşmenin *causa impulsiva*'sı olamaz. Sözleşmeler açısından *causa impulsiva* ancak teklif ve kabul açısından ayrı ayrı incelenebilir. Bu itibarla, sözleşmeler alanında dikkate alınan *causa*'nın *causa finalis* olduğu sonucuna varılabilir.

2. *Pacta Nuda* ve *Pacta Vestita* Ayrımında *Causa*'nın Yeri

Glassotorlar anlaşmaları giyinik (*pacta vestita*) ve çıplak (*pacta nuda*) anlaşmalar olarak ikiye ayırır. *Pacta vestita*, borç doğurucu etkiye sahip olan ve taraflara bir dava hakkı tanıyan sözleşmelerdir. *Pacta nuda* ise salt tarafların iradelerinin uyduğu, dava hakkı tanınmamış anlaşmaları ifade eder. Placentinus'a göre beş çeşit *pacta vestita* bulunur: Roma sözleşmeler sistemince tanınan *contractus re, verbis, litteris* ve *consensu* ile *pacta adiecta*, yani bir iyi niyet sözleşmesine ek olarak akdedilen ilave anlaşmalar⁴⁴⁰. Azo ise bu beş “kıyafete” iki kıyafet daha ekler: *pacta praetoria* ve *legitima ile rei interventu*⁴⁴¹. Son kategoriyle Azo, D.2.14.7 uyarınca bir *causa*'ya

⁴³⁷ SCHERMAIER, s. 103; GORDLEY, s. 51.

⁴³⁸ SCHERMAIER, s. 103.

⁴³⁹ SCHERMAIER, s. 105.

⁴⁴⁰ SCHERMAIER, s. 110. Schermaier, bir tarafın edimini ifa etmesiyle (Aristo'nun anlamıyla *causa*) bağlayıcı hale gelen dar anlamda isimli sözleşmelerden bahsedilmemesi karşısında, bu sözleşmelerin Placentinus tarafından aynı sözleşme olarak değerlendirildiği şeklinde yorumlanabileceği fikrindedir.

⁴⁴¹ SCHERMAIER, s. 110.

sahip olan, yani geçerliliği için bir tarafın önceden ifasının gerekli olduğu, dar anlamda isimsiz sözleşmeleri kasteder. Edimin ifası, dava edilebilirliği sağlayan unsur, kıyafettir⁴⁴².

Azo'da *causa*'nın ifa edilen edimin amacı (*causa finalis*) anlamıyla değil, edimin ifası anlamıyla kullanıldığı görülür. Odofredus ve Cinus da Pistoia'nın edimin ifasını sözleşmenin geçerlilik şartı olarak ele almakla birlikte *causa*'nın sözleşmenin ve/veya ifanın amacı anlamına gelebilecek kullanımlara başvurduğu; farklı kullanımlar arasındaki muğlaklığın kasten yaratıldığı yönünde bir izlenim oluştuğu belirtilmiştir⁴⁴³. Odofredus ve Cinus da Pistoia ile ilk işaretleri verilen *causa*'nın anlam değişimi, birkaç yıl sonra Bartolus ve Baldus'un görüşleriyle netleşecektir.

3. Bartolus ve Baldus'un görüşleri

Bartolus, bir anlaşmanın *vestmentum*'unu *causa*'sında değil, bir tarafın önceden ifasında (*rei interventus*) görmektedir⁴⁴⁴. *Causa* böylece edimin ifası anlamından kopmuştur. Bartolus'ta, edimin ifası *causa*'yı yerine getirir, gerçekleştirir. Yani ifa, tarafların anlaşmayla hedefledikleri amaca ulaştırır. Ancak Bartolus'un *causa* ile her bir tarafın beklentisine mi yoksa ortak bir beklentiye mi atıfta bulunduğu belirsizdir⁴⁴⁵. Öte yandan, karma nitelikte bir anlaşmanın ne şekilde nitelenmesi gerektiği yönündeki görüşünü gerekçelendirirken dayandığı *causa finalis*, tarafların münferit beklentilerinin dikkate alındığı izlenimini yaratır. Buna göre, bir malın devrine karşılık para yanında bir başka malın verilmesinin taahhüt edildiği bir sözleşmenin satış sözleşmesi mi, yoksa isimsiz sözleşme mi olarak niteleneceğini belirleyecek unsur *causa finalis*'tir⁴⁴⁶. Bu itibarla, eğer satıcı esas olarak para ile ilgileniyorsa satış

⁴⁴² Jacobus de Ravanis ise dava edilebilirlik için bir *vestmentum* gerekmesi şartını dar anlamda isimsiz sözleşmelerle sınırlar. Zira, *pacta vestita* olarak nitelenen diğer sözleşmeler zaten dava edilebilir (giyinik) doğmuştur ve “vestmentum” a ihtiyaçları yoktur. Yalnızca çıplak anlaşmaların kıyafete ihtiyacı vardır ve bu kıyafet bir edimin ifasıdır, bkz. SCHERMAIER, s. 112-113.

⁴⁴³ SCHERMAIER, s. 113-114.

⁴⁴⁴ SCHERMAIER, s. 114.

⁴⁴⁵ SCHERMAIER, s. 114.

⁴⁴⁶ DE SAXOFERRATO, Vetust, 2. Bölüm, D. 12.4.16, No. 13, s. 139, SCHERMAIER, s. 1117'den naklen.

sözleşmesi, taahhüt edilen diğer edim ile ilgileniyorsa isimsiz sözleşme vardır⁴⁴⁷. Tek tarafa borç yükleyen *stipulatio* açısından Bartolus, *causa*'nın belirtilmiş olmasını aramaz. Aynı bir *causa* belirtilmemişse, bağışlama amacının varolduğu karine olarak kabul edilir⁴⁴⁸. Bağışlama amacı olmadığı iddiasında olan borçlu, bunu ispatlamalıdır. Borcun geçerliliğinin *causa* veya başkaca bir ögeye bağlanmamış olması, Bartolus'u sadece söz vermenin bağlayıcı yükümlülük doğurduğu yönündeki kilise hukuku öğretisine yaklaştırır. Ne var ki, isimsiz sözleşmeler açısından bir tarafın ifası, sözleşmenin “*vestmentum*”a sahip olması yani dava edilebilirliği için şart kalmaya devam etmiştir. Sadece ifa, *causa* anlamına gelmekten çıkmış, *causa* yeni bir anlam (sözleşmenin amacı) ile ele alınmıştır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için bu amaç, karşı edimin elde edilmesi olarak anlaşılmalıdır⁴⁴⁹.

Baldus, tıpkı Bartolus gibi isimsiz sözleşmelerde edimin ifası ile *causa* kavramlarını birbirinden ayırır. Dava edilebilirlik için ifa şarttır ancak bu ifa sözleşmenin *causa*'sını oluşturmaz. Baldus, sözleşmelerde tarafların iradesine ve sözleşme yapmaktaki bireysel amaçlarına odaklanır. Ona göre *causa*, sözleşmenin dışsal yapısından ziyade, tarafların söz verme nedenlerini, yani ulaşmayı arzuladıkları amacı ifade eder. Bir başka ifade ile, her sözleşmenin temelinde “yükümlülük altına girilirken güdülen amaç” olarak tanımlanabilecek *causa finalis* vardır. Bu anlayışta, tarafların ortak amacından değil, her birinin kendi vaadiyle ulaşmak istediği bireysel amacından söz edilir. Dolayısıyla, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından tarafların her biri için farklı bir *causa* vardır ve bu *causa*, taahhüt edilen karşı edimdir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Schermaier, satıcının değil, alıcının para veya taahhüt edilen diğer edim ile ilgilenmesinden bahsetmiştir. Ancak her iki edimin ifasında menfaati olan tarafın satıcı olduğu düşünüldüğünde, alıcının para veya diğer edime atfettiği önemin dikkate alınması mantıksızdır. Bu nedenle, yazarın satıcı yazacakken sehven alıcı yazdığı düşünülmektedir.

⁴⁴⁸ DE SAXOFERRATO, Novum, 2. Bölüm, 1588, D.50.12.1, SCHERMAIER, s. 132'den naklen.

⁴⁴⁹ GORDLEY, s. 49.

⁴⁵⁰ DE UBALDIS Baldus, Super VII, VIII et IX Codicis commentaria, 1539, (*Super VII, VIII et IX*) C.8.40.7, § 3: “(...) in contractu emptionis et venditionis respectu emptoris causa finalis est res et respectu venditoris est pretium.” “(...) Satım sözleşmesinde, alıcı açısından *causa finalis* satılan maldır; satıcı açısından ise paradır.”, SCHERMAIER, s. 118'de aktarılan Latince metin, online çeviri araçları kullanılarak Türkçe'ye çevrilmiştir.

Kimi ivazsız kazandırmalar açısından ise Baldus, *causa finalis* dışında istisnaen *causa impulsiva*'nın da yeterli olabileceği fikrindedir. İvazsız kazandırmaların daha çok *stipulatio* şeklinde akdedildiğini; *stipulatio*'ya yalnızca bağışlama yapma niyetiyle değil sistem dışında kalan anlaşmalara geçerlilik tanımak, mevcut borçları yenilemek ve tadil etmek için başvurulduğunu hatırlatmakta fayda görüyoruz. Eğer *stipulatio*'da borcun sebebi gösterilmişse – bu sebep bağışlama olabileceği gibi, başka bir anlaşma da olabilir – zaten *causa finalis* vardır ve *stipulatio* geçerlidir. Eğer borcun sebebi gösterilmemişse, soyut borç ikrarı niteliği taşıyan bu *stipulatio*'dan doğan borca geçerlilik tanınıp tanınmayacağı meselesi gündeme gelir. Baldus'a göre, verdiği taahhüdün nedenini açıklamayan ya da kasten yanlış bir neden açıklayan kişinin cömert (*liberalitas*) değil, aptal (*stultitia*) olduğu varsayılır⁴⁵¹. Sebebin belirtilmediği bir taahhüde kural olarak geçerlilik tanınmaz. Baldus, bu noktada sebep belirtilmemişse bağışlamanın varlığını karine olarak kabul eden Bartolus'tan ayrılır. Baldus, yalnızca bağışlama amacıyla yapılan *stipulatio*'ların bağışlama amacı sözleşme metninden anlaşılmamakla birlikte somut olayın şartlarından ikna edici bir şekilde çıkarılabiliyorsa geçerli olduğu kanaatindedir⁴⁵². Bu itibarla Baldus, bağışlama amacıyla yapılan *stipulatio*'lar açısından istisnaen *causa impulsiva*'nın yeterli olabileceği fikrindedir.

Ezcümle, herkesin bir amaç uğruna hareket edeceği yönündeki ahlaki felsefenin etkisiyle *causa*, tarafların sözleşmeye girerken güttükleri münferit amaçlar olarak algılanmaya başlamıştır. İsimsiz sözleşmeler açısından bu amaç, taahhüt edilen karşı edimdir. Böylece Bartolus ve Baldus isimsiz sözleşmeler açısından *causa*'yı edimin ifası olarak niteleyen Roma hukukundan ayrılmıştır. Öte yandan, çıplak anlaşma olan isimsiz sözleşmelerden dava edilebilir bir borç doğabilmesi, ifa giysisinin (*rei interventu*) varlığına bağlı kalmaya devam etmiştir. Dolayısıyla, Bartolus ve Baldus'a göre *causa* olsa bile bir taraf edimini ifa etmedikçe çıplak anlaşmalardan dava edilebilir bir borç doğmayacaktır.

⁴⁵¹ DE UBALDIS Baldus, Super Quarto et Quinto Codicis Iustiniani commentaria, 1539, (*Super Quarto*), C.4.30.13, § 5, GORDLEY, s. 55 dpn. 107'den naklen.

⁴⁵² DE UBALDIS, Super Quarto, C.4.30.13, § 9, SCHERMAIER, s. 132'den naklen.

4. Kilise Hukuku'nda *Causa*

Doğal hukuk öğretisinde merkezi bir role sahip olan rıza kavramı, teolog hukukçuların *causa*'ya bakışlarını etkilemiştir. Dolayısıyla kilise hukukunun *causa*'sı taraf iradesini ve irade beyanını esas alır. Sözleşmenin karşılıklı iradelerin uyuşması olarak tanımlanması doğrultusunda *causa*, tarafların gerçek, makul ve güdülenmiş iradelerini ifade eder⁴⁵³. Teolog hukukçular Lessius ve Molina tarafından *causa*, taahhütte bulunan kişinin taahhüt ile güttüğü amaç anlamında kullanılmıştır⁴⁵⁴. Bu bağlamda *causa* ya “cömertlik” ya “karşı edim” olarak karşımıza çıkar⁴⁵⁵. Bahsedilen *causa*, esasen Baldus'un *causa*'sından farklı değildir. Ancak kilise hukuku, *causa*'nın yanında, çıplak anlaşmayla taahhüt edilen edimlerden birinin ifa edilmiş olmasını dava edilebilirlik için bir şart olarak aramaz⁴⁵⁶.

Kilise hukukundaki *causa*'da belirleyici unsur sebebin açıklanmış olmasıdır⁴⁵⁷. *Causa*'nın açıklanması sözleşmeyi oluşturan iradelerin ciddiliğine ve özgürce

⁴⁵³ DECOCK, s. 151.

⁴⁵⁴ KOWALSKI Klaus, “Die causa des Vertrages im Naturrecht der frühen Neuzeit”, Causa contractus- Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens, Gregor Albers/ Francesco Paolo Patti/ Dorothée Perrouin-Verbe (Ed.), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 2022, ss. 153-200, s. 175.

⁴⁵⁵ GORDLEY, s. 77.

⁴⁵⁶ Öte yandan Baldus, kilise hukukunun da ifayı bir şart olarak aradığı fikrindedir. Baldus, Antigonus emirnamesinin çıplak anlaşmaların her zaman geçerli olduğunu göstermesinin nedeni olarak emirnamenin sadece doğal sezgiyi takip etmesini, dogmatik sınıflandırmayı dikkate almamasını (“Antigonus bene cantavit per naturam, sed artem ignoravit”, “Antigonus güzel şarkı söylüyordu ancak sanattan bihaberdi” ifadeleriyle) göstermiştir. Bkz. SCHERMAIER, s. 138. Baldus'un bu görüşü ilgi çekicidir. Aktarılan görüş iki farklı şekilde yorumlanabilir: Ya dönem itibarıyla (14. yy) kilise hukukunun bakış açısı ifa şartını aramaktadır veya Baldus için ifanın gerçekleşmediği bir çıplak anlaşmadan borç doğması fikri o kadar imkansızdır ki, aksinin düşünülmesi mümkün değildir, bu şartın aranmayacağı yönündeki görüşlere başka bir açıklama getirilmelidir.

⁴⁵⁷ SCHERMAIER, s. 140; DE MOLINA, Tract. 2, Disp. 257, 21. Sütun, No. 10: “Medeni hukuk ifa edilmiş bir sebepten (*causa*) söz eder; bu sayede borç doğuran işlem, çıplak anlaşma olmaktan çıkarak bağlayıcılık kazanır. Buna karşılık kanonik hukuk, sebebin ya anlaşmanın içinde açıkça belirtilmiş olması, ya dışsal delillerle ispatlanması ya da davalının ikrarıyla sabit olması durumlarında, ifa edilip edilmediğine bakmaksızın borç doğurucu etkiyi kabul eder.” DECOCK, s. 141’ deki İngilizce çeviriden tarafımızca çevrilmiştir.

oluşturulduğuna işaret eder⁴⁵⁸. *Causa*'nın açıkça belirtilmesinin aranmasının sebebi olarak kilise sözleşmeler hukukunun *stipulatio* üzerinden inşa edilmesi gösterilmiştir⁴⁵⁹. Kimsenin bir sebep olmaksızın bir taahhütte bulunamayacağı düşüncesinden hareketle, açıklanmış bir *causa*'nın yokluğunda, anlaşmanın hataya dayandığı varsayılırdı⁴⁶⁰. Bu düşünüşe göre, *causa* yoksa anlaşmadan doğal borç doğmaz ve anlaşma vicdan mahkemesinde dahi bağlayıcı değildir⁴⁶¹.

Sebepe, doğrudan sözleşmenin içeriğinden anlaşılabilceği gibi, başka bir yolla kanıtlanabilir veya davalı tarafından ikrar edilebilir. Bu bağlamda De Molina, bir miktar paranın tüketilmek üzere ödünç verilmesinin taahhüt edildiği ancak taahhüdün yerine getirilmediği bir sözleşmeyi örnek verir. Medeni hukuk uyarınca bu sözleşmede ifa gerçekleşmediği için *causa* yoktur ve ödünç vermeyi taahhüt eden tarafın ifaya zorlanması mümkün değildir⁴⁶². Oysa tüketim ödünçünün verileceğine yönelik taahhüt, ödünç verilen miktarın zamanı gelince geri ödeneceği yönündeki ivaz sebebine (*causam onerosam*) dayanır ve kilise hukukuna göre ödünç verme taahhüdünü yerine getirmeyen taraf ifaya zorlanabilir. Burada sebebin, alacak edinme sebebi (*causa credendi*) ile aynı anlamda kullanıldığı görülür. De Molina ayrıca, bir ivazın söz konusu olmadığı bağışlama sözleşmelerinin de dava ile takip edilebilir olduğu fikrindedir⁴⁶³. Bağışlama sebebi, anlaşmadan dava ile takip edilebilir bir borç doğması için yeterli bir sebeptir. Eğer bağışlama sözleşmesinde bu sebepten açıkça bahsediliyorsa veya bağışlanan kişi sözleşmenin ardında yatan sebebin cömertlik veya merhamet olduğunu ikna edici bir şekilde kanıtlayabiliyorsa bağışlama sözleşmesine

⁴⁵⁸ KOWALSKI, s. 181; LESSIUS, Lib. II, Cap. XVII, Dub. IV, § 22–23, KOWALSKI, s. 175'ten naklen.

⁴⁵⁹ DECOCK, s. 138; SCHERMAIER, s. 137; DE MOLINA, Tract. 2, Disp. 257, 20. Sütun, No. 9, DECOCK, s. 138 dpn. 507'den naklen.

⁴⁶⁰ SCHERMAIER, s. 140; CAPITANT, s. 130; LESSIUS, Lib. II, Cap. XVII, Dub. IV, No. 23, DECOCK, s. 151, dpn. 541'den naklen. Öte yandan, uygulamada çoğu anlaşmanın noterde yapıldığı, noterlerin hukuki belge hazırlamadaki yetkinlikleri düşünüldüğünde *causa*'nın belirtilmeme ihtimalinin çok düşük olduğu yönünde bkz. GORDLEY, s. 78.

⁴⁶¹ SCHERMAIER, s. 140. Soyut bir vaadin hükümsüz mü olduğu (*sans effet*) yoksa doğal borç mu doğurmadığının net olmadığı yönünde bkz. CAPITANT, s. 129.

⁴⁶² İfa gerçekleştiği ve para ödünçü verildiği zaman ise tek tarafa borç yükleyen bir ayni akit olan tüketim ödünçü (*mutuum*) kurulmuş olacaktır.

⁴⁶³ DECOCK, s. 140

dayanarak dava açılabilir⁴⁶⁴. Benzer şekilde Sylvester Prierias, bir malın satımına karşılık veya kredi olarak bir miktar para verilmesini *causa*'nın mevcut olduğu hallere örnek gösterir⁴⁶⁵.

İrade sakatlıkları, özgür ve sağlıklı iradeyi temel alan bu *causa* yaklaşımında merkezi bir roldedir. Bu doğrultuda, bir irade bozukluğu, eğer sözleşmenin kurulmasında nedensel bir rol oynamışsa (sözleşmenin *causa*'sının hata olması), sözleşmenin askıda hükümsüzlüğüne yol açar⁴⁶⁶.

Causa'nın Roma hukukundaki ifaya bağlı anlamından koparılması, tarafların özgürce verdiği, karşılıklı ve birbirine uygun, sağlıklı irade beyanlarının sözleşmeye dayalı taleplerin ileri sürülebilmesi için yeterli olması sonucuna götürür.⁴⁶⁷

E. Doğal Hukuktan Genel Sözleşme Teorisine: Grotius'un Fikirleri

⁴⁶⁴ Sözleşmede belirtilmeyen bağışlama sebebinin başka yollarla ikna edici biçimde ortaya konulmasının yeterli görülmesi Baldus'un istisnaen *causa impulsiva*'ya cevaz verdiği görüşle paralellik gösterir.

⁴⁶⁵ **PRIERIAS** Sylvester, Summa Sylvestrina, Lugduni 1520, C. 2, Pactum Maddesi, No. 3, f. 192r.: “ (...) Buna karşılık, vaat hiçbir sebep belirtilmeden yapılmışsa, yani tamamen çıplak ise, bu durumda kişi vicdanen dahi bağlanmaz. Zira bu tür durumlarda, vaatte bulunanın bir hata sonucu hareket ettiği varsayılır ve bu nedenle doğal borç ilişkisine (*obligatio naturalis*) dayanmak dahi mümkün değildir. Zira hiçbir şey hata kadar rızaya aykırı olamaz.” DECOCK, s. 150, dpn. 537'deki Latince metin, sanal çeviri araçları yardımıyla Türkçe'ye çevrilmiştir.

⁴⁶⁶ **KOWALSKI**, s. 181.

⁴⁶⁷ 16. yüzyılın sonlarında Vultejus ve Doneau *causa*'ya bambaşka bir anlam atfeder. Devletlerin merkezileşmesi ve hukuki yapıdaki çoğulculuğun aşılması devlet erkine dayanan medeni hukukun tek hukuk kaynağı olması yönündeki değişim isteği *causa*'nın bu anlamının belirlenmesinde etkili olmuştur. Bu bağlamda *causa*, devletin tanınması, onaylaması anlamında kullanılmıştır. Bu görüşe göre *causa*, bir normdur. Devlet, hangi vakıaların normatif değer taşıdığına karar verme konusunda medeni hukuk üzerinde tekel sahibidir. Yalnızca devletin tanıdığı sözleşmesel ilişkilerde *causa*'nın bulunduğu söylenebilir. *Causa*'ya getirilen bu anlam, sözleşme özgürlüğü prensibinin lehine veya aleyhine yorumlanabilecek işleve sahip değildir. Zira, bu görüşe göre *causa*'nın işlevi devletin koyacağı düzenlemelerle belirlenecektir. Konu bütünlüğünün bozulmaması adına bu görüşlerin ayrıntılarına girilmeyecektir.

Roma hukukunun şekilci ve sınırlı sayı ilkesinin hakim olduğu sözleşmeler sisteminden günümüzdeki sözleşme özgürlüğüne ve sözleşmenin kurulması için irade uyuşmasının yeterliliği anlayışına giden uzun yoldaki son kavşakta karşımıza Grotius çıkar. Modern rızaya dayalılık ilkesinin öncüsü olarak adlandırılan Grotius'un fikirleri bu yoldaki önemli yapı taşlarındandır. Grotius, düşüncelerini Roma hukuku ile kilise hukukunun kesişiminde inşa etmiş, farklı gelenekleri özgün bir bakış açısıyla harmanlamıştır. Ulaştığı sentez, Samuel Pufendorf, Jean Barbeyrac, Jean Domat ve Robert-Joseph Pothier gibi dönemin önde gelen hukukçularına ilham kaynağı olmuş; bu hukukçuların geliştirdiği görüşler ise daha sonra, Fransız, Prusya ve Avusturya Medeni Kanunları'nın şekillenmesinde belirleyici bir rol oynamıştır⁴⁶⁸.

Genel sözleşme teorisini geliştirirken Grotius, taahhüt/vaat (*promissio*) ile sözleşme (*contractus*) arasında bir ayrıma gider. Grotius, *Inleidinge* adlı eserinde *promissio*'yu vaat edenin, vaat edilenin bunu kabul etmesi ve kendisine karşı bir hak elde etmesi niyetiyle, vaat edilene bir şey taahhüt ettiği gönüllü bir eylem olarak tanımlar⁴⁶⁹. Vaat edilen tarafından yapılan önerinin karşı tarafça kabulüne bağlandığı bu *promissio* tanımı, günümüzdeki sözleşme tanımına son derece benzerdir. Esasen *promissio*, bu yüzyılda sözleşmelerin genel ilkelerinin inşa edilmesi için başvuru, soyut bir sözleşme konseptini ifade etmek amacıyla kullanılmış bir kavramdır⁴⁷⁰.

Grotius'un, düşüncesi insanların eylemleri üzerinde sahip oldukları özgür iradeleri üzerine kuruludur⁴⁷¹. Mameleki üzerinde yetki sahibi olan insan, mameleki üzerindeki haklarını veya özgürlüğünün bir kısmını da teslim veya rıza yoluyla devredebilecektir. Verme edimlerinde mamelekteki haklar devredilirken, yapma veya yapmama edimlerinde özgürlüğün bir kısmının devri söz konusudur. Grotius'a göre açık ve

⁴⁶⁸ ASTORRI Paolo, "Chapter 24: The Law of Contract and Treaties", The Cambridge Companion to Hugo Grotius, Cambridge University Press, Randall Lesaffer/ Janne E. Nijman (Ed.), 2021, s. 513.

⁴⁶⁹ ASTORRI, s. 514.

⁴⁷⁰ DECOCK, s. 177. Oñate, *promissio*'nun üç farklı anlama geldiğini belirtmiştir: (i) her sözleşmenin bir parçası olan ve kabul ile birlikte her sözleşmenin temel iskeletini oluşturan öneri anlamıyla *promissio*; (ii) öneri ve kabulün birleşimi olarak *promissio*; (iii) bağışlama sözleşmesi olarak *promissio*. *Promissio*'nun ikinci anlamı, sözleşme kavramıyla örtüşür. Konu hakkında bkz. DECOCK, s. 176 vd.

⁴⁷¹ GROTIUS Hugo, Introduction to Dutch Jurisprudence, (Çev. Charles Herbert), 1845, (Introduction), s. 272, §12; GROTIUS Hugo, On the Law of War and Peace, (Çev. Archibald Colin Campbell), Jazzybee Verlag, 2018, (Law), s. 91, §2.11.4.

bilinçli irade, yükümlülüğün hukuki sonuç doğurmasını sağlayan asli unsurdur; irade bulunmadığında herhangi bir yükümlülük meydana gelmez⁴⁷². Bu bağlamda, sözleşmeleri bağlayıcı kılan şey medeni hukuk değil, tarafların iradesidir⁴⁷³. Medeni hukuk belirli şekil şartları öngörebilir, fakat doğal hukuk bakımından bağı yaratmada esas olan iradedir⁴⁷⁴. Örneğin, eşyanın teslimi, medeni hukuk tarafından öngörülen bir şarttır. Oysa doğal hukuk, eşyanın teslimini gerekli kılmaz. Öte yandan iradenin varlığı tek başına yeterli değildir, beyan edilmiş olması gerekir. İçsel bir faaliyet olan iradenin dış dünya tarafından bilinebilmesinin tek yolu budur⁴⁷⁵. Dolayısıyla doğal hukuka göre eşya üzerindeki hak, teslimi gerek olmaksızın, açıkça beyan edilen bir irade açıklamasıyla devredilebilir. Grotius, Roma hukukunun çıplak anlaşmalara geçerlilik tanımamasının nedeninin, *stipulatio*'yu açık ve bilinçli iradenin bir işareti olarak gören gelenekte yattığı sonucuna varır⁴⁷⁶. Doğal hukuk ise açık ve bilinçli iradenin *stipulatio* dışında yollarla da açıklanabileceğini kabul eder. Grotius'un, medeni hukukun çıplak anlaşmalara geçerlilik tanımamasını, iradenin açıklanmış olmasına yönelik doğal hukuk gerekliliğinin pozitif hukuk altında izin verilebilir bir somutlaştırması olarak gördüğü ifade edilmiştir⁴⁷⁷.

Getirilen *promissio* tanımındaki en önemli unsurlardan biri, bağlayıcılığın karşı tarafın kabulüne bağlanmış olmasıdır. Bugünkü hukukumuzda, hiç kimsenin rızası hilafına lehine kazandırmaya veya hak iktisabına zorlanamayacağı genel kabul görmüş bir ilkedir. Oysa o dönemde bağlayıcılık için önerinin kabulünün gerekip gerekmediği hususunun teolog hukukçular arasında tartışmalı olduğu belirtilmelidir. Luis de Molina, Roma hukukunda, devlete yapılan taahhütlerin kabul olmaksızın bağlayıcı

⁴⁷² GROTIIUS Law, s. 90, §2.11.1.

⁴⁷³ GROTIIUS, Law, s. 90, §2.11.1.

⁴⁷⁴ GROTIIUS, Law, s. 73, §2.4.3; GROTIIUS Hugo, On the Law of War and Peace, Student Edition (Ed. Stephen C. Neff), Cambridge University Press, 2012, (*Student*), s. 138, §2.6.1. (GROTIIUS, Law eserinde bazı paragrafların çevirilerinde eksiklik olması nedeniyle, özet açıklamalara da yer verilen ikinci bir çeviriye başvurulmuştur.)

⁴⁷⁵ GROTIIUS, Law, s. 73, §2.4.3. Açıklanmış iradenin aranması teolog hukukçuların düşüncelerine paraleldir. Nitekim Decock ve Kowalski, Grotius'un bu konuda Lessius'un ve Molina'nın düşüncelerinden etkilendiği fikrindedir, bkz. DECOCK, s. 211; KOWALSKI, s. 186. Öte yandan Grotius, iradenin açıklanmasını *causa* olarak değerlendirmez.

⁴⁷⁶ GROTIIUS, Law, s. 92, §2.11.4.

⁴⁷⁷ KOWALSKI, s. 186.

olmasından (*pollicitatio*) yola çıkarak, önerinin kabulünün doğal hukuk gereğince bağlayıcılık için bir şart olmadığı fikrindedir⁴⁷⁸. Grotius ise Lessius'un fikirlerini takip ederek, Roma hukukunun önerinin kabulden önce bağlayıcı olduğunu söylemediği, yalnızca önerinin her zaman geri alınmasını yasaklamayı amaçladığı sonucuna varır⁴⁷⁹. Ezcümle, Grotius'a göre kabul edilmiş bir öneri, yalnızca ahlaki bir yükümlülük değil, aynı zamanda devlet mahkemelerinde dava edilebilir bir hukuki yükümlülük doğurur.

Grotius, tam bir vaadin (*perfecta promissio*) geçerliliği için doğal hukukun üç koşul öngördüğünü belirtir: aklın yeterli şekilde kullanılması, hata veya hilenin bulunmaması ve konunun hukuka uygun olması⁴⁸⁰. Koşullar arasında hukuki sebebe (*causa*) yer verilmemesi dikkat çekicidir. *Causa*'nın bir geçerlilik koşulu olarak aranmasına karşı çıkan Grotius'a göre hukuki sebep olmasa dahi bir *promissio* bağlayıcıdır⁴⁸¹. Grotius, kilise hukukunun açıklanmış *causa*'nın (*expressio causae*) yokluğu irade bozukluğuna karinedir fikrine karşı çıkar⁴⁸². Hukukçu, *causa*'dan yalnızca hukuka ve ahlaka aykırı sebep (*causa vitiosa*) için yapılan sözleşmelerin geçersiz olduğu sonucuna varırken bahseder. Bu durumda Grotius'un *causa*'yı vaadedenin amacı olarak anladığı söylenebilir⁴⁸³. Para karşılığı bir cinayet işlenmesi için yapılan sözleşme örneği üzerinden giden Grotius, *causa*'nın hukuka ve ahlaka aykırı olması nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğu sonucuna varır⁴⁸⁴. Ancak bu geçersizlik kesin hükümsüzlük olarak anlaşılmamalıdır. Şöyle ki, sözleşme esasen geçerli olarak kurulmuştur ancak hukuka ve ahlaka aykırı sebep, onun hükümlerini doğurmasını engeller. Bu itibarla, taraflar birbirlerinden ifa talep edemezler. Ancak ne zaman ki cinayet işlenir, cinayeti işleyen taraf kendisine vaadedilen paranın ödenmesini talep edebilir. Özetle, Grotius'un geçerlilik koşulu olarak *causa*'yı

⁴⁷⁸ ASTORRI, s. 517; GORDLEY, s. 80.

⁴⁷⁹ GROTIUS, Law, s. 96, §2.11.14; ASTORRI, s. 517; DECOCK, s. 210; GORDLEY, s. 79.

⁴⁸⁰ ASTORRI, s. 517; GROTIUS, Law, s. 92-94, §2.12.5-8.

⁴⁸¹ KOWALSKI, s. 185.

⁴⁸² KOWALSKI, s. 186. Şüphesiz ki özgür iradeyi teorisinin temeline koyan Grotius irade bozukluğu hallerinde sözleşmenin geçersizliğini savunur. Sadece, *causa*'nın açıklanmamış olmasının tek başına irade bozukluğunun ispatı için yeterli olmadığı fikrindedir.

⁴⁸³ KOWALSKI, s. 189. Nitekim kullanılan İngilizce çeviride “*consideration*” terimi tercih edilmiştir, bkz. GROTIUS, Law, s. 94.

⁴⁸⁴ GROTIUS, Student, s. 193, §2.11.9.

aramaması, yükümlülüğün temelini özgür, rasyonel rızaya kaydırıldığının bir başka göstergesidir.

Promissio tanımının yalnızca bir tarafın taahhüdünü dikkate almasının sonucu şudur: karşılıklı bir yükümlülük olmaksızın yapılan, tek tarafa borç yükleyen anlaşmalar Grotius'a göre bağlayıcıdır. Bu görüşüyle Grotius, bağlayıcılık için karşılıklı yükümlülüğü – *synallagma*'yı- arayan Fransız hukukçu *François Connan*'a açıkça karşı çıkar⁴⁸⁵.

Karşılıklı yükümlülük *promissio*'da değil, sözleşme tanımında kendisine yer bulur. Grotius'a göre sözleşme, diğer tarafa bir yarar sağlamayı amaçlayan her türlü işlem⁴⁸⁶. Ancak Grotius bu tanımdan, sadece yarar sağlayan, yükümlülük doğurmayan işlemleri hariç tutar. Bu itibarla, ancak karşılıklı yükümlülük içeren anlaşmalar sözleşme sayılır⁴⁸⁷. Dolayısıyla bağışlamaya yönelik bir taahhüt, bağışlanan tarafından kabul edildiğinde bir *promissio* vardır ancak bir sözleşme yoktur.

Grotius'un salt bir tarafa fayda sağlamakla birlikte, aynı zamanda karşılıklı yükümlülük içerdiğini kabul ettiği, bu nedenle de sözleşme tanımına giren işlemler vardır⁴⁸⁸. Grotius, bu türden işlemlere örnek olarak kullanım öduncü (*commodatum*), saklama sözleşmesi (*depositum*) ve vekalet sözleşmesini (*mandatum*) gösterir. Verilen örneklerde özellikle kullanım öduncü ve saklama sözleşmesi önem arz eder. Zira bu sözleşmeler Roma hukukuna göre karşılıksızdır, ücretsizdir. Aynı sözleşme olmaları nedeniyle malın teslimiyle kurulmuş sayılırlar. Eşyanın teslimini medeni hukukun getirdiği bir zorunluluk olarak gören Grotius'a göre tarafların açık ve bilinçli iradelerinin uyuşması, anlaşmanın hukuki sonuç doğurmasını sağlayan asli unsurdur.

⁴⁸⁵ GROTIIUS, Law, s. 89, §2.11.1; ASTORRI, s. 515.

⁴⁸⁶ GROTIIUS, Law, s. 101, §2.12.7.

⁴⁸⁷ ASTORRI, s 522.

⁴⁸⁸ Grotius, sözleşmelere ilişkin görüşlerini anlattığı bölümdeki açıklamalarına öncelikle işlemleri anlatmakla başlar. İşlemleri basit ve karma işlemler olarak ayıran Grotius, basit işlemleri de kendi içerisinde salt yarar sağlayanlar ve karşılıklı yükümlülük doğuranlar olarak ikiye ayırır. Yarar sağlayan basit işlemler ise salt yarar sağlayan-karşılıksız işlemler olabileceği gibi, bir çeşit karşılıklı yükümlülük içerebilirler. Grotius'un sözleşme tanımına girmeyenler yalnızca ilk türde basit işlemlerdir, bkz. GROTIIUS, Student, s. 202, §2.12.1 ve 2.12.2.

Bu itibarla, kullanım öduncünde ve saklama sözleşmesinde tarafların anlaşması yükümlülüklerin doğması için yeterlidir. Eşyanın teslimi sözleşmenin kurulması için bir şart değil, bir tarafın yükümlülüğü olarak karşımıza çıkar. Böylece *commodatum* ve *depositum* tek tarafa fayda sağlasa dahi, karşılıklı yükümlülük doğurduğu için Grotius'un sözleşme tanımının kapsamında kalır. Bu bakış açısıyla, isimsiz sözleşmelerin herhangi bir ifa şartı aranmaksızın "sözleşme" sayılacağı sonucuna varılabilir. Nitekim Grotius, Roma hukukunda dört formülasyonla (*do ut des; do ut facias, facio ut facias, facio ut des*) ifade edilen isimsiz sözleşmelerin karşılıklı yükümlülük doğurduğunu⁴⁸⁹; doğal hukukun bir anlaşmanın "isimli" olup olmamasına veya taraflardan biri tarafından yükümlülüğün ifa edilip edilmemesine bakmaksızın her anlaşmayı bağlayıcı kabul ettiğini belirtmiştir⁴⁹⁰.

Sözleşmeler basit nitelikte olabileceği gibi karma nitelikte de olabilirler. Karma niteliği veren unsur temel anlaşmaya ilişkin olabileceği gibi yan bir anlaşmadan da kaynaklanabilir. İlk duruma örnek olarak alıcının bir malı gerçek değerinin üstünde bir fiyattan satın aldığı bağış ve satım sözleşmelerinin karması sözleşme gösterilir⁴⁹¹. Bir ortağın hem emeğini hem sermayesini ortaya koyduğu, diğer ortağın ise yalnızca sermaye getirdiği bir adi ortaklık sözleşmesi de ilk duruma örnek olarak gösterilmiştir⁴⁹². İkinci durumda ise yan anlaşma, aslen basit nitelikte olan bir sözleşmeye karma nitelik kazandırır. Basit nitelikte bir sözleşme akdeden tarafların ayrıca teminat verilmesi hususunda anlaşmaları halinde durum budur⁴⁹³.

Doğası gereği, sözleşmelerin eşitlik ilkesine göre düzenlenmesi gerektiğini savunan Grotius'a göre eşitsizlik nedeniyle haksızlığa uğrayan tarafın dava hakkı olmalıdır⁴⁹⁴.

⁴⁸⁹ Grotius, isimsiz sözleşmeleri karşılıklı yükümlülük doğuran basit işlemler kategorisinde ele almıştır, bkz. **GROTIUS**, Law, s. 100, §2.12.3.

⁴⁹⁰ **GROTIUS**, Law, s. 100, §2.12.3.

⁴⁹¹ **GROTIUS**, Student, s. 204, §2.12.5. Grotius, malın gerçek değerinin belirlenmesinde Katolik ahlak öğretisinin geliştirdiği adil fiyat teorisine dayanır. Bu teoriye göre, bir mal piyasa değerinden daha yüksek bir fiyata satılamaz. Ancak, satış bedelinin piyasa değerine kadar olan kısmı satım sözleşmesi, bunu aşan kısmı ise bağış sözleşmesi ile gerekçelendirilebilir; böylece bu anlaşma hukuka uygun olur, bkz. **ASTORRI**, s 523.

⁴⁹² **GROTIUS**, Student, s. 204, §2.12.5.

⁴⁹³ **GROTIUS**, Student, s. 204, §2.12.6.

⁴⁹⁴ **GROTIUS**, Law, s. 101, §2.12.8.

Grotius'a göre eşitlik, sözleşmenin üç farklı boyutuna ilişkindir: sözleşmenin kurulmasından önceki işlemler, esas sözleşme ve sözleşmenin konusu. Grotius'un eşitlik doktrininin kaynağı artık vicdan mahkemesi veya herhangi bir dini gelenek değil, doğal hukuktur⁴⁹⁵.

Ezcümle, teolog hukukçuların düşüncelerinden farklı olarak Grotius'nun sözleşme hukuku teorisinde esas odak, kurtuluş (*salvation*) meselesi değil insanlar arasındaki barışçıl ve düzenli birlikte yaşamın sağlanmasıdır⁴⁹⁶. Bu nedenle Grotius'un doğal hukuk sistemi, dini unsurları giderek arka plana itme eğilimindedir. Grotius'un sözleşmeleri düzenleyen hukuk anlayışı hâlâ Hristiyan ahlaki ilkelerine dayanmakla birlikte, Katolik veya Protestan yorum geleneği içinde ele alınmaz; tarafsız bir bakış açısıyla değerlendirilir⁴⁹⁷. Grotius, *causa*'nın veya bir tarafın ifasının sözleşmeden doğan yükümlülüklerin bağlayıcı olması için aranmadığı, özgür ve rasyonel rızaya dayalı genel bir sözleşmeler hukuku oluşturmuştur.

⁴⁹⁵ ASTORRI, s. 523.

⁴⁹⁶ ASTORRI, s. 529.

⁴⁹⁷ ASTORRI, s. 530.

III. SONUÇ

Ekonominin tarıma dayandığı, kapalı ve küçük bir toplumda oluşmaya başlayan Roma'nın *ius civile*'inde gelenek ve görenekler ön plana çıkmaktaydı. Hukuk bilgisinin din adamlarının tekelinde olması, hukuk kurallarına ve uygulamalarına ilahi bir yön vermekteydi. Bu itibarla *ius civile*, sözlerin belirleyici rol oynadığı merasimlere dayalı uygulamalarla şekilci ve katı bir yapı çizmekteydi. Savaşlar ve fetihlerle Roma devletinin sınırlarının genişlemesi, farklı toplumlarla olan ilişkilerin artması sosyal ve ticari hayattaki ilişkileri çeşitlendirmiştir. *Ius civile*'in sınırlı sayıdaki ve genelde hazırlar arasında yapılmayı gerektiren sözleşme tiplerinden oluşması, şekilciliği ve yalnızca Roma vatandaşlarına uygulanabiliyor oluşu değişen toplumsal ve ekonomik yapıda hem yetersiz kalmakta hem hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktaydı. Sistemin sınırlarını genişleterek hakkaniyetli sonuçların sağlanması ihtiyacını giderenler ise *imperium* ve yargılama yetkisini haiz bir *magistra* olan *praetorlar* olmuştur.

Hakkaniyetin sözcüsü olarak adlandırılan *praetorlar*, *ius civile* tarafından korunmayan hukuki ilişkiler himaye etmiş, dönemin hukuk mantığına aykırı bazı *ius civile* kurallarının sonuçlar doğurmasını önleme yolları bulunmuştur. Böylece *ius civile*'in katı kuralları, toplum vicdanına ve hakkaniyete uyacak çözümlerle yumuşatılmıştır. Bu kapsamda, Roma vatandaşları ile yabancılar arasındaki veya yabancıların kendi arasındaki hukuki ilişkilerden sorumlu *praetor peregrinus*'un ve *ius gentium*'un etkisi üzerinde özellikle durulmalıdır. Ticaret hayatının gerektirdiği esnekliği ve hızı dikkate alan kurallar *ius gentium*'un önemli bir parçasıydı. *Ius gentium*'un getirdiği en önemli yenilik, iyi niyete dayalı rızai sözleşmelerin kabulüdür. Uluslararası teamüllerde ve Yunan felsefesinde kendine yer bulan *fides* (güven) ve iyi niyet (*bona fides*) kavramlarının hukuksallaştırılarak sözleşmeler sistemine aktarılması katı ve şekilci yapının esnetilmesini sağlamıştır. Sayıları sınırlı olmakla birlikte, salt tarafların anlaşması ile borç doğabileceğinin kabulü Roma hukuku açısından devrimsel bir gelişmedir. Belirtilmelidir ki rızai sözleşmeler salt *ius gentium* kurumu olarak kalmamış, *ius civile* tarafından benimsenerek Roma sözleşmeler sisteminin bir parçası haline gelmişlerdir. İyi niyet kavramının sözleşmeler sistemindeki yeri rızai sözleşmelerle sınırlı olmayıp, başlangıçta *ius civile* tarafından dar hukuk akdi olarak nitelenen kullanım öduncü (*commodatum*) ve saklama

(*depositum*) sözleşmelerinin de iyi niyet sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir. İyi niyet sözleşmelerinde, hâkimin tarafların menfaatinin ve iyi niyet kurallarının gerektirdiğine hükmetmesinin yanında, yan anlaşmaların da sözleşmeye ait davayla takip edilebiliyor oluşu sözleşmeler sisteminin genişlemesine hizmet eder. Bu itibarla, iyi niyet sözleşmelerinin ve özellikle rızai sözleşmelerin kabulü sözleşme özgürlüğüne atılan ilk adımlardandır. Bunu, bazı *pactumlar*'a *praetorlar* veya imparatorlar tarafından dava hakkı tanınması izlemiştir. Anılan *pactumlar*, rızai sözleşmelerin uygulama alanını genişletmiştir.

Roma sözleşmeler sisteminin ve usul hukukunun katı ve şekilci yapısının yarattığı adaletsiz, hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesi amacı her dönemin hukukçularının gündemini meşgul etmiştir. Digesta metinleri, hukukçuların 1. Yüzyıldan itibaren sözleşmeler sisteminin dışında kalan “isimsiz anlaşmaların” korunması için çeşitli yöntemleri tartıştığını gösterir. Metinlerde tartışılan isimsiz sözleşmeler, hem çeşitli sebeplerle isimli sözleşmelere tanınan davalara başvurulamayan ancak yine de genel nitelikli bir dava ile korunan “geniş anlamda isimsiz sözleşmeler” hem de taraflardan birinin kendi edimini yerine getirmesiyle kurulduğu kabul edilen sinallagmatik “dar anlamda isimsiz sözleşmeler”dir.

İsimsiz sözleşmeler teorisinin doğuşu bu tartışmalarla başlar. Rastlanan ilk fikirler, Labeo'ya aittir. Labeo, isimsiz sözleşmelere bir tanım getirmez veya genel bir çerçeve çizmez. Ancak o veya bu sebeple mevcut sözleşmelere tanınan davalara başvurulamayan sözleşmesel ilişkileri korumak için çeşitli yöntemler önerir. Labeo'dan aktarılan metinlerde dar ve geniş anlamda farklı isimsiz sözleşmelere iki farklı usulle dava hakkı tanınmıştır: *praescriptis verbis* ve *actio in factum civilis*. İki usulün ortak noktası, tek bir sözleşmeye ait olmamaları; genel nitelikli ve olayların açıklanması yöntemine dayalı olmalarıdır. Böylece, usul hukukunun şekilci yapısına takılmadan isimsiz sözleşmeler korunabilir. Labeo'nun verdiği örnek sözleşmelerde dikkat çeken husus, bu örneklerin hepsinde *ius civile* sözleşmeleriyle bir benzerlik olmasıdır. Bu benzerliklerin varlığının, Labeo'nun ortada korunmaya değer bir menfaat olduğunu kabul etmesinde etkili olduğu düşünülmektedir.

Aristo'yla dar anlamda isimsiz sözleşmeler ilk kez bir tanıma kavuşmuştur: karşılıklı yükümlülük içeren (*synallagma*'nın olduğu) ve taraflardan birinin taahhüt

ettiği verme edimini ifa etmesiyle (*causa*) diğer tarafın borcunun bağlayıcı hale geldiği sözleşmeler. Tarafların ifaya olan menfaatlerini koruyarak aynen ifa talebinin ileri sürülebilmesini sağlaması, isimsiz sözleşmeden *civil* nitelikte bir borç doğacağını kabul etmesi nedeniyle Aristo'nun görüşü isimsiz sözleşmeler teorisinde önemli bir yere sahiptir. Ancak yine de Aristo'nun mevcut gelenekten kopmadığını gözlemleyebiliriz. Zira, *civil* borç doğacağının kabul edildiği ihtimaller yalnızca ifa edilen edimin verme (*dare*) borcu olması halleridir. Bu haller zaten o dönemde *condictio* ile korunmaktaydı. Bir başka ifadeyle Aristo, hali hazırda korunan anlaşmalara alternatif bir koruma getirmiştir. Öte yandan, *condictio* ile yalnızca verilenin iadesi talep edilebilirken Aristo'nun önerdiği *actio civilis incerti* ile karşı edimin ifası talep edilebilir. Aynen ifanın talep edilebileceğinin kabulü sayesinde Aristo, dar anlamda isimsiz sözleşmelerin sözleşmeler sistemine dahil olmasında öncü olarak nitelenmeyi hak eder.

Aristo yalnızca *do ut des* ve *do ut facias* halindeki isimsiz sözleşmelerde kendi edimini ifa eden tarafın karşı edimin ifasına olan menfaatini korumuştur. Iustinianus dönemine gelene dek, diğer haller peyderpey koruma altına alındığı *Digesta* metinlerinden çıkarılmaktadır.

İlk olarak, hukukçu Papinianus, veriyorum vermen için (D.19.5.8) ve veriyorum yapman için (D.19.5.7) hallerinin yanında yapıyorum yapman için (D. 19.5.9) halini de bir *actio* ile korumuştur. Papinianus üç ihtimali de korumakla beraber genel bir teori getirmemiştir. Bunu, öğrencileri Ulpianus ve Paulus yapar. Paulus, D.19.5.5.pr'de isimsiz sözleşmelerin dört formülden oluşabileceğini ifade eder. Ancak Paulus, bu dört formülün yalnızca üçünden *obligatio civilis* doğacağını kabul eder ve bir *actio* tanır. *Actio* tanınan üç ihtimalde *ius civile* sözleşmeleriyle benzerlik kurulabilmesi dikkat çekici bir ayrıntıdır. Gerçekten *do ut des* için satış sözleşmesiyle; *do ut facias* için *locatio condictio* sözleşmeleriyle *facio ut facias* için vekalet sözleşmesiyle benzerlik kurulması mümkündür. Öte yandan *facio ut des* ihtimali *ius civile* sistemine tamamen yabancıdır. Paulus'tan farklı olarak, Ulpianus *facio ut des* için de bir *actio civilis* tanınması gerektiği fikrindedir (D.19.5.15). Nitekim, Alexander Severus'un yayınladığı emirnamede *facio ut des* ihtimalinde *actio praescriptis verbis* tanınmıştır (Cod.2.4.6). Iustinianus dönemine gelindiğinde isimsiz sözleşmelerin *do ut des*; *do ut facias*; *facio ut facias* ve *facio ut des* olmak üzere dört farklı şekilde tezahür edebileceği

fikri yerleşmiştir. Bu dönem itibariyle isimsiz sözleşmelerin dar anlamıyla kullanıldığı söylenmelidir. Zira, süreç boyunca geniş anlamda isimsiz sözleşmelerin kapsamına giren hallerin büyük bir çoğunluğu ya iyi niyet sözleşmelerinin kabulü veya çeşitli *pactumlar*'ın hukuk sisteminde tanınması sayesinde hukuki korumaya kavuşmuştur.

İnsan beyni bilinmezi, bildiğiyle benzerlik kurarak açıklama eğilimindedir. Bu eğilim, Sabinianus mektebinin isimsiz sözleşmeler için getirdiği fikirlerde gözlenebilir. Sabinianus mektebi dar ve geniş anlamıyla isimsiz sözleşmelerden doğan sorunları mümkün olduğunca tipik ve kavramsal çerçevede kalarak çözüme eğilimindedir. Bu kapsamda, uyuşmazlık konusu sözleşme ile isimli sözleşmelerden biri arasında benzerlik kurulup kurulamadığı incelenmeli; eğer benzerlik mevcutsa, duruma göre ya o isimli sözleşmenin davası veya mevcut başka bir hukuki kurum ile koruma sağlanır. Ancak bu mümkün değilse, o zaman bir *actio in factum* açılabilir. Proculianus mektebine göre ise *ius civile*'in tanıdığı sözleşmelerde objektif esaslı unsurun niteliği değiştiğinde veya taraflara yan edim yükümlülükleri getirildiğinde artık *ius civile*'in tanıdığı "isimli" bir sözleşme yoktur ve isimli sözleşmelere tanınan davalara başvurulamaz. Proculianus mektebi, bu ihtimallerde genel nitelikli bir dava tanıyarak (*praescriptis verbis, incerti civilis*) tarafların anlaşmasını koruyorlardı. Dar anlamda isimsiz sözleşmeler açısından Proclianus mektebinin görüşü üstün gelmiştir. Buna karşın *ius civile* sözleşmelerine yan yükümlülükler eklenmesiyle oluşan geniş anlamda isimsiz sözleşmeler bakımından Sabinianus mektebinin görüşü benimsenmiş; iyi niyet sözleşmelerine eklenen anlaşmaların (*pacta adiecta*) ilgili iyi niyet sözleşmesine ilişkin dava ile takip edilebileceği kabul edilmiştir.

İsimsiz sözleşmelerin korunması için tanınan davalar dönemlere göre farklılık gösterir. Eski dönemlerden beri başvurulmuş koruma yöntemi *condictio* davasıdır. Sebepsiz zenginleşme talebine dayanan bu dava ile kendi edimini ifa eden taraf edimin iadesini isteyebiliyordu. Uzunca bir süre yalnızca verme edimleri açısından uygulama alanı bulan bu dava, ilerleyen süreçte yapma edimleri açısından da uygulanmıştır. Yapma edimleri açısından *condictio* davasına başvurulamayan dönemde, bu edimlerin ifa edildiği isimsiz sözleşmeler (*facio ut des* ve *facio ut facias*) için getirilen koruma haksız fiil temeline dayanan hile davasıdır (*actio doli*). Gerek *condictio*'nun gerek *actio doli*'nin tam anlamıyla isimsiz sözleşmeleri koruduğu söylenemez. Zira bu imkanlar, hakkaniyetin sağlanmasına hizmet etmekle birlikte edimini ifa eden tarafın

karşı ifaya olan menfaatini korumaz. Oysa karşı tarafın aynen ifaya zorlanabilmesi, edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan zararların talep edilebilmesi halinde isimsiz sözleşmelerin korunduğu söylenebilir. İşte bu imkân, isimsiz sözleşmelere *actio* tanınarak sağlanmıştır.

Roma kaynaklarında gerek geniş anlamda gerek dar anlamda isimsiz sözleşmelere tanınan *actio*lar çok farklı isimlerle anılmıştır: *Actio in factum*, *actio in factum civilis*, *actio civilis incerti*, *actio praescriptis verbis*. Bu kadar farklı isimlendirmenin nedeni olarak Corpus Iuris Civilis'in derleyicilerinin kayıtsızlığını ve derlendiği dönem itibariyle eş nitelikte görülen farklı kavramların *interpolatio*'ya uğratılarak bir araya getirilmesini gösteren görüşlere katılmamak elde değildir. Zira farklı isimlendirmelerle anılan bu davaların ortak noktası hepsinin genel nitelikte, olguların açıklanmasına dayalı bir usulü benimsemiş olmasıdır. Iustinianus dönemine gelindiğinde, *actio praescriptis verbis* isimsiz sözleşmelerin korunması için tanınmış genel nitelikli dava formuna kavuşmuştur. Bu dönemde *actio praescriptis verbis*, *civil* nitelikli bir iyi niyet davasıdır. Bu dava ile aynen ifanın veya alacaklının olumlu zararının tazmininin talep edilmesi mümkündür. Ayrıca Iustinianus döneminde *condictio* taleplerinin *actio praescriptis verbis* ile yarışacağı kabul edilmiştir. Bunun dışında Iustinianus, isimsiz sözleşmeler özelinde edimini ifa eden tarafa bir sözleşmeden dönme hakkı (*ius poenitentiae*) tanımıştır. Bu hakkın kullanımı sonrası iade taleplerinin *condictio ex poenitentia* ile sürüleceği kabul edilmiştir.

Permutatio (trampa), *aestimatum* (satış için bırakma), *precarium* (iğreti akti) ve *transactio* (sulh) sözleşmeleri, kaynaklarda ve dolayısıyla uygulamada sık rastlanan belli başlı isimsiz sözleşme örnekleridir. Özellikle *permutatio* ve *aestimatum* sözleşmelerinde metinlerde karşımıza çıkan tartışmalar hasar ve zapt hallerinde uygulanacak esaslara yöneliktir. İsimli sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesi problemi günümüz isimli sözleşmeler öğretisinin de tartışma konularının başında gelmektedir. Romalı hukukçuların tartışmalarında sorunun halinde çıkış noktalarının, benzerlik kurulabilecek *ius civile* sözleşmeleri olduğu görülmüştür. Bunun dışında, *precarium*'da "karşılıklılık" unsuru bulunmamasına rağmen *actio praescriptis verbis* tanınarak isimli sözleşme olarak nitelenmesi ilginçtir. İsimli sözleşme örneklerinden çıkarılacak son sonuç hukuk ve ekonomi ilişkisine yöneliktir. Belirli bazı sözleşmeler hukuk sistemince tanınıp

“isimlendirilirken” diğerlerinin tanınmaması, bu sözleşmelerin uygulamada ne sıklıkla kullanıldığı ve ne oranda uyumsuzluğa sebebiyet verdiğine bağlıdır. Ancak trampa örneği, bu tercihin arkasında ekonomik politikaların da yatabileceğini gösterir. Trampa sözleşmesinde bir yandan asimetrik işlem maliyetlerinin getirdiği olumsuz sosyal etkilerin azaltılması ve verimliliğin sağlanması, diğer yandan paranın tedavülde olmasından devletin kazancının olması *permutatio* yerine satış sözleşmesinin teşvik edilmesinde etkili olan sebeplerdendir. Bu nedenlerle en eski hukuki ilişki şekillerinden biri olan mal değiş tokuşu bir *ius civile* sözleşmesi olarak tanınmamıştır. Post-klasik dönemde trampa sözleşmesinin isimsiz sözleşme olarak nitelenerek tanınmasının nedeni yine ekonomik olup Roma imparatorluğunda ikinci yüzyılın sonlarından itibaren yaşanan ekonomik darboğaz, trampa sözleşmesinin sosyal hayatta yeniden yer bulmasına yol açmıştır.

Ezcümle, isimsiz sözleşmelerin kabulü ve genel nitelikteki bir davayla korunması sözleşme özgürlüğüne giden yolda karşımıza çıkan en önemli aşamadır. Herhangi bir konu sınırı olmaksızın, karşılıklı yükümlülük altına girilen bir anlaşmadan bir tarafın edimini ifasıyla birlikte borç doğabileceğinin kabulü Roma sözleşmeler sistemini en geniş sınırlarına ulaştırmıştır. Yine de, anlaşmadan borcun doğmasının bir tarafın ifası şartına bağlanmış olması sınırlayıcıdır. Kanaatimizce Romalıların geleneklerine olan bağlılığı, sözleşmeler sisteminde reform yapılmak yerine sisteme eklemeler ve yamamalar yapılarak çözümler getirilmesi, sözleşme özgürlüğü fikrine varılamamasının en büyük nedenlerindendir. Gerçekten, rızai sözleşmelerin varlığı Romalı hukukçuların tarafların salt anlaşmasıyla borç doğabileceği fikrini kabul ettiğini göstermektedir. Öte yandan, herhangi bir konu sınırlaması olmaksızın akdedilebilen ve Iustinianus dönemine gelindiğinde eski dönemlerdeki şekilci ve söze dayalı yapısından neredeyse tamamen arınmış *stipulatio* sözleşmesi vardır. Rızai sözleşmeler ile *stipulatio*’nun mevcudiyetine rağmen isimsiz sözleşmelerden dava edilebilir bir borç doğmasının ifa şartına bağlanması düşündürücüdür. Sonuç olarak kanaatimizce, her türlü anlaşmadan dava edilebilir bir borç doğabileceği anlayışının Roma hukukunda hiçbir zaman kabul edilmemesi Romalıların hukuk geleneklerine ve *ius civile*’e duydukları saygı ve bağlılıkla açıklanabilir.

Roma hukukunda isimsiz sözleşmelerle geline son durumdan modern sözleşme özgürlüğüne ulaşılması yüz yıllar almıştır. Sözleşme özgürlüğü fikrinin yerleşmesinde

ekonomik, dini, ahlaki birçok sebep etkili olmuştur. İnsan iradesine ve özgürlüğüne verilen önemin artmasıyla tarafların rızalarının borç doğurmak için yeterli olacağı fikri uygulamada ve teoride yer edinmeye başlamıştır. Sözleşme özgürlüğünün düşünsel temellerinde kilise hukukunun getirdiği dini ve ahlaki gerekçelerin yeri yadsınamaz. Dinin, insan hayatı üzerinde etkin bir rol oynadığı, çok daha belirleyici olduğu bir dönemde günaha girme gibi din temelli endişelerin ve kurtuluşa erme düşüncesinin hukuk teorisini etkilemesi kaçınılmazdır. Çıplak dahi olsa her anlaşmadan borç doğacağı fikrinin kilise hukukunda kesin olarak yer edinmesi 1234 yılına dayanır. Anlaşmaların bağlayıcılığı fikrini 348 yılındaki Kartaca Konsili'ne dayandıran görüşler de göz önüne alındığında, sözleşme özgürlüğünün medeni hukuklarda kendine yer bulmadan çok daha önce kilise hukukunca kabul edildiği söylenebilir.

Ne var ki kilise hukukunca kabul edilen bu fikrin uygulama alanı, kilise hukukunun yargı yetkisinin sınırlılığı nedeniyle son derece kısıtlıdır. Fakat bu kısıtlılık, anlaşmaların bağlayıcılığının pratik hayatta yer edinmesine engel olmamıştır. Bir kişinin bir anlaşmaya uymasının arkasında yatan en önemli saiklerden biri gelecekteki ekonomik ilişkilerini korumaktır. Özellikle tacirler açısından anlaşmalarına uyarak yarattıkları güven, ekonomik faaliyetlerinin devamı için elzemdir. Hal böyleyken, her türlü anlaşmadan dava edilebilir bir borç doğduğu fikrinin pratikte kendine ticaret mahkemelerinde yer bulması şaşırtıcı değildir. Nasıl ki *praetorlar*, Roma hukukunda ticaretin teşviki ve hakkaniyetin sağlanması amacıyla korumalar getiriyorsa, 14. yüzyıl itibarıyla ticaret mahkemeleri *ex bono et aequo* (iyiye ve hakkaniyete göre) karar verme usulüne dayanarak *exceptio nudi pacti*'nin (çıplak anlaşma def'i) ileri sürülmesine müsaade etmiyorlardı. Böylece, çıplak anlaşmalardan dava edilebilir bir borç doğduğu kabul edilmiş oluyordu. Bu durum, ticari hayatın gereklerinin, ticaretin işleyişinin pozitif hukuktan önce giderek çeşitli uygulamalara vücut verdiğini, bu uygulamaların zamanla teamülleştiğini göstermektedir. Muhakeme ve gerekçelendirmenin tamamlanarak hukuk sisteminin bu teamüllere göre şekillenmesiye sonradan gerçekleşmektedir.

Kilise hukuku ve ticaret hayatı dışında sözleşme özgürlüğünün gelişiminde etkin rol oynayan bir başka unsur, doğal hukuk öğretisidir. Çıplak anlaşmaların doğal hukuk gereği bağlayıcı olduğu sonucuna varabilmek için Roma hukuku kaynaklarına başvurulduğu görülmüştür. Bu doğrultuda, Roma hukukunun çıplak anlaşmalara dava

hakkı tanımamakla birlikte def'i hakkı tanımış olması etkili olmuştur. Çıplak anlaşmaların Roma hukukunda korunmasa bile yasaklanmadığı hukukçular tarafından vurgulanmıştır. Teolog hukukçular ve medeni hukukçular, çıplak anlaşmalardan doğal borç doğduğu hususunda hem fikirdi. Fakat medeni hukukçular, çıplak anlaşmaların devlet mahkemelerinde dava edilemeyeceğini savunmaktaydı. Doğal hukuka dayalı gerekçelendirmeler her anlaşmadan dava edilebilir borç doğacağı fikrinin kilise hukukundan medeni hukuklara geçişinde etkili olmuştur. Prensibin medeni hukuklarca benimsenmesinde tespit edilen en eski örnek İspanya'daki Castille Krallığı'dır. Ezcümle, 16. yüzyılın sonlarından itibaren, sözleşme özgürlüğü Avrupa medeni hukuklarının bir parçası haline gelmeye başlamıştır.

Çıplak anlaşmaların doğal hukuk gereği bağlayıcı olduğu fikri ileri sürülürken *causa* kavramına başvurulmuştur. Farklı bağlamlarda farklı anlamlarla kullanılan, yıllar içerisinde anlamı değişen bu kavramın anlaşılması meşakkatlidir. Sözleşmeler hukuku açısından, Aristo'nun getirdiği ve bir tarafın edimini ifasına bağlı *causa* tanımı, *glossatorlar* ve *post-glossatorlar* tarafından da benimsenmiş olup çok uzun süre uygulamada yer etmiştir. Ancak Bartolus ve Baldus ile *causa*, tarafların sözleşmeye girerken güttükleri münferit amaçlar olarak algılanmaya başlamıştır. İsimsiz sözleşmeler açısından bu amaç, taahhüt edilen karşı edimdir. Böylece Bartolus ve Baldus isimsiz sözleşmeler açısından *causa*'yı edimin ifası olarak niteleyen Roma hukukundan ayrılmıştır. Öte yandan, çıplak anlaşma olan isimsiz sözleşmelerden dava edilebilir bir borç doğabilmesi, ifa giysisinin (*rei interventu*) varlığına bağlı kalmaya devam etmiştir. Ayrıca, kilise hukuku ve teologların fikirleriyle *causa* tanımı taahhütte bulunan kişinin taahhüt ile güttüğü amaç anlamına evrilmiş ve belirleyici kriter *causa*'nın açıklanması olarak kabul edilmiştir. Kilise hukuku açısından edimlerden birinin ifası dava edilebilirlik için aranmamıştır. Esasen, *causa*'nın tarafların sözleşmeye girerken güttükleri amaç, karşı edim olarak tanımlanması sinallagmatik sözleşmeler açısından bu kavramın işlevselliğini sorgulatmaktadır. Zira, iki tarafa borç yükleyen, sinallagmatik sözleşmelerde bu amaç sözleşmeye içkin olup ayrıca aranması manasızdır. En nihayetinde Grotius ile *causa*, sözleşmelerin bağlayıcılığı için aranan bir şart olmaktan çıkmıştır. Grotius, sözleşmelerin geçerliliğini ve borç doğurucu etkisini yalnızca özgür ve rasyonel rıza temeline dayandırmıştır.

Grotius'un öğretisinde tek taraflı taahhüt (*promissio*) ile sözleşme arasında bir ayrıma gidilmiştir. Ancak her iki kavram için getirilen açıklamaların bütünü esasen günümüz sözleşmeler hukukunun ana hatlarını çizmek için yeterlidir. Gerçekten *promissio* için getirilen “*vaat edenin, vaat edilenin bunu kabul etmesi ve kendisine karşı bir hak elde etmesi niyetiyle, vaat edilene bir şey taahhüt ettiği gönüllü bir eylem*” tanımı günümüz sözleşme tanımıyla son derece benzerdir. Grotius, tarafların özgür ve sağlıklı iradelerini temel alan yaklaşımı, karşılıklı borç yükleyen isimsiz sözleşmelerin bağlayıcılığı için ifa şartını aramaması, *causa*'yı hiçbir anlamıyla geçerlilik şartı olarak değerlendirmemesi nedeniyle modern rızaya dayalılık ilkesinin öncüsü olarak adlandırılmayı hak eder. Grotius'un sözleşme hukukuna dair çizdiği çerçeve, modern sözleşme özgürlüğünün kuramsal altyapısını beslemiştir.

Ezcümlle, Roma hukukunda rızai sözleşmelerle başlayıp isimsiz sözleşmeler ile devam eden sözleşme özgürlüğü fikrinin evrimi, Ortaçağ'da *glossator*, *post-glossator* ve teolog hukukçuların görüşleriyle devam etmiştir. Bu süreçte, ticari ihtiyaçlar, dini yaklaşımlar ve ahlaki gerekçeler sözleşme özgürlüğünün kuramsal temellerinin oluşturulmasında etkili olmuştur. İleri sürülen görüşlerin Roma hukukuna dayandırılması, bu hukuk sisteminin otoritesini ve etkisini ortaya koyar. Başlangıçta kilise hukukunda kendisine yer bulan sözleşme özgürlüğü, ticaret mahkemelerinin uygulamalarıyla teşvik edilmiş, doğal hukuk öğretisinin fikirleriyle gelişmiş, en nihayetinde medeni hukukların bir parçası haline gelmiştir.

IV. KAYNAKÇA

ROMA METİNLERİ

- BAVIERA** Johannes Fontes Ivris Romani Antejvstiniani, Pars Altera, Florentiae, Apud S. A. G. Barbèra, 1968
- EREN** Selahattin Gaius Institutiones, On İki Levha Yayıncılık, 2024, (*Inst.*).
- GAURIER** Dominique Les 50 livres du DIGESTE, Éditions La Mémoire du Droit, 2017.
- SCOTT** Samuel P. The Opinions Of Julius Paulus (*Sententiae*), 1932, (Erişim: https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/paulus_Scott.html).
- SCOTT** Samuel P. The Digest Or Pandects Of Justinian, 1932, (Erişim: https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm).
- SCOTT** Samuel P. The Code of Justinian, 1932, (Erişim: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>)
- UMUR** Ziya Iustininaus Institutiones, Nazir Akbasan Matbaası, 1955, (*Inst.*).
- WATSON** Alan / The Digest of Justinian, University of Pennsylvania Press, Vol. 1-2-4.
- MOMMSEN** Theodor
- KRUEGER** Paul

İKİNCİL KAYNAKLAR

- ACCARIAS** Calixte Théorie des Contrats Innomés et Explication du Titre De Praescriptis Verbis Au Digeste, 1866.
- ALBERS** Gregor / **PATTI** Francesco Causa contractus - Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 2022.
- PERROUIN-VERBE** Dorothee
- ARSEBÜK** Esat “Akit Mefhumu Etrafinda İncelemeler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S.1, 1953, ss. 369-425.
- ASTORRI** Paolo “Chapter 24: The Law of Contract and Treaties”, The Cambridge Companion to Hugo Grotius, Cambridge University Press, Randall Lesaffer/ Janne E. Nijman (*Ed.*), 2021.
- BERGER** Adolf Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, 1968.
- BIRKS** Peter The Roman Law Of Obligations, Oxford University Press, 2014.
- BUCKLAND** William A Text-Book Of Roman Law From Augustus To Justinian, Cambridge University Press, 1921 (*Textbook*).
- BUCKLAND** William “D.XII.4.16”, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Vol. 16, S. 3, 1939, ss. 359-371, HeinOnline (*D.XII.4.16*).
- BUCKLAND** William “Aestimatum”, Law Quarterly Review, Vol. 43, S. 1, 1927, ss. 74-80, HeinOnline, (*Aestimatum*).

- BUCKLAND** William Elementary Principles of the Roman Private Law, WM. W. Gaunt & Sons, Inc., 1994 (*Principles*)
Warwick
- CAPITANT** Henri De la cause des obligations, Librairie Dalloz, 1923.
- CHAUDET** Francois Conductio causa data causa non secuta - Critique historique de l'action en enrichissement illegitime de l'art. 62 al. 2 CO, Impremier Vaudoise, 1973.
- COLLINET** Paul "The Evolution of Contract as Illustrating the General Evolution of Roman Law", The Law Quarterly Review, C. 48, S. 192, 1932, ss. 488-494.
- DAUBE** David "The Three Quotations from Homer in Digest 18.1.1.1." Cambridge Law Journal, C. 10, S. 2, 1949, ss. 213-215, HeinOnline.
- DE BUTRIO** Antonio Super Decretalibus commentarii, Torino, 1967.
- DE MOLINA** Luís De iustitia et iure, Moguntiae 1659.
- DE OÑATE** Pedro De contractibus, romae, 1646.
- DE SAXOFERRATO** Digestum Vetus Şerhi, 1602, (*Vetus*).
Bartolus
- DE SAXOFERRATO** Digestum Novum Şerhi, Birinci Bölüm, 1588, (*Novum*).
Bartolus
- DE UBALDIS** Angelus Consilium 77, Plures creditores, Superprimopuncto, Frankfurt, 1575.
- DE UBALDIS** Baldus Commentaria in septimum, octavum, nonum, decimum et undecimum Codicis libros, Lugduni 1585 (*Commentaria*).

- DE UBALDIS** Baldus Super VII, VIII et IX Codicis commentaria, 1539, (*Super VII, VIII et IX*).
- DE UBALDIS** Baldus Super Quarto et Quinto Codicis Iustiniani commentaria, 1539, (*Super Quarto*).
- DE VALERO** Juan Differentiae inter utrumque forum, iudiciale videlicet et conscientiae, Cartusiae Maioricarum 1616.
- DE VILLIERS** Melius “Notes on the Innominate and Real Contracts”, South African Law Journal, Vol. 42, S. 1, 1925, ss. 26-31. HeinOnline, (*Innominate Contracts*).
- DE VILLIERS** Melius “The Roman Contract According to Labeo”, Yale Law Journal, Vol. 35, S. 3, 1926, ss. 292-295. HeinOnline, (*Labeo*).
- DECOCK** Wim Theologians and Contract Law, Martinus Nijhof Publishers, 2013.
- DESJARDINS** Albert “De L'action "Præscriptis Verbis" Revue historique de droit français et étranger, 1865, Vol. 11, 1865, Editions Dalloz, (<https://www.jstor.org/stable/43832616>), ss. 622-642.
- DI MARZO** Salvatore Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, Sulhi Garan Matbaası, 1959.
- DIAZ** Julio Alberto “Unjust Enrichment And Roman Law”, Pensar, Fortaleza, 2007, ss. 114-121.

- DONAHUE** Charles Jr. "Equity in the Courts of Merchants." Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review, Vol. 72, S. 1-2, 2004, ss. 1-36. HeinOnline.
- DONNE** J. Devotions Upon Emergent Occasions, John Sparrow. (*Ed.*), Cambridge University Press, 1823.
- DURAL** Mustafa "Roma Hukukunda Akit Benzerler (Quasi Contractus)", İÜHFM, C. 33, S. 3-4, 1967, ss. 257-272.
- ERDOĞMUŞ** Belgin Roma Borçlar Hukuku Dersleri, DER Yayınları, 2019, (*Borçlar*).
- ERDOĞMUŞ** Belgin Roma Eşya Hukuku, Der Yayınları, 2020, (*Eşya*).
- EREN** Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Legem Yayınevi, 28. Baskı, 2023, (*Borçlar*).
- EREN** Selahattin Satış Sözleşmesinin Tarihsel Kökleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (*Satış*).
- FIORI** Roberto "Rise and Fall of Specificity of Contracts", Nova Ratione – Change of Paradigms in Roman Law, Boudewijn Sirks (*Ed.*), Harrassowitz Verlag, 2014, ss. 33-49.
- GARCIA** Fortunius Repetitio super cap. 1 de Pactis, in: Commentaria in titulum Digesti de Pactis, difficilem, uberrimum, omniumque contractuum parentem cum repetitione cap. 1 Extra in eodem titulo, Francoforti 1592, (*Repetitio*).

GARCIA Fortunius

De ultimo fine iuris civilis et canonici, de primo principio et subsequentibus praeceptis, de derivatione et differentiis utriusque iuris et quid sit tenendum ipsa iustitia, Coloniae Agrippinae 1585, (*Iuris Civilis*).

GIFFARD André E.

“Les Idées d’Ariston sur Les Contrats Innomés (D.2.14.7)”, Conférences faites à l’Institut de Droit Romain en 1947, Publications de l’Institut de Droit Romain de l’Université de Paris, 1950, ss. 69-76, (*Aristo*).

GIFFARD André E.

“L’actio Civilis Incerti Et Le Synallagma (D, 2, 14, 7)”, Revue historique de droit français et étranger, Quatrième série, Vol. 34, 1957, Editions Dalloz (Erişim: <https://www.jstor.org/stable/43844601>, Erişim Tarihi: 04.08.2025), ss. 337-346, (*Actio*).

GILTAIJ Jacob

“The rediscovery of the Roman jus gentium and the post 1945 international order”, Leiden Journal of International Law, Vol. 35, S.3, 2022, ss. 521–533 (Erişim: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/rediscovery-of-the-roman-jus-gentium-and-the-post-1945-international-order/2620C6D589A422785E9A12794B024919>. Erişim Tarihi: 22.07.2025)

GORDLEY James

The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford University Press, 1991.

- GÖNENÇ** Fulya İlçin “Roma Akitler Sistemi ve Permutatio (Trampa)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2009, ss. 201-218.
- GROTIUS** Hugo Introduction to Dutch Jurisprudence, (Çev. Charles Herbert), 1845, (*Introduction*).
- GROTIUS** Hugo On the Law of War and Peace, (Çev. Archibald Colin Campbell), Jazzybee Verlag, 2018, (*Law*).
- GROTIUS** Hugo On the Law of War and Peace, Student Edition (Ed. Stephen C. Neff), Cambridge University Press, 2012, (*Student*).
- GÜMÜŞ** Alper Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 2015.
- GÜNAL** A. Nadi “Roma Hukuku’nda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi” AÜHFD, 1998, C.47, S.1, ss. 119-136, (*Zamanaşımı*).
- GÜNAL**, A. Nadi Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti), 1996, (*Sebepsiz Zenginleşme*).
- GÜNEŞ CEYLAN** Seldağ “Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Pactum (Anlaşma) İlişkisi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1,2, 2004, ss. 171-183.
- GÜZEL** Pınar Sulh Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, 2022.
- HALL** David Locke / **RAYMOND** Douglas “Economic Analysis of Legal Institutions: Explaining an "Inexplicable" Rule of Roman Law”, Indiana Law Journal, C. 61, S.3, 1985-1986, ss. 401-427.

- HARKE** Jan Dirk Precarium Besitzvertrag im römischen Recht, Schriften zur Rechtsgeschichte Band 176, Duncker & Humblot, 2016.
- HARTKAMP** A.S. / Towards a european Civil Code, 2. Bası, Kluwer /
- HESELINK** M.W. / Ars aequi, 1998.
- HONDIUS** E.H.
- ISIDORE** of Seville Isidori Hispalensis Episcopi Etymologiarum Sive Originum Libri XX, C.1, (Gözden Geçiren: W.M. Lindsay), 1911, (Erişim: <https://archive.org/details/isidori01isiduoft/page/n197/mode/2up>. Erişim Tarihi: 20.07.2025),
- JOLOWICZ** H. F. “Obligatio and Actio”, Law Quarterly Review, Vol. 68, S. 4, October 1952, ss. 469-480. HeinOnline.
- KARAGÖZ** Havva Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı, 12 Levha Yayıncılık, 2010.
- KASER** Max Das Römisches Privatrecht, Zweiter Abschnitt, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1959, (Privatrecht).
- KASER** Max “Zur Geschichte des precarium”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung), Vol. 89, S. 1, 1972, ss. 94-148, (*Precarium*).
- KAYAK** Sevgi “Roma Hukukunda Aestimatum Kurumunun Uygulama Alanı Üzerine Bir Değerlendirme”, İnÜHFD, S. 12(2), 2021, ss. 824-839.
- KENDJIRO** Oumé La transaction en droit romain et dans l'ancien droit français, L. Larose et Forcel, 1889.

- KOSCHAKER** Paul / Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi
AYİTER Kudret Hukukunun Ana Hatları, Sevinç Matbaası, 1977.
- KOWALSKI** Klaus “Die causa des Vertrages im Naturrecht der frühen Neuzeit”, Causa contractus-Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens, Gregor Albers/ Francesco Paolo Patti/ Dorothée Perrouin-Verbe (*Ed.*), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 2022, ss. 153-200.
- KUNTALP** Erden Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Sözkese Matbaacılık, 2013.
- LENEL** Otto Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel, C.2, Çev. Frédéric Peltier, 190,
(Erişim: <https://archive.org/details/essaidereconsti00peltgoog/mode/2up>, Erişim Tarihi: 04.08.2025)
- LESSIUS** Leonardus De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus, Antverpiae, 1621.
- LEVY** Ernst Vom römischen Precarium zur germanischen Landleihe, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung), Vol. 66, S. 1, 1948, ss. 1-30.
- MANTHE** Ulrich / Aus der Werkstatt römischer Juristen, 2016.
- NISHIMURA** Shigeo /
- IGIMI** Mariko
- MASSARA** Tommaso Dalla “Die causa des Vertrages im Denken des Aristo: zu den Ursprüngen einer Idee”, Causa contractus - Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit

des vertraglichen Willens, Gregor Albers/
Francesco Paolo Patti/ Dorothée Perrouin-Verbe
(Ed.), Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Privatrecht, 2022, ss. 37-66.

MEYLAN Philippe Origine et Nature de l'Action Praescriptis Verbis,
1919.

MONIER Raymond Manuel Élémentaire de Droit Romain, C.2, Les
Éditions Domat-Montchrestien, 1936

NICHOLAS Barry / An Introduction To Roman Law, Oxford University
METZGER Ernest Press, 1976.

NOMER Halûk N. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, BETA Basım
Yayın, 20. Baskı, 2024.

OERTMANN Paul Der Vergleich im Gemeinen Zivilrecht, Carl Heymanns Verlag, 1895.

OĞUZMAN Kemal / **ÖZ** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Vedat Turgut
Kitapçılık, 21. Baskı, 2023, (C.1).

OĞUZMAN Kemal / **ÖZ** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 18. Baskı,
Turgut 2023, (C.2).

OKTAY Saibe “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İÜHFM, C. 55, 1996, ss. 263-296.

ÖZ Turgut Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme,1990, Kazancı Matbaacılık, (*Sebepsiz Zenginleşme*).

- ÖZ Turgut** “Sen, ben ve Titius”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, ss.593-612 (*Sen, ben ve Titius*).
- ÖZTEK Selçuk** “Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları”, İÜHFM, C. 51, S. 1–4, 1985, ss. 335-372.
- PENNİNGTON Ken** “Ancient, Medieval, and Early Modern Concepts of the Ius commune”, Clio@Themis Revue Électronique D’Histoire du Droit, S. 27, 2024, (<http://journals.openedition.org/cliothemis/5172>, Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- PERNICE Alfred** “*Parerga. 3. Zur Vertragslehre der römischen Juristen*”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung, 9), 1888, ss. 195-260.
- PRIERIAS Sylvester** Summa Sylvestrina, Lugduni, 1520.
- PRINGSHEIM Fritz** “L’Origine des contrats consensuels”, RHD 4. Seri, C. 31,1954, ss. 475-495.
- RADO Türkan** Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, 201
- RANDALL Lesaffer** / **NIJMAN Janne E.** The Cambridge Companion to Hugo Grotius, Cambridge University Press, 2021.
- SAYIN Baha Yiğit** Roma Hukukundan Günümüze Obligatio Naturalis (Tabii Borç), On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- SCHERMAIER Martin** “Die Rolle der causa bei der Überwindung des Typenzwangs durch die mittelalterlichen Juristen”, Causa contractus-Auf der Suche nach den

Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens, Gregor Albers/ Francesco Paolo Patti/ Dorothée Perrouin-Verbe (Ed.), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 2022, ss. 97-152.

SEROZAN Rona

Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Yayına Hazırlayanlar: Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı), On İki Levha Yayıncılık, 2022

SEZGİN Sedat

Roma Hukukunda Conductio Causa Data Causa Non Secuta ve Türk Hukukuna Etkileri, Yetkin Yayınları, 2022.

SIRKS Boudewijn

Nova Ratione – Change of Paradigms in Roman Law, Harrassowitz Verlag, 2014.

SOBCZYK Marek

“Condictio causa data causa non secuta and Development of the Contractual System” Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa, 11 (2), 2018, ss. 177–195, (*Condictio*).

SOBCZYK, Marek

“Datio ob Rem and Datio ob Causam - The Purpose of Performance in Roman Law”, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Legal History Review, C. 89, S 3-4, ss. 356-378, (*Datio*).

SÖĞÜTLÜ

ERİŞGİN

Özlem

Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Seçkin Yayıncılık, 2016.

SÖĞÜTLÜ Özlem

Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 2022.

- STORME** Matthias E. “The binding character of contracts - causa and consideration”, Towards a european Civil Code, A.S. Hartkamp/ M.W. Hesselink/ E.H. Hondius (Ed.), 2. Bası, Kluwer / Ars aequi, 1998, ss. 239-254.
- STRACCA** Benvenuto De mercatura, Venice, 1553.
- ŞEKER** Melih Roma Hukuku’nda Fiducia (İnançlı İşlem) ve Türk Hukuku Üzerindeki Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- TAHIROĞLU** Bülent “Roma Devletinin İktisadi Krizleri”, İÜHF Mecmuası, C. 45, S. 1-4; 1981, ss. 677- 706.
- TAMER GÜVEN** Diler Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987.
- TANDOĞAN** Halûk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1, Vedat Kitapçılık, 2008.
- TEKİNAY** Selahattin Sulhi / **AKMAN** Sermet / **BURCUOĞLU** Haluk / **ALTOP** Atilla Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Bası, 1993.
- THAYER** James B. “Actio Praescriptis Verbis”, Tulane Law Review, C. 19, S. 1, 1944-1945, ss. 62-78, HeinOnline.
- TÜREL** EGE “Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Sebep ve Sinallagma İlişkisi”, MÜHFHAD Bülent Tahiroğlu’na Armağan, C. 23, S.3, 2017, ss. 365-393, (*Sinallagma*).

- TÜREL Ege** Kazandırmanın Hukuki Sebebi, On İki Levha Yayıncılık, 2024, (*Hukuki Sebep*).
- TÜRKOĞLU Gökçe** **ÖZDEMİR** “Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2005, ss. 167–212.
- UMUR Ziya** Roma Hukuku Ders Notları, 2010, (*Ders Notları*).
- UMUR Ziya** Roma Hukuku, Fakülteler Matbaası, 1974, (*Roma*).
- UMUR Ziya** Roma Hukuku Lügatı, Fakülteler Matbaası, 1983, (*Lügat*).
- VALERO Juan** Differentiae inter utrumque forum, iudiciale videlicet, et conscientiae, “*Obligatio*”, Differentiae 10, s. 230 (Erişim: https://archive.org/details/bub_gb_eUorXLlviUwC/page/n471/mode/2up, Erişim Tarihi: 04.08.2025).
- VAN DE WIEL Constant** History of Canon Law, Peeters Press, 1991.
- VAN WEZENBEKE** Paratitla in Pandectas iuris civilis ab authore Matthias recognita et aucta, Basileae, 1568.
- WATSON Alan** “*The Evolution of Law, The Roman System of Contracts*”, Law and History Review, C. 2, S.1, Spring 1984, ss. 1-20, (*Evolution*).
- WATSON Alan** “*Artificiality, Reality And Roman Contract Law*”, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Vol. 57, S. 1-2, 1989, ss. 147-156. HeinOnline. (*Contract Law*).

- WATSON Alan** The Spirit of Roman Law, University of Georgia Press, 1995 (*Spirit*)
- WIELGUS Stanislaw** “The Genesis And History Of Ius Gentium In The Ancient World And The Middle Ages”, *Roczniki Filozoficzne / Annales De Philosophie / Annals Of Philosophy*, 1999, Vol. 47, No. 2, 1999, ss. 335-351.
- YILDIZ Sevil** Roma Hukukundan Günümüze İsimsiz Sözleşmeler (Contractus Innominati), Seçkin Yayınları, 2024.
- ZHANG Lihong** “*Studies on Actio in Factum Civilis*”, *Aus der Werkstatt römischer Juristen*, Ulrich Manthe / Shigeo Nishimura / Mariko Igimi (Ed.), 2016, ss. 489-502.
- ZIMMERMANN Reinhard** The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta&Co Ltd., 1992.

İNTERNET SİTELERİ

- <https://archive.org/>
- <https://books.google.com.tr/>
- <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>
- <https://heinonline.org/>
- <https://www.cambridge.org/core/publications/journals>
- <https://www.jstor.org/>
- <https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/rasyonellik>
- <https://www.savassakar.com/sinirli-rasyonellik/>

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Hüsniye Asena ÇOLAK
Tez Başlığı : Roma Hukukunda İsimsiz Sözleşmeler ve Modern
Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi
Savunma Tarihi : 09/ 09/ 2025
Danışman : Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-SOYADI
Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU
Prof. Dr. Havva KARAGÖZ
Dr. Öğr. Üyesi B. Yiğit SAYIN

İmza

Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik
Enstitü Müdür Vekili