

Çeviriler

AUCTORİTAS*

FRITZ SCHULZ

Çeviren: Havva KARAGÖZ**

Auctoritas ile bir kimsenin veya bir müessesenin sosyal mevkiini; "*auctoritas prensibi*" ile *auctoritas*'in sosyal ve özellikle hukuki hayatta dönüştüğü prensibi kastediyoruz. *Auctoritas* normatif bir değerdir. O emreder ve onu tanıyanları yapmaya veya belli şeyleri yapmamayı bırakmaya sevk etme yetkisine sahiptir; böylece *auctoritas*'in eğitim ve terbiye fonksiyonları mevcuttur. Onun sonuçları itaat, emir, disiplindir; onun emrettikleri için gerekçelere lüzum yoktur, eğer gerekçe verilmişse, hiç kimse onları kontrol edemez veya anlayamaz; *stat pro ratione auctoritas* (otorite gerekçenin yerini alır). Hukuk *auctoritas*'in bu kural koma gücünü, onu kanunlarda veya hukuki kavramlarda gerçekleştirerek kullanabilir; o *auctoritas*'i düzenleyebilir koruyabilir ve geliştirebilir. Ona aktiviteleri için bir alan verebilir. Bu davranış tarzı bütün olayları içermez, fakat görmüş olduğunuz gibi, Roma devleti ferdin özgürlüğünü bahsetme ve kurmada o kadar liberaldi ki, *auctoritas* prensibini desteklemeyi asla ihmal etmedi ve gerçekten uzun vadede ferdî özgürlük *auctoritas* olmadan imkansızdır. *Auctoritas*'in Roma hayatında oynadığı büyük rolü, *auctoritas*'i elde etme çabalarını ve insanların ona verdikleri değeri görmek için Cicero'nun eserlerine bakmak yetebilir. Biz bu sebeple *auctoritas* ve disiplin kelimelerini Romanın politik tartışmalarında buluyoruz; 'Roma disiplini' sık sık 'mos patrius'¹ veya 'mores maiorum'² ile birleştirilir ve gerçekten zaman ve istikrarla değerleri ispat edilmiş olan şeylere saygı *auctoritas*'in kesin, özellikle önemli bir özelliğidir.

* Fritz Schulz'un '*Prinzipien des Römischen Recht*' kitabının İngilizce çevirisi olan '*Principles of Roman Law*', (Çev. Marguerite Wolff, Oxford, 1936) da bulunan '*Auctoritas*' makalesinin çevirisidir. Dipnotlar ve latince metinlerin Türkçesi çeviren tarafından eklenmiştir.

** Yard. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi

Roma ailesinin idaresi, şekli olarak '*auctoritas prensibi*' ile sınırlandırılmıştı. Roma ailesinin üyeleri (karı, koca, köleler) üzerinde, ki bu sonuncu *reverantia*³dan sorumluydu, *pater familias*'in⁴ doğal otoritesi, otoriter idareyi içeren bir otoriter hukuki akrabalığa doğru gelişti. Otoriter idarenin tabiatı onun sınırlarının mümkün olduğu kadar geniş olmasını, bu geniş alanın hakimiyet altında olan kimsenin karar verme yetkisiyle uzlaştırılmasını ve onun kullanımının yargısal kontrolünün tamamen ortadan kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını gerektirir. Roma hukuku bu prensibi katı bir kesinlikle uyguladı. Aile hayatı, *pater familias* tarafından mutlak yetkilerle düzenlendi. O aile fertlerinin özel hayatını, onların eğitimini ve onların faaliyetlerini tayin etti, o kız evlatlarını evlendirdi ve erkek çocuklarının evliliklerine izin verme isteklerini kabul etti veya reddetti. Onun disiplin yetkileri sınırsızdı, her türlü dövme suretiyle cezalandırmaya ve hatta ölüm cezasına izin verilmişti. *Pater familias* aile malvarlığının dağılımında da yetkiliydi; Roma hukuku, bu kuralı Romalı açıklığıyla düzenledi ve netice aşağıdaki şekildedir; Aile fertlerinin malvarlığına sahip olma ehliyetleri yoktu. Onların *inter vivos*⁵ veya *mortis causa*⁶ iktisap ettikleri herşey, kendi takdir yetkisiyle karar verebilen efendilerine aitti. Efendi ve onun tarafından idare edilenler arasında özel hukuk bakımından bir ilişki mevcut değildi, *pater familias*'a karşı aile fertleri tarafından bir talepte bulunulamazdı, nafaka talep edilemezdi, kız evlat tarafından '*dos*'⁷ talep edilemezdi; diğer taraftan onların özel hukuk bakımından, ne akdi ne de haksız fiil dolayısıyla sorumlulukları mevcut değildi. Gereken kamu ceza hukuku yöneten ve yönetilenler arasında haksız fiil hallerinde ortaya çıkardı, fakat prensip olarak aile fertlerine zarar veren efendi tarafından yapılan fiiller disiplin yetkileriyle yapılanlardı ve bu sebeple cezalandırılmazdı. M. Ö. 2. yy.'in sonunda bir baba cinayetten suçlandığında ve ülkeden sürgün edilen oğluna bunu yapmış olduğundan, bir köleyle onu ölüme göndermekle suçlandığında, bu olay o zamanın yapmış olduğundan, bir köleyle onu ölüme göndermekle suçlandığında, bu olay o zamanın tarih yazarları tarafından sansasyonel ve kaydedilmeye değer bir olay olarak görüldü. Ayrıca *magistralar*⁸ *coercitio*⁹ yetkileri vasıtasıyla, disiplin yetkilerinin kötüye kullanılması hallerinde müdahale edebilirlerdi, fakat bu hakkı geniş olarak kullanmış olmaları pek muhtemel değildir.

1 Ülke adetleri.

2 Dede ve atadan kalan örf ve adetler

3 Azatlığın kendisini azat etmiş olan patronus'una, karının kocaya, çocuğun babasına göstermesi gereken hürmet ve itibar.

4 Aile babası olarak türkçeye çevrilebilen, fiziki anlamda aile babası olmaktan ziyade, hukuki anlamda sui iuris olan ve aile üyeleri

5 Yaşayanlar arasında.

6 Ölüm sebebiyle.

7 Kadının veya onun yerine başkasının, evlenme sebebiyle bir tür çeyiz olarak kocanın mülkiyetine geçidiği malların tamamına verilen isim.

8 Romanın çeşitli dönemlerinde devletin başında bulunan büyük memurlara verilen isim.

9 Her magistranın kendi faaliyet alanı içinde, bunun yerine gelmesi için inzibat yetkisi, yani fertler üzerinde cebir kullanma yetkisi vardı ve buna *coercitio* denirdi. Magistralar bu yetki neticesinde hiç bir adli makama başvurmayaya gerek olmadan, doğrudan doğruya fertleri belli bazı vasıtalarla emirlerine uymaya zorlayabilirlerdi.

Tarihi gelişme bu ilişkinin otoriter karakterini yavaş yavaş zayıflattı. Önce kadın, kocanın '*disciplina domestica*'¹⁰ sından kurtuldu. *Manus*'suz¹¹ evliliklerin uygulamasının çoğalmasıyla, onun hukuki anlamda aile üyelerinin arasına dahil edilmesi sona erdi. Mamafih *pater familias*'in çocuklar üzerinde otoriter pozisyonu, cumhuriyet döneminde hemen hemen hiç değişmeden kaldı; sadece onun rızasıyla kız evladın evliliği ortadan kalktı ve cumhuriyetin sonlarına doğru *querella in officiosi testamenti*¹² kendisini kabul ettirdi. İnsancıl prensiplerin ve Yunan hukuk kavramlarının etkisi altındaki imparatorluk dönemlerine kadar, dikkate değer önemli değişiklikler mevcut değildir. Disiplin yetkilerinin kötüye kullanılmasına karşı 'otoritelere' başvurmak zaten cumhuriyet döneminde mümkündü ve bunlar herhalde *extra ordinem*¹³ olan olayı araştırdı. Bundan başka klasik dönemde, babanın çocukları hakkında nafaka yükümlülüğü, imparator emirleriyle *extra ordinem* usulünde yerine getirilirdi. Postklasik dönemde kız çocuğunun dos talebi dava edilebilir hale geldi ve sonunda özel hukukta aile reisi ile onun hakimiyeti altında bulunan kimseler arasında yeni hukuki ilişkilerin kabul edilmesiyle, *potestas*¹⁴ altındaki çocuğun mülkiyet iktisap etme yetkisi mümkün hale geldi. Bu gelişme burada teferruatıyla izah edilmeyecektir, fakat bir ilave gerçek ifade edilmelidir. İlk devirlerden itibaren *pater familias*'in hakimiyeti, hukuken babaya karşı maalesef sadece istişari bir yetkiyle hareket eden bir ikinci otorite tarafından kontrol edildi. Roma hayatıda önemli konulardaki bir karar, nasıl sadece güvenilen arkadaşların fikri dinlendikten sonra alınıyorsa, aynı şekilde *pater familias* daha ciddi konularda, aslında bizzat kendisinin tayin ettiği ve seçkin insanları ve aile dostlarını dahil edebildiği bir çeşit aile konseyine danıştıktan sonra, aile disiplini uygulardı. Bu gibi kimselerin fikri ve konseyin çözümü, eğer birine başvurulmuşsa yine de babayı hukuken bağlamazdı; onun kararının etkilenme oranı konseyin ve üyelerinin hakimiyetinin derecesine bağlıydı.

Vatandaş ile Roma devleti ve onun magistraları arasındaki ilişki de aynı prensiplerle düzenlenmişti.

Sınıflar arası mücadelenin sona ermesiyle, her dürüst Romalı erkek vatandaş, teorik olarak her magistralık memuriyetine seçilebilir durumdaydı. Fakat uygulamada, cumhuriyet ve *Principatus* döneminin devlet idaresi tipik bir 'soylular idaresi' idi (*Honora-tiorenverwaltung*); sadece kayıtlı erkekler *magistra* olurdu ve nasıl bir sivil Romalı bir

10 Aile içindeki disiplin

11 Eski devirlerde manus, aile reisinin köleler aile evlatları ve in mancipio'lar üzerindeki mutlak hakimiyetini ifade ederdi. Sonraları manus, manus altına girmek için gerekli mumelelerden birini yaparak evlenmiş olan bir kadının üzerinde kocasının veya kocası hakimiyet altında ise kocasının hakimiyeti altında olduğu aile reisinin hakimiyetini ifade ediyordu.

12 Aile akınlarına gösterilmesi lazım olan tutumdaki ahlaki anlayışa ve geleneklere aykırı düşen bir içeriği olduğu kabul edilen vasiyetnamelere yapılan itiraz.

13 Son imparatorluk döneminde hakların himayesinde kullanılan muhakeme usulü

14 Özel hukukta bir şahsın, diğer bir şahıs üzerindeki hakimiyeti.

mareşal esasını sırt çantasında asla taşıyamazsa, aynı şekilde *magistralık* memuriyeti bütün romalı subay ve erlere pratik olarak açık değildi. Sadece *senatus* azalarının ve şövalyelerin ailelerinin üyeleri, hiç değilse servetleri dolayısıyla 'kaydedilebilir' şahıslar memuriyet yapmaya ehliyetliydi. *Consul'lük* ve *diktator'lük* gibi en üst memuriyet makamları için daha fazlası talep edilirdi; bunlar için soyları zaten devlet memurluklarını, tercihen *consul* ve *diktator* olarak işgal etmiş olan kimselerin alınması arzu edilirdi.

Yeni gelenler, *homines novi*, yani memuriyet almak için ailenin ilk sıradaki üyeleri olan *equites* kural olarak *praetorluk* makamından daha ileriye ulaşamazdı; sadece eğer bazı özel yollarla soylu olmuşlarsa *consul* olmak için yolları açık olurdu; Cicero bir soyun *consul* olmak için ilk sıradaki *homus novus*'u olmaktan kıvanç duymaktadır. Özellikle yeni kabul edilen vatandaşlara uygulanan şartlar çok şiddetlidir. *Augustus* döneminden itibaren *principatus* döneminde *senatus* azalarının oluşturduğu sınıf ve şövalyelik sınıfına ait olanlar yeni imparatorluk memuriyetlerine seçilmeye ehliyetli oldukları halde, cumhuriyet dönemi memurlukları için sadece *senatus* azalarının sınıfı ehliyetli idi. *Diocletianus* zamanına gelindiğinde devlet nihayet aristokratik ve timokratik karakterini kaybetti.

Romalı memurlar, böylece memur olmadan önce zaten bir sosyal statüye sahipti. Memuriyet onların *auctoritas*'ını çoğalttı ve bütün idare hukuku *auctoritas*'dan yararlanacak ve onu koruyacak şekilde düzenlenmişti.

Önce *magistranın* halk meclisi ile ilişkisindeki durumu inceleyelim.

Contio'da¹⁵ vatandaşlar, *magistranın* çağrısıyla kendilerine verilen bildirimleri dinlerdi. *Contio* bir parlamento değildi. Çağrı yapan *magistra* veya onun kendi kararıyla konuşmak üzere çağırıldığı kimse dışında hiç kimse konuşmazdı. Vatandaşın konuşma hakkı yoktu. *Comitia*'da¹⁶ oy meclisleri, 'nutuklar' tamamen istisnayı ve bu meclislerin ne kanun teklifi verme, ne de değiştirme hakkı yoktu. Onlar sadece *magistranın* verdiği kanun teklifleri hakkında, onun teklifiyle meclis ceza usulünde verilen mahkumiyet kararları hakkında ve onun meclis seçimleri için verdiği aday listesi hakkında oy kullanırlardı. Ayrıca teklif vermek, bizzat tamamen *magistranın* yetkisi dahilindeydi. Hatta bu meclis seçimlerine de uygulanırdı: Eğer iki *consul*'den birisi işe başlamadan önce veya sonra ihraç edilmişse, yeni bir seçim yapmak veya *sine collega*¹⁷ idare etmeye devam etmek kalan *consul*'ün yetkisindeydi. Aynı zamanda seçimle yükümlü *magistra*, adayların listesini belirlemede tamamen serbestti; hiç kimse listeye dahil edilme hakkına sahip değildi, bu durumda cumhuriyetten sonraki dönemlerde *magistra* bu yetkisini kullanmamış olmakla beraber, kendi başvurularında listeye tamamen vasıflı kimseleri

15 Roma halkının belli bir düzen dahilinde olmayıp, karışık bir şekilde toplanması.

16 Askerlik çağına gelmiş Roma vatandaşlarının teşkil ettiği, belli şekillerde düzenlenmiş, önceleri kral, sonraları imperium'a sahip *magistralar* tarafından toplantıya davet edilen halk meclisleri.

17 Ortağı olmadan, tek başına

yerleştirdiler. Oyların alınması sırasında başkanlık eden *magistra*, özellikle onların istenilmeyen bir sonuca gideceğini farketdiğinde, her zaman kendi taktir yetkişiyle muameleleri durdurabilirdi. Fakat hatta oylama yapıldıktan sonra, *magistra renuntiatio*¹⁸ yapmak ve onu reddetmekte serbest olduğundan sonucu kabul edebilir veya reddebilirdi. *Comitia*'nın kararı bu sebeple vatandaşlar ve *magistra* arasında bir anlaşma şeklinde, iki taraflı bir akitti. Bu *Cicero*'nun '*prof flacco*' nutuğunun ünlü pararafında Yunan demokrasisindeki halk oylamalarıyla karşılaştırdığı 'ataların şanlı disiplin ve adeti' idi ve nutuğun bu bölümü zorbalıktan suçlanan bir devlet adamını dava vekili olarak savunma ve dava için esas olarak yunanlı şahitlere dayanmaya teşebbüs etmek maksadından etkilenmiş olsa da tezatin bizzat kendisi kesindir; bir tarafta mutlak gücünün ve düşüncelerinin savaşının şenliğini yapmanın zevkini alarak tiyatroya yerleşmiş olan, heyecanın etkisiyle tahmin edilemeyen kararları alan Yunan halk meclisi; diğer tarafta sessiz duran ve oy işlemi yapan, hiç tartışmayan, katiyyen sadece şekli olmayarak, gerçekten bir magistranın önderliğindeki Roma halk meclisi. Bizzat seçtiği *magistranın* hakimiyetini onaylayan Roma halk meclisinin disiplini, Roma vatandaşlarını Yunan demokrasilerinde görüldüğü gibi bir tiranik çoğunluktan korurdu; Roma disiplininin Roma özgürlüğünün anahtarı olması, burada olduğu şekliyle açık olarak hiç bir yerde görülmez.

Devletin karşısında ferdin durumu, en son bölümü sonunda gösterildiği üzere, hukuk tarafından çok kuvvetli olarak teminat altına alınmamıştı. Magistranın yargılama yetkisi konu ve yer itibariyle kapsamı bakımından sınırlandırılmış olsa da- nispeten az sayıda kısıtlamalar olmakla beraber - onun tamamen ihtiyari aktiviteleri için geniş bir alan bırakılmıştı. Sadece *ensor*, ünvanını kendisine tanınan takdir yetkisinden almış olsa da (o herbir ferdin ödeyeceği vergileri, kendi takdi yetkişiyle belirleyebilirdi, *equus publicus*'u bahşedebilirdi, ona sahip olanı bundan mahrum edebilirdi, takdire layık olan bir vatandaşı daha aşağı bir *tribunus*¹⁹ ayırımına indirebilirdi ve bir *senatus* azasını *senatus*'dan çıkarabilirdi) o diğer magistralar için de çok uzak değildi. Roma şehrinde halk meclisinin, *senatus*'un ve *intercessio*²⁰ yetkisine sahip *magistraların* sıkı yakınlığı doğal olarak caydırıcı rol oynadı, fakat şehir dışında ve özellikle eyaletlerde *magistralar* fazlasıyla geniş yetkilerden yararlandılar.

Hakimiyet prensibinin etkisi altındaki Roma ceza hukukuna '*mullum cirmen sine lege, nulla poena sine lege*²¹ prensibi daima meçhul idi ve hep öyle kaldı. *Publica disciplina*, yani kamu disiplini, aile disiplininin yani *domestica disciplina*'nın *pater familias*'in elinde olduğu gibi, *imperium*'u elinde bulunduranların elindeydi, fakat aynı zamanda *ensorların*, *aediles*'in ve *tribunes*'in elindeydi; baba gibi *magistra* da döverek

18 Vazgeçme, feragat

19 Roma halkının nüfus ve toprak bakımından tasnifinin esasını teşkil eder. Roma halkı önceleri üç tribus, yani aşiretten teşekkül ediyordu.

20 Aynı magistralık makamını işgal eden kimselerden birinin, diğeri tarafından yapılmak istenen işi veto ederek durdurması

21 Kanunsuz suç ve ceza olmaz

cezalandırma yetkisine tamamen sahipti. Gerçektir ki, özellikle *provocatio ad populum*²² ile ilgili kanunlaştırmalar vasıtasıyla, *coercitio* yetkisi üzerinde kanuni sınırlamalar çok önceden gerçekleştirildi ve hatta *coercitio*'nun verdiği tam yetki hukuken olmasa da, fiili olarak *imperium* yetkisini elinde tutanlara ve *pleb tribunoslarına* münhasır idi, fakat bu sınırlamalarla birlikte *magistralar*, *pater familias*'ın ailesinin üyeleri üzerinde davrandığı gibi, aynı şekilde bizzat kendi ihtiyarıyla hareket etti. O kimin cezalandırılacağına, cezanın türüne ve miktarına karar verirdi. İmparatorluk döneminde *magistranın coercitio* yetkisi *senatus consulta* ve imparator emirnameleri ile kısıtlandı, fakat yine de yeterince kapsamlı olarak kaldı. *Coercitio*'nun cumhuriyet dönemindeki gücünün muazzam kapsamını görmek isteyen herhangi bir kimse, Cicero'nun *in Verrem* nutuğunun 5. Kitabını, *Verres*'in orada belirtilen *peregrinus*'ların²³ ve Roma vatandaşlarının idamı için *quaestiones perpetuae*'de²⁴ başarılı olarak takip edilmediğini ve muhtemelen takip edilemediğini, bu hukuki katillerin dramatik tanımlarının tamamının sadece sempati uyandırmayı amaçladığını, konuşmacının tehdit altında şikayetçi olduğunu, (bazı okuyucuların yaptığı gibi) unutmamalıdır. *Pricipatus* döneminde *magistranın coercitio*'su için, bir İspanyol yöneticinin *Hadrianus* tarafından açık bir şekilde onaylanan bir kararına başvurmak yeterli olabilir.

Coll. I. II. Ulpian: 'Cum quidam per lasciviam causam mortis praebuisset, comprobatum est factum Taurini Egnatii proconsulis Baeticae a divo Hadriano, quod eum in quinquennium relegasset. Verba consultationis et rescripti ita se habent: Inter Cladium, optime imperator, et Euaristum cognovi, quod Claudius Lupi filius in convivio, dum sago iactatur, culpa Marii Euaristi ita male acceptus fuerit, ut post diem quintum moreretur. Atque apparebat nullam enimitiam cum Euaristo ei fuisse. Sed cupiditatis culpam coercendam credidi, ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur. Ideoque Mario Euaristo urbe, Italia, provincia Baetica in quinquennium interdixi et decrevi, ut impendicausa HS duo milia patri iuvenis persolveret Euristus, quod manifestata eius fuerat paupertas. Velis rescribere. Verba scripti: Poenam Marii Euaristi recte, Taurine, moderatus es ad modum culpae: reert enim et in maioribus delictis, consulto aliquid admittatur an casu.

Coll. I. II. Ulpianus: 'Birisi ihmal sebebiyle öldürmeyi ileri sürdüğünde Endülüs valisi Taurinus Egnatus'un beş yıl sürgüne gönderme cezası soylu Hadrianus tarafından kabul edildi. Bu şekilde tavsiye edilen ve yazılan şeyler şöyledir; Bir davette asker peplerininde yuvarlanırken, Marius Euristus'un hatasıyla öyle kötü tutulmuştu ki, bu sebeple dördüncü günün sonunda öldü. Euristus ile aralarında bir düşmanlık olmadığı açıktır. Diğer aynı yaştaki gençlerin düzeltilmesi için, şiddetli arzu kusurunun denetlenmesi gerektiğine inanıyorum. Aynı şekilde Marius Euristus'a, Endülüs eyaletinde, Romayı,

22 Bir magistra tarafından ölüme veya kırbaçlanmak cezasına mahkum edilmiş bir kimsenin, cumhuriyet döneminin başlarından itibaren halk meclislerine müracaat edebilmesi hakkı.

23 Roma vatandaşı olmayan, yabancı olarak kabul edilen kimse.

24 Daimi mahkemeler

İtalyayı ve Endülüs eyaletini beş yıl süreyle yasakladı ve Euristus'u, gencin babasına, onun yoksulluğu açık olduğundan, masraflar sebebiyle iki bin ödemeye mahkum etti. Yeniden yazılmasını istedin. Sözler yeniden yazıldı. Taurinus, Marius Euristus'un cezasını doğru olarak, kusuruyla ölçülü ol: Zira olayda, kasti kabul edilen daha ağır bir haksız fiil mi, yoksa kusurla mı olduğu önemlidir.'

Cladius'u bir asker pelerinde fırlatıldığı bir oyunu oynarken, Marius Euaristus'un hantallığı sebebiyle arkadaşları düşerken yakalayamadılar ve Cladius yaraları sebebiyle öldü. Dava işlemleri için kanuni bir temel doğmadı ve de *sicariis*²⁵ hukuk altında bir *quaestio*'da²⁶ cezalandırma, ancak haksız fiili yapan kimsenin kastının olması halinde kararlaştırılabilir. Vali, Marius'u suçlu bularak, *coercitio* takdiri yetkilerine dayanarak beş yıl sürgün cezasına ve ölenin babası fakir bir adam olduğundan, oğlunun ölümü neticesinde maruz kaldığı masrafları ödemeye mahkum etti. Fakat ihtiyari cezalandırma sadece magistranın ceza prosedüründe mevcut değildi. Eğer *provocatio ad populum* sonucu halk meclisine ait ceza usulüne başvurulursa, magistra ve halk meclisi tekrar takdir yetkisiyle karar verirdi ve suç ve cezanın takdirinde hiç bir hukuki kurala bağlı değildi. Aynı şey *principatus* dönemindeki *consul* ve *senatus*'un ceza usulüne ve imparatorluk dönemi ceza muhakemesine uygulanır. Sadece *quaestiones perpetuae*'de mahkeme suç ve cezaların hukuki tanımlarını yapmakla yükümlüydü. Fakat *quaestiones*'in yanı sıra diğer usulü şekillerde, özellikle *magistra* ve halk meclisi usulü daima geçerliydi, hatta *quaestiones* mevcut olmasına rağmen "nullum crimen... vs." kuralı Roma ceza hukukuna dahil olmamıştır. 1852 yılında Mommsen (gençliğinde) 'Roma ceza hukukunun tamamen kötü ve gerçekten kısmen çok kötülüğü hakkında konuşmuştu, bu fikir karakteristik olarak okuyucunun liberalizmi sebebiyle olduğu kadar, Roma ceza hukukunun otoriter doğası sebebiyledir. Liberalizm ceza hukuku için, bir *magna carta*'da cezai konularda devletin ve onun memurlarının keyfi kararlarına karşı ferdin korunmasını ve böylece cezanın veya en azından cezanın çeşit ve miktarının mümkün olduğu kadar kesin bir kanuni tanımının yapılmasını; mümkün olduğu kadar geniş olarak hakim takdir yetkisinin kısıtlanmasını, kısacası "*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*" kuralına tam bağlılığı amaçlar. Roma ceza hukuku bu bakış açısından haberdar değildir, o - *provocatio* hakkı hariç- özgürlüğün korunmasını değil, fakat sadece adil ve etkili cezalandımayı amaçlar ve böylece her olayın özel koşulları dikkate alınır. Bu yüzden geniş ve kısıtlanmamış takdir yetkiler zorunludur; bunlar bir yetkili (otoriter) hakime, fakat yalnız ona teslim edilmelidir. Aynı zamanda ferdin mülkiyetle ilgili konularda, devletle hukuki ilişkileri otoriter prensiplerle düzenlenmişti. Özel hukuk ve usul hukuku burada uygulanamazdı, devletin hakimiyeti (otoritesi) bu hukuki ilişkileri *ius publicum*'un²⁷ içine dahil etmişti. Bu ferdin *aerarum*²⁸ ile hukuki ilişkisinde daha açık olarak görülür. Bu olaylarda belirtilen hukuk özel hukuk değildir; o tamamen özel hukuka

26 Özel bir praetor'un başkanlık ettiği ceza mahkemesi

27 Roma halkının menfaatlerini düzenlemek için konmuş olan hukuk kurallarının tamamı.

28 Kamu hazinesi

yabancı olan hukuk kurumlarını içerir. Bizzat kendisine haksızlık yapıldığını düşünen fert, sadece konunun yeniden incelenmesi için aerarum temsilcisine başvurabilir ve bu sonuncusu uygun gördüğü şekilde karar verir. Roma devletinin *auctoritas*'i bir devletin bağımsız bir mahkemenin kararlarını, tabii olduğu bir usulü, bu mahkeme ister bir sıradan mahkeme olsun, ister bir idari mahkeme olsun tolere edemezdi. *Fiscus*²⁹ konusunda, bu husus orjinal olarak özel hukuka ve usul hukukuna konuydu, fakat Cladius'dan sonra bu durum değiştirildi. Vergi konuları da sonradan alelade mahkemelerin konusu dışına çıkarıldı, *cognitio* uygulandı; eyaletlerde - *aerarium* ile ilgili olaylarda censorun olması gibi- konu hakkında karar veren *fiscus*'un temsilcisiydi. Müstakil vergi hukuku aerarium hukukuyla aynı şey değildir, fakat yine de genel olarak özel hukukla da aynı değildir.

Medeni usul hukuku yargılama hakkı olan magistraların, özellikle *praetorum auctoritas*'i ile denetlenirdi. Gerçektir ki, o yemin ettiği *leges*'i³⁰ göz önünde tutmakla yükümlüydü, fakat onlar (*leges*) az sayıda olduğundan ve sınırlı olarak yorumlandıklarından onun takdir yetkisi fazlasıyla genişti. O takdir yetkisine dayanarak *actio*³¹ veya *exceptio*³² bahşeder veya reddeder, *defensio*³³ veya teminat verilmesi için zorlar, *restitutio in integrum*'u³⁴ bahşeder veya reddederdi vs. Hukuki korumayı talep kavramı her şeyden önce hiç bir şekilde bir Roma kavramı değildir; fert olan tarafın bir magistraya karşı bir resmi görevi yerine getirmesi için talepte bulunması Romalılar tarafından tasavvur edilemezdi.

Magistra'nın otoritesine olan saygı onun muhakemedeki sorumluluğunun olduğu hallerde görülebilir. Mali konularda devlete karşı sorumluydu, o fertlere karşı özel ceza hukukunu kapsayan özel hukukun kurallarıyla sorumluydu, kalanlar için kamu ceza hukukuna tabiydi. Fakat bunun yanı sıra bir *magistra*, hiç bir şekilde *par maiorve potestas*'i kullanan kurallara dayanarak sorguya çekilemezdi, uygulamada genellikle onun memuriyet süresinin sona ermesine kadar devam ederdi, sonunda onun ceza yargılamasından muafiyeti hukuk tarafından da resmen kabul edildi.

Nihayet kuvvetler ayrılığı prensibinin dikkate alınmamış olması otorite prensibiyle uyumludur. Yasama ve yargının ikisi de *comitia* ve imparatorluk *senatus*'unun elindeydi. *Princeps*³⁵ medeni ve ceza yargılamasının fonksiyonlarını hukukun yaratılmasıyla birleştirdi. İcra ve yargılama birbirinden ayrılmamıştı, çünkü imparatorluk *senatus*'u gibi ceza yargılama yetkisi olan *magistralar da* yürütmeye katılıyordu. Yürütme ve yargı *comitia*'nın, imparatorluk *senatus*'unun ve *princeps*'in elindeydi.

29 Vergi.

30 Kanunlar.

31 Dava.

32 Def'i.

33 Savunma

34 Eski hale iade. Bazı hallarda praetor, olayı tetkik ettikten sonra, itira edilen bir hukuki muamelenin neticelerini, bunlar *ius civile*'ye uygun olsa bile, eğer hakkaniyete aykırı bulursa o muamele hi yapılmamış gibi hükümsüz kılar ve eski hale iade ederdi.

35 Kelime anlamı vatandaşların birincisidir. Augustus'dan itibaren genellikle imparatora verilen ad idi.

Daha önce görmüş olduğumuz üzere, *domestica disciplina* daha ciddi durumlarda *consilium*'un izni olmadan uygulanamazdı. Bu prensip aynı zamanda *magistraya* da uygulanır. Gerçektir ki, hukuken o, onun içeriğine kendisi karar verdiği için, *consilium*'u toplantıya çağırmaya veya çağırmamaya eşit derecede serbestti. Fakat örf ve adet karar vermeden önce, onun tarafsız danışmanlara başvurmasını kesin olarak gerektirdi. Gerçekten devlet tarafından oluşturulan bir daimi *consilium* mevcuttu ve bu *senatus* idi. Fakat devlet işlerinde zamanla bilgiye sahip olan ve genellikle görevde olan *magistra*-dan tercrübeyle daha iyi tanınan eski *magistraların* (ki bunlar *senatus*'un esasını teşkil ediyordu) bu yığıni tarafından sahip olunan büyük hakimiyet normal *consilium*'dan daha yüksek bir düzeye, aslında bir parlamento düzeyine yükseltti. *Magistranın* otoritesi, hat-ta *senatus* halinde bile, ona vasiyetname ile onun tavsiyelerine uyma veya onları hiç dikkate almama yetkisi verirdi, fakat diğer taraftan *senatus*'un otoritesi başarıyla, *magistranın* talepleri hakkında *senatus* azalarının konuşmasına izin vermesi zorunluluğunu ve hatta onlar ilgisiz konularda olsa bile onların konuşmalarını kesmekten kaçınmalarını gerektirirdi. Cumhuriyet *senatus*'u konuşmayı engelleme hakkını içeren bu konuşma hakkını, hatta Julius Caesar'a karşı bile cesaretle ve başarıyla savundu.

Capito apud Gellium, iv. 10. 8: 'C. Caesar consul M. Catonem sententiam rogavit. Cato rem quae consulebatur, quoniam non e re publica videbatur, perfici nolebat. Elius rei ducendae gratia longa oratione utebatur eximebatque dicendo diem. Erat enim ius senatori, ut sententiam rogatus diceret ante, quidquid vellet aliae rei et quoad vellet. Caesar consul viatorem vocavit eumque, cum finem non faceret, prendi loquentem et in carcerem duci iussit. Senatus conserrexit et prosequatur Catonem in carcerem. Hac invidia facta Caesar destitit et mitti Catonem iussit.'

Capito apud Gellium, iv. 10. 8: 'Caesar consul M. Cato'a kararı sordu. Cato müzakere edilen konuyu devlet gözetilmediği için bitirmek istemedi. O meseleyi saygı ile yürütmek için, uzun bir görüşme yaptı ve zamanı konuşarak boşa harcadı. Zira düşüncesi sorulduğunda, istediği şeyi, istediği sürece öncelikle söylemek hakkıydı. Consul Caesar sonunu getirmeyerek görevliyi çağırdı, konuşmacıyı almasını ve hapse atmasını emretti. Senatus ayağa kalktı ve Cato'yu hapishaneye doğru takip etti. Caesar yaptığı bu haksızlıktan vazgeçti ve onun bırakılmasını emretti.'

Senatus'un otoritesi genel kural olarak *magistrayı*, *senatus consultum*'la uyumlu olarak karar vermeye sevkedecek kadar yeterince büyüktü.

Princeps'in otoritesi özel bir tür teşkil eder. Max Weber tarafından kullanılan 'karizmatik otorite' teriminin burada uygulanması gerekir. Weber bununla 'günlük tecrübenin dışında bir şey olarak düşünülen doğa üstü veya insan üstü veya en azından özellikle sıradışı güçlere veya niteliklere haiz olarak veya ilahi olarak ilham verilmiş veya bir insan örneği olarak ve böylece bir lider olarak görülecek şekilde bir şahıs olmaya sebep olacak bir şahsın niteliğini kastetmektedir. Şüphesiz çeşitli şekillerde ortaya

çıkabilecek olan bu çeşit otoriteye *Augustus* tarafından sahip olundu. O taraftarlarına ilahi bir şahıs olarak, tanrı benzeri kurtarıcı (şiirlere göre 'kutsal') olarak görüldü (*Res gestae* eserinde bizzat kendisini, 'lider' xxxxxxxxxx, olarak isimlendirir, Latince *princeps*'i tercüme ederek, *senatus* onu bizim lider, xxxxxxxxxx, olarak isimlendirdi) ve ona şerefli unvan '*Augustus*' (Tanrıya adanmış.. takdis edilmiş) u verdi. Karizmatik otorite hallerinde sık sık olduğu üzere, o özel güçlere sahip oldu, fakat bizzat *Augustus*'un kendisi yönetiminin sürece bu yetkilere dayanmadığını sık sık beyan ederdi. O bütün diğer yetkilerinin üstünde olduğundan, kendi özel otoritesine dayanırdı.

Monum. Ancyran. 34: 'Post id tempus (27 B. C.) omnibus auctoritate praestiti, potestatis autem nihilo amplius habui quam qui fuerunt mihi quoque in magistratu collegae.'

Monum. Ancyran. 34: 'Bu tarihten itibaren (M. Ö. 27) bütün yetkilerle hareket ettim, fakat benimle birlikte magistra olanların potestasından daha genişine hiç bir zaman sahip olmadım.'

Augustus, halk meclisini, *senatus*'u, *magistra*'ları kendisinin dikkat çekici karizmatik otoritesi vasıtasıyla yönetti.

Cf. Codicilli orjini hakkında, *Institutiones*'in raporu. *Augustus* döneminden önce, *codicilli*'nin³⁶ mevcut olmadığı bize bildirilir. Onları yazan ilk şahıs, MÖ. 3. yılında *consul* ve sonradan Afrika *proconsulu* olan L. Cornelius Lentulus idi; o kendi *codicilli*'sinde *Augustus*'un belirli *fideicommissum*'larını³⁷ tanzim etti. *Augustus* onun bu son vasiyetnamesini uyguladı ve diğer şahıslar *princeps*'in otoritesiyle taip edilen *fideicommissum*'larla Lentulus tarafından görevlendirildi; Lentulus'un kızı geçersiz olarak mirasla bırakılanları geri ödedi: '*Cum divus Augustus voluntatem eius impleset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata quae iure non debabat solvit.'*

Augustus'un halefi *Tiberius* kendisinin selefinin karizmasına sahip olmadığını açıkça farkederek, *princeps*'i onun karizmatik niteliklerinden ayırmaya teşebbüs etti ve karakteristik bir şiddetle o, karizmatik ünvan '*Augustus*' ile böylece ona eklenen ilahi veya yarı ilahi saygıyı birlikte reddetti. Aslında gerçek karizma başkasına devredilemez; o tektir. Mamafih gerçek karizmanın yeri, gerçekten karizmatik yöneticinin haleflerinin olması halinde sık sık bir temsilci vasıtasıyla alınır. Bu bir çeşit kurumsal, özellikle bir resmi karizmadır. Aynı gelişme Romada da meydana geldi ve bu anlamda *princeps*'in otoritesi karizmatik karakterini korudu.

36 Vasiyetnameyi teşkil eden tabletlerden ayrı olarak, vasiyetnameye ilave edilen ve ölüme bağlı tasarrufları ihtiva eden tabletler

37 İlk imparatorluk devrinin başlarında ortaya çıkarak, geniş bir uygulama alanı bulan bir muayyen mal vasiyeti şekli.

Sonunda Romanın hukuk hayatında önemli bir rol hukukçuların otoritesi tarafından oynanmıştır; bu bir 'hukuk bilinçli ulus' için anlamlıdır ve Cicero'nun yüksek itibarlı Roma *iurisconsultus*'unu³⁸ kötü haldeki Yunan xxxxxxxx ile mukayese etmesi ulusal bir gururlardır. Romada en soylu ailelerin üyeleri kendilerini hukuk bilimine adadılar ve çok nitelik gerektiren otoritenin elde edilmesi veya genişletilmesinin en önemli yolu istişari uygulamaydı. Cicero'nun *pro murena* nutuğunda hukukçuların aleyhine konuşması dinleyicileri güldürmeyi amaçlayan bir komedi idi; o bu niyetinde başarılıydı, herkesin bildiği üzere, o bir karikatürdü. Hukukçuların yüksek seviyesi, hukukçu olamayanlarla onların istişarelerini soran kimselerle ilişkilerinin değerinden değildi, fakat aynı zamanda *imperium*'a sahip *magistra*'larla, özellikle *praetor*, *iudices*³⁹ ve hatta *princeps* ile olan ilişkilerinden dolayı idi. fakat hatta kendi aralarında, birbirleriyle ilişkilerinde hukukçuların otoritesi rol oynardı. *Auctoritas* konusunda kör inancın Roma hukukuna yabancı olduğu gerçektir, fakat diğer taraftan belli bir hukuk doktrinine karşı koyan bir kimse ilgiye değmeyen bir şey değildir. Bir hukuki tartışma sırasında, bir doktrin ile süren kimsenin otoritesi onun doğruluğu için bir dayanaktır. Pernice zaten bu fenomeni öne sürmüştü bkz. 'yazar olarak Ulpianus' adlı eserindeki bir eleştiri: Otorite gerekçelerin yerini alır. Sıkıcı bir şekilde sık sık ortaya çıkan bu cümlenin karakteristiği budur, 'Böylece aynı veya benzer bir olayda bir seçkin hukukçu böyle olması gerektiğini bildirdiği için, böyle karar vermeliyiz' *Nam et, quia et, enim* gibi bağlaçlarla gösterilen sonuç bazen tamamen gülünçtür' Gerçektir ki, Pernice tarafından örnek olarak verilen cümleler bir çoğu asıl olmadığından çok iyi seçilmemiştir. Fakat *auctoritas*'ın bir konu olarak yer aldığı gerçek metinler şüphesiz yeterince mevcut olduğundan, bizzat düşüncenin kendisi doğrudur. Julianus'un (D. 40. 2) 5 aşağıdaki metni kesin olarak gerçektir.

'An apud se manumittere possit is qui consilium praebat, saepe quaesitum est. Ego qui meminisse Javolenum praeceptorem meum et in Africa et in Syria servos suos manumisse, cum consilium praeberet, exemplum eius secutus et in praetura et in consularatu meo quosdam ex servis meis vindicta liberavi et quibusdam praetoribus consulentibus me idem suasi.'

'İstişare verinin bizzat kendi nezdinde azat muamelesi yapıp, yapamayacağı sık sık sorulmuştur. Hocam *Javolenus*'un hem Afrikada, hem Suriyede kendi kölelerini azat ettiğini hatırladığımdan, istişare sorulduğunda ben onun otoritesini takip ederek, hem praetorluğum, hem consullüğüm sırasında kölelerden bazılarını azat ettim ve bana istişare soran *praetor*lardan herbirini aynı şeye ikna ettim.'

Julianus kararına gerekçe olarak hocasının ve kendisinin uygulamadaki otoritesini vermektedir; düşüncesinin çizgisi şudur; eğer iki *iurisconsulti tantae auctoritatis*⁴⁰ bir

38 Hukuk ilmine ve uygulamasına vakıf olan ve hukuki istişarelerde bulunan kimseler

39 Hakimler

40 Otoritesi büyük iki hukukçu

doktrin taraftarıysa, o doğru olarak kabul edilmelidir. Hatta, örneğin Labeo hakkında notlar'ında Javolenus kısaca şöyle demektedir: 'Ben bunu uygun buluyorum, bu doğrudur', o tartışmak yerine *auctoritas*'ına dayanmaktadır: D. (18. 1) 77 '*hoc probo*'; (19. 2) 57 '*hoc probo*'; (34. 2) 39. 1 '*et hoc probo*'; (40. 12) 42 Javolenus '*haec vera sunt*'; (9. 2) 57 '*verum puto*', vs. Seneca da metinde (Ep. 94. 27) *responsa prudentium*⁴¹ *auctoritas*'ına (Kruger'in Geschichte, 1212'de tasavvur ettiği üzere, hukuken bağlayıcı gücüne dayanmayarak) dayanmaktadır: 'Quid, quod etiam sine proationibus ipsa monentis auctoritas prodest? Sic quomodo iurisconsultorum valent responsa, etiamsi ratio non redditur.'

Mamafih klasik hukukçular burada sadece cumhuriyet geleneğini devam ettiriyorlar; çok fazla Yunan akılcılığının etkisinde olan Cicero, Pernice'nin yaptığı gibi otorite inançlarıyla alay etti. O sırada henüz genç hukukçulardan biri olan, daha sonra Augustus zamanında büyük bir üne kavuşan Trebatius Testa'ya mektuplarında Cicero hoş bir stil uygulamak istedi. İki mektupta hukukçuların aktarma eğilimlerini taklit eder. Birinde o zaman Galya'da Caesar'ın taraftarlarından biri olan Trebatius'dan 'bu en meşhur ve cömert adamın' (Julius Caesar) arkadaşlığını kazanma imkanlarını kullanmaktan emin olmasını tavsiye ediyor; 'Eğer sen fırsatı kaçıırırsan, bu kadar uygun olanını tekrar bulamazsın; Cornelius aynı fikirdedir, tıpkı sizin gibi, hukukçuların sizin kitaplarınızda daima yazdığı gibi!' İkinci mektup aynı yıl (M. Ö. 54), aralık ayında, kuzey Galya'nın soğuk bölgesinde bulunan Trebatius'a yazılmıştı: Bana mektubunda, gerçekten benim işlerimden daha az önemi olmayan kendi işlerinden hiç bir şey bahsetmiyorsun. senin kış karargahında titriyor olmandan şüphe ediyorum ve bu sebeple senin özellikle palto ile çok fazla tedarikli olmadığından, kalbinde parlak bir ateş yakman gerektiğini düşünüyorum- Mucius ve Manilius da aynı fikirde-.

Ad fam. VII. 17: '*tantum moneo neque amicitiae confirmandae clarissimi ac liberalissimi viri neque uberioris provinciae neque aetatis magis idoneum tempus, si hoc amiseris, te esse ulum umquam reperitum: hoc, quemadmodum vos scribere soletis in vestris libris, idem Cornelio videbatur*' Ad fam. VII. 10: '*sed tu in ista epistula nihil mihi scripsisti de tuis rebus, quae mehercule mihi non minori curae sunt quam meae. Valde metuo ne fregeas in hibernis; quam ob rem camino luculento utendum censeo- idem Mucio et Manilio placebat-, praesertim qui sagis non abundares.*'

Augustus muhtemelen sadece, '*ut ex auctoritate eius responderet*' 'kararlarını onun izni ve kabulü ile verebildikleri' anlamında değil, fakat aynı zamanda ve muhtemelen esasen 'onun (*Augustus*'un) otoritesi ile donanmış olarak cevap verecek şekilde' belli hukukçuları ayırmak suretiyle, hukukçuların bu otoritesini tasnif etmeye teşebbüs etti; İmparatorun aklında kendi karizmasının bir tür aktarılması mevcut gibi görünüyor. *Au-*

41 Hukuk alimlerinin sözlü veya yazılı cevapları

gustus kesin olarak, *ius respondendi*'nin⁴² bahşedildiği bu hukukçulardan birinin fikriyle hukuken hakimi, fazlasıyla muhtemel olarak hukuk işleri yapan magistrayı bağlı tutmayı istememişti; başka yerlerde olduğu gibi o burada da bir kez daha açıkça 'otorite' ile hareket etmekteydi. Bizim yetersiz ve belirsiz kaynaklarımız bu gelişmenin detayları hakkında güvenilir herhangi bir bilgi vermese de, mamafih bütün hukuki bağlılık sonradan gelişmiş gibi görünür (fakat henüz klasik hukuk döneminde değil). Bu Romalıların özgürlük ve esareti uzlaştırdıkları, zaten Polybios'un takdirini uyandıran orjinal ve başlangıçta henüz basit olan sistemidir. Eğer ciddi bir çalışma yerine sistematik sanat çalışmasında rol oynayan kaynak onun aklını karıştırdı ise bu, kaynağı oluşturan otorite prensibi dolayısıyla ve tamamen Yunan mantığına sahip olan onun için, böyle bir prensip tabiatıyla anlaşılmasa birşeydi. Roma sistemi onların asıl yaşamlarındaki parlaklığa dayanmayarak, onların ruhlarını esir etmeden otoriteyi tanımayı metanetle ve sürekli olarak karar verdikleri, hatta otoriteyi, ilahi olarak, eğer onu ederlerse bu şekilde tiran haline gelmeden elde etmeye çalışan insanı öngörür.

42 İstişarede bulunmak üzere kendisine başvurulmuş hukukçuların, imparator otoritesine dayanarak ve onun namına adına cevap verme hakkı.