Kökenleri tarihte olan hukuk, sadece bir kanun koyucunun iradesiyle özdeşleşen soyut bir yapı değildir. Hammurabi'den modern Cumhuriyetlere kadar, kanun koyucular her toplumun temel unsurlarından biri olan hukuku yaratmıştır. Kutsal kitaplar da hukuk kuralları koymuştur. Aristo ve Jean-Jacques Rousseau nasıl olması gerektiğini, belirtmiştir. XII Levha Kanunu hukukun esaslarını belirlemiş, Gaius yapıyı tamamlamıştır. Hukuksuz toplum olmaz (Ubi societas, ibi ius). Hukuk nasıl oluşmuştur? Devirlerin, devleti idare edenlerin, uygulayıcıların ve hukuk âlimlerinin bu farklı doğuşlarda rolü nedir? Yüzyıllar boyunca, örneklerin sayısı artmıştır.

Başlangıçlarında, Romalı hukukçular ve Yunan düşüncesiyle başlayan oluşum, Orta Çağ'da tamamlanmış ve değişikliklere uğramıştır. Modern dünya ve dolayısıyla modern hukuk bu temeller üzerine kurulmuştur: Devlet, egemenlik ve anayasa kavramlarıyla kamu hukuku ve gitgide farklılaşan ulusal hukuklarıyla özel hukuk. Nihayet, XVIII. yy sonundan itibaren kanunlaştırma hareketleri hukuku tekrar sistemleştirmiş ve sanayi toplumlarının ihtiyaçlarına cevap verecek niteliğe kavuşturmuştur.

55 TL

Merkez : Molla Fenari Sok. Der Han No:28/A Cağaloğ 1 65 - 511 51 90
Şube 1 : Der Kitabevi, Sahaflar Çarşısı No: 1 Beyazıt 75
Şube 2 : Derin Kitabevi, Sahaflar Çarşısı No: 3 Beyazıt 20
der@deryayinevi.com.tr www.deryayinevi.com.tr

978-975-353-188-7

9 789753 531887

ROMA HUKUKU DERSLERİ

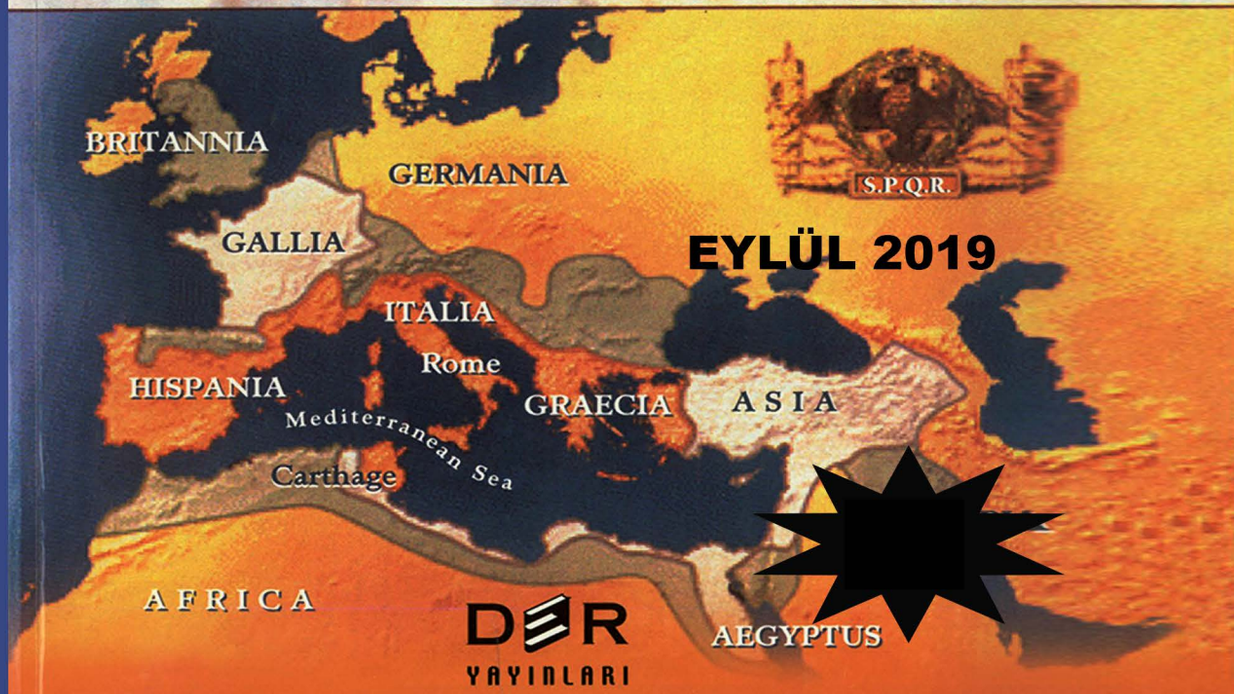
Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU
Prof. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ

ROMA HUKUKU DERSLERİ

Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU • Prof. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ

TARİHİ GİRİŞ
HUKUK TARİHİ
GENEL KAVRAMLAR
USUL HUKUKU

PAX ROMANA



EYLÜL 2019

DER YAYINLARI

ROMA HUKUKU DERSLERİ

TARİHİ GİRİŞ
HUKUK TARİHİ
GENEL KAVRAMLAR
USUL HUKUKU

Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU • Prof. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ

İ. Kültür Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Bilgi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

ONBİRİNCİ BASIM

DER
YAYINLARI
İSTANBUL - 2014

Kitabın Adı
Roma Hukuku Dersleri

Yazarlar
Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU - Prof. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ

Yayın No 265

ISBN 978-975-353-188-7

Basım Yılı 2014

Kapak Tasarımı
Yurdagül TUNCA

Yayıncı
DER Kitabevi Yayınevi ve Dağıtım Paz. Ltd. Şti.
Molla Fenari Sokak, Der Han 28/A, 34410 Cağaloğlu - İSTANBUL.
Tel: (0212) 527 01 65 - 511 51 90 / Faks: (0212) 511 47 76
e-posta:der@deryayinevi.com.tr / info@deryayinevi.com.tr
www.deryayinevi.com.tr
Sertifika No: 12158

Şubelerimiz
Der Kitabevi Sahaflar Çarşısı No: 1 Beyazıt / İSTANBUL
Tel: (0212) 513 55 75
Derin Kitabevi Sahaflar Çarşısı No: 3 Beyazıt / İSTANBUL
Tel: (0212) 513 18 20

Basım / Cilt
Ada Ofset Matbaacılık Tekstil Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti.
Litros Yolu 2. Mat. Sit. E Blok 1. Kat No: ZE2 / Topkapı - İSTANBUL

Sertifika No: 14460

Copyright © Bu kitabın, tüm hakları Der Kitabevi Yayınevi ve Dağıtım Paz. Ltd. Şti'ne aittir. Yayınevinin yazılı izni alınmadan tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, kopyalaması, çoğaltımı veya dağıtımı yapılamaz.

Iulianus, D. 1, 3, 32: "De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet...

(Yazılı kanunların yokluğunda, örf ve âdet kuralları uygulanır.)

Celsus, D. 1, 13, 17: "Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem"

(Kanunları bilmek, onların sözlerine saplanıp kalmak değildir, amaç ve anlamlarını kavramaktır.)

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR XII
ÖNSÖZ XIII

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHİ GİRİŞ

§ 1. Roma Devletinin Siyasi Devirleri 1
I. KRALLIK VE DEVRİ (M.Ö. 753 – M.Ö. 510). 3
II. CUMHURİYET DEVRİ (M.Ö. 510 – 27) 4
1. Magistra 5
2. Cumhuriyet Devrinin Magistraları 7
3. Senatus 11
4. Roma Halkı ve Halk Meclisleri 13
A. Halk Meclisleri 13
B. Halk Meclislerinin Faaliyet Tarzı ve Kanunlar 15
5. Cumhuriyet Devri Gelişmeleri ve Sonu 17
III. İLK İMPARATORLUK (M.Ö. 27- M.S. 284) 22
1. İlk İmparatorluk Devrinde Devlet Teşkilatı 24
A. Magistra'lar 24
B. Halk Meclisi ve Senatus 26
2. İlk İmparatorluk Devrinde Sosyo-Ekonomik Durum 27
3. İlk İmparatorluk Devrinin Sonu 31
IV. SON İMPARATORLUK DEVRİ (284-565) 32
1. Son İmparatorlukta İdarî Teşkilat 34
2. Son İmparatorlukta Sosyo-Ekonomik Durum 35
3. İmparatorluğun Sonu 37

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUK TARİHİ

§ 2. Roma Hukukunun Devirleri 41
1. ESKİ HUKUK DEVRİ
(M.Ö. 753-M.Ö. II. YÜZYILIN ORTALARI) 43

1. Oniki Levha Kanunu (Lex Duodecim Tabularum) 44
2. Eski Hukuk Devrinde Hukuki Faaliyet 53
II. KLASİK HUKUK DEVRİ (M.Ö. II. YÜZYILIN ORTALARI - M.S. III. YÜZYIL) 57
1. Praetor ve Hukuku 58
A. Praetor Beyannamesi 61
2. Senatus Kararları (Senatus Consulta) 65
3. Hukuk İlmi (Iurisprudentia) 66
A. Hukuk Mektepleri 70
B. İmparator Adına Cevap Vermek İmtiyazı 75
4. İmparator Emirnameleri 77
III. KLASİK SONRASI (POSTKLASİK) DEVİR (III. YÜZYIL-VI. YÜZYIL) 79
1. Iustinianus'tan Önceki Dönem 79
2. Iustinianus Dönemi ve Corpus Iuris Civilis 84
a. Institutiones 88
b. Digesta 90
c. Codex 93
d. Novellae 94
3. Corpus Iuris Civilis'in Önemi 95
§ 3. Roma Hukukunun Modern Hukukları Etkileme Süreci 97
I. GLOSSATOR'LAR 100
II. POSTGLOSSATOR'LAR (COMMENTATORLAR) 102
III. HÜMANİST AKIM 104
IV. ROMA HUKUKUNUN İKTİBASI (REZEPTION) VE USUS MODERNUS PANDECTARUM 105
V. TABİİ HUKUK AKIMI 109
VI. TARİHİ HUKUK MEKTEBİ – PANDEKT İLMİ VE MODERN KANUNLAR 110
§ 4. Roma Hukukunun Modern Hukuklara Etkisi 116
I. ÖZEL HUKUK SİSTEMİ 116
II. ROMA HUKUKUNUN İSVİÇRE – TÜRK HUKUKUNUN İÇERİĞİNE ETKİSİ 118

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
GENEL KAVRAMLAR

§ 5. Ius (Hukuk) 121
I. IUS CIVILE – IUS HONORARIUM 123
II. IUS CIVILE – IUS GENTIUM 125
III. IUS PUBLICUM – IUS PRIVATUM 127
§ 6. Hak (Ius) ve Dava (Actio) 128
I. HAKLARIN AYIRIMI 129
1. Mutlak Haklar 130
A. Eşya Üzerindeki Mutlak Haklar 130
a. Mülkiyet 130
b. Mülkiyetin Dışında Kalan Aynî Haklar 131
aa. İrtifaklar 131
bb. Rehin 132
B. Şahıs Üzerindeki Mutlak Haklar 132
2. Nisbi Haklar 132
II. HAKLARIN KAZANILMASI (İKTİSABI) VE KAYBI 136
§ 7. Hak Ehliyeti 138
I. STATUS LIBERTATIS 139
1. Kölelik 140
2. Köleliğin Sebepleri 141
3. Kölenin Hukuki Durumu 143
4. Köleliğin Sona Erme Sebepleri 144
II. STATUS CIVITATIS 146
III. STATUS FAMILIAE 148
IV. HAK EHLİYETİNİ KISITLAYAN DİĞER HALLER 150
V. ROMADA İNSAN VE MAL TOPLULUKLARI 154
§ 8. Roma Ailesi ve Patria Potestas 155
I. AİLE (FAMILIA) 155
II. PATRIA POTESTAS (BABA HAKİMİYETİ) 157
1. Patria Potestas Altına Girme 159
2. Patria Potestas'ın Sona Ermesi 161
§ 9. Vesayet ve Kayyımlık 162
I. VESAYET (TUTELA) 162

1. Küçükler Üzerinde Vesayet 163
2. Kadınlar Üzerinde Vesayet 164
II. KAYYIMLIK (CURA) 165
1. Akıl Hastaları Üzerinde Kayyımlık 165
2. Müsrifler Üzerinde Kayyımlık 165
3. Ergen Küçükler Üzerinde Kayyımlık 166
§ 10. Hukuki Olay – Hukuki Muamele 167
I. HUKUKİ MUAMELE KAVRAMI 168
II. HUKUKİ MUAMELENİN UNSURLARI 172
1. Muamelenin Esaslı Unsurları 172
2. Muamelenin Arızi Unsurları 172
3. Muamelenin Tabii Unsurları 172
III. HUKUKİ MUAMELENİN AYIRIMLARI 173
1. Borçlandırıcı Muameleler – Tasarruf Muameleleri Kazandırıcı Muameleler 173
2. Tek Taraflı Hukuki Muameleler – İki Taraflı Hukuki Muameleler 175
3. Sağlararası Hukuki Muameleler – Ölüme Bağlı Hukuki Muameleler 177
4. İvazlı Hukuki Muameleler – İvazsız Hukuki Muameleler 177
5. Sebebe Bağlı Hukuki Muameleler – Sebebe Bağlı Olmayan Hukuki Muameleler 178
6. Şekle Bağlı Olan Hukuki Muameleler – Şekle Bağlı Olmayan Hukuki Muameleler 179
§ 11. Fiil Ehliyeti 183
1. YAŞ 185
1. Impubes (Ergen Olmayan Küçükler) 185
A. Infans Çağı 185
B. Impubes Infantia Maiores 186
2. Puberes Minores (Ergen Küçükler) 187
3. Yaş İmtiyazı 189
II. CİNSİYET 189
III. AKIL HASTALIĞI 190
IV. İSRAF 190
§ 12. Hukuki Muamelenin Arızi Unsurları 192

I. ŞART 192
1. Şartların Türleri 193
A. Taliki Şart – İnfisahi Şart 193
B. İradi, Tesadüfi ve Karmaşık Şartlar 195
C. Gerçek Şartlar – Gerçek Olmayan Şartlar 196
D. Olumlu – Olumsuz Şartlar 196
2. Şartın Hukuki Muameleye Etkisi 196
II. VADE 198
III. MÜKELLEFİYET 199
§ 13. Hukuki Muamelelerin Hükümsüzlüğü 200
I. GENEL OLARAK 200
1. Yokluk 200
2. Kesin Hükümsüzlük, Geçersizlik (Butlan) 201
3. İptal Edilebilme 204
II. İRADE VE BEYANINA AİT BOZUKLUKLAR 205
III. İRADE İLE BEYAN ARASINDAKİ KASTİ UYGUNSUZLUK HALLERİ 206
IV. İRADE İLE BEYAN ARASINDAKİ KASTİ OLMAYAN UYGUNSUZLUK HALLERİ (HATA) 208
V. İRADENİN TEŞEKKÜLÜNDEKİ BOZUKLUKLAR 215
1. Saik Hatası 215
2. Hile 217
3. Tehdit 218
§ 14. Temsil ve Munzam (Ek) Davalar 220

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
ROMA USUL HUKUKU

§ 15. Genel Bilgiler 227
§ 16. Ordo Iudıcıorum Prıvatorum (Hususi veya Adî Mahkemeler Nizamı) 235
§ 17. Cognıtıo Extra Ordinem (Fevkalâde veya Nizam Harici Usul) 265
§ 18. Roma Özel Hukuk Davası Ve Usul Hukukumuz: Ana Yapı Ve İlkeler 278
Kavram İndeksi 289

KISALTMALAR

ABGB	:	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	:	Bakınız
c	:	cilt
C.	:	Codex Iustinianus
C. C.	:	Code Civil (Fransız Medeni Kanunu)
çev.	:	çeviren
D.	:	Digesta
dn.	:	dipnot
Gai.	:	Institutiones (Gaius)
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
I.	:	Institutiones (Iustinianus)
İİK	:	İcra ve İflâs Kanunu
krş	:	karşılaştırınız
m.	:	madde
OR	:	İsviçre Borçlar Kanunu
pr.	:	principium
ss	:	sayfalar
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
vb.	:	ve başkaları
v.s.	:	vesaire

ÖNSÖZ

Roma Hukukunun Önemi

I- Genel Olarak

XIX. ve XX. yüzyılda modern milli kanunların yapılmasıyla doğrudan uygulanmak özelliğini yitiren Roma Hukukunun önemi nereden gelmektedir? Kaynakları Latince gibi konuşulmayan bir dilde bulunan bu hukuk -Roma Hukukundan etkilenmiş olsun veya olmasın- dünyanın sayılı üniversitelerinin ders programlarında niçin yer almaktadır? Niçin hâlâ dünyanın birçok ülkesinde yayınlanmakta olan hukuk dergilerinde Roma Hukuku araştırmalarına yer verilmektedir? Her yıl Avrupa'nın çeşitli şehirlerinde düzenlenen Roma Hukuku kongreleri ve bu kongrelere katılan bilim adamlarının çokluğu nasıl açıklanabilir? Bu niçin ve nasılları çoğaltmak mümkündür.

Bu sorunların kısa cevabı şudur; Roma Hukuku özellikle Avrupa ülkelerinin hukuk sistemlerinin temelinde bulunan hukuktur, iktibas ettiğimiz Kara Avrupa'sı kanunları ve Avrupa kültür çevresinde görülmüş ve yüzyıllar sürmüş olan bir gelişim sürecinde ortaya çıkmıştır. Roma Hukuku öğretiminin amacı, Roma'dan gelen hukuk kurumlarının tarihi gelişmesini açıklamaktır. Bu tespit, sadece belirli bir devrede yürürlükte olan hukuk kurallarının sistematik bir açıklamasının söz konusu olmadığını gösterir. Konumuz, Kara Avrupası ve bizim hukuk sistemimizin kaynağını oluşturan Roma Hukuk kurumlarının nasıl doğduğunu, geliştiğini, değişen toplumun yeni ihtiyaçlarını karşılamak için gerektiği zaman nasıl değiştirildiklerini *(mutatis mutandis),* modern hukukların kökenini nasıl meydana getirdiğini, bazen ise, yüzyıllar boyunca, nasıl yürürlükten kalktıklarını göstermek olacaktır. Hukuk tarihi eğitimi, uygarlıkların gelişmesine, çağdaş hukuk kuramlarının gerçek yerinin belirlenmesi için vazgeçilmez ve zorunlu bir yere sahiptir. Ancak; bu şekilde, hukuk kavramlarının nereden geldikleri ve hangi hukuk sistemine bağlandıkları bilinir. Bir makineden farklı olarak hukuk kavramlarının sadece yazıcısı olmaktan kurtulunur.

Roma Hukukunun, başka bir açıdan önemi, hukukun başlangıcı olarak, insanların düşüncesine yön veren, olaylar arasında sebep-sonuç ilişkisini kuran bir bilim dalı olmasıdır.

Hukuk kurallarının oluşması, yerleşmesi, insanların karşılıklı anlaşmalarının hukukî değeri kavramını ortaya çıkarmıştır. Akitlerin oluşması, ticari ilişkileri de geliştirmiştir. Özellikle, hukuk kurallarının kesin, açık hale gelmesi, özel hukuk kurallarını geliştirmiştir.

Tüm hukuk sistemleri, hatta eğilimleri ihtilâlci görülenler bile, kendilerinden önceki hukuk sistemlerinin gelişiminden ve değişiminden oluşmuştur. Eğer tarihî kaynakları bilinmezse, onları anlamak imkânsızdır. Ancak, hukuk tarihi eğitimi, tamamen günlük uygulamaya bağlı bazı hukuk pratisyenlerinin, yeniliklere karşı koymasını, alıştıklarından farklı kuralları uygulamakla büyük güçlüklerle karşılaşmalarını önler ve değişikliklerin yararlarını anlamaların sağlar.

Roma Hukukuna günümüz eğitim-öğretiminde verilen önem bu hukukun modern hukuk sistemlerini derinden etkilemiş olmasından gelmektedir. Bu itibarla öncelikle öğrenciler için yazılmış bu kitapta başta İsviçre-Türk kanunu olmak üzere diğer Medeni Kanunlara göndermeler yapılmış, modern görüş özetleri verilmiştir.

VI. yüzyılda İmparator Iustinianus tarafından Constantinopolis'te yani İstanbul'da *Corpus Iuris Civilis* denilen kanunda toplanmış olan Roma Hukuku Avrupa'da XI.yüzyıldan itibaren ilmi çalışmaların konusunu teşkil etmiş, Roma Hukuku üzerinde yapılan çalışmalar yoluyla Avrupa hukuk ilmi doğmuştur. Bu nedenle XI.yüzyılda başlayan süreç Avrupa hukuk ilminin gelişme sürecedir. Başka bir deyişle Roma Hukuku sayesinde Avrupa hukuk ilmi oluşmuştur.

Yukarıda XIX ve XX. yüzyılda milli kanunlara değinilmişti. Gerçekten Avrupa'da Ortaçağ ve Yeniçağ boyunca milli devlet bilinci oluştuktan ve günümüzün devletleri Avrupa haritasında yerlerini aldıktan sonra her devletin milli kanunu olması fikri de doğdu. Buna uygun olarak Fransız Medeni Kanunu (Code Civil), Avusturya Medeni Kanunu (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch), Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) ve İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu (Schweizerisches Zivilgesetzbuch-Schweizerisches Obligationenrecht) yapıldıktan sonra başta Fransız Medeni Kanunu olmak üzere bu kanunlar Avrupa'daki diğer devletler tarafından, hatta Avrupa dışında özellikle Güney ve Orta Amerika devletleri tarafından, iktibas edildi, yani benimsenerek bu ülkelerde de milli kanun olarak uygulanmaya konuldu. Böylece Roma Hukukunun kuralları bu kanunların maddeleri içinde yer almak suretiyle canlılığını kaybetmedi, doğrudan olmasa da dolayısıyla yaşamaya ve uygulanmaya devam etti.

Günümüzde, Roma - Cerman hukuku sistemi, tüm dünyaya yayılmıştır. Eski Roma imparatorluğunun sınırlarını tamamen aşarak, anavatanı olan Avrupa ülkelerinin dışında, özellikle tüm Güney Amerika'yı, Afrika'nın büyük bir kısmını, Ortadoğu ülkelerini, Japonya'yı, Endonezya'yı fethetmiştir. Avrupa devletlerin yayılmaları ve yabancı bir hukukun benimsenmesi (resepsiyon) bu genişlemenin sebepleridir[1].

Japonya'da XIX. yüzyıl sonlarında başlayan, Alman Hukukunun etkisi, özellikle İkinci Dünya savaşından sonra, Japonya'nın hukuk düzenlemesine tamamen hâkim olmuştur.

Unsurlarının bir kısmını roma - cerman, bir kısmını anglosakson (common law) sisteminden alan İskoçya, İsrail, (daha önce) Güney Afrika Birliği, Kanada'nın Québec eyaleti, Filipinler hukukunda karma hukuklar olarak söz edilmektedir[2].

Bu kısa açıklama dikkate alınırsa, günümüz hukuklarının gereği gibi anlaşılabilmesi ve özümsenebilmesinin Roma Hukuku öğrenimi ile mümkün hale geleceği ortaya çıkar. Hukuk ilmi pozitif hukuk, hukuk tarihi ve hukuk felsefesinden oluşan üçlüden meydana gelir. Bu üç unsur olmadan hukuk ilmi yapılamaz.

Roma Hukuku her şeyden önce hukukî düşünce tarzını etkilemiştir. Gerçi Roma Hukukunu zirveye ulaştıran klasik hukukçular bugünden farklı olarak hukuka meseleci metot ile yaklaşmışlar, hukukun teorisi ile esas itibariyle ilgilenmemişlerdir, ancak Yunan filozoflarından öğrendikleri analiz ve sentez tekniğini kullanarak meseleleri hukukî çözüme bağlamayı ve yaratılan yeni hukukî kavramların bir sistem içinde yer almasını sağlamışlardır. Kuralların yorum yoluyla tatbiki, bunların kıyas ve zıt kavramlardan hareket suretiyle uygulama alanlarını genişletilmesine Roma hukukçuları örnekler getirmiştir.

Roma Hukukunun iktibası her şeyden önce Roma hukukçularında görülen hukukî düşünce tarzının ve metodunun benimsenmesi anlamına gelir. Bu metodun her türlü hukuk malzemesine uygulanması mümkündü, nitekim iktibas olayı ile birlikte Avrupalı hukukçuların bu metodu kendi milli hukuklarında uygulayarak bunları Roma Hukuku ile kaynaştırmak suretiyle milli kanunlarının olgunlaşmış bir zeminde yapılmasını kolaylaştırmışlardır.

---

1 bkz.David R., Les grands systèmes de droit contemporains, Deuxième Èdition, 1966, ss. 29 ve 77; ss. 541-551.

2 bkz.David R., s.23.

hukuk fakültesinde, Cambridge, Oxford ve University College of London'da Roma Hukuku mecburi ders olarak okutulmakta, Avrupa'nın diğer ülkelerindeki öğrencilerden belki daha fazla bilgi sahibi olunması istenmektedir. Yine ABD'nin büyük ve köklü üniversitelerinde Roma Hukuku Avrupa'dakine benzer bir içerikle öğretilmektedir. Adalet, hukuk ve uygarlığın bir sembolü olarak Washington'daki Yüksek Mahkemenin (Supreme Court) kapılarına ve dekorlarına *praetor* beyannamesi, Romalı hukukçular ve Iustinianus'a *Corpus Iuris*'in tevdi töreni resmedilmiştir.

Kıta Avrupa'sındaki Doğu ülkeleri Rusya dışında, İspanyol ve Portekiz etkileriyle Güney Amerika'ya, XX. yüzyıl başlarından itibaren özellikle alman hukukçuların aracılığı ile Japonya'ya yayılmıştır. Günümüzde Avrupa üniversiteleri ile anlamlı bağlar, siyasal ilişkiler ve hazırlanan kanunlar aracılığı ile benzer oluşum Çin'de de gözlenmektedir.

Sovyet Üniversiteleri Hukuk Fakültelerinde Bolşevikler döneminde bile, Roma Hukuku dersi devam ettirilmiştir. Bunun nedeni Roma Hukukunun her zaman hukuk eğitiminin temeli olarak görülmesiydi.[3]

II- Roma Hukuku ve Türkiye

Roma Hukuku ile Türk devletinin kurulu olduğu topraklar arasında yakın ilişki mevcuttur. Bu ilişki dönemlere göre artmış veya azalmıştır. Bu yönden üç dönem ayırdetmek mümkündür.

1. Roma ve Bizans Dönemi

Roma devletinde uzun süre Asya eyaleti olarak nitelenen Anadolu ile Roma arasındaki ilişkiler sıkı idi. Daha M.Ö. 1. asırda Asya Roma devletinin bir eyaleti *(provincia)* olarak haritada yer alıyordu.

M.S. 312-337 yılları arasında yaşamış olan imparator Constantinus o zamana kadar adı Byzantion olarak anılan şehri inşa ederek 330 yılında Constantinopolis şehrini kurdu. O yerde bulu

---

3 Macar Prof. Dr. Gabor Hamza, Cumhuriyet Gazetesi'ndeki söyleşisinde (3 Ekim 2 bilgileri vermiştir: Sovyetler Birliği'nde, Roma Hukukunun köleliği teşvik eden toplumun ürü ğu çekincelerine rağmen bu dersler korundu ama Lenin ve Stalin bu görüşlerde hatal Roma İmparatorluğunun en zirvede olduğu dönemde bile köleler tüm Roma toplumunu oluşturmuyordu. Tarihçiler Roma'da köle kullanımını bir hayli abartmışlardır. Rom ger kıldığında sosyal bir devletti.
Lenin ve Marksizmin kuramcıları Marks ve Engels bile Roma Hukukundan çağdaş h olarak söz etmişlerdir.

Günümüzde, Roma - Cerman hukuku sistemi, tüm dünyaya yayılmıştır. Eski Roma imparatorluğunun sınırlarını tamamen aşarak, anavatanı olan Avrupa ülkelerinin dışında, özellikle tüm Güney Amerika'yı, Afrika'nın büyük bir kısmını, Ortadoğu ülkelerini, Japonya'yı, Endonezya'yı fethetmiştir. Avrupa devletlerin yayılmaları ve yabancı bir hukukun benimsenmesi (resepsiyon) bu genişlemenin sebepleridir[1].

Japonya'da XIX. yüzyıl sonlarında başlayan, Alman Hukukunun etkisi, özellikle İkinci Dünya savaşından sonra, Japonya'nın hukuk düzenlemesine tamamen hâkim olmuştur.

Unsurlarının bir kısmını roma - cerman, bir kısmını anglosakson (common law) sisteminden alan İskoçya, İsrail, (daha önce) Güney Afrika Birliği, Kanada'nın Québec eyaleti, Filipinler hukukunda karma hukuklar olarak söz edilmektedir[2].

Bu kısa açıklama dikkate alınırsa, günümüz hukuklarının gereği gibi anlaşılabilmesi ve özümsenebilmesinin Roma Hukuku öğrenimi ile mümkün hale geleceği ortaya çıkar. Hukuk ilmi pozitif hukuk, hukuk tarihi ve hukuk felsefesinden oluşan üçlüden meydana gelir. Bu üç unsur olmadan hukuk ilmi yapılamaz.

Roma Hukuku her şeyden önce hukukî düşünce tarzını etkilemiştir. Gerçi Roma Hukukunu zirveye ulaştıran klasik hukukçular bugünden farklı olarak hukuka meseleci metot ile yaklaşmışlar, hukukun teorisi ile esas itibariyle ilgilenmemişlerdir, ancak Yunan filozoflarından öğrendikleri analiz ve sentez tekniğini kullanarak meseleleri hukukî çözüme bağlamayı ve yaratılan yeni hukukî kavramların bir sistem içinde yer almasını sağlamışlardır. Kuralların yorum yoluyla tatbiki, bunların kıyas ve zıt kavramlardan hareket suretiyle uygulama alanlarını genişletilmesine Roma hukukçuları örnekler getirmiştir.

Roma Hukukunun iktibası her şeyden önce Roma hukukçularında görülen hukukî düşünce tarzının ve metodunun benimsenmesi anlamına gelir. Bu metodun her türlü hukuk malzemesine uygulanması mümkündü, nitekim iktibas olayı ile birlikte Avrupalı hukukçuların bu metodu kendi milli hukuklarında uygulayarak bunları Roma Hukuku ile kaynaştırmak suretiyle milli kanunlarının olgunlaşmış bir zeminde yapılmasını kolaylaştırmışlardır.

---

1 bkz.David R., Les grands systèmes de droit contemporains, Deuxième Edition, 1966, ss. 29 ve 77; ss. 541-551.

2 bkz.David R., s.23.

Klasik hukukçuların yarattığı aynî hak-şahsî hak, mülkiyet ve zilyetlik farkı, irtifaklar ve rehin, borç ilişkisi, borçların kaynakları olarak akitler, haksız fiiller ve haksız iktisaplar, borçların ifasında uyulacak kurallar, çeşitli akit tipleri, ölüme bağlı tasarruflar gibi ana kavramlar bugün de geçerlidir, hukukçular hukukî olayları incelerken bu ana kavramlardan hareket ederler ve gerekli hukukî sonuca varırlar. Başka bir deyişle çözüm bekleyen hukukî meselelere yaklaşım bakımından günümüz hukukçularıyla Roma hukukçuları arasında büyük benzerlik mevcuttur.

Roma Hukuku hukuk tarihi için vazgeçilmez niteliktedir. Hukuk tarihi, hukuk kurumlarının, kavramların ve ilkelerin zaman içinde nasıl ortaya çıktığını, nasıl değiştiğini ve yine nasıl sona erdiğini ve neden yaşamaya devam ettiğini gösterir.

Hukuk tarihi, hukuk kurallarının yürürlükte bulunduğu toplumun gerçeklerinden bağımsız olarak oluşmadığını, ülkedeki sosyo-ekonomik, siyasi ve kültürel olguların hukuk kurallarının karakterini belirlediğini göstermektedir. Bu nedenle devletin siyasî yapısı, sosyo-ekonomik durumu ve kültürü, hukuk kurallarının gerek çıkarılmasında gerekse içeriğinin tayininde önemli rol oynamaktadır. Bunlar değiştikçe hukuk kurallarının belirlenmesinin niteliği de değişmektedir. Mutlakiyet idaresinin egemen olduğu bir dönemde getirilen hukuk kuralları ile halkın idareye katıldığı bir rejimde yürürlüğe sokulan hukuk kuralları aynı mahiyette değildir. Mutlakiyet idarelerinde devlet veya kral/imparator hukukun her alanına el atmakta, ferdin hareket alanını emredici kurallarla sınırlamaktadır. Buna karşılık Cumhuriyet ile idare edilen, yani halkın iradesine kıymet verilen devirlerde çıkarılan kurallar ise fertlere daha geniş hareket serbestisi tanımaktadır. Bu nedenle Roma Hukuku ele alınırken bu hukukun Roma devletinin farklı rejimlerinde nasıl oluştuğunu göstermek gerekir. Bu yüzden de devletin siyasi yapısı üzerinde mutlaka durulmalıdır.

Hukuk kuralları ilke olarak aniden doğmaz, belli bir gelişmenin sonucu olarak ortaya çıkar. İlk hukuk kuralları olan örf ve âdet kurallarının dışında, üç kaynak Roma Hukuku'nun oluşumuna katkıda bulunmuştur. Başka bir hukukun mukayese edilebilir bir örnek sunmadığı özgün bir usul hukuku tekniği, cumhuriyet devrinde mütevazı, sonra gitgide daha verimli kanunlaştırmalar ve altın çağını M.Ö. I ve M.S. III. yüzyıllarda yaşayan ve başka bir uygarlıkta bulunmayan, klâsik denilen hukukçuların eserleri, yayınları... Eğer hukuk fakültelerinde olduğu gibi ilim yapılıyorsa, mutlaka hukuk kurumlarının, kavramların tarihi gelişmesi de incelenmelidir. Ancak bu şekilde yürürlükteki ka-

nunların ve kanunlardaki maddelerin sebebine ve anlamına varmak mümkün olur. Meselâ intifa hakkının niçin şahsa bağlı olduğu ve başkasına devredilemediği hukuk tarihindeki, özellikle Roma Hukukundaki çıkış sebebini bilmekle mümkün olur. Alım satım akdinin yapılmasıyla birlikte hasarın alıcıya intikali gibi Türk Hukukunda çok tenkit edilen bir prensibin ve maddenin (BK 183) ortaya çıkış nedeninin Eski Roma Hukukunda bulmak ve gelişme sürecini İsviçre Borçlar Kanununun yapılmasına kadar izlemek mümkündür. Kuralın asırlar boyu kimseyi rahatsız etmediğini Eugen Huber gibi bir Cermen hukukçusunun İsviçre Borçlar Kanununda, Roma Hukukunun bu ilkesini madde haline getirilmesinden anlıyoruz. Daha önce yapılmış olan Alman Medeni Kanununda hasarın intikali satılan malın teslimine bağlandığı halde İsviçre Borçlar Kanunu, Roma Hukukunun bu ilkesine sadık kalmıştır. Çünkü İsviçre Borçlar Kanununda daha ziyade hukuk hayatında yaşayan, halk tarafından benimsenmiş teamüller geniş ölçüde maddelere dönüştürülmüştür. İşte bu sebeplerden dolayı Roma Hukuku, hukuk tarihine malzeme sağlamakta eşsiz bir kaynaktır. Nitekim Umumi Hukuk Tarihi seçimlik ders olarak okutulduğu zaman, bu konuda önceki yıllarda yayınlanan kitaplarda Roma Hukuku baskın bir yer işgal etmektedir.

Roma hukuku, mukayeseli hukuk alanında da kullanılabilir. Daha önce de belirtildiği ve yeri geldikçe açıklanacağı üzere Roma Hukuku birçok ülkenin hukuk sisteminin temel unsuru olduğundan Roma Hukukundan hareketle çeşitli hukuk kurumlarının yine çeşitli hukuk düzenlemelerinde nasıl bir görüntü verdiğini, bu görüntünün benzer ve farklı taraflarının belirlemek mümkündür. Bu yönden yapılan bir inceleme Roma Hukuku kurallarının evrensel nitelik taşıdığını, yani yer ve milliyetten etkilenmediğini açığa çıkaracaktır.

Roma Hukukunu bilmek, aynı zamanda yabancı hukukları anlamak, bu hukukların birbirinden ayrılan özelliklerini tespit etmek için de anahtar işlevi görecektir.

Sadece mukayeseli (karşılaştırmalı) modern hukuk ilminde değil, mukayeseli hukuk tarihinde de Roma Hukukunun önemi fazladır. Roma Hukukundan hareketle Akdeniz havzasındaki hukukların, meselâ Yunan, Mısır ve Roma hukuklarının birbirlerini etkileme süreci ve faktörlerini saptamak olasıdır. Örnek: pey akçesi, müşterek avarya.

Roma Hukuku aynı zamanda dünya medeniyet ve kültürünün önemli bir unsurudur. İktibas olayından etkilenmemiş, hatta ona direnmiş ülkelerde bile Roma Hukukunun mükemmelliği kabul edilmiş ve bu hukuka ders programlarında de yer verilmiştir. Londra'nın üç

hukuk fakültesinde, Cambridge, Oxford ve University College of London'da Roma Hukuku mecburi ders olarak okutulmakta, Avrupa'nın diğer ülkelerindeki öğrencilerden belki daha fazla bilgi sahibi olunması istenmektedir. Yine ABD'nin büyük ve köklü üniversitelerinde Roma Hukuku Avrupa'dakine benzer bir içerikle öğretilmektedir. Adalet, hukuk ve uygarlığın bir sembolü olarak Washington'daki Yüksek Mahkemenin (Supreme Court) kapılarına ve dekorlarına *praetor* beyannamesi, Romalı hukukçular ve Iustinianus'a *Corpus Iuris*'in tevdi töreni resmedilmiştir.

Kıta Avrupa'sındaki Doğu ülkeleri Rusya dışında, İspanyol ve Portekiz etkileriyle Güney Amerika'ya, XX. yüzyıl başlarından itibaren özellikle alman hukukçuların aracılığı ile Japonya'ya yayılmıştır. Günümüzde Avrupa üniversiteleri ile anlamlı bağlar, siyasal ilişkiler ve hazırlanan kanunlar aracılığı ile benzer oluşum Çin'de de gözlenmektedir.

Sovyet Üniversiteleri Hukuk Fakültelerinde Bolşevikler döneminde bile, Roma Hukuku dersi devam ettirilmiştir. Bunun nedeni Roma Hukukunun her zaman hukuk eğitiminin temeli olarak görülmesiydi.[3]

II- Roma Hukuku ve Türkiye

Roma Hukuku ile Türk devletinin kurulu olduğu topraklar arasında yakın ilişki mevcuttur. Bu ilişki dönemlere göre artmış veya azalmıştır. Bu yönden üç dönem ayırdetmek mümkündür.

1. Roma ve Bizans Dönemi

Roma devletinde uzun süre Asya eyaleti olarak nitelenen Anadolu ile Roma arasındaki ilişkiler sıkı idi. Daha M.Ö. 1. asırda Asya, Roma devletinin bir eyaleti *(provincia)* olarak haritada yer alıyordu.

M.S. 312-337 yılları arasında yaşamış olan imparator Constantinus o zamana kadar adı Byzantion olarak anılan şehri imar ederek 330 yılında Constantinopolis şehrini kurdu. O yerde bulunan

---

3 Macar Ord. Prof. Dr. Gabor Hamza, Cumhuriyet Gazetesi'ndeki söyleşisinde (3 Ekim 2010) şu bilgileri vermiştir: Sovyetler Birliği'nde, Roma Hukukunun köleliği teşvik eden toplumun ürünü olduğu çekincelerine rağmen bu dersler korundu ama Lenin ve Stalin bu görüşlernde hatalıydılar zira Roma İmparatorluğunun en zirvede olduğu dönemde bile köleler tüm Roma toplumunun %5'ini bile oluşturmuyordu. Tarihçiler Roma'da köle kullanımını bir hayli abartmışlardır. Rom genel olarak bakıldığında sosyal bir devletti.
Lenin ve Marksizmin kuramcıları Marks ve Engels bile Roma Hukukundan çağdaş toplumun temeli olarak söz etmişlerdir.

bu küçük yerleşim yerinin dünyanın merkezi haline getirilmesi, tarihte, her bakımdan büyük bir olay olmuştur. Şehir planlanırken Roma örnek alındığından buna *Roma nova,* yani "yeni Roma" dendi. Roma imparatorları bu şehirde oturmaya başladı. Fatih Sultan Mehmet'in Bizans'ı fethine kadar ve ondan sonra da bu şehir uygarlık, kültür ve din merkezi oldu.

395 yılında Romanın Batı ve Doğu Roma olarak ikiye ayrılmasından sonra Doğu Roma imparatorluğuna Bizans imparatorluğu da denmektedir. Bu topraklarda, bilhassa İstanbul'da bu devletin hüküm sürdüğü asırlarda Roma Hukuku yürürlükteki hukuktu. Mahkemeler bu hukuku uyguladıkları gibi, o dönemin en önemli hukuk okullarından biri de Constantinopolis'teydi. Bu okullarda Roma Hukuku öğretiliyor ve bilimsel çalışmalara konu teşkil ediyordu. Nihayet *Corpus Iuris Civilis* adı verilen ve Roma Hukukunun modern milli kanunları etkilemesine sebep olan, hukuk tarihinin en önemli kanunlaştırma hareketi imparator Iustinianus tarafından İstanbul'da gerçekleştirilmişti. Bu kanunname olmasa Roma hukuku sonraki yüzyıllara intikal etmez, Roma Hukukunun önemi anlaşılmazdı. Bu yönden İstanbul'un Roma Hukukunun Avrupa hukuklarını etkilemesi yönünden önemi büyüktür. Bu sebeplerle, İstanbul dünya Hukuk tarihinde ilginç bir yer işgal etmiştir.

Eskiçağ, cermen kavimlerinin 476'da işgalleri sonucu, batı Roma imparatorluğunun çöküşüyle sona erdi. Fakat bıraktığı hukuk mirası, Ortaçağ hukukçuları tarafından bir araya getirildi, düzenlendi ve zenginleştirildi[4].

Bizans dünyası da, Roma hukukunun mirasçılarından biri oldu. Bizans devleti ve ortodoks hıristiyanlık ile, Roma hukuku slav devletleri çevresine yayılmıştır[5].

2. Osmanlı Dönemi

Bu dönem Roma Hukuku ile Türkiye arasındaki ilişkilerin gevşediği bir dönemdir, çünkü Osmanlı devletinde İslam hukuku cariydi. Kaynakları tamamen farklı olan ve müslüman devletlerin birçoğunda hâkim olan İslam Hukuku, Roma Hukukundan çok farklıdır; Roma Hukuku laik nitelikte bir hukuktur, bu nedenle Roma Hukuku kurallarını farklı dönemlerde ve yine farklı ülkelerde uygulamak mümkün olmuştur.

Zaman zaman Roma Hukuku ile İslam Hukuku arasında bazı benzerlikler saptanmaktadır, bunlar genelde aynı ihtiyaçların aynı

4 Thireau J.-L., Introduction historique au droit, Paris, 2001, s. 16.

5 Gaudemet J., Les naissances du droit, 3e edition, Paris, 2001, s. 318, dn. 111.

müessese ve kavramları ortaya çıkarmasıyla açıklanabilir. Bununla beraber gerek Osmanlı devletinin gerekse Roma devletinin mahalli halkları hukuk anlayışında mümkün olduğu kadar serbest bırakmak eğiliminde olduğu bilinmektedir. Bu nedenle Roma Hukukundan kalma teamüllerin Osmanlı devletinde devam ettiği tahmin edilebilir. Meselâ Roma toprak sistemi ile Osmanlı toprak sistemi, yine iki devletteki vergi toplama usullerinde benzerlikler sezilmektedir. Bunun dışında *Hexabiblos* (altı kitap) veya «Kanunların El Kitabı» adlı 1345 yılında Harmanepulos adında bir hukukçu tarafından yazılan kitabın Bizans'ın yıkılmasından sonra da Rum halka uygulanmaya devam ettiği bilinmektedir.

Roma Hukuku ile İslam hukuku arasındaki etkileşimler ancak iki hukuku da iyi bilen hukukçuların çalışmasıyla ortaya çıkabilir.

3. Türkiye Cumhuriyeti Dönemi

Bu topraklarda Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra Roma Hukuku tekrar önem kazanmıştır, çünkü Mustafa Kemal Atatürk Türkiye'yi çağdaş uygarlık düzeyine çıkartmak için yaptığı bir dizi inkılâp hareketi çerçevesinde hukuk inkılâbına da gitmiş, bu bağlamda fertler arasındaki ilişkileri düzenleyen medeni hukuk alanında devrimi, İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunlarını iktibas etmek, Türkiye'de yürürlüğe sokmakla gerçekleştirmiştir. Bu kanunla "hukuk için toplum" yaratılmak istenmiştir. Başka bir deyişle, çağdaş kültür ve hukuku temsil eden bir kanun benimsenmiş, toplumu bu kanunun esprisi içinde eğitmek, topluma bu hukuka göre yön vermek ve yetiştirmek amaçlanmıştır. Hukukun diğer alanlarında iktibas edilen veya hazırlanan kanunlarda da aynı hedefe ulaşılmak istenmiştir. Zamanın Adliye vekili Mahmut Esat, Medeni Kanunun gerekçesinde "... muasır medeniyet almak ve benimsemek kararıyla yürüyen Türk milleti, muasır (çağdaş) medeniyeti kendisine değil, kendisi muasır medeniyetin icabatına her ne bahaya olursa olsun ayak uydurmak mecburiyetindedir. Yaşamak kararında olan bir millet için bu şarttır... Çünkü kanunlar dine müstenit (dayalı) olursa vicdan hürriyetini kabul mecburiyetinde bulunan devlette, muhtelif dinlere salik tebaası (inanan vatandaşları) için ayrı ayrı kanun yapmak icap eder. Bu hal asrı hazır devletinde şartı esasi olan (zamanımızın devletinde ana şart olan) siyasi, içtimai (toplumsal), milli vahdete (birliğe) külliyen (tamamen) münafidir (zıttır). Hatırlamak icap eder ki: Devlet yalnız tebası ile değil; ecnebilerle de temastadır. Bu taktirde onlar için de kapitülasyon namı altında ahkâmı istisnaiye (istisna hükümler) kabul etmek zarureti hasıl olur (gereği ortaya çıkar). Lozan muahedesi (antlaşması) ile ilga olunan

kapitülasyonların memleketimizde ipkası (kalması) için ecnebiler tarafından serdedilen esbabı mucibenin (gerekçenin) en mühim ciheti bu nokta olmuştur. Bundan başka Fatih Sultan Mehmet devrinden son zamanlara kadar gayrimüslim tebaa hakkında tatbik edilen ahkâmı istisnaiyeye (istisna hükümler) bilhassa bu dini vaziyet bais (sebep) olmuştur. Halbuki yeni Türk Kanunu Medeni lâyihasının ihzarı (hazırlanması) vesilesiyle memleketimizde mevcut ekalliyetler Lozan muahedesinin kendilerine kabul ettiği haklardan sarfınazar ettikleri (vazgeçtiklerini) Adliye Vekâletine bildirmişlerdir..."

İstanbul Üniversitesi eski Rektörlerinden ve uluslararası H. Öğ. Üyesi Cemil Bilsel, İst. Üniv.'nin tarihiyle ilgili kitabının ilk sayfalarında, "Üniversitemizin en uzak tarihi" başlığı altında ele aldığı bir paragrafta, mülteci Alman profesörlerinden olan Prof. Richard Honig'e atfen, Üniversite'nin kuruluş tarihinin 1 Mart 321 tarihinden başlatılmasına dair bir görüşe yer verir. Bu tarih, Büyük Konstantin'in, hukuk eğitiminin de verileceği, akademik hayata dair icraatıyla ilgilidir. Bu tez, tarihçilerle uygun bulunur ya da bulunmaz, o ayrı bir konudur; ama İstanbul'da Roma Hukuku derslerinin veriliyor olmasının, bu tarihi ve özel anlamını küçümsemek sanırım mümkün değildir,"[6]

İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunlarının iktibası ile Türkiye Kara Avrupası denilen hukuk sisteminin içine girmiş olmaktadır. Bunun temelinde ise esas itibariyle Roma Hukuku bulunmaktadır. Diğer Avrupa ülkeleri gibi İsviçre Hukuku, özellikle Borçlar hukuku olmak üzere Roma Hukukundan kaynaklanmıştır. Nitekim Roma Hukuku İsviçre'nin çeşitli kantonlarındaki hukuk fakültelerinde hukuk tarihi derslerinden biri (diğeri Cermen hukukudur) olarak okutulmaktadır. Bu durumda Medeni hukukumuzun tarihini bilmek, anlamak, öğrenmek istiyorsak Roma Hukukunu bilmemiz gerekmektedir. Roma Hukuku derslerinin ana gayesi, her şeyden önce bugün yaşamakta olan hukuk kurumlarının doğuşunu ve gelişmelerini ortaya koymak, başka bir deyişle günümüz hukuku ile bağlarını somut örnekler vermek suretiyle güncelleştirmektir.

---

6 Kaldı ki, 1874 yılında açılan ve bugünkü Galatasaray Lisesi binasında öğretim yapan Darülfünun-ı Sultanî döneminden itibaren hukuk öğretiminde Kamu Hukuku (Mösyö D'Hollis ve Mösyö Jakobi tarafından) ve Usul-i Hukukiyi-i Roma dersleri (Mösyö Gold tarafından) verilmiştir. Roma Hukuku derslerinin verilmesi (Mişon Efendi tarafından) erken Cumhuriyet döneminde de devam etmiştir (Bkz. [İstanbul Üniversitesi Kuruluş, Tarihçe, Teşkilat ve Öğretim Üyeleri), Cilt I (1453-1981), [İstanbul Üniversitesi Yayını], İstanbul, 1983, s.15 ve s.23. Tarhanlı T., Profesör Belgin Erdoğmuş Bir Romanist, Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan, İstanbul, 2011, s.4 ve s.4, dn. 2).

Roma Hukuku eğitiminin önemli bir sebebi de, Avrupa kültür birliğinin oluşumunda oynadığı roldür.

Batı Avrupa, kıtada yaşayan çeşitli devletlerin arasındaki farklara rağmen, kültürü bakımından bir birlik manzarası sunar ve "Avrupa Uygarlığı" dünyanın, eski ve yeni diğer uygarlıklardan farklı nitelikler taşır. Avrupa Birliğini oluşturan unsurlardan biriside, Roma Hukuku'dur. Batı Avrupa'nın her yerinde rağbet görmesinin sebebi, sadece mükemmelliğinde değil, Roma imparatorluğunun bu ülkeler üzerinde oynadığı rolde aranmalıdır. Eğer Roma Hukuku olmasaydı, Bologna'daki Glossator'ların mektebine akın eden öğrenciler ona bu kadar iltifat etmezlerdi.(Koschaker)

Batı Avrupa ülkeleri, Roma Hukukunu, hukuk düzenlemeleri oranında en iyisi olduğu için seçerek, benimsemiş değildiler. Onlar, kendi topluluklarının -aynı zamanda mükemmel olan- hukukunu adetâ zorunlu olarak iktibas ediyorlardı. Türkiye, bu birliğe girmekle, o hukuk sistemini benimseyerek, aynı ilgiyi göstermekten başka bir şey yapamazdı.[7]

Roma Hukukunun önemli bir parçasını teşkil ettiği Roma tarihi, aynı zamanda insanlık tarihidir. Bu tarihin önemli unsurları Türkiye'dedir. Ankara'daki Ankara anıtı *(monumentum Ancyranum),* Antakya'daki *monumentum Antiochenum,* Ayasofya ve sayısız birçok eser ve anıt Roma ile Türkiye'nin bağlarının sanıldığından daha derin olduğunu göstermektedir. Ancak bir hukukçu için hayranlık uyandıran, çekiciliğini hiç yitirmeyen nokta *Corpus Iuris Civilis* gibi gerek insanlık tarihinin gerekse hukuk tarihinin baş yapıtlarından biri olan kanunnamenin İstanbul'da yapılışı ve bu topraklarda uygulanışıdır.

7 Umur Z., Roma Hukuku, 1974, İstanbul, s. 321-322.

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHİ GİRİŞ

§ 1. Roma Devletinin Siyasi Devirleri

Romanın siyasi tarihi bugünkü İtalya Cumhuriyeti'nin başkenti olan Roma şehrinin kuruluşu ile başlamaktadır. Efsanelere göre M.Ö. 754-753 yıllarında gerçekleşen bu kuruluşa Romalılar özel bir önem vermişler ve bunu tarihlerine başlangıç saymışlardır[1]. Kendileri için mühim olan olaylara şehrin kuruluşu itibarıyla *(ab urbe condita)* tarih vermişlerdir[2].

Tiber nehri dolaylarında küçük bir şehir devleti olarak kurulan Roma, o zamanki adı Constantinopolis olan İstanbul'un Fatih Sultan Mehmet tarafından fethedildiği tarih olan 1453 yılına kadar uzanan iki bin iki yüz yıllık zaman içinde büyüyerek bir imparatorluk haline gelmiştir. Bu gelişmede dikkat çeken nokta, büyümenin organik bir şekilde yürüdüğüdür. Gelişmesi uzun bir zaman sürecine yayılan Roma devletinde aşağıda görüleceği üzere farklı rejimler hüküm sürmüştür, ancak bir rejimden diğerine geçiş toplumsal çalkantılara rağmen ani,

---

1 Aslında Roma devletinin kurulduğu topraklarda daha önce başka medeniyetlerin mevcut olduğu çeşitli buluntulardan anlaşılmaktadır. Tiber nehri ve civarı, çok verimli toprakları ve ulaşım imkânları ile çeşitli toplulukların yerleşim alanı olmuştur. Daha bronz devrinde bu topraklarda insanların devamlı yaşadıkları tespit edilmiştir.

2 Roma'da tarih Milat civarında yazılmaya başlanmıştır. Efsanelerin gerçek tarihe baskın olduğu kitaplarda Romanın, Truvalı Aeneas'ın torunlarından biri olduğu ileri sürülen Romulus tarafından kurulduğu belirtilmektedir. Efsaneye göre Truva harbinden sonra (Truva, Çanakkale'nin Hisarlık köyü yakınlarında kuruluydu) yaklaşık olarak M.Ö. 1100 yıllarında Aeneas, tahrip edilmiş Truva'yı terk ederek yanındakilerle İtalya'ya gelmiş ve Alba Longa şehrini kurmuştur. Daha sonra ise Aeneas'ın soyundan gelen Romulus, Romanın kurucusu olmuştur. Fustel de Coulanges N D., Der antike Staat, Kult, Recht und Institutionen Griechenlands und Roms, Fransızca (La Cité antique) aslından çeviren Ingrid – Maria Kleft auf der – Grundlage der Übersetzung von Paul Weiss München 1988, s.190, s.473.

şiddetli, toplumu kökünden sarsan ihtilal veya devrimler yoluyla olmamış, âdeta evrim içinde, geleneklere mümkün olduğu kadar bağlı kalınarak gerçekleşmiştir. Buna rağmen tarihe, geriye bakan bilim adamları bazı karakteristik olguları dikkate almak suretiyle Roma siyasi tarihini dört itibari döneme ayırmaktadır:

I. Krallık Devri *(Regnum)*

II. Cumhuriyet Devri *(Res Publica)*

III. İlk İmparatorluk Devri *(Principatus)*

IV. Son İmparatorluk Devri *(Dominatus)*

Bu dört dönemin hepsi rejime niteliğini veren kendisine has özellikler gösterir, ancak ilk üç devrin birbirine benzeyen yönleri vardır. Üç organ: *magistra, senatus* ve halk meclisleri ilk üç rejimde her zaman mevcuttur ve bu organlar arasındaki ilişkiler rejime karakterini verir. Son dönem olan *Dominatus* ise tamamen mutlakiyete dayanan, Roma ruhunun ikinci plana itildiği bir yönetim biçimini ifade eder. Bu nedenle de birçok hukukçu ve tarihçi bu dönemi özellikle *Corpus Iuris Civilis* adlı eseri meydana getirmek suretiyle klasik Roma ruhunu tekrar yaşatmak isteyen Iustinianus'un ölümünden (565) itibaren olmak üzere Bizans devri olarak ele almaktadır.

Ayrı ayrı incelenecek bu devirlerden önce, Eski Çağın hür devleti olan *Civitas*'ı (yunancası *polis*), açıklamak gerekir: *Civitas*; bir şehir sınırları içindeki ortak hayatta, örgütlenmiş, hukuken hür insanlardan kurulu devlettir. Bu, ilk demokratik ve hür devlettir.

Civitas'ın amacı, kendisinden önceki hür kişilerden kurulu topluluklarda, aile *(familia)*, kabile ve aşirette *(gens, tribus)* olduğu gibi; 1) içeride, toplu şekilde kurallara uygun yaşamak, 2) dışarıya karşı, gereğinde kendini savunmaktır.

Devletlerin ilk ve esas amaçları, modern dünyada da, aynıdır.

Civitas kendine özgü bir kuruluştur ve bu topluluğun iki niteliği vardır;

1) Devleti oluşturan, kişilerin hepsi, devlet hayatına doğrudan doğruya katılırlar. Eğer kişiler devlet hayatına katılmıyorlarsa, o insan topluluğu *civitas* değildir.

2) Bu katılış, ancak hukukî bir örgütlenme ile olabilir. Hukukî örgütlenme üç unsurun dengesidir: a) Bir veya birkaç başkan, reis,

(magistratus), b) bir danışma heyeti *(senatus)*, c) tüm kişilerin katıldığı halk meclisi *(comitia)*.

Dolayısıyla, toplu halde yaşayan her insan grubu, bir *civitas* yani devlet değildir. Mesela, Romalılar tarafından istila ve tahrip edilmiş *Capua* şehri halkı toplu bir şekilde yaşamaya devam ettiği halde, *Senatus*'ları, *Comitia*'ları, *Magistra*'ları olmadığı için bir *civitas* olarak kabul edilmemekteydi.

Bu üç organın düzenli ve uyumlu çalıştığı devirler, ilk üç devirdir. En mükemmeli, Cumhuriyet denilen *Respublica*, yani ikinci siyasal devirdir[3].

I. KRALLIK DEVRİ (M.Ö. 753-510)

Birçok devlette olduğu gibi Roma'nın da kuruluşu efsanelere dayanmaktadır. Fakat efsaneler de, siyasal olaylardır[4].

İlk devirlerde Romanın krallar tarafından yönetildiği tarihçiler tarafından kabul edilmektedir. Roma kralı *(rex)*[5] politik, dinî, askerî ve yargı güçlerini kendisinde toplamış olan, Roma devletini mutlakiyetle yöneten kişiydi. Romanın tek *magistra*'sı olarak hayatı boyunca görev yapardı. Kral, kural olarak kendisinden sonra devleti yönetmesini istediği kişiyi ölümünden önce belirtirdi. *Gens* adı verilen kabilelerin ve *pater familias* denilen aile reislerinin arasından kralın belirlediği kişiler, kralın danışma organı olarak görev yapan *senatus*'u oluştururdu. Danışma kurulu görevinin yanısıra *senatus,* kralın kendisinden sonra gelecek kralı göstermeden ölmesi halinde bu boşluğu bir süre doldurmaktaydı; *senatus* üyeleri yeni kral belirleninceye kadar muntazam aralıklarla *interrex* (aradaki kral) olarak görev yapardı.

O tarihlerde Roma, Latin ırkından gelen, esas itibarıyla tarım ve hayvancılıkla uğraşan, nüfusu 10-12 bin kadar olan küçük bir şehir devletiydi *(civitas)*. Daha ziyade Etrüsk kökenli asil aileler Romanın siyasal ve dinî hayatını ellerinde tutmaktaydı[6]. *Populus Romanus,*

---

3 Umur, Roma Hukuku, Ders Notları, İstanbul, 1987, s. 7-8.

4 Carbasse, Introduction historique au droit, 3e édition, 2001, Paris, s. 22.
İnsanlar basit şekilde açıklayamadıkları büyük işleri, insan üstü varlıklara atfederek, onlar tarafından ve bir anda meydana getirildiklerine inanırlar. (Umur, Ders Notları, s.9.).

5 Roma kenti isminin, ilk krallardan, Romulus'tan (kentin kurucusu) geldiği düşünülmektedir.

6 Etrüsk'lerin kökeninin ne olduğu, Romalılarla ilişkilerinin nasıl ortaya çıktığı ve kaybolduğu konusunda sayısız teori ortaya atılmıştır. Etrüsklerin Önasya'dan İtalya'ya göç ettiklerinden bahsedilmektedir. Gerçekten ileri bir uygarlık düzeyine ulaşmış olan Etrüsklerin sanat alanında meydana getirdikleri eserler Doğu izlerini taşımaktadır. İtalya yarımadasında Etruria denilen bölgede hem askerî hem de kültürel yönden önemli bir devlet kuran Etrükskler M.Ö. VII. yüzyılda İtalya'ya kentleşmeyi

yani bir şehir devleti içinde örgütlenmiş Roma halkı siyasi hayata *comitia* denilen halk meclisi vasıtasıyla katılırdı. Bu meclis ekseriya dinî – merasimli görevleri yerine getirirdi.

Krallık devrinin hukuku yazılı olmayan örf ve âdetlerden oluştuğu için kralın veya meclislerin bu alana etkisi pek yoktu. Bu devrin özel hukuku, *pater familias* denilen aile reislerinin hâkimiyeti altında bulunan aile fertleri üzerindeki iktidarının ve aile reislerinin birbirleriyle olan nadir hukukî ilişkilerinin düzenlenmesini temel almıştır. Mal değiş tokuşları, trampaların çok az olduğu bu toplumda, ilişkiler çiftçilikle geçinen ev, aile *(domus)* çerçevesinde gelişiyor ve kuralı aile reisi *(pater familias)* koyuyordu.

II. CUMHURİYET DEVRİ (M.Ö. 510 – M.Ö. 27)

M.Ö. 510 yıllarında asillerin *(patricius* sınıfı) başlattığı bir hareketle kralın sınırsız iktidarına son verildi. Başta bulunan Etrüsk kökenli kralın devrilmesiyle monarşik, aristokratik ve demokratik unsurların bir arada görüldüğü yeni bir rejim kuruldu[7]. O zamandan itibaren; Cumhuriyetin resmî ideolojisi, krallığı, kamu özgürlükleri ile bağdaşmayan tiranik (keyfi, zorba) bir siyasal kurum olarak kabul edecektir[8]. Batı siyaset bilimcilerine göre yeni kurulan rejimin önceleri eski rejimden pek farkı yoktu. Politik hayata yine *patricius*'lar hâkimdi. Ancak giderek demokratik unsurların etkisi artmış, nihayet M.Ö. VI. yüzyılda günümüzün cumhuriyet idaresine yaklaşan bir sistem yerleşmiştir.

Romayı bir yüzyıl kadar idare eden Etrüsk krallarına karşı yapılan darbe, son kral Tarquinius Suberbus'un (kibirli Tarquinius) keyfi ve

---

getiren kavimdir. Roma'yı uzun süre egemenliklerinde tuttukları bilinmektedir. Nitekim Romanın son kralları Etrüsk adları taşımaktadır. Yine Roma'da *patricius* denilen asil sınıfa mensup ailelerin adları Etrüsk adları gibi iki isimden oluşmaktadır. Roma halkının ayrıldığı idari bölgeleri belirten *tribus*'ların en eskileri Etrüsk diline göre adlandırılmıştır. M.Ö. III. yüzyılda İtalya'daki diğer ırklarla karışan Etrüskler hem Latinceyi hem de Roma sanatı ve şehirciliğini büyük ölçüde etkilemişlerdir. Bkz. Kunkel W. Römische Rechtsgeschichte, 4. erweiterte Auflage Köln 1964, s.2; Siber H., Römische Rechtsgeschichte, erster Band 2. unveränderte Auflage, Darmstadt 1968, s.7 – 8; Schwind F., Römisches Privatrecht Wien 1950, s.9 vd.

7 Hausmaninger H. – Selb W. Römisches Privatrecht, 8. verbesserte Auflage, Wien 1997, s.33. Bu devire, bir çeşit rejimi ifade eden bir kelime ile "Cumhuriyet" diyoruz. Halbuki Romalıların kullandıkları *"Respublica"* terimi kamu malı, "kamuya ilişkin görev ve menfaatlerin toplamı", yani "devlet" demekti. Monarşinin zıddı olan rejimi göstermesi, çok sonraki zamanlarda olmuştur. *Respublica*'yı bugünkü anlamı ile ilk kullanan Montesquieu (1689-1755) oldu: Despotik idarenin zıddına, halkın kendi kendisini idare etmek hakimiyetine sahip olması. Bizde de, XIX. yüzyılda, Şinasi Efendi, bunu "Cumhuriyet" diye tercüme ederek kullanmıştır (Cumhur = halk). Romalılara göre ise, önceki krallıkla *Respublica* arasındaki en büyük fark, *magistra*'ların çokluğu ve görevlerinin süreli olmasıdır. (Umur, Ders Notları, s. 13).

8 Carbasse, s. 22.

zorba idaresine son vermeyi hedeflemekle birlikte sosyo-ekonomik yapıdaki değişmelerle güçlenen ve sesi yükselen *Pleb* sınıfı karşısında *patricius* sınıfının sahip olduğu imtiyazları kaybetme endişesiyle de yapılmış olabilir. Aslında bu darbeyle yapılan şey monarşik bir idareyi asillerin egemen olduğu oligarşik bir yönetim biçimine döndürmekti. Özellikle son kralların *patricius* sınıfı dışında kalan halka da *patricius* sınıfına özgü hakları tanımak istemelerinin, krallığın yıkılmasında rol oynamış olduğu ileri sürülmektedir.

Siyaset bilimcileri tarafından Cumhuriyet şeklinde adlandırılan bu yeni rejimde devlet yapısında büyük bir değişiklik görülmemiştir. *Senatus* ve halk meclisleri muhafaza edildiği gibi kralın *imperium*[9] denilen iktidarı *consul* (Cumhuriyet devrinde Devlet başkanı) denilen *magistra*'ya geçmiş, ancak bu emretme yetkisi bir yıllık süre ile sınırlandırılmıştır. Başlangıçta *consul*'ün tek oluşu, anlayışta pek büyük bir değişiklik olmadığını göstermektedir. Yukarıda belirttiğimiz üç temel organ ve bunlar arasındaki ilişkiler Cumhuriyet rejiminin karakterini belirler.

1. Magistra

Magistra'lar devletin icra organı olarak faaliyet gösteren, halk meclislerinin seçimiyle, bir yıl için göreve getirilen yüksek derecedeki görevlilerdir. Şehir devletinin *(civitas)* idaresiyle yükümlüdürler. Cicero[10] *magistra*'nın konuşan kanun olduğu söylemektedir. Kanunun, sessiz magistra olması gibi (De Legibus, III, 1[11]). Ancak hemen belirtilmelidir ki, *magistra* günümüzdeki anlamıyla memur değildir. *Magistra*'nın makamı bir şeref makamıydı ve *magistra* yaptığı iş için ücret almaz, görevinin gerektirdiği masrafların çoğunu kendisi yapardı[12]. Bu nedenle *pleb*'lerin *magistra* olmaları kolay değildir. *Magistra'nın* klasik anlamda memur sayılamayacağı onun geçici süreyle işbaşına gelmesinden de anlaşılmaktadır. *Magistra*'nın Cumhuriyet devrinin sonlarına kadar genellikle bir yıl için tayin edilmesi ve üst üste görev yapamaması, krallık rejimine bir tepki olarak nitelendirilebilir. Yine kural olarak her makamda aynı yetkilere sahip iki *magistra* bulunurdu. Bunların yetkileri birbirine eşittir. Diğer bir ifadeyle bir ma-

---

9 En üstün kumanda etmek yetkisi. Maiyetindeki kişilere emretme ve yerine getirilmesi için gerekli tüm tedbirleri alma yetkisi.

10 Siyaset adamı ve hatip (M.Ö. 106-43). Eserlerindeki üslûp, Latincenin en iyi kullanıldığı örnekler olarak gösterilir.

11 Mouchette – Ladjili, J., Histore Juridigue de la Mediterranée Droit Romain, Droit Musulman, Tunis, 1990, s.494.

12 Bununla birlikte *magistra'nın* hizmetinde bulunan görevliler maaş alırlardı.

kamın verdiği yetkilerin tümüne *magistra*'nın her birisi sahipti. Ancak bunlar arasında bir işbölümü yapılırdı. *Magistra*'ların birbirlerinin kararlarını veto etmek *(intercessio)* yetkisi bulunmaktaydı. Önemli işlerde *magistra*'lar birbirlerine danışırlardı. Roma *magistra*'ları arasında hiyerarşik bir düzen, mertebe silsilesi alt-üst münasebeti bulunduğundan, üst seviyede bir *magistra* alt düzeydeki bir *magistra'* nın aldığı kararı yasaklayabilirdi *(prohibitio)*.

Her şeyden önce politik bir makam olan *magistra*'lıklara önem sırasına göre en alttaki *magistra*'lıktan başlanır en yüksek *magistra*'lık olan *consul* makamına gelmek için çaba gösterilirdi[13].

Bu şekilde *magistra*'lık makamının, genel nitelikleri, dört tanedir. Birincisi, her görevde, birden fazla magistra vardır. Genellikle iki *magistra* görevdedir, dolayısıyla ekseriyet mümkün değildir. Her *magistra*'nın görev ve yetkisi diğerinin aynıdır. Bunların çalışma tarzları bugünkü anlayıştan farklıdır. Bugün, aynı işte birkaç kişi çalışıyorsa, aralarında müzakere ve ekseriyet usulü uygulanır. Veyahut aynı düzeydeki kişilerin, meselâ bakanlar gibi, bağımsız faaliyet alanları vardır. İkincisi, görevin geçici, genellikle bir yıl olmasıdır. (Yalnız, *Censor*, özelliği dolayısıyla, beş yılda bir seçilir, onsekiz ay görev yapardı). Görev yılı bitince, yetkileri kendiliğinden sona erer. Üçüncüsü, görevin geçici olmasının sonucu, görev sona erince, kanunlara aykırı hareket etmişse, *Senatus*'a karşı sorumlu tutulmasıdır. Son olarak da, ücret alınmamasıdır.

Roma *magistra*'larının daha *magistra*'lığa gelmeden önce toplumda saygınlık kazanmış kişiler oldukları görülmektedir. Başka bir deyişle toplumun *magistra* olan kişi hakkındaki kanaati olumludur. Bu nedenle *magistra*'lığın verdiği büyük yetkilerin, otoritenin kötüye kullanılmayacağı fikri hâkimdir. *Patricius-pleb* sınıf mücadelesi bittikten sonra, hukuken, kağıt üzerinde her saygın Romalının *magistra* olma yolu ilke olarak açıktı. Ancak gerçeğin böyle olmadığı bellidir; hem Cumhuriyet hem de İlk İmparatorluk devrinde itibarlı, nüfuzlu kişilere *magistra*'lık tevdi ediliyordu. Tatbikatta sıradan bir Roma vatandaşının *magistra* olması mümkün değildi. Sadece *senatus* ve süvari sınıfına

---

[13] Umur Z., Ders Notları, s. 6, 14-15. *Magistra*'lar kendi içinde *imperium*'a sahip *magistra*'lar *(magistratus cum imperio)* ve *imperium*'u bulunmayan, sadece *potestas*'ı olan *magistra*'lar *(magistratus cum potestate)* olarak ayrılırdı. *Imperium*'u olan *magistra*'lar *consul, praetor, dictator magistra*'lığın verdiği tüm yetkilere sahipti. Buna karşılık *censor, aedilis curulis ve quaestor*'ların yetkileri sınırlıydı. Sadece *potestas'ı* olan *magistra*'lar, *imperium*'u olan *magistra*'ların altında yer alır, meclisleri toplantıya çağıramaz, orduya komuta edemezdi. Bkz. Umur Z., Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983, *potestas* ve *magistratus;* Schwind, s.2.

mensup kişiler, yani belli bir zenginliğe sahip Romalılar devlet hizmeti için akla gelebiliyordu. Bunu kırmak adetâ imkânsızdı. Ailesi içinde daha önce *magistra*'lık yapmış olanların seçilme şansı daha fazlaydı.

2. Cumhuriyet Devrinin Magistraları

Krallık idaresi yıkıldıktan sonra devletin işlerini görmek, kralda toplanmış yetkileri kullanmak üzere birçok *magistra*'lığın ihdas edildiği görülmektedir. Ancak bu hemen olmamış, krallığa son verilmesini takiben önce *consul*'lük makamı daha sonra, zaman içinde diğer *magistra*'lıklar ortaya çıkmıştır.

Magistra'ların bir kısmı, devlet iktidarını fiilen kullanma yetkisini ifade eden *Imperium*'a sahiptir. *Imperium* orduya komuta etmek, buna bağlı olarak, vatandaşları askere çağırmak, düzeni sağlamak için emir ve ceza verebilmek, bunların yanında, halk meclislerini toplantıya çağırmak, kanun teklif etmek yetkileridir. Bütün *magistraların* değil, *Consul*, *praetor* ve *dictator*'un *Imperium*'u vardır. [14]

Bu şekilde Imperium, son derece güçlü hem askerî, hem idarî, hukukî ve zorlayıcı bir iktidardır. [15] *Imperium'u* olan *magistra*'lara tanınmış genel yetkiler şu şekilde sıralanabilir.

- *Senatus*'u toplantıya çağırmak yetkisi *(ius agendi cum senatu)*

- Halk meclisini toplantıya çağırmak yetkisi *(ius agendi cum populo)*

- Beyanname neşretmek yetkisi *(ius edicendi)*

- Emirlere karşı gelenleri cezalandırmak yetkisi *(coercitio)*

Magistra'nın hukukî ve cezaî sorumluluğu ancak görev süresinin bitiminden sonra gündeme gelebilirdi.

Consul

Yukarıda değindiğimiz Cumhuriyet idaresindeki monarşik unsur, özelllikle *consul* adlı *magistra*'da ifadesini bulur. Krallık rejiminin devrilmesinden bir müddet sonra Roma devletinde iki *consul*'un görev yaptığını görüyoruz. İktidarlarının kalıcılığını önlemek için görev süreleri bir sene ile sınırlandırılmıştı.

Comitia centuriata adlı halk meclisi tarafından seçilen *consul*'ler *imperium* (emretme, devlet adına kararlar alarak icra etme, devlet

[14] Umur, Z. Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1983, Imperium.
[15] Mouchette- Ladjili, s.501.

gücünü kullanma) yetkisine sahip olarak devletin işlerini yürütürdü[16]. Bu yetkiler orduya komuta etmek gibi askeri işler, devleti yönetmek, *praetor*'luk ihdas edilinceye kadar yargı işlerine bakmak, halk meclisleri ve *senatus*'u toplantıya çağırmak ve toplantılara başkanlık etmek, kanun tasarılarını meclise arz etmek şeklinde özetlenebilir.

Cumhuriyet devrinin ilk yıllarında *consul*'ler *patricius* sınıfından seçiliyordu. M.Ö. 367 yılından itibaren *pleb*'lerin de *consul* olabileceği kabul edildikten sonra M.Ö. 342 yılından itibaren *consul*'lerden birinin *Pleb* sınıfından geldiği görülmektedir.

Özellikle *praetor* ve *censor* adını taşıyan yeni *magistra*'lıkların kabulü, daha önce, *consul*'de toplanmış yetkilerin bazılarının bu yeni *magistra*'lara geçmesi sonucunu doğurmuştu. Bu yeni düzenlemenin sebebi, *consul*'lerin yükünü azaltmak olmakla beraber yetkilerin dağılması, Cumhuriyet idaresinde monarşik unsurun gerilemesini de sağlamıştır.

Dictator

Bu *magistra* istisnai zamanlarda görev yapardı. Halk meclisi (comitia) tarafından seçilmez. Roma'yı tehdit eden iç ve dış tehlikelerde, kriz zamanlarında *consul*'lerden biri diğerini *dictator* tayin ederdi. Altı ayı geçmeyecek şekilde görev yapan *dictator* kendisini tayin eden *consul*'un görev süresinin bitmesiyle bu sıfatını kaybederdi. Cumhuriyet devri sonlarında, uygulamadan kalkmıştır. Ancak, terim, yüzyıllar sonra, tamamen zıt bir anlam kazanmış, XVIII. Yüzyıldan itibaren ve özellikle Fransız ihtilâlinden itibaren, despotizm ve tiran'lıkları, yani bir kişinin veya partinin keyfî şekilde ve terörle toplumu yönetmek için ikdidarı gasp etmesini, ifade etmiştir. Auguste Comte ve Karl Marx, burjuvazi ve proletarya diktatörlüğünden söz ettikleri zaman, bu roma örneğinden esinlendiklerini bilmek, gerekir[17]. Görevi sırasında askerî yetkiler başta olmak üzere idarî ve yargı yetkileri de

---

[16] *Imperium* ile donatılmış olan *magistra*'ların yetkileri Roma dışında sınırsızdı. Romada ise verdikleri ağır cezalar dolayısıyla sadece halk meclislerine başvurma halinde kararlarının haklılığı inceleniyordu. Bunun dışında ne halk meclislerine ne *senatus*'a karşı sorumlu oluyorlardı. Ancak her makamda iki *magistra* olduğundan, biri diğerinin kararını veto edince, bu kararı uygulamak mümkün olmuyordu. Yine çok önemli işlerde *magistra*'ların birbirlerine danışmaları veya *senatus*'u toplantıya çağırmak suretiyle görüş almaları olağandı. *Magistra*'lar devlet hazinesinden harcama yapmışlarsa, görev bitiminden sonra bunun hesabını vermek zorundaydılar.

[17] (Mouchette Ladjili, s. 496 ve s. 496 dn. 13)

dictator tarafından kullanılırdı. *Dictator*'un yaptığı işleri, aldığı kararları diğer *consul* veto edemezdi[18].

Praetor

Praetor, consul'den sonra gelen en önemli *magistra*'dır. Bu *magistra*'lık M.Ö. 367 yılında *Liciniae Sextiae* adlı kanunlarla ihdas edilmişti. Amaç, yoğun devlet işleriyle meşgul olan, sık sık orduyla birlikte Roma'dan uzakta kalan *consul*'lerin işlerini azaltmak, onların yokluğunda aksayan hukuk düzeniyle ilgili meselelerle uğraşmaktı. *Praetor*'un gelişinden sonra *consul*'lerin elinde sadece ceza davalarıyla ilgili görev ve yetki kaldı, fertler arasındaki özel hukuk ihtilaflarına ise *praetor* bakmaya başladı.

Önceleri tek olan *praetor*, genel eğilime uygun olarak M.Ö. 242 yılında ikiye çıkarıldı[19]. Bu tarihten itibaren *praetor*'lardan biri şehir *praetor'u (praetor urbanus)* sıfatıyla Romalılar arasındaki hukukî ihtilaflara bakarken yabancılar *praetor*'u *(praetor peregrinus)* farklı kavimlere mensup yabancılar *(peregrini)* ve Romalılar ile yabancılar arasındaki hukukî ihtilaflarla ilgileniyordu. *Praetor urbanus* kural olarak şehirden ayrılamazdı.

Praetor'luk makamının kurulmasıyla devletin yürütme (icra) erkini kullanan makam *(consul)* ile yargı erkini kullanan makam *(praetor)* birbirinden ayrılmış oluyordu.

Halk meclisi tarafından seçilen *praetor* da *consul* gibi *imperium* yetkisine sahipti. Bu yetkiye dayanarak *praetor* Roma Hukukunun gelişmesinde en önemli öğelerden biri olmuştur. *Praetor*'un Roma Hukukunun gelişmesindeki büyük katkısı ileride geniş olarak açıklanacaktır.

Censor

Censor'lar M.Ö. 443 yılından itibaren iki kişi olarak görev yapan, Roma sosyal hayatında etkili olacak tarzda icraatta bulunan *magistra*'lardır. Bunlar Roma toplumunun malî ve ahlâkî yaşayışını denetlerlerdi. Beş yılda bir seçilen *censor*'ların yaptıkları nüfus sayımı

---

[18] Umur, Ders Notları, s.16.
IV. yüzyıldaki savaşlarda ve III. yüzyılın Pön savaşlarında sık sık, bu magistralığa başvurulmuştur. I. yüzyılın *dictator*'ları ise, tamamen kural dışıdır.
(Aynı faraziye, halen yürürlükteki, 1958 Fransız Anayasası'nın 16. maddesinde öngörülmüştür) (Carbasse, s. 25, dn. 1).

[19] Daha sonraları *praetor*'ların sayıları giderek arttı. Caesar zamanında onaltı, *Principatus* devrinde ise onsekiz *praetor* vardı. Bunlar yine halk meclisi tarafından seçiliyor, fakat görev ve yetki alanları kura ile belirleniyordu. Umur, Ders Notları, s.22.

(census) sırasında vatandaşlara verdikleri kötü not *(nota censoria)* o vatandaşın toplumdaki itibarının azalmasına, şerefsizliğine sebep oluyordu. *Censor*'lar ayrıca alınacak vergiye esas olmak üzere Roma vatandaşlarının malvarlıklarını saptamaktaydılar. İlerleyen yıllarda *censor*'lara *senatus* üyelerinin listesini hazırlamak görevi de verildi. *Censor*'lar, census (Roma'da her beş yılda veya dört yılda bir yapılan ve vatandaşların durumunu tespit eden bir tür nüfus istatistik cetvelleri, halkı, askerî, iktisadî, siyasî, idarî ve ahlâkî bakımlardan sınıflandıran listeleri) işlerini on sekiz aylık sürede bitirmek mecburiyetindeydiler. Aile reisleri nüfus sayımı sırasında bu *magistra*'lara ailesinin sosyal durumunu, servetini ve kendisine ait bu malvarlığının nasıl elde edildiğini açıklamak zorundaydı[20]. *Censor*, kamu görevlisi olarak kentin yollarının, köprülerinin, binalarının bakımını sağlamakla da yükümlüdür[21].

Tribunus Plebis

Pleb tribunus'luğu Cumhuriyetin ilk asırları boyunca sürmüş olan *patricius-pleb* sınıflarının mücadelesi sonunda ortaya çıkmış bir *magistra*'lıktı. *Pleb*'lerin sözcüsü sıfatıyla görev yapan bu *magistra*'lık makamına her yıl *Pleb* meclisi *(concilia plebis)* tarafından iki *tribunus* seçilirdi. *Pleb'leri patricius*'ların keyfi davranışlarına karşı korumak amacıyla getirilmiş olan bu *tribunus*'luk *imperium*'u bulunmamasına rağmen temsil ettiği *pleb* sınıfının menfaatlerine aykırı bir iş yapıldığını görürse veto (= yasak ediyorum) hakkını kullanarak bunu engelleyebilirdi. İktidarı, esas olarak, olumsuzdur: Genel olarak bir tür "engel olmak" iktidarıdır[22]. *Tribunus plebis'in* dokunulmazlığı vardı ve bunlara yapılacak tecavüzler ölümle cezalandırılırdı[23].

Quaestor

Bunların görevi; malî işleri, devlet hazinesini idare etmek vergi ve para cezalarını toplamak şeklinde özetlenebilir. *Consul*'lere yardımcı olan *quaestor*'ların cezaî işlerde de yetkileri mevcuttu[24].

---

20 Schwind, s.18; Siber, Röm. Rechtsgeschichte s.25; Hausmaninger – Selb, s.35 vd; Umur, Roma Hukuku Lügatı, *censor*; Umur, Ders Notları, s.20.

21 Eutropius, Roma Tarihinin Özeti, s. 281.

22 Carbasse, s. 23.

23 *Pleb tribunus*'u, sadece *censor*'un kararlarını veto edemezdi. Roma dışında *veto* hakkı yoktu. Veto yetkisi yanında vatandaşlara ölüm, para cezaları vermek, mallarına haciz uygulamak ve tutuklatmak hakkı *(ius pensionis)* gibi ceza ve disiplin yetkileri de mevcuttu. Schwind, s.19; Siber, Röm. Rechtsgeschichte, s.26.

24 *Quaestor*'lar başlangıçta *consul*'ler tarafından atanan, ona özellikle ceza işlerinde yardım eden memurlardı. Umur, Lügat, *quaestor*.

Aedilis Curulis

Cumhuriyet döneminde yine her yıl seçilen ve sayısı iki olan, *quaestor* ve *tribunus plebis*'ler gibi *imperium*'u bulunmayan bu *magistra*'lar, çarşı pazarda hukuk düzeninin sağlanması, alım satımların gözetimi ve Roma için erzak temini ile görevliydiler[25]. *Aedilis curulis*, kamu oyunlarının, sportif faaliyetlerin düzenlenmesinden de sorumlu kamu görevlisidir[26].

Cumhuriyet devrinin zirvelerinde, *magistra*'lıklar, hiyerarşik, astüst ilişkisi içindedir (buna *cursus honorum:* şeref makamları mesleği denmektedir). Üst *magistra*'lık makamlarına, alttaki görevlerde bulunmadan gelinemezdi. II. yüzyılda, *cursus honorum*, alttan yukarı şu şekilde sıralanmıştı: *Pleb tribunus*'u, *quaestor*, *aedilis curulis*, *praetor*, *consul*, *censor*[27].

3. Senatus

Krallık devrinden Cumhuriyet devrine intikal eden bir başka organ *senatus*'dur. Önceleri üye sayısı yüz civarında olan *senatus* Cumhuriyet rejiminde üç yüz kişiden oluşmaktaydı[28]. Cumhuriyet devrinin aristokratik unsurunu *senatus* temsil eder. *Senatus* üyelerinin çoğunluğu Cumhuriyet devrinde görev süresi bitmiş *magistra*'lardan meydana geliyordu[29]. *Magistra*'lar her yıl değiştiği halde, bunlar daha sonra *senatus* üyesi olduklarından *senatus,* devletin istikrarını sağlayan organdı. Devlet işlerini en yakından bilen ve takip etmiş kişilerin çekirdeğini oluşturduğu bu meclis, her yıl değişen *magistra*'lar karşısında bir devlette bulunması gereken devamlılık unsurunu gerçekleştiriyordu. Devlet tecrübesi olan kişilerden oluşan *senatus*'un itibarı bu nedenle çok büyüktü.

Senatus listesini başlangıçta *consul*'ler, daha sonra ise *censor*'lar hazırlardı. İlk zamanlarda *pleb*'lerin *senatus* azası olmaları mümkün değildi. Fakat *patricii-Pleb* mücadelesi sonunda, *pleb*'ler de tedricen *magistra*'lıklara gelme hakkını elde ettiler ve eski *magistra*'lar sıfatıyla *senatus*'a girmeye başladılar[30]. *Magistra* seçimini kazananlar çok defa *senatus* üyeliği yapmış ailelerden geldikleri ve görev süreleri

---

25 Umur, Ders Notları, s. 23.

26 Eutropius, s.281.

27 Carbasse, s. 24.

28 Bu sayı giderek artmıştır. Caesar (M.Ö. I.asır) zamanına kadar 600'e kadar çıkan *senatus* üyeleri sayısı, Caesar'ın kendi taraftarlarını *senatus'a* sokmasıyla iyice yükselmişti.

29 *Senatus* terimi, *senes*'ten (yaşlılar) gelmektedir.

30 Umur, Ders Notları, s.12,27; Schwind, s.21.

bitiminde *senatus* üyesi oldukları için *senatus*'a girmek âdeta irsî hale gelmiş, bu imtiyaz belli ailelerde toplanmıştır[31].

Senatus kararları *(senatus consultum'lar)* hukuken istişarî nitelikteydi, ancak *magistra*'lar önemli konuları *senatus*'a danıştıklarından *senatus*'un aldığı kararlar fiilen büyük otoriteye sahipti. Bu nedenle iç ve dış işlerde *senatus*'un etkisi önemlidir.

Danışma organı olmaya devam etmekle birlikte, Cumhuriyet devrinde, Roma devletinin dış siyaseti ve iç idaresini elinde tutan organdır. Geçici, süreli *magistra*'lara göre devamlıdır. *Magistra*'lar âdeta onun yürütme (icra) organı gibidir.

Özel hukuk davalarında, sadece senatörler, hâkim olabilir. Senato, ceza davalarında, en yetkili ve son yargı makamı oldu. [32] Senatus'un iktidarı, bir *auctoritas*'a bir otoriteye dayanır. Senatus, bu gücü vererek, halkın (meclisinin) kararına, kanun niteliği verir. Bu *auctoritas*, roma cumhuriyetinde, halkın (meclisinin) yanında, senatus'un yerini belirleyen ifadeyi oluşturur. "Senatus Populusque romanum" şeklindeki ifadede, Senatus ve Roma halkının Roma devletini temsil ettiği gösterilir.

Senatus; devletin geleneksel ve idarî yapısının korunmasına dikkat ederdi. Bu nedenle halk meclislerine gelen kanun tasarıları daha önceden *senatus*'ta görüşülür ve yine halk meclislerinin aldıkları kararlar geçerlilik yönünden incelenir, bunlar *auctoritas patrum* denilen tasdikle yürürlüğe girerdi. Ancak Cumhuriyet devri boyunca *senatus* gücünü halk meclisleri lehine olmak üzere giderek kaybetti, halk meclislerinin aldığı kararların *senatus* tarafından onayı formalite haline geldi[33] [34].

M.Ö. III. yüzyılda çıkarılan bir kanunla deniz ticaretiyle uğraşmaları ve vergi toplama şirketlerine katılmaları yasaklanan *senatus*

---

31 Bu imtiyazı aşanlardan biri de: M. Ö. I. yüzyılda yaşamış olan devlet adamı, hatip Cicero idi.

32 Imbert J. Le Droit Antique, 1961, Paris s. 65.

33 Mouchette – Ladjili, s.501.

34 *Senatus*'un yetkilerini sınırlı olarak saymak mümkün değildir. Devletin içte ve dışta kaderini ilgilendiren bütün işler *senatus*'da görüşülebiliyordu, ancak *senatus*'un özellikle dış işlerde büyük ağırlığı vardı. Savaş ve barış kararlarında mutlaka *senatus*'un görüşü alınırdı. Ordu komutanlarının düşmanla yaptığı ateşkes ve barış anlaşmalarının yürürlüğe girmesi *senatus*'un onayı ile olurdu. Yabancı devletlerin elçileri *senatus* tarafından kabul edilir ve teklifleri dinlenirdi. Bu tekliflerin kabulü *senatus*'un onayı ile mümkündü. Bir meseleyi *senatus'a* götüren *magistra*'nın, *senatus* kararına uyup uymaması kendi takdirine giren bir meseleydi. Fakat *magistra* görev süresi bitince *senatus* üyesi olabileceğinden, *senatus* ile ters düşmemeye dikkat ederdi. *Senatus* toplantısına başkanlık eden *magistra,* konuşmakta olan *senatus* üyesinin sözlerini konuyla ilgili olmasa bile, kesmezdi.

üyeleri gelirlerini toprağa yatırdıklarından büyük arazi sahipleri haline gelmişlerdi.

4. Roma Halkı (Populus Romanus) ve Halk Meclisleri

Daha Krallık devrinde Roma halkının *patricius*'lar ve *pleb*'ler olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir. Krallık döneminin sonlarında başlayan *patricii-Pleb* mücadelesi Cumhuriyetin ilk asırlarında büyük bir hızla devam etmiştir.

Patricius'lar Roma'nın soylu sınıfı olarak toprak mülkiyetine sahipti, Roma devletini kuran, Roma hukukunun vatandaşlara tanıdığı bütün haklardan tam olarak istifade eden üst sınıfı oluşturmaktaydı. Bunlar Roma hukukuna özgü muameleleri yapma *(ius commercii)*, evlenme *(ius conubii)* seçme *(ius suffragii)* ve *magistra*'lıklara seçilme *(ius honorum)* haklarına tam olarak sahiptiler. İlk zamanlarda ordu da sadece bunlardan oluşuyordu. Politik ve dini hayatın en önemli mevkileri *patricius*'ların elindeydi, *patricii* aileleri önemli *gens*'ler (kabileler) halinde örgütlenmişti. Savaşlara süvari olarak katılırlardı. Nüfus yönünden *patricius*'ların sayısı *Pleb*'e göre daha azdı.

Pleb'in kökeni ise tartışmalıdır. Bunlar muhtemelen Roma şehrinin etrafında toplanan - küçük çiftçi, sanatçı ve zenaatkârlardan oluşan, *patricius*'ların sahip olduğu hakların hepsine sahip olmayan bir sınıfı ifade etmekteydi. *Pleb*'lerin Roma'ya akraba olan kavimlerin Roma şehri civarına göç eden mensupları olduğu tahmin edilmektedir. *Pleb*'lerin çoğu *patricius*'lara ait topraklar üzerinde tarımla uğraşırlardı.

Patricii ve *pleb* sınıfı arasında yer alan *clientes* ise *patricius*'lara bağımlı, onlara hizmet veren ve onların himayesinden yararlanan bir grup insana verilen addır. Bunlar kısa bir süre sonra *pleb*'lere karışarak kimliklerini kaybetmişlerdir[35].

A. HALK MECLİSLERİ

Roma halkı devlet faaliyetine halk meclisleri *(comitia)* vasıtasıyla iştirak ederdi. Cumhuriyet rejimindeki demokratik unsuru meydana getiren meclisleri, *imperium* yetkisine sahip *magistra*'lar toplantıya çağırırdı. *Senatus* gibi *comitia*'lar da yalnızca kendi iradeleriyle toplanamazlardı.

---

[35] Bu sınıflar hakkında Bkz. Umur, Ders Notları s.11; Siber, Röm. Rechtsgeschichte, s.8; Schwind, s.7; Fustel de Coulanges, s.313 – 319.

Roma halkının, devletin belirli bir meselesini konuşma yaptığı toplantılarda *magistra* ve toplantıyı idare eden *magistra*'nın söz verdiği kişiler konuşurdu. Burada her zaman bir karara varılması söz konusu değildi. Buna karşılık Roma halkının karar verdiği, oy kullandığı toplantılara *comitia* denirdi. Meclisin gündemini meclisi toplayan *magistra* belirlerdi. Meclislerin toplantısı hava kararıncaya kadar devam ederdi. Karar verilecek toplantılarda konuşma ve müzakere usulü yoktu. Belirli bir düzene göre toplanan halk, *magistra*'nın kanun teklifi veya belirli bir görev için gösterilen adaylar hakkında olumlu ya da olumsuz oy kullanırdı.

Comitia curiata, Krallık döneminden Cumhuriyet dönemine intikal eden halk meclisiydi. Roma ordusu 30 *curia*'ya ayrılmıştı. Meclisin toplanması da Roma ordu düzenine göre olurdu. Yılda iki defa toplanan bu halk meclisi Cumhuriyet döneminde evlat edinme *(adrogatio)* ve mirasçı tayini gibi şekilci-merasimli ve toplumsal önemi olan muameleleri icra ederdi.

Comitia centuriata da askerî düzene göre toplanan halk meclisiydi. *Pleb*'lerin de katıldığı bu meclis *consul, praetor* ve *dictator* gibi *imperium*'u olan *magistra*'lar ve sayımın yapılması ile ilgili olmak üzere *censor* tarafından toplantıya çağırılırdı. Bu meclisin en önemli görevleri savaş veya barışa karar vermek, *consul, praetor* veya *censor*'ları seçmek, vatan hainliği suçlarından açılmış davalarda itiraz edilen kararları incelemek ve kanun yapmaktır.

Comitia tributa bütün Roma halkının toplanmasıyla oluşan meclisti. *Tribus* denilen idari bölge ayırımlarına göre toplanan ve oy verilen bu mecliste de yine asalet ve arazi zenginliği etkili olmaktaydı. *Comitia tributa, aedilis curulis, quaestor* gibi yetkileri daha dar olan *magistra*'ların seçiminde yetkiliydi ve kanun çıkarma gücüne de sahipti.

Concilia plebis sadece *Pleb* sınıfının katıldığı bir meclisti. *Patricii Pleb* mücadelesi sonunda kurulmuştu. Ekonomik ve siyasi yönden zayıf olan *Pleb* sınıfı bu meclis sayesinde *patricius*'lara karşı güç kazanmıştı. *Concilia plebis, tribunus plebis*'i seçer ve yine bu *magistra*'nın başkanlığında toplanırdı. Bu meclisin çıkardığı kanunlara *plebiscitum* denmekteydi. *Plebiscitum*'lar M.Ö. 286 yılında çıkarılan *lex Hortensia* ile hem *pleb*'lere hem de *patricius*'lara uygulanmaya başlandı. *Lex Hortensia, patricii-Pleb* mücadelesinde *pleb*'lerin zaferlerinden birini ifade eder[36].

[36] Meclisler hakkında bkz. Hausmaninger – Selb, s.37 – 39; Siber, Röm. Rechtsgeschichte, s.28-29; Karadeniz – Çelebican, s.23; Umur, Ders Notları., s.25 vd.

B. HALK MECLİSLERİNİN FAALİYET TARZI VE KANUNLAR

Halk meclislerinin faaliyetlerine yine bu meclislerin seçtiği *magistra*'ların hâkim olduğunu söylemek yanlış olmaz. *Patricii-Pleb*'in birlikte bulunduğu meclisleri toplantıya çağırmak hakkı *(ius agendi cum populo)* başta *consul* olmak üzere *imperium* yetkisine sahip *magistra*'lara tanınmıştı. Sadece *pleb*'lerin yer aldığı *concilia plebis*'i ise *Pleb tribunus*'u toplantıya davet ederdi. Meclislerin toplanmak ve karar almak hususunda inisiyatifleri mevcut değildi. Bütün toplantılar belli günlerde yapılırdı, yine her meclisin toplanma yeri ayrıydı. Bu toplantıların zamanı daha önce çağrıyı yapan *magistra* tarafından bildirilmeli ve gündemindeki konu da açıklanmalıydı.

Halk meclisleri arasında konu önemine göre paylaştırılmış kanun koyma faaliyetinin başlayabilmesi için *magistra*'nın bir kanun tasarısı *(latio legis)* hazırlaması gerekiyordu. Meclislerin veya vatandaşların böyle bir yetkisi yoktu. Daha sonra *magistra* bu tasarının ilân edilmesini *(promulgatio)* temin ederdi, tasarı hakkında oy verecek kişilerin öğrenmesini temin için ilan tahta levhalar üzerine yazılmak ve Romanın büyük bir meydanına asılmak suretiyle gerçekleştirilirdi. Bu sırada kanun teklifinin oylanacağı tarih de açıklanırdı. İlân ile oylama arasında bulunması gereken üç haftalık süre içinde meclis üyeleri gayrı resmî bir şekilde toplanarak tasarıyı tartışabilirdi. Böyle bir toplantıya daveti *magistra* da yapabilirdi. Meclis toplandığında tasarının lehinde veya aleyhinde konuşmalar cereyan etmezdi, yani tasarının müzakere edilmesi söz konusu değildi. Belirlenmiş bulunan günde meclis sadece oylama için toplanırdı. Meclisi toplantıya çağırmış ve başkanlık etmekte olan *magistra* yaptığı konuşmayla teklifinin gerekçesini açıklar ve tasarı metni bir daha okunurdu. Oylama günü tasarıda herhangi bir değişiklik yapılması yolu açık değildi. İlan edilen günde oy verme hakkı olan vatandaşların fikri sorulurdu *(rogatio)*. İlk zamanlarda oy sözlü olarak verilirdi. Bu sırada oylar tutanağa geçirilirdi. M.Ö. II. yüzyılın başından itibaren yazılı ve gizli oy usulü getirildi. Toplantıya katılanlar oylarını küçük levhaların *(tabella)* üzerine yazarlardı. Kabul için kullanılan kelimeler "istediğin gibi olsun" *(uti rogas)* ve red için "eskisi gibi kalsın" *(antiquo)* şeklindeydi. *Magistra*'nın dağıttığı ve üzerine oyların yazıldığı levhaları vatandaşlar sıraya girmek suretiyle oy sepetlerine *(cista)* atardı. Oylar daha sonra sayılırdı *(diribitio)*. İcabında tekrar sayılmak üzere oy levhaları, sandıklar *(loculi)* içinde saklanırdı. Sonuç bir görevli tarafından açıklanırdı *(renuntiatio)*. Kabul edilen kanunlar bazen toplumun öğrenmesi için ilan edilirdi

(publicatio)[37]. İlân, toplantıyı idare eden *magistra*'nın kararıyla veya kanun metni bunu öngörmüşse, yapılırdı[38].

Kanunlar teklifi yapan *magistra*'nın veya *magistra*'ların adıyla anılırdı, meselâ başkasının malına verilen zararlar hakkında çıkarılmış olan *lex Aquilia*, bir *tribunus* olan Aquilius'un isteği üzerine pleb meclisi *(concilia plebis)* tarafından çıkarılmıştı[39].

M.Ö. 98 yılında çıkarılan *lex Caecilia Didia* isimli kanunla aynı kanun tasarısında birbiriyle yakın ilişkisi olmayan konuların yer alması yasak edilmişti. Bu şekilde halkın kabul edeceğine inanılan teklifler, tek başına oylanırsa reddedileceği kesin olan tekliflerle beraber aynı kanun tasarısında yer alamıyordu[40].

Ulpianus, Hukuk Kurallarına ait tek kitaplık eserinde (Ulpianus libro singulari Regularum 1, 1 - 2) hukukî işlemlerini etkilemek üzere kanunları müeyyideleri *(sanctiones)* bakımından üçe ayırmaktadır:

- *Lex perfecta* (tam kanun) niteliğindeki bir yasaya aykırı olarak yapılan işlem batıl sayılıyordu; mesela *lex Aelia Sentia*'ya aykırı olarak yapılan azat etmeler geçersiz addediliyordu.

- *Lex quam minus perfecta* (daha az tam kanun) mahiyetindeki kanunlar, yapılan işlemi geçersiz kılmaz, fakat muameleyi ceza tehdidi altına alırdı; M.Ö. 200 sıralarında çıkarılmış olan *lex Furia Testamentaria* ile miras yoluyla intikal etmiş malvarlığının çok sayıdaki muayyen mal vasiyetleri ile değersiz hale gelmesi önlemek istenmiştir. Bu kanun 1000 *As*'ı aşan muayyen mal vasiyetlerinin kabulünü yasaklamıştı. Buna rağmen lehine mal vasiyetinde bulunulmuş olan kimse mirasçıdan 1000 *As*'ı aşan vasiyetin yerine getirilmesini isterse bunun dört katı ceza ödemek zorunda kalırdı. Başka bir deyişle muamele geçerli kalır, fakat faydalanan ceza öderdi. Yine dul bir kadının 10 aylık matem süresi içinde evlenmesi yasaktı. Evlenme gerçekleş-

---

37 Schwind, s.36. Mesela 12 Levha Kanunu Forum meydanında on iki levha üzerine yazılarak ilân edilmişti.

38 Roma'da kanunların yayınlanması için önceleri "resmi gazete" yoktu. Fakat Caesar'dan itibaren devlet bir gazete çıkarmaya başladı. Burada siyasi haberlerin yanında kanunlar ve *senatus* kararları tarih sırasına göre ilan edilirdi.

39 Roma'da kanunlar *leges rogatae* ve *leges datae* olarak ikiye ayrılmaktaydı; *Leges rogatae*, yetkili *magistra*'lar tarafından getirilen tasarıyı yetkili meclisin kabul etmesiyle oluşan kanunlardır. Halk meclislerinin verdiği yetkiye dayanarak bir *magistra*'nın, bir eyalet veya *municipium*'un idaresiyle ilgili olmak üzere çıkardığı kanunlara ise *leges datae* denirdi. Umur, Ders Notları, s.79.

40 M.Ö. 91 yılında, *tribunus* olan *Livius Drusus* bir *plebiscitum* vasıtasıyla bütün İtalya halkına Roma vatandaşlığı tanımış, ancak bu kanunun içinde toprak dağıtma, bedava buğday verme gibi teklifler de bulunduğu için *senatus* bunun *lex Caecilia Didia*'ya aykırı olduğunu ileri sürerek *plebiscitum*'a onay vermemiştir.

mişse geçerlidir, fakat taraflar cezalandırılırdı[41]. TMK m. 132, 10 aylık süreyi düzenlemektedir.

- *Lex imperfecta* (müeyyidesiz kanun) muameleyi yasaklamasına rağmen bu yasağa aykırı hareket halinde herhangi bir yaptırım öngörmezdi. Bağışlamalarla ilgili *lex Cincia* (M.Ö. 204) bu alanda bazı sınırlamalar getirmişti, ancak bağışlama, bağışlananın malvarlığına girmişse muamele geçerli olur, buna karşı yaptırım uygulanamazdı[42].

Cumhuriyet devrinde çıkarılan kanunların çoğu kamusal ve sosyal sorunlarla ilgilidir. *Lex Hortensia, Pleb* meclisinin çıkardığı kanunların *(plebiscitum)* tüm Roma halkı için geçerli olacağını düzenledikten sonra özel hukuk ve usul hukukuna ilişkin önemli kanunların *concilia plebis* tarafından çıkarıldığı görülmektedir. Bu kanunların metni elimize doğrudan geçmiş değildir. Bu yüzden kanunların tam içeriği ve sebepleri hakkındaki bilgiler kıttır.

Kanunlar, Cumhuriyet devri kaynakları arasında ölçülü bir rol oynadı. Dolayısıyla bu devirde, kanunların değil, hukukun hâkimiyeti görülmektedir.

"Kanun değil, hukuk halkı oluştu[43].

Halk meclislerinin yargı alanında da faaliyet gösterdikleri görülmektedir. Roma ve çevresindeki bir mil içinde *magistra* tarafından ölüm, kırbaçlama veya ağır para cezasına çarptırılmış olan bir Roma vatandaşı bu cezanın kaldırılması için halk meclislerine başvurursa *(provocatio ad populum)* cezayı veren *magistra,* savcı gibi hareket eder, cezanın infaz edilip edilemeyeceğine halk meclisi karar verirdi.

5. Cumhuriyet Devrinin Gelişmeleri ve Sonu

Roma M.Ö. III. yüzyıla kadar nispeten önemsiz bir küçük *civitas* (şehir devleti) halinde yaşadı. Ancak bu yüzyıla kadar komşu devletlerle yapılan savaşlar başarılı oldu ve İtalya tamamen Roma'nın nüfuzu altına girdi. Bugünkü Tunus civarında kurulmuş ve Güney Akdeniz'i kontrol ettiği için rakip durumunda olan Kartaca ile üç aşamada yapılan, Kartaca'lı ünlü komutan Anibal'in yenilgisiyle sonuçlanan Pön Savaşları Roma tarihinin dönüm noktasını teşkil eder. Bundan sonra

---

41 Siber, Röm. Rechtsgesehichte, s. 35.

42 Bkz. Umur, Lügat, *lex Aelia Sentia, Lex Furia Testamentaria, lex Cincia.* Yaptırımsız kanunların hükümleri yine emredici nitelikteydi, taraflar aksi kararlaştıramazdı. Postklasik dönemden itibaren kanuna aykırılığın müeyyidesinin kesin hükümsüzlük, geçersizlik (butlan) olduğu fikri yerleşti.

43 Fritz Schulz (zikreden: Thireau, s. 57).

Roma sınırlarını her yönde genişleterek bir imparatorluk haline gelmiştir.

Devlet idaresi İtalya yarımadasının dışına taşınca, işler değişti *Civitas* idaresi kalktı, onun yerine merkezi idareye sahip bir imparatorluk (*Principatus*) geldi.

Romalılar önce, yarımadadan dışarı çıkmak istemediler. Fakat, orasını koruyabilmek için deniz hâkimiyeti ellerinde olmalı idi. Birinci Pön savaşı sonucu Sicilya ve Sardinya adalarını işgal ettiler. Anibal'a karşı ikinci Pön savaşında başarı kazandılar ama geçirdikleri büyük tehlike onları çok korkutmuştu. Karşı tedbirlere başvurdular ve üçüncü Pön savaşı sonucu Kartaca'yı tahrip ederek, onun bir tür mirasçısı gibi, Akdeniz'e hâkim oldular ve muazzam ticaret şebekesini ele geçirdiler. Akdeniz'e "*Mare nostrum*" (bizim deniz) adı verdiler[44].

Dıştaki bu başarılı sonuçlar, içte bütün hızıyla sürmekte olan *patricius-pleb* mücadelesine rağmen elde edildi. *Pleb*'ler *patricius*'lara karşı devlet teşkilâtında ve sosyal hayatta önemli başarılar elde ettiler[45]. Fetih savaşlarından esas itibarıyla yararlanan yine *patricius*'lar oldu, ellerindeki arazi miktarı arttı, buna mukabil fetih savaşları dolayısıyla topraklarından uzaklaşmak zorunda kalan *Pleb* sınıfına dahil küçük çiftçiler büyük ekonomik kayıplara uğradı.

Kartaca savaşları (M.Ö. 264-146) ile genişlemeye başlayan Roma, tüm İtalya, Kuzey Afrika, İspanya, Batı ve Doğu Akdeniz'e doğru yayıldı, başarılı bir konfederasyon ve eyalet sistemi ile M.Ö. II. yüzyılda o zamanın dünyasının âdeta hâkimi oldu.

---

44 Umur, Ders Notları, s. 33-34.

45 Bu başarılara yukarıda zaman zaman değinilmiştir. Burada bu konuda kısa bilgi vermek istiyoruz: *Patricius* kökenli magistra'ların keyfi davranışları, düzelmeyen kötü ekonomik durum ve hukukî güvenceden mahrum bulunmaları *plebleri* M.Ö. 494 yılında Roma'dan ayrılarak kutsal dağa yerleşmeye zorladı. *Pleb*'lerin bu ilk önemli hareketine efsanelerde *secessio plebis* (*Pleb*'lerin ayrılışı) denmektedir. Bu sıralarda orduda görev yapmaya başlamış bulunan *pleb*'lerin toplum için vazgeçilmezliğini anlayan *patricius*'lar, *pleb*'leri keyfi davranışlara karşı korumak için *tribunus plebis* denilen iki adet *magistra*'nın seçilmesini kabul ettiler. Bu *magistra*'ları *concilia plebis* denilen ve sadece *pleb*'lerin katıldığı meclis seçecekti. Daha sonra ayrıntılı olarak bahsedeceğimiz 12 Levha Kanunu'nun yapılmasıyla (M.Ö. V.yüzyılın ortası) *pleb*'ler için hukuk güvenliği bir ölçüde sağlanmış oldu. M.Ö. 445 yılında çıkarılan *lex Canuleia* ile *pleb*'lere *patricius*'larla evlenme hakkı verildi. M.Ö. 367 yılından itibaren çıkarılan kanunlar ile *pleb*'lerin diğer *magistra*'lıklara gelme yolu açıldı. M.Ö. 300 yılında çıkarılan bir kanun ile rahip olma imkânı tanındı. Bu mücadeleyi *pleb*'ler lehine tamamlayan M.Ö. 286 tarihli *lex Hortensia* oldu. Bu kanunla *concilia plebis* adlı meclisin çıkardığı bütün kanunlar her iki sınıf için geçerli sayıldı ve bu tarihten itibaren *pleb* meclisinin çıkardığı kanunlara da *lex* denilmeye başlandı.

Ele geçirilen yerleri Roma çeşitli usullerle idare ediyordu. Bazılarına yaptığı anlaşmalarla kendini idare hakkını veriyor, bazı topraklarda ise yeni yerleşim ve yönetim birimleri kuruyordu. Bunlardan bir kısmında eyalet *(provincia)* idaresi tesis edilmişti. Sicilya, Afrika, Asya gibi eyaletler Roma'dan gönderilen eyalet valileri tarafından yönetiliyordu. *Municipium* ve *colonia*'lar Roma'nın yeni fethedilen topraklarda kurdukları idarî birimlerdi. *Municipium*'lar merkezden idareleri güç olan, idari ve kazaî bağımsızlıkları bulunan uzak yerleşim üniteleriydi. Bu yerleşim birimlerinin tarımsal ihtiyaçlar bakımından önemi büyüktü. Roma'dan gönderilen veya oradan seçilen bir *magistra*'nın başkanlığında kendi idare organları mevcuttu. *Colonia* ise politik, ekonomik ve askeri amaçlarla yeni topraklar üzerinde kurulmuş yerleşim birimleriydi. Buraya yerleştirilenler ise Romalılar veya Latinlerdi. *Colonia*'lardan bir kısmına Roma vatandaşlığı verilmişti *(colonia civium romanorum)*. Nisbeten uzak yerlerde oluşturulan *colonia*'lar için *plebiscitum*'larla kuruluş kanunları çıkartılıyordu[46].

Pön savaşlarına kadar Cumhuriyet döneminin ilk asırlarında Roma'da tahıl üretimine önem veren tarım ekonomisi hâkimdi. Bu toprakların işletilmesinde gereken işgücü fetih savaşları sonunda Roma'ya kütle halinde getirilen savaş esirlerinin köle olarak çalıştırılması suretiyle sağlanıyordu[47]. Tahıl üretimiyle daha ziyade köylüler ve arazi kiracıları meşgul oluyordu. Ancak Pön savaşları sırasında *Pleb* sınıfı içinde yer alan köylü sınıfı büyük kayıplar verdiği gibi Sicilya ve Afrika'dan deniz taşımacılığı yoluyla Roma'ya ucuz tahıl gelmesi yüzünden tahıl üretimi kârlılığını yitirmiş ve üretim *latifundium* denilen geniş arazilerde yapılan hayvancılık, meyvacılık, zeytincilik ve bağcılığa dönüşmeğe yüz tutmuştu. Bu nedenle küçük çiftçilerin birçoğu geçimlerini sağlayamayan toprakları boş bırakarak veya büyük toprak sahiplerine satarak Roma şehrine göç etme ve yaşamlarına burada devam etme yolunu seçtiler. Ekonomisi tarım yanında ticaret ve bankacılık gibi mali işlere dayanan Roma'da küçük çiftçi sınıfı tamamen ortadan kalkmadı ama, bunların çoğu kendi toprakları yerine büyük arazi sahiplerinin topraklarını kira karşılığında işleyen yani bağımsızlığını bir ölçüde kaybetmiş çiftçiler haline geldi.

---

46 Bu konuda fazla bilgi için bkz. Umur, Ders Notları, s.28-34; Kunkel, s. 43-45.

47 Daha önceki yüzyıllarda aile içindeki durumları aile evladından farklı olmayan ve sayıca da az olan kölelerin durumu *latifundium* sisteminin yerleşmesiyle kötüleşti. Bunlar kötü şartlar altında sahiplerinden uzakta bir kâhyanın emrinde boğaz tokluğuna çalıştırılmaktaydı. Makine gücünün yerini köle emeği tutuyordu. Köle pazarlarında, bazen günde 20.000 kölenin satıldığı bilinmektedir. Yine büyük köle isyanları Cumhuriyetin son iki asrında görülmüştür.

Cumhuriyet döneminin ilk yüzyıllarına damgasını vuran *patricius-pleb* mücadelesine rağmen Roma devletinin akılcı bir yönetimle idare edildiği ve yine akılcı yönetim biçiminin Roma'nın tüm İtalya'ya hâkim olmasını sağladığı görülmektedir. Bütün bunlardan sınıf mücadelesinin, her şeye rağmen devletin temellerini sarsmadığı, dış tehlike söz konusu olduğunda sınıfların birlikte devlet için iyi olana karar verdikleri ve bunun için savaştıkları sonucu çıkarılabilir.

M.Ö. II. yüzyıldan itibaren yukarıdaki tablo değişmeye başlamıştır. Yapılan savaşlar sonunda, şehir devleti olma özelliğinden ayrılarak imparatorluk sınırlarına ulaşan Roma Cumhuriyet rejimi, Romalılaşmış İtalya'daki sorunları çözemez hale gelmişti. Nüfusu milyonu aşmış olan Roma başkent olarak çeşitli siyasi çalkantıların içine girdiği gibi İtalya yarımadasında yaşayanlar Roma vatandaşlığını kanlı bir isyan sonunda elde etmişlerdir[48].

Savaşlardan elde edilen zenginlikler, itibarıyla, esas itibarıyla devletin yüksek organlarını ellerinde tutan büyük toprak sahibi haline gelmiş soylular *(nobilitas)* sınıfı ile ticaret ve para işleriyle zenginleşmiş olan süvari sınıfı *(ordo equester)* mensupları arasında paylaşılıyordu. *Senatus* üyelerini içeren soylular sınıfına yüksek *magistra*'lıklarda bulunmuş *patricius*'lar ve *pleb*'ler dahildi. Yeni oluşan bu sınıf *patricius*'lar gibi sınıf menfaatlerini kıskançlıkla koruyordu. Bu sınıfa dahil olmadığı halde politik hayatta çıkış yapabilmiş çok az Romalı vardı[49]. *Nobilitas* dışında orduya süvari olarak katılmak hakkına sahip, malvarlığı itibarıyla süvari donanımını sağlayabilecek kimselerden oluşan bir süvari *(equites)* sınıfı ortaya çıkmıştı. Bu iki sınıf arasındaki politik rekabet ve hâkimiyet mücadelesi Cumhuriyet devrinin son iki asrındaki krizlerin önemli sebeplerinden biridir. Roma'da üst seviyede cereyan eden iktidar mücadelesinde her iki sınıf

---

48 Milattan önce İtalya halkına vatandaşlık vermek üzere özellikle *tribunus plebis*'ler tarafından çeşitli girişimlerde bulunulmuş, fakat *senatus* sınıfının karşı koymasıyla başarıya ulaşılamamıştı. M.Ö. 91-88 yılları arasında Roma vatandaşlığı kademeli olarak tanınmış, nihayet M.Ö. 88 yılında İtalya'da yaşayan halkın tamamına Roma vatandaşlığı verilmişti.

49 Yüksek *magistra*'lıklarda bulunmak gibi görevden doğan bu yeni *patricius-pleb* soyluluğu, ailesinde *magistra* bulunmayan kimselere *magistra*'lık vermemek konusunda büyük titizlik gösteriyordu. Böyle bir aileden gelmemesine rağmen büyük *magistra*'lıklara gelen kimselere *homo novus* (yeni insan) deniyordu. M.Ö. 106-43 yılları arasında yaşamış olan devlet adamı, hatip Cicero bir *homo novus* idi. *Equites* sınıfı ise zenginlik bakımından *nobilitas* sınıfına eşti, ancak ticaretle, para işleriyle uğraştıklarından *magistra* olamıyor, *senatus*'a giremiyorlardı. Fertler arasındaki ihtilaflarda hâkimlik yapacak olanların listesi *(album iudicium)* önceleri tamamen *nobilitas* sınıfı mensupları arasından oluşturuluyordu. Daha sonra M.Ö. II. yüzyılın sonlarında Gaius Gracchus bu listeyi sadece süvari sınıfı mensuplarına özgüledi. M.Ö. 1.yüzyılda ise bu liste iki sınıf arasında paylaştırıldı. *Nobilitas* ve *equites* sınıfları için bkz. Umur, Lügat; Siber, Röm. Rechtsgeschichte, s.15.

tarafından kullanılan *proletarius* sınıfı, toplumsal huzursuzluklara yol açıyordu. Roma'ya dışarıdan ucuz tahıl gelmesi yüzünden artık tahıl üretimiyle geçimini temin edemeyen, üretim biçimini hayvancılık ve meyveciliğe döndürmek için gerekli sermayeyi de bulamayan küçük toprak sahipleri, topraklarını satıp Roma şehrine geliyorlardı. Sayısı giderek artan bu malvarlığı olmayan kişileri kullanarak Roma'ya hâkim olma eğilimi kuvvetlenmişti. Bedava dağıtılan tahıl ve zengin sınıfların bunları kendi saflarına çekebilmek için verdikleri ödünlerle iyice tembelleşen *proletarius* sınıfı huzursuzluk kaynağı olmuştu[50].

M.Ö. 133 ve 123/122 tarihinde *tribunus plebis* olan kardeşler Tiberius ve Gaius Gracchus'un yapmak istediği reformlar sosyal çalkantıların artmasına sebep oldu. Gracchus kardeşler toprak reformu vasıtasıyla Roma'nın köylü-çiftçi sınıfını tekrar oluşturarak, *proletarius* sınıfını ortadan kaldırmak istiyorlardı. Zenginlerin elinde toplanmış olan toprağın bir kısmının, başkalarına satılmamak kaydıyla topraksız köylülere dağıtılmasını öngördüler. Ancak bu teşebbüse *senatus* aristokrasisi karşı çıktı, çeşitli usullere diğer *tribunus*'un vetosu, *senatus consultum ultimum* gibi başvurularak bu reformun başarıya ulaşması engellendi[51].

Monarşiye doğru bir süreç başladı ve huzursuzluklar giderek arttı. Bu arada paralı ordu sisteminin getirilmiş olması, orduların iktidar mücadelesinde acımasızca kullanılması sonucunu getirdi. Daha ziyade aristokrasi sınıfı içinde cereyan eden bu mücadelede her türlü silaha ve kanlı usullere başvuruluyordu. İç savaş, her türlü iktidarı kendisinde toplayan güçlü bir adama âdeta çağrı çıkardı. Rakibi Pompeius'u ve *senatus* aristokrasisini dize getiren ordu komutanı ve devlet adamı Iulius Caesar (M.Ö. 100-44), Helen benzeri bir askerî diktatörlük kurarak devleti karışıklıklardan kurtarmak istedi. Ancak içlerinde evlatlığı Brutus'un da bulunduğu Cumhuriyet idaresine sadakatle bağlı bir grup Romalı tarafından öldürülünce, yeni devlet idaresi biraz nitelik değiştirerek yeğeni ve evlâtlığı Octavianus'a kaldı[52].

Sosyal bakımdan, İtalya içindeki halk Romalılaşarak bir millet doğdu. Siyasal bakımdan, Roma bir imparatorluk haline geldi. Civitas,

---

50 *Proletarius*, askerlik hizmeti için kendi donanımını sağlayamayan, malvarlığı 1500 *As*'tan (Roma para birimi) az olan Romalıdır. Bu kavram XII Levha Kanunu'nda geçmekte, bir *proletarius*'a herkesin kefil olabileceği belirtilmekteydi.

51 *Senatus consultum ultimum*, *senatus*'un tehlike zamanlarında aldığı kararlara denirdi. Bu kararla *consul* tehlikeyi her tedbire başvurarak önlemek yetkisine sahip olurdu. Gracchus kardeşler için. Bkz. Umur, Ders Notları, s.37-40; Hausmaninger – Selb, s.40; Kunkel, s.49.

52 Daha sonra, *Caesar* terimi, Roma'da imparator ünvanını, sanını ifade etmiştir.

eski çağın hür devletidir, sınırları dardır. Bu tür idare içindeki, ortak bir toplantı yeri, ortak ilâhları ve herkesin idareye katılışı gerekir.

Mutlak idare nispeten kolaydır. Emir veren tek kişidir ve bütün teşkilat merkezdedir. Arazi gelişmesi, böyle bir devlete güç kazandırır. Halbuki *Civitas*'ta, arazi genişlemesi, zayıflama sebebidir. Maddî bakımdan, halkın bir araya gelerek devleti idare etmesi zorlaşır, manevî bakımdan, birbirine benzemeyen insanlar arasında, ruh ve düşünce birliği olmaması, büyük bir sakınca oluşturur.

Nasıl, ilk çağlarda; "bir *Civitas* normal sınırlarını aşarsa, hür kalamaz" deniyorsa zamanımızda da, "birkaç devlet bir araya gelirse, hepsinin aynı ölçüde hür kalması tasavvur edilemez" denmektedir. İtalyan devlet adamı ve tarihçi Makyavel (1469-1527), XVI. yüzyıl başlarında "İtalya devletlerinin birliği ancak mutlak idare ile mümkün olur" demekte idi. Eski çağın yunanlıları da aynı düşüncede idiler, fakat mutlak idare uygulandığı zaman, tahakküm altına alınan kavimlerin düşmanlık hisleriyle karşı karşıya kalınıyordu. Romalıların, büyük kabiliyeti, mağlup ettiği devletler üzerinde tahakküm sistemine başvurmamakta görülmüştür. Serbestî içinde bırakmışlar, haysiyetlerini rencide etmemişler, semeresini, özellikle Pön savaşları gibi, tehlikeli devrede almışlardır. Hiçbir müttefik devlet Roma'ya isyan etmemiştir. Eski Çağda hem eşit hem ortak idareyi mümkün kılan tek *civitas*, Roma olmuştur[53].

III. İLK İMPARATORLUK DEVRİ (M.Ö. 27 - M.S. 284)

Caesar'ın ölümüyle başlayan iç karışıklıklar, yeğeni Octavianus'un rakibi Antonius'u Actium savaşında yenmesiyle son buldu. M.Ö. 27 yılında *senatus* Octavianus'a "*Augustus*" (kudretli, büyük) payesini verdi. Augustus'un kurduğu yeni rejime İlk İmparatorluk *(Principatus)* adı verilmektedir[54].

Augustus, Iulius Caesar'ın ölümünden bazı dersler çıkarmıştı. Roma toplumunun tek kişinin iktidarına dayanan bir rejime tepki gösterdiğini görmüş, diğer taraftan soylu sınıfın desteğini almadan tek başına iktidara gelmenin de mümkün olmadığını anlamıştı. Sonuç olarak Cumhuriyet döneminin geleneklerini ve kurumlarını Roma toplumuna hâkim sınıfın anlayışını ve tek kişinin iktidarına dayanması gereken yeni rejimle bağdaştırmaya çalıştı. İdarî yönden, Cumhuriyet düzenini tekrar kuracağını ilân eden Augustus, yeni bir rejime geçil-

53 Umur, Ders Notları, s. 33-35.

54 Karadeniz – Çelebican, s.24; Schwind, s.55 vd.

mediğini belirtmiştir. Cumhuriyet rejiminin idarî yapısını restore ettiğini gösteren davranışlarıyla yeni esasları geleneklere ve eski yapıya dayandırmaya özen göstermiştir. Cumhuriyet idaresi Augustus tarafından yenilenmiş görünmektedir, çünkü halk meclisi ve *senatus* işlevlerini yeniden elde etmişler, Cumhuriyet döneminin *magistra*'lıklarına ise dokunulmamıştır. Aynı düşünceyle Augustus, kendisinden önceki her reform hareketine sahip bulunduğu imtiyazları kaybetmek endişesiyle karşı çıkan Roma soylu sınıfının tepkisini önlemek için Cumhuriyet rejiminin geleneklerini arkasına almıştır[55]. Augustus, M.Ö. 43 yılında *triumviratus*'un (aynı işleve sahip üç kişiden oluşan kurul) kurulmasıyla elde etmiş olduğu ve iktidarının temelini teşkil eden olağanüstü yetkileri M.Ö. 27 yılında törenle *senatus* ve halka iade etmişti. Görünüşte sadece Cumhuriyet idaresinin verdiği yetkilere sahip oldu, ancak gerçek böyle değildir; birden fazla *magistra*'lığın verdiği yetkilere aynı anda sahip olduğu gibi devamlı uzatılan *tribunus*'luğun verdiği yetkiyi de elinde tutmuştur. Sadece bu iki olgu, yeni rejimin Cumhuriyet idaresinden farklı olduğunu göstermeye yeter, çünkü buhranlı son yıllar bir tarafa bırakılacak olursa Cumhuriyet devrinde bir makama uzun süreli gelmek veya aynı kişide farklı *magistra*'lıkların verdiği gücün toplanması mümkün değildi. Başka bir deyişle Augustus ne *proconsul* ne de *tribunus* olduğu halde Cumhuriyet döneminin bu iki makamının verdiği bütün yetkilere sahipti. Görünüşte yetkilerini *senatus* ve halk meclisinden almakla birlikte Augustus, önde gelen kişi *(princeps)* sıfatıyla aslında Roma devletini tek başına yönetiyordu.

Ancak, Augustus ve halefleri, (izleyen imparatorlar) mutlak hükümdar gözükmemek için, hiç olmazsa görünüşte cumhuriyetin kurumlarını korumuştur. Cumhuriyet terimi de devam ettirilmiştir[56].

Principatus devrinin kurucusu Augustus, ölümünden bir yıl kadar önce yaptığı işleri anlatan, geçmişin muhasebesini yapan bir yazı hazırlamış ve yazıyı anıtlar üzerine kazdırmıştı. Burada Augustus hür bir devletin *(libera res publica)* ilk sırada gelen vatandaşı olmaktan fazla bir şey istemediğini, kendisiyle birlikte *magistra*'lık makamında bulunan diğer *magistra*'lardan daha fazla bir kudrete sahip bulunma-

---

55 Anayasa gibi özel bir kanunla rejimin düzenlenmesi daha önce de hiç düşünülmemiştir. Roma geleneklerinde bu gibi haller için kanun çıkarmak fikri yer almamaktadır.

56 1789 Fransız İhtilâlinin sonunda, benzer bir durum görülecektir. Fransa'da da 18 Mayıs 1804 tarihli senatus kararı *(senatus-consultum)* ile Cumhuriyet açıkça kaldırılmadan, imparatorluk kurulmuştur. "Cumhuriyet idaresi bir imparatora emanet edilecektir". Ülkeye zamana karşı koyacak "granit kütleler" yerleştirilmek eski monarşi ve Cumhuriyet arasında, bir uyuşma sağlanmak istenmiştir. Bu amaçla; Danıştay, (Merkez) Bankası, Sayıştay oluşturulmuş, TMK. çıkarılmıştır. Bu "granit kütleler" arasında en sağlamı, en az tartışılanı TMK. olmuştur. (Carbasse, s. 26 ve 325).

dan *auctoritas*'ı (otorite, siyasi itibar) ile düzeni sağladığını anlatmaktadır. Romada olması gereken bu orijinal anıt bugün ortada yoktur, ancak bir kopyası halen Ankara'da (o zamanki adıyla Ancyra) oldukça iyi muhafaza edilmiş bir şekilde durmaktadır. Bu abideye Monumentum Ancyranum (Ankara Abidesi) denmektedir[57].



Augustus'un Roma'daki anıt mezarı

1. İlk İmparatorluk Devrinde Devlet Teşkilâtı

Bu yeni rejimde Cumhuriyet devrinin teşkilatı esas itibarıyla muhafaza edilmiş olmakla beraber yeni unsurların ortaya çıktığı görünmektedir.

A. MAGISTRA'LAR

Princeps, Cumhuriyet devrinden intikal eden teşkilatın üzerinde sınırsız yetkilerle donatılmış olan, yeni idare şekline adını veren en yüksek *magistra*'dır. Augustus için *Princeps* tabiri kullanılmaktaydı. *Princeps,* Cumhuriyet devrinde *censor*'un hazırladığı *senatus* listesinin başına yazılmış en kıdemli üyeyi ifade ederdi. *Senatus*'un kendisine verdiği bu paye ile Augustus ve sonraki imparatorlar *senatus*

[57] Bu abide Hacı Bayram Camii yakınındadır. Antakya'da bulunmuş olan diğer bir anıt (Monumentum Antiochenum) yine bu konuda önemli bilgiler vermektedir. Augustus'un Roma'daki anıt mezarı.

toplantılarının ilk söz ve oy hakkına sahipti. *Princeps* diğer bütün *magistra*'lıkların verdiği yetkileri kendinde toplayan, Cumhuriyet döneminde bulunmayan olağanüstü bir *magistra*'dır. Diğer *magistra*'ların ne ölçüde faaliyet gösterebileceği *princeps*'in iradesine bağlıydı. *Princeps*'in gücü, *magistra*'lıkların yetkilerinin tümüne sahip olmaktan kaynaklanıyordu; ordulara komuta etmek, *princeps*'e tevdi edilmiş bulunan *imperium proconsulare*'ya dayanmaktaydı[58]; buna karşılık *princeps*'e verilmiş olan *tribunus*'luk gücü, *(tribunicia potestas)* ona *tribunus*'luğun bütün imtiyazlarını sağlamaktaydı[59]; dokunulmazlık *(sacrosanctus),* halk meclislerini ve *senatus*'u toplantıya çağırmak ve başkanlık etmek, diğer *magistra*'ların kararlarını bozmak gibi.

İktidara gelişte, hanedanlar ortaya çıkmıştır. Birçok büyük imparator da birbirini izlemiştir. "Filozof-kral", platoncu[60] modeli benimseyen II. yüzyılın imparatorları, hayattayken haleflerini seçmeye gayret ederek, iktidara en layık görüneni evlât edinmişlerdir. Bununla birlikte; cumhuriyet faraziyesi kaybolmuş, tahta çıkışta hiçbir kesin kural kabul edilmemiştir. Bu sebeple, imparatorun belirlenmesi sistemin zayıf noktasıdır[61].

Cumhuriyetten intikal eden *magistra*'lar, *princeps*'in büyük yetkileri karşısında eski önem ve işlevlerini yitirdi[62]. Artık devlet işleri *princeps* tarafından atanan, maaş alan memur kadrosu tarafından görülmeye başlanmıştı. Bunun yanında yine imparator tarafından, ağırlıklı olarak süvari sınıfı içinde atanma yapılan yeni *magistra*'lıklar ihdas olunmuştu.

Praefectus praetorio imparator muhafızlarının komutanıydı. Ancak zamanda idari alana yetkileri genişlemişti. İmparatorun vekili gibi

---

58 *Senatus* tarafından tevcih edilen *imperium proconsulare* paralı askerlerden oluşan ve imparator eyaletlerinde bulunan orduları yönetmek yetkisini veriyor, dolayısıyla tüm imparatorluğu kontrol etmek ve iktidarında tutmak imkânını sağlıyordu. Schwind, s.58.

59 *Imperium proconsulare, princeps*'e askeri alandaki gücü sağladığı halde *tribunicia potestas* sivil idareyi tamamen elinde tutarak imparatorluğa sadece kendi iradesine göre yön vermek iktidarını bahşediyordu. Nitekim Augustus kendisini daha güçlü kılacağını düşünerek *consul*'lüğü bırakmış, hayat boyu *tribunus* olmayı tercih etmiştir. Hausmaninger - Selb, s.41; Umur, Ders Notları; s.46.

60 Platon (M.Ö. 427-346) bu görüşü, siyasal diyaloglarında, *Cumhuriyet* isimli eserinde, özellikle VII. Kitapta geliştirmiştir.

61 Carbasse, s. 27.

62 *Consul*'ler ceza işlerinde kazai yetkilere sahip olmaya devam ettiler. Diğer yetkilerini ancak *princeps*'in izin verdiği ölçüde kullanabiliyorlardı. *Praetor*'ların sayısı artmıştı, fertler arasındaki ihtilaflar yine önce *praetor*'un önüne geliyordu. Bazı davalara imparatorun bizzat bakması usulü ortaya çıkmıştı. M.S. 130 yılında *praetor* beyannamesi değişmez, sabit hale getirildikten sonra *praetor*'un işlevi azaldı. Sayımla ilgili yetkileri imparatorlar kullanmaya başladığından *censor*'un faaliyeti durdu. Bu konuda bkz. Umur, Ders Notları, s.47

hareket eden bu *magistra*'nın zamanla âdeta Adalet bakanı olarak görev yaptığını, bu sebeple bu makama meşhur hukukçuların (mesela Papinianus M.S. 203-212) getirildiğini görmekteyiz.

Praefectus urbi süvari sınıfına *(equites)* açık olan Roma şehri valilik makamıdır. Bu *magistra* – bu sıfatıyla – Roma'da güvenlikten sorumluydu. Roma şehri ve civarında imparatorun vekili olarak ceza işlerine bakar, gereğinde büyük cezalar verebilirdi.

B. HALK MECLİSLERİ VE SENATUS

Augustus, Cumhuriyet kurumlarını korumak ve çalıştırmakta belki de en çok halk meclisleri konusunda zorlanmıştır. Bir şehir devletinde halkın idareye katılmasını sağlayan halk meclisleri, Roma'nın imparatorluk sınırlarına ulaşmasıyla gerektiği gibi faaliyet gösteremez hale gelmişlerdir. Augustus, mektupla oy göndermeyi mümkün kıldı. Bazı sosyal problemler için gerekli kanunları halk meclislerine çıkarttı. Ancak Cumhuriyet idaresinde *comitia* denilince Romalıların fiilen biraraya gelerek karar almaları anlaşılıyordu ki, bu artık mümkün değildi. Tüm imparatorluk halkı, oy vermek için, artık, bir meydana toplanamazdı. Augustus'tan sonra halk meclisleri *magistra*'ları seçme yetkisini de kaybetti. Kanun koyma faaliyetleri ise I.asrın sonunda bitti. Halk meclislerinin kanun çıkarma yetkisi, açıkça kaldırılmadan, yavaş yavaş, âdeta farkına varılmadan, sona ermiştir.

Senatus'un durumu *principatus* ile kuvvetlendi. Bunun sebeplerinden biri, yukarıda belirtildiği gibi halk meclislerinin işlev yapamaz hale gelmeleridir. Belki de daha önemli diğer bir sebep ise *principatus* devrinin ilk asrında imparatorların, *senatus*'un güç ve itibarını arttırmak için bazı tedbirler almalarıdır. Başka bir deyişle Augustus ve ondan sonra gelen *princeps*'ler *senatus*'u yönetime katma ve ona seçkin bir yer verme eğilimi göstermişlerdir.

Üye sayısı 600 olarak belirlenen *senatus,* halk meclislerinin kanun koyma fonksiyonunu yerine getirememesi üzerine bu yetkiye sahip oldu. Özellikle *princeps*'in getirdiği kanun tekliflerinin *senatus* tarafından kabul edilmesiyle - halk meclislerine götürülmeden - yasalaştığı görülmektedir. Cumhuriyet devrinden gelen *magistra*'lıklar için seçim yapma yetkisi, Augustus'un ölümünden sonra *senatus*'a geçmişti[63].

---

[63] Augustus, Caesar (Sezar) zamanında üye sayısı çok artan, liyakatsiz kişilerin doldurduğu *senatus üyelerini*, toplumun en zengin ve yararlı kişileri arasından dikkatle seçerek Roma toplumunda her zaman büyük itibarı olan bu meclisi etkin ve işlevli bir hale getirmiştir. Bu devirde *senatus*'a eyalet kökenli kimseler de girmişti. Umur, Ders Notları, s.49.

Cumhuriyet devrindeki yetkileri yanında *principatus* devrinin başlarında *princeps*'in, *senatus*'u seçkin bir konuma getirmek eğilimi dolayısıyla imparatorun devletin idaresini *senatus*'la paylaştığını söylemek mümkündür. Nitekim bu görüşten hareket eden Alman hukuk tarihçisi Theodor Mommsen (1817-1903), «Diarchia» dan yani ikili idareden bahsetmektedir[64]. Bu görüş, *senatus*'un idaresine bırakılmış eyaletlerin idaresi gibi bazı özel durumlar için doğru olabilir. Aslında *princeps*, fiilen ve hukuken *senatus*'un üzerindeydi. II. yüzyıldan itibaren *senatus*'un gücünü giderek kaybettiği, *princeps*'in gücünün arttığı tespit edilmektedir. Bu tarihten itibaren *senatus*'un yetkileri içeriksiz kalmış, sadece şeklen mevcut olmuştur.

Senatus'un gücünü giderek kaybetmesinde, *princeps*'lerin fikrini aldığı bir danışma kurulunun *(consilium principis)* mevcudiyeti de rol oynamıştır[65].

2. İlk İmparatorluk Devrinde Sosyo-Ekonomik Durum

Üç yüzyıl süren *principatus* döneminin özellikle ilk iki yüzyılı siyasi yönden Roma devletinin en görkemli, istikrarlı zamanıdır. İçte ve dışta büyük çalkantılar ve mücadeleler sonunda kurulmuş imparatorluğun ilk iki asrına *Pax Romana* (Roma Barışı) adı verilmektedir. Geniş imparatorluk sınırları içinde önemli bir karışıklık çıkmamış iki yüzyıla yakın süren bu barış ve sükûn devresinde Helen kültürü ile de karışan Roma medeniyeti başta Akdeniz havzası olmak üzere o zamanın dünyasına yayılmıştır.

Pax Romana (Roma Barışı) denen, Milâdı izleyen iki yüzyıl, insanlık tarihini en parlak bir devri olarak kabul edilir. Eyaletler güvenlik içindedir; ölçülü bir merkeziyet vardır; 300.000 kişilik imparatorluğun büyüklüğüne oranla küçük bir ordu, sadece sınırların bekçiliğini yapmaktadır. Bu sınırlar içinde barış ve sükûnet havası hâkimdir[66].

---

64 Bu konudaki görüşlerin özeti için bkz. Schwind, s.57.

65 *Consilium* (danışma), Roma'nın tüm toplumsal yaşamında görüntü veren, geleneklere dayanan bir kurumudur. Meselâ *pater familias* (aile reisi) aile fertleri üzerinde haklarını kullandığı zaman, çok defa oluşturulan bir aile meclisine danışırdı. *Magistra*'lar ve hâkimlerin de danıştıkları *consilium*'ları mevcuttu. Bu bağlamda *senatus*'un da istişare, danışma organı niteliği gözden kaçırılmamalıdır. Danışan, hukuken *consilium*'un düşüncesiyle bağlı değildir ama, bu *consilium* itibarlı, güvenilir kişilerden meydana geldiğinden çok defa *consilium*'un fikri gözardı edilemezdi. Umur, Ders Notları, s.48.

66 O devrin romalı yazarları, kötümser yazılar yazmış, devirlerinden şikayet etmişlerdir. Onlar, eyaletler karşısında Roma'nın imtiyazlarının azaldığını görerek, eski iktidar ve üstünlüklerin hasretini duyuyorlardı. İmparatorlarını kötülemeleri de bu yüzdendir. Aslında Tiberius, Claudius, hattâ Neron gibi imparatorlar hakkında şikâyeti gerektiren fazla bir şey yoktur, (bkz. Umur, Ders Notları, s. 53).

İlk imparatorluk devrinde eyaletler giderek Romalılaşmaya başlamıştı. Kişilere, toplumlara, hattâ eyaletlere Roma vatandaşlığının verildiği sık görülmekteydi. Eyaletlerde oturan Roma vatandaşlarının sayısı da artmıştı. İlerleyen devirlerde imparatorların da (meselâ Traianus M.S. 98-117, Hadrianus M.S. 117-138) eyalet kökenli olduğu görülmektedir.

Principatus idaresi zamanla monarşiye, mutlakiyete dönüştükçe Roma devleti içinde yaşayanlar teba haline geliyordu. Nihayet imparator Caracalla M.S. 212 yılında çıkardığı *Constitutio Antoniniana* ile *Roma* sınırları içinde yaşayan herkese bazı küçük istisnalarla Roma vatandaşlığı tanıdı[67]. Bu, M.Ö. I.yüzyılda İtalya halkına Roma vatandaşlığı verilmesiyle başlayan bir sürecin noktalanmasıdır. Bu emirnameyle monarşik idareyi daha kolay benimseyen eyaletlerle İtalya'nın hukukî durumu kaynaştı. Artık Roma sınırları içinde ilke olarak, *peregrinus* (yabancı) olan kimse kalmamıştı[68]. Yukarıda belirtilen siyasi sebep, yani eyaletleri İtalya ile aynı statüye sokmak fikri yanında, anılan emirnamenin çıkarılmasını maddi bir nedene bağlamak da mümkündür: Sadece Roma vatandaşlarının ödediği %5 tutarındaki veraset vergisi artık imparatorluk içinde yaşayan herkes tarafından ödenecek ve devletin hazinesine para girecekti[69].

Principatus döneminin parlak yıllarında, Cumhuriyet döneminde başlayan ekonomik büyümenin devam ettiğini, daha önceki yıllara kıyasen zenginliğin arttığını söylemek mümkündür. Roma devletinin bu zenginliği esas itibarıyla yine tarıma ve hayvancılığa dayanıyordu. Meyvecilik ve zeytincilik gelişmiştir. Ama, ticaretin de buna katkısı çok olumluydu. Kuzey Afrika, Avrupa'nın çayırları ve Asya'daki geniş top-

---

67 Caesar'ın öldürülme sebeplerinden biri tüm imparatorluğa Roma vatandaşlığını yaymak isteyişidir. Vatandaşlık hakkı tanımakta oldukça ihtiyatlı olan Romalılar şartların zorlamasıyla buna mecbur kaldılar. Özellikle Roma devleti için savaşan, vergi veren insanlar Roma vatandaşı olmanın avantajlarından faydalanmak istiyordu. Bazı istisnalar dışında Augustus'un tutumu da geleneksel Roma görüşüne uygundu, yani o da yabancı unsurların, Roma toplumunu ve bütün İtalya'ya vatandaşlık tevcih edildikten sonra güçlenen milli hisleri bozmasını istemiyordu. Bu imparatorun çıkardığı *lex Iulia de maritandis ordinibus, lex Iulia de adulteriis* ve *lex Pappia Poppea* gibi aile hukukunu düzenleyen kanunlar; *lex Fufia Caninia* ve *lex Aelia Sentia* gibi azat etmeleri zorlaştıran kanunlar Augustus'un nüfus politikasını göstermektedir. Ancak gerçeklere aykırı olan bu politikanın yürümesi imkânsızdı. Augustus'un kendisinden sonra gelecek imparatorlara bu politikayı sürdürmelerini vasiyet etmesine rağmen İmparator Claudius'tan (M.S. 41-54) itibaren bu tutum bir yana bırakıldı.

68 Roma'da insanların *cives Romani* (Roma vatandaşları) ve *peregrini* (yabancılar) olarak ayrılması çok eskiye dayanır. Esas itibarıyla Roma vatandaşı olmayan herkes yabancıydı. Bu yabancılar Roma devleti sınırları içinde veya dışında yaşayabilirdi. M.S. 212 tarihli *Constitutio Antoniniana*'dan sonra esas itibarıyla sadece Roma İmparatorluğu dışında yaşayan yabancılardan bahsetmek mümkündür.

69 Umur, Ders Notları, s.52. *Constitutio Antoniniana* hakkındaki çeşitli görüşler için bkz. Schwind, s.157.

raklar otlak olarak çok verimliydi. Zaptedilen birçok bölgeye İtalya'ya has sebze ve meyveler dikiliyordu. Eskiden bu meyve ve sebzeleri İtalya'dan ithal eden bölgeler şimdi tam tersini yapabiliyordu. Kölelik meselesi uyur vaziyettedir, kaynakları kalmamış, azatlılardan oluşan bir orta sınıf meydana gelmiştir[70]. Ancak; Cumhuriyet devrinde *latifundium* denilen geniş topraklarda üretim aksamaya başlamıştı, bunun nedenleri arasında Roma'ya artık eskisi kadar köle gelmemesi, arazi sahiplerinin üretimi arttırmak için tedbirler almayarak kentlerde oturmayı tercih etmeleri, nihayet bu toprakların bir kısmının uzun vadeli olarak fakir Romalılara kiraya verilmesi gösterilebilir. İşlenen toprağın yüzölçümü arttığı halde üretimde bir artış görülememekteydi.

Gelişen ticaret liberal bir anlayışa dayanıyordu. Ticaretin serbestçe yürümesini Akdeniz'i bir göl haline getirmiş olan Roma deniz filosu sağlamaktaydı. Diğer taraftan bütün İtalya ve eyaletleri birbirine bağlayan karayolları ticaretin imparatorluk sınırları içinde oldukça güvenli cereyan etmesinde önemli bir unsurdu. Milat sıralarında 80.000 km. uzunluğunda kaliteli karayolu inşa edilmişti. Bu derecede mükemmel bir yol şebekesine Avrupa, ancak bir daha XIX. yüzyılda tren yolu şebekesi ile kavuşacaktır. Su ve kanalizasyon şebekesi kurulurken sadece zamanın değil, geleceğin ihtiyaçları da hesaplanmıştı.

Devlet için kurulmuş posta teşkilatı, günde 75 km hızla işlemekteydi. Çok sonraları, İran'da Abbasî halifeleri zamanında olduğu gibi, bu posta, devlet hizmetleri içindi. Özel kişilerin postadan istifade etmeye başlaması, çok sonraları, Üniversitelerin ve ticaret şirketlerinin, XVI. yüzyılda kurdukları, tamamen başka bir gelişmenin sonucudur. Dolayısıyla; devlet hizmetine çalışan posta ile özel kişilerin hizmetine çalışan postanın kökenleri farklıdır[71].

Ticaretin ilerlemesinde, gelişen madencilik, tunç imalatı, demircilik, cam ve çömlek işçiliği, dokumacılık, yün, keten işlemeciliği, araba yapımı, imparatorluk çapında balıkçılık, salamuracılık gibi çeşitlenen ekonomik faaliyetler ve uygun bir para politikası olumlu rol oynamıştır. Bu kollarda çalışan işçiler örgütlenmiştir. Eskiden basılmış paralara ilave olarak yeni paralar da basılmıştır. Diğer taraftan Augustus döneminde faiz oranları yüzde dört ile altı arasında olmak üzere bir hayli düşmüştü. İtalya, eyaletlerden çok çeşitli mallar ithal ediyordu. Bunlar arasında Roma'da makine gücünün yerini tutan köleler, tahıl, madenler, keten, mermer, fildişi, kürk sayılabilir. İmparatorluğun dışında kalan ülkelerden mesela Çin'den ipek getirilerek impa-

[70] Umur, Ders Notları, s. 54.
[71] Umur, Ders Notları, s. 54.

ratorluk içinde işleniyordu. Cumhuriyet döneminde olduğu gibi bu dönemde de imparatorlar huzursuzluğu önlemek maksadıyla İtalya'ya düşük fiyatlı tahıl ithal ediyorlardı. Tahıl artık daha çok Kuzey Afrika'dan getiriliyordu. Hayvancılık, meyvecilik, zeytincilik yapmayı tercih eden geniş arazi sahipleri yanında halkın çoğunluğunu oluşturan ve zengin iki sınıf dışında kalan hür Romalılar buğday ve arpa ekip biçiyorlar, fakat dışarıdan gelen ucuz tahıl yüzünden geçimlerini güçlükle sağlıyorlardı. Augustus ile başlayan Roma barışı *(Pax Romana)* esas itibarıyla yine varlıklı sınıfların yararına olmuştur.

Devlet gelirini esas itibarıyla İtalya yarımadası dışındaki halktan toplanan arazi vergisi *(tributum soli)* ile Mısır, Suriye ve diğer bazı yerlerde şahıs başına alınan vergi *(tributum capitis)* oluşturuyordu[72]. Bunlar devlet tarafından doğrudan tahsil ediliyordu. Diğer taraftan bir başka gelir kaynağı da gümrük vergileriydi. Ancak gümrük vergi oranları düşük tutulduğu için ticarete engel teşkil etmiyordu[73].

Yunanistan, eski altın çağlarına göre gerilemiştir. Fakat bu gerilemenin Roma ile ilgisi yoktur. Roma ile ilişkilerinden önce gerileme başlamıştı. İmparatorluk sırasında; Yunanistan, kültür, sanat ve düşünce ülkesi, ziyaret ve eğitim merkezi olarak, rahatlık içinde yaşanan bir yerdi.

Mısır, eski devrin büyük zenginlik ambarı, servet kaynağı idi. ileri bir kağıtçılık, cam, işleme sanayi merkezi, ayrıca o devirden beri efsane diyarı olan Hindistan yolu üzerinde bir ülke idi.

---

72 Devletin aldığı arazi vergisi en çok yoksulları etkiliyordu, çünkü vergide esas alınan oran herkes için aynıydı. Bu nedenle yaşamlarını zaten zor sürdüren, politik hayatta bir etkisi olmayan bu halk kitlesi diğer sınıflara nazaran vergilerden olumsuz etkileniyordu. Ancak devletin aracıları kaldırarak, vergiyi doğrudan toplaması halkın rahatlamasına sebep olmuştu. İmparatorun idare ettiği eyaletlerden alınan vergiye *tributum, senatus*'un idare ettiği eyaletlerden alınan vergiye ise *stipendium* denmekteydi. Gaius (Gai. 2,14a) *tributum* veya *stipendium* alınan toprakların *mancipatio* ile devredilemeyeceğine işaret etmektedir. Bu kavramlar için bkz. Umur, Lügat.

73 Cumhuriyet döneminde ise devletin vergileri dolaylı topladığını söylemek mümkündür. Bu dönemde devlet bir bölgenin vergisini saptadıktan sonra bu paranın ödenmesini arttırmaya çıkarıyor, bu vergiyi en yüksek oranda ödemeyi taahhüt eden kişi (ekseriya bunun için ortaklıklar kurulmaktaydı) ihaleyi kazandıktan sonra ve bu miktarı devlete ödedikten sonra, kendisi halktan vergiyi topluyordu. Devlete ödediğinden fazla vergi toplarsa aradaki fark *publicani* denilen bu toplayıcıların oluyordu. Süvari sınıfının içinde yer alan bu toplayıcılar vergi toplamak için cebrî usullere başvurduklarından huzursuzluk baş gösteriyordu. Toplayıcılar, *censor*'un emriyle vergi ve gümrük resmi borçlularının mallarına el koyabiliyordu (Gai. 4, 28). İmparatorluk devrinde bu usul giderek azalmış, *publicani*'lerden götürü, yani halktan dolaylı olarak alınan vergi yerine yukarıda belirtildiği gibi dolaysız vergiler geçmişti. D. 50, 16, 16'da Gaius, Roma halkının devlete vermesi gereken ücretleri *(vectigal)* toplayanlara *publicani* dendiğini, zira «*publicus*» (kamuya ilişkin) kavramıyla Roma halkı *(populus Romanus)* arasında bir bağ olduğunu belirtmektedir. *Principatus* dönemindeki sosyo-ekonomik durum için bkz. Umur, Ders Notları, s.53 vd.; Kunkel, s.60 vd.

Küçük Asya ila Suriye, Mısır'a rakip düzeyde, sahil şehirleri son derecede zengindi.

Kuzey Afrika, Mısır gibi bir buğday ambarı, tahrip edildikten sonra yeniden inşa edilen Kartaca şehri, Akdeniz'in en büyük limanı ve ticaret şehri idi.

İmparatorluğun bazı mıntıkaları (meselâ kuzey Afrika), Roma İmparatorluğu devrindeki refaha, tarihlerinde, bir daha ulaşamamışlardır[74].

3. İlk İmparatorluk Devrinin Sonu

Principatus devrinin zayıf noktası, belirtildiği gibi, imparator olmanın açık bir kurala bağlanmayışıdır. Başka bir ifadeyle ölen imparatorun halefinin nasıl belirleneceği kesin olarak tesbit edilememiştir. Bir *magistra*'lık olan *princeps* makamının babadan oğula geçmesi Cumhuriyet geleneklerine aykırıdır. "Önde giden vatandaş" anlamına gelen *princeps*'in gücü, kanunlardan değil politik kişiliğinden, güçlü yapısından geliyordu. Bu özellik Augustus'ta vardı. Augustus'un başlattığı, kendi ölümünden sonra *princeps* olmasını istediği kişiyi bazı davranışlarla belirtme usulü ilk zamanlarda kabul görmüştü. İmparatorlar halefi olmasını istediği kişiyi evlat edinirler veya ona önemli devlet görevleri verirlerdi. İmparator öldüğünde belirlediği kişinin imparator kabul edilmesi mutlak değildi, bu seçimin bağlayıcı bir yanı yoktu, ancak ölen imparatorun arzusuna genelde uyulurdu.

İlk imparatorluk devrinin aynı zamanda bir filozof olan Marcus Aurelius'a (M.S. II. yüzyılın, ikinci yarısı) kadar çok büyük bir problemle karşılaşmadan devam ettiğini görüyoruz. Ancak Doğuda Pers'ler, Batıda ise Cermen ve diğer ırklardan gelen ordularla savaşmak zorunda kalındı. M.S. 235-284 yılları arası, Roma tarihinin en karlık ve karışık devridir. Savaşlar kazanıldı ama, bu arada Roma orduları büyük kayıplar verdi ve devlet maddî sıkıntı içine düştü. Marcus Aurelius'un bir oğlu vardı, başka bir kimseyi evlat edinmedi, oğlu Commodus, Marcus Aurelius'un ölümüyle imparator oldu. Artık gerçek anlamda monarşik bir idare başlamıştı. Commodus, müstebitliği ve keyfi davranışları yüzünden öldürüldükten sonra imparator olacak kişi ordular tarafından belirlenmeye başladı. Severus hanedanı (193-235) ile askerî bir idare başlamıştır, denilebilir. Yeni imparatorun belirlenmesi çok defa ordular arasında çatışmalara yol açıyordu. Öte yandan Roma sınırlarının diğer kavimler tarafından zorlanması, kötüleş-

74 Umur, Ders Notları, s. 55.

meye başlayan ekonomiyi daha büyük sıkıntıya soktu. Bu arada orduların yapısı da değişmişti. Augustus zamanında daha çok Romalılardan oluşan orduya artık çoğunlukla doğu eyaletlerinden gelen askerler alınmaya başlamıştı. Güçlerinin farkına varan ordular giderek daha fazla ücret istemeye başladılar. Bu şekilde devletin masraflarıyla birlikte vergiler de arttı, enflasyon görülmemiş boyutlara ulaştı. Salgın hastalıklar ortaya çıktı. Yeni vergiler getirildi. Zaman zaman mal olarak alınan vergiler orduya dağıtılıyordu. Ordu komutanlarının merkezi dinlememesi, hattâ isyanları ve bulundukları yerleri talan etmeleri çöküntüyü hızlandırmıştır[75]; ancak iç karışıklıklara rağmen Roma'nın dış dünya ile savaşlarda zaferleri sürmüştür.

Roma hukukçularının altın devri imparator Hadrianus (117-138) zamanında başlamış, Marcus Aurelius hukukçuları çok teşvik etmiştir. Artık meşhur hukukçuların imparatorluğun doğusundan geldiği görülmektedir. Severus sülalesi zamanında hukuk tatbikatı keyfiliğe yöneldiği halde hukuk biliminde zirveye ulaşılmış, imparatorun hizmetinde çalışan ve Iustinianus'un *Corpus Iuris Civilis* adlı kanunnamesinde eserlerinden bir çok parça alınan hukukçular (Papinianus, Paulus, Ulpianus) bu devirde yaşamıştır.

IV. SON İMPARATORLUK DEVRİ (M.S. 284-565)

Augustus'un ölümüne kadar Roma devletinde İtalya yarımadasından çıkan Roma (İtalyan) kavmi fikri hâkimdi. Buna dayanılarak da Roma'ya has Cumhuriyet devri kurumları esas itibarıyla devletin temelini oluşturmaktaydı. Augustus'un ölümünden sonra devlette evrim içinde imparatorluğa özgü bir yapılanma görülür. Bunu durdurmak mümkün değildi, sular kendi mecrasında akmalıydı. İmparatorluk duygusu güçlenmeye hattâ imparatorlar tarafından teşvik edilmeye başlandı. Bu değişim olmasa, birbirlerinden çok farklı kavimleri (Batıda İspanya, Galya, Doğuda Asya, Suriye; Güneyde Mısır gibi) yüzyıllarca bir arada tutmak mümkün olmazdı. Tek kişinin iktidarına daha yatkın olan Doğu kültürü, imparatorluğa hâkim oldu. Ancak bu birbirinden farklı halk kitlelerini, kavimleri eski gelenek, kurum ve usullerle yönetmek imkânsızlaştı. Bu durumda imparatorluğa hâkim olan Doğu anlayışına uygun bir yönetimin, yani tek kişinin idareyi başka hiçbir kurumla paylaşmadığı mutlakiyetin gelmesi kaçınılmaz oldu.

---

[75] Hausmaninger - Selb, s.42-43; Umur, Ders Notları, s.57 vd. Roma devletini yıpratan en önemli sebep olarak Hıristiyanlığı göstermektedir.

İlk imparatorluk devrinde görülen imparatorun belirlenmesindeki zayıflık artarak devam etmiştir. Hanedanın her zaman başka bir usulle devamı istikrarsızlık yaratmıştır. Her imparatorun ölümünde kargaşalık çıkıyor, her ordu kendi kumandanını imparator yapmak üzere baskı yapıyordu. M.S. 235 yılından sonra, elli yıl kadar süre, her kumandan kendi bölgesinde kendisini imparator ilan ettirmişti.

Özellikle Severus hanedanından itibaren imparatorun diğer organlar karşısında giderek artan gücü yine ordular tarafından imparatorluğa getirilmiş olan Diocletianus (M.S. 284-305) ile birlikte *Dominatus* denilen devrin başlamasına yol açtı. Ilımlı bir imparatorluk dönemi olarak niteleyebileceğimiz *Principatus* devrinden farklı olarak *Dominatus, dominus* (efendi, hâkim kişi) denilen tek kişinin mutlak egemenliğine dayanan bir rejimdir. Başka bir deyişle devlet iktidarı tamamen âdeta tanrılaştırılan bir imparatorda toplanmıştır[76].

Bu rejim, Doğu imparatorluğunda, Ortaçağ sonuna kadar devam edecek, daha sonra, rus "aristokratları"na esin kaynağı olacaktır[77].

Diocletianus, imparatorluğun yönetiminin Batı'dan Doğu'ya alınmasının, istediği merkeziyetçi, mutlak idare için gerekli olduğunu anlamıştı. Bu nedenle imparatorluk Batı ve Doğu olmak üzere iki idari bölgeye ayrıldı. Batı'ya arkadaşı Maximianus'u atadı, kendisi ise Marmara Denizi kenarındaki Nikomedia (İzmit) şehrine yerleşti. Bu hareketle Marmara Denizi ve buna bağlı olarak Boğaz'ın önemi vurgulanmış oldu. Roma-Helen kültürlerinin birlikte mevcut olduğu, ancak Doğu unsurunun ağırlık taşıdığı karmaşık yapıdaki bu devlet idare bakımından fiilen ikiye ayrılmıştır, hukuken imparatorluk yine bir bütün oluşturmaktaydı. Ancak devlet idaresi Constantinus (M.S. 307-337) tarafından bir merkezde toplandıktan sonra yine ikiye ayrıldı. Nihayet bu ayrılık kalıcı hale geldi, daimîleşti. Aslında her iki bölüm de, yani Romalı olma özelliğini koruyan Batı ve Helenizm'in ağır bastığı doğu bölgeleri bunu istemekteydi, çünkü her iki bölge birbirinden farklı gelişmeler içindeydi. Batı'da hâkim dil Latince olduğu halde, Doğu'da Yunancaydı. Doğu'da ekonomik durum Batı'ya oranla çok daha iyi idi. Nihayet Doğu'da devletçilik çerçevesi içinde belirli bir gelişme sağlanmıştı, halbukî Batı'da büyük toprak sahipleri feodal güç olarak idareyi etkileyip, halkın durumunu düzeltmesini engelliyorlardı. Bu çok kısa bilgi bile, iki bölgenin kaderinin ayrıldığını göstermeye yeterlidir.

---

[76] Bu dönemde *Dominatus* adını veren modern tarihçilerdir. Umur, Ders Notları, s.60; Hausmaninger - Selb, s.43.

[77] Carbasse, s. 28.

Doğu ve Batı'yı tek elden yönetmeyi tercih eden Constantinus döneminde Hıristiyanlığa serbesti tanınmıştı. Bu hoşgörü, içte birliğin sağlanmasında önemli rol oynadı. Constantinus, 330 yılında İstanbul'un bulunduğu yerde kurduğu Constantinopolis'i başkent yaptı. Constantinus'un ölümünden sonra Roma bir süre Batı Got'larla uğraştı. Got'lar Hun saldırısı yüzünden yerlerinden olmuş ve Roma sınırlarına dayanmışlardı. Büyük Theodosius (M.S. 379-395) usta bir manevrayla Batı Gotlar'a bazı imtiyazlar vererek tehlikeyi önledi. Aynı hükümdar Hıristiyanlığı devletin resmi dini olarak kabul etti ve öldükten sonra imparatorluğun iki oğlu arasında Doğu ve Batı olarak ikiye ayrılmasını vasiyet etti. Bu nedenle 395 yılında ölümüyle vasiyeti yerine getirildi. Roma İmparatorluğu'ndan Doğu ve Batı Roma olmak üzere iki ayrı imparatorluk doğmuş oldu.

1. Son İmparatorlukta İdari Teşkilât

Bu idare biçiminde imparator, *magistra*'lardan tamamen farklı bir statüye sahipti. İmparator artık *princeps,* yani vatandaşların birincisi değil, tüm yetkilerin toplandığı efendi ve tanrıdır *(Dominus et Deus)*. Hiyerarşik düzende sıralanan devlet memurları ve organları imparator tarafından atanmakta ve yetkilerini yine imparatordan almaktaydı.

Yasama, yürütme ve yargı erkleri imparatorda toplanmıştı. İmparatorluğun ikiye ayrılmasından sonra Doğu'da veya Batı'da çıkarılan bir kanun kural olarak diğerinde de yürürlüğe giriyordu.

Principatus devrinde olduğu gibi bu devirde de imparatorlukta halefiyet kanunla düzenlenmiş değildi. Yeni imparatorlar önceki imparator tarafından belirlenmekle birlikte, tatbikatta ordular işe karışmakta imparatorun belirlenmesi sırasında büyük karışıklıklar ortaya çıkmaktaydı.

Bu devirde merkezi idarenin en önemli memurları *magister officiorum* (sarayın haberleşme ve evrak işleriyle meşgul olan bir nevi içişleri bakanı), *quaestor sacri palatii* (kanunların hazırlanması ve diğer hukukî işlerle uğraşan memur) ve *comes sacrarum largitionum* (İmparatorluk hazine bakanı) idi. Yüksek memurlardan ve imparatorun güvendiği kişilerden oluşan bir kurul *(consistorium)* özellikle imparatorun danışmanlığını yapıyordu[78].

İmparatorun uygun gördüğü ve bir emirname ile ifade ettiği irade, kanundur. Ulpianus bu durumu, daha II. yüzyıldan itibaren açıklamış ve bu geniş yetki, Ortaçağ'daki monarşik rejimlerin siyasal tar-

[78] Umur, Ders Notları, s.61; Karadeniz - Çelebican, s.32-34.

tışmalarında büyük önem kazanmıştır. Eğer imparator kanun yapabiliyorsa, bu daha önce kanun koyucu iktidarına sahip bulunan halkı, açıkça, ona yetki verdiği içindir. Bu iktidar, imparatora yetki kanunu ile *(lex de imperio)* verilmiştir.

Bu düşünce; Ulpianus'ın Institutiones'inden, Iustinianus'un Digesta'sının başlarında yer alacak (D. I, 4, 1, pr) ve Ortaçağ siyasal düşüncesinin temel metinlerinden biri olacaktır[79].

2. Son İmparatorlukta Sosyo - Ekonomik Durum

Dominatus döneminde asil sınıfı imparatorun kendilerine soyluluk verdiği kişiler, özellikle yüksek memurlar oluşturmaktaydı. *Senatus* sınıfının bu devirde de mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Bu sınıfın katıldığı *senatus* meclisi sadece şeklen, imparatorun kanun tasarılarını kabul etmek için toplanmaktaydı. Üye sayısı, sağlıklı bir meclisin çalışmasını engelleyecek kadar çok artmıştı, hattâ *senatus* üyesi azatlılar dahi bulunmaktaydı. İmtiyazlı sınıflar içinde ordu mensupları, devlet memurları ve Hıristiyanlığın kabulünden sonra kilise mensupları görülmektedir.

Roma devleti vatandaşı olan halk artık «teba» idi, imparatora itaat etmekle mükellefti. İdareye katılması mümkün değildi.

Daha *Principatus* devrinin ortalarından ama özellikle *Dominatus* devrinden itibaren halk mutlakiyete özgü olarak belli sınıflar içinde yer almaya başlamıştı. Bir sınıfa mensup olmak irsî hale geldiği gibi bir sınıftan diğer sınıfa geçmek hattâ farklı sınıflar arasında evlenmek yasak edilmişti. Bunun amacı her sınıfa yüklenen kamusal görevlerin ifasının aksamamasının temini idi. Son imparatorluk devrinde soylu sınıf olarak kabul edilen, bu nedenle bazı imtiyazlardan yararlanan ve kendilerine vergi toplama mükellefiyeti yükletilmiş olan *decurio* sınıfı üyeleri bile bundan şikâyetçiydiler, çünkü hesaplanmış vergilerin ödenmemesinden malvarlıklarıyla sorumlu tutuluyorlardı. IV. yüzyıldan itibaren *colonus* denilen, daha önceki devirde bir toprağı hâsılat kirasına dayanarak işleyen köylülerin, vergi ödemelerini teminat altına almak için bulundukları topraktan ayrılmaları yasak edilmişti. Vergi sistemi yine tarımı esas alıyordu. Ancak vergi belirlenirken artık ürünün miktarı ve toprağın verimi de dikkate alınmaya başlanmıştı. Yine vergi mükelleflerinin durumunu düzeltmek için her yıl verginin ne zaman toplanacağı ve oranının ne olacağı önceden ilân edilmeye başlamıştır. Diğer taraftan esnaf ve zenaatkârların da mutlaka meslek

[79] Carbasse, s. 43 ve s. 43 dn. 1.

kuruluşları içinde yer almaları gerekiyordu. Meslek kuruluşları üyelerinin vergilerini ödemelerinden sorumluydu. Devlet vergi gelirlerini azaltmamak için akla gelebilecek her tedbire başvuruyordu. Vergi toplayıcılarının baskısından bunalan halk çok defa toprağını terkederek toprağa bağlı *colonus* olmayı tercih ediyor, büyük toprak sahiplerinin yanına sığınıyordu[80].

Şehirler de boşalmıştır. Bu sadece, nüfus azalışının bir sonucu değildir, geçimi yerinde aileler de bürokratik zorlamalardan ve malî baskılardan korunmak için çiftliklerine sığınmıştır[81].

Principatus devrinde imparator Nero (M.S. 54-68) zamanında başlayan enflasyonist baskılar yüzünden para sistemi tamamen bozulmuştu. Diocletianus, üzerinde Roma'nın büyüklüğünü ifade eden ibareler yazdırdığı yeni paralarla sistemi düzeltmek, maaşlar ve vergilerin mal olarak ödenmesini ortadan kaldırmak istemiştir.

Hukuk alanındaki liberal düşünceye ve ferdiyetçi rejime karşılık, özellikle tarım ürünlerinde, devletin müdahalesini görüyoruz (narh uygulaması). İktidar ve memurları, iktisadî hayatı düzenlemeyi üstlenmişlerdir.

Bu bağlamda fiyat artışlarını, enflasyonu kontrol altında tutmak isteyen Diocletianus bir narh kanunu çıkarmıştı. *Edictum de pretiis rerum venalium* denilen bu kanunla tüm hizmetlerin ve malların fiyatları değişmez bir biçimde tespit edilmişti. Diocletianus'un fikrine göre piyasada istikrarı, vergilerin toplanmasını sağlamak ancak fiyatların ve ücretlerin kesin bir biçimde saptanmasıyla mümkündü. Ancak mal üretimini arttırmak ve tüketimini etkilemek imkânı olmadığından bu beyanname tutmadı, birçok mal piyasadan kayboldu. Esas olarak, tahıl fiyatları, narh fiyatına tabi olduğu ve fiyat düşük bulunduğu için, üretim azalmıştır. Mal az üretildiğinden, satışlar azalmıştır.

Çok ağır cezalara rağmen, kanun tam bir başarısızlıkla sonuçlanmıştır.[82] Enflasyonu durdurmak mümkün olmuyordu, sonradan alınan diğer bütün tedbirlere rağmen devam etmiştir[83].

---

80 Umur, Ders Notları, s.62-66; Kunkel, s.124 vd.

81 Carbasse, s. 30.

82 Imbert. s. 73.

83 Bkz. Umur, Lügat, *Edictum Diocletiani De Pretiis;* Kunkel, s.150.

3. İmparatorluğun Sonu

M.S. 395 yılında imparatorluğun Batı Roma İmparatorluğu ve Doğu Roma İmparatorluğu şeklinde kesin olarak ikiye ayrılmasından sonra Batı'nın varlığı uzun sürmedi. Devamlı olarak Roma sınırlarını aşmak isteyen Cermen kavimleri (Got'lar) Batı Roma'yı hırpalamaya devam ettiler. Bir başka tehlike de Asya'nın ortalarından batıya doğru yürüyen Hun'lar tarafından yaratılıyordu. IV. yüzyıldan önce Doğu Got'larını yenen Hunlar Tuna nehri çevresinde elli yıl kadar kaldılar. Önce Bizans, yani Doğu Roma ile savaşan Attila'nın krallık ettiği Hunlar, daha sonra Batı Roma'ya saldırdılar. Ancak bu sırada Batı Got'larla ittifak içinde olan Batı Roma, Hun'lara başarıyla karşı koydu. Attila'nın ölümünden (453) sonra Hunlar güçlerini kaybettiler. Bu arada iyice zayıflayan Batı Roma devam eden Cermen saldırılarına karşı koyamadı. 476 yılında Cermen orduları komutanı Odoacre, Batı Roma İmparatorluğuna son verdi.

Zaten, asıl Romalı olan putperestler, işlerden el çekmeye başlamışlardı. Mütevekkil insanlar olan Hıristiyanlar durumdan şikâyetçi değildir. "Pön Savaşları sırasında insanların durumu daha fena idi" diyorlardı. Bir devlet yıkılırken içinde yaşayan fertler şöyle veya böyle yaşamaya devam ettiklerinden, bunu fark edememektedir[84].

Doğu Roma İmparatorluğu ise giderek yıpranmasına rağmen on asır kadar daha yaşamayı başardı. Kaybedilen birliğin özlemini yaşadı, fakat onu tekrar kuramadı[85]. Batı Roma'nın sona ermesinden sonra Latin kültürü ile bağları iyice kopan Doğu Roma, Yunan kültürünün hâkimiyetine girdi. Bu bin yıllık süreç içinde başkent Constantinopolis, Avrupa'nın kültür düzeyi en yüksek ve en görkemli şehri kabul ediliyordu. İhtiyarlayan, devrini dolduran, soysuzlaşan Doğu Roma İmparatorluğu doğudan gelen Türk saldırılarına bir müddet karşı koydu ise de, 1453'de II. Mehmet (Fatih Sultan Mehmet) İstanbul'u fethederek imparatorluğa son verdi. Constantinopolis İstanbul adını aldı. Bizans'ın fethi aynı zamanda, Osmanlıların Yeniçağ'da yapacakları atılımların başlangıcı oldu.

Romanistler *Dominatus* devrinin Iustinianus (VI. yüzyıl) ile sona erdiğini kabul ederler. Iustinianus kısa bir süre için de olsa imparatorluğu tekrar ele geçirmiş, kültür, din ve özellikle hukuk alanında birlik sağlayan adımlar atmıştır. Başka bir deyişle Iustinianus'un ölümüne kadar Doğu Roma İmparatorluğunda Roma ruhunun tekrar canlandı-

---

[84] Umur, Ders Notları, s. 66.

[85] Carbasse, s. 31.

ğını söylemek mümkündür. Ancak bu imparatorun ölümünden sonra imparatorluğa tekrar Helen ve doğu kültürünün hâkim olduğu, Bizans imparatorlarının kendilerini Romalıların kralları olarak nitelemelerine rağmen yeni bir düşüncenin ağırlık kazandığı görülmektedir. Bu nedenle Bizans Devri ayrı bir uzmanlık ve inceleme konusudur.

Roma İmparatorluğu sonraki çağlarda etkisini üç alanda sürdürmüştür.

1) Siyaset alanında Ortaçağ'dan itibaren imparatorlar, özellikle Alman İmparatorları Roma İmparatoru sıfatıyla taç giymişler, kendi imparatorluklarına meşruluk kazandırmak için Roma imparatorlarının halefi gibi davranmışlar ve aynı nedenle imparatorluklarında Roma hukukunu uygulamışlardır. Diğer taraftan, Roma tarihi, devlet organlarının birbiriyle uyumlu, istikrarlı çalıştıkları takdirde bir devletin nasıl ilerleyeceğini ortaya koyduğu gibi, fertlerin serbest bir düzenlemede kişiliklerini nasıl göstereceğinin de örneğini vermektedir. Romalıların geleneklerine bağlılığı, bunlardan geçici hevesler uğruna vazgeçilmemesi gerektiğini de gözler önüne sermektedir.

Siyasal anlamda imparatorluk fikri, hemen hemen hiçbir zaman kaybolmamıştır. Şarlman, Fatih Sultan Mehmet, Şarlken, Napolyon, hep aynı fikrin peşinde koştular.

2) İmparatorluğun yarattığı fikir, dünyayı tek elde, bir birlik olarak idare etmek fikri idi. Başarılı olan siyasal hayatından sonra Roma, aynı fikri başka bir alanda yaşattı: Merkezi Roma'da olan Hıristiyanlık dinî ile Avrupa'yı birleştirmekte de başarılı oldu: Ortaçağda hâkim olan kanaate göre, bu durum, putperest imparatorluğun insanların anlayamayacağı bir sonucu idi.

Roma devletinde Hıristiyanlar çok sıkı bir şekilde takip edilmiş, cezalandırılmış ve eziyet çekmişlerdir. Roma devleti Hıristiyanlığa mani olmaya çalışmakta kendi açısından haklıydı, çünkü Hıristiyanlık askerlik, kamu hizmetlerinin ifası gibi dünyevi değerler için çalışmayı reddediyor, bu durum ise dinden uzak, dünyevi temellere dayanan Roma devletini sarsıyordu[86]. Bir müddet sonra, Constantinus zamanında Milano beyannamesi ile Hıristiyanlığa hoşgörülü davranılması öngörüldükten sonra, IV. yüzyılda Hıristiyanlık devletin resmi dini haline geldi. Bu şekilde bir Hıristiyan imparatorluğu ortaya çıkmış olu-

[86] Hıristiyanlığın kurucusu İsa, Augustus zamanında doğmuş, Tiberius zamanında çarmıha gerilmiştir. Hıristiyanlık özellikle köleler ve yoksul halk arasında çok taraftar bulmuştur. Askeri yenilgiler, ekonomik bozukluklar zaman zaman hıristiyanlara bağlanmış, hattâ Nero zamanında hıristiyanlar Roma'yı yakmakla suçlanmışlardır.

yordu. Hıristiyanlık ile Roma devleti birbirlerini, bazı alanlarda hukuk yönünden etkilediler. İnsaniyet, hakkaniyet gibi önemli prensipler Roma hukuku kurallarında ifadesini bulurken, Kilise Hukuku da Roma kaynaklarına dayanılarak yaratıldı. Hıristiyanların dinî lideri Papa küçük bir devlet olan Vatikan'da bulunmakta ve Roma Hıristiyanlığın merkezi sayılmaktadır. Daha önce olduğu gibi, bugün de, Hıristiyanlığın dünya politikasındaki etkisi küçümsenemez.

3) Ortaçağ sona ererken; Roma, bu kez üçüncü bir alanda dünyayı birleştiren bir merkez oldu: Hukuk birliği sahasında da başarılı oldu.

Roma İmparatorluğu'nun kültür ve özellikle hukuk alanındaki etkisi XX. yüzyıldaki kanunlaştırma hareketlerine kadar doğrudan doğruya olmuştur. Modern milli kanunların yapılmasından sonra Roma hukuku kuralları kanun maddelerinde yaşamaya devam etmektedir.

Bugün bir Avrupa toplumunun, birliğinin varolduğu kabul edilirse, bu toplumun temelinde Roma hukuku yatmaktadır. Avrupa birliğini; hukuk alanında, Roma hukukundan kaynaklanan hükümler sağlamaktadır[87].

[87] Umur, Ders Notları, s.67; Karadeniz -Çelebican; s.35.

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKU TARİHİ

§ 2. Roma Hukukunun Devirleri

Romanın kurulduğu M.Ö. 753 tarihinden Iustinianus'un ölüm tarihi olan M.S. 565 yılına kadar uzanan bir süreçte oluşan ve yürürlükte kalan hukuka "Roma Hukuku" denmektedir. Bu uzun süre içinde hukuku yaratan kaynaklara ve çeşitli etkenlere bağlı olarak hukuk kuralları da değişiklik göstermiştir.

Hukuk kaynağı deyimi iki farklı anlam taşıması açısından önemlidir. Hukuk kaynağı, öncelikle hukuku yaratan kaynakları ifade eder. Hukuk kurallarının ortaya çıkmasını, doğmasını sağlayan bu yaratıcı kaynaklar *(fontes originis)* siyasi devirlere göre etkilerini kaybetmiş, değişmiş ya da eski kaynaklara yenileri ilave olmuştur. Yaratıcı kaynaklar, *senatus* ve halk meclisleri, hukuk ilmi, imparatorlar ve başkaları olabilir.

Hukuk kaynağı deyimi, hukukun bilgi kaynakları *(fontes cognoscendi),* bir başka deyişle hukukun öğrenilmesine yarayan yazılı yapıtlar anlamında da kullanılmaktadır. Bilgi kaynakları Roma hukuku açısından çok önemlidir. Yüzyıllar boyunca devam eden bir süreçte meydana gelen Roma hukukunu yaratan şartları ve hukuk kurallarının varlık sebeplerini ancak bilgi kaynakları oranında öğrenebiliriz. Tarih içinde geriye gidildikçe bilgi kaynaklarının sayı ve güvenilirliğinin azaldığı görülür. Eski hukuk kaynakları hakkında bilinenler az ve efsanevi olduğu halde, Milâttan itibaren kaynaklar çoğalmakta ve hukukun bilinmesi nispeten kolaylaşmaktadır. Bilgi kaynakları arasında, hukukçuların kitapları, tarihçilerin ve edebiyatçıların eserleri, anıtlar ve günümüze ulaşan kanunlar, belgeler sayılabilir.

Üstelik hukuk sistemlerinin gelişmesi tam anlamıyla açık değildir. Birçok noktada uzmanlar tartışmaktadır: eski devirler için belgeler eksik, "kaynakları" bazen sislidir veya boşluklar vardır. Kaynakların giderek, daha bol olduğu daha yakın devirler için, farklı yorumlar, görüşler mevcuttur[1].

Roma hukuku bilgi kaynakları içinde imparator Iustinianus tarafından M.S. 529-534 yılları arasında yapılmış aynı zamanda bir kanun ve bir ders kitabı olarak, o devre kadar gelen hukuk malzemesini bir araya toplayan *Corpus Iuris Civilis* ve II. yüzyılda yaşamış olan hukukçu Gaius'un yazmış olduğu *Institutiones* adlı eser çok önemlidir. Roma hukuku hakkındaki bilgilerimiz esas itibarıyla metinleri elimize doğrudan doğruya geçen bu iki kaynağa dayanmaktadır. Bu yapıtlar hakkında ileride geniş bilgi verilecektir.

Gerek hukuku yaratan kaynaklar gerekse bilgi kaynakları dikkate alındığında Roma hukukunun asırlar boyu devam eden ortaya çıkma sürecinin devirlere ayrılarak incelendiği görülür. Tarihin kesintisiz yürüdüğü bir gerçektir, yine de siyasi devirleri olduğu gibi hukukî devirleri de birbirinden ayırmak için bazı karakteristik olgular esas alınmıştır, ancak bu konuda romanistler arasında birlik mevcut değildir. Bazı kitaplarda hukuk tamamen siyasi devirlere, yani daha önce incelediğimiz Krallık, Cumhuriyet, İlk İmparatorluk, Son İmparatorluk devirlerine göre ele alınmakta ve açıklanmaktadır. Hukuk kurallarının değişen rejimlere hemen uygunluk göstermesi beklenemeyeceğinden hukuk devirlerinin siyasi devirlerle aynı ayırıma tabi tutulması isabetli değildir. Konuyu açıklarken çok benimsenen bir ayırımdan hareket ederek Roma Hukukunu üç dönem itibarıyla anlatacağız: Eski Hukuk Devri, Klasik Hukuk Devri, Klasik Sonrası (Postklasik) Hukuk Devri.

M.Ö. 753'ten, M.S. 565'e kadar uzanan zaman sürecindeki hukukun bütününe Roma Hukuku denmektedir. Bu kadar uzun yüzyıllar boyunca, siyasal devirlerde olduğu gibi, hukuk tarihinde de nitelik farkı gösteren devirler vardır. Bu sebeple, kaynaklar bu üç devre ayrılarak incelenmektedir.

---

[1] Carbasse, s. 11.

I. ESKİ HUKUK DEVRİ (M.Ö.753 – M.Ö. II. yüzyılın ortaları)

Ius Civile veya *Quirites* devri de denilen Eski Hukuk Devri'nde esas itibariyle teamül hukuku hâkimdir. Romalılara ait gelişmiş hukuk kurumlarının bir çoğunun kökleri *mores maiorum*'a (ataların âdetleri) kadar uzanır[2]. En eski hukuk olarak nitelendirilen bu kurallar yazılı değildi. İlk devirlerde Romalılar nereden geldiğini bilmeden, araştırmadan bu hukuk kurallarına itaat ederlerdi.

Hukuk tarihi araştırmaları, ilk hukuk kurallarının kanun koyucunun iradesi olarak ortaya çıkmadığını, insanların toplum halinde yaşayabilmelerini sağlayan bazı davranış kurallarının yine bir toplum halinde yaşama sonucunda örf ve âdet kuralı biçiminde belirdiğini göstermektedir. Uzun bir süre tekrarlanan âdetler toplumda yerleşir, artık başka türlü davranmanın mümkün olmadığı ortak bilincine varılır. Buna *opinio necessitatis* (zorunluluk fikri) denmektedir. İnsanlar, kaynağını bilmeden o şekilde davranmanın gereğine inanırlar. İlk hukuk kuralları bu amaçla konulmayan fakat zamanla üzerinde ortak bir inanç meydana gelen davranış kurallarıdır. Bununla birlikte her örf ve âdet kuralı mutlaka hukuk kuralı düzeyine yükselemez. Bir örf ve âdetin hukuk kuralı sayılması, teamül hukuku içinde düşünülebilmesi için bir müeyyideye, yaptırıma bağlanmış olması gerekir. Başka bir deyişle tüm hukuk kuralları gibi, ihlâl edildiğinde bunlara da müeyyide uygulanması gerekir. Diğer unsurlar, yani uzun süre tekrarlanma[3] ve zorunluluk fikri bulunsa bile bu kurala aykırı davranan kimseye yaptırım uygulanmıyorsa ortada bir örf ve âdet kuralı vardır, ancak hukuk kuralı yoktur[4].

Ataların adetlerine, geleneklerine bağlı kalmak Romalılara özgü bir karakter yapısıdır. Geleneklerin Roma hayatında çok önemli bir

---

2 Örf ve âdet hukukunu ifade etmek üzere Romalılar *mores maiorum*'dan başka *consuetudo* (alışkanlık, gelenek) ve *ius non scriptum* (yazılı olmayan hukuk) ibarelerini de kullanırlardı. Hukukçu Pomponius, (Digesta, 1, 2, 2, 1-3'de) devletin ilk zamanlarında halkın belli bir kanuna, belirli hukuk kurallarına tâbi olmadan işlerini gördüğünü belirtmiştir. Hukukçuya göre, kral Romulus ve sonraki kralların halk meclislerine getirdikleri tasarılar kanun haline gelirdi, ancak krallığın kaldırmasından sonra bu yasalar da yürürlükten kaldırılmıştır. Roma halkı yürürlükte bir kanun bulunmadan, hayatını geleneklere göre sürdürmüştür. *Mores maiorum* için bkz. Schwind, s.23-25; Apathy P.- Klingenberg G. - Stiegler H.; Einführung in das römische Recht, Wien 1994, s.11.

3 D. 1,3,33'te yazılı bir kuralın bulunmadığı hallerde uzun süreli geleneğe hukuk ve kanun olarak riayet edilmesini söyleyen Ulpianus, D. 1,3,34'de geleneğin (tekrarlanma) ya toplumda ya da davalarda oluşacağına değinmektedir.

4 Ancak, örf ve âdet kuralı, eleştirilerle de karşı karşıyadır. Büyük merkezî devletler için, belirlenmesi zor, değişken ve bölgelere göre birbirinden çok farklıdır. Ayrıca, bazı kez, akla ve bilime aykırı olabilir. Bu sebeple, XVIII. yüzyılda Voltaire, "Fransa'da; yolcu, bir bölgeden bir bölgeye giderken, posta atlarından çok, örf ve âdet değiştirmektedir" demektedir (Gaudemet, s. 59).

yer tutması özel hukuk alanında daha da belirginleşmektedir. Özel hukuk alanında kanun çok azdır. Romalılar yürürlükteki hukuku radikal müdahalelerle değiştirmek eğiliminde değillerdi, ancak sosyal sorunların zorladığı, devletin dirlik ve düzeninin tehlikeye girdiği durumlarda kanun yoluna başvurulur, yazılı hukuk yaratılırdı[5]. Kanun "devletin" ortaya koyduğu hukuk kaynağıdır. İşte sadece Roma hukuk tarihinde değil, genel hukuk tarihinde de önemli bir yeri olan, sosyal sorunları çözmek veya hafifletmek için çıkarılmış 12 Levha Kanunu *(Lex Duodecim Tabularum)* buna örnektir. 12 Levha Kanununda tarım, arazi, sürülerin korunması, komşular arasındaki anlaşmazlıklara ilişkin hükümler esas yeri tutar.

1. Oniki Levha Kanunu (Lex Duodecim Tabularum)

Teamüller, örf ve âdetler yoluyla oluşmuş hukuk kuralları rahipler sınıfı tarafından bilinir ve gizemli bir sanat olarak, gereğinde kullanılırdı. O tarihlerde rahipler sınıfına ancak *patricius*'ların girebildiği düşünülürse, rahiplerin yazılı olmayan bu hukuku *patricii* sınıfı yararına yorumlayıp uyguladıkları ve bu durumun *Pleb* sınıfının tepkisini çektiği sonucuna varılır.

Bilinen Roma tarihinin ilk kanunlaştırma hareketi 12 Levha Kanunu'nun yapılmasıdır. M.Ö. V. yüzyılda gerçekleştirilen bu kanunname Roma'da o devre özgü toplumsal sorunların bir ürünüdür. Özellikle *patricii-Pleb* çekişmesi, böyle bir kanunun yapılmasına yol açmıştır. Biraz sonra anlatılacağı üzeri esas itibariyle teamül hukukunu hâkim bırakan yalnız tartışmalı hususlara açıklık getiren bu kanun ve atalardan intikal eden hukuk, sınıf mücadelesine rağmen Roma halkının etnik, kültürel ve ekonomik alanda tek bir kavim olarak teşkilâtlanmasında önemli bir rol oynamıştır.

Krallığın yıkılmasından sonra gelen Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında, durumun önceki rejimden pek farklı olmadığı, *patricius* sınıfının hayatın her sahasında egemen kalmayı sürdürdüğü görülmektedir. Ekonomik bakımından güçlü olan *patricii* sınıfı devletin yüksek, etkili makamlarını *(consul* vb.) elinde tuttuğu gibi savaşlarda toplanan

---

[5] D.1,1,6,1 Ulpianus *Ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto ut apud Graecos* (Yunanlılarda olduğu gibi hukukumuz yazılı olan ve yazılı olmayanlardan meydana gelir). D. 1,3,32'de Iulianus, yazılı kanunların olmadığı hallerde gelenekler ve âdetlerle getirilmiş olana dikkat edilmesi gerektiğini, eski bir âdetin kanun gibi dikkate alınmasının doğru olduğunu, geleneklerle getirilmiş olanın teamül hukukunu oluşturduğunu belirtmektedir. Hukuk kaidelerine ilişkin tek kitaplık eserinde (1,4) Ulpianus "Uzun süreli geleneklerde yerleşmiş örf ve âdet hukuku *(mores)* halkın zımni kabulüdür" demektedir. Iustinianus da (I. 1, 2, 9) yazılı olmayan hukukun, geleneğin kabul ettiği hukuk olduğunu ifade etmektedir.

ganimeti de kendine ayırıyordu. Düşmandan ele geçirilen arazi *(ager occupatorius)* devletin mülkiyetine geçmekle beraber bu topraklardan yararlanma hakkı ücretli veya ücretsiz olmak üzere daha ziyade *patricius*'lara bırakılıyordu. Bu toprakların bir bölümü *patricius*'lar tarafından ücret karşılığında, işlenmek üzere *pleb*'lere kiraya veriliyordu.

Bu durum ise *pleb*'leri, *patricius*'lara iyice bağımlı kılıyordu. Diğer taraftan o devrelerde açlık, salgın hastalıklar ve sınır savaşları en çok *pleb* sınıfını etkiliyordu. Ekonomik bakımdan daha güçlü olan *patricius*'lardan borç almak zorunda kaldıkları para ve malları geri veremeyenler çoğunluktaydı. Borç para çok yüksek faiz karşılığında sağlanabiliyor ve ödenemeyen borçlar için sert icra usullerine başvuruluyordu.

Patricii ve *pleb*'ler arasında diğer bir eşitsizlik ve huzursuzluk da iki sınıf mensuplarının evlilik yasağından kaynaklanıyordu. Bu durum 12 Levha Kanunu ile dahi düzeltilememiş, daha sonraki bir tarihte, M.Ö. 445 yılında çıkarılan *lex Canuleia* adlı kanunla eşitsizlik giderilmiş, *pleb*'lere *patricius*'larla *conubium,* yani evlenme hakkı tanınmıştır.

Bu sosyo-ekonomik problemler yanında ve yine bunlarla ilişkili bir diğer neden hukuk güvenliğinin bulunmamasıdır. Yukarıda değinildiği gibi hukuk bilgisinin *patricius* sınıfından gelen rahiplerin elinde bulunması, rahiplerin hukuku gizli tutmaları ve geniş bir kitlenin bu hukuku öğrenmesine olanak tanımamaları, kısaca hukukta açıklığın sağlanamaması *pleb*'lerin aleyhine oluyordu. Sınıf mücadelesinin amacı olan yürürlükteki hukukun tüm halkın bilgisine sunulması ve herkes tarafından öğrenilebilmesi ancak hukukun yazılı hale gelmesiyle mümkündü.

Oniki Levha Kanunu *patricii-pleb* sınıf mücadelesi sonunda kanun koyucunun iradesiyle ortaya çıkmış olan yazılı hukuktur[6] *(ius scriptum)*. Bu kanun elimize doğrudan doğruya geçmemiştir. Ancak yüzyıllar boyunca ağızdan ağıza intikal ederken değişikliklere uğradığı çok muhtemel olan bu kanun hakkında ondan çok sonra, Milât sıra-

---

6 Tarihî Mektep hukukçularından Rudolf von Ihering'e göre (1818-1882), her hukuk kuralı, kişilerin veya insan zümrelerinin bir mücadelesi sonunda oluşur. Hukuk kuralı, insanların menfaatleri çatıştığı zaman bozulan dengeyi yeniden sağlamaya yarayan geçici bir formüldür; menfaatlerin şeklinin veya insanların birbirleriyle olan ilişkilerinin değişmesi, kişilerin teşkil ettiği zümrelerin kuvvetlenip zayıflaması, o dengenin de değişmesine yol açar ve o zaman yeni bir kural, dengeyi tekrar sağlar. Hukukçuların tarihlerine bakıldığı zaman, hukuk kurallarının daima, menfaat çatışmaları sonunda, fertlerin veya zümrelerin sarfettikleri bir faaliyetten doğdukları görülür. Ihering, bu açıklamasından sonra, hukuku, yalnız hukuk kurallarının gelişmesi bakımından değil, bir hukuk kuralının doğmasına yol açabilecek olan bütün dış sebeplerin de dikkate alınarak, incelenmesi gerektiğini, belirtmektedir (Umur Z., Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 1993, s. 19-20).

larında yaşamış tarihçiler (meselâ Titius Livius) ve hukukçular bilgi vermektedir. Bu bilgilerin gerçeğe ne kadar uyduğunu kesinlikle tespit etmek mümkün değildir, çünkü yazarlar verdikleri bilgileri efsanevî açıklamalarla süslemişlerdir.

Titius Livius, Roma Tarihi isimli eserinde, kökeninde sınırsız olan *consul* (devlet başkanı) *imperium*'unu[7], "hür bir şehir devletinde *(civitas)* kabul edilemez" olduğu için, bu düzenleme ile, yetkilerini sınırlayan kanunları kaleme almanın söz konusu olduğunu yazmaktadır[8].

M.Ö. 451 yılında *consul*'lerin normal seçimi ertelendi ve sadece *patricius*'lardan oluşan on kişilik bir kurul kanunu yazmak üzere *(decemviri legibus scribundis)* görevlendirildi. Bu on kişilik kurul görev yaparken diğer *magistra*'lar devreden çıkarılmıştı *Patricius*'lar daha önce *pleb*'lerin kanun yapılması yolundaki isteklerine karşı çıkmış, sonra *pleb*'lerin *tribunus plebis* makamından vazgeçmelerini şart koşmuşlardı. Nihayet rivayete göre Solon kanunlarını incelemek üzere Yunanistan'a bir heyet gönderilmiştir[9].

Geniş açıdan alınırsa, Atina, hukukun vatanı, Roma'ya felsefi düşünceyi vermiş, fakat ona hiçbir hukuk tekniği teklif etmemiştir. Birincisi hukuku sistemleştirmeden âleti yaratmış, diğeri bu âletle, yüzyıllara karşı koyacak bir doktrin inşa etmiştir[10].

M.Ö. 450 yılında 10 levha tamamlanmıştır. Ertesi yıl bu kez hem *patricus*'ların hem de *pleb*'lerin yer aldığı bir kurul son 2 levhayı hazırlamıştır. Bu arada keyfi idareye meyleden bu kurul görevden düşürüldü. Seçilen *consul*'ler hazırlanmış metnin halk meclisinde oylanarak kabulünü sağladıktan sonra, bronz veya tahta levhalar üzerine yazılarak Forum meydanında ilan ettiler. Bu şekilde, son söz roma halkının ve halk tarafından oylanarak kabul edilen ilk kanun olmuştur, ancak son olmayacaktır. 12 Levha Kanununun yazıldığı levhaların M.Ö. IV. yüzyılda Galya'lıların Roma'yı istilası sırasında tahrip edilmiş olması üstelik -

---

7 Maiyetindeki kişilere emretme ve yerine getirilmesi için gerekli tüm tedbirleri alma yetkisi.

8 Carbasse, s. 33.

9 Honsell H., Romisches Recht, vierte, ergänzte Auflage, Berlin 1997, s.4. 12 Levha Kanunu üzerindeki Yunan etkisi çok (D. 10, 1, 13) tartışılan bir konudur. *Pleb*'lerin Roma'ya yakın yerlerde bulunan Yunanlılarla temas ettikten sonra kanun yapılmasını bir çare olarak görmeleri mümkündür, çünkü kanunlaştırma hareketleri Yunanistan'a yabancı değildir. M.Ö. 494 yılında *pleb*'lerin Roma'dan ayrılarak Aventinus'a dağına gittikleri ve orada Yunan tacirlerin demokratik sayılabilecek bazı fikirlerinden etkilendikleri sanılmaktadır. Bunun dışında Romalılar ve Yunanlılar arasında çeşitli ilişkilerin varlığı da bir gerçektir. Güney İtalya ve Sicilya'daki Yunan şehirlerine heyet gönderilerek özellikle kanun tekniği, konuların sıralanması hakkında araştırma yapılmış olması mümkünse de, bunun dışında kanunun özellikle hükümleri bakımından Roma'ya özgü olduğu açıkça görülür. Bu konuda bkz. Hausmaninger – Selb, s.49-50.

10 Gaudemet, s. 267.

kısmen de olsa- başka nüsha veya kopyalarının elde bulunmaması bu kanunun yapılıp yapılmadığının tartışılmasına bile yol açmıştı[11].

Zamanımızın Romanist doktrini 12 Levha Kanununun gerçek olduğundan ve M.Ö. V. yüzyılın ortasında yapıldığından şüphe etmemektedir. Gerek bu kanunda kullanılan dil, gerek hükümler M.Ö. V. yüzyılda Roma'nın bulunduğu duruma, yani basit bir şehir devletine uymaktadır. Bu tarihte Roma ekonomisi esas itibarıyla aile içinde yapılan tarıma dayanmaktadır. Ekonomik, toplumsal ve hukukî ilişkiler ailenin hâkimi olan ve hukuk düzeninin muhatap aldığı aile reisinin (*pater familias*'ın) çevresinde yoğunlaşmaktadır. Bu ailenin içinde aile evlatları, ana ve - varsa - köleler yer almaktadır. 12 Levha Kanunundaki birçok hüküm de bu vakıalara uygunluk göstermektedir. Toprak mülkiyeti bu tarihlerde artık bilinmekte, Roma vatandaşları arasında hukukî muameleler yapılmakta, *paterfamilias* aile malvarlığı üzerinde vasiyetname ile tasarrufta bulunabilmektedir. Bu kanunun bilinen hükümleri birbirine yakın yerleşim birimleri halinde yaşayan bir toplumun hukukunu düzenlemektedir; Örneğin komşuluk hukukundan doğan mülkiyet sınırlamaları Roma Hukukunun M.Ö. V. yüzyıldaki yaşama biçimine uymaktadır. Yine borcunu ödemeyen borçlunun Tiber nehrinin ötesinde yani Roma devletinin sınırı dışında satılması da diğer bir kanıttır. Romalılar bu durumu ancak M.Ö. IV. yüzyılın sonlarında kaldırmışlardır.

Kamu hukukuna çok az temas edilmiştir.

Romalıların, "bu kanun, bütün filozofların kitaplarından üstündür" gibi övücü sözleri, tıpkı sonradan büyük adam olmuş kişinin çocukluğunda yaptığı işleri göklere çıkarmak gibi abartılıdır. Bu tip ifadeler daha çok Romalıların hukuka verdikleri önemi gösterir.

Kanunun meziyetleri arasında; kişisel mülkiyet, vasiyet, aynî hak - şahsî hak gibi modern hukukun üç temel kurumunun bulunması önemlidir. Ayrıca kişiler arasında hukukî eşitlik vardır. İşkence kaldırılmıştır, cezalar herkes için aynıdır. Kanunun dili henüz basit ve ilkel olmakla beraber, klasik devirde yerleşecek olan kuvvetli ve açık hukuk lisanını hissettirecek kadar kesin bir ifadeye sahiptir.

M.Ö. I. yüzyılda, Titus Livius, kanunun "tüm özel ve kamu hukukunun kaynağı" olduğunu yazmaktadır.

---

[11] 12 Levha Kanunu ilk defa Aelius Paetus adlı *consul* (M. Ö. 198) tarafından *Tripertita* denilen üç kısımlık bir eserde şerhedilmiştir. Proculianus mektebinin kurucusu Labeo (I. asır) ve Gaius (II. asır) da bu kanunu şerhetmişlerdir.

12 Levha Kanunu; Roma devleti mevcut olduğu sürece yürürlükte kalmış, başka bir deyişle hükümlerinin çoğu zamanla eskimesine rağmen açıkça yürürlükten kaldırılmamıştır. 12 Levha Kanunu isteklerini *patricius*'lara kabul ettirme yönünden *pleb*'lerin bir başarısıdır ancak kanunun metninde bu başarıya işaret eden fazla hüküm yoktur. Ancak; herkesin hukuk önünde eşitliğinin ifade edilmiş olması, hiç kimsenin hüküm olmadan öldürülemeyeceği buna örnek hükümler olarak gösterilebilir.

M.S. 529-534 yıllarının Iustinianus derlemesine kadar, on yüzyıl yürürlükte kalmıştır. Kuşkusuz tamamen nazarî alanda bir yaşama: Zira devirler bu kanunun uygulanmasına imkân vermeyecek kadar değişmişti. Fakat, efsane devam etmiştir.

Romanist doktrinde-anayasal bir düzen getirmemiş olan - 12 Levha'nın Usul Hukukuna ilişkin hükümlerle başladığı kabul edilmektedir. 12 Levha Kanununun Usul Hukukuna ilişkin hükümlerle başlaması tesadüf değildir. Zira genel olarak *pleb*'ler *patricius*'lara borçlanmakta, yüksek faizle[12] aldıkları borçları ödeyemediklerinden, muhakemenin ve icranın sert hükümlerine hedef olmaktaydılar. Bu yüzden mahkemeye davet ve verilen kararın icrası en küçük ayrıntısına kadar düzenlenmişti.

> 1.1-3 *Si in ius vocat ito. Ni it antestamino: igitur em capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito. Si morbus aevitasve vitium escit iumentum dato. Si nolet, arceram ne sternito.*

Fikir edinilmesi için yer verdiğimiz maddelerin serbestçe anlamı şöyledir: Bir kimse (davacı) mahkemeye davet ederse (davalı) gitmelidir. Gitmezse tanık çağrılmalıdır. Sonra davacı, davalıya el koymalıdır. Güçlük çıkaran veya kaçmaya çalışanın üzerine davacı el koyabilir. Eğer hastalık, yaşlılık veya sakatlık mani oluyorsa davacı ona binek hayvanı vermelidir. Bunu istemezse araba temin etmeye mecbur değildir[13].

---

[12] Birçok toplumda olduğu gibi Roma'da da yüksek faiz sosyo-ekonomik sorundu. 12 Levha Kanunu en yüksek faizi %100 olarak kabul etmişti. Hayli yüksek olan bu faiz oranı borç verilen paranın büyük ihtimalle geri ödenmemesi ile açıklanabilir, zira ekseriya mali durumu bozuk olan *pleb*'ler *patricius*'lara karşı borçlanıyorlardı. Daha önce de belirttiğimiz gibi Romalılar kanunları ekseriya sosyal sorunlar için çıkarırlardı.

[13] Bu genel hükümle bir *pleb*'in de bir *patricius*'u mahkemeye götürebileceği ifade edilmiş olmaktaydı. Mayer - Maly Th., Römisches Privatrecht, Wien 1991, s. 4. Usul Hukukunu tamamlayan İcra Hukuku alanında ayrıntılı hükümler mevcuttu: Dava sonunda mahkûm olan kişiye borcunu ödemesi için 30 günlük bir süre tanınırdı. Bu süre içinde mahkûmiyet kararı yerine getirilemezse borçlunun şahsı

Kaynaklarda Roma'nın Kamu ve Özel Hukukunun bir kaynağı *(fons omnis publici privatique iuris)* olduğu ifade edilen ve Cicero'nun naklettiğine göre okullarda ezberletilen 12 Levha Kanununun hükümlerinden özet olarak bahsetmek aynı zamanda Roma vatandaşlar hukukunun, Medenî hukukunun *(ius civile*'nin) ana ilkelerini belirtmek anlamını taşır.

Kişisel öç almaya ilke olarak set çekilmiş, suçları devletin cezalandıracağı kabul edilmişti. Dişe diş, göze göz diyebileceğimiz kısas usulü, ancak tarafların anlaşamaması halinde geçerli kılınmıştır. Eğer bir kimse diğerinin bir organını kullanılamaz hale getirmişse (uzuv talili) mesela bacağını kırmış veya gözünü kör etmişse bu bir *iniuria* suçudur. Buna kısas *(talio)* tatbik edilir. Kısas zarar görenin öç alma duygusunu karşılar, ama bu emredici değildir. Taraflar belli bir diyet konusunda anlaşabilirler, fakat anlaşamazlarsa *(necum eo pacit),* bu fiile maruz kalan aynen karşılık verebilir.

Bu şekilde ilk ilerleme *ihtiyari diyetin* genelleşmesiyle gerçekleştirilmiştir. Kişisel öç, iki tarafın aile reisleri arasındaki ortak bir anlaşmayla, pakt'la (pax: barış ve pactum: anlaşma'nın ortak kökü vardır.) durdurulabilir.

El veya sopa ile kemik kırılmışsa *(os fractum)* zarar gören hür bir kimse ise 300, köle ise 150 *As* (Roma parası) ödenirdi. Diğer bütün hallerde, yani hukuka aykırı diğer hafif maddi tecavüzlerde, müessir fiillerde ceza 25 *As* idi.

Yalan yere tanıklık ve hâkimin rüşvet alması durumu için ağır cezalar öngörülmüştü.

Vatana ihanet ölümle cezalandırılıyordu. 12 Levha Kanunu'nda yangın çıkarmaya ilişkin hükümler vardı, ancak M.Ö. V. yüzyılda bile kasten veya taksir (ihmal) ile yakma arasına fark gözetilmişti. Böyle bir ayırım kasıtla ve taksir (ihmal) ile adam öldürme arasında da yapılmıştı.

Kanun hırsızlık hakkında teferruatlı hükümler getirmişti: Suçüstü hırsızlık *(furtum manifestum)* ile suçüstü olmayan hırsızlık arasında fark vardı: Suçüstü veya gece hırsızlık yaparken yakalanan veya

---

üzerinde icraya geçilir, bu şekilde borçluyu alacaklının hizmetine sokan *manus iniectio* (el koyma) usulü başlardı. Başka biri borçluya kefil olmazsa alacaklı borçluyu (mahkûmu) evine götürür, hapseder, zincire vurabilirdi. Bu sırada alacaklı mahkûmu doyurmaya mecburdu. El koymayı izleyen altmış gün içinde üç defa borçluyu pazar kurulduğu günlerde Roma'nın belli bir meydanına götürerek alacağını ilân etmek zorundaydı. (Bunun sebebi borçlunun borcunu ödeyecek bir kişinin ortaya çıkması ihtimalidir). Neticede borç ödenmezse, alacaklı borçlusunu Roma sınırı olan Tiber nehrinin öteki yakasında köle olarak satabilirdi.

kendini silahla savunan hırsızın öldürülmesi caizdi, ancak malı çalınmak istenen kimsenin bağırarak halkı haberdar etmesi gerekirdi. Buna karşılık suçüstü olmayan hırsızlık *(furtum nec manifestum)* daha hafif cezaya tabi tutulmuştu, hırsız çaldığı malın değerinin iki katını ödemekle yükümlüydü[14].

Kamu adına takip edilen suçlar arasında sihir veya büyücülük de sayılmıştır. Başkalarının sağlığını ve hayatını kötü etkileyecek sihir ve büyü, başkasına ait ürünün kötü olması için edilen dualar ölümle cezalandırılıyordu.

Aile hukuku ile ilgili birçok kurumdan fazla bahsedilmemiş, bunların teamül hukukuyla düzenlenmiş olduğu ve herkes tarafından bilindiği kabul edilmişti. Romada aile tek kişinin hâkimiyetine dayanan bir yapıya sahipti. Bu aileye giren mallar ve insanlar üzerinde aile reisinin *(pater familias)* baba hâkimiyeti *(patria potestas)* vardı. Aile reisinin aile fertleri üzerindeki hâkimiyeti esas itibarıyla sınırsızdı. Hukukçu Gaius'a göre, Romalılara özgü bir durum olan *patria potestas*'tan 12 Levha Kanunu'nda yalnızca bir halde ve dolaylı şekilde söz edilmiştir; oğlunu üç kez satan babanın oğlu üzerindeki aile hâkimiyeti *(patria potestas)* sona erer. Buradan 12 Levha Kanununun bütün toplum tarafından kabul edilmiş ve toplumda yerleşmiş bir kurumdan bahsetmeye lüzum görmediği sonucuna varılabilir. Başka bir deyişle bu konuda *patricius*'lar ve *Pleb* arasında herhangi bir fikir ayrılığı mevcut değildir. *Manus*'suz (kadının koca hâkimiyetine girmediği) evlenmenin daha 12 Levha Kanunu zamanında mevcut olduğu anlaşılmaktadır. *Manus* altına sokan muameleler yapılmadığı halde bir kadın bir yıl süreyle kocasının evinde kalırsa *manus*, zamanaşımıyla tesis edilmiş oluyordu. *Manus* istenmiyorsa evli kadın üç geceyi evi dışında geçirmeliydi. Kadınlar ve küçükler üzerindeki vesayet, akıl hastaları ve müsrifler üzerindeki kayyımlık konuları da 12 Levha Kanununda ifadesini bulmuştu.

---

[14] Yukarıda özetlediğimiz kurallar Roma'da kesin çizgilerle ayrılmamış olan haksız fiil *(delictum)* ile suç *(crimen)* alanında müeyyidenin geçirdiği aşamaları göstermektedir. Önce kısas vardı, yani suçtan zarar gören veya ailesi zararı verene veya ailesine aynı fiili ika edebilirdi. Daha sonra ihtiyari diyet aşamasına gelindi. Taraflar uzlaşırsa kısas uygulanmıyordu. Nihayet kanuni diyet dönemine ulaşıldı, yani basit hallerde suçtan veya haksız fiilden zarar gören kanunda öngörülmüş ceza ile yetinmek zorundaydı, kısasta ısrar edemezdi. Mesela kendisine bir tokat atılan kimse 25 *As*'la yetinmek zorundaydı. Gai. 3,189'da, suçüstü hırsızlığın cezasının *poena capitis* olduğu belirtilmektedir. Bu ceza sadece ölüm cezası değil, özgürlüğün ve vatandaşlığın kaybı da olabilirdi. Suçüstü yakalanan hırsızın öldürülebilmesi, malı çalınan öç hissinin güç kullanma yoluyla tatmini demektir. Etrafı bağırarak haberdar etme, hem yardım istemeye hem de öldürmenin hukuka uygunluğunu sağlamaya yöneliktir (D. 9, 2, 4, 1). Ancak Gaius (Gai. 3, 189) hür Romalı'nın kırbaçlandığını ve malını çalmak istediği kimseye verildiğini de söylemektedir.

Miras Hukukunda mirasçı bırakmadan ölen kimsenin kanuni mirasçılığı düzenlenmiş, bu durumda mirasın *agnatio* hısımlığı (Roma hukukunda uzun zaman geçerli olan ve aile reisinin hâkimiyeti esasına dayanan hısımlık) yönünden en yakın mirasçıya, böyle birisi yoksa *gens*'e (civitas'tan önce, ailelerin oluşturduğu devlet kuruluşu) kalacağı hükmü konulmuştur. Bunun yanında, kişinin henüz hayattayken ölüme bağlı tasarrufuyla, yani vasiyetnamesi ile mallarına mirasçı olacak kişi veya kişileri tayin edebileceği belirtilmiştir[15].

12 Levha Kanununda toplum sağlığı ve ahlâkı ile ilgili hükümler bulunmaktaydı. Ölülerin gömülmesi için lüks sayılabilecek harcamalar yapılması ve ölülerin şehir içine gömülmesi ve yakılması yasaklanmıştı. Mezara altın da konulamazdı.

Günümüz hukuk sistemlerinde komşuluğa ait düzenlemelerin kökleri 12 Levha'ya, belki de daha eskiye uzanmaktadır; komşu araziye düşen meşe palamutlarının toplanabileceği, komşu araziye uzanan dal ve köklerin kesilebileceği gibi hükümler mevcuttur.

Roma'nın bazı değişikliklerle hukukun her alanında kullanılabilen, önemli mülkiyeti nakil muameleleri olan *mancipatio* ve *in iure cessio* 12 Levha Kanununda düzenlenmemiş, fakat yürürlükte bırakılmıştı[16]. En eski zamanlardan başlayarak Roma hukukuna uzun süre hâkim olan mal ayırımı, *res mancipi-res nec mancipi* olarak yapılmıştı. *Res mancipi* denilen ve Roma hukukunda sınırlı sayı *(numerus clausus)* ilkesine tabi malların (Roma'da ve daha sonra İtalya'daki araziler, üzerlerindeki binalar, köy arazileri üzerindeki irtifaklar, köleler, deve ve fil dışında kalan yük ve çeki hayvanları *res mancipi*'dir) mülkiyetinin devri *mancipatio* ve *in iure cessio* ile olurdu. *Res mancipi*'ler dışında kalan diğer tüm mallar *res nec mancipi*'dir, bunların devri ise *traditio* (teslim) ile gerçekleştirilirdi.

Fertler arasındaki hukukî muameleler hakkında çok geniş hükümler mevcut değildir. Bu durum o devrede Roma toplumunun kendi üretip kendi tüketen ve hukukî ilişkilerin fazla gelişmediği, iktisadi ilişki-

---

15 Roma hukukunda daha ilk devirlerden itibaren – Türk hukukundan farklı olarak – kanuni mirasçılık *(hereditas legitima)* ile iradi mirasçılık yani vasiyetname ile mirasçılık *(hereditas testamentaria)* aynı anda bulunmazdı. Bir kimse vasiyetname ile malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmuşsa, artık kanuni mirasçılık söz konusu olamazdı.

16 *Fragmenta Vaticana 50:*
...et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat...
... ve mancipatio ve in iure cessio 12 Levha Kanunu tarafından teyit edilmiştir...
Mancipatio ve *in iure cessio* muhtemelen 12 Levha'dan çok önceden beri Roma'da uygulanmaktaydı. Bunlar o devrin hukuk karakterini yansıtan şekilci merasimli muamelelerdi. Bu hususta geniş bilgi ileride verilecektir.

leri zayıf olan bir toplum olmasına; ya da herkesin bildiği konulara kanunda yer verilmemiş olmasına bağlanabilir. 6. Levha'da *nexum*[17] denilen borçlandırıcı muamele veya yukarıda kısaca değindiğimiz *mancipatio* sırasında tarafların söylediklerinin hukuk hükmünde olacağı, yani tarafları bağlayacağı ifade edilmiştir[18].

12 Levha Kanununun değerlendirilmesine gelince: Yukarıda belirtildiği üzere 12 Levha Kanunu bir sınıf çatışması sonucu ortaya çıkmış, sınıflar arasında uzlaşma sağlamak amacıyla hazırlanmıştır. Kanunun bazı hükümleri ise tamamen reform gayesiyle getirilmiştir. Kanun önünde hiç kimseye imtiyaz tanınamayacağı, zengin bir kişinin kefilinin yine zengin bir kişi olması gerektiği gibi hükümler bu niteliktedir. Bu kanunla; *pleb*'ler keyfi davranışlara karşı belli bir ölçüde de olsa güvenceye kavuşmuştur.

12 Levha Kanunu esas itibarıyla teamül hukukunu, yani atalardan intikal etmiş olan hukuk düzeninin temeli sayılan kavram ve prensipleri hâkim bırakmış, Usul Hukukuna ve İcra Hukukuna ağırlık vermiş, ölçü tartı ve sayı gibi tartışma çıkabilecek konularda kesin rakamlar belirlemiştir. Faizin, ayda en fazla %8'e kadar, yılda azami %100 olması, kemik kırılması halinde kemiği kırılan köle ise 150, hür ise 300 *As* ödenmesi, mahkûm borçluya vurulacak zincirin ağırlığının en çok 7,5 kilo, hâkimiyet altındaki borçluya verilecek un miktarının ise günde yarım kilo olarak belirlenmesi örnek gösterilebilir. Şüpheli ve tereddütte yer verecek hususlar üzerinde daha titizlikle durulduğu anlaşılmaktadır. 12 Levha Kanunu modern hukuklara tesir eden Roma hukuku olmamakla beraber sonraki hukukta yer alan birçok kurumun başlangıcını bu kanuna kadar götürmek mümkündür. Nitekim daha sonraki yıllarda yaşamış hukukçular, hattâ M.S. VI. asırda *Corpus Iuris Civilis*'i hazırlatan İmparator Iustinianus bile 12 Levha'dan söz etmektedir. 12 Levha Kanunun birçok hükmü zamanla değiştiği halde kanun hiçbir zaman açıkça yürürlükten kaldırılmamış-

---

17 Romanist doktrinde egemen olan görüş *nexum*'u, bir kimseden ödünç, karz, yani borç alan kişinin yapılan merasimli bir muamele ile alacaklarının hâkimiyeti altına girmesi olarak açıklar. Buna göre borçlu hâkimiyetten ancak borcunu ödemekle kurtulurdu. Borç alarak alacaklının hâkimiyetine giren ve durumu köleninkine benzeyen kimseye *nexus* yani bağlanmış kişi denirdi. Bu durum *pleb*'lerin *patricius*'lara karşı çıkmaya sevk eden vakıalardan biridir. Yine Roma'nın en önemli sözleşmesi ve uygulama alanı geniş olan *stipulatio* hakkında da 12 Levha Kanunu'nda hüküm mevcuttu (Gai. 4.17a).

18 İradenin önemi miras hukukuna giren bir hükümde de vurgulanmıştır: V. Levha'da miras bırakanın sağlığında yaptığı ölüme bağlı tasarrufların nazara alınması gerektiği, yani miras bırakanın iradesine itibar edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bununla beraber hukukî muamelelerde iradenin ön planda tutulması, muameleyi yapanların iradesine kıymet verilmesi aşamasına geç varılabilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi irade serbestisini düzenlemiştir.

tır, Roma anlayışına uygun olarak yeni hükümler eski hükümlerin yanında uygulamaya girmişti[19].

2. Eski Hukuk Devrinde Hukukî Faaliyet

Roma'nın ilk hukukçuları rahiplerdi. *Pontifex* (kelime anlamı köprü kuran kimsedir) denilen rahiplerin esas görevi dini merasimleri idare etmek, tarihleri değişebilen bayram günlerini belirlemekti. Önceleri sadece *patricius* sınıfından olabilen rahiplerin, başlarında bir başrahip *(pontifex maximus)* bulunuyordu. 12 Levha Kanunundan önce de rahiplerin toplum ile tanrılar arasındaki ilişkileri düzenleyen ve *ius sacrum* (kutsal hukuk) denilen kurallar kadar toplumda fertler arasındaki ilişkilere uygulanan hukuku bildikleri tahmin edilmektedir. Rahipler eski toplumlarda sıkça görüldüğü gibi devirlerinin geleneklerini iyi bilen, hayat olaylarını tanıyan, ilim sahibi ve otoriteleri olan kimselerdi[20].

Rahiplerin sonraki devirlerde laik hukukçularda da görülen faaliyetlerini üç kategoride ele alabiliriz[21].

Cavere, rahiplerin yeni hukukî şekiller, muamele tipleri geliştirmesidir. Bu suretle rahipler *ius civile*'nin yaratılmasında büyük rol oynamışlardır. Romalıların fertler arasındaki ilişkileri yasa ile düzenlememek eğilimi, rahiplerin bu işlevinin önemini arttırmıştır. Politikadaki ağırlıkları fazla olan *magistra*'lara danışmanlık yapan ve açılacak bir dava, yapılacak bir hukukî muamele için bilgi isteyen, danışan kişilere yardım eden rahipler yeni hukukî şekiller, muameleler geliştirmişlerdir. Sağlararası ve ölüme bağlı hukukî muamele tipleri yarattıkları gibi usul hukukunun kanuni dava şekillerinin *(legis actiones)* oluşmasında da katkıları büyüktü. Günümüzde de önemli bir hukukî işlem yapmak, dava açmak veya bir davaya cevap vermek isteyen kimse-eski hukuk devrinde rahiplere danışıldığı gibi-bir hukukçuya veya notere danışır. Yanlış yapılan bu hukukî işleri sonradan düzeltmek mümkün olmaya-

---

19 12 Levha Kanunu hakkında fazla bilgi için bkz. Hausmaninger - Selb, s.46-48, Schwind, s.30-34; Umur, Ders Notları, s. 82-88; Schwarz A.B., Roma Hukuku Dersleri, I. cilt, Türkçeye çev. Rado T. 6. Bası, İstanbul 1965, s. 54 vd.

20 Umur, Lügat, *pontifex;* Kunkel, s.37 vd.

21 Rahipler sınıfının başında görev yapan *pontifex maximus*'un kimsenin hâkimiyetinde bulunmayan, hak ehliyetine sahip, yani *sui iuris* Romalının evlât edinilmesinde önemli bir fonksiyonu vardı. *Arrogatio* denilen bu evlat edinme, aile dininin ve adının devamına Roma devletinde, dikkat edildiğinden halk meclisinde âdeta bir kanunun kabulü söz konusuymuş gibi gerçekleştirilirdi. Konu meclise gelmeden önce başrahip başkanlığında toplanan rahipler heyeti *arrogatio* için aranan şartların bulunup bulunmadığını araştırdı. *Confarreatio* denilen evlenen kadını kocasının hâkimiyetine sokan muamele de on tanık önünde Jüpiter rahibinin *(flamen dialis)* ve başrahibin *(pontifex maximus)* de katılmasıyla icra edilirdi. Bkz. Kaser M. Das römische Privatrecht, erster Abschnitt 2. bearbeittete Auflage, München 1971, s. 66, 76-77.

bilir. Roma hukukunda muamelelerin şekilciliği nedeniyle de bu muameleleri bilen kimselere başvurmanın önemi artar. Roma'da rahip hukukçuların geliştirdiği yeni muamele tipleri arasında *in iure cessio*, bununla yakın ilişki içinde olmak üzere *praetor*'un önünde kölenin azat edilmesine yarayan *manumissio vindicta*, evlat edinme *(adoptio)* ve özellikle erkek çocuklar üzerindeki baba hâkimiyetinin *(patria potestas)* sona ermesini ve çocuğun hâkimiyetten çıkmasını sağlayan *emancipatio* vardır[22].

Interpretare her devirde görüldüğü gibi yürürlükteki bir kanunun hükümlerinin yorumlanmasını ifade eder. Bu faaliyette kanunda yer alan bir hususun anlamı tespit edilir. 12 Levha Kanunu'ndan önce hukuk hayatını tekelinde bulunduran rahip sınıfı bu kanun çıkarıldıktan sonra yorumunu da üstlendi. Yorum önceleri lafzî (söze bağlı) idi, rahip hukukçular kanun metninden fazla uzaklaşmak istemiyorlardı. Yorum yoluyla elde edilen hukuk da *ius civile*'ye dahil sayılmaktadır.

Respondere eski hukukçuların kendilerine sorulan hukukî meselelere cevap vermesidir. Bu cevaplara *responsa* adı verilir. Rahip hukukçuların sonraki devirleri de etkilemiş en önemli faaliyeti budur. Hem *magistra*'lar hem de fertler kendilerini ilgilendiren hukukî sorunlar hakkında rahiplerin görüşünü alırlardı.

Roma, erkenden dinî hukuku *(fas)*, kökeni dinî kurallar olmayan hukuktan *(ius)* ayırdı. Dinî bir çerçevede oluşan hukuk, belirli bir süre rahipler tarafından uygulandı. Hukuk ve büyü sınırlarındaki formüllerini sadece onlar biliyorlardı. Kuşkusuz, ihtilafları çözüm yoluna kavuşturmak ve "hukuk kurallarını açıklamak" için krala yardım ediyorlardı[23].

Rahip hukukçuların hukukun her alanına yayılan bu tekelci faaliyeti M.Ö.300 yıllarına kadar devam etmiştir. Bu tarihe kadar rahip hukukçular hukuk hayatı için önemli bilgileri ve şekilleri (form'ları) gizli tutmayı başardılar. Rahiplik yaşam boyu sürdüğünden bu konuda belli bir devamlılık ortaya çıkmıştır. Rahipler sınıfında nesilden nesile geçen bir birikim oluşmuştu. İşte bu birikim *patricius* sınıfından gelen rahiplerin inhisarındaydı. *Pleb* sınıfının bu tekelciliği ve gizliliği neden yıkmaya

---

22 12 Levha öncesi ve sonrasında normal karşılanan durum kişinin aile içinde yaşamasıydı. Roma'da hayat, aile içi faaliyetlere dayandığından, aile dışında çıkmak bir imtiyaz değildi ve ileride görüleceği gibi bir *capitis deminutio minima* aile durumunun kaybını ifade ediyordu. Bu nedenle hâkimiyetten çıkma pek düşünülen bir durum değildi. Daha sonra bu ihtiyaç ortaya çıkınca rahip hukukçular 12 Levha Kanunundaki bir hükümden, oğlunu üç defa satan babanın çocuk üzerindeki hâkimiyetini kesin olarak kaybedeceği hükmünden faydalanarak birden fazla muameleyi bir araya getirdiler, hâkimiyetten çıkarma, yani *emancipatio* muamelesini düzenlediler.

23 Gaudemet, s. 268.

çalıştığı anlaşılmaktadır: Hukuk karşısında eşitlik için hukukta açıklığın sağlanması gerekir.

M.Ö. 304 yılında çeşitli *magistra*'lıklarda bulunmuş devlet adamı Appius Claudius[24] bir azatlının oğlu olan kâtibi Flavius'a *legis actio*'ları (kanuni dava şekillerini) vererek yayınlanmasını sağladı. O zamana kadar *legis actio*'lar 12 Levha Kanunu'nda yer aldığı oranda biliniyordu. Bunlar hakkında teferruat rahiplerin arşivinde saklı kalmıştı. Bu yüzden sadece rahiplerin yardımıyla dava açılabiliyordu. Artık dava açmak isteyen kimsenin hiç olmazsa kâğıt üstünde yayınlanan bu kitaptan faydalanarak dava açması mümkündü. M.Ö. 300 yılında çıkarılan kanunla üye sayısı arttırılan rahipler sınıfına *pleb*'in girmesi de mümkün olunca, rahiplerin topluma kapalı bir şekilde sürdürmekte oldukları tekelci faaliyetlerin kırılması yönünde yeni bir adım atılmış oldu. Artık cevaplar *(responsa)* rahip sınıfının tümü adına bildirilmediği gibi *pleb* sınıfından gelen bir rahip olan Tiberius Coruncanius kendisine yöneltilen sorulara alenî, açık yani herkesin önünde cevap vermeye başladı. Ancak bu gelişmelere rağmen laik hukukçu sınıfının yetişmesine kadar rahip hukukçuların hukuk hayatına hâkim kaldıklarında tereddüt yoktur[25].

Romalıların atalardan intikal ettiğine ve kendilerinin hazır bulduklarına inandıkları örf ve âdetler *(mores maiorum)* 12 Levha Kanunu ve yorumu suretiyle elde edilen hukuk malzemesi daha önce değinildiği gibi sosyal meseleleri çözmek için çıkarılan az sayıda kanunla desteklenmiştir. Cumhuriyet döneminde açıklandığı üzere kanunları *magistra*'ların toplantıya çağırdığı ve başkanlığını yaptığı halk meclisleri çıkarırdı[26]. *Magistra* kanun tasarısını hazırlar, *senatus* bunu görüşür, daha sonra tasarı ilân edilir, meclislerin kabul ettiği yasa *senatus*'un tasdikinden *(auctoritas patrum)* sonra ilân *(publicatio)* edilerek yürürlüğe girerdi.

Hukukun yazılı *(ius scriptum)* kaynağı olan kanun, kanun koyma yetkisi ve görevi verilmiş bir organ tarafından usulüne uygun bir şekil-

---

24 M.Ö. 312 yılında *censor* olan Appius Claudius, Roma'nın önemli bir devlet adamıdır. Roma'nın ilk su yolu Aqua Appia onun adıyla anılır ve bu su kanalının uzunluğu 1,6 kilometredir. Bunun yanında 8 metre eninde ve 540 km uzunluğunda yaptırdığı Via Appia adlı yol meşhurdur. Kendisi bir *patricius* olmasına rağmen *pleb*'lerin kamu hayatına katılmasında büyük rol oynamıştır. Diğer bir yenilik ise şehirde oturan ve arazisi olmayan halkın *tribus*'lara (nüfus ve askerlik durumuna esas olan birimler) kaydının sağlanmasıdır. Schwind, s. 13, 41.

25 Ancak; laik hukukçuların sağladığı gelişmeler, hukuk hayatının soylu *senatus* üyelerinin elinde kalmasına engel olamamıştır. M.Ö. I.yüzyılın sonlarına kadar adını duyuran önemli hukukçular Roma'nın idaresini elinde tutan soylular sınıfından *(nobilitas)* gelmekteydi. Hausmaninger-Selb, s.59; Umur, Ders Notları, s.80-82.

26 Gai. 1,3: *Lex est quod populus iubet atque constituit...* Kanun halkın emrettiği ve karar verdiğidir.

de çıkarılan[27], devletin sınırları içinde veya vatandaşlarına uygulanacak hukuk kurallarından oluşur. Kanunlarda genellik ve eşitlik ilkesi hâkimdir[28]. Ana kural kanunun yürürlüğe girdikten sonraki olaylara uygulanmasıdır. Romalılar kanuna esas itibarıyla *Lex* derlerdi[29]. Bir kanun çıkarıldıktan sonra kaldırılıncaya kadar yürürlükte kalırdı. Halk meclisi kanunlarının yine bu kanunu çıkarmış olan meclis tarafında aynı usule dayanılarak ilgası Roma'da pek rastlanılan bir olay değildi[30]. Ancak, aynı konuyu düzenleyen yeni bir kanunun kabul edilmesi eski kanunun fiilen uygulanmaması sonucunu doğururdu. Sonraki kanunların daha önce çıkmış kanunlara göre öncelikle olduğu kaynaklarda ifade edilmiştir. (D. 1,4,4,) Kanunların uzun süre uygulanmaması onların hukuken ilga edilmiş oldukları anlamını taşımaz[31]. 12 Levha Kanunundan sonra kanunların, özellikle *concilium plebis* denilen *Pleb* meclisi tarafından çıkarıldığı, bunlar arasında özel hukuk alanında düzenleme getiren kanunlar bulunduğu görülmektedir. Meselâ M.Ö. 326 yılında çıkarılan *lex Poetelia* şahıs üzerindeki icranın hafifletilmesine ilişkin esaslar içermekteydi. M.Ö. 286 yılında yürürlüğe giren

---

27 D. 1,3.32'de Iulianus, Gaius'un bu fikrine uygun olarak kanunların bağlayıcılığını halkın kabulüne dayandırmaktadır. 1. 1,2,4'de Iustinianus Gaius'un tanımına çok benzeyen bir tarif vermektedir.

28 D. 1,3,8 *Iura non in singulis personas, sed generaliter constituuntur.*
Hukuk kaideleri belli (münferit) kişiler için değil, herkes için çıkarılır.
D. 1,3,5, *Nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam perraro eveniunt.*
Hukuk çok seyrek olan konulardan çok sık ve kolay meydana gelen konular için getirilmelidir.

29 *Lex* kaynaklarda çeşitli anlamlarda kullanılmıştır. Öncelikle *Pleb* meclisi dışında kalan halk meclisleri *(comitia)* tarafından çıkarılan kanunları ifade ederdi. M.Ö. 286 yılında çıkarılan *lex Hortensia*'dan sonra o zamana kadar *plebiscitum* denilen *Pleb* meclisi kanunlarına da *lex* denilmiş ve bu meclis tarafından yapılan kanunların sadece *Pleb*'i değil *patricius*'ları da bağlayacağı kabul edilmişti. Gai. 1,3'te *patricius*'ların *Pleb* meclisi tarafından çıkarılan kanunlara, yapılışına iştirak etmedikleri gerekçesiyle uymak istemedikleri anlatılmaktadır. İmparatorluk devrinde çıkarılan emirnamelere de *lex* ismi verilmiştir. Hukukî muamelelerde *lex*, tarafların üzerinde anlaştıkları şartları, özel hükümleri de ifade ederdi, *lex venditionis, lex commissoria* gibi.

30 D. 9,2,1, pr'da Ulpianus, *lex Aquilia* ile bu konudan önce hukuka aykırı olarak verilen zararlarla ilgili düzenlemelerin kaldırıldığını belirtmektedir. Roma kaynaklarından hareketle bu konuda bazı özdeyişler yerleşmiştir: *Lex posterior derogat priori* (sonraki kanun önceki kanunu kaldırır), *Leges posteriores priores contrarias abrogant* (Sonraki kanunlar bunların zıddı olan kanunları ilga eder), *Lex specialis derogat legi generali* (Özel kanun genel kanunu - o konuda - ilga eder).

31 Yazıldıktan sonra değişikliğe uğramış olduğu kabul edilen bir metinde (D. 1,3,32,1) Iulianus, kanunların sadece kanun koyucunun yeni bir iradesiyle değil, uygulanmama suretiyle ortaya çıkan zımni bir mutabakat ile de ilga edilebileceğini belirtmektedir. Gerçekten bir kanunun uygulanmaması âdet haline gelebilir, ama bu örf ve âdet hukuku ile kanunun kaldırıldığı anlamını taşımaz. Fiilen uygulamama uzun sürse bile, kanun hukuken ilga edilmiş olmaz, kanunun bir gün uygulanmasına engel teşkil etmez. D. 9,2,27, 4'de *lex Aquilia*'nın ikinci faslının *(adstipulator* denilen fer'i alacaklının alacağı asıl alacaklının aleyhine olarak ibra etmesi halinde ceza ödenmesini düzenlemiştir) uygulamadan düştüğü *(in desuetudinem abire)* belirtilmektedir.

lex Aquilia, mallara, özellikle köleler, yük ve çeki hayvanlarına verilen zararları 12 Levha Kanunundan farklı hükümlere bağlamıştı.

Miras, bağışlama, kefalet gibi toplumsal sorunlar yaratacak hukukî düzenlemelerin kanunla yapılması[32] tercih edilmekle beraber özellikle M.Ö.367 yılında *praetor*'luğun ihdasından sonra hukukun gelişmesinin esas itibarıyla *magistra*'ların beyannamelerine ve hukukçuların faaliyetine dayandığı görülmektedir.

II. KLASİK HUKUK DEVRİ (M.Ö. II. yüzyıl ortaları - M.S. III. yüzyıl)

Cumhuriyet rejiminin son yıllarını kaplayan iç huzursuzluklara rağmen üçüncü Pön Savaşları ile (M.Ö. 150-146) Kartaca'ya karşı son ve kesin zaferi elde eden Roma coğrafî ve siyasî yönden İmparatorluk sınırlarına doğru genişlemiştir. Roma İtalya yarımadasından sonra Akdeniz havzasını fethetmiş, diğer toplumlarla ilişkiye girmiştir. Klasik hukuk devri, Cumhuriyet *(res publica)* döneminin esas itibariyle son birbuçuk asrı ile birlikte, Roma'nın bir dünya devleti görünümü aldığı İlk İmparatorluk *(Principatus)* devrindeki Roma hukukudur. Roma hukukunun olgunluk yönünden zirveye ulaşması, özellikle Ortaçağ'dan itibaren çeşitli ülkelerin hukukî ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte kuralların ortaya çıkması bu dönemde gerçekleşmiştir. Bununla birlikte klasik hukuk-modern hukuklardan farklı olarak - tek bir kaynaktan çıkan kurallardan oluşmamıştır. Başta *praetor* olmak üzere *magistra*'lar, hukukçular, *senatus* kararları ve imparator emirnameleri tarafından getirilen kurallar yan yana bazen de kesişen bir biçimde yürürlükteki hukuku meydana getirmiştir.

Roma halkının kendine özgü hukuk anlayışı, böyle farklı kaynaklardan gelen hukuk kurallarının tatbikinde sorun ve karışıklık çıkmayışının sebebidir. Romalılar, hukuku soyut kavramlar üzerine oturtulmuş, önceden planlanmış bir hukuk politikasına dayanan yekpare bir sistem olarak görmemişler, hukuk düzeninin kanunlarla müdahale edilmeden kendi normal akışı içinde oluşacağını düşünmüşlerdir. Klasik hukukçular denilen, kendilerine özgü çalışma ve hukukî meselelere yaklaşım tarzı bulunan, her devirde saygınlık ve hayranlık uyandırmış bir hukukçu grubunun âdeta önderlik ettiği hukuk tatbikatının meydana çıkardığı hukuk kuralları, klasik hukuk devrinin en önemli ürünüdür. Hukukta

---

[32] Bağışlama konusu *lex Cincia*, Roma Usul Hukuku'nun gelişmesinde büyük katkısı olan *formula* usulünü vatandaşlar arasında da uygulamaya sokan *lex Aebutia* örnek gösterilebilir. Akitler hukuku, Eşya Hukukunun büyük bölümü, Aile Hukuku gibi özel hukukun başlıca sahalarının gelişmesi ise kanun dışında kalan kaynaklara bırakılmıştır.

gelişim evrim içinde sağlanmıştır. Eski, ihtiyaçları karşılamayan, uygulamadan kalkmakta olan hukuk kurallarını esas itibariyle açıkça ilga etmemişler, yeni kurallar eskilerinin yanında yürürlüğe girmiş, âdeta iyi kuralın kötü kuralı kovmasını, zamana bırakmışlardır.

M.S. II. yüzyılda yani Roma hukuk ilminin zirveye ulaştığı bir çağda yaşamış olan hukukçu Gaius, *Institutiones* adlı eserinde Roma hukukunun kaynaklarını sayarken, aynı zamanda bu hukukun en çok geliştiği devir olan klasik dönemin kaynaklarını, öğelerini de belirtmiş olmaktadır.

> Gai. 1,2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principium, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

«Roma halkına ait hukuk kuralları kanunlardan, *senatus* kararlarından, *plebiscitum*'lardan, imparatorların emirnamelerinden, beyanname çıkarmak hakkına sahip olanların beyannamelerinden, hukuk alimlerinin cevaplarından meydana gelir.»

Gaius'un saydığı bu kaynaklardan kanunların çıkarılması hakkında daha önce bilgi verilmişti. Diğerleri ise klasik hukuk devrinin kaynaklarıdır.

1. Praetor ve Hukuku

Romalılar arasındaki ve yabancılarla yapılan alışverişin artması, ticaret hayatının tarım alanının yanında önem kazanması, seyrek ve sadece Romalılar arasındaki hukukî ilişkiler için öngörülmüş olan dar ve şekilci *ius civile*'nin yetersiz kalması neticesini birlikte getirmiştir. Küçük bir toplumun sınırlı ihtiyaçlarına o zamana kadar cevap vermiş olan *ius civile* yeni ilişkilerin gerektirdiği hukuk elâstikiyetini ve çabukluğunu sağlayamadı. Romalılar yeni ekonomik hayatın bir gereği olarak kendi aralarında *ius civile*'nin düzenlemediği ilişkiler kurmak ve yabancılarla daha sık hukukî ilişkiye girmek zorunda kaldıklarından, tarafların mensup olduğu kavimden bağımsız, bu hukukî ilişkileri düzenleyen yeni kurallara ihtiyaç duyuluyordu. Şekil ve formalitelerden kurtulmak, hukuku yenilemek gerekmişti.

Bilhassa Kartaca ile yapılan savaşlarla başlayan bu yeni devrin yeni hukukî ihtiyaçlarına cevap vermek, *ius civile*'de yer almayan yeni talep ve dava haklarını davacıya, ya da yeni savunma imkânlarını davalıya tanımak, eskimiş *ius civile* kaidelerinin uygulanmasına izin vermeyerek adaleti sağlamak, *iurisdictio* denilen yargı faaliyetiyle gö-

revli ve yetkili *magistra*'ların önemli işi olmuştu. Krallık devrinde krala, Cumhuriyet devrinden önce *consul*'lere ait olan *iurisdictio* işlevi M.Ö. 367 yılında çıkarılan kanunla hiyerarşik bakımdan *consul*'lerin altında bulunan *praetor*'lara tevdi edilmişti. Başka bir deyişle *iurisdictio*, Cumhuriyet döneminin ortalarından *Principatus* denilen rejimin ilk asırlarına kadar esas itibarıyla *praetor*'luk makamının işlevidir.

Iurisdictio'nun kelime anlamı «hukuku söylemek» *(ius dicere)* dir. Bununla Romalılar bir ihtilâfı karara bağlayarak halleden yargıcın işlevini kastetmezlerdi. *Iurisdictio, magistra*'nın muhakemeyi başlatarak ihtilâfın kendisinin tayin ettiği hâkim önünde görüşülmesini sağlayan faaliyetini ifade ederdi. *Magistra* tarafların katılımı ile, hâkimin ihtilâfa uygulayacağı kuralları belirlerdi. Hâkim *(iudex)* laik devirde *praetor* tarafından son şekli verilen yazılı dava programına *(formula)* uyarak davayı karara bağlardı. *Praetor* yargı işleriyle görevli kendine özgü *(sui generis)* işlerine uygun önemli bir *magistra* idi.

Praetor'luk ekseriya ordunun başında Roma dışına giden *consul*'lerin yerine, Roma'da düzeni sağlamak ve bunun için çok önemli olan yargı işlerine bakmak üzere M.Ö. 367'de ihdas edilmiştir. M.Ö. 337'den itibaren bu makama *pleb*'lerin de gelebileceği kabul olunmuş, M.Ö. 242 yılında yabancılar arasındaki veya taraflardan biri Romalı olan anlaşmazlıkları halletmek, bunun için gerekli usul vasıtalarını yürürlüğe sokmak üzere yabancılar *praetor*'luğu *(praetor peregrinus)* kurulmuştu[33]. Daha sonra *praetor*'ların sayısı artmış, bunlardan bazıları ceza işlerinin tetkiki ve karara bağlanması için kurulan *Quaestiones*[34] adlı mahkemelere başkanlık etmekle beraber özel hukukun gelişmesi esas itibariyle Romalılar arasındaki ihtilaflara bakan *praetor urbanus* (şehir *praetor*'u) ve içinde yabancılık unsuru olan meseleleri ele alan *praetor peregrinus*'un (yabancılar *praetor*'u) elinde kalmıştır.

---

33 *Praetor* kelimesi, *praeire* (önden gitmek) fiilinden türetilmiştir. Başlangıçta, *consul*'lere *praetor* denilmiş olması muhtemeldir. *Praetor*'ların *consul*'lerin yerine askeri işler de gördükleri olmuştur. Diğer taraftan *praetor*'lar görev sürelerini bitirdikten sonra eyaletlerde vali olarak görev yaparlardı. *Formula* denilen yargı usulünü yürürlüğe sokan *praetor* önünde azat etme muamelesi, evlat edinme *(adoptio)* yapılır, *praetor* vasi atardı. Roma'nın önemli muamelesi olan *in iure cessio praetor* önünde gerçekleştirilirdi. *Ius civile*'ye göre mirasçı olmayan kimselere *praetor* mirasçılık tanıyabilirdi. *Ius civile*'nin aradığı şekillere uyulmadan yapılmış olan muamelelerle azat edilenler *praetor* tarafından himaye edildikleri müddetçe hür gibi yaşarlardı. Karadeniz – Çelebican s. 22, 95 – 98; Umur, Lügat *praetor*; Kunkel, s.24, 26.

34 Quaestiones mahkemeleri M.Ö. II. yüzyılda belli suç tiplerine (meselâ seçim hilesi, belgeleri tahrif, adam öldürme, rüşvet, vatana ihanet suçları) bakmak için kurulmuş olan ve praetor'un başkanlığında çalışan ceza mahkemeleriydi. Quaestiones usulü, ceza hukukunda başka mahkemelerin ortaya çıkmasıyla terkedilmiştir. Kunkel, s. 14 vd.; Umur, Lügat, quaestio.

Vurgulanacak olursa *praetor'un* hususi hukuk alanındaki etkisi ve katkısı yasama faaliyetinin sonucu değildir, çünkü *praetor* kanun koyucu değildir. *Praetor'un* işlevi *imperium* (emretme) yetkisine dayanarak fertler arasında çıkan ihtilafa hangi hukuk kuralının uygulanacağını tespit etmektir *(iurisdictio)* [35].

Bu bağlamda; *praetor peregrinus*'un, yani Roma vatandaşları ile yabancılar arasında uygulanacak hukuku belirleyen *(praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit) praetor* üzerinde durmak yararlı olacaktır, çünkü Roma hukukuna evrensel nitelikte kuralların girmesi esas itibariyle bu *praetor*'ların faaliyeti sayesinde olmuştur. Teamül hukuku, 12 Levha Kanunu ve bunun yorumu, kısmen de az sayıdaki diğer kanunlara dayanan *ius civile* sadece Romalılar için oluşturulmuştu ve yine sadece Romalılara uygulanıyordu. Böylece bir *praetor*'luğun ihdasına kadar Romalılara göre kural olarak yabancıların hukuku yoktu. *Hostis* (düşman) denilen yabancıyı hâkimiyetine alan onun efendisi olurdu. Zamanla eski devrin bu anlayışı terkedilerek yabancılarla iyi ilişkiler kurmanın yararlı olacağı fikri benimsendi[36]. İşte yabancılar *praetor*'luğu bu fikrin bir yansımasıdır. Bu *praetor*'un görev ve yetki alanında oluşan kurallara *ius gentium* (evrensel hukuk) adı verilmiştir. Bu kurallar hukukî ilişkiye taraf olanların kavminden bağımsız herkes için geçerli ve herkese uygulanabilecek nitelikte idi. Bunlar aynı zamanda Roma devletinin diğer devletler arasındaki ekonomik, sosyal ve siyasî ilişkilerin gelişmesinde, Roma devletinin etki alanının genişlemesinde önemli rol oynamıştır. Yabancılar *praetor*'u, şehir *praetor*'una nazaran daha serbest hareket edebiliyordu, çünkü *ius civile* ve bunun dayanağı olan atalardan intikal etmiş örf ve âdetler, kanunlar, *mancipatio* gibi Roma'ya özgü muameleler yabancılarla olan münasebetlerde geçerli değildi[37]. Meslektaşı olan şehir *praetor*'u gibi yabancılar *praetor*'u da

---

35 D. 2,1,3 ... *Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia*
... *Iurisdictio* dava vermek yetkisidir.
Iurisdictio, praetor beyannamesinde açıklanan dava haklarının dayanağını belirtmek için de kullanılırdı. Kunkel, s.81; Heumann H – Seckel E. Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 10. Auflage, Graz 1958, s.229-300
I. 4, 6, 3... *Aliae autem sunt, quas praetor ex sua iurisdictione comparates habet tam in rem quam in personam...*
... *Praetor*'un kaza yetkisine dayanarak yarattığı diğer aynî ve şahsi davalar vardır...

36 Romalılar *hospitium* (misafirlik andlaşması) yaptıkları devletlerin vatandaşlarını himaye ederlerdi. Roma vatandaşı da aynı devletin ülkesine gidince bu durumdan yararlanırdı. Roma ticaret yaptığı devletlerle ticari andlaşmalar imzalardı. Bunlardan doğan ihtilafları her iki devlet hâkimlerinin birlikte görev yaptığı kurullar karara bağlarlardı. Kartaca ve Yunan şehir devletleriyle bu nitelikte andlaşmalar yapılmıştı. Umur, Lügat, *hospitium*; Heumann – Seckel, s.239; Kaser, s.35.

37 Ius gentium kurallarının ius civile'den tamamen farklı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu kurallar yaratılırken yine ius civile dikkate alınmıştır. (Bkz. ileride ius gentium hakkındaki açıklamalar).

imperium'una ve *iurisdictio* yetkisine dayanarak *ius gentium* (evrensel hukuk) kavramı içine giren kurallar yaratmıştır.

Praetor urbanus ve *praetor peregrinus* Roma hukukunu zamanın ihtiyaçlarına uydurmak için yeni himaye vasıtaları ve kurallar getirirken *consilium*'ların buna etkisi çok büyük olmuştur. *Consilium, magistra*'ların fikirlerini aldığı, ekseriya hukukçulardan oluşan danışma kuruludur[38]. Esas itibariyle *praetor*'luk siyasi bir makamdı. Başka bir deyişle bu makama siyaset alanında yükselmek isteyen kimseler geliyordu. Bu kişiler hukuk eğitimi görmüş olsalar bile bu kadar yeniliği tek başlarına getirmeleri mümkün değildir. Roma hukukunun yeni hükümlerini şeklen yürürlüğe sokan *praetor*'lardır ama, onların arkasındaki danışma kurulunun içerik yönünden katkısını unutmamak gerekir. Bu danışma kurulunun üyelerini *praetor*, serbestçe belirlerdi. *Magistra*'nın güvendiği ve fikrine hürmet ettiği kişilerden oluşan bu kurulda hukukçular büyük yer tutardı. *Praetor* bu kurulun fikriyle bağlı değildi, ancak genelde buna uyardı. Fakat bu fikir dış dünyaya *praetor'un* kararı olarak yansırdı. Bu şekilde *consilium*'un ilmi görüşü ile *praetor*'u temsil ettiği devlet gücü birleşerek tatbikat için gerekli hukuk kuralları yaratılırdı. *Praetor*'ların faaliyet alanında ortaya çıkan hukuka *ius praetorium* ve *ius honorarium* denmekteydi.

A. PRAETOR BEYANNAMESİ

Praetor'ların yargı alanındaki faaliyetleriyle hukuku geliştirmelerinde *edictum* denilen beyannameleri önemli bir faktör olmuştur. Diğer *magistra*'lar gibi *praetor*'ların da *ius edicendi*'si, yani beyanname neşretmek yetkisi mevcuttu. Göreve gelen *praetor* görev süresi içinde düzeni sağlamak üzere yargı işlerinin görülmesinde uyacağı programı ve ilkeleri beyaza boyanmış levhalar üzerinde ilân ederdi. Beyanname metni siyah harflerle yazılırdı. *Praetor*'un beyannamesi kanun metni içermediği gibi, beyannamede yer alan prensip ve kurallar kanun maddesi niteliğinde de değildir. Bu beyannamede bir yıllık görev süresi içinde *praetor*'un tanıyacağı dava hakları, defiler ve diğer himaye araçlarının ilkeleri, kuralları yer almaktaydı. Özellikle *formula* denilen dava kalıplarına yer veren *praetor*'lar bu şekilde hukukta gerekli açıklığı temin ediyorlardı; dava açmak isteyen kimseler de hem

---

[38] *Consilium* müessesesi Roma toplumunun bütün alanlarında görülmekteydi. *Senatus* devletin danışma kuruluşuydu. Bir karar vermeden önce *magistra*'ların *consilium*'larına danışması gelenekti. İmparatorluk döneminde imparatorların da yine çoğunluğunu hukukçuların oluşturduğu *consilium*'ları vardı. Nihayet *pater familias* aile fertleri üzerinde sahip olduğu disiplin yetkisini kullanmadan önce aile meclisinin fikrini alırdı. Kunkel, s.101; Hausmaninger – Selb, s. 72, 86; Kaser, s.60, 61.

praetor önünde hem de dava etmek istedikleri kimselere karşı talep edecekleri davaları beyannamedeki esaslara dayandırıyorlardı.

Diğer *magistra*'lar gibi *praetor*'lar da M.Ö. 67 yılında çıkarılmış *lex Cornelia de iurisdictione*'ye kadar görev süreleri içinde beyannamelerinden ayrılabiliyorlardı. Ancak anılan kanun *magistra*'ların görev süresi bitinceye kadar yayınladıkları beyannamelerle bağlı olacakları esasını getirdi. Buna rağmen *praetor*'ların beyannamelerinde yer vermedikleri hukukî himaye araçlarını fertlere tanıyabileceklerini belirtmek gerekir.

Praetor'ların görevi bir yıl devam ettiğinden dayanağı *imperium* olan beyannamenin yürürlük süresi göreviyle birlikte sona ermekteydi. Yeni gelen *praetor* önceki *praetor*'un beyannamesiyle bağlı değildi. Ancak eski beyannamede yer alan esaslar yerleşmiş ve tatbikatta tutulmuş kurallardan meydana geldiği için çok defa eski beyannameyi aynen muhafaza eder ya da bunda bazı değişiklikler veya ilâveler yapardı. Bu şekilde hukuk hayatının ihtiyaçları derhal karşılanmış olurdu. Yapılması, değiştirilmesi ve kaldırılması ancak belli usullerle yapılan kanunlarla karşılaştırıldığında hukukun beyannameler yoluyla düzenlenmesi çok elâstikî ve yeni ihtiyaçlara daha uygundu. Göreve yeni başlayan *praetor*'un eski beyannamedeki kısımları aynen benimsemesi suretiyle beyannameden beyannameye intikal eden değişmez, hukukta istikrarı temin eden hukukî temel oluşmuştu ve buna *edictum tralaticium* denilmiştir[39]. Beyannamede yapılan değişiklikler kökten olmadığı ve adım adım, yavaş yavaş, evrim içinde meydana geldiği için hukuk hayatı bakımından vazgeçilmez olan hukukî devamlılık sağlanmış oluyordu. Hattâ bu devamlılığın yabancılar *praetor*'u şehir *praetor*'u ilişkisi yönünden de mevcut olduğu söylenebilir; *magistra* görevlerindeki hiyerarşi, siyasî kariyer yönünden şehir *praetor'u* olmak için kural olarak önce yabancılar *praetor*'u olmayı gerektiriyordu. Bu görevinde benimsediği bir yeniliğe, şehir *praetor*'u olduğu zaman çıkardığı beyannamede de yer vermeyi sürdüren *magistra* bir başka deyişle, yabancılık unsurunun mevcut olduğu bir ilişki için öngörülmüş kuralı Romalılar arasındaki hukukî ilişkilere de uyguluyordu. Bu sebeple *ius honorarium* alanında çıkmış bazı kurumlar daha sonra *ius civile* kapsamına da alınmıştır.

---

39 *Praetor* beyannamesi o *praetor*'un bir yıllık görev süresi boyunca geçerli olduğu için buna *edictum perpetuum* (daimî beyanname) denmekteydi. Buna karşılık *praetor*'un öngörülmemiş olan yeni olaylar için görev süresi içinde çıkardığı ek beyannameye *edictum repentinum* (anî beyanname) adı veriliyordu.

Zamanla beyanname, *praetor*'un yargı alanındaki faaliyeti sonucu ortaya çıkan tüm hukuk malzemesini, hukukî himaye vasıtalarını içeren bir hale geldi. Bu şekilde bu hukuk kaynağı, kanun olmamakla beraber, açık ve kesin, hukuk güvenliğini sağlayan özelliği ile klasik hukukun önemli bir öğesini teşkil etti. Diğer taraftan her sene yenilenebilmesi beyannameye değişen şartlara uygunluk ve elastikiyet kazandırıyordu. Bu yüzden *edictum* kanun ile örf ve âdet arasında yer alan bir hukuk kaynağı idi.

Praetor'un sahip olduğu *imperium* (emretme) yetkisine dayanan *iurisdictio* işlevinin sonucu olarak yayınlanan hukuk kuralları *ius honorarium*'un önemli bölümünü oluşturmaktadır. Bu hukukun görünümünde ise, muhakeme hukukuna ilişkin, yani duruşmalarda uygulanan usûl kurallarına ait düşünceler ve kurallar baskın durumdadır. Çünkü *edictum*'da dava haklarına *(actiones),* savunma imkânlarına, yani defilere *(exceptiones)* ve diğer hukukî himaye araçlarına öncelik verilmiştir. Beyannamede hukuka, hakların korunmasına ilişkin bir görüşle yaklaşılmaktadır. Nitekim *praetor* beyannamelerinin en parlak devri *lex Aebutia* ile M.Ö. II. yüzyılda *formula* usulünün kanuni hale gelmesiyle başlar, *Principatus* devrine kadar devam eder. *Lex Aebutia* ile *formula* usulü, *legis actio*'lar usulü yanında, kanunlar ve *ius civile*'den doğan talep hakları için de yürürlüğe sokulmuştu. Yeni davalar ve defiler ile *praetor*'un özel hukuka katkısı artmıştı. *Edictum*'a alınan yeni ilkeler yanında *praetor*'un günlük hayattaki hukuk faaliyetlerinden dolayısıyla yeni ihtiyaçların karşılanmasından da söz etmek gerekir. *Praetor* bir dava vermek veya dava talebini reddetmek yetkisine sahipti. İleride görüleceği üzere *legis actio*'larda olduğu gibi *formula* usulünün ilk aşaması *praetor* önünde cereyan ederdi. *Praetor* iddianın hâkim önünde görülmesini uygun bulursa, istenen davayı tanır, bunun *formula*'sını hazırlayarak meseleyi çözmesi için tayin ettiği hâkimin önüne gönderirdi. Açılmak istenen davanın *ius civile*'de dayanağı olsa bile *praetor* böyle bir dava talebini reddedebilirdi. Bunun tersi de mümkündü; o zamana kadar dava tanınmamış bir hukukî ilişkiyi artık korunmaya değer bulursa *actio in factum,* yani *ius civile*'de veya *praetor* hukukunda yer almayan davayı verebilirdi. *Praetor*'un dava vermek veya vermemek konusundaki kararları *(decreta)*da hukukun gelişmesinde önemli bir unsurdu.

Beyannamenin değişmez hale getirilmesi: M.S. 130 yılında imparator Hadrianus, Roma'nın büyük hukukçularından Salvius Iulianus'u beyannameyi değişmez, kesin hale getirmekle görevlendirdi. Iulianus beyannameyi elden geçirerek eskimiş kısımları çıkardı, bazı yerlerini yeniden kaleme aldı. İmparator Hadrianus'un beyanna-

meyi değişmez hale getirmesinin sebebi, imparatorların mutlak iktidarları yanında bu iktidarla bağdaşması mümkün olmayan başka bir kaynaktan, *praetor* faaliyetinden hukuk oluşturulmasını önlemek istemesidir. Salvius Iulianus'un tesbit ettiği beyanname *senatus* kararıyla da onaylandı. Bu metne *"Edictum Perpetuum"* denildi. Bu tarihten itibaren hukukun gelişmesi, iktidarına dayanak yeni kaideler koyan imparatorun eline geçmiş oldu. Göreve gelen *praetor*'lar kesin hale getirilmiş beyannameyi aynen neşretmek zorundaydı. *Praetor*'un beyanname neşretmeye devam etmesi artık gelenek icabı oluyordu.

Edictum perpetuum kanun niteliğinde değildi. *Praetor* beyannamesi olarak, *ius civile* yanında, ayrı bir hukuk gibi kabul edilir, devamlı uygulanması olduğu için, hukuk kaynağı olarak ayrıca şerh edilirdi[40]. Diğer taraftan, *Edictum Perpetuum* sayesinde yargı sistemi sürekliliğini korumuştur[41].

Praetor urbanus yanında *iurisdictio* beyanname neşretmek yetkisine sahip olan *praetor pereprinus, aedilis curulis* ve eyalet valilerinin beyannameleri hakkında bilinenler çok eksiktir. *Praetor* beyannamesinin hazırlanmasında yardımcı olan ve bu şekilde yürürlükteki hukuku etkileyen hukukçular *edictum*'un değişmez hale gelmesinden sonra faaliyetlerini bu *edictum perpetuum*'un şerhedilmesi üzerinde yoğunlaştırdılar. Şehir *praetor*'unun beyannamesine hukukçuların yaptığı şerhlerden Iustinianus'un *Digesta*'sına bir çok parça alındığından bu beyannamenin içeriği hakkında bilinenler, göreceli, olarak daha fazladır. Klasik hukukçuların *praetor* beyannamesine yazdıkları şerhlerden buraya alınmış parçalardan hareket eden Alman Romanist Otto Lenel, *praetor* beyannamesinin muhtemel yapısını ve içeriğini *Edictum Perpetuum* başlığı altında XIX. yüzyılın sonlarında yayınlamıştır[42]. Bu beyanname Roma hukukunun tümünü kapsamaz; hukukun değiştirilmesi veya tamamlanması gerekmeyen kısımları beyannamede yer almaz[43].

Iurisdictio yetkisine sahip bu *magistra*'ların fertler arasındaki ilişkilerde sağladıkları himaye vasıtaları çeşitlilik gösterir. Bu himaye vasıtaları praetor davaları, defiler, *(exceptio'lar)* eski hale iadeler, *(in*

---

40 Umur, Ders Notları, s. 95.

41 Eutropius, s. 283.

42 *Praetor* beyannamesi hakkında: bkz. Hausmaninger – Selb, s.57 vd; Schwarz s.93-94.

43 *Praetor*, beyannamesinde *ius civile*'ye giren kanunlar ve *senatus* kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere de davalara ve defilere yer verirdi. Meselâ 25 yaşından küçüklerin aldatılmasını önlemek için getirilen *lex Plaetoria* ve aile evlâtlarına para borcu (karz, ödünç) verilmesini yasaklayan *senatus consultum Macedonianum*'un işlerliği, *praetor*'un *edictum*'a koyduğu himaye vasıtalarıyla sağlanmıştı.

integrum restitutio'lar) interdictum'lar vs. dir. Bunlar hakkında bilgi Usul Hukukunda verilecektir[44].

2. Senatus Kararları (Senatus Consulta)

Principatus devrinde devlet ve siyasi yapıdaki değişikliğe paralel olarak hukuk kaynaklarında da değişiklik olmuştur.

Cumhuriyet devrinde *senatus*'un kanun niteliğinde kararlar alması mümkün değildi. Ancak, *Principatus*'un ilk yıllarında bir müddet çalıştırılabilen ve bazı toplumsal sorunları çözmek için kanunlar *(leges)* çıkaran halk meclislerinin toplanamaz ve sağlıklı karar alamaz duruma gelmesiyle o zamana kadar danışma niteliğinde olan *senatus* kararları kanun kuvveti kazandı. Gaius, Gai. 1,2'de Roma halkının hukuk kaynaklarını saydıktan ve Gai. 1,4'te *senatus*'un emir ve kabul ettiğinin *senatus consultum* olduğunu söyledikten sonra bir ara tereddüt edilmiş olsa dahi bu kararların kanun kuvvetinde olduğunu belirtmektedir. Roma'da temsil fikri zayıf olduğu halde, *senatus* (Bazı yazarlar tarafından Cumhuriyet'in kalbi olarak da nitelendirilmektedir) [45] halk meclislerinin temsilcisi gibi kabul edilmiştir.

İlk imparatorluk döneminde *senatus* önceleri *princeps*'in kanun tasarılarını görüşerek bunları kanun haline getirmiştir. *Senatus*'un imparatorun iradesini *(oratio)* görüşerek tasdik etmesiyle özel hukuk alanında birçok önemli kanun çıkarılmıştır. Augustus ve onu izleyen imparatorların bu konudaki ısrarlı davranışları, yani *senatus'un* itibarını yükseltmek istemeleri sonucunda *senatus*, Milâdı izleyen iki yüzyıl boyunca en yetkili devlet organı haline geldi. Ancak, zamanla *senatus*'un otoritesi azaldı. M.S. II. yüzyılın ortalarından itibaren *senatus* gerek *magistra*'ların seçiminde gerekse kanun yapmada imparatorun iradesine, isteğine göre hareket eden bir meclis haline dönüştü. İmparatorun *senatus*'ta okuduğu veya okuttuğu metin *(oratio principis)* herhangi bir görüşme olmadan kanun olarak kabul ediliyordu; *senatus* imparatorun borazanı haline gelmişti[46]. İmparatorun mutlakiyete dönüşen gücü, hukukun gelişmesinde en önemli kaynağın imparator emirnameleri olması sonucunu doğurdu.

Senatus kararının muhatabı Roma halkı değildir. *Senatus* iradesi *magistra*'ları muhatap alır ve onlara tavsiyede bulunur. Bu tavsiyeyi Roma'nın önemli devlet görevlerinde bulunmuş tecrübeli üyeler

---

[44] *Praetor*'un himaye vasıtaları için mz. *Schwarz*, s. 94 vd. Kunkel s. 90.

[45] Thireau, s. 33.

[46] *Siber*, Röm. Rechtsgeschiechte, s. 48; *Schwarz*, s. 114.

yaptığından, *magistra* buna uygun davranırdı. Aynen halk meclisi kanunlarında olduğu gibi, *senatus* kararları da sosyal problemlerin çözülmesi için çıkarılmıştır. Halk meclisleri kanunları kanun teklif eden *magistra*'ların adıyla anıldığı halde *senatus* kararları ekseriya teklifi getiren imparatorun adıyla anılmaktadır. Meselâ *senatus consultum Claudianum,* imparator *Claudius*'un (M.S. I. asır) hür kadınların başkalarına ait kölelerle cinsel ilişkide bulunmasını yasaklamak üzere teklif ettiği ve *senatus*'un da kabul ettiği kanundur. *Senatus consultum Neronianum* M.Ö. 60 yılında muayyen mal vasiyetlerinin geçerliliği için çıkartılmıştı[47].

3. Hukuk İlmi (Iurisprudentia)

M.Ö. III. yüzyılın ortalarında Usul Hukuku ile ilgili önemli bilgilerin (kanunî dava şekilleri, dava açılabilecek günler) yayınlanmasıyla hukuk tatbikatı alanında rahip hukukçuların tekelinin kırılması ve laik hukukçuların yetişmesi için engel kalmadığını söylemek mümkündür. Ancak daha önce de belirtildiği gibi böyle bir hukukçu sınıfının yetişmesi zamana bağlı olduğundan hukuk hayatı bir süre daha rahip hukukçuların elinde kaldı. M.Ö. II. yüzyıldan itibaren klasik hukukçuların öncüleri diyebileceğimiz, laik bir anlayışla hukukî meselelere eğilen, sonraki devirlerde *veteres* (eski hukukçular) olarak adlandırılan hukukçuların faaliyet gösterdikleri görülmektedir.

Daha Cumhuriyet devrinin son asırlarından itibaren laik hukukçular yorum konusunda rahip hukukçulardan farklı davranmaya başlamışlardır. Yunan kültür ve felsefesi, metodolojisi ve düşünce tarzının etkisiyle metne ve şekle bağlı kalarak yorum yapmak yerine takip edilen amaca göre yorum, kanun veya tarafların gerçek iradesine değer verme eğilimi görülmektedir[48]. Yine Cumhuriyetin son yüzyılından itibaren

---

47 Senatus consultum'lar özellikle miras hukuku alanında yeni düzenlemeler getirmiştir. Hausmaninger-Selb, s. 69-70; Umur, Ders Notları, s. 94; Honsell s. 9; Umur, Lügat'ında kırk kadar senatus kararına yer vermiştir.

48 Bir hukuk kuralının uygulanmasının gerektiği hallerde önce hukuk kuralının lâfzına, sözüne ve dildeki anlamına bakılması gerekir. (krş.: TMK. m. 1/1 Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.) Nitekim Iustinianus *Digesta*'da «De verborum significatione» (kelimelerin anlamı hakkında) başlığı ile ayrı bir fasıl (D. 50,16) açmıştır. Ancak bu yolla hukuk kuralının anlamı tam olarak anlaşılamıyorsa yorum yapmak gerekir. Yorum hukuk kuralının gerçek anlamını tespit etmek için yapılır. Nitekim D. 2,3,17-19'da hukukçu Celsus kanunları bilmenin kanundaki kelimelere bağlı kalmak değil, onların anlamına ve önemine varmak olduğunu belirttikten sonra kanunlardaki iradenin gerçekleşmesi için lafzi yoruma fazla gidilmemesini tavsiye etmektedir. Kanunun lafzının açık olmadığı hallerde hele kanunun amacı çıkarılabiliyorsa, konuya en uygun yorumun tercih edilmesinin zaruri olduğunu belirtmektedir. D. 50,17,56'da Gaius ve D. 50,17,192,1' de Marcellus tereddüt halinde yumuşak yorum yapılmasına işaret etmektedir. Hausmaninger – Selb, s.75-77.

görülen bir diğer eğilim de hukukî alanda sistematik denilebilecek, soyut kurallara ilişkin yazılan eserlerdir. 12 Levha Kanunu, *praetor* beyannamesi, alışveriş hayatında sık görülen muamele şekilleri (formülleri) hukukçuların inceleme ve araştırma konularıdır. Bu hukukçuların eserlerinin ancak çok az bir kısmı yapılan atıflar dolayısıyla bilinmektedir. Bunlardan Quintus Mucius Scaevola (ölümü M.Ö. 82) *ius civile* hakkında 18 kitaplık bir şerh yazmış, daha sonraki devirlerde *ius civile*'ye ilişkin eser yazan hukukçular ekseriya bu eserden hareket etmişlerdir[49].

Esas itibariyle İlk İmparatorluk dönemiyle birlikte faaliyetleri artan klasik hukukçuların Roma hukuku, dolayısıyla modern hukuk içinde özel bir yeri vardır. Bu hukukçular münferit hukukî meselelerden hareket ederek hukukî çözüme varmak suretiyle bugün de geçerli hukuk ilkelerini ortaya koymuşlardır. Klasik hukuk ilmi her şeyden önce tatbikatçı eğilimi, meseleci (kazuist) metoduyla kendini gösterir. Bunların doktrini, tatbikata yönelik faaliyetlerin bir yan sonucudur. Önemli de olan bazı istisnalar bir yana bırakılacak olursa, bu hukukçular hukuku teorik ve didaktik yönden açıklamaya pek fazla zaman ayırmamışlardır. Davalarda avukatlık yapmazlardı. Tarafları hukuk kültürü olan hatipler savunurdu.

Hukukun toplumsal bir olgu olduğunu gözden kaçırmadan, yeni hukukî sorunlar için meseleci çözümler üreten, hukuk hayatının gereksinim duyduğu kavram ve kuralları ortaya koyan klasik hukukçular modern anlamda bilim adamı değildirler; onlar için önemli olan adalet, hakkaniyet, insaniyet, dürüstlük, iyi niyet, menfaatler dengesi *(utilitatis causa)* prensipleriyle uyuşan cevaplar vermekti[50]. Bu hukukçuların

---

Özel hukuk işlemlerinin yorumunda, "Kanunun iradesini" üstün tutmak, geçerlidir. Meselâ, şarabın vasiyet edilmesi, içinde bulunduğu anforaları da kapsar. (Celsus'u zikreden ve uygun bulan Ulpianus: D. 33, 6, 1).

49 Cumhuriyet döneminin sonlarında yaşamış olan ve *consul*'lük görevinde bulunan Servius Sulpicius Rufus (ölümü M.Ö. I. yüzyıl) *praetor* beyannamesine ilk şerhi yazan hukukçudur. *Praetor*'luk da yapmış olan Aquilius Gallus M.Ö. I. yüzyılda *actio doli* denilen hile davasını ve *stipulatio Aquiliana* denilen muameleyi uygulamaya koymuştur; başka sebepten doğmuş olan borçlar bir *stipulatio* ile tek *stipulatio* borcu haline getirilir, daha sonra *acceptilatio* denilen ibra muamelesiyle ortadan kaldırılırdı.

50 *Iurisconsulti*, yani hukuk ilmini ve uygulamasını bilmeleri nedeniyle meselelerin danışıldığı hukukçuların çok yönlü kişiliği, genellikle soylu ailelerden gelmeleri, önemli devlet görevlerinde bulunmaları, nihayet Augustus'tan itibaren birçoğunun imparator adına cevap vermek yetkisine sahip olmaları, bu cevapların doğru kabul edilmesi için yeterli görülmüştür. Hukukçuların kendileri de birçok metinde başka hukukçuları zikretmek suretiyle bu otorite anlayışını güçlendirmiştir. Bkz. Umur, Lügat, *iurisconsulti*..

otoriteleri o kadar büyüktü ki, kendilerine arz edilen meselelere cevap verirken, gerekçe göstermeye ekseriya lüzûm görmezlerdi[51].

Iurisprudentia (hukuk ilmi) her şeyden önce hukuk bilgisidir. İyi, ayrıntılarıyla düşünülmüş, dengeli ve bilge hukuk faaliyetleridir. Bu terimin Roma anlamı, İngilizcedeki ile uyuşmaktadır. Hukukun genel teorisini, hukukun temel ilkeleri üzerindeki düşünceleri ifade etmektedir. Özetle; *iurisprudentia,* bugün, doktrin dediğimiz kavramla, tam olarak, uyuşmaktadır[52].

Dünyanın her yerinde, hukuk başlangıçlarında, uygulama, gelenekler, veya kurallar şeklinde insanlara, birbirlerine tahammül etmeye, bazen yardımlaşmaya imkân vermek için oluşmakla birlikte, ancak Roma'da ilim haline getirilmiştir. Hukuk; hukuk âlimleri tarafından inşa edilmiş ve eğitimi verilmiştir.

Praetor'un *iurisdictio* faaliyetine paralel olarak klasik hukuk ilmi, özel hukuka daha çok hakkın korunmasına yarayan dava, defi ve diğer himaye vasıtaları bakımından yaklaşırdı, *praetor*'un *edictum*'unda yer verdiği *actio* ve *exceptio*'ların şartlarını inceler ve açıklardı[53]. Bu da onların hukuk tatbikatı ile yakından ilgisini gösteren bir olgudur.

Klasik hukukçuların etkinliği kendilerine danışılan meselelere cevap vermek yanında *ius civile* ve *ius honorarium*'un açıklanması üzerinde yoğunlaşmıştı. *Ius civile*'yi açıklarken 12 Levha Kanunu'ndaki düzenlemelere kadar gidilirdi. Buna karşılık özellikle *praetor* beyannamesi M.S. II. yüzyılda Daimî Beyanname *(edictum perpetuum)* haline

---

51 Yukarıda anılan ve ahlâkî içeriği de olan bu prensiplere rağmen klasik hukukçular hukuk kurallarını ahlâki, dini kurallardan titizlikle ayırt etmişler, sadece hukuk açısından önemli olana yönelmişlerdir. Kanunlarla veya beyannamelerle düzenlenmemiş konulara hukukçular nadiren girmişlerdir. Karı-koca ilişkilerinden dikkatle söz edilmiştir. Hukuk kurallarının sosyo-ekonomik ve siyasî olgulardan etkilendiği şüphesizdir, ancak Romalı hukukçular hukuk kurallarının bu yönüne bakmamışlardır. Meselâ intifa hakkının başkasına niçin devredilemeyeceğini, kiracının, ariyet alanın niçin zilyet sayılmadığını, klasik devirde formula usulünde geçerli olan nakdi mahkûmiyetin sebebini açıklamamışlardır. Kamu hukuku klasik hukukçuların uzak durduğu bir alandı. Bu konuda Bkz. Fritz S; Prinzipien des römischen Rechts, Berlin 1954, s.14 vd.

52 Fransa'da *jurisprudence* terimi ile ifade edileni belirtmek için, İngilizler *the decisions of the Courts*, demektedir (Carbasse, s. 39 ve s. 41, d.n. 1).
Pomponius (D. 1, 2, 2,13), hukuk alanında her gün ilerleme kaydeden uzmanlar olmasaydı, hukukun oluşamayacağını, söylemektedir. Hermogenianus, (D. I, 5, 2) başka bir açıdan, IV. yy başında tüm hukukun insanlar için oluşturulduğunu, yazmaktadır.

53 Buna karşılık hâkim önündeki safha, örneğin ispat kuralları klasik hukukçuların fazla ilgisini çekmemiştir. Klasik hukukçular için yapılabilecek diğer bir tespit, özel hukuku Romalılar yönünden tetkik etmeleridir. Meselâ şehir *praetor*'unun beyannamesi ilgilerini çektiği halde yabancılar *praetor*'unun beyannamesi hakkında çalışmalara pek rastlanmaz. Eyalet beyannamesine ait şerhi sadece Gaius yazmıştır.

geldikten sonra *praetor* hukukunun açıklanması ve yorumu hukukçuların önemli işlerinden biri olmuştur.

II. yüzyılda, yunan kültürü yavaş yavaş İtalya'ya girer. Hukukçular, Platon, Aristo, stoisyenler gibi filozofları okumaya başlar[54]. Cicero "hukuku sanat haline dönüştürmenin" *(ius in artem redigere)* hukukçulara ait olduğuna işaret ederek, hukukçuların rolünü belirlemiştir.

Iurisprudentia sadece düşünce alanında değildir. Mütalaalar vererek hukukî işlemleri kaleme alarak tarafların adına davalara yön vererek, hukuk hayatına faal olarak katılırlar[55].

Klasik devrin hukuk yayınları esas itibarıyla *Digesta* denilen hukukun her alanına giren konuların incelendiği kapsamlı eserler, *ius civile* ve *ius honorarium*'un açıklandığı şerhlerle kendini gösterir. Bunların yanında hukukçuların danışma faaliyetinin ürünü olan sorular, meselelere verilen cevaplar *(Responsa)* kazuistik eserler tipinin vurgulayıcı örneğidir[56]. Hukuk öğrenimine esas teşkil eden yayınlar içinde *Institutiones* denilen hukuka giriş niteliğindeki eserler önemlidir[57]. Bunlardan hukukçu Gaius'un yazdığı ve orjinali bütününe yakın bir şekilde elimizde bulunan *Institutiones* Roma hukukunun çok önemli bir kaynağıdır.

Kara Avrupası modern hukuklarının temeli olan hukukun, özel hukuk-kamu hukuku şeklindeki ayırımı klasik hukuk dönemine dayanmaktadır.

II. yüzyılın ikinci yarısında, Roma'nın büyük hukukçuları arasında, eyalet kökenlilerin varlığı dikkati çeker ve bu devre, Afrikalı hukukçuların parlak zamanıdır. Daha, I. yüzyılın ilk yarısında, Iuvenalis, [58] Afrika'dan; servet kazanma peşindeki "avukatların süt annesi" olarak, küçümseme ile söz eder. (Hicivler, VII, 148) [59].

---

54 Stoisyenlerin düşünceleri, filozof Epiktet ve imparator Marcus Aurelius (121-180) (Düşünceler isimli kitabı yunanca yazılmıştır) eserleri aracılığı ile gelmiştir. Bir kölenin çocuğu olan, kendisi de köle olan Epiktet (doğumu M.S. 50) azat edilmiş ve Roma'da, her zaman kapıları açık olan evinde yaşamaya devam etmiştir. 90 yılında, imparator Diocletianus'un (51-96) bir beyannamesi, bütün filozofları İtalya'dan gönderir. Yunanistan'a çekilen Epiktet'in şakirtlerinden biri, görüşlerini sekiz kitapta yayınlamıştır. (Bize ilk dördü intikal etmiştir. (Mouchette – Ladjili, s. 531).

55 Carbasse, s. 40.

56 Diğer kazuist eser örnekleri: *Quaestiones* (sorular) ve *Disputationes* (tartışmalar)dır.

57 Eğitici diğer eserler *Definitiones* (Tanımlar) ve *Sententiae* (Hükümler)dir. Hukuk ilmi hakkında bkz. Umur, Ders Notları, s.96. D. 1,1,10,2'de Ulpianus; hukuk ilminin ilahî ve beşerî olanları bulmak, haklı ve haksızın bilimi olduğunu belirtmektedir.

58 Latin hiciv şairi (M.S. 65-128 sıraları) Hicivleri, imparatorluk Roma'sının bozukluklarına karşı öfke doludur.

59 Gaudemet, s. 283.

Bu şekilde; hukuk ilminin romalıların veya kökeni italyan olanların tekelinde olmadığı görülmektedir. Eyaletlerde, çoğu kez orta düzeyde, fakat danışmak ve gerekirse vatandaşlarını savunmak için yeterli hukukçu mevcuttu.

A. HUKUK MEKTEPLERİ

M.Ö I. Yüzyılda, ihtilaflarla uğraşan hukukçu, kendisine danışan müvekkillerine bilgi verirken, çevresi, hukuk öğrenmek isteyen gençlerle doludur. Büyük hukukçulara yaklaşabilen gençlere özgü, daha çok aristokrtatik bir hukuki yetişme söz konusudur. İstişareler sırasında, hukukla birlikte sosyal kuralları da öğrenmektedirler[60].

Principatus dönemiyle birlikte hukukçuların iki ekole ayrıldıkları, bu ekollere daha sonra *Sabinianus* Mektebi ve *Proculianus* Mektebi adları verildiği görülmektedir. Augustus'un iktidarının ilk yıllarında etkin olan hukukçular[61], hukuki görüşleri nedeniyle Proculianuslar ve Sabinianuslar olmak üzere iki gruba ayrılmışlardı. Bu iki hukuk mektebi, Klasik Hukuk devri boyunca hukukun gelişimine büyük katkı sağlamışlardır. Bunun başlıca nedeni ise, hukuk kurumları kendi bakış açılarıyla, farklı şekillerde yorumlamalarıydı. Sabinianus hukuk mektebi mensupları ius civile'ye daha bağlı oldukları halde, Proculianus mektebi savunucuları, praetor hukukuna daha fazla önem vermekteydiler. İki mektep arasındaki farklılık önce siyasî idi, daha sonra hukuk alanına intikal etmiştir. Ancak bugünkü anlamıyla ders verilen mahal olarak anlaşılmaması gereken bu iki mektep[62] arasındaki görüş ayrılıklarını belli bir zemine oturtmak mümkün değildir. Çalışma metotları, verdikleri eser tipleri arasında esas itibarıyla fark yoktur. İlkelerde fikir ayrılığından ziyade münferit meselelerdeki görüş farklılıkları bilinmektedir[63].

---

60 Ladjili – Mouchette, s. 457.

61 Trebatius'un Julius Caesar döneminde başlayan hukukî danışmanlığı, Augustus Dönemi'nde de devam etti. Trebatius, kendi döneminin diğer hukukçular tarafından takdir edilmesinin yanında, Marcus Antistius, Labeo'nun da hocası olmuştu. Ancak Labeo'nun kurduğu hukuk okulunun oluşumunda kendisinin doğrudan katkısı olmamıştı. Bunun nedeni muhtemelen, Trebatius'un kendisini uygulamaya çok vermesi ve yazmaya ve öğrenmeye daha az zaman ayırması olabilirdi. (Ceylan, S.G., Roma Hukukunda Klasik Hukuk Dönemi, Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan, s.46, s.46 ve dn. 33)

62 Henüz belirli bir binası, personeli, program ve ders saatleri olan bir "hukuk okulu"ndan uzaktayız. Burada daha çok bir *magistra*'lığa aday olanların, gelecekteki seçmenlere hukuk bilgisini sunarak, kendilerine çevre yapma amacı görülür.

63 İki mektep arasındaki bazı ihtilaflara değinmek istiyoruz: - *Sabinianus* Mektebi kişilerin ergenlik çağına

İki yüzyıla yakın devam eden bu faaliyet hukukun gelişmesine katkıda bulunmuştur.

M.S. II. yüzyılda klasik hukuk ilmi edebiyatının zirveye ulaştığını söylemek mümkündür. İki mektep şeklinde yapılanma aşağı yukarı bu asrın sonuna kadar devam etmiştir (D. 1,2,2,47).

Sabinianus Mektebi

Kurucusu Capito siyasi bakımdan İlk İmparatorluk *(Principatus)* dönemi taraftarıydı, hukuk alanında muhafazakârdı. Sonraki devirlerde zikredildiği pek görülmemektedir. Mektebe adını veren Massurius Sabinus, yoksul şartlarda yetişmiş bir hukukçuydu[64]. Devlet hizmetine girmemiş olan bu hukukçunun öğrencilerin yardımıyla geçindiği söylenir. *Ius civile*'ye dair üç kitaplık eseri sonraki yüzyıllarda aynı konularda yazılan şerhlere temel teşkil etmiştir. Cassius Longinus, *consul* ve eyalet valiliği görevlerinde bulunmuştur. Neron zamanında sürgüne gönderilen bu hukukçunun en önemli eseri *ius civile*'ye ait üç kitaplık şerhidir. Bu mektep bu hukukçunun adıyla da (Cassiani) anılmaktadır.

Proculianus Mektebi

Kurucusu Labeo ile, klasik hukuk ilminin altın çağı açılır. Labeo eski rejim, yani Cumhuriyet taraftarıydı. Hukukta ileri görüşleri savunmuştur. *Praetor* beyannamesi ve 12 Levha'yı açıklayan kitapları olan Labeo, felsefe ve filoloji alanında ün yapmıştır. Çok eser vermiştir. Pomponius (D. 1, 2, 2, 47) dört yüz kadar kitabından söz etmektedir. Elli kadarı bilinmektedir, ölümünden sonra yayınlanan kırk kitap, bunlara eklenmiştir. *Praetor*'luk görevinde bulunmuş, fakat kendisine Augustus tarafından teklif edilen *consul*'lüğü reddetmişti.

Labeo'nun yeniliği ve metodunun önemi konusunda herkes mutabıktır. Labeo'da, somut bir olay hakkında hukukî çözüm yoluna varılır, hukukî temel unsurlar esas alınır. Bu şekilde, hukuk meselesi bir "tip" olarak belirir. Bir "kural" (*regula*) şeklinde sunulacaktır. Bu kural

---

varıp varmadıklarının her olayda fizikî olgunluğa *(habitus corporis)* bakılarak belirleneceği görüşündeydi. *Proculianus* Mektebi ergenlik çağını 14 yaşın bitirilmesi olarak kabul ediyordu. Iustinianus da, bu son görüşe katılarak problemi tartışmasız hale getirmiştir.

- *Sabinianus* Mektebi alım-satım akdinde mala karşı mal verilebileceğini savunurken, *Proculianus*'lar semenin mutlaka para olmasını arıyordu.

- Hukukî tağyir (işleme-*specificatio)* halinde *Sabinianus* Mektebi üretilen yeni malın mülkiyetini işlenen maddenin malikine tanıdığı halde, *Proculianus* Mektebi yeni malı üreteni, malik kabul ediyordu. (krş. TMK m. 775)

64 Labeo ve Capito tarafından kurulan bu iki hukuk mektebi çok ilginçtir ki, bu hukukçuların öğrencilerinin isimleriyle anılmaktadır.

değiştirilebilir ve eleştirilebilir. Her ne kadar Paulus (D. 50, 17, 1) tarafından ifade edilse de, bu formül Labeo'nun metodunu ifade eder: "Kural, durumun kısaca ortaya konulmasıdır. Hukuk, kuraldan gelmez, fakat durumun âdil değerlendirilmesinden doğar"[65].

Labeo ve Capito'nun genel özelliklerine bakıldığında, Capito'nun geleneklere bağlı, tutucu ve yeniliklere biraz daha kapalı olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır.

Capito'nun ius civile'ye ait üç kitaplık eseri, daha sonraki dönemlerde bu konularda verilen eserlere kaynak teşkil etmiştir. Labeo ise, yeniliklere daha açık bir hukukçuydu. Felsefe ve filoloji alanlarında ün yapmış, Augustus tarafından kendisine teklif edilen consüllüğü reddetmişti. Hukuk alanındaki en büyük rakibi olan C. Ateius Capito, Labeo'yu, Roma halkının gelenekleri ve vatandaşlar üzerine uzmanlaşmış bir kişi olarak tanımlamaktadır. Bunun yanında, Labeo, imparator kuralları şeklinde, bazı kişilere tanınan imtiyazlardan da duyduğu rahatsızlığı her zaman dile getirmiştir[66].

Proculus, mektebe adını veren hukukçudur. Augustus'tan sonra gelen imparator Tiberius zamanında yaşamıştır. 11 kitaplık *Epistolae* (mektuplar) adlı kitabı vardır.

Pegasus, imparator Vespasianus zamanında yaşamıştır. *Praefectus praetorio* olarak görev yapmıştır. M.S. 73 yılında çıkarılmış olan ve Miras Hukuku ile ilgili bulunan *senatus* kararı onun adı ile anılmaktadır (*senatus consultum Pegasianum*).

Proculianus Mektebi'ne mensup Iuventinus Celsus *consul, praetor* ve eyalet valisi olarak görev yapmıştır. İmparator Hadrianus' un *consilium*'una dahil olan bu hukukçunun 39 kitaplık *Digesta*'sı var-

---

65 Gaudement, s. 273-274.

66 İyi bir aileye mensup olan Labeo'nun babası bir avukattı ve Brutus'un yakın arkadaşıydı. Iulius Caesar'a suikast düzenlenmesinde aktif rol oynaması nedeniyle, Philippi Savaşı'ndan sonra intihar etti. Labeo'nun M.Ö. 50-60 yıllarında gramer ve Latin edebiyatı dersleri almış, Alfenus Varus, Cascellius, Ofilius'tan da katı bir cumhuriyetçi ve İmparatora ve yandaşlarına karşıt görüşlerini açıklayan bir kişi olduğunu söylemek mümkündür.
Antistius Labeo, vatandaşlar hukuku üzerinde çalışmalarını yoğunlaştırmıştı. Kendisine danışan kişilerin hukukî sorunlarına cevap veriyordu. Bunların yanında tarih ve felsefe gibi bilimlere de ilgisiz değildi, dil bilgisi ve edebiyat üzerine araştırmalar yapıyordu. Aynı zamanda, Latince kelimelerin kökeni ve oluşması konularında da deneyimliydi ve bu becerisini hukukî metinleri kaleme alırken çok kullandı. Eserleri, ancak ölümünden sonra, Posteriores adlı üç kitap halinde basılmıştır. (Ceylan, S.G., Roma Hukukunda Klasik Hukuk Dönemi, Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan, s.47, s.47 ve dn. 41 ve 42).

dır. *Corpus Iuris Civilis*'in klasik hukuku aksettiren *Digesta* bölümüne bu hukukçudan yüzden fazla parça alınmıştır.

Sabinianus Mektebi'nin çok önemli bir hukukçusu Salvius Iulianus'tur. Afrika'da doğmuş olan bu hukukçu bütün önemli makamlarda görev yapmıştır. Hadrianus'un emriyle *praetor* beyannamesini değişmez hale getiren bu hukukçunun 90 kitaplık *Digesta*'sı ünlüdür.

Bu yüzyılda yaşamış ve faaliyet göstermiş olan Sextus Pomponius büyük devlet görevlerinde bulunmamış, fakat çok eser vermiştir. Hem *ius civile'ye* hem *praetor* beyannamesine şerh yazmıştır. *Liber singularis enchiridii* (elkitabı) Roma hukuk tarihine ilişkin önemli bilgiler vermektedir. Öğretici tarafı ağır basan bir hukukçudur.

Diğer hukukçuların aksine sadece adı ile anılan Gaius (M.S. II. yüzyıl) kendi ifadesi ile *Sabinianus* Mektebi'nin son temsilcisidir. Klâsik Hukuk ilminin uygulamaya yönelik faaliyet tarzına uymamıştır, eserlerinde okuyucusunu bilgilendirmeği ön planda tutmuştur. Muhtemelen eyalet kökenli olan bu hukukçuya diğer klasik hukukçular atıfta bulunmamışlardır. Yaşadığı devirde tanınmamaktadır. Kitaplarında kullandığı açık ve sade üslup, hukuka başlangıç kitapları için örnektir. Belki de imparator adına cevap verme yetkisi bulunmadığından öğretici kitaplar yazma yolunu seçmiştir. 12 Levha Kanunu'na 6 kitaplık, *praetor* beyannamesine ve eyalet beyannamesine şerhler yazmıştır. Gaius'un en önemli eseri *Institutiones*'tir. Dört kitaba ayrılan bu öğretici eserde hukuk kuralları üç ana bölümde açıklanmaktadır. *Institutio*'lar sistemi denilen ve bazı değişikliklerle modern kanunlarda da izlenmiş olan bu sistemde kişilere ilişkin hukuk, mallara ilişkin hukuk ve davalara ilişkin hukuk bölümleri mevcuttur. *Corpus Iuris Civilis*'i hazırlarken Gaius'un *Institutiones*'ini model alan Iustinianus da aynı ayırımdan hareket etmektedir (I. 1,2,12). Birinci kitapta insanların hür yahut köle oluşundan hareket edilerek, kişilerin içinde bulunacağı durumlar açıklanmaktadır. İkinci ve üçüncü kitaplar Miras Hukuku, Borçlar Hukuku ve Eşya Hukukunu içeren malvarlığı hukukuna özgülenmiştir. Dördüncü kitapta ise Roma hukukunun *actio* (dava) kavramından yola çıkılarak Usul ve İcra hukukları hakkında bilgi verilmektedir. Kitaplarda paragraf alt ayırım olarak kullanılmıştır. Gai. I 3,4 Gaius'un yazmış olduğu *Institutiones* adlı eserin 3.kitabının 4.paragrafını ifade etmektedir[67].

---

[67] 1933 yılında şubat ayının sonlarında Kahire'deki bir antikacı, Floransalı papirolog Media Norsa'ya, Latince yazılmış birkaç parşömen parçasını gösterir ve satmayı teklif eder. Media Norsa, bu parçaların hukukî bir esere ait olduğunu anlamakla birlikte, bunların Corpus Iuris Civilis ile ilgili olmadıkla-

Klasik devirde başka hukukçuların da (Florentinus, Modestinus vb.) bu adı taşıyan eserleri olmakla beraber Gaius'un *Institutiones*'i elimize doğrudan geçen bir eser olduğu için daha fazla önem taşır. 1816'da Alman Romanisti Niebuhr bu kitabı Verona'da parşömen üzerine yazılmış olarak bulmuştur. Daha sonra Mısır'da da İtalyan Romanisti Arangio-Ruiz aynı eserin bazı parçalarına rastlamıştır. Buna rağmen Gaius'un *Institutiones*'inde okunamayan eksik kısımlar Iustinianus'un *Institutiones*'i göz önüne alınarak tamamlanmıştır.

İkinci asrın sonu ile üçüncü asrın başlarında yaşamış olan Papinianus ile hukuk ilminin zirveye ulaştığı söylenebilir. Eyalet kökenli hukukçulardan biri olan Papinianus, imparator Septimus Severus'un akrabasıydı ve *praefectus praetorio* gibi yargı işlerine bakan makamda yıllarca bulunmuştur. Hem zamanında, hem de sonraki devirlerde deha olduğu kabul edilen Papinianus karışık meseleleri kısa cevaplarla halletmek meziyetine sahip bir hukukçu idi. 19 kitaplık *Responsa*'sı (Cevaplar) ve 37 kitaplık *Quaestiones*'i (Sorular) önemlidir. Papinianus'un iki öğrencisi Ulpianus ve Paulus ile klasik devre özgü hukukçuların neslinin sona erdiğini söylemek mümkündür. Bu iki hukukçu hocaları Papinianus'un yardımcılığını yaptıkları gibi, kendileri de daha sonra önemli devlet görevlerine getirilmişlerdir. İkisi de hem *ius civile*'yi hem de *praetor* hukukunu şerh etmişlerdir. Yine her iki hukukçu kendilerinden önceki hukukçuların fikirlerini zikretmektedir. Bu ikisinin eserlerinden alınmış parçalar Iustinianus'un *Digesta*'sında en geniş yeri tutmaktadır.

Ulpianus belki de tam bir modeldir. Bilimsel eseri, önceki kitaplardan üstündür. *Digesta*'nın üçte biri, eserlerinden alınacaktır. Diğerlerinden çok farklı olarak, iktidara yakın, dostu olduğu imparatorun adetâ temsilcisi oldu. Bu aşırı iktidarı da, hayatıyla ödedi.

Ulpianus'un öğrencisi olan Modestinus ile klasik hukukçu tipi sona ermektedir. Bu hukukçu *Responsa* (Cevaplar) ve *Regulae* (Kaideler) yazmıştır[68].

---

rını hisseder ve o sıralarda Roma Hukuku dersleri vermesi nedeniyle, Kahire'de bulunan ünlü Roma Hukukçusu Vincenzo Arangio Ruiz'i yardıma çağırır. Arangio Ruiz, metni görür görmez bunun Gaius'a ait olduğunu ve Verona'da daha önce Niebuhr tarafından ortaya çıkarılmış olan metinde bulunmayan bazı kısımlar içerdiğini anlar ve bir süre sonra bu metni yayınlar. Bu şekilde, eserin orjinali bütün olarak elimizdedir. (Ali Selkor Atek, Consortium Ercto Non Cito, Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan, s.20)

[68] Yukarıda sadece önemli hukukçuların adlarından ve eserlerinden kısaca bahsedilmiştir. Sayı aslında daha yüksektir. Bu hukukçular aynı zamanda Roma hukuk yayınlarının, eserlerinin birer temsilcisidir. Hukuk ilmi için bkz. Hausmaninger–Selb, s.71, 73 –79, 85 vd; Umur, Ders Notları, s. 97-101;

İzleyen devrin hukukçuları orta düzeylerini, eserlerinde isimlerinin olmaması ile saklayacak veya imparatorluk devlet dairelerinin gizliliğinde hizmet edeceklerdir[69].

Üçüncü yüzyılın ortalarından itibaren kaynaklarda önemli bir hukukçudan bahsedilmemektedir. Bu, hukuk ilminde artık isminden bahsedilmeyi gerektirecek düzeyde hukukçu yetişmemesi ile de açıklanabilir. Aslında o devirdeki siyasi ve toplumsal çalkantıların hukuk ilmini olumsuz etkilemiş olduğu düşünülebilir. Hattâ bu çalkantıların daha önce başlamış olduğu dikkate alınınca, muhafazakâr karakteri dolayısıyla hukuk ilminin bir müddet daha devam ettiğini söylemek mümkündür.

B. İMPARATOR ADINA CEVAP VERMEK İMTİYAZI

Hukukçuların en önemli karakteristik faaliyet tarzı kendilerine sorulan hukukî meselelere cevap vermekti *(respondere)*. Cumhuriyet devrinin ortalarından itibaren hukukçuların kendilerine danışılan meseleleri alenî, herkesin dinlemesine açık bir şekilde cevaplamaları usulü yerleşmişti. Bu usulle hukukçulara otorite ve saygınlık kazanma yolu açılmış oluyordu. Taraflar zaman zaman hukukçuların cevaplarını yazılı olarak hâkimlere iletiyorlardı. Ancak, hukukçuların fikirleri kanuna veya imparatorun bir cevabına eşit miydi? Hâkim, bunlara uymak zorunda mıydı? Fikirler farklı ise, durum ne olacaktı? "Kanun değerinde olması için hukukçuların fikir birliği içinde olması aranacak mı veya bazılarına üstün bir otorite tanınacak mıdır? "Hukuk uzmanlarının", *(iuris periti)* yeni bir hukuk yarattıkları bir gerçekti. Fakat tam bir özgürlük rejimi, karışıklık yaratıyor ve sonunda cevaplarının değerini düşürüyordu[70].

Principatus dönemi ile birlikte, yukarıda değinildiği üzere yeni rejime karşı olan hukukçular (Labeo) olduğu gibi, *princeps*'in hizmetinde çalışmayı tercih eden hukukçular da (Capito, Nerva) görülmektedir. İşte Augustus titizlikle seçilmiş, özellikle kendisine bağlı bazı hukukçulara imparator adına cevap verme hakkını *(ius respondendi ex auctoritate principis)* tanımak suretiyle hem hukukçuların yeni rejimi desteklemesini sağladı, hem de hukukçuların itibarını yükseltti[71].

Honsell s.14; Siber, Röm. Rechtsgeschichte, s. 52-59.

69 Gaudemet, s. 286.

70 Gaudemet, s. 280-281.

71 D. 1, 2, 2, 49'da Pomponius, Augustus'tan önce ancak kendine güveni olan hukukçuların fikirlerini soranlara bildirdikleri, bu görüşlerin hâkime doğrudan yazılı olarak veya taraflara dinleyiciler huzu-

Bu şekilde bir imtiyaza dönüşen imparator adına cevap verme daha çok *senatus* sınıfına mensup hukukçulara veriliyordu. Massurius Sabinus imparator Tiberius zamanında bu imtiyaza sahip olan, süvari *(equites)* sınıfından gelen ilk hukukçudur (D. 1, 2, 2 ,48).

Belirli bir devirden, belki Augustus'tan itibaren hukukçuların faaliyeti siyasal iktidar tarafından denetlendi. Bu şekilde; hukukçuların cevapları, hukukun yaratılmasının bir şekli oldu. Siyasal otorite bunu kabul etti, fakat kalitesini garanti etmek ve değerini sağlamak için yönlendirmek istedi[72].

M.S. II. asrın ilk yarısında İmparator Hadrianus'un bir emirnamesiyle hâkimlerin, ancak bu imtiyaza sahip hukukçuların fikir birliği içinde olmaması durumunda, fikirlerden istediğine uyabileceği belirtilmiştir. Fikir birliği mevcut ise hukukçuların cevapları kanun gücüne sahip oluyordu. (I.1,2,8) yani hâkim bununla bağlı idi. Bu hukukçuların cevapları, hukuk kaynağı olarak telakki edilmekteydi (Gai. 1,7). Gaius, Roma hukukunun unsurları arasında hukukçuların cevaplarını da *(responsa prudentium)* saymaktadır (Gai. 1,2)[73]. Hadrianus'un emirnamesinden sonra bu imtiyaza sahip olan hukukçularla olmayanlar arasında fark yaratılmış bulunuyordu. İmparator adına cevap vermek imtiyazı bulunmayan hukukçular ancak imtiyazlı hukukçuların fikir beyan etmedikleri konularda etkili olabiliyorlardı. Bu imtiyaza sahip olmadan bir hukukçunun kendisini kabul ettirmesi zorlaşmıştı. Bunlardan biri Gaius, diğeri Pomponius'tur; ikisi de daha ziyade öğretici ve yazar olarak etkin olmuşlardır[74].

Praetor hukukunun gelişmesi M.S. II. yüzyılda beyannamenin daimî hale getirilmesiyle durmuştu, bundan sonra hukuk kaynağı olarak hukukçuların ortak kanaatlerinin ön plana çıktığı görülmektedir. Hemen hemen aynı tarihlerde imparator emirnameleri de hukukun yaratıcı diğer bir kaynağı olmuştu. Ancak bunlarda da, hukukçuların

---

runda açıklandığını, Augustus'tan itibaren ise hukukçuların otoritesinin artmasını sağlamak için bu imtiyazın tanındığını belirtmektedir.

72 Gaudemet, s. 282.

73 Schmidlin B., Droit Privé Romain, I Sources, Famille, Biens, Lausanne 1988, s.28.
D. 1,1,7 pr'da Papinianus da *ius civile'yi* oluşturan unsurlar arasında hukukçuların otoritesini saymaktadır. Böylece, hukukçuların fikirleri, *ius civile*'nin diğer kaynakları olan kanunlar, *senatus* kararları ve imparator emirnameleri ile bir tutulmuş olmaktadır.

74 İmtiyazlı hukukçuların fikirlerinin ilk planda gelmesi hukuk tatbikatı açısından önemlidir. Bu şekilde hâkimin uygulayacağı hukuk kuralının tespitinde kolaylık da sağlanmış oluyordu. Bu hukukçuların görüşlerinin yer aldığı yazılar da aynı güç ve otoriteye sahipti. Umur, Ders Notları, s.98.

katkısı büyüktü. Çünkü hukukçular imparatorun danıştığı kurul olan *consilium*'da yer alıyorlardı[75].

Bu sistem, mükemmel olmasa da, en az üç yüzyıl işlevini yerine getirmiştir. Klasik sonrası (post-klasik) hukuk, iktidarın hukukçuların ilmi üzerine gitgide ağırlaşan müdahalesi pahasına, onu daha iyi hale getirmeye çalışacaktır[76].

III. yüzyılın sonlarında hukukçulara imparator adına cevap verme imtiyazı artık tanınmıyordu. İmparatorlar bu cevapları kendileri veriyordu.

4. İmparator Emirnameleri

Principatus dönemiyle birlikte Roma'da hukuk yaratan yeni bir organ daha ortaya çıkmıştır. *Constitutiones principis* denilen emirnamelerle *princeps*'ler -makamı paylaşan Cumhuriyet devri *magistra*'larından farklı olarak - hemen hemen sınırsız olan hâkimiyetlerine ve hayatları boyunca süren iktidarlarına dayanarak yeni kurallar koydular. Yukarıda Gaius'a ait metinde (Gai. 1,2) görüldüğü gibi Roma hukukunun kaynakları arasında sayılan imparator emirnamelerinin en geç M.S. II. yüzyılın ortalarından itibaren kanun kuvvetinde *(legis vigorem)* olduğu yine Gaius'un beyanından anlaşılmaktadır (Gai. 1,5)[71]. İmparator emirnameleri diğer kaynakları gölgede bırakmıştır.

İmparator hukukun ve adaletin tek kaynağı olmuştur.

İmparator emirnameleri, *edicta* (beyannameler), *decreta* (kararlar), *rescripta* (yazılı cevaplar) ve *mandata* (talimatlar) şeklinde ayrılmaktadır:

Edicta (beyannameler) Cumhuriyet devrinden *Principatus* devrine intikal eden diğer *magistra*'lar gibi imparatorun bu konudaki yetkisinden kaynaklanıyordu. Ancak imparatorun yetkisi hayatı boyunca devam ettiğinden beyannameleri de iktidarları süresince yürürlükte kalıyordu. Hattâ; yeni imparator tarafından açıkça yürürlükten kaldırılmadıkça, beyannameyi çıkaran imparatorun ölümünden sonra da yürürlükte olduğunu söylemek mümkündür. Bu şekilde kanun hükmünü kazandılar. İmparator beyannameleri toplumun bütününe yönelen düzenlemeler olduğu için hukukun her alanına ilişkin kurallar

---

75 Schwind, s.63; Hausmaninger – Selb, s. 72, 86.

76 Gaudemet, s. 282.

71 D.1,4,1'de Ulpianus da imparatorun emrettiğinin kanun gücünde olduğunu söyledikten sonra teferruata inerek imparatorun mektupla veya gönderilen dilekçeye şerh düşmek veya hâkim olarak veya mahkeme dışı beyanda bulunmak veya beyanname ile hüküm vazetmek suretiyle kanun koyduğundan bahsetmektedir.

içerebilmekteydi. Meselâ; bazı istisnalarla, imparatorluğun sınırları içinde yaşayan herkese Roma vatandaşlığı veren *Constitutio Antoniniana* bir beyannamedir.

Rescripta, imparatorun kendisine yazılı olarak başvuran bir memurun veya bir kimse tarafından mektubunda sorulan meseleye verdiği yazılı cevaptır. İmparatorun kendisine sorulan hususu mektupla cevaplandırması mahkeme kararı değildir. Bu cevaplar imparatora arz edilen olayların doğru anlatılması ve kanıtlanması halinde bağlayıcı oluyordu. Bunun tetkiki ihtilâfı karara bağlayacak olan hâkime aitti. Uygulamada hâkimlerin imparatorun belli bir meseleye dair cevabını emsal alarak diğer olaylara da tatbik ettikleri görülmekteydi.

Decreta, imparator tarafından ihtilaflarda verilen kararlardır. İmparator hem hukuk hem de ceza işlerinde bizzat hâkimlik yapabilirdi. İşte imparatorların ilk derece mahkemesi hâkimi veya kendisinin görevlendirdiği hâkimlerin kararlarına itiraz edilmesi durumunda üst derece hâkimi olarak verdikleri kararlar, imparator iradesinin ürünü kabul ediliyordu. D. 1, 1, 7 pr'da Papinianus, sadece imparatorların kararlarını *(decreta) ius civile*'nin kaynağı olarak göstermektedir.

Mandata; imparatorların memurlarına, özellikle eyalet valilerine gönderdikleri talimatlardır. Öncelikle sadece gönderildikleri memuru bağlayan bu talimatlar zamanla, aynı konumdaki bütün memurlar için bağlayıcı oldu. Hattâ fertler bile idari denilebilecek bu talimatları iddialarına dayanak yapabiliyorlardı[77].

M.S. III. yüzyıldan itibaren halk meclisi kanunları, *senatus* kararları ve *praetor* beyannamesi mazide kalınca imparator emirnameleri hukuku yaratan tek kaynak olarak kaldı[78]. Ancak bu emirnamelerde hukukçuların katkısını gözardı etmemek gerekir. İmparatorun hizmetinde yüksek maaş karşılığında çalışan ve imparatorun danışmanı olarak *consilium*'unda yer alan hukukçular imparatorun iradesini formüle eden kişilerdi.

Zamanla imparator emirnameleri konusunda da belirsizlik oluşmuştu. Hangi emirnamelerin yine hangi içerikle yürürlükte olduğuna dair kesin bilgi edinmek zordu[79].

---

77 İmparator emirnameleri için bkz. D.1,1,7 pr; Hausmaninger – Selb; s. 70-71; Schwarz, s.159-162; Siber, Röm. Rechtsgeschichte, s.49-51. *Edicta, rescripta, decreta, mandata* için bkz. Umur, Lügat.

78 İmparator emirnamelerine izafe edilen kanun gücü, imparatora halk tarafından *lex de imperio* ile verilen iktidar, dolayısıyla halk iradesine dayandırılmıştı (D. 1, 4, 1 pr).

79 İmparator emirnameleri *Codex*'lerde toplandığı gibi, hukukçular da eserlerinde bazen bunları zikretmektedir.

III. KLASİK SONRASI (POSTKLASİK) DEVİR (III. yüzyıl-VI. yüzyıl)

Bu devrin III. yüzyıldan Iustinianus'un öldüğü 565 yılına kadar sürdüğü kabul edilmektedir. Klasik sonrası devir kendi içinde Iustinianus'tan önceki ve Iustinianus dönemi olmak üzere ikiye ayrılabilir:

1. Iustinianus'tan Önceki Dönem

İmparator Diocletianus ile başlayan *Dominatus* rejimine denk düşen postklasik devirde görülen siyasi ekonomik ve toplumsal sorunlar hukuk hayatına da yansımış ve klâsik hukukçuların faaliyeti sona ermiştir. Mutlakiyet idaresinin tam anlamıyla hüküm sürdüğü bir dönemde imparator yanında başkalarının hukuk yaratması mümkün olmadığından artık klasik hukukçu özelliğine sahip hukukçulardan söz etmek mümkün değildir. Aynı eğilime sahip hukukçuların varolduğu farzedilse bile bunlar tamamen imparatorun hizmetinde ve gölgesinde kalmışlardır. Artık yeni dönemde hukuku yaratan tek kaynak vardır: Bu da imparatorun iradesidir. Bu irade ise imparator emirnameleri ile hukuk hayatına yansıyordu. Sadece yeni kuralların konulması değil, hukukî meselelerin cevaplandırılması ve hükme bağlanması da imparatorun iktidarına dahildi. Hattâ kanunların yorumlanması bile imparatorun işi olarak görülüyordu[80]. Artık "tek kanun koyucu" imparatordur. Daha farklı ve geniş kapsamlı olarak, Iustinianus derlemesi, 533 yılında aynı yola girecektir. Bu durum yeni kuralların tek bir kaynaktan çıkması nedeniyle birlik sağlamakta yararlı olmakla beraber, hayatın yeni ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak kalmıştır.

İmparatorluk tebasına giderek Roma vatandaşlığının verilmesi imparator Caracalla'nın 212 yılında *Constitutio Antoniniana* ile doruk noktasına ulaşmıştı. İmparatorluk sınırları içinde yaşayanlar-bazı istisnalarla-Roma vatandaşı olmuştur. Bunun sonucunda ise herkese Roma hukukunun uygulanması gerekiyordu. Roma *civitas*'ının (şehir devletinin) hukuku, imparatorluk hukuku oluyordu. Eyaletlerdeki belgeler, hukuk bilgisi ve uygulanmasında inkâr olunamaz gelişmeleri gösterir. Önemli eyalet şehirleri, Roma'yı örnek olarak, hukuk eğitimi yapılan yerler oluşturmak zorunda kaldılar[81].

Kültürü Romalılara nazaran daha düşük seviyede olan Batı'da (İspanya, Galya) Roma hukukun uygulanmasında fazla bir güçlükle

---

80 C. 1,14,12,3: *...si enim in praesenti leges condere soli imperatori consessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oporteret.*
... halen kanun çıkarmak sadece imparatora tanınmıştır. Kanunları yorumlamak da sadece onun *imperium*'una girer.

81 Daha 239 yılında Beyrut, "kanunların okulu" olarak nitelendirilir.

karşılaşılmadı. Fakat Anadolu, Suriye, Yunanistan gibi Doğu eyaletlerinde hem genel kültür düzeyi yüksekti, hem de Yunan ve Doğu hukuk anlayışlarının birleşmesiyle oluşmuş Helen Hukuku esasları yerleşmişti. Yerel denilebilecek bu hukuk, imparatorluğun hukukuna karşı direndi. İkisi arasında etkileşim gerçekleşti. Klasik Roma hukukuna yabancı olan âdetler uygulamada görülmeye başlandı. Yazılı şeklin öneminin artması, mülkiyetin intikalinin semenin ödenmesine bağlanması gibi Roma hukukunda daha önce görülmeyen usuller yerleşti. Bu devirde hukuk seviyesinin düştüğünü, hukukun basitleştiğini (Vulgarrecht) söylemek mümkündür. Ancak Roma hukukunun seviyesinin düşmesine yerel hukuklarla karışmasından çok, hukuk düşüncesinin basitleşmesi ve klâsik hukukçu sınıfına özgü faaliyet tarzının kalkması neden olmuştur. Mülkiyet *(dominium)* ile zilyetlik *(possessio)*, mülkiyet ile sınırlı aynî haklar arasındaki kesin çizgiler kaybolmuş, iltizamî (borçlandırıcı) muamele ile tasarruf muamelesinin sonuçları birbirinden ayrılmaz hale gelmiştir[82].

Postklasik devrin önemli özelliklerinden biri hukuk okullarının kurulması ve burada görülen bilimsel çalışmalardır. Daha önceki devirlerde hukuk, büyük hukukçuların yanında bulunmak ve öğrenciliğini yapmak, çeşitli şekilde tezahür eden çalışmalarına, özellikle *respondere* (cevap vermek) faaliyetine iştirak, mesele çözümlerinde tartışmaya katılmak suretiyle öğrenilirdi. III. yüzyıldan itibaren kurulmaya başlanan hukuk mektepleri büyük ölçüde *Dominatus* devrinin gereksinmeleri sonucunda doğmuştur. Bu gereksinmeler hem idari, hem de hukuk sahasında ortaya çıkmıştı. Yeni rejim geniş bir idari kadroya ihtiyaç gösteriyordu. Yine bu devirde davaların belli bir hiyerarşik düzen içinde kurulmuş devlet mahkemeleri tarafından görülmesi esasına dayanan Nizam Harici (Fevkalâde) Usul *(cognitio extra ordinem)* yegane muhakeme usulü haline gelmişti. Bu usulde ise davalara bugün olduğu gibi devlet memuru olan devletten maaş alan hâkimler tarafından bakılması öngörülmüştü. Yürürlükteki hukuku öğrenmek çok zorlaşmıştı. Hukuk malzemesi özellikle *Principatus* devrinin ilk üç yüzyılı içinde farklı kaynaklardan gelen yığından oluşmaktaydı. Çelişkili kurallar içeren hukuk malzemesini hukukla uğraşanlara öğretmek zorlaşmıştı. İşte yönetimin ve yargı mekanizmasının ihtiyaç duyduğu hukukî bilgilere sahip memur ve hâkimlerin yetişmesinde bu mekteplerin işlevi mühimdi.

---

[82] Hausmaninger – Selb, s.90-91; Schwarz, s.161 vd. Kaser, s. 3-4; Kunkel, s.131-132.
Yerel hukukların yanında bu devrin Roma hukukunu etkileyen diğer önemli faktör Hıristiyanlıktı. Hıristiyanlık dinine hâkim olan prensipler özellikle kölelik ve Aile Hukukunda ifadesini bulmuştu.

Aslında, roma evreninde hukuk eğitimi daima varlığını sürdürmüştür. Beyrut'ta daha III. yüzyılda kurulmuş olan hukuk mektebinin ünü imparatorluğun her yanına yayılmıştı. II. Theodosius, 425 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi'nin öncüsü denilebilecek diğer bir hukuk mektebini Constantinopolis'te kurdu veya yeniledi. Emirnamesi ile o zamana kadar uygulanan özel hukuk eğitiminin yerini, kamu eğitimi almıştır. Burada, retorik (sekiz kürsü), gramer (iki prof.) felsefe (bir prof.) ve iki prof. ile hukuk eğitimi yapılacaktır. Gönüllü ders verenler, şehirden sürülmekle tehdit edilmiştir. Sadece; kamuda görevli profesörler, öğretim üyelerine sunulan imtiyazlardan yararlanacaktır.

Roma'nın başarısı olan, bilgi edinme iştahı o kadar büyüktü ki, 370 yılından itibaren I. Valentianus, öğrenci sayısını sınırlamak zorunda kalmıştır. (Öğrencinin geldiği şehir yetkilisinin vereceği izin, Roma'da şehir valiliğine kayıt, kaldığı süre boyunca, görevliler tarafından sık sık kontrol, eğitimin 20 yaşına kadar sürmesi). Caracalla'nın bir *rescriptum*'u (cevabı) Roma'ya hukuk eğitimine gelen öğrencileri bazı harçlardan muaf tutmuştur. Bu eğitim sonucu, öğrencilerin önemli ve kazançlı işlere girebilme ümidini de, göz ardı etmemek gerekir[83].

İmparatorlar kaliteli bir eğitimi sağlamak için bir çok kez, müdahale etmiştir. Başarılar farklı olmuştur. Çoğu hukuk eğitimi almış, yüksek bürokratların denetiminde, devlet dairelerinde hazırlanan mevzuat, belirli bir hukuk kültürünün varlığını yansıtır. Ne yazık ki, retoriğin (güzel cümleler kullanma) etkisiyle, ağdalı ve tumturaklı bir üslupla kaleme alınmıştır[84].

Beyrut ve Constantinopolis'teki iki şöhretli mektebin yanında başka yerlerde de (İskenderiye, Atina ve Roma) yine hukuk okulları mevcuttu. Burada mekteplerde görev yapan, ders veren öğretim üyeleri klasik hukukçulara benzemeyen kimselerdi. Klâsik hukukçular tatbikata dönük şekilde çalışıyorlardı. Hâlbuki bu mekteplerin hocaları profesörlerdi. Konulara bilim adamı açısından yaklaşıyor, meseleleri teorik yönden araştırıyor ve açıklamaya çalışıyorlardı. Bu okullarda hukuk öğretiminin konusunu ilk planda klasik hukukçuların eserleri teşkil ediyordu[85]. Bunları analiz edici bir usulle ele alan bilim adamları

---

83 Bir yazar, V. yüzyıl başlarında, Roma'da hukuk eğitimi görmek için ülkesinden ayrılan genç bir galyalı'dan söz etmektedir. bkz.: Gaudemet, s. 298.

84 Gaudemet, s. 299.

85 Klâsik hukukçuların hepsine değil, bazı hukukçulara ve eserlerine öncelik verildiği zannedilmektedir. Bunlardan Modestinus zaman itibariyle bu profesörlere en yakın olanıydı. Papinianus, Ulpianus ve Paulus son devirlerin en çok yazmış olan itibarlı hukukçularıydı. Gaius ise eserlerindeki açıklık ve sadelikle dikkati çeken bir hukukçu idi. Nitekim ileride görüleceği gibi, imparator Theodosius 426 yılında bu hukukçuların eserlerine kanun kuvveti tanımıştı.

klâsik hukuk yığınını sistematik bir tarzda açıklamaya gayret ediyorlardı. Hukuk bilgisi vermek yanında öğrencilerin hukukçu gibi düşünmeyi öğrenmesine önem verilmekteydi[86].

Yaratıcılıkları olmamasına rağmen amaçlarıyla klasik dönemin son asrında yaşamış olan hukukçuların eserlerine notlar, açıklamalar yazan bu profesörler bu çalışmalarında klasik hukukçuların otoritelerine olan kesin inançla hareket ederek klasik hukukun, hukuk düzeyinin düştüğü bir dönemde unutulmamasını sağlamışlardır ve VI. yüzyıldaki Iustinianus'un kanunnamesinin *(Corpus Iuris Civilis)* âdeta hazırlık faaliyetini gerçekleştirmişlerdir. Okulların bazılarının Doğu'da, yunanca konuşulan yerlerde bulunmasına rağmen, öğretimin latince yapılması klasik Roma hukukunun muhafaza edilmesine dikkat edildiğini göstermektedir. Iustinianus'a kadar olan dönemin belirgin bir diğer özelliği de, hukuk malzemesinin bilinmesinde ve kullanılmasında büyük sorunlar çıkmasıdır. IV. yüzyılın başlarında bu hukuk malzemesi iki büyük bölümden oluşuyordu: *ius vetus* (eski hukuk) ve *leges. Ius vetus (iura)* klasik hukukçuların eserlerinden oluşan, tatbikatta kullanılan hukuk malzemesiydi[87]. Diğer hukukçuların eserleri ancak, beş "Büyük" hukukçudan en az biri tarafından zikredilmesi halinde, otorite sahibi olacaktır. Klâsik devrin sonlarında yaşamış olan hukukçuların *(Gaius, Ulpianus, Paulus, Modestinus)* eserleri kanun gibi uygulanıyordu. *Leges* ise imparatorluğun başlangıcından itibaren çıkarılan emirnamelerdeki *(constitutiones)* hukuktu. Bu bağlamda *rescripta* denilen imparatorların yazılı cevaplarıyla çözüme bağlanmış meselelere uygulanan hukuk ön planda gelmekteydi. İşte bu iki yığının farklı hukuk kültürüne sahip hâkimler ve çalışma biçimleri farklı olan hukuk hocaları tarafından kullanılması güçlükler yarattığından bunları aşmak için iki yola başvuruldu:

a) İmparator emirnamelerini toplayan çalışmalar yapıldı. Bunlardan tarih itibariyle ilk ikisi özel çalışmalardır ve III. yüzyılda yapılmıştı, üçüncüsü ise resmidir.

---

86 Bu okullarda öğretim önceleri 4 yıldı, daha sonra 5 yıla çıkarılmıştır. Evvela Gaius'un *Institutiones*'i ve *ius civile* hakkında yazılan eserlerden seçilen parçalar üzerinde çalışmalar yapılıyordu. Daha sonra Ulpianus'un eseri alınmak suretiyle *praetor* beyannamesi, yani *ius honorarium*'un önemli kısımları öğretime konu alınıyordu. Papinianus'un cevapları ilerleyen yıllarda okutuluyordu. Son yıllarda ise Paulus'un cevapları ve imparator emirnameleri inceleniyordu. Okulu bitirmek için, yapılan sınavları başarmak gerekiyordu. Hausmaninger – Selb, s.95-96.

87 Klasik hukuk eserleri üzerinde daha o zamanlar *glossa* denilen bazı değişiklikler yapıldığı ve bunların zamanın hukuk tatbikatında kullanılacak hale getirildiği saptanmıştır. Schwind, s.81; Kunkel, s.151; Hausmaninger – Selb, s.93.

Codex Gregorianus imparator Hadrianus'tan imparator Diocletianus'a kadar olan imparator emirnamelerini toplamış olan kitaptır.

Codex Hermogenianus sadece imparator Diocletianus'un emirnamelerinin derlenmesiyle oluşmuş bir çalışmadır.

Codex Theodosianus 438 yılında yapılmıştır. 16 kitaptan oluşan bu resmi çalışmayla imparator Constantinus'tan imparator Theodosius'a kadar olan emirnameler bir araya getirilmiştir. 3000 kadar emirnameyi içeren bu *codex*, ilk iki *codex*'i tamamlayan bir derlemedir[88].

b) Klâsik hukukçuların eserlerinin çokluğunun ve bunlardaki fikir ayrılıklarının yarattığı güçlükleri önlemek gayesiyle bazı kanunlarla sınırlamalar getirilmiştir:

321 yılında imparator Constantinus tarafından hukukçular Ulpianus ve Paulus'un hocaları Papinianus'un eserlerine ilişkin açıklayıcı notların kullanılması yasak edildi.

426 tarihinde II. Theodosius tarafından çıkarılan bir kanunla *(lex citationis* = başvurulacak eserlere ilişkin kanun) sadece *Papinianus, Paulus, Gaius, Modestinus* ve *Ulpianus* adlı hukukçuların, yani bu beş hukukçunun eserlerinde ileri sürdükleri fikirlerin bağlayıcı olduğu açıklandı. Bu beş hukukçu arasında bir meselede görüş farklılığı mevcut ise, mahkeme çoğunluğun fikrine, görüş eşitliği durumunda ise Papinianus'un fikrine göre karar vermek zorundaydı. Sadece Papinianus'un fikir beyan etmediği hallerde hâkim eşit görüşlerde istediğine göre karar vermek serbestisine sahipti[89].

---

88 İmparatorluğun Batı kısmında da yürürlüğe sokulan bu *Codex* aslında II. Theodosius tarafından planlanmış olan kodifikasyonun bir bölümü olarak düşünülmüştü. Siber Röm. Rechtsgeschichte, s.66; Bu toplama eserler için bkz. Umur, Ders Notları, s.106; Schwind, s.77; Schmidlin, s. 52. Bizans el yazmalarında muhafaza edilen *Codex* Theodosianus, hümanist mektep hukukçusu ve Cenevre Akademisi profesörü Jacqvue Godefray (1587-1652) tarafından basılmış ve şerh edilmiş hakkında önemli bir eser yazılmıştır. (Schmidlin, s. 52, n.1).

89 Umur, Ders Notları, s.104; Hausmaninger – Selb, s. 93-94. Postklasik devirlerdeki hukuk edebiyatı, yayınları, bu devrin seviyesi düşmüş hukukunu ve derleme eğilimini simgelemektedir. Bu eserlere kısaca değinelim:

Fragmenta Vaticana (Vatikan parçaları) IV. ve V. yüzyılın hukukunu yansıtan özellikle hukukçu Papinianus, Paulus ve Ulpianus ile imparator emirnamelerinden oluşan bir eserin XIX. yüzyılda Vatikan kütüphanesinde bulunan parçalarıdır.

Collatio Legum Mosaicarum et Romanorum. Bu eser; Musevi hukuku ile Roma hukukunu karşılaştırarak, Roma hukukunun esaslarının daha Musa'nın kanunlarında mevcut olduğunu göstermek için hazırlanmıştır. Eserdeki Roma hukukunun esasları, klasik devrin sonlarında yaşamış hukukçuların eserlerinden ve *codex*'lerden alınmıştır.

Diocletianus'tan beri uygulamadan kalan *ius publice respondendi* kurumunun ne duruma geldiğini gösteren bu emirnamenin çıkarılması, o devrin hukuk ilminin düşük seviyesini göstermektedir. Müracaat edilecek hukukçuların sayısı beşe indirildikten başka, hâkimin, o beş hukukçunun fikirlerini inceleyip şahsî bir kanaate vararak hüküm vermesine bile lüzum görülmemekte, ekseriyetin kararına uyması tercih edilmektedir. Âdeta, o sırada hiç birisi hayatta olmayan, *Papinianus*'un başkanlığında beş hukukçudan kurulu bir mahkeme heyetinin, ekseriyetle verdiği kararlara uyulmalıdır. Esasen, hâkimin veya avukatların, bu heyetin görüşleri hakkında az veya çok bir bilgiye sahip olmaları da mümkündü; tabiatıyla bu da, kararlar üzerinde etkili olmakta idi.

2. Iustinianus Dönemi ve Corpus Iuris Civilis

527 yılında Doğu Roma imparatoru olan ve 565 yılına kadar hüküm süren Iustinianus Roma devletini Milâdın ilk iki yüzyıldaki görkemli haline getirmek ve üç alanda, siyasal, dinî ve hukuk alanlarında birlik sağlamak istiyordu. Devrin tarihçilerinin dedikleri gibi, "uykusuz" imparator büyük bir istekle, geniş bir programla, bu faaliyete girişmiştir[90]. Bu amaçla önce askeri ve siyasî alanda harekete geçti. Batı Roma'yı yıkarak o topraklar üzerinde yerleşmiş olan Cermen kavimlerine karşı ordular gönderdi. Başarılı savaşlar sonunda İtalya, İspanya ve Kuzey Afrika'nın bazı yerleri tekrar imparatorluğa katıldı. Fakat, Bizans'ın geleceğinin artık Batıdan çok Doğuya dönmüş olduğunu, anlayan imparator, doğu sınırlarında aynı başarıları gösterememiştir[91].

90 Bkz. Honig R., Digest'in Yıldönümü Münasebeti ile, Turcica, s. 54.

91 Iustaniunus, Institutiones, Türkçe metin, Umur Z., İstanbul, 1968, Giriş, s. VII.



İmparator Iustinianus ve İmparatoriçe Theodora

Dinî birlik, Hıristiyanlığın devletin resmî dini olarak kabul edilmesiyle büyük ölçüde gerçekleştirilmişti. Iustinianus bu arada ortaya çıkmış olan Hıristiyanlığın çeşitli mezheplerini kaldırarak Kilise'yi imparatorun güdümüne sokmaya çalışmıştır. Roma devletinin büyüklüğünde Milât sıralarındaki Roma hukuk ilminin büyük rolünü fark etmiş olan Iustinianus, ağırlığını klasik devrin hukukunun taşıdığı bir hukuk reformu ile hukuk birliğini de sağlama düşüncesindeydi. Siyasî, dinî birliğin hukuk birliği ile de desteklenmesi gereğinden hareket eden bu imparator faaliyetlerini hukuku toparlamaya ve döneminin ihtiyaçları için kullanılabilecek hale getirmeye yöneltti. Avrupa Ortaçağının, modern devirlere taşıyacağı, Roma Hukukuna dayanan evrensel bir hukuk ideolojisi tasarladı[92]. Başarılamaz gibi görülen bu işi başardı. Onun bu çabaları sonunda yapılan ve imparatorlukta birliğin sağlanması için

92 Ladjili – Mouchette J., s. 21.

önemli unsur olarak görülen *Corpus Iuris Civilis* kaynak olmasa, Roma hukukunun modern hukukları etkilemesi mümkün olmazdı.



İtalya'nın Ravenna şehrindeki bu muhteşem mozaik imparator Iustinianus'u (MS. 482-565) göstermektedir. İmparator'un omuzundaki incilerden oluşan mücevher, eski çağ geleneğine göre, gerçekleştirdiği kanunlar dolayısıyla, olağan insanlara üstünlük gösteren ve ölümsüzler eşiğine yaklaşan kişilerin eriştiği şerefi simgelemektedir.

Corpus Iuris Civilis

İmparator Iustinianus'un on yılda tamamlanmasını öngördüğü, ancak 528-534 yılları arasında tamamlanan kanunlaştırma hareketinin başına bir müddet sonra Adalet Bakanı olan Tribonianus'u getirdi. Tribonianus bu büyük işi avukatlar, memurlar ve profesörlerden oluşan bir kurul ile başarmıştır. Iustinianus bu kanunnamede esas itibari ile imparator emirnamelerinin toplanmasını *(Codex)*, klasik hukukun derlenmesini *(Digesta)* ve hukuk öğrenimi için bir hukuka giriş kitabı *(Institutiones)* öngörmüş ve gerçekleştirmiştir. Bu kanunnameye, Iustinianus'un imparatorluğu sırasında çıkarılmış olan emirnameler ilave edilmek suretiyle yeni bir bölüm daha *(Novellae)* oluşturulmuş, böylece dört bölümden meydana gelen kanunnameye XVI. yüzyılda *Corpus Iuris Civilis* adı verilmiştir.

CORPUS

IURIS CIVILIS

EDITIO SEXTA DECIMA LVCIS OPE EXPRESSA

VOLUMEN PRIMUM

INSTITUTIONES

RECOGNOVIT

PAULUS KRUEGER

DIGESTA

RECOGNOVIT

THEODORUS MOMMSEN

RETRACTAVIT

PAULUS KRUEGER

BEROLINI MCMLIV

APUD WEIDMANNOS

CORPUS IURIS



"Hak, haksızlığı yener"
(Antik bir vazodan alınmıştır)

a) Institutiones

İmparator, 530 yılında, yeni birinci Codex'ini hazırlattıktan bir yıl sonra Deo Auctore emirnamesinde Digesta'nın düzenlenmesini emrederken, ileride Institutiones niteliğinde bir kitabın da yayınlanabileceğini ve bunun öğrencilere ilk bilgileri vermeye yarayan, kanun kuvvetine sahip hukuk düzenlemesi olacağını bildirmektedir.

Gerçekten, gerek tamamlanmış birinci *Codex*, gerek düşünülen *Digesta*, hukuku yeni öğrenmek isteyenler için fazla zor, fazla uzun idiler. Gençleri ilk anda büyük gayret ve zorluklarla karşılaştırmak istemeyen imparator, eğitim için daha kolay bir araç bulmak gerektiğini hissetmişti. Zaten bu tür kitaplar birkaç yüzyıldan beri kullanılıyordu ve en önemlisi, öğrencilerin ders kitabı olarak yararlandığı Gaiusun Institutiones'i idi. Fakat son imparatorluk devrinin hukukta yaptığı bir çok değişiklik dolayısıyla, Gaius'un eseri, zamanın ihtiyaçlarına artık cevap verememekte ve bir çok şerh, yorum ve özetler aracılığı ile (meselâ *Res Cottidianae*) zamanın hukuku ile uyumlu hale getirerek okutulmakta idi.

Digesta'nın kaleme alınmasını emreden emirnameden üç yıl sonra (21 Ekim 533), Iustinianus, Imperatoriam emirnamesini yayınlayarak, hukuk öğrenmeye hevesli olan gençliğe yeni el kitabını sundu. Bütün hukuk biliminin ilk bilgilerini kapsayan bu kitap, Gaius'un Institutiones'inin yerini tutacak ve hukuk eğitimi görenlerin ilk yıl başında okuyacakları metni oluşturacaktı[93].

Tarih itibariyle daha önce yapılan *Digesta*'dan sonra Iustinianus, Constantinopolis hukuk mektebinden profesör Theophilus ve Beyrut hukuk mektebinden Dorotheus'u hukuk öğrenimi için bir öğrenci kitabı hazırlamakla görevlendirdi. Bu iki hukuk hocası Iustinianus'un *Institutiones*'i yürürlüğe sokan emirnamesinde söylediği üzere Gaius'un *Institutiones*'ini esas almak, ancak başka klasik hukukçuların (Florentinus, Ulpianus vb.) aynı niteliğe sahip kitaplarından da yararlanmak suretiyle Iustinianus'un *Institutiones*'ini kaleme aldılar. *Institutiones, Digesta* gibi toplama ve derleme bir eserdir. Fakat bilgilerin nereden derlenmiş olduğu gösterilmemiştir.

Ancak Gais'un Institutiones isimli eseri Corpus Iuris Civilis'in birinci bölümüne de; aynı başlık altında, neredeyse aynen girmiştir (Ceylan, S.G. Klasik Hukuk, Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan s.49).

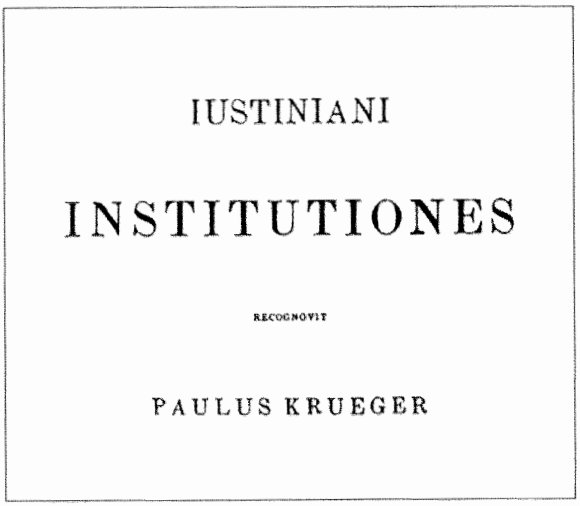
---

93 Iustinianus, türkçe metin, Giriş. VIII.

Gaius'un takip ettiği üçlü ayırıma uyulmuştur, yani hukukî bilgiler, kişilere ilişkin hukuk *(ius quod ad personas pertinet),* mallara ilişkin hukuk *(ius quod ad res pertinet),* davalara ilişkin hukuk *(ius quod ad actiones pertinet)* başlıklı bölümlerde verilmektedir. Gaius'un *Institutiones* sisteminde ise bir değişiklik yapılmıştır: Iustinianus *Institutiones*'i kitaplara *(libri),* kitaplar fasıllara *(tituli),* fasıllar ise paragraflara ayrılmaktadır. Aslında ilk paragrafa «*principium*» denmekte, paragrafların 1'den itibaren numaralanması sonra başlamaktadır.

I. 3,4,2, şeklinde atıf verildiği zaman bundan Iustinianus *Institutiones*' inin 3. kitabının 4. faslının 2. paragrafının kastedildiği anlaşılır.

533 yılında *Digesta* ile birlikte yürürlüğe giren *Institutiones* kanun gücüne sahip bir ders kitabı niteliğindedir[94].


IUSTINIANI

INSTITUTIONES

RECOGNOVIT

PAULUS KRUEGER

94 *Institutiones*'in öğrenime yeni başlayanlar için hazırlanmış olduğu, Iustinianus'un bunu yürürlüğe sokan emirnamesinde «hukuk öğrenmeye hevesli gençliğe» *(cupida legum iuventus)* sözleriyle ifade edilmektedir. O sıralarda hukuk öğreniminin ilk sınıfında olanlara şaka olarak *dupondii* (iki paralıklar = çömezler) denmekteydi. Iustinianus emirnamesinde artık onlara *Iustinanei novi* (Iustinianus'un yenileri) denilmesini emretti. İkinci sınıftakilerin adı *Edictales* idi, çünkü *praetor* beyannamesi üzerinde çalışıyorlardı. Üçüncü sınıftakilere hukukçu Papinianus'un eserleriyle uğraştıklarından *Papinianistai* deniliyordu. Dördüncü sınıftakilere *Lytae* denmesinin sebebi ders takip etmek mecburiyeti olmadan kendi başlarına çalışabilmeleriydi. Beşinci ve son yıldakilere ise *Proliytae* denirdi ve bunlar *Codex*'i okurlardı. (Bu Lâtince kelimeler için bkz. Heumann-Seckel ve Umur, Lügat). Bu şekilde; Roma Hukuku eğitimin kanunu olarak da algılandı. Zira; daha önce, düzenli bir hukuku eğitimi yapılmıyordu. Bu şekilde İskenderiye, Atina, Roma, o devirde Constantinopolis denilen İstanbul'da, Beyrut'ta bulunan dil bilimi, retorik (güzel, etkili konuşma sanatı) ve felsefe okulları gibi, Romalılar, hukuk eğitim okulları yaratmışlardır. (Mouchette – Ladjili, s. 461.)

b) Digesta

530 yılında Iustinianus yine Tribonianus'u klasik hukukçuların eserlerinden yapılacak derleme için görevlendirdi. Bu arada Adalet bakanı *(Quaestor Sacri Palatii)* olan Tribonianus başkanlığında 17 kişilik bir kurul oluşturdu. İçinde dört hukuk profesörü, avukatlar ve yüksek dereceli memurların yer aldığı bu kurul, klasik hukukçulara ait eserlerden zamanın ihtiyaçları için kullanılabilecek olan parçaları derlemek, gerekli görülmeyenleri ayıklamak, çelişkileri ortadan kaldırmak ve eskimiş olan kavramlarda değişiklik yapmak yetkisiyle işe başladı. Romanist doktrinde klasik eserlerden kısımlar aldıklarından kendilerine *compilatores* (derleyiciler) denilen bu kurul klasik eserleri elden geçirerek metinlerde *interpolatio*[95] adı verilen değişiklikler yaptı ve bu işi kısa

---

95 *Interpolatio* yani metin değişikliklerinin sebebi mantıkîdir. *Digesta*'ya alınması öngörülen klasik hukukçulara ait eserler, kanunun yapıldığı tarihten 4-5 asır kadar önce yazılmışlardı. Bu kadar uzun zaman içinde sosyo-ekonomik, siyasî, dini ve kültürel sebeplerle hukuk da değişmişti. Bu yüzden metinlerde zamanın hukukuna uygun değişiklikler yapıldığını Iustinianus bizzat söylemiştir. Filolojik, tarihi ve hukukî metodlarla yapılan *interpolatio* araştırmaları özellikle XX. yüzyılın başından itibaren yoğunluk kazanmıştı. Bu araştırmalar o kadar ileri görülmüştür ki «*interpolatio*» avcılığından bahsedilmeye başlanmıştı. Bu arada klasik metinlerde yapılan her değişikliği Iustinianus'a mal etmenin doğru olmadığı, daha postklasik devrin başlarından itibaren bu tip değişikliklerin, kısaltmaların yapıldığı da haklı olarak ortaya konulmuştur. Başka bir deyişle *compilator*'lar işe başladıklarında birçok *interpolatio*'yu hazır halde bulmuşlardır. *Interpolatio*'lar çeşitli sebeplerle yapılmışlardır:

- Eskidiği kabul edilen kavram ve teknik terimler yerine yürürlükteki hukukta geçerli olanlar konulmuştur. Meselâ II. asırdan sonra rastlanmayan *mancipatio* veya *in iure cessio* adlı mülkiyeti nakil muamelelerinin geçtiği metinlerde, bunlar kaldırılarak *traditio* kelimesi yazılmıştır. Yine *res mancipires nec mancipi* şeklindeki mal ayırımı ortadan kalktığı için menkul – gayrimenkul kelimeleri konulmuştur. Klasik hukuk esas itibariyle bir *actio*'lar sistemiydi. *Praetor*'un faaliyet tarzından kaynaklanan bu eğilimin yerine postklasik dönemde genelleştirme eğilimi gelmişti. Buna uygun olarak *compilator*'lar *actio praescriptis verbis, condictio generalis* gibi genel nitelikte yeni davalar ihdas etmişlerdir. Yine genelleştirme arzusunun bir sonucu olarak klasik hukukçuların somut belli bir mesele için yazdığı, bir husus genelleştirilmiştir. Meselâ Ulpianus'un, Augustus'un çıkardığı evlilik hukukuyla ilgili kanunlar dolayısıyla söylediği «*princeps legibus solutus est*» (imparator kanunlarla bağlı değildir) cümlesi, *Digesta*'nın 1.kitabının «kanunlar ve *senatus* kararları ve teamül hukuku»adlı faslına (1,3) konularak imparatorun kanunların üstünde olduğu şeklinde genel bir fikir ifade edilmiştir.
- Öğretimde kolaylık sağlamak, konuları sistematiğe bağlamak amacıyla *compilator*'lar yeni terimler ve kavramlar da getirdiler. Örneğin akit benzerleri ve haksız fiil benzerleri kategorisine giren yeni borç kaynakları belirlediler.
- Devletin dininin Hıristiyanlık olarak kabulünden sonra dini ve ahlâki sebeplerle de *interpolatio*'lara gidilmiştir. Hakkaniyet ve merhamet gibi görüşlerin tesiriyle bazı eski metinler değiştirilmiştir. Sakat kölenin sahibi tarafından terk edildiği zaman özgürlüğünü kazanması buna örnektir.
- *Corpus Iuris Civilis*'i hazırlayanlar, klasik hukukçular arasındaki görüş ayrılıklarını ortadan kaldırmak için *interpolatio*'lar yapmışlar, tercih ettikleri görüşlere gerekçeler ilave etmişlerdir.
- Başta Yunan hukuku olmak üzere doğu hukuklarının etkisi ile yapılan değişiklikler de mevcuttur.
- Romanist bilimde *interpolatio* adı verilen bu değişiklikler sadece *Digesta*'da değil, *Codex*'te de vardır. Bazı değişiklikler ise kâtiplerin yazım hatası sonucunda ortaya çıkmıştır. Umur, Ders Notları, s. 117; Kunkel, 150 vd., 190 vd.

bir zamana sığdırdı. 533 yılında *Digesta*, daha sonra yapılan *Institutiones* ile birlikte bir imparator emirnamesiyle yayınlandı. Institutiones'lerin amacı, hukuk ilkelerinin, hukuk öğrencileri tarafından anlaşılmasını kolaylaştırmaktı. Esasen, İmparator içinde, Institutiones ve Digesta birbirini tamamlayan tek eserdi[96].

Iustinianus'un belirttiğine göre *Digesta*'nın hazırlanmasında, 2000 kitap ve 30.000'den fazla satır elden geçirilmişti (C.1,17,2). Ancak hiçbir hukukçunun eseri *Digesta*'ya tam olarak alınmamıştır. Belli bir konu klasik hukukçuların çeşitli eserlerinden alınmış metinlerin arka arkaya sıralanması şeklinde açıklanmaktadır. *Digesta*'da veya Yunanca adı ile *Pandectae*'da Ulpianus ve Paulus adlı hukukçulardan alınan parçalar en geniş yeri tutar[97]. Toplam 40 kadar klasik hukukçuya ait parçaya yer verilmiştir. Bunlar içinde imparator adına cevap verme imtiyazına sahip olmayan hukukçular da vardır (Pomponius, Gaius).

Göründüğü şekliyle *Institutiones*'in klasik eserlerden parçalar alınarak düzenlenmiş bir "mozayık" tan çok, "orijinal" bir eser gibi yapıldığı sanılabilir. Gerçekten, bu kitap da, *Digesta* gibi klasik hukukçuların parçalarının birbirine eklenmesinden meydana gelmiştir. Yalnız, ekleme işlemleri yapılırken, parçalar birbirinden ayrılmadığı için, bunların hangi yazara ait olduğu anlaşılamamaktadır. Devamlı bir konuşma haline getirilmiş ifadeye, sanki bizzat imparatorun ağzından çıkıyor ve gençliğe hitap ediyormuş gibi bir hava verilmiş ve çoğu kere, bir imparatorun konuşmasına yakışacak şekilde, tantanalı bir ifade kullanılmıştır[98].

Digesta 50 kitaba *(libri)* [99] ayrılmıştır. Her kitap fasıllara *(tituli)*, fasıllar da parçalara *(fragmenta)* bölünmüştür. Uzun parçalar paragraflar şeklinde dizilmiştir. İlk paragraf *Institutiones*'te olduğu gibi *principium* (giriş) adını almaktadır. Her parçanın yanında o parçanın kimin hangi eserinden alındığı yazılmıştır. *Digesta* D. harfiyle kısaltılır.

(D. 41,7,5,1) (*Pomponius libro trigesimo secundo ad Sabinum)* şeklinde bir atıf yapıldığında, *Digesta*'nın 41. kitabının 7. fasıl, 5. parçası ve 1. paragrafı belirtilmiş olmaktadır. Parantez içindeki kısım ise

---

96 Honig R., Digest, s. 55.

97 Ulpianus ait parçalar 1/3, Paulus'a ait olanlar 1/ 6, oranındadır.

98 Iustinianus, s. IX.

99 Roma'da kitap, üzerine yaklaşık 1500 satır veya 10.000 sözcük yazılmış olan papirus destesini, ifade ederdi; Umur Lügat, *libri.*

bu parçanın *Digesta*'ya hukukçu Pomponius'un *ius civile*'ye yazmış olduğu eserin 32. kitabından alınmış olduğunu göstermektedir[100].

Uzun bir süre öngörüldüğü halde üç yıl gibi kısa bir sürede bitiren kurulun ne şekilde çalıştığını Iustinianus açıklamamıştır[101]. Eserin başarılması Iustinianus'a haklı ve büyük gurur vermiştir. Eksiklerine rağmen *Digesta*, uygarlık tarihindeki en önemli yapıtlardan birisidir. Düşünce hayatı üzerinde çok büyük etkisi olan *Digesta* Avrupa hukuk anlayışına yön vermiştir, Avrupa Uygarlığı'nın temel taşlarından birisidir.

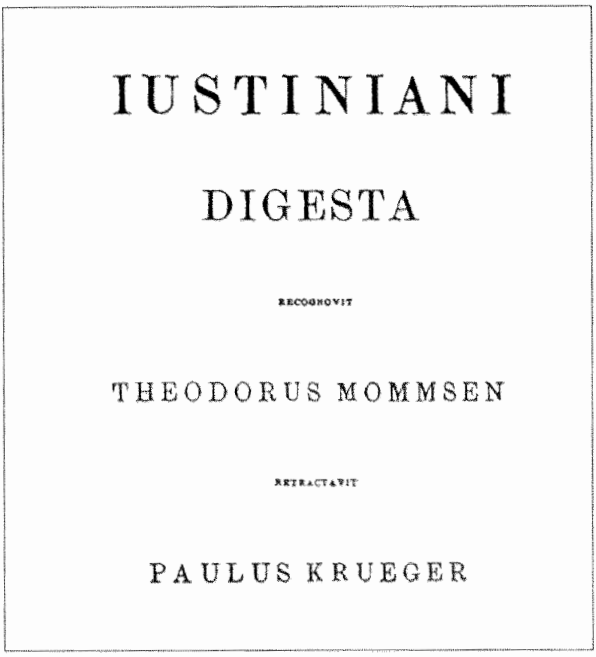
Klasik devir hakkında bugün bilinenlerin temeli *Digesta*'dır[102]. *Corpus Iuris Civilis*'in bu bölümünde Cumhuriyet döneminin sonunda yaşamış hukukçuların eserlerinden bile parçalar bulunduğundan, *Digesta* vasıtasıyla M.Ö. I. yüzyıldan klasik devrin sonuna kadar hukuk ilminin gelişmesini takip etmek mümkündür. Hattâ *Digesta*'da Hermogenianus gibi klasik sonrası devirde yaşamış hukukçulara ait metinlere de yer verildiğinden bu dönemin hukuku ve hukukçularının düzeyi hakkında da bilgi sahibi olunabilmektedir.

---

100 *Digesta*'da yer alan ve izahı mümkün olmayan 7 parçaya *leges damnatae sive cruces iurisconsultorum* iki farklı fasılda yer alan parçalara *leges geminatae*, yanlış bir fasla konulmuş olan parçalara *leges fugitivae*, ceza hukukunu içerdikleri için 47 ve 48.kitaplara *libri terribiles* denmektedir. *Leges geminate ve leges fugitivae* için bkz. Umur, Lügat.

101 Kurulun üyeleri aynı zamanda devlet görevlerinde bulunduklarından daha uzun süreyle bu görevlerinden uzak kalmaları istenmemiştir, Hausmaninger - Selb, s.99. Bu kısmın hazırlığının daha önceki yüzyılda hukuk mekteplerindeki profesörlerin bilimsel çalışmalarıyla yapılmış olduğunu söylemek mümkündür. Iustinianus böyle zor bir işe kalkışırken klâsik hukuk eserleri üzerinde daha önce zaten yapılmış olan çalışmaların varlığını dikkate almış olmalıdır. XIX. yüzyılda Alman Bluhme'nin kurulun çalışma şeklini açıklamak üzere ortaya attığı Külliyat teorisi *(Massentheorie)* bugün de kabul görmektedir. Kurul çalışmalarında hukukçuların eserlerini üç ana bölümde gözden geçirmiştir. İlk bölüm *ius civile* hakkında yazılan eserlerden oluşmaktadır. Bu edebiyatın esası, *ius civile*'ye dair bir şerh yazmış olan hukukçu Sabinus'a dayandığından Sabinus Külliyatı denmektedir. İkinci bölüm ise *ius honorarium*'a ilişkin eserlerden meydana gelmektedir. Bu yüzden Beyanname Külliyatı adını almaktadır. Üçüncü bölüm ise klasik dönemin sonlarında yaşamış hukukçu Papinianus ve diğer bazı hukukçuların münferit meselelerle ilgili yazılarından oluştuğu için Papinianus Külliyatı şeklinde anılmaktadır. Bu çalışmalar sırasında gözden kaçan ve sonradan ilave edilen parçalar ise İlave Külliyat'ı oluşturmaktadır.

102 *Digesta*'nın el yazması nüshalarının en değerlisi, İtalya'nın Floransa şehri kütüphanesinde muhafaza edildiği için *Littera Florentina* (Floransa metni) olarak anılan nüshadır.



c) Codex

İmparator Hadrianus'tan (II. yüzyıl) Iustinianus'a kadar olan süreç içinde çıkarılmış emirnamelerin derlenmesinden oluşan kısımdır.

Iustinianus'un kanunlaştırma hareketine 528 yılında, imparator emirnamelerinin toplanmasıyla başlanmıştı. Bu tarihte 10 kişilik bir kurul oluşturulmuş ve 529 yılında o zamana kadar yürürlükte bulunan ikisi özel biri resmi *codex*'lerin yerine geçmek üzere bir *Codex* yayınlanmıştı. *Digesta*'yı hazırlamakla görevli kurul, klasik devir hukukçularına ait görüş farklılıklarını gidermek yetkisine sahipti. Ancak bu kurul çalışmaları sırasında bazı görüş ayrılıklarının imparator emirnamesiyle halledilmesi gerektiği kanaatine varmış, Iustinianus elli kadar görüş ayrılığını emirname ile çözüme bağlamıştı. Bunlar *Quinquaginta Decisiones* (Elli Karar) başlığı altında neşredilmiştir, fakat bugün elde mevcut değildir.

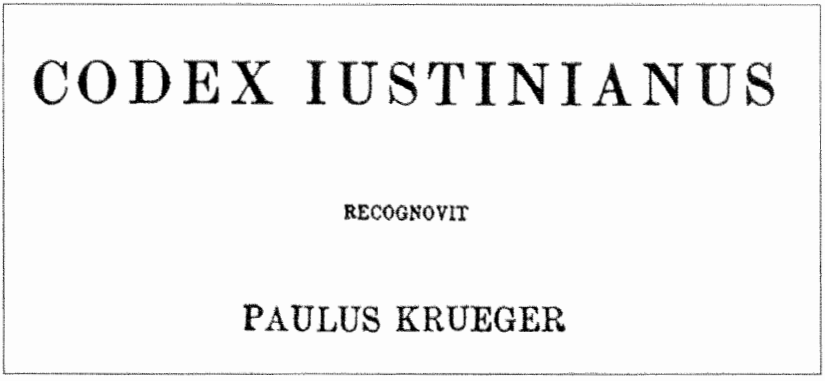
Codex vetus (eski *codex*) denilen ve metni doğrudan elimize geçmemiş bu *codex*'ten sonra *Digesta, Institutiones* hattâ Elli Karar çıkarılmıştır. Bunlardan sonra ilk yapılan *Codex*'in eskimiş olduğu anlaşılmış, imparator emirnamelerinin elden geçirilerek yeniden top-

lanmasına gidilmiştir. 534 yılında yayınlanan *Codex, Corpus Iuris Civilis*'in üçüncü kısmıdır.

Codex; 12 kitaba, kitaplar fasıllara, fasıllar emirnamelere *(constitutiones)* ayrılmaktadır. Uzun emirnameler paragraflara bölünmüştür. Birinci paragraftan önce gelen kısma *principium* denilmektedir. 4600 kadar olan emirnamelerin başında çıkaran imparatorun adı, muhatabı ve yayın tarihi yer alır. Iustinianus *Codex*'i C. harfiyle kısaltılır.

Iustinianus, *Codex*'i imparatorluk sınırları içinde tek kanun olmak üzere onaylamış ve yayınlamıştır. Hâkimler ve avukatlar, ancak bu Codex'te bulunan kurallara dayanabilirdi[103].

C.4, 49,2,1 şeklindeki bir atıf, bunun Iustinianus'un *Codex*'inin 4.kitabı, 49.faslı, 2.emirnamesinin 1.paragrafı olduğunu gösterir. *Codex*'in kapsamı çok geniştir. Hattâ, her zaman hukuk kurallarının içeriğine uymayan tumturaklı bir üslûbunun olduğu söylenmiştir. Montesquieu; imparatorları, kâtipler gibi konuşturan bu Bizans mevzuatının şeklini eleştiriyordu. *(L'esprit des Lois, XXIX,16).*


CODEX IUSTINIANUS

RECOGNOVIT

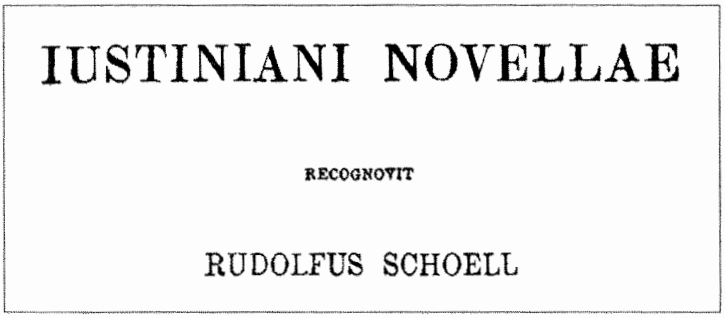
PAULUS KRUEGER

d) Novellae

Bu kısımda Iustinianus döneminde çıkarılmış olan emirnameler bulunmaktadır. Yeni kanunlar anlamına gelen *Novellae* bölümü *Corpus Iuris Civilis*'e XVI. yüzyılda ilâve edilmiştir. *Iustinianus*'un öngördüğü üç kısımlık kanunname yayınlandıktan sonra çıkarılan ve bilhassa Miras Hukuku ile ilgili 168 emirname biraraya getirilmiştir. Bunların bir kısmı Latince bir kısmı Yunancadır. *Novellae*, Nov. olarak

[103] Honig R., Digest, s.55.

kısaltılır. Emirnameler bablara *(caput),* bunlar da paragraflara ayrılmaktadır.


IUSTINIANI NOVELLAE

RECOGNOVIT

RUDOLFUS SCHOELL

3. Corpus Iuris Civilis'in Önemi

Özü itibariyle geçmişi aksettiren *Corpus Iuris Civilis*'in bu niteliği, uygulama kabiliyetini azaltmıştır. Diğer bir deyişle, başka bir devrin hukukunu içerdiği için uygulanması zordu. Eser, esas itibariyle Lâtince olarak kaleme alınmıştı, hâlbuki yaşayan ve mahkemelerde kullanılan dil Yunanca idi. Bu nedenle özetlenmesini yasak ettiği *Corpus Iuris Civilis*'in sadece yunancaya tercümesine izin veren Iustinianus'un hukuk reformu, tam anlamıyla, amacına ulaşamamıştır. Yine imparator çelişkilerin kaldırılmasını emrettiği halde, *Corpus Iuris Civilis*'i hazırlayanlar bunda, bütünüyle başarılı olamadı.

İmparator tarafından bir araya toplanan kanunlar, bu hukuk sistemi, XI. yüzyıldan itibaren Bolonya Mektebi bilginleri tarafından inceleme alanına konulduktan sonra, Avrupa'nın hemen hemen bütün ülkelerin kanunlarının ve yüzyıllarca birçok milletin medenî hayatının temellerini oluşturdular. Kara Avrupası hukuk sistemindeki ülkelerde XIX. yüzyıldan itibaren uygulama alanına giren kanunların esin kaynağı olmuştur. Yirmi yüzyılı aşan bu son derece değişik, özgün hukuk gelişiminin sonucu olarak, Roma artık sadece Roma'da değil, tüm kıtalarda yani, yeryüzünün tüm hukuk düzenlemelerindedir.

Şu hususu belirtmek gerekir ki; Eskiçağ eserleri arasında, sonraki devrin hıristiyan toplumlarında, sadece İncil'in daha fazla etkisi olmuştur[104].

Iustinianus'un Roma İmparatorluğu'nun eski görkemli devirlerini geri getirmek amacının hukuk alanına yansımasının bir ürünü olan

[104] Imbert, s.78.

Corpus Iuris Civilis ile Roma hukukunun gelişme süreci sona ermiştir[105]. Böylece Tiber nehri kıyılarında başlayan tarihî süreç, Boğaziçi'nde noktalanmıştır. Gerek uygulamada gerek hukuk öğreniminde mevcut hukuk belirsizliğini ortadan kaldırmak için hukuk eserleri *(ius)* ve imparator emirnamelerini *(leges)* toplatmak suretiyle Iustinianus, Roma hukukunun modern zamanlardaki hukuku etkilemesi yolunu açmıştır. İmparatorluğun eski devirlerine duyduğu romantik, nostaljik duygularla meydana getirdiği *Corpus Iuris Civilis,* Roma hukukunun düzeyini yükseltmiş değildir ama, Roma hukukunun muhafaza edilmesinde en büyük rolü oynamıştır[106]. Amacı Roma hukukunu kendisinden sonraki kuşaklara aktarmak değildi, fakat bu kodifikasyon ile Roma hukuku gelecek kuşaklara aktarılmıştır.

Iustinianus, *Digesta*'yı halka takdim eden *Tanta* emirnamesinde, eserinin geleceği kapsayan bir büyüklüğe de sahip olduğu düşüncesindedir. "...Bu sadece zamanımızın değil, geleceğin de hukuk eseridir..." Sadece; kendi yüzyılı için değil, gelecek için de mükemmel kanunlar hazırlandığını belirtmektedir[107].

Ortaçağ'da Novellae, önceki derlemeye yasama eserinin dördüncü kısmı olarak eklenmiştir.

"Corpus Iuris Civilis" ismi de, Iustinianus tarafından verilmiş değildir. Ortaçağ'da bu terim yavaş yavaş kendisini kabul ettirmeye başladı ve nihayet 1583'de Hümanist mektep hukukçularından, Fransız bilgini Dionysius Gothofredus (1549-1622) bu derlemenin bütününü "Corpus Iuris Civilis" başlığı altında yayınlandı[108].

---

105 Caesar ve II. Theodosius'un da böyle bir kodifikasyon niyetinde oldukları bilinmektedir. Nitekim *Codex Theodosianus* böyle bir niyetin ürünüdür.

106 Iustinianus hırslı ama, başkalarının tesirinde kalan dindar bir kişiliğe sahipti. Kilise içindeki teorik görüş ayrılıklarını ortadan kaldırmak istemiştir. Büyük amaçlar peşinde koşan ve bunların bir kısmını da gerçekleştirmeyi de başaran imparator Iustinianus'un yapıtları arasında Ayasofya da meşhurdur. Iustinianus'un kişiliği hk. bkz. Umur, Ders Notları, s.108-109. *Corpus Iuris Civilis* hk. Bkz. Umur, Ders Notları, s.110-120; Hausmaninger- Selb s.97-101; Siber, Röm. Rechtsgeschichte, s. 69-79; Schmidlin s.51-54.

107 Mouchette – Ladjili, s. 463.

108 Schwarz A. B., Roma Hukuku Dersleri, I Cilt., İstanbul. 1964, s. 36.

§ 3. Roma Hukukunun Modern Hukukları Etkileme Süreci

İmparator Iustinianus, *Corpus Iuris Civilis*'e şerh yazılmasını yasak etmiş, bunu sürgün cezasıyla müeyyidelendirmişti. Mümkün olan sadece Yunanca tercüme ve paralel yerlerin belirtilmesiydi. Bu yasaklamalara rağmen bilhassa Iustinianus'un ölümünden sonra *Corpus Iuris Civilis*'in bölümlerini izaha çalışan Yunanca eserlerin yazıldığı görülmektedir[109].

476 yılında Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılışı ile Eskiçağ sona ermiş, Ortaçağ başlamıştı. Iustinianus Batı Roma topraklarının bir kısmını Cermen kavimlerinden geri almış, bu topraklarda da (Roma-Güney İtalya) *Corpus Iuris Civilis*'i yürürlüğe sokmuştu. Onun ölümünden sonra Roma hukuku Batıda karanlıklara gömüldü. Özellikle *Digesta*'yı özümseyecek hukuk kültürünün bulunmayışı, Roma hukukuna ilişkin uygulamacı ve bilimsel çalışmaların yokluğunun ana sebebidir. *Digesta* unutulmuştur. Tatbikatta *Institutiones* ve *Novellae*' dan yapılan özetler, küçük bir kısmı ile Novellae'lar kullanılmakta idi.

VI. ve XI yüzyıllar arasında Roma Hukukunun yaşamasında Kilisenin rolü olmuştur. Düzen, güvenlik ve kurallara saygıya önem veren Kilise, Roma'nın mirasını saklamış ve kullanmıştır.[110]

Cermen kavimlerinin istilâlarından ve Roma imparatorluğunun çöküşünden sonra X. yüzyıla kadar şiddet hareketlerine ve kargaşaya terkedilmiş bir Batı görüntüsü vardır. Her yönden tehdit altındaki insan toplulukları küçülmüş şehirlerde veya ufak feodal beyliklerde himaye

---

109 *Paraphrasis Institutionum,* Iustinianus'un *Institutiones*'ini hazırlayanlardan Theophilus tarafından yapıldığı iddia edilen, Yunanca *Institutiones* şerhidir. Yazarının Gaius *Institutiones*'inden de faydalandığı kanıtlanmıştır. *Basilica* denilen eser ise *Corpus Iuris Civilis*'in bazı bölümlerinin Yunanca açıklamasını yapmaktadır. IX. yüzyıldaki bu eser *Corpus Iuris Civilis*'in anlaşılmasına yarayan önemli bir kitaptır. Bkz. Umur, Lügat.

110 Bu şekilde, Kilise hukuku da, Roma hukukunun unutulmasını engellemiştir. Kilise hukuku, malzemesini Roma hukukundan almıştır, yani Roma hukukunu iktibas etmiştir. «*Ecclesia vivit lege Romana*» (Kilise Roma hukukuna göre yaşar) özdeyişi bu durumu ifade etmektedir.
Roma imparatorluğu Batı'da sona ererken, Kilise, Roma kurumlarını devralmıştır. Bölgesel ve merkez örgütü, roma modelinden esinlenmiştir.
Hukuku, esas olarak, dinî ilkelere dayanmakla birlikte, roma tekniklerini ve şekillerini kabul etmiştir. Üstelik, Kilise hukukunun uygulanması bir tür istisnadır: geri kalan kanunlarda, Hıristiyanlar devletin kanunlarına tabidir. İmparatorluktan sonra da; kilise, roma hukukuna sadık kalacaktır.
Roma devleti tarafından, üç yüzyıl hor görüldükten ve zulmedildikten sonra, Kilise kendisi *Romalı* olmuştur. Ortaçağ başlarında; hiç olmazsa Batı'da, kaybolan imparatorluğun mirasçısı olarak belirmektedir. Temel yapısının, dilinin, bazen ihtiraslarının mirasçısı olarak, Roma'nın mirasçısı olmak isteyen yeni devletlerle karşı karşıyadır. Siyasal, kültürel, hukuki alanda... izleyen yüzyılların tarihi, bu paylaşılan malvarlığının tarihi olacaktır.
(Carbasse, s. 81., Gaudemet, s. 104.

ararlar. Böyle bir dünyada hukuk ne olacaktır? Bununla birlikte; hukuk eşit olmayan başarılarla, toplumun bu kadar siyah bir tablosunu düzeltmeye çalışarak varlığını sürdürür.

Hukuk kavimlerin tarihi ile birlikte gider. Hiçbir zaman kaybolmaz, fakat çehre değiştirir. Batıda, imparatorluğun çöküşü, farklı hayat tarzları benimsemiş kavimlerin gelişi, ekonomik çöküş, genelleşen bir fakirlik, hukukta bir krize yol açar. Belirsiz bir iktidar, pek az kanun çıkarır. Yeni gelenekler oluşur ve hukukun temel kaynağını oluşturur. Düşünceye, bilgiye dayanan kültür iyice azalır. Çoğu kez, manastırlarda barınır ve bazı kilise rahiplerinin imtiyazı haline gelir. Hukuk pek ilgi çekmez. Kiliseden bazı kişiler, diğer işleri arasında hukukla da meşgul olurlar[111]. Hayata hâkim olan hukuk değil, dindir. Eski büyük imparatorluğun yerinde, birbiriyle ilişkisi olmayan küçük, ilkel devletler, gruplar vardı[112].

Corpus Iuris Civilis, hukuk anlayışı Roma'ya göre çok farklı olan Doğu'da hazırlandığından uygulama imkânı zordu. Iustinianus'un koyduğu sıkı yasaklara rağmen, Bizanslılar kendi anlayışlarına göre yorumlar, şerhler, açıklamalar, özetler yaparak, Roma Hukukundan çok farklı bir Bizans hukuku meydana getirdiler. Bu hukuk konumuz dışındadır. Institutiones'in şerhli yunanca tercümesi ile *(Paraphrasis Institutionum)* ile *Corpus Iuris Civilis*'in bazı kısımlarının açıklamalı ve aslında farklı tercümesi olan *Basilica* isimli eserden yararlanılmıştır.

Doğuda pek az olan etkisine karşılık, Batıda, özellikle bilimsel çalışmalar yoluyla son derecede etkili olmuştur. XI. yüzyıldan sonra, asırlarca, özellikle *Digesta*, Üniversitelerde ders kitabı olarak kullanılmış hukuk bilginleri tarafından ayrıntılarıyla incelenmiştir. Her cümlesi yorumlanmış, devirlere göre değişik acılardan görülmüş, farklı doktrinlere konu olmuştur[113].

XI. asrın sonu ve XII. asrın başlarına doğru, Roma hukukuna karşı olan ilginin birden bire artmasının görünür sebebi, VI. asırda yazılmış ve Pisa şehrinin bir kütüphanesinde kalmış olan el yazması bir *Digesta* metninin yeniden bulunmasıdır. *Digesta*'nın yeniden incelenmesi, Roma hukuk ilminin, zamanımıza kadar sürecek olan parlak gelişmesinin başlangıcı olarak kabul edilir. Asıl sebep ise, bu devirlerde Avrupa toplumunda görülen canlanma hareketidir. O zamana kadar kendi içlerine kapanmış yaşayan insan grupları, XI. asrın sonla-

111 Gaudemet, s. 105 ve 301.
112 Umur, Ders Notları. s. 122.
113 Umur, Ders Notları. s. 121.

rına doğru hareketlenmişlerdi. Uzun yol gemiciliğinin gelişmesi, Hindistan yolunun aranması, Haçlı seferleri gibi hareketler, yeni hayat imkânları ve yeni ticaret ufukları bulmak isteyen Avrupalıları, birbirleriyle temasa getirmiş, bu temaslar yeni ihtiyaçlar doğurmuştu. Böyle bir canlılık ortamı içinde yeniden bulunan *Digesta* metni, büyük bir şöhret yaptı ve toplumun en seçkin kişileri, bu hukukun incelenmesi ile uğraşmaya başladılar[114].

Digesta'nın tekrar incelenmeye başlanması XI. yüzyılla birlikte yeni bir hukuk ilminin canlanmasına yol açmıştır. VI ile XI. yüzyıllar arasında mevcut olmayan hukuk ilmi, Kuzey İtalya'daki şehirlerde görülen kültürel ve akademik canlanmadan olumlu etkilenmiş, *Digesta*'nın bir el yazması nüshası *Floransa*'da bulununca yeni hukuk ilminin malzemesi ortaya çıkmış oldu. Ortaçağ boyunca süren politik çalkantılar ve Roma hukukunu konu alan bilimsel faaliyetler Avrupa hukuk ilminin yaratılması sonucunu getirmiştir. Eski bir dilde, yine eski bir hukuk kültürünün ürünü olan Roma hukukunun özellikle Kara Avrupa hukuklarına tesir etmesi, Roma-Cermen hukuk sisteminin oluşmasında ana faktör *Corpus Iuris Civilis,* özellikle *Digesta*'yı konu alan bilimsel çalışmalardı. Başka bir deyişle Roma hukukunun yeni zamanların hukuklarını etkilemesi *Corpus Iuris Civilis* üzerindeki çalışmalarla gerçekleşmiştir. Roma hukuku yeni zamanların hukuklarını *Corpus Iuris Civilis*'teki kapsamı ve bu kapsam üzerindeki açıklamalarla etkilemiştir. Modern millî kanunlar yapılıncaya kadar Roma hukukunu malzeme olarak kullanan ve böylece bu hukukun millî kanunların sistematiğini ve içeriğini etkilemesini temin eden çeşitli akımlar görülmektedir.

Hukuk ilmi, tartışmaları ve büyük eserleri başlatır. İncelemeler, Üniversite'lerde organize edilir, düzenlenir. Roma hukukunun *ikinci hayatının* başlaması ile hukuk ilminde o zamana kadar görülmemiş bir atılım başlar[115].

XI. yüzyıl sonu ve XII. yüzyılda başlayan **ikinci hayatı,** Avrupa'nın hukukî manzarasını tamamen değiştirecektir.

---

[114] Umur, Roma Hukuku, s. 288.

[115] Gaudemet, s. 302 ve 305.

I. GLOSSATOR'LAR

İtalya'nın Bolonya şehrinde XI. yüzyılda ünü kısa sürede Avrupa'ya yayılan bir üniversite kurulmuştu[116]. Hukuk alanındaki bu ünün sebebi, Hukukun Işığı *(Lucerna Iuris)* diye anılan Irnerius isimli hukukçunun (ölümü 1125) kurucusu olduğu *glossator*'lar akımının Roma hukuku üzerinde başlattığı bilimsel çalışmalardır. Mektebe bu adın verilmesini nedeni bu hukuk hocalarının *Corpus Iuris Civilis*'i *glossa* denilen notlarla açıklamalarıdır. *Glossa*'lar ya metnin kenarına *(glossae marginales)* ya da satırların aralarına *(glossae interlineares)* yazılıyordu[117]. *Glossator*'lar Iustinianus kanunnamesi'nin ruhuna erişmeyi başaran ve çalışmalarıyla bu eserin sonraki yüzyıllarda da anlaşılmasını sağlayan bilim adamlarıdır.

Metinlerin anlamları, yavaş yavaş, açıklığa kavuştukça, *glossator*'ların metotları gelişti: Söze değil, amaca, öze önem verilmeye başlandı[118].

Bu hukukçuların metodu, Ortaçağ'ın skolastik ilmine dayanır. Skolastik ilim ilâhiyat alanında ortaya çıkmış, daha sonra diğer alanlara geçmiştir. *Glossator*'lar da *Corpus Iuris Civilis*'i bir dogma, değişmez, tartışılmaz olarak kabul edip tarihi araştırma yoluna gitmeden açıklamaya uğraşmışlardır. Bu hukuk kurallarının hangi ihtiyaçlar sonucu ortaya çıkmış olduğu onları ilgilendirmemiş, klâsik hukuk ile klâsik sonrası hukuk kurallarının farklılığının üzerinde durmamış, *interpolatio* araştırması yapmamışlardır. Zamanlarının hukuk tatbikatıyla fazla ilgilenmedikleri için ilimleri teorik alanda kalmıştır.

---

116 Bolonya'ya, VI. yüzyıldaki Beyrut gibi, *nutrix* legum (kanunların sütannesi) denildi. (Mouchette-Ladjili, s. 473). Bolonya, bir "Öğrenci Üniversitesi" *(Universitas scolariorum)* oldu. "Okulların" rektörü seçen güçlü bir birliği, loncası vardı.
Birlik, Üniversiteyi temsil ve idare ediyor, yönetime ilişkin kuralları oluşturuyordu. Öğretim elemanları talimatlarını yerine getirmek zorundaydı. 1215'e doğru, iki öğretim üyesi kurulu oluşur, biri Roma hukuku, biri kilise hukuku için. Bu kurulların sınırlı sayıda üyesi vardır. Sınavları düzenleme yetkilerine sahiptiler (Gaudemet, s. 333).

117 *Glossator*'lar *Distinctiones* denilen sistematik eserler yazmışlar, *Generalia* denilen hukuk kurallarına ilişkin hafızada kolay kalan özdeyişler üretmişlerdir. (Kunkel, s.159.)
Klâsik hukukçularda önemli yer tutan "Hukuk Kuralı" *(Regula)* kavramı, Ortaçağ'da roma hukukunun *ikinci hayatında* tekrar itibar kazanmıştır ve batı hukuk hayatında, "Kurallar"a, "Tarifler"e varacaktır.

118 *Thireau*, s. 137.



MAGNVS ACCVRSIVS FLORENTINVS
M · CC · XXXVI

XIII. yüzyılda yaşayan Accursius bu akımın son temsilcisidir. Bu hukukçu zamanında artık yorumlanacak, açıklanacak bir husus kalmadığı, yorum yolu tükendiği için kendisine kadar gelmiş olan *glossa* yığınından seçmeler yapıp *Glossa Ordinaria* adında bir toplama eser meydana getirmiştir. Bu eserin içinde 100.000 kadar açıklayıcı not bulunmaktadır. *Glossa Ordinaria* sonraki devirlerdeki çalışmaları da etkilemiş, bunun içinde yer almayan *glossa*'lar unutulmuş, üzerinde çalıştırılan *Corpus Iuris Civilis* nüshaları yalnız Accursius'un *glossa*' larını içermiştir[119]. Sonradan tatbikata da hâkim olan bu eser yüzünden «*Quod non agnoscit glossa non agnoscit curia*» (*glossa*'nın tanımadığı hukuk mahkeme tarafından uygulanmaz) prensibine uyulmaktaydı.

Bolonya Üniversitesi, Avrupa'nın her yanından öğrenci çeker. Hukuk ilmi ile zenginleşen Bolonya'nın profesörleri tüm Avrupa'ya yayılır. Fransa'da, XII-XIII. yüzyıldaki metotlarına göre roma hukuku eğitimi yapılır. İtalya ve Fransa arasında büyük oranda öğretim üyesi ve öğrenci değişimi gerçekleşir. Roma hukukunu, Fransa'da, Kral güney bölgesi örf ve âdetleri gibi, kabul eder. Ancak; Roma Hukukunun tüm Fransa'ya girişinden endişelenerek, 1219'da Paris Üniversitesi'nde eğitimini yasaklar. Fakat, XIII ve XIV. yüzyıllarda eğitimi devam eder. Fransa'nın diğer bölgelerinde, örf ve adette, hukuki bir olay hakkında kural bulunmadığı zaman, hatta akitler ve borçlar gibi alanlarda Roma hukuku uygulanır. Ayrıca, örf ve adet hukukunu yorumlamak için, hâkimler Roma hukuk sistemine başvurur. Karşı koyanlara rağmen, roma hukuku, hukuk evrenlerine girer. XIII ve XIV yüzyıllarda, bu hukukun İsviçre'ye girişi gözlemlenir. XVI. yüzyılda, Roma hukukunun ilerlemesi, bu kez, örf ve âdetlerin resmî olarak kaleme alınması ile durma tehlikesi ile karşılaşır. Bununla birlikte; Üniversitelerde eğitimi devam eden ve uygulama alanındaki örf ve âdet hukuku, roma tekniğinden yararlanarak zenginleştirilmek istenir[120].

---

[119] *Glossator*'lar özellikle *Corpus Iuris Civilis*'teki çelişkileri açıklamaya, ortadan kaldırmaya çaba göstermişlerdir.

[120] Mouchette – Ladjili, s. 473.

II. POSTGLOSSATORLAR (COMMENTATOR'LAR)

Yüzyıllar boyunca, hukukun yeni çehreleri, şekilleri ile karşılaşılmaktadır. Şu hususu da belirtmek gerekir ki, tarih, düz bir çizgi takip etmemektedir. XII. ve XIII. yüzyıldan itibaren batı Avrupa'da hukuk araştırmaları, faaliyetleri tekrar kendini göstermiş, devamlı ve düzenli bir şekilde gelişmiştir[121].

XIV. yüzyılda, tüm batı Avrupa'da, "hukuk ilminin" diğer dalların üzerinde yer aldığı görülür. Hukuk; itibar, çoğu kez güç ve zenginlik sağlar. Mütalâalara, görüşlere sık sık başvurulur. Bunlar; XII yüzyılda uygulamada kullanılmaya başlanmış, XIV ve XV yüzyıllarda tam olarak yaygınlaşmışlardır. Hukuk meselelerine yazılı olarak verilen bu danışmalar, bazı kez birden fazla hukukçunun müşterek eseridir. Bir davada ünlü bir hukukçu tarafından verildiği zaman ağırlığı önemlidir. Mütalâayı verene ve yardımcılarına, bazı kez önemli gelirler sağlar[122].

XIII. ile XV. yüzyıllarda yaşamış olan *postglossator*'ların metodu *glossator*'ların metodundan farklı değildir. Ancak, bunlar *glossator*'ların aksine *Corpus Iuris Civilis* ile uygulamanın ihtiyaçlarını göz önüne alarak meşgul olmuşlardır. Bu bağlamda bu akımı temsil eden hukukçular Ortaçağ'da önem kazanan örf ve âdet hukuku da dahil olmak üzere yerel hukukları da dikkate alarak uygulama için gerekli yeni prensiplere, kavramlara ve kurumlara varmışlardır. Aslında açıkladıkları Roma hukuku, *Corpus Iuris Civilis*'in *glossa*'larla açıklanmasıyla elde edilen teorik hukuktur. Başka bir deyişle *postglossator*'lar *glossa*'yı şerh etmişlerdir. Çalışmaları ilmi yönden kısa izahlardan değil, geniş şerhlerden oluşmaktadır. Zamanımızın Roma hukuk ilminde *postglossator*'lara *consiliatores* (danışmanlar) denmesi tercih edilmektedir. Bunun sebebi gerek tarafların gerekse hâkimlerin bu hukukçulardan mütalaa *(consilium)* almalarıdır. Karşılığında ücret aldıkları *consilium*'ları (bilimsel görüşler, mütalaalar) yoluyla tatbikatı etkileyen *postglossator*'ların doktrini ile Roma hukukunun iktibası mümkün olmuştur. Bu hukukçular skolastik ilmin karakteristik özelliği olan ince mantık oyunlarıyla *Corpus Iuris Civilis*'i modernize ederek iktibasa hazırladılar[123]. En büyük temsilcisi Bartolus de Sassoferato

---

[121] Gaudemet, s. 301.

[122] Bir mütalaadan 100 altın florin alan bolonyalı bir danışmandan söz edilmektedir. O zamanlar, Floransa'da bir felsefe profesörünün aylığı 40, tıptakinin ise 25 florindi (Gaudemet, s. 315-316).

[123] Hukukun, çoğu kez, soyut kavramlar içinde hareket etmesi gerekir ve modern hukuk doktrinleri, bu alandaki köklerini, özellikle *Postglossator*'larda bulur.

(ölümü 1357) olan *Postglossator*'lar Usul Hukuku; Ceza Hukuku ve Devletler Hukukunda yeni prensipler ve kavramlar yaratmışlardır[124]. Ticaret Hukuku, Bankacılık Hukuku gibi yeni dalların temellerini atmışlardır[125].

Artık, Üniversite hayatı da canlanmıştır: Kısmen bulunan üniversite kayıtları öğrenci sayıları hakkında bilgi vermektedir. 1265'de Bolonya'da 712 öğrenci, 1339'da Perugia'da, hukuka kayıtlı 119 öğrenci vardı. 1394'de sayı Orléans'da 368, aynı yıl Angers'de 407 idi. Öğrenci sayısı özellikle hukuk fakültelerinde giderek artar, zira hukukçuya ihtiyaç çoğalmaktadır. XV. yüzyılda Köln'de 100-200 hukuk öğrencisi, Leipzig'de 100 kadar (670 öğrenciye karşı) vardı. Alman üniversitelerinde, XV. yüzyılın ikinci yarısında, öğrenci sayısı, çoğunluğu güzel sanatlarda olmak üzere 6000-7000 arasındadır[126].

Bolonya'dakine benzer Hukuk Mektepleri Avrupa'nın diğer ülkelerinde, Fransa'da, İspanya'da da kuruldu. Bilim lisanının her yerde aynı, latince olması, Mektepler arasında hoca ve öğrenci alış verişini mümkün kılıyordu[127].

Ancak, metotları, XVI. yüzyılda ciddi eleştirilerle karşılaşmaya başlamıştır. Bunlar, her konuyu çeşitli ayırımlara tâbi tutarak sistemleştiriyorlardı: *Qui bene distinguit, bene dicit:* İyi ayırım yapan iyi öğretir. Ancak, aslında doğru olan bu metot, Postglossator'lardan sonra gelen hukukçular tarafından, aşırıya götürülmüştü. En basit konularda bile, lüzumlu lüzumsuz, sonu gelmez bölümler yapmak, açıklık yerine bulanıklık getirecek şekilde, meseleleri darma dağınık etmekte, içinden çıkılmaz bir hale sokmakta idi. Her türlü fikri birbiriyle telif edebilmek için, aklı selimi değil, kuru mantığı tatmin edebilen bir takım muhakeme oyunları yapıyorlardı. Bütün bunlar, eserlerinin, fazla uzun ve muğlak olmalarına sebep olmuştu. XVI. asrın büyük hukukçusu Cuiacuis, bütün bu "gevezelikler"in, cehaletleri saklamak için bir vesile olduğunu söylüyordu: *Sunt verbos et prolixi more suo: et solent in re facili esse multi, in difficili muti, in angusta diffusi,* yani "O kadar gevezedirler ki, kolay şeylerde çok konuşurlar, zor meselelerde susarlar, münakaşalı meseleleri bulaştırırlar".

124 Umur, Roma Hukuku, s. 292. Hausmaninger – Selb, s.107-109.

125 Umur, Ders Notları, s. 124.

126 Öğrencilerin çoğu fakir, hayat pahalıdır. Yollar tehlikeli ve çoğu kez aşılması zordur. Bazel'den, Bolonya'ya atla gitmek için (750 km.) iki üç hafta gerekir. Birçok öğrenci bankerlerden ve öğretim elemanlarından borç alır. Aileler, imkânları nispetinde para yollar. Okullular, zengin aile çocuklarına ders verir (İngiliz filozofu, Jean de Salisbury'nin, XII. yüzyılda, Paris'te yaptığı gibi). (Gaudemet J., s. 343 ve d.n. 199, s. 344).

127 Umur, Ders Notları, ss. 126-127.

III. HÜMANİST AKIM



Jacobus Cuiacius (1522-1590)

XV-XVII. yüzyılda özellikle Fransa'da kendisini gösteren bu akım *Corpus Iuris Civilis*'e tarihi açıdan yaklaşmıştır. Hümanistler, Roma hukukunun tatbikat için kullanılmasını benimsememişler, hattâ reddetmişlerdir. Her memleketin kendi millî hukukunu uygulaması gerektiğini savunan bu mektep mensupları, *postglossator*'lar tarafından bozulmuş olduğunu düşündükleri *Corpus Iuris Civilis*'i filolojik ve tarihi bilim metodlarıyla incelemişlerdir. Skolastik doktrinden farklı olarak hümanist doktrin *Corpus Iuris Civilis*'in mutlak otorite olduğuna iltifat etmeden, diğer kaynaklarla mukayese suretiyle *interpolatio*'ları bulmaya gayret etmiştir. Ancak hümanist doktrin Roma hukukunu tatbikattan koparan teorik bir akım mahiyetindedir[128]. Filolojik araştırmalarda aşırılığa gidilmiş, konudan uzaklaşmıştır. Bu akımın en büyük temsilcisi bir yorum ustası olan Jacobus Cuiacius'tur (1522-1590)[129].

Diğer bir hümanist âlim olan Dionysius Gothofredus, Iustinianus'un kanunnamesini ilk defa *Corpus Iuris Civilis* adıyla yayınlayan kişidir.

---

128 Hümanizm Avrupa'da daha ziyade felsefe ve sanat alanında görülen bir akımdır. Bakışını Eskiçağa çevirerek Ortaçağın'ın otoritelere olan inancı simgeleyen eğiliminden ayrılmış, insan aklını esas almıştır. Roma hukukunu bu görüşle kiliseden ve tatbikatla olan bağlarından sıyırmıştır. Hümanizm cereyanı her şeyin insan zekâsıyla kavranması gerektiğinden hareket etmek suretiyle, modern ilmin temellerini atmış, naklî bilimlerin yerini aklî bilimlerin almasını savunmuştur. İlimlerin dogmalarla çatışmasını reddetmiş ve gerçeğin araştırılmasına ve bulunmasına önem vermiştir. Hümanistlere göre *Corpus Iuris Civilis* antik Roma ruhunu aksettiren bir belge idi, zamanın ihtiyaçları nazara alınmadan her türlü yolla incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekiyordu. (Schwarz, s.163-164).
Hümanistler, Roma hukukunu, Eskiçağ bilgilerinin bir dalı olarak incelemişlerdir.

129 J. Cuiacius, devrin en üst düzeydeki âlimidir. Dostlarına arattırdığı veya kopya ettirdiği el yazması eserlerin ve hukuka da ilişkin eserlerin büyük koleksiyoncusu idi. Ortaçağ hukukçularının bilmediği yunancayı iyi biliyordu, harikulâde bir kültüre sahipti, eskiçağ tarihi ve edebiyatına ihtirası vardı. İncelemelerine o kadar çok bağlıydı ki, Fransa'yı paramparça eden din savaşları ile ilgilenmez gözüküyordu. Şaşıranlara, "bunun *Praetor* Beyannamesi ile ilgisi yok" diyordu (Gaudemet, s. 345).

IV. ROMA HUKUKUNUN İKTİBASI (REZEPTION) VE USUS MODERNUS PANDECTARUM (PANDEKT'LERİN MODERN ŞEKİLDE KULLANILMASI)

Yeniçağın başlarında Roma Hukuku Avrupa'da iktibas edilmiştir. İktibas, bir ülkede o ülkeye has şartlar altında gelişmiş olan hukukun başka bir ülke tarafından benimsenmesini ifade etmektedir.

İktibas olayı en geniş olarak Almanya'da cereyan etmişti[130].

İtalya'nın Bologna şehrinde XI. yüzyılda kurulduğunu söylediğimiz üniversiteyi Kuzey ve Orta İtalya, Fransa'da, İspanya'da kurulan diğer üniversiteler takip etmişti. Bilim dilinin her yerde Lâtince olması okullar arasında hoca ve öğrenci değişimini kolaylaştırıyordu. Bu üniversiteler, özellikle Bologna'daki üniversite Avrupa'nın her yanından gelen öğrencilerin âdeta hücumuna uğramıştı. Meselâ 1200 yılında Bologna'da 1000'e yakın hukuk öğrencisi kayıtlıydı. Bu rağbetin asıl nedeni buralarda hukuk ilminin yüksek düzeyi idi. Bu sebep yanında politik bir sebep de mevcuttu. Papalık ve imparatorluk arasında büyük bir iktidar mücadelesi hüküm sürmekteydi. Her iki güç iktidarlarını kabul ettirmek için Roma ve hukukuna dayanıyordu. Kilise kendi alanına giren hukukî ihtilafların hallinde Roma hukukuna göre yetişmiş kişileri görevlendiriyordu. Kilise ile rekabet halinde olan imparatorlar da, düzeyi yüksek hukuk bilgisine sahip, iyi yetişmiş hukukçulara görev vermek yolunu seçince, bu tip hukukçulara olan ihtiyaç çok artmıştı. Roma hukukuna göre eğitim yapan okullarda öğrenim yapan hukukçular kendi ülkelerinde kilise ve devlet organlarında yüksek memurluklara, danışmanlıklara getiriliyor, bunların bir kısmı da hâkim ve avukat olarak görev yapıyordu.

Fakat, Kilise açısından Roma hukuku iki tehlike oluşturuyordu: Cermen imparatorları kendilerini Roma imparatorlarının mirasçıları kabul ediyordu. Hukuklarının da mirasçıları olmak, onu iktidarlarının sembolü olarak kabul ediyorlardı. Halbuki Papalık ve Cermen imparatorlarının ilişkileri XI. yüzyıl sonu ve XIII. yüzyıl arasında, hep güçlük-

---

[130] Kunkel, s.162; Hausmaninger – Selb, s.109; Bununla beraber; iktibas en geç Almanya'da gerçekleşmiştir. Millî birliğin mevcudiyeti dolayısıyla hukuktaki dağınıklığın fazla bulunmadığı Fransa'da iktibas daha erken fakat daha sınırlı gerçekleşmiştir. İtalya'da ise Roma hukuku daima yürürlükte olmuştur. Buna karşılık Roma hukukuna karşı koyan İngiltere'de hukuk, Anglo-Sakson teamülleri içinde bilhassa İngiliz mahkemesinin kararlarıyla ayrı bir yönde gelişmiştir.

lerle dolu olmuştur. Kilise; roma hukukunu kullanmasını, imparatorluk karşısında bir bağımlılığın tanınması olarak kabul edemezdi.

Bu siyasal engelin yanında, başka kaygılar da vardı: Roma hukuku ile meşgul olmak, teolojiden vazgeçmek olacaktı. Avukatlık mesleği ile uğraşmak manastırdan ayrılmak ve rahiplere şeref getirmeyecek olan kazanç peşinde koşmakla sonuçlanacaktı. Bu konuda, korkularından söz eden Roma hukukunu bilen bazı iyi hukukçulara rastlanmaktadır. 1219 yılındaki ünlü Kararla, hukuk eğitimde önemli bir rakip, siyasal hasım, aşırı kazançlar elde etmeyi elverişli hukuk karşısında, "Paris ve komşu çevrelerde" Roma hukuku öğretiminin yasaklanmasının bu durumla ilgisi vardır[131].

XVI. yüzyılda, tarih aracılığı ile roma hukukuna gerçek kapsamı ve özgün anlamı verilmeye çalışılır. XVII ve XVIII. yüzyıllarda, Hollanda'dan sonra Almanya da Üniversiteler en iyi romanistlere sahiptir. XVII. yüzyıl sonlarından itibaren, roma hukuku sadece üstün olduğu için değil, temsil ettiği akıl izlendiği için uygulanır[132].

[131] Gaudemet, s. 313-314.
[132] Mouchette – Ladjili, s. 473.



Napolyon'un Paris, Invalides'deki anıt mezarının etrafındaki heykellerden biri olan ve hukuku temsil eden bu heykelin sağ elinde Droit Romain, Institutes de Justinien (Roma Hukuku, Justinianus'un Institutiones'i), sol elinde Code Napoléon'u (Kod Napolyon, daha sonra Fransız Medeni Kanunu'nu) temsil eden kitaplar yer almaktadır.

Heykelin altında Fransız TMK.'u için şu cümleler yer almaktadır: Benim kanunum; basitliği ile Fransa'ya, daha önceki kanunların tümünün toplamından daha fazla yarar sağlamıştır.

Roma hukukunun Avrupa'da uygulanan Hukuk haline gelmesine "Roma Hukukunun Benimsenmesi, İktibası" denir. Benimseme, İktibas İtalya, Fransa, İspanya, Portekiz, Hollanda, Almanya gibi bütün Avrupa ülkelerini kapsayan hareketti.

Roma hukukunun uygulamada kullanılan hukuk haline gelmesinde Alman imparatorlarının büyük katkısı olmuştur. Kendilerini Roma imparatorlarının halefi sayan ve bu sıfatla taç giyen imparatorlar Roma hukukunun mahkemeler tarafından uygulanması yolunu açtılar. Bu durum iktibas olayında sadece hukuk kalitesinin değil siyasî faktörlerin de rol oynadığını göstermektedir[133]. Diğer taraftan 1495 yılında Alman İmparatorluk Mahkemeleri Kanunu, imparatorluğun müşterek hukuka göre karar verme prensibini ifade etmiştir. Roma hukukunun en geç benimsendiği ülke olan Almanya'da, bu hukuk resmî yoldan yürürlüğe konarak en köklü bir biçimde yerleşmesi sağlanmıştır. Yukarıda da açıklandığı gibi, 1495 yılında kurulan ve 'Reichskammergericht' adı verilen imparatorluk mahkemesinin statüsünde, bu mahkemenin Pandekt hukukuna göre hüküm vereceği belirtilmişti. Böylece, imparatorluğa dahil bütün küçük Alman devletlerinde Roma hukukunun yargı yoluyla uygulanmaya konması sağlandı. Çünkü, sözü edilen mahkeme bütün bu devlet mahkemelerinin üstünde ve bunların hükümlerinde son merciydi. Böylece, yeniden yürürlüğe giren Roma hukukunun uygulanmasını sağlamak Roma hukukçularına, yani Roma hukuku doktrinine düşüyordu. Bu nedenle, zamanın Roma hukukçuları çalışma ve araştırmalarında yeniden pratik amaçlara yöneldiler[134].

Bütün Cermen devletleri, XV ve XVI. yüzyıllarda Roma hukukunu toptan iktibas etmişlerdi. Bu durum XX. yüzyıl başında Alman Medenî Kanunu (B.G.B.) yapılıp yürürlülüğe girene kadar devam etti.

Müşterek hukuk *(ius commune)* niteliğinde olan Roma hukuku iktibasın gerçekleştiği ülkelerde tamamlayıcı hukuk olarak uygulanıyordu[135]. Başka bir deyişle Roma hukuku ikincil karakterdeydi. Önce şehir hukuku *(Stadtrecht),* sonra eyalet hukuku *(Landrecht)* gelir. Bunlarda hüküm bulunmazsa, müşterek hukuk *(ius commune)* olarak Roma hukukuna başvurulurdu.

---

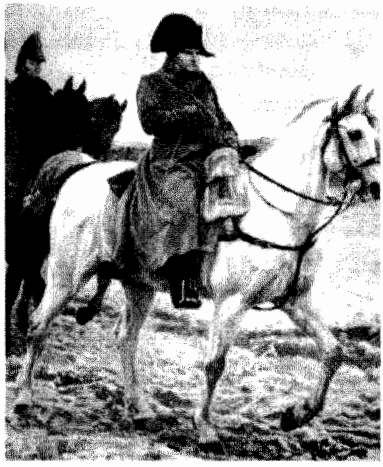
133 Alman imparatorları iktidarlarını hem yerel güçlere hem de Kiliseye karşı kabul ettirmede Roma'yı ve hukukunu kullanmışlardır. Fransız kralları ve Napoléon da iktidarlarını Roma'ya bağlamışlardır.

134 Karadeniz Ö., s. 83.

135 Bugün İsviçre sınırları içinde olan bazı yerlerde kendi teamülleri ve hukukları olduğu gerekçesiyle iktibasa karşı çıkılmıştı.

Usus modernus Pandectarum (Pandekt'lerin modern şekilde kullanılması) denilen akım XVI. ve XVIII. yüzyıllarda Roma hukukunu Cermen hukuku ve Alman mahkeme içtihatlarıyla kaynaştırmak suretiyle uygulamanın ihtiyaçları için hazırlamıştır. Tarihi ve teorik olmaktan çok tatbiki olan bu akım Roma hukukunun mutlak otoritesine olan inançla hareket etmemiş, zamanın ihtiyaçlarını ön plana almıştır.

V. TABİİ HUKUK AKIMI

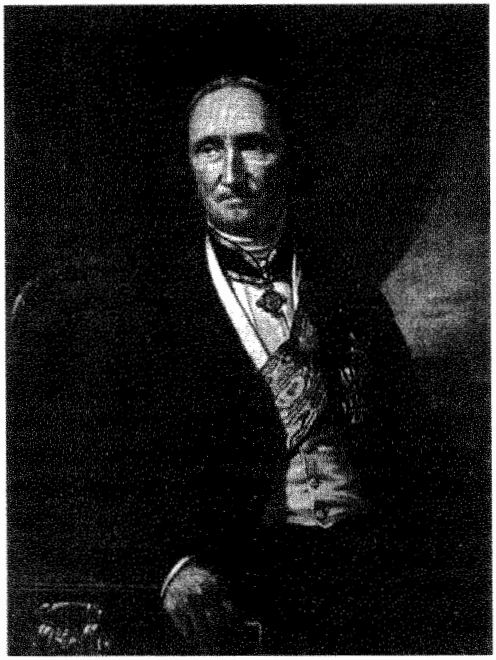


Napoléon

Dağınık şehir ve eyalet hukukları karşısında *ius commune* (müşterek hukuk) niteliğini alan Roma hukukuna Tabii Hukuk mektebi karşı çıkmıştır. XVIII. yüzyılın bu ekolü, hukuk kurallarının akıldan ve eşyanın tabiatından çıkmasını savunmaktaydı. Tarihi olgulardan arındırılmış bir hukuk düzeni isteyen tabii hukuk görüşü, yürürlükteki hukuk olan Roma hukukuna da karşıydı. Ancak bu akım, savlarını açıklamak için yine Roma hukukunu malzeme olarak kullanmak zorunda kalmıştır. Tabii hukuk kurallarının aynen, bazen daha iyi ifade edilmiş olarak Roma hukukunda bulunduğu gözükmektedir. Hugo Grotius, Thomasius, Christian Wolff gibi temsilcileri olan bu akım teorik açıklamalarla hayattan uzaklaşmış, teoriyi tatbikattan iyice ayırmıştır. Bununla beraber bu akım hukukun bir sistem içinde gelişmesinde ve kavramların (örneğin: sözleşme) ortaya konulmasında inkârı mümkün olmayan hizmetler görmüştür. Tabii hukuk görüşünün savunduğu medeni hukuk sistemi, Pandekt hukukçuları tarafından geliştirildikten sonra, yakın zamanlarda yapılan millî kanunlarda kullanılmıştır. Hukuk tatbikatından kopuk olarak çalışan profesörler bu asırda yapılan millî kanunları etkilemek suretiyle tabii hukuk akımının uygulamaya yansımasını sağlamışlardır. Bu kanunlar, 1794 tarihli Prusya Medeni Kanunu, 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu ve 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'dur (Code Civil)[136].

[136] Prusya Medeni Kanunu sadece özel hukuka değil, kamu hukukuna ilişkin hükümler de içeriyordu. Her şeyi teferruatına kadar düzenlemek iddiasıyla 19.000 madde getirilmişti. Bazı maddeleri hemen hemen aynen Roma hukuku kaynaklarından alınmıştı. Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) 1502

VI. TARİHİ HUKUK MEKTEBİ, PANDEKT İLMİ VE MODERN KANUNLAR



Savigny (1779-1861)

XIX. yüzyılın başlarında gelişen Tarihi Hukuk Mektebi, Roma hukukunu hukuk tatbikatında kullanılma gibi zamanının bağlarından kurtarma amacındaydı. Bu mektep, bir taraftan *usus modernus pandectarum*'un tatbikatçı ve modernleştirici eğilimine, diğer taraftan tabii hukuk akımının ifrada götürülmüş olan akılcılığına karşı çıkmıştır. Tarihi hukuk ilminden, hukuku, tarihi bir gelişmenin, evriminin sonucu olarak algılayan akım anlaşılır. Bu mektep kanunlaştırma hareketlerini reddetmiş,[137] hukukun halkın ruhundan *(Volksgeist)* çıkarak evrimleşmesi gerektiğini savunmuştur. Mektebin kurucusu olan Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) teamül hukukunun organik gelişiminin kanunlarla kesildiğini ileri sürmüştür. Ona göre her hukuk kuralı tarihi bir gelişimin sonunda ortaya çıkmıştır ve çıkmalıdır. Bu nedenle hukuk tarihi hukuk ilminin en önemli dalıdır. Savigny, XI. yüzyıldan itibaren saf Roma hukukuna karışmış olan unsurların temizlenmesi, bunun için tarihi araştırmalar yapılmasını istemiştir. Ancak, Savigny'nin saf Roma hukuku

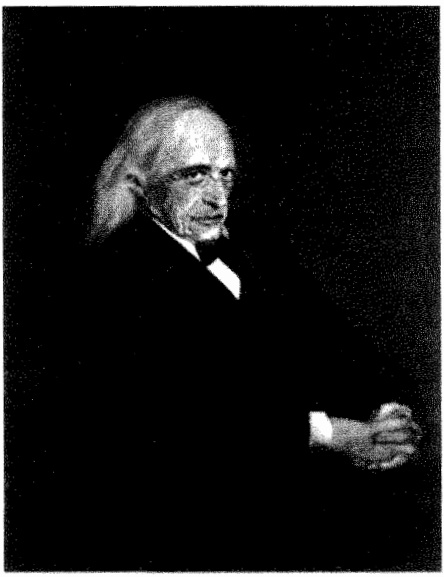
maddeden oluşmuştur. Kazuist olmaktan kaçınmıştır. Gaius'un *Institutiones* sistemini (bazı değişikliklerle) esas almıştır. Napoléon'un çalışmalarına bizzat katıldığı Fransız Medeni Kanunu ise vatandaşların eşitliğini ve irade özgürlüğünü en geniş ölçüde-Fransız İhtilâlinin tesiriyle- gerçekleştirmeye özen göstermiştir. Dünyada en çok iktibas edilen kanun olma özelliğini taşır. Bkz Hausmaninger-Selb, s.111-116.

137 Bu konuda; 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren, Türk Medenî Kanunu'nun, devrin Adalet Bakanı Mahmut Esat (Bozkurt) tarafından hazırlanan gerekçe'den söz etmek gerekir: Fransız, Alman ve İsviçre Medenî Kanun'larının yürürlüğe girmesi, bütün hayatı ölü geleneklere bağlamak isteyen Tarihî Mekteb'in son kesin bozgunu oldu. Bu örnekleri vermekle güdülen amaç, zamanın ve uygarlığın gereklerine göre, milletlerin gelenek ve göreneklerinden bir atılımda nasıl ayrıldıklarını ve bu ayrılışın sanıldığı gibi zarar ve tehlike değil, büyük yararlar olduğunu canlı olarak görmektedir. Hayatın gereklerine uymayan gelenek ve göreneklerde direnmektedir ki, milletler için felâket olur.

olarak anladığı *Corpus Iuris Civilis*'te yer alan hukuktur. Bilindiği üzere gerçek Roma hukuku olarak nitelendirilebilecek olan klasik Roma hukuku, bu kanunnameye alınırken değişikliklere tabi tutulmuştur. Tarihi denen bu mektep adına rağmen *interpolatio* araştırmasına girişmemiştir. Fakat tarihi hukuk mektebi hukukun her alanında geçerli olacak hükümleri ortaya koymuş soyut kavramlar geliştirmiştir.

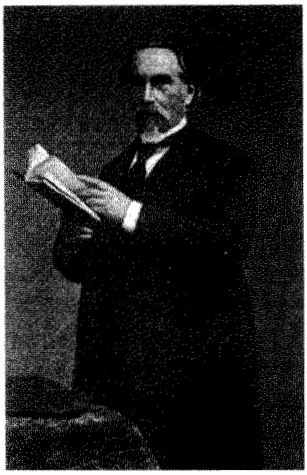


Georg Friedrich Puchta



Mommsen (1817-1903)

Bu mektebin bir devamı sayılabilecek olan Pandekt hukuk ilmi, Roma hukukunu sistematik olarak incelemeye ağırlık vermiştir. Başlıca temsilcileri Mommsen[138], Puchta, Dernburg, Windscheid ve Andreas von Tuhr[139] olan bu mektep, hukukun sistemleştirilmesinde ve modern hukukun ana kavramlarının ortaya konulmasına hizmet etmiştir. Ortaya çıkabilecek bütün hukukî meselelerin eksiksiz bir sistemde yer alan hukukî kavramlar ve kurallarla çözülebileceği görüşünde olan Pandekt hukukçuları Alman Medeni Kanunu'nun bu görüşle kaleme alınmasında etkili olmuşlardır[140].



Dernburg (1829-1907)

Roma hukukçuları tek tek olaylara çözüm yolları getirmekle yetinmişler, genel kurallar oluşumunda aynı yeteneği gösterememişlerdir. Münferit, somut hukuki kurum ve meseleleri genel ilkeler halinde getirme ve genel bir kısım oluşturulması şerefi Romanist Alman Hukukçularına aittir. Pandekt hukukçularının özel hukukun genel kısmı şeklinde oluşturdukları sistem, Alman Medeni Kanununun hazırlanması ve meydana getirilmesinde esas teşkil etmiştir. Alman Medenî Hukukuna ait genel

---

138 Hukuk kaynaklarımızın bir çoğunun modern baskılarını, Theodor Mommsen'in özenli çalışmalarına borçluyuz. Günümüzde de temel kaynak olarak kabul edilen, Paul Krüger ve Rudoef Schoell'le birlikte yayınlanan Corpus Iuris Civilis 22 kere basılmıştır. Zürih'te yayınlanan son baskı 1973 tarihlidir. Edebi metinlere dayalı "Roma Tarihi" isimli eseri, 1902 yılında ikinci Nobel Edebiyat ödülünü almıştır. (Sturm F., Theodor Mommsen, Pour Commémorer le centenaire de son décès, Scritti per Gennaro Franciosi, IV, 2007, ss. 2521-2522 ve dn. 2). Bu eserin özelliklerinden biri de, Mommsen'in tarihle güncelliği uyumlu hale getirmesidir. Teknik roma terimlerinin yerine, konuşulan dildeki modern ifadeleri kullanmıştır.

139 Andreas von Tuhr, 1920'de Zürih Üniversite'sine çağrıldıktan sonra, İsviçre'nin yeni medenî hukuku ile tüm ayrıntılarıyla meşgul oldu ve beş yıl bile sürmeyen kısa süre içinde bu hukuk hakkındaki eserini yazdı. İsviçre Medenî Hukukunun esasları irdelenirken, Alman Medenî hukuk bilimine özgü usulün uygulanması, bu eserin özelliğini oluşturur. Bu kitabın Türkiye'de ve başka ülkelerdeki etkisini de, Alman medenî hukuk nazariyesinin, çok önemli sonuçlarını nakil ve genellemeye elverişli olması açıklar.
Andreas von Tuhr'un ecdadi Danzig'den Rusya'ya hicret etmiştir. Bu sebeple kişiliğinde hem Alman, hem Rus eğitim ve terbiye unsurları görülmektedir. Strazburg Üniversitesine profesör olarak çağrılması üzerine bu görevi kabul ederken, önce Çar'ın iznini aldı. Alman vatandaşlığını kazandı, bunun yanında ömrü boyunca Rus uyrukluğunu korudu. Corpus Iuris Civilis, von Tuhr için, hukukî meselelerde bir hazine teşkil ediyordu ve daima yanında bulunduruyordu. von Tuhr Zürih'e geldiği zaman, maziye doğru bakan romanistler olduğu gibi, görüşleri geleceğe yönelen romanistler de bulunduğunu, kendisinin ikinci zümreye katılması gerektiğini belirtmiştir. Andreas B. Schwerz, Andreas von Tuhr ve Zamanın Medenî Hukuk İlmi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. V, s.XVIII-XX.

140 Karadeniz – Çelebican, s. 85-87; Umur, Ders Notları, s.126-129; Hausmaninger-Selb, s.116.

nazariyeler heryerde hukuk düşüncesinin müşterek, ortak malı olmuş, İsviçre, İtalya medeni hukuk bilimlerini etkilemiş, bu etki İngiltere ve Amerika'da da görülmüştür. Çin, Japonya, Macaristan, Yunanistan, Alman Medeni Kanununu örnek, model olarak almışlardır[141].


Windscheid (1817-1892)

1900 yılında Alman Medeni Kanunu (BGB), 1907 yılında İsviçre Medeni Kanunu ve 1911 yılında İsviçre Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra Roma hukukunun tatbikatta doğrudan kullanılması süreci bitmiştir. Ancak Roma Hukuku kuralları dolayısıyla yürürlüktedir, çünkü bu kurallar modern kanunlarda madde haline dönüştürülmüştür. Millî kanunların yapılmasıyla Roma hukukunun sırtındaki kamburdan kurtulduğunu söylemek mümkündür. O zamana kadar tatbikatın ihtiyaçlarına hizmet eden Roma hukuku üzerinde tam bir ilmi çalışma mümkün olmamıştır. Bilhassa klasik hukukun özellikleri ortaya konulamamıştır. İşte XX. yüzyıldan itibaren *interpolatio* araştırmalarına önem verilerek, klasik hukuku Iustinianus hukukundan ayıran özellikler saptanmaya çalışılmaktadır.

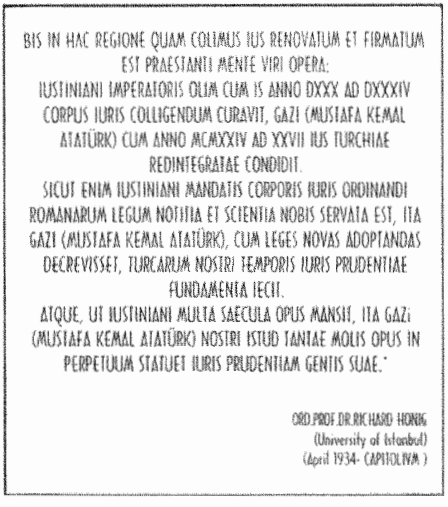
Bugün çeşitli kanunların ortak paydasını Roma hukukunun teşkil ettiğini söylemek yanlış olmaz. Romanist çevreye girdiği kabul edilen medeni hukuk sistemlerinin ve kavramlarının iyi anlaşılıp bilinmesi bunların hangi evrelerden geçerek zamanımıza ulaştığının öğrenilmesiyle mümkündür. Türkiye'nin de dahil olduğu Kara Avrupası hukuk sisteminin temelinde Roma hukuku ağırlıklı olmak üzere Roma-Cermen hukuk sistemi yatmaktadır. O halde İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunu'nu iktibas eden Türkiye Romanist hukuk alanına girdiğinden Türk hukuk tarihinde Roma hukuku en önemli yere sahiptir.


Andreas von TUHR (1864-1925)

Atatürk'ün üniversite devrimi, diğer bilim alanlarında olduğu gibi, hukuk eğitiminde de gerçekleştirilmiş ve 1933 yılından itibaren İstanbul ve Ankara Üniversiteleri çeşitli fakültelerinde bir altın devir yaşamaya başlamıştır. Dışarıdan davet edilen ya-

[141] von Tuhr Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, cilt 1-2, çev. Edege C, Ankara, 1983, s.XIV.

bancı profesörlerle, eskimiş skolastik öğretim yöntemleri yerine modern ve sistematik eğitimin gelişmesi hız kazanmıştır. Bu bilginlerden biri de XX. yüzyılda, Ceza hukuku ve hukuk felsefesinin önemli kişilerinden biri olan Richard Honig'tir. 1933 yılında İstanbul Üniversite'sinde hukuk tarihi ve hukuk felsefesi kürsüsünde çalışmalarını yürütmüştür. İstanbul'da hukuk ilmi tarihi hakkında, ilginç araştırmalar yapmıştır. Nispeten kısa süren Türkiye'deki zorunlu yaşamında, hukuk öğrencileri için bir çok ders kitabı yayınlamıştır. Yine o yıllarda İstanbul Tıp Fakültesine gelen operatör Nissen, Honig'in çok üretken bir sanatçı ve ressam olduğunu da, yazmıştır[142].


HIS IN HAC REGIONE QUAM COLIMUS IUS RENOVATUM ET FIRMATUM
EST PRAESTANTI MENTE VIRI OPERA:
IUSTINIANI IMPERATORIS OLIM CUM IS ANNO DXXX AD DXXXIV
CORPUS IURIS COLLIGENDUM CURAVIT, GAZI (MUSTAFA KEMAL
ATATÜRK) CUM ANNO MCMXXIV AD XXVII IUS TURCHIAE
REDINTEGRATAE CONDIDIT.
SICUT ENIM IUSTINIANI MANDATIS CORPORIS IURIS ORDINANDI
ROMANARUM LEGUM NOTITIA ET SCIENTIA NOBIS SERVATA EST, ITA
GAZI (MUSTAFA KEMAL ATATÜRK), CUM LEGES NOVAS ADOPTANDAS
DECREVISSET, TURCARUM NOSTRI TEMPORIS IURIS PRUDENTIAE
FUNDAMENTA IECIT.
ATQUE, UT IUSTINIANI MULTA SAECULA OPUS MANSIT, ITA GAZI
(MUSTAFA KEMAL ATATÜRK) NOSTRI ISTUD TANTAE MOLIS OPUS IN
PERPETUUM STATUET IURIS PRUDENTIAM GENTIS SUAE."

ORD.PROF.DR.RICHARD HONIG
(University of Istanbul)
(April 1934- CAPITOLIVM.)

Bu ülkenin hukuk tarihi, iki defa, çok yüksek bir zekâ ve iradenin kudretli eli ile yeni bir yöne sevk edilmiştir: Birincisi; Iustinianus'un 530-534 yıllarında Corpus Iuris'i kanunlaştırması, ikincisi, büyük Türk lideri Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün 1924-1927 yıllarında Türkiye'nin yeni hukukunu yaratması.

Iustinianus sahip olduğu yasama gücü ile eski Roma hukukunun temellerini aydınlatıp, gelecekteki etkisini sağlarken, Gazi Mustafa Kemal Atatürk, çağdaş Türk Hukukunu, yeni bir hukukun kanunlaştırılması aracılığı ile oluşturmuştur.

Iustinianus'un bu çalışması yüzyıllar boyunca etkisini ve gücünü koruduğu gibi, Gazi'nin bu çalışması da, milletinin hukuk bilincine daima yön verecektir.

Ord. Prof. Dr. RICHARD HONIG
(İstanbul Üniversitesi)
(Nisan 1934)[143]

---

142 "Hukuk ilminin ve Roma Hukukunun gelişiminde İstanbul'un Anlamı" isimli makale Halil ARSLANLI tarafından 1934'te Türkçeye çevrilmiştir. Hukuk Felsefesi isimli eseri Yavuz ABADAN, Roma Hukuku ise Şemseddin Talip tarafından Türkçeye tercüme edilmiştir. (Mumcu A., Prof. Dr. Richard Honig üzerine, Turcica, s. 103.

143 *Digesta, Turcica*, Ankara, 2005, s. 11.

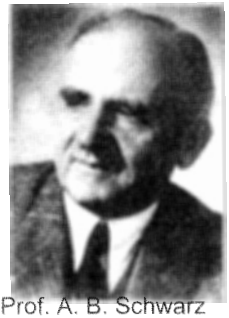




GAZİ

Resimler, Richard Honig'in çıkardığı, Capitolium, Roma Hukuku ve Tarihi Tetkikleri'nden alınmıştır.

Diğer bir bilgin, macar asıllı Profesör Andreas Schwarz'dır[144].



Prof. A. B. Schwarz

[144] Şubat 1886 doğumlu Profesör Schwarz, hukuk fakültesini, Budapeşte'de bitirdi. "Roma Zilyetliği" konulu eseriyle 1908 yılında Doktor unvanını kazandı. 25 yaşındayken yazdığı "İpotek Hukuku"na ilişkin başarısı onun, Alman hükümeti tarafından Leipzig Üniversitesine davet edilmesini sağladı. Burada, ünlü romanist Ludwig Mitteis'in yanında çalışma imkanı elde etti. Papirüs bulma ve deşifre etme konusundaki şöhretinin temelleri bu dönemde atıldı. Ününün doruğuna, 1920 yılında, Mısır'da orijinal papirüsleri inceleyerek yazdığı "Romalı Mısır" adlı eseriyle ulaştı. Ünlü hukuk kuramcısı Von Tuhr'un ölümünden sonra, onun yerine Ord Profesör unvanıyla Medeni Hukuk ve Roma Hukuku dersleri verdi. Zürih Üniversitesindeki bu faaliyetlerini takiben 1934 yılında Oxford Üniversitesinde bir dizi konferansa katıldı.

Yahudi asıllı olması nedeniyle, bu dönemdeki nazi baskıları karşısında, Türk Hükümetinin davetlisi olarak Türkiye'ye geldi. 1953 yılındaki ölümüne kadar İstanbul Hukuk Fakültesinde, Roma Hukuku, Medeni Hukuk ve Mukayeseli Hukuk dersleri verdi. Türk hukuk hayatında derin izler bırakan Schwarz, onsekiz yıllık öğretim devresinde binlerce öğrenci yetiştirdi. İleri batı hukuklarının en olgun meyvelerini üniversiteye taşıdı. II. Dünya Savaşından sonra, çağrılmasına rağmen Almanya'ya dönmeyen Schwarz, sadece ziyaretçi profesör olarak, orada ders vermeyi kabul etti. Schwarz, Roma Hukukunu, bu tarihin yaşandığı topraklarda anlatmayı tercih etmiştir ve "öyle bir fakültede eğitim

§ 4. Roma Hukukunun Modern Hukuklara Etkisi

Yukarıda Roma hukukunun *Corpus Iuris Civilis*'teki içeriğiyle modern hukukları ve millî kanunları hangi aşamalardan geçerek etkilediği açıklanmıştı. Roma hukukunun iktibası, benimsenmesi ile günümüz hukuklarında, daha dar anlamıyla İsviçre-Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda görülen bu tesirin hangi konularda olduğunu sıralamak istiyoruz. Zira; Roma hukukunun etkisi, kanunların sisteminde ve içeriğindedir.

I. ÖZEL HUKUK SİSTEMİ

Birçok ülkenin hukukunda olduğu gibi, İsviçre-Türk hukukunun temelinde Gaius'un *Institutiones* adlı kitabında izlediği *Institutio*'lar sistemi bulunmaktadır[145]. Iustinianus'un *Institutiones*'inde de uyulan bu sistem, hukuku üç ana bölümde incelemektedir. Kişilere, mallara ve davalara ilişkin hukuk. Bu üçlü ayırımdan hareket edilerek zamanımızın özel hukuk sistemine varılmıştır. Bu konuda ilk adım tabii hukuk akımı tarafından atılmış, daha sonra XIX. yüzyıl Pandekt hukuk

---

yapıyorum ki, Iustinianus'un Corpus Iuris Civilis'i kaleme aldığı toprakların üzerindeki bu fakülte, bana heyecan veriyor" diyen bir alman hukukçusudur.

Borçlar hukuku kitabını (türkçe çevirisi Prof. Dr. Bülent Devran) Türkiye'ye ve Türklere ithafen yazmıştır.

Roma hukuku öğretisinin, modern hukukta geçerli olan kavramlarla bağlantılarını kurarak, Türkiye'de bir çığır açmıştır. Medeni hukukun genel esaslarını Türk Hukukuna tanıtan yine o oldu. 1950 yılında Mukayeseli Hukuk Enstitüsü'nü kurarak Avrupa Hukuk sistemine entegre olmamız gerektiğini belirten Schwarz, Mukayeseli Hukukun bu alanda önemli hizmetler vereceğini öngören, adalet reformu yapılması gerektiğini söyleyen Schwarz, yedi dil biliyordu. Roma Hukuku, Medeni Hukuk, Mukayeseli Hukuk ve Papiroloji'nin yanı sıra Metodoloji ve Genel Hukuk Teorisi alanlarında da eserler vermiştir.

Almanca verdiği Medeni Hukuk derslerini uzun yıllar boyunca Türkçeye çeviren (Roma Hukuku derslerini fransızca vermiştir). Prof. Dr. Bülent Devran (1963 yıllarında İstanbul Hukuk Fakültesi, Dekanı) hakkında şunları söylemiştir:

"Profesör Schwarz'ın iki büyük özelliği vardı. Kendisi, hem bilimsel araştırma, hem de pedagojide etkinlik açısından çok yetenekli idi. Bu iki özelliği sayesinde öğrencilere büyük faydalar sağlamakta kalmamış, onlarda hukuk zevkini uyandırmış ve beslemiştir. Bugün de uygulanan pratik çalışma sisteminin konulmasın sağlamıştır. "Ben makale ve kitaplarını dokuz kere yazarım", dediğini hatırlarım. Son derece titiz bir bilim adamıydı." (Tigün, H., Baler Ö.M., Hukukçu, Aralık 2006, sayı 6).

145 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu, *Institutiones* sisteminden büyük ölçüde esinlenmiştir. Aynı durum 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu'nda da görülmektedir. Bu kanun Gaius'un *res corporales* (maddi mallar) – *res incorporales* (maddi olmayan mallar) ayırımını izlemektedir.

Denebilir ki, Kuzey, Orta, Güney dahil olmak üzere, Amerika kıtasından II. Dünya Savaşı sonrası Japonya'ya kadar Cermen sistemindeki ülkelere, bu arada Türkiye'ye Corpus Iuris Civilis, başta TMK'lar ve TBK'ları olarak dönmüştür.

ilmi tarafından «Pandektler Sistemi» adı verilen sistem geliştirilmiş ve bu sistem genel kabul görmüştür[146].

Institutiones Sistemi	Pandektler Sistemi	Türk Medeni Hukuk Sistemi
.....	Genel Hükümler	Başlangıç Hükümleri
Şahıslara ilişkin	Şahsın Hukuku	Şahsın Hukuku
Hukuk *(Ius quod ad*	Aile Hukuku	Aile Hukuku
personas pertinet)		
Mallara ilişkin Hukuk	Eşya Hukuku	Miras Hukuku
(Ius quod ad res	Borçlar Hukuku	Eşya Hukuku
pertinet)	Miras Hukuku	Borçlar Hukuku
Davalara ilişkin	.....	Medeni Usul Huk.
Hukuk *(Ius quod ad actiones pertinet)*		İcra-İflas Huk.

Pandektler sistemi, genel hükümler kısmıyla hukukun her alanında uygulanacak ana kuralları biraraya toplamıştır. Daha sonra *Institutiones* sisteminin Şahsın, Kişinin hukuku bölümü, Kişinin Hukuku ve Aile Hukuku; mallara ilişkin hukuk bölümü de Eşya Hukuku, Miras Hukuku ve Borçlar Hukuku kısımlarına ayrılarak beşli bir tertip elde edilmiştir. *Institutiones* sisteminde mevcut olan davalara ilişkin hukuk bölümü ise Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku şeklinde iki ayrı hukuk branşına ayrılmıştır. Özel kanunları olan bu dallar, hukuk fakültelerinde ayrı dersler olarak okutulmaktadır. İsviçre-Türk Medeni Kanunu da, beşli ayırıma dayanan Pandekt Sistemini - bazı değişikliklerle - benimsediği gibi, fakültelerde Medeni Hukuk derslerinde esas itibariyle bu sistemdeki sıraya uyulmaktadır. Bizim medeni kanunumuzda genel hükümler kısmı yoktur, bu bakımdan bu bölümün bulunmadığı *Institutiones* sistemine daha çok yaklaşmaktadır.

---

146 XIX. yüzyılda, Iustinianus'un *Digesta*'sının ağırlığını oluşturduğu Roma hukuku dersleri de bu sisteme göre verilir ve yazılan kitaplarda bu sistem takip edilirdi. 1807 yılında Pandekt hukukçusu Heise tarafından ortaya atılan bu sistem Savigny tarafından benimsenmişti. Alman Medeni Kanunu (BGB) da bu sistemi küçük değişikliklerle esas almıştır. BGB'de beş kitaplık sıra şöyledir: Genel Hükümler, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Aile Hukuku ve Miras Hukuku. Bu kanunda Şahsın Hukuku Genel Hükümler bölümünde yer almaktadır. Kanunlaştırma hareketleri hakkında fazla bilgi için Schwarz A.B'nin İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1952 yılı 1-2 sayısında yayınlanmış olan «Medeni Kanunların Hayatı, Kuvveti, ve Tadili» adlı makalesine bkz.

II. ROMA HUKUKUNUN İSVİÇRE-TÜRK HUKUKUNUN İÇERİĞİNE ETKİSİ

İsviçre-Türk Medeni Kanunu ile Alman Medeni Kanunu karşılaştırıldığında, kanunumuzdaki Roma etkisinin daha az olduğunu söylemek mümkündür. Bunun sebebi iktibas (Rezeption) olayının Almanya'da daha güçlü gerçekleşmesidir[147]. İktibas ağırlıklı olarak malvarlığı hukukunda (Borçlar Hukuku ve daha ziyade Menkul hukuku olmak üzere Eşya Hukuku) görülmüş, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku ve Miras Hukukunda ise millî veya yerel diyebileceğimiz gelenekler yahut görüşler belirleyici olmuştur.

Medeni kanunun başlangıç hükümlerinde yer alan dürüstlük kuralı (objektif iyi niyet), bir hakkın doğumu için iyi niyetin arandığı hallerde (subjektif iyi niyet) iyi niyetin varlığının karine olarak kabulü, herkesin iddiasını ispatla mükellef olduğu kuralının izleri Roma hukukundadır[148].

Bazı hallerde iyi niyetin (meselâ kazandırıcı zaman aşımı, *usucapio*) gerekli olması, Ortaçağ hukuku tarafından güçlendirilmiş ve Devletler Hukukundaki *pacta sunt servanda* ilkesi (antlaşmalara uyulmalıdır) oluşturulmuştur.

Şahsın hukukunda; hukukî kişilik teorisi, fiil ehliyetinin kademeli olarak kazanılması için öngörülmüş olan belli yaş sınırları, kazaî rüşt, temyiz kudreti, vasi ve kayyımlık, ceninin korunması vs.

Aile Hukukunda; nişanlanmanın evliliğe zorlayamaması, evlenme, evlilik kayıtları, Milâttan sonra kural haline gelen *manus*'suz evlenmede mal ayrılığı prensibi, nesep, ana babanın sonradan evlenmesiyle nesebin düzelmesi, Iustinianus hukukunun evlat edinmesi, kan hısımlığının *(cognatio)* bir evlenme engeli olarak ve mirasçılıkta dikkate alınması, nesebin sıhhati için öngörülmüş olan yüz seksen ve üç yüz günlük müddetler (TMK m. 285, TMK m. 287, TMK m. 288), eşin hukukî durumu[149] gibi konular modern hukukun öncüleridir.

---

147 Alman İmparatorluğu'nun diğer bölgelerinden farklı olarak İsviçre iktibas olayını boyutlu yaşamamıştır. Kantonlar halinde yaşayan, hepsi Cermen kökenli olmayan İsviçre halkı gelenekler ve şartlar sonucu, hukuk hayatına doğrudan katıldığı, halk oylamalarıyla kanun tasarılarını kendisi kabul veya reddettiği için yerel hukuka, örf ve âdet hukukuna bağlı kalmıştır.

148 *Male iure nostro uti non debemus*= hakkımızı kötüye kullanmamalıyız, Gai. 1,53; D. 6, 1, 38 *Bona fides praesumitur*=İyiniyet karine kabul edilir. *Probatio incumbit affirmanti*= ispat iddia edene aittir, D. 22, 3, 22.

149 I. yüzyılda çıkarılan *senatus consultum Vellaeanum*'a göre kadınlar başkaları hesabına borç altına giremez, kefil olamazdı. 1926 tarihli ve yürürlükten kalkan TMK m. 169'da evli kadının borçlandırıcı muameleleri için sulh hakiminin onayı aranmaktaydı. 1/7/2002 tarihinde yürürlüğe girecek TBK'nın kefalete ilişkin 584. maddesinin 1. fıkrası ise aşağıdaki şekildedir: Eşlerden biri mahkemece verilmiş

Miras Hukukunda vasiyetname, kanunî ve mansup mirasçılık, muayyen mal vasiyeti, mirasçının küllî halef olması ve dolayısıyla ölenin tüm borçlarından sorumluluğu, miras sebebiyle istihkak olması miras bırakanın ölümünden sonra doğan çocuğun *(postumus)* miras hakkı, mirasın reddi, hukukumuzun mahfuz hisse kavramını tam olarak karşılamasa da, en yakın hısımların vasiyetnameyle mirasçılıktan mahrum edilmesi durumunda bu hısımların vasiyetnamenin iptalini isteyebileceklerinin kabulü vs[150].

Eşya Hukukunda zilyetliğin iktisabı ve korunması, iyi niyetli-kötü niyetli zilyet farkı, mülkiyet, mülkiyetin aslen iktisap yolları ve himayesi, komşuluk hukukunun mülkiyet hakkına getirdiği tahditler, rehin hakkının fer'iliği, arzi irtifak-şahsi irtifak ayırımı; lüzumlu, faydalı ve lüks masraflar tefriki gibi.

Roma Borçlar Hukuku ise âdeta tümü itibarıyla iktibas edilmiştir. Borç ilişkisi *(obligatio)* kavramı, aynî hak-alacak hakkı (nisbî hak) ayırımı, borçlandırıcı muamele-tasarruf muamelesi farkı, hukukî işlemlerde gerçek iradeye kıymet verilmesi, hukukî muamelelerin geçersizlik sebepleri, borçların kaynakları, kusur sorumluluğu, sorumluluktaki kusur ölçütleri Borçlar Kanununun özel borç ilişkilerinin düzenlendiği kısımdaki alım satım, kira, istisna, ariyet, karz gibi akitler de Roma Hukuku esaslarını içermektedir[151].

Genel olarak, modern hukuk sistemlerine etkisi açısından şu hususları da eklemek gerekir: Kanunların yürürlüğe girmesi, daha önceye etkili olmaması gibi ilkelerin yanında, Ortaçağ'da uygulanan Roma hukuku yönetim alanında, resmî görevlere tayin şekillerini belirlemiştir. Kilise Hukukundaki seçim teknikleri, oy verme, çoğunluğun hesaplanması veya oybirliğinin ağırlığı, seçimler, modern demokrasilere model teşkil etmiştir. Temsil veya ünlü özdeyiş *quod omnes tangit*... (bir topluluğu ilgilendiren her konuya, bu topluluk tarafından karar verilmelidir) şeklindeki görüşler tekrar ele alınmıştır. Kanun koyuculara, devlet idarecilerine veya yargı organları mensuplarına esin kaynağı olmuştur.

---

bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

150 *Querela inofficiosi testamenti* için bkz. Umur, Lügat; Apathy- Klingenberg- Stiegler, s.58.

151 Bu konuda geniş bilgi için Schwarz A.B'nin 1939 yılında çıkmış olan Prof Cemil Bilsel'e Armağan'da yer alan "Türkiye-İsviçre Medeni Hukuku ve Roma Hukuku" adlı makalesine bkz.

Uluslararası ilişkilerde, görevlilerin statüleri, kendilerinin ve mallarının dokunulmazlıkları düzenlenmiş ve sonraki yüzyılları etkilemiştir.

Yargının düzenlenmesi, usul hukuku, sorumluluk, hafifletici sebepler, suç ortaklığı, cezanın şahsiliği konularında Ceza hukuku, Ortaçağ hukukunun izlerini taşımaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL KAVRAMLAR

§ 5. Ius (hukuk)

Romalılar *ius* sözcüğü ile hem hukuku, hem de hakkı ifade ederlerdi[1]. Hukuk anlamında kullanıldığı zaman *ius,* bir toplumda yürürlükte olan davranış kurallarını belirtir ve bu kurallara aykırı hareket edildiği zaman maddi müeyyide ile karşılaşılır. Yaptırım, ceza veya tazminat olabilir. Diğer davranış kuralları (ahlâk, din), toplum halinde yaşayışı kontrol etmekte yetersiz görülmüştür, çünkü bunların müeyyidesi manevi alanda kalmaktadır. Buna karşılık hukuk kuralları maddi yaptırımla güçlendirilmiştir. Devletin güçlendiği devirlerde bu müeyyide ya devletin kontrolü altında veya devlet tarafından uygulanırdı.

Ius dendiği zaman Romalılar önceleri ne şekilde ortaya çıktığı hakkında kesin fikre sahip olmadan, daha ziyade tanrılar tarafından getirilmiş, dünyevi hayatta rahipler tarafından bilinen ve somut olayda uygulanmaya sokulan düzeni anlarlardı. Roma hukuku dini tesirlerden çabuk arınmış[2], rahip hukukçuların tekelinin M.Ö.III. yüzyıldan itibaren laik bir anlayış içinde geliştiği devirlerin ihtiyacını karşıladığı gibi bu niteliği ile yakın zamanlarda yapılmış millî kanunları da etkilemiştir. Laik hukukçular hukuk hayatına hâkim olduktan sonra bile Romalılar hukukun nereden geldiğini araştırmadan bu hukukçuların mutlak otoritesine ve olaylara getirdikleri çözüm tarzlarına inanmışlardır[3].

---

1 Hukuk Arapça bir kelime olan hak kelimesinin çoğuludur. *Ius* kelimesi çeşitli anlamlara gelmektedir. *Ius* kelimesi mahkemeyi belirtmek için de kullanılmıştır, bkz. Heumann – Seckel, s.300; Mayer – Maly, s.4; Umur, Ders Notları, s.139-142; Apathy-Klingenberg –Stiegler, s.10.

2 Romalılar din kuralı ile hukuk kuralını birbirinden ayırt etmişlerdi: *fas lex divina, ius humana est* (din kuralı ilâhi hukuka, hukuk kuralı insanî hukuka ilişkindir).

3 D.1,1,10,2 *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia:* Hukuk ilmi ilâhi ve beşeri konuların bilgisi, haklı veya haklı olmayanın ilmidir.

Kaynaklarda hukukun tam bir tanımı yoktur[4]. Hukuk adalet ile ilişkilendirilmiştir[5].

Ayrıca; hukuk, uygulayıcılarından ince bir zekâ talep eder. Borçlar hukuku; kesin ve açık bir dil, terimler gerektiren sağlam tekniklere başvurur. Her terim açık bir anlama sahip olmalıdır. Anlaşılmazlık, hukukçunun ilk düşmanıdır[6].

D. 1,1,1 pr. Ulpianus

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat, est autem a iustitia appelatum: nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi: Hukukla meşgul olacak kimse önce hukuk adının nereden geldiğini bilmek zorundadır. Nitekim hukuk adaletten (iustitia) çıkmıştır. Celsus'un isabetli (şık) tanımına göre hukuk iyi ve adil olanın sanatıdır.

Bu metne göre hukuk insanların dış dünyaya yansıyan hayat ilişkilerini iyi ve adil şekilde düzenlemektedir. Başka bir deyişle hukuk insanların dürüst ve adil bir düzen içinde bir arada yaşamalarını mümkün kılmalıdır.

Ahlâki bir içerik taşıdığı kesin olan bir prensibe göre hukuka uygun davranmanın üç şartı vardır: Şerefli yaşamak *(honeste vivere)*, başkasına zarar vermemek *(alterum non laedere)*, herkese hakkını tanımak *(suum cuique tribuere)*, D. 1,1,10.1.

Hukukçular; hukukun tarifi hakkında çeşitli cevaplar vermişlerdir. Romalı hukukçular, "iyinin ve âdilin sanatıdır" veya "herkese kendi hakkını vermektir" demektedir. Bugün, sanattan çok "bilim" olarak kabul edilmektedir. "Hukuk bilimlerinden" (çoğul) söz edilmektedir. Bürokratik terimlerde "hukuk ve siyasal bilimler" söz konusudur. An-

D. 1,1,1,1'de Ulpianus hukukçuların, adaletin rahipleri olduğuna haklı olarak inanıldığını belirttikten sonra kendilerinin adalete hizmet ettiklerini, iyi ve adil olanı bildiklerini, adil olanı adil olmayandan, caiz olanı yasak olandan ayırdıklarını vurgulamaktadır. Ulpianus'un hukukçuları rahiplere benzetmesi dini kuralların en iyi rahipler tarafından bilindiğine ve uygulandığına dayanmaktadır, hukukçular da hukuku en iyi bilen ve uygulayan yüksek düzeyde kimselerdir.

4 D. 50,17,202'de hukukçu Iavolenus hukukta her tanımın tehlikeli olduğunu, bunun karıştırılmadan uygulanmasının nadir görüldüğünü belirtmektedir.

5 D. 1,1,10 pr. Ulpianus; *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi:* Adalet herkese kendi hakkını tanımak konusundaki istikrarlı ve devamlı iradedir. Apuleisus, Platon'un öğretisi hakkında yazdığı eserin 2. kitabında (II.7) adaletin insan toplumunun ve insanlar arasındaki uyumun aracı ve ilacı olduğunu ifade etmektedir.

6 Bu anlamda; Pascal, ince espri ve geometri esprisini ayırır. İyi hukukçu, ikisine de sahip olmalıdır: Görüşler ve oluşturdukları sistemlerin analizinde adetâ matematik bir kesinlik, uygulamaya geçişte yoğun bir incelik ve yumuşaklık. Bu iki nitelik birlikte elde edilmeli ve uyumlu olmalıdır. Hukuk eğitimi (normal olarak) bu amaca yöneliktir. (Carbasse J.-M., s. 13. ve d.n. 2.)

cak; hukuk, siyasetten daha çok olmamakla birlikte, tam anlamıyla bilimlerden de değildir. Zira, aynı sebepler, her zaman aynı sonuçları oluşturmamaktadır[7].

Roma'da her devirde yürürlükteki hukukun ne olduğu konusunda tam bir açıklık mevcut olmamıştır. Başka bir deyişle hukuk güvenliğine gerekli önemin verildiğini söylemek mümkün değildir[8]. Ancak bu zaaf öncelikle Cumhuriyet ve Principatus devirlerinin hukukçularına duyulan güven ile bertaraf edilmiştir. Hukuk aliminin tüm hukuku bildiği, hukukçulara başvurulduğunda gerekli bilginin alınacağı görüşü Roma toplumunda egemendi.

İnsanların birlikte yaşamalarını düzenleyen belki de bunu mümkün kılan ve riayeti devlet tarafından zorlanabilen kurallardan oluşan hukuk sistemi Roma'da değişik kaynaklardan çıkan kaidelerden oluşmaktaydı. Roma hukuk sisteminde *ius* kısmen birbirlerini örten kısmen de yan yana yürürlükte olan hukuk tabakalarından (katmanlarından) meydana gelmekteydi. Romalılar bu tabakalarda yer alan hukuk kurallarını ahenkli bir şeklinde, sürtüşmeye yol açmadan uygulamak dehasına sahiptirler[9]. Bu hukuk tabakalarını aşağıdaki gibi ayırmak mümkündür:

I. IUS CIVILE – IUS HONORARIUM[10]

Bu ayırım hukuku yaratan kaynaklar bakımından yapılmaktadır.

Ius civile Roma hukuk düzeninin geleneksel çekirdeğini teşkil eder. Bu öz, örf ve âdetlerden, 12 Levha'da yer alan hukuk kurallarından ve bu kuralların yorumuyla elde edilen hükümlerden meydana gelmekteydi. Az sayıda çıkarılmış kanunlar *(leges, plebiscita)* ve *senatus* kararları *(senatus consulta) ius civile*'ye dahil sayılmaktadır. Hattâ hukukçu Papinianus (D. 1,1,7 pr.) imparator emirnamelerini de

---

7 Carbasse, s. 9-10.

8 Hukuk güvenliğinin tam olmamasına rağmen Roma'da «hukuku bilmemek mazeret sayılmaz» prensibi geçerliydi. D. 22,6,9 pr.'ta Paulus hukuku bilmemenin *(ignorantia iuris)* zarar vereceğini söylemektedir. Aynı hukukçu 25 yaşından küçüklerin ve kadınların-deneyim eksikliği nedeniyle-hukuku bilmeyebileceklerine işaret etmektedir. Krş. Türk Ceza Kanunu m. 44. "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz".

9 Kaser, s.198. Gaius (Gai. 1,2) Roma halkının hukukunun kanunlardan *(leges)*, *plebiscitum*'lardan, *senatus* kararlarından, imparator emirnamelerinden, beyanname çıkarmaya yetkili olanların çıkardığı beyannamelerden ve hukukçuların cevaplarından oluştuğunu ifade etmektedir.

10 Gaius *Institutiones*'inde *iure civili, ipso iure, iure legitimo* şeklindeki ibarelerle *ius civile*'den bahsetmektedir. Gai. 3,36; Gai. 2,32; Gai. 4,36 vs. Ayrıca D. 1,7,27; D. 28,1,23; D. 50,17,32 vb.

ius civile'nin içine sokmaktadır. İmparator Hadrianus döneminde *praetor* beyannamesi değişmez hale getirildikten sonra hukuk gelişimi imparator emirnameleriyle *(constitutiones)* sağlanmış, bu emirnamelerde yer alan hukuk kuralları vasıtasıyla *ius civile* için yeni bir gelişim süreci başlamıştır.

Ius honorarium, bilhassa yargı *(iurisdictio)* işlerinde görevli ve yetkili olan *praetor*'un faaliyet alanında ortaya çıkmış hukuk kurallarından oluşmaktaydı. Hukukun her alanında uygulanmak üzere yeni kurallar getiren *praetor*'ların *imperium* yetkisine dayanarak koydukları bu kurallar ile amaçlanan *ius civile*'yi ortadan kaldırmak değil, ona destek olmak, *ius civile*'nin sertliklerini yumuşatmaktı. D. 1,1,7,1'de hukukçu Papinianus, *praetor* hukukunun toplumun yararına *ius civile*'ye destek olmak *(adiuvandi gratia),* boşluklarını doldurmak *(supplendi gratia)* veya düzeltmek için *(corrigendi gratia)* getirildiğini ifade etmektedir[11]. Bu şekilde *praetor*'lar *ius civile*'de, bulunmayan yeni *actio*'lar (davalar), *exceptio*'lar (defiler), *in integrum restitutio*'lar (eski hale iadeler), *interdictum*'lar (zilyedliğin korunmasına ilişkin yeni usuller), *praetor stipulatio*'ları *(stipulationes praetoriae)* ihdas etmek suretiyle *ius honorarium* denilen hukuku yarattılar[12]. Bunu yaparken *ius civile*'yi tamamen yürürlükten kaldırmak gibi bir düşünceyle hareket etmediler, aksine birçok yeniliği *ius civile*'nin esaslarına dayandırdılar[13].

Praetor'luğun kurulmasından sonra özellikle yabancılar *praetor*'unun faaliyetiyle oluşan *ius honorarium*'un içine *aedilis curilis*'lerin getirdiği yenilikler (meselâ satıcının maldaki maddi ayıptan

---

11 *Praetor bir* kimseyi *ius civile* maliki haline getiremediği gibi, *ius civile* mirasçısı da yapamazdı. Ancak *praetor* bir *res mancipi*'yi *traditio* ile devralan kimseyi özel bir davayla *(actio Publiciana in rem)* korumak suretiyle *praetor* hukukuna göre malik saydığı gibi *ius civile*'ye göre mirasçı *(heres)* olamayacak kişilere de *praetor* mirasçılığı *(bonorum possessio)* tanıyabiliyordu. Bu konuda *ius civile – ius honorarium* ilişkisi belirginleşmektedir. *Praetor, ius civile*'ye göre mirasçı olacak kişiye *praetor* mirasçılığını da tanıdığı zaman *praetor* hukukunun *ius civile*'yi desteklemesi, kuvvetlendirmesinden bahsedilir. *Ius civile*'ye göre mirasçı olabilecek hiç kimse yoksa *praetor,* mirasçılığı bir kimseye nihaî olarak vermek suretiyle *ius civile*'nin boşluğunu doldurmuş olurdu. Buna karşılık *praetor, ius civile* mirasçılığını hakkaniyete aykırı bularak, mirasçılığı *ius civile*'ye göre mirasçı olacak kimseden başka birine verirse *ius civile*'yi düzeltmiş demektir. Bu durumda *praetor* hukukuna göre mirasçı olan kimse *ius civile*'ye göre mirasçı olan kimsenin miras sebebiyle istihkak davasına *(hereditatis petitio)* maruz kalırsa, *praetor* tarafından kendisine tanınmış olan *exceptio doli generalis*'i ileri sürerdi. Mayer-Maly. s.6; Karadeniz – Çelebican, s.94; Schwind, s.46; Apatlıy – Klingenberg – Stiegler, s.5, s.13.

12 *Praetor edictum*'u değişmez hale getirildikten sonra da *ius honorarium* kuralları yürürlükte kalmıştır. *Ius honorarium*'a giren davalar, defiler, eski hale iadeleri vermek veya vermemek yine *praetor*'un yetkisindeydi.

13 Meselâ *formula* denilen muhakeme usulünde davanın sınırlarının tesbiti demek olan *litis contestatio* daha önceki muhakeme usulü olan *legis actio*'larda da mevcuttu. Bir *res mancipi*'yi *traditio* ile devralanın *praetor* mülkiyeti bir *ius civile* müessesesi olan zamanaşımı ile iktisaba *(usucapio)* dayandırılmıştı.

dolayı mesuliyeti konusunda) ve az da olsa eyalet valilerinin getirdiği yeni düzenlemeler de girmektedir. Hukukçu Marcianus *Institutiones*'inin birinci kitabında (D. 1,1,8) *ius honorarium*'u Roma hukukunun yaşayan sesi, dili *(ius honorarium viva vox iuris civilis)* olarak nitelendirmektedir[14].

II. IUS CIVILE – IUS GENTIUM

Bu ayırım hukukun uygulama alanı bakımından yapılmaktadır.

Ius civile sadece Romalılara uygulanan hukuk anlamını taşımaktadır. Bu anlamıyla *ius civile, ius Quiritium*'dur, yani *Quirites* denilen Roma vatandaşları için yürürlükte olan hukuktur. Gaius (Gai. I., 1, 1) her halkın kendisi için koyduğu hukuka *ius civile* dendiğini, bu hukukun bir devlete *(civitas)* özgü hukuk olduğunu belirtmektedir. Hukukun sadece toplumun üyesi olan kimselere uygulanması eski hukuklardaki kanunların şahsiliği denilen ana kuralın sonucudur.

Romalılar için *ius civile*'ye tâbi tutulmak bir ayrıcalıktı, yabancılara *ius civile*'nin uygulanması mümkün değildi, çünkü *ius civile* Roma halkının karakteri, âdetleri nazara alınarak oluşturulmuştu. *Mancipatio, in iure cessio usucapio, patria potestas* (baba hâkimiyeti), *stipulatio* sadece Romalılara uygulanan hukuktu, yani *ius civile* idi. Bununla beraber Romalılar, nadir hallerde, özellikle Latinler gibi kendileriyle aynı soydan geldiklerine inandıkları kimselerin *ius civile*'den yararlanmalarına izin vermişlerdir. Bu durumdaki yabancılar *ius commercium*'a, *ius conubii*'ye sahip olurlardı.

M.Ö. I. yüzyılda tüm İtalya'ya da ve M.S. 212'de Roma imparatorluğu sınırları içinde yaşayan herkese vatandaşlık verilmesiyle *Ius civile*'nin uygulama alanı genişlemiştir. Daha önceleri, aynı kavimden olan yabancılara kendi hukukları uygulanırdı (şahsilik ilkesi).

Ius gentium, eski çağda bütün kavimlerde[15] müşterek olduğu söylenen kuralları içeren, Roma'nın yarattığı, bir kavramdır (Kavimler Hukuku = Evrensel Hukuk). Fetihler yayılıp, *civitas* (şehir devleti) dünyaya açıldıkça ve *ius civile'nin* (vatandaşlar hukukunun) dar çevresini

---

[14] D. 1,2,2,10'da Pomponius *magistra*'ların beyannameler yayınlanarak hukuku nasıl uygulayacaklarını ve bu şekilde vatandaşların buna uygun davranmalarının sağlandığını açıkladıktan sonra böyle ortaya çıkan hukuka ius honorarium dendiğini, çünkü bu hukukun kaynağının bir şeref *(honor)* makamı olan *praetor*'luk olduğunu gerekçe göstermektedir. *Iustinianus* döneminde *ius civile – ius honorarium* ayrımı kalmadığı halde, *Digesta*'ya *ius honorarium* ile ilgili kısımların alınması imparator Iustinianus'un tarihe, ananelere olan bağlılığı ile izah olunabilir. I. 2,10,3'de *ius civile ve ius praetorium*'un yavaş yavaş emirnameler ve gelenekler yoluyla birleşmesinden söz edilmektedir.

[15] Kavim aralarındaki töre, dil, din ve kültür gibi ilişkilerle birlik oluşturan insan topluluğu, budun.

aşarak, vatandaşlarla yabancılar arasında hukuki ilişkiler kurma ihtiyaçları belirdikçe, *ius gentium* kavramı da, oluşmaya, gelişmeye başlamıştır[16].

Romalıların M.Ö. III asrın başlarından itibaren yabancılarla daha fazla ilişkiye girdikleri bilinir. Bu ilişkilere ne *ius civile*'nin ne de Romalı olmayan başka hukuk kurallarının uygulanması mümkündü. İşte Romalılar yabancılarla olan ilişkilerinde veya yabancılar arasındaki münasebetlere uygulanmak üzere yeni hukuk kuralları yarattılar. *Ius gentium* kavramı altında toplanan bu kurallar, ilişkiye taraf olan kimselerin belli bir kavme mensup olmalarından bağımsız, nötr olan kurallardır. Gaius (Gai. 1,1) kavimlerin kendi *ius civile*'leri yanında bütün insanlara ortak olan hukuku da uyguladıklarını, tabiî aklın icabı olan bu hukuka *ius gentium* denildiğini anlatmaktadır[17].

Ius gentium kuralları daha ziyade mal varlığı hukukunda yani taşınır menkul eşyaya ilişkin hukuk ile Borçlar Hukuku alanında ortaya çıkmıştır. Bu hukukun temel dayanağı insanların verdikleri sözü tutmaları gereğidir. Romalılar *fides* (sadakat, dürüstlük) icabı gördükleri bu ilkeyi *ius gentium* kurallarına, dayanak yapmışlardır. Bundan hareketle alış-veriş hayatının vazgeçilmez unsuru olan alım satım aktinin sadece irade uyuşmasıyla oluşmasını, mülkiyetin şekilsiz devrini ve başka kurumları kabul etmişlerdir.

Aslında *ius gentium* Romalıların Roma'ya has özellikleri bir kenara bırakmak suretiyle oluşturdukları hukuku ifade eder. Başka bir deyişle *ius gentium*, yine Roma hukukudur. Ancak bunun uygulama alanı Romalılarla sınırlı değildir, herkese uygulanabilir. *Ius gentium* modern

---

16 Thireau, s. 351.

17 I. 1,2,1; Gai. 1,1'e paralel olan bir hüküm içermektedir.

Ius autem civile vel gentium ita dividitur. Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utitur: nam qoud quisque populus ipse sibi ius constituit it ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omns homines costituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quae iure omnes gentes utuntur...: Hukuk, vatandaşlar hukuku *(ius civile)* ve kavimler hukuku *(ius gentium)*'na şu manada ayrılır; kanunlar ve örf ve âdetlerle idare olunan bütün kavimler kısmen kendilerine has olan hukuk ismiyle anılır; buna mukabil tabii aklın *(ratio naturalis)* bütün insanlara şamil olmak üzere teşkil ettiği ve bütün insanlar tarafından aynı şekilde riayet edilen hukuk ise *ius gentium*, yani bütün kavimlere müşterek olan hukuk ismiyle anılır... (Umur tercümesi) Iustinianus (I. 1,2,11) ilâhi bir güç tarafından konulmuş olduğu için daima aynı kalan ve değişmeyen, bütün kavimlerin uyduğu tabiî hukuktan *(ius naturale)* bahsetmektedir. Meselâ; bazı insanların hür olmadığı, bir tabiî hukuk *(ius naturale)* kuralıdır. Ancak kölelik bir *ius gentium* müessesedir (D. 1,5,4,1). Ulpianus (D.1,1,1,2) hukuku *ius naturale* (tabiî hukuk), kavimler hukuku *(ius gentium)* ve vatandaşlar hukuku *(ius civile)* olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Hem Ulpianus (D. 1,1,1,3), hem Iustinianus (I, 1,2 pr) tabiatın bütün canlı varlıklara öğrettiği tabiî hukuktan söz etmektedir. *Ius naturale* için bkz. Honsell s. 19-21; *ius civile-ius gentium* için bkz. Schmidlin, s.18 vd.

anlamda devletler özel hukuku değildir; bir Roma *magistra*'sının, hâkiminin yabancı hukuku uygulaması mümkün değildir.

Ius gentium kuralları bilhassa yabancılar *praetor*'u *(praetor peregrinus)* tarafından yaratıldığı için aynı zamanda *ius honorarium*' dur. Yabancılar *praetor*'unun getirdiği yenilikler daha sonra şehir *praetor*'u tarafından benimsendiği için *ius gentium* kuralları Romalılara da uygulanır hale gelmiştir. Yine *ius gentium* alanında çıkan bazı yenilikler *ius civile*'nin kapsamına alınmak suretiyle *ius civile*'nin gereği haline getirilmiştir (Mesela alım satım, kira, şirket gibi şekilsiz akitler). *Ius civile, ius honorarium* ve *ius gentium* gibi farklı tabakalardan oluşan Roma hukukunun bir bütün halinde uygulanmasını hukukçuların etkilediği hukuk tatbikatı sağlamıştır. Zaten Roma hukuku da esas itibariyle hukuk tatbikatından çıkmıştır[18].

Roma hukukunun modern hukukları etkilemesi, *ius gentium* alanında çıkmış olan, tarafların uyrukluğundan bağımsız, mal varlığı hukukuna giren kuralların çağları aşan niteliğinden gelmiştir.

Zaten, değinildiği gibi, tüm imparatorlukta yaşayan kişilere Roma vatandaşlığının tanımasıyla *ius civile-ius gentium* ayırımı önemini kaybetmişti.

III. IUS PUBLICUM - IUS PRIVATUM

Romalılar, modern hukukların da benimsediği, Kamu hukuku - Özel hukuk ayrımını yapmışlardır.

D. 1,1,2'de Ulpianus hukuk öğreniminin kamu hukuku *(ius publicum)* ve özel hukuku *(ius privatum)* kapsayan iki alanı bulunduğunu, kamu hukukunun devletin yapısına ilişkin hukuk olduğu halde, özel hukukun fertlerin menfaatleriyle ilgilendiğini belirtmektedir.

Ulpianustanı, etkisini günümüze kadar sürdüren bu teoriye göre, ayırım, korunan çıkarın niteliğine dayanır.

Kamu Hukuku bir taraftan devletin vatandaşlarıyla olan ilişkilerini, diğer taraftan teşkilâtını düzenlemektedir. Özel hukuk ise fertlerin hareket edebilecekleri, başkalarıyla ilişkiye girebilecekleri alana ilişkin kural-

---

[18] Umur, Ders Notları s. 92-93; Hausmaninger-Selb, s.66; Gaius (2.65) malların *traditio* ile devrinin tabiî hukuk *(ius gentium)* gereği olduğunu belirttiği gibi bir şirketin sadece irade uyuşması ile kurulmasını *ius gentium*'a bağlamaktadır (Gai. 3, 154). Gaius *ius naturale* ile *ius gentium*'u eş anlamlı kullanmaktadır. D. 1,5,5,1'de hukukçu Marcianus kölelerin *ius civile* veya *ius gentium*'a göre elde edildiğini belirttikten sonra, esir alınan düşmanların veya köle kadınının çocuğunun *ius gentium*'a göre iktisabından bahsetmektedir.

ları içerir. Kamu Hukuku kamunun, toplumun düzenini ön plana alır, fertlerin uymak zorunda olduğu emredici kurallardan oluşur.

Ulpianustanı, etkisini günümüze kadar sürdüren bu teoriye göre, ayırım, korunan çıkarın niteliğine dayanır.

Kamu Hukuku bir taraftan devletin vatandaşlarıyla olan ilişkilerini, diğer taraftan teşkilâtını düzenlemektedir. Özel hukuk ise fertlerin hareket edebilecekleri, başkalarıyla ilişkiye girebilecekleri alana ilişkin kuralları içerir. Kamu Hukuku kamunun, toplumun düzenini ön plana alır, fertlerin uymak zorunda olduğu emredici kurallardan oluşur. Buna karşılık özel hukuk eşit düzeyde fertlerin daha ziyade tamamlayıcı nitelikte bulunan kurallar çerçevesinde hareket imkânlarını, özellikle hukukî muamelelerle meydana getirebilecekleri sonuçları düzenlemektedir[19].

D. 2,14,38'de Papinianus, fertlerin anlaşmayla Kamu Hukukunu değiştiremeyeceklerini *(ius publicum privatorum pactis mutari non potest)* ifade etmektedir. Başka bir deyişle fertlerin emredici nitelikte olan kuralları *(ius cogens)* değiştirmek için yaptıkları anlaşmalar geçersizdir, mesela taraflar tamamlayıcı kuralların *(ius dispositivum)* aksi kararlaştırılabilir, mesela taraflar borçlunun hafif ihmalinden sorumlu tutulmayacağına ilişkin bir anlaşma yapabilirler[20].

§ 6. Hak (ius) ve Dava (actio)

Sübjektif anlamıyla *ius,* hukuk düzeninin fertlere korunmaya değer menfaatlerini gerçekleştirmek üzere tanıdığı hak demektir. Kısaca hak, hukuk tarafından tanınan yetkidir. Kaynaklarda *ius* kelimesi bu anlamıyla geniş olarak kullanılmıştır; *ius dominii* (mülkiyet hakkı), *ius pignoris* (rehin hakkı), *ius crediti* (alacak hakkı), *ius tollendi* (sökme hakkı), *ius distrahendi* (rehinli malı satma hakkı) v.s.

---

19 *Ius publicum,* Roma *populus*'unun (halkının) teşkilâtına ve malvarlığına ilişkin olduğu halde *ius privatum* bir Romalının malvarlığına ve hukukî ilişkilerine ait olan hukuktur. *Ius publicum*'a giren hüküm herkes için bağlayıcıdır. Özel hukuka ait kurallar devlet tarafından konulduğu takdirde kamu hukukudur. Devlet bir hukukî ilişkinin tarafını teşkil ederse artık bu ilişki kamu hukuku kurallarına tabi olur.
Romalı hukukçular Kamu Hukuku ve İdare Hukuku ile özel hukukla olduğu ölçüde meşgul olmamışlardır.

20 Apathy-Klingenberg-Stiegler, s.12; Umur Ders Notları, s.142.
Emredici hukuk anlamında kullanıldığı zaman *ius publicum*'dan modern anlamıyla kamu hukuku değil, devlet tarafından özel hukuk alanında bağlayıcı olarak konulmuş kurallar anlaşılır. D. 50,17,27'de Pomponius kanun veya *praetor* tarafından hukukî muameleler için getirilmiş şekillerin fertlerin anlaşmasıyla uygulamadan kaldırılamayacağını belirtmektedir.
D. 50,17,45,1'de Ulpianus; Kamu Hukukunun fertler tarafından anlaşma ile değiştirilemeyeceğini vurgulamaktadır.

Somut yaşam olayları hukukun şartlarına uygun olursa hak sahibine, korunması için bir dava hakkı tanınır.

Teorik açıklamalara eğilimi fazla olmayan Romalılar, hakkın tanımını vermemekle beraber fertlere tanınmış bu iktidarın esas itibariyle sınırsız olduğunu, fertlerin haklarını serbestçe kullanabileceğini dile getirmişlerdir[21]. Ancak her hakkın hak sahibinin makul menfaatleriyle sınırlandığını da belirtmişlerdir[22] (TMK.2).

Romalılar; hakka daha çok *actio*'lar, yani bir hakkın korunması için hukuk düzenlemesinin verdiği dava hakları yönünden yaklaşmışlardır. Actio olmadan talep (hak) olmazdı. Hakkının tanınması için fert devlete bir *actio* vermesi için başvurabilirdi. Dava *(actio)* esas itibariyle usul hukuku kavramı olduğundan buna «usulî görüş» denmektedir[23]. Bir kimsenin *actio*'su varsa bunun anlamı hâkimin vereceği kararla, bu hakkını o toplumdaki herkese kabul ettirebileceğidir. Bu yaklaşımın Roma hukuku hayatında baskın bir rol oynamasının sebebi esas itibarıyla *praetor*'un faaliyet tarzından ileri gelmekteydi. *Praetor*'lar göreve başlarken yayınladıkları beyannamelerinde, hangi şartlarda hangi davaları tanıyacaklarını ilan ederlerdi. Bu nedenle bir usul kavramı olan *actio* ön plana çıkmıştır[24]. Roma hukuku; hakkı, davayı açmak için gerekli şartların hukuka yansıması şeklinde algılardı. *Actio* hem *magistra*'nın tanıdığı usulî muameleyi, hem de bununla kabul ettirilecek olan talep hakkını içerirdi.

I. HAKLARIN AYIRIMI

Hakları birçok yönden çeşitli ayırımlara tâbi tutmak mümkündür. Fakat modern hukuk öğretisi nitelikleri bakımından hakları mutlak haklar, nisbî haklar ve yenilik doğuran haklar olmak üzere üç büyük gruba ayırmaktadır. Yenilik doğuran haklar[25] XIX. yüzyılda bu ayırıma ilave edildiği halde mutlak hak ve nisbî hak ayırımı kökenini Roma

---

21 D. 50, 17,55 (Gaius) *Nullius videtur dolo facere, qui suo iure utitur.* Kendi hakkını kullanan kimse kötü niyetle davranmış olmaz.

22 *Gaius* (Gai. 1,53)... *male enim nostro iure non debemus...* hakkımızı kötüye kullanmamalıyız. bkz. TMK. m. 2.: Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzenlemesi korumaz.

23 Mecelle'deki "usul esası mukaddemdir(şekil esastan önce gelir)" ilkesine benzemektedir.

24 I. 4,6 pr. *Actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur. Actio* kendisine borçlanılmış şeyi mahkemede talep etmek hakkından başka bir şey değildir. Hak ve dava için bkz. Umur, Ders Notları, s. 146-149; Apathy-Klingenberg-Stiegler, s.12.

25 Yenilik doğuran haklarda hak sahibi, tek taraflı iradesiyle hukukî ilişki kurmakta, bu hukukî ilişkiyi değiştirmekte veya sona erdirmektedir. Mesela bir iş ilişkisi tek taraflı iradeyle sona erdiriliyorsa, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması vardır.

hukukunda bulur. Romalılar usul hukukuna ilişkin görüşlerine uygun olarak hakları değil, davaları aynî davalar *(actiones in rem)* ve şahsî davalar *(actiones in personam)* olmak üzere ikiye ayırırlardı. Ortaçağ'dan itibaren bu ayırım önce aynî hak – şahsî hak ayırımına dönüşmüş, daha sonra mutlak hak – nisbî hak ayırımı haline getirilmiştir.

Aynî hak-şahsî hak ayırımı devrimizde de, özel hukukun temel ayırımlarından biri olmakla birlikte; bu ayırım, modern hukuk öğretisinde mutlak haklar şeklinde genişletilmiştir.

Eşya (mallar) üzerindeki Aynî haklar, kişilik hakları ve manevî yönüyle fikrî haklar mutlak haklardandır.

Borç ilişkisinin nisbîliği ilkesi de bu ayrıma dayanmaktadır.

1. Mutlak Haklar

Mutlak haklar hâkimiyet haklarıdır. Böyle bir hakka sahip olan kişi karşısında toplumun diğer üyelerinin bu hakka riayet etme yükümlülüğü söz konusu olabilir. Bu hakkı herkesin ihlal etmesi mümkündür, bu nedenle de mutlak haklar herkese karşı ileri sürülebilen *(erga omnes)* hak kategorisi oluştururlar. Hâkimiyet hakları Roma'da ya maddi mallar üzerinde, ya da şahıslar üzerinde mevcut olabiliyordu.

A. Eşya Üzerindeki Mutlak Haklar maddi varlıklar üzerinde sahiplerine mutlak hak karakterinde olmak üzere yetkiler veren haklardır. Bunlara aynî haklar da denilmektedir. Nitekim Medeni Kanunumuzun dördüncü kitabı «Eşya Hukuku» başlığını taşımakta, bu kitapta fertlerin mallar ile doğrudan ilişkileri düzenlenmiş bulunmaktadır. Roma hukukunda mutlak hakların ihlâli dolayısıyla açılacak davalara genel bir tabirle *actiones in rem* (aynî davalar) denmektedir. Bir *actio in rem,* aynî hakkı ihlâl edecek herkese açılabilecek davadır. Roma hukuku bir *actio*'lar silsilesi oluşturduğundan her aynî hakkın ayrı bir adı olan aynî davası mevcuttu. Aynî haklarda sınırlı sayı *(numerus clausus)* prensibi geçerlidir. Aynî haklar tahdidi olarak sayılmıştır, kişiler hukuk düzeninde belirtilmemiş aynî hak tipi yaratamazlar.

a. Mülkiyet *(dominium, proprietas)* maddi bir mal üzerinde sahibine en geniş yetkiler veren aynî haktır (TMK m. 683)[26]. Aynî hakların bütün özelliklerini mülkiyet hakkında görmek mümkündür. Malik malını hukuka aykırı bir şekilde elinde bulunduran kimseye karşı istih-

[26] Mülkiyet ile zilyetlik karıştırılmamalıdır. Mülkiyet bir hak olduğu halde, zilyetlik fiili durumdur. Hukuk düzenlemesi bu fiili hâkimiyete netice bağlar (TMK m. 973 vd.). Otobüste çantamı unuttuğum zaman malik kalırım, ancak çantayı bulan ve hâkimiyetine geçiren kimse çantanın zilyedi olur.

kak davası *(rei vindicatio)* açarak geri alabilir. Eğer bir kimsenin mülkiyet hakkına müdahalede bulunuluyor, tecavüz ediliyorsa (mesela bir kimse herhangi bir hakkı olmaksızın malikin arazisindeki kuyudan su alıyorsa) müdahalede bulunan kimseye *actio negatoria in rem* (müdahalenin men'i davası) açılabilir.

b. Mülkiyet dışında kalan aynî haklar veya Roma'da ifade edildiği üzere **başkasına ait mallar üzerindeki haklar** *(iura in re aliena)* kategorisinde ise hak sahibi mülkiyetin verdiği bütün yetkilere sahip olmayıp hakkın amacıyla sınırlı yetkileri, kullanır. Sınırlı aynî haklar denilen bu kategoride bir fert, diğer bir kişiye ait mal üzerinde, içeriği belli, mülkiyet dışında bir aynî hak kullanır. Başkasına ait mallar üzerindeki bu haklar da kendi içinde bazı gruplara ayrılır:

aa. İrtifaklar *(servitutes).* Bu haklar, üzerinde tesis edildikleri maldan yararlanma yetkisi verirler. Iustinianus döneminde irtifakların ikiye ayrıldığını görüyoruz: Arzî irtifaklar ve şahsî irtifaklar.

Arzî irtifaklarda iki gayrimenkul söz konusudur. Mükellef gayrimenkul üzerinde, lehine irtifak tesis edilmiş gayrimenkul malikinin faydalanma hakkı vardır. Meselâ B gayrimenkulü lehine A gayrimenkulü üzerinde geçit irtifakı tesis edilmişse, bu irtifak devam ettiği müddetçe B gayrimenkulünün o sıradaki maliki, A gayrimenkulündeki bu geçit hakkını kullanır. A gayrimenkulünün o sıradaki maliki geçit hakkının kullanılmasını engelleyemez, gayrimenkul üzerinde bu hakkın kullanılmasını zorlaştıracak tasarruflarda bulunamaz. Arzî irtifaklar Roma'da önce tarım arazileri üzerinde ortaya çıkmış, kentleşme artınca bu tip irtifakların şehirlerde de bulunabileceği kabul edilmiştir. Bunların çeşitleri Eşya Hukuku derslerinde görülecektir.

Şahsî irtifaklarda ise, irtifak hakkı belirli bir şahıs lehine olmak üzere tesis edilmiştir. Bu irtifaklarda hak sahibi ölürse hakkı son bulur. Roma hukukunda bu irtifaklar Roma *ius civile* miras sistemine göre mirasçı olamayacak kimselere hayatları boyunca geçim imkânı sağlamak üzere ortaya çıkmıştır. Meselâ bir Romalı vasiyetnamesiyle kendisine mirasçı olamayacak karısına bir şahsî irtifak olan sükna hakkını tanırsa, bu evin mülkiyeti mirasçılarına geçer, fakat karısı yaşadığı müddetçe o evde oturur, onu evden çıkarmak mümkün değildir, fakat kadın ölünce sükna hakkı da nihayete erer. Şahsî irtifakların en önemlisi olan irtifak hakkı, intifa hakkıdır. *Ususfructus* denilen intifa hakkında intifa hakkı sahibi malı kullanma, semerelerinden yararlanma yetkilerine sahip olur. Malikin elinde ise sadece çıplak, kuru mülkiyet kalır. Şahsî irtifak hakları klasik devirde ortaya çıkmakla be-

raber bunu bir kategori haline getiren Iustinianus'tur[27]. İrtifaklar Medeni Kanun'da TMK m.779'dan itibaren düzenlenmiş bulunmaktadır.

bb. Bir diğer aynî hak da **ipotek**tir. Rehin hakkı, *(hypotheca)* bir alacağın teminatı olmak üzere tesis edilen sınırlı aynî haktır. Alacak ödenmezse rehinli alacaklı denilen kişi bu malı satarak alacağını satış bedelinden almak yetkisine sahiptir. İrtifaklarda az veya çok bir maldan yararlanmak söz konusu olduğu halde rehin hakkı sahibi rehinli malı kullanamaz, sadece satış değerinden yararlanabilir (TMK m. 873, TMK m. 946). Rehin hakkı menkuller, gayrimenkuller veya haklar üzerinde mevcut olabilir.

B. Şahıs Üzerindeki Mutlak Haklar

Bugün çok önemli bir kategori teşkil eden bu haklar Roma'da esas itibariyle aile reisinin *(pater familias)* aile fertleri üzerinde sahip olduğu *patria potestas* ile kocanın karısı üzerindeki hâkimiyeti olan *manus* idi. Bunlara daha ziyade eski devirler için geçerli olmak üzere vasinin vesayeti altındaki küçüğün şahsı üzerindeki hakkı ve belki de *patronus*'un azatlısı üzerindeki hakkı, ilâve edilebilir[28]. Köleler üzerindeki hâkimiyet ise şahıs üzerindeki hak olarak değil, mal üzerindeki hak, yani mülkiyet olarak düşünülmüştür.

2. Nisbî Haklar

Nisbî haklar sadece belli bir kişiye karşı ileri sürülebilen haklardır. Bu haklar esas itibariyle bir borç ilişkisinden doğar. Alacaklının borçludan alacaklı olduğu edimi istemek konusunda nisbi hakkı vardır. Kira akdinden, alım satım aktinden, ödünç akdinden, haksız fiillerden nisbi haklar doğar. Alacaklı bu hakkını sadece borçlusuna karşı kullanır. Borçluya karşı açılacak şahsi davalara genel olarak *actiones in personam* denir. Ancak Roma'nın kazuist anlayışının bir ürünü olarak her alacak hakkının ayrı bir davası vardır. Mesela satıcı satış bedelini istemek için *actio venditi*'yi açar, kiraya veren kira ücretini kiracıdan *actio locati* ile talep eder. Bir kimsenin malına zarar veri-

---

27 Son İmparatorluk döneminde başkasına ait araziler üzerinde mevcut olabilen iki sınırlı aynî hak tipi daha kabul edilmiştir. *Superficies* denilen üst hakkında, başkasına ait arazi üzerinde bina sahibi olma yetkisi tanınmıştı. *Emphyteusis* ise bir araziyi ücreti karşılığında uzun müddetle işleme hakkı verirdi. Bu haklar mirasçılara intikal edebiliyordu.

28 Apathy-Kligenberg-Stiegler, s. 13. Bugün kişilerin gerek kendi kişilikleri gerekse başka kişiler üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen hakları olduğu kabul edilmektedir. Kendi kişiliği üzerindeki haklar için bkz. TMK m. 23-24, başkalarının şahısları üzerindeki haklar (velayet, vesayet için bkz. TMK m. 335 vd.; TMK m. 396 vd.)

lirse ona *actio legis Aquiliae* denilen haksız fiil davası açılır. Borçlar Hukuku alanına giren bütün davalar *actio in personam* niteliğindedir.

D. 44,7,3 pr.

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

«Borç ilişkilerinin özü, bunların bize bir şey üzerinde mülkiyet veya irtifak hakkı sağlamalarında değil, fakat başka kişiye bize bir şey vermeye veya yapmaya veya bir şey temin etmeye yetkili kılmada görülür».

Bu metin borç ilişkilerinin niteliğini tanımlarken aynı zamanda mutlak haklarla nisbi haklar arasındaki farkı da belirtmektedir.

Her iki hak kategorisi arasındaki farkı örnekle anlatmak konunun anlaşılması bakımından yararlıdır:

Mobilya mağazası sahibi A vitrinde sergilediği bir masayı alıcı B' ye 100.000.000 TL karşılığı satar. Ancak vitrinin boş kalmaması için masanın teslimi bir hafta sonraya bırakılır. Üç gün sonra mağazaya gelen C, masa için A' ya peşin 150.000.000 TL teklif eder. Nakit sıkıntısı içinde olan A bu teklifi kabul eder ve C temin ettiği bir kamyonetle masayı evine götürür. Bir hafta sonra masayı almaya gelen B' ye A, masayı daha fazla fiyat veren C' ye satıp teslim ettiğini, bir esnaf olarak kârlı satışı tercih etmekte serbest olduğunu öne sürer. Burada iki soru sorulabilir:

1. Satıcı bir esnaf olduğu, dolayısıyla masayı kendisine en fazla kazancı sağlayan kişiye satabileceği iddiasında haklı mıdır? Başka bir deyişle bu gerekçeyi öne sürerek yaptığı alım satım aktiyle B' ye karşı yüklenmiş olduğu masayı teslim borcundan kurtulabilir mi?

Alım satım akdi hem Roma hukukunda (Gai. 3, 139) hem de Türk hukukunda satıcı ve alıcının mal karşılığında ödenecek para (hukuk dilinde buna semen denir) üzerinde anlaşmalarıyla = irade uyuşması *(consensus)* oluşan bir akittir (TBK m.207 (önceki TBK m.182)). Bu akdin oluşması için paranın ve/veya masanın verilmesi şart değildir. İradeler uyuştuğu anda satıcı sattığı malı teslim etmek, alıcı da yüklendiği semeni ödemek borcu altına girer. Bir akit oluştuğu zaman her iki taraf da borçlarını yerine getirmek zorundadır. Taraflardan biri tek taraflı iradesiyle bu akdi, dolayısıyla yüklendiği edimi ifa etme borcunu ortadan kaldıramaz. Bu nedenle B' ye masayı kararlaş-

tırılan süre sonunda teslim etmeyen A, B' nin bundan dolayı uğradığı zararı tazmin zorundadır. Masayı teslim etmeyen A' ya B, alım-satım aktinden doğan *actio empti*'yi açarak tazminat talep edebilir. Burada B, A'ya karşı masayı isteme konusunda doğmuş olan nisbî hakkını kullanmaktadır.

2. A ile alım-satım akdini daha önce yapmış olduğu gerekçesiyle B, masayı C' den talep edebilir mi?

Hem Roma hukukunda hem de Türk hukukunda alım-satım akdi mülkiyeti geçirmez. Sadece malı devretme borcunu doğurur[29] yani sadece irade uyuşması ile satılan malın mülkiyeti alıcıya intikal etmez. Bunun için satılan malın teslimi daha doğrusu zilyetliğinin nakli gereklidir (TMK m. 763). Bu nedenle B, alım-satım akdini daha önce yapmıştır ama, ikinci alım-satım akdinden sonra masa A tarafından C' ye teslim edildiğinden masanın mülkiyetini C iktisap etmiştir. Dolayısıyla C ile B arasında hukukî ilişki bulunmadığı, alım-satım akdi sonunda B masanın mülkiyetini elde edemeyip sadece A'ya karşı masanın teslimini isteme konusunda nisbî hak elde ettiği için C'den masayı bir aynî dava olan istihkak davası *(rei vindicatio)* ile isteyemez.

Bir diğer örneği kira akdinden verelim:

A, atını 6 ay süre ile su taşımak üzere komşusu B' ye 100.000.000 lira karşılığında kiraya vermiştir. 15 gün sonra C bu atı satın almak için 750.000.000 lira teklif edince A bu teklifi kabul eder. B ile aralarındaki anlaşmaya göre hafta sonlarında at A'nın ahırında kaldığından C ile yaptığı mülkiyeti nakil muamelesi olan *mancipatio* ile atın mülkiyetini C'ye devreder. Ancak C bir yolculuğa çıkacağından atı A'dan almaz, B kira akdine uygun olarak atı kullanmaya devam eder. Yolculuktan dönen C atı B'den isteyebilir mi? Veya B bu atı 6 ay için A'dan kiralamış olduğunu C' ye ileri sürebilir mi?

Burada yine aynî hak sahibi ile nisbî hak sahibinin karşılaşması söz konusudur. A ile B arasındaki kira akdi *(locatio conductio rei)* yapılmıştır. Bu sözleşme gereği A, altı ay süreyle atın kullanılmasını ve atın hafta sonlarında kendi ahırında kalmasını sağlamak, B'de kararlaştırılan kira ücretini ödemek borcu altına girmiştir. Bu sözleşmeden taraflar için aynı zamanda nisbî haklar doğar; A'nın B'den - sözleşme yapılırken kararlaştırıldığı gibi-kira ücretinin ödenmesini istemek hu-

[29] Akitlere sadece borçlandırıcı etki tanımak devletin hukuk politikasına göre değişen bir tercih meselesidir. Mesela Fransız Medeni Kanunu, tabii hukukun tesiriyle mülkiyetin sadece alım-satım akdi (sadece irade uyuşması) ile geçmesini kabul etmiştir. C. 2,3,20'de mülkiyetin sadece anlaşmalarla *(pacta)* geçmeyeceği açık olarak ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Honsell, s. 53-54.

susunda nisbî hakkı mevcuttur. B ise A'ya karşı atı 6 ay süreyle kullanmak ve bu atın hafta sonlarını A'nın ahırında geçirmesini istemek konusunda nisbî hakka sahiptir.

Yapılan kira akdinden sonra A'nın 15 gün sonra atı C'ye satıp devretmesi mümkündür, çünkü at üzerinde A'nın mülkiyet hakkı vardır ve bu hakkın kendisine verdiği tasarruf yetkisine dayanarak atı C'ye satıp mülkiyetini devredebilir. Artık mülkiyet C'ye geçmiştir, C mülkiyet hakkını B de dahil olmak üzere, ilgili herkese karşı ileri sürülebilir. Başka bir deyişle C'nin mülkiyet hakkı B'nin şahsî hakkından daha üstündür, atı mülkiyeti koruyan dava olan istihkak davasıyla B' den alabilir[30]. B, A ile yapmış olduğu kira akdini C'ye karşı ileri süremez. Bu kira akdini sadece A ile yapmıştır, C bu kira akdinin tarafı olmadığından kira akdinden doğan nisbî hakkın C'nin mülkiyet hakkını engelleyecek bir değeri yoktur (bkz. TBK m.310, önceki TBK m.254); B bu nisbi hakkını sadece A' ya karşı ileri sürebilir ve yaptıkları kira akdi gereği atı 6 ay kullanamadığı gerekçesiyle bu yüzden uğradığı bütün zararları kira akdinin davası olan *actio conducti* ile ister. C'nin atı almak için B'ye açtığı dava bir *rei vindicatio* (istihkak davası) bir *actio in rem* (aynî hak davası) olduğu halde B'nin akde aykırılıktan dolayı A'ya açtığı *actio conducti* bir şahsî davadır *(actio in personam).*

Sonuç olarak aynî haklarla nisbî haklar arasındaki farklar şöyle özetlenebilir:

a) Aynî haklar kanunla, hukuk düzeni tarafından tayin edilmiştir, sayılmıştır. Fertler hukuk düzeni tarafından öngörülmemiş bir aynî hak tipi belirleyemezler. Nisbî haklar ise hukuk düzeninin öngördüklerinden ibaret değildir. Fertler hukuk düzeninde mevcut akit serbestisi çerçevesi içinde yeni nisbî haklar oluşturabilirler. Ancak akit serbestisi modern hukuklarda görülen bir özelliktir. Roma hukukunda akitler hususunda tipe bağlılık prensibi hâkim olduğundan kişiler bu tiplere uygun nisbî haklar ve borçlar meydana getirebilirler.

b) Aynî haklar daha geniş olarak mutlak haklar, herkese karşı ileri sürülebilirler. Nisbî haklar ise yalnız belli bir borçluya karşı ileri sürülebilir.

c) Mutlak haklar herkes tarafından ihlâl edilebilir, nisbî hakların ihlali ise ancak borçlusu tarafından mümkündür.

d) Aynî hakların ihlâlinde, *actio in rem,* şahsî hakların ihlâlinde, *actio in personam* açılır.

---

[30] D. 19, 2, 25. 1'de Gaius, arazi kirasından hareketle kiracının nisbî hakkını kullanmaya devam etmesi için eski malik ile yeni malikin anlaşmasını tavsiye etmektedir.

II. HAKLARIN KAZANILMASI (İKTİSABI) VE KAYBI

Hukuk düzenlemesi tarafından fertlere tanınmış olan menfaatler, şeklinde tanımlanabilecek olan haklar statik bir durum göstermezler. Bir kişinin sahibi olduğu hakların çevresi hareket halindedir, zaman zaman değişikliğe uğrar. Kişiler bir taraftan haklar elde ederken, diğer taraftan da bazı haklarını kaybederler.

Bir hakkın belli bir kişiye bağlanmasına hakkın kazanılması veya hakkın iktisabı denir. Buna karşılık hak o zamana kadar ait olduğu kişiden ayrılırsa bunun anlamı hakkın kaybedildiğidir.

Hakların iktisabı aslen veya devren olur. Aslen iktisapta o ana kadar, herhangi bir hakka konu olmamış mal dolayısıyla, bu malın üzerindeki hak elde edilmektedir. Sahipsiz malların *(res nullius)* iktisabı aslen olur. Başka bir hak sahibi ile aralarında hukukî bir ilişki gerçekleşmemiştir. Buna menkullerde ihraz, gayrimenkullerde ise işgal denir. Denizden balıkları tutan bunları aslen iktisap etmiştir, çünkü o zamana kadar balıklar sahipsiz mal konumundaydı. Balıklar üzerindeki mülkiyet hakkı ilk defa tutanın şahsında doğmaktadır.

Devren iktisapta ise; bir hak devir işlemi ile önceden ait olduğu kişiden, başka bir kişiye geçmektedir. Bu geçiş çok defa hukukî muamelelerle gerçekleşir. Balıkları denizden tutmuş olan bir kimse bu balıkları parası karşılığında veya herhangi bir karşılık almadan başkasına devrederse, devren iktisap söz konusu olur. Balıkları devralan kişi o zamana kadar balıklar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişiye halef *(successor)* olmaktadır. Aslında Roma'da bir hakkın aynî içerikle birinden diğerine geçeceği ilerlemiş devirlerde kabul edilmiştir. Önceleri malın sahip değiştirdiği görüşü hâkimdi. Başka bir deyişle, malın o ana kadar sahibi olan kişi malı yeni sahibine terkeder, bu kişi de mal üzerinde hakkını elde ederdi. Klasik devirden itibaren mesela mülkiyet hakkının devredildiği veya geçtiğinden *(dominium transferre, dominium transire)* bahsedilmektedir (D. 18,1,80,3; D. 1,19,1,1).

Devren iktisapta hakkın iktisabı, devredenin hak durumuna bağlıdır. Başka bir deyişle Roma hukukunda devreden, devrettiği hakka sahip değil ise, hak devralana geçmez. Romalılar bunu «*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*» (hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez) şeklinde ifade etmişlerdir. Bu önemli kuralın uygulamaları üzerinde durulacaktır. D. 50,17,54'te Ulpianus tarafından açıklanan bu kaideye göre malik ol-

mayandan hak iktisabı mümkün değildir[31]. Bu kuralın nasıl uygulanacağını bir örnekle açıklarsak: A masasını tamir için B'ye vermiştir. B masayı tamir ettikten sonra müşteri C'ye satıp teslim etmiştir. Roma hukukuna göre C'nin bu masanın mülkiyetini devren iktisap etmesi mümkün değildir[32], çünkü B masayı sadece tamir amacıyla elinde bulundurmaktadır, masanın maliki olmadığından masayı teslim alan C bu masa üzerindeki mülkiyet hakkını iktisap edemez. C'nin iyi niyetli olması, yani masanın B'ye ait olduğunu zannetmesi bu sonucu değiştirmez. Ancak diğer şartlar da varsa, C bu masanın mülkiyetini zamanaşımıyla iktisap *(usucapio)* suretiyle elde edebilir. Roma hukukunda malın maliki ile iyi niyetli zilyedin menfaati söz konusu olduğunda malın maliki himaye edilmiş, iyi niyetli kişi için devren değil ama, bir aslen iktisap yolu olan zamanaşımı ile iktisap imkanı açık tutulmuştur. Buna karşılık Türk hukukunda malik - iyi niyetli müktesip ikileminde, iyi niyete prim verilerek malı aldığı kişinin hakkına güvenerek bir menkulün zilyetliğini devralan kişinin hakkı da kazanacağı kabul edilmiştir (TMK m. 988). Bunun iyi niyet yanında diğer bir şartı malın malikinin elinden rızası hilafına çıkmamış olmasıdır. Kaybedilmiş ve çalınmış mallar iyi niyetli kişiler tarafından da iktisap edilemezler.

Devren iktisap diğer adıyla halefiyet yoluyla iktisap kendi içinde ikiye ayrılmaktadır: Cüz'î halefiyet ve küllî halefiyet. Her hakkın hukuk düzenince şart koşulmuş şekilde, bir kimseden diğerine geçişine cüz'î intikal *(successio in singulas res)* adı verilir. Satılmış atı *mancipatio* (klasik devride) veya *traditio* ile nakletmek, at üzerindeki mülkiyet hakkının cüz'î intikal yoluyla devridir. Eğer bir malvarlığı tüm aktifi ve pasifiyle birlikte herhangi bir kimseden diğerine geçiyorsa küllî intikalden *(successio per universitatem)* söz edilir. Bunun en önemli örneği mirasın intikalidir. Mirasçılar murislerinin ölümü ile herhangi bir muameleye lüzum kalmadan terekenin mülkiyetini elde ederler. Bu terekenin içinde araziler, menkuller ve haklar varsa bunlar için tek tek muamele yapılması gerekli değildir (D. 50,16,24; TMK m. 599). Roma'da diğer küllî halefiyet halleri *adrogatio* (evlât edinme), *bonorum venditio*'dur[33].

---

31 Aynı kural «*nemo dat quod non habet*» (hiç kimse sahip olmadığı bir şeyi veremez) şeklinde de ifade edilmektedir. Bu kural ile ilgili diğer metin D. 50,17,177 pr.

32 Aynı prensip rehin hakkı yönünden de ifade edilmiştir. Alacaklının rehin hakkına sahip olabilmesi için rehinli malın rehin gösterenin malvarlığında bulunması gerekir. D. 20,1,3'e istinaden bu kural «*non plus habere creditor potest quam habet, qui pignus debit*» (alacaklı rehin verenden fazlasına sahip olamaz) şeklinde ifade edilmektedir.

33 *Adrogatio* bir *sui iuris*'in diğer bir *sui iuris* erkek tarafından evlât edinilmesine denir. Bu durumda evlât edinilenin tüm malvarlığı evlât edenin malvarlığına katılırdı. *Bonorum venditio*, bir alıcının

Bir hakkın hak sahibinden ayrılmasına "Hakkın Kaybı" denir. Eğer hak, başka bir kimseye intikal etmeden ortadan kalmış ise, o zaman hak "sona" ererek kaybedilmiş olur. Meselâ kullanmakla tüketilen veya eskiyerek yok olan bir mal üzerindeki mülkiyet hakkı, mülkiyet konusu mal ortadan kalktığı için, kaybedilmiştir.

Hakların kazanılma ve kaybında zaman kavramı hukuk düzenlemesinde önemli sonuçlar yaratır. Meselâ; zamanın geçmesi ile ve başka şartların birleşmesi ile, bir kimse bir mala mâlik olabilir. Bir hakkını, belirli süre boyunca kullanmayan kimse o hakkını kaybedebilir. Fiil ehliyeti belirli bir zaman sonunda kazanılır[34].

§ 7. Hak Ehliyeti

Hak ehliyeti hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetini ifade eder. TMK m. 8'e göre, «her insanın hak ehliyeti vardır». Bu maddede hak ehliyeti, kanunun ifadesiyle medeni haklardan istifade ehliyeti düzenlenmekte ve kişilerin haklara ve borçlara sahip olan varlıklar olduğu belirtilmektedir. Başka bir deyişle hukuk düzeni tarafından kendilerine hak sahibi olabilme ehliyeti tanınmış kimselere kişi (şahıs) denmektedir.

Hangi varlıkların kişi olarak kabul edileceği her hukuk düzeni tarafından o devletteki hukuk politikasına bağlı olarak belirlenir. Bugün hukuk sistemlerinde genellikle kişiler gerçek ve tüzel kişiler şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırım XIX. yüzyıldaki Pandekt hukuk ilminin teorisini aksettirir. Günümüzde artık insanların gerçek kişiler olarak hak ehliyetine sahip olduğu kabul edildiği halde Roma'da böyle değildi. Hak ehliyetine sahip olmak için insan olmak yeterli değildi. Köleler insan olmalarına rağmen günümüzdeki anlayışla kişi sayılmazlardı. Romalılar kişi kelimesinin karşılığı olarak hukuk hayatında rolü olan kimse[35] anlamına gelen *persona* terimini kullanırlardı. Romalıların bütün hukukun insanlar için oluşturulduğu (D. 1,5,2: *hominum causa omne ius constitutum est)* fikrinden hareketle, ancak insanların hak sahibi olabileceğini kabul ettikleri ileri sürülebilir. Ancak bugün kişiliğin

borçlunun alacaklarına alacaklarını en yüksek oranda ödemeyi teklif ederek borçlunun malvarlığını satın alması ve borçluya külli halef olmasıdır. Umur, Ders Notları, s. 182-184.

34 Umur, Ders Notları, s. 184.

35 Roma'da tiyatro oyuncularının oyun sırasında taktıkları maskelere *persona* denmektedir. Heumann-Seckel, s. 425. Gaius köleleri de *persona* başlığı altında tetkik etmektedir (Gai. 1,9) halbuki köleler esas itibariyle hakkın konusudur. Fakat kölelerin insan olma vasfı Romalıların dikkatinden kaçmamış, onların da hukuk hayatında faaliyet gösterebileceği kabul edilmiştir.

ayrılmaz bir sonucu olan hak ehliyetine sahip olmak için *persona* olmak yetmezdi, bunun yanında belli *status*'lara sahip olmak gerekiyordu. Bir kimsenin hukuk düzeni içindeki yerini belirleyen *status*'lar üç taneydi (D. 4,5,11): *status libertatis* (hürriyet durumu), *status civitatis* (vatandaşlık durumu) ve *status familiae* (aile durumu). Kişinin durumu *(status hominum)* bu *status*'lara göre belirlenirdi. *Status* bir kimsenin hangi ölçüde hak ehliyetine sahip olduğunu gösterirdi.

I. STATUS LIBERTATIS

İleri bir zihniyetteki modern insanlar, haklı olarak kölelik kavramını yadırgamaktadır. İlkçağda ise, çok ilkel ve göçebe kavimler dışında, kölesiz bir toplum düşünülmüyordu. Her kavmin kendi hukuku (ius civilis'i) içinde köle, bir hiç sayılıyordu. Fakat tabiî hukuka (ius naturale) göre, bütün insanlar eşit sayıldığından, ahlâkçılar (Seneca gibi) kölelerin durumundan yakınırlardı. Ancak köleliğin kaldırılmasını düşünebilen yoktu. Ne Eflâtun'un (Platon) Cumhuriyet'inde, ne de dinlerde kölelik yasak edilmemişti.

Bu durum XIX. yüzyıla kadar devam etti. 1833'de İngiliz, 1848'de Fransız sömürgelerinde yasak edilen kölelik, 1865 senesinde Amerika Birleşik Devletlerinde ve ondan birkaç yıl önce de Osmanlı İmparatorluğunda yasak edildi. Fakat kalıntıları bir süre daha devam etti[36].

İnsanlar *ius gentium*'a göre iki büyük gruba ayrılırlardı: Hürler *(liberi)* ve köleler *(servi)*. Hürler kendi içinde hür doğanlar *(ingenui)* ve azatlılar *(libertini)* olmak üzere iki kategori oluştururlardı. (Gai. 1,9-11.)

Roma anlayışına göre hak ehliyetine tamamıyla hürler sahipti. Hürlerin içinde bulunabilecekleri iki kategoriden biri olan azatlılık durumunda bazı kısıtlamalar göze çarpmaktadır. Yani hür doğanlar *(ingenui)* ile hürriyetlerini sonradan kazanan azatlılar *(libertini)* arasında bazı farklar gözetilmekteydi. Mesela azatlıların *magistra* seçilme hakları yoktu, seçme hakları da tahdit edilmişti.

Roma hukukuna göre, hür bir anadan doğan çocuk hürdür. Ana köle ise, baba hür olsa bile doğan çocuk köle olurdu. Milattan sonra kabul edilmiş olan hürriyet imtiyazı *(favor libertatis)* hamilelik sırasında bir an için hür olan köle annenin çocuğunun hür doğacağı prensibini getirmişti (D. 1,5,5,2).

---

[36] Umur, Ders Notları, s. 157.

1) Kölelik (servitus)

Eski çağların dünyasında hukuk Roma dışında da hür insanların oluşturduğu topluluğun düzeni olarak görülür ve bu toplulukta kölelerin *status*'unun bulunmadığı kabul edilirdi. Köleliğin ülkesi yoktur. Evrensel bir kurum, farklı kıtalarda ve farklı hukuk sistemlerinde, farklı yüzyıllarda, hatta XX. yüzyıla kadar uygulanmıştır.

Iustinianus'un *Institutiones*'inde (I. 1,3 pr) şahısların hukukî durumuna ilişkin ana ayırımın bütün insanların hür veya köle olduğu şeklinde yapıldığı belirtildikten sonra,[37] köleliğin kavimler hukukunun (evrensel, yabancılar hukukunun), *(ius gentium)* bir düzenlemesi olduğu ve bunun gereği olarak bir kimsenin tabiata aykırı şekilde başka bir kimsenin hâkimiyeti altına konulduğu ifade edilmektedir (I. 1,3,2). Yine Iustinianus *Institutiones*'inde (I. 1,2,2) köleliğin tabiî hukuka aykırı olduğu söylendiği halde I. 1,3,3'te, D. 1,5, 4,1-2 ile bağlantılı olarak komutanların savaş esirlerini öldürmek yerine satmayı emrettikleri, köleliğin bütün kavimlerde görüldüğü, başka bir deyişle *ius gentium* (evrensel hukuk) müessesesi olduğu vurgulanmaktadır. Köleye latince *servus* denirdi. Çoğul olarak *mancipia* kelimesi de kullanılmaktaydı. I. 1,3,3'te kölelere *mancipia* denildiğini, çünkü bunların düşmandan elle yakalandığını belirtmektedir[38]. Aynı ifade D. 1,5,4,3'te de mevcuttur.

Kölelerin Roma toplumu içindeki yeri devirlere göre büyük değişiklikler göstermiştir. Roma'nın küçük bir şehir devleti olduğu ve kapalı bir aile ekonomisinin hâkim olduğu ilk zamanlarda kölelerin sayısı azdı. Bunlar, Romalılarla aynı soydan olan ve harpte esir düşmüş kişilerdi. Köle sahibi olmak zenginliği ifade ederdi. Bu ilk devirlerdeki köleler bir aile evlâdından farklı muamele görmez, aile evlâtları gibi bir *alieni iuris* olarak Roma ailesinin sofrasına ve dini merasimlerine katılırlardı. Kölelere dini inanç, ahlâk anlayışı ve emeklerine ihtiyaç duyulması sebebiyle iyi davranılırdı. Romalıların ahlakî yaşayışını denetleyen *censor*'lar bu hususu kontrol ederlerdi. Roma, bir ticaret ülkesi olduktan sonra iki tür köle meydana geldi. M.Ö. III. yüzyıldan itibaren Roma'nın yaptığı ve zaferle bitirdiği savaşlardan sonra Roma'ya kitleler halinde köle akmaya başladı. Bu kölelerin çoğunluğunu, kökeni tamamen farklı, kültür düzeyi bakımından Romalılardan aşağı olan insanlar teşkil ediyordu. Bu büyük sayı kölelerin durumunun kö-

---

37 Gaius da bu ayırımı kullanmaktadır (Gai. 1, 9). Hukukçu Florentinus D. 1, 5, 4 pr'da özgürlüğün güç veya hukuk tarafından engellenmedikçe bir kimsenin her istediğini yapmasını sağlayan tabii bir imkân olduğunu belirtmektedir. (Aynı görüş, I. 1, 3, 1'de de ifade edilmektedir).

38 *Homo, puer, ancilla* (kadın köle) kelimeleri de köleyi belirtmek üzere kullanılırdı. bkz. Heumann-Seckel ve Umur, Lügat anılan terimler.

tüleşmesine sebep olduğu gibi, ekonomide de değişikliklere yol açtı. Yunanistan gibi kültür düzeyi yüksek yerlerden gelen köleler idareci, kâtip, muhasebeci, öğretmen, gemi kaptanı olabilir, kabiliyetli kölelere işletmeleri için sermaye *(peculium)* verilirken bu vasıfta olmayanlar *latifundium* denilen büyük arazilerde, maden ocaklarında ve gemilerde çok kötü şartlar altında efendilerinden uzak çalışır ve yaşarlardı. Cumhuriyetin sonlarına doğru ahlâki görüşlerdeki olumsuz değişiklikler kölelere yapılan kötü muamelenin diğer bir nedeniydi. Genellikle, kölelerin durumundan söz edilirken, dikkate alınanlar bu sonuncular-dır. Zaman zaman bu konuda kanunlar çıkarılıyordu. Mesela M.S. I. yüzyılda çıkarılan *lex Petronia* ile mâliklerin *magistra*'dan izin almadan kölelerini hayvanlarla dövüştürmeleri yasak edilmişti. Yine I. ve II. yüzyıllarda kölelerin sık sık isyan çıkardıkları görülmektedir. İmparatorluk döneminden itibaren Yunan felsefesinin tesiriyle, insanî düşüncelerle efendilerin bazı aşırılıklarına set çekme çabaları görülmeye başlanmıştı. Kölelere kötü muamele edilmesi hakkın kötüye kullanılması olarak düşünülüyordu (Gai. 1,53). Kölelere yapılan kötü muamelelerde dolayı kamu düzenini ve toplum ahlâkının bozulacağı ileri sürülmeye başlanmıştı.

Köle, hür insanların hizmetinde mal gibi kullanılan bir insan olarak kabul edilirdi. Ancak mal mı yoksa insan mı olduğu bazen ayırt edilemezdi. Aslında bu kurum kökeninde toplumlardaki makine eksikliğini gidermiş, sonraları bazı kişiler için kazanç kaynağı olmuş, hukuk düzenlemesinin engelleyemediği bir olay haline gelmiştir.

İmparator Augustus ile başlayan *Pax Romana*'da savaşlar pek görülmediğinden harp esirleri sayısı giderek azalmıştır. Son imparatorluk devrinde ise azalma davam etmekte ve kötüleşen ekonomik durum yüzünden kölelerine bakamayan efendilerin azat etme yoluna gittikleri görülmekteydi. Hıristiyanlığın devletin resmî dini haline gelmesinden sonra kölelerin durumunda nisbî bir düzelme olmakla beraber, köleliğin tamamen ortadan kaldırılması eğilimi ortaya çıkmış değildir[39].

2) Köleliğin Sebepleri

– Doğum Yoluyla Kölelik:

Köle kadının doğurduğu çocuk köle olur ve ananın sahibinin malı haline gelirdi. Babanın hür veya köle olması durumu değiştirmezdi. (Hürriyet imtiyazı *(favor libertatis)* için yukarıda *status libertatis* bahsine bakınız).

---

[39] Kölelik için bkz. Umur, Ders Notları s. 154; Kaser, s. 283; Kunkel, s. 18, 48, 49 dipnot 4.

– Savaş Esareti *(captivitas):*

O zamanın dünyasında bütün devletlerde görülen bir durum olan köleliğin temel sebebi, savaş sırasında düşmanın ele geçirilmesidir. Zaten eskiçağ savaşlarında savaş esiri kavramı bilinmiyordu[40]. Düşmanın hukuku yoktur, öldürülmesi mümkündür. *Ius gentium*'a göre savaş esirlerinin köle statüsüne geçmesi mümkündü. Bu yüzden devlet adına köle olarak satılması ve iş gücünden faydalanılması tercih edilmekteydi[41].

Ius gentium'un (evrensel hukukun) gereği olarak Romalılar özgürlüğün kaybı ile neticelenen savaş esaretinden kendileri için de neticeler çıkarmışlardır: Düşmana esir düştüğü için köle haline gelen Romalının hakları askıya alınırdı. Bu Romalı esaretten kurtularak Roma'ya veya Roma'ya dost olan bir ülkeye dönebilirse eski haklarını tekrar elde ederdi. Buna *ius postliminii* (Gai, 1,129) denir ve Romalının haklarını geçmişe etkili olarak elde etmesi anlamını taşırdı. Bu Romalı esarette ölecek olursa, esir düştüğü anda ölmüş farzedilerek *(fictio legis Corneliae)* hür bir kimse gibi mirası açılırdı ve varsa vasiyetnamesi de geçerli olurdu. (D. 49,15,18). Düşmanın nezdinde ölüm halinde çocukları onun esir düşmesi anında *sui iuris* olmuş kabul edilirdi[42].

– Köleliğe Götüren Diğer Haller:

Borcunu ödemediği için alacaklısının hâkimiyeti altına giren Romalı, eski devirlerde Roma'nın sınırını teşkil eden Tiber nehrinin öteki yakasında *(trans Tiberim)* köle olarak satılabilirdi.

Ölüme veya madenlerde çalışmaya mahkûm edilen hürriyetleriyle birlikte malvarlıklarını da kaybederler ve köle haline gelirlerdi. Bunlara, sahibi olmayan köleler *(servi sine domino)* veya *servi poenae* (ceza köleleri) denirdi. (D. 28,1,8,4). Bunlar azat edilemezdi.

Semeni paylaşmak amacıyla *(pretii participandi causa)* kendini köle gibi sattırdıktan sonra hür olduğunu tesbit ettirmek isteyenler de ceza olarak köle kalırlardı (D. 1,5,5,1). Böyle bir kimsenin 20 yaşından büyük olması gerekiyordu (I. 1,3,4).

---

40 Mouchette – Ladjili, s. 515.

41 Köle pazarlarında sadece harpte esir düşenler satılmıyordu. Akdeniz'de faaliyet gösteren korsanlar da bu pazarlara büyük miktarda köle getiriyordu. Bu faaliyet Ortaçağda da devam edecektir. Gai. I., 3,148'de köle alım satımı yapmak için ortaklık *(societas)* kurulabileceği belirtilmektedir.

42 Düşman esir düştükten sonra dönerek, Ius *postliminii*'den yararlanan Romalının mirasçı olma hakkı da geçmişe etkili olarak tanındığı halde, evlilik (D. 49, 15, 14, 1) ve zilyetlik (D. 41, 2, 23,1) hariç tutulmuştu. Apathy-Klingenberg-Stiegler, s 22.

52 yılında çıkartılan *Senatus Consultum Claudianum*'a göre klasik devirde efendisinin açık olarak yasaklamasına rağmen bir köle ile cinsi ilişkide bulunan Romalı hür kadın özgürlüğünü kaybediyor, ilişkide bulunduğu kölenin sahibinin malı oluyordu (Gai. 1,160).

3) Kölenin Hukukî Durumu

Köle hak ehliyeti olmayan esas itibariyle bir hakkın konusu olan varlıktı. Ancak kölenin insan olma vasfını da Romalılar gözden uzak tutmamışlardır. Köle aynı zamanda *res* ve *persona*'dır. Gaius, kölenin hukukî durumunu insanlara özgü hukuk olarak da tercüme edilebilecek olan *ius quod ad personas pertinet* adlı bölümde incelemiştir[43]. Terkedilen kölenin *(servus derelictus)* hukukî durumunda değişiklik olmaz, yani hürriyetini kazanamazdı. Böyle bir köleyi malik olma iradesiyle zilyetliğine geçiren kimse diğer mallarda olduğu gibi ihraz yoluyla kölenin mülkiyetini elde ederdi.

Bir köle efendisinin izni ile hukukî niteliği olmayan, fakat fiili neticeleri olan bir evlilik birliği içinde yaşayabilirdi. Köleler (veya bir köle ile bir hür) arasındaki bu evliliğe *contubernium* denir, aile ve akrabalık gibi hukukî neticeleri olmayan fiili bir birleşme olarak görülürdü. Azat edilme bile bu durumu değiştirmezdi.

Persona alieni iuris (başkasının hukukuna tâbi) kategorisinde mütalaa edilebilecek olan kölenin *ius civile* nazarında bir hiç olduğu, fakat tabii hukuk gereği bütün insanların eşit durumda bulunduğu ifade edilmiştir (D. 50,17,32). Bu nedenle köleler *ius civile*'ye göre ne alacaklı ne borçlu, ne malik, ne davalı, ne davacı olabilirdi (D. 50,17,22 pr; D. 28,1,20,7). Ancak tabiat icabı faaliyette bulunabilen bir varlıktı, insan olma niteliğiyle hukuk hayatında neticeler doğuran faaliyetlerde bulunabileceği kabul edilmişti. Kölelerin de hürler için gerekli şartlara sahip olmaları kaydıyla fiil ehliyeti bulunur, efendisi için bir iktisap organı olarak faaliyet gösterirdi (Gai. 1,52). Bunun için efendilerin bilgisi olması gerekli değildi.

Hak ehliyeti olamadığı için malvarlığı da bulunmayan[44] kölelere (D. 50,16,182) aile evlâtlarına verildiği gibi bir *peculium* tahsis edebilirdi (Gai. 4, 73; D. 15,1,5,4). Hukuken efendiye, fiilen ise köleye ait olan bu sermaye *(peculium)* çerçevesinde köle sınırlı bir bağımsızlık kazanır, geçimini bu *peculium*'dan sağlar, çok defa efendisi teşvik amacıyla köleyi *peculium*'un işletilmesinden doğan kazanca ortak

---

[43] Karadeniz-Çelebican s. 126; Kaser, s. 285; Apathy-Klingenberg,-Stiegler, s. 15.

[44] D. 4,5.3,1: ... *servile caput nullum ius habet*.... kölenin hiçbir hakkı yoktur...

ederdi. Ahlak kuralları haklı bir sebep olmadan *peculium*'un geri alınmasını reddederdi. Azat edilen köleye çok defa *peculium*'u bırakılırdı veya köle *peculium*'u işleterek hürriyetini efendisinden âdeta satın alırdı (D. 40,1,6). *Peculium* çerçevesinde yapılan hukukî muamelelerden dolayı efendiye karşı munzam (ilâve) davalar açılabilirdi. Köle yaptığı hukukî işlemler dolayısıyla *ius civile*'ye göre borç altına girmezdi. Kölelerin borçları tabii borç kabul edilirdi. Azat edildikten sonra bile köleye borçları için dava açılamazdı.

Efendisi izin vermişse veya *peculium* ile ilgili olsa bile köle mülkiyetin nakli muamelelerinden kural olarak ancak şekilsiz olanı, yani *traditio*'yu kullanabilirdi.

Köleler *noxa* adı verilen haksız fiillerinden bizzat sorumludur. Fakat hâkimiyeti altına bulunduğu Romalı efendiye karşı cezayı gerektiren bir haksız fiilden dolayı *actio noxalis* açılabilirdi. Bu durumda efendi köleyi ya zarar görene teslim eder ya da fiili bizzat işlemiş gibi cezayı öderdi. Köle azat edilmişse, köle iken işlemiş olduğu haksız fiilden dolayı kendisine (azatlıya) bir dava açılırdı (Gai. 4,77). Kölenin efendisi değişirse, *actio noxalis* yeni efendiye yöneltilirdi. Bir kimsenin hür mü yoksa köle mi olduğu iddiası söz konusu olursa, bu kimse davaya bizzat taraf olarak katılamazdı, kendisi davanın konusu olduğundan davada adsertor *libertatis* denilen bir kimse tarafından temsil edilmesi gerekirdi. Iustinianus böyle bir kişinin kendi hukukî durumu için davada taraf olabileceğini kabul etmişti[45].

4) Köleliğin Sona Erme Sebepleri

Manumissio (azat etme)

Azat etmenin sebepleri: Kölenin efendisine olan bağlılığını ödüllendirmek, *peculium*'un işleterek kazanç elde ettiği için köleye özgürlüğünü vermek, nihayet efendinin azat etmeler yoluyla toplumda itibarını yükseltmektir.

Azat etmek muamelelerinin bazıları *ius civile*'ye göre bazıları ise *praetor* hukukuna *(ius honorarium)* göre netice doğuruyordu.

– *Manumissio vindicta* (değnekle azat etme) *in iure cessio* şeklinde *praetor* önünde yapılan azat etmedir. Kölenin sahibi, güvendiği bir kişi ve köle *praetor*'un önüne giderler. Güvenilen kişi davacı durumundadır ve *adsertor libertatis* (hürriyet savunucusu) sıfatıyla köleye

[45] Hausmaninger-Selb, s. 131-132; Umur, Ders Notları, s. 159-160. Mayer-Maly, s. 122, bir insan kişi olmayıp başkasının mülkiyetinde ise, ona köle dendiğini ifade etmektedir.

değnekle dokunarak hür olduğunu iddia eder, kölenin sahibi bunu kabul edince *magistra*'nın tasdiki ile köle hürriyetini elde eder. Iustinianus hukukunda efendinin azat etme iradesini tek taraflı olarak tutanağa geçmesiyle hürriyet kazanılıyordu.

– *Manumissio censu* (sayım sırasında azat etme) beş yılda bir yapılan nüfus sayımı sırasında efendisinin isteği ile *censor*'un elindeki vatandaşlar listesine adı yazılan köle özgürlüğüne kavuşuyordu.

– *Manumissio testamento* (vasiyetname ile azat etme), kölenin sahibi vasiyetnamede dile getirdiği iradesiyle köleye hürriyetini verirdi. Bu iki şekilde gerçekleşirdi; vasiyetnamede kullanılan ifadeye göre köle, sahibi ölür ölmez hürriyetini ya doğrudan hemen kazanır, ya da ölenin mirasçıları azat etme işlemini yaparlardı.

– *Manumissio in ecclesia* (kilisede azat etme); Hıristiyanlığın devlet dini olarak kabul edilmesiyle uygulamaya girmiştir. İmparator Constantinus'tan itibaren köle, kilisede rahip önünde hürriyetini elde ederdi.

Bütün bu muamelelerle azat etmelerde köle hürriyetini *ius civile*'ye göre kazanıyor, azatlı *(libertinus)* olarak Roma vatandaşı da oluyordu.

Praetor hukukuna göre yapılan azat etmeler ise Cumhuriyet devrinin sonlarında ortaya çıkmıştır. Kölenin Mâliki; dostları olan tanıklar önünde *(inter amicos)*, veya bir mektupla *(per epistulam)* veya köleyi masasına oturtmak *(per mensam)* suretiyle ona hürriyetini verme iradesini açıklardı (Gai, 1,41;Gai, 1,44). Bu usullerin *ius civile* bakımından geçerliliği yoktu, yani *ius civile*'ye göre kölelik devam ederdi. Fakat efendi sonradan o kimsenin köle olduğuna ilişkin bir dava *(vindicatio servitutem)* açmak isterse, *praetor* bu davayı engellemek suretiyle himaye sağlardı. *Praetor* hukukuna göre hürriyeti kazanmış olanlar Roma vatandaşı olamazlardı. Bu kimselerin hür gibi yaşadıkları, fakat köle olarak öldükleri ifade edilirdi. Ölünce mal varlıkları efendilerine kalırdı.

Iustinianus *ius civile*'ye ve *ius honorarium*'a göre gerçekleştirilen azat etmeler arasındaki farkı kaldırdı. Ancak azat etme iradesinin beş şahidin önünde açıklanmasını şart koştu.

Azat etmelerin temelinde insanî, ekonomik veya gösteriş gibi nedenler bulunmaktaydı. Bir mâlik, kendisine sadıkâne hizmet etmiş olan kölesine bu hizmetlerinin karşılığı olarak özgürlüğünü vermekteydi. *Peculium*'unu işleterek efendisine büyük kazanç temin etmiş

olan köle hürriyetini efendisinden âdeta satın alabiliyordu. Diğer taraftan zenginlerin gösteriş maksadıyla da, büyük sayılarda köleyi azat ettikleri görülmekteydi.

Augustus'un azat etmeleri tahdit eden ve şartlara bağlayan M.Ö.2 tarihli *lex Fufia Caninia* ve M.S. 4 tarihli *lex Aelia Sentia* adlı kanunlar Cumhuriyet devri sonlarına doğru azat edilen kölelerin sayısının çok artması sonunda Roma toplumuna yabancı unsurların karışmasını önlemek için çıkarılmıştı[46].

Köleliği sona erdiren diğer sebepler:

– Roma toplumuna büyük hizmeti geçen köleye devlet ödül olarak özgürlük tanıyabiliyordu.

– M.S. I. yüzyılda imparator Claudius, hastalığı veya ihtiyarlığı sebebiyle terk edilen kölelerin hür olacağını düzenledi.

– Uzun süreli zamanaşımı *(longi temporis praescriptio)* yoluyla hürriyetin kazanılacağı Diocletianus'un (M.S. 284-305) getirdiği bir düzenlemedir.

II. STATUS CIVITATIS

Vatandaşlık durumuna göre Roma vatandaşları *(cives Romani)* ve yabancılar *(peregrini)* ayırımı yapılmaktaydı. *Ius civile* kural olarak sadece Roma vatandaşlarına uygulanan hukuktu. Hürriyet ve vatandaşlık birbirine sıkı olarak bağlı iki *status* idi. Roma kanunları sadece Roma vatandaşları için çıkarılırdı. Vatandaşlığın verdiği seçme ve seçilme hakkı *(ius suffragii* ve *ius honorum) ius civile*'ye özgü hukukî muameleleri yapmak hakkı *(ius commercii),* evlenme hakkı *(ius conubii)* esas itibariyle sadece Romalıların imtiyazıydı. «Bir şehir hudutları içindeki müşterek hayatta teşkilatlanmış hukuken hür insanlardan kurulu devlet topluluğu» anlamındaki Roma *civitas*'ının üyeleri olan Roma vatandaşları hukuk düzeninin kendilerine tanıdığı haklara

---

[46] *Lex Fufia Caninia* azat edilecek kölelerin sayısını sınırlandırmıştı. Meselâ bir kimsenin 10 kölesi varsa vasiyetname ile bunun yarısından fazlasına özgürlüğünü veremiyordu. Azat edilecek köleler isimleriyle bildirilecekti. Bu sınırlamalara uyulmadığı takdirde azat etmeler geçersiz oluyordu. Bu kanun Iustinianus tarafından kaldırılmıştı.
Lex Aelia Sentia ile *manumissio*'yu yapanın en az 20, kölenin en az 30 yaşında olması gerekiyordu. Bundan başka, alacaklıların zararına köle azat etmeler yasaklanmıştı. Iustinianus bu son kuralı muhafaza etmiştir.
Azat etme konusunda bkz. Apathy-Klingenberg-Stiegler, s. 25-26; Umur, Ders Notları, s. 163; Mayer-Maly, s. 13. Kölelikle ilgili geniş bilgi için bkz. Schmidlin, s. 103 vd.

tam olarak sahiptiler. Kamu hukukunda ve özel hukukta hak ehliyetini haiz olmanın ikinci şartı Roma vatandaşlığı idi.

İlk zamanlar *hostis* (düşman) denilen Romalı olmayan kimselere sonradan yabancı *(peregrinus)* denmeye başlanmıştı[47]. Yabancılarla dostâne ilişkilerin gerekli ve yararlı olacağını düşünen Romalılar *peregrinus*'larla hukukî ve ekonomik ilişkilerini geliştirdiler, hatta M.Ö. 242 yılında Romalılar ile yabancılar farklı kavimlere mensup yabancılar arasında hukukî ilişkilere bakmak üzere yabancılar *praetor*' luğunu *(praetor peregrinus)* ihdas ettiler. Örf ve âdetler ve bu *praetor*'un faaliyetleriyle oluşan, *ius gentium* adı verilen hukuk kuralları çerçevesinde yabancılarla Romalılar arasındaki muamelelerin büyük boyutlara ulaştığı görülmektedir. *Peregrinus*'lar Roma devletinin sınırları içinde yaşayan yabancılardır. Yabancıların hak ehliyeti, kendi hukuklarına veya *ius gentium*'a göre belirlenirdi.

Roma Vatandaşlığının (Civitas Romana) Kazanılması

Ana ve babanın Romalı olduğu bir evlilikte doğan çocuklar Roma vatandaşı olurdu. Eğer evlilik *ius civile*'ye göre geçerli değilse, doğum anında ananın vatandaşlığına bakılırdı. Bir yabancı baba ile Romalı anadan doğan çocuğun önce Roma vatandaşı olduğu kabul ediliyordu. Ancak M.Ö. I. asırda çıkarılan bir yasa ile çocuğun daha ziyade babasına yakın olduğu görüşünden hareketle yabancı statüsüne girmesi öngörüldü.

Ius civile'ye giren azat etme şekilleriyle hürriyetini kazanan azatlı, Roma vatandaşı oluyordu,

Devlet yabancılara Roma vatandaşlığı tanıyabiliyordu. Roma devletine yararlı olmuş yabancı fertlere vatandaşlık tevcih edilebiliyordu. Bunun yanında toplu olarak vatandaşlık verildiği de görülüyordu. Nitekim M.Ö.I. yüzyılda tüm İtalya'ya Roma vatandaşlığı tanınmıştı. Caesar'dan itibaren arttığı görülen vatandaşlık tevcihi 212 yılında zirveye ulaşmıştı; bu tarihte İmparator Caracalla Roma İmparatorluğu sınırları içinde yaşayan herkesin bazı istisnalarla *Constitutio Antoniniana* adı verilen emirname ile Roma vatandaşı olduğunu ilan etmişti (D. 1,5,17,)[48].

---

47 Roma vatandaşları ile yabancılar arasında Latinler *(Latini)* yer almaktaydı. Romalılarla aynı soydan gelmeleri, aynı dili konuşmaları ve geleneklerinin benzerlik göstermesi yüzünden Latinler diğer yabancılara göre imtiyazlı konumdaydı. Latinlerin *commercium* hakkı vardı, yani Romalılara özgü muameleleri yapabilirlerdi, hattâ Roma'da oldukları sırada oy kullanabilirlerdi. Umur, Lügat, *latini veteres.*

48 Karadeniz-Çelebican, s. 150-151; Schwind, s. 150 vd.

Roma Vatandaşlığının Kaybı

Başka bir devletin vatandaşlığına geçme, özgürlüğün kaybı, Roma vatandaşlığını kaybettiriyordu.

Sürgüne gönderme, Roma sınırları dışına çıkarma hallerinde vatandaşlık ceza sonucu yitirilmiş oluyordu (Gai. 1,128)[49].

III. STATUS FAMILIAE

Özel hukuk yönünden hak ehliyeti için en önemli hukukî durum *status familiae* idi. Roma vatandaşlarının Kamu Hukuku karşısındaki pozisyonu aile durumundan etkilenmezdi.

Status familiae yönünden Romalılar *sui iuris* ve *alieni iuris* olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı. Gaius Gai. 1,48'de ve Iustinianus I. 1,8 pr'da Şahsın Hukukunun önemli ayırımını *persona sui iuris*'ler (kendi hukukuna sahip kişiler) ve *persona alieni iuris*'ler (başkasının hukukuna tâbi kişiler) olarak yapmaktadır.

Sui iuris'ler hiç kimsenin hâkimiyeti altında olmayan erkek ve kadınlardır. *Sui iuris* olmanın yaşla ilgisi yoktur. *Pater familias* öldüğü takdirde bir yaşındaki çocuğu bile *sui iuris* hale gelirdi. Sadece *sui iuris*'lerin hak ehliyeti mevcuttur, malvarlığı edinebilirler.

Alieni iuris'ler ise bir *pater familias*'ın hâkimiyeti altındaki kimselerdir. Bunlar erkek ve kız çocukları, karısı *(uxor in manu)* ve torunlarıdır. Köleleri de buraya dahil etmek mümkündür. *Alieni iuris* tabiri daha çok erkek çocuklar için kullanılırdı[50]. Aile evlâdı olmanın yaşla ilgisi yoktur. Elli yaşındaki romalının *pater familias*'ı yaşıyorsa o hâlâ *filius familias*'tır. Yani bir *aileni iuris*'tir. Bu Romalı *praetor* veya *consul* gibi büyük *magistra*'lıklara gelse bile, aile durumunda değişiklik olmaz, *alieni iuris* olarak kalır, bütün *alieni iuris*'ler gibi hak ehliyeti, kişisel malvarlığı bulunmazdı.

Ferdin hukuk düzeni karşısındaki yerini belirten *status*'lar sabit değildir, değişebilir. *Status*'daki değişikliklere *capitis deminutio* denilmektedir[51].

---

[49] Gai. 1, 90; D. 47, 11, 4. Kaser, s. 33; Schwarz, s. 227.

[50] Aile evladının gerekli şartlar mevcut ise seçme ve seçilme hakları tam olarak vardı. Evlenme hakkı *(ius conubii)* bakımından babasının iznine muhtaçtı. *Ius commercii* bulunmakla beraber, iktisap ettikleri *pater familas*'ın malvarlığına giriyordu.

[51] *Caput* kelimesinin sözlük anlamı baş demektir, ancak kişi anlamında da kullanılırdı. *Capitis deminutio* önceki *status*'un değişmesidir ve üç şekilde olur: *capitis deminutio maxima, capitis deminutio media ve capitis deminutio minima*'dır (I. 1,16 pr.; D. 4,5,1).

Hak Ehliyetinin Başlangıcı ve Sonu

Hür Romalı *sui iuris* ise hak ehliyetine sahiptir. Hür doğan, Romalı ve *sui iuris* olan aile babasının hak ehliyeti tam idi. Bugün olduğu gibi hak ehliyeti, kişinin üç *status*'a sahip olması şartıyla doğumla başlar, ölümle sona erer. Başka bir deyişle günümüz hukukunda herkes hak ehliyetine sahip olmakta eşittir. Roma Hukukunda ise hak ehliyetine sahip olmak için hürriyet, vatandaşlık ve aile *satus*'larına sahip olmak gerekir. Ama bu üç *status*'a sahip olduktan sonra, hak ehliyetinin başlaması ve sonra ermesi yönünden Türk hukuku ile Roma hukuku arasında pek fark yoktur.

Hak ehliyeti doğumun tamamlanmasıyla başlar. Çocuk sağ olarak doğmuş ise hukuk nazarında yeni bir *persona* ortaya çıkmıştır[52]. Ana karnından tam olarak ayrılmış çocuk kendi başına yaşama kabiliyetine sahip ise hak ehliyetini elde edebilir. Çocuğun çok kısa bir süre yaşamış olması bile haklardan istifade ehliyeti için yeterlidir[53].

Kişilik, hak ehliyeti doğumla başlar ama, ana rahmine düşmüş çocuğa (buna hukukta cenin denir) da bazı haklar tanınmıştır. Cenin ana rahminde olduğu sürece ananın bir parçası sayılırdı, ancak sağ ve tam doğması şartıyla ceninin bilhassa miras hakkı güvence altına alınabiliyordu. Bu çocuğun müstakbel, beklenen hakları için bir kayyım *(curator ventris)* tayin edilirdi[54]. Başka bir deyişle ana rahmine düşmüş, fakat henüz doğmamış olan çocuğun esas itibariyle hakkı olamazdı, fakat sağ ve tam doğmak kaydıyla bazı haklardan yararla-

---

Capitis deminutio maxima hürriyetin kaybını ifade eder. En ağır *status* kaybı olan bu durum bir Romalının harpte düşmana esir düşmesi veya Roma sınırları dışında köle olarak satılması halinde ortaya çıkar, bu durumda diğer iki *status* da kaybedilirdi. *Capitis deminutio media,* Roma vatandaşlığının kaybıdır. Mesela sürgün cezasına çarptırılma durumunda vatandaşlık yitirilir, hürriyet durumunda değişiklik olmazdı. *Capitis deminutio minima,* aile durumundaki değişikliktir. Mesela *emancipatio* ile hâkimiyetten çıkarılma böyle bir duruma örnektir. Roma anlayışına göre aile dışında yaşamak çok güçtür ve bir imtiyaz sayılmaz. Bu düşünceyle *patria potestas* altından çıkarılan çocuk *sui iuris* hale geldiği halde, bu durum bir *capitis deminutio minima* hali sayılmıştır. Evlenme ve evlat edinmede aile durumunda değişiklik olurdu. *Capitis deminutio* halleri için bkz Schwarz, s. 221 vd; Hausmaninger- Selb. S. 124.

52 D. 50, 16, 129 *Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellare potuerunt:* Ölü doğmuş olanlar ne doğmuş, ne de yaratılmış sayılırlar, çünkü bunlara hiçbir zaman çocuk denmesi mümkün değildir.

53 Doğan çocuğun insan görünümüne sahip olması, ucube yahut canavar görünümünde olmaması gerekiyordu. Böyle bir görünümde uğursuzluk işaretinin mevcut olduğu kabul ediliyordu (D. 1,5,14). Müşterek hukuktan itibaren bu görüş terkedilmiştir, hukukumuzda kişilik için böyle bir şart mevcut değildir.

54 D. 37, 9, 1, 17; TMK m. 427 bir terekedeki ölüme bağlı haklar henüz belirli değilse veya ceninin menfaati için lüzumlu görülürse, sulh mahkemesinin kayyım tayinine mecbur olduğunu düzenlemektedir.

nırdı. Roma hukukunun bu esaslarından (D. 1,5,7) müşterek hukukta *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* (menfaatleri söz konusu ise cenin doğmuş farzedilir) kuralı geliştirilmişti. Burada dikkat edilmesi gereken nokta kişiliğin ana rahmine düşmekle değil, doğumla başladığıdır. Çocuk sağ olarak dünyaya gelmediği takdirde bir şahıs ortada yoktur[55].

Babasının ölümünden sonra doğmuş olan çocuk *(postumus)* doğumla birlikte babasına mirasçı olur. Bu çocuk çok kısa bir süre yaşam belirtisi gösterdikten sonra ölürse artık babanın mirası değil ölen çocuğun mirası söz konusudur[56].

Kişilik ve buna bağlı olarak hak ehliyeti ölümle sona ererdi. Ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya kendisinden uzun zaman haber alınamaması sebebiyle gaiplik kararı verilmesi (TMK m. 32, 33, 34) ve ölüm karinesi (TMK m. 31) Roma hukukunda mevcut değildir[57]. Bir Romalı erkek harpte esir düşmüşse ve sağ mı yoksa ölü olduğu belli değilse, karısı ancak beş yıl geçtikten sonra yeniden evlenebilirlerdi (D. 24,2,6).

IV. HAK EHLİYETİNİ KISITLAYAN DİĞER HALLER

Roma hukukunda hak ehliyetinin *status libertatis* (hürriyet durumu), *status civitatis* (vatandaşlık durumu) ve *status familiae*'ye (aile durumu) göre belirlendiği anlatılmıştı. Bazı hallerde hak ehliyeti belli bir özellik dolayısıyla daralmaktadır:

Din

Çok tanrılı devirde dinin ferdin özel hukuktaki durumuna etkisi yoktu. Herkes birbirinin ilahına ve ibadetine saygı gösterirdi. Başka kavimlerin dinlerine de hoşgörüyle bakılırdı.

---

55 D. 1, 5, 7; TMK m. 28/II: «Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder».

56 Doğan çocuğun hürriyet, vatandaşlık ve aile *status*'ları bakımından durumu *ius civile*'ye göre geçerli evlilik varsa, ana rahmine düştüğü ana göre, *ius civile*'ye göre meşru olmayan evliliklerde ise doğum anına göre belirlenirdi (Gai. 1,89).

57 İlk defa Glossator'lar gaiplik halinde kaybolanın 100 yıl yaşayacağı karinesini getirmişlerdi. Bu karinenin aksi ispat edilebilirdi. Birden fazla kişi aynı anda ölmüşlerse ve kimin daha önce öldüğü tespit edilemiyorsa, ispat külfeti yerine getirilememiş olurdu (D. 35,5,8; TMK m. 29/I). Baba ve ergen oğul aynı olayda ölmüşlerse, ergen oğulun babasından sonra öldüğü kabul edilmişti (D. 34, 5, 9, 1; D. 34, 5 9, 4). TMK m. 29/II «Birden fazla kişiden hangisinin önce veya sonra öldüğü ispat edilemezse, hepsi aynı anda ölmüş sayılır» demektedir (birlikte ölüm karinesi). Hak ehliyetinin başlangıcı ve sonu için bkz. Hausmaninger-Selb, s. 125-126, Apathy-Klingenberg-Stiegler, s. 20-22.

Hıristiyanlığın yayılmaya başlamasıyla bu dini kabul edenlerin Romalılar tarafından takip edildikleri ve cezalandırıldıkları görülmektedir. Bunun sebebi hıristiyanların Roma devletini ve kanunlarını küçümsemeleri, vergi vermek, askerlik yapmak gibi bir devletin ayakta kalması için en gerekli görevleri yapmaktan kaçınmalarıdır.

Hıristiyanlık IV. yüzyılda devletin resmi dini haline geldikten sonra bu defa hıristiyanların diğer dinlere karşı müsamahasız davrandığı görülmektedir. Bilhassa yahudilere ve putperestlere kısıtlamalar getirilmişti. Bunlar daha ziyade evlilik ve Miras Hukuku alanlarındadır. Yahudiler hıristiyanlarla evlenemez, hıristiyan köleye sahip olamazdı.

Şerefsizlik *(infamia)*

Bir kimsenin şerefi toplum içindeki saygınlığı *(existimatio*; D. 50, 13,51) ile ilgilidir. *Capitis deminutio maxima* olan özgürlüğün kaybedilmesinde ve vatandaşlığın kaybedilmesi demek olan *capitis deminutio media*'da şeref ve haysiyet mutlak olarak yitirilirdi. Buna karşılık bazı durumlarda *status*'larda bir değişiklik olmamasına rağmen bazı davranışlar şerefin azalması durumunu doğurarak hukuk hayatında o kişi için bazı olumsuz neticeler meydana getirirdi.

Censor nüfus kayıtlarını düzenlerken bir vatandaşın isminin yanına şerefsiz olduğuna dair işaret koyardı.

Korkaklık sebebiyle ordudan atılma, aynı anda iki kişiyle evli olma ile bazı mesleklerin icra edilmesi halinde (aktörlük, hayvanlarla dövüşme, fuhuş için aracılık etme gibi) kişinin toplum içindeki yeri sarsılmış olur, şeref ve haysiyeti azalırdı.

Şerefsizlik durumuna düşme, açılan bazı davalarda mahkûmiyetin neticesi olarak da ortaya çıkabilirdi. Hırsızlık, yağmacılık, şahsiyete hakaret gibi haksız fiillerden veya vekâlet ve vedia gibi güvene dayalı akitlerden dolayı açılan davalarda mahkûm olanlar *infamis* hale gelirdi. Gai. 4,182 sadece yukarıda anılan haksız fiillerden mahkûm edilenlerin değil, para karşılığı davadan vazgeçenlerin de *infamis* olduğu belirtilmektedir[58].

Şerefsizlik devlet görevlerine gelme hakkının kaybı sonucunu doğurduğu gibi *infamis* hale gelenler dava açamaz, başkasını mahkemede temsil edemez ve şahitlik yapamazlardı, D. 27,3,13.

---

[58] Dikkat edilmesi gereken nokta kişilerin şerefsizliğe mahkûm edilmediği, ancak bu davaları kaybettikleri zaman hukuk gereği *(ipso iure)*, kendiliğinden şerefsiz hale düştükleridir. Böyle şerefsizlikle neticelenen davalara *actiones famosae* denmektedir.

Azatlılık Durumu *(libertus)*

Köle durumundayken efendileri tarafından gerekli muamelelerle özgürlükleri verilenler azatlı *(libertinus)* sıfatını alırlardı. Hürriyetlerini elde etmelerine rağmen daha önce köle olmaları sonraki hayatlarını da olumsuz etkilerdi. Bu nedenle hem siyasi hem de özel hukuk yönünden bazı hakları kısıtlanmakta veya mükellefiyet altına girmekteydiler.

Seçilme hakları *(ius honorum)* hakları yoktu, seçme haklarını *(ius suffragii)* ise kısıtlı olarak kullanabilirlerdi.

Özel hukuk yönünden azatlılar eski efendilerine bağımlılıktan kurtulamazlardı. *Patronus* denilen bu eski efendiye saygı göstermek ve *stipulatio* ile yüklendiği hizmetlerde bulunmak zorundaydı. Eski efendisi zaruret haline düşerse onun geçimine yardım etmek mecburiyetindeydiler.

Azatlıyı korumak ve kollamak yükümlülüğü altında olan *patronus*'un azatlının malvarlığı üzerinde kanuni miras hakkı bulunduğu gibi vasi olmak yetkisi de mevcuttu.

Bir azatlı ancak imparatorun kararı ile hür doğmuş bir Romalı yani *ingenuus*'un durumunu kazanabilirdi *(naturalium restitutio,* D. 2,4,10,3)[59].

Sınıflar

Roma'nın ilk devirlerinde *patricii-Pleb* mücadelesinin hüküm sürdüğünü, hatta 12 Levha Kanunu'nun bu mücadelenin ürünü olduğunu *Pleb*'in *patricius*'lara özgü bazı hakları bu mücadele sonunda, fakat yavaş yavaş kazandığını söylemiştik.

Daha sonra ise *senatus* sınıfı ile süvari *(equites)* sınıfı arasında bilhassa politik alanda yeni bir mücadelenin görüldüğü saptanmaktadır. *Senatus* azaları için ticaret yapma yasağı bulunduğundan paralarını toprağa yatırarak büyük toprakların sahibi haline gelmişlerdir. Roma'nın en önemli *magistra*'lıklarına ekseriya bu sınıf mensuplarının geldikleri görülmekte idi. Süvari sınıfı yani Roma'nın yaptığı savaşlara kendi donanımını (at, silah vs.) tedarik ederek katılan askerler M.Ö. II. yüzyıldan itibaren önemli bir sınıf haline gelmişlerdi. Bunlar ticaretle uğraşan kimselerdi. Bu sınıfa özellikle vergi toplayıcılar *(publicani),* bankerler *(argentarii),* gemi işletenler *(exercitores navis)* dahildi. Bu tarihe kadar

[59] Azat etmeleri kısıtlayan tedbirlere rağmen M.S. II. yüzyıldın itibaren azatlıların devlet teşkilatlarında önemli görevler üstlendiği görülmektedir. Azatlılık durumu için bkz. Hausmaninger-Selb, s. 1134-135; Kaser, s. 274.

bu sınıf mensupları hâkimlik yapamazdı, hâkimlik yapma imtiyazı *senatus* sınıfına tanınmıştı. *Principatus* döneminden itibaren imparatorlar süvari sınıfı mensuplarını eyalet valiliklerine (meselâ Mısır gibi Roma'nın tahıl ambarı olan önemli bir eyalete) atamaktaydılar[60].

Son imparatorluk devrinde insanların çeşitli sınıflara ayrılmaları belirginleşmişti. Özellikle çeşitli mesleklerin icrasında lonca sistemi yerleşmişti. Fırıncılar, kunduracılar gibi meslek erbabı dernekler (loncalar) şeklinde örgütleniyor, bunların meslekleri kamu hizmeti olarak görülüyor, bir meslekten diğerine geçmek yasaklandığı gibi meslek üyeliği miras yoluyla çocuklara intikal ediyordu. Bu dernekler üyelerinin vergi mükellefiyetinin yerine getirilmesinden sorumluydu. Bu sınıflar arasında en önemlisi *colonus*'luktu.

Colonus kiracı veya yarıcı olan topraksız köylü idi. Bu sınıfın, yani toprağa bağlı köleliliğin, nasıl geliştiği belli değildir. İlk colonus'luk Mısır'da çıkmıştı. Mısır'ın toprak hukuku düzenlemesi, *papirüs*'ler sayesinde oldukça iyi bilinmektedir. Roma'da, tarihin bazı devirlerinde rastlanan bir olay tekrarlanmakta, köylünün toprağı terk ederek şehirlere kaçma eğilimi artmakta idi. Arazi boş kalıyordu. Cumhuriyetin son zamanlarında da, yarımada halkı tahıl tarımını terk etmiş, imkân bulanlar meyvecilik ve hayvancılıkla uğraşmaya başlamıştı. Şehre giden köylülere dağıtılan araziye kimse dönmemişti. O zamanlar, tahılı Afrika veya Mısır'dan sağlamak imkânı vardı. Şimdi, tahılı getirecek başka ülke olmadığından, köylü toprağa bağlanmaya teşvik edilmiş veya zorlanmıştı. Eski kölelik kaynakları kuruduğundan, *colonus*'luk başka bir hukuki nitelikle onun yerini almıştır[61].

Colonus'lar daraltılmış hak ehliyeti olan vatandaşlardı. Bilhassa IV. yüzyıldan sonra o zamana kadar toprağı kira ile işleyen küçük çiftçilerin, toprağa bağlı, bir toprağı işletmek zorunda olan, bu topraktan ayrılmaları yasaklanmış kişiler haline geldikleri görülmekteydi. Bu şekilde, devletin bu kurumu teşvik ettiği anlaşılmaktadır. Toprağa bağlanmalarının bir sebebi de ödeyecekleri vergiyi teminat altına almakta yatıyordu. Bunlar ancak bulundukları toprakla birlikte devredilebilirdi. Aralarında evlenebilirler, malvarlıkları olabilir, fakat hiçbir şekilde doğdukları toprak parçasından ayrılamazlardı. *Colonus*'lar kağıt üzerinde hür, fakat fiilen köleye benzer bir şekilde yaşayan kimselerdi. Bir *colonus*'un azat edilmesi kölenikinden zordu: Azat edilmek istenirse, üzerinde bulunduğu toprak

60 Kunkel, s. 48, 57.

61 Umur, Ders Notları, s. 65.

veya bir kısmı kendisine terk edilmeli idi[62]. Köleler, askere gitmedikleri halde *colonus*'ların askerlik yapma mecburiyeti vardı[63].

V. ROMADA İNSAN VE MAL TOPLULUKLARI

Zamanımızda kişiler, gerçek ve tüzel kişiler (hükmî şahıslar) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Nitekim Medeni Kanunumuz Kişiler Hukuku başlıklı kitabında ve birinci kısmında gerçek şahıslara ait hükümlere yer verdikten, sonra, ikinci kısmında tüzel kişileri (dernekler ve vakıflar) düzenlemektedir. Kişilerin bu şekilde ikiye ayrılması *Postglossator*'ların çalışmalarıyla ilk ürünlerini verdikten sonra XIX. yüzyılın hukuk ilmî Medeni Kanunların çoğunda yer alan gerçek kişi – tüzel kişi ayırımını ortaya koymuştur.

Tüzel kişiler kendilerini meydana getiren şahıslardan ayrı bir bağımsızlığa ve hak ehliyetine sahip kişi veya mal topluluklarıdır. Bunlar çeşitli şekillerde ortaya çıkarlar; dernekler, ticaret şirketleri gibi. Kamu hukukunda ise bakanlıklar, belediyeler vb. kamu tüzel kişileridir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Romalılar tüzel kişilik diye bir kavram geliştirmiş değillerdi. Ancak Romalılar kolektif iradesi olan, özel malvarlığı bulunabilen topluluklar olabileceğini kabul etmişlerdi. Bununla beraber Roma'da bu topluluklara tüzel kişilik tanınmış değildir. Bunlar daha ziyade üyelerinin tümünün birleşip iştirak halinde hak sahibi oldukları, seçilen organlar vasıtasıyla faaliyet gösteren kuruluşlar olarak anlaşılıyordu[64]. Ayrı bir varlık olduğu kabul edilmiş bu topluluklar Roma'da Roma devleti *(res publica), municipium ve colonia*'dır[65].

Bazı meslek kuruluşlarının *(collegia, sodalitas)* da kendilerini meydana getiren meslek mensuplarından ayrı bir malvarlığı olduğu,

---

62 Umur, Ders Notları, s. 66.

63 Umur, Ders Notları, s. 65; Kunkel, s.124.

64 Bu toplulukların, kendilerini oluşturan fertlerden ayrı bir varlığı olduğu ve fertlerin tek başına topluluk malvarlığıyla ilgisinin bulunmadığı metinlerde de ifade edilmiştir: D. 3, 4, 7, 1.
Si quid universitati debetur,singulis non debetur: Nec quod debet universitas singuli debent.
Bir topluluğa bir şey borçlanılmışsa bu üyelerine borçlanılmış değildir ve topluluğun borçlandığı şey üyelerin borcu değildir. Kaser, s. 302 vd; Umur, Ders Notları, s. 179.

65 *Municipium,* idari ve yargısal bağımsızlığı olan, Roma'ya uzak idari bir birimdir. Cumhuriyet döneminde Roma yayılırken kurulmaya başlanmıştı, başlarında Roma'dan seçilip gönderilen bir *magistra* bulunurdu. *Colonia,* politik askeri ve iktisadi amaçlarla Roma'nın işgal ettiği topraklarla kurduğu idari birimlere denir. Bunlar için özel kanunlar çıkartılar ve buraya Romalılar ve Latinler yerleştirilirdi. Kunkel, s. 40, 42.

bunların seçilen organları ile hukuk hayatında temsil edildikleri Romalılar tarafından biliniyordu. Bunların kurulması Augustus'dan itibaren izne bağlanmıştı.

Belli bir amaca tahsis edilmiş mal topluluğunu ifade eden vakıfların (tesis) Roma'da az görüldüğü, bunlara örnek olarak Constantinus'tan itibaren dinî (Hıristiyanlık) gayelerle *(piae causae)* bazı malların belli amaca tahsis edildiği (mesela yaşlılar, yardıma muhtaç kişiler için evlerin tahsisi gibi) belirtilmelidir.

§ 8. Roma Ailesi ve Patria Potestas

I. AİLE (FAMILIA)

Aile, toplumun çekirdeğini teşkil eden ana, baba, -varsa- çocuklardan oluşan en küçük sosyal topluluktur. Öncelikle sosyal ve ahlâki bir olgu olmakla birlikte, her hukuk düzenlemesi aileye özel bir önem atfetmiştir; nişanlanmadan başlayarak evlenme akdi, evliliğin hükümleri ve sona ermesi, bazen emredici ve şekilci olan hukuk kuralları ile düzenlenmektedir. Bunun sebebi, ailenin fertler arasında özel bir ilişki olduğu gözden kaçırılmadan, ailelerin belli bir düzen içinde varoluşunun toplumun yararı ile yakından ilgili görülmesidir.

Uzun bir süre Roma'da kişilerden ziyade topluluklar *(gens, familia, civitas* gibi) ön planda tutulmuştur. Fert, içinde yer aldığı topluluğun bir üyesi olarak muamele görürdü. Roma ailesi *(familia)* Roma sosyal ve hukuk hayatında önemli rol oynamıştır.

Familia Roma'nın eski devirlerinde *pater familias* denilen aile reisinin hâkimiyetine tabi olan hür kimseleri (çocukları, karısı vs.) olduğu kadar köleleri ve malvarlığını da kapsayan anlama sahipti. Ev ve bu eve dahil olan kimseler ve mallar *familia*'yı oluşturuyordu. Bu hakimiyet (patrie potestas) âdeta sınırsızdı.

Dar anlamda Roma ailesi *(familia proprio iure)* aile reisi ve ona bağımlı olan kimselerden meydana geliyordu. D. 50,16,195,2'de Ulpianus tabii veya hukukî bir bağ ile birbirine bağlı hür kimselerin meydana getirdiği bu aileye, aile babasının *(pater familias),* ananın *(mater familias),* erkek ve kız çocukların, erkek ve kız torunların dahil olduğunu ifade etmektedir. Aileye evlât edinme (*adoptio*) veya evlenme ile de girilirdi.

Çocukların eğitim ve öğretimi genelde yunan kökenli ev kölelerine bırakılırdı. İyi bir aile babasının erkek çocuklarını bizzat eğittiğini ozanlar ifade etmektedir. Bunu yapamayacaksa iyi bir öğretmen bul-

mak zorundadır. İyi bir yetiştirme için üç unsur bir arada olmalıdır; tabii yetenek, anlayış ve alışma.

Anlayış dersle gelir, alışma pratik yapmakla sağlanır. Çıkış noktası yetenektir, ilerleme öğrenmekle olur, alışmayı pratik sağlar hepsi birleştiğinde bütünlük elde edilir.

Aile kurmak için gerekli olan evlenme Roma'da hiçbir zaman şekle tabi olmamıştır. Bir erkek ile kadın evlenmek niyetiyle *(affectio maritalis)* aynı evde oturmaya başlayınca aile oluşuyordu. Romalıların gözünde evlilik *(matrimonium)* bir erkek ile kadının tam ve devamlı bir hayat birliği için biraraya gelmelerini ifade ederdi (D. 23,2,1;I. 1,9,1)[66].

Eski devirlerden beri *manus*'lu ve *manus*'suz evlilik ayrımının yapıldığı gözlenmektedir. *Manus* kocanın karısı üzerindeki hâkimiyetini belirtirdi. Evlenme ile *manus* altına girmeyi karıştırmamak gerekir. Eğer evlenen kadın kocasının hâkimiyetine girmeyi kabul etmişse, *confarreatio* veya *coemptio* denilen şekilci ve merasimli muameleler yapılmalıydı[67]. Bunun dışında kesintisiz bir yıl süreyle kocasının evinde oturan kadının üzerinde *manus* zamanaşımı yoluyla, hukuken kendiliğinden kurulurdu. Bu sonuç önlenmek isteniyorsa kadın bir yıl içinde üç geceyi başka bir yerde geçirmeliydi[68]. Kocasının veya kocasının *pater familias*'ının *manus*'u altına giren kadının kendi ailesiyle akrabalık ilişkisi *(agnatio)* sona erer, kocasının ailesiyle *agnatio* ilişkisi kurulurdu. Kadın *manus*'u tesis eden muameleleri yapmamışsa, kendi ailesiyle *agnatio* bağı devam eder, kocası ve ailesiyle *agnatio* akrabalık ilişkisi kurulamazdı. Evlenen kadın *sui iuris* ise, yani hâkimiyet altında değilse ve *manus* için gerekli muameleler icra edilmemiş ise, *sui iuris* olarak kalırdı. Gerekli muameleler yapılmışsa, *alieni iuris* duru-

---

66 Evlenmenin şekle bağlanması Hıristiyan dininin tesiriyle olmuştur. Ancak Hıristiyanlığın bu konudaki etkisi Roma döneminde değil, Ortaçağ'da gerçekleşmiştir. Roma'da evlenme gibi boşanma da şekle bağlı değildi. Roma'da bugün olduğu gibi bazı evlenme engelleri vardı. Bunlar, evlenmek isteyenlerin *pater familias*'larının rızasının bulunmaması, çift evlilik, taraflar arasında belli bir dereceye kadar olan kan hasımlığıdır. Ergen olmayanların ve akıl hastalarının, vasi ile vesayeti altındaki küçüğün evliliklerinin de hükümsüz (batıl) sayıldığı özet olarak söylenebilir.
Evlilik tarafların ortak iradesiyle veya tek taraflı olarak sona erdirilebilirdi.
Nişanlanma ve evlenme için bkz. Hausmaninger-Selb, s. 148-149. Aile *familia* için bkz. Umur, Ders Notları, s. 168-170; Mayer Maly, s. 23-25.

67 *Confarreatio*, sadece *patricius*'lar için öngörülmüştür. Jüpiter rahibinin ve on tanığın huzurunda eşler merasimli sözlerle Jupiter'e adanmış olan bulgur ekmeğini bölüşürlerdi. *Coemptio, pater familias*'ın kızını sembolik bir semen karşılığında müstakbel kocasına *mancipatio* ile satmasını ifade etmekteydi. Bkz. Umur, Lügat.

68 Dolayısıyla, romalılar günün gece yarısı, saat 24'te sona ermesine ilişkin sorunla da uğraşmışlardır.

muna düşerdi. Klasik devirden itibaren *ius gentium*'un tesiriyle *manus*'lu evlenmelerin giderek azaldığı tespit edilmektedir[69].

II. PATRIA POTESTAS (BABA HÂKİMİYETİ)

Ius civile'ye göre muteber olan bir evlilikte dünyaya gelmiş olan erkek çocuklar *(filius familias)* ve kız çocuklar *(filia familia)*, oğullarının eşleri ve çocukları, evlât edinme *(adoptio)* yoluyla aileye girmiş olan kişiler üzerinde *pater familias*'ın âdeta sınırsız denilebilecek iktidarına *patria potestas* adı verilmekteydi. Yukarıda anlatıldığı gibi kadın kocasının hâkimiyetine girmişse, *pater familias*'ın karısı üzerinde *manus*'a sahip olduğu söylenirdi. İlk zamanlarda ailenin tüm üyeleri üzerindeki iktidarı ve koruyuculuğu belirtmek üzere kullanılan *manus* (el, sonraki devirlerde) ilerleyen devirlerde sadece *pater familias*'ın karısı *(uxor)* üzerindeki hâkimiyetini belirtiyordu. Köleleri üzerinde hâkimiyet ise, *dominium* (mülkiyet) olarak değerlendirilmekteydi. Ama *pater familias*'ın aile fertleri üzerindeki iktidarı genel olarak *patria potestas* kavramıyla ifade ediliyordu.

Patria potestas velâyetten farklı bir kavramdır: *Pater familias*'ın ölümüne kadar sürerdi, velâyet gibi çocuğun reşit olmasıyla sona ermezdi.

Aile babası doğum odasına girip çocuğu kucağına aldığı zaman onu kabul etmiş sayılırdı[67a].

Aile reisinin kendisine bağımlı olan kimseler yani *alieni iuris*'ler üzerindeki *patria potestas*'ı ilk devirlerde tamamen sınırsızdı. Bu iktidarın sadece geleneklerle ve *censor*'ların faaliyetiyle kontrol edildiğini söylemek mümkündür. *Pater familias*'ın aile fertleri üzerinde hayat ve ölüm hakkına *(ius vitae et necis)* sahip olduğu kaynaklarda ifade edilmektedir[70]. Ancak *pater familias*'ların bu haklarını ne ölçüde kullandıkları efsanelerde yer almaktadır. Aile reisi evlâdını satabilirdi veya terk edebilirdi. İlk devirlere ait bu hakların kullanılmasından önce aile meclisinin toplandığı tahmin edilmektedir. Constantinus'tan itibaren ölüm dirim hakkının olmadığı kabul edilmiş ve çocuğunu öldüren kimse ölüm cezasıyla cezalandırılmaya başlanmıştı. Çocukların satılmasının aile reisinin çocuğuna bakamaması yüzünden ortaya çıktığı, böylece hem satılan çocuğun alıcının yanında bakımının sağlandığı, hem de satıştan elde edilen paranın ailenin geçimi için kullanıldığı sanılmaktadır. Çocuğunu satan babanın aldığı bedeli geri vererek çocuğunun iadesini istemesi mümkündü. Ancak 12 Levha Kanunu

69 Apathy-Klingenberg-Stiegler, s. 41; Umur Ders Notları, s. 173-174.

67a Bunları plutarch anlatmaktadır.

70 D. 48, 5, 21.

çocukların kazanç elde etmek için satılmasını önlemek üzere oğlunu üç kez satan babanın *patria potestas*'ının sona ereceği hükmünü koyduğu bilinmektedir. *Pater familias* bir *sui iuris*, yani aile içinde haklardan istifade ehliyetine sahip olan yegane kimse idi. Diğerleri ise ona tâbi olarak *alieni iuris* idiler, hak ehliyetleri yoktu. Bu nedenle malvarlığına sahip olmak hakkı sadece *pater familias*'a aitti. Aile reisi bu malvarlığını dilediği gibi kullanabilirdi. Ailenin *alieni iuris* olan fertlerinin hak edinme ehliyeti bulunmadığından iktisap ettikleri haklar derhal aile reisinin malvarlığına giriyordu. Ancak bilhassa ekonomide tarım yanında ticaret önem kazandıktan, kapalı aile ekonomisinin yerini mübadele ekonomisi aldıktan sonra *pater familias*'ların kabiliyetli kölelere ve aile evlatlarına işletmek üzere *peculium* tahsis ettikleri görülmektedir. Hukuken yine *pater familias*'ın mülkiyetinde olan bu sermaye üzerinde aile evladı fiilen tasarruf edebiliyor, belli bir ölçüde maddi bağımsızlık elde edebiliyordu. *Pater familias*'ın istediği zaman geri alabileceği, fakat sebepsiz yere almasının toplumda iyi karşılanmadığı bu *peculium* ile ilgili defter tutulur, *peculium* sahibi sermayesi üzerinde serbestçe ve hukukî netice doğuracak şekilde işlemler yapabilirdi. *Pater familias* ile *peculium* sahibi oğlu veya kölesi arasında fiilî diyebileceğimiz borç ve alacak ilişkileri doğabilirdi. Üçüncü kişiler *peculium* sahibi aile evlatları ve köleler ile giriştikleri işlerden dolayı *pater familias*'ı dava edebildiklerinden aile evlatları ve köleler Roma hukuk hayatında aktif olarak faaliyet gösterebiliyorlardı. Aile evlatları ve kölelerin borçlarından doğan davalara munzam davalar *(actiones adiecticiae qualitatis)* denilmektedir, temsil bahsinde bu konuya temas edilecektir. Özellikle postklasik devirden itibaren *peculium*'un türleri artmış aile evlatları kısıtlı da olsa malvarlığı edinebilmişlerdir[71]. Ancak; bu özel malvarlığı da, *pater familias*'ın (aile reisinin) malvarlığına dahil sayılırdı.

---

71 – *Peculium profecticium, pater familias*'ın işletilmek üzere oğluna veya kölesine verdiği mülkiyeti kendisinde kalan, evladın ve kölenin borçlarından *peculium*'u miktarı kadar sorumlu olduğu sermaye idi.
– *Peculium castrense,* imparatorluk devrinden itibaren aile evladının askerlik hizmetinde kazandıklarından oluşuyordu. Aile evladı *peculium* üzerinde vasiyetname ile tasarrufta bulunabiliyordu. Aile evladı vasiyetname düzenlenmeden ölecek olursa, bu *peculium pater familias*'ına kalıyordu.
Askerlik için tanınmış olan bu imtiyaz, aile evladının devlet ve kilise hizmetinde iktisap ettiği mallara da teşmil edilmişti. Buna ise *peculium quasi castrense* denmekteydi.
– *Peculium adventicum* aile evlatlarının ana tarafından miras yoluyla elde ettikleri malvarlığına verilen addır. Bu malvarlığı üzerinde *pater familias* faydalanma ve idare hakkına sahipti. Mülkiyet ise aile evladına aitti. Nihayet Iustinianus döneminde üçüncü kişiler tarafından babanın faydalanmaması şartıyla aile evlâdına verilen mallardan oluşan bir *peculium* türü de *bona adventicia irregularis* idi. C. 6,61,8,1. Bu şekilde aile evlatlarının giderek belli mallar üzerinde sınırlı da olsa hak ehliyeti ortaya çıkmıştır. Ama aile evlatları hak ehliyetlerini tam olarak hiçbir zaman kazanamamışlardır. Bu konuda bkz. Umur, Ders Notları, s. 175-176; Kaser, s. 344.

Başında mutlaka bir *pater familias*'ın (aile reisinin) bulunduğu Roma ailesi üzerindeki *patria potestas,* hısımlığı da belirleyen unsurdu. Roma hukukunun eski ve klasik devirlerinde geçerli olan hısımlığa *agnatio* hısımlığı denilmektedir. *Agnatio* hısımlığı aynı *pater familias*'ın hâkimiyeti altında bulunan veya müşterek bir dede sağ farzedildiği takdirde onun hâkimiyeti altında bulunacak kişiler arasındaki hısımlıktır. Kaynaklarda böyle bir aile, *familia communi iure* olarak adlandırılmaktadır (D. 50,16,195,2).

Müşterek bir asıldan gelerek, mesela *emancipatio* ile aile dışına çıkmamış veya aileye *manus*'lu evlenme veya evlat edinme yoluyla girmiş olan kişiler arasındaki akrabalık *agnatio* hısımlığıdır. Hukukî bir hısımlık olan *agnatio* akrabalığı erkek tarafı göz önüne alınarak belirlenir. Mesela oğlunun çocuğu *patria potestas*'ı altında bulunan dede ile bu torunu arasında *agnatio* hısımlığı mevcut olduğu halde kızının çocuğu ile bu dede arasında *agnatio* hısımlığı mevcut değildir, çünkü bu çocuk, yani torun dedenin *patria potestas*'ı altında olmayıp kendi babasının *patria potestas*'ı altındadır. *Agnatio* hısımlığı Miras Hukukunda ve Vesayet Hukukunda da nazara alınırdı. Aralarında *agnatio* hısımlığı olanların hepsi *gens*'i oluştururdu.

Roma'da mevcut diğer bir hısımlık da *cognatio*'dur. *Cognatio,* kan hısımlığı demek olup günümüzdeki hısımlık ilişkilerinin temelini teşkil eder. Halbuki Roma hukukunda uzun bir süre evlenme engeli olması dışında akrabalığı belirleyen kan bağı değil, aynı hâkimiyete tabi olmaya dayanan *agnatio* olmuştur. Kan hısımlığı özellikle *praetor*'un faaliyetleriyle Miras Hukukunda nazara alınmaya başlanmıştır. *Agnatio* ilişkisine göre tayin olunan mirasçılığı törpülemek, *agnatio*'ya bakıldığında mirasçı olamayacaklara miras hakkı vermek isteyen *praetor, cognatio*'yu esas almak suretiyle kan hısımlığının önemini arttırmıştır. Iustinianus hukukunda hâkim olan akrabalık, bugünkü gibi *cognatio*'ya, yani kan bağına dayanmaktadır.

1) Patria Potestas Altına Girme

Baba hâkimiyeti doğum, evlat edinme ve nesebin düzeltilmesiyle kurulabiliyordu.

Doğum

Ius civile'ye göre geçerli bir evlilik içinde dünyaya gelen kız ve erkek çocuklar *ipso iure* babalarının *patria potestas*'ına tabi oluyor ve ailenin *agnatio*'su içinde yer alıyorlardı. Bu evliliğin *manus*'lu veya *manus*'suz olması fark yaratmazdı. Evlenme gerçekleştikten sonra en

erken 7. ayda, en geç 10. ayda doğmuş olan çocuklar evlilik içi sayılır ve babanın *patria potestas*'ı altına girerdi. Doğum, *census* (sayım) sırasında *censor*'a bildirilirdi.

Evlât Edinme (Adoptio)

Adoptio, bir kimsenin hukukî muamele yoluyla başka bir aileye dahil olmasını ifade eder.

Evlat edinmemin önemi modern toplumlara nazaran Roma'da daha fazla idi. Erkek füruu (alt soyu) olmayan *pater familias,* evlat edinme yoluyla ailenin ve adının sürmesini sağlardı. Kızlar aile adını sürdüremeyeceği için pek evlat edinilmezlerdi. Geniş anlamda *adoptio*'nun içine *arrogatio* ve dar anlamda *adoptio* girer. *Arrogatio* bir *sui iuris*'in başka bir *pater familias* tarafından evlât edinilmesini ifade eder. Kökeni çok eskilere kadar giden *arrogatio*'da genelde ergenlik çağını geride bırakmış olan bir *sui iuris* erkek bir halk meclisi olan *comitia curiata* önünde kendisini evlat edinen *pater familias*'ın *patria potestas*'ı altına girerdi. O zamana kadar *sui iuris* olan kişi, bu muamele ile kendi ailesiyle *agnatio* bağını koparır ve yeni *pater familias*'ın ailesine girer, *alieni iuris* haline gelirdi. Böylece yeni ailenin bir ferdi olarak *agnatio* ilişkisine dahil olurdu. İlerleyen devirlerde imparatorun tasdiki ile gerçekleşen *arrogatio* ile evlat edinilen kimsenin malvarlığı ve kendisine tâbi olanlar da yeni aileye geçerdi, Gai. 1, 99-107.

Dar anlamıyla *adoptio,* bir *alieni iuris*'in, kendi ailesinden çıkarak evladı haline geldiği *pater familias*'ın ailesinde yine *alieni iuris* olarak yer almasıdır. Bu muamele için 12 Levha Kanunundaki «aile evladını üç kez satan babanın çocuğu üzerindeki hâkimiyeti sona erer» hükmünden yararlanılırdı. Bu gaye için *mancipatio* ve *in iure cessio* kullanılırdı[72]. İmparator Iustinianus bu teferruatlı işlemleri kaldırarak tarafların resmî makam önüne gitmelerini, evlat verme ve alma iradesinin burada kayda geçmesini *adoptio* için yeterli görmüştü; *alieni iuris* iradesini bilinçli bir şekilde açıklayacak yaşta ise, onun da rızası alınırdı. Iustinianus bundan başka evlat edinmenin tabiatı taklit ettiği (D. 1,7,16) görüşünden hareketle, evlat edinenin evlat edinenle

[72] Erkek çocuğun babası çocuğu *mancipatio* ile evlat edinecek kişiye devreder, bu kişi –köleye benzer bir duruma gelmiş- *filius familias*'ı azat edince, çocuk *pater familias*'ın hâkimiyetine dönerdi. Aynı işlemler ikinci defa tekrar edildikten sonra baba çocuğu üçüncü defa devredince üzerindeki hâkimiyeti bir daha doğmamak üzere sona ererdi. Bu defa çocuk bir *remancipatio* ile eski *pater familias*'ına geri verilirdi. Daha sonra taraflar *in iure cessio* yapmak için *praetor*'un önüne giderler, çocuğu evlat edinen çocuğun kendi *patria potestas*'ı altında olduğunu iddia eder, çocuğun eski aile reisi bunu kabul eder, yani tartışmazdı. *Magistra*'nın tasdiki ile çocuk yeni *pater familias*'ının ailesine ve *agnatio*'suna girmiş olurdu.

arasında en az 18 yaş bulunması şartını getirdi (D. 1,7,40,1). Bu imparatordan önce *adoptio* ile evlat edinilenin eski ailesiyle bağı tamamen kesildiği halde, bu sonuç artık sadece çocuk büyükbabası gibi usulü tarafından evlat edinildiğinde ortaya çıkıyordu. Yine Iustinianus -daha önce mümkün olamayan bir hususu kabul ederek- kadınları da *adoptio* yoluyla evlat edinmelerine izin verdi; bunun şartı kadının çocuklarını kaybetmiş olmasıydı. D. 1,7,1 pr'da Modestinus, sadece tabiatın değil, evlat edinmenin de aile evladı olmayı sağladığına işaret etmektedir.

Nesebin Düzeltilmesi (Legitimatio)

Klasik sonrası devirde ortaya çıkan bu imkâna göre, *concubinatus*[73] içinde doğmuş ve evlilik dışı sayılan çocuklar anababanın sonradan evlenmesiyle, evlilik içinde doğan bir çocuk haline geliyorlardı. Çocuğun babası ile anasının evlenmesi imkânsız ise, babanın talebi ve imparatorun tasarrufu ile çocuğun durumu düzelebiliyordu.

2) Patria Potestas'ın Sona Ermesi

a) Aile reisinin ölümü, *capitis deminutio*'ya uğraması (mesela savaşta esir düşmesi, sürgün cezasına çarptırılması gibi) ile kendi çocukları *sui iuris* durumuna gelirler, torunları ise babalarının *patria potestas*'ına tâbi olurlardı. Iustinianus döneminde, babasından kötü muamele gören çocuğun üzerindeki *patria potestas*'ın sona erebileceği kabul edilmişti.

b) *Emancipatio* (Hâkimiyetten Çıkarma)

Patria potestas'ın *pater familias*'ın iradesini aksettiren birden fazla muamele ile sona erdirilmesi demek olan *emancipatio*'da oğlunu üç kez satan babanın çocuk üzerindeki hâkimiyetinin sona erdiği kuralından yararlanılmıştır. *Pater familias* güvendiği bir kimseye oğlunu üç kez *mancipatio* ile devreder. Devralanın nezdinde hür olmakla birlikte köleninkine benzer bir duruma düşen filius *familias,* ilk iki defada azat edilir ve çocuk *pater familias*'ın hâkimiyeti altına dönerdi. Üçüncü *mancipatio* ile bu çocuğu devralan kimse, azat etme muamelesi yerine

---

73 *Principatus* devrinde, *ius civile*'ye uygun bir evlilik olmadığı için hukukî sonuçlar doğurmayan kadın ve erkeğin devamlı olarak birlikte yaşamaları haline *concubinatus* denirdi. Genellikle sosyal durumları eşit olmayan kimseler arasında bulunurdu. Augustus'tan itibaren azatlı kadınlar *senatus* üyeleriyle evlenemezlerdi, bu nedenle birlikte yaşamaları *matrimonium* (evlilik) değil, *concubinatus* olurdu. D. 23,2,24'te Modestinus hür bir kadının bir erkekle yaşaması durumunda, eğer kadın vücuduyla kazanç elde etmemişse, bir *concubinatus*'un değil, evliliğin *(matrimonium)* mevcut olduğunu belirtmektedir. Umur, Lügat, *legitimatio;* Apathy-Klingenberg-Stiegler; s. 45.

yine bir *mancipatio* ile artık *patria potestas*'ı sona ermiş bulunan *pater familias*'a devreder, eski *pater familias* son azat etme muamelesini yaptığında ise çocuk *sui iuris* hale gelirdi. (Gai. 1,132-136). *Adoptio*'da olduğu gibi, kızlar ve torunlar için bir *mancipatio* ve bir azat etme yeterli oluyordu. Iustinianus önünde hâkimiyetten çıkarma iradesini yeterli gördü. Hâkimiyetten çıkarılan kimsenin aile ile olan *agnatio* bağı ortadan kalkardı. Bu kimse *sui iuris* hale gelir ve hak ehliyetini elde ederdi. Genelde onu hâkimiyetten çıkaran *pater familias,* çocuğa hayatını sürdürmesi için mallar verirdi veya varsa *peculium*'unu kendisine bırakırdı. Baba hâkimiyetinden çıkarılan çocuk, *adoptio* ile tekrar hâkimiyete girebilirdi (D. 1,7,12). Ama bunun için çocuğun rızası gerekiyordu (D. 1,6,10).

Evli kadın *manus* altından çıkarılması isteniyorsa, *manus* altına sokan muamelelerin tersi yapılabilirdi. Aile durumunu kaybetmek *status*'taki bir değişikliği ifade eder ve buna *capitis deminutio minima* denirdi.

Patria potestas ve *manus*'u himaye için önceleri istihkak davasına benzeyen bir *vindicatio* açılırdı. Eski devrin bu *vindicatio*'sunun yerini klasik devirden itibaren bir tesbit davası almıştır. Bu dava ile hâkimiyet altındaki kişi üzerindeki hâkimiyetinin *pater familias*'ta olup olmadığı saptanırdı[74].

§ 9. Vesayet ve Kayyımlık

I. VESAYET (TUTELA)

Herhangi bir nedenle ana-babanın velayeti altında bulunmayan küçüklerin korunması için vasi tayin edilmektedir (TMK m. 404). Günümüzde hacir altına alınan (kısıtlanan) kimseler de vesayet altına konulmaktadır[75]. Vasi her şeyden önce vesayeti altındaki kişiyi hayatın tehlikelerine karşı korumak, onu hukuki işlerde temsil etmek ve malvarlığını idare etmekle görevlidir, D. 26,7,12,3; I. 1,13,1. Bilhassa küçükler üzerindeki vesayette vesayet, velayetin yerini almaktadır.

Roma hukukunda vesayet, *sui iuris* olan *impubes*'ler, yani baba hâkimiyeti altında bulunmayan henüz ergenlik yaşına ulaşmamış Roma vatandaşları ve *sui iuris* kadınlar üzerinde mevcut oluyordu. En eski devirlerde vesayetin daha ziyade ailenin, vasinin müstakbel haklarını,

---

74 Kaser, s. 349; Umur, Ders Notları, s. 172-174; Mayer Maly, s. 22.

75 Hacir sebepleri olarak akıl hastalığı, akıl zayıflığı, israf, ayyaşlık, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilmiş olma gibi haller TMK m. 404-407'de sayılmıştır.

malvarlığını korumayı amaçladığını söylemek mümkündür. Vesayet altındaki kişi öldüğü takdirde ona mirasçı olacak agnatik akrabası vasi atanır, bu vasi bir nevi kendi malvarlığını idare ederdi.

Cumhuriyet devrinden itibaren, vesayet altındaki küçüğün korunması ön plana çıkmış, daha sonraki devirlerde ise vesayetin bir kamu görevi olduğu anlayışı yerleşmiştir. Devletin ise bunu denetlediğini görüyoruz[76].

1) Küçükler Üzerinde Vesayet (Tutela Impuberum)

Impubes'ler üzerindeki *patria potestas* ortadan kalktığı zaman vesayete ihtiyaç duyulurdu, çünkü ergen hale gelmemiş küçüğün şahsının ve malvarlığının korunması, yönetilmesi gerekirdi. Vasi üç şekilde belirlenebilirdi: *Pater familias* ölmeden önce vasiyetnamesinde vasi olmasını istediği kimseyi gösterirdi. Buna *tutor testamentarius,* yani vasiyetname yoluyla tayin edilen vasi denirdi. Eğer vasiyetnamede böyle bir düzenleme yoksa, kanunî vesayet devreye girer, küçüğün en yakın kanunî mirasçısı vasi olurdu. Bu kişi kanun icabı vasi, yani *tutor legitimus* olarak görev yapardı. Bu iki hale göre vasi olacak kişi ortada yoksa, *praetor* vasiyi bizzat tayin ederdi. Buna ise *tutor dativus* (tayin edilmiş vasi) adı verilirdi, Gai. 1,144-164; I. 1,15,1; I. 1,20; D. 27,2,1).

Vesayetin bir kamu görevi olduğu fikri yerleştikten sonra, bu görevi üstlenmeye engel teşkil edecek mazeret halleri *(excusationes)* kabul edilmişti: Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, vasinin çok çocuğu bulunması, kamu hizmetinde çalışması, askerliğini ifa etmesi gibi. Klasik devirde ve daha önceleri vasi olamayan kadınların postklasik devirden itibaren vasi olabilecekleri öngörülmüştür[77].

İlk zamanlarda, vasinin vesayeti altındaki küçük üzerindeki hakkı *patria potestas*'a yaklaşıyordu. Bunun şahıslar üzerindeki mutlak hak olduğunu söylemek mümkündür (D. 26,1,1; I. 1,13,1). Daha sonraki devirlerde ise bu hakkın vesayet altındaki küçüğün himayesi ve eğitilmesine ilişkin olduğu fikri yerleşti[78].

Vasi, *impubes*'in malvarlığı üzerinde malik gibi *(domino loco)* tasarrufta bulunabiliyordu. İlerlemiş devirlerde vesayet altındaki küçüğün malvarlığının idaresinde sadece küçüğün menfaatlerini gözete-

---

[76] Kaser, s. 85, 352; Karadeniz-Çelebican, s. 217; Umur, Ders Notları, s. 199. İmparator Marcus Aurelius'tan itibaren (M.S. II. yüzyıl) vesayet işleriyle görevli bir *praetor*'luk ihdas edilmiştir.

[77] krş. Vasilikten kaçınma sebepleri TMK. M. 417.

[78] Kural olarak küçüğün eğitimiyle annesi meşgul olur, bunun için gerekli olan para ve araçları vasi temin ederdi.

cek şekilde davranmalıydı[79]. Vesayetin başlangıcında vasi küçüğün malvarlığının bir envanterini yapar ve çocuğun malvarlığını iyi idare edeceğine dair teminat verirdi *(cautio rem pupilli salvam fore).* Iustinianus'tan itibaren vasi ile küçük arasında bir akit benzeri olduğu kabul edilmiştir. Bu akit benzerinden *(quasi contractus) directa* ve *contraria* davalar doğuruyordu. Klasik devirde bütün kusurlarından sorumlu olan vasi Iustinianus zamanında hafif ihmaller söz konusu olduğu zaman kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni göstermek zorundaydı[80].

Vasi küçüğün malvarlığının idaresini yaparken kural olarak vasıtalı temsil yolunu kullanırdı. Yani üçüncü kişilerle yaptığı muamelelerin neticeleri kendi üstüne doğar, bunları ayrı bir muameleyle- kural olarak küçük ergen hale geldikten sonra- ona devretmek zorunda olurdu. Daha sonra rastlanan usul ise *impubes, infans* çağını aşmışsa, yani 7-14 yaşları arasında ise muameleyi yapan çocuğun yanında bulunarak muameleye *auctoritas*'ını verirdi. Bu takdirde bu muamele geçerli bir muamelenin bütün neticelerini doğururdu[81].

2) Kadınlar Üzerinde Vesayet (Tutela Mulierum)

Eski hukuk döneminde ve kısmen de klasik devirde *sui iuris* olan, yani *pater familias*'ları bulunmayan veya *manus*'lu bir evlilik yapmamış kadınlar, yaşlarına bakılmadan vesayet altında bulunurlardı[82]. Bu vesayetin amacı kadının malvarlığının aile yararına korunmasıdır. Vesayet kadının fiil ehliyetini kısıtlayan bir durumdur.

Klasik devrin ortalarından itibaren kadının malvarlığını bizzat idare ettiği ancak *ius civile* muamelelerinde (mesela *mancipatio)* vasisinin *auctoritas*'ına ihtiyaç duyduğu görülmektedir. Bu vasiler küçükler üzerindeki vesayet şekillerindeki gibi atanırlardı. Bir müddet sonra kadınların vasilerini bizzat seçebilecekleri kabul edilmişti. Bu durum

---

79 Vasi küçüğün paralarını gayrimenkule veya gelir getirecek işlere yatırmak zorundaydı. Milattan sonra vasinin küçüğe ait gayrimenkulleri satması yasak edilmişti. Vasi çocuğun mallarını bağışlayamazdı. Yasaklara aykırı tasarruflar geçersiz olurdu. Gai. 1,191'de vasinin hesap verme mecburiyetinden söz edilmektedir.

80 D. 27, 3, 1. Vasi ile küçük *(impubes)* arasındaki *tutela* ilişkisi *bona fides*'e (dürüstlük kuralı, TMK m. 2) tabi idi. Vesayet ilişkisi sona erdikten sonra küçük *actio tutelae directa* ile vesayetin idaresiyle uğradığı zararları isterdi. Vasi ise *actio tutelae contraria* ile vesayet için yaptığı şahsi masrafları ile girdiği borçlardan kurtarılmasını talep ederdi. *Actio tutelae* sonunda mahkûm olan *infamis* (şerefsiz) hale gelirdi.

81 Hak iktisabının doğrudan küçüğün mallarına girmesi isteniyorsa, muamelenin bir tarafında küçüğün mülkiyetinde olan bir köle yer alır ve «kölenin iktisapları mâlikinin olur» kuralı gereğince başka bir işleme lüzum olmaksızın küçüğün malvarlığına dahil olurdu.

82 Fustel de Coulanges, s. 119-120. Kaser, s. 360 vd.; Schwind, s. 141.

ve *ius civile* muamelelerinin öneminin azalması kadınlar üzerindeki vasiyetin önemini kaybetmesine sebep oldu. M.S. III. yüzyıldan itibaren kadınlar üzerindeki vasiyet tamamen ortadan kalktı[83].

II. KAYYIMLIK (CURA)

TMK m. 403/II'ye göre kayyım, malvarlığını yönetmek veya belirli işleri görmek için tayin olunan kimsedir. Birçok kimse türlü nedenlerle hukuki işlerini göremeyecek duruma düşebilir. Bu gibi kimselerin işleri için kayyım atanır. (Gai. 1,142). Kayyımlık bir kişinin hacredilerek vesayet altına sokulması için yeterli sebep olmadığı, fakat kendisinin korunması için fiil ehliyetinin daraltılması gerektiği zaman söz konusu olur. Bugün vasi tayini gibi kayyım tayinine de, vesayet makamları olarak mahkemeler yetkilidir.

Roma'da daha 12 Levha Kanunu'nda (Gai. 2,64) kayyımlıktan söz edildiğini görüyoruz. Bu kanun akıl hastaları ve müsrifler üzerindeki kayyımlığı düzenlemektedir.

1. Akıl Hastaları Üzerindeki Kayyımlık (Cura Furiosi)

Akıl hastalığı devamlı olduğu takdirde kişinin fiil ehliyetini tamamen kaldırırdı. Ancak *sui iuris* iseler kayyıma gerek duyulurdu, *aileni iuris* iseler *pater familias*'larının hâkimiyeti altında olurlardı. Kayyım akıl hastasının hem şahsı hem de malvarlığı ile ilgilenmek zorundaydı. Malvarlığı ile ilgili bütün muameleleri kayyım yapardı. Bu kayyımlığı da eski devirlerde şahıs üzerindeki mutlak hak olarak görmek mümkündür. Kayyımlığı daha 12 Levha Kanunu düzenleyerek akıl hastalarının agnatik akrabalarının kayyımlığı altında olduğu belirtmiştir (I. 1,23,3). Kayyım ve akıl hastası arasındaki ilişki klasik devirde vekaletsiz iş idaresinin *(negotiorum gestio)* hükümlerine tabiydi[84].

2) Müsrifler Üzerindeki Kayyımlık (Cura Prodigi)

Müsriflerin fiil ehliyeti sınırlı değildir. Ancak, müsrifin aile malvarlığını sorumsuzca harcamasına mani olmak üzere talep vukuunda *praetor* hacir kararı verirse, müsrifin en yakın agnatio akrabası kayyım tayin edilirdi (Gai. 1,53). Müsrifin şahsı üzerinde hakkı olmayan kayyım sadece onun malvarlığını idare ederdi. Müsrif kendisini borç altına sokmayan, hak devrini gerektirmeyen, kendisine hak kazandıran muameleleri tek başına yapabilirdi. TMK m. 406 israfı sebebiyle

---

83 Umur, Lügat, *tutela mulierum*; Hausmaninger-Selb, s. 172.

84 Kaser, s. 372.

kendisini ve ailesini muhtaç duruma düşüren reşit kişiye vasi tayin edileceğini belirtmektedir.

Müsrifler üzerindeki kayyımlık 12 Levha Kanunu tarafından düzenlenmekle beraber, D. 27,10,1 pr.'da, Ulpianus bunun başlangıçta gelenekler ile uygulamaya girdiğini belirtmektedir. Başka bir deyişle, 12 Levha Kanunu bu konuda yeni bir hüküm getirmiş değildir, kanun sadece geleneklerle ortaya çıkmış bir durumu yani örf ve âdet hukuku kuralını benimsemiştir. Ulpianus yine anılan metinde, akıl hastalarının sağlıklarını tekrar kazanıncaya ve müsrifin tekrar doğru davranmaya başlayıncaya kadar idaresi altında kalacaklarını, bu iki durum gerçekleşince kayyımın iktidarının *ipso iure,* yani hukuken kendiliğinden sona ereceğini yazmaktadır[85].

3) Ergen Küçükler Üzerindeki Kayyımlık (Cura Minorum)

M.Ö. II. yüzyıla kadar ergen küçükler fiil ehliyetini tam olarak kazanıyorlardı. Ancak, ergen hale gelmenin çocukların kandırılmalarını önleyemediği, bunların kendileri için zararlı olacak hukuki ilişkilere girdikleri görüldü. M.Ö. II. yüzyılda çıkarılan *lex Plaetoria*'ya dayanarak 14-25 yaş arasındaki bu küçüklerin korunması için *praetor*'ların bazı himaye vasıtaları tanımalarından sonra (bu konuda fiil ehliyeti bahsine bkz.) *minor* denilen ergen küçüklerin üçüncü kişilerle hukuki işlemlerini tereddüde mahal vermeyecek tarzda yapabilmeleri için kendilerine kayyım atanmaya başlandı. Gai. 1,198-200; D. 4,4,1,2. Kayyım esas itibariyle küçüğün *(minor)* başvurusu üzerine tayin ediliyordu. Zamanla kayyımların küçüğün malvarlığını da idare etmesi usulü yerleşmişti.

Kayyım tayini konusunda ergen küçüğün iradesinin mühim olduğu Iustinianus devrinde, küçüğün iradesi hilafına kayyım atanmadığı anlaşılmaktadır (I. 1,23,2).

Kayyımla kayyımlığı altındaki küçük arasındaki talepler vekaletsiz iş idaresi *(negotiorum gestio)* kurallarına göre halledilyordu[86].

Bunların dışında *praetor* gaiplere, cenine, güçsüzlere ve devamlı bir hastalığı olanlara da kayyım atayabilirdi (D. 3,1,4; D. 3,1,4,5). Sağır ve dilsizlerin de kayyımı olabiliyordu (D. 3,1,3,3; D. 50,4,1,4). Bkz. TMK m. 426/I, TMK m. 427/II bir kimsenin malını bizzat idare edemediği, vekil de tayin edemediği hallerde- vasi atanmasına gerek yok ise – sulh mahkemesinin kayyım tayinine mecbur olduğunu belirtilmektedir.

---

[85] Hausmaninger-Selb, s. 173, fiil ehliyeti kısıtlanmış müsrif üzerindeki kayyımlığın miras yoluyla elde etmiş olduğu aile malvarlığı ile sınırlı olduğunu belirtmektedir.

[86] Mayer-Maly, s. 18.

§ 10. Hukuki Olay, Hukuki Muamele

Hakların kazanılması ve kaybedilmesi bir üst kavram olarak, içinde alt kavramların yer aldığı hukuki olaylar vasıtasıyla gerçekleşir. Geniş anlamda hukuki olay, kendisine hukuk düzeni tarafından sonuç bağlanmış olaylardır. Bundan anlaşılacağı üzere her olaya hukuki sonuç bağlanmış değildir. Mesela denize yıldırım düşmesine hukuki sonuç bağlanamaz. Fakat bu yıldırım denizde seyreden sigortalı bir gemiye isabet ederse, hukuk bu tabiat olayına çeşitli sonuçlar bağlayacaktır. Bir insanın doğumu veya ölümü hukuk yönünden her zaman önemli olaylardır. Doğan insan kişiliğe ve hak ehliyetine sahiptir. Ölüm meydana gelince ise kişilik sona erer. Ölenin malvarlığı mirasçılarına intikal eder. Hukuki olay geniş anlamda kullanıldığı zaman bunun içine hem insan iradesinin ürünü olan olaylar hem de irade haricinde vuku bulan olaylar girmektedir. Ancak hukuki olay kavramı, çok defa dar anlamda kullanılmakta, insan iradesi dışında kalan hukuken önemli vakayı (doğum, ölüm, yıldırım düşmesi) ifade etmektedir[87].

Geniş anlamda hukuki olay içinde yer alan hukuki fiiller insanların davranışlarından oluşur. Kendilerine hukuki netice bağlanan insan fiilleri hukuki fiil adını almaktadır. Bu fiiller esas itibariyle insanların bilinçli hareketleriyle ortaya çıkmakla beraber, hukuk, istisnaen insanların bilinçsiz davranışlarıyla da (mesela, bir akıl hastasının başkasını yaralaması) ilgilenmektedir.

Hukukî fiil kavramı içinde hukuka uygun fiiller ve hukuka aykırı fiiller yer alır. Hukuka uygun fiiller içinde ise, dar anlamıyla hukuki fiiller[88] ve hukuki muameleler bulunmaktadır.

Hukuka uygun olmayan fiiller kendi içinde haksız fiil ve borca aykırılık olarak ayrılmaktadır. İnsan iradesiyle, yani prensipte kusurlu bir hareketiyle hukuk düzeninin izin vermediği, yasakladığı bir davranışta bulunursa, bir davranış kuralına muhalefet ederse haksız fiil işlemiş olur. Meselâ başkasına hakaret eden kimse haksız fiil işlemiştir. Buna karşılık bir muamelenin yüklediği vecibeye aykırı davranılmış, kurulmuş bir borç ilişkisinden doğan borçlar yerine getirilmemişse borcun ihlâli söz konusu olur. Meselâ satıcı sattığı atı teslim etmi-

---

87 Fırtınanın çıkmasıyla farklı kişilere ait buğday ürünlerinin karışması (TMK m. 776) veya belli bir sürenin geçmesi de hukukî olaydır.

88 Başkasına ait malzemeden, mesela üzümden sirke imal etmek (işlemek) hukuk bakımından önem taşır. Bu maddî fiile hukuk düzenlemesi (TMK m. 775) netice bağlamıştır. İkametgâh (yerleşim yeri) tesisi (TMK m. 19), bir eserin meydana getirilmesi gibi hallerde hukuk bir irade açıklamasına değil, insan fiiliyle dış dünyaya akseden değişikliğe sonuç bağlamaktadır.

yorsa veya alıcı kararlaştırılan semeni satıcıya vermiyorsa, borç ilişkisine aykırı davranılmış olur. Hukuk düzeni buna izin vermediği için bu tip davranışlar müeyyide ile karşılaşır. Hukuka uygun fiillerin en önemli kategorisini hukukî muameleler teşkil eder.

I. HUKUKÎ MUAMELE KAVRAMI

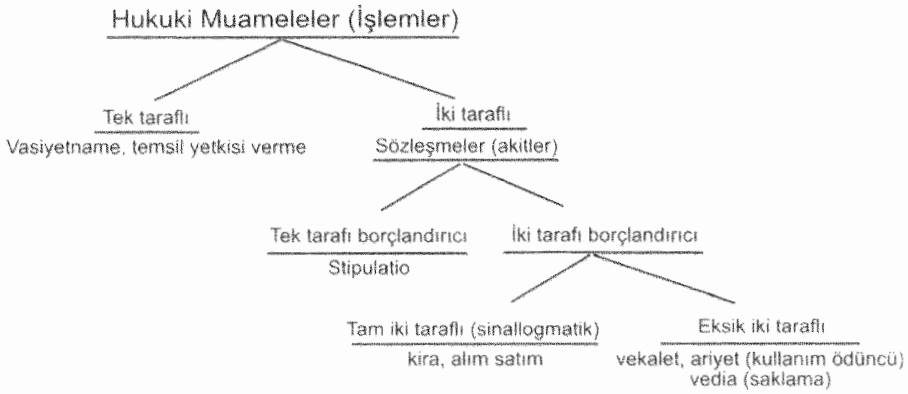
Toplum halinde yaşayan insanlar birbirleriyle olan hayat, özellikle ekonomik ilişkilerini geniş ölçüde hukukî muamelelerle sürdürürler. Kişilerin sahip oldukları haklar esas itibariyle Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku alanına giren işlemlerle sahip değiştirirler ve bu şekilde malvarlıklarını statik bir durumdan değişken hale gelir. Hukukî işlemlerle haklar elde edilir, borç altına girilir. Her hukuk düzeni muhatabı olan kişilere serbestçe tasarruf edebilecekleri bir alan sağlar ve kişiler bu alanı hukukî işlemler vasıtasıyla kullanırlar. Yapılan hukukî işlemlere hukuk düzeni belli neticeler bağlar ve bu işlemlerden elde edilen haklara hukukî koruma, himaye temin eder.

Hukukî olayların sistematize edilerek hukuki muamelenin bütün unsurlarıyla birlikte bir kavram halinde hukuk öğretisindeki yerini alması, yakın denilebilecek bir zamanda gerçekleşmiştir. XIX. yüzyılın Pandekt ilmî Roma kaynaklarını kullanarak hukukî muamele teorisini ortaya koymuştur.

Genel eğilimlerine uygun olarak Romalılar teorik açıdan izah etmemiş olmalarına rağmen hukukî muamelelerin önemini algılamışlar ve bu kavramın temellerini atmışlardır. Romalıların her zaman teknik anlamda olmasa bile, hukukî muamele için *actus* ve *negotium* kelimelerini kullandıkları ve *negotium gerere ve negotium contrahere* ibarelerine yer verdikleri görülmektedir. Ancak Romalılar hukukun soyut kavramlarına değil, somut muamelelerine itibar ettiklerinden somut muamele olarak alım-satım, âriyet v.s. ile daha fazla ilgilenmişlerdir, çünkü Romalı hukukçulara, bu muamelelerden doğan sorunlar hakkında görüşleri soruluyordu. Romalı hukukçuların özellikle akit tipleri için ortaya koydukları esaslardan hareket eden modern doktrin hukukî muamele kavramını bütün incelikleri ile işlemiştir[89].

---

[89] D. 45,1,83 pr. *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur: Stipulatio* borçlusu ile alacaklısı arasında bir hukukî muamele yapılmıştır.
Ayrıca bkz. D. 50,17,5; D. 44,7,2,1; D. 50,17,77, *actus legitimi*, yani şart kabul etmeyen muamelelerden bahsetmektedir. Schwarz, s. 230-233; Karadeniz-Çelebican, s.185; Umur, Ders Notları, s. 180-184; Heumann-Seckel, s. 365; Mayer-Maly, s. 85.



Hukukî muamelenin esası şudur: Bir kimse, arzu ettiği bazı hukuki sonuçların doğmasını isterse o yönde ki iradesini açıklar. Meselâ bir kira akti yapılırken, taraflardan birisi başkasının evinde oturmak diğeri bir miktar para almak şeklinde bir takım hukukî sonuçların doğmasını istemektedir. Yalnız, muamelenin geçerli sonuç doğurabilmesi için, açıklanan irade, hukuk düzenlemesinin bu konuda yetki veren bir kuralına dayanmalıdır.

Başka bir ifade ile, doğması istenen sonuçları, hukuk düzenlemesi uygun bulmalı ve himaye etmelidir. Yukarıdaki kirada para karşılığında başkasının evinden yararlanmayı, hukuk düzenlemesi kabul etmiştir. Böyle bir işin yapılmasını kabul değil yasak etseydi, iradeleri geçerli olmazdı. Meselâ hukuk düzenlemesi kadın ticaretini yasak ettiğinden, o yolda yapılan irade beyanları geçerli olmaz[90].

Hukuki muamele *(negotium iuridicium)* belli bir hukukî sonuca yönelmiş irade beyanı olarak tanımlanmaktadır[91]. Kişilerin bir hukukî sonuç elde etmeğe yönelen beyanlarıdır. Hukukî işlem bir hakkın veya hukuki ilişkinin tesisi, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması gibi bir hukuki neticeye varmak için bir veya birden fazla kişinin irade beyanında bulunmasını ifade eder[92]. Başka bir deyişle, hukukî muameleler bir hukuki sonucun elde edilmesine yarayan irade açıklamalarıdır.

---

90 Umur, Ders Notları, s. 185.

91 Maddî fiilleri, hukukî işlemlerden ayırmak gerekir. A; yanlışlıkla arpa tohumlarını B'nin tarlasına serpmiştir. Serpmeyle tohumlar B'nin mülkiyetine geçmiştir. A, serpme fiili ile tohumların mülkiyetini istem dışı kaybetmiştir. (Superficies solo cedit: Üst toprağa tabidir. krş. TMK m. 722).

92 Roma Hukukunda tek taraflı hukukî muameleler azdır. Bu nedenle Romalılar daha çok contractus (akit) üzerinde durmuşlardır. Nitekim Gaius (Gai. I., 3,91), borç olmayan konunun hata sonucu ifa edilmesi halinde, durumun aynî akde *(re contrahitur)* benzediğini, fakat aralarında fark bulunduğunu, çünkü *contractus*'ta hukukî neticeye yani bir borç ilişkisi kurmaya yönelmiş iradenin önemli olduğunu belirtmektedir.

Her hukuki muamele (vasiyetname, *stipulatio*, mülkiyetin naklî v.s.), mutlaka en az bir tane irade açıklaması içerir; bu açıklama vasıtasıyla hukuk düzeninin izin verdiği sonuca yönelen irade dış dünyaya yansır. İrade beyanı hukukî neticeye yönelmiş olan sübjektif unsurdur. Beyanda bulunan kişi, örneğin bir koyunun mülkiyetini elde etmek gibi bir neticeyi hedef almıştır. Bunun için önce bir alım-satım sözleşmesi yapılması ve koyunu teslim alması gerektiğini bilmektedir. Ancak kişide koyunu satın ve teslim alma iradesinin oluşması yeterli değildir. Hukuk kural olarak iç iradeyle ilgilenmez. Bu nedenle bu iradenin dış dünyaya yansımasının, herkes ama, özellikle iradenin muhatabı (koyunun satıcısı) tarafından öğrenilmesi gerekir.

Belli bir sonuç üzerinde oluşmuş irade, dış dünyaya bu iradenin anlaşılmasına yarayacak bir biçimde açıklanmalıdır, irade beyanı hukuki netice elde etmek isteyen kimsenin bir davranışıdır. Bir kimsenin hukuki sonuç elde etmeğe yönelmiş iradesini bir beyanla dış dünyaya yansıtması gerekmektedir. Bu irade açıklanınca hukuk düzeni bu iradeye netice (alım-satım, vasiyetname gibi) bağlar. Demek ki, koyunu beğenen ve kendisinin olmasını isteyen kimse bu alım-satım akdini yaptığı zaman, koyunun kendisine teslim edilmesi gerektiğini bilmekte ve istemektedir. Ancak alım-satım akdinin bu neticeyi doğurması için alıcının iradesi yetmemektedir, koyunu satacak kimsenin bu iradeyi öğrenmesi ve kabul etmesi şarttır. İradeler beyan edildikten ve uyuştuktan sonra hukuk düzeni buna tarafların düşündüğü veya düşünmediği tüm sonuçları bağlar. İradenin beyanı sarih (açık) veya zımni (örtülü) olabilir (TBK m. 1/II,m.6). Sarih (açık) irade beyanı iradenin dış dünyaya başka anlam taşımayacak şekilde belirtilmesidir. Bu, söz, yazı, hareket veya taraflar arasında kararlaştırılmış belli işaret vasıtasıyla gerçekleşebilir[93]. Bir beyanın anlamı beyan için kullanılan vasıtadan (söz, yazı veya işaret) açık olarak anlaşılıyor ve bu anlamı çıkarmak için beyanın yapıldığı sıradaki şartları araştırmak gerekmiyorsa, sarih irade beyanı var demektir[94]. A, B' nin kendisinden satın almak istediği koyunu çeyrek altına satın almaya hazır olduğunu B' ye söylüyor, B de iki gün sonra A' ya gönderdiği mektupla koyunu çeyrek altına satın aldığını bildiriyor. Burada A ile B' nin karşılıklı irade beyanlarıyla alım satım akdi meydana gelmiştir[95].

---

93 Meselâ taraflar susmanın, baş sallamanın veya parmak kaldırmanın kabul anlamına geleceğini önceden kararlaştırabilirler.

94 TBK 89 (önceki TBK 73), borcun yerine getirileceği yerin tarafların sarih (açık) veya zımnî (örtülü) arzusuna göre belirleneceğini söylemektedir. TBK m. 196 (önceki TBK 174/III) borcun nakline (üstlenilmesine) alacaklının sarih veya zımni olarak rıza gösterebileceğini belirtmektedir. TBK 235/3 (önceki TBK 211/III), TBK 476 (önceki TBK 361) sarih irade beyanını şart koşmaktadır.

95 Bir lokantada yemek ısmarlayan kimse, bu yemeğin parasına ödeyeceğine ilişkin beyanda bulunmuştur.

İradenin açık olarak beyan edilmesine yarayan vasıtalar dışında dış dünyaya akseden irade zımni (örtülü) olarak açıklanmış olur. Hukuk düzeni iradenin mutlaka açık olarak beyan edilmesini aramamışsa, hukuki muamele zımnî irade açıklamasıyla da oluşabilir. Açık bir beyan olmamakla beraber, hal ve şartlardan hukukî muamele iradesinin mevcut olduğu çıkarılıyorsa, iradenin zımnî olarak beyan edildiği kabul edilir. Netice çıkarılabilmesi mümkün fiillerden *(facta concludentia)* yararlanılabilir; bunların türü, uygulamadaki kullanımı ve diğer vakıalar dikkate alındığı zaman belli bir içeriği olan irade beyanının mevcut olduğu sonucuna varılabilir. Bunlar kanaat edindirici olgulardır. Örnek, satılık malı sergide görüp bir şey söylemeden parasını verip almak. Ismarlanmadan gelmiş olan bir ders kitabının sayfaları açılırsa veya fiyatının ilk taksidi ödenmişse zımni irade beyanı ile alımsatım akdi meydana gelmiş olur. Eğer mirasçı ölenin bazı borçlarını öderse bundan mirası reddetmediği sonucu çıkarılabilir[96]. Susmak (sükût) esas itibariyle hukuk yönünden bir anlam taşımaz. Ancak muamelenin niteliğinden veya yapıldığı şartlara göre açık bir beyanın beklenmediği hallerde susmak *(tacere)* irade beyanı yerine geçebilir[97].

Susmak, aslında anlam ifade etmeyen bir tutum olduğundan, olumlu veya olumsuz bir irade beyanı olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak bazı şartlar susmaya (sükût) bir anlam verebilir. Eğer kanunen itiraz etmesi gereken bir hususda, ilgili hiçbir şey söylemiyorsa, kabul etmiş sayılır[98].

---

96 Romalılar taraf iradesine ihtiyaç olmadan kendiliğinden doğan bazı sonuçları muhtemel, zımni iradeyle izah ederlerdi. D. 20,2,4 pr.'da. Neratius şehirdeki bir eve kiracının getirmiş olduğu mallar üzerinde kiraya verenin sahip bulunduğu rehin hakkını tarafların zımni anlaşmasına dayandırmaktadır. D. 19,2,13,11'de Ulpianus hasılat kirasının süresi bittiği halde tarafların susması durumunda kira akdinin yenilendiğini söylemekte ve susma vakıasından kira akdinin uzaması konusunda irade uygunluğu bulunduğu neticesini çıkarmaktadır *(...hoc enim ipso, quo tacuerunt consensisse videntur...)*

Mancipatio ve in iure cessio'da malı devralacak kimse konuşmakta, malı devredecek olan ise susmaktadır. Bu susma zımni kabul mahiyetindedir.

97 TBK m.6, akit yapma teklifinde (bunun için teknik terim olarak öneri (icap) kelimesi kullanılır) bulunan kimsenin gerek işin özel niteliği gerekse durum icabı açık bir kabulü beklemek zorunda olmadığı hallerde, teklif uygun bir müddet içinde reddedilmemişse sözleşmenin oluşacağını belirtmektedir.

98 Umur, Ders Notları, s.186.

TBK m.387'nin konusu vekalet aktinin meydana gelmesidir: Vekil, verilen işi görme konusunda kamusal bir niteliğe sahipse veya işin yapılması mesleği gereği ise veya bu gibi işleri kabul edeceği duyurusu yapmışsa, vekilliği hemen reddetmezse, kabul etmiş sayılır.

Örnek: A, B' ye yazdığı mektupta evindeki halıyı B' ye hediye ettiğini bildirmişse, B' nin açık kabulünü aramaya gerek yoktur, susan B hediyeyi dolayısıyla bağışlama akdini kabul etmiştir[99].

Bazen hukuk düzeni belli bir kimseye itiraz etme mükellefiyetini yükler. Eğer bu kimse itiraz etmezse kabul etmiş sayılır[100].

II. HUKUKİ MUAMELENİN UNSURLARI

Hukuki muamelelerin iki temel unsuru vardır: Hukuk düzenlemesinin uygun gördüğü ve koruduğu hukuki sonuç veya sebep (iusta causa) ve irade beyanı.

1) Muamelenin Esaslı Unsurları (Essentialia Negotii)

Esaslı unsurlar bir hukuki muamelede mutlaka bulunması gereken, bulunmadıkları takdirde hukuki muamelenin oluşumuna engel olacak unsurlardır. Mesela bir alım-satım akdinde tarafların mutlaka satılan mal ve ödenecek para (semen) üzerinde anlaşmaları lazımdır. Bu anlaşma akdin niteliğini ortaya koyar.

2) Muamelenin Arızî Unsurları (Accidentalia Negotii)

Bir hukuki muamelede hukukun kendiliğinden bağlayacağı sonuçları değiştiren ve taraf iradesine dayanan unsurlardır. Borçlunun sorumluluğunun ağırlaştırılması, hasarın satıcıya ait olacağının kararlaştırılması, tarafların muameleye ilave edebilecekleri unsurlardır. Muameleye ilave edilen şart veya vade de arızi unsurlar kategorisine girer.

3) Muamelenin Tabiî Unsurları (Naturalia Negotii)

Bunlar için taraf iradesine ihtiyaç duyulmaz. Taraflar bu konuda beyanda bulunmasa bile hukuk düzeni bu sonuçları hukukî muameleye *ipso iure* (kendiliğinden) bağlar. Bir akitte borçlunun mücbir sebep

---

99 D. 2,14,2'de Paulus; anlaşmaların zımni irade uyuşmasıyla da meydana gelebileceğini belirttikten sonra, bunu bir örnekle açıklıyor; Alacaklı borç senedini borçluya geri vermişse, hukuken bunun anlamı tarafların alacağın istenmeyeceğini kararlaştırmış olmalarıdır.

100 D. 50,17.142'de Paulus susan kimsenin ikrar etmiş olmadığını, fakat inkâr da etmediğinin bir gerçek olduğunu ifade etmektedir. Susmakla ilgili bazı hukuk özdeyişlerini belirtelim:
Silentium non est consensus, nisi lex iubet. Kanun konuşmayı emretmişse, susmak kabul etmek değildir.
Is qui tacet non fatetur, sed nec utique negare videtur. Susan kimse kabul etmiş değildir, fakat reddetmiş olarak da kabul edilemez.
Qui tacet consentire videtur. Susan kimse kabul etmiş sayılır.
Bu sözler yukarıda bahsettiğimiz TBK 6'nın öngördüğü gibi anlaşılmalıdır.
Hukukî muamele kavramı için bkz. Umur, Ders Notları; s. 184 vd.

halinde sorumlu tutulmayacağı, satıcının maddi ayıplarından doğan sorumluluğu, iki taraflı akitlerde tarafların edimlerini kural olarak aynı anda ifa etme mecburiyeti gibi. Dikkat edilirse bu hususlar tarafların aksini kararlaştırabilecekleri *ius dispositivum* denilen yedek hukuk kurallarına ilişkindir. Bu konuda taraf iradesi mevcut değilse, hukuki muameleye bu kurallar kendiliğinden ve hukuk düzenindeki haliyle uygulanır (D. 19,1,11,1)[101].

III. HUKUKİ MUAMELELERİN AYIRIMLARI

1) *Borçlandırıcı Muameleler -Tasarruf Muameleleri – Kazandırıcı Muameleler*

Bu ayırım muamelelerin malvarlığına yaptığı etki yönünden yapılmaktadır.

Borçlandırıcı (iltizami) hukuki muameleler borç ilişkisine *(obligatio)* taraf olanlardan en az birisini borç altına sokan, onu belli bir davranışta bulunmaya zorlayan, borç ilişkisinin konusunu (edim) ifa etmeyi öngören işlemlerdir. Mesela alım-satım, *stipulatio.* Bu muameleler malvarlığının pasifini çoğaltırlar.

Ancak burada bir hakkın devri söz konusu değildir, alacaklı borçluya karşı sadece bir alacak hakkı kazanır. Kural olarak borçlandırıcı işlemler sözleşmelerle olur. Kira sözleşmesi yapılınca, borçlanma ortaya çıkar; kiraya veren kiracının malını kullanmasını örneğin evinde oturmasını sağlamak, kiracıda kullanma ücretini (kira bedelini) ödenecek borç altına girer.

Tasarruf muameleleri ise hak durumunda doğrudan doğruya değişiklik meydana getiren işlemlerdir. Bunlar bir hakkın devri *(mancipatio, traditio* ile mülkiyetin nakli gibi), bir hakkın sona erdirilmesi (kölenin azat edilmesi, alacağın ifasının kabulü gibi) veya bir hakka külfet yüklenmesi (bir gayrimenkul üzerinde irtifak tesisi, rehin hakkı kurulması gibi) şeklinde olabilir. Bu şekilde tasarruf muamelesi malvarlığının aktif kısmını azaltır.

Tasarruf anında varolan mutlak veya nisbî (şehsi) haklar devredilmiş değiştirilmiş veya sona erdirilmiş olur.

Tasarruf muameleleri çok defa borçlandırıcı muamelelerden doğan borçların yerine getirilmesi için yapılırlar. Bir kasaba giderek bir kilo et aldığımız zaman borçlandırıcı muamele ile tasarruf muamelesi

[101] Mayer-Maly, s. 109; Umur, Lügat, *essentialia negotii, accidentalia negotii, naturalia negotii.*

aynı anda cereyan ettiğinden iki muamelenin varlığını farketmeyiz; hem borçlandırıcı işlem (olayda alım-satım) hem de tasarruf muamelesi (olayda kasabın eti teslim etmesi ve müşterinin de parayı ödemesi) aynı zamanda yapılmıştır. Bu iki muamelenin aynı ana isabet etmemesi günlük hayatta yine çok görülür. Kasaba gidip 1 kilo etin parasını ödeyerek evinize gönderilmesini söylediğiniz zaman, borçlandırıcı işlem olan alım-satım ile kasap yönünden etin teslimi, yani tasarruf işlemi farklı anlarda gerçekleşmiş olur. Etin mülkiyeti, kasabın yaptığı mülkiyeti geçirme muamelesi yani bir tasarruf işlemi sonunda müşteriye geçmektedir[102].

Kazandırıcı muamele bir kimsenin diğerine, malvarlığına giren bir menfaat kazandırmasını ifade eder. Kazandırma esas itibariyle ya bir borçlandırıcı muamele ya da bir tasarruf muamelesiyle gerçekleşir. B, A' ya *stipulatio* ile 10.000 vermeyi taahhüt etmişse, bu borçlandırıcı muameleyle A' nın malvarlığına bir alacak hakkı girmiştir. B, *traditio* (teslim) muamelesiyle A' ya bir koyun verirse bu muamele A için kazandırıcı, iktisap ettirici bir işlemdir, çünkü bu şekilde A' nın malvarlığına koyun üzerindeki mülkiyet hakkı girmiş olmaktadır. B' nin mülkiyet nakli muamelesi bir tasarruf işlemidir. Bunun sonunda da A mülkiyeti kazanmaktadır. Kazandırıcı muameleler belli bir amacın gerçekleşmesi için yapılırlar. Bu amaca *causa* (hukukî sebep) denmektedir. Başkası lehine kazandırmaların esas itibariyle üç sebeple yapıldığı görülmektedir. Bu üç sebebi İsviçre-Türk hukuku da kabul eder:

– *Causa solvendi* bir borç ilişkisinde yer alan edimin ifa edilmesi halinde mevcuttur. Kazandırmada bulunan kişinin veya üçüncü bir kişinin borcu ifa ediliyorsa, kazandırıcı muamelenin hukuki sebebi *causa solvendi*'dir. En sık rastlanan sebep budur. Alım-satım akdinde satıcının sattığı atı devretmesi *causa solvendi* (ifa sebebiyle) yapılan bir kazandırmadır. Alıcının da semeni ödemesi böyledir.

– *Causa credendi,* bir alacak hakkı elde etmek için yapılan kazandırmaların sebebidir. Bir kimseye 10.000 borç veren kişi bu tüketim ödüncü (TBK m.386) (karz) akdini alacak hakkı elde etmek, onu kendisine borçlandırmak için yapmaktadır.

---

[102] Borçlandırıcı muamele – tasarruf muamelesi farkı Roma hukukunda teorik yönden belirtilmiş değildir. Ancak kökeninde Roma hukuku bulunan Kara Avrupa'sı kanunları ve öğretisi Roma Hukukunun bu konudaki dağınık kurallarından faydalanarak bu önemli ayırımı medeni hukukun âdeta temeli haline getirmiştir. Borçlandırıcı muamelelerin neticeleri daha ziyade Borçlar Hukukunda, tasarruf muamelelerinin hükümlerinin hükümleri ise daha çok Eşya Hukukunda düzenlenmiştir.
Tasarruf anlamında Romalıların kullandığı *alienatio* (fiil olarak *alienare*) bir malın veya hakkın devrini, tesisini ifade ederdi. Mesela D. 50.17,205; D. 50,17,165; D. 50,16,28pr.; D. 42,8.1,2; C. 5,23,1; Umur, Lügat, *alienatio;* Heumann-Seckel, s. 27.

– *Causa donandi,* ivazsız kazandırmaların hukuki sebebidir. Burada kazandırıcı muameleyi yapan bir karşılık elde etmemektedir. Bağışlama *causa donandi* ile yapılan bir kazandırmadır. Burada ne karşı taraftan hak elde etmek ne de borcu yerine getirmek amacı vardır.

Bunlara causa mortis de ilave edilebilir. Vasiyetname causa mortis sebebiyle düzenlenir. Bu sebep ıvazsız (karşılıksız) kazandırmaya çok yakındır.

2) Tek Taraflı Hukukî Muameleler - İki Taraflı Hukukî Muameleler

Bu ayırım hukukî muamelenin (işlemin) oluşması için gerekli olan irade beyanı sayısı yönünde yapılmaktadır.

Tek taraflı hukukî muamelelerde hukuki sonucun meydana gelmesi için tek bir kişinin irade beyanı yetmektedir. Vasiyetname, azat etme, mirasın reddi, bugün ilân suretiyle vaad (TBK. 8) tek taraflı hukuki muameledir.

İki taraflı hukukî muameleler, yani akitlerin oluşması için birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarına ihtiyaç vardır. Akitlerin meydana gelmesini sağlayan unsur *consensus*'tur, yani irade uyuşmasıdır. Tarafların irade uyuşması âdeta tek bir irade gibi görünür (D. 2,14,1,3). Bu irade uyuşması açık veya zımni beyanlarla gerçekleşebilir. Romalılar beyanın iradenin öğrenilmesinde bir vasıta olduğunu, bir sözleşmenin meydana gelmesi için iradelerin uyuşması, yani *consensus*'un bulunması gerektiğini düşünürlerdi.

Ius civile'de akit kavramını karşılayacak terim *contractus*'tur. *Contractus* Roma hukukunda sadece bir dava ile takip edilebilen ve Roma akitler sisteminde yer alan sözleşmeleri ifade ederdi. Klasik devrin hukukçusu Gaius (Gai. 3,88) borçların *(obligationes)* kaynaklarından bahsederken bunların ya akitlerden *(contractus)* ya da haksız fiillerden *(delictum)* doğduğunu belirtmektedir. Buna karşılık yine bir irade uyuşmasını ifade eden *pactum* terimi *contractus* dışında kalan, *ius civile* tarafından kendilerine borç doğurucu etki tanınmamış olan anlaşmalar için kullanılırdı[103]. Borçlar Hukukunda görüleceği üzere

---

[103] *Contractus* kelimesinini türetildiği *contrahere* fiili bazen haksız fiil işlemeyi de içine alacak şekilde kullanılmaktaydı (D. 1,3,1; D. 26,7,57 pr; D. 12,5,2,2). Daha dar anlamıyla *contrahere, contractus* bir borç münasebeti kurmaya yönelmiş hukukî muameleyi anlatır. (D. 5,1,20; D. 2,14,1,3). Bu son metin *contractus*'un özünü tarafların irade uyuşmasının oluşturduğunu belirtmektedir. *Pactum* kelimesi uzlaşmak, anlaşmak anlamına gelen *pacisci* fiilinden türetilmiştir. Bazen *pactio* olarak da kullanılmaktaydı. Geniş anlamıyla her türlü anlaşma *pactum* kelimesiyle ifade edilirdi. (D. 2,14,1,2; D.

praetor'ların faaliyetiyle *pactum*'lara aşamalı olarak hukuki himaye sağlanmıştı. Roma hukukunun akitleri esas itibariyle Borçlar Hukukuna girer. Nitekim, akitlerin ana kuralları İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda ve İtalyan Medeni Kanunu'nun borçlar kısmında düzenlenmiştir. Aslında Roma'da akit değil, akitler vardır. Her contractus'un kendine özgü bir adı vardır. Romalılar hukukta somut olgularla ilgilendiklerinden onlar için alım-satım, kira, vekalet, *stipulatio* v.s. mevcuttur. Romanist bilim bu münferit akitlerden genel kurallar çıkarmaktadır. Roma hukukunun akitlerle ilgili kuralları başta alım-satım olmak üzere rızaî akitler alanında ortaya çıkmıştır. Bugün icap ve kabul denilen iki irade beyanının uyuşmasıyla meydana gelen sözleşmenin kökeni tabiî hukuktadır (Grotius)[104].

Akitler; Müşterek Hukuk'tan itibaren kendi içlerinde iki taraflı akit ve tek taraflı akit olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırım akitte her iki tarafın da borç altına girip girmemesine göre yapılmaktadır. İki taraflı akitler ise tam iki taraflı (*sinallagmatik*) ve eksik iki taraflı olmak üzere yine ikiye ayrılmaktadır:

Tek taraflı akitler de *(contractus unilaterales)* iki taraflı hukuki muamele olduğu halde, taraflardan sadece biri borç altına girmektedir. Roma hukukunda *stipulatio,* tüketim ödüncü (karz) akdi ve bağışlama *pactum*'u *(pactum donationis)* tek taraflı akdin örnekleridir. Türk Hukukunda bağışlama vaadi, sözü (TBK 288), kefalet (TBK 581 vd.) zamanımızın örnekleridir.

İki taraflı akitlerde *(contractus bilaterales)* tarafların her biri alacaklı veya borçlu olabilir: Tam iki taraflı akitlerde *(contractus bilaterales aequales)* her iki taraf da borç altına girmektedir. Daha yerinde bir ifade ile bu akitlerde karşılıklı edimlerin mübadelesi, el değiştirmesi öngörülmüştür. Alım-satım, kira ve isimsiz akitlerin *(contractus innominati)* örnek verilebileceği bu gruba sinallagmatik akitler de denmektedir. Bu akitlerdeki karşılıklı edimler hem doğuş hem de fonksiyon bakımından birbirinden ayrılmaz niteliktedir. Bunlardan birinin doğuşu imkansız hale geldiği takdirde kural olarak diğeri de doğmaz veya sona erer. Sinallagmatik akitlerde karşı edimi talep eden taraf, mutlaka kendi edimini önce ifa etmek veya ifasını teklif etmek zorundaydı, aksi takdirde karşı taraf edimini yerine getirmeyebilirdi (TBK 97).

50, 12, 3 pr.). D. 2, 14,7, 7'de Ulpianus *preator*'un yapılmış *pactum*'ları himaye edeceğini söylediğini belirtmektedir. Yukarıda vurgulandığı gibi dar anlamda *pactum, contractus*'un zıddı olarak dava ile himaye edilmeyen anlaşmalar için kullanılırdı. Heumann-Seckel, s.400.

104 D. 50,16,219: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit:* Anlaşmalarda tarafların kullandıkları kelimelerden çok iradelerine bakılmalıdır.

Eksik iki taraflı akitlerde *(contractus bilaterales inaequales)* bir taraf daima borç altındadır, diğer taraf ise borç altına girebilir. Başka bir deyişle burada karşılıklı edimlerin değiş-tokuşu söz konusu değildir. Roma hukukundan ariyet akdi, vedia akdi ve vekalet akdi örnek verilebilir. Bu akitlerde ariyet alan, vedia alan ve vekil daima (esas) borçludur. Ariyet veren, vedia veren ve vekalet veren bazı hallerde borçlanır. Başka bir deyişle onların borcu muhtemel borçtur. Ariyet veya vedia alınan mal sebebiyle zarara uğranılmışsa, masraf yapılmışsa, ariyet veren veya vedia veren de bunları ödemek borcu altına girer. Bu akitlerde daima borçlanan kişiye karşı açılacak davalara *actio directa,* bazen borç altına girecek tarafa açılacak davalara da *actio contraria* denir. Önce bir taraf mutlaka borç altına girer (ana borç). Belli şartlar altında karşı borç doğar.

3) Sağlararası Hukukî Muameleler - Ölüme Bağlı Hukuki Muameleler

Sağlararası yahut yaşayanlar arasındaki hukukî muameleler *(negotia inter vivos)* hükümlerini muameleye taraf olanların hayatında doğururlar. Alım-satım, bağışlama gibi işlemler bir kimsenin yaşamı sırasında etkilerini gösterir. Hukukî işlemden doğan borç, kural olarak borçlunun mal varlığından ödenir.

Ölüme bağlı hukukî muamelelerin, işlemlerin *(negotia mortis causa)* neticeleri tasarrufta bulunanın ölümünden sonra ortaya çıkacaktır. Vasiyetname, ölüme bağlı bağışlama *(donatio mortis causa)* gibi muameleler, bu muameleyi yapan kimsenin malvarlığını ölümünden sonra etkileyecektir. Bunun şartı muameleden yararlanacak kimsenin muameleyi yapan kimse öldüğü zaman hayatta bulunmasıdır. Günümüzde vasiyet (TMK m. 531) ve miras sözleşmesi (TMK m. 545) ölüme bağlı muamelelerdir.

4) İvazlı Hukuki Muameleler - İvazsız Hukuki Muameleler

Karşılıklı edimlerin değiştirilmesine, mübadelesine yönelen muameleler, mesela alım-satım, trampa vs. ivazlı muameleler olarak adlandırılır.

Buna karşılık bir kimse bir muamele ile sadece kazandırmada bulunuyor, karşılığında bir şey elde etmiyorsa (mesela bağışlama) ivazsız muamele söz konusu olur[105].

5) Sebebe Bağlı Hukuki Muameleler - Sebebe Bağlı Olmayan Hukuki Muameleler

Sebebe bağlı (illi) muamelelerin geçerliliği, sebebin geçerliliğine bağlıdır. Sebep, hukuki muamelenin vazgeçilmez bir unsuru haline getirilmiştir. Bu kategoriye giren muamelenin amacı, yani hukuki sebep *(causa)* işlemden anlaşılır. Sebep yoksa, imkânsız ise veya geçerli değilse hukuki muamele de kendisinden beklenen sonucu meydana getirmez. Alım-satım akdinin amacı, mal ile paranın mübadelesidir. Satılan mal zaten alıcıya ait ise, bu alım satım akdi geçerli değildir. Roma hukukunda akitlerin hemen hepsi, klasik dönemde *traditio* (teslim) sebebe bağlı muamelelerdi.

Borçlandırıcı işlem olan sözleşmeler, ekseriya bir tasarruf işleminin sebebi olarak, tasarruf işleminin yapılması yükümlülüğünü getirir.

Sebebe bağlı olmayan soyut (mücerret) hukuki muameleler, yöneldikleri amacın (sebebin) varlığından, imkânsızlığından veya geçersizliğinden etkilenmeyen muamelelerdir. Bu muamelelerin de bir sebebi mevcuttur, fakat hukuki muamele ile sebebi arasındaki bağ âdeta koparılmıştır. Mücerret bir muameleden dolayı alacaklı olan kimse, açtığı davada sadece muamelenin geçerli olarak meydana geldiğini ispatla yetinir, kendisinden sebebe bağlı bir muameleden dolayı açılan davalardan farklı olarak hukuki muamelenin sebebinin ispatı istenemez.

Roma Hukukunun genel akdi diyebileceğimiz *stipulatio* hem illi (sebebe bağlı) hem de mücerret olarak düzenlenebilirdi. Yapılan *stipulatio*'da borçlu «yapılan alım-satımdan doğan 100.000.000 lira borcumu vermeği taahhüt ediyorum» şeklinde borç altına girmişse, *stipulatio* sebebe bağlı olarak yapılmıştır. Burada taahhüt edilen para borcunun alım-satımdan doğduğu belirtilmiş olmaktadır. Şimdi bu alım-satım herhangi bir nedenle geçersiz ise, *stipulatio*'dan da borç doğmaz. *Stipulatio* «sana 1.000 vermeyi taahhüt ediyorum» şeklinde yapılmışsa, bu borç mücerret borç ilişkisine dayanmaktadır, çünkü bu *stipulatio*'da

---

[105] İvazsız kazandırmalarda amaç, sadece lehine kazandırmada bulunulanın zenginleşmesidir. Romalılar ivazsız muamelelerin *ex causa lucrativa* (kazanç sağlama sebebiyle) yapıldıklarını söylerlerdi. D. 19,1,13,15; D. 44,7,17. Romalılar *negotium* kelimesini daha çok ivazlı muameleler için kullanılırlar ve bağışlamayı *(donatio)* bu kavramın içine sokmazlardı. Bkz. D. 24,1,58 pr. Heumann-Seckel, s.365-366.

borçlanmanın sebebi açığa çıkmamaktadır. Bu *stipulatio* alım-satım, bağışlama vs. gibi bir sebeple yapılmış olabilir. Bu borcun alacaklısı alacağını almak için dava açtığında borcun hangi sebepten doğduğunu kanıtlamak zorunda değildir. Ancak borçlu bu sebebin muteber olmadığını iddia ediyorsa, bunu kendisi ispat etmeliydi[106].

Klasik devirde mülkiyetin devrine yarayan *mancipatio ve in iure cessio* mücerret muamelelerdi. Mülkiyetin hangi sebebe (mesela alım-satım, bağışlama) dayanarak geçirildiği muamelenin muhtevasından anlaşılmazdı ve bu mülkiyeti nakil muamelelerin sebebini teşkil eden borçlandırıcı muameleler geçerli olmasa bile mülkiyet geçerdi. Bu durumda mülkiyeti geçerli bir sebep olmaksızın elde etmiş bulunan kimseye haksız iktisap davası *(condictio)* açmak gerekirdi. Buna karşılık *traditio* klasik devirde sebebe bağlı bir muameleydi[107].

6) Şekle Bağlı Olan Muameleler - Şekle Bağlı Olmayan Muameleler

Hukuki muamelenin meydana gelmesi için gerekli olan irade beyanının belli bir biçimde dış dünyaya aksetmesini hukuk düzeni emretmişse, şekle bağlı irade beyanı ve dolayısıyla şekle bağlı hukuki muameleden bahsedilir. Bu şekle riayet etmeme muamelenin geçersiz sayılması sonucunu doğurur. Hukuki işlemin şekli, işlem için gerekli irade veya iradelerin belli araçlarla ve usullerle açıklanması gerektiğini belirtir. Şekle uyulmazsa, hukuki muamele geçerli olmaz. Buna karşılık hukuki sonuç doğurmaları için şekil gerekmiyorsa, şekle bağlı olmayan hukuki işlemler söz konusu olur (alım-satım, kira).

Bütün kavimlerin ilkel dönemlerinde olduğu gibi *ius civile* devrinde, hatta klasik devrin başlarında ancak belli şekle ve merasime

---

[106] Schwind, s.261; Hausmaninger – Selb, s.281-282. Sebebin zikredilmediği *stipulatio*'dan dolayı dava açıldığında, sebebin mevcut veya geçerli olmadığı davalı tarafından bir *exceptio doli generalis* (geniş anlamda hile defi) ileri sürülürdü, yani sebep gerçekleşmediği halde dava açmanın iyi niyete ve dürüstlüğe aykırı olduğu belirtilirdi (Gai. 4,116).
Mücerret (soyut) *stipulatio*, mücerret borç vaadi karakterini postklasik devirde kaybetmiştir. Roma hukuku Avrupa'da İmparator Iustinianus'un hazırladığı *Corpus Iuris Civilis* içindeki şekliyle iktibas edildiğinden XIX. yüzyıla kadar mücerret borç ikrarı uygulamada görülmemiştir. Kanunlaştırma hareketleri sırasında BGB 780, Code Civil (Fransız TMK) 1132, OR 17 mücerret borç vaadini düzenlemiştir. TBK m.18'de "Borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanıması geçerlidir" (önceki TBK 17'de borcun sebebi başlığı altında, "borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile borç ikrarı muteberdir") denmektedir. Ticaret Kanunumuzda düzenlenmiş olan bono, çek ve poliçe tanzimi mücerret muamele olarak öngörülmüştür.

[107] Apathy-Klingenberg-Stiegler, s.86-87; Honsell, s.54, 56. İsviçre-Türk hukukunda gayrimenkul mülkiyetinin devri (TMK m. 1023) illidir. Buna karşılık menkul mülkiyetin devrinin ve alacağının temlikinin mücerret veya illi olduğu tartışmalıdır.

uygun olarak yapılan muamelenin hüküm doğuracağı esası hâkimdi. Bu dönemde şekil hukuki muameleye ilave edilen bir unsur değil, gerçek anlamda sıhhat şartıydı. Ancak bu şekil vasıtasıyla muamele hukuki yönden varlık ve geçerlilik kazanırdı. Aslında istenilmeyen bir muamelenin şekli yerine getirilmişse neticeler doğardı, başka bir deyişle muamelenin hükümleri iradeden değil aranan şekle uyulmasından doğmaktaydı. Hukuk düzeninin aradığı şekle uygun davranıldığı takdirde muamele oluşur, iradeye fazla önem verilmezdi[108]. Sadece şekil borç altına sokar ve dava açmak imkanı verirdi. Roma hukukunun şekilleri belli ve merasimli kelimeleri söylemek *(stipulatio)*, şahitler huzurunda belli kelimeleri kullanarak devredilecek mala elle veya değnekle dokunmak *(mancipatio)*, *magistra*'nın muameleye katılarak onaylanması *(in iure cessio)* tarzında gerçekleştirilmekteydi.

Yukarıda değinilen *mancipatio, in iure cessio ve stipulatio* Roma'nın en eski devirlerden gelerek uzun süre uygulamada olan ve anılan şekillerin belirginleştiği Roma'ya özgü anlayışı yansıtan muamelelerdi. Bu işlemler, değişik amaçlar için tadil edilmek suretiyle Roma Hukukunun her alanında kullanılmaktaydı[109]. Maden külçesi ve teraziyle yapılan muamelelerin *(negotia per aes et libram)* bir örneği olan *mancipatio* başlangıçta gerçek, merasimli bir alım-satımdı. Malı satan ile alan, bir terazi taşıyan ve 5 Romalı ergen tanık biraraya gelirdi. Satılan mal tanıklar huzurunda terazide tartılan bakır külçesiyle değiştirilirdi. Basılmış para ortaya çıktıktan sonra alım-satım ile *mancipatio* birbirinden ayrıldı, *mancipatio* sebebinden bağımsız bir mülkiyeti nakil muamelesi haline geldi. *In iure cessio, magistra* önünde farazî bir dava ile gerçekleştirilen işlemdir. *Magistra* önünde hak iddia eden davacı rolünü oynar, hak devreden ise davalı gibi davranır. Hakkı devralacak olan hakkın kendisine ait olduğunu ileri sürer, dev-

---

[108] Buna «iç şekilcilik» denmektedir. Umur, Ders Notları, s. 188; Honsell, s. 30. Bu anlayışa göre hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş olan davranışın şekle bağlı olmaması mümkün değildi. Bunun sebebi ilk devirlerde hukuk tatbikatının rahiplerin elinde bulunuşudur. Dini işlerde merasimli ve belli şekillerde davranmak gerektiği gibi, hukukî fiillerde de böyle hareket edilmeliydi. Honsell, s.10. Öngörülmüş şekle uyularak yapılan hukukî muamelelerin varlığının tartışılması imkansız hale geldiği gibi şekle bağlı muamelelerde *(negotia stricti iuris)* hâkimin takdir yetkisi âdeta yoktu. Muamele hile veya tehdit altında yapılmış olsa bile, *ius civile*'ye göre geçerliydi (Ancak *praetor*'un faaliyetiyle hile ve ikrah dikkate alınabilir hale gelmiştir). Şekilci muameleler özellikle *stipulatio* sözleşmesi, kullanılan kelimelere göre yani lafzı itibariyle değerlendirilirdi. Kelimelerin objektif olarak yorumlandığını söylemek yanlış olmaz.

[109] Örneğin *mancipatio*, baba hâkimiyetinden çıkarmak *(emancipatio)*, evlat edinmek *(adoptio)*, evlenilen kadını *manus* (hâkimiyet) altına sokmak *(coemptio)* gibi farklı amaçlar için uygulanıyordu. *In iure cessio* mülkiyetin naklinde, irtifak haklarının tesisinde ve sona erdirilmesinde, azat etmede kullanılmaktaydı. *Stipulatio* ibra *(acceptilatio)*, yenilenme *(novatio)*, kefalet *(fideiussio, fidepromissio)* gibi hallerde tatbik alanı bulmakta idi. Kaser, s. 414-415, 538-539.

reden bunu ya açıkça kabul eder ya da susar. Muamelenin önünde cereyan ettiği *magistra* bunu onaylar ve muamele beklenen neticeleri doğururdu. Alacaklı haline gelecek kimsenin belli kelimelerle sorduğu suale (bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?) ayın kelimeleri kullanarak borçlunun olumlu cevap vermesiyle oluşan sözlü akde *stipulatio* denmektedir. *Stipulatio* bazı değişikliklere uğramasına rağmen varlığını en son devirlere kadar sürdürmüştür. Bu muameleler hakkında geniş bilgi Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku derslerinde verilecektir. Eski devirlerden itibaren bazı muamelelerde şekil sadece işlemin yapılmasında değil, ortadan kaldırılmasında da aranıyordu. *Contrarius actus* (zıt muamele) örneği olarak *in iure cessio* ile kurulan intifa hakkının yine *in iure cessio* ile sona erdirilmesi, *stipulatio*'nun yine soru ve cevap ile ortadan kaldırılması *(acceptilatio)* gösterebilir[110].

Sözü edilen iç şekilciliğin klasik devirden itibaren azalarak dış şekilciliğin düşünülmeye başlandığı görülmektedir. Özellikle irade, hukuki sonuç doğurmada önem kazanmaya başladıktan sonra şekil işlev değiştirdi. Artık şeklin daha çok hukuki muameleyi yapan tarafları iyi düşünmeye yöneltmek, işlemde açıklık sağlamak, ispatın kolaylaşması ve güven altına alınması, hâkimin davada işinin kolaylaşması gibi işlevleri göz önüne alınmaya başlandı. Şeklin, muamelelerin yapılmasını güçleştirmek gibi olumsuz bir yönü olmasına rağmen her hukuk düzeni önemli ve rizikolu gördüğü hukuki işlemleri şekle bağlamaktadır. İsviçre-Türk hukukunda bağışlama vaadi (TBK 288/I), kefalet (TBK 583/I), kaydı hayat şartıyla irat (TBK 608) ve alacağın temliki (TBK 184) ve diğer bazı muameleler yazılı yapılmadıkça muteber olmazlar.

Eski ve klasik dönemde esas itibariyle sözlü olan şekil, klasik sonrası devirde Doğu hukuklarının tesiriyle nitelik değiştirdi, yazılı şekil hâkim oldu[111]. Doğudaki anlayışa göre insanlar muamelelerini yazılı yapınca kendilerini güvencede hissettiklerinden Roma'nın en

---

[110] D. 46,3,89 ; *Pro ut quid contractum est, ita et solvi debet.*
Bir muamele yapıldığı şekilde ortadan kaldırılmalıdır.
Şekle uygunluk veya simetri fikri denilen bu prensip genel bir kural halinde gelmemekle beraber hukukun farklı alanlarında görüntü vermektedir. Mesela *manus* altına *confarreatio* ile girilmişse, *diffarreatio* ile çıkarılmak gerekirdi. Karz akdinin en eski şekli olan *nexum* yapıldığı için alacaklının hâkimiyetine girmiş olan borçlu, borcunu ödediği zaman hâkimiyetten kurtulmak için, hâkimiyete giriş muamelesinin zıddını yaptırmalıydı. Bu fikrin yansımasını gelişmiş dönemde ortaya çıkmış olan rızai akitlerde bile görmek mümkündür. Sadece irade uyuşması ile kurulmuş olan rızai akitlerin *contrarius consensus* (zıt irade uyuşması) ile ortadan kaldırılabildiği kabul edilmekteydi (I.3,29,4; D. 50,17,35). Kaser; s. 40; Honsell, s. 95.

[111] Kaser, s. 230-234; Schwarz, s 234; Hausmaninger-Selb, s. 278; Umur, Ders Notları s. 487-489. Klasik dönemde yazılı şekil, yazılı akitlerde *(contractus litteris)*, yazılı vasiyetname gibi nadir hallerde geçerlilik şartıydı.

önemli akdi olan *stipulatio* bile yazılı belgeye bağlanmaya başlandı. M.S. 212 yılından itibaren, Roma İmparatorluğunu sınırları içinde yaşayan herkes Roma vatandaşı haline geldiğinden *ius civile*'nin herkese uygulanması gerekiyordu. Ancak sadece sözlü soru ve cevaptan meydana gelen bir akdin yani *stipulatio*'nun bağlayıcılığı özellikle imparatorluğun doğusunda yaşayanları tereddüde düşürdüğünden taraflar sözleşmelerini yazılı belgeye bağlıyorlar, Roma hukukuna uygunluğu sağlamak için *stipulatio*'nun yapıldığı kaydını düşüyorlardı. Klasik hukukun esaslarına dönmek isteyen Iustinianus buna tam olarak muvaffak olamadı. *Stipulatio*'nun geçerliliğini sağlamak için tarafların muamelenin yapıldığı sırada aynı yerde bulunduklarını isbat etmeleri yeterli görüldü (I. 3,19,12). Postklasik devirde üzerinde düşünülmesi ve açıklığın sağlanmasının gerekli görüldüğü gayrimenkullerin satışının ve bağışlamada bazı yeni şekillerin uygulamaya girdiği görülmektedir. Bunun yanında alıcının emlak vergisi yükümlülüğünü kabul etmesi aranıyordu. İvazsız bir kazandırma olan bağışlamanın bir belgede ifadesini bulması ve bu belgenin tutanağa geçirilmesi için resmi bir makama verilmesi öngörülmüştü.

Şekle bağlı olmayan muameleler, yani belli kelimeler ve yazı kullanılmadan, merasimli davranılmadan yapılan işlemler Roma hukukuna daha ziyade *ius gentium*'un (kavimler hukuku) tesiriyle ve *praetor*'un faaliyetleriyle girmiştir. Roma'nın o zamanki dünya ticaret alanına girmesi, yabancılarla ilişkisinin artması, şekilsiz muamelelerin geniş ölçüde kabulünü gerektirmiştir. Roma'ya özgü şekilleri gerçekleştiremeyecek olan yabancılarla *fides*'e (sözünü tutma) dayandırılan işlemler yapılmaya başlanmıştı. Özellikle klasik devrin zirvesine doğru iradenin ön plana çıkması şekilsiz işlemlerden de netice doğacağı fikrinin yerleşmesine neden olmuştu. Aynî ve rızai akitlerin Roma akitler şemasına alınması, *res mancipi*'lerin *traditio* ile devrinin himaye görmesi, şekle bağlı olmayan muamelelerin alanını ve etkisini artırmıştı. Diğer taraftan *ius civile*'ye göre borç doğurmayan *pactum*'ların *prateor* tarafından önce *exceptio* ile himaye edilmesi, daha sonra alım-satım gibi iyi niyet akitlerine bağlı olarak yapılan *pactum*'ların hukuki netice doğurması ve nihayet bazı *praetor pactum*'larına dava hakkı verilmesi şekilsiz anlaşmaların giderek gündeme geldiğini göstermektedir[112]. Postklasik devirde de günlük hayatın birçok muamelesinin şekilsiz olduğu görülmekle beraber, Roma hukuku hiçbir zaman şekil serbestisi prensibine ulaşmamıştır.

---

[112] D. 13,5,30; Gai. 3,179 *(exceptio)*. D. 2,14,7,5; D. 18,1,72 pr (ana akitlere ilave edilen *pactum*'lar). D.4,9,3,1; Gai. 4,171 *(pacta praetoria* denilen *praetor*'ların dava hakkı verdiği şekilsiz anlaşmalar).

Modern hukuklarla Roma hukuku arasında en önemli farklardan biri, şekil konusundadır. Modern hukuklarda şekilsizlik kaide, şekle bağlılık ise istisnadır. Kanun emretmiş olmadıkça bir muamelenin belli şekilde yapılması gerekli değildir. (Ancak, şekle bağlı muamelelerin sayısı az değildir). Zamanla şekilsiz muamelelerin sayıları artmış bile olsa Roma hukukunda şekle bağlılık hâkim prensip olarak kalmıştır. Yine Roma hukukunda eski ve klasik devirde «sözlü şekil» mevcuttu. Halbuki İsviçre-Türk hukukunda şekil, prensip itibariyle yazılı şekildir[113]. TBK m.12 (önceki TBK 11), kanunda bu konuda aksi öngörülmediği takdirde sözleşmelerin geçerliliğinin hiçbir şekle tabi olmadığını, ancak şekil emredilmişse, bu şekle riayet edilmemesinin muamelenin geçersizliğine sebep olacağını belirtmektedir[114].

§ 11. Fiil Ehliyeti

Fiil ehliyeti hakları kullanma ehliyetidir.

TMK m. 9 «Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir» demektedir.

Modern Hukuk doktrini fiil ehliyetini, kişinin kendi iradesi ve kendi fiilleriyle hukukî netice meydana getirebilme ehliyeti olarak tanımlamaktadır. Eğer bir kimse başkasının (vasi, kayyım) katılmasına ihtiyaç duyulmadan muteber hukukî sonuç yaratabiliyorsa, o kimsenin fiil ehliyeti var demektir.

Hak ehliyeti statik bir ehliyeti, bir durumu ifade ettiği halde fiil ehliyeti kişinin bir faaliyette bulunmasını, aktif olmasını gerektirir. Hak

---

113 Kanunun bir muamelenin yapılması için şekil aramadığı halde taraflar bir muamelenin, mesela kira akdinin yazılı olarak yapılmasını kararlaştırmışlarsa (iradi şekil), buna uyulmadığı takdirde muamele geçersiz olur.

114 Şekil konusunda sıhhat şekli (geçerlilik şekli) – ispat şekli ayırımı yapılmaktadır. Bir muamelenin geçerli olarak meydana gelmesi için maddi hukuk belli bir şekil öngörmüşse bu bir sıhhat şeklidir. Roma hukukunda *stipulatio*'nun belli kelimelerin sualde ve cevapta kullanılması suretiyle hazır olan kişiler arasında yapılması sıhhat şeklidir. Buna karşılık alım-satımın geçerliliği için taraf iradelerinin herhangi bir şekilde (sözlü, yazılı, aracı vasıtasıyla) uyuşması yeterlidir, yani alım-satım akdinin oluşması için belli bir şekil öngörülmemiştir. Sıhhat şekli olarak öngörülmüş olan şekle uymama, kural olarak muameleyi geçersiz kılar. Buna karşılık taraflar *stipulatio*'yu gerekli şekilde yaptıktan sonra bunun yapıldığına dair bir belge düzenlemiş olabilirler. İşte bu belge sadece *stipulatio*'nun yapıldığını kanıtlamaya yarar, geçerliliği ile ilgisi yoktur. Bunun gibi bir ipoteğin tesisi için diğer bazı şartlarla birlikte bu konudaki irade uyuşması yeterliydi. Bunun yazılı şekilde yapılması gerekmiyordu, ancak ispat için taraflar bir belge düzenleyebilirlerdi (D. 20,1,19). Zamanımızda usul kanunları ispat şekilleri getirmektedir. Mesela Medeni Usul Kanunumuza göre belli miktarı aşan iddiaların senetle ispat edilmesi gerekmektedir.

ehliyeti haklara sahip olabilme kabiliyeti anlamına gelir ve bunun şartları varsa iki yaşındaki bir çocuk veya akıl hastası dahi hak sahibi olabilir. Bu çocuğa miras yoluyla içinde haklar ve borçlar olan bir malvarlığı kalmışsa, bu çocuk hakların sahibidir ve kendisine intikal eden borçların da borçlusu durumundadır. Hâlbukî fiil ehliyeti hak ehliyetinin aksine doğumla kazanılan bir ehliyet değildir. Hak ehliyetindeki genellik ve eşitlik prensibi burada cari değildir. Yukarıda bahsettiğimiz iki yaşındaki çocuk hak ehliyetine sahiptir ama, hukukî sonuç doğuracak şekilde hareket edemez, özellikle hukukî muamele yapamaz. Fiil ehliyeti bir üst kavramdır. Bu üst kavramın içinde alt kavramlar olarak fiil (hukukî muamele) ehliyeti ve haksız fiil ehliyeti bulunmaktadır[115].

Hukukî muamele ehliyeti geçerli hukukî işlemler yapabilme ehliyetini ifade eder. Bu hukukî işlemler ise borçlandırıcı veya tasarrufî işlemler olabilir.

Haksız fiil ehliyeti, haksız fiillerinden sorumlu tutulabilme ehliyetidir. Ancak, bu ehliyeti geniş anlayarak bunun içinde hem dar anlamıyla haksız fiillerin hem de borca aykırılık sayılan hallerin girdiğini söylemek mümkündür.

Fiil ehliyetinin mevcudiyeti için bazı unsurların bir araya gelmesi gerekir. Bu şartlar Roma'da hem hürler hem de köleler için aynıdır. Kölelerin hak ehliyeti bulunmamasına rağmen insan olmaları itibariyle fiil ehliyeti için aranan unsurlara sahip olmaları şartıyla fiil ehliyeti olabilir [116].

Fiil ehliyetini etkileyen unsurlar yaş, ayırt etme gücü (temyiz kudreti), savurganlık (israf) ve cinsiyettir[117]. Bu unsurlar hem *sui iuris*'ler hem de *alieni iuris*'ler dikkate alınarak ortaya konulmuştur, Sadece *sui iuris*'lerin idaresi gereken malvarlığı olabilir. *Alieni iuris*'lerin malvarlıklarının olması söz konusu değildir. Bunlar daha ziyade hâkimiyetleri altında oldukları aile reisleri için faaliyette bulunurlar ve aile reisleri bu kişilerin fiil ve muameleleriyle zaten ilgilenmek zorundadır.

Fiil ehliyetlerindeki eksiklikler vasi (*tutor*) veya kayyım (*curator*) aracılığı ile tamamlanır. 7 yaşına kadar olan çocuklara (*infantes*) er-

---

[115] Apahty-Klingenberg-Stiegler, s. 17.

[116] Apahty-Klingenberg-Stiegler, s. 18.
Türk Hukukunda fiil ehliyeti için aranan şartlar TMK m. 10 ve m. TMK 14 ve m. TMK 15'te yer almaktadır. Bunlar; erginlik (rüşt), ayırt etme gücü (temyiz kudreti) ve kısıtlanmış olmamaktır.

[117] Fiil ehliyeti olan kişi irade açıklamalarının kendisi için olumlu ve olumsuz sonuçlarından etkilenmek durumundadır.

gen olmayan küçükler (*impubes*) ve kadınlara "vasi", müsriflere (savurganlara), akıl hastalarına ve ergen küçüklere (*puberes minores*) kayyım verilir. Vesayet ve kayyımlık, eski hukuk kurumlarıdır.

I. YAŞ (AETAS)

Yaş, fiil ehliyetine tesir eden önemli bir etkendir. Fiil ehliyeti yaşın ilerlemesiyle aşamalı olarak kazanılabilecek bir yetenektir. Yaşla birlikte irade ve sorumluluk duygusu olgunlaşır. TMK m. 13'de yaş küçüklüğü temyiz kudretini (ayırt etme gücü) bertaraf eden bir durum kabul edilmiştir. Her devletin hukuk düzeni muhtemel yaş kademelerine değişen sonuçlar bağlamıştır.

Romalılar fiil ehliyetine etkisi bakımından aşağıdaki devreleri ayırdetmişlerdir:

Impubes (ergen olmayan küçükler) ve *puberes minores* (ergen küçükler). *Impubes* çağı da kendi içinde *infans* ve *impubes infantia maiores* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır: *Infans* çağı ve *infans* çağını aşmış, fakat ergenliğe varmamış küçükler.

1 - Impubes (Ergen Olmayan Küçükler)

A. INFANS ÇAĞI

Infans çağı yedi yaşına varmamış küçüklerin içinde bulunduğu devredir[118]. Yedi yaşından küçük çocukların bu kategoriye girdiği kabul edilmekteydi. Roma anlayışına göre *infans*'lar Roma'nın şekilci muamelelerinin geçerliliği için gerekli sözleri söyleyemeyecek *(qui fari non possunt)* olan küçük çocuklardır. *Infans*'ın irade beyanı hukuk açısından hükümsüzdür. Yedi yaşını tamamlamamış olanlar kendilerine hak kazandıracak veya borç altına sokacak şekilde iradelerini beyan edemezler, hatta *sui iuris* olduklarında vasileri böyle bir muameleye izin veya icazet verse yahut muameleye katılsa bile durumda değişiklik olmaz. Gaius (Gai. 3,109) *infans* ve *infans* çağına yakın olanların bir akıl hastasından çok farklı olmadığını çünkü bu yaştakilerin idrak (sezginlik) kabiliyetinin bulunmadığını belirtmektedir (aynı görüş I. 3,19,10' da yer almaktadır). *Sui iuris* oldukları takdirde malvarlıklarıyla ilgili tüm muamelelerin vasi *(tutor)* tarafından yapılması gerekirdi.

---

[118] Yedi yaşına kadar olan küçük, haberci *(nuntius)* olarak işlev görebilirdi çünkü ilettiği kendi iradesi değildir. *Infans*'ların zilyetliği tek başlarına elde edip edemeyeceği tartışmalıdır (D. 41,2,32,2). Kaser, s. 392. Medeni Kanunumuzun aksine Alman Medeni Kanunu (BGB 14) ve Avusturya Medeni Kanunu (ABGB 21) 7 yaştan bahsetmektedir. 7 yaş Iustinianus hukukunda kesin sınır olarak kabul edilmişti. TMK belirli bir yaş belirtmez.

Yedi yaşına gelmemiş çocukların fiil ehliyeti hiç yoktu, yani hukukî işlem yapamazlar, haksız fiillerinden sorumlu tutulamazlardı.

B. IMPUBES INFANTIA MAIORES

Bunlar çocukluk (*infantes*) çağını aşmış, ergen olmayan, yani ergenlik çağına henüz varmamış olan küçüklerdir. Kısıtlı fiil ehliyetleri vardır. Bu çağdakiler evlenemezler, vasiyetname düzenleyemezlerdi, fakat bunun dışında sınırlı da olsa hukukî muamele ehliyetleri mevcuttur. Bu *impubes*'ler kendilerini borç altına sokmayan, sadece hak kazandıran fiillerde tek başına hareket edebilirler. Örneğin bağışlama kabul edilebilir yahut sahipsiz bir malı mülkiyetlerine geçirebilirler. Bunlar *patria potestas* altında iseler aile reisi için, *sui iuris* iseler kendileri için iktisapta bulunurlardı. Buna karşılık bu *impubes*'lar kendilerini borç altına sokan muameleleri (mesela *stipulatio)* veya malvarlığını azaltan tasarruf muamelelerini (mesela *traditio)* tek başlarına yaparlarsa netice doğmazdı[119]. Bunların geçerli olması için vasilerin muamele sırasında hazır bulunması ve *auctoritas*'ını vermesi gerekirdi (Gai; 3,107, I. 1,21pr). *Auctoritas* izin veya icazet değildir. Eğer *tutor* (vasi) muameleye bizzat katılarak *auctoritas*'ı olduğunu belirtmemişse, muvafakatı olduğunu izin veya icazet şeklinde bildirmişse muamele kendinden beklenen hükümleri doğurmazdı.

Tam iki taraflı akitlerin, yani muamelenin iki tarafını da borç altına sokan ve aynı zamanda hak kazandıran sözleşmelerin özel bir durumu mevcuttu; vasinin *auctoritas*'ı olmadan böyle bir muamele yapılmışsa, *impubes* hak elde eder, fakat borç altına girmezdi. Örneğin, *impubes* vasinin katılmadığı bir alım-satım akdi ile bir at satmışsa, atın bedelini istemek konusunda hak elde eder, fakat atı teslim borcu altına girmezdi. Bu tip muamelelere *negotium claudicans,* topal muamele denmektedir[120]. Bu alım-satım akdine hukuk düzeninin bağladığı sonuçların doğması için vasinin *auctoritas*'ı gerekiyordu (I. 1,2,1,2). Eğer sözleşme topal muamele niteliğinde ise, *impubes* satış bedelini almak için *actio venditi* açarsa, alıcı taraf hile def'i *(exceptio dolis)* ileri sürerdi. Dürüstlük kuralına *(bona fides)* uygun olarak küçük

---

[119] Gai, 2,82. Bir *impubes sui iuris*'e bir kimse *stipulatio* ile bir şey vermeği taahhüt etmişse, bu geçersiz değildir, yani geçerli olması için vasinin *auctoritas*'ına gerek yoktur, zira *impubes* bu muameleyle sadece alacak hakkı elde etmektedir (I. 1,21 pr).

[120] Topal muamele adı müşterek hukukta verilmiştir. D. 19,1,13,29'da Ulpianus *impubes'in* vasinin *auctoritas*'ı olmadan bir şey satın almış olması durumunda akdin sadece bir taraf için mevcut olduğunu alıcının *impubes*'e borçlandığını fakat *impubes*'in alıcıya borçlu olmadığını vurgulamaktadır. (I. 1, 21pr)

kendi edimini yerine getirinceye kadar edimini, yani satış bedelini vermeyebilirdi[121]. Bu durumda, küçük yine avantajlıdır, zira işlemi bozup bozmamak imkânı onda kalmaktadır. Eğer küçüğün edimini yerine getirmesini beklemeden veya istemeden alıcı borçlandığı edim olan satış bedelini ödemişse, Antonius Pius adlı imparatorun emirnamesine göre (II. yüzyıl ortaları) bu parayı geri almak için bir sebepsiz iktisap davası açabiliyordu (D. 26,8,5 pr). Haksız fiil ehliyeti esas itibariyle ergenlik çağına erişmiş olmayı gerektiriyordu. Fakat *impubes* ergenlik çağına yaklaşmış ve işlediği haksız fiilin kötü neticelerini algılayacak, idrak edecek olgunluğa *(doli capax)* erişmişse, haksız fiillerinden sorumlu tutuluyordu.

Iustinianus, ergenlik çağına yakın küçüklerin hırsızlıktan sorumlu olduklarını kabul etmiştir. Modern hukukumuza bakarsak, topal muamele yoktur. Ancak; Roma'daki vasinin *auctoritas'ı* ile bugünkü vasinin "icazet"i birbirine benzemektedir. Vesayetin amacı, ehliyetsiz küçüğü değil, onun mirasçısını himaye etmek, mallarını idare edemeyen bir küçüğün malvarlığını muhafaza etmektir. Vasinin, aile reisi hâkimiyetine benzeyen bir *auctoritas*'ı vardı. Kanuna göre, önceleri vasi, küçüğün en yakın agnatio hısmı, yani en yakın mirasçısı olurdu. Sonraları vasiyet yolu ile vasi tayin etmek mümkün olmuştu. Bunlar yoksa, magistra bir vasi tayin edebiliyordu. Vesayet, malvarlığının değil, küçüğün menfaatlerinin himayesi haline geldi[122].

2- Puberes Minores (Ergen Küçükler)

Bunlar ergen, yani buluğa ermiş küçüklerdir. Kişinin ne zaman buluğa ermiş sayılacağı Sabinianus ve Proculianus mektepleri arasında tartışmalıydı. Sabinianus'lar, erkeklerde buluğun kişiden kişiye değişebileceğini, bu nedenle bu durumun her olayda saptanması gerektiği görüşündeydiler. Buna karşılık, Proculianus mektebi buluğun 14 yaşın bitimiyle tamamlandığını savunmuştur. Bu son fikir daha sonraki devirlerde hâkim hale gelmiştir. Kızların 12 yaşını tamamlayınca ergen olduklarında herhangi bir görüş farklılığı mevcut değildi (Gai. 1,196)[123].

---

121 Bu neticeye göre küçük karşı tarafın edimini yerine getirmesini istiyorsa, önce kendi edimini ifa etmeliydi. Demek ki, akdin beklenen işlevini yerine getirmesi tamamen küçüğün tutumuna bağlı olmaktadır. Bizim hukukumuzda ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yasal temsilcilerinin onayını almadan yaptıkları muamelelerin askıda olduğu söylenebilir; mümeyyiz küçük bağlanmadığı halde onunla muamele yapmış bulunan taraf bağlıdır. TMK m. 16'nın bu yönden bir önceki dipnotunda Ulpianus tarafından dile getirilen görüşe uygun düştüğü görülmektedir.

122 Umur, Ders Notları, s. 199.

123 Gai 1, 196; I. 1, 22 pr.

Ergenlik çağını geçmek önceleri fiil ehliyetini tam anlamıyla kazandırıyordu. Böylece evlenme ve vasiyetname yapma yeteneği yanında hukukî işlem ehliyeti ve haksız fiil ehliyeti başlıyordu. Ancak buluğa ermiş kimselerin fiil ehliyetini tam olarak elde etmelerinin hayat ilişkilerindeki karmaşıklık nedeniyle lehlerine olmadığı anlaşılınca yeni bir yaş sınırı düşünüldü (D. 4,4,1 pr-1). Roma'nın ticari ilişkileri artınca bu yaştakilerin kolayca aldatıldıkları, tecrübesizliklerinden rahatça faydalanıldığı anlaşıldı. 25 yaşın altındaki ergenlerin borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri için gerekli ayırt etme gücüne, sezginliğe her zaman sahip olmadıklarını hareket noktası alan *lex Plaetoria* (M.Ö. II. yüzyıl) bu yaş altındaki ergen küçükleri korumayı hedef aldı. Bu halk meclisi kanunu 14-25 arasındakilerin fiil ehliyetini açık olarak sınırlamak yerine, bu yaştakilerin aldatılmaları halinde korunmasını düzenledi. *Praetor* bu kanuna dayanarak ergen küçüğe *(minor)* yaptığı hukukî işlemlerden dolayı dava açılması halinde bir *exceptio legis Plaetoriae,* yani bir def'i tanıyor ve küçük yüklendiği edimi yerine getirmekten kaçınabiliyordu. Ayrıca; çocuğa tanınan bir *in integrum restitutio* (eski hale iade) ile bu muameleyi hiç yapılmamış hale getirmek mümkündü. Hatta küçük kendisini aldatmış olan kimseye karşı bir ceza davası olan *actio legis Plaetoria* açabilmekteydi[124].

Bu kanuna rağmen önceleri ergen küçüklerin fiil ehliyeti tamdı, ancak anılan kanundan sonra 14-25 yaşları arasındaki bu kişilerle, hukuki işlem yapmaktan kaçınma eğilimi ortaya çıktı. Bu yaştakilerle hukukî ilişkiye girişecekler, *lex Plaetoria*'nın kendilerine uygulanmasından çekinmeye başladılar, halbuki bu çağdaki küçükler *sui iuris* oldukları takdirde hak ehliyetleri ve idaresi gereken malvarlıkları bulunuyordu. Bu nedenle önce 25 yaşının altındaki küçük gençlerin yapacakları bir muameleden önce kendilerine bir kayyım tayini istemeleri usulü uygulamaya girdi. Kural olarak kayyımı ancak bu çağdaki genç isteyebiliyordu. M.S. II. yüzyıldan itibaren kayyımlık yaygınlaştı, yani bu çağdakilere mallarını idaresi ve hukukî muameleleri için kayyım atanmaya başlandı. *Minor* denilen ergen küçük, kendi malvarlığının idaresi için gerekli olan işlemleri bizzat yapıyorsa, kayyımın onayını alması usulü yerleşti. Bu *consensus,* vasinin *auctoritas*'ından farklı olarak muameleden önce izin şeklinde veya muameleden sonra icazet olarak verilebilirdi. Kayyımı bulunan küçüklerin malvarlıklarının kayyımları tarafından idare edildiğini, kayyımın 25 yaşından küçük *sui iuris*'in malvarlığı, hatta şahsı üzerinde hâkimiyet hakkı bulunduğunu söylemek mümkündür.

---

[124] Umur, Lügat, *lex Plaetoria;* Apathy-Klingenberg-Stiegler, s. 30-31.

3- Yaş İmtiyazı (Venia Aetatis)

25 yaşını tamamlamış olan bir *sui iuris* Romalının artık kendi malvarlığını kendi işlem ve fiilleriyle yürütmesine hukukî bir engel yoktu. Başka bir ifadeyle 25 yaşını bitirmiş olan kimse, fiil ehliyetinin yaş unsurunu yerine getirmiş oluyordu. Ancak Constantinus'tan itibaren İmparatorun verdiği bir imtiyaz ile erkekler 20, kadınlar 18 yaşından itibaren 25 yaşındakilerin durumuna sahip olabiliyorlardı (C. 2,44,2). Bu yaş imtiyazı bugün TMK m. 12'de yer alan ergin kılınma (kazaî rüşt) imkanının kökenini teşkil etmektedir.

Yaş konusunda bazı noktalar, günümüz hukukuna benzemektedir. Ancak, ergenlik (rüşt) yaşı bugün hiçbir yerde 25 değildir. İngiltere, Almanya, Fransa'da 21, İsviçre'de 20, bizde 18'dir. Zaten Roma'da da Iustinianus zamanında bir rolü kalmamıştı[125].

II. CİNSİYET

Eski hukuk sistemlerinin çoğunda olduğu gibi kadınlar Roma'da erkeklerle eşit durumda değildi. Baba hâkimiyetinde *(patria potestas)* veya kocasının hâkimiyetinde olmayan *sui iuris* kadınlar vesayet altına konulurdu. Gaius (Gai. 1,144) eski hukukçuların bu durumu kadınların tam yaşta olsalar bile iradelerinde mevcut hafiflikle *(animi levitas)* açıkladıklarını belirtmektedir (ayrıca Gai. 1,190)[126].

Özellikle *ius civile* işlemlerini yapamamakta idiler. *Ius civile*'nin şekilci muamelelerinde, *res mancipi* malların devrinde ve kendilerini borç altına sokan, *acceptilatio* (ibra) gibi malvarlığını azaltan muamelelerde kadınlar vasilerinin *auctoritas*'ına ihtiyaç duyarlardı (Gai,1, 192).

Daha klasik devirde vasinin *auctoritas*'ının sadece bir şekil meselesi düzeyine indiği, meselâ imparatorluk devrinden itibaren en az üç çocuğu olan kadınların vesayetten kurtulacağı şeklinde bazı düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Vesayet tamamen kalktı. Ancak

---

125 Umur, Ders Notları, s. 203.

126 *Sui iuris* kadınlar hayatları boyunca vesayet altında bulunduklarından ergen olma evlenme ehliyeti için önemliydi. Iustinianus (I. 1,.22 pr) her defasında kızların vücudunu ergenlik için incelemenin ayıp olduğu gerekçesiyle eskilerin kızlar için ergenlik yaşını 12 yaş olarak belirlediklerini, bu gerekçenin kendi devrindeki terbiyenin gereği olarak erkekler için de geçerli olduğunu, bu yüzden erkeklerde ergenliğin 14 yaşın bitirilmesiyle başladığının kabul edildiğini anlatılmaktadır. Erkek çocuk *alieni iuris* ise ergenlikten sonra da *patria potestas* altında kalmaya devam ediyordu. Hak ehliyetine sahip olmakta, erkekle eşit olan kadın, hakların kullanılmasında eşit değildi. Bu eşitsizlik, klasik devir sonlarına kadar devam etmiştir.

M.S. I. yüzyılda *senatus consultum Vellaeanum* ile kadınların başkaları için borç altına girmesi veya kefil olması yasaklanmıştı[127]. Hattâ, IV yüzyıl sonundan itibaren kadınlar, kendi çocuk veya torunlarının varisi dahi olabiliyorlardı. Ergen kadınların, haksız fiil ehliyetinde ise; herhangi bir sınırlama mevcut değildi.

III. AKIL HASTALIĞI (FUROR)

Akıl hastalığı hukukî muamele ehliyetini ve haksız fiil ehliyetini tamamen kaldıran bir durumdu (Gai. 3,106; D. 50,17,5; D. 9,2,5,2).

TMK'ya göre, hâkim hacir kararı vererek, akıl hastasının ehliyetini, kısmen veya tamamen kısıtlayarak kendisine bir vasi tayin eder (bkz. TMK m. 405).

Roma'da hacir kararına gerek yoktur. Akıl hastası ipso iure (hukuken, doğrudan doğruya) ehliyetsiz duruma düşer, en yakın agnatio hısmı kayyım olurdu. Amaç, küçükte olduğu gibi malvarlığının telef olmamasını sağlamaktı. Önceleri, mutlak olan kayyım hâkimiyeti (potestas) kısıtlandı[128].

Akıl hastalarının kayyımı *(curator)* malvarlığı ile ilgili tüm işleri yapardı. Ayırt etme gücünü (temyiz kudretini) zaman zaman kazanan akıl hastalarının (sara hastalığı gibi) yaptığı hukukî işlemlerin bazen geçerli sayıldığı görülmektedir[129].

TMK m. 15 ayırt etme gücü bulunmayan (yani mümeyyiz olmayan) kimselerin bulunduğu hukukî işlemlerin geçersiz olduğunu belirtmektedir. 65 temyiz kudreti bulunmayan kimselerin işledikleri haksız fiil dolayısıyla, ancak hakkaniyet gereği tazminata mahkum edileceğini düzenlemektedir.

IV. İSRAF (PRODIGENTIA)

Müsrif (savurgan),*(prodigus)* kimselerin fiil ehliyeti esas itibariyle tahdit edilmemiştir. Ancak malvarlığını düşüncesizce harcamak suretiyle kendini ve ailesini muhtaç duruma düşürecek olanlara başvuru

---

127 Umur, Lügat, *senatus consultum Vellaeananum;* Kaser, s. 84. D. 1,5,9'da Papinianus kadınların erkeklere göre kötü durumda olduğunu söylemektedir.

128 Umur, Ders Notları, s. 201.

129 D. 28, 1, 20, 4. Buna karşılık aklı yerinde olduğu halde ayırt etme gücünü sezginliğini ara sıra kaybedenlerin yaptıkları işlemlerin geçerli olmadığı görülmektedir. Mesela yaşlılık veya sara hastalığı dolayısıyla doğru düşünme yeteneği ara sıra kaybedilebilir. Schwind, s. 143.

üzerine *magistra* tarafından kayyım tayin edilecek olursa, müsrifin (savurganın) hukukî muamele ehliyeti sınırlanmış olurdu. Bu kişi haksız fiillerinden sorumlu tutulur, hak iktisap edebilir, ancak malvarlığını azaltan muameleleri yapamazdı[130]. XII Levha Kanunu'ndan beri israf (savurganlık) fiil ehliyetini sınırlayan sebeplerden birisidir. Magista'nın hacir kararı ile en yakın agnatik akraba kayyım (curator) atanır. Bugün de bir kimsenin müsriflik (savurganlık) dolayısıyla fiil ehliyetinin kısıtlanması mümkündür. Bu savurgana (müsrife) hacir kararı ile vasi verilir (TMK m. 406).

Çok eski bir hukukî kurum olan müsriflerin (savurganların) kısıtlanması (hacri) meselesi ferdiyetçi olmaktan çok sosyal bir karakter taşır[131]. Hukuk; burada aile menfaatlerini nazara alarak onun yardım vasıtalarından mahrum kalmaması için, ferdî hürriyeti sınırlamaktadır. Gaius (I § 53) bu kurumu hakların kötüye kullanılmaması sebebiyle açıklamaktadır. Lüzumsuz yere israfı, hakkın kötüye kullanılması olarak görüyordu. Bir suiistimal olarak görülüyordu. Bu noktanın bizim için değeri, Gaius'un zikredilen metninin, modern hukukta son derecede önem kazanmış olan ve Medenî Kanunumuzun 2. maddesinde ifade edilen hakkın kötüye kullanılması meselesini, Roma hukukunda açıklayan nadir parçalardan birini teşkil etmesindedir[132].

Müsrif üzerindeki kayyımlık, müsrifin ölümü veya üzerindeki kısıtlama (hacir) kararının kaldırılması ile sona ererdi.

Müsrif, tam ehliyetsiz değildi. Durumu *impubes*'inkine benzer; yani, kendisi için kazandırıcı olan muameleler geçerli olduğu halde, borçlandırıcı muameleler için kayyımın rızasına *(consensus)* ihtiyaç vardı. Gerek akıl hastası, gerek müsrif, gerekse ergen küçükler için kayyımın *consensus*'u, vasisin *auctoritas*'ından farklıdır. Vasi ehliyetsizin yanında hazır olmak mecburiyetinde olduğu halde, kayyım, ehliyetsizin bir hukuki muamele yapmasına, önceden izin verebileceği gibi, muamele yaptıktan sonra, icazetini vermek suretiyle muameleyi muteber hale sokabilir. Bu itibarla kayyımın *consensus*'u, bugünkü vasinin "icazet"ine benzemektedir[133].

---

130 D. 27, 10, 15 pr'da Paulus lüks hayat yaşayan bir kadının elinden mallarının idaresinin alınabileceğini açıklamaktadır. D. 50, 17, 40 da yine Paulus mallarının idaresi yasaklanmış kişinin iradesinin geçersiz *(nulla)* olduğunu söylemektedir.

131 Expedit rei publicae, ne quis re sua male utatur: Bir kimsenin malını kötüye kullanmama sı toplumun yararınadır.

132 Schwarz, s. 272.

133 Umur, Ders Notları, s. 202.

Kayyımlık, kayyım (*curator*) ataması belirtilen üç halin (akıl hastalığı, israf (savurganlık), ergen küçükler) dışındaki başka durumlarda da vardı: Meselâ, bir savaş esirinin mallarının idaresi, henüz iktisap edilmemiş bir terekenin idaresi, borcunu ödeyemeyen âcizin mallarının idaresi gibi, hallerde de, kayyım atanırdı. Bu sebeple; vasi kişilere, kayyım mallara verilir denilmektedir (bkz. TMK m.403).

§ 12. Hukukî Muamelenin Arızi Unsurları

Hukukî muamelelerde mutlaka bulunması gerekli olan, olmadıkça hukukî muamelenin meydana gelemeyeceği esaslı unsurlar *(essentialia negotii)* yanında hukukî muameleye taraf iradesiyle konulabilecek arızi, yan unsurlar da *(accidentalia negotii)* vardır. Bunlardan şart, vade ve mükellefiyet kişilerin hukukî muameleleri kendi durumlarına uygun hale sokmak için getirdikleri, en çok rastlanılan kayıtlardır. Hemen belirtilmelidir ki, böyle kayıtları içeren akitlerin oluşması için tarafların bu konuda da irade uygunluğuna varmaları, anlaşmaları gerekir.

I. ŞART (CONDICIO)

Şart, hukukî muameleye ilâve edilmiş özel bir unsurdur ve hukukî muamelenin neticeleri, gelecekte gerçekleşeceği muamele sırasında belli olmayan bir olguya bağlanmıştır. Taraf iradesine göre, neticeleri gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir vakıaya bağlı hukukî muamele, şartlı yapılmış bir hukukî işlemdir. Mesela «Titius *consul* seçilirse sana yüz vermeyi taahhüt ediyorum» şeklinde borçlu ile alacaklı arasında yapılan bir *stipulatio*'dan sonra, borçlu yüzü ancak Titius *consul* seçildiği takdirde ödemek zorunda kalacaktır (I. 3,15,4).

Şart, hukukî muamelenin tarafların sübjektif durumlarına göre düzenlenmesini sağlar. Aslında hukuk düzeni açısından kural olarak önemsiz bulunan saikler hukukî muamelenin şartı haline getirilerek hukukî neticelerin gelecekteki gelişmelerden etkilenmesi sağlanmaktadır. Mesela tedbirli bir tüccar sattığı baharatın teslimini, baharatı getirecek geminin limana varmasına bağlayabilir. Veya Ankara'da görevli bir memur, İstanbul'a atanması şartıyla İstanbul'daki ev için kira sözleşmesi yapabilir. Bu örneklerde geminin limana varması veya İstanbul'a tayin edilme gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan hadiselerdir[134].

[134] Umur Ders Notları, s. 194; Hausmaninger-Selb, s. 272; Schwind, s. 269; Karadeniz-Çelebican s.243.

Şart olarak kararlaştırılan olayın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmadığı halde, zamanı belli olabilir, yani zamanı bellidir ama, olacağı belli değildir. Octavianus yeğenine yazdığı mektupta şöyle demektedir: «Bu ay sonundaki araba yarışlarını kazanırsan sana bir araba vereceğim». Araba yarışının zamanı belli olduğu halde yeğeninin bu yarışı kazanıp kazanmayacağı belirsizdir[135].

Bazen de hem şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hem de zamanı belli olmayabilir: «evlenirsen sana bir araba hediye edeceğim». Burada evlenmenin hem olması hem de zamanı belli değildir.

Şartlı irade beyanı bir bütün teşkil eder, hukukî muameleden ayrı düşünülmeyecek bir unsurdur. Bu nedenle ahlâka aykırı veya imkânsız bir şart kural olarak bütün iradeyi etkisiz hale getirir[136].

Şart kural olarak her türlü borçlandırıcı ve tasarrufî muameleye konulabilir. (Gai. 3,146). Ancak Roma hukukunda *actus legitimi* denilen muameleleri şartlı yapmak mümkün değildir: *Mancipatio, emancipatio, in iure cessio, acceptilatio* (ibra) ve *datio tutoris* (vasi tayini) olarak sayabileceğimiz bu muamelelere şart konulduğu takdirde muamele geçersiz olurdu (D.50,17, 77). Modern hukuklarda da örneğin evlenme, evlat edinme, yenilik doğuran hakların kullanılması gibi şart kabul etmeyen işlemler mevcuttur.

Şartlar çeşitli yönlerden ayırıma tâbi tutulmaktadır.

1) Şartların Türleri

A. TALİKİ (GECİKTİRİCİ) ŞART-İNFİSAHİ (BOZUCU) ŞART (CONDICIO SUSPENSIVA- CONDICIO RESOLUTIVA)

Şayet hukukî muamelenin netice doğurması gelecekteki tahakkuku şüpheli olayın gerçekleşmesine bağlanmışsa şart geciktirici (taliki)dir. Meselâ «sınavı başarırsan seni tatile göndereceğim» şeklinde bir muamele yapılmışsa, sınavın başarılması muamelenin geciktirici şartıdır. Diğer bir örnek: A,B'ye kendisi için bir hikâye yazması şartıyla bir kalem bağışlıyor. Burada ancak hikâye tamamlandığında bağışla-

---

135 «20 yaşını bitirdiğin zaman seni tatile göndereceğim» şeklinde bir vaat yapılmışsa, burada belirsizlik sadece o kişinin 20 yaşını bitirip bitiremeyeceğine ilişkindir.

136 Miras hukukunda geçerli olan *favor testamenti* (miras bırakanın iradesine öncelik tanımak) ilkesi gereği ölüme bağlı tasarruflarda tartışmalı olmakla birlikte bu tip şartların yok farzedilerek hukukî muamelenin geçerli sayıldığı görülmektedir (D. 35, 171, 1; Gai 3, 98). TBK m.176'da (önceki TBK m. 155)'de hukuka veya ahlâka aykırı şartları içeren hukukî işlemlerin hükümsüz olduğu belirtilmektedir. Bkz. Kaser, s.254; Hausmaninger-Selb, s.274; Mayer-Maly, s.98.

ma hükmünü doğuracak ve kalem B'nin olacaktır. TBK 170-172 taliki şartı düzenlemektedir.

Geciktirici şartlı işlem yapıldığı zaman, önce bir belirsizlik vardır. İşlemin sonuç verip vermeyeceği belli değildir. İşlem şart gerçekleşince hüküm doğurur. Bağcı M sonbaharda elde edeceği üzüm rekoltesini, ilkbaharda şarapçılıkla uğraşan A'ya satarsa ve bağ sel bastığı için üzüm vermezse, şart gerçekleşmez. İşlem hiç yapılmamış gibi olur.

Eğer bir hukukî muamelenin hükümleri şartın gerçekleşmesi ile sona erecekse, şart infisahî, yani muameleyi hükümden kaldırıcı niteliktedir. İnfisahî (bozucu) şarta bağlanmış bir muamele hükümlerini derhal doğurur, şart gerçekleşirse muamele sona erer. Örneğin, bir memur taşraya tayin edilmesi halinde İstanbul'da oturduğu evinden taşınacağı şartıyla kira akdi yapmışsa, bu bozucu şarta bağlı bir sözleşmedir. Kira akdi yapıldığı anda hükümlerini doğurur, taşraya tayin çıkarsa sözleşme sona erer. Diğer bir örnek: A ile B arasında, Titius savaştan dönünceye kadar A'ya ait atın B'de kalması konusunda bir sözleşme yapılmıştır. Bu muamelenin anlamı atın B'ye hemen verileceği, eğer Titius savaştan dönerse B'nin atı A'ya iade edeceğidir[137]. TBK m.173 bozucu (infisahî) şartı (koşulu) anlatılan şekilde düzenlemiştir.

Eski ve klasik devirlerde Romalılar şart denilince daha ziyade geciktirici (talikî) şartı anlarlardı. Onlara göre taliki şarta bağlanmış muamele muallakta, askıdadır *(condicio pendet)*. Halbuki bozucu şarta bağlı muamele hemen hüküm doğuracağı için askıda olma durumu yoktur. Romalılara göre - infisahî şart varmış gibi görünen hallerde - hukukî muamele şartsız yapılmıştır, ancak bu muameleye eklenmiş olan rücu (dönme) anlaşması taliki şarta bağlıdır. Başka bir deyişle Romalılar infisahî şartın neticelerine dolaylı yoldan varırlardı. Örnek: A, B'ye bir halı satmıştır. Ancak tarafların bu alım-satım akdine ilave ettikleri bir yan anlaşmaya göre bir hafta içinde halıya daha iyi bir teklif veren çıkarsa, A, B ile yaptığı alım-satım akdini bozabilecek ve halıyı yeni müşteriye satabilecektir. Burada alım-satım akdi şartsız yapılmıştır, yani A halıyı B'ye hemen teslim edecektir, fakat alım-satım eklenen rücu (dönme) anlaşması taliki şarta bağlanmıştır. Halıya daha iyi teklif geldiği takdirde bu dönme anlaşmasının şartı gerçek-

[137] A,B'ye para koleksiyonunu satıp devrediyor. Ancak A iki yıl içinde koleksiyonunun sergilenmesi için B tarafından bina yaptırılmasını şart koşuyor. İki yıl içinde bu yer yaptırılırsa, koleksiyon nihai olarak B'de kalacaktır, aksi halde bozucu şart gerçekleşecek ve B koleksiyonu A'ya geri vermek zorunda kalacaktır. Hausmaninger-Selb, s. 272, 273.

leşecek ve A halıyı B'den geri alarak yeni alıcıya satabilecektir (D. 18,2,2 pr.)[138]. Bir muamelenin taliki veya infisahî şarta bağlı olup olmadığı, öncelikle yorum meselesidir. Tarafların iradesi yorumlanarak hangi şartın mevcut olduğuna karar verilir (D.18,2,2; D.18,3,1). Türk Hukukunda esas itibariyle aynı prensip kabul edilmektedir. TBK 170/II zımnen tereddüt halinde geciktirici şartın varlığına hükmedileceğini belirtmektedir.

B. İRADİ, TESADÜFÎ VE KARMA ŞARTLAR

Gerçekleşmesi taraflardan birinin iradesine bırakılmış şarta iradi şart *(condicio potestativa)* denmektedir. Atlar beğenilmek şartıyla satılmışsa, burada alıcının iradesine bağlı bir şart söz konusudur (I. 3,23,4)[139]. «Dul kadının tekrar evlenmemesi şartıyla ona bir ev bırakıyorum» şeklindeki bir muayyen mal vasiyetinde olumsuz iradi şart söz konusudur[140]. Ancak şartın gerçekleşmesi, borçlunun iradesine bırakılamaz, aksi halde borç ilişkisi bağlayıcılığını kaybeder.

Tesadüfî şartta *(condicio causalis)* ise taraf iradesinden bağımsız bir olay ele alınmıştır: «Gemi Kartaca'dan gelirse sana 100 kilo buğday satarım». Akdin tarafı olmayan üçüncü kişilerin iradesine bağlı şartlar da tesadüfî şart niteliğindedir: «Roma halkı *Octavius*'u *consul* seçerse sana bir at veririm».

Karma şartta *(condicio mixta)* hem taraflardan birinin hem de üçüncü bir kişinin iradesi söz konusudur: «Titius kendisine vasiyet edilen kitabı Seia ile evlendiği takdirde alabilir». Evlenme için Titius'un iradesinin yetmediği, buna Seia'nın da razı olması gerektiği için karma bir şart söz konusudur.

Şartların bu şekildeki üçlü ayırımı Iustinianus hukukunun bir ürünüdür (C. 6,51,1,7).

---

138 D. 18, 1, 3'te Ulpianus alıcının malı beğenmediği takdirde akdi bozabileceği bir durumu ifade eden *pactum displicentiae*'de (tecrübe ve muayene kaydıyla satış, TBK 219-221) malın şarta bağlı olarak satılmış olmadığını, fakat şart gerçekleşirse, alım-satım akdinin bozulabileceğini belirtmektedir.

139 Pactum displicentiae'de, alıcı satın aldığı atları beğenmezse, geri verebilecektir.

140 Bu son örnekte dul kadının evlenip evlenmediği ancak ölümüyle belli olacağından muayyen mal vasiyetinden hiç yararlanamaması söz konusudur. Bu sebeple hukukçular *cautio Muciana* denilen bir yola başvurmuşlardır; lehine mal vasiyet edilmiş olan kendisine bırakılanı derhal alır, ancak bu sırada şarta aykırı hareket ederse malı geri vereceğine dair teminat gösterir. Bu teminatı hukuk hayatına ilk defa hukukçu Quintus Mucius Scaevola soktuğu için *cautio Muciana* denilmiştir (D. 35, 1, 7 pr.). Bkz. Umur, Lügat, *cautio Muciana*; Mayer – Maly, s.97.

C. GERÇEKLEŞEBİLECEK ŞARTLAR - GERÇEKLEŞEMEYECEK ŞARTLAR

Gerçekleşebilecek şarttan bahsedebilmek için şart olarak kabul edilen olayın gelecekte gerçekleşmesi, mümkün ancak, belirsiz bir olay olması gerekir. Geçmişte kalan veya halihazır durumlar *(condiciones ad praeteritum vel in praesens collata),* taraflar bu durumu bilmeseler bile, şart işlevini göremez (D. 12,1,39; I.3,15,6), çünkü hükümlerin askıda olması imkânsızdır. Örnek: «Titius yaşıyorsa». Burada gelecekteki bir olay yoktur. Böyle bir olguya bağlanmış olan muamele, hukukî neticelerin ya derhal doğması ya da hiç doğmamasıyla sonuçlanacaktır[141].

D. OLUMLU – OLUMSUZ ŞARTLAR

Şartlar olumlu yahut olumsuz tarzda ifade edilmiş olabilir. «Capitolium'a tırmanırsa» olumlu, «Seia Titius'un evlenme teklifini kabul etmezse», «Seia evini satmazsa» olumsuz şart niteliğindedir.

2) Şartın Hukukî Muameleye Etkisi

Talikî (geciktirici) şartlı muamele yapıldığı zaman önce hukuken bir belirsizlik mevcuttur, muamelenin netice meydana getirip getirmeyeceği belli değildir. Başka bir deyişle, hukukî muamelenin hükümleri askıdadır *(condicio pendet).* Fakat taraflar hukukî yönden bu askıda olma durumu ile bağlıdır. Şartın etkisini azaltacak tasarruflardan kaçınmak zorundadır[142]. Şartlı bir alacak doğmuşsa, alacaklı şartın gerçekleşmesinden önce ifayı talep edemez (D. 50,16,54) ama, bu hak başkasına devredilebilir, miras yoluyla geçebilir (I. 3,15,4). *Novatio* ile yenilenebilir veya ibraya konu olabilir, hatta rehinle teminat altına alınabilir[143]. Talikî (geciktirici) şarta bağlı olarak bir malın mülkiyetini devreden kimse, şart gerçekleşinceye kadar malik kalır (D. 40,9,29,1)

---

141 Şart olarak kabul edilmiş olayın gerçekleşmesi imkânsız ise «parmağınla gökyüzüne dokunursan» muamele bâtıl (geçersiz) olur (Gai. 3,98). Buna karşılık şart olarak konulmuş olay mutlaka tahakkuk edecekse «gökyüzüne parmağınla dokunamazsan» askıda bir durum söz konusu olmadığından muamele derhal yürürlüğe girer (I. 3,19,11).

142 TBK. 171/I: «Şart (koşul) gerçekleşinceye kadar, borçlu, borcun gereği gibi ifa edilmesine engel olacak her türlü davranıştan sakınmakla yükümlüdür. Şart gerçekleşinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi ödenmesine engel olacak her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür.

143 Kaser s.255; Umur, Ders Notları, s.195; krş Honsell, s.27; Karadeniz – Çelebican, s.251. Şart gerçekleşmeden önce dava açılması mümkün değildir. Şart gerçekleşmeden hemen ifada bulunan borçlu, ifa ettiği bir *condictio indebiti* sebepsiz iktisap davası, ile geri isteyebilirdi. Ancak bu arada şart gerçekleşirse artık geri isteyemezdi (D. 12,6,16 pr).

ve bu arada mal üzerinde tasarruflarda bulunabilir, örneğin rehnedebilir, irtifak tesis edebilir (D. 20,1,13,1; D. 18,2,4,3). Ancak bu muamelelerin de askıda olduğunu söylemek mümkündür çünkü şart gerçekleşirse bu tasarruflar hükümden düşer[144].

Şart gerçekleşirse *(condicio existit)* hukukî neticeler kendiliğinden *ipso iure* doğar, yani muamele şartsız *(pura)* bir muamelenin etkisine sahiptir (D. 28,7,26). Malı *traditio* ile şartlı devralmış olan kişi malik olur. *Stipulatio* ile şartlı alacak elde etmiş olan kimse alacağını talep edebilir. Şüpheli olay gerçekleşirse, olumlu şart gerçekleşmiştir. Olumsuz şart gerçekleşmezse, şüpheli vaka gerçekleşmiş olur.

Şart gerçekleşmezse *(condicio deficit)* hukukî muamele ortadan kalkar (D. 18,6,8 pr. ...*Nulla est emptio sicuti, nec stipulatio* alım-satım gibi *stipulatio* da geçersizdir.)

Roma'da klasik devirde alım-satım ile birlikte yapılan taliki şarta bağlı rücu anlaşması şeklinde düşünülen bozucu şartta ise, hasar alıcıya derhal geçer, semen alacağının hemen ödenmesi gerekir, mal teslim edilmişse, mülkiyette geçer. Ana muameleye ekli rücu (dönme) anlaşmasının taliki şartı gerçekleşirse, lehine bu şart konulmuş taraf ana muameleyi bozabilirdi[145] (D. 18,6,8 pr).

Şartın gerçekleşmesi aleyhine olacak taraf şartın gerçekleşmesini engellerse, şart gerçekleşmiş kabul edilir (D. 50,17,161). TBK. 175: «Şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir hareketle mani olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur».

Talikî (geciktirici) şartın yerine gelmesinden sonra hükümlerin muamelenin yapıldığı andan yani geçmişse etkili *(ex tunc)* olarak doğduğu veya şartın gerçekleştiği andan itibaren doğacağı *(ex nunc)* her hukuk düzenini ilgilendiren önemli bir sorundur. Bu konudaki tercihin pratik sonuçları meydandadır: Şartın tahakkuku halinde hükümlerin muamelenin yapıldığı andan itibaren doğmuş sayılacağı düzenlenmişse *(ex tunc)* muamelenin yapıldığı an ile şartın gerçekleştiği an arasındaki tasarruflar ortadan kalkacaktır. Aksi halde yani *ex nunc* etki kabul edilmişse aynı tasarruflar geçerliliğini koruyacaktır. Romalıların bu konuda her muamelenin özelliğini dikkate alarak *ex tunc* veya

---

144 TBK 171/III: «Şartın gerçekleşmesinden önce yapılan temliki her tasarruf şartın hükümlerini ihlal ettiği oranda geçersizdir».

145 Böyle bir bozma vaki olursa, taraflar verdiklerini geri almak için rücu anlaşmasının bağlı olduğu esas akdin (meselâ alım-satım) davalarını kullanırlardı (D. 18,1,6,1; D18,5,6). Bu bozmanın neticeleri ana akdin neticelerinin *ex nunc* olarak sona ermesidir.

ex nunc etki lehine vaziyet aldıkları görülmektedir. Ancak *ex nunc* etkinin ağır bastığını söylemek mümkündür[146].

İnfisahî (bozucu) şartta muamele yapılır yapılmaz doğan neticeler şart gerçekleşince ortadan kalkmaktadır. Burada hükümler *ex nunc* yani şartın gerçekleşmesiyle birlikte sona ermektedir[147]. Eski TBK 152/II'de de «kaideten infisah makabline şamil olmaz» denmiştir.

II. VADE (DIES)

Vade hukukî muameleye ilave edilmiş olan gelecekte gerçekleşmesi kesin bir olgudur. Taraf iradesine göre hükümler belli bir vadede başlayacaktır veya sona erecektir.

Vade bir takvim günü olarak belirlenmiş olabilir: 27 Şubat 2010. Bu vadenin hem gerçekleşeceği hem de ne zaman gerçekleşeceği kesindir *(dies certus an certus quando)*. Bazen de gerçekleşeceği kesin olmakla beraber ne zaman gerçekleşeceği belli olmayabilir *(dies certus an, incertus quando)*: A'nın ölümünden sonra veya bağ bozumunda, veya on yıl içinde.

Vade, başlangıç vadesi (geciktirici) veya sona erdirici vade (infisahî) olarak belirlenebilir.

Başlangıç vadesinde *(dies a quo)* hukukî muamelenin hükümleri belli bir anda doğmaya başlar. Örnek: A gelecek yılbaşı itibariyle bir ev kiralamıştır. Kira akdi gelecek yıldan başlayarak yürürlüğe girecektir. Yani kiraya veren evi oturulmak üzere o tarihte hazır edecek ve kiracıya boş olarak teslim edecektir, kiracı ise kira ücretini yine o tarihte ödemeye başlayacaktır[148]. Başlangıç vadesi, bir hakkın doğumunu değil talebini geçiktirir.

Sona erdirici vade *(dies ad quem)* halinde ise muamele hükümlerini derhal doğuracak, fakat o hükümler belli bir tarihte sona erecektir[149]. Örnek: A, gelecek yıl sonuna kadar bir ev kiralıyor. Kira akdi

---

146 Umur, Ders Notları, s.195-196; Hausmaninger – Selb, s.272-273. Bu konu Romanistler arasında geniş olarak tartışılmıştır ve bu tartışma hâlâ sürmektedir. Bu tartışmaların etkisinde kalan Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) şartın neticelerini geçmişe etkili olarak düzenlemiştir. Alman Medeni Kanunu ve Türk Medeni Kanunu şartın tahakkukundan sonra hükümlerin geçmişe etkili olarak doğmayacağını kabul etmiştir. (BGB 158; TBK 170/II). Ancak her iki kanun da tarafların bunun aksini kararlaştırabileceğini düzenlemektedir.

147 Kaser, s.257.

148 Mülkiyetin iktisabı geciktirici vadeye bağlanmışsa, mülkiyetin iktisabı o vadeye kadar ertelenmiş olur.

149 İnfisahi şartta olduğu gibi mülkiyet, hürriyet (D. 40,4,33) gibi devamlılık arzeden durumların infisahi vadeye bağlı olması mümkün değildi. Konulmuşsa yok farzedilirdi. *Stipulatio* gibi dar hukuk akitleri-

hemen yürürlüğe girecek, taraflar borçlarını yerine getirecektir, fakat gelecek yıl sonunda kira akdi sona erecektir (D 17,2,1 pr). Şirket, hizmet akdi gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler de bozucu vadeye bağlanabilirdi. İntifa hakkı belli bir tarihe kadar kurulabiliyordu, D. 7,4,3 pr.

Vadenin şarttan farkı birincinin mutlaka gerçekleşecek olmasındadır. Başka bir deyişle askıda olma hali mevcut değildir. Bu nedenle alacak hakkı hemen doğar, talep edilmesi - taliki vade söz konusu ise - vadesinde mümkün olur. Vadeli bir borç hemen ifa edilebilir. Vadesinden önce ifa edilmişse-şartlı borçtan farklı olarak - sebepsiz iktisap davası ile geri istenemezdi. (D.35,1,1,1)[150].

III. MÜKELLEFİYET (MODUS)

Bir kazandırıcı muamelenin muhtevasına taraf iradesiyle dahil edilen bu unsura göre, lehine muamele yapılan kimseye belli bir davranışta bulunma mükellefiyeti yüklenmektedir. Roma hukukunda *modus* daha çok bağışlamalarda ve ölüme bağlı tasarruflarda görülmekteydi. Örnek: A, B'yi mirasçı tayin etmekte ve aynı zamanda anıtını yaptırma mükellefiyeti altına sokmaktadır (D. 35,1,17,4).

Kazandırıcı muameleden faydalanan kimse, hakkı mükellefiyeti yerine getirmeye bağlı olmaksızın iktisap eder. *Modus*'lu bir muamele ne şarta ne de vadeye bağlıdır. Örnek: A, kendisi için bir hikâye yazmak mükellefiyeti yüklediği B'ye kıymetli bir kalem hediye ediyor. Burada dikkat edilmesi gereken diğer önemli nokta, mükellefiyetin karşı edim (ivaz) niteliğinde olmadığıdır.

Klasik dönemin sonlarına kadar mükellefiyetin yerine getirilmesi konusunda açılacak bir dava esas itibariyle mevcut değildi. Iustinianus döneminde genel bir dava niteliğinde olan *actio praescriptis verbis* ile mükellefiyetin yerine getirilmesi istenebilirdi[151].

---

ne böyle bozucu vade ilave edilir ve vadeye rağmen *stipulatio*'dan doğan dava açılırsa, *praetor* borçluyu *exceptio doli* ile himaye ederdi. Kira gibi iyi niyete *(bona fides)* tabi borç ilişkilerinde bozucu vade mümkündür (D. 19,2, 13,11) Hausmaninger-Selb, s. 275; Karadeniz-Çelebican, s.255; Kaser, s.258. I. 3, 15, 3'te hayatı boyunca verilmiş 10 altınlık taahhüdün ölümden sonra da devam edeceği, çünkü belli bir zaman için borçlanılamayacağı fakat *stipulatio* alacaklısının mirasçısının dava açması durumunda ona karşı *exceptio* ileri sürülerek borcun ödenmeyeceği belirtilmektedir.

150 Şart kabul etmeyen *actus legitimi* adı verilen muamelelere vade de konamazdı. (D. 50, 17,77).

151 Klasik devirde bazı şartlarda bir sebepsiz iktisap davası olan *condictio* açılabilirdi veya mükellefiyet *stipulatio* ile teminat altına alınabilirdi. Bu taktirde *stipulatio*'dan doğan dava açılırdı. Kaser, s. 259; Schwind, s. 272; Umur, Lügat, *modus*.

Hukukumuzda mükellefiyet, lehine kazandırmada bulunan tarafa yüklenmiş fer'i borç olarak anlaşılmaktadır (TMK m. 515, TBK 290-291).

§ 13. Hukukî Muamelelerin Hükümsüzlüğü

I. GENEL OLARAK

Bir hukukî muameleden beklenen sonuçların doğmasını engelleyen, bir hukukî işleme hukuk düzeni tarafından bağlanacak neticeleri önleyen çeşitli sebepler mevcuttur. Bu sebeplerin varlığı halinde hukukî muamelelerin geçerliliği etkilenir. Hukukî muameleyi farklı derecelerde etkileyen bu sebeplere geniş anlamıyla hükümsüzlük sebepleri demek mümkündür. Bu konuda Modern Hukuk öğretisinde tam bir fikir birliği olmadığı gibi Romalılar da hukuktaki genel eğilimlerine uygun olarak konuya teorik olarak yaklaşmamışlardır. Roma hukukunun *ius civile, ius honorarium, ius gentium* gibi iç içe girmiş hukuk tabakalarından oluşması ve bunlara göre hükümsüzlüklerin değişiklik göstermesi durumu karıştırmaktadır. Bilindiği gibi günümüzde bir hukukî muamelenin geçerlilik şartları kanunlar tarafından düzenlenmektedir. Bu şartları yerine getirmeyen hukukî muamele farklı neticeleri olan hükümsüzlük sebepleriyle sakatlanır. Romu hukukunda ise hükümsüzlük sebepleri daha ziyade meseleyi inceleyen hukukçuların görüşleriyle ortaya çıkmıştır. Hükümsüzlüğü ifade eden terim konusunda da bir birlik mevcut değildir[152]. Biz aşağıda modern hukuk terminolojisinde yerleşmiş kavramları esas alarak konuyu açıklamak istiyoruz. TBK. 27'de düzenlenmiştir.

HÜKÜMSÜZLÜK SEBEPLERİ

Yokluk	Kesin hükümsüzlük, geçersizlik (Butlan)	İptali biliyeti (edilebilirlik)
düzelmez sözleşme oluşmaz Örnek Baş tanığın olmadığı mancipatio	düzelmez, hakim görevi gereği *(ex officio)* dikkate alır Örnek, gereken şeklen uymama, idrak edebilmenin yokluğu, irade uyuşmazlığı	düzelebilir, taraflardan biri hüküm kazanmasını sağlayabilir Örnek Alacaklılardan mal kaçırma, gabin

1. Yokluk

Bir hukukî muamelenin temel, kurucu unsurlarından birinin bulunmaması halinde «yokluk»tan bahsedilir. Hukukî muameleyi doğura-

[152] *Nullum, inutilis, vitiosum, imperfecta, non valere, irritus* vs.

cak olan ana unsur mevcut değilse, hukukî muamele meydana gelmez. Roma hukukunda *magistra*'nın önünde yapılmayan *in iure cessio* yokluk derecesinde hükümsüzdür. Bugün evlendirme memuru önünde yapılmayan evlilik akdi ile evlilik birliği kurulamaz.

2. Kesin hükümsüzlük, geçersizlik (Butlan)

Hukukî muamelenin temel, kurucu unsurları mevcut olduğu halde geçerlilik şartlarında sakatlık varsa, kesin hükümsüzlük, geçersizlik (butlan)den, batıl muamelelerden söz edilir. Bu halde muamele kesin olarak hükümsüzdür, muamele ölü doğmuştur. Kesin hükümsüzlük, geçersizlik (butlan) sebebi sonradan ortadan kalksa bile, batıl olan muamelelerin sonradan geçerli hale gelmesine kural olarak imkan tanınmamıştır[153]. Meselâ muamele sırasında bulunmayan temyiz kudreti sonradan kazanılsa ve artık mümeyyiz olan kişi o muameleyi kabul etse de muamele geçerli hale gelemez. Belli bir sürenin geçmesi de böyle bir muameleye sıhhat kazandırmaz[154]. Yokluk gibi kesin hükümsüzlük, geçersizliği (butlan) de hâkim re'sen, görevi gereği *(ex officio)* nazara alır. Yani dava taraflarının bunu ileri sürmesine ihtiyaç yoktur. Butlan sadece muamelenin taraflarını değil, herkesi etkiler. Yine herkes kesin hükümsüzlük, geçersizliği (butlan) öne sürebilir.

Bir hukukî işlem taraflarca istenen sonuçları doğurmazsa etkisizdir veya geçersizdir.

TBK. 26 ve 27 sözleşmelerin (hukukî muamelelerin) hangi nedenlerle batıl olacağını düzenlemektedir. Roma hukukunda da hemen hemen aynı sebepler hukukî muamelenin geçersiz olması sonucunu doğurmaktaydı.

---

153 D. 50,17,29 *Quod abinitio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere.* (Başlangıçtan itibaren geçersiz olan zamanla geçerli hale gelemez.) Ortaçağ'ın sonlarından itibaren bu konuda bazı özdeyişler ortaya çıkmıştır: Meselâ, *Ab initio nullum semper nullum* (Başlangıçta batıl olan daima batıldır). *Quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit* (Başlangıçtan itibaren geçerli olmayan zamanın geçmesiyle sıhhat kazanmaz).

154 *Non firmatur tractu temporis, quod de iure ab initio non subsistit* (Hukuken başlangıçtan itibaren mevcut olmayan şey zamanın geçmesiyle tasdik edilemez, sıhhat kazanamaz.) Bazı hallerde başlangıçta sakat hukukî durumun sonradan sıhhat kazandığı görülmektedir. Başkasına ait bir mal devredildikten sonra devreden gerçek malike mirasçı olmuşsa *praetor* malı devredenin malik sıfatıyla açtığı *rei vindicatio*'ya karşı bir *exceptio* vermek suretiyle himaye sağlardı (D. 21,3,1 pr). Bağışlamaları düzenlemek üzere çıkarılmış bulunan *lex Cincia*'ya aykırı bir bağışlama, bağışlayanın ölmesiyle tam bağışlama haline gelirdi. Bir *senatus* kararıyla aile evlâtlarına karz borcu verilmesi yasaklanmıştı. Eğer bu yasak ihlal edilerek para borcu verilmiş, fakat baba bu borcu kabul etmiş veya *sui iuris* haline gelen evlat açıkça veya zımnen ödeyeceğini açıklamışsa, yasağa bağlanan neticeler ortadan kalkardı (D. 14, 6,7,15-16). Rehin hakkı tesis ettiği sırada mülkiyeti kendisine ait olmayan malı sonradan iktisap eden kimsenin tesis ettiği rehin hakkı diğer şartların varlığı ile birlikte geçerli hale geliyordu (D. 20,4,93). Bu konuda bkz. Apathy-Klingenberg – Stiegler, s.185; Kaser, s.248.

İrade uyuşmasının gerçekleşmediği akitlerin geçersiz olduğu Romalılar tarafından belirtilmiştir. Bilindiği üzere akdin meydana gelmesi için karşılıklı iradelerin uyuşması gerekir. Bu uyuşmaya *consensus* denirdi. Beyanlara rağmen uyuşmadan bahsedilemiyorsa *dissensus* vardır. D. 2,14,1,3'te Ulpianus tarafından irade uyuşması yoksa *stipulatio*'nun batıl olduğunu belirtilmiştir *(...stipulatio nisi habeat consensus, nulla est)*[155].

Muameleyi batıl hale sokan sebepler arasında temyiz kudretinin yokluğu, muamelenin kanunun emredici hükümlerine veya ahlâk ve adaba aykırılığı, sıhhat şekline tabi bir akitte şekle uyulmayışı sayılabilir:

Bir akıl hastasının (D. 29,2,47...*furiosi voluntas nulla est*... akıl hastasının iradesi hükümsüzdür), yedi yaşından küçük bir kimsenin *(infans)* muameleleri batıldır[156].

Tam kanun *(lex perfecta)* mahiyetinde olan bir kanuna aykırı hareket muamelenin netice doğurmasını engellerdi. Meselâ I.yüzyılda Augustus tarafından çıkarılan *lex Aelia Sentia*'ya göre kölesini azat eden kimsenin en az 20, azat edilen kölenin ise en az 30 yaşında olması gerekiyordu. Buna riayet edilmemişse, azat etme muamelesi kural olarak netice doğurmuyordu.

Hukukî muamelenin konusu objektif olarak imkansız ise, muameleden borç doğmuyordu. Romalılar «mümkün olmayandan borç doğmaz» demekteydiler[157]. Bu imkansızlık hukukî muamele yapılırken herkes için söz konusu olan imkansızlıktır. Satılmış atın ölmüş olması fizikî imkânsızlığı gösterir[158], buna karşılık satılan malın zaten alıcıya

---

155 D. 18,1,9 pr'da Ulpianus tarafların satılan mal veya semen üzerinde anlaşamadıkları durumda, akdin *dissensus* nedeniyle geçersiz *(imperfecta)* olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bkz. Gai. 3,102.

156 D. 50,17,40'ta Pomponius akıl hastasının hatta malvarlığının idaresi elinden alınan müsrifin iradesinin değersiz olduğunu vurgulamaktadır. D. 26,5,8,1'de Ulpianus akıl hastası *praetor*'un yaptığı vasi tayininin geçersiz olduğunu *(non valere)* söylemektedir.

157 D.50,17,185. Bu metne dayanılarak şu özdeyiş türetilmiştir: *Nemo potest ad impossible obligari* (hiç kimse imkansız olanı borçlanamaz).

158 D. 44,7,1,9'da Gaius, imkansız bir şeyin verilmesine ilişkin *stipulatio*'nun mantık gereği hukuken geçersiz olduğunu belirttikten sonra bir hürün veya ölmüş bir kölenin veya zaten yanmış bir evin *stipulatio* ile vaadedilmiş olmasını örnek göstermektedir. Ancak her iki tarafın bu durumu bilmemesi gerekiyordu. Benzer durumlardan yine Gai. 3,97'de söz edilmektedir. Iustinianus (I. 2,19,1) ise, tabiatta mevcut olmayan bir şeyin verilmesine örnek olarak *hippocentaurus*'u (başı insan, vücudu at olan efsanevi yaratık) gösteriyor ve böyle bir *stipulatio*'nun geçersiz *(inutilis)* olduğunu belirtiyor. Paulus D. 18,1,15 pr'da üzerinde anlaşmaya varılan maddenin satıştan önce dünya üzerinden yok olması halinde alım-satımın batıl *(nualla emptio)* olduğuna işaret etmektedir. Yaşayan veya var olmayan bir kimsenin terekesinin satılmasından da borç ilişkisi doğmazdı. D. 18,4,1. TBK 20/I bir akdin konusunun gayri mümkün olması halinde akdin batıl olacağını düzenlemektedir.

ait olması hukukî imkansızlık yaratır[159]. Edimin ifasının sadece borçlu için imkansız olması, muamelenin geçersizliği sonucunu doğurmaz[160]. Merih'te tatil geçirmek konusunda yapılan bir sözleşmenin imkansızlık sebebiyle geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir. Böyle bir olanak bulunmadığından, fizikî, objektif imkansızlıktan bahsolunur. Buna karşılık dünya çevresinde yapılacak bir seyahat için bir şirket ile anlaşma yapmış kimsenin bu yolculuğa ödeyecek parasının olmaması imkansızlık sebebiyle akdin geçersizliği sonucunu getirmeyecektir[161].

İşlem *ius civile*'ye göre, bâtıl, geçersiz ise *praetor* bir dava hakkı vermez veya hile def'i gibi bir yolla etkisiz kılar.

Şekle aykırılık dolayısıyla geçersizliğe gelince; *mancipatio*'da şahit bulunmaması veya gerekli sözlerin söylenmemesi, mülkiyetin geçmemesine sebep olacaktır veya mektuplarla yapılmak istenen *stipulatio* netice doğurmayacaktır.

Ahlâk ve adaba aykırı muameleler *(negotia turpia)* konusunda ise *bona fides*'e (iyi niyet) göre değerlendirilen muamelelerle *stipulatio* gibi *ius civile*'nin şekilci muameleleri arasında ayırım yapmak gerekir; *negotia bona fidei* (iyi niyet muameleleri) denilen işlemlerde hâkim ahlâka ve adaba aykırılığı re'sen, görevi gereği dikkate alır ve muameleyi geçersiz kılardı. Yine ahlâk ve adaba aykırılık *stipulatio*'nun içeriğinden açıkça anlaşılıyorsa muamele batıl, geçersiz olurdu[162]. Buna karşılık *stipulatio* mücerret ise geçerliydi. Ancak, *stipulatio*'nun sebebinin ahlâka aykırılığı ispat edilirse *praetor* ya da *stipulatio*'dan

---

159 D. 44,7,1,10'da Gaius, malın kendisine ait olduğunu bilmeden kendisine verilmesi için *stipulatio* yaptıran kimsenin alacaklı olamayacağını, çünkü bu *stipulatio*'nun geçersiz *(inutilis)* olduğunu belirtmektedir. D. 50,17,45'te Ulpianus, bir kimsenin kendi malı üzerinde rehin, vedia, *precarium*, hakkına sahip olamayacağını, kendi malını kiralamayacağını ve satın alamayacağını vurgulamaktadır.

160 D.19,1,55'te Pomponius satın alınan veya *stipulatio* ile taahhüt edilen kölenin düşmanın elinde olması durumunda Octovenus'un fikrine iştirak ederek alım-satımın ve *stipulatio*'nun geçerli olduğunu belirtmektedir. İmkânsızlığı bildiği halde muameleyi yapan kimseden menfi zararın tazmini istenebilirdi. Apathy - Klingenberg-Stiegler, s. 186; Liebs, s.245.

161 Yoruma rağmen muameleden ne borçlanıldığı anlaşılamıyorsa akit yine batıldır. D. 45,1,94'te Marcellus bir kimseye *stipulatio* ile buğday teslimi taahhüt edildiği halde buğdayın türü ve miktarının ne olduğu anlaşılamıyorsa *stipulatio* ile borç altına girilmediğini dile getirmektedir. D.28,5, 63,1' de kimin mirasçı atandığı belli olmuyorsa tasarrufun geçerli olmayacağı *(non valet)* ifade edilmektedir.

162 D. 45,1,26: Generaliter *novimus turpes stipulationes nullius esse momenti* (Ahlâka aykırı *stipulatio*'ların genel olarak batıl olduğunu biliyoruz). Iustinianus (I. 3, 9, 24) ahlâka aykırı bir sebeple taahhüt edilen şeyin geçerli olmadığını *(non valet)* söyledikten sonra buna adam öldürmeyi veya bir tapınağı soymayı örnek göstermektedir. D. 17, 1, 6, 3'te Ulpianus ahlâksız bir şeyin yapılması için verilen vekâletin geçersiz olduğunu ve dava açılamayacağını anlatmaktadır. D. 22, 1, 5'te Papinianus, iyiniyete tabi davalarda ahlâka ve adaba aykırı edimlerin istenmesinin hukuka aykırı olduğunu zikretmektedir. Bu 20/I de ahlâka aykırı edim ihtiva eden akitlerin batıl olduğunu belirtmektedir.

dolayı talep edilen davayı reddeder *(denegare actionem)* veya *formula*'ya bir defi *(exceptio)* koyardı.

Roma hukukunda *mancipatio, in iure cessio, acceptilatio* (borçtan ibra) gibi *actus legitimi* denilen muameleler şart veya vade konduğu takdirde geçersiz (batıl) olurlardı[163].

3) İptal Edilebilme

Bu kategoriye giren hukukî muamelelerin hükümsüzlüğü veya muteberliği askıdadır ve ortadan kaldırılabilir. Müşterek Hukuk doktrininin Roma kaynaklarına dayanarak geliştirdiği bu sakatlıklarda muamelenin kaderi taraflardan birinin kararına bağlıdır. Hukukî işlem önce geçerlidir. Ancak, iptal yetkisinin kullanılmasıyla geçmişe etkili olarak hükümsüz hale gelir. Bu kimse muameleyi onaylayabilir, muamele geçerli bir işlemin sonuçlarını doğurur. Hak sahibi iptal hakkını kullanmaz veya onaylarsa geçerlilik kazanır (sonradan sıhhat kazanma).

Roma hukukunda iptal kabiliyeti olarak algılanabilecek olan bir kurum alacaklılardan mal kaçırmadır *(fraus creditorum)*. Bir kimse alacaklının takibinden kurtulmak için mallarını üçüncü kişilere devrederse, *praetor* zarara uğrayan alacaklıya bir *in integrum restitutio* (eski hale iade) tanıyarak tasarrufu hükümsüz kılardı[164]. Roma hukukunda *in integrum restitutio* verilen diğer halleri de bu kategoriye sokmak mümkündür. *Exceptio* (defi) ile de hukukî muamelenin neticeleri engellenebiliyordu[165]. Diğer bir örnek gabindir.

Bugün hata, hile, tehdit gibi hallerde muamelenin iptal edilebileceğinden bahsedilmektedir. Roma hukukunda iradeye ilişkin böyle bozuklukların sonucu modern hukuklara göre farklılık göstermektedir. Bunlardan aşağıda bahsedilecektir.

---

163 D. 50,17,77 Batıl muameleler için bkz. Karadeniz-Çelebican, s. 266, 268; Umur, Ders Notları, s.203-204; Hausmaninger-Selb, s.305 vd.; Honsell, s.35 vd. Bugün de aile hukukuna ilişkin muamelelerin şarta bağlanamayacağı genellikle kabul edilmektedir. Meselâ evlenme akdi şarta bağlı olarak yapılamaz. Mirasın reddi de kayıtsız ve şartsız olmalıdır (TMK m. 609). TBK 243 bir gayrimenkulün şartla satımı halinde şart gerçekleşmedikçe satışın tapu siciline kaydedilemeyeceğini ifade etmek suretiyle tapu siciline şartlı tescilin mümkün olmadığına işaret etmektedir.

164 Apathy-Klingenberg-Stiegler, s.166-167. Iustinianus (I. 4,6,6) borçlu malını üçüncü bir kişiye alacaklının aleyhine ve hileli olarak devretmişse bu teslim iptal edilmiş ve borçlunun malvarlığından kalmış addolunarak alacaklının malı talep edebileceğini ifade etmektedir.

165 Krş. Karadeniz – Çelebican, s.269; Umur, Ders Notları, s.204 .

II. İRADE VE BEYANINA AİT BOZUKLUKLAR

Daha önce açıklandığı gibi *ius civile* için önemli olan şekildi. Şekle uyulduğu zaman muamele geçerli olarak meydana gelirdi. Fakat zamanla hukukî muamelede iradeye verilen önem artınca, bu iradenin ve iradedeki bozuklukların nazara alınması gerektiği kabul edildi. Özellikle *bona fides*'e tabi muamelelerle başlayan bu gelişme, daha sonra *stipulatio* gibi dar hukuk muamelelerini de içine alacak şekilde genişletildi. Iustinianus hukukunda taraf iradesi *(voluntas)*[166] daha fazla önem kazandı ve Müşterek hukukta Iustinianus'un *Corpus Iuris Civilis*'i kullandığından modern kanunlar hazırlanırken tarafların iradesini mümkün olduğu kadar nazara alan maddelere yer verildi.

Modern hukuk doktrini Pandekt ilmini izleyerek hukukî muamelenin meydana gelmesi için gerekli olan irade beyanında irade ve beyan olmak üzere iki unsur bulunduğunu kabul etmekte ve hukukî muamelenin neticelerini dış dünyaya yansıyan irade beyanına bağlamaktadır[167]. Buna karşılık Roma hukuku böyle bir ayırım yapmamıştır, esas itibariyle Roma'da irade ve beyan bir bütün olarak görülmüştür, hatta hukukçular iradeye üstünlük tanıyarak iradeye uymayan beyanı geçersiz saymışlardır. Beyan ile irade uyuşmamışsa, kural olarak bundan bir netice doğmazdı. Klâsik hukukçular için beyan sadece iradeyi anlamaya yarayan araçtır. Klâsik hukukçuların bu görüşü müşterek hukukta «irade teorisi» denilen öğretinin temelini teşkil etmiş ve bu öğreti XIX. yüzyıla kadar hâkim kalmıştır[168].

Zamanımızda iradeye ilişkin sakatlıkların iradenin beyanında veya oluşmasında bulunmasına göre ayırım yapılmakta, bu bozukluklara (irade fesatları) çeşitli neticeler bağlamaktadır.

---

166 D. 50,16,219: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.* (Anlaşmalarda tarafların kullandıkları kelimelerden ziyade iradelerine bakılmalıdır). D. 45,1,89: *Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est commodissimum est id accipi, quo res qua de agitur in tuto sit.* (Eğer *stipulatio*'da konuşulan açık değilse, hakkında muamele yapılan şey için en elverişli görünenin maksada uygunluğu kabul edilir).

167 Esas itibariyle *declaratio voluntatis* veya *voluntatem declarare* gibi ifadeler klâsik sonrası devre aittir. Bkz. D. 1,3,32,1; Heumann-Seckel, s.632; Umur, Lügat, *voluntas*; krş. Mayer-Maly s.96.

168 Tabii hukuk teorisi, iradenin tezahür ettiği şeklin ferdin iradesine göre ikinci planda kaldığını, hukukî neticelerin ferdin iradesi sonucunda ortaya çıktığını savunmuştur. Bu görüş daha sonraki bir ekol olan Pandekt ilmini de etkilemiş ve bu akım önemli olanın beyan edilen irade değil, iç irade olduğunu ileri sürmüştür. Buna karşılık beyan teorisi hukukî muameleler alanında muhataba ulaşan beyanın esas alınması gerektiği görüşündedir. Başka bir deyişle gerçek irade ancak kişinin beyanından anlaşıldığı ölçüde nazara alınabilir. Gerek TBK m.19, gerekse BGB 119 ve 133 irade teorisi lehine vaziyet almış gibi görünmektedir, fakat bu uygulamanın özellikle yöneltilmesi gerekli irade beyanları bakımından beyan teorisi yönünde gerçekleştiği söylenebilir. Günümüzde geçerli olan irade, beyan ve güven teorilerinin kısa izahı için bkz. Apathy-Klingenberg-Stiegler s.178; Mayer – Maly, s.90-91.

Fertler, çeşitli şekillerde iç sebeplerle oluşan iradelerini dış dünyaya (harice) muteber beyan aracılığıyla açıklar ve hukuk buna neticeler bağlar. İrade ile beyan birbirine uymayabilir. Oluşan irade ile beyan edilen irade arasında farklılık bulunabilir.

İrade ile beyan arasındaki uyumsuzluk bilerek yaratılabilir veya istemeden ortaya çıkabilir. Bilerek yaratılan uyumsuzluk ise tek taraflı veya iki taraflı olabilir.

III. İRADE İLE BEYAN ARASINDAKİ KASTİ UYGUNSUZLUK HALLERİ

Zihni kayıt *(reservatio mentalis)* halinde bir kimse aslında istemediği bir şeyi beyan etmektedir. Kiralık ev levhasını gören bir kimse, aslında iradesi o şekilde olmadığı halde bu evi tutuğunu beyan etmiştir. Hukukî yönden böyle beyanda bulunan kişi beyanıyla bağlıdır. Beyanı yönelttiği kimsenin bu beyana yanlış anlam vermesine sebep olan kişi beyanının sonuçlarına katlanmalıdır[169]. Roma kaynaklarında üzerinde durulmayan bu zihni kayıt üzerinde Müşterek hukukta ve Kilise hukukunda durulmuştur[170].

Şaka (latife) beyanı da tek taraflıdır: Bir kimse muhatabının gerçeği anlayacağı düşüncesiyle ciddi olmayan beyanda bulunur veya taraflar göstermelik bir muamele yaparlar. Eğer muhatap beyanın ciddi olmadığını anlamışsa muamele geçerli olmaz[171]. Şaka beyanının zihni kayıttan farkı beyanda bulunanın, karşı tarafın beyanının ciddi olmadığını anlayacağını düşünmesidir. Eğer muhatap beyanın ciddi olmadığını anlamamışsa, muamele geçerlidir. Burada kandırma amacı yoktur.

---

169 Bu konuda TBK'da açık bir hüküm yoktur. BGB 116 istemediği şeyi beyan eden kimsenin beyanının kural olarak batıl olmadığını belirttikten sonra beyanın yöneldiği kişinin zihni kaydı bilmesi durumunda bu beyanın batıl olacağını düzenlemektedir.

170 Zihni kayıt konusundaki bazı özdeyişler: *Intentio in mente retenta nihil operatur* (zihinde kalmış olan niyet hiçbir sonuç doğurmaz). *Voluntas in mente retenta nihil efficit* (zihinde kalmış iradenin hiçbir tesiri yoktur). Karadeniz – Çelebican, s.222; Siber H. Römisches Privatrecht; 2. unveränderte Auflage, Darmstadt, 1968, s.436.

171 D. 44,7,3,2: ... *nec enim si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero «spondes?» et tu responderis «spondeo» nascetur obligatio.* (...mesela, şaka veya gösteri niyetiyle sana «taahhüt ediyormusun?» diye sorsam ve sen «taahhüt ediyorum» şeklinde cevap versen borç doğmaz). Latife beyanıyla ilgili özdeyişler: *locus consensui adversatur* (şaka rıza ile kabili teklif değildir). *Qui iocatur non mentitur* (şaka yapan kandırmış olmaz). TBK'nda şaka beyanı açık olarak düzenlenmemiştir. BGB 118'de karşısındakinin beyanının ciddi olmadığını anlayacağı düşüncesiyle yapılan latife beyanının batıl olduğu belirtilmektedir. Şaka beyanı ancak akdin karşı tarafı bunun şaka olduğunu anlamamışsa bağlayıcıdır.

Muvazaa *(simulatio)* iki taraflıdır. Taraflar beyanlarının iradelerine uygun olmayacağı konusunda anlaşmışlardır. Dış dünyaya akseden muamele hiç hüküm ifade etmeyecektir veya muamelenin önemli bir unsuru harice, gerçeğe uygun olmayan bir şekilde yansıtılmaktadır. Meselâ 100.000 olan semen 10.000 olarak gösterilmiştir. *Simulatio*'da iki taraf da beyanlarının gerçek iradelerine uygun olmadığını bilmektedir. Muvazaa çok defa üçüncü kişileri aldatmak için yapılır.

Muvazaalı işlemler konusunda mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa ayırımı yapılmaktadır:

Mutlak muvazaada sadece dış dünyaya yapılmış gibi yansıyan tek bir muamele vardır. Alacaklıdan mal kaçırmak veya vergi kaçırmak gibi sebeplerle bir malı satıp devretmek. Çoğu kez, hileli işlemlerdir.Örneğin borcundan dolayı yapılacak bir icrayı etkisiz kılmak isteyen A, mallarını B'ye satmış görünür. A ve B bu satışın aslında netice doğurmayacağı konusunda anlaşmışlardır, üçüncü kişileri kandırmak, aldatmak *(simulare)* için sadece görüntüde alım-satım akdi yapmışlardır. Bu alım-satım gerçek iradelerine uymamaktadır[172].

Nisbi muvazaada ise iki işlem vardır. Bunların biri dışa karşı yapılmış görüntüsü veren muvazaalı muamele, diğeri de bunun arkasına gizlenmiş olan tarafların gerçek iradesine uygun muameledir. Meselâ bir kimse oğluna aslında bağışlama gayesiyle devrettiği bir atını Miras Hukukunun hükümlerinden kaçmak için satılmış, yani alım-satım akdi neticesinde devredilmiş gibi gösterir. Baba ile oğul bir atın alım-satımı varmış gibi belli bir semen üzerinde de anlaşarak bu alım-satım gereği atın devredildiği görüntüsünü verirler. Bu durumda muvazaalı alım-satım dış dünyaya akseden muameledir, bunun arkasına ise tarafların gerçek iradesine uygun olan bağışlama gizlenmiştir[173].

---

172 D. 44,7,54: *Contractus imaginarii etiam in emptionibus iuris vinculum non obtinet, cum fides facti simulatur non intercedente veritate.* (muvazaalı akitler alım-satımda da bir hukukî bağ meydana getirmezler, zira gerçeğe uymayan sözünü tutma vakıası sadece görünüşte mevcuttur). D. 23,2,30'da Gaius muvazaalı evlenmenin batıl olduğunu ifade etmektedir. Burada eşler gerçekte istemedikleri bir şeyi beyan etmektedirler. Boşanmanın da muvazaalı olamayacağı D. 24,1,64'ten anlaşılmaktadır, gerçek boşanmada devamlı ayrılık iradesi olmalıdır.

173 D. 18,1,36'da Ulpianus bir kimsenin bir alım-satım akdinde bağışlama nedeniyle talep etmeyeceği bir semeni kararlaştırması halinde, alım-satım akdinin varlığının kabul edilemeyeceğini öne sürmektedir. Bunun gibi aynı hukukçu D. 19,2,46'da sembolik ücret karşılığında yapılan kira akdinin geçerli olmayacağını, çünkü bu muamelenin bağışlamaya benzediğini belirtmektedir. Buna karşılık D. 50,17,16'da Ulpianus, bir semen söz konusu olduğu takdirde muvazaalı satımdan bahsedilemez, demektedir. Semenin çok düşük tutulduğu hallerde bir *negotium mixtum cum donatione* (Umur, Lügat) vardır. Yani bağışlama gayesiyle yapılmış alım-satım mevcuttur denebilir. Siber, Röm. Privatrecht, s.437.

Roma hukukunda şekle bağlı muamelelerde, yapılan muamelenin aslında hüküm ifade etmeyeceğine dair anlaşmanın dikkate alınması mümkün değildi, çünkü şekil iradeden önce geliyordu[174]. Böyle muamelelerde muvazaa problemi ortaya çıkamazdı. Asıl unsurun irade olduğu kabul edilmeye başlandıktan sonra özellikle rızai akitlerin geçersiz olduğu görüşü kabul edildi. Kısaca uyuşan beyanlar gerçek iradeye uymadığından muvazaalı işlem batıl oluyordu; istenen beyan edilmemiştir, beyan edilen istenmemiştir.

İradenin tamamen vurgulayıcı olduğu post klasik devirde harici iradenin gerçek iradeye uymadığı için batıl olduğu, bunun arkasına gizlenmiş olan, tarafların gerçek iradelerine uyan muamelenin geçerli olabileceği, bunun için gizlenmiş muamelenin *(negotium dissimulatum)* hukuk düzeninin aradığı unsurları (örneğin şekle uygunluk) taşıması gerektiği kabul edilmişti[175].

Muvazaa TBK. 19'da düzenlenmiştir. Bu maddenin metni okunduğu zaman bir akitte tarafların «hâkiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır» ibaresinden kanunun esas itibariyle gerçek iradeye önem verdiğini, bu nedenle görünüşteki muamelenin iradeye aykırılık sebebiyle batıl olduğu, buna karşılık gerçek iradeye uyan gizli muamelenin muteber olacağı sonucu çıkarılır[176].

IV. İRADE İLE BEYAN ARASINDAKİ KASTİ OLMAYAN UYGUSUZLUK HALLERİ (HATA-YANILMA)

Modern hukuk teorisi irade ile beyanı birbirinden ayırmakta, hukuk hayatında bulunması gereken güvene önem vererek bir sözleşmenin meydana gelmesi için irade beyanlarının uygunluğunu aramakta, bu uygunluk varsa, *consensus* dolayısıyla sözleşmenin oluştuğu

---

174 Tarafların *magistra* önünde bir dava varmış gibi hareket ettikleri *in iure cessio*, hayali bir alım-satım gibi cereyan eden *mancipatio*'da hem şekil ön plana çıktığı hem de taraflar bu muamelelerden doğan neticeleri gerçekten istediklerinden bunlar muvazaalı muameleler kategorisine girmezdi.

175 C. 4,22'nin fasıl başlığı şöyledir: «*plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*» (zahiren, görünüşte yapılandan ziyade gerçekte yapılan geçerlidir). Muvazaaya ilişkin bazı özdeyişler şunlardır:
- *Actus simulatus nullius est momenti* (muvazaalı muamele geçersizdir).
- *Plus valet quod actum quam simulatum* (gerçekte yapılan muvazaalı olandan daha geçerlidir)l
- *Quae simulate geruntur, pro infectis habentur* (zahiren yapılan şey batıldır).
BGB 117, karşı tarafın onayı ile irade açıklamasının sadece görünüşte yapılmış olması halinde bu beyanın batıl olduğunu belirttikten sonra, muvazaalı muamele ile başka bir işlem gizlenmişse, bu gizlenmiş muamele için geçerli olan hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir.

176 Meselâ görünüşteki akit alım-satım, arkadaki gizli akit bağışlama ise, bağışlamanın geçerli sayılması için TBK m.288 gereği yazılı yapılmış olması gerekir. Muvazaa için bkz. Umur, Ders Notları, s.205-206, Karadeniz-Çelebican, s.224-225; Schwind s.264-265; Honsell, s.38; Kaser, s.242-243.

sonucuna varmaktadır. Başka bir deyişle iradeler farklı bile olsa, beyanlar uyuşuyorsa hukukî muamelenin meydana geldiği kabul edilmektedir. Özellikle irade beyanının yöneldiği (dürüst ve mantıklı bir kişi olduğu farzedilen) muhatabın beyana verdiği anlama bakılmaktadır. Taraflardan birinin dikkatsizliği, yanılgısı yüzünden iradesinden farklı beyanda bulunması halinde, gereğinde karşı tarafın zararını tazmin suretiyle muamelenin iptaline izin verilmektedir.

Daha önce belirtildiği gibi, klasik devirden itibaren, irade şeklin önünde gelmeye başlamış, klâsik hukukçular gerçek iradeyi esas almışlardır. Roma'da hukukî muameleler için gerekli irade ile beyan, bir bütün olarak düşünülmekte, beyan iradenin açıklanmasına, anlaşılmasına yarayan bir vasıta olarak görülerek, iradeye üstünlük tanınmaktaydı. Romalılara göre beyanlar değil, iradeler uyuştuğu zaman *consensus* vardır, hukukî muamele meydana gelmiştir. *Consensus*'un oluşup oluşmadığı muamelenin yorumu yoluyla saptanır. Yorum sonunda iradelerin uyuşmadığı anlaşılırsa *dissensus* (irade uyuşmazlığı) söz konusudur, muamele geçersizdir. Bugün Borçlar Kanununu'nda hata halleri olarak düzenlenmiş bulunan olgular (TBK 31), Roma hukukunda irade uyuşmazlığı *(dissensus)* kategorisine sokulmakta ve bâtıl (geçersiz) kabul edilmekteydi.

Hatanın *(error)* nazara alınması Roma'da rızaî akitlerin kabulüyle başlamıştır. *Stipulatio* gibi şeklin ön plana çıktığı muamelelerde belli kelimelerin soruda ve cevapta kullanılmasıyla şekle uyulduğu zaman muamele geçerli olarak oluşurdu. Bu muamelelerde öncelikle hatanın dikkate alınması söz konusu değildi *(stipulatio*'da söylenen belirli sözlere netice bağlanması bakımından bugün beyana kıymet veren modern görüşe benzemektedir). Rızaî akitlerde önemli olan *consensus* olduğuna göre, akdin mevcut olduğunu söyleyebilmek için, taraf iradelerinin uyuşması gerekiyordu[177]. İşte Roma'da hata halleri

[177] Taraf iradelerinin uyuşmadığını gösteren *dissensus* açık olabilir, yani taraflar akdin meydana gelmediğini bilmektedir. Özellikle *stipulatio* gibi şekle bağlı karşılıklı beyanların söz konusu olduğu sözleşmelerde bu durum açıktır. Meselâ Gai. 3, 102 *stipulatio*'da soruya cevap verilmemişse veya «10 vermeyi taahhüt ediyor musun?» diye yöneltilen soruya «5 vermeyi taahhüt ediyorum» şeklinde cevap verilmişse veya kayıtsız şartsız sorulan suale şartlı borç altına girilecek şekilde cevap verilmişse, *stipulatio*'nun geçersiz *(inutilis)* olduğunu anlatmaktadır. (Bu konuda başka bir örnek D.45,1,83,2'de verilmektedir). Buna karşılık belli bir şekle bağlı olmadan açıklanan iradeler ve zımni beyanlarla oluşan akitlerde taraflar anlaştıklarına inandıkları halde iradeleri gerçekte uyuşmayabilir. Bu bilhassa iradenin birçok anlama gelecek şekilde açıklandığı hallerde görülür. Mesela bir kimse bir miktar parayı bağışlamak gayesiyle verdiği halde diğeri bunu karz, yani borç olarak almıştır (D. 41,1,36 ve D.12, 1,18). Tarafların her ikisi de köle Stichus hakkında beyanda bulundukları halde her ikisinin kastettikleri Stichus'lar farklı ise yine bir *dissensus* vardır, fakat taraflar bunu bilmemektedir, bkz. D.45,1,83,1; D. 45,1,137,1. Hemen belirtelim, bir hukukî kavram olarak *dissensus* Türk huku-

consensus'u ortadan kaldıran, irade uyuşmazlığının bulunduğu neticesine götüren haller olarak ortaya çıkmıştı. Başka bir deyişle hata *(error)* ile irade uyuşmazlığı *(dissensus)* arasında bir fark mevcut değildi, ikisi de aynı kurallara tabi idi. Romalılara göre, hata irade ile açıklanmasının farklı oluşunu değil, irade uyuşmazlığının olduğunun ifade ederdi. Sonuç; olarak hata halinde Romalıların hukukî muamelenin ya da sözleşmenin meydana gelmediği görüşünde olduğunu söylemek mümkündür[178]. D.2,1,15'de Iulianus «yanılanlar anlaşmış olmaz» demektedir[179].

İstemeyerek ve bilmeyerek beyanda bozukluk, hata (*error*) olabilir. Beyanı; iradesine uygun sanılarak ve isteyerek yapılmıştır, fakat "hata" ile yanlış olmuşsa, beyanda bozukluk vardır. Hataların bazıları "esaslı"dır ve hukukî işlemi bâtılı (geçersiz) yapar. Günümüzde yerleşmiş kavramlardan hareket ederek esaslı hata hallerini aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:

Muamelenin Niteliğinde Hata (Error in Negotio)

Burada yapılan hukukî muamelenin türünde yanılma meydana gelmiştir. Bir kimse, yanlışlıkla satış belgesi yerine kira mukavelesini imzalamıştır. Hataya düşen taraf aslında yapmak istediği akitten farklı bir sözleşme için beyanda bulunmaktadır. Meselâ kendisine yapılan satış teklifini bağışlama beyanı olarak anlayan ve kabul eden kimse muamelenin niteliğinde hataya düşmektedir. Titius, Gaius'a bahçenin çapalanmasında yardımcı olmak istediğini söyler. Gaius, Titius'un bunu hiç ücret almadan yapacağını düşünmüştür. Halbuki Titius günlük 10.000.000 alacağını hesap ederek böyle, bir beyanda bulunmuştur (TBK 31/I)[180].

---

kunda irade beyanlarının uyuşmaması halinde ortaya çıkar (beyan teorisi), halbuki Roma hukukunda *dissensus* iradelerin uyuşmadığı gösterir.

178 Honsell, s.39; Apathy-Klingenberg – Stiegler, s.177. Nadir olmakla beraber tek taraflı, yöneltilmesi gerekmeyen irade açıklamalarında hataya düşmek mümkündür. Mesela miras bırakan vasiyetnamesinde aslında hiç düşünmediği bir köleyi vasiyet etmiştir, D. 30,4, pr.

179 Hata ile ilgili Lâtince özdeyişlerin bazıları şunlardır:
-Errantis voluntas nulla est (yanılanların iradesi batıldır)
-Error nocet erranti (hata yanılana zarar verir)
-Errare humanum est (yanılmak beşeridir)

180 Roma hukukundaki hata anlamında olmak üzere şu örnekler verilebilir: Bir kimsenin vedia olarak verdiğini karşı taraf karz niyetiyle teslim alıyor veya bir kimsenin karz olarak verdiği parayı diğeri sadece başkasına göstermek amacıyla *(ostendi gratia)* ariyet olarak kabul ediyor (D. 12,1,18,1). Dikkat edilecek olursa hata eden burada kendi iradesini beyan ederken değil, karşı tarafın iradesini algılarken yanılmaktadır. Bir kimsede muamele yapmak iradesi hiç olmadığı halde bir işleme taraf olması da *error in negotio*'ya girer. Açık arttırma yapılan bir salonda arkadaşını çağırmak için el sallayan kimsenin bu hareketi ihale memuru tarafından teklif olarak algılanarak mal ona ihale ediliyor.

Şahısta Hata (Error in Persona)

Bu kategoriye giren hata hallerinde muameleye taraf olan kişinin şahsında yanılma vardır. Bir kitabı satıcı aslında göndermek istediği Titius yerine Lucius'a yollamıştır. Bu hata türünde hukukî muamelenin yapılmak istendiği veya muameleden yarar görecek kişinin hüviyetinde hataya düşülmüştür. Veya bir akit Licius yerine Titius ile yapılmıştır. Caius'u mirasçı yapmak isteyen kimse, yanlışlıkla Titius yazmışsa.

Şahısta hatanın önemli sayılması için hüviyetinde hataya düşülen kimsenin özellikleri ve onunla hangi muamelenin yapılmak istendiğine bakılmalıdır (TBK 31/IV). Şahısta hata, her zaman "esaslı hata" değildir. Ancak hukukî işlem için "şahsın" önemi varsa, esaslı hata sayılır. Mesela, ödünç para verilen şahıs önemli olduğu halde, sadaka verilen şahsın fazla önemi yoktur. Hatanın esaslı olup olmadığı, her olay için ayrı ayrı incelenip değerlendirilmek gerekir. Meselâ sadece belli bir ressam düşünülerek bir tablo ısmarlanmıştır. Kira, saklama, tüketim ödüncü akitlerinde olduğu gibi borçlunun güvenilir ödeme kabiliyeti olan bir kişi olması önem taşır. Buna karşılık; peşin satışlarda müşterinin kimliğinde yanılma önemli hata hali oluşturmaz (TBK. 31/III,IV)[181].

Muamele Konusunda Hata (Error in Corpore, Error in Obiecto)

Hatanın bu türünde, malın maddesinde, işlemin konusunda, yanılgı meydana gelmektedir. Şu arsa satın almak istenirken, bu arsa

---

[181] D. 28,5,9 pr'da Ulpianus vasiyetnamede düşünülenden farklı bir kimsenin adının yazılması halinde (meselâ Gaius yerine Titius) ne adı yazılanın (çünkü bu iradeye aykırıdır) ne de gerçekte düşünülenin (çünkü adı yazılmamıştır) mirasçı olabileceğini belirtmektedir. C, hem A'dan hem de B'den borç istemiştir; A, kendi borçlusuna bu parayı C'ye *stipulatio* ile borçlanması talimatını vermiştir. C kendisine parayı vermeyi taahhüt edenin B'nin borçlusu olduğu düşüncesiyle muameleyi yapmıştır. Hukukçu Celsus (D. 12,1,32) bu muamelenin geçersiz olduğunu, yani A ile C arasında yapılmak istenen borç ilişkisinin meydana gelmediğini öne sürmektedir. Burada borç verecek kimsenin şahsında yanılmayı Celsus önemli bir hata hali telakki etmektedir. Ancak aynı hukukçu para gerçekten C'nin eline geçtiğinden geri verilmesinin adil olacağını söylemektedir; bu durumda bu para bir sebepsiz iktisap davasıyla geri istenecektir *(Condictio sine causa* olan bu sebepsiz iktisaba Romanist doktrine *condictio luventiana* denmektedir.) Hukukçu luventus Celsus'un ele aldığı bu hali Türk hukukuna göre farklı çözüme bağlamak mümkündür. TBK 24 anlamında şahısta hata yanılana muameleyi iptal hakkı vermektedir (TBK.23). Ancak iptal yetkisinin kullanılabilmesi için hataya düşenin gerçek durumu bilmesi halinde böyle bir beyanda bulunmayacağının kabulü gerekir (TBK 25). Yukarıdaki olayda C para borcunu hem A'dan hem de B'den istediğine göre, parayı kimden almış olduğu önemli değildir. Bu durumda akdin muteber olarak meydana geldiğini kabul etmek mümkündür. Karz akdinde parayı verenin değil, parayı alanın şahsında yanılma esaslı hatadır.

diyerek, başka bir mal ile karıştırılmışsa, işlem daima bâtıl (geçersiz) hale gelir. Köle Stichus satılmak istenirken, köle Pamphilius denmiştir.[182] Burada irade beyanına konu olan mal başkasıyla karıştırılmaktadır. Meselâ tapuda belli ada ve parseldeki gayrimenkulu satma vaadi karşı tarafça kabul edilmiştir. Ancak satma teklifinde bulunan kimsenin ada ve parsel numarası vererek belirttiği gayrimenkul teklifi kabul edenin zihnindeki gayrimenkul değildir[183]. Ölüme bağlı tasarrufla gümüş bir kap vasiyet edilmek istenirken yanlışlıkla elbise vasiyet edilirse, hiçbiri borçlanılmış olmaz (D. 28,5,9,1).

Yukarıda izah edilen üç esaslı hata halinde esas itibariyle sözleşmelerin esaslı unsurlarındaki irade uyuşmazlığının geçersizliğe sebebiyet verdiği görülmektedir[184].

Miktar üzerinde Hata (Error in Quantitate) işlemin tamamını bozmaz, tereddüt olmayan miktar geçerli olur. Meselâ teklif mektubunda 100 kg. pamuk yerine 1000 kg. pamuk yazılmıştır (TBK 31/ II).

Daha önce değinildiği gibi Roma hukukunda hatanın değerlendirilmesi bir yorum meselesi olarak ele alınmıştır. İradelerin uyuşmadığı sonucuna varılırsa muamele bâtıl (geçersiz) olurdu[185]. Fakat yanlış nitelemeye rağmen yorum sonunda yanılma olmadığı ortaya çıkarsa muamele netice doğurur. Romalılar bu duruma «yanlış niteleme zarar vermez» *(falsa demonstratio non nocet)* derlerdi[186]. Tanımlarda irade uyuşmazlığı *(dissensus)* olduğu halde konuda uyuşma *(consensus)* vardır.

İradenin açıklandığı kimse neyin kastedildiğini doğru olarak anlamışsa, beyandaki yanlışlar, kapalı ifadeler muamelenin

---

182 I. 3,19,23 böyle bir *stipulatio* halinde borç ilişkisinin kurulmadığını belirtmektedir.

183 D. 18,1,9 pr'da Ulpianus satılan gayrimenkuller konusunda irade uyuşmazlığı bulunması halinde alım-satımın batıl *(nulla)* olduğunu açıklamaktadır.

184 Honsell, s.39; Esaslı hata için bkz. Karadeniz-Çelebican, s.226 vd.

185 Hatanın geçerli iradeyi ortadan kaldırdığı çeşitli metinlerde ifade edilmiştir. D.39,3,20 *...nulla enim voluntas errantis est..* (çünkü yanılanın iradesi hüküm ifade etmez.) D. 50,17,116,2 ... *non videntur qui errant consentire...* (hata edenler rıza göstermiş sayılmaz). C. 1,18,9 *...nullus sit errantis consensus...*(yanılanın rızası geçerli değildir).

186 İrade beyanının yöneldiği kişi beyanda bulunanın gerçek iradesini, niyetini anlamışsa, bu iradeye normal sonuçları bağlanır. D. 18,1,9,1'de Ulpianus tarafların tanımlamada iradeleri uyuşmadığı halde konu üzerinde irade birliği sağlanmışsa, tanımlama hatasının *(error nominis)* önemli olmadığını söylemektedir. Iustinianus da (I. 2,20,29-31) muayyen mal vasiyetlerinde yanlış tanımlamaya örnek vererek yanlış nitelemenin vasiyetin geçerliliğini ortadan kaldırmayacağını, bunun bir hukuk kuralı olduğunu belirtmektedir. TBK 19/I yanlış tanımlamanın akdin geçerliliğini engellemeyeceğini açıklamaktadır. Önemli olan beyanın dil bilgisi anlamı olmayıp, tarafların müşterek amaçlarına bakılmalıdır. Beyana verilen subjektif anlam araştırılmalıdır.

muteberiyetine engel olmaz. Bunun gibi basit hesap hataları (TBK 24/son) da düzeltilebilirdi (D. 49,8,1,1).

Hatalar genelde hataya düşenin kusurundan, ihmalinden kaynaklanır[187]. Ancak yanılmanın insan tabiatında mevcut olduğu, çok akıllı insanların bile zaman zaman hataya düşebileceği kabul edilerek hatalı muamelelerin batıl veya iptali mümkün olduğu düzenlenmiştir[188]. Roma kaynaklarında mazur görülebilen hataların *(error probabilis)* vakıalara ilişkin bilgisizlikler, hatalar *(ignorantia facti, error facti)* olduğu, buna karşılık hukuka ilişkin hata veya bilgisizliklerin *(ignorantia iuris, error iuris)* dikkate alınmayacağı belirtilmekteydi[189]. D. 42,8,2,4 ve C. 7,40,2'de hukukun hayal kuranlar için değil, dikkatliler için olduğu belirtilmektedir.

Esaslı hataya bâtıl (geçersiz) muamelenin neticelerini bağlayan Roma hukukundan farklı olarak, modern hukuklar, hata bulunan muamelenin geçerli tutulup tutulamayacağına önem vermektedir. Başka bir deyişle bir kimsenin irade beyanını hataya düşmüş olması sebebiyle hükümsüz hale getirip getiremeyeceği modern hukukların çözmek istediği bir sorundur. Kanun koyucular bu konuda iki yararı bağdaştırmak zorundadır; yanılan kimsenin bu beyanı ile bağlı kalmamasından doğan yarar ve bir defa beyan edilen iradenin artık hükümsüz hale getirilememesi, her hukuk düzeninde bulunması gereken güven, yani kamu yararı. Bu konuda halen egemen olan eğilim, XIX. yüzyılın Roma kaynaklarına dayanan aynı zamanda o devrin liberal eğilimlerine uyan ve iradeyi tercih eden öğretisinden büyük ölçüde uzaklaşmış, hukukta bulunması gereken güven prensibine öncelik tanıyarak beyan teorisini kabul etmiştir. Gerçek irade, beyan vasıtasıyla muhatap

---

187 Roma hukukunda hatanın kusurdan ileri gelip gelmediğine istisnai hallerde dikkat edilirdi. Hür bir kimsenin satın alınması (D. 18,1,4) gibi. (Kaser, s.242). Türk Hukukunda ise yanılmanın kusura dayandığına bakılmaksızın esaslı hata hallerinde hataya düşen taraf iptal yetkisini kullanabilmektedir. Ancak bu durumda hataya düşen taraf tazminat ödeme borcu altına girmektedir. Diğer tarafın hatayı anladığı veya anlaması gerektiği hallerde tazminat ödeme borcu ortadan kalkmaktadır. (TBK 35 / I).

188 D. 22, 6, 2. ...*facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat*... (ekseriya en akıllı kimseler bile vakıaların yorumunu yapamazlar). Aptallık veya ihmalkârlık nedeniyle yanılan kimselerin hataya dayanamayacakları da belirtilmektedir. (D. 18, 1, 15, 1; D. 22, 6, 9, 5).

189 Gai. 3,160 vekalet verenin öldüğünü bilmeden işi ifa eden vekilin vekaletten doğan davayı açabileceğini belirtmekte, aksi halde haklı ve mazur görülebilen bilgisizliğin vekile zarar vereceğini belirtmektedir. Buradaki bilgisizlik, hata, vekâlet verenin ölümü gibi vakıaya ilişkindir. D. 22,6,9 pr'da Paulus hukuk konusundaki bilgisizliğin zarar verdiğini, vakıalara ilişkin bilgisizliğin ve hatanın kural olarak zarar vermeyeceğini söylemektedir. Bu konuda bkz. Honsell , s.42; Siber, Röm. Privatrecht, s.4, Mayer-Maly, s.91-92; Umur, Lügat, *error facti,error iuris* .
krş: TCK m.4: Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.
Kabahatler Kanunu m.10: Türk Ceza Kanununun hata hallerine ilişkin hükümleri, ancak kasten işlenen kabahatler bakımından uygulanır.

için tanınabilir olduğu ölçüde nazara alınmalıdır. Bu yönden modern eğilimde esas olan iradelerin uyuşması değil, beyanların uyuşmasıdır. Bu yaklaşıma uygun olarak modern kanunlar, kural olarak, dış dünyaca tanınması pek mümkün olmayan iradedeki hataya değil, beyandaki hataya hukukî neticeler bağlamaktadır. İrade beyanının anlamı yorum yoluyla saptanmakta, irade ile beyan arasında aykırılık olduğu takdirde (esaslı hata) hukukî muamele geçersiz edilmektedir (TBK 30).

Eski Türk hukukunda hata «iptali kabil muameleler» içinde mütalaa edilmekte, hataya düşen tarafın hatasını öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde muamele ile bağlı olmadığını açıklaması aranmaktaydı[190]. Hatayı öğrendiği halde böyle bir beyanda bulunmamışsa işlem normal sonuçlarını doğururdu. Böyle bir beyanda bulunulmaması halinde ise kural olarak karşı tarafın sözleşmenin iptalinden doğan zararı giderilmek zorundaydı. Buna karşılık 1.7. 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni "Türk Borçlar Kanunu" hatayı biraz değişik düzenlemiştir. TBK 30 "Sözleşme kurulurken esaslı yanılmamaya düşen tarafi sözleşme ile bağlı olmaz" suretiyle Roma hukukuna esaslarına daha yakın bir düzenlemeye gitmiştir. Roma Hukuku non consentiunt, qui errant (yanılanlar anlaşmış olmaz) demek suretiyle geçerli bir sözleşmenin ancak irade uyuşması ile olabileceği esasını koymuş olmaktadır. Ancak yine TBK 34 dürüstlük kuralına gönderme yaparak, yanılanın yanılmaya dürüstlük kuralına aykırı olarak dayanamayacağını belirtmekle, diğer tarafın sözleşmenin kurulmuş sayılacağı hükmünü getirmiştir. Bununla beraber yanılan taraf yanılmayı öğrendikten sonra bir yıl içinde yanılma sebep geçerliliğini yanılanıyla bağlı olmadığını bildirmezse sözleşmeyi onamış demektir hükmü (m.39) sözleşmenin geçerliliğini yanılanın iradesine bırakmış olmaktadır, *error, cui non resistitu, appobatur* (*itiraz edilmeyen yanılgı kabul edilmiş demektir*). Buna geçersizlik sebeplerinden iptal edilebilme diyebiliriz.

---

190 Roma hukukunda hatanın da içine girdiği *dissensus* (irade uyuşmazlığı) halinin günümüz hukukunda iptal yetkisi veren hatadan farkını bir örnekle göstermek istiyoruz. A yazdığı mektupta bir heykeli B'ye 1 000 000 lira karşılığında teklif ediyor. B bu miktarı yanlışlıkla 100 000 lira olarak okuyor ve yazdığı cevabi mektupta 100 000 liraya almayı kabul ettiğini bildiriyor. A da bu miktarı yanlışlıkla 1 000 000 lira olarak algılıyor. Burada *dissensus* (irade uyuşmazlığı) ortaya çıkmıştır. Buna karşılık A'nın teklif yazısını alan B, sadece teklifi kabul ettiğini yazmışsa, B sözleşmenin konusunda hataya düşmüş olmaktadır, yani sözleşme 1 000 000 lira üzerinden meydana gelmiştir, çünkü beyanlar uyuşmuştur. Fakat B, bu akdi konudaki esaslı hata *(error in corpere)* gerekçesiyle iptal edebilir.

V. İRADENİN TEŞEKKÜLÜNDEKİ BOZUKLUKLAR

Hukukî muamelenin esaslı unsurunu teşkil eden irade beyanı dış dünyaya aksedinceye kadar iki önemli aşamadan geçer; iradenin belli bir konuda oluştuğu aşama ve irade beyanının oluşumu aşaması. İrade hür, serbest, bilinçli olmalıdır. Ancak hukukun izin vermediği tesirler altında oluşan iradenin bozuk olduğu söylenir. Hukuk düzeninin kabul etmediği «saik»lerin etkisiyle irade belli konuda teşekkül etmişse, bu iradeye dayanan hukukî muamelenin sıhhatli olmadığı söylenebilir. İradenin oluşumundaki bozukluklar bilhassa saik hatası, hile ve tehdit şeklinde tezahür edebilir.

1) Saik Hatası

Bu hata tipinde irade oluşurken hata edilmektedir. Başka bir deyişle irade ile beyan arasında farklılık yoktur. Beyan edilen irade, yanılgılar neticesinde oluşan iradedir. Kural olarak hukuk saik hatasını nazara almaz.

Saik, bir kimseyi belirli bir sonucu istemeye yönelten amillerdir. Bu amiller ise sübjektiftir, yani kişiden kişiye değişiklik gösterebilir. Biraz önce belirtildiği gibi hukuk saikleri, yani irade oluşumunu etkileyen sebepleri nazara almaz. Dışa aksetmedikçe iradeyi anlamak, bilmek mümkün olmadığı için iradenin hangi iç sebeplerle oluştuğunu bilmek de olanaksızdır. Hiç kimse diğerinin ruhi durumuna girerek bu kimsenin hangi düşünce ile (saiklerle), hesaplarla belli bir karara vardığını bilmek durumunda değildir. Herkes saiklerinin sorumluluğunu taşımalıdır. Bu yüzden prensipte, hukuk beyan edilen iradeye değer verir. Daha önce açıkladığımız beyan hatasında irade muteber olarak oluşmuştur, ancak beyan bu iradeye uymaz, irade ile açıklama arasında bir çelişki mevcuttur. Buna karşılık saik hatasında irade ile beyan arasında uygunluk vardır, fakat irade hatalı oluşmuştur. Örnekler; bir kimse ilerideki günlerde fiyatının yükseleceğini düşünerek altın satın alır; bir kimse başka bir şehire tayin edileceğini tahmin ederek o şehirde ev kiralar; çiçekçiden annesinin doğum gününde hediye etmek üzere bir demet karanfil alan A, eve giderken annesinin doğum gününü yanlış hatırladığını fark eder. Bu örneklerde saik hatası vardır, buna dayanarak akdi iptal etmek mümkün olmaz. Buna karşılık A, karanfil değil, gül almak istediği halde yanlışlıkla karanfil demişse, bu bir beyan hatasıdır, iptale hak verebilir.

Ana kural saik hatasının dikkate alınmayacağı şeklinde olmakla beraber (TBK. 32/IV,V) muamelenin lüzumlu niteliklerinde hata edilmişse saik hatası, nâdiren de olsa, dikkate alınmaktadır. Saik hatası

mazur görülebilecek nitelikte ve önemli ise, başka bir deyişle temel hatası düzeyinde beyan hatasına eş tutulmaktadır. Meselâ: bir kimse, kendisine düşman olduğunu bilmediği bir kişiyi, mirasçı yapmışsa, işlem iptal edilebilir. Veya; bir kimse kendisine teklif edilen altın kaplama yüzüğü saf altından zannederek satın almıştır. Tereyağı yerine margarin, ipek yerine suni ipek, antika halı yerine yeni dokunmuş bir halı satın alınması hallerinde malın vasıflarında önemli hata kabul edilmektedir. TBK. M. 32'de düzenlenmiş saik hatasının esaslı hata niteliğinde görülebilmesi için vasıf hatasının hataya düşen taraf yönünden önemli olması gerektiği kadar, objektif olarak da, yani muamelatta geçerli dürüstlük kuralına göre de akdin vazgeçilmez temeli niteliğinde bulunması icap etmektedir. Saikte hata hukukî muamele için vazgeçilmez olan bir duruma *(condicio sine qua non)* ilişkin bulunmalıdır[191].

Tarafların akdin konusu üzerinde anlaştıkları, yani akdin konusunda bir hata *(error in corpore)* olmadığı, fakat bu konunun, maddenin lüzumlu nitelikleri üzerinde yanılma *(error in materia)* mevcut olduğu durumlara, Romalılar yine meseleci bir anlayışla yaklaşmışlardır. Bu konuda hukukçuların farklı görüşler ileri sürdükleri görülmektedir.

Şarap yerine sirke, altın yerine bakırdan, gümüş yerine pirinçten olan mal satın alındığında ise *error in substantia, error in materia* vardır. Hukukçu Marcellus bu hallerde hatanın sadece malın lüzumlu vasıflarında olduğunu, tarafların akdin konusu üzerinde anlaştıklarını ve alım-satımın geçerli olduğunu belirtmektedir. Diğer bir deyişle bu hukukçuya göre, bu saik hataları nazara alınmaz[192]. Buna karşılık hukukçu Iulianus (D. 18,1,41,1) saf gümüşten olduğu zannedilerek gümüş kaplama masanın satın alınması halinde alım-satım akdinin batıl olduğu ve ödenmiş semenin bir sebepsiz iktisap davasıyla geri istenebileceği görüşündedir. Diğer bazı metinlerde ise saikte hata ekseriya dikkate alınmamaktadır[193]. Buna karşılık Miras Hukukundan

---

191 Alıcı almak istediği yeni araç yerine eski bir araç almışsa, bu hata esaslıdır, çünkü objektif olarak da yenilik önemli bir niteliktir. D. 18,1,4,5'te Marcianus, eski elbisenin yeni diye satın alınması halinde, satıcının bu yüzden alıcının zararının tazmin etmesi gerektiğini savunmaktadır. Başka bir deyişle, bu halde alım satım geçersiz değildir, ancak tazminat ödenmesi gerekmektedir.

192 Marcellus'un fikrinin nakledildiği D. 18,1,9,2'de Ulpianus daha sözleşme sırasında şarap yerine sirke satılmışsa alım-satımın geçersiz olacağını söylemektedir. Bu hukukçuya göre şarap satıldıktan sonra ekşimişse, alım-satım geçerlidir, bu konuda bkz. Mayer—Maly s.91.

193 D. 18,1,10: Altının alıcının tahmininden daha düşük değerde olması halinde alım-satım geçerlidir. D.18,1,11: Satın alınan kadın kölenin alıcının düşündüğünün aksine bakire olmaması halinde alım-satım geçerlidir, çünkü cinsiyet konusunda yanılma yoktur. Buna karşılık satıcı, kadın köle sattığı halde, alıcı erkek köle zannetmişse, alım-satım geçersizdir, çünkü cinsiyette yanılma mevcuttur. D.19,1,21,2: Madde üzerinde irade birliği olduğu halde, kalitesi üzerinde irade uyuşması olmasa bile

saik hatasının daha fazla kabul edildiği görülmektedir. Meselâ bir kimse oğlunun öldüğünü zannederek, vasiyetname ile bir başkasını mirasçı tayin ediyor. Miras Hukukundaki bu farklı durum miras bırakanın iradesini *(favor testamenti)* mümkün olduğu kadar yerine getirme düşüncesinden kaynaklanmaktadır[194].

Ignorantia iuris: hukuku bilmemek kavramı dikkate alınırsa bir kimsenin hukuk kuralını bilmediği için bir muamele, işlem yaptığını iddia etmesi mümkün değildir[195].

2) Hile (aldatma) (Dolus)

Hile halinde bir kimse diğerinin zihninde yanlış fikir uyandırarak onu muamele yapmaya yönlendirmektedir[196]. Burada da irade hatalı olarak teşekkül etmekte, fakat buna hukukî muameleyi yapacak kişinin yanılgısı, dikkatsizliği, bilgisizliği değil, başkasının hileli hareketleri, sözleri sebep olmaktadır. Açıklama yapması gereken taraf susarsa bu yine hileye girer. Hileyi yapan kişi muamelenin diğer tarafı olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir (TBK. 36). Meselâ altın suyuna batırılmış bir yüzük saf altın denilerek satılıyor.

Ius civile'ye göre hileli davranış sonunda ortaya çıkan muamele (mesela, *stipulatio)* geçersiz değildi, çünkü hile sonucunda elde edilmiş olsa bile irade mevcuttu. Eğer, hile yüzünden düşülen hata " esaslı hata" ise, işlem hata bakımından iptal edilebilirdi. Hile olarak dikkate alınmazdı.

Bu konuda da, *praetor*'un *ius civile*'nin hakkaniyete aykırı sonuçlarını önleyecek himaye vasıtalarını devreye soktuğu görülmektedir: Actio doli, exceptio doli ve in integrum restitutio.

Hileli davranışta bulunana karşı *actio doli* denilen ceza davası açılabilirdi. Başka bir dava bulunmadığı zaman kullanılabilecek olan bu dava bu niteliği yüzünden talî bir davaydı ve bir yıl içinde açılmalıydı. Hile aynı zamanda haksız fiil oluşturduğundan, bu davayı hileli hareketten zarar gören kimse açabiliyordu. Bu dava sonunda mahkûm olan şerefsiz *(infamis)* hale gelirdi. Eğer davanın bitmesinden önce hileli hareket sonucu elde ettiğini geri verirse, bu neticeden kurtulurdu.

---

alım-satım vardır. Taraflar satılan masa üzerinde anlaşmışlardır, fakat alıcı masayı limon ağacından zannetmektedir.

194 D. 33,6,9,1; D. 28,5,42; D. 28,5,9 pr. Kaser, s.240

195 Umur, Ders Notları, s. 207.

196 D. 4,3,9 pr'da Ulpianus hileli muameleye örnek olarak mirasçıya düşen mirasın çok az olduğunu söylenerek terekenin mirasçıdan satın alınmasını gösteriyor. D. 19,1,43,2'de Florentinus açıklamaya mecbur olduğu hususları söylemeyen kimsenin de hilekâr davrandığını belirtmektedir.

Hileli hareket sonucunda borç altına girmiş olana dava açılırsa bu davaya karşı bir *exceptio doli specialis* (hile defi) öne sürülür, borçlanılmış edim yerine getirilmezdi. Hile iyi niyete tabi muamelede *(negotium bonae fidei)* yapılmışsa *exceptio*'nun *formula*'da yer alması gerekmezdi, hâkim bunu re'sen, görevi gereği dikkate alırdı[197].

Dolus halinde borçlu edimini yerine getirmişse, bir *in integrum restitutio* (eski hale iade) ile muamele hiç yapılmamış hale getirilerek edim geri verilirdi[198].

Nisbî geçersizlikte, *restitutio in integrum*'un (eski hale iadenin) izleri görülmektedir[199]:

TBK. 36/I diğer tarafın hilesi sonucunda akit yapan kimsenin bu hile dolayısıyla düştüğü hata esaslı olmasa bile o akit ile bağlı olmadığını düzenlemektedir. Hileye maruz kalan taraf bir yıl içinde akitle bağlı olmadığını bildirmek zorundadır. Bir yıllık süre hilenin öğrenildiği tarihten başlar (TBK.39). Aynen Roma hukukunda olduğu gibi hile açılan bir davada defi yoluyla da savunma olarak ileri sürebilir.

3) Tehdit (Metus)

Burada bir kimsenin iradesi korkutma (ikrah, tehdit) altında oluşmakta ve beyan edilmektedir. Bu maddî değil, manevî bir zorlamadır. Eğer maddî zorlama varsa irade hiç yoktur. Meselâ, bir kimsenin elini tutarak senet imzalatılması. Zorlama, tehdit, haksız, ciddî, herkesi korkutacak nitelikte olmalı, cana, özgürlüğe, şerefe yapılan tehdit ağır olmalıdır. Bir vehim olmamalıdır. Başka bir deyişle bir kimsenin zihninde önüne geçilmez korku yaratarak muamele yaptırılmaktadır. Meselâ bir kimseye oğlunun kaçırılacağı söylenerek borç senedi imzalatılmaktadır[200].

Bu halde psikolojik korkutma sonucu bozuk olan bir irade söz konusudur.

---

197 Gai. 4,119'da *exceptio doli*'nin lafzı ve uygulanması hakkında bilgi mevcuttur. D. 2,14,7,9'da Ulpianus *praetor*'un hileli anlaşmaları himaye etmeyeceğini belirttikten sonra, hilekârlık ve düzenbazlık durumunda *dolus*'un bulunduğunu ifade etmektedir.

198 Taraflar birbirlerini karşılıklı olarak aldatmışlarsa hiçbiri *actio doli* açamazdı. (D. 4,3,36). Hile konusunda bkz. Honsell, s.43; Schwind, s.267; Umur, Lügat, *dolus, exceptio doli mali.*

199 Thireau, s. 72.

200 D. 4,2,21,5,-6'da Paulus gerekli şekilde, fakat tehdit altında mirası kabul eden kimsenin mirasçı olduğunu, gerçi iradesi hür olsa mirasçı olmak istemeyeceğini, ancak tazyik altında istediğini açıkladığını belirttikten sonra bu durumda *praetor*'un eski hale iade tanıyacağını söylemektedir. Mirası tehdit altında reddetmiş kimseye ise, ya mirasçı olduğu faraziyesiyle davalar *(actiones utiles)* tanıyacağını veya actio *metus* vereceğini belirtmektedir.

«Baskı iradeyi ortadan kaldırmamakla beraber irade tehdide tabi oluyorsa *(vis compulsiva)*, geçerliliği incelenmesi gereken bir hukukî işlem vardır»[201].

Tehdit ciddi ve büyük korku yaratacak boyutta olmalıdır (D. 4,2,5). Öyle ki çok yürekli bir insanı bile muameleyi yapmaya sevketsin (D. 4,2,6).

Tehdit altında da olsa irade mevcut olduğundan böyle bir muamele *ius civile*'ye göre geçerliydi[202]. Ancak *praetor* tarafından burada üç tane koruyucu tedbir öngörülmüştü:

Önce başvurulan yol, en hafif tedbir olmuştu: Eski hale iade *(in integrum restitutio)* mümkündü. *Praetor*, muameleyi hiç yapılmamış hale getirir, yani tehditten önceki durumu sağlardı.

Bu şekilde; esas unsurlarından bir tanesinde sakatlık olduğu için, iptali kâbil muameleye (fesatlı işleme) ilgili kimse, belli bir süre içinde itiraz etmez ise, sağlam hale gelir. Aslında geçersiz, batıl olan muamele ise (meselâ taşınmaz malın mülkiyetini devreden kişinin akıl hastalığı dolayısıyla fiil ehliyetinin sonradan tespit edilmesini) zamanın geçmesi ile sıhhat kazanmaz. Ölü doğmuştur. (Eski tâbirle keenlem yekûn, sanki hiç olmamış gibi)[203].

Sonra sert bir dava olan *actio* metus tanındı. Metus'tan dolayı *actio metus* açılabilirdi. Tehditten itibaren bir yıl içinde zararın dört katı istenebilirdi. Bir yıl sonra ise ancak zarar talep edilebilirdi. Bu dava tehditle elden çıkmış malı elinde bulunduran üçüncü kişilere karşı da açılabilirdi *(actio in rem scripta)* [204]. Bu davanın, bir tür ayni dava niteliği aldığı anlaşılıyor.

Tehdit altında borç altına girmiş olan kimseye alacaklı dava açarsa bu davaya karşı bir *exceptio metus* (tehdit defi) öne sürülürdü. İyiniyete tabi muamelelerde hâkim tehdidi görev icabı *(ex officio)* dikkate alabilirdi[205].

---

201 Mayer-Maly, s.92.

202 D. 4,2,10,l 'de Gaius tehdit altında bir *stipulatio* borcu ibra edilmişse hâkimin kararıyla borcun tekrar doğacağını ifade etmektedir.

203 Umur, Ders Notları, s. 209.

204 D. 4,2,14,1, Kaser, s.244. Bir *magistra*'nın mevkiinin kendisine verdiği yetkiyi kullanması *metus* kavramı içinde değildir. Ancak bu *magistra* veya eyalet valisi ölüm veya dayak tehdidiyle para almışsa, *metus* için getirilmiş olan himaye vasıtaları kullanılabilir. (D. 4,2,3,1). *Metus* için bkz. Apathy-Klingenberg-Stiegler, s.161; Karadeniz – Çelebican, s.234-235.

205 Gai. 4,117. Gaius burada tehdit altında *mancipatio* ile devredilen malın mülkiyetinin tehdit edene geçeceğini ancak dava ile istendiğinde tehdide maruz kalanın bir defi ileri süreceğini anlatmaktadır.

Türk hukukunda tehdit altında yapılan muameleyi bir yıl içinde iptal etmek imkânı vardır (TBK. 39). Bunu yapmazsa, sözleşmeyi onamış kabul edilir.

§ 14. Temsil ve Munzam (Ek) Davalar

Bir kimsenin kendi işlerini bizzat görmesi, hukukî işlemlerini bizzat yapması normal bir hadisedir. Böyle işlemlerden kaide olarak yapan hakkında netice doğar. Ancak bir kimsenin başkası için hareket etmesi, hukukî işlemlerde bulunması az rastlanılan bir olay değildir. Aksine, hayat ilişkileri bir çok durumda işlerin başkaları tarafından görülmesini gerektirmektedir, hukukî muamele yapacak başka kişilere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyaç fiili ve hukukî olabilir. Bir kimse günlük hayatta kendisi için gerekli olan bütün muameleleri bizzat yapamaz veya yapmak istemez. İşlerinin yoğunluğu, hastalığı veya o iş için bilgi ve beceriye sahip olmama, muamelelerin başkası tarafından yapılması lüzumunu ortaya çıkarır. Bir tüccarın, sanayicinin, işletmesinin gerektirdiği bütün işlemlere yetişmesi mümkün olmadığı gibi, rekabet, yapılacak işin gizliliği gibi sebeplerle işlerini başkasına yaptırmayı tercih edebilir (İradî temsil).

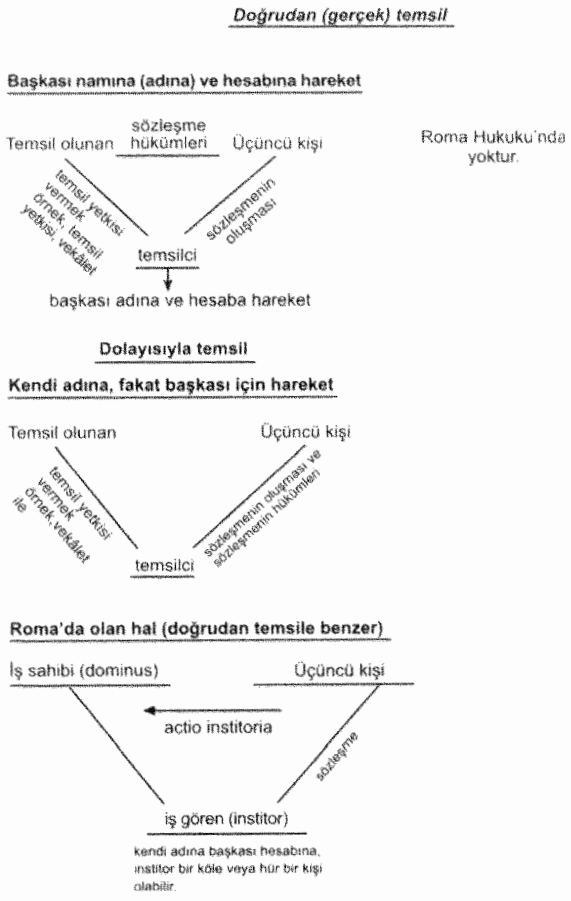
Bazı hallerde bir kimsenin kendisine ait bir işi bizzat yapmasını kanun engellemiştir. Kişinin hukukî muamele ehliyeti yoksa veya sınırlanmışsa onun yerine muameleleri ya başkaları yapacak veya ona yardımcı olacaklardır (Kanunî temsil).

Temsil genel bir tanımla başkası için muamele yapmaktır. İradi temsilde bir kimse bir muameleyi istediği kişiye yaptırabilir. Çok defa temsilci hukukî muamelenin yapılıp yapılmayacağına ve içeriğinin ne olacağına bizzat karar verir. Hukukî neticelerin doğması temsilcinin muamelesine bağlıdır. Satın alan, satan, mülkiyeti devralan veya devreden temsilcidir. Ancak temsil ilişkisinin doğması için mutlaka temsil edilenin bu konuda iradesinin varlığının şart olduğu unutulmamalıdır.

Temsil ilişkisi üçlü bir bağlantıdır, bir üçgen ilişkisidir.

- Temsil edilen : Kendisi için muamele yapılan kişi
- Temsilci : Mümessil, temsil edilen için muamele yapan kimse
- Üçüncü kişi : Temsilcinin temsil olunan kişi için hukukî ilişkiye girdiği kimse.

Yukarıda belirtildiği gibi temsil ilişkisini başlatan temsil edilen kişidir. Temsilci temsil yetkisini temsil edilen ile arasındaki ilişkiden almaktadır. Temsil yetkisi bir akitten doğabileceği gibi tek taraflı bir irade beyanı ile de verilebilir. A, B'ye İstanbul'da kendisi için 1.500 TL'ye kadar bir ev tutması için vekâlet vermişse, B'nin temsil yetkisi vekâlet akdinden çıkmaktadır; B bulduğu evin sahibi ile A için kira akdi yapacaktır. Buna karşılık A,B'ye yazdığı mektupta İstanbul'da kendisi için 1500 liraya kadar kiralık bir ev bulmasını, bulunca kendisine haber vermesini kira akdini bizzat yapacağını söylemişse burada temsil yetkisi içermeyen bir vekâlet akdi söz konusu olur. Hemen belirtelim ki, vekâletin meydana gelmesi için vekilin (B) de söz konusu işi yapmayı kabul etmesi gerekir. A (temsil edilen), B'ye (temsilci) yazdığı mektupla İstanbul'da kendisi için bir ev kiralama yetkisi vermiş, B'de bir taahhütte bulunmamışsa bu tek taraflı bir beyandır, yetki vermedir *(iussum)*.



Temsil kendi içinde doğrudan temsil (vasıtasız temsil) ve dolayısıyla temsil (vasıtalı temsil) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

a) Doğrudan temsilde temsilci, temsil edilen adına ve hesabına üçüncü kişiyle muamele yapar. Bu muamelenin neticeleri doğrudan temsil edilen ve üçüncü kişi arasında doğar. Meselâ temsilci temsil ettiği kişi için bir at satın almışsa, bu alım-satım akdinden doğan hak ve borçlar temsil edilen ile atın satıcısı üçüncü kişi arasında söz konusu olur. Gerçek anlamda temsil budur, TBK 40 ve devamında düzenlenmiştir. Bu tür temsilde mümessil ile üçüncü kişi arasındaki hukukî işlem bu kimselerin iradelerine dayanmaktadır ama, bu irade beyanları sonuçlarını temsil edilen kişi ile üçüncü kişi arasında meydana getirmektedir. Mümessil üçüncü kişiyle hukukî işleme girerken temsil edilen nam ve hesabına hareket etmektedir, ancak beyan ettiği irade kendi iradesidir. Yukarıda verdiğimiz örnekte aldığı temsil yetkisine dayanarak temsil edilen için ev tutan temsilcinin yaptığı kira akdi temsil edilen ve üçüncü kişiyi bağlamaktadır. Temsilci üçüncü kişi alım-satım akdi yapmışsa, temsil edilen üçüncü kişiden malı istemek konusunda, şahsi hak elde eder, ancak semeni de yine temsil edilen öder.

Temsilci kendisine verilen temsil yetkisinin (meselâ satın alınacak mal için ödenecek paradan fazlasını ödememelidir) sınırlarını aşmamalıdır. Yine muamele sırasında üçüncü kişi temsil yetkisinden haberdar edilmelidir. Aksi halde yaptığı muamelenin neticeleri kural olarak sadece mümessili bağlar; temsil edilene ait olmaz (TBK 40/II ilk cümle).

b) Dolayısıyla temsilde temsilci üçüncü kişiyle muameleyi kendi adına fakat temsil edilen hesabına yapar. Böyle bir muameleden doğan sonuçlar temsilci ile üçüncü kişi arasındadır. Temsilci kendi üzerinde doğan hak ve borçları ayrı bir muameleyle temsil edilene devretmek zorundadır. Meselâ temsil edilen için bir at satın ve devralmışsa bu atın mülkiyetini önce kendi elde eder, daha sonra başka bir mülkiyeti nakil muamelesiyle temsil olunana nakleder.

Dolayısıyla temsilin özel bir şekli olarak komisyon akdi Borçlar Kanunun Akdin Muhtelif Nevileri kısmında düzenlenmiştir (TBK 532 vd.). Komisyoncu ücret karşılığında kendi namına başkası hesabına kıymetli evrak, menkul eşya alım satımı yapan kimsedir, halk arasında emlak komisyonculuğu olarak adlandırılan iş hukuken simsarlık (tellallıktır) (TBK 520 vd.). Simsar (tellal) alıcı ve satıcıyı veya kiraya verenle kiracıyı muamele yapmak üzere biraraya getirir. Simsar (tellal) ile işin sahibi arasında bir vekalet ilişkisi vardır.

Vasıtalı temsilde temsil yetkisinin 3.kişi tarafından bilinmesi şart değildir. Bu yola çok defa temsil edilenin gizli kalmak istediği hallerde başvurulur. Üçüncü kişiyle yaptığı muamelenin neticelerini temsil edilene devredinceye kadar temsilci üçüncü kişiyle yaptığı muameleden dolayı alacaklı, borçlu, malik sıfatlarını taşır. İşin sahibi ile işini gören (temsilci) arasındaki ilişkiye (vekâlet, vekâletsiz iş idaresi) göre dava açarak işten doğan sonuçların kendisine devrini talep eder.

Üçüncü kişiyle muamele yapan temsilcide başkası için hareket etmek *(alieno nomine agere),* başkasına ait işi görmek *(negotium alienum agere)* iradesi mevcuttur.

Roma hukuku kural olarak doğrudan temsile değil, dolaylı temsile izin vermiştir[206]. Bunun sebepleri vardır: Roma anlayışını göre bir muamelenin neticesi ancak taraflar arasında doğardı[207]. Hak, Romalara göre hak sahibi olacak kimsenin kendi iradesiyle elde ettiği kudreti ifade ederdi. *Obligatio* (borç ilişkisi) de borçluyu alacaklıya bağlanan ve yine borçluyu fizik varlığıyla sorumlu kılan şahsi bir bağ idi *(iuris vinculum).* Şekilci muamelelerin *(mancipatio, stipulatio* vs.) sözlerini ancak taraflar söylediği takdirde amaçlanan gerçekleşirdi[208].

---

206 Klâsik devirde çok istisnaî hallerde Roma ailesinin dışında kalan hür kişiler vasıtasıyla hak iktisabı kabul edilmişti.. Gai. 2,95'de yabancı kişiler, yani aile dışındaki vasıtasıyla bir şey iktisap edilemez *(per extranem personam nobis adquiri non posse)* denilmektedir. Paralel hüküm I. 2,9,5'de mevcuttur. Klâsik devirde sadece *procurator* hür bir şahıs ise, zilyedliğin elde edilmesiyle iktisap edilen mülkiyeti, temsil ettiği şahıs için kazanabiliyordu. Bu durumdan bahseden Neratius (D. 41,1,13 pr-1) bunun için malikin *traditio*'dan haberi olmasının şart olmadığını belirttikten sonra, vasinin vesayeti altındaki küçük adına yaptığı muamele ile küçük için mülkiyeti elde edebileceğine işaret etmektedir. Halbuki Gaius (Gai. 2,95) *procurator* vasıtasıyla zilyedliğin iktisabının şüpheli olduğunu belirtmektedir. D. 13,7,11,6'da Ulpianus, rehin hakkının aile dışındaki hür bir şahıs hatta *procurator* ve vasi vasıtasıyla dahi elde edilemeyeceğini anlatırken hür bir şahıs vasıtasıyla zilyedliğin iktisabının imparator tarafından getirildiğini belirtmektedir. *Procurator* bir kimsenin umumi vekili olarak tüm mal varlığını idare eden kimseydi. *Procurator* vasıtasıyla zilyedlik ve mülkiyet hakkının istisnaen tanınmasının sebebi, *procurator* olarak genelde eski bir kölenin yani hürriyeti verildikten sonra dahi efendisine bağlılığı devam eden azatlıların görevlendirilmesi olabilir.

207 D. 50,17,73,4 Quintus Mucius Scaevola:
Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam altere cavere potest (ne bir anlaşma ne akitteki bir kayıt ile nede *stipulatio* ile bir başkası için bir menfaat temin edilebilir. D. 45,1,38,17'de geçen *alteri stipulari nemo potest* cümlesiyle hem borçlandırıcı işlemlerde temsil hem de üçüncü kişiler lehine akdin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Iustinianus (I. 3,19,19) aynı prensibi tekrarlamaktadır. Üçüncü şahıs lehine yapılmış bir *stipulatio* üçüncü şahsa alacak hakkı kazandırmaz. Buna karşılık tarafların birinin üçüncü kişiye ifada bulunmasını talep edebileceği sözleşme geçerlidir (D. 45,1,38,20). Roma hukukunun ilke olarak kabul etmediği üçüncü şahıs lehine akit müşterek hukukta yerleşmiş ve daha sonra modern kanunlara girmiştir. TBK 109-112 «Borçların üçüncü şahıs hakkındaki tesiri»ni düzenlemektedir.

208 D. 50, 17, 123 pr: *nemo alieno nomine lege agere* (hiç kimse hukuken başkası adına davranamaz). D.41,1,9,4'te Gaius *traditio*'yu malikin yapması ile, onun isteği üzerine başkasının yapması arasında

Doğrudan temsili kabul etmeyen Romalılar haberci *(nuntius)* vasıtasıyla hukukî muamele yapılmasını caiz görmekteydi. Habercinin işlevi başkasına ait hukukî muamele iradesini üçüncü kişiye bildirmek şeklinde özetlenebilir. Başka bir deyişle kendi iradesini kullanarak temsil ettiği kişi için hukukî işlemde bulunan temsilciden farklı olarak haberci sıfatını taşıyan bir kimsenin iradesini başka birine iletmek hususunda aracılık yapmaktadır. Bu aracılık sözle veya yazıyla olabilir. Meselâ bir aile babasının 12 yaşındaki oğluna «Lucius'a git, atını teklif ettiği şartlarla satın almaya hazır olduğumu söyle» demesi üzerine Lucius'a giden çocuk babasının hukukî muamele iradesini Lucius'a sadece nakletmektedir. Habercinin naklettiği iradenin içeriğini ve anlamını bilmesine gerek yoktur. Ancak *ius civile*'nin şekilci muamelelerini haberci vasıtasıyla yapmak imkânı bulunmamaktaydı. Zira bu muameleler ancak tarafların biraraya gelmesiyle yapılabilirdi. Sözleşme yapacak iki kişi arasında âdeta bir mektubun işlevine benzer fonksiyon gören haberci, iyi niyete tabi akitlerde muamelenin oluşmasına yardımcı olurdu[209]. Haberci, bir tür konuşan mektuptu.

Sözleşmenin sadece muameleyi yapan kişiler arasında bağlılık yaratması ve yine bu kişiler arasında netice doğurması prensibi kabul edilmekle beraber tabii hukuk ilmi, hukukî muamelede bugünkü anlamıyla temsilin mümkün olduğunu ileri sürmüştür (Grotius). Bu görüşün tesiri altında kalan kanunlar Prusya Medeni Kanunu, Avusturya Medeni Kanunu ve Fransız Medeni Kanunu olmuştur. Daha sonraki kanunlar olan Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu da tabii hukuk ilminin ileri sürdüğü görüşe uygun ama, daha çok Pandekt ilminin yine Roma hukukunun kaynaklarını çok geniş yorumlayarak vardığı, başkası için muamele yapmaya ilişkin hükümlere yer vermişlerdir[210]. Faydalanılan Roma kaynaklarından bazıları *pater familias*'ın veya iş sahibinin kendisine bağımlı kişilerin yaptıkları muamelelerden doğan munzam (ek) sorumluluklarına ilişkindir.

---

devreden tarafından yapılmasını gerek bulunmadığını gösteren örnekler vermektedir (aynı konuda bkz. I. 2,1,42-43). Şahsın önemli olduğu edimler hariç (D. 46,3,31) borcun üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi mümkündü (D. 5,3,3,1 pr; D. 3,5,38; I.3,29 pr). Siber, Röm. Privatrecht, s.271, Kaser, s.636.

209 D. 18,1,1,2'de Paulus *emptio venditio*'nun bir *ius gentium* sözleşmesi olduğu için sadece rıza uyuşması ile akdedilebileceğini ve hazır olmayanlar arasında haberci veya mektupla yapılabileceğini anlatmaktadır. D. 2,14,2 pr'da yine Paulus, Labeo'yu zikrederek bir anlaşmanın *(pactum)* hazır olmayanlar arasında haberci aracılığıyla oluşabileceğine değinmektedir. *Traditio*'nun hatta evlenmenin (D. 23,2,5) haberci (aracı) vasıtasıyla gerçekleşeceği de öne sürülmektedir.

210 Mayer-Maly, s.101; Karadeniz—Çelebican, s.264.

Roma hukukunda doğrudan doğruya temsile pek ihtiyaç duyulmamasının en önemli nedeni, kölelerin ve aile evlatlarının yaptığı hukukî işlemlerden elde edilen hakların doğrudan aile reisinin malvarlığına girmesiydi. Aile evlatları ve köleler aile reislerinin bir tür iktisap organıydı. Ailenin malvarlığının tek sahibi ve hâkimi durumunda olan aile reisinin bilgisi olmadığı hallerde bile kendisine bağımlı kimselerin iktisapları onun oluyordu. Ancak hâkimiyet altındaki kişilerin borçlarından esas itibariyle kendilerinin sorumlu olmaları veya dava edilememelerinden doğan sakıncaları gidermek, üçüncü şahısların hâkimiyeti altındaki kimselerle muamele yapmaktan çekinmelerini bertaraf etmek için *praetor* aile reisine veya işin sahibine karşı munzam davalar açmak imkânını vermeye başladı[211]. Bu durum doğrudan temsile yaklaşmıştır.

Aile evladına veya köleye *peculium* tahsis edilmiş olması veya muamelenin efendinin malvarlığında artma meydana getirmesi halinde *pater familias, peculium* miktarı veya artma oranında o muameleye izin veya icazet verilmiş olması durumunda sınırsız sorumlu tutuluyordu. Bir işletmenin başına yönetici *(institor)* veya bir gemiye kaptan atanmış olması halinde bu kişiler hür ise durum doğrudan temsile iyice yaklaşmış oluyordu. İşletmenin sahibine *actio institoria,* gemi armatörüne *actio exercitoria* açılarak kendi adamlarının yüklendiği edimlerin yerine getirilmemesinden uğranılan zarar talep edilebiliyordu. İş sahibinin sorumluluğunun miktarı tahdit edilmemişti. Munzam davaların özelliği *formula*'sında muameleyi yapan olarak üçüncü kişiyle akdi ilişkiye girenin adının yazılması (köle, aile evladı, *sui iuris* Romalı) mahkûm veya

---

211 D. 14,1,5,1'de Paulus bir kişinin kölesinin gemi işletmesi durumunda bu geminin kaptanı ile muamele yapan kimsenin kaptana karşı bir dava açmasına engel bulunmadığını, çünkü *praetor* beyannamesinin üçüncü kişilerin kaptanı dava etmesine mani olmadığını anlattıktan sonra bu beyanname ile davanın iş sahibine - nakledilmediğini (yani davaya muhatap kimse sadece iş sahibi değildir) fakat bu davanın diğerine ilave edildiğini, eklendiğini yani munzam dava olduğunu söylemektedir. *Glossator*'lar bu metinden hareketle bu nitelikteki davalara munzam davalar *(actiones adiecticiae qualitatis)* adını vermişlerdir. Hausmaninger-Selb, s.407. Eğer bağımlı bu kişilerin (köle, aile evladı, *institor,* gemi kaptanı) yaptığı muamelelerden sadece mâlike veya iş sahibine dava açmak imkânı verilmiş olsaydı buna doğrudan temsil demek mümkündü.
Gai. 4,72'da *actio de peculio* ve *actio de in rem verso*'dan bahsedilmekte, ilk davanın *peculium* tahsisi halinde ikinci davanın ise, baba malvarlığındaki artma oranında açılacağı belirtilmektedir. D. 15,1,44 Ulpianus ise aile evladı ile sözleşme yapmış kimsenin iki borçlusu bulunduğunu, aile evladının borcun tamamından *(in solidum)* mesul olduğu halde babanın *peculium*'un değeri kadar borçlu olduğunu vurgulamaktadır. Bu son metinden aile reisinin sorumluluğunun ilave olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Ulpianus, efendinin verdiği yetki ile muamele yapılması halinde mâlikin sorumluluğunun sınırsız olduğunu, çünkü akdin yetkiyi veren kişi ile yapılmış gibi düşünülebileceğini belirtmektedir (D. 15, 4 pr-1). Bu yetki tanıklar önünde yazıyla, sözle veya haberciyle verilebilmekteydi. Bu munzam davanın adı *actio quod iussu*'dur.

beraat ettirilecek olarak da *formula*'nın *condemnatio*'sunda *pater familias*'ın veya iş sahibinin adının yer almasıydı. Burada dikkat edilmesi gereken ince nokta şudur: Aile evladı, köle, *institor* veya gemi kaptanı *(magister navis)* olarak görevlendirilmiş kimseler yüklendikleri borçların asıl sorumlularıydı. Doğrudan temsilde olduğu gibi, muameleyi yapmış temsilcinin aradan çıkarak muamelenin bütün neticelerinin aile reisinin veya iş sahibinin üzerinde doğması söz konusu değildi. Aile reisinin veya iş sahibinin sorumluluğu muameleyi yapan kimsenin sorumluluğuna ilave edilen, ek sorumluluktur[212].

Bir kimsenin yetkisi olmadığı halde yaptığı tasarruflara icazet verilirse muameleler muteber hale gelirdi. Mesela bir kimse aslında *procurator* olmayan bir kimseye ifada bulunmuşsa, bu ifa alacaklının icazeti ile hüküm ifade ederdi (D. 46,3,12,4). D. 3,5,5,11'de icazet verilmek suretiyle muamelenin icazet verene ait hale geldiği belirtilmektedir. Bu durum *«ratihabitatio mandato comparatur»* (icazet vekâlete, yetki vermeye eş tutulur) özdeyişiyle ifade edilmektedir. TBK 38 yetkisiz kişinin yaptığı muameleye icazet verilmesini düzenlemektedir.

[212] D. 19,1,13,25'te hukukçu Ulpianus işi görenin ne gemi kaptanı ne de *institor* olduğu halde iş sahibi için sözleşme yapmış olması halinde *actio institoria* örnek alınarak *utilis* davalar tanınabileceğini açıklamaktadır. Burada doğrudan temsil yönünde bir adım daha atılmış olmaktadır. Munzam davalar için bkz. Siber, Röm. Privatrecht, s.311, 416; Hausmaninger – Selb, s.408-412.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ROMA USUL HUKUKU

HAKLARIN HİMAYESİ

§ 15. Genel Bilgiler

Kavram

Roma Özel Hukukunun incelenmesi, Roma Usul Hukukunu, yani kişilerin haklarının nasıl korunacağını da kapsar[1].

Kişilerin sahip oldukları hakların her türlü tecavüze karşı korunmaları gerekir. Modern hukuklarda, kişilerin haklarının korunmasının devletin işlevi olduğu kabul edilmiştir. Hakların himayesi hukukumuzun Usul Hukuku denilen kısmını oluşturur[2]. Şekli hukuk olan Usul Hukuku, ihtilâflı hakları kesin hükme bağlayarak, hak sahiplerinin haklarına kavuşmalarını sağlayan kuralları içerir. Bu anlamda İcra-İflâs Hukuku da Usul Hukukunun ayrılmaz parçasıdır.

Bununla birlikte, hakların devlet tarafından korunması, ancak hukuk tarihinin ilerlemiş devirlerinde gerçekleşmiştir. Hukukun ilkel durumunda, hak sahibi kendi hakkını, kişisel kuvvetiyle korumaktaydı. Toplum teşkilâtlandıkça, bu durumu önlemek ve yerine devletin hâkim olduğu bir düzen koymak eğilimi kendini kabul ettirmiştir. Hukuk düzeninin bir barış düzeni olması için her modern devlet hakların korunmasını tekeline almıştır. Bu aynı zamanda kişilerin haklarını kendi vasıtalarıyla elde etmelerini yasaklar. (Özel hakların korunması usul-

---

1 Monier R., Droit Romain, Paris 1968, s. 165.

2 Schwarz A.B., Roma Hukuku Dersleri, çev. Rado T., İstanbul 1965, s. 255.

lerinin gelişmesi, Devletler Umumî Hukukunun gelişmesi ile açık benzerlikler göstermektedir)[3].

Modern Medenî Usul Hukuklarında olduğu gibi, Roma'da da hakların korunmasıyla ilgili müeyyide uygulanması usulü, daha Krallık devrinde dava ile başlıyordu. Yargı yetkisini de kendisinde toplamış olan kral bir davada hâkim olarak karar verdiği zaman, herkes onun verdiği hükme uymalıydı. Romalılar, bugün bizim dava dediğimiz *actio*'yu (davayı) şu şekilde anlıyorlardı: *Actio* (dava) hakkının çiğnendiği kanısında olan kişinin, adaleti sağlamakla görevli makamlara başvurarak, hak sahibi olduğunu, bu hakkı kendisine tanıyan hukuk kurallarına aykırı davranışı ispat ve bu sebeple öngörülmüş müeyyidelerin uygulanmasını istemek yetkisidir[4].

Roma Özel Hukukunda, *actio*'ların (davaların) büyük önemi ve özel durumu vardır. Zira, hakların tanınmasında ve hukuk kurumlarının oluşmasında, kısaca Roma Hukukunun gelişmesinde *«actio»* lar önemli rol oynamıştır. Roma Hukukunun gelişmesi, Roma Usul Hukukunun gelişmesine paralel olmuş ve hakların durumu, bu haklar için öngörülmüş Usul Hukuku imkânlarına bağlı kalmıştır[5].

Hukuk düzeni, hakların ve yükümlülüklerin neler olduğunu tespit ederek, insanın faaliyetlerini sınırlamaktadır. Fakat hukuk düzeni bunu tespit etmekle yetinmemekte, hak sahibinin hakkını korumakta, müeyyide koymaktadır. İnsanlar için konulmuş olan (D. 1,5,2) hukuk kurallarına uygun hareket edildiği sürece, bir müeyyide söz konusu olmaz. Ancak, bir kimsenin mülkiyet hakkına riayet edilmesi; bir borcun ödenmesi gerekir. Aksi takdirde, müeyyide harekete geçer.

Müeyyide, ya «cezaî» olur: Suçlu hapsedilir. Veya «tazmin ettirici» olur. Borcun ödenmesinden doğan zarar tazmin ettirilir.

Hakların nasıl korunacağını gösteren kuralların[6] bütünü, Usul Hukuku'nu meydana getirir. Avrupa dillerinde hukukun bu dalını gösteren terim, bir Ortaçağ Kilise Hukuku terimi olan *«Processus»* dan gelir[7].

---

3 Schwarz A.B., s. 256.

4 I, 4, 6, pr.; D. 44,7,51.

5 Çelebican Ö.K, Roma Hukuku. Ankara 1997, s. 296-297.

6 Roma Usul Hukukunun en önemli iki himaye vasıtası olan *actio* ve *exceptio*'nun hem maddî hukuka, hem de usul hukukuna ilişkin anlamı vardır. *Actio,* bir usul hukuku kavramı olarak en önemli usulî muamele olan davayı ifade ettiği gibi maddî hukukun talep hakkını da belirtir. *Exceptio*, esas itibariyle usul hukuku müessesesidir ve mevcut şartlar içinde mahkûm edilmesi gereken davalı için bir «istisna» yapılmasını sağlar. Bu usulî savunma vasıtasından zamanla maddî hukuka ait bir defi hakkı doğmuştur. Davalı buna dayanarak davacının talebini yerine getirmemek hakkına sahiptir.

Roma'da Usul Hukukunu harekete geçiren vasıta, *agere*'den gelen *actio,* yani «dava hakkı» dır[8]. *Agere*'nin eski anlamı sevk etmek, yönlendirmek, yürümekti.

Davada iki taraf olur: a) Davacı *(actor);* b) Davalı *(reus)*

Roma Hukukunda genel nitelikle bir tek *actio* yoktur. Çeşitli *actio*'lar vardır. Romalılar hukuku esas olarak davalar açısından ele almışlardır. Günümüzde; bir hak varsa, bunun müeyyidesi de var demektir. Roma Hukukunda ise; bazen, bir hak olur, müeyyidesi olmaz, buna karşılık, bazen müeyyide olur, hak olmayabilirdi. Bu durum, *praetor*'un faaliyet tarzına bağlıdır. *Ius civile*'nin hak tanıdığı bir yerde, *praetor* dava hakkı vermeyebilir *(actionem denegare),* buna karşılık, *ius civile*'nin hak tanımadığı bir yerde, *actio* verebilir *(actionem dare).*

---

7 Usul Hukukunu belirten bir tabir Roma'da yoktur. Hukuk kaynaklarında, bilhassa *praetor* beyannamesinde maddî hukuk ve usul hukuku kuralları yanyana bulunmakta, hatta içiçe girmiş durumdadır.

8 Roma Özel Hukukunun tam olarak anlaşılması, Roma Usul Hukukunun bilinmesine bağlıdır. Roma'da hak ile bu hakkın korunmasını sağlayan dava arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Romalılar maddî hukuku şeklî bir hukuk olan Usul Hukukundan kesin çizgilerle ayırmamıştır. Modern hukuk sistemlerinin aksine; Romalılar hukuka, usul hukuku, özellikle dava yönünden bakmışlardır. Onlara göre, bir kimsenin bir hakkı mevcut olabilir. İddia edilen hakkın mevcudiyeti hâkimin kararı ile tespit edilecektir.

Fertler arasındaki belirli bir ilişki, hak olarak nitelendirilmekle, müeyyide bağlanmış olmaz, aksine yargı organları önünde ileri sürülebildiği, yani bir müeyyideye bağlandığı için hak olarak kabul edilirdi. Bu şekilde Roma'da, yargı organı tarafından bir müeyyide ile donatıldığı takdirde ve ölçüde bir hakkın varlığından, söz edilirdi. Demek ki, Roma'da, hukuk yaratan organ tarafından bir müeyyideyle donatıldığı taktirde ve ölçüde bir hakkın varlığından bahsedilirdi. İkinci neden, Roma özel hukukunun gelişmesine büyük katkısı olan *praetor*'ların münhasıran usul sahasında faaliyet göstermeleriydi. *Praetor*'lar kanun koyucu niteliğini haiz olmadıklarından, doğrudan doğruya yeni bir hak yaratamazlardı. Yargı organı sıfatıyla *praetor*'ların sahip oldukları yegâne imkân, göreve başlarken yayınladıkları beyannâmelerinde *(edictum) ius civile*'de öngörülüp bir müeyyideye bağlanmamış olan hakkaniyete aykırı durumları soyut bir şekilde tespit etmekten ve bu durumların gerçekleşmesi hâlinde, mağdur olan tarafa bir dâva *(actio)* tanımak suretiyle hakkâniyeti temin edeceklerini bildirmekten ibaretti. İlk bakışta, *praetor*'ların faaliyetini önceden tespit edilmiş belli bazı durumlara hasretmekten öte bir anlam taşımıyormuş gibi gelen bu imkân, aslında âdeta "hak yaratıcı bir kaynak" vazifeseni görüyordu. Nitekim, *edictum*'da tespit edilmiş bulunan durumlardan birinin varlığı hâlinde, *praetor*'a başvuruyla, müracaatla, başlayan yargılama sırasında, duruma uyan müeyyide de tespit ediliyor ve böylece, *ius civile*'de öngörülmemiş ve korunmamış bir münasebetin *praetor* tarafından tanınıp müeyyidelendirildiğini gören hukukçular da özel hukuk alanında yeni bir hakkın ortaya çıktığı sonununa varıyorlardı. Bu suretle, Roma'da, medenî usul hukuku maddi özel hukukun gelişmesini sağlıyor ve bu gelişmeyi yönlendiriyordu. *Praetor*'lara dolaylı bir biçimde yeni haklar yaratabilme imkânını veren bu kaza selâhiyeti *(iurisdistio)* ters yönde de işleyebiliyordu. Nitekim *praetor*'lar, *ius civile* tarafından öngörülmüş ve müeyyideye bağlanmış bir hakkın ileri sürülmesini hakkaniyete uygun bulmadıkları taktirde müeyyidenin uygulanmasını önleyebiliyorlardı. Şu halde, *praetor*'lar, *ius civile*'nin tanıyıp korunmasını istediği bir hakkı, bu hakkın korunması hakkaniyete ve adalete aykırı düşecekse, etkisiz bırakılabiliyorlardı. Böylece *ius civile* kurallarının zamanla değişen ekonomik, siyasi ve sosyal şartlara uymaları temin ediliyor ve bu yöndeki usuli faaliyetleriyle *praetor*'lar maddi özel hukuku biçimlendiriyorlardı. (Öztek S., Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları, İ.Ü.H.F.M, c. LI, sayı 1-4, İstanbul, 1986, s. 336-337).

Praetor'un faaliyeti, bilhassa Usul Hukuku vasıtasıyla olduğu için, Roma'da, Usul Hukukunun büyük bir önemi vardır.

Roma Hukukunda Usul Hukukunun Gelişme Devirleri:

İlkel kavimlerde, modern devletlerde olduğu gibi, devlet adına hâkimler tarafından yerine getirilen düzenli bir adalet değil, özel adalet sistemi vardır[9]. Kişi, hakkını kendi gücüyle elde etmeye çalışırdı. Günümüzde ise, hakkının ihlâl edildiğini iddia eden kimse, mahkemeye gider. Mahkemede hâkim, devleti temsil eder ve hakkı devlet namına, tespit eder; Davalı mahkûm edilir veya beraat eder. Mahkemede sadece «karar» verilir, yani, kimin haklı, kimin haksız olduğu belli olur. Karardan sonra ise, «icra»ya geçilir: Davalı mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet borcunu yerine getirmelidir; aksi takdirde, kendisine karşı, devlet kuvveti kullanılır.

Şu halde, Usul Hukukunun iki kısmı vardır:

a) Hukuk Usulü: Karar verilir, taraflardan kimin haklı, kimin haksız olduğu belirtilir.

b) İcra Usulü: Mahkûmiyetten doğan borç, devlet gücüyle yerine getirilir.

Günümüz hukukunda, bütün bu sayılan işleri devlet yapmaktadır. Fakat, durum her zaman bu şekilde olmamıştır. Başlangıçta ise, kişi kendi gücüne başvuruyordu. Çünkü henüz devlet, fertlerin kendi aralarındaki ihtilâflarını halledecek kadar kuvvetli değildi[10].

Toplu halde yaşayan insanların içinde, haklı-haksız şeklindeki bir ayırım ve düşünce her zaman olmuştur. Fakat; bir kimsenin kendisinin haklı olduğunu iddia ettiği, diğer bir kimsenin de, aynı şekilde kendisinin haklı olduğunu ileri sürdüğü durumda aralarında çıkacak ihtilâfı, kavgayı bir çözüm yoluna bağlayacak, kendilerinden daha üstün bir iktidar yoktu. Aynı şekilde; bugün de, devletler arasında bir ihtilâf çıktığı zaman, bu ihtilâfı barış yoluyla çözmek için gerekli olan üstün bir iktidar henüz tam anlamıyla belirmiş değildir ve devletler kendi haklarını kendi kuvvetleriyle ispat etmeye çalışırlar.

---

9 Monier, s. 168.
Günümüz hukuk mantığı ve sistematiğine oldukça yabancı gelen bu durumun başlıca iki nedeni vardır. Birinci neden, Roma hukukunda hakların yargı organları önünde ileri sürülmelerini sağlayacak genel nitelikte bir müeyyidenin bulunmaması, diğer bir deyişle müeyyide adını verdiğimiz hukuki baskı unsurunun hakkın doğal bir sonucu olarak addedilmemesiydi.

10 Kaser M.; Das römische Zivilprozessrecht, München 1966, s. 17 vd.

Devletin, fertlerin üstünde bir iktidar, bir güç olarak bu tür işlere müdahale etmesi, bir kontrol şeklinde başlamış ve yavaş yavaş gelişmiştir. Önce; kimin haklı olduğunu anlamak için, tarafların, kendi aralarında bir özel «hakem» seçmeleri mecburiyeti konulmuştur. Bu hakem, haklı olduklarını ileri süren taraflardan, hangisinin kuvvetini kullanacağına karar verirdi. Ayrıca, söz konusu kuvvetin ne ölçüde kullanılacağı da kontrol edilirdi. Meselâ; bir kimse, diğer bir kimseden «100» alacaklı olduğunu ileri sürüyorsa, hakem durumu inceler: Gerçekten alacağı varsa ve diğeri veriyorsa, alacaklının kuvvet kullanarak bunu almasına izin verir, fakat devlet, kuvvet kullanmanın usulünü ve sınırını da belirtirdi.

Modern hukuklarda; gerek hakkı tespit etmeyi, gerekse icra işlerini, devlet kendi organlarıyla yaptırır ve «ihkakı hak» (kuvvet kullanma) denen özel himaye sistemini yasak eder.

Roma Hukukunda, bu konudaki gelişme, açık şekilde görülmektedir[11].

Tarihten önceki devirlerde, tam bir ihkakı hak (kuvvet kullanma) sistemi olduğu anlaşılmaktadır. Tarihî devirlerde ise, önceleri devletin basit bir kontrolü, sonra da, günümüzdeki gibi, devlet eliyle himaye usulü yerleşmiştir.

Kuşkusuz, ilkel Roma Özel Hukukunda, diğer birçok kavimde olduğu gibi, yürürlükte olan, kişisel kuvvete başvurmaydı. Fakat tarihî kaynakların tanıttığı Roma Hukukunda kişinin kendi kuvvetini kullanması yasaklanmış, hattâ İmparatorluk Hukuku tarafından cezalandırılmıştır[12]. Kişisel himayeye, ancak meşru müdafaa ve ıztırar hallerinde izin verilmişti. Gerek bugün, gerekse Roma'da, istisnaî bazı durumlarda, kişinin kendi kuvvetini kullanmasına izin verilir. Bunlar da, meşru müdafaa ve ıztırar halleridir. *Vim vi repellere licet:* Kuvvete, kuvvetle karşı koymak caizdir. (Ayrıca bk. TBK. madde 52).

Buna rağmen, eski kişisel kuvvet devrinin izleri de vardır: Klasik devirde, özel hukuk ihtilâflarına, modern hukuktakinin aksine, devlet mahkemeleri bakmamaktaydı. İhtilâfı, karar vermeye yetkili olan hâkimler çözüm yoluna bağladı. Devlet memuru olmayan bu özel hâkimler (hakemler) yetkilerini *magista*'dan alır ve taraflar kararlarına uymak zorundandır. Ayrıca, hâkime başvurma (tahkim) usulü, ihtiyarî olmaktan çıkmış ve mecburî hale gelmiştir ve devletin kontrolü altındadır.

---

[11] Bu konuda geniş bilgi için bkz.; UMUR Z., Roma Hukuku, s. 503 vd.

[12] Augustus zamanında bu durum cezai yönden takip ediliyordu. Marcus Aurelius' un çıkardığı bu emirnameye (D. 48, 7, 7) göre, alacağını cebren tahsile kalkışan alacaklı hakkını kaybediyordu.

Bugünkü anlamıyla devlet mahkemeleri çok ağır gelişerek, bu durumun yerini almıştır. Roma'da da, imparatorluk devrinden itibaren devlet yargı işlevini kendisi yerine getirmeye başlamış ve usul, öncekilerden tamamen farklı olmuştur. Günümüzdeki usulün başlangıcı olarak, artık yargı devletin görevlerinden biri olarak ortaya çıkmıştır.

Roma Hukukunda, hakların himayesinin gelişmesinde, iki ayrı görüş, iki ayrı usul sistemi yaratmıştır:

Yalnız bu usul sistemleri, birden bire birbirlerinin yerini almamış, belirli bir süre birlikte devam etmişler, sonraki diğerinin yerini yavaş yavaş almaya başlamıştır. Ayrıca, «Özel Mahkeme Nizamı» ismi altında toplanan ilk iki usulün, «Nizam Harici Usul»den farklı, ortak özellikleri vardır.

En eski zamanlardan itibaren, M.S. 284 yılına kadar, hakların himayesi, bazı gelişmelerle birlikte, hususi bir iş olarak kabul edilmekte idi. Bu usule: *Ordo Iudiciorum Privatorum:* Özel (veya Âdi) Mahkemeler Nizamı, ismi verilir.

M.S. 284 yılından sonra, hakları devlet himaye eder. Bu usule de: *Cognitio Extra Ordinem* (Nizam Harici veya Fevkalâde Usul) denir:

Hususi Mahkemeler Nizamında dava, iki safhada cereyan eder[13].

a) *Magista* önünde *(in ius* veya *in iure)*; b) Hâkim önünde *(in iudicio* veya *apud iudicem).* İlk safhada davacıya bir *actio* verilip verilemeyeceği incelenirdi. Roma'da bir hak ancak bir *actio*'su varsa dava edebileceğinden, bu safhada bu durum açıklığa kavuşturulurdu. Hâkim önüne gidilmeden önce, davacının talebinin dava edilir olup olmadığı *(an sit actio)* ve hangi esasların karar için gerekli olduğu *(quae sit actio)* sonuca bağlanırdı.

Taraflar ihtilâf haline düşünce, bir hakkı olduğunu ileri süren kimse, diğerini *magistra* önüne davet eder *(in ius vocatio).* Bugünden

---

13 Davanın iki safhada cereyan etmesinin sebebi çok tartışmalıdır. Bu yüzyılın başlarında hâkim olan fikir, iki safhalı muhakemenin en eski devirlerde bile mevcut olduğu şeklindeydi. Bu fikre göre, önceleri taraflar kendi istekleriyle seçtikleri bir hâkimin önünde gidiyorlardı. Devlet gücünün artmasıyla bu mecburî hale gelmiştir. Diğer bir görüşe göre ise, kral bütün yetkileri kendisinde toplayan bir *magistra* sıfatıyla ihtilâfları önceleri tek safhada çözmekteydi işlerin yoğunluğu sebebiyle ispat ve karar safhasını sonradan kendisinin belirdiği şahıslara bırakmaya başladı. İlk önce kralın ihtiyarında olan bu durum, Cumhuriyetin ilk devirlerinde eski Yunan'daki demokratik fikirlerin etkisiyle mecburi hale geldi. Demokratik görüşle, kralların aşırı iktidarına karşı, cumhuriyet kurucuları tarafından ihdas edilmiştir. Bu konudaki başka bir görüş, davanın iki safhada görülmesini, eski Yunan ve Doğu'nun mutlak monarşilerinde bile mevcut olan bir ilke ile açıklanmaktadır. Bu ilke, gerçek bir yargı işlevinden söz edebilmek için, yargı işlevinin idare organlarından ayrı olan kimselerin elinde bulunması gerektiğidir. Bkz. KASER M., Römisches Privatrecht, 9. Durchgesehene Auflage , München 1976, s. 312.

farklı olarak hukuk davalarında resmi davet yoktur[14].

İlke olarak, yetkili mahkeme, davalının ikâmetgâhı mahkemesidir *(actio sequitur forum rei)*[15]. Fakat taraflar, bir borcun ifası için belirli bir şehir tespit etmişlerse, o bölgedeki mahkeme yetkili oluyordu. Bazı davalar ise, Roma *magistara*'larının yetki ve görev alanı içindeydi[16]. *Magistra,* tarafların iddiasını ve cevabını dinler, incelemeye uygun görürse, davacıya bir *actio* tanır ve tarafları, bir özel hakem seçmeye davet eder[17]. Bu seçilen kimse, davanın hâkimi olacaktır.

Actio'nun (dava hakkının) tanınmasından sonra, sınırlarının tayin edilmesi işlemine *litis contestatio,* yani davanın tespiti denmektedir. *Litis contestatio* ile, davalının hangi şartlarda mahkûm edileceği kesin olarak saptanır ve dava karar vermesi için hâkimin önüne gönderildi.

b) Daha sonra ikinci safha başlar. Taraflar, seçtikleri hâkimin önüne giderler ve *magistra*'nın tanıdığı *actio*'nun sınırları içinde kalınarak, davalarına bakılır. Davacı iddiasını ispat etmeye çalışır, davalı ise kendisini savunur. Hâkim, kanaatini edindikten sonra, kararını *(sententia)* verir: Dolayısıyla mahkûm eder veya beraat ettirir[18]. Hâkim davanın konusu olan maddi vakıaları açıklığa kavuşturarak bir hükme varır.

	IN IURE (*magistra* önünde)	IN IUDICIO (hâkim önünde)	
IN IUS VOCATIO (davaya davet)	LITIS CONTESTATIO (davanın tespiti)	SENTENTIA (hüküm)	

[14] Ancak mahkemeye gelmeyen kişileri devlet cezalandırabilirdi. Yine ana-babanın (ve bazı başka kişilerin) mahkemeye davet edilmesi *praetor*'un iznine bağlı idi.

[15] Modern hukukumuzda da, aynı ilke söz konusudur, bkz. HMK, m. 9 vd.

[16] Monier R., s. 175.

[17] Kararın, özel şahıslar olan hâkimler tarafından verilmesi dolayısıyla bu usule Özel Mahkemeler Nizamı, denilmiştir.
Hâkim, *magistra* olmaması bakımından günümüzdeki hakeme (HMK'da belirli ihtilâfların çözümü için tarafların hakeme başvurması imkânı vardır) veya bizim hukukumuzda bulunmayan ceza muhakemesindeki jüri üyesine benzemektedir. Halk tarafından seçilmez ve görevinde devamlı kalmaz. Sadece bir ihtilâf için yetkilidir ve başka bir ihtilâf için seçilmişse, davaya bakabilmesi için yeni bir karara ihtiyaç vardır.

[18] Bu konuda, terim bakımından şu noktaya dikkat edilmelidir: Günümüzde beraat sadece Ceza Usul Hukuku alanındadır. Medenî Usul Hukuku alanında davalının beraat ettiğinden değil, davacının davasının reddedildiğinden söz edilir. Roma Hukukunda ise, bu durum beraat veya mahkûm edilebilen davalı açısından ele alınmıştır.

Nizam Harici Usulde ise, dava bir tek safhada görülür. İhtilâflı taraflar, artık devlet memuru olan bir hâkimin önüne giderler. Aynı hâkim, ihtilâfı hallederek karara bağlar. Bu usul, bugünkü hukuk anlayışına yakındır.

Özel Mahkemeler Nizamının ağırlık noktası *litis contestatio* (davanın tespiti) idi. Bu muamele, aynı nizam içinde önemli bir gelişme göstermiştir.

Özel Mahkemeler Nizamı, kendi içinde, iki usule ayrılır:

A – *Legis actio*'lar usulü, B – *Formula* usulü.

Davanın iki safhada cereyan etmesi, Krallığın sonlarına doğru başlamıştır. Hâkimi taraflar seçer, yetkisini *magistra* verir. Özel Mahkemeler Nizamının uygulanması boyunca *magistra* tarafların isteklerini dikkate almakla birlikte, hâkimi kendisi görevlendiriyordu *(iudicare iubere)*. Verilecek karara uyma mecburiyeti, hâkime yetkiyi verenin *magistra* olmasından ileri gelmektedir.

Magistra olarak; devirlere göre, sırasıyla, kral, *consul, praetor;* eyaletlerinde ise, valiler görev yapmıştır. Bunlar kendi yerlerine vekil tayin edebilirlerdi.

Toplumun, hukuk ihtilâflarını çözmeye yetenekli durumdaki seçkin kişilerini gösteren bir liste içinden *(Album)* seçilen hâkim *(iudex)* veya hakem *(arbiter)*, hususi bir şahıstı. Hâkim veya hakemler, genellikle, *senatus* üyeleri arasından seçilirdi. Hâkimlik, şerefli fakat sorumluluk gerektiren, ücretsiz bir işti. Tek veya heyet halinde olabilir, isterse davayı görmekten kaçınabilirdi[19].

[19] Umur Z., s. 518.

§ 16. Ordo Iudiciorum Privatorum (Özel Veya Adî Mahkemeler Nizamı)

I – LEGIS ACTIO'LAR USULÜ:

Bu konudaki bilgimiz, bilhassa Gaius'tan gelmektedir.

Biz buna «Kanuni Dava Şekli» diyoruz. Bu şekiller; *Legis actio sacramento; legis actio per iudicis postulationem; legis actio per condictionem; legis actio per manus iniectionem* ve *legis actio per pignoris capionem,* olmak üzere beş tane idiler (Gai. 4,12).

Legis actio'lar, hem kanunla tespit edilmişlerdir, hem de kanun gibi, değiştirilemeyecek şekiller içinde ileri sürülmeleri gerekir. Bu sebeple, kanunî davalar *(legis actiones)* ismi verilmiş olmalıdır[20].

Gaius, beşinin de ortak noktaları olduğunu bildirmektedir. XII Levha Kanunundan önceki geleneğin gelişmiş şekilleridir[21].

Kanun tarafından konuldukları için değiştirilmeyen, belli kelimelere bağlı «kalıp» durumundaydılar. Bu beş tane kalıp-şekil için de, bütün davalar görülebilir, hatta görülmek zorundaydı. Demek ki bunlar, gerçek anlamda dava değil, davaların görülmesine yarayan, «tip haline getirilmiş şekiller»dir. *Legis actio*'ların ortak özelliği, sıkı şekilcilikleridir. Davacının alacağından biraz fazla talep etmesi, davanın tamamen reddi ile sonuçlanırdı. Gaius'un (Gai. I. 4,11) verdiği örneğe göre, eğer bir kimse bağ kütüklerinin kesilmiş olmasından dolayı dava açar (İtalya'nın verimli yamaçlarından elde edilen kaliteli şaraplar hatırlanırsa bu örneğin uygulama alanı geniştir) ve *(praetor* önünde) *legis actio*'nun düzenlenmesi sırasında «kesilmiş kütüklerden» *(vites succisae)* bahsederse, davasını kaybeder. Zira, XII Levha kanununun öngördüğü ifadeye göre, kesilmiş kütüklerden değil, fakat «kesilmiş ağaçlardan» *(de arboribus succisis)* bahsetmesi gerekirdi. Bu şekilde, kesilmiş ağaçlar yerine, kesilmiş bağ kütükler terimlerine yer veren, davacı davasını kaybetmiş ve XII Levha Kanunun, ağaçları kesilen mal sahibine tanıdığı zararını tazmin ettirme imkânından yoksun kalmıştı. Bu dar şekilciliğe, eski hukuklarda, mesela Fransız ve İngiliz hukuklarında da rastlanmaktadır[22].

Legis actio'ların ilk üç tanesi, Hukuk Usulüne; son iki tanesi, İcra Usulüne aittir. Bu usulde dava şu şekilde cereyan ederdi:

---

20 Umur Z., s. 522.
21 Girard P. F., Droit Romain, Paris 1906, s. 968.
22 Schwarz A.B., s. 265.

Dava, taraflardan, birisinin (davacı) davayı açmasıyla başlar. Fakat, davacının davayı sadece açması, davayı yürütmeye yetmez. Her iki taraf da davaya katılarak bazı faaliyetlerde bulunmak suretiyle, onu yürütmek zorundadır. *Legis actio*'larda dava ehliyetine sahip olmanın ilk şartı, hür olmaktı[23]. Taraf olabilmek için hak ve fiil ehliyetlerine sahip olmak gereklidir. Dolayısıyla köle, davalı veya davacı olamaz[24]. Eski devirlerde, aile evlâdı da taraf olamamakta idi. Diğer taraftan *legis actio*'ları ancak Roma vatandaşları açabilir, yabancılar *(peregrini) legis actio*'larda taraf olamazdı. Yine davacı bu usulle ancak *ius civile* tarafından kabul edilmiş hukuk kurallarına dayanabilirdi.

Bu usulde, sadece aile reisi *(pater familias)* statüsüne sahip, *sui iuris* erkekler dava ehliyetine sahiptir. Kadınların dava ehliyeti yoktur, davalarda hakların korunması vasilerinin görevleri arasındadır. *Alieni iuris* durumundaki aile evlatları *legis actio*'ların uygulandığı dönemlerde, hak sahibi olmadıkları, borç altına girmedikleri için dava ehliyetine sahip değillerdi. Ne dava açabiliyor, ne de onlara karşı dava açılabiliyordu. Zamanla bu ehliyetsizlikleri yumuşatılmıştır.

XII Levha Kanununun hükümleri, *«si in ius vocat, it»* yani: Seni *magistra* önüne çağırırsa, git, kelimeleri ile başlar. Davaya davette belirli bir şekil yoktur. Eğer çağrılan kimse itiraz eder, gitmekte güçlük çıkarırsa, diğer taraf onu, bizzat ve zor kullanarak *magistra*'nın önüne götürebilir. Bundan kurtulmak isteyen davalı belli bir günde *magistra*'nın önüne geleceğini garanti eden bir *vindex* (kefil) gösterebilirdi. Taraflar bu usulde davayı kaybeden tarafın mahkûmiyetin gereğini yerine getireceğine dair kefil gösterirlerdi.

Legis actio usulünde, tarafların kural olarak bizzat davada hazır bulunmaları gerekir. Ne davalıyı, ne davacıyı, üçüncü kişi temsil edemez. Hiç kimse başkası adına dava yürütemez *(Nemo alieno nomine lege agere potest).* Ancak dava ehliyetleri bulunmayan veya kısıtlı olan kişiler davada, vasileri veya kayyımlarının katılması veya izni ile taraf olabiliyorlardı[25].

Kanunî davalar usulünde gıyap kabul edilmemiştir. Dolayısıyla davacıya, davalıyı *magistra* önüne götürmeye zorlamak imkânı tanınmıştır[26].

---

23 Çelebican Ö.K., s. 311.

24 Hür olduğunu iddia eden köle veya köle olduğu iddia edilen hür şahıs bile, bu konuda karar verilecek davada taraf olamaz, onun yerine dava ehliyetine sahip başka bir şahıs *(adsertor libertatis* hürriyet savunucusu) bulunurdu. Iustinianus, hürriyet davalarında bir *adsertor*'un taraf olmasını kaldırmıştır.

25 Çelebican Ö.K., s. 313-314; UMUR Z., s. 527.

26 Monier R., s. 5.

In iure safhası, söz konusu davanın *legis actio*'suna göre değişik olurdu. *Legis actio*'ların en eskilerinden biri, *legis actio sacramento* idi. Genel olan bu şekilde, bütün davalara bakılabilmekte idi. Üzerinde ihtilâf olan hakkın aynî veya şahsî bir hak olmasına göre, iki şekil vardı: *Legis actio sacramento in rem* ve *legis actio sacramento in personam.*

Legis actio sacramento in rem:

Aynî haklar ve aile hukukuna ait mutlak haklar (mesela aile evlatları üzerinde *patria potestas,* evli kadın üzerinde *manus*) bu dava şekli ile görüldü. İhtilâf konusu olan mal (mesela köle yahut sürü ise bir hayvan) veya malı temsil eden bir parçası (taşınmaz ise bir tuğla, toprak parçası) *magistra* önüne getirilir. Davacı, mülkiyet hakkını ifade eden bir değnekle ona dokunur ve mesela, mal bir köle ise, «bu kölenin *Quirites* hukukuna göre bana ait olduğunu *(meum esse)* iddia ediyorum» dedikten sonra davalıya hitaben; «sana karşı istihkakımı ileri sürüyorum,» diye ilâve ederdi.

Davalı ikrar edebilir *(confessio)* o zaman dava, sonuçlanmadan kesilir, icraya geçilirdi. Aksi halde, davalı da «aynı sözler» ile karşı iddiada bulunurdu. Görülüyor ki, davalı burada pasif bir rolle yetinmemektedir. Davacının ileri sürdüğü hakkı reddetmekle kalmamakta, kendi hakkını da ileri sürmektedir[27].

İkisinin de aynı iddiada bulunması, durumu bir kavgaya götüreceği için, *magistra*, onlara «malı bırakın» der ve davalı ile davacıyı birbirine eşit duruma koyardı. Daha sonra, taraflardan her birine, belli bir miktar parayı, dava konusunun önemine göre 50 veya 500 *as*'ı yatırmalarını söylerdi. Bu para, *legis actio*'ya ismini veren *sacramentum*'dur. Eskiden davayı kaybeden taraf ilâhlara kurban keser daha sonraları kendisinden alınan *sacramentum* ilâhlara ve tapınaklara tahsis olunurdu, tarihî devirlerde ise, para hazineye gitmekte idi[28].

Magistra; malın zilyetliğini geçici olarak, kendisine ilk bakışta, haklı gibi görünen tarafa verir. Mal da, dava onuna kadar onun zilyetliğinde kaldığı için, bu süre boyunca ondan faydalanabilirdi. Ancak bunun için kendisinden kefil göstermesi istenirdi. Bu şekilde zilyetliği alan davayı kaybetmesi durumunda malı kazanana vereceğini taahhüt etmiş olurdu[29].

---

27 Apathy P. – Klingenberg G. – Stiegler H., Einführung in das römische Recht, Wien 1994, s. 78.

28 Umur. Z., s. 532 vd.

29 Apathy P. – Klingenberg G. – Stiegler H., s. 79.

Bu şekilde dava tespit edilmiş olur ve hâkim seçilirdi.

Hâkimler önce, rahip hukukçular arasından, hukukçuluk rahiplerinin tekelinden çıktıktan sonra, *magistra*'da bulunan hakimler listesinden seçilirdi.

Taraflar, hâkimler listesi dışında kalan onurlu, güvenilir bir kişi üzerinden de anlaşabilirlerdi.

Roma Usul Hukukunun daha bu safhasında, modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, «herkesin iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu» genel kuralının uygulandığı söylenebilir. İspat külfeti, aynı nispette, her iki tarafa aittir. Yani, tarafların her ikisi de, malın kendilerine ait olduğuna dair deliller gösterirler.

Delil olarak, şahitlere veya yazılı belgelere başvurulurdu. Ancak, bunun dışında da, hâkimi ikna için, her türlü araçtan yararlanılıyordu. Modern hukuk sistemlerinde kullanılan terimle «delil serbestisi» vardı. Hâkim, bu delilleri değerlendirdikten sonra, mantık kurallarına ve hukukî esaslara dayanarak edindiği kanaate göre, kararını verirdi (Hâkim, kararını aynı gün verirdi. Kanaat edinmemişse veya duruşma güneş batana kadar bitmemişse, ihtilâfın çözüm yolu, bir başka güne bırakılıyordu)[30].

Hakkını ispat etmekten çok, hâkimi ikna edebilen taraf davayı kazanmış olur ve mal ile birlikte, kendi *sacramentum*'unu da geri alırdı[31]. Bu şekilde adeta bir bahis çerçevesinde kimin *sacramentum*'unun hukuka uygun olduğuna *(cuius sacramentum iustum esset)* karar verilmiş olurdu.

Hâkimin verdiği karar kesindi. Bu karardan sonra, aynı anlaşmazlık konusunda, yeni bir dava açılamazdı. Günümüzde de, mahkemenin Yargıtay'ın tasdiki ile kesinleşen hükmünden sonra aynı konuda yeniden dava açılamaz. (Bir anlaşmazlık iki kere dava konusu olmaz: *Bis de eadem re ne sit actio).*

---

30 Çelebican Ö.K., s. 322; UMUR Z., s. 546-547.

31 Dava konusu malın üçüncü bir kişiye ait olduğunun ortaya çıkması durumunda bile hakimin taraflardan birisini tercih ederek karar vermesi gerekiyordu; bkz. APATHY P.- KLINGenberg G. – Stiegler H., op. cit. S. 79. Mal hakimin tercih ettiği tarafta kalır. Malın gerçek sahibi çıkıncaya kadar malın zilyedi maldan yararlanabilirdi. *Melior est causa possidentis* (zilyedin durumu daha elverişlidir).

Legis actio sacramento in personam:

Gaius'un *Institutiones*'indeki, bu konuyla ilgili sayfalar iyi okunamadığı için, *legis actio sacramento in personam* hakkında bilgi daha azdır. Davacı ve davalı, burada eşit durumda değildir. Davacı; «Ben şu kadar para vermekle veya şu işi yapmakla mükellef olduğunu beyan ediyorum», derdi. Davalı ise, ya ikrar eder ve dava orada kesilir veya iddiayı reddederdi. Bu takdirde, her ikisi de, *sacramentum*'larını yatırırlar, hâkimi seçerler, onun önünde iddialarını ispat etmeğe çalışırlardı.

Bu *legis actio,* hukuk usulüne aittir. Aynı neviden olup, şahsî hakların korunmasına yarayan, *legis actio per iudicis postulationem* ve *legis actio per condictionem*'e bazı istisnaî hallerde müracaat edilirdi[32].

Legis actio per manus iniectionem:

Son iki dava şeklinin birincisi ve belki de, hepsinin içinde, en eskisi olarak XII Levha Kanunu'nda yer alan bu *legis actio*'dur. Hakkın tespitine değil, sâbit olan bir hakkın yerine getirilmesine yarayan bu usule başvurmak için, hâkimin kararı veya davalının *magistra* önünde ikrarda bulunmuş olması gerekliydi.

İkrardan veya karardan 30 gün sonra, davalı borcunu hâlâ ödememişse, alacaklı kendisini *magistra* önüne götürür: «Bana mahkûm edildiğin (veya borçlu olduğunu ikrar ettiğin) şu kadar parayı (veya malı) vermediğin için sana el koyuyorum» *(manus iniectio)* derdi. O zaman; *magistra*, borçluyu alacaklının hâkimiyeti altına sokardı. Borçlunun şahsı ile birlikte bütün malvarlığı da alacaklının hâkimiyetine geçerdi. Alacaklı; borçlusunu evinde hapseder, ayağına 15 *libre* (7.5 kilo kadar) ağırlığında bir çeki vurur, asgarî miktarı belli bir gıda ile beslenirdi. Pazar kurulan günlerde mahkûmu yanında götürerek borcunu ilân eder, bu şekilde onu kurtaracak birisinin bulunup bulunmadığını araştırırdı. Buna rağmen, borcu ödenmezse onu 60 gün sonra Tiber nehri ötesinde, köle gibi satabilirdi. Fakat örf ve âdetler, bu sert usulü yumuşattığı için, daha sonraları, borçluyu satmak usulü kalkmış, onu borcuna mahsup edilecek şekilde çalıştırmak usulü yerleşmişti. Borçlu, bu şekilde çalışarak borcunu ödemek ve bir süre sonra, serbest kalmak imkânına kavuşmuştu.

---

32 Bu iki *legis actio*'da müşterek olan nokta, *sacramentum*'un bulunmayışıdır. *Legis actio per iudicis postulationem* mevzuu para olan *stipulatio* akdinden doğan ihtilâflar ile taksimi öngören davalarda kullanılıyordu. *Legis actio per condictionem*'e ise *ius civile*'nin konusu muayyen olan mücerret davalar için başvurulabiliyordu.

Özel himayenin izleri, görüldüğü gibi, burada çok açıktır. Davacı, kendi kuvvetini kullanıyor; fakat bunu ancak, bir izin niteliği taşıyan *magistra*'nın kararından sonra ve belli bir ölçü içinde yapabiliyordu. Alacaklının el koyma iddiası ile karşılaşan kimse el koyma hakkının olmadığını iddia edebilirdi *(manum depellere)*. Bunun üzerine bu durum ayrı bir davada incelenir, karşı iddiasının haklı olmadığı anlaşılan borçlu mahkûm olduğu miktarı bir misli ile öderdi.

İcra usulü ile ilgili diğer *legis actio (legis actio per pignoris capionem)* çok özel bazı durumlarda kullanılmakta idi.

II – FORMULA USULÜ

Kanunî davaların *(legis actiones)* özellikleri, geçen zamanın ortaya çıkardığı gibi, belirli sakıncalar getirmiştir: Kanuna dayanan bir usul olduğu için, *magistra* ne kanunun öngörmediği bir davayı verebilir, ne de kanunun verdiği bir davayı durdurabilirdi. Ne yumuşaklığı, ne gelişme imkânı vardı. Kanun koyucunun müdahalesi olmadan yeni ihtiyaçlara, hakkaniyetin gerektirdiği inceliğe yer yoktu[33]. Şekilciliği, hantallığı ve yabancılara uygulanamaması giderek zorluklara sebep oluyordu.

Magistra'nın yargı fonksiyonunu Krallık Döneminde kralın *(rex)* doğrudan doğruya kendisi, Cumhuriyet Döneminin ilk devrelerinde de iki *consul* yerine getirmekteydi. M.Ö. 367 yılında çıkarılan *Liciniae Sextiae* Kanunları, *consul*'lerin çok defa Roma'dan uzak kaldıklarını gözönüne alarak, sadece yargılama işlerini yönetmekle görevli bir *magistra*'lık ihdas etti ve münhasıran hukuk işleriyle alâkalı bu magistra için zamanla *praetor* adı yerleşti. Yargılama işlerinin çoğalması, sadece Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkları çözümlemekle görevli *praetor*'un yanında, Roma vatandaşları ile yabancılar ve yabancıların kendi aralarındaki anlaşmazlıkları halletmek için *praetor peregrinus* (yabancılar *praetor*'u) adı altında yeni bir *praetor*'luk ihdasına neden oldu (M.Ö. 242). Bu tarihten itibaren, sadece Roma vatandaşları arasındaki yargı işlerine bakan *praetor* da *praetor urbanus* (şehir *praetor*'u) adıyla anılmaya başlandı. Zamanla, Roma yargısına tâbi vatandaş ve iş sayısı artınca, yetkileri yer veya madde itibariyle sınırlandırılan çok sayıda *praetor*'luklar ihdas edildi.

Praetor'lar beyannamelerinde, çeşitli ihtilâflar hakkında yeni *formula*'lar teklif ve ilân ederlerdi. Bu beyanname bir yıl için yapıldı-

[33] Girard P.F., s. 988; KASER M. Zivilprozessrecht. s. 107.

ğından, her *praetor* hayatın değişen ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte yeni *formula*'ları beyannamelerine koyardı. Roma Özel Hukuk kurallarının büyük kısmı da, bu *formula* şemalarında toplanıyordu[34].

Formula, dâvanın takip edeceği program hakkında hâkime tâlimat veren yazılı bir vesikaydı. *Praetor*'un ağzından kaleme alınırdı. Fakat, *magistra*'nın bu konudaki rolünü fazla da büyütmemek gerekir. Zira, fiilen, *magistra*'nın rolü, dâvacı tarafından hazırlanmış talebe uygun olarak davanın görülmesine izin vermekten ibaretti.

Formula usulü ile, ilk aşamada, *praetor*'lar değişen şartlara uyum sağlamıştır. Uygulama alanını genişletmek ve yeni durumlara uygulamak için mevcut davalardan hareket etmişlerdir. İkinci aşamada, *praetor*'lar ve danışmanları, mevcut davalarla hiç ilgisi olmayan, tamamen yeni davalar hazırlamışlardır[35].

Formula usulü, hukukun devamlı gelişmesine imkân vermiştir. *Formula* verebilen veya reddedebilen *magistra,* her durumda, hakkaniyet gereklerini yerine getirebilmiştir. Yeni bir hak yaratamayan *magistra,* yeni usul imkânlarıyla hukukun gelişmesinde önemli işler görmüştür[36].

Formula usulü hakkında bilgi kaynakları oldukça geniştir. Gaius'un 4. kitabından başka diğer hukukçuların ve hukukçu olmayan müelliflerin eserlerinde de *formula* ile ilgili parçalar vardır. Fakat, Iustinianus zamanında *formula*'lar kalkmış olduğu için, klasik hukukçuların bu konu ile ilgili metinleri *interpolatio* yoluyla değiştirilerek, *Corpus Iuris Civilis*'e alınmamıştır[37].

Formula, belli şekilde düzenlenmiş, hâkime hitap eden yazılı bir belge niteliğindedir. Dava, *legis actio*'larda olduğu gibi, yine iki safhada görülür. Fakat şekilcilik, eskisine oranla çok azalmıştır: *Legis actio*'da, daha önce belirttiğimiz gibi «kesilmiş ağaçlar» yerine «kesilmiş bağ kütükleri» dendiği için, bir dava kaybedebiliyordu.

Beş «tip» *legis actio* yerine, her dava için ayrı *formula* yapılır ve her birine o dava ile ilgili her şey konurdu. *Formula,* davanın hâkim önünde nasıl görüleceğini gösteren ve *magistra* ile taraflarca hazırla-

---

34 Schwarz A.B., s. 267.

35 Carbasse, s. 38.

36 Monier R., s. 206; HAUSMANINGER H. – SELB W., Römisches Privatrecht, 8 verbesserte Auflage, Wien-Köln 1997, s. 492.

37 Bkz. UMUR Z., s. 551.

nan bir program gibi olduğundan, buradaki *litis contestatio* ile taraflar hâkimin vereceği hükme uyacaklarını belirtirlerdi[38].

Hâkimlere gelince; bunlar, uyuşmazlığın taraflarınca seçilen özel kişilerdi. İlk devirlerde hâkim, rahip hukukçular arasından seçilirdi. Sonra, Senatus üyeleri de hâkim olabilmeye başladılar. Bilahâre, şövalyeler arasından da hâkim seçilebileceği kabul edildi. M.Ö. I. yüzyıldan itibaren hâkimlerin *praetor urbanus* tarafından her yıl hazırlanacak listeye *(album iudicum)* ismi yazılı vatandaşlar listesinden dürüstlükleri ve hukuk bilgisi ile tanınmış, kamu görevi olmayanlar arasından seçilmesi kararlaştırıldı. Şunu da belirtmek gerekir ki, hâkimlik sıfatı devamlı değildi. Listede ismi bulunsa dahi bir kimse hâkim sıfatını ancak taraflar ismi üzerinde anlaşıp *magistra* kendisini tâyin ettiği zaman iktisap eder ve anlaşmazlığı halledip kararını verdikten sonra da bu sıfatını kaybederek normal vatandaş haline gelirdi.

Hâkime, davada muhtemelen; hukukçulardan oluşan bir heyet kendisine yardım eder[39].

Bu şekilde; hâkim, hâkim olabilecek nitelikte kişilerin listesinden tarafların ihtilâflarını hâkime sunmak konusunda anlaşmaları sonucu tespit edilirdi. Anlaşamazlarsa, hâkimi *magistra* belirlerdi.

Bununla birlikte, temel rolü *praetor* oynuyordu. Önce, davanın açılıp açılmayacağına karar veriyordu. Davalı, davacının iddiasını kabul ettiği zaman (ikrar) veya iddianın dayanağı olmadığı zaman davayı vermiyordu. Davayı verdiği zaman, taraflarla birlikte bu usul sistemine ismini veren küçük bir metni (*formula*, dava dilekçesini) kaleme alıyordu.

Formula, verildikten ve taraflarca kabul edildikten sonra *(litis contestatio)*, talebi değiştirmek veya bir yenisini sunmak imkânsız hale geliyordu (iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı)[40].

Formula, kısaca, şu şekilde düzenlenirdi:

---

38 Kaser M., Zivilprozessrecht, s. 219-220.

39 Thireau, s. 68.

40 Thireau, s. 68.
krş.: HMK m. 185. Medenî Kanun'da belirtilen haller saklı kalmak şartıyla dava ikamesi ile aşağıdaki sonuçlar meydana gelir:
Davacı, davalının rızası olmadan davasını genişletemez veya niteliğini değiştiremez...

Titius ludex esto. Si paret... condemna, si non paret absolve.

Titius hâkim olsun. Eğer (eşyanın davacıya ait olduğu veya davalının davacıya borcu olduğu) sabit olursa, davalıya mahkûm et, sabit olmazsa beraat ettir.

Doğuş sebepleri: Legis actio usulünden, *formula* usulüne geçiş yavaş yavaş olmuştur. M.Ö. III. yüzyılda önce yabancılar *praetor*'unun faaliyet alanında ortaya çıkmış M.S. I. yüzyılda *legis actio* usulünü tatbikatta iyice geri plana düşürmüş, M.S. III. yüzyılda kaybolmaya başlamıştır. IV. yüzyıl başlarında kaldırılmıştır.

Yalnız şunu belirtmek gerekir ki, *formula*'nın ihdasının asıl sebebi, *legis actio*'ların şekilciliğinden kurtulmak arzusu değildir.

Asıl sebep,

Roma'da yaşayan ve M.Ö. III. yüzyıldan itibaren sayıları artan yabacılara *(peregrini), legis actio*'ların uygulanamamasıdır. Aynı devirlerde, alım-satım, kira, şirket, vedia gibi yeni akit tipleri doğmakta idi; bunlardan çıkan anlaşmazlıklar da, *legis actio*'larla halledilemezdi. Fetihler ve ticaretin gelişmesi yeni ihtiyaçları ortaya çıkarmaktaydı. Bu durumlarda, *praetor*'lar sonradan *formula* diye anılacak olan bir usul bularak uygulamışlardır. *Legis actio*'larda talep edilebilecek şeyler teamül hukuku ve kanunla belirlenmişti. *Praetor, formula* usulünün gelişmesiyle bu bağlardan kurtuluyordu[41].

M.Ö. II. yüzyılda çıkarılan bir kanun *(lex Aebutia), formula* usulünü kanunîleştirdi. Bu kanun, yeni bir usul getirmiş değildir, *formula* daha önce de vardı; eski usulü *(legis actio'yu)* kaldırmış değildir o da uygulanmaya devam ediyordu. Fakat, taraflar yalnız istisnaî hallerde değil, her istedikleri zaman, *legis actio* usulüne veya *formula* usulüne başvurmakta serbest bırakılıyordu. *Aebutia* kanunu, bu şekilde, yeni usulle eskisi arasında seçim imkânı getirmiştir. Bir yüzyıl kadar bir süre boyunca *formula,* daha elâstikî, daha az şekilci olduğu için, gittikçe daha fazla tercih edilerek kullanılırdı. M.Ö. I. yüzyılda, *lex Iulia,* zaten artık uygulanmadan kalkmış olan *legis actio*'ları lâğvetti, (Gai. I., 4,30).

Formula usulü, özel hukuk alanında kullanılır; kamu hukuku davaları *(iudicia publica)* devlet mahkemelerinde görülürdü[42].

---

41 Hausmaninger H. – Selb W., op. cit. s. 495.

42 D. 48. 1. 1'de her türlü suçtan *(crimen)* kamu davası açılmayacağı belirtildikten sonra kamu davaları açılacak hallerden bahsedilmektedir. Bunlar arasında vatana ihanet, zina, yakın akrabaların öldürülmesi, kamu paralarının zimmete geçirilmesi gibi suçlar da vardır.

Bilhassa, Roma şehrinde tatbik sahası bulmuş olan bu usule eyaletlerde her zaman uygulanmamakta idi. Oralarda, ya yerli hukuk usullerine başvurulur[43] veya vali, davayı devlet memuru olarak başından sonuna kadar, bizzat görürdü.

Taraf Ehliyeti: *Formula* usulünde de, köleler, *legis actio*'larda olduğu gibi, davada taraf olamaz. Buna karşılık, aile evladının durumu değişmiştir. Özel hukuk alanında hak ehliyeti konusundaki bazı gelişmeler, dava ehliyetini de etkiledi. Hukukî işlemlerinden doğan borçlar için dava edilebilmeleri imkânı kabul edilirdi. Yalnız, malvarlıkları bulunmadığından veya çok sınırlı olduğundan davacı, dava sonucunda ulaştığı hakkını tam elde edemiyordu. Haksız fiilden doğan borçlarından dolayı dava edilebilmeleri, ancak Iustinianus zamanında kabul edilmiştir[44]. Aile evlâdının genel olarak, önceleri *formula* usulünde de, dava açma yetkisi yoktu. Ancak hukukçu Iulianus'tan itibaren bazı hallerde aile evlatlarına dava hakkı verilirdi (D.5,7,8,1). Kadınlar da kendi meselelerini dava ile takip edebilirdi.

Fakat; yabancılar *formula* usulünde büyük ölçüde taraf ehliyeti kazanmışlardır. Zaten, *formula* usulü, yabancıların taraf oldukları anlaşmazlıklara *«legis actio»* usulünün uygulanamaması sebebiyle ortaya çıkmıştır.

Formula usulü de, dava ehliyeti olmayan kişilerin davada temsil edilmeleri zorunluluğu vardı. Ayrıca, tarafların kendileri yerine, *magistra* önüne vekil gönderebilecekleri kabul edildi. (Davalarda da yalnız dolayısıyla temsil söz konusu idi).

Davanın başlangıcı ve yürüyüşü: Dava, yine, davacının teşebbüsü ile açılır, fakat yürütülmesi için, davacı ve davalıdan her ikisinin de belli bazı faaliyetlerde bulunması gerekirdi. Her iddiayı karşılayan ayrı bir *formula* düzenlenirdi. Şu halde, tek bir *formula* yoktur, belli bir şekil içinde düzenlenmiş *«formula»*lar vardır.

Dava, dava açmak isteyen kişinin, dava etmek istediği kimseyi *magistra* önüne davet etmesiyle *(in ius vocatio)* ile başlardı. Davalı, bu davete uymazsa, dava yürümez; çünkü davanın görülmesi, için *formula*'yı onun da kabul etmesi gerekir. *Formula* usulünde de, davanın gıyapta görülmesi söz konusu değildir. Gaius (Gai. 4,183) bu davete uymayan davalıya, bir ceza davası açabileceğini belirtmektedir. Ancak, taraflar belirli bir günde *praetor*'un önüne gidileceği konusun-

---

43 Bazı eyaletlerde ise, *formula* usulü hiç uygulanmamıştır. Mesela, Mısır'da başka usullerin bulunduğunu gösteren papirüsler vardır.

44 Klasik devirde aile evlatlarının haksız fiillerinden dolayı *pater familias*'a *actio noxalis* açılıyordu.

da da anlaşabiliyorlardı. Bu anlaşmayı çoğu defa, davalının bir *stipulatio*'su kuvvetlendirirdi. Başka bir deyişle davalı kararlaştırılan günde gelmediği takdirde bir miktar para ödemeyi taahhüt ederdi[45]. Veya davacı *praetor*'un kararıyla davalının mallarının zilyetliğini elde ederdi *(missio in bona).*

Formula usulü de iki safhada cereyan etmekteydi. *Magistra* önündeki safha *(in iure)* ve hâkim önündeki safha *(apud iudicem).*

Magistra önündeki safha (in iure):

Magistra önünde, tarafların her ikisinin de hazır bulunması gerekir. Bununla beraber, bu usulde, *legis actio*'lardan farklı olarak onları bir vekil temsil edebilirdi[46].

Magistra önünde, davacı davalıya dava konusunu açıklar ve *magistra*'dan belli bir davanın kendisine verilmesini isterdi *(postulatio actionis). Formula* usulünde, *magistra* önündeki sözler artık şekle, kanunun terimlerine bağlı değildir. Taraflar veya temsilciler iddia ve savunmalarını herhangi bir şekilde açıklayabilirler[47] *praetor,* dava şartlarını (taraf ehliyeti, yetki vs.) inceledikten sonra[48] davacının isteğinin *edictum*'unda (Beyannamesinde) öngörülmüş *actio*'yu haklı göstermediğine kanaat getirirse, davacının dava talebini reddederdi *(denegatio actionis).* Bununla beraber, *praetor,* davacının talebini himayeye lâyık görürse, bir *actio in factum* verebilmekteydi. Dava talebinin reddine, davacının, durumuna uyan bir *actio* istememesi kadar, olayı bilerek veya bilmeyerek yanlış yansıttığına *praetor*'un kanaat getirmesi de sebep olabilirdi.

Davalı, davacının iddialarını dinledikten sonra şu şekilde davranabilir:

1) Davalı ikrar edebilir, yani davacının ileri sürdüğü hakkın veya olayların doğruluğunu kabul edebilir. Bu durumda *confessus pro iudicato habetur* (ikrar eden mahkûm edilmiş sayılır) kuralı gereği, davacı derhal icraya geçebilir[49].

---

45 *Praetor* önündeki safha, aynı günde bitirilmemişse, davalı *praetor*'un önüne tekrar geleceğine dair kefil gösterirdi ve bu kefillere *vades* denirdi.

44 Klâsik devrin vekilleri, günümüz avukat ve vekillerinden farklı olarak iş sahibini doğrudan doğruya temsil etmezlerdi. Yaptıkları muameleler kendi namlarına yapılmış olur, sonra sonuçlar ilgililere devredilirdi.

47 Girard P.F., s. 998; Monier R., s. 206.

48 Apathy P. - Klinberg G. – Stiegler H., s. 217.

49 *Formula* usulünde, mahkûmiyet daima bir miktar paraya ilişkin olduğundan konusu para olmayan ihtilâflarda, davalı ikrar etse bile yeni bir hâkim seçilirdi. Bu hâkim, davalının ödeyeceği para miktarını tespit ederdi.

2) Davalı davacının dayandığı hakkı veya olayları inkâr eder[50]. Davalının bu davranışı, ihtilâfın bir hâkim tarafından çözülmesine karşı koyamayacağı anlamını taşıdığından, davacı iddialarını hâkim önündeki safhada ispat zorunda kalacaktır.

3) Davalı, davacının iddiasını kabul etmekle beraber, mahkûm edilmemesini haklı gösteren karşı iddia ileri sürer, bir defi ileri sürer. Bu durumda *praetor, formula*'ya davalının talep ettiği *exceptio*'yu koyacaktır. Örnek: Davacının açtığı karz davasına karşı *(actio certae creditae pecuniae)* borcun tecil edildiği defi[51] ileri süren davalı, davacının kendisinden alacaklı olmadığını öne sürmemektedir. O, sadece, borcun tecil süresi boyunca istenemeyeceğini belirtmektedir.

4) Davalı, pasif bir tutum içine girerse, yani davacının iddiasını ne inkâr, ne ikrar eder ve ne de bir *exceptio* ileri sürerse, davalı *indefensus* (kendini savunmayan) sayılır. *Praetor,* bu durumdaki kişinin, davacının hâkimiyeti altına alınmasına izin verebildiği gibi, davalının bütün malları üzerinde icraya geçilmesine de karar verebilir. Bunun için, davacının talebi üzerine, davalının mallarına el koyar ve bu malların zilyetliğini davacıya verir *(missio in bona)*. Bu şekilde, *praetor*'un aldığı bazı tedbirler, davalının kendisini müdafaa etmesini, davaya katılmamaktan daha elverişli hale getirir[52].

Magistra tarafları dinledikten sonra, iddiayı incelemeye değer bulursa, davacıya istediği *actio*'yu davalıya da, talep ettiği *exceptio*'yu vermeye hazır olduğunu açıklardı. Bu açıklama üzerine, dava konusunu ihtiva eden bir *formula* hazırlanırdı. *Formula*'nın düzenlenmesinden önce, taraflar aralarındaki ihtilâfı karara bağlayacak hâkimi seçerlerdi. Seçilen ve yetkisini *magistra*'dan alan kimse veya kimseler davanın hâkimi olacaktır[53].

---

50 İnkâr haksız yapılmışsa davalı bundan zarar görebilir. Davalı, davacı tarafından ileri sürülen iddiayı, sebepsiz olarak inkâr ederse, mahkûmiyet miktarı iki misline çıkar *(lis infitando crescit in duplum)*. Bu durumun örnekleri *actio iudicati, actio legis Aquiliae* de görülebilir.

51 Tecil defi *(pactum de petendo'* ya) dayanan *exceptio pacti conventi*'dir. Bu şekilsiz ibra anlaşması belli bir süreye bağlı olarak yapılırsa, borç bu süre için ertelenmiş olur (Gai. 4, 122).

52 Kaser M., Römisches Privatrecht s. 320.; Apathy P. – Klınberg G. – Stıegler H., op. cit., s. 224.

53 Heyet halindeki hâkimler şunlardır:
Decemviri litibus iudicandis: On üyeden meydana gelen bu hâkimler heyeti, bir kimsenin hür veya köle olduğuna ilişkin ihtilâfları karara bağlardı.
Centumviri mahkemesi: Önce yüz, daha sonra yüz beş kişiden meydana geliyordu. Önceleri, *praetor urbanus*'un (Şehir *praetor*'u) İlk İmparatorluk devrinde, *praetor hastarius*' un başkanlığında, miras davalarına bakmakla görevliydi.
Recuperatores: Üç veya beş kişi olarak görev yapar ve kısa sürede sonucu bağlanması gereken davalara (mesela *actio iniuriarum*) bakardı.

In iure safhası sonunda hazırlanan *formula*, davacı ve davalının iddia ve karşı iddialarını kapsayan, *magistra*'nın ağzından söylenmiş gibi düzenlenen davayı karara bağlaması için hâkime emir ve yetki veren yazılı belgeydi. *Formula* hâkime ihtilâfın nasıl bir programa göre çözüm yoluna bağlanacağını gösterir. Hâkim, bu program çerçevesi içinde kalarak haklı ve haksızı ayırt edecektir. Mahkemenin kararının tarafları bağlayabilmesi için, taraflar *formula*'yı ve mahkemenin yetkisini önceden kabul etmiş olmalıdır. Bu da, *litis contestatio* (davanın tesbiti) ile olur. *Praetor*'un dava verilmesine ilişkin kararı ve tarafların *litis contestatio*' su ile usul ilişkisi kurulmuş olurdu.

Litis contestatio'ya bazı önemli sonuçlar bağlanır: *Litis contestatio* taraflara *praetor* tarafından görevlendirilmiş olan mahkemenin kararına uymak mükellefiyetini yüklemektedir. *Formula* usulünde, aynı anlaşmazlık konusunda, yeni bir dava açma imkânı, *litis contestatio* ile ortadan kalkar[54].

Davanın tespiti, davaya sebebiyet vermiş olan ihtilâflı hukuki münasebeti sona erdirmiş olur. Bu andan itibaren; davalının borcu artık kendilerini ihtilâfa götüren hukukî münasebetten doğan borç değildir. «Hâkimin kararına uymak» borcundan ibarettir[55].

Örnek: Bir *stipulatio* yapıldığı için B, A'ya «1000» ödeyecek. Ödemediği takdirde, A dava açar. Davanın tespiti yapıldıktan sonra, B'nin borcu artık, *stipulatio*'dan doğan «1000»i ödemek değildir. Hâkim kendisini neye mahkûm ederse, onu ödeyecektir. Hâkim, kendisini beraat ettirirse, bir daha ondan *stipulatio* borcu istenemez.

Bu sebeple; davanın tespiti, borcu sona erdiren bir haldir. Ayrıca, çoğu kere, dava tespit edildikten sonra aynı ihtilâf için, bir defa daha dava açılmaz.

---

54 Roma Hukukuna göre *litis contestatio*'nun borcu yenileyici bir etkisi vardır *(novatio necessaria: zarurî* yenileme). Davanın tespitinden önce, bir edimi ifa borcu altında *(dare facere oportere)* olan borçlu, *litis contestatio*'dan sonra hâkimin vereceği mahkûmiyet kararına uymak borcu *(condemnare oportere)* altına girer.
Bu zarurî yenileme, Roma'da mahkûmiyetin daima bir miktar paraya ilişkin olması ve bunun sonucunda, dava yoluyla talep edilen her tür edimin bir miktar paraya dönüşmesiyle açıklanabilir. Bazı yazarlar, *litis* contestatio'nun bir akit olduğunu ileri sürmektedir.

55 Bis *de eadem re ne sit actio:* Aynı ihtilâf dolayısıyla iki defa dava hakkı olmaz. Günümüz hukukunda ve Nizam Harici Usulde böyle bir sonucun doğması için, kesin kararın verilmiş olması gerekir. Halbuki *formula* usulünde, *litis contestatio*'dan sonra, herhangi bir sebeple karar verilmemiş olsa bile, dava hakkı kullanılmış, dava bir daha açılamayacak hale gelmiştir. Bu da *ipso iure* veya *ope exceptionis* olur (Gai, 4, 107).

Mirasçılara karşı açılamayan ve bir yıl süreli ceza davaları, eğer *litis contestatio* yapılmışsa, mirasçılara geçer.

Litis contestatio yapıldıktan sonra, davalının sorumluluğu ağırlaşır. Davalı, bilhassa *litis contestatio*'dan sonra elde ettiği semereleri iade etmek zorundadır.

Litis contestatio'su yapılmış malın alım satımı yapılmazdı (D. 44,6,2).

Formula'nın bünyesi *Praetor* beyannamesinde *(edictum perpetuum) formula* şemaları bulunduğundan, zamanla bir *formula* «tekniği» doğmuştu. Her *formula*'da davacı, *Aulus Agerius* (A.A.), davalı, *Numerius Negius* (N.N.) isimleriyle gösterilir[56]. Taraflar, çoğu kere, o şemalar içinde kendi durumlarına en uygun olanı seçerler ve A.A. yerine davacı kendi, N.N. yerine davalı kendi isimlerini koyarlar.

Formula'nın belli kısımları vardı.

Hâkime hitaben yazılır, ilk cümlede hâkimin kim olacağı belirtilir, ondan sonra olay özetlenirdi. Bilhassa üç kısımdan ibaretti:

a) *Demonstratio: Formula, intentio incerta*'lı davalarda bu kısımla başlar. Tutarı kesin olarak tayin edilmemiş olan alacak haklarını koruyan şahsî davalarda *(formula incerta)* bulunan bu kısım, hâkime davacının talebinin hangi olaya dayandığını gösterir (Mesela, davacı davalıya bir köle satmıştır veya bir çift atı vedia olarak bırakmıştır) (Gai. 4,40).

b) *Intentio: Formula*'nın en önemli kısmıdır. Gaius'a göre (Gai. 4,41), davacının talebini belirten *formula* bölümüdür. Başka bir deyişle, davanın temelini ve konusunu gösterir; davanın temeli bu kısımda ifade edilir. Davanın konusu, muayyen *(certum)* veya gayrı muayyen *(incertum)* olabilir[57]. Davanın konusu muayyen bir talebi kapsıyorsa, *(formula certa) intentio, «si paret»* (eğer sabit olursa) şartlı cümlesiyle başlar. Davalının mahkûm olması istenen şey, önceden kesin değilse *(formula incerta), intentio «quidquid... dare facere oportet»* (davalının vermekle ve yapmakla mükellef olduğu ne ise) şeklinde başlar.

---

[56] *Agerius* dava etmek fiilinden, yani *agere* den türetilmiştir. *Negidius* ise, davacının talebini reddetmek anlamına gelen *negare* kelimesinden gelmektedir. Bunlar gerçek Roma isimleri olmayıp farazi adlardır.

[57] Mesela, bir istihkak davasında belli bir malın mülkiyeti iddia edildiği veya belli bir malın yahut paranın yahut belli bir miktardaki misli malın ifası talep edildiğinde, davanın konusu muayyen (kesin) olur.

Davanın konusu belli bir mala aitse: *Legis actio* usulünde davacı, «Bu malın *Quirites* Hukukuna göre bana ait olduğunu iddia ediyorum» derdi. *Formula*'da bu cümle şu şekli almıştır. «Bu mal *Quirites* Hukukuna göre davacının ise», yahut daha doğrusu: «Bu malın, *Quirites* Hukukuna göre, *Aulus Agerius*'a ait olduğu sabit olursa». *Intentio* kısmında davacı, iddiasının hukukî temelini açıklardı.

c) *Condemnatio:* Gaius'a göre (Gai. 4,43), bu kısımda hâkime, davalıyı mahkûm etmesi veya beraat ettirmesi için yetki verilmektedir. Mahkûmiyet daima bir miktar para ile oluyordu. Eğer hâkime, belli bir miktar paraya mahkûm etmesi için yetki verilmişse, *condemnatio* muayyendir *(certa)*. Buna karşılık, mahkûmiyet miktarı hâkim tarafından takdir edilecekse, *condemnatio* gayri muayyendir *(incerta)*.

Condemnatio'da şartlı cümle sonuca varmakta ve şöyle denilmektedir: «... sâbit olursa, N.N.'u A.A.'ya şu kadar para ödemeye mahkûm et; sâbit olmazsa beraat ettir.»

Tespit davalarında, *condemnatio* bulunmaz. Dolayısıyla *formula*'daki mantık şu şekilde olmaktadır:

Önce, olay açıklığa kavuşturulacak *(demonstratio)*; sonra hukukî dayanak belirlenecek *(intentio)*, yani o olayın bir hak doğurup doğurmadığı tespit edilecek; nihayet sonuca varılacak *(condemnatio)*. Günümüz hukukundaki mantık da aynıdır: Olayların açıklanması, hukukî dayanakların belirtilmesi ve sonuç.

Formula'nın istisnaî kısımları:

a) *Exceptio:* Bütün *formula*'larda bulunmamakla birlikte, büyük önemi olan bir kısım da, *exceptio*'dur (defi)[58]. Burada; davalı davacı-

---

[58] *Exceptio non numeratae pecuniae* (ödenmemiş para defi): A'nın ödünç olarak bir miktar para vermeye niyeti vardır. Fakat parayı vermeden önce, B'ye paranın iade edileceğine dair bir *stipulatio* yaptırıyor ve parayı daha sonra vermiyor. A, *stipulatio* akdine dayanarak, B'den vermediği parayı *stipulatio*'dan doğan dava ile isterse B, *exceptio non numeratae pecuniae*'yi (ödenmemiş para defi) ileri sürerek beraat eder. Bu defiye karşı davacı, parayı verdiğini ispat zorundaydı.

Exceptio pacti conventi (yapılmış anlaşma defi): Alacaklı borçlusunu bir, *pactum de non petendo* ile ibra etmiştir. *Ius civile*'ye göre *pactum*'la (anlaşmayla) borç sona ermiş değildir. Bu sebeple, alacaklı yaptığı anlaşmaya aykırı olarak alacağını yine isteyebilir. Fakat borçlunun ileri sürebileceği *exceptio pacti conventi* ile karşılaşabilir.

Exceptio non adimpleti contractus (ödemezlik defi): Sinallagmatik akitlerde, taraflardan birisi edimini yerine getirmeden, diğer tarafa, karşı edimi talep etmek için dava açarsa, kendisine karşı bu defi ileri sürülür. Bu defi ileri sürüldüğü zaman, davacı edimi yerine getirdiğini ispat zorundaydı.

Exceptio rei litigiosae (ihtilâflı mal defi): İki tarafın üzerinde ihtilaflı olduğu ve *litis contestatio*'su yapılmış bir arazi, zilyet olmayan tarafından satılırsa, ihtilâflı arazinin zilyedi, alıcıya karşı bir *exceptio rei litigiosae* ileri sürebilir (bu tür satışlar, Augustus'un bir beyannamesiyle yasak edilmiş ve söz konusu defi tanınmıştı).

nın iddiasını kabul etmekle birlikte, mahkûmiyeti *(condemnatio)* önleyecek bir olayı ileri sürmektedir.

Bu *formula* usulünde, davalıya tanınan yeni bir savunma imkânıdır. Hâlbuki kanunî davada *(legis actio*'da) *exceptio* yoktu.

Exceptio intentio'ya ilâve edilen, yeni bir şartlı cümle idi. *Formula*'nın mantığı içinde «yeter ki»; «şayet değil ise» gibi bir sözle başlamaktaydı.

İçinde *exceptio* bulunan *formula*'larda hukuk mantığı şu hale gelmektedir: Olay şudur *(demonstratio)*: hukukî dayanak şunlardır *(intentio)*; bunlar sabit olursa davalı mahkûm edilecek *(condemnatio)*: Meğer ki, davalının ileri sürdüğü şu durum da sabit olmasın *(exceptio)* [59].

Defi, davalıyı koruyan bir kısımdır ve *praetor*'lar tarafından getirilmiştir. *Praetor*'lar, *legis actio*'larda olmayan *exceptio* imkânı sayesinde, *ius civile* kurallarının sertliklerini ortadan kaldırmayı başarmışlardır. *Legis actio* usulünde, davalı için sadece inkâr yahut kabul imkânı mevcuttu. *Formula* usulünde ise; «Evet, ama...» diyebilmektedir. Defi ispat edilmişse, davacının talep ettiği *actio*'nun şartları mevcut olsa bile, davalı beraat ederdi.

Bununla beraber, *exceptio*'ların hukukî dayanağı bazen *ius honorarium,* bazen bir *lex,* bazen bir *senatus consultum*'dur. Aşağıda açıkladığımız, *exceptio rei venditae et traditae* (malın satılmış ve teslim edilmiş olduğu defi) bir *praetor* yeniliği olarak *ius honorarium'* a girmektedir. Buna karşılık ergen küçüklere *(puberes minores),* yapmış oldukları akitlerden dolayı dava açıldığı zaman ileri sürdükleri *exceptio legis Plaetoria,* M.Ö. 200 civarında çıkarılmış ve *ius civile* kapsamına giren *lex Plaetoria*'ya dayanır. Yine, aile evlatlarına verilen ödünçlerden dolayı açılan *actio certae creditae pecuniae*'ya karşı ileri sürülen *exceptio senatus consulti Macedoniani* M.S. I. yüzyılda çıkarılan bir *senatus consultum*'a dayanılarak, *praetor* tarafından tanınmıştır. Böylece, bu kanunların işlerliği sağlanmıştır.

Exceptio'nun esası davacının iddiasını inkâr etmek değil, iddianın sonuçlarını ortadan kaldıran ayrı bir olayı ileri sürmektir. Defi; *praetor* tarafından *formula*'ya konulan ve hâkime istisna yapma emri ve yetkisi tanıyan bir bölümdür. Hâkim *(iudex), intentio* doğru olsa bile, *exceptio*'nun dayanağı geçerli ise, davalıyı mahkûm etmemelidir.

Exceptio rei iudicatae (kesin hüküm defi): Aynı kişiler arasında karara bağlanmış aynı ihtilâftan dolayı ikinci defa dava açan kişiye karşı, davalının ileri sürdüğü defidir (bkz UMUR Z., s. 579 vd.).

59 UMUR Z., op. cit., s. 578.

Bu şekilde; *ius civile*'nin kabul etmediği bir durum, *condemnatio*'nun olumsuz şartı haline getirilmektedir.

Exceptio (defi) Usul Hukukunda büyük bir yeniliktir: Zira, *praetor* bu imkânla yasak koyan ve *ius civile*'ye dahil sayılan kanunların *(lex Plaetoria, senatus consultum Macedonianum)* uygulanmalarını sağlamaktadır. Ayrıca, hakkaniyet *(aequitas)* ve dürüstlüğün *(bona fides)* hukuku etkilenmesini temin etmektedir. Mesela, *exceptio pacti, exceptio quod metus causa* bu amaca hizmet etmektedir.

Davalı ileri sürdüğü *exceptio*'yu ispatlamak zorundadır *(reus excipiendo fit actor:* İtiraz eden davalı, davacı gibidir). Bu halde davalı beraat eder. Ancak def'ilerin bir kısmı hakkın ileri sürülmesini devamlı olarak engellerdi. Bunlar, *exceptiones peremptoria* veya *exceptiones perpetuae* (daimi defiler) denir. *Exc. quod metus causa, exc. doli, exc. legis Plaetoriae* buna örnektir. Defilerin bir bölümü ise, davacının açtığı davanın reddini sağlamakla beraber, davacı, definin dayanağının ortadan kalkmasıyla yeni bir dava açabilirdi. Bunlara örnek olarak *exc. pacti de non petendo ad tempus* borcun tecil edildiği defi, gösterilebilir (bkz. Gai, 4, 120-129). Bu tip defilere *exceptiones dilatoriae* (geciktirici defiler) adı verilir.

Praetor'ların tanıdığı defilerin en önemlisi *exceptio doli* (hile def'idir). Bu da, *exceptio doli generalis* ve *exceptio doli specialis* olarak ikiye ayrılmaktadır. *Exceptio doli specialis,* dar manada hile def'idir ve sözleşmenin yapılması sırasındaki hileye dayanmaktadır.

Mesela: Davacının, *stipulatio mucibince,* davalıdan «100» alacağı olduğu sabit olursa, onu mahkûm et; yeter ki *stipulatio*'yu hile ile yaptırmış olmasın. Hile defi: *Exceptio doli (specialis) formula*'da bu şekilde yer alır. Muamele tehdit ile yaptırılmışsa, davalı *exceptio metus* ileri sürülebilirdi.

Exceptio doli generalis ise, açılan davanın dürüstlüğe, hakkaniyete *(bona fides)* aykırı görülmesi halinde, *praetor* tarafından tanınıyordu. Mesela, bir başka sebepten dolayı, iade ile yükümlü olduğu bir malı almak için dava açan kimsenin bu davranışı, *bona fides*'e aykırı sayılıyordu. *Ius civile*'ye uygun olan bir mahkûmiyet kararı hakkaniyete aykırı olabilir. Bu durumda, davacının iddiası doğru bile olsa, davalıyı beraat ettirmek hakkaniyet icabıdır[60].

Exceptio doli generalis, hakkaniyet gereği yapılması gerekenleri sağlama ve özellikle bugün hakkın kötüye kullanılması (Bkz. TMK. m.

[60] Hausmaninger H. – Selb W., op. cit., s. 503.

2)[61] denilen hallere karşı korunma konusunda çok önemli bir imkândı[62]. *Exceptio doli generalis*'e örnek olarak takas *(compensatio)* veya zilyedin başkasına ait mal üzerinde masraf yapması halleri verilebilir.

Gaius (Gai. 4, 116) bu hususu açıkça belirtmektedir: Defiler, davalıları korumak için ihdas edilmiştir. Zira; bu kimse *ius civile*'ye göre, sorumlu olduğu halde onu mahkûm etmek haksız olabilir.

Söz konusu defileri kullanıp kullanmamak davalının arzusuna veya bilgisine bağlıdır.

Örnek: Bir atın *ius civile* mâliki, bunu satıp *traditio* (teslim) yoluyla devretmiştir. At bir yıl dolmadan, satıp teslim edene kaçarsa, mülkiyet *ius civile*'nin gerektirdiği şekillere uygun olarak devredilmediği için *traditio* (teslim) ile devralanın *rei vindicatio* (istihkak davası) açmasına imkân yoktur. Çünkü, *ius civile* mâliki olamamıştır. Eğer, *praetor*'un bu durumdaki kişilere *(praetor* hukuku mâlikleri) tanımış olduğu *actio Publiciana*'yı, *ius civile* mâlikine karşı açarsa, kendisine *exceptio iusti dominii* (haklı mülkiyet defi) ileri sürülebilir. O da, bu durumda bir karşı defiyi kullanabilir: *(replicatio rei venditae et traditae:* Malın satılmış ve teslim edilmiş olduğu karşı defi). Bunun sonucunda, ancak bu karşı def'iye başvurmuş olduğu takdirde davasını kazanabilecektir. (Bu örnekte, sadece davalının değil, davacının da def'iden yararlanma imkânının olduğunu görmekteyiz). Bir *replicatio*'ya karşı davalı da yine bir karşı defi *(duplicatio)* öne sürebilirdi. (Gai. 4,127-128).

Davalı tarafından defi ileri sürülmemiş olsa bile, davacı hakkından fazlasına talep etmiş *(plus petitio)* veya alacağın vadesinden önce dava açmış ise, hâkim davalıyı beraat ettirmek zorundaydı. Bu durumda, dava hakkını kullanmış sayılan davacı, iddiasını düzelterek yeni bir dava açamazdı. Bir dava görülürken, aynı konuda yeni bir dava daha açılması halinde *exceptio rei residuae* ileri sürülebilirdi, (Gai. 4,121).

b) *Adiudicatio* da *formula*'nın istisnaî kısımlarındandır: Terekenin veya müşterek malın taksimi yahut sınırlarının tespit edilmesi için açılan davaların *(actio familiae erciscundae, actio communi dividundo, actio finium regundorum) formula*'larında bulunan bu kısım, davanın taraflarına müstakil mülkiyeti tesis için hâkime yetki verirdi.

---

61 TMK.m. 2/II "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz".

62 Apathy P. - Klingenberg G. - Stiegler H., op. cit., s. 161; Umur Z., Roma Hukuk Lügatı, İstanbul 1983, *exceptio doli specialis, exceptio doli generalis.*

c) *Praescriptio* da her davanın *formula*'sında olmayan bir bölümdür. *Formula*'ya konan *praescripto*'lar davacı lehine veya davalı lehine olabilirdi. Davacı lehine olanlar *litis contestatio*'nun borcu sona erdirici hükmünü sınırlamaya yarardı.

Gaius'un verdiği örneğe göre (Gai. 4,131) bir kimse, taksitle ödenmek üzere bir *stipulatio* borcu altına girmiş olsa ve bazı taksitleri ödemese, *stipulatio* dolayısıyla kendisine dava açıldığı zaman *litis contestatio* ile borcu tamamen sona ereceğinden vadesi henüz gelmemiş taksitler de sona ererek, bir daha dava edilmeyecektir. Bunu önlemek için *formula*'nın başına dava «vadesi gelmiş olan taksitler üzerinde cereyan etsin» şeklinde bir kısım konur ve bu suretle *litis contestatio*'nun sonraki taksitler üzerindeki tesiri durduruldu.

Hâkim önündeki safha *(apud iudicem* veya *in iudicio):*

Bu safha, iddia ve savunmanın ispatı ve ihtilâfın karara bağlanma aşamasıdır. Hâkim, duruşmayı herkese açık (alenî) olarak görür. Kendisine yazılı bir belge olarak *praetor* tarafından havale edilen, *formula*'nın metnine ve kapsamına uymak zorunda olan hâkimin görevi, önce tarafların ileri sürdüğü olayların doğru olup olmadığını incelemek; bundan sonra, o olaylardan bir hukukî dayanak, yani hakkın korunmasını gerektiren bir sebep doğup doğmadığına kara vermektir. Bu aşamada hâkim olan prensip, hâkimin tarafların getirdiği delillere göre karar vermesidir.

Bununla birlikte, hâkimin çözüm yoluna bağlaması gereken hukukî meseleler de vardır. Mesela, hâkim, incelediği ihtilâfın bir borç doğurup doğurmadığını, davacının bir hakkının olup olmadığını, malın davacıya ait bulunup bulunmadığını tespit etmek zorundaydı. Dolayısıyla bir karz davasında, bir miktar paranın geri verilmesi hükmünü doğuran *ius civile* borç münasebetlerini, yahut bir istihkak davasında Roma Hukukunun mülkiyet rejimini bilhassa kazanma ve kaybetme şekillerini bilmesi ve ona göre karar vermesi gerekirdi.

Hâkim önündeki safha, *magistra* önündekine nispetle daha az şekilci idi. Hâkim; kanaat edinmekte tamamen serbesttir. Hukukçular davanın bu aşaması üzerinde fazla durmamıştır.

Apud iudicem aşamasında hazır bulunmayan ve yerine bir vekil de yollanmayan taraf dâvayı kural olarak kaybetmiş sayılırdı. Hâkimin görevi, esas itibarıyla, ileri sürülen vakıaların doğru olup olmadıklarını tetkikten ibaretti. Ve bunu yaparken hâkim, biçimsel kurallarla bağlı değildi. Taraflar, hâkimi ikna edebilmek için, her türlü ispat vasıtasına

başvurabilirlerdi. Kural olarak, ispat külfeti dâvacıya aitti *(actori incumbit probatio:* ispat dâvacıya düşer). Ancak, dâvalı da, mukabil iddialar ileri sürdüğü takdirde, iddialarını ispat etmek yükü altına girerdi *(reus in excipiendi fit actor:* Def'i ileri süren dâvalı, dâvacı durumuna geçer). Hâkim, asıl olarak, tarafların *formula*'da ileri sürdükleri vakıaların doğru olup olmadıklarını araştırmakla beraber, halledilmesi gereken hukuki meselelerle de karşı karşıya kalabilirdi. Bu gibi durumlarda hâkim, hukukçuların görüşlerini alabilirdi. Fakat, bu görüşler kendisini bağlamazdı. Günümüz hâkiminden farklı olarak, *formula* sistemindeki Roma hâkimi, uyuşmazlık hakkında yeteri kadar kanaat edinemediği hallerde, uyuşmazlığın kendisi için açık olmadığına yemin ederek *(iurare sibi non liquere)* hüküm vermekten kaçınabilirdi. Bu taktirde *praetor,* tarafların üzerinde anlaştıkları bir başka kişiyi hâkim olarak tâyin ederdi. Buna mukabil hâkim, dâvayı yürütüp sonuçlandırmayı tercih ettiği takdirde, *formula*'daki tâlimatla sıkı sıkıya bağlı idi. Bu nedenle, hâkim, tespit ettiği vakıalar *formula*'da ileri sürülen vakıalarla aynı değilse, dâvalıyı beraat ettirmek zorundaydı. Örneğin dâvacı, belli bir mal yerine yanlışlıkla başka bir malı talep etmişse, hâkim hatayı düzeltemez ve iddia yanlış olduğundan dâvalı beraat ederdi.

Bir sonuca varabilmek için tarafların ileri sürdüğü her türlü delili dikkate alabilir. Şahit dinler, belgeleri inceler kendisi de yarayacak belgeler isteyebilirdi. Bunların değerini kendisi takdir ederdi. Esas itibariyle maddi olayların ispatına ilişkin aşama kapandıktan sonra, taraflar veya temsilcileri son bir konuşma yaparlardı.

Fakat hâkim, *formula*'nın çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır. Örnek: *Formula*'da, yanlışlıkla olsa bile, dava mevzuu gerçekten fazla gösterilmişse; davacının talebinde bir hata olmuşsa; *exceptio* doğru ise, davalıyı beraat ettirir. Şu halde hâkim özellikle dar hukuk davalarında, *formula*'sı *incerta* (muayyen olmayan) olan davalarda mahkûmiyet için gösterilen miktardan azına veya çoğuna mahkûm edemez. Aksi halde, sorumlu olur. Davacı, tamamen haksız görünse bile, *formula*'da onun mahkûm edilebileceğini belirten bir kısım olmadığı için davacının mahkûmiyeti söz konusu olamaz.

Hâkimin, *formula*'ya bu kadar sıkı bağlılığı, iyiniyet davalarında hafiflemektedir.

Hâkim anlaşmazlık konusunu para olarak takdir ederken *formula*'da belirtilen olaylarla yetinmeyerek, iyiniyete uygun her olayı, gerekirse davanın tespitinden sonraki olayları da göz önünde bulundurabilirdi. Aynî davaların *formula*'larına uygun olarak hâkim, *litis*

contestatio'tan sonra malı davacıya iade davalıyı beraat ettirirdi, zira aynî dava *formula*'ları, hâkime, eğer mal geri verilmezse mahkûmiyet kararı vermesini emretmekteydi.

Sententia (karar):

Kanaat edinen hâkim, kararını verirdi *(sententia)*. Önceleri, sözlü olarak bildirilen karar, daha sonra, ispat amacıyla, taraflara, yazılı olarak verilmekte idi. Fakat, bu durum, kararın geçerli olmasını etkilemez, ispatında kolaylık sağlardı.

Karardan sonra, hâkimin göreviyle birlikte, hâkimlik sıfatı da sona ererdi. Davayı halleden mahkemenin üstünde bir mahkeme bulunmadığından, hâkimin kararına itiraz edilemezdi. Ancak taraflardan birinin akıl hastası olması, hâkimin taraflardan birine söz hakkı vermemesi, *formula*'yı kasten ihlâl etmiş bulunmasına dayanılarak hükmün geçersiz olduğu iddia edilebilirdi. İddiası haksız çıkan taraf ceza öderdi[63].

Karar ihtilâfı hallettiği için «hakikat» *(veritas)* ortaya çıkmış sayılırdı. *Res iudicata pro veritate accipitur:* Bir ihtilâf hakkında verilmiş karar, hakikat olarak kabul edilir. Karardan sonra, aynı ihtilâf, tekrar dava konusu olmazdı: *Bis de eadem re ne sit actio,* yani aynı ihtilâf için iki defa olmaz[64].

Hukukumuzda da, karar (hüküm) ile dava sona erer ve karar kesinleşince, artık o dava aynı taraflar arasında, aynı dava sebebine dayanarak tekrar açılamaz (HMUK. m. 237). Açılırsa, kesin karar (hüküm) itirazı ile karşılaşır.

Görüldüğü üzere, *formula* usulü, hem *magistra*'lar, hem de taraflar bakımından bazı avantajlar arz ediyordu. Nitekim, bu usulün esnekliği sayesinde, *magistra*'lar hayatın değişen ihtiyaçlarına cevap verebiliyor ve tanıdıkları yeni *formula*'lar vasıtasıyla hukukun gelişme-

---

63 Kaser M., Römisches Privatrecht ., s. 393-394.

64 Buna rağmen, dava açmak için başvurulursa, *praetor* dava hakkını reddeder veya davalıya *exceptio iudicatae* (kesin hüküm defi) tanırdı. Fakat, her zaman açılmasına izin verilen «hürriyet davaları» *(vindicatio in libertatem)* bunun dışında idi.
Kesin hüküm definin ileri sürülebilmesi için; ihtilâfların ve tarafların «aynı» olması gerekirdi. Açılması istenen yeni davanın konusu ile görülmüş olan davanın konusunun aynı olması icap eder. Mesela, bir zilyetlik davası açarak malın zilyetliğini talep etmiş, fakat elde edememiş olan bir kimse, sonra bir istihkak davası açarak malın zilyetliğini tekrar talep edebilirdi. Çünkü, yeni ileri sürdüğü talep, zilyetliğe değil, mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Ayrıca; kesin hüküm, ilk davada taraf olanlar arasında hüküm ifade eder. (Müteselsil borçlu ve alacaklılar birbirlerine bağlı oldukları için, bir tanesinin taraf olduğu davada, diğerleri de olmuş sayılır). Birinci davada vekil olan, sonra kendi namına dava açmak isterse, aynı şahıs olduğu halde, dava açmasına engel yoktur. Fakat, ilk davayı açanın mirasçısı, başka bir kimse olduğu halde, davayı tekrar açamaz.

sini sağlıyorlardı. Taraflar da, dâvayı en ufak bir etkisi olmayan küçük bir şekil hatası yüzünden haklarını kaybetmek tehlikesiyle karşı karşıya bulunmuyorlardı.

DAVALARIN TASNİFİ:

Özel Hukuk Davası – Kamu Hukuk Davası

Özel hukuk davası kavramı, kamu hukuku davasının karşıtıdır.

Kamu hukuku, özellikle ceza davasının genel amacı, hukuk düzenini ihlal eden eylemlere müeyyide getirmektedir. Bunlar, devletin düzenli işleyişine ve güvenliğine zarar veren, tehdit eden eylemlerdir veya topluluktaki düzenli hayatta karışıklık yaratırlar. Özel hukuk davası ise, kişilerin menfaati için konulmuştur ve haklarını korumak için kişilere bu dava verilir.

Genel olarak, kamu hukuku davası ve özel hukuk davası amaçları açısından tarif edilebilirler. Birincisi kamu hukuku ilişkilerine, ikincisi ise, kişilerin haklarına aittir.

İkisi arasında, usul hukuklarında, ara bir şekil de mevcuttur. Bu idarî davadır. Bu dava kişinin menfaatinin devletle veya devletten başka bir tüzel kişi ile çatışması halinde söz konusu olur. Romalılar devrinde, imparatorluk hazinesi *«fiscus Caesaris»* veya günümüzde olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin bir ihtilafta, bir kişinin bakanlıkla veya bir kamu kuruluşu ile ihtilafında olduğu gibi. Devlet veya tüzel kişiliğe sahip ilgili kurum, bu davada taraf rolüne sahiptir.

Roma Hukuku, bu üç tip davayı da tanımaktadır: Kamu davası (ceza davası), özel hukuk davası ve idarî dava. Burada, sadece özel hukuk davacı incelenecektir.

Her özel hukuk davası, eski veya modern, tarafların teşebbüsüne dayanır, çok az istisna dışında, yargı organları davaya ilişkin kişinin talebi üzerine (davacı) müdahale ederler. Bu şekilde; eğer taraflar (davacı veya davalı) kendilerine ilişkin işlemlere devam etmezlerse, davanın devamı söz konusu olmaz. Son karar, taleplerin kabul edildiğini veya reddedildiğini gösterir. Bu kararda sadece tarafların ileri sürdükleri olaylar dikkate alınmıştır. Ayrıca, Roma Usul Hukukunda (kanunî davalar ve *formula* usulünde) kararı veren yargı ile görevli *magistra* değildir; dar anlamı ile yargı işlemleri -davanın incelenmesi ve karar- devlet memuru olmayan bir hakime verilirdi. *Formula* usulünde bu hakim veya jüri üyeleri taraflarca seçilmiş veya anlaşmaları

ile belirlenmiş olurdu. Ayrıca; eğer taraflar, *magistra*'nın davanın içeriğini düzenlemek ve davanın görülmesi için oluşturduğu *formula*'yı kabul etmek konusunda anlaşmazlarsa, dava görülemezdi[65].

Zamanla *actio*'ların adedi çok artmıştı. Bu yüzden bazı tasniflere tabi tutulurlar. Bu tasnifi *formula*'nın yapısına göre yapmak mümkündür[66].

1- Ius civile – Ius honorarium davaları:

Bazı davaların *formula*'larında, *intentio* kısmındaki iddia, *ius civile*'nin tanıdığı bir hakka dayanır. O zaman; *formula*'ya ve davasına *in ius concepta* (bir hakka dayanan) denir. Bunlar; *ius civile* davalarıdır. Fakat, bazen *praetor*'lar *ius civile*'nin dava ile himaye etmediği bir ihtilâfı, *actio* ile korumak isterler. O zaman, *formula*'nın *intentio*'sunda, zikredilecek bir *ius civile* hakkı olmadığı için, *praetor,* himaye etmek istediği olayı zikreder. Bu tür *formula*'ya ve davasına, *in factum concepta* (bir olaya dayanan) ismi verilir. Bunlar, *praetor*'ların tanıdığı davaların önemli bir kısmını teşkil ederler.

Ayrıca; *praetor*'lar, bazen, *ius civile*'nin korumadığı bir ilişkiyi, bir *ius civile* davasının uygulama alanını genişleterek korurlar. Daha önce, belirli ve dar bir çerçevede uygulanan *ius civile* davası, kıyas, benzetme yoluyla, benzeri halleri de kapsar. Bu tür davalara *actio utilis*'ler ismi verilir.

Mesela, *ius civile*'nin tanıdığı *actio legis Aquiliae,* failin sadece maddi bir temas sonucunda başkasının mallarına verdiği zararlar halinde uygulanabildiği halde, *praetor* bu davayı *utilis formula*'larla, başkasının malına verilen her türlü zararlara uygulanacak hale getirmişti.

Yine, bazen *praetor*'lar, bir faraziyeye başvurarak bir *ius civile* olgusunu yeni bir olaya uygularlar. Olmamış bir olayı olmuş gibi farz ederek, *ius civile* olgusunu, ortaya çıkan yeni olay için kullanırlar. Buna dayanarak, yeni bir dava türü getirebilirler. Bunlara da, *actio ficticia*'lar denir.

Mesela, *actio Publiciana* bu nitelikte bir dava idi. Buradaki *fictio* (faraziye) henüz geçmemiş olan zamanaşımı süresinin sona ermiş gibi, kabul edilmesiydi. Başka birçok farazî dava örneği de vardır: Bir yabancı *actio furti* davasını açmak isterse yabancı bu *ius civile* dava-

---

65 Schmidlin B., Cannata C. A., Droit Privé Romain. II. Lausanne 1987. s. 243.

66 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Umur Z., op. cit., s. 583 vd.

sını açamayacağı için, *praetor,* hâkime, o yabancıyı Roma vatandaşı farz ederek kararını vermesini emrederdi.

2- Actiones in rem ve actiones in personam:

Bu ayırım, hukukun özü bakımından önemlidir.

Hakların aynî hak ve şahsî hak şeklindeki ayırımı, Romalılar tarafından açıkça ortaya konmuştur ve günümüz hukukunda da devam etmektedir. Bu ayırım, Romada Usul Hukuku açısından yapıldığı için davalar aynî ve şahsî diye ayrılmakla, borç münasebetlerinden doğan haklarla, eşya üzerindeki haklar birbirinden ayrılmış olmaktadır. Davalar konusu inceleyen Gaius'un eserinin 4. kitabı, bu esas ayırımla başlar[67].

Şahsî davalar, iki şahıs arasındaki münasebetlerden doğan hakların istenmesine yararlar. Bilhassa, akitten ve haksız fiilden doğan ihtilâflar halinde bu davalar açılır. *Intentio*'larında hem davacının, hem de davalının isimleri bulunur. Mesela, karz aktinin *formula*'sı: «Eğer, A.A'nun N.N'a 100 *sestertius* vermeye borçlu olduğu sabit olursa...» şeklindedir.

Aynî davalar ise, hak sahibi ile mal arasındaki doğrudan ilişkilerden doğan hakların istenmesine yararlar. *Intentio* içinde yalnız davacının ismi vardır. Davalı, o hakkı ihlâl etmiş olan herhangi bir kimse olabileceği için, *intentio*'da isminin zikredilmesine lüzum ve imkân yoktur. Mesela, istihkak davasının *formula*'sı: «Eğer; dava konusu olanın *Quirites* Hukukuna göre, A.A'ya ait olduğu sabit olursa...» dava konusu olur.

3- İyiniyet davaları (Iudicia bonae fidei) - Dar hukuk davaları (Iudicia stricti iuris):

Bu ayırımın Roma Hukukunda büyük rolü vardır.

Dar hukuk davası, olaylara ve hukukî dayanaklara tamamen bağlıdır. *Praetor*'luğun kurulmasından önce, bütün davalar bu nevidendi. *Condictio* adını taşıyan davalar buraya girmektedir. Dava edilen miktar gerçek değil ise, hâkim davacıyı mutlaka beraat ettirirdi.

---

[67] Bir iki kategori dava arasında üçüncü kişilere da açılabilen *actio quod metus causa* yer alır. Bu davaya *actio in rem scripta* denmektedir, bkz.; WENGER L., Institutionen des römischen Zivilprozessrec-hts, München 1925, s. 155. *Actio quod metus causa* ikrah sonunda malı elinden çıkmış kişilerin malı ellerinde bulunan kişiye karşı açabileceği, yani *actio in rem scripta* kategorisine giren bir davadır.

Praetor; bazı davaların *formula*'larına *ex fide bona* yani «iyiniyet gereğince» kelimelerini ilave etmek suretiyle, bunları iyiniyet davası haline getirmekte idi. Dar hukuk davalarında hâkim, *formula*'da ne varsa ona sıkı sıkıya bağlı kalmak zorunda olduğu halde, iyiniyet davalarında «iyiniyet neyi gerektiriyorsa» onu da dikkate alarak hüküm verebildiği için, takdir yetkisi oldukça geniştir (Gai. 4,61,63).

Hukukî ilişkilerde iyiniyetin dikkate alınması *praetor*'un getirdiği çok önemi bir yeniliktir. Zira, taraflar aralarında bir anlaşma yaptıkları zaman, konularıyla ilgili her türlü teferruatı tespit edemezler. Buna imkân yoktur. Bazı şeyler, borçludan iyiniyet icabı istenir. Mesela, satın alınan malın gerektiği şekilde paketlenmesi gibi. Hâkim, bir hukukî muameleden doğan ihtilâfı incelerken, durumu ve şartları göz önünde bulundurarak, dürüst bir kimsenin nasıl hareket etmesi gerektiğini düşünür ve iyiniyetin gerektirdiklerini dikkate alır. Dar hukuk davasında ise, önceden kararlaştırılan edim dışında başka talepte bulunulamaz.

Bundan başka; bir akit yapılırken, alelâde *pactum*'larla, herhangi bir husus kararlaştırılabilir. Eğer, o akitten dar hukuk davası doğuyorsa, *pactum* ile taahhüt edilen şeyler, o dava ile istenemez. Mesela; karz akdinden dar hukuk davası doğduğu için, bu akit yapılırken, bir *pactum* ile faiz şart koşulmuşsa, faiz karz davası ile istenemez. Ayrı bir akit olan *stipulatio* ile faiz anlaşması yapmak gerekir ve zamanı gelince faiz, karzdan doğan dava ile değil, *stipulatio*'dan doğan dava ile istenebilir. Halbuki; alım satımdan iyiniyet davası doğar. Eğer, bir mal kredili satılmış ve faiz alınmak istenmişse, bir *pactum* yaparak, faizi, alım satımdan doğan dava ile istemek mümkündür.

Dar hukuk davalarında, hâkimin nazara alması için *exceptio* mutlaka *formula*'da bulunmalıydı. İyiniyet davalarında buna gerek yoktur, hâkim *intentio*'daki *ex bona fide* ibaresi gereği davalının karşı iddialarını dikkate alabilirdi.

Zamanla, iyiniyet davalarının sayısı çok artmıştır. Cumhuriyet devrinin son yüzyılında, alım satım, *locatio conductio* (kira, iş, istisna akitler), vekâlet, şirket, inançlı akitten, vesayetten doğan davalar iyiniyet davası olmuştur. Gaius zamanında, vekâletsiz iş idaresinden, vediadan ve kadının mallarına ait ihtilâflardan doğan davalar da bunlara eklenmişti. Iustinianus devrinde, birçok dava iyiniyet davası olmuştu. Fakat; iyiniyet kuralı, Borçlar Hukukunun tamamını kapsayan genel bir prensip haline gelmedi. İki önemli istisna; karzdan doğan davalarla, *stipulatio*'dan doğan davalar, daima dar hukuk davaları olarak kaldı. *Praetor*'un getirdiği bu büyük yenilik, bugün Medeni Kanunumuzun 2. maddesi ile, bütün medenî hukuku kapsayan bir ilke haline gelmiştir.

4- Actiones arbitrariae:

Bazı davaların *formula*'larında, *intentio* ile *condemnatio* arasında, hâkimin bir talimat vermesine yer bırakılır. *Formula* usulünde mahkûmiyet daima, bir miktar paradır. Yani; ihtilâfın konusu ne olursa olsun, hâkim, o ihtilâfı paraya çevirerek, mahkûmiyet kararı verir. Demek ki; ben, mesela, bir arazi için istihkak davası açsam, hâkim, davayı kazanırsam arazinin iadesine değil, arazinin değerinin ödenmesine, karar verecektir. Bir elbise, bir köle, altın, gümüş gibi bir mal talebinde bulunduğu zaman da, durum aynıdır. Yalnız bu sonuç, çoğu defa davacıyı tatmin edemez. Eğer davanın konusu olan mal telef olmuşsa veya ortada yoksa, nakdî tazminata mahkûm etmekten başka çare yoktur. Fakat; hâkim, malın aynen iade edilme imkânının olduğuna kanaat getirirse, davalıya, malı geri vermesi gerektiğini bir talimatla bildirir. Bir karar niteliğinde olmayan, bu talimata *clausula arbitraria* (muhayyerlik şartı) denmektedir. Davalı isterse, bu talimata uymayabilir. Hâkim o zaman, yine, bir para miktarına hükmetmek zorundadır. Fakat, davalıyı zorlamak için, malın değerini davacıya takdir ettirerek, o miktar üzerinde hüküm verir. Malın değerinin davacı tarafından takdir edilmesi, davalının işine gelmeyeceğinden, malı geri vermeyi tercih eder. Bununla birlikte, yine de serbesttir: İsterse malı verir, isterse mahkûmiyet miktarı parayı öder. Bu tür davalara, *actio arbitraria*'lar denir. *Actio redhibitoria, actio de dolo, actio quod metus causa, actio Pauliana* ve bütün aynî davalarda, *clausula arbitraria* (muhayyerlik şartı) imkânı mevcuttur. Bu davalar ortak mantıkî bir fikirden çok, *praetor*'ların beliren ihtiyaçları karşılamak için gösterdikleri devamlı faaliyete dayanır[68].

Hukukumuzda (TBK. 43/1), zararın tazmin şeklini hâkim tayin eder. Bu arada hâkim, halin bütün icaplarını gözönünde bulunduracak, durumun bütün gereklerini dikkate alacaktır. Burada, pratik bakımdan, nakden tazmin ilkesine daha çok başvurulur. Bununla birlikte, aynen tazmin de sık sık uygulanır. Burada, bir kimseye zarar veren durum önlenir ve bu suretle zarar kaldırılır. Mesela; bir kimsenin başkasının arsasında inşaat yapmaya başlaması önlenir, bir resmin teşhiri dolayısıyla bir kimseye zarar verilmesi engellenir, haksız olarak alınan malların, semereleriyle birlikte geri verilmesi sağlanır.

---

[68] Girard P. F., op. cit., s. 1017.

Actiones rei persecutoriae, actiones poenales ve actiones mixtae (Gai.4,6-9):

Actiones rei persecutoriae tazminat davalarıdır *(rem tantum).* Bu davalar sadece malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesi için açılırlar, *actio empti, rei vindicatio* gibi. Buna karşılık *actiones poenales* ceza davalarıdır *(poenam tantum).* Roma'da haksız fiillerden *(delicta)* genellikle ceza davaları doğardı; haksız fiil işlemiş olan fail verdiği zararın iki, üç veya dört katını ödemeye mahkûm edilirdi. Aynı haksız fiilden doğan ceza ve tazminat davaları birlikte açılabiliyordu, mesela bir *furtum* işlenmişse, malı çalanın ceza davası olan *actio furti* ile birlikte *rei vindicatio* veya *condictio furtiva*'yı ikame edebilirdi.

Actiones mixtae (karma davalar) hem ceza hem de tazminatı hedef alan davalardır *(rem et poenam).* Bu davalar çok defa davalının, davacının iddiasını haksız olarak inkâr ettiği zaman açılıyordu, mesela mala verilen zararlardan doğan dava açılmış ve davalı davacının ileri sürdüğü olayları inkâr etmiştir. Bu haksız fiilden dolayı açılan *actio legis Aquiliae*'de davacının iddiası gerçek görülürse, davalı verdiği zararın iki katına mahkûm edilir. Ceza davaları failin mirasçılarına karşı açılamaz, ancak fail ölmeden önce *litis contestatio* yapılmışsa, davaya devam edilir. Buna karşılık haksız fiile uğrayanın mirasçıları kural olarak, murisin açabileceği ceza davalarını aynen açabilir. Bunun istisnası *iniuria*'da görülür. Burada gaye esas itibarıyla mağdurun intikam hissini tatmin olduğundan, *actio iniurarum*'u ölenin mirasçıları açamaz.

Actiones privatae ve actiones populares:

Davalar genel olarak şahsî menfaatleri ihlâl edilen kimseler tarafından açılır *(actiones privatae).* Buna karşılık öyle davalar vardır ki, bunlar Roma *Populus*'u adına herhangi bir Roma vatandaşı tarafından açılırdı. *Actiones populares* adı verilen bu davalarla davalı bir miktar para ödemeye mahkûm edilirdi. *Actio legis Plaetoriae, actio de posito vel suspenso* böyle davalardır. Burada davalıya verilen para cezasını davacı alırdı[69].

Çeşitli davaların tasnifi *formula* usulü ve kısmen kanunî davalarla uyum sağlamaktadır. Bu tasnifi modern hukuk geliştirmiştir.

Bunun sebebi tasniflerin eski usul sistemlerinden kalan unsurlara dayanmasıdır[70].

---

69 Wenger L., op. cit., s. 159.

70 Schmıdlın B., Cannata C.A., op. cit., s. 291-292.

KARARIN İCRASI

İcra usulünde, *legis actio*'lara nispetle, önemli değişiklikler vardır: Eski *manus iniectio* (el koyma) yerine, bir icra davası açılır: *Actio iudicati.* Bu davayı açmak için karardan sonra otuz gün beklemek gerekliydi.

Actio iudicati normal dava gibi görülürdü. Hukuk usulü davasının mahkûmu (veya ikrarda bulunmuş kimse) burada, davalı durumunda bulunur. Eğer; mahkûm edildiğini itiraf ederse, derhal cebrî icraya geçilir. Artık, karar üzerinde bir tartışmada bulunamayacağı için, itiraz etmesi ancak iki yoldan olabilirdi: Ya, hiçbir mahkûmiyet kararının verilmemiş olduğunu ileri sürer veya mahkûmiyetin kendisine yüklediği borcu ödemiş olduğunu iddia ederdi. Her iki halde de; haksız olarak itirazda bulunduğu anlaşılırsa, önceki mahkûmiyetin iki mislini *(in duplum)* ödemeye mecbur olurdu[41a].

Eskiden icra, daima şahsın üzerine idi. Yeni usulde ise, mal üzerinde icra da vardır. Eğer; mahkûm olan, ödemek için bütün gayretini sarf eder, fakat ödeme kabiliyeti bulunmuyorsa, şahsı üzerine el koymanın bir faydası olmayacağından bütün mallarını teslim etmekle *(cessio bonorum)* kurtulurdu. Fakat, eğer ödeme kabiliyeti olduğu halde ödemekten kaçınırsa, o zaman şahsı üzerine el konulabilmekte idi.

Mal üzerinde icra sadece bazı malların satışı borcun ödenmesine yetse bile, mahkûmun bütün malvarlığı üzerinde olur, malları açık arttırma ile satılırdı: *Bonorum venditio.* Bu malları alan şahıs *(bonorum emptor)* mahkûmun halefi olur ve mallar borcun tamamını ödemeye yetmeyeceği için, evvelce taahhüt etmiş olduğu nispette, borçları öderdi. Bu usul, bugünkü hukukumuzda, tüccarların «iflâsı» halinde uygulanan usule benzemektedir. Bu halde mahkûm *infamis* olurdu.

İSTİSNAÎ USUL VASITALARI

Formula usulü zamanında, hakların korumasına yarayan bazı istisnaî vasıtalar vardı. Bunlar; ihtilâfı, bizzat *magistra*'nın halletmesine dayanırlar. Başlıcaları şunlardır:

Interdictum'lar:

Magistra; imperium'una dayanarak, bir işin yapılmasını emir veya yasak edebilirdi. Bu tür emirlere *interdictum*'lar denir. Çabuk halledilmesinde kamu yararı olan işler bu yolla seri bir şekilde sonuçlandırılırdı.

Taraflardan birisinin müracaatı üzerine, süratle sonuç almak istendiği zaman, bu yola başvurulurdu. Eyaletlerde valiler, Roma'da da *praetor*'lar, bu tür emirleri hangi durumlarda vereceklerini ilân ederlerdi. Mesela: Bir malın geri verilmesini; bir malın ortaya çıkarılmasına; bir işin derhal yapılmasına veya durdurulmasına ait ihtilâf konusu hâdiseyi henüz tamamen incelemeden, karar verebilirlerdi. Fakat *actio* açılır ve hâkim gerekli görürse, *interdictum*'un hükmünü değiştirebilirdi.

Mesela; bir inşaatın tehlikeli durumda olduğu iddia edilirse, *praetor* inşaatı derhal durdurabilirdi. Kirayı ödediğini ileri süren kiracı gayrimenkule getirdiği şeylerin *(invecta, illata)* kendisine verilmesi için *interdictum de migrando* açardı.

Bir *interdictum*'un verilmesi, çoğu defa bir davanın açılmasına engel olabilirdi. Zira, *magistra*'nın emrini alan, buna uyarak malı geri verir, ortaya çıkarır veya yasaklanan işi yapmaz. Bu şekilde, ihlâl ettiği ileri sürülen husus düzeltilmiş olacağından, başka bir yola başvurmaya gerek kalmazdı. Böylece, emre itaat edilirse mesele kalmaz, aksi takdirde, *praetor*'un emri karar niteliğinde olmadığı için, dava açmak gerekirdi.

Bu emirler, bilhassa, zilyetlikle alâkalı idiler[71]. Mesela bir kimse, malının zilyetliğinin zorla elinden alındığını iddia ederse, *praetor,* bir emirle zilyetliği iade ettirirdi.

Praetor hukuku, zilyetlik kavramını oluşturmuştur. Eşya üzerindeki mülkiyet hakkından bağımsız olarak, kamu düzeni gerekçeleriy-

---

[71] *Interdictum*'larda her iki taraf da mahkûm edilebilirdi *(ludicia duplicia). Interdictum* dışında bu durum *actio communi dividundo* (müşterek mülkiyetin taksim davası) da görülüyordu.

le, eşya üzerindeki fiilî hâkimiyeti[72] olanların durumunu himaye etti. Zilyetlik *interdictum*'ları aracılığı ile kamu düzenini bozanlara karşı, zilyetleri savundu ve zorla mallarından mahrum edilenlere, önceki durumlarını sağladı. XIX. Yüzyıl alman hukukçusu Ihering'in yazdığı gibi, zilyetlik "mülkiyetin ileri kalesi" oldu[73].

Zilyetlik davaları niteliğinde olan bu *interdictum*'lar, Eşya Hukukunda görülecektir.

Praetor stipulatio'ları:

Bazen *praetor,* bir kimsenin talebi üzerine, başka birisini, onunla *stipulatio* yaparak, borçlanmaya zorlayabilirdi. Eğer söz konusu kişi *stipulatio*'yu yapmak istemezse, mallarına el koyar veya mallarını rehin alarak onu zorlar veya para cezası verirdi.

Mesela; davalı belirli bir günde, *magistra* önüne gelmediği takdirde, davacıya şu kadar para ödeyeceği hususunda, bir *stipulatio* ile taahhütte bulunur. Veya, bir kimse, bitişikteki binanın yıkılmasından çekiniyorsa veya yanındaki arsa inşaatının kendisine zarar vermesinden korkuyorsa, kendisine zarar vermesi ihtimali olanla bir *stipulatio* yapar, bina yıkıldığı takdirde, belirli bir tutarda para ödemeyi taahhüt ettirirdi. Bu tür *stipulatio*'lar çok sayıdadır ve *praetor, edictum*'unda bunları belirtir. Dolayısıyla, *praetor, ius civile*'nin himaye etmediği bazı faaliyet ve durumları, bir *ius civile* davası olan *actio ex stipulatu* ile koruma imkânını buluyordu.

Zilyetliğin temini:

Bazen, *praetor,* bir kimseye ait malın zilyetliğini başka bir kimseye verebilirdi *(missio in bona)*. Amacı, çok çeşitli olabilirdi. Mesela, yıkılma tehlikesi olan binasını tamir ettirmeyi vaad etmek istemeyenin binasının zilyetliğini bu durumdan şikâyetçi komşuya verebilir. Yapılmasını emrettiği bir *stipulatio*'yu yaptırmak, mâliki mahkemeye gelerek kendisini savunmaya zorlamak, bir malı teminat olarak verdirmek için, malların zilyetliğini diğer tarafa verebilirdi.

In integrum restitutio (Eski hale iade):

Aynı tür vasıtalardan olan *in integrum restitutio*'nun uygulama alanı çok genişti. Başka bir himaye tarzı bulunmazsa, *praetor,* ilgili tarafın isteği üzerine, olayı inceledikten sonra, yapılmış olan bir muameleyi yapılmamış farzederek, durumu eski hale iade eder ve bu su-

---

72 krş. TMK m. 973: Bir mal üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir.

73 Thireau, s. 72-73.

retle muameleyi iptal etmiş olurdu. Dava dışı bir usul olan *in integrum restitutio* ile, gerçekleşmiş hukuki netice kaldırılırdı.

In integrum restitutio (eski hale iade) ilgiliye karşı bir *actio* açmaya hakkı olan kimsenin bu dava hakkı reddedilerek veya ilgiliye, *ius civile*'ye göre sona ermiş bir dava hakkı tanınarak gerçekleştirilirdi. Roma'da uygulama alanı çok genişti. İkrah, hile sonucu yapılan hukuki muamelelerde, ergen küçüğün yaptığı muamelelerden yaşının küçüklüğü sebebiyle zarar görmesi hallerinde, alacaklılardan mal kaçırma gibi işlemlerde hukukî muameleler bu usulle iptal edilmekteydi. Eski hale iade yoluna gidilmesi halinde, yapılmış olan hükümsüz sayılıyordu. Bu önemli tedbiri *praetor* ihtiyatla kullanmıştır. Muamelenin yarattığı zararın ağır *(de minimis non curat praetor – praetor* küçük işlerle uğraşmaz) ve başka bir şekilde telafisinin mümkün olmaması gerekir[74].

§ 17. Cognıtıo Extra Ordınem (Fevkalâde veya Nizam Harici Usul)

Cognitio Extra Ordinem (Fevkalâde, Nizam Harici Usul) denen yeni usulde, dava, artık, bir tek safhada ve devlet memuru önünde görüldüğü için, *legis actio* ve *formula* usullerinden çok farklı idi.

Formula; klasik Roma Hukukunun sistemine uygun, ince, işlenmiş bir usuldü. Fakat; uygulamada, bir taraftan *formula* uygulanırken, aynı zamanda bazı istisnaî hallerde, fevkalâde bir usul uygulanmakta idi. Normal usulün dışında kaldığı için, buna «Nizam Harici Usul» deniyordu. Sonraları, normal usul haline geldiği halde, ismi aynen kalmıştı.

Formula usulünün uygulanması, Cumhuriyet idaresinde bile bazı eyaletlerde mümkün olmamıştı. Son İmparatorluk devrine doğru, imparatora ait eyaletlerdeki valiler, imparatorun vekili durumundaydılar ve *edictum* yayınlamak yetkileri yoktu. Fakat yetkileri çok genişti. Ya bizzat kendileri veya tayin ettikleri kimseler, davaları baştan sona kadar görerek hallederlerdi. Zaten; eyalet valilerinin usulleri, eyaletten eyalete de değişiklik gösteriyordu. Nizam Harici Usul, eyaletlerde gelişebileceği bir çevre bulmuştur. Eyalet valisi imparatorun temsilcisi olarak, nizam harici *(extra ordinem)* karar vermek yetkisine sahiptir.

---

74 İstisnai usul vasıtaları için bkz. APATHY P. – KLINBERG G. – STIEGLER H., op. cit., s. 229-231.

Cognitio Extra Ordinem'de *formula* usulünün Cumhuriyet idaresiyle yakından ilişkili özellikleri kaybolmuştur. Şeref makamlarına dayanan Cumhuriyet idaresinin imparatora bağlı monarşik bir idareye dönüşmesi yargıya da etkilemiştir.

Diğer taraftan, Augustus'tan itibaren, Roma'nın içinde de, bazı ihtilâflar, âdi usulle değil, Nizam Harici Usulle görülmeye başlanmıştı. Mesela; toplumu çok ilgilendiren bazı kira meseleleri, denizcilik davaları, şehirlerin besin maddelerinin sağlanması ile ilgili ihtilâflar, küçüklere yapılan haksızlıklar, bazı miras işleri bu arada idi. Eşler arasında nafaka vermek yükümlülüğü olmadığı için, nafaka ancak Nizam Harici Usulde istenebilmekteydi.

Bu anlaşmazlıklarda, hâkime daha geniş takdir yetkisi tanıma ihtiyacı duyuldu. Bu yetkilerin ise, kişilerin seçecekleri bir özel hâkime tanınması düşünülemezdi. Bu gibi anlaşmazlıkların devlet memuru statüsündeki hâkimler tarafından başından sonuna kadar «Nizam Harici Usulle» çözülmesi yoluna gidildi[75].

Nizam Harici Usulün, özel kişiler arasındaki ihtilâflarda uygulanması, sosyo-ekonomik şartların yarattığı yeni ilişkiler dolayısıyla başladı[76]. Çünkü bu durumlardan doğan anlaşmazlıkların Hususî Mahkemeler Nizamı ile çözümlenmesi öngörülmemişti. Mesela, Roma'da avukatlık, doktorluk, öğretmenlik vb. gibi zihin faaliyetini gerektiren işlerin ücret karşılığı görülmesi *ius civile* tarafından düzenlenmemişti[77]. Bu durum, bu gibi kişilerin ücretlerine ait anlaşmazlıkların, Nizam Harici Usul ile çözülmesine yol açtı. Önce istisnai olarak kullanılan bu yeni usulü, imparatorlar da, kendi otoritelerine daha elverişli olduğu için, teşvik etmişlerdir. Nihayet; Nizam Harici Usul de, kanunî usul haline geldi. Artık, hâkim, *formula* ile bağlı değil, daha serbestti.

Davalı, davacının bir iddiası dolayısıyla karşı iddiada bulunabiliyordu. Alacaklı olan davacının aynı zamanda borcu varsa, davalı kendi alacağını ileri sürerek takas isteyebilirdi. Mesela kira borcu olan

---

75 Eyaletlerde yaşayan fertler arasındaki ihtilâflarda, Roma ve İtalya'da uygulanan usul değil, her eyaletin kendi hukuku ile (Roma tarafından işgal edilmeden önce yürürlükte bulunan hukuku ile) Roma'nın o eyaletin idaresi için çıkarmış olduğu kanunların kaynaşmasından doğan bir hukuk uygulanmaktaydı.
Bu durumda, çeşitli usuller birbirleriyle çatışıyordu. Eyaletlerde daha az uygulama alanı bulan ve eyalet halkının pek anlayamadığı, özel hâkime dayanan *formula* usulü, bu bölgelerde Roma'dan daha çabuk kaybolmuştur.

76 Çelebican Ö.K., op. cit., s. 352.

77 Bunun sebebi, o yüzyıllara kadar bu işleri çoğu kere, kölelerin yapması olabilir. Köle sayısının azalması ve ekonomik sebepler sonucu, hür insanlar da, ücret karşılığı bu işlerde çalışmaya başlamıştır.

kiracının kiraya verenden kiralanan yere yaptığı lüzumlu tamir masraflarını talep ederek borcundan indirilmesini istemek gibi. Mahkûmiyet mutlaka paraya ait olmadığından bu usul davacı için elverişli idi. Yeni usulün taraflara sağladığı önemli bir menfaat de bir üst makamda karara itiraz imkânıydı. İcra hukuku daha etkili idi. Davacı, kararın icrasının kamu kuvvetiyle yapıldığı usulü benimsemiştir. Bundan dolayı, ilgililer bu usulü tercih ettiler. III. yüzyılın sonunda, diğerine hâkim duruma geçti. Artık dava bir bütün olarak, devlet memuru olan ve hükümlerini temsil ettikleri imparator adına veren hâkimler önünde cereyan ediyordu. IV. yüzyılın ortalarına doğru ise, *formula* usulü, «zararlı kelime oyunları» diye kaldırıldı.

Yeni usul bugünkü usul hukukumuza ve anlayışımıza çok yakındır.

Bu devirde yargı teşkilâtı:

Son İmparatorluk devrinde idare teşkilâtının değişmesi, yargı teşkilâtının da değişmesine sebep olmuştur. Artık eski anlamda *praetor* yoktur, yargı işlerinin başı, her alana hâkim olan imparator olmuştu. Davalar onun namına, kendisine bağlı memurlar tarafından görülüyordu. Bu hâkim-memurlar arasında bir mertebe silsilesi vardı. En büyük yerlerdeki valilerden, en küçük memurlara kadar hâkimler, derece derece idi.

Nizam Harici Usul, devrin kurumlarıyla uyuşan daha bürokratik bir özelliğe sahiptir. Bürokrasi yazılı olmayı da getirmiştir. Usul, artık eskisi gibi tamamen sözlü değildir. Tarafların ve hâkimin beyanları zapta geçirilmektedir[78].

Artık mahkeme, herkese açık değildir. Davalar kapalı salonlarda görülür, karar açık okunur[79].

Davanın görülmesi de, artık ücretsiz olmaktan çıkıp, bir devlet hizmeti niteliği kazandığından harç alınmaya başlanmıştı.

Davanın başlangıcı ve yürüyüşü

Davayı yine davacı taraf bir dava dilekçesi *(libellus)* ile açar, fakat ilk iki usulden farklı olarak davalıyı hâkim önüne davacı celbetmez; mahkeme, dava kaydedildikten sonra, davalı tarafı davet ederdi. Eğer davalının adresi bilinmiyorsa, bu çağrı ilân yoluyla da yapılabilirdi. Davalıya dava dilekçesinin bir sureti gönderilirdi.

78 GIRARD P. F., op. cit., s. 1067 vd.

79 ÇELEBİCAN Ö.K., op. cit., s. 355; UMUR Z. op. cit., s. 626.

Tarafların her ikisinin hazır bulunmaması, davayı durdurmazdı. Bu usulde, taraflar arasında bir anlaşma söz konusu değildir. O halde; taraflardan birisi hazır bulunmasa bile, devlet davayı yürütür. Demek ki; bizim «gıyapta» dediğimiz usul *(contumacia)* burada mevcuttur.

Formula usulünde, *magistra* önüne gelmeyen davalıya ceza verilebilir; hâkim önüne gelmezse davasını kaybederdi. Halbuki; şimdi, davalı gelmezse, devletin emrine itaatsizlik etmiştir; davacı yalnız başına, davayı yürütür; delillerini gösterir; ispata çalışır: müdafaa ise, yapılmamış olur. Bütün bunlara rağmen; eğer davacı hiç bir şey ispat edememişse, davalı yine de beraat edebilirdi; çünkü gıyabında bile olsa, onun hakkını korumak, devletin görevleri arasındadır.

Davacı gelmezse, normal olarak, dava düşer. Fakat, davalı, yanlış zan altında kalmamak ve beraat etmek istiyorsa, davayı devam ettirebilirdi.

Davanın cereyanı usulü, tarafların hâkim önünde hazır bulunup bulunmamalarına göre değişirdi. Davalı, üç ihtara rağmen hâkim önüne gelmez bir vekil *(procurator)* de göndermezse, dâva gıyabında görülürdü. Ancak, bu, davalının mutlaka mahkûm edileceği anlamına gelmezdi; davacı yine iddialarını ispatla yükümlü idi ve ispatlayamadığı taktirde de, dava gıyabında cereyan eden davalı beraat ederdi. Demek ki, bu usulde, adaletin Devlet tarafından tevzii ilkesi, hazır bulunmayan tarafın dahi haklarının Devlet tarafından korunmasının sağlanması şeklinde anlaşılıyordu. Davacının, *litis contestatio*'dan evvel veya sonra, davasını takip etmemesi halinde de aynı kurallar uygulanırdı. Davacı, ayrıca, davalının bu yüzden uğradığı bütün zararları tazmin etmeye mahkûm edilebilirdi.

Kural olarak, taraflar duruşmada bizzat hazır bulunmak zorundaydılar. Bununla birlikte kendilerini bir *procurator*'la temsil ettirme imkânına da sahiptiler. Davanın cereyanı sırasında halk mahkemeden tahta veya bez bir perdeyle ayrılırdı; bu perde hüküm tefhim edilirken açılır ve aleniyet sağlanırdı.

Tarafların ikisi veya vekilleri hazır bulunursa, davalının ikrarı halinde, dava yine kesilir, mahkûm edilmiş gibi borcunu öder veya icraya geçilir. İtiraz edecek olursa, davacı iddialarını davalı müdafaasını bildirir.

Bu usulde, *litis contestatio,* yazılı olarak düzenlenen bir anlaşma olmadığı gibi, davayı da ikiye bölmezdi. Davacının olayları açıklaması *(narratio),* buna karşılık davalının olayları kendi açısından izahı *(contradictio),* Iustinianus Hukukunda *litis contestatio*'yu meydana

getirmekteydi. Fakat bu *formula* usulünden şekil ve kapsam bakımından çok farklıydı. Davayı iki safhaya ayırmadıktan sonra, davanın tespiti Usul Hukukunun bir muamelesi değildir, sonuçları daha az önemlidir. *Litis contestatio*'nun Iustinianus Hukukunda borcu sona erdirici, yenileyici hükmü *(novatio)* yoktu. Dolayısıyla bir davada hâkim hüküm vermemişse, o davayı bir daha açmak mümkündür. Bu usulde aynı davanın tekrar açılmayacağı hükmü, *litis contestatio*'dan sonra değil, hâkim kararından sonra yürürlüğe girer. Iustinianus Hukukunda *litis contestatio*'nun ismi var, fakat eski sonuçları yoktur.

Litis contestatio'nun sona erdirici ve yenileyici etkisi Iustinianus'un M.S. 531 tarihli bir emirnamesiyle kaldırılmıştı.

Hâkim *formula*'ya bağlı olmadığı için, davacının yanlışlıkla fazla talepte bulunduğu anlaşılırsa, davalıyı beraat ettirmezdi. Yalnız davacıya, davalı bu yüzden verdiği zararın üç katını ceza olarak ödetirdi. Zira davayı, davalıya tebliğ eden devlet görevlisi, dava konusunun değerine göre davalıdan harç almaktaydı. Hâkim, mahkûmiyet miktarı gerçekte ne ise o miktara indirirdi.

Taraflar mahkemeleri, gereksiz yere işgal edecek şekilde dava açmadıklarına dair yemin etmeli idiler. Haksız olduğunu bile bile, dava açtığı veya haksız olduğunu bildiği halde, müdafaa ile davayı uzattığı görülen kimselerden ceza alınırdı.

Deliller ve ispat:

Yeni usulde, delilleri kıymetlendirmek hususunda hâkime, bazı sınırlamalar getirilmiştir[80].

Cognitio extra ordinem'de, davacı ileri sürdüğü iddiaları, davalı da dermeyan ettiği *exceptio*'ları ispat etmek durumunda idi. Delillerin takdirinde hâkimler *formula* usulünde olduğu gibi serbest değillerdi. Zira, niteliklerine göre delillere verilecek değer imparatorlar tarafından kurala bağlanmıştı. Bu açıdan, ve yazılı şeklin gelişmesine paralel olarak, özellikle yazılı ispat vasıtaları büyük önem kazanmışlardı. Bunlardan, devlet memurlarının görev sırasında tanzim ettikleri resmî senet sayılır ve kesin delil teşkil ederlerdi. Bugünkü noterlere benzeyen *tabelliones*'ler, tarafından hazırlanan vesikalar ise, tabellio, vesikanın tarafların iradelerine uygun olarak hazırlandığını yeminle teyit ederse, kesin delil sayılırlardı. Adî senetlere gelince; en az üç şahidin

[80] Bkz. UMUR Z., op. cit., s. 623 vd.

imzasını taşıdıkları taktirde *tabelliones*'ler tarafından düzenlenen vesikalarla eşdeğerde tutulurlardı.

Bir iddiayı ispat etmek için başvurulacak deliller, özellikle şahit ve belgeler olabilir. Eski usulde hâkim, bunlardan hangisinin daha önemli olduğuna bizzat karar verebildiği halde, Nizam Harici Usulde, şahitlere eskisi kadar itibar edilmemekte idi. İmparatorluk mevzuatı, şahitle ispatı kuşkuyla karşılaşmış, kısıtlamalar getirmiştir. Yazılı belge, şahitten üstün, tek şahit ispat kuvvetine sahip değildi. Constantinus devrinden itibaren, eski Fransız Hukukunda da takip edilen kural konmuştur: Tek bir kişinin şahitliği delil olamaz *(Testis unus, testis nullus)*. Ayrıca, şahitlerin tanıklığı sosyal durumlarına göre değerlendirilmekte idi.

Bu şekilde, ispat bakımından belgenin rolü, çok daha büyüktü. Bir belgenin çürütülmesi, için en az beş şahit lâzımdı.

Belgeler de çeşitli değerlerde idi. Bir devlet memuru, görev sırasında, belgeyi bizzat düzenlenmişse, bu ispat niteliğinde olup, geçerliliğine itiraz edilemezdi. Devlet memuru tarafların yaptığı bir belgeyi tasdik etmişse, bu da çok kuvvetli bir delildi, fakat aksi iddia olunabilirdi. İlgililer, kendi aralarında, özel nitelikte yazılı belge düzenlemişler, bugünkü noterlere benzeyen memurlar ve şahitler huzurunda tasdik ettirmişlerse, yine sağlam bir delil idi. Aksi iddia olunabilir; fakat, belge sağlam çıkarsa, iddia sahibi ceza görürdü.

Davanın herhangi bir yerinde yapılan ikrar, ispat yerine geçerdi. Aynı şekilde, davanın herhangi bir yerinde, ya hâkim veya taraflar, yemin tevcih edebilirlerdi ki, bu da, ispat niteliğinde idi.

Hakim; taraflara taraflar da birbirlerine, her mevzuda soru sorabilirlerdi *(interrogationes)*. Hâkim önünde ikrar *(confessio in iure)*, hem şahsî hem de aynî davalarda, başka araştırma yapılmaksızın, kural olarak mahkûmiyet sonucunu doğururdu. *Cognitio extra ordinem*'de yemin de önemli bir ispat vasıtası hâline gelmişti. Kendisine yemin teklif edilen taraf, yemini edâ etmez ve teklif edene de reddetmezse, yemin konusu vakıayı ikrar etmiş sayılır ve davayı kaybederdi. İustinianus hukukunda, hâkim de, iddiasını yeteri kadar ispat edememiş olan tarafa resen yemin teklif edebilirdi (tamamlayıcı yemin); yemin eda edildiği taktirde, yemin konusu vakıa kural olarak ispat edilmiş sayılırdı.

Hâkim, kanunî karinelerle bağlı idi. [Kesin bir olaya dayanarak, muhtemel bir olayın, aksi ispatlanıncaya kadar, varlığını kabul etmek (mesela TMK. m. 285'deki babalık karinesi)]

Modern hukukumuzda da, deliller ikiye ayrılır: 1) Kesin deliller, 2) Takdirî deliller.

1) Kesin deliller:

İkrar, kesin hüküm, senet[81], yemin (01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK m.188, 204 199 vd., 225 vd.)[82] olmak üzere dört tanedir. Bunlar, hâkimi bağladıkları için kesindir. Hâkim, bu kesin delillerden biri ile ispat edilen bir olayı, doğru olarak kabul etmeye mecburdur. Yâni, hâkimin bu delilleri takdir yetkisi yoktur. Bundan başka, belirli bir miktardan yukarı hukukî muameleler (m. 200)[83] ve senede karşı olan iddialar (m. 201), kesin delillerle ispat edilebilir.

2) Takdirî deliller.

Bunlar, tanık (şahit), bilirkişi, keşif ve uzman görüşüdür. (HMK. m. 240 vd., m. 266 vd., m. 288 vd., m. 293): Hâkim, bu delilleri serbestçe takdir eder (m.198). Yani, özellikle şahit ve bilirkişilerin beyanları hâkimi bağlamaz. Keşifte ise, delil esasen hâkimin kendi duyu organları yardımıyla, gözlemle tespit edebildiği hususları da kapsar.

---

81 21.7.2004 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan 14.7.2004 günlü "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile senetle ispat 400.000.000 TL'ye yükseltilmiştir.

82 Yeminin şekli
MADDE 233- (1) Yemin, mahkeme huzurunda eda olunur.
(2) Hâkim, yeminin icrasından önce yemin edecek kimseye, hangi konuda yemin edeceğini açıklar, yeminin anlam ve önemini anlatır ve yalan yere yemin etmesi hâlinde cezalandırılacağı hususunda dikkatini çeker.
(3)Yemin edecek kimse, yemin konusunun yeterli açıklıkta olmadığını ileri sürerse; hâkim, karşı tarafın görüşünü aldıktan sonra derhâl bu konuda kararını verir.
(4) Sonra "Size sorulan sorular hakkında, gerçeğe uygun cevap vereceğinize ve hiçbir şey saklamayacağınıza namusunuz, şerefiniz ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin eder misiniz?" diye sorar. O kimse de "Bana sorulan sorular hakkında gerçeğe uygun cevap vereceğime ve hiçbir şey saklamayacağıma namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum." Demekle yemin eda edilmiş sayılır.
(5) Yemin eda edilirken, hâkim de dahil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar (Son fıkra yeminin manevi etkisini artırmak amacıyla Ceza Muhakemesi Kanununa paralel bir biçimde kabul edilmiştir. (Hükümet Gerekçesi m.236).)

83 Senetle ispat zorunluluğu
MADDE 200- (1) Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukukî işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.
(2) Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir. (Maddede 1086 sayılı önceki Usul Kanunundaki senetle ispat kuralı aynen kabul edilmiştir. İspat sisteminde temel değişiklik yapılmadığı için, bu sistem içinde önemli bir hüküm olan senetle ispat kuralı da aynen muhafaza edilmiş, sadece senetle ispat kuralı için parasal sınır değiştirilmiştir.)

Sententia (karar):

Karar, yazılı olarak düzenlenir, taraflara yüksek sesle okunur ve sonra, kendilerine bir ilâm verilirdi. Kaybeden taraf; bazen önemli bir toplama varabilen, mahkeme masraflarını öderdi. Mahkûmiyetin mutlaka paraya ilişkin olduğu esası *(omnis condemnatio pecuniaria est)* terkedilmişti. Davalı hâkimin takdirine göre uygun olana mahkûm edilirdi.

Bugünkü hukukumuzda da karar, hâkim ile zabıt kâtibi tarafından imzalanır (HMK. m. 390). Taraflara verilen imzalı ve mühürlü karar (hüküm) suretlerine ilâm denir (m. 392). Yargılama harç ve masrafları, kural olarak haksız çıkan, yani aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir (m. 417/1).

Appellatio (Kanun yolları):

Kanun yolları, bir kararı yeniden tetkik ettirmek için, başvurulan yollara denir. Bilhassa iki türlü olur: İstinaf ve Temyiz. İstinaf halinde dava, yeniden bir daha görülür. Bugün bizde, bu usul yoktur. Temyiz halinde ise, dava bir daha görülmez, fakat usulsüzlük olup olmadığı araştırılır.

Formula usulünde, kanun yolları söz konusu olamazdı. Çünkü, özel hâkimi seçen zaten taraflar olduktan başka, hâkimin üstünde bir makam da yoktu; kararı kesindi. Nizam Harici Usulde ise, hâkim tarafların seçmedikleri bir devlet memuru idi ve hâkimler arasında derece farkı olduğu için, bir hâkimin gördüğü davanın daha üst makamdaki bir hâkime gönderilmesi düşünülebilirdi.

Roma Hukukunda, karara itiraz yolu, istinafa benzemektedir. *Appellatio:* Augustus'tan itibaren bazı hallerde, davayı yeniden tetkik etmesi için imparatora müracaat ediliyor, o da üst hâkimlere havale ediyordu.

İtiraz etmek isteyen taraf, ilk kararı veren hâkime, kısa bir süre içinde, bu talebini bir dilekçe ile bildirir, bu hâkim, talebi verdiği karar ile birlikte üst mahkemeye havale ederdi. İtirazı, kararın icrasını engellerdi[84]. Üst hâkim davayı yeniden ve tamamen, bir daha görür, onun verdiği karar kesin olurdu. Bu karara karşı, kanun yolu mevcut değildi. İtirazda bulunan taraf davasını yine kaybederse, masrafların dört mislini öder, eğer kötü niyetli ise, yani kaybedeceğini bile bile itiraz etmişse, çok daha fazla bir ceza ödemeye mahkûm edilirdi. İtiraz yoluna gidilmişse

[84] Kaser M., Römisches Privatrecht. s. 326.

üst mahkeme kararına kadar verilen karar icra edilmezdi. Ayrıca davaları uzatmamak için itiraz harçları yüksek tutulmuştur.

Karara itiraz *(appellatio)* aracılığı ile, fevkalâde usul, imparator adına karar veren merkezî idarenin yargı organlarına son kararı vermek imkânını sağlıyordu[85].

İcra:

Kararın icrasını da devlet yapmakta idi. Karardan bir müddet sonra, ilâmla birlikte icra memuruna gidilir, yine *actio iudicati* açılır; eğer, mahkûmiyet bir malın iadesi ise, *manu militari* yani zorla, mal alınarak davacıya verilirdi.

Mahkûmiyet bir paranın ödenmesi ise, mahkûmun âciz olup olmadığına bakılırdı.

Âciz değil, fakat ödemek istemiyorsa, yeteri kadar malı teminat olarak, tutulur; iki ay içinde kendiliğinden ödenmezse, bu mallar tek tek satılır *(distractio bonorum).*

Âciz ise, bütün mallarının zilyetliği alacaklı veya alacaklılara verilir; bu halde, malların zilyetliğine yalnız davacı değil, diğer alacaklılar da iştirak ettirilirdi.

Eğer mahkûm tamamen ve kendi rızası ile devretmemişse; ve mesela, kötü niyetli olarak mallarını kaçırmışsa, şahsı üzerinde icraya geçilebilir, fakat özel hapishaneler kaldırılmış olduğu için devlet hapishanesine atılırdı.

Bazı davalılar, *beneficium competentiae* denen bir imtiyazdan faydalanırlardı: Bu imtiyaza göre, eşler, ortaklar, yakın akrabalar gibi bazı kimseler, borcun ne kadarını ödeyebiliyorlarsa, o kadarı ile yetinilinir; bu suretle tam bir sefalete düşmeleri ve şerefsiz olmaları önlenirdi.

İcra usulü, günümüz hukukunda da, aynı prensibe dayanır. Borcunu rızası ile ifa etmeyen borçlu, alacaklının talebi üzerine, devlet kuvveti aracılığıyla borcunu ödemeye zorlanır. Devletin cebrî icra organları, (icra dairesi) borçlunun mallarına el koyar, bu malları satar ve satış bedelinden öder. Cebri icra organları, bu işlemleri yapabilmek için zor kullanma yetkisine sahiptir. Hukukumuzda, borç için hapis müessesesi yoktur. Fakat, borçlunun mallarını ve nerede olduğunu tespit edebilmek için, bazı hallerde (istisnaî ve ikinci derecede olmak üzere) hapis yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir: Mesela, borç-

[85] Thireau, s. 83.

lunun mal beyanında bulunmasını sağlamak için hapisle tazyik edilmesi (İİK. m. 76) ve mal beyanında bulunmayan borçlunun cezalandırılması (İİK. m. 337) gibi.

Fevkalâde usul, formula usulünden daha basittir. Davanın geleneksel ikiye bölünüşünü tanımayan, imparatorun yetki verdiği hâkim davayı başından sonuna kadar götürüyor, her celseyi yönetiyor ve tarafları dinliyor ve karar veriyordu. Yetkileri *praetor*'dan daha genişti, davalının getirilmesini emredebilir, tarafların hatalarını düzeltebilir ve ileri sürülenlerin yetersizliklerini tamamlayabilirdi. Yargı, devletin ve temsilcilerinin örgütlediği ve yönettiği bir kamu hizmeti halini almıştır. Bu şekilde, olağanüstü usul, modern yargılama usulünün atası olarak ortaya çıkmaktadır[86].

Nizam Harici Usulün ikili bir etkisi ile karşılaşıyoruz: Birincisi Ortaçağ'da önce kiliselerde, sonra laik yargı organlarında uygulanan Roma Kilise Hukuku denilen usulün başlangıcı olmasıdır. Bu şekilde Nizam Harici Usul günümüz usul hukuklarının uzak kaynağını teşkil etmiştir. Diğeri ise, hukukun esası üzerinde doğrudan doğruya tesir etmesidir. *Formula* usulünün engellerinin, özel ve sınırlı imkânlarının aşılmasını sağlamıştır.

Cognitio extra ordinem'de şüphesiz bir takım eksiklikler vardı. Ve bu usulün bazı hususlarda *ordo iudiciorum privatorum*'dan (özel yargılama usulü) tam olarak sıyrıldığı da söylenemezdi. Ancak, her şeye rağmen, bu usulün *legis actio*'lar sisteminden ve *formula* sisteminden çok daha üstün olduğunda da hiç şüphe yoktur. Gerçekten, *cognitio extra ordinem*'de, "esas", "biçim"e galip gelerek ön plâna çıkmış ve bu yönüyle *cognitio extra ordinem,* Ortaçağ Usul Hukukunu etkileyerek, ilke ve kurallarının birçoğu Ortaçağ Usul Hukuku kökenli olan modern medeni usul hukuklarının aslî kaynağını teşkil etmiştir. Özellikle adlî ispat, tahkikat, yemin konularında etkileri açıktır. Ayrıca, adaletin Devlet adına, meslekten hâkimler tarafından tevzii ve yerine getirilmesi suretiyle, özel şahıslar arasındaki ilişkilerde bugün de uygulanmakta olan sistemin temeli atılmıştır.

---

86 Thireau, s. 83.

İSTİSNAÎ USULLER

Nizam Harici Usul sırasında, bazı istisnaî usuller de vardır.

İmparator'un yazılı cevabı. Hâkim ihtilâfı halledemiyorsa, imparatorluk mahkemesine sunar, oradan istişare alırdı. İmparator; isterse, davayı görmeyi kabul ederek, ihtilâfı karara bağlardı.

İmparatorun itibarı çok arttıktan sonra, hâkimler gibi, taraflar da imparatora başvurmaya başlamıştı. İmparatorun, isterse göreceği bu davalarda verdiği karar, hukuk kuralı niteliğinde idi.

Kısa muhakeme usulü. Nafaka, azat etme gibi hallerde doğan ihtilâfları süratle sonuçlandırmak amacıyla, usulün bazı kısımları atlanırdı: Bazı şekillerden vazgeçilir, süreler kısaltılır ve dava çabuk görülmüş olurdu.

Kısa yargılama usulü, modern medenî usul hukukunda öngörülmüş olan özel muhakeme usullerinden «seri muhakeme usulü» ne benzemektedir.

Episcopalis audentia. Bir de, dinî reis olan Piskopos'un kaza yetkisi vardır. Hıristiyanlığın kabulünden sonra, ihtilâf halinde bulunan taraflar, kendi rızaları ile, dinî reis olan Piskopos'a başvurmakta idiler. Önceleri, bu iş gayri resmi oluyor. Piskopos hâkim gibi değil, hususî bir hakem gibi hareket ediyordu.

Iustinianus zamanında, Piskopus'un halledebileceği davaların hangileri olduğu tespit edilmiştir. Hâkimler önünde görülmeyen bazı ihtilâflara o bakıyor, gerekirse meseleyi imparatora aksettirme imkânı buluyordu.

Iustinianus, piskoposların yargı faaliyetlerini *Novella*'larla yeni esaslara bağlamıştır. Piskoposlar, artık lâik hâkimler yargı faaliyetlerine karışabiliyorlardı. Yaptıkları bir çeşit hâkimlik olmakla birlikte, karar verdikleri ihtilâfların, on gün içinde başvurularak lâik bir hâkim önünde, istinaf yoluyla yeniden görülebileceği kabul edilmiştir. Lâik hâkim, piskoposun kararını uygun bulursa karar kesinleşiyor, aksi halde, dava üst mahkemede yeniden ele alınıyordu[87].

Davaların sona ermesi:

Davalar; kesin hüküm *(res iudicata)*, zamanaşımı, ibra anlaşması, davaların birleşmesi yollarıyla sona erdiklerinden bir daha açılmazlardı.

---

[87] Çelebican Ö. K., s. 365.

FORMULA ÖRNEKLERİ

Aynî davalardan istihkak davasının *(rei vindicatio*'nun) *formula*'sı:

«Si paret rem qua de agitur ex iure Quiritum Aulii Agerii esse neque ea res (arbitrio iudicis) restituetur (intentio), quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito (condemnatio):

Söz konusu malın *Quirites* Hukukuna göre, davacıya ait olduğu sabit olursa, ve (hâkimin emrine rağmen) bu mal iade edilmezse (*intentio*); ey hâkim, davalıyı bu malın değeri kadar para miktarına mahkûm et. Sabit olmazsa beraat ettir (*condemnatio*).

Karz aktinden doğan ve şahsî davalardan, ödünç verilen muayyen miktar para *(certea creditae pecuniae)* davasının *formula*'sı:

«Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem milia Hs dare oportere (intentio) iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemnato, si non paret absolvito (condemnatio).

Eğer, davalının davacıya 10.000 *Sestertius* vermeye borçlu olduğu sabit olursa (*intento*), ey hâkim, davalıyı davacıya 10.000 *Sestertius* vermeye mahkûm et. Sabit olmazsa beraat ettir (*condemnatio*).

Vedia aktinin, *in ius concepta* (hakka ait) *formula*'sı:

«Iudex esto. Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito.»:

Hâkim olsun. Davacının, davalıya, dava konusu olan bir gümüş masayı vedia olarak vermiş olduğuna göre, ey hâkim, iyi niyete uygun olarak, o şeyden dolayı, davalının davacıya vermeye veya borçlu olduğu şeye, davalıyı davacıya karşı mahkûm et. Sabit olmazsa beraat ettir.

Vedia aktinin *in facutum concepta* (olaylara ait) *formula*'sı:

«Iudex esto. Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse (intentio), quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret absolvito (condemnatio).

Hâkim olsun. Davacının davalıya bir gümüş masa tevdi ettiği ve davalının kasıtlı olarak masayı davacıya iade etmediği sabit olursa, (*intentio*), ey hâkim, davalıyı, davacıya karşı, o masanın değeri kadar para miktarına mahkûm et. Sabit olmazsa beraat ettir (*condemnatio*).

Actio Publiciana in rem'in *formula*'sı:

«Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus, est an no possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium ese oparteret neque ea res..»":

«Eğer *Aulus Agerius* satın aldığı ve kendisine teslim olunan köleye bir yıl süreyle zilyet olmuş olsaydı, söz konusu kölenin *Quirites* Hukukuna göre ona ait olduğu sabit olursa...»

§ 18. Roma Özel Hukuk Davası Ve Usul Hukukumuz Ana Yapı Ve İlkeler

Romanist geleneği olan ülkelerde modern usul hukukunun kökeni müşterek hukuktur[88]. Orta Çağ hukukçuları Iustinianus'un *Corpus Iuris Civilis*'in kurallarından ilham alarak modern usul hukukunu kilise hukuku[89] temellerine dayanarak hazırlamışlardır.

Kilise usul hukuku da, Son İmparatorluk devrinden ve belirli bir ölçüde Iustinianus kaynaklarından, özellikle *Codex*'ten etkilenmiştir. Özet olarak, modern usul hukukumuz *Cognitio Extra Ordinem*'in son şeklini yansıtan bir geleneği, bu sistemin, temel yapısını devam ettirmektedir. Meselâ tüm usule ilişkin muamelelerde davanın kabulünün incelenmesinden sonra karara kadar tek ve aynı makamın yetkili olması mutlak anlamda olmasa bile dava kilise hukuku davasında olduğu gibi yazılı şekle tâbidir. *Quod non est in actis non est in mundo:* «Evrakta yazılı olmayan mevcut değildir». Yazılı olma en az dava talebi için ve genel olarak tarafların taleplerini kapsayan konular ve karar için gereklidir. Adı geçen yazılı belgeleri kapsayan konular için ve karar için gereklidir. Adı geçen yazılı belgeleri kapsayan bir dava dosyası zorunlu olarak oluşturulmalıdır. Bu dosyaya sözlü beyanların zaptı eklenip ve yazılı resmî bir belge haline gelir. Usul hukuku, kamu makamlarına ilişkin icra yollarını da düzenler. Bu makamlar kamu gücünü kullanabilirler. Nihayet modern usul hukuku Nizam Harici Usul de olduğu gibi karara karşı başvuru imkânlarını *(appellatio)* tanır. Bu başvuru da davanın ikinci, hattâ üçüncü kez görülmesine imkân verir.

Kanunî davalar ve *formula* usulü davası, *Cognitio Extra Ordinem*'den bize miras kalan yukarıda belirttiklerimize tamamen zıt nitelik taşıyordu; Davanın zorunlu olarak iki kısma bölünmesi *(in iure ve in iudicio)*; bütün muamelelerin sözlü niteliği (sadece *praetor*'un hâkim atamasını kapsayan karar metni ve *formula* usulünde, *formula* zorunlu olarak yazılı şekildedir), icra vasıtalarının *magistra*'nın kontrolü altında davacı tarafından uygulanması; duruşmanın tek celsede sona ermesi. Karara karşı başvurma sadece *princeps*'e başvurma olarak kabul ediliyordu. Hâkimin kararını konu alan bizzat imparatorun veya memurların davaya bakması için bir talep olması gerekiyordu.

Modern davanın *Cognitio Extra Ordinem*'in son devresindeki dava ile benzerliğine rağmen açıkladığımız gibi klasik Roma özel hukuk davasını ve her şeyden önce *iudicia ordinaria* usulünü açıklamak

---

88 Bu kısım için bkz. SCHMIDLIN B., CANNATA C.A., s. 285-295.

89 *Ecclesia vivit lege romana:* Kilise Roma Hukukuna göre yaşar.

yerinde olacaktır. Bunun iki sebebi vardır: Her şeyden önce Roma Özel Hukuku bütünü içinde hukukçular -eski hukukçular ve «klasikler»-tarafından *formula* usulü davalarının yapısı gözönünde bulundurularak hazırlanmıştır. Davalar, doktrinlerinin bir şekilde temel kategorilerini oluşturmaktadır. Bu oluşumun hukuk tarihimiz üzerinde önemli etkisi olacaktır. Sadece bir örnek vermek gerekirse Kara Avrupası Hukukunun Romanist geleneğinin özelliği olan akit tipleri ayırımı bunu ispat etmektedir. Zira bu İngiliz Hukukuna yabancıdır. Diğer sebep doğrudan doğruya adlî hukuk tarihine bağlıdır. Bunun temel ilkeleri *Cognitio Extra Ordinem*'de hazırlanmamıştır. Eski Kanunî Davalar Usulünden önce gelişmişlerdir. Daha sonra bir çözüm yolu gerektiren hukuk sorunları ortaya çıktıkça *formula* davasında gelişmişlerdir. Hukuk davası yapısını da açıklamaya da imkân veren en önemli usule ilişkin ilkeleri gözden geçirelim.

1 – İSPAT YÜKÜ

Medeni Kanun'da ispat yükü konusunda temel hüküm yer almaktadır:

TMK m. 6'ya göre, Kanunda aksine bir kural bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat yükü altındadır.

Bu kural birbirinden farklı iki ilkeyi kapsamaktadır. Öncelikli olan ve istisnası olmayan birine göre bir hakkın ispatı hakkın varlığına değil, fakat olaylara ilişkindir. Diğer ilke istisnayı kapsamaktadır: Kanunda aksine bir kural bulunmadıkça, ispat yükünü belirlemektedir. Bir hakkı ileri sürene onun dayanağını ispat etme yükümlülüğü vermektedir[90].

a - İspatın hakka değil, fakat olaya dayanması açık bir gerçekten ortaya çıkmamaktadır. Orta Çağ, Cermen hukuku davası ise aksi kuralı kabul etmiştir. Meselâ arazi mülkiyetinin ispatı yargılama sonucu sağlanıyordu. Davayı kazanan hakkını bu şekilde veya *coniuratio* aracılığı ile ispat ediyordu. Bu son durumda hatırı sayılır komşular, malik olduğunu iddia edenin gerçekten malik olduğunu göstermek için davaya geliyorlar ve yeminle tanıklık yapıyorlardı.

---

[90] «İspat yükü» ifadesi burada bir görev değil, fakat basit bir yükümlülüğü ifade etmek için kullanılmıştır. Gerçekten, ispat yükünü yerine getirmek durumunda olan taraf eğer, bunu sağlamazsa bir müeyyide ile karşılaşmaz. İspat yükünü sağlayamıyorsa sadece davanın kaybından ibaret olan olumsuz sonuçla karşılaşacaktır.

Buna karşılık modern kural daha *legis actio sacramento in rem*'de görülmektedir ve onun yapısı sonraki usulün gelişmesini belirlemiştir. Gerçekten bu dava şeklinde karar mal üzerindeki haklarını ileri süren tarafların beyanlarına dayanmamaktadır. Fakat karar şekil olarak *sacramentum*'a ilişkindir. (Davalı ve davacının şekle bağlı sözlerle, aynı mal üzerinde, aynı iddiada bulunmasından sonra *magistra* yargı önüne gelen ihtilâflı malın (veya onu temsil eden parçasının) bırakılmasını emretmektedir). Davacı ve davalı arasındaki bu dialog talep edilen mala değil, özellikle sebebe *(postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris;* malı hangi sebeple talep ettiğini bana söylemeni istiyorum) hakkın dayandığı olaya ilişkindir. Bu olay da, *dominus*'un (malikin) hangi taraf olduğunu ortaya çıkarmaya imkân verecektir.

b - İspat yükü ilkesi, ispat imtiyazına karşı koymaktadır. İspat imtiyazı suç konusunda eski Cermen hukuku davasını hatırlatmaktadır. Burada davalı kendisini suçlayanın ithamının dayanaksız olduğunu ispat etmek hakkına sahipti ve suçlayanın herhangi bir şeyi ispat etmeye ihtiyacı yoktu. Davalı, masum olduğunu, kaynar suya el batırmak[91] veya kızdırılmış demiri tutmak[92] gibi tek taraflı delille veya iki taraflı delillerle (Kreuzprobe)[93] ispat edilebilirdi.

Buna karşılık; bugün bir hakkı olduğunu iddia eden veya bir hakka karşı def'i *(exceptio)* ileri sürmek isteyen dayanağı olan olayları ispat etmek zorundadır. Bu şekilde talebinin dayanağını ispat etmek davacıya düşmektedir. Bu kural daha *legis actio sacremento in rem* devrinde vardır. Davacıya sorulan soru *anne dicas qua ex causa vindicaveris* (malı hangi sebeple talep ettiğini söylemeni istiyorum) sadece davacının ileri sürdüğü talebi kapsıyordu ve bu *sacramentum*'un konusunu teşkil ediyordu.

Eğer davaya ilişkin ispat kuralındaki yükümlülüğün (bununla hakkını talep etmektedir) davacıya ait olması kuralının kökeni kanunî davalar devrinde ise davalıya ait def'i *(exceptio)* ilk defa *formula* usulünde gözükmektedir. İlke tam bir mantıkî çerçevede ifade edilmektedir.

Ulpianus D. 44, 1,1.

Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur. nam reus in exceptione actor est.

---

91 Su delili: Sanık suya atılırdı ve temiz olan su, suçlu ise sanığı yüzdürmeyi reddedecektir.

92 Demir delili: Sanık kızdırılmış bir demiri tutuluyordu. Birkaç gün sonra deri kabarcıkları suçluluğunun delilini getiriyordu.

93 Kreuzprobe: İki taraf kollarını yatay olarak uzatıyorlardı ve kolu ilk düşenin haksız olduğu kabul ediliyordu.

Bir def'i *(exceptio)* ileri sürenin bir talepte bulunduğu kabul edilir. Zira: Bir def'i *(exceptio)* ileri süren davalı, bir davacıdır (Karşılaştırınız Ulp. D. 22. 3. 19 pr.).

Davayı sona erdiren kararın kapsamı, hâkimin takdir ettiği ve değerlendirdiği tarafların iddia ve savunmalarının dayanağı olan deliller tarafından belirlenir. Deliller hukuk ve olaylara dayanan sorunlara ilişkin olabilir. Bu da ikili bir meseleyi ortaya çıkarır. Bir taraftan olayın hukukî kapsamını oluşturan olayları nitelendirmeye yarayan hukukî kuralları tespit etmek söz konusudur ve diğer taraftan ileri sürülen olayların varlığını (delil sorunu) belirlemek gerekir. Hukuk meseleleri konusunda hiçbir delil sorunu ortaya çıkmaz. Taraflar haklarını değil, onlardan çıkan olayları ispat etmek zorundadır. Uygulanacak hukukî kuralların varlığına gelince, bunu taraflar ispat etmeyecektir. Bu son ilke genel olarak *iura novit curia:* «Hukuk kuralını mahkeme uygular», vecizesi ile ifade edilir. Aynı zamanda Romalı olan bu kural, bizim hukukî geleneğimizde devam etmiştir (meselâ bu durum papiruslardan tanıdığımız Yunan-Mısır Hukukuna yabancıdır).

Bu ilkenin çok az istisnası olmuştur. En önemlileri şunlardır: Birincisi 426 yılında *Lex Citationis*'de (zikre ait kanun) öngörülen «*Collatio codicum*»da bulunandır (C. TH. 1.4.3). Taraflardan, taleplerinin hukukçuların fikirlerine uygun olduğu delilini istiyordu. Bunların hiç olmazsa Papinianus, Paulus, Gaius, Ulpianus ve Modestinus'un fikri olması gerekiyordu. İkincisi özellikle Ortaçağ'dan itibaren sık sık görülen yazılı olmayan örf ve âdetlerin uygulanmasıdır.

Kuralların yorumlanmasına ve olayların hukukî nitelendirilmesine gelince bunlar normal olarak avukatların savunmalarının önemli bir kısmını oluşturur. Avukatlar müvekkillerinin taleplerinin haklı olduğu konusunda hâkimi ikna etmeye çalışırlar. Fakat hukukî anlamda hiçbir yükümlülük, onları ne olursa olsun yapmaya mecbur etmez.

2 – TARAFLARIN DELİLLERİ: SAVUNMALAR VE DEF'İLER

Hâkimin kesin kararı için belirleyici delillerin bütünü 3 gruba ayrılır. Birincisi hakkını ve buna dayanan olayları ileri süren davacının delillerinden oluşur. Buna karşılık davalının delilleri, «savunmalar» iki farklı gruptan kaynaklanır. Bir taraftan dar anlamı ile savunmaları yani davalının, davacının beyanlarının doğrudan doğruya aksini söylediği delilleri, dar anlamdaki savunmaları ayırmak lâzımdır. Davalı burada hakkın kaynağı olarak ileri sürülen olayları inkâr etmekte veya sonucu bu hakkı sona erdirmek olan olayları ileri sürmektedir. Diğer taraftan

davalı def'iler ileri sürebilir ve bunlarla davacının hakkı mevcut olsa bile ileri sürülmesini engelleyen olaylara dayanır. Bu şekilde akde dayanan bir alacağın ödeme talebi karşısında, davalı (dar anlamda «savunma» olarak) akdin yapılmamış olduğunu veya daha önce edimin ifa edilmiş olduğunu beyan edebilir. Fakat akdin mevcut olmasına rağmen, ciddi bir korku-ikrah-altında yapıldığını ileri sürebilir *(exceptio metus)*.

Modern hukukta savunma ve def'iler arasındaki fark (davanın esası planında) zayıflamıştır. Zira def'ilerle ileri sürülen olaylar çoğu kez, maddî, hukukî ilişkinin oluşmasını engelleyen sebepler olarak dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte usule ilişkin alanda açıkça yerini korumaktadır. Çünkü hâkim bir def'iyi ancak davalı aksini açıkça ileri sürüyorsa dikkate alabilir. Halbuki savunmayı oluşturan olaylar dava dosyasında ne şekilde yer alırsa alsın dar anlamda davacıya karşı, kullanılmaktadır.

Formula usulünde, bu delillerin üç grubu *formula*'nın yapısı dolayısıyla farklı durum alıyordu. *Formula*'nın kullanılışı onların tek tek incelenmesine yol açıyordu. Davacının ileri sürdüğü hukuki ilişki *intentio*'da yer alıyordu (çoğu kez *demonstratio* ile tamamlanıyordu). Bazı kez *praescriptio*[94] ile sınırlanıyordu. Def'iler[95] bağımsız bir şartın konusuydu: Bunların *formula*'ya konulmasını *praetor*'dan açıkça talep etmek davalıya düşüyordu. Dar anlamdaki savunmalara gelince *formula*'da hiçbir şekilde yer almıyordu. Zira davalının ileri sürdüğü olaylar doğrudan doğruya *intentio*'nun temeline ilişkindi. *İntentio*, yani talep, hakimin onu inkâr eden olayları dikkate alması için yeterliydi.

Bir şahsî dava örneği konusu bir borcun ödenmesi olan bir *stipulatio*'dan doğan *condictio formula*'nın yapısında talep ve savunmanın şemasını özet olarak açıklayabilir. Bu durumda, *formula*'nın *intentio*'su şu şekildedir: *«Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio C dare oportare»* Eğer davacının, davalıya 100 *sestertius* vermeye borçlu olduğu sabit olursa.

Muhtemelen davalının ileri sürdüğü bir *exceptio metus*'un (ikrah def'i) kapsamı şu şekildeydi: *«Si in ea ne nihil metus causa factum est»* Eğer bu davada hiçbir ciddi korku söz konusu değilse.

---

[94] *Formula*'nın başında, hâkimin isminden sonra davacının veya davalının menfaatine yazılmış cümle.

[95] Burada sadece doğrudan doğruya *exceptio*'yu dikkate alıyoruz. Fakat *exceptio* kuralı kolaylıkla *replicatio*'yu *duplicatio*' 'ya v.s. genişletilebilir.

Hâkimin kararı şu üç konuyu dikkate alacaktır: Davacının talep ettiği alacak oluşmuş mudur? Eğer oluşmuşsa sona ermiş midir? Eğer alacak oluşmuş ve sona ermemişse ciddi bir korkunun etkisi altında mı oluşmuştur?

Tarafların delilleri aşağıdaki üç bölüme göre sıralanır:

a – Davacı 100 *Sestertius* tutarında kendisi ve davalı arasında geçerli bir *stipulatio*'nun varlığını ileri sürmektedir.

b – Savunmalar: Davalı bu *stipulatio*'nun varlığını inkâr etmektedir veya geçersiz olduğunu yahut ifanın daha önce yapıldığını ileri sürmektedir.

c – Def'i: Davalı ciddi bir tehlikenin etkisi altında vaatte bulunduğunu ileri sürmektedir.

Hâkim delillerin ileri sürülmesinden sonra (a) nın gerçek olduğunu ve ayrıca (b) ve (c) nin gerçek olmadığı kanaatine varırsa davalıyı mahkûm edecektir. (a) nın gerçek olmadığı; veya (a) nın gerçek ve (b) nin de gerçek olduğu yahut (a) nın gerçek (b) nin gerçek olmadığı (c) nin gerçek olduğu kanaatine varırsa davalıyı beraat ettirmek zorunluluğundadır.

İspat yüküne ilişkin kurallar tablosunu tamamlamak için önemli bir nokta ortaya çıkmaktadır. (a) bölümündeki (hukukî ihtilâf) deliller için ispat yükünün davacıya düştüğünü biliyoruz. Davalıya gelince (c) bölümünde ileri sürdüklerini *(exceptio*'lar) ispat etmek zorundadır. (b) bölümündeki olayları (savunmaları) hâkim değerlendirecektir. (b) serisindeki olaylar muhakeme evrakı kapsamında olması şartıyla (meselâ kontratta bedelin alındığına ilişkin kaydın bulunması) hâkim tarafından dikkate alınmalıdır. Eğer bu olaylar duruşma belgelerinden çıkmıyorsa durumun ne olduğunu belirlemek gerekir. Eğer davacı hakkının dayanağını oluşturan olayları ispat etmek yükümlülüğünde ise hakkının sona erdiğine ilişkin bir olayın gerçekleşmediğini veya dayanağının sona ermediğini temin etmek zorunda değildir. Eğer hakim önünde savunmalara ilişkin olayları ispat edemiyorsa davalı bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır ve savunmanın dayanakları olan delilleri sağlamakta tüm menfaat davalınındır.

Modern hukukçular ispat yükü konusundaki genel kuralları şu şekilde özetlerler: «İspat yükü» taraflardan birine ya da diğerine aittir. Esas rol davacıya düşmektedir ve davacı tarafından ileri sürülen olayları inkâr etmekle yetinen davalının ileri süreceği hiçbir delil yoktur. Fakat savunması için ileri sürdüğü olayları veya bir *exceptio*'yu (def'i)

aynı şekilde ispat etmek zorunluluğundadır[96]. Roma hukukçusu Paulus aynı kuralı şu şekilde ifade ediyordu.

Paulus, D. 22.3.2: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*

«Kendi lehine bir olay ileri süren bunu ispat etmek durumundadır ve karşı taraf bu olayın gerçekleşmediğini ispat etmek zorunda değildir».

3 – DAVALARIN TASNİFİ

Çeşitli davaların tasnifi *formula* usulü ve kısmen kanuni davalarla uyum sağlamaktadır ve bu tasnifi modern hukuk geliştirmiştir.

Bunun sebebi tasniflerin eski usul sistemlerinden kalan unsurlara dayanmasıdır.

Klasik denilen tasnifler arasındaki en önemli Roma kökenli olan aynî davalar ve şahsi davalar şeklindeki ayırımdır. (Klasik tasnifler 19. yy.da *actio* veya «Anspruch» kavramı ile ilişkili olarak Pandekt hukukçuları tarafından teklif edilmiştir).

19. yy. doktrini, davaların bu klasik tiplerini tesis ederek maddi hukukla sıkı bir ilişki kurmaktadır. Günümüz doktrini tamamen usule ilişkin bir düzenlemeyi izlemekte ve muhakemenin niteliğini yani davacının talep ettiği gibi kararın kapsamını kıstas olarak almayı tercih etmektedir. Bu kıstasa göre, eda, tespit, inşai davalar ayırımı yapılmaktadır.

A – Eda Davası:

Modern hukukta olduğu kadar Roma Hukukunda da adlî himayenin ortak noktasını teşkil eder. Burada davacının bir hakkı ileri sürerek davalıdan kendisi için bir edimi yerine getirmesini ve davalının bu edime icraya mahkûm edilmesini talep eder. Davacının amacı, kendisine icraya başvurmayı sağlayabilecek bir karar elde etmektir. Eğer kesin karar davacı lehine sonuçlanmışsa *res iudicata*'yı teşkil eder. Davalının rakibine bir edimi yerine getirme zorunluluğu yükler. Bu şekilde karar icraî bir işlev de kazanmış olur.

Bununla birlikte modern usul hukukundan farklı olarak *formula* usulü (gördüğümüz gibi *legis actiones* -kanunî davalar- değil) ayrıca bir *actio iudicati* gerektiriyordu. *Actio iudicati* Roma Usul Hukukunun bir özelliğidir. Zira icra yolu magistra'nın yargı faaliyetinin dışında kaldığı

[96] W. HABSCHEID, Droit Judiciarie privé suisse. 1981, s. 424.

için bu dava aracılığı ile mahkûm edilenin icra niteliğinin varlığına veya geçerliliğine itiraz edebilecek son bir imkân yaratmak gerekiyordu.

B – Tespit Davaları:

Mevcut bir hukukî durumun tespiti için öngörülmüştür ve bu durumu taraflar arasındaki gelecekteki her türlü tartışmanın dışına çıkarır. Modern hukukta davanın açılabilmesi için menfaat gerekir[97] (bunun kökeni Roma Hukukudur). Buna göre davacının davayı açması için hazır bir menfaatin olması gerekir. Roma Hukukunda bu tip davalara *actio praeiudicialis*[98] (tespit davaları) denilmektedir.

Tespit işlevine uygun olarak, tespit davasının *formula*'sı sadece hakimin atanmasını ve *intentio*'yu kapsıyordu. Meselâ eğer *an Aulus Agerius ingenuus sit;* «Eğer davacı doğumundan beri hür ise»; *an Numerius Negitius Auli Agerii libertus sit; «*Eğer davalı davacının bir azatlısı ise»; *Quanta dos Caiae Corneliae sit; «Caiae Cornelia*'nın *dos*'u (cihaz)nun tutarı nedir?».

Bu şekilde hâkim ne mahkûm ne de beraat ettirecektir. Sadece, yukarıda zikredilen olaylar hakkında karar verecektir.

C – İnşaî Dava:

Karar taraflar arasında yeni bir hukukî ilişki yaratır ya da mevcut hukukî ilişkiyi sona erdirir. Bu davaların istisnaî bir niteliği vardır. Sadece kanunda öngörülen hallerde açılabilir[99].

Roma Hukuku bu davaları tanımıyordu. Fakat *praetor* aynı sonuçları kabul ettiği özel usullerin sonuçları ile elde ediyordu. Tarafların kendisine sundukları olaylar hakkında *causa cognita* (ihtilâflı olan bir olayın, bizzat *magistra* tarafından incelenmesi) bilgi aldıktan sonra...

Eğer Medeni Hukuka göre geçerli fakat hakkaniyete aykırı hukukî ilişkinin sonuçlarını engellemek istiyorsa bu sonuçlardan şikayet eden lehine *restitutio in integrum*[100] (eski hale iade) imkânı tanıyordu. Bu kararla ilgili taraf söz konusu hukukî ilişkiyi oluşturan olaylardan önceki eski hukukî durumu elde ediyordu.

---

97 KURU B., Medeni Usul Hukuku, Ankara 1995, s. 265.

98 Bir para mahkûmiyetini değil bir kişinin veya bir malvarlığının hukukî durumunu, önceden tespit ettirmeye yarayan *praetor* davaları. Hâkim, tespit konusunda karar verir.

99 KURU, B., s. 268.

100 Bazı durumlarda, *praetor* olayı inceledikten sonra, itiraz edilen bir hukukî muameleden doğan sonuçları, *ius civile*'ye uygun olsa bile hakkaniyete aykırı görürse, o muamele sanki hiç yapılmamış gibi tarafları eski duruma iade etmiş olmakta idi. Bu sonucu elde etmek için, genellikle *ius civile* davasını vermemekte idi *(denegatio actionis).*

Buna karşılık eğer *praetor* taraflardan birine diğerine karşı bir borç yükleme zorunluluğunda olduğunu görüyorsa boşluğu dolduracak bir *stipulatio*'nun yapılmasını *(stipulatio praetoria)* sağlıyordu. Bu şekilde bir *stipulatio* ile *(cautio damni infecti) praetor* bir binanın malikini binanın çökmesi halinde zararları ödeme yükümlülüğü altına sokuyordu. Eğer malik reddederse diğer tarafa tehlikeli binanın zilyetliğine el koyma imkânı *(missio in possessionem)* sağlıyordu. Eğer diğer taraf reddetmekte devam ediyorsa ikinci bir *missio in possessionem* komşuya malın kazandırıcı zamanaşımı ile elde edilmesi için hukukî sebebi *(iusta causa)* sağlıyordu. Malik karar verilen zilyetliğin elde edilmesine imkân vermezse ve daha sonra bina çökerse *praetor* komşuya bir *actio in factum* veriyordu. Bu dava; binanın maliki sanki yerine getirmek istemediği *cautio*'yu (teminatı) ödemesini hedef alıyordu.

ROMA HUKUKU İÇİN YARARLANILABİLECEK KİTAP LİSTESİ

BUCKLAND W.W. - STEIN P.: A. Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge, 1963.

DI MARZO S.: Roma Hukuku, çev. UMUR Z., İstanbul, 1959.

ERDOĞMUŞ B.:Roma Eşya Hukuku, İstanbul, 1997

ERDOĞMUŞ B.- TAHİROĞLU B.: Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul,1998.

GAIUS-INSTITUTIONES, Borçlar Kısmı, çev. RADOT., İstanbul, 1953.

IUSTINIANUS: INSTITUTIONES, çev. UMUR Z., İstanbul, 1968.

KARADENİZ - ÇELEBİCAN Ö.: Roma Hukuku, Ankara, 2000.

KASER M.: Römisches Privatrecht, München 1976.

KOSCHAKER P.: Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Kitabı yeniden gözden geçiren AYİTER K., Ankara 1975.

PUGLIESE G.: Instituzioni di diritto Romano, Padova 1986.

SCHIMIDLIN B. - CANNATA A.: Droit Privé Romain, c. I - II. Lausanne, 1988.

SCHWARZ A.: Roma Hukuku Dersleri, Çev. RADO T., İstanbul, 1965.

RADO T.: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1997.

TAHİROĞLU B., Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2000.

UMUR Z.: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984.

UMUR Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1985.

UMUR Z.: Roma Hukuku, Eşya Hukuku, İstanbul,1985.

UMUR Z.: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1987.

VILLEY M.: Roma Hukukunun Güncelliği, Çev. TAHİROĞLU B., İstanbul, 1996.

KAVRAM İNDEKSİ

-A-

Actio, 55, 63, 68, 73, 124, 128-135, 144, 177, 187, 188, 199, 217, 219, 225, 228, 229, 232, 234-241, 243-246, 249, 250,252, 255, 257, 260-265, 273, 274, 277, 280, 284-286,
Actio quod iussu, 221
Actio (dava) hakkı, 228,
Actio contraria, 177,
Actio directa, 177,
Actio doli, 217,
Actio empti, 134, 261,
Actio ex stipulatu, 264,
Actio exercitoria, 225,
Actio ficticia, 257,
Actio furti, 257, 261,
Actio iniurarum, 261,
Actio institoria, 225,
Actio iudicati, 246, 262, 273, 284,
Actio legis Aquiliae, 133, 257, 261,
Actio locati, 132,
actio noxalis, 144,
actio Publiciana in rem, 277,
actio tutelae contraria, 164,
actio tutelae directa, 164,
actio venditi, 132, 187,
Actiones arbitrariae, 260,
Actiones in personam, 130, 132, 258,
Actiones in rem, 130, 258,
Actiones mixtae, 261,
Actiones poenales, 261,
Actiones populares, 261,
Actiones privatae, 261,
Actiones rei persecutoriae, 261,
Adiudicatio, 252,
Adiuvandi gratia, 124,
Adoptio, 54, 155, 157, 160, 161, 180,
Adsertor libertatis, 144, 236,
Aedilis Curulis, 11, 14, 64,
Affectio maritalis, 15,
Ager occupatorius, 45,
Agere, 223, 229, 236, 248, 280,
Agnatio, 51, 156, 159, 160, 162, 165, 187, 190,
Ahlâk ve adaba aykırı muameleler (negotia turpia), 203
Akıl Hastaları Üzerindeki Kayyımlık (Cura Furiosi), 165,
Akıl hastalığı (furor), 163, 165, 190, 192, 219,
Alacak hakkı, 119, 128, 133, 173, 174, 199, 223,
Alieni iuris, 140, 143, 148, 156-158, 184,
Ancilla, 140,
Antiquo, 15,
Appellatio (Kanun yolları), 272, 273, 278
Arızi unsurlar (accidentalia negotii), 172
Arrogatio, 53, 160,
Arzî irtifaklar, 131,
Auctoritas, 12, 24, 55, 164, 186,
Auctoritas patrum, 12, 55,
Augustus, 22-24, 26, 29-32, 65, 70-72, 75, 76, 141, 146, 155, 161, 202, 231, 249, 266, 272, 287
Aynî Haklar, 80, 130, 131, 135,
Azat etme, 16, 141, 144-147, 161 162, 175, 180, 202, 275

- B -

Başkasına ait mallar üzerindeki haklar, 131
Başlangıç vadesi (geciktirici), 198
Beneficium competentiae, 273
Bona adventicia irregularis, 276

Bonorum possessio, 124
Bonorum venditio, 137, 262
bonorum venditio, 137
Borçlandırıcı (iltizami) hukuki muameleler, 134
Butlan, 201

- C -

Capitis deminutio, 148, 151
Capitis deminutio maxima, 148, 151
Capitis deminutio media, 148, 151
Capitis deminutio minima, 54, 148, 149
Captivitas, 142
Caput, 95, 143, 148
Causa credendi, 174
Causa donandi, 175
Causa solvendi, 174
Cavere, 53, 223
Censor, 6, 8-11, 14, 24, 55, 140, 145, 151, 157, 160
Cicero, 5, 12, 20, 49, 69
Cista, 15
Cives Romani, 28, 146
Civitas, 2, 3, 5, 17, 18, 21, 22, 125, 146, 147, 155
Civitas Romana, 147
Clausula arbitraria (muhayyerlik şartı), 260
Codex, 83, 86, 88, 93, 94, 278
Coemptio, 156, 180
Coercitio, 7
Cognatio, 118, 159
Cognitio Extra Ordinem (Nizam Harici veya Fevkalâde Usul), 80, 232, 265, 266, 269, 270, 274, 278, 279
Collatio Legum Mosaicarum et Romanorum, 83
Collegia, 154
Colonia, 19, 154
Colonus, 35, 36, 153, 154
Comes sacrarum largitionum, 34
Comitia, 3, 4, 7, 8, 13, 14, 26, 160
Comitia centuriata, 7, 14
Comitia curiata, 14, 160
Comitia tributa, 14
Commercium, 125
Concilia plebis, 14-18
Concubinatus, 161
Condemnatio, 226, 249, 250, 251, 260
Confarreatio, 156, 181
Consensus, 133, 172, 175, 181, 188, 191, 192, 202, 208-210, 212
Consilium, 27, 61, 72, 77, 102
Consilium principis, 27
Consistorium, 34
Constantinus, 33, 34, 38, 83, 145, 155, 157, 189, 270
Constitutio Antoniniana, 28, 78, 79
Constitutiones principis, 77
Consuetudo, 43
Consul, 5-11, 14, 15, 47, 59, 64, 66, 67, 123, 143, 148, 192, 195, 234, 240, 250
Consultatio Veteris, Cuiusdam Iurisconsulti, 69
Consultum ultimum, 21
Contractus, 164, 207, 249
Contrarius actus (zıt muamele), 181
Contubernium, 143
Corpus Iuris Civilis, 2, 92, 94-97, 116
Corrigendi gratia, 124
Cumhuriyet Devrinin Magistraları, 7
Cursus honorum, 11
Cüz'î intikal, 135

- D -

Dar hukuk davaları (Iudicia stricti iuris), 254, 259
Decreta (kararlar), 63, 77, 78
Değnekle azat etme, 144
Delictum, 50, 175
Demonstratio, 212, 248, 249, 250
Diarchia, 27
Dictator, 7-9, 14
Digesta, 35

Diribitio, 15
Dissensus, 202, 209, 210, 212, 214
Distractio bonorum, 273
Doğrudan temsil (vasıtasız temsil), 222-226
Dolayısıyla temsil (vasıtalı temsil), 222, 244
Dominatus, 2, 33, 35, 37, 79, 80
Dominium, 80, 130, 136, 157
Dominus, 33, 34, 286
Dominuset Deus, 34
Domus, 4
Dürüstlük kuralı (bona fides), 118, 164, 187, 214, 216

- E -

Eda Davası, 284
Edicta (beyannameler), 77
Edictum, 61-64, 68, 124, 229, 248, 264, 265
Edictum de pretiis rerum venalium, 36
Edictum Perpetuum, 64, 68, 248
Edictum tralaticium, 62
Eksik iki taraflı akitler (contractus bilaterales inaequales), 177
Emancipatio, 54, 149, 159, 161
Emphyteusis, 132
Episcopalis audentia, 275
Equites, 20, 26, 76, 152
Ergen Küçükler Üzerindeki Kayyımlık (Cura Minorum), 166
Esaslı hata, 207, 210-214, 216
Esaslı unsurlar (essentialia negotii), 172, 192, 212
Eski hale iade, 64, 124, 188, 204, 219, 264, 265, 285
Eski hukuk devri, 42, 43, 53
Eşya Üzerindeki Mutlak Haklar, 130
Etrüsk, 3, 4
Evlât edinme, 137, 155, 156, 158
Evlenme hakkı (ius conubii), 18, 45, 146, 148
Evrensel Hukuk, 60, 61, 125, 140, 142
Ex nunc, 197, 198
Ex tunc, 197
Exceptio, 64, 68, 124, 182, 187, 188, 199, 201, 228, 246, 249-252, 254, 259, 269, 280-283
Exceptio doli generalis (geniş anlamda hile defi), 251, 252
Exceptio doli specialis (hile defi), 218, 251
Exceptio iusti dominii (haklı mülkiyet defi), 252
Exceptio legis Plaetoriae, 188
Exceptio metus (tehdit defi), 219, 251, 282
Exceptio non adimpleti contractus (ödemezlik defi), 249
Exceptio non numeratae pecuniae (ödenmemiş para defi), 249
Exceptio pacti conventi, (yapılmış anlaşma defi), 246, 249
Exceptio rei iudicatae, (kesin hüküm defi), 250
Exceptio rei litigiosae, (ihtilaflı mal defi), 249
Exercitores navis, 152

- F -

Familia, 2-4, 155-157
Familia communi iure, 159
Familia proprio iure, 155
Fas, 54
Favor libertatis, 139, 141
Fictio legis Corneliae, 142
Fides, 126, 182, 187, 203, 205, 251
Fiil ehliyeti, 118, 138, 143, 164-166, 183-191, 219
Filia familia, 157
Filius familias, 148
Filius familîas, 157, 161
Fizikî imkânsızlık, 202
Fontes cognoscendi, 41
Fontes originis, 41
Formula, 59, 61, 63, 124, 204, 218, 225, 226, 240-261, 265-269, 274, 276, 279, 280, 282

Formula Örnekleri, 276
Formula usulü, 63, 234, 240, 241, 243-245, 247, 250, 250, 255, 256, 260, 261, 263, 265-269, 272, 274, 278-280, 282, 284
Fragmenta Vaticana (Vatikan parçaları), 51, 83
Furtum manifestum, 49

- G -

Gaius'un Institutiones'i, 73, 74, 88, 89, 239
Gemi kaptanı (magister navis), 141, 226
Gens, 2, 3, 13, 51, 155, 159
Gerçek olmayan şartlar, 195
Gerçek şartlar, 195
Glossa, 100-102
Glossa Ordinaria, 101
Glossae interlineares, 100
Glossae marginales, 100
Glossator'lar, 100, 102, 150, 225

- H -

Haberci (nuntius), 224
Hak ehliyeti, 138, 139, 143, 147-150, 153, 154, 162, 167, 183, 184, 189, 244
Hâkim önündeki (in iudicio veya apud iudicem) aşama, 245, 246, 253
Hakların himayesi, 227, 232
Hakların kazanılması, 136, 167
Haksız fiil ehliyeti, 184, 187, 188, 190
Haksız fiillerden (delictum), 173
Halef, 23, 25, 31, 38, 108, 119, 136, 138
Hayat ve ölüm hakkına (ius vitae et necis), 157
Hereditatis petitio, 124
Heres, 124
Hıristiyanlık, 38, 39, 80, 90, 151, 155
Hile, 187, 204, 207, 215, 217, 251, 265
Hile (Dolus), 217
Homo, 20, 140
Hostis (düşman), 60, 147
Hukuk İlmi, 41, 58, 66-68, 70, 71, 73-75, 84, 85, 92, 98, 99, 101, 102, 105, 110, 112, 114, 116, 138, 224
Hukuk mektepleri, 80, 92, 103
Hukuk Usulü, 230, 235, 239, 262
Hukuka aykırı fiiller, 167
Hukuka uygun fiiller, 167, 168
Hukukî fiil, 167, 180
Hukukî imkansızlık, 203
Hukukî muamele ehliyeti, 184, 190, 191, 220
Hukuki olay, 167
Hukukî tağyir, 71
Hümanist akım, 104
Hypotheca, 132

- I -

Impubes (ergen olmayan küçükler), 184
Impubes, 184-187, 191
Institutiones, 35, 42, 58, 69, 73, 74, 86, 88, 89, 91, 93, 97, 97, 98, 107, 116, 125, 140, 239
Institutiones Sistemi, 117
Intentio, 248-251, 257-260, 276, 277, 282, 288
Interpolatio, 90, 100, 104, 111, 113, 241
Interpretare, 54
Iurisconsulti, 67
Iurisdictio, 60
Iurisprudentia, 66, 68, 69
Ius, 7, 13, 15, 45, 48, 49, 53-55, 58-64, 67-75, 82, 84, 89, 92, 96, 108, 109, 117, 121-123, 128, 131, 139, 140, 143-147, 152, 157, 159, 164, 165, 173, 175, 179, 182, 189, 200, 203, 205, 217, 219, 224, 229, 232, 233, 236, 244, 250, 251-253, 257, 264-266, 276, 287
Ius civile, 43, 49, 53, 54, 58, 62-64, 68, 71-74, 78, 92, 123-127, 131,

139, 143-147, 157, 159, 164, 175, 179, 182, 189, 200, 203, 205, 217, 219, 224, 229, 236, 250, 252, 253, 257, 264-266, 287
Ius civile davaları, 257
Ius civile ve quirites devri, 43
Ius gentium, 125-127
Ius honorarium, 61-63, 68, 69, 82, 89, 123-125, 127, 143, 145, 200, 250, 257
Ius honorarium davaları, 257
Iustinianus Dönemi, 79, 84, 94
Iustitia, 122
Iztırar halleri, 231

- İ -

İcazet, 185-188, 191, 192, 225, 226
İcra Usulü, 230, 235, 262, 273
İç şekilcilik, 180,
İgnorantia iuris, 213
İhkakı hak, 231
İhtiyari diyet, 49, 50
İki Taraflı Hukuki Muameleler, 176
İki taraflı akitlerde (contractus bilaterales), 173, 176, 177
İkrar (confessio), 237, 239 242, 245, 246, 262, 268, 270, 271
İmparator adına cevap vermek imtiyazı, 76
İmparator Emirnameleri,
İmperium, 57, 65, 76-79, 82, 83, 86, 93, 96, 123, 124
İmpubes infantia maiores, 185
İn integrum restitutio (eski hale iade), 65, 124, 188, 204, 217-219, 264, 265
İn iure cessio, 51, 54, 125, 144, 160, 179, 180, 193, 201, 204, 208
İn iure cessio usucapio, 125
İnfamia, 151
İnfans, 164, 185, 202
İnfisahi (Bozucu) Şart (Condicio Suspensiva-Condicio Resolutiva), 198
İngenui, 139
İniuria, 49, 261
İnşaî Dava, 285
İnter amicos, 145
İntercessio, 6
İnterdictum, 65, 124, 263, 264
İnterpolatio, 90, 100, 104, 111, 113, 241
İnterrex, 3
İntifa hakkı, 131, 199
İpotek, 132
İptal Edilebilme, 204
İptali kabil muameleleri, 214
İrade fesatları, 205
İrade İle Beyan Arasındaki Kasti Uygunsuzluk Halleri, 205
İrade İle Beyan Arasındaki Kasti Olmayan Uygusuzluk Halleri (Hata), 205
İrade teorisi, 205
İrade uyuşması, 202, 214
İrade ve beyanına ait bozukluklar, 205
İradenin Teşekkülündeki Bozukluklar, 213
İradi şart (condicio potestativa), 195
İradi temsil, 220
İrtifaklar, 51, 131, 132
İsimsiz akitlerin (contractus innominati), 176
İspat yükü İlkesi, 279
İsraf (prodigentia), 184, 191, 192
İstinaf, 272, 275
İstisnaî Usul Vasıtaları, 265
İşleme, 30, 200, 219, 222
İudex, 59, 234, 256, 276
İura in re aliena, 131
İurisdictio, 58-64, 68, 124
İus agendi cum populo, 7, 15
İus agendi cum senatu, 7
İus cogens, 128
İus commercii (mancipatio, stipulatio) gibi, 13, 146
İus civile'ye giren muameleleri yapmak hakkı, 157

İus commercii, 13, 146
İus commune, 108, 109
İus conubii (evlenme hakkı), 13, 125, 146, 148
İus crediti, 128
İus dispositivum (yedek hukuk), 128, 175
İus distrahendi, 128
İus dominii, 128
İus edicendi, 7, 58, 61
İus gentium, 60, 61, 126, 127, 139, 140, 147, 157, 182, 200
İus honorum (seçilme hakkı), 13, 146, 152
İus militae (askerlik yapmak hakkı), 151, 154
İus naturale, 139
İus non scriptum, 43
İus pensionis, 10
İus pignoris, 128
İus postliminii, 142
İus privatum, 127, 128
İus publicum, 127, 128
İus Quiritium, 125
İus sacrum, 53
İus scriptum, 45, 55
İus suffragii, 13, 146, 152
İus sufragii (seçme hakkı), 152
İus tollendi, 128
İvazlı Hukuki Muameleler, 177
İvazsız Hukuki Muameleler, 177
İyi niyete tabi muamelede (negotium bonae fidei), 218
İyiniyet davaları (ludicia bonae fidei), 254, 258, 259

- K -

Kamu hukuku davaları (iudicia publica), 243
Kanunî temsil, 220
Karma şartta (condicio mixta), 195
Kavimler Hukuku, 125, 140, 182
Kayyımlık (cura), 165
Kaza selâhiyeti (iurisdistio), 229
Kazandırıcı muamele, 173-175, 199
Kesin deliller, 271
Kısa muhakeme usulü, 275
Kısa yargılama usulü, 275
Kısas, 49
Kilisede azat etme, 145
Klasik hukuk devri, 42, 57, 58, 70
Köleliğin Sebepleri, 141
Köleliğin Sona Erme Sebepleri, 144

- L -

Latifundium, 19, 141
Latio legis, 15
Legis actio per condictionem, 235, 239
Legis actio per iudicis postulationem, 235, 239
Legis actio per manus iniectionem, 235, 239
Legis actio per pignoris capionem, 235, 240
Legis actio sacramento in personam, 237, 239
Legis actio sacramento in rem, 237, 280
Legis actio sacramento, 235, 237, 239, 280
Legis actio'lar usulü, 63, 234, 235
Legitimatio, 161
Lex Aelia Sentia, 16, 146, 202
Lex Caecilia Didia, 16
Lex Canuleia, 45
Lex Cincia, 17
Lex de imperio, 35
Lex Duodecim Tabularum, 44
Lex Fufia Caninia, 146
Lex Furia Testamentaria, 16
Lex Hortensia, 14, 17
Lex imperfecta, 17
Lex Iulia de adulteriis, 28
Lex Iulia de maritandis ordinibus, 28
Lex Pappia Poppea, 28

Lex perfecta, 16, 202
lex Plaetoria, 166, 188, 250, 251
lex Poetelia, 56
Lex quam minus perfecta, 16
Libera res publica, 23
Liberi, 139
Libertini, 139
Litis contestatio, 233, 234, 242, 268, 269
Locatio conductio rei, 134
Loculi, 15
Longi temporis praescriptio, 146

- M -

Magister officiorum, 34
Magistra, 2,3, 5-17, 19, 20, 23-26, 31, 34, 46, 53-55, 57, 59, 61, 62, 64-66, 77 127, 129, 141, 145, 148, 152, 180, 181, 187, 191, 233, 234, 236-242, 244-247, 253, 255-257, 263, 264, 268, 278, 280, 284, 285
Magistratus cum imperio, 6
Magistratus cum potestate, 6
Malın satılmış ve teslim edilmiş olduğu karşı defi: (replicatio rei venditae et traditae), 252
Mancipatio, 51, 52, 60, 125, 134, 137, 160-162, 164, 173, 179, 180, 193, 200, 203, 204, 223
Mancipia, 140
Mandata (talimatlar), 77
Manumissio, 54, 144,145
Manumissio censu, 145
Manumissio in ecclesia, 145
Manumissio testamento, 145
Manumissio vindicta, 54, 144
Manus iniectio, 235, 239, 262
Manus'lu evlilik, 156
Manus'suz evlilik, 156
Marcus Aurelius, 31, 32
Mater familias, 155
Matrimonium, 156
Meşru müdafaa, 231
Minor, 166, 188
Monumentum Ancyranum (Ankara Abidesi), 24
Mores maiorum, 43, 55
Muamele Konusunda Hata (Error in Corpore, Error in Obiecto), 211
Muamelenin Arızî Unsurları (Accidentalia Negotii), 172
Muamelenin Esaslı Unsurları (Essentialia Negotii), 172
Muamelenin Niteliğinde Hata (Error in Negotio), 210
Muamelenin Tabiî Unsurları (Naturalia Negotii), 172
Municipium, 16, 19, 154
Munzam davalar (actiones adiecticiae qualitatis), 158, 225
Mutlak Haklar, 129, 130, 132, 133, 135, 237
Mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa, 207
Müdahalenin men'i davası, 131
Mükellefiyet (modus), 35, 152, 153, 172, 192, 199, 200, 247
Mülkiyet hakkı, 119, 128, 130, 131, 135-138, 174, 228, 237, 263
Müsrif (prodigus), 165, 166, 191
Müsrifler Üzerindeki Kayyımlık (Cura Prodigi), 50, 165, 166

- N -

Negatoria in rem, 131
Negotium claudicans (topal muamele), 186
Netice çıkarılabilmesi mümkün fiillerden (facta concludentia), 171
Nisbî geçersizlik, 218
Nisbî haklar, 129, 132-135
Nobilitas, 20, 55
Novatio, 180, 196, 247, 269
Novellae, 41, 94, 96, 97
Noxa, 144
Numerus clausus, 51, 130

- O -

Objektif imkansızlık, 203
Olumlu şartlar, 196, 197
Olumsuz şartlar, 196, 197, 251
Oniki Levha Kanunu, 44, 45
Opinio necessitatis, 43
Ordo equester, 20
Ordo Iudiciorum Privatorum: Özel (veya Âdi) Mahkemeler Nizamı, 232

- Ö -

Ölüme bağlı bağışlama (donatio mortis causa), 177
Ölüme bağlı muamelelerin (negotia mortis causa), 177

- P -

Pacta, 118
Pacta sunt servanda, 118
Pactum, 49, 175, 176, 182
Pactum displicentiae (tecrübe ve muayene kaydıyla satış), 195
Pandekt ilmi, 205, 224
Pandektler Sistemi, 117
Pater familias, 3, 4, 47, 50, 132, 148, 155-165, 224-226, 236
Patria potestas, 50, 54, 125, 132, 159-163, 186, 190
Patronus, 132, 155
Pax Romana (Roma Barışı), 27, 30, 141
Peculium, 141, 143-145, 158, 162, 225
Peculium adventicum, 158
Peculium castrense, 158
Peculium profecticium, 158
Per epistulam, 145
Per mensam, 145
Peregrinus (yabancı), 9, 28, 59-61, 127, 147, 240
Persona alieni iuris, 143, 148
Persona sui iuris, 148
Piae causae, 155
Plebiscitum, 14, 17, 19, 58
Pontifex, 53
Populus Romanus, 3, 13, 30
Postglossatorlar (commentator'lar), 102
Potestas, 25, 50, 54, 125, 132, 155, 157-163, 186, 189, 190
Pön savaşları, 17, 19, 22, 37, 57
Praefectus praetorio, 25, 72, 74
Praescriptio, 146, 282, 253
Praetor, 7-9, 11, 14, 57-64, 67-78, 124, 127, 129, 144, 145, 147, 148, 159, 163, 165, 166, 176, 182, 188, 203, 204 , 217, 219, 225, 229, 230, 234, 235, 240-248, 250-254, 257-260, 263-265, 267, 274, 278, 282, 285, 286
Praetor beyannamesi, 64, 67, 68, 71, 73, 78, 124, 248
Praetor davaları, 64
Praetor peregrinus, 9, 59-61, 127, 147, 240
Praetor urbanus, 9, 59, 61, 64, 240, 242
Princeps, 23-27, 31, 34, 65, 75, 77, 278
Processus, 228
Proculianus Mektebi, 70-72, 187
Prohibitio, 6
Proletarius, 21
Promulgatio, 15
Proprietas, 130
Provincia, 19
Provocatio ad populum, 17
Puberes minores (ergen küçükler), 185, 187
Publicatio, 16, 55
Puer, 140

-Q-

Quaestor, 10, 11, 14, 34, 90
Quaestor sacri palatii, 34, 90
Quod omnes tangit, 119

- R -

Ratio naturalis, 126
Regnum, 2
Rehin hakkı, 119, 128, 173
Rehinli malı satma hakkı, 128
Rei vindicatio, 131, 134, 135, 252, 261, 276
Reichskammergericht, 108
Remancipatio, 160
Renuntiatio, 16
Res mancipi, 51, 182, 189
Res nec mancipi, 51, 90
Res nullius, 136
Res publica, 2, 23, 57, 154
Rescripta (yazılı cevaplar), 77, 78, 82
Respondere, 54, 75, 80
Rex, 3, 240
Rızai akitler, 182, 208
Rogatio, 15
Roma Usul Hukuku, 227, 228, 238, 256, 284

- S -

Sabinianus Mektebi, 70, 71, 73
Sağlararasındaki hukuki muameleler (negotia inter vivos), 177
Saik, 192, 215-217
Saik Hatası, 215-217
Sarih (açık) irade beyanı, 170
Sayım sırasında azat etme, 145
Sebebe Bağlı Hukuki Muameleler (illi), 178
Sebebe Bağlı Olmayan Hukuki Muameleler (mücerret), 178
Secessio plebis, 18
Senatus, 2,3, 6-13, 20-27, 35, 41, 55, 57, 58, 64-66, 72, 76, 78, 123, 143, 152, 153, 190, 234, 242, 250, 251
Senatus Consulta, 65, 123
Senatus Consultum Claudianum, 66, 143
Senatus consultum'lar, 12, 66
Senatus Kararları, 12, 16, 57, 58, 65, 66, 78, 123
Senes, 11
Sententia, 233, 255, 272
Servi poenae, 142
Servi sine domino, 142
Servi, 139, 142
Servitutes, 131
Servus derelictus, 143
Sıhhat şekli (geçerlilik şekli), 183
Sinallagmatik akit, 176
Societas, 142
Sodalitas, 154
Sona erdirici vade, 198
Sökme hakkı, 128
Sözlü şekil, 183
Specificatio, 71
Status civitatis, 139, 146, 150
Status familiae, 139, 148, 150
Status hominum, 139
Status libertatis, 139, 141, 150
Stipendium, 30
Stipulationes praetoriae, 124
Successio in singulas res, 137
Successio per universitatem, 137
Successor, 136
Suçüstü hırsızlık, 49
Sui iuris, 142, 148, 149, 156, 158, 160-162, 164, 165, 184,186, 188, 189, 225, 236
Superficies, 132, 169
Supplendi gratia, 124
Sükna hakkı (oturma hakkı), 131

- Ş -

Şahısta Hata (Error in Persona), 211
Şahsi davalar, 132, 284
Şahsî irtifaklar, 131
Şart (Condıcıo), 192
Şekle Bağlı Olan Muameleler, 179
Şekle Bağlı Olmayan Muameleler, 182
Şerefsiz (infamis), 151, 217

- T -

Tabelliones, 270
Tabii hukuk akımı, 109, 110, 116
Takdirî deliller, 271, 272
Taliki (Geciktirici) Şart, 194, 195, 197
Taliki şarta bağlı rücu anlaşması, 197
Talio, 49
Tam kanun (lex perfecta), 16, 202
Tamamlayıcı yemin, 270
Tarihi hukuk mektebi, 110, 111
Tasarruf muameleleri, 173, 186
Tehdit (Metus), 218
Tek taraflı akitler (contractus unüaterales), 176
Tek Taraflı Hukukî Muameleler, 169 175
Tellallık, 222
Temsil ve Munzam Davalar, 220
Temyiz, 118, 184, 185, 190, 201, 272
Tesadüfî şartta (condicio causalis), 195
Tespit Davaları, 249, 285
Tiberius ve Gaius Gracchus, 21
Tip haline getirilmiş şekiller, 235
Traditio (teslim), 51, 137, 144, 173, 174, 178, 179, 182, 186, 197, 252
Tribunus Plebis, 10, 11, 14, 21, 46
Tribus, 2, 14
Tributum, 30
Tributum capitis, 30
Tributum soli, 30
Tutela Impuberum, 163
Tutor testamentarius (vasiyetname yoluyla tayin edilen vasi), 163
Tüzel kişiler (hükmî şahıslar), 138, 154

- U -

Usucapio, 118, 125, 137
Usulî muamele, 228
Usus modernus pandectarum, 105, 109, 110
Ususfructus, 131
Uti rogas, 15
Utilitatis causa, 67
Uxor, 148, 157

- Ü -

Üst hakkı, 132

- V -

Vade (dies), 198
Vasi, 118, 152, 162-166, 183-193
Vasiyetname ile azat etme, 145
Vectigal, 30
Vekaletsiz iş idaresi (negotiorum gestio), 165, 166
Vesayet makamları, 165
Vindicatio servitutem, 145
Vis compulsiva (maddi cebir), 219

- Y -

Yaş (aetas), 185
Yaş imtiyazı (Venia Aetatis), 189
Yenilik doğuran haklar, 129, 193
Yokluk, 200, 201

- Z -

Zamanaşımıyla iktisap, 137
Zımni (örtülü) irade beyanı, 171
Zihni kayıt (reservatio mentalis), 206
Zilyetliğin temini, 264
Zilyetlik, 80, 263, 264
Zilyetlik davaları, 264