

ROMALI HUKUKÇULARIN METODLARINA DAİR (*)

Yazan: Prof. Dr. Erwin SEIDL

Çev. Asistan Belgin ERDOĞMUŞ

Bilindiği üzere, klasik Roma hukukçularına ait metinler genellikle gerekçe ihtiva etmezler. Justinianus'un Digesta'sında yer alanlar, kanun kuvvetini kazandıklarından, imparatorlar gerekçeye önem vermemişlerdir. Gaius'un Institutiones'i de bu bakımdan daha mükemmel sayılamaz, çünkü bu meşhur eser hukuk ilmine girişten ziyade, belirtildiği üzere, mevcut müesseselere girişten ibarettir. Kaser'in de haklı olarak işaret ettiği gibi (1), bu Institutiones, klasik eser niteliğine sahip olmayan, tali önemi haiz bir talebe kitapçıdır. Bu nedenle bunların, hüküm verirken «sezgi» yle, yani sebebler üzerinde düşünmeden (2), hareket ettikleri görüşü çürütülememektedir. Meselâ Africanus'a ait olan metinlerde sık görüldüğü gibi, bir gerekçenin varlığı halinde, interpolatio'dan şüphelenilmektedir (3).

Yukardaki açıklamalardan anlaşılacağı veçhile, klasik hukukçular sadece adalet duygusu ile hüküm veren dâhilerdi. Bu vasıflarıyla bizi tesir altında bırakılabilirler, ancak onlardan bir şey öğrenmemiz mümkün olmaz, çünkü sezgi bir deha ve kaabiliyet işidir.

(*) Bu makale «Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt» de, 359-378 s. da yayınlanmıştır.

(1) ZSS 70 (1953) 93 s. ve devamı, başka fikir, van Oven, Gaius der Hochklassiker, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 23 (1955) 240 s. ve devamı

(2) Kaser, Nachr. Akad. Göttingen, Phil.-Hist. Kl. 1962, 2. 54 de açıkça Riezler, Das Rechtsgefühl (1946)'ü zikretmektedir.

(3) Lenel'in ikinci Africanus - Palingenesia'sı, ZSS 51 (1931) 1 s. ve devamı.

Bunlara sahip olmayan, en iyi öğretim ile dahi öğrenemez. Bundan başka zamanımızdaki hukuki münasebetlerin eski çağlara nazaran, sezgi dâhilerinin bile çözemeyecekleri şekilde değişik ve çetrefil olması, klasik hukukçulara ait fikirlerin gerekçesinin tesbitinde zorluk yaratmaktadır.

Günümüzde, Roma hukuku derslerini, hukuk tatbikatı için bir fayda temin etmeyen bir safra olarak gören öğrenci ve program düzenleyicileri vardır. Roma hukukuna karşı tutumları bu kadar menfi olmayan diğer bazıları ise, romanistlerin, statuliber, patronatus, possessio ve detentio gibi bugün hiç veya şimdiki şekliyle mevcut olmayan müesseselerden bahsetmelerini, eski cenaze merasimlerinden, mistik tasvirlerden, Astrolojiden ve sihirden bahsedilmemesinden farklı görmemektedir, yani onlar için Roma hukuku sadece kültür tarihinin bir dalından ibarettir.

Bunlara klasik Roma hukukçularına karşı mevcut nahoş bir peşin hüküm de ilâve edilebilir. Sanki tek bir metod varmış gibi, «Roma hukuk ilminin metodu» incelenmiştir. Hakikatte ise her klasik hukukçunun kendine has bir metodu vardır. Şimdiye kadar birkaç romanistin haricinde, klasik hukukçuların metotlarındaki özelliklerle ilgilenen olmadığı için, bu konuda rehberlik edecek eserlerin sayısı çok azdır (5). Buna karşılık bu hukukçuların lisanı üzerinde yapılan çalışmalar, her hukukçunun kendine has deyimler kullandığını göstermiştir. Tabiatıyla bu çalışmalar hukuktan ziyade Filolojinin sahasını ilgilendirmektedir (6).

Anlaşıldığı veçhile, klasik hukukçuları münferit hukukçular olarak ele alanlar bugün çok az olmakla beraber, bu konuda gayet cazip bir araştırma sahasının varlığına işaret edilmelidir. Bu münasebetle günümüzün hukuk ilmi için dahi istifade edilebilecek kendilerine özgü metodlara klasik hukukçuların eserlerinde rastlamak mümkün olacaktır.

Herşeyden önce üçüncü bir peşin hükmün bertaraf edilmesi ge-

(4) 2 no. lu dipnotunda belirtilmiş Kaser'e ait makalenin başlığı böyledir.

(5) Şimdi iki genç İtalyan meslekdaşın bu araştırmaları yapmış olması sevindiricidir: Reggi, L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano, Studi Parmensi 1951, 1953, Bonini, I «libri de constitutionibus» di Callistrato I. Milano 1964. Bunun hakkındaki yazım SDHI 1964, 58.461.

(6) Bu araştırma alanının üstadı Bernhart Kaser'in çalışmaları vardır. Vardığı sonuçlar gayet mütevazi bir şekilde VJR'de yer almıştır.

rekmedir. Özellikle Roma hukukunun temsilcileri tümdengelim metodunu hukukçular için tek ve en doğru metod olarak görmek eğilimindedirler. Kaser, dialektik metod hakkında şunları yazmaktadır (7): «Bu metodun hukuk materyali için özellikle elverişli olduğu ve durumun açıklık kazanmasına esaslı olarak yardım ettiği aşikârdır.» İşte biz bunu münakaşa etmek istiyoruz. Başka bir yerde ana kavramlardan hareket etmeyen bütün hukuk faaliyetini, menfaat hukukçuluğu veya sosyolojik metod olarak vasıflandırmaktadır ki (8), bu isabetli değildir. Kavram hukukçuluğu ile menfaat hukukçuluğu münakaşasının Roma kaynaklarına kadar götürülmesi doğru değildir, ama bu çatışma bizim dikkatimizi, bilhassa Ulpianus'ta rastlanan kavram ve kurallardan mantıki istidlaller dışında kalan, ve Digesta'da mevcut diğer metodların üzerine çekmektedir. Tarafların takip ettiği menfaatlerin nazara alınmasına dayanan metod (İnteressenjurisprudenz - menfaat hukukçuluğu) bunlardan biri olmakla beraber tümdengelim metodundan ayrılan tek metod değildir.

Aşağıdaki satırların amacı, Romalı hukukçulara ait metinlerde en az yedi veya sekiz muhakeme tarzına rastlamanın mümkün olduğunu göstermektir. Bu muhakeme tarzlarının birlikte mütalaa etmenin imkânı yoktur. Ancak daha başkalarının da mevcut olmadığı iddiasında da değiliz (9).

Romalı klasik hukukçular ihtilâfların hallinde şunları nazara almışlardır :

A. Objektif olarak tesbiti mümkün vakıalar, yani

1. Edim karşı edim münasebeti
2. Hâkimiyet olanağı
3. Tarafların menfaatleri
4. Hükmün özel sonuçları
5. Hükmün genel sonuçları

B. Tarafların subjektif durumu

6. İrade
7. Güven

(7) 2 no. lu dipnotunda adı geçen makalenin 69. s.

(8) Adı geçen makalenin 74.

(9) Bugün romalı hukukçuların ağır basan eğilimini, müesseseleri incelemeyi de, küçümsemek istemiyiz.

C. (Kavram ve kurallardan) Tümdengelim.

Bugün akitleri tarafların iradesine göre yorumlamaya alışmış bulunuyoruz. Bu yorum tarzı bize Romalılarından intikal etmiştir, ama Roma'da bunun ortaya çıkış tarihi, klasik devir öncesi veya klasik devrin ilk zamanları (10) olmayıp, sonudur. Sözü geçen eski devirlerde hukukçular yorum için objektif esaslar kullanıyorlardı. Bunu ifade eden ibare «id quod actum est» idi. Sonradan bu ibare «ne istenmişse, o» şeklinde anlaşılmışsa da, manâsı aslında bu değildir. İlk önce «id quod actum est» sadece, «vuku bulmuş olan», yani hayat hadisesini ifade ediyor ve objektif olarak tesbiti mümkün vakıalara değer veriliyordu (11).

1. Böyle objektif olarak tesbiti mümkün bir vakıa, edim ile karşı edim arasındaki münasebettir (12). Bugün bile 15 DM. bir saat alan kimse, bunun bir radyo-saat ayarı gibi işlemlerini bekleye-

(10) Pringsheim, *Animus in Roman Law*, *Law Quarterly Review* 1933, 43 ve dev., 379 ve dev. da irade teorisinin üstün duruma gelmesini daha sonraki bir devre, Bizans devrine maletmektedir. Bununla beraber Archi'nin «La donazione'sini eleştirirken (ZSS 78 (1961) 474-484) ve aşağıda zikredilecek olan makalede, animus'tan bahsedilen yerlerin klasik olabileceğini de kabul etmektedir. Pringsheim gibi subjektif olanın daha sonraki devirlerde nazara alındığını iddia eden zengin literatürden sadece burada Kaser'in «Typisierter Dolus im altrömischen Recht»; *BIDR*, (1962) atıf yapıyoruz.

(11) «Id quod actum est» Pringsheim'in bir araştırmasının başlığıdır, ZSS 78 (1961). Burada, s. 6, tâbir «ne kastedilmişse» şeklinde tercüme edilmişti; «ne istenmişse» tarzındaki bir tercüme ise açıkca reddedilmişti. (Son) tercüme tarzı Pringsheim'in biraz evvel zikredilmiş, *Law Quart*, Rev'deki iddiasıyla büyük çelişme halinde olacaktı. Uzun müddet sadece İngilizce'yi kullanmış olan üstad Almanca'da «das, was gewollt» (ne istenmişse, o) ile «das, was gemeint» (ne kastedilmişse, o) ibarelerinin aynı anlama geldiğini gözden kaçırmıştır. Wunner, *Contractus*, Köln 1964, 181 buna işaret etmiştir. Pringsheim verdiği örneklerle, «iradeye, voluntas'a değer vermeme» şeklinde olan ilk fikrinde daha kolaylıkla ısrar edebilirdi. Doğru olan izahı v. Lübtovv, *Beitraege zur Lehre von der Condictio*, Berlin 1952, 104, D. 12, 1, 3 için yapmıştır. Bu Pringsheim'in dikkatinden kaçmıştır.

(12) Yürürlükte bulunan hukuk dogması bakımından Müller - Erzbach, *Die Rechtswissenschaft im Umbau*, 113 «Karşılıklı akitlerde..... her âkid akdi değerlendirme ölçüsüne göre sadece kendininkiyle eş değerde olan karşı edimi bekleyebilir.» Aynı şekilde Wilburg, *Zusammenspiel der Kraefte im Aufbau des Schuldrechts*, *Archiv f. civ. Praxis* 163 (1964) 346 s ve dev.

mez, bu sebeble de her gün düzeltilmesi gerekse dahi, akitten döne-
mez. Bu vasıflara sahip bir kronometre için 10 mislini ödemesi ge-
rekecekti. Yine bugün böyle bir muameleyi «iradeye» göre yorum-
lamak kimsenin aklına gelmez. Javolenus D. 18, 1, 79 da bu metodu
kullanarak hüküm vermiştir:

«Bir gayrimenkulün yarısını öyle bir anlaşmayla satmıştın ki,
alıcı, kendinde muhafaza ettiğin parçayı her yıl belirli bir ücret öde-
mek suretiyle on yıl için kiralayacaktı. Labeo ve Trebatius, bu an-
laşmanın yerine getirilmesi için, satımdan doğan davanın açılamiya-
cağını söylemektedir. Fakat ben aksi fikirdeyim, eğer sen bu gay-
rimenkülü, kiranın gerçekleşmesi için daha ucuza satmışsan; zira bu
gayrimenkulün semeninin bir kısmını, bu anlaşmaya satılmış olması
teşkil eder». (Fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emptor
alteram partem, quam retinebas, annis decem verta pecunia in an-
nos singulos conductam habeat. Labeo et Trebatius negant posse ex
vendito agi, ut id quod convenerit, fiat. ego contra puto, si modo
ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur:
nam hoc ipsum pretium fundi videtur quod eo pacto venditus fuerat).

Durum meydandadır; edim ile karşı edim münasebeti hükmün
mesnedini teşkil etmektedir. Yargıç, objektif olarak, kira anlaşması
yüzünden gayrimenkulün böyle bir anlaşmanın bulunmaması hali-
ne nazaran daha ucuza satılıp satılmadığını tesbit edecektir. Ucuza
satıldığı kararına vardığı takdirde, actio ex venditio ile, yani alım
satımdan doğan dava ile kira ücretinin talep edilmesini haklı bula-
cak, aksi halde davalıyı actio ex venditio'dan beraat ettirecektir.

Adı geçen yerde «irade» den bahis olmadığı gibi, yoruma esas
alınması çok mantıkî olabilecek diğer bir husus söz konusu edilme-
miştir; yargıç hasılat kirası münasebetinin kimin, yani alıcının mı
yoksa satıcının mı *menfaatine* olduğunu araştırmayacaktır. İlerde
Romalı hukukçuların objektif olarak tesbit edilebilen menfaatleri
nazara alarak hüküm verdiklerini göreceğiz, ancak burada söyleye-
bileceğimiz «Javolenus'un menfaatleri dikkate alan bir yorumu dü-
şünmüş olabileceğidir», fakat metinde bundan açık olarak bahsedil-
memektedir. Klasik hukukçuya ait bu parça, edim ile karşı edim
arasındaki uygun münasebete dayanan hüküm ile akdî menfaatleri
esas alan hüküm arasındaki ilişkiyi belirtmektedir.

2. Hâkimiyet durumunu nazara alan metod (13). Romalı hu-

(13) Karşılaştır, Studien zum kausalen Rechtsdenken, Festgabe
Müller - Erzbach, München 1954, 104 s. ve dev.

kukçular, kullanılmış kavramdan hareket eden ve sadece lafza önem veren tümünden gelimin kolaylıkla anlamsızlıklara götürebileceğini, kanunların yorumu sırasınca farketteler. Bunu D. 4. 8. 15 göstermektedir :

«Pretor beyannamesinde bir hüküm vermesi için hakeme zorlayacağını açıkça söylemesine rağmen, bazan onun sebeblerini dinlemeye mecbur kalacak ve durumu inceleyerek mazeretini kabul edecektir, meselâ taraflarca hakarete uğramışsa, yahut onunla taraflar arasına, veya sadece taraflardan biri ile arasına ağır bir düşmanlık girmişse, yahut yaş veya sonradan ortaya çıkan bir hastalık bu göreve engel oluyorsa, yahut kendi işleriyle meşguliyet veya zarurî bir seyahat veya herhangi bir resmi görev.» Ve Labeo bu hükmü vermektedir (Licet autem praetor districte edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem eius habere debet et excusationem recipere causa cognita ut puta si fuerit infamatus a litigatoribus, aut si inimicitiae capitales inter eum et litigatores aut alterum ex litigatoribus intercesserint, aut si aetas aut valeudo quae postea contigit id ei munus remittat, aut occupatio negotiorum priorum vel profectio aut munus aliquod rei publicae: et ita Labeo).

Pretorun beyannamesinde kullandığı kavram ve kelimelerden bu hükme varmanın imkânı yoktur. Bu sebeble böyle bir hüküm verirken, aynı zamanda kanunun getirdiği esaslar tamamlanmış olmaktadır, öyle ki, bazı durumların ortaya çıkması hakemin bir karar vermesine engel teşkil etmektedir, yaş, hastalık. Bu gibi hallerde pretorun emrine uyması mümkün olmadığından, onu zorlamanın bir manâsı olmayacaktır.

Bu konuda daha başka sonuçlara da varılmaktadır. «Zaruri seyahat, resmî görev» gibi ibareler, aynı zamanda ifası imkânsız olan vecibelerin karşılaştırılmasına işaret etmektedir, arbiter (hakem) için bir hüküm vermek imkânı mevcut mudur? Hâkimiyet durumunun nazara alınması ve zıd menfaatlerin karşılaştırılmasına, Romalı hukukçuların eserlerinde sık olarak rastlanır. Buna karşılık «düşmanlık» ve «hakaret» gibi hayat vakıalarına önem verilmesi oldukça nadirdir. Bu hallerin hepsi objektif olarak tesbit edilebilir; hakemin karar vermesi elinde midir? Bir hasımlık ortaya çıkmış mıdır, yahut resmî görevler (munera publica) yüklenmiş midir? Kendi işleri için bir seyahat yapması zorunlu mudur?

Burada kanunun koyduğu esasın tamamlandığını söylediğimiz zaman, aşağıdaki sonuca varmış oluruz: Kanunda (burada pretor beyannamesi) bir boşluk vardır, kanunkoyucu bunu farketmiş olsaydı, mutlaka nazara alırdı. Bunu tesbit ettikten sonra hukukçu kanunkoyucu gibi hareket ederek bu boşluğu yeni bir şey ile dolduracaktır. Modern hukukçular böyle hareket etmektedirler ve böyle yapmaları da caizdir, çünkü kanunlarımız, özellikle BGB, bütün ihtilafların hallini önceden düzenlemişlerdir. Halbuki Justinianus'tan önce kanunlar sadece münferit olayların çözümünü getirmişlerdi, yani kasuistik metodu takip etmişlerdi. Bunun manâsı şudur; bu kanunlar yalnız doğru hükümlerin birer örneğini (14) ihtiva ediyorlardı. Bu iddia çivi yazısıyla bize intikal eden kanunlar hakkında olduğu kadar 12 Levha kanunu ve M. Ö. 67 deki lex Cornelia de edictis'e kadar, pretor beyannamesi için de caridir.

Metod meselesi için kanunda bir boşluğun bulunması gerekli değildir, kanunun tatbiki için, hâkimiyet durumu, menfaatler, olayın kendine has şartları gibi, kanunun öngördüğü vakıaların gerçekleşmiş olması aranabilir. Eğer kanunkoyucunun göz önünde bulundurmuş olduğu vakıalar, hükme bağlanacak meselede de mevcutsa, o takdirde kanun tatbik edilecektir. Pretor - kanunun yorumunun söylediği veçhile - hakemlik görevini ifaya zorlayacağı şahsı, her türlü engellerden âzade ve sıhhatli olarak düşünmüştü. Halbuki buradaki şahıs, çok yaşlı, taraflarla hasmane münasebeti olan, yahut resmî görevlerle yükümlü olduğundan, pretorun koyduğu kurala temel teşkil eden vakıalar gerçekleşmediğinden -- beyannamenin lafzında da yer alabileceği gibi -- hakemin icbar edilmesi mümkün değildir.

Aynı neticeye kanunun gayesini tayin etmek suretiyle de varabiliriz. Bu gaye, tarafların doğru hükmü mümkün olduğu kadar çabuk elde etmeleridir. Hakem çok yaşlı, hasmane durumu olan veya resmî görevleri haiz bir kimse olunca, tarafların bekledikleri karar ancak sathî ve kötü bir karar olabilir, bu ise beyannamedeki kuralın gayesi değildir. Bu gerekçeye dayanmayan Labeo, sadece, vakıaların, beyannamenin lafzen tatbikine aykırı olduğunu belirtmekle yetinmektedir.

3. Objektif olarak tesbiti mümkün hususlardan biri de *men-*

(14) Müellifin *Römische Rechtsgeschichte*'si s. 5 ve s. 26 dev. J. Escarra'ya, *Le droit Chinois, Pékin 1936* atfen.

faatlerdir. Yukarda satıcının, alıcı gayrimenkulü kiraladığı için düşük semen karşılığı yaptığı alım satım aktinden doğan dâvaya kira ücretini talep edeceğini görmüştük. Javolenus'a ait olan o metni incelediğimiz zaman, orada varılan sonuca, kira aktini alım satım aktine bağlamanın kimin menfaatine olduğunu tesbit suretiyle de varmanın kabil olduğunu belirtmiştik. Ancak orada bu açıkça yer almamıştı. Buna karşılık klasik hukukun zirvesini teşkil eden hukukçularla, onları takip edenler hüküm verirken menfaatin de nazara alınmasını söylemektedir (15).

D. 15. 4. 2. pr: «Küçüğün kölesine vasinin izniyle karz verilmişse, fikrime göre, bunun küçüğün *menfaatine* verilmiş olması halinde, ona karşı *actio quod iussu* verilmelidir.» (Si tutoris iussu servo pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem «quod iussit tutor»).

Klasik hukukçuların menfaate dayanan hukukçu içtihadını (Interessenjurisprudenz) bildikleri münakaşa etmek istemiyoruz; ancak bizim burada göstermek istediğimiz sadece, onların çok başka metodları kullanmış olduklarıdır (16).

4. *Varılan neticelerin hükme mesned olması*: Gerçi bu metod diğerleriyle çelişmektedir, ama Romalılar tarafından kullanılmıştır. Şöyle bir muhakeme yaparak bir hüküm verilebilir; hüküm a ise, neticesi b dir, hüküm c olursa sonucu d dir. Eğer d sonucu istenmiyorsa, a hükmü doğrudur. Bu şekilde çıkacak sonuçlara göre bir hüküm vermek mümkündür.

Eğer hüküm, neticeleri nazara alınarak verilecekse, iki hal söz konusudur:

a) Mevcut münferit olaydan çıkan sonuçlara itibar ediliyorsa, özel sonuçlardan,

(15) Bunun hakkında hemen iki düzine örnek: Festschrift Lehmann I (Berlin 1956) s. 101 ve dev. Bu konuda Nörr, ZSS 73 (1956) 91 ve dev. bu konudaki bibliyografyaya eklemek gerekir. Fakat «fayda fikrine» ait meseleleri neticede, menfaatların incelenmesi içinde ele almaya mecbur kalmaktadır. Kaser de-2 no. lu dipnotundaki fikrine aykırı olarak (s. 64, 74) «Fragmentum Vaticanum I» Labeo 7 (1961) 299 da menfaatlere göre yorum yapmaktadır.

(16) Bir yanılmayı önlemek için: Medicus'un çalışması, Id quod interest, Köln 1962, tarafların takip ettikleri menfaatlere göre yorumda söz konusu olan «menfaat» değildir. Kaynaklarda bu anlamdaki «menfaat» çok defa «utilitas» kelimesiyle belirtilmiştir.

b) Verilecek hükmün yeni bir çığır açması halinde çıkacak umumi sonuçlara değer veriliyorsa, genel sonuçlardan söz açılır. Bu halde hukukçu hukuk politikası yapmalıdır.

Önce hükmün özel, münferit hâdisede nazara alınacak sonuçlarını inceleyelim (17).

12 Levha'nın «uti lingua nuncupassit» (dilin söylediği gibi) kuralıyla (18) bir sınır çizilmediği hallerde, klasik hukukun öncüleri, menfaatlerin uzlaştırılmasını (Vorteilsausgleichung) fikirlerine hareket noktası yapmışlardır. «Menfaatlerin uzlaştırılmasından» hakkaniyete uygun nimet taksimini anlamak lâzımdır; bir hüküm verildiği takdirde, birinin haksız bir kazanç elde etmemesine ve diğerinin de aynı şekilde haksız bir zarara uğramamasına dikkat etmek lâzımdır. Tabiatıyla böyle bir davranış, uygulanan kanunun objektif vakıalarla tamamlanmasından öteye giden bir anlama sahiptir ve münferit olaydaki müşahhas sonucun incelenmesini gerektirir. O. Mucius D. 47. 2. 77. 1 de bu metodu kullanmıştır:

«Çalınmış mal hırsızdan tekrar çalınırsa, sonraki hırsıza *actio furti*'yi malikin açabilmesine karşılık, ilk hırsız açamaz, zira çalınmış şeyin kurtarılmasında malikin menfaati olduğu halde hırsızın yoktur» (si quis alteri furtum fecerit et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore furi dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potent, ideo quod domini interfuit, non prioris furis, ut id quod subreptum est salvum esset. haec Quintus Mucius refert) (19).

Quintus Mucius vasiyetnamenin yorumunda kullandığı tümden gelim metodunu burada da kullanmış olsaydı, aşağıdaki sonuca varacaktı: 2. hırsız malikten bir şey çalmadığına göre, o ona karşı *actio furti*'yi açamaz. Malik sadece kendisinden malı çalmış olan 1. hırsıza başvurabilir. 2. hırsıza başvurabilecek olan 1. hırsızdır. *Actio furti*'den tümden gelim bu şekilde ifadesini bulacaktır.

Halbuki bu metinde müellifin kullandığı metod şudur: *Actio furti nec manifesti* malın değerinin iki misline ilişkindir, *actio furti manifesti* ise dört misline ilişkindir, yani bunun içinde ceza, malın çalınmasının yarattığı üzüntünün kefareti ve malı tekrar eline geçi-

(17) Günümüzde verilen hükümlerde bu metod kendini gösterdiği takdirde, çok defa şu muaheze yapılmaktadır, «bunun adı idare etmektir, hüküm vermek değil». Burada bu tenkidi eleştirmeyeceğiz.

(18) Bunun için aşağıda S. 370.

(19) Bunu takip eden metni de incele.

rememe tehlikesinin karşılığı olduğu kadar tazminat ta yer alınmaktadır. Mucius bütün bu hususların birinci hırsız için değil, malik için varit olduğunu belirtmiş olmaktadır. Gerçi 2. hırsızın birinci hırsıza ifada bulunması bunun menfaatine olduğu ileri sürülebilir — hukukçunun bu konudaki fikri açık değildir —, ancak bu korumaya değer bir menfaat teşkil etmez.

1. hırsız *actio furti*'yi 2. hırsıza açabilseydi, 2 veya 4 mislini 1. hırsız elde edecekti. Kendisi de malike 2 veya 4 mislini ödediği takdirde işlediği haksız fiilin neticelerinden tamamen kurtulmuş olacaktı. Hatta eğer 2. hırsızlık suçüstü, birincisi ise suçüstü olmadığı takdirde iki misline ilişkin bir kazanç elde etmiş olacaktır. Bu sonuç ise çok garip olacağından, *actio furti*'den tümünden gelim reddedilecektir. Öyleyse çıkacak sonuçlara göre hüküm verme metodu kullanılmalıdır. Metnin bize intikal etmiş şeklinden O. Mucius'un şu veya bu hükmün sonuçlarını karşılaştırdığını çıkarmak mümkün değildir. Müellif sadece *ut id quod subreptum est, salvum esset* (malın çalınmış olmasından dolayı uğranılmış zararlardan kurtarılması) konusundaki menfaatten bahsetmektedir. Bununla beraber hüküm verirken neticelerini düşünmüş olması akla yakındır.

Klasik devrin zirvesini teşkil eden hukukçuların bu metodu kullanmış oldukları her türlü şüpheden uzaktır:

Pomponius D. 15. 1. 4. 2: *Peculium*'a, efendisinin bilgisi olmadan değil, fakat sadece onun isteği ile sahip olduğu şeyler dahildir. Aksi halde kölenin efendisinden çaldığı da *peculium*'un içine girecekti, fakat bu doğru değildir. (*Non quid servus ignorante domino habuerit peculii essem sed quid volente: alioquin et quod subripuit servus domino, fiet peculli, quod non est verum.*)

Klasik devrin zirvesinde yaşamış olan bu hukukçu, bir kölenin *peculium*'una neyin dahil olduğu meselesinde, sonuca itibar etmektedir. Pomponius, *peculium*'a sadece efendinin istediklerinin dahil olacağına karar verebileceği gibi, efendinin kölede olduğunu bilmediği şeylerin dahi *peculium*'a girebileceğine karar verebilirdi. İkinci halde kölenin efendisinden çalmış olduğu şeylerin de *peculium*'a ait olması gibi garip bir sonuca varılacaktı. Demek ki varılacak sonucun garipliği kararı etkilemiştir (20).

(20) Bu metoda ait diğer örnekler, Julianus, D. 5, 1. 25; Röm. Rechtg., S. 83 ve dev. Bunun için Maecianus'un P. Oxy III 653'deki hükmüne bak (=Mitteis, Chrest. II 90), bunun hakkında *interpolatio* şüphesi yoktur.

Nihayet klasik devrin sonunda yaşamış Tryphonius'u da bu metodun bir temsilcisi olarak göstermek mümkündür (21).

5. *Hükmün genel sonuçları*: Buraya kadar hukukçuların münferit meselelerin sonuçlarını nazara aldıklarını gördük. Şimdi ise genel sonuçların, verilecek hükümlerin doğru veya yanlış sayılmasını nasıl etkilediklerini görelim. Burada hukukçu hakiki manâsıyla hukuk politikası yapmaktadır.

Servius Sulpicius kanunların eğitici maksadından hareketle bu maksadın elde edilip edilmediğinin hükmün genel sonuçlarından anlaşılacağını söylemektedir. D. 49, 15, 12 pr (22). Yine başka bir yerde kanunun «aptalların akıllılardan daha iyi bir durumda olmalarına meydan vermeyecek» şekilde yorumlanmasını istemektedir (D. 43, 24, 4) (23).

Julianus da D. 5, 1, 75 de bu metodu kullanmıştır: Bir borcun ifası talep edilen tarafa, pretor hazır bulunmasını emretmişse, emrinin tebliğinden sonra hâzır olmayanın borçlu olduğunu bildirmişse, hâkim icra safhasında praetor'un bu hükmünü inceleyemez. Aksi halde praetor'un emir ve kararları gülünç olurdu.» (Si praetor iusserit eum a quo debitum petebatur adesse et ordine edictorum peracto pronuntiaverit absentem debere, non utique iudex, qui de iudicato cognoscit, debet de praetoris sententia cognoscere: alioquin lusoria erunt huiusmodi edicta et decreta praetorum.)

Burada da hukukçu hükmün neticelerini göz önünde bulundurmaktadır; a hükmü) hâkim praetor'un kararını inceleyemez, b hükmü) o hükmün doğruluğunu inceleyebilir. Fakat bu halde genel olarak — yani sadece bu olaya mahsus olmamak üzere — praetor kararlarının tatbikî bir anlamı olmayacağı gibi gülünç te olacaktır. Bu sonuç ise tasvip edilemez, öyleyse a hükmü doğrudur; hâkim praetor'un kararını inceleyemez. Hukuk politikasını gerektiren bu metod D. 4, 4, 24, 1 de en yüksek seviyesine erişmektedir. Paulus burada, in integrum restitutio mutlak bir şekilde uygulandığı takdirde baliğ küçüğün (minor) aleyhine sonuçlara götüreceğini göstermektedir (24).

Hukukçunun bu metoda uyan görevi, hüküm verirken bunun uzak tesirlerini de nazara almaktır.

(21) Örneğin, D. 20, 5, 12, 1. bak. Eranion G.S. Maridakis, Athen 1963, 232 dev.

(22) Röm. Rechtsg. S. 66.

(23) Röm. Rechtsg. S. 67.

(24) Röm. Rechtsg. S. 102.

6. *Tarafların iradesine göre hüküm verme* (25): İrade teorisinin ikna edici bir tarafı mevcuttur. Hâkim bir beyanı veya herhangi bir hayat olayını takdir ederken kullanılan kelimelere değil, tarafların neyi istediklerine dikkat edecektir. Başka türlü hareket gayri âdil olacaktır.

Bununla beraber tatbikatta bu metodu büyük bir güçlük beklemektedir. İrade insanın ruhi durumuyla ilgili olduğundan kolay tanınabilecek birşey değildir. Taraflar hâkim önünde kolaylıkla, o anda kendileri için daha elverişli olan iradeyi izhar etmiş olduğunu iddia edebilecektir. Hâkim gerçekte tarafların iradesinin ne olduğunu tesbitte büyük güçlük çekecektir. Burada hâkime ispat yükü kuralları, kanuni karineler veya faraziyeler yardım edecek veya objektif olarak tesbiti kabil vakıyalardan subjektif irade için netice istihraç edilecektir.

12 Levha Kanununun «uti lingua nuncupassit, ita ius esto» (dil ne söylemişse o hukuk olsun) kuralı vasiyetname ve diğer mancipatio'ların tarafların iradesine göre yorumlanmasını yasak etmişti. Klasik devir öncesine en açık misali causa Curiana teşkil eder (26). M. Coponius vasiyetnamesinde M. Curius'u mirasçı nasbetmişti. Bunun için şu şartı koşmuştu; karısının ümit ettiği şekilde bir oğlan çocuk doğurması ve bu çocuğun vasiyetname yapabilecek yaşa gelmeden ölmesi halinde, M. Curius mirasçı olabilecekti. Coponius öldükten sonra dul karısının gebe olmadığı ortaya çıktı. Curius ve vasiyetnamenin bulunmaması halinde mirasçı olacak akrabalar arasında ihtilâf doğdu. Dâvayı Curius kazandı; bu dâva Cicero'nun yazılarından anladığımıza göre büyük heyecan uyandırdı.

Causa Curiana'dan bahseden yazılarda Coponius'un gerçek iradesinin araştırıldığına dair bir belirti yoktur. 12 Levha'nın emrettiği gibi vasiyetnamenin lafzına sadık kalınmıştır. İrade ancak şu şekilde nazara alınmış olmaktadır; bir şahıs vasiyetnamesine Coponius'ununki gibi kayıtlar koyarsa, bundan onun, öncelikle düşünülmüş mirasçının hayatta olmaması halinde kaim şahsı mirasçı nasbettiği

(25) Subjektif unsurlara dayanarak hareket etmeyle ilgili zengin bibliyografya içinden hepsinden önce 12 no. lu dipnotunda zikredilmiş, Pringsheim'in «Animus in Roman Law»ı hatırlamak gerekir.

(26) Röm. Rechtsg., S. 63, Stroux, Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik, Postdam 1949, 46. Rev. Hist. 27 (1949) 354 de Perrin'e ait bir makaleyi, ki meslekdaşım Mayer - Maly buna benim dikkatimi çekmişti, anlayamadım.

çıkarılacaktır. Demek ki, araştırılan ferdî irade değil, böyle bir kayda uyan tipik iradedir.

Fakat bu bile zamanı için cesur bir yenilikti. Olay büyük bir ilgi uyandırmış ve Quintus Mucius gibi zamanın değerli hukukçuları bu hükmün yanında değil, karşısında yer almışlardı.

Klasik devirden önceki devirde Q. Aelius Tubero, Cicero'nun diğer çağdaşı, şöyle demişti: «Kavramların beyanda bulunanın iradesini göstermekten başka ne gibi bir görevi olabilir?». Bununla beraber zamanında söylediklerini kabul ettiremedi. D. 33, 10, 2 (27).

Yine murisin tipik iradesinden hareket eden Sabinus'a ait bir fikir D. 35, 1, 72, 8 yer almaktadır: «Sabinus'un cevabına göre, muayyen mal vasiyetine yanlış olarak işaret edilmesi bir muayyen mal vasiyeti meydana getirmez. meselâ bir kimse Titius'a bir şey vasiyet etmediği halde, şöyle bir yazı bırakmışsa: «Titius'a muayyen mal vasiyeti olarak bıraktığım 100 den 50 sini mirasçı Seius'a vermeli», o bunu murisin iradesinden çıkarmaktadır, çünkü o (miras bırakan) bir muayyen mal vasiyetinde bulunma iradesiyle değil, hatalı olarak mevcut olduğunu zannettiği muayyen mal vasiyetinden indirme yapmak gayesiyle bunu yazmıştır. (Falsam legati demonstrationem non facere legatum Sabinus respondit. Veluti si quis, cum Titio nihil legasset, ita scriptum reliquerit:, ex centum, quae Titio legavi, quinquaginta heres Seio date. idque sumpsit ex defuncti voluntate, quia non animo legandi, sed deminuendi legatum, quod falso datum existimaret, ita scriberet).

Bunu böylece tesbit ettikten sonra, irade teorisinin Klasik hukukta Julianus'un eserlerinde evvelâ münferit olaydaki müşahhas iradenin araştırılmasıyla değil, tipik iradenin araştırılması şeklinde kendisini gösterdiğine hayret edilmemelidir, meselâ D. 14, 2, 8 (28).

Her türlü interpolatio şüphesinden uzak ve klasik devirdeki durumu (M. S. 186) aksettiren bir metin, P. Oxy II 327, meselemiz için önemlidir: Kendisinin concubinatus'undan doğmuş bulunan kızı Dionysia'yı dâva eden bir baba, Mısır kanunlarında mevcut bir hükme dayanarak, kızını kocasından istediği anda geri alabileceğini iddia etmektedir. Mısır praefectus'u, Flavius Titianus (Coll. VII 29) — bizim bilgimize göre — yepyeni bir şekilde karar vererek, kızın kendi arzusu olmadan kocasından geri alınamayacağını hük-

(27) Röm. Rechtsg., S. 67.

(28) Röm. Rechtsg., S. 84 dev.

mediyor. Praefectus (vali) müşahhas olayda ferdin iradesine kıymet vermek suretiyle Mısır hukukuna yeni bir şey getirmiş olmaktadır, ki o bunu ancak Roma'da edinmiş olduğu hukuk bilgisine göre yapabiliirdi. İradenin nazara alınması zımni irade beyanlarının da değer kazanmasına yol açmıştır (29).

Klasik devrin sonuna doğru yaşayan hukukçular ise, diğer metodlarla istedikleri sonuçlara vardıkları hallerde dahi, fert iradesini nazara almışlardır. Buna örnek Papinianus D. 50, 16, 219 da mevcuttur: «Âkidlerin yaptıkları anlaşmalarda kelimelerden ziyade iradeye bakılmalıdır. Yani eğer vatandaşlar kamuya ait bir gayrimenkulü, kiracıların mirasçılara da intikal etmesini sağlayan bir anlaşmayla (uzun vadeli kira - daha doğru olarak ırsî hasılat kirası) * kiralamışlarsa, mirasçının bu hakkı kendisine muayyen mal vasiyet edilmiş kimseye de teşmil edilebilir.» (In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint ut ad heredem eius qui susceperit pertineret, ius heredum ad legatarium quaque transferri potuit.) (Bu metnin Papinianus'a olan aidiyeti münakaşalıdır.) Burada tümdengelim metoduyla istenileni elde etmeye imkân yoktur; «mirasçı» kavramı muayyen mal musalehini de kapsayacak şekilde genişletilemez, aksi halde kavramların buldukları yere olan bağlılıklarını kabul etmek istemiyenlerin kritiği ile karşılaşılacaktır. Bununla beraber başka bir metod ile aynı sonuca ulaşmak mümkündür; böyle bir akit ile gayrimenkulü kiralamış kimsenin bu akitten doğan hakkını istediği şahsa, yani yegâne mirasçısına, mirasçılardan birisine veya muayyen mal musalehine devretmekte menfaati vardır. Buna karşılık ırsî hasılat kirasında kiracının halefinin mutlaka ilk kiralayanın mirasçısı olması bakımından hazinenin korunmaya değer bir menfaati olduğu söylenemez. Bunun neticesi olarak hazinenin, gayrimenkulü «muayyen mal musalehinin» değil, «miras» çının kiralamağa devam edeceğini ileri sürmesi hakkın suistimali olur.

Papinianus'un iradeden hareketle bu neticeye varmak istemesi çok şüphelidir. Taraflar akde «mirasçı» kaydını koyarlarken muhtemelen, muayyen mal musalehinin de sözkonusu olabileceğini düşünmemişlerdi. Bu objektif olarak tesbiti mümkün menfaat yerine

(29) Mühl, Tacere, Tacitus und Tacurnitas, Diss. Erlangen 1961 (J. Hermann'ın idaresinde).

(*) Çevirenin notu.

«iradeye» değer verilmesi, akdin inikad sırasında mevcut olmayan bir husus ile sonradan tamamlanması anlamını taşır. Halbuki bu örnek olmaya değer bir içtihad değildir.

7. *Fides ve bona fides*: Esas itibariyle hiç kimse başkasına güvenmiyerek menfaatini bizzat korumalıdır. Bununla beraber iki şahıs arasında devamlı bir ilişki kurulacak olursa, biri diğerinden belirli bir ölçüde menfaatlerini nazara almasını ve zararlara karşı korumasını beklemekte haklıdır.

Aslında bu hâkimiyet imkânının (Beherrschungsvermögen) sonucundan başka bir şey değildir. Bir kimse diğerine gelecek ayın birinde ödenmek üzere karz verecek olsa, bu para artık onun elinde bulunmayacağından, onu koruma hususunda çaresizlik içinde olacaktır. Buna karşılık karz alan parayı zamanında ödeyecek durumdadır, yani bu onun iktidarı içindedir. Karz verenin parayı vermekle onun mukadderatı ile ilgili çaresizliğe katlanması, ancak karz alanı tanınması, ona güvenmesiyle mümkündür.

Romalılar bu hal için «fides» kavramını kullanmaktadırlar. Hukuk alanında bu kelimenin iki anlamı olabilir: 1) Güven, 2) Güvenilebilme (30).

Ulpianus D. 16, 3, 11:

«Bir kölenin vedia olarak bıraktığı malı, vedia alan çok doğru olarak samimi bir güven icabı köleye iade etmelidir.

... Böyle söyleyen Sabinus ilâve etmektedir; eğer malikin malın iade edilmesini istemediği fikrini uyandıran herhangi bir sebep ortaya çıkmamışsa. Bu böyledir, eğer haklı bir sebep yüzünden bundan şüphe edebiliyorsa: Diğer taraftan samimi bir güveninin varlığı yeterlidir. (Ouod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide... denique Sabinus hoc explicuit addendo:, nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominium reddi nolle. hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus: ceterum sufficit bonam fidem adesse).

Bu metinde «bona fides» in gelişimini görüyoruz: Sabinus iktidar imkânına daha kat'i bir ifadeyle, vedia alanın anlayabilme imkânına dayanmaktadır; vedia alan normal olarak, malı, vedia olarak

(30) Luigi Lombardi, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano 1961. Şimdi karşılaştır diğer görüşlerle: Carcaterra, *Intorno di bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, özellikle S. 194, 209.

bırakmış köleye iade etmek suretiyle mükellefiyetinden kurtulmaktadır. Ancak, malın köleye geri verilmesini, malikin doğru bulmayacağından şüphe etmek imkânı varsa, malı köleye vermekle mükelefiyetinden kurtulamıyacaktır. Klasik devrin sonlarına doğru yaşamış Ulpianus, bunu daha basit bir formüle bağlamaktadır: genel olarak vedia alanda dürüst bir güvenin bulunması yeterlidir. Vedia alan güvene lâayık bir tutum göstermiş olmalıdır; anlayabilme imkânı subjektif bir açıdan ele alınmaktadır; ruhî durumu, güvene lâayık olmadığı hususunda onu muaheze etmek imkânını vermiyorsa, sorumlu olmayacaktır. Mal köleye verildiği takdirde, malikin bunu doğru bulmayacağı şüphesi uyandıran harici objektif vakıalar, vedia alanının doğru veya doğru olmayan ruh durumunu gösterebilecek emareler olmaktan öteye gidemeyecektir.

8. *Tümdengelim metodu.* Romalıların önceleri kavramlardan, sonradan bir regula'dan (kural), mantıki sonuçlama yoluyla, hükümlere vardıklarını kimse münakaşa edemez.

M. Ö. 450 yılı civarında meydana getirildiği kuvvetle muhtemel 12 Levha kanununda bu metodun kullanılmış olduğunu görmekteyiz. Bu kanunda şöyle bir cümle mevcuttur: cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita ius esto (32). («Bir kimse nexum veya mancipatio yapmışsa, dil ne söylemişse o hukuk olsun» (33).

Bu mancipatio bir vasiyetname tanzimi amacıyla yapılmıştı. Muris malvarlığını müstakbel vasiyeti tenfiz memuruna verirken, aynı anda ona bütün malvarlığının mülkiyetini de naklediyordu. Ancak bu, bir şarta bağlanmıştı; müktesip bu varlığını murisin ölümünden sonra, vasiyetnamede öngörüldüğü tarzda tevzi edecektir. (Gai Inst. II 104).

Demek ki yukardaki cümle bir vasiyetnamenin tanzimi ile ilgiliydi. Cicero de or. I 57, 245 de, kendi zamanının hukukçularının, kendilerini bu 12 Levha kuralının icabı olarak bir vasiyetnameyi «dilini söylediği gibi» yorumlamaya mecbur addettiklerini söylüyordu. Bu kanuna göre bir vasiyetnamenin yorumunda bunun kat'i lafzını tesbit ederek karar vermekten başka bir metod mevcut değildi.

(31) W. Schmitz. H.....in den Papyri, Diss. Köln 1964.

(32) Cincius apud Festum s.v. Nuncupato.

(33) Walde . Hoffmann, Lateinisches Wörterbuch, II, Heidelberg 1954 s. v. nuncupare.

Klasik devrin öncesinde yaşamış olan hukukçular fiiliyatta da aynı şekilde hareket etmişlerdi. Bir kimse diğerine vasiyetnamesiyle *penus*'unu (erzak stokunu) vasiyet etmişti. Bu vasiyeti inceleyen Quintus Mucius D. 33, 9, 3 pr. da şöyle bir tarif vermektedir: *penus legata contineri, quae esui potuique sunt* («Vasiyet edilen erzak stoku içine, yemek ve içmekle ilgili şeyler girer»). Bu tarifi yaptıktan sonra da şu neticeye varıyordu: «*Penus*'un (erzak stoku) içine girmesi mümkün olan odun ve kömür, ve başka şeylerin vasiyet edilen *penus*'a girip girmediği meselesine Quintus Mucius menfi cevap vermişti.» (*ligna et carbones, ceteraque, per quae penus conaliceretur, an penori legato contineantur, quaeritur, et Quintus Mucius negavit*). Bu mantikî bir sonuçtur.

Bunun aksi şu olabilirdi: Murisin erzak stokunu vasiyet ederken neyi kastettiği araştırılabilirdi. Acaba o odun ve kömür mevcudunu da birlikte vasiyet etmeyi kastetmiş olabilir miydi? Fakat Quintus Mucius devrindeki hukukçu bunu araştıramazdı, çünkü dilin söylediği hukuk olsun (*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*) (35) kuralı yürürlükteydi.

Kelimelerin objektif anlamına göre yapılan bir vasiyetname yorumunu (36) diğer bir misal olarak verebiliriz, ancak bu misal metodun tehlikesini göstermektedir. D. 33, 6, 9 pr: Sabinus'un yazdığına göre, «şarap» kavramının içine bir aile babasının şarap olarak saydığı herşey girer: yani aile babasının şarap saydığı sirke de ve bira ve camum ve diğerleri ki bunlar insanların iradesini etkilerler ve şarap istimalinden sayılırlar». (*Sabinus scribit omnia vini appellatione contineri, quae vini numero pater familias habuit: igitur et acetum, quod vini numero pater familias habuit, et zythum et camum et ceteraque pro hominum affectione atque usu vini numero habebuntur*).

Bu sonuç doğru mudur? Bugün, bir bardak şarap ısmarlamış kimseye, bir bardak bira getirildiği takdirde, muhtemelen «hayır» diyecektir. Bu metin, konu ile olan ilişkisi göz önünde bulundurul-

(34) Kapp, RE Syllogistik.

(35) Ormanni, *Penus legata*, Studi Betti 4, 581, Q. Mucius'un tarifinin zamanı için yeni birşey olduğunu gösteriyor. Buna karşılık Sextus Aelius gibi eski hukukçular, lafzî yorum anlamında da kullandıkları, daha geniş bir târif vermişlerdir (Karşılaştır. Wenger Quellen 480, 67).

(36) Burada sözkonusu olan bu, yani D. 18, 1, 9, 2 deki gibi bir irade problemi değildir; Karşılaştır son olarak J. G. Wolf, Error, Köln 1961, 119.

mak suretiyle okunacak olursa, sonraki devrin hukukçularının Sabinus'un vardığı sonucu reddettikleri görülür. Buradaki metod, biraz evvel Q. Mucius'un kullandığı metod olmalıdır. Fakat sirke ve bira gerçekten şarap sayılabilir mi? Acaba hukukçu münferit olayda arzuladığı neticeye varmak için büyük önermeyi tahrif etmemiş midir? (Muris şarapta hile yapıyor ve aslında hiç şarabı olmadığı halde zythum, camum ve acetum karıştırarak misafirlerine ikram ediyorsa ve «şarabını» Lucius Titius'a vasiyet etmişse, durum nedir?)

Bu şekilde yorum vasiyetnamelere münhasır kalmamıştır (37), kanun metinlerine de teşmil edilmiştir. Bunu Labeo'da görmekteyiz (38). Onun pretor beyannamesine şerh yazdığını biliyoruz. Bu şerhin elimizdeki kısımlarından bütünü hakkında bir fikir sahibi olmak mümkündür. Lemmatik bir şerh olan bu eser şekliyle tümdengelim metoduna sıkı bir şekilde bağlıdır, örneğin D. 11, 4, 1, 5 de şöyle demektedir: «Fugitivus (kaçak) kavramı içine bir fugitiva'dan doğmuş olan girmez». Aedilis curulis'in beyannamesine göre, satıcı, kölenin kaçak olup olmadığını bildirmek zorundaydı. Şimdi bu karakter özelliğinin irsi olup olmadığından şüphe edilebilir. Labeo'nun fikrine göre, bizzat köle kaçmamışsa, satıcı kölenin anasının bir fugitiva olduğunu söylemek zorunda değildir. Ancak Labeo bu sonuca, kanunkoyucunun iradesine dayanmak veya tarafların menfaatlerini tartmak suretiyle değil. «fugitivus» kavramından istidlâl etmek suretiyle ulaşmaktadır.

Tümdengelim vasiyetname yorumundan kanun yorumuna intikal ettirilmesi tamamen mahzursuz olamaz. Bu, bilhassa, vasiyetname yorumunda ele alınmış bir kelimenin, bir kanunda geçtiği takdirde, düşüncesizce aynı yolda yorumlanması halinde, söz konu-

(37) Coing, Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz - dil bilgisi - mantıkî yorumun ortaya çıkışı hakkında. Studi Arangio - Ruiz 1, 365 de Coing Cumhuriyet devri hukukçularının kavramlardan tümdengelim yoluyla elde ettikleri hükümleri toplamıştır. Bunlara bakıldığında, aşağı yukarı hepsinin vasiyetname yorumu ile ilgili olduğu görülür.

(38) Bunun için Festschrift Volterra'daki yazıma. Orada da Labeo'nun kendini belki lex Cornelia iudicaria ile bağlı hissettiğine dair bir işaret vardır.

(39) Schuldgeschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961, 225. Seidl, Die Methode der Kommentatoren in der römischen Rechtsgeschichte. Studi Betti 4, 119. Wieacker, Textstufen. Abhd. Akad. Göttingen, Phil. - Hist. Kl₃'de etraflı olarak ele alınmıştır.

su olur (40). İhtiyar Cato'nun vasiyetname yorumunda kullandığı «morbus» (hastalık) kelimesinin geçtiği bir yer, yine «morbus» kelimesinin kullanıldığı aedilis'in beyannamesine uygulanmıştı. Bu uygulama, tehlikelidir (41). Kavram içtihadçılığına yapılan başlıca tenkidlerden biri de, kavramların kullanıldıkları yere olan bağlılıklarını ihmal etmesidir.

Tümdengelim metodunun büyük ustası klasik devrin sonlarına doğru yaşamış olan Ulpianus'tur. Bu husus onun da lemmatik olan beyanname şerhinden anlaşılmaktadır (42); o bu metodun diğerleri üzerinde ağır basmasına amil olmuştur. Bunun için D. 14, 4, 1 i okuyalım:

Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos ful-lones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen Pedius... scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum. (Mal kavramı daha dar olmasına rağmen, öyle ki çuhacı veya örücü veya dokumacı veya köle ticaretiyle uğraşan köleler bunun içine girmez, Pedius... edictum'un bütün iş dallarını kapsayacak şekilde genişletilmesini yazar).

Demek ki ona göre «merx» kavramı çok dardır, bir parça lâstik gibi genişletilmelidir (porrigere). Ve o bütün iş dallarını, omnes negotiationes, içine girecek tarzda genişletmektedir. Kölenin satacak malı bulunmadığı, fakat çuhacı, örücü, dokumacı gibi sadece başkalarının malıyla çalıştığı bütün halleri dahi çerçevesine alacak şekilde genişlemiş olmaktadır. Bizzat köle olan köle taciri de buraya girer: burada insan şahsiyetine olan saygıları dolayısıyla Romalılar, köleyi «mal» olarak nitelemekten korkmuşlardı. Köle ticareti de bir negotiatio'dur.

Bittabi bu tamamen başka bir şekilde yapılabilirdi. Kanunun gayesinden hareket edilebilir ve denilebilirdi; pretor beyannamesinde; kölelerin efendilerine yine onların alacaklılarına nazaran öncelik tanınmasını istememiştir, bilâkis köleye ödünç vermiş olanlara düşen iflas hissesi kadarına razı olmalarını öngörmüştür. Aynı menfaat durumu, kölenin mallarla iştigal etmeyerek dokumacılık, örücülük gibi bir iş yapması halinde de vardır. Böylelikle beyannamenin başka bir halde «benzer» şekilde uygulanmasına varılırdı ki, bu

(41) Müller - Erzbach, Die Rechtswissenschaft im Umbau, München o. J. 19.

(42) Bak, müellifin Römische Rechtsgeschichte₂'si S. 97 ve dev. Aşağıda zikredilmiş olan yer Studi Betti'de 4, 122 de daha etraflı olarak incelenmiştir.

— samimi olarak söylenirse — pretor tarafından ele alınmış değildir.

Kavram içtihadçılığını savunanlar bugün bile, bunun «hukuk emniyeti» ni sağladığını söylemektedir. Bu içtihadçılık, avukatın dâvanın ümitli olup olmadığını hesaplayabilmesi bakımından faydalıdır. Diğer metodlarda bu mümkün değildir.

Buna göre örneklerimizi eleştirerek gözden geçirelim. Acaba bir kimse, yorumlanması gerektiği zaman, kanunda kullanılmış kelimenin anlamını sıkı bir şekilde muhafaza etmesini bekleyebilir mi?

— Labeo'nun örneğine göre — bir kimse, anasının fugitiva olduğunu söylemeden bir köle satmışsa, bu hususu söylemesi gerekip gerekmediği hususunda tereddüt etmesine rağmen, kendi kendine şöyle demiş, olabilir; bu köle henüz kaçmamıştır, yani fugitivus değildir. Alıcının, bu kölenin kaçma riskini yükleniyorum, demesinin sebep olacağı fiyat düşmesini yapmak zorunda değilim. Burada belki mahkeme kararının «önceden görülebilmesi», «hukuk emniyeti», korunmaya değer olabilir - fakat sadece «belki».

Kavram içtihadçılığının bir kavramı bir sefer dar (angustior), kabul etmesi, diğer sefer genişletmesini gösteren Ulpianus'a ait metinde durum değişiktir. Zira mahkemelerin bir kavramı «daraltmak» veya «genişletmek» yoluna gidip gitmiyeceğini önceden bilmek mümkün olmaz. Kölesine kâr getiren ticaret yapması için mallar veren bir köle sahibi, bunun, ödemelerini tatil etmesi halinde, verdiklerinin hepsini geri alamıyacağını, iflâs payı ile yetinmesi gerekeceğini bilir. Demek ki, bir köleyi çuhacılıkta görevlendiren maliki onun çalışmasıyla kâr sağlamak istemektedir. Bununla şunu demektedir; actio tributoria bana karşı açılmaz, zira ben köleme «mallar» (merces) vermiş değilim. Şimdi hukukçu «mallar» kavramını o şekilde «genişletiyor» ki, satımla ilgisi olmayan çuhacının fiçısı aynı kavramın içine giriyor, ve «mal» kavramının «dar» yorumuna güvenen kölenin sahibi iflas payı ile yetinmek zorunda kalıyor. Yahut bir bardak şarap ismarlanıyor, fakat zythum, camum ve acetum'dan müteşekkil bir karışım getiriliyor çünkü «şarap» kavramı genişletilebilmektedir. Tümdengelim metodunun lehine olan argüman, «daraltma» veya «genişletme» mümkün olduğu zaman yürümüyor. Bu sadece genel dil kurallarına göre lafzî yorumlarda ayakta durabiliyor, ancak bunun yerinde olup olmadığı da sorulabilir.

Eğer bir kimse muayyen bir hüküm için bir kavramı «genişlet-

mek» veya «daraltmak» için çaba gösterirse, ya bir gerekçe olmaksızın içtihad hissini takip edecek, yahut başka bir metod kullanacaktır (43). Tümdengelim metodunun mantıksızlığı açık olduğu zaman, bunun sebebini «Kryptososyoloji» de aramak lâzımdır.

Lenel'in Palingenesia'sına göre yukardaki metodlar açısından bir klasik hukukçu incelenecek olursa, bir büyültecin altında olduğu gibi bu hukukçunun özel tutumu ortaya çıkar (44). Böyle araştırmalar için bu yazı bir yardımcı olabilir!

(43) D. 43, 20, 6 da Nêratius «aqua aestiva» yı açıklamak için fayda (utiiltas) dan hareket etmektedir, karşılaştır. Festschrift Lehmann I (1956) 105.

(44) Bu Labeo için Studi Volterra' (neşredilmek üzere) da, Tryphonius ve Callistratus için Eranion Maridakis I. (Athen 1963) 231 ve dev. Karşılaştır müellifin Röm.RG₂.