

# TÜRKİYEDE ROMA HUKUKU TEDRİSATI ÜZERİNDE BAZI DÜŞÜNCELER

Doçent Dr. Ziya UMUR

Özet : GİRİŞ. A. DERS KİTABI MESELESİ. I — Umumiyetle; II — Roma hukuku manüelleri. B. İSLÂM HUKUKU MESELESİ. I — Roma hukuku — İslâm hukuku; II — İslâm hukuku ve biz. C. FORMASYON MESELESİ. I — Umumiyetle; 1) Temel bilgiler; 2) İlimde kesinlik; II — Roma hukukunda; 1) Tarih zihniyeti; 2) Lâtince bilmek. NETİCE.

## G İ R İ Ş

“Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi” nde (cilt XIII, s. 3-4, sah. 230-275), Ş. Berki imzası ile çıkan “Roma Hukuku tenkidi dolayısıyla” başlıklı yazı, herkesce bilinen şeylerin bazı defa dikkat nazanndan kaçabildiği düşüncesini bizde tazeledi. Çok def’alar “malûmu ilâm” ın verdiği bir nevi hicab hissi, iptidai hakikatlerin tekrar edilmesine mâni oluyor. Halbuki böyle bir halin çok uzun zaman devam etmesi, cemiyete malolmuş en basit fikirlerin kaybedilmesindeki âmillerden birisini teşkil ettiği kanaatindeyiz<sup>1</sup> ve yeni bir şey söylemediğimize emin olduğumuz halde, bu yazıyı yazmak lüzumunu hissediyoruz.

Evvelce Ş. Berkinin Roma hukuku üzerine yazmış olduğu bir yazı (Romada Miras hukuku, Ank. Ün. Huk. Fak. Der., cilt X, 1-4, sah. 542-576) münasebetiyle kısa bir tenkit yapmıştık (İst. Ün. Huk. Fak. Mec. cilt XXI, 1-4, sah. 498-503). Ş. Berkinin bu defaki yazısı o tenkide bir cevap mahiyetindedir. Biz burada, mümkün mertebe, bazı umumi mese-

1) Iustinianus müdevvenatı gibi muazzam bir eserin bütün Ortaçağ boyunca unutulmuş olması, biraz da bu sebepten ileri gelmiştir. Altıncı asırdan onikinci asra kadar böyle bir eseri hiç kimsenin, âdetâ kaybolacak kadar, bilmemiş olması, kabili tasavvur değildir. Fakat, cemiyetin öyle bir hukuk sistemine ihtiyaç göstermemesi sebebi yanında (asıl sebebin bu olduğuna şüphe edilemez), ona vâkıf bulunanlara muhatap olabilecek kimselerin de, yalnız kendileri gibi “initié” ler olduğu düşüncesi, bu eserden evvelâ bahsedilmemesine, sonra da onun unutulmasına sebebiyet vermiş olmalıdır.



leleri ele almak ve Ş. Berkiye lâzım gelen cevapları, bazan metinde ve fakat daha ziyade dip notlarında vermek fırsatını bulmuş olacağız. Bu notlar aynı zamanda, söyleyeceğimiz basit hakikatlerin teyit ve isbatına çalışmak için kaleme alınmış olduklarından belki biraz uzunca görüneceklerdir; basit te olsa mücerret iddiaların çok müşahhas misallerle teyid edilebilmesine Ş. Berkinin fırsat vermiş olmasını iyi bir tesadüf sayıyoruz<sup>2</sup>.

Meseleyi, kısmen de olsa, umumî bir yola sevk etmek isteyişimizin bir sebebi de, Ş. Berkinin yazısını ve bizim mukabelelerimizi, hususî bir meselenin dedikodusu olmak tehlikesinden kurtarmak arzusudur. Her ne kadar "Roma hukuku tenkidi dolayısıyla" isimli yazı, ilk nazarda pek uzun görünmekte ise de<sup>3</sup>, sırf ona bir mukabele için olsaydı bu yazıyı yazmazdık.

Ş. Berkinin "Romada miras hukuku" isimli yazısı neşredildiği zaman (1953), kendisi ile görüştüğüm bir koca bana, yeni başlayan kimselerin inkişafına müsaade etmek için, teşvik edilmelerinde fayda olduğunu, bazan bir teşvikin, hatalara göz yummak suretiyle de yapılabileceğini, söylemişti. Bu düşünce beni bir zaman hareketten alıkoydu. Fakat müteakip senelerde gösterdiği yeni bir takım faaliyetler neticesinde şu kanaate vardım ki, bazan bir işe başlamak isteyenlerin o sahada inkişafı, o yolun yolcusu değilse ve bir takım şartlar noksansa, imkânsızdır; başlangıçta yapılan hataların, bazan artan bir kesafetle tekerür etmesi, kaçınılmaz bir neticedir<sup>4</sup> ve bu vaziyette göz yumma, meyda-

2) Meselâ, ileride temas edileceği gibi, Roma hukukunu tetkik etmek isteyenlerin lâtince bilmesi lâzımdır, demek, çok defa kimseyi ikna edemiyor. Roma hukuku üzerinde, yeni lisanlarda yazılmış bu kadar çok eser varken ve hattâ metinlerin bile tercümelerini bulmak mümkün iken lâtince bilmek niye bu kadar bir zaruret olsun? denilebilmektedir (Bk. Ş. Berki, Roma hukuku tenkidi dolayısı ile, sah. 239, son satırlar). Biz burada, lâtince bilmemenin ne gibi neticeler doğurduğunun en karakteristik misallerini bulabilmekteyiz.

3) Ş. Berkinin yazısı aslında 11 sahifeden ibarettir. Geri kalan 30 küsur sahifesi, Di Marzo'dan yaptığımız bir tercümenin tenkidine ait ve başka bir mevzudur. Kendi yanlışlarını itiraf etmek zorunda kalıp (mes.: aynı yazı, § I), herkes gibi sen de yanlış yapabilirsin, zihniyetinin tesiri altında, tercümümüzde yanlış zannettiği şeylerin arka arkaya sıralanması suretiyle, Roma hukukunun bir çok mefhumlarını nasıl anladığını, daha doğrusu, tercümeyi tenkit gayesi uğruna, ağzından çıkan her kelime ile Roma hukukundan hiç bir şey anlamadığını gösteren bu sahifeleri, tercüme tenkidi zaviyesinden nazarı itibara almıyacağız; çünkü Di Marzo'nun orijinal metnini okumadan tercümesine yapılan tenkit bir garabetten ibarettir. Yalnız bazı noktalarını, bahis konusu edeceğimiz meselelerin teyidi bakımından ele alacağız.

4) Bizim tenkidimiz Ş. Berkinin "işlenmiş" olduğunu söylediği bir yazı



nı boş bulma ve ilim hayatı için zararlı olabilecek yeni hataların yapılmasına sebebiyet verme mahiyetinde olacaktır.

Türkiyede Roma hukuku sahasında çalışmak isteyenler, Prof. Schwarz gibi, milletlerarası sahada dahi en üst kademelerde bulunan bir otoritenin, uzun seneler süren mesaisinden sonra bile, mühim bir müşkülle karşı karşıyadırlar: Hukuk tedrisatında ve terbiyesinde, Roma hukukuna olan ihtiyaç, henüz içimize işliyerek ikinci bir tabiat haline gelmiş değil, yalnız mantığımızdadır. Hukukçular arasında bile, Roma hukukunu faydasız görenler ve bilhassa fonksiyonunu anlamıyanlar vardır. Hukukun bu branşının lâyük olduğu ve her yerde bilinip kabul edilen seviyesini memleketimizde muhafaza edebilmek için çok titiz davranmak icab etmektedir. Eğer Roma hukuku diye ortaya çıkanlar yazılar, okuyanı pek haklı bir tereddüt ile karşı karşıya bırakabilecek mahiyette iseler, bundan, Roma hukukçuluğunun haysiyet ve vakarı, diğer branşlardan, adetâ, daha fazla rencide olur; bildiğini yarım yamalak bilen ve, daha fenası, bu yarım yamalak bilginin bir Üniversite hocasına kâfi gelebileceğine inananların bu sahada söyleyecekleri her söz, hedefin kaybolmasına kuvvetle âmil olur.

Roma hukuku hakkında mevcut olması lâzım gelen zihniyetin, bazı kimseler nezdinde, zannedildiğinden daha da az yerleşmiş olduğunu, Ş. Berkinin son yazısı göstermektedir. Yanlış olarak Roma hukuk tefekkürüne atfedilen bir takım düşünceleri ve hukukî solüsyonları, bugünkü anlayış içinde mütalâa ederek, iptidai, öğrenilmesi abes mefhumlar şeklinde ortaya koyan ve kül halinde kavranamamış bir hukuk sistemini "küçümseme" gibi bir peşin hükümden hareket eden davranışlar, memleketimizde Roma hukuk tedrisatı bakımından fevkalâde tehlikelidir. Ş. Berkinin bu düşünce tarzında tek başına kaldığını kabul etsek bile, bir Üniversite mensubu ve Hukuk profesörünün böyle hareket edebildiğini görmek, bu işi ciddiye almakta haklı olduğumuzu göstermeğe kâfidir, kanaatindeyiz; çünkü titizlik ve ihtisas isteyen bu mevzuda, ender istisnalar halinde olsa bile, bir takım gevşekliklere müsaade edilecek olursa, memleketimizde henüz bir mazisi ve an'anesi olmıyan Roma hukukunun temelleri, korkulduğundan çok daha büyük bir sür'atle çökecektir.

Roma hukuku sahasında kâfi derecede bir hazırlığı olmıyan kimselerin, bu sahaya her el uzattıkça hatalardan kurtulamıyacaklarını, riyaziye yakın bir kat'îlikle göstermek mecburiyeti vardır. Bunu, Ş. Berkinin

---

hakkında idi. "İşleme" hakkında bizim düşündüğümüz, tabii onun düşündüğü gibi değildir, fakat kendi kanaatine göre de olsa, üzerinde "işleme" yapılmış olan bir yazı, artık bir çok hatalardan kurtulmuş olmalı idi.



bu makalesi münasebeti ile, zevkli bir iş gibi değil, acı bir mecburiyet olarak yapmaya çalıştığımı, çok derin bir samimiyetle ifade ediyorum. Ş. Berkiyi bir tek defa, ayak üzeri gördüm. Hakkında işittiklerim de, o tek görüşmeden edindiğim intibalar gibi, kendisinde bir çok insanî vasıflar bulunduğunu göstermektedir. Fakat mesaisini sevdiği bir sahaya toplamak isteyen bir kimsenin, hissiyatını yenerek, doğru bildiği bir şeyi dosdoğru söylemesi lâzım geldiğini, bu meseleyle uzaktan yakından alâkahı herkesin teslim edeceği ümidi ile, bu mevzuda ikinci yazımızı yazıyoruz.

### A. DERS KİTABI MESELESİ

#### I — Umumiyetle :

Ş. Berki, "Roma hukuku tenkidi dolayısıyla" isimli yazısının hemen başında (§ I), "Roma hukuku" (1949) isimli kitabını nasıl yazdığını söylemektedir: "Asistanlık devresinde 4-5 Fransız müellifi ile, bize İsviçre'deki iki sene Roma hukuku okutmuş olan Henris Legras'ın ders takrirlerinden istifade ederek yazmış olduğumuz bu kitabı..."<sup>5</sup>.

Biz, bir Roma hukuku ders kitabının bu şekilde kaleme alınabileceğine inanmak istemiyor ve böyle bir şeyi onun hesabına dahi kabul edemiyoruz. İki sene, diğer dersler miyanında, Roma hukuku talebeliği yaptıktan sonra, dört kitabı karşısına alarak, kâh ona kâh buna ait fikirleri arka arkaya sıralamak suretiyle ortaya çıkarılan şey, bir kitap, hele ders kitabı değildir. Öyle zannediyoruz ki, bu nevi bir eser, içerisinde yer alacak olan fikirler hakkında sarih kanaatlere varıldıktan sonra yazılır. Bu kanaatlerin mutlaka ve daima şahsî olmaları lâzım geldiğini iddia etmekten uzağız: Kanaatler şu veya bu âliminkilerine intibak edebilirler ve hele Roma hukuku gibi bir mevzuda ekseriya böyle olur. Fakat kitabı yazan zatın, istifade ettiği müelliflerin fikirlerini, sırf Monier veya Girard gibi âlimler olduğu için, onlara körü körüne itimad ederek kabul etmesi mümkün değildir<sup>6</sup>. Müellif kim olursa olsun, aynı hassasiyet

<sup>5</sup> Ş. Berkinin "Romada miras hukuku"; "Romada borçların kaynakları" ve "Roma hukuku" isimli yazılarında "Henris Legras" ismine rastlanmamaktadır. Eğer bu hocanın takrirleri teksir edilmiş olsaydı her halde zikredilmiş bulunurlardı. Böyle olmadığına göre Ş. Berki, bu takrirlerden, hafızasında kalanlarla veya, tutabildiği kadar, kendi notarı ile istifade etmiş görünüyor. Talebelerin şahsî notlarının veya hafızanın yeni bir kitaba me haz olması, ilmi zihniyeti hiçe saymaktan başka bir şey değildir.

<sup>6</sup> Kaldı ki biz, ilk yazımızda bu fikirlerin bile lâıykı ile ifade edilememiş olduklarını ve Ş. Berkinin içinde bulunduğu şartlar altında ifade edilmelerine de imkân bulunmadığını söylemekten başka bir şey yapmamıştık.



ve ciddiyetle oradaki fikirleri yeniden düşünerek benimsemiş olması şarttır<sup>7</sup>. Roma hukuku gibi bir sahada bulunan sayısız adette çözülmemiş problemin her birisi hakkında sarıh bir kanaate varmış olduğunu ve ondan sonra bir ders kitabı yazdığını iddia edebilen bir müellifin sözüne kulak vermek lüzumu hasıl olur. Fakat henüz asistanlık (Roma hukuku asistanı bile değil) devresinde iken, bir kimsenin bu kadar karışık meseleler üzerinde bir kanaate varmış olması, âdeta imkânsız olduktan başka, bazan senelerin geçip gitmesi de bir fayda temin etmez, çünkü her ilim sahasında olduğu gibi, Roma hukuku sahasında da fikir yürütmek, ileride söyleyecek olduğumuz gibi, hususi bir formasyon ister (Bk. Formasyon meselesi)<sup>8</sup>.

## II — Roma hukuku manüelleri:

Roma hukukunda manüel yazmak meselesine biraz dikkat edenler görürler ki, uzun seneler Roma hukuku okutmamış olan bir romanist (romanist), bu hukukun tamamını ihtiva eden bir manüel yazmamıştır; pek çokları da, büyük romanist olarak kırk sene ders okuttukları halde, bu çetin işe ellerini hiç uzatmamışlardır. Bu mevzuda bazı mâruf misaller hatırlatmak mümkündür.

Fakültemizin büyük hocası Schwarz vefat ettiği zaman 68 yaşında idi; 34 yaşında Ordinaryüs Profesör olarak Avrupanın çok meşhur Hukuk Fakültelerinde Roma hukuku tedrisatına başlamıştı. Daha evvel diğer meslektaşların da uğraşmışlar, ben dört sene mütemadiyen kendisine rica ettim, "Roma Borçlar hukuku" nu (sadece borçlar hukuku kısmı) kitap halinde bastırmasını istedim. Yalnız Türkiyede 19 sene, her sene yeniden kaleme aldığı notlarla dersini takrir eden hoca, bu notlarının kitap haline gelmek için henüz emeğe muhtaç olduğunu söyleyerek daima reddetti ve Roma hukukunun pek mahdut bir kısmını ihtiva eden I. cildinden başka ders kitabı veremedi ebediyete intikal etti. O birinci cildin, biz burada mütemadiyen yeni baskılarını yapıyo

7) Monier veya Girard'da gördüğü şeyleri, bazan anlamadığı halde bile kabul ettikten sonra, Di Marzo tercümesinde aklına yatmayan şeyleri hemen yanlış sayıvermesi ise, ciddiyete uymaz.

8) Cevabını beklemediğimiz bir suali Ş. Berkiye tevcih etmek isteriz: "İşliyerek kaleme aldığını" beyan ettiği "Romada miras hukuku" nu yazarken, kendisine kaynak teşkil ettiğini söylediği Girard, Giffard, Monier gibi 4 - 5 Fransız müellifi arasında ne kadar mühim, ne kadar derin, ne kadar telifi imkânsız fikir ayrılıkları olduğundan ve bu ayrılıkların, mirasın hangi bahislerine tallük edebileceğinden haberi var mı idi ve bu fikirleri birbiri peşi sıra nasıl koyabiliyordu?



ruz. Profesör Rado, hattâ âcizane ben, Roma hukukuna her hangi bir tarihi giriş yapıp üzerine imzamızı koyamaz mı idik?<sup>9</sup>.

İkinci bir misali, yine muhitimizde çok tanınmış başka bir romanist-ten alıyorum.

Koschaker, Ankarada tedrisata başladığı vakit 71 yaşında idi. Avrupada ve dünyada son senelerin yetiştirdiği en büyük romanistlerden birisi, şerefine iki defa armağan tertib edilmiş, Roma Hukuku tedrisatına yeni cereyanını vermiş bir âlimdi. O yaşa kadar bir Roma Hukuku manüeli yazmamıştı: İlk ve son ders kitabını Türkiyede yazdı. Bu bizim için çok büyük bir şerefti ve ne kadar zorluklarla temin edildiğini o zamanki münakaşa ve kendisine yapılan ısrarlardan bilirim.

Kitabını tercüme etmiş olduğum Di Marzo da<sup>10</sup>, altmış yaşından sonra ve talebeleri ile arkadaşlarının ısrarı üzerine, istemiyerek bir ders kitabı yazmıştır.

Avrupanın muhtelif memleketlerinde pek çok Roma Hukuku kürsüsü ve Profesörü vardır ve bir çoğu, yanlarına huşû ile varılması icab eden kimselerdir; fakat o adette ders kitabı mevcut olabileceğini düşünmek bile imkânsızdır. Mahdut adetteki manüel müelliflerinden her birisi, Roma hukukunun az çok bir cereyanını temsil eden şahsiyetlerdendir. Diğer hocalar, bunlardan birisini esas tutarak derslerini takrir ederler. Bu takrirleri bazan teksir ettirirler, fakat kitap halinde ortaya koymadan evvel uzun uzun düşünürler.

Bu hocalarda kabiliyetsizlik, bilgisizlik veya tembellik tevehhüm edenler, veyahut kitaplarının satılması ile hayatlarındaki iktisadi aksaklıkları düzeltmeği istihfaf eden kimseler olduklarını zannedenler, derhal fikirlerini değiştirmelidirler: Tereddütlerinin sebebi, bu kadar karışık, bu kadar geniş bir mevzuda mücmel yazı yazmanın ve bu yazıya şahsiyetlerinden bir şeyler koymanın müşkülâtını, o âlimlerin idrâk edebilmele-ridir. Biz bu ilmi "pudeur" ü mesleğimizin en yüksek tarafı sayıyoruz<sup>11, 12</sup>

9) Koyabilirdik. Ancak o zaman böyle bir kitap tercüme değil telif olacağından, Ş. Berki gramer hatası aramak zevkinden mahrum kalırdı; çünkü onun telif dediği şeyleri yazarken insan bol bol ve rahat rahat "cümleler" yapabilir.

10) Beni Di Marzo tercümsine Prof. Schwarz teşvik ve sevk etmişti; daha evvel Monier veya Bonfante'nin ders kitaplarından birisinin tercümesine teşebbüs edilmişti. Di Marzo'yu, Avrupadaki ders kitaplarının en yenilerinden birisi ve en kolay olduğunu için tercih etmişti.

11) Gerçi, onlar öyle yapıyor, biz de böyle yaparız, onları tâkibe mecbur değiliz; denebilir ama, yoğurdu istediği gibi yemek isteyen "yiğit" olması gerekir; mes., ders kitabının ilk tab'ını 29 yaşında yapmış olan Bonfante, gibi.



## B. İSLÂM HUKUKU MESELESİ

Ş. Berkinin İslâm hukuku ile Roma hukuku arasında mukayeseler yaptığını ve bundan bir iftihar payı bile çıkardığını bilmekteyiz. Bu mukayeselerinde, iki hukuktan hangisinin daha iyi, hangisinin daha kötü olduğunu isbat etmeği kendisine bir gaye, daha doğrusu bir meşgale edinmiş. Ş. Berkinin bu davranışları bizi alâkadar etmemekte idi. Fakat bu defaki yazısında meseleyi kendisi ortaya koymaktadır (§ II, 4)<sup>12</sup>.

## I — Roma hukuku - İslâm hukuku:

Roma hukuku ile İslâm hukuku arasında mukayeseler yapmak çok mühim bir meseledir. Bu güne kadar her iki sahada birden, pekaz kimse kendisini aynı derecede salâhiyetli görebildiğinden, iki Hukuk arasındaki münasebet, heyeti umumiyesi içinde ve lâıyıkı ile ele alınamamıştır. Bazı bazı meseleye el atmak isteyen romanistler, güç itimad edilebilecek neticelere varmışlardır. Keza bazı Avrupalı İslâm hukukçuları, zıt neticelere ulaşmışlar, arada çok kıymetli etütler yapılmış, fakat bu iki hukuk arasındaki münasebetler, şimdilik, kat'î bir şekilde tesbit edilememiştir. Gerçi zamanımızda, artık İslâm hukukunun Roma hukukundan iktibas edilmiş bir hukuk dalı olduğunu kabul eden müellif hemen hemen yoktur ve umumiyetle İslâm hukukunun müstakil bir hukuk zümresi teşkil ettiği kanaati hâkimdir, fakat bu, Roma hukuku ile İslâm hukuku arasın-

12) Biz, ilmi vasıfta bir yazının hangi maksatlarla kaleme alınabileceğine temas etmiştik. Ş. Berki bunlara bir yenisini ilâve ediyor: "Roma hukukuna kırk yılda bir göz atmak isteyen her nevi meslektaşlara, derli toplu ve mücmel malûmat vermek" ! Kırk yılda bir Roma hukukuna bir göz atmak isteyen bir kimsenin bulunabileceğini farzetsek bile, Ş. Berkinin "Roma hukuku" isimli kitabını eline aldığı vakit, her kelimesinin kontrola muhtaç olduğunu görecektir, veyahut Roma hukuku ile meşgul olmanın "abesle iştigal" mânasına geldiği hükmünü verecektir.

13) İslâm hukuku ile Roma hukuku arasındaki münasebetler, gibi bir meseleyi, bizi alâkadar edip etmediğinden tamamen bihaber bir zatın, hiç yeri yokken, ortaya atarak bir nevi "gürültü" çıkarmaya teşebbüs etmesini, en hafif tâbiri ile "garip" bulduk. Ş. Berki: "acaba Roma hukuku bilmediğimizi ve binnetice İslâm hukuku ile yaptığımız mukayeseli etütlerin de ehemmiyeti haiz bulunamayacağını mı ilân etmek istedi", diye sorduktan sonra, bu ihtimali uzak gördüğünü beyan edebilmektedir (§ II, 4). Kendisi bize fırsat vermişken hemen söyliyelim: Onun uzak gördüğü ihtimâl, bizim için yakın kat'iyettir. Ve hiç çekinmeden ilâve edelim: Roma hukuku ile İslâm hukuku arasında yaptığı mukayeseler tamamen yersiz ve vardığı neticeler a priori yanlıştır; çünkü hareket noktaları daima sakattır. Yanlış vasıtaya binen arzuladığı yere gidemez.



da, münferit müesseseler mevzuunda da olsa, münasebetler bulunmadığı mânasına gelmez. Bu münasebetlerin teker teker tetkik edilmesi icab eder.

Bu sahanın halâ araştırmalara açık bulunması, ciddi tetkikler yapıp yeni fikirler ve ilmi hakikatler bulmak isteyenleri kolaylıkla cezbeder. Fakat şimdiye kadar işlenmemiş olarak kalmış olmasının bir tek sebebi olduğunu hiç bir zaman hatırdan çıkarmamak lâzımdır: Her iki sahaya aynı salâhiyet ve derinlikle vâkıf olmanın zorluğu.

Esasen iki hukukun karşılaştırılması, kıymet hükümlerine varmak, yani birisinin iyi, diğerinin kötü, olduğunu tebarüz ettirmek için değil, İslâm hukukunun Roma hukukundan müessir olup olmadığını, veyahut daha geniş bir ifadeyle, aralarında karşılıklı tesirler bulunup bulunmadığını tesbit edebilmek için olabilir<sup>14</sup>.

## II — İslâm hukuku ve biz:

İslâm hukukunun bizde arzettiği ehemmiyet ise, sırf bu nevi bir mukayese gayesine inhisar edemez ve bu hukukun bizim Fakültelerimize dahil edilmesi lâzım geldiği kanaati bizde mevcuttur. Şimdiye kadar hangi sebeplerle okutulmamış olduğu, burada bizi ilgilendirmez. Ancak derhal söyleyebiliriz ki, ileride İslâm hukukunun okutulmasındaki gaye, hiç bir zaman bu hukukun iptidai veya gelişmiş, iyi veya kötü, ileri veya geri olduğunu göstermek gibi kıymet hükümleri vermek olmayacaktır. Çünkü biz, bugünkü içtimai ihtiyaçlarımızı karşılamaya kâfi gelmediği görülen İslâm hukukunun arkasından, ne adetâ daussılaya tutulmuş gibi hayıflanmak; ne de onu kötüleyip taşlamak için koşmuyoruz: İslâm hukuku - Garp hukuku meselesi üzerinde, hukuk politikası bakımından son sözün söylenmiş ve noktanın çoktan konmuş olduğuna inanıyoruz. İslâm hukukunun Türkiyede okutulmasının gayesi ancak şu olabilir:

Bin seneye yakın bir zaman esnasında Türk camiası üzerinde tatbik edildikten sonra bugün terkedilmiş olan bu hukukun tesirleri, içtimai bünyemize işlemiş olarak, memleketimizde halâ mevcuttur. Bunun ya-

14) İslâm hukuku zuhur ettiği vakit Roma hukuku ilk inkişaf safhası olan ilköğ devresini kapamış ve medeni âleme tamamen yayılmış idi. Bina enaleyh, daha sonra çıkan İslâm hukuku üzerinde tesir icra edebilmiş olduğunu düşünmek gayet tabiidir. Fakat, Roma hukukunun ikinci inkişaf merhalesi olan ortaçağ esnasında, Akdeniz kıyılarına yayılmış olan Arap İmparatorluğu vasıtasıyla, İslâm hukukunun da, ortaçağ Roma hukuku üzerinde, az da olsa bir tesiri bulunması icab eder. Her ikisi de "casuiste" olan bu iki hukukun o devirdeki çatışmalarının tetkike değer bir ehemmiyet taşımakta olduğu muhakkaktır.



nında, daha eski devirlerdenberi Türklerin Anavatanlarından beraberlerinde getirdikleri örf ve âdetleri ve hukuklarından bakiye kalan tesirler de memleketimizde, az da olsa halen yaşamaktadır. Ayrıca, bugün mer'î olan garp menşeli ve sosyal bünyemizde geniş ölçüde yer işgal eden kanunlarımız vardır.

Bütün bunlar, hakiki "Türk milli Hukuku" olması lâzım gelen bir hukukun üç kaynağını teşkil ederler. Bugünkü hukukumuzun geniş temelini garp hukukunun teşkil ettiğinde şüphe yoktur; fakat diğer tesirlerin inkâr edilmesine imkân olmadıktan başka, hariçten gelen bir hukuk (gerek İslâm hukuku, gerek İsviçre hukuku), kendisine yabancı bir milletin bünyesine tam bir şekilde intibak edemediği için, içimizde bulnuan bu üçlü tesirin, münasip dozlarla bir sentezini yapmak ve bu suretle, kendi camiamıza uygun, hakiki mânada milli bir hukukun temellerini geliştirmek lâzımdır. Bu ise, uzun vâdeli bir iştir. Belki yarım asır, belki bir asır sonra tahakkuk edebilecek olan bu hakiki "Türk Hukuku" nun temel ve malzeme çalışmalanna şimdiden başlamak lâzım geldiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde, memleketimizde her zaman olduğu gibi, günün birinde "Türk Hukuku" ihtiyacını daha kuvvetle hissettiğimiz vakit, büyük bir malzeme noksanlığı ile karşılaşmak ve alelâcele, karışık menşeli bir takım kaidelerin üzerine "hukukî" damgasını vurarak, peşimizi hiç bir zaman bırakmamış olan "muvakkatlik" illeti ile yaralı bir hukuk sistemi taslağı uydurmak zorunda kalacağız.

Bu bakımdan, yani malzemeyi şimdiden yığmak için, Fakültelerimizde İslâm hukuku okutulmalıdır; daha doğrusu, İslâm hukuku da, Türk hukuku gibi, Hukuk Fakültelerimizin çalışma sahalanna girmelidir. Üniversite ve onun Fakültelerinin, tedrisat yanında en mühim vazifesi ve fonksiyonu araştırmalar yapmaktır. İslâm hukuku da tedrisattan ziyade, araştırma sahasına girer.

İslâm hukukunda bizi alâkadar edecek olan araştırmalar, yine başka bir sosyal bünyeden gelmiş olan bu hukuka karşı Türk camiasının göstermiş veya gösterebilmiş olduğu aksülâmellere, İslâm hukukunu kendi bünyesine intibak ettirirken tâdil ettiği veya yeniden yarattığı müesseselere, bu müesseselerin zamanımızdaki bünye ve ihtiyaçlara cevap verebilip veremeyeceğine, eğer cevap verebilecek olanlar varsa, eski Türk ve yeni Garp tesirleriyle nasıl telif edilebileceklerine taallûk eder.

Öyle zannediyoruz ki, bunlar, hususi hukukta bilhassa eşya hukukuna ve bunun içinde, memleketimizde büyük hususiyetler arzeden gayri menkul mülkiyetine, âmme hukuku sahasında idarî teşkilât ve ceza hukukuna müteveccih olmak lâzım gelecektir.



### C. FORMASYON MESELESİ

İlim sahasında verimli bir şekilde çalışmak isteyen kimsenin, her şeyden evvel ilmî zihniyeti elde etmesi ve bunun için de muayyen bir hazırlık devresinden geçmesi lâzım geldiği, üzerinde şüphe edilemeyecek bir noktadır. İlimin, bugünkü seviyesine göre, münakaşa kabul etmeyecek şekilde fethetmiş olduğu saha ile, "axiome" ve "postulat" lar halinde vaz'ettiği kaidelerin öğrenilmiş bulunması bu hazırlığın temelini teşkil eder. Bunlar iktisab edilmediği takdirde, ilme hizmet etmek şöyle dursun, onun nimetlerinden faydalanmak dahi mümkün olmaz: Kibriti kutunun kenanna sürtmeğe üşenen veya bunu beceremiyen kimsenin elindeki çöp parçasından aydınlık umması beyhudedir.

Bugün gelişmiş ve dağılmış bir durumda olan insan bilgisinin tamamını kavramak, tek kişinin akli kudreti ve ömür müddeti dışında kaldığı için, muayyen sahalarda ihtisasa doğru gidilir; herkes sahasını seçer ve o sahada ilerliye bilmek için hazırlıklarını yapar. Bazan bu saha şahsın arzu ve temayüllerine göre kendisi tarafından seçilir, fakat maalesef bir çok defalar, henüz istikbali hakkında bir fikir sahibi olamadan, muhitin, ailenin, anababanın sevkiyle muayyen bir istikamete yönelmiş de olabilir. Hayattaki fonksiyon idrâk edilmeğe başlanınca, irade dışı tayyün etmiş de olsa, bu istikametlerden faydalanılmağa çalışılır, zira sonraki arzular bu istikametlere aykırı olsalar bile, çok defa artık yenisi alınamıyacak kadar geç kalınmış olur. Meselâ, çocukluğunda tesadüflerin sevkiyle bir kaç lisan öğrenen bir kimsenin tabii istikameti filoloji olabileceği halde, kırk yaşından sonra solfej öğrenmeğe başlayıp müzisyen olmağa heves etmesi, aşağı yukarı imkânsız bir şeydir. Bu nevi tesadüfler yalnız mânevî formasyon sahasında değil, hayatın her türlü tezahürlerinde görülebilirler: meselâ, boyu kısa kalmış olan bir delikanlının basketbol oynayamayacağı, gibi.

İlim sahası içinde Hukuk ilminin, Hukuk ilmi içinde de Roma hukukunun kendine göre hususiyetleri ve bu hususiyetlere tekabül eden muayyen hazırlık devresi ve formasyonu vardır. Her hangi bir sebeple bu formasyonu elde etmemiş olan bir kimsenin o sahada çalışabilmesi için icab eden ilmî zihniyeti haiz olması mümkün değildir.

Biz burada, Roma hukuku sahasında çalışabilmek için pek zaruri addettiğimiz iki meseleyi ele alacağız. Bunlardan birisi bir tarih görüşü iktisab etmiş olmak, diğeri muayyen lisanları bilmek meseleleridir. Fakat Roma hukukunun ve benzeri tarihî ilimlerin icab ettirdiği bu meselelerden önce, misallemizi yine Roma hukukundan vermekte beraber,



Lütün ilimlerin temelinde bulunan diğer iki meseleden, “temel bilgilere sahip olma” ve “ilimde kesinlik zarureti” meselelerinden bahsedeceğiz<sup>15</sup>

### I. Umumiyetle.

1) *Temel bilgiler.* — Bir dıvarın, taşları veya tuğlaları üst üste yığmakla meydana geldiğini bilmeyen bir kimse, şâkul tutmak veya taş ve tuğlalarla “bağlantı” yapmak hakkında bir fikir sahibi olamayacağı gibi, bir ilim dalının târif ve “postulat” larını, ana mefhumlarını, tasniflerini, terminolojisini bilmeyen kimse, o sahada söz sahibi olamaz.

a) *Hata ve bilgisizlik.* — Yanılmak ve hata etmek insanlara mahsustur. Bir çok defa insan, insanlık vashının bu zaafı arkasına saklanarak kendisini mâzur göstermek zorunda kalır. “Hata, hakikati olduğundan başka türlü bilmektedir” ve bu mazeret makbul olabilir; ancak hataya düşen insanın, hataya düşmemek için elinden gelen gayreti sartetmiş olması, Descartes’in ifadesi ile, *a priori* hükümler vermemiş ve mugalâta yapıp bilgiçlik taslamamış bulunması, yani bu mazereti suiistimâl etmemiş olması lâzımdır.

Biz bu nevi suiistimâllerin bazan çok ileri götürüldüğüne ve hata ile bilgisizliğin birbirine karıştıkları, yanılma kisvesi altında bilgisizliğin de mazur gösterilmek istendiğine şahit oluyoruz. “Bilgisizlik hakikatten haberi olmamak” demektir.

“Hakikati, olduğundan başka türlü bilmek” ayrı şey, “hakikatten haberi olmamak” yine ayrı şeydir. Kendisinden beklenen bütün gayreti gösterdikten ve vicdanen bir kanaate vardıldıktan sonra, hakikati olduğundan başka türlü bilmek bir hüsnüniyet ifadesi olabilir, yeter ki “evidence” lar karşısında yine inad edip, bu sefer bile bile yanılmada ısrar edilmiş olmasın<sup>16</sup>. Bu takdirde hüsnüniyet kalmamış ve yanılma yerine bilgisizlik hâkim olmuş vaziyete gelir.

Bilgisizlik muattal vaziyette kaldıkça kimseyi alâkadar etmez. Fa-

15) Bir yazı yazılırken muayyen bir muhatap zümresi tasarlanır ve o zümrenin seviyesi nazarı itibara alınır. Burada temas etmek mecburiyetinde kaldığım “temel bilgiler” ve “ilimde kesinlik” bahsinde muhataplarımı lise talebesi seviyesine düşürdüğüm için kendilerinden özür dilerim.

16) Ş. Berki (s. 235, n. 1; s. 237'nin sonu ve bilhassa § II, 5'te): “He men beyan edelim ki, bundan böyle Roma hukuku ile daha sık ve şümüllü bir şekilde uğraşıp, mütemadiyen neşriyata devam edeceğiz. Bu neşriyattan münekkidin de az veya çok müstefid olacağına inanıyoruz”, demektir. Teca-hülû ârifânede bulunan Ş. Berki'ye burada açıkça : Roma hukuku ile meşgul olamaz, diyoruz. Bunun mânası, matbaaya gidip beyaz kâğıt üzerine siyah şekiller bastıramaz, demek değildir. Bizim “az veya çok müstefid” olmamıza gelince, biz nasibimizi nerede arayacağını bilenlerdeniz.



kat bu bilgisizlik üzerine gözlerini kapayıp bilmediği meseleler hakkında fikir ve mütalâa beyan edilmeğe kalkışıldığı zaman<sup>17</sup>, bir takım tehlikelerin zuhur edeceği tabiidir, hele dış görünüşler bilgi ve salâhiyet noksanlığını aşikâr bir şekilde gösteremiyecek vaziyette ise, tehlike daha da büyük olur<sup>18</sup>.

17) Ş. Berki, bizim : " ücretsiz olması bunun (yani vediaanın) esas mefhumlarından. Ücret mukabili olsaydı bu muamele bir *locatio conductio* olurdu ", şeklindeki tercümemizi (daha doğrusunu Di Marzo'nun ifadesini) hatâlı buluyor ve derhal düzeltiveriyor : " mücerret vediaanın ücretli olması onu kiraya tahvil edemez, vedia verenin kullanma salâhiyetini de vermesi icâb eder. Ancak bu kayıt şartla ücretli vedia kira akdine inkilâp edebilir " (§ III, 35).

Hakikaten Di Marzo, ücret verildiği takdirde muamelenin bir " *locazione* " haline geldiğini söyledikten başka, atıf yaptığı Iustinianus *Institutiones*'inde (I. 3, 26, 13) de aynı şekilde, vedia ücretli olursa *locatio* ve *conductio* haline gelir denmektedir. Ş. Berkiye daha garibini bildirelim : Iustinianus aynı yerde, ücretli olursa, vekâletin de *locatio conductio* haline geldiğini beyan ediyor. Vekâletin " kullanılması salâhiyeti " verilemeyeceğine göre, acaba bunu nasıl düzeltebilecek?

Ş. Berki zannediyor ki bu gibi münasebetsizliklerin Iustinianus'ta, Di Marzo'da ve bunun tercümesinde yer aldığını görenler, Roma hukukunun hakikaten mânasız ve abes bir şey olduğu kanaatine varacaklar.

Halbuki işin aslı, bir temel bilgisi noksanlığındadır : Ş. Berki *locatio conductio*'yu, bugünkü kira akdi zannettiği için, bizim aynen muhafaza ettiğimiz lâtince tâbiri, pervasızca tercüme ediyor. Eğer aynı Di Marzo tercümesinin 394'üncü sahifesine bir göz atsaydı orada, parantez içinde, *locatio conductio*'ya tekabül eden modern mefhumları okurdu : kira, hizmet, istisna akitleri. Roma hukukunda ilk malûmatı elde etmiş olanlar, *locatio conductio*'nun hususî bir akit tipi olduğunu ve, *rei*, *operis*, *operarum* tefriki ile bizdeki üç akde tekabül ettiğini, fakat Romalıların bu tefriki tebarüz ettirmek ihtiyacını hissetmediklerini bilirler. Bu üç akdi birbirinden ayırmadıkları için, *locatio conductio*'yu tek mefhum sayarlar : Ş. Berki bu mevzuda romanistlerin etütleri olduğunu bilir görünmekte ve mesele hakkında sanki imâli fikretmiş zehabını uyandıracak şeyler de söylemektedir : filhakika yazısının başka bir yerinde (§ III, 281), bir italyan müellifinin bu mevzudaki etüdünün başlığını : "*locatio conductio*'nun Roma hukukunda tek mefhum olması " şeklinde tercüme etmemizi o kadar tuhaf bulmuş ki, " doğru olup olmadığını tercümeceye bırakmış " (!). Halbuki, *locatio conductio*'nun mânası öğrenilince, ücretli olan vediaanın, tıpkı ücretli olan vekâlet gibi, Roma hukukunda kira değil, istisna akdi ve binaena leyh *locatio conductio* (*operis*) olduğu anlaşılır.

"Roma hukuku" diye kitap yazan bir insana, bu kadar iptidai bir şeyi bilmediğini söylemek belki pek ağır görünür. Fakat zikrettiğimiz iki yerde (§ III, 35 ve § III, 281) görünen bu bilgi noksanlığını teyid eden bir yer daha var: Ş. Berki aynı yazının daha başka bir yerinde (§ III, 163), Di Marzo tercümesinde bir "virgülü" düzeltiyor. Tercüme şöyledir: "*locatio conductio rei*, yani kira akdinin mevzuu, gayrı kabili istihlâk olmak şartıyla her hangi bir



Bir ilmin temelinde bulunan tasniflerden bile haberdar olmadığı halde, o mevzuda söylenmiş şeyleri tenkid etmek, akıl öğretmek<sup>19</sup>, hele bütün bunları, “ben hata ettiysem, sen de her halde hata etmişsindir” gibi bir peşin hükümü teyid ve takviye etmek maksadiyle yapmak, ayrıca mevzu üzerinde en iptidai en meşhur malûmattan bihaber bulunmak ise<sup>20</sup>, iddia sahibini küçük düşürmekten başka bir işe yaramaz.

şey olabilirdi.“. Bu cümleye yapılan tenkit şudur: “Locatio conductio rei’den sonra “yani”, deyip kira akdinin mevzuundan sonra da bir virgül konursa, bu lâtince tâbiri bilmeyen talebe ve sair diğer okuyanlar “locatio conductio rei” nin kira akdinin mevzuu demek olduğunu anlar; halbuki tercümesi şey icarıdır”. Bu ifadesi ile Ş. Berki, üç kelimedenden müteşekkil *locatio conductio rei* tâbirinin bizdeki “kira” akdine tekabül ettiğini bilmediğini gösteriyor: Bu üç kelime “şeyin kirası” değil sadece “kira”dır. Oradaki “rei” (res’in) kelimesi *locatio conductio*’nun mevzuu mânasına gelmez. *Locatio conductio*’dan sonra “rei” gelirse “kira”, “operis” gelirse “istisna”, *operarum* gelirse “hizmet” akitlerine tekabül eder. Bunu bilmemek garip, bilmeden fikir yürütmek daha garip, akıl öğretmek ise fevkalâde gariptir.

18) Ş. Berki hukuk profesörüdür. Yazdığı şeyin her kelimesinin kontrola muhtaç olduğunu herkes düşünmez ve yanlış kanaatlere sevk edilmiş olur.

19) Ş. Berki, benim “Gaius bunu re = şey ile teşekkül eden borçlar arasına kokuyor” suretindeki tercümemi, “re = ” kelimesini de atlayarak zikrettikten sonra, tashih makamına şunları teklif ediyor: “(Her halde aynı mukavelelere ithal ediyor) denilmek istenmektedir. Zira bazı akitler vardır ki şey ile teşekkül eder fakat aynı akitler değildir. *Emptio venditio*’da olduğu gibi; malumdur ki *emptio venditio* (beyi) rızai akittir” (§ III, 90).

Ş. Berki “bazı akitler vardır ki şey ile teşekkül ederler; fakat aynı akitlerden değildir. *Emptio venditio*’da olduğu gibi”, demekle, Romada aynı akitlerin ne olduğunu bilmediğini göstermektedir. “Şey ile” teşekkül eden akitlere Roma hukuku lisanında *re contrahitur* denir ve bunların hepsi aynı akitler tipine girer. Buradaki re, yani “şey ile” tâbiri aktin mevzuunu değil, teşekkülünü alâkadar eder. Binaenaleyh alım satım “şey ile teşekkül eden” bir akit değil, “mevzuu mal olan” bir akittir. Akdın “mevzuu” ile “teşekkülünü” birbirine karıştırdığı o kadar aşikârdır ki, Romada bazan *re contrahitur* (yani şey ile teşekkül eden) bir akdın mevzuunun *res* (yani mal) olmamasının mümkün olduğunu bilmemektedir. Meselâ isimsiz akitlerdeki “yapıyorum yapman için” tipinde, akdın mevzuu bir *res* değil bir *facere*’dir ve buna rağmen *re contrahitur* yani “şey ile” teşekkül eden akitlerdendir. Ş. Berkinin Roma hukukundaki temel bilgisi *res* kelimesinin şumulünü kavrayamayacak kadar noksandır. Çeşitli aynı akitlere göre *re*’nin ayrı mânası vardır: Karzda, usulsüz vadiada ve bazı isimsiz akit nevilerinde *re* = bir şeyin mülkiyetinin nakli ile; âriyet ve vadiada *re* = bir şeyin elde bulundurulmasının nakli ile; rehinde ve yedi emine tevdiide *re* = bir şeyin zilyetliğinin nakli ile; isimsiz akitlerin bazı nevilerinde ise *re* = bir şeyin yapılması ile; mânalarına gelir. Bütün bu çeşitli mânalar bir tek kelime ile ifade edildiği için biz tercümemizde Ş. Berkinin atlayıverdiği “re” kelimesini aynen muhafaza ederiz. Kaldı ki Gaius’un *re contrahitur* kelimeleri ile ifade etmek istediği bir mefhumu biz hangi hakla “aynî mukavele” yani



b) *Terminoloji*. — Her ilmin az veya çok geniş bir terminolojisi olur. Buna o muayyen ilmin lisanı dahi denir: Hukuk lisanı, tıp lisanı v.s. gibi. Bilhassa yerleşmiş lisanlarda terminoloji fevkalâde sabit ve istikrarlı bir halde bulunur. Türkçede uzun zamandanberi devam eden anarşik vaziyete rağmen, hukuk lisanında yine nisbi bir istikrar vardır, zira bu lisanın temeli, kolaylıkla değişemiyen kanunlara dayanır. Bütün hukukçuların birbirleriyle anlaşmasını mümkün kılan “kalıp” kelimele-  
rin değişebilmeleri, netice itibariyle kanunun metnindeki değişmeğe bağh kalır; şahsi iddialar ise çok defa yerleşmeden kaybolurlar. Ancak kanunda bulunmayan hukuk tâbirleri uzun bir tatbikat ve tereddütten sonra doktrine değişik bir şekilde yerleşebilir.

Roma hukuk terminolojisinde ise tam bir istikrar vardır, çünkü Roma hukukunun lisan ve terminolojisinin temelinde bulunan metinler ne değişir ne de değişmelerine imkân vardır. Bunlar uzun asırlar önce son şekillerini bulmuş ve donmuş bir vaziyete geldikten başka, menşeleri olan lâtincede de o haliyle ölmüş bir lisandır. Roma hukuku ile meşgul

---

*contractus realis* (böyle bir tâbir Roma kaynaklarında yoktur) haline getireceğiz? Gaius'a *contractus realis* denilebileceğini öğretmek hiç kimsenin vazife ve salâhiyeti dahiline giremez. Bir *re* kelimesinin karşılığını tesbit edebilmek için uzun çalışmalardan geçilmiş olduğunu anlatmak için, bu kelimenin, Di Marzo'dan başka, Prof. Rado'nun Gaius tercümesinde, benim Iustinianus tercümemde ve daima, aynı surette (şey ile) ifade edilmiş olduğunu da hatırlatalım.

20) Ş. Berki bizim, “vedia alan o şeyin yalnız elde bulundurulmasını haiz olurdu” tarzındaki tercümemizi şöyle düzeltiyor: “(Salâhiyetini haiz olurdu) veya (zilyetlik veya vaziulyetliğine sahip olurdu) demek lâzımdır” (§ III, 34),

*Possessio*'ya ötedenberi zilyetlik deriz; *detentio*'ya ise eskiden ‘vaziulyetlik’ denirdi, bugün “elde bulundurma” diyoruz. Roma hukukunda bir malî fiilen hâkimiyeti altında bulunduran kimsenin bazan zilyet, bazan elde bulunduran olduğunu herkes bilir. Vedia halinde ise vedia alanın “zilyet” değil, “elde bulunduran” (yani vaziulyet) olduğu da malûmdur. Ş. Berkiye göre ise vedia alan “ya zilyet veya vaziulyet” olabilmektedir!. Halbuki onun ayırmaya lüzum görmediği zilyetlik ile vaziulyetlik arasında şu çok mühim fark var: Zilyet dâva hakları ile korunur, diğeri korunmaz! Acaba Ş. Berki vaziulyet ve elde bulundurma istilâhlarındaki değişiklik yüzünden mi tefriki yapamamış görünmektedir? Hayır. Çünkü başka bir yerde (§ III, 264) hatasının bir de teyidi vardır: Burada *Animus possidendi*'yi “zilyet olmak niyeti” suretinde tercüme etmemiz her ne kadar doğru ise de “elde bulundurma niyeti” dese imişiz daha doğru olurmuş, tarzında bir tavsiyeden sonra “Nitekim (*animus possidendi*) ye (*animus tenendi*) de denmektedir”, diyor. Şu halde bilgi noksanlığı türkçe tâbirlerin karışıklığından değil “*tenendi*” ile “*possidendi*” arasındaki farkı bilmekten ileri gelmektedir. Burada da hatırlatalım ki *possessio* ve *detentio* arasındaki fark, Savigny'nin zilyetliğe müteallik eserinden beri (1803), Roma hukukçularını en fazla meşgul etmiş ve Roma hukukunun en meşhur problemidir.



olmak isteyen kimselerin, bu hukukun, müsbet vâkıalar haline gelmiş<sup>21</sup> ve bir kaç bini bulan kelime ve tâbirlerini oldukları gibi öğrenmeleri ve terminolojiye hakkiyle vâkıf bulunmaları şarttır. Çünkü bu mevzuda okunacak her hangi bir etüt veya makalede, izah ve târifi yapılmıyan bu nevi tâbirlerin yüzlercesine rastlanılır<sup>22</sup>.

2) *İlimde kesinlik*. — Bütün bu yazımızın evvelinde ve sonrasında söylediğimiz ve söylyeceğimiz her şeyin kilit noktası, “ilimde kesinlik” dediğimiz “rigueur scientifique” addedilebilir. Filhakika biz, bilgisizlik, ciddiyetsizlik, taannüt, peşin hükümler v.s., hepsinin, ilimde kesinlik zaruretine inanmamaktan ileri gelebileceğini zannediyoruz. Hakikatten bir parça öğrenebilmek için her şeyden evvel, muayyen kabiliyetlerle birlikte, sâf bir öğrenmek iştiyakı ve sonsuz bir çalışma lâzım

21) Yaşayan hukukumuzda bir istihkak dâvası vardır. Buna Roma hukukunda *rei vindicatio* denir. *Vindicatio*'nun mânası ile birlikte bunu, bir klişe gibi öğrenmek lâzımdır. Meselâ Di Marzo tercümesinin 90. sahifesine bakıldığı zaman, orada kısaca eskiden bütün aynı dâvalara *vindicatio*nes ve bütün şahsî dâvalara *condictiones* denmiş olduğu görülür. İşin aslını öğrenmek isteyen kimenin orada işaret edilen metinlere bakması ve *vindicatio*nes ile *condictiones* kelimelerinin etimolojilerini öğrenmesi mümkündür. Bunu yapamıyanlar kitapta gördüklerini olduğu gibi öğrenirler ve *vindicatio*'da *actio in rem*, *condictio*'da ise *actio in personam* mânalarının mevcut bulunduğunu akıllarının bir kösesinde saklarlar. Ş. Berki ise makalesinde (§ I, 3), madem ki “actio” rei uxoriae denilebiliyor “actio” rei vindicatio denmesinde de pek mahzur yoktur, demektedir. Fransız kitaplarında “actio” rei vindicatio ifadesinin bulunmadığını da itiraf ediyor. Yalnız fransızca kitaplarda değil, benim ve onun okuyamadığımız lisanlarda yazılmış hiç bir kitapta da söylenemez, çünkü lâtince böyle bir tâbir yoktur ve olamaz. *Actio rei uxoriae* ile mukayesesi tam bir mânasızlıktır. *Res uxoria* kadına ait mal demektir, bunu talep etmek için açılan davaya *actio rei uxoriae* denir. *Vindicatio* ise yalnız başına talep mânasını da ihtiva ettikten başka, eğer bu dâvanın başına *actio* kelimesi ilâve edilebilecek olsaydı, *actio rei vindicationis* demek icab edecekti. Çünkü o takdirde, nominatif olan *vindicatio*'yu, genitif olan *vindicationis*'e çevirmek lâzım gelecekti, nasıl ki *actio rei uxoriae*'deki *uxoria* kelimesi, *actio* ilâve edilince, genitif olan *uxoriae* haline gelmektedir. Hal böyle iken yine “actio rei vindicatio” demekte ısrar edene karşı bektaşinin abdestsiz namazını hatırlatmaktan başka yapılacak iş kalmaz.

22) Ş. Berki makalesinde, *naturalis obligatio* tâbirinin türkçeye çevrilmemiş olduğuna bakarak “tercüme umuma yapılır, muayyen bir zümreye değil” demektedir (§ III, 254). Halbuki muayyen ilim kitapları muayyen zümrelere hitab eder. Binaenaelyh bir Roma hukuku etüdü, mevzua tamamen yabancı olan kimseler için yazılmış olamaz. Bu makaleyi, *obligatio naturalis* gibi, Roma hukukunun en harcı âlem mefhumlarından birisi hakkında hiç bir fikri olmıyan kimse okuyamaz ve okumasına lüzum yoktur. Esasen o tercümenin aslı olan italyanca başlıkta, italyan müellif te *naturalis obligatio*'yu lâtince olarak kullanmıştır: Müellifin zevkine riayet etmek ise bir nezaket borcudur.



geldiğine herkes kolayca inanır. Fakat bu kâfi değil, ayrıca, öğrenilen şeyin tam öğrenilmesi, üzerinde kat'î bir kanaat edinilmesi, düşünülen ve söylenen şeylerin mutlak bir "précision" a tâbi tutulması, hülâsa, "aşağı yukarı", "az çok" bilgiden sakınılması şarttır.

Biz burada izahatımızı, bizi alâkadar eden Roma hukuku üzerinde vereceğiz, fakat her sahanın, kendi hususiyetlerine göre, aynı şeyi icab ettirdiğine şüphe etmiyoruz. Yalnız Roma hukuku çalışma sisteminde, hukukun diğer branşlarına nisbetle dahi, tamamen kendisine ait bir hususiyet olduğu tebarüz ettirilebilir.

Bu çalışma sâbit metinlere dayanır. *Corpus iuris civilis*'in ve diğer kaynakların her cümlesi üzerinde, bin beş yüz seneye yakın zamandanberi yapılan etütlerin sayısı yüzleri aşar, demekte mübalâğa yoktur. Her cümle diğeri ile bir çok defalar karşılaştırılmış, bazan bir tek kelimenin tasrifi üzerinde sayısız tefsirler yapılmıştır. Her tefsirin diğersinden farkı bazan o kadar küçük, o kadar ince noktalara inhisar eder ki, bu nevi etütleri okumağa alışkın bir kimse bile, bazan iki üç defa okuduğu bir yazının, evvelkinden hangi noktada ayrıldığını güçlkle tesbit eder. Asırlardanberi hâlâ olgun çalışmalara imkân veren ve her birisi en ufak teferruatına kadar işlenmiş bulunan bu metinlerin ne kadar dolgun ve çok oldukları, bu gayretin bitmeğe yüz tutmamış olmasından anlaşılır.

İğne ile kuyu kazmağa benzeyen bu çalışmanın, adedi nâmütenahî artmış olan etütlerden sonra, çok girift bir hale gelmiş bulunması, Roma hukukundaki çalışma metodunu, başlı başına bir ilim haline getirmektedir. Bu metot endekslere dayanır; bunlar, bir taraftan, kaynakların ihtiva ettiği *interpolatio*'lara ait endeksler, diğers taraftan her kelimeye nerede rastlandığını gösteren analitik endekslerdir.

Birincisine misâl olarak zikredilebilecek olan "Index interpolationum", hemen hemen bütün Alman âlimlerinin iştirâki ile ve E. Levy — E. Rabel tarafından neşredilmiştir (1929 - 1935) ve üç büyük ciltten müteşekkil bu kitap, o vakte kadar yapılan etütler içinde gösterilen *interpolatio* ihtimallerini ve bunlara müteallik bibliyografyayı ihtiva eder. *Corpus iuris civilis*'in ve hususiyle *Digesta*'nın hemen hemen her cümlesini alâkadar eden bu endekse bakmadan bir Roma hukuku etüdü yapmak, bugün imkânsızdır. İkinciye misâl, hiç bir romanistin vazgeçemiyceği bir çalışma vasıtası olan "Vocabularium Iurisprudentiae Romanae" dir. 1894 denberi, Mommsen'in teklifi ile üzerinde çalışılan ve henüz küçük bir kısmı eksik bulunan altı büyük ciltlik bu muazzam eser, *Digesta*'da ve *Digesta* dışı hukuk kaynaklarında bulunan her kelimenin rastlandığı satırları işaret etmektedir. *Digesta*'dan başka Gaius ve Iustinianus *Institutiones*'i, Iustinianus ve Theodosius *Codex*'leri ve *Novellae*'-



nin bu tip endeksleri vardır. Binlerce ve binlerce sahifeyi dolduran yüz binlerce rakkama daima müracaat etmek zarureti, nasıl ince ve titiz bir yol takip etmek lâzım geldiğini göstermeğe kifayet eder, sanınız: Muayyen bir kelimeyle alâkalanan kimse, bu kelimenin nerelerde geçmiş olduğunu ve üzerinde hangi münakaşaların yapılmış bulunduğunu sağlam bir şekilde tesbit eder. Bütün metinler içinde meselâ bir *fides* veya *res* kelimesinin kaç defa geçmiş olabileceği ve bunun ne kadar çeşitli mânalara geldiği düşünülecek olursa, bunları bir araya toplayıp, mânaları bakımından sistemleştirerek gruplar haline getirmenin ne demek olduğu kendiliğinden anlaşılır<sup>23</sup>. Halbuki daha, bu kelime gruplarını, içinde buldukları cümle ve metinlerle birlikte birbirleriyle karşılaştırmak, kıymetlendirmek ve neticelere varmak işi vardır. Metinler nakledilirken kelime atlamak şöyle dursun, bir kelimenin içindeki harfi yanlış okumak veya yanlış nakletmek hiç bir tasavvura sığmaz. Meselâ Gaius'ta (III, 119a) ve Iustinianus *Institutiones*'inde (3,20,1) birbirinin aynı olan bir cümledeki son kelimenin, birisinde *debetur*, diğerinde *debeatur* şeklinde okunması, mânada hiç bir değişiklik yapmadığı halde, Gaius ve Iustinianus tabılarının hepsinde aynen görülür<sup>24</sup>.

23) Ş. Berki ise, hata aramak gayreti ile kendisini yorarken, bazı yerlerde (mes. § III, 152 ile § III, 198; ve yine § III, 98 ile § III, 250-251) aynı şeyleri iki defa tekrar etmiştir. Bu tekerrürleri suiniyetle, yani hata zannettiği şeylerin adedini arttırmak için yaptığını zannetmiyoruz; fakat topladığı bir avuç malzemeyi bunları sistemleştirerek gruplar haline koymak bir yanda dursun, arka arkaya bile koyamadığını, çünkü böyle bir meselede dikkatli ve ciddi hareket etmek lüzumuna inanmadığını, hülâsa sistematik bir şekilde çalışmağa alışık olmadığını göstermiş oluyor.

24) Halbuki Ş. Berki için bir cümleyi naklederken kelimeleri değiştirmek veya atlamak, alelâde, yapılması normal bir şeydir. Meselâ § III, 90 da “= re” kelimesini atlamıştır; § III, 260 da iki nakil hatası var: Ben “jüstin-yen” demem, “Iustinianus” derim, cümlelerin son kelimesi de ‘hakki’ değil ‘hak kında’dır; keza § III, 209 daki cümle yanlış nakledilmiş, “borç olunan” yerine “borç olan” denmiştir; yine § III, 17 de cümleyi tamam zikretmediği için “vasi yetname ile hür kılınmış ise hür değildir” ifadesi mantıksız görünüyor, halbuki onun evvelinde “ne... ne... ve ne de vasiyetname ile hür kılınmış ise...” dendiğinden orada menfi ifade vardır. Bütün bunlara Ş. Berki “tertîp hatası” diyemez, çünkü ileri sürdüğü mütalâalar, yanlış zikredildikleri takdirde ortaya çıkan mânalara dayanmaktadır.

Bizim tercümemizin 335 inci sahifesinin 17 inci satırında hakikaten bir hata var: Bu da tabı esnasında atlanmış bir satırdır: Satırın sonundaki “etmek” kelimesinden sonra, “suretiyle yüklenen bir borcun azamisini bu miktar ile tahdit etti (Gai. III,”, kelimelerinden teşekkül eden tam bir satır metinde yoktur. Ş. Berki tetkikatı sırasında buraya gelmiş (§ III, 208), satır noksanlığından mütevellit mâna karışıklığının ne olduğunu anlayamamış; işin



Hele mefhumları birbirine karıştırmak ve birbirlerine çok yakın da olsalar, başka başka şeyleri aynı şeymiş gibi arz etmek, yapılan bütün işleri lüzumsuz hale getirir. Mutlak kesinliğin noksan olduğu yerde hiç bir şey yapılmamış demektir<sup>25</sup>.

Bu mevzuda söylenmesi mümkün olan pek çok şeyler arasında

asıl garip tarafı, orada bulduğu cümle parçalarındaki kelimelerden bir tanesini hafifce değiştirerek (satırın sonundaki "etmek" kelimesini "etmez" yaparak) her şeyi düzelttiğini zannetmiş, müteakip satırda, evvelki atlanmış satırın sonunu teşkil eden, "124)", şeklindeki fazlalık bile kendisini ayıltamamıştır. Bir işin bu kadar üstün körü yapılabileceğini zannetmek cidden kabili tasavvur değildir. Haddi zatında bunların mühim şeyler olmadığına kaniim, fakat kendisini müdafaa etmeğe çalışan bir insan bu kadar dikkatsiz ve methodsuz hareket edebilir mi?

25) "Emansipe" kelimesini müdafaa ederken Ş. Berki: "vesayet veya velâyetten kurtulma mânasına gelen EMANCİPARE fransızcaya emanciper şeklinde intikal etmiş", demektedir (§ I, 2). İlimde kesinliğin bulunmamasına bundan güzel misal verilemez. Bir iki satırda ne kadar yanlış var:

a) Aslı başka lisanda olan bir kelimenin fransızcasını kullanmak doğru değildir;

b) Emancipare kelimesi vesayet veya velâyetten kurtulma mânasına gelmez; baba hâkimiyetinden çıkarmak demektir ve "baba hâkimiyeti" vesayet ile velâyet değildir;

c) Roma hukukunda "velâyet" yoktur. Bu modern mefhumu baba hâkimiyetine müsavi saymak, hele buna bir de vesayeti ilâve etmek ciddiyetle kabili telif değildir;

d) Bu kelime fransızca'da dahi vesayet veya velâyetten kurtulma mânasına gelen teknik bir tâbir değildir.

"Mevzuumuzun lisan veya edebiyat olmadığını" yukarıda zikrettiğimiz bir bucuk satırına ilâve eden zat, bu nevi hatalarının bir lisan ve edebiyat sürçmesi olduğunu söylemeğe çalışırken, Di Marzo tercümesi için bir çok ifade tarzlarını daha türkçe ve daha selis bir hale getirmem için bana tavsiyelerde bulunmaktadır. Ezcümle, § III, 275 te şu satırları okuyoruz:

"(Fiduciadan mütevellit dâvanın formulasına dair notlar) diye tercüme edilmiştir. Tercüme mealen yanlış değil. Fakat tam tercüme değildir. Zira bu italyanca cümlede (mütevellit) kelimesi yoktur. (Rehin dâvasının formülüne dair notlar) tam tercümesidir."

Sırf "lisan ve edebiyat" bahsinde içimizi dökmek için olsaydı, biz, bu çeşit bir misali elimize almağa lüzum görmezdik. Fakat işin tamamını bilmeden "az çok" bir bilgi ile kalem oynatmanın başka bir örneği de burada görülüyor. Ş. Berki için fiducia ile rehin (pignus) arasında bir fark olmadığı anlaşılıyor çünkü, mülkiyet nakledilerek akdedilen ve bazan teminat olarak kullanılan fiducia hakkındaki bilgisi "aşağı yukarı" bir bilgiden ibarettir. Fiducia'nın, zilyetlik nakleden ve sırf teminat gayesiyle akdedilen rehine öncü olması, bu iki mefhumu müsavi sayması için kendisine kâfi görünmekte, veyahut belki de, aradaki farkı arayıp tebarüz ettirecek kadar titizlik göstermeği faydasız adanmaktadır: İlmî kesinlik noksanlığı dediğimiz işte budur; Roma hukukunda



bu söylediklerimizden sonra, metoda riayet etmeyen, harflerin ve rakamların ehemmiyetini anlamıyan bir kimsenin Roma hukuku zihniyetine giremeyeceğini ve hele lâübaliliğe ve inada yer olmadığını söylemek icab eder mi?<sup>26</sup>.

## II — Roma hukukunda.

1) *Tarih zihniyeti.* — Ehemmiyetli bir mevzu olan Roma hukukunu tarihten ayırmağa imkân yoktur. Alelittlak tarihten farkı, geçmiş hâdiseleri tesbit etmekle kalmayıp, bunu bugünkülerle karşılaştırmak ve yaşayan hukuk karşısında canlı bir şekle sokmaktır.

a) *Hukuk tedrisatında Roma hukukunun ehemmiyeti hakkında bir kaç söz:* — Avrupanın bütün Hukuk Fakültelerinde titiz bir şekilde okutulan Roma hukukunun programlara dâhil edilmesi, sadece, büyük bir hukuk sistemi hakkında malûmat vermek ve talebenin ilim dağarcığına yeni bilgiler ilâve ederek, her ne şekilde olursa olsun, hukuk kültürünü arttırmaktan ibaret değildir. Bizim dâhil bulunduğumuz garp hukuku sisteminin temelinde bulunmasaydı bile, Roma hukukunu tetkik

birbirine zıt addedilen ihtilâflı meselelerin hiç birisinde *fiducia* ile *pignus* arasındaki kadar fark bulmak kabili tasavvur değildir.

Diğer taraftan onun "formül" dediğine biz "formula" deriz, çünkü "formula" çok hususî ve çok teknik bir tâbirdir; bugünün Fransızcasındaki "formule" ile hiç bir alakası yoktur. Fransızların burada da "formule" demeleri mümkündür, çünkü "formula" kelimesi, başka mânada olmakla beraber Fransızcaya "formule" diye intikal etmiştir ve Fransızlar bunu muayyen yerlerde hususî ve teknik bir tâbir olarak kullanabilirler. Fakat lâtinedeki hususî mânasında kullanılan Fransızca bir kelimeyi, lâtincesi dururken, Türk ilim kitaplarında kullanmak mânasızdır. Tıpkı biraz yukarıda bahsi geçen *emancipare*, gibi,

26) Ş. Berki Salvatore Di Marzo'yu küçük adıyla ve muntazaman aynı imlâ hatası ile Salvatora diye zikrediyor (s. 231, 2 inci satır; s. 239 1 inci satır; s. 244, 15 inci satır). Biz, teferruat gibi görünen bir takım hatalara parmağımızı basıp alay etmek niyetinde değiliz. Bir müellifin ismini zikretmekte bir usûl vardır; evvelki tenkidimizde, yazısını görmediği Longo'yu Giannetto diye zikretmesi üzerine, bunu hatırlatmak istemiştik. Benim tenkidi yazımın altında, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuasında âdet olduğu üzere, Z. U. rümuzlarını gördüğü için bunu, rümuzlar arkasında saklandığım zehabını uyandırmak hevesiyle (halbuki sahife başlarında tam isim vardır) hiç şaşırmadan tekrar etmesini bilen Ş. Berki, bu usûlü de bilmez mi? Her halde bilir; fakat ciddiyetsizliğini prensip haline getirmekle bizi iz'ac edebileceğini zannetmiştir; biz ise, Üniversite talebesine nasıl örneklik ve rehberlik edenler bulunduğunu düşünüyoruz ve yine fikrimizi söylüyoruz. Müellifler soy adları ile zikredilirler; başka türlü hareket etmek o müellife karşı bir nezaketsizlik olduktan başka iltibasa da mahal verebilir. Tercümenin, yine zamanımızın büyük romanisti Salvatore Riccobono'ya değil de Salvatore Di Marzo'ya ait olduğu nasıl anlaşılacak?



etmekte büyük fayda olacaktı. Hakikaten Türkiyede, daha İsviçre hukuku kabul edilmeden çok önce, Roma hukuku tedrisatı Hukuk mekteplerine dâhil edilmişti ve Roma hukukundan pek az müteessir olmuş olan İngilterede Roma hukuku, hukuk ilmi olarak ciddiyetle okutulmaktadır.

Başka bir hukuk sistemi Roma hukukunun hizmetini, evvelâ maddi imkânlar bakımından, görebilecek vaziyette değildir. Zira bu hukukun uzun hayatını devamlı bir şekilde tâkib edebilecek vesaikin elde bulunması ve büyük inkişafının son merhalesi olan İustinianus müdevvenatının aynen mevcut bulunması hususu vardır. İustinianus müdevvenatı insanîyet ve medeniyet üzerinde en fazla müessir olmuş olan birkaç eserden birisidir ve içinde hukuk tefekkürünü ilgilendirebilecek bütün meseleleri bulmak mümkündür. O kadar ki, ihtiva ettiği hatalar ve noksanlıklar bile, olgun neticelere varan büyük münakaşaları doğurabilecek vaziyettedir.

Bunun dışında bir çok modern hukuklarda, Roma hukukunun yaratmış olduğu pozitif prensipler, büyük adette, aynen mevcut bulunduğu için, Roma hukuku tedrisatı bunların doğrudan doğruya öğrenilmesini mümkün kılmaktadır. Fakat bu da, Roma hukukunun modern tedrisattaki ehemmiyetini göstermeğe yeten bir sebep teşkil etmez. Asıl mesele, Roma hukukunun hukukî tefekküre model ve temel teşkil edebilecek bir olgunluk ve genişlikte olması, aynı zamanda tarihteki hukukların en organik ve en progresisti bulunmasıdır.

Hâdiseleri hukukçu zaviyesinden göstererek, toplu hayatın karışık meseleleri karşısında hukukî hal suretleri bulmağa alıştırmak, yani hukuk terbiyesini geliştirmek için Roma hukuku mükemmel bir vasıta dır. On asırdan fazla bir müddet mütemadî bir inkişaf gösteren bu hukukun safhalarna ait vesikalar, bu hukuk sisteminin, gittikçe gelişen, ihtiyaçları artan, iktisadî ve siyasi bünyesi değişen bir cemiyet içinde eskiyi muhafaza etmeğe de gayret ederek, yeni şartlara ne suretle intibak ettiğini öğrettikten başka, insan tefekkürünün en iyi hukukî solüsyonları nasıl yarattığını göstermek suretiyle, tarihî ilimlerde mümkün olmayan tecrübe metodundan, hukukta faydalanma imkânını vermekte. âdeta yaşayan bir uzviyeti enine boyuna teşrih ederek, hayatîyetini ne suretle takviye ve idâme edebilmiş olduğunu göstermektedir.

Ayrıca bu hukuk, inkişafını büyük bir hukukçu zümresine borçludur. Hayat hâdiselerini hukukçu gözüyle görmeğe alışık, pratik kafalı, değerli ve geniş bir hukukçu zümresi, topluluğu tanzim eden kaideleri yeni şartlara intibak ettirmeği büyük bir muvaffakiyetle başarmışlardı. Roma klâsik hukukunun bir araya topladığı bu çapta bir hukukçu kütlesini



başka devirlerde görmek mümkün olamamaktadır. Bunlar, hukukla uğraşmak isteyenlerin daimî üstatlarıdır ve kurdukları sistem, insan aklına istinad eden, lâik vasıftaki hukukların en organik olanıdır.

İnsan aklına dayandığı için muayyen bir kalıplaşma tehlikesine mâruz olmıyan, cemiyetin yürüyüşünü takip eden, nasıl geliştiği vesaiki ile sabit olan bir hukuku öğrenmek, her hangi bir san'atta eski üstatları ve şaheserleri tetkik etmek zarureti gibi bir zarurettir.

b) *Roma hukuku ve tarih.* — Her devrin hukukçusuna üstat olan büyük hukukçuların yarattığı bu eserin bugün tetkiki, netice itibariyle, kendi içinde dahi tarihî bir tetkik mahiyetindedir. Zira ilkçağdaki inkişafı bin sene sürmüş olan Roma hukukunun başlıca bilgi kaynağını, muayyen bir eser olan *Corpus iuris civilis* teşkil ettiği halde, bu hukuk hiç bir zaman donmuş ve sâbitleşmiş bir halde görünmemiştir. Iustinianus müdevvenatı tarihî unsurlarla dogmatik unsurları bir arada yaşatan ve iyi tetkik edildiği zaman, varılmış neticelerle birlikte, hukuk inkişafının en mühim devir ve safhalarını da tabaka tabaka aksettiren bir eser olarak görülür.

Tarih, insanın geçmişteki hayatını tesbit temeye çalışır. Mâzi doğrudan doğruya müşahede edilemediği için, bu tesbit işi, onun izleri olan vesikalardan faydalanılmak suretiyle yapılır. Bunlar, ya binalar, âbideler, san'at eserleri gibi maddi olur, veyahut o devir insanların şahadetlerine istinad ederler. Maddi vesikaları görmek, yerinde tetkik etmek, hangi zamana, hangi mevkie ait olduklarını, hakikî olup olmadıklarını tâyin etmek lâzımdır. İnsan şahadetlerine dayanan vesikaları okuyup tefsir etmek, yine zaman ve mevkileriyle hakikîliklerini tâyin etmekten başka, söylenen şeylerin hakikate uyup uymadığını da araştırmak lâzımdır: İnsan bir çok hislerin tesiri altında, bilerek veya bilmeyerek, isteyerek veya istemiyerek yalan söyler veyahut yanlış yapar.

Vesikaları tenkit ışığı altında bulundurmamak isteyen kimsenin, bir takım bilgi ve bundan doğan zihniyet şartlarını haiz olması ve bu sayede, mâzideki insanların hayatını kendi kafasında canlandırabilmesi, onların umumî ve hususi hayatlarını tecessüm ettirebilmesi, mantalitelerini benimseyebilmesi lâzımdır. Çünkü bütün mesele, dağınık ve karışık vesikalardan tenkidî bir değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, onlar vasıtasıyla mâziyi tarih olarak yeniden kurmak ve artık geçmiş olan bir cemiyeti, hayatı ile birlikte yeniden yaşamasını ve yaşatmasını bilmekten ibarettir.

Roma hukuku ile meşgul olmak isteyen bir kimsenin bu şartları haiz olması icab eder. Az bilen az, çok bilen çok muvaffak olur. Hiç bilmeyen bu işe elini uzatmaz.

c) *Roma hukuku ve mukayeseler.* — Roma hukukunun tetkik ve



tedrisi hukukî bir terbiye vermeğe yarar, derken bunun ne surette tahakkuk edeceğini gözümüzün önünde tecessüm ettirecek olursak, bilhassa mukayese sisteminin mühim bir rol oynayacağını görürüz : çeşitli hukuk kaidelerinin, hukuk müesseselerinin ve nihayet hukuk sistemlerinin mukayesesi. Fakat bu mukayese, yukanda söylediğimiz bilgi ve zihniyet şartları noksansa, fevkalâde güç olur.

Mukayeselerin nasıl yapılabileceği hakkında mücerret bir şekilde konuşmamak için, açıklamamızı bir misâl üzerinde yapalım.

Kölelik insanîyet tarihinin çeşitli devirlerinde, bir çok medeniyetlerin kabul ettiği bir müessesedir. Bugünün telâkkisine göre ileri ve insanî bir görüşle gayn kabili telif addedildiği için, meselâ eski Yunan cemiyetini, san'at ve kültür kabiliyetleriyle tanımak iddiasında olanlar, oradaki köleliği, içtimai seviyelerine bir tezat olarak görmek istemişlerdi. Halbuki san'at, hayatın bir tezahürüdür, fakat kendisi değildir ve onun içtimai, iktisadi cephelerini ve bâhusus günlük hayatındaki çapraşıklıkları aksettirmekten uzaktır. Eski Yunanlıların altın devrinin filozofu Aristo'nun kölelik hakkındaki fikirleri, Afrikanın bu mevzudaki görüşlerinden pek farklı bir şey değildir.

Kölelik müessesesi, Roma cemiyetinde ve İslâm cemiyetinde de vardı. Eğer biz, tarih içinde yaşamayı bilmez ve bugün yadırganan kölelik mefhumu vasıtasıyla ve bugünkü zihniyetimizi kullanarak Roma veya İslâm cemiyetlerini kıymetlendirmek istersek, vereceğimiz hüküm hiç birisi için müsbet olamayacaktır. Hele bir takım peşin hükümlerden hareketle, ilmî zihniyete yakışmayan bir takım tercihler yapmak isteyecek olursak, bu tercihimizi haklı gibi gösterecek bir takım yanlış hükümleri sür'atle veririz<sup>27</sup>.

Köleliğin menşesine baktığımız vakit, bunun, bazılarının zannettiği gibi "beşer tarihiyle" başlamadığını ve "kuvvetlinin zayıfı ezmek arzu ve sevkitabiisiyle kudret sahibi insanlar tarafından ihdas edilen gayn beşerî bir tasnif" olmadığını görürüz<sup>28</sup>.

27) Bk. Ş. Berki, mes., İslâm hukukunun ana prensipleri, s. 17 not 14. İslâm hukukunda kölenin durumunun "iyi", Roma hukukunda "gittikçe daha fena" olduğunu söylemektedir. Buradaki "iyi" ve "fena" vasıflarının ilmî bir görüş içinde hiç bir kıymet ve mâna ifade etmedikleri aşikârdır.

28) Ş. Berki ise (İslâm hukukunun ana prensipleri, s. 14) böyle zannediyor. Çünkü o, bugünün anlayışı içinde, köleliğe karşı bir nevi kin ve hiddetle doludur. Halbuki tarihe malolmuş bir hâdiseyi tetkik etmek isteyen kimse nin soğuk kanlı ve bîtaraf olması icab eder. Biraz ileride söylediği, islâmiyetin zuhuruna kadar köleliğin tabii görülmüş olduğu da, kat'iyen doğru değildir. Gerek Romada, gerek Yunanistanda bir çok ahlâkî ve filozoflar, insanîyet bakımından köleliğin iyi bir şey olmadığını, def'alarca söylemişlerdi. Hele hiris-



Kölelik, fazla iptidai ve medeniyet seviyesi çok düşük olan kavimler nezdinde (mes. Pigmeler, Sumatra adasının Orang-Kutu'ları, Eskimolar, Avustralya yerlileri) malûm değildir. Bu kavimler, küçük gruplar halinde göçebe olarak yaşarlar ve kendi ihtiyaçlarını, dar bir kadrosu olan kendi aile fertleri vasıtasıyla görürler. Bu iptidai ve fakir insanlar arasında içtimaî sınıf denilen şey yoktur ve köle fikri orada teessüs edememiştir : bu kadar iptidai bir yaşayış içinde köle bir yardımcı olmaktan ziyade bir yük teşkil eder.

Kölelik inkişaf sahasını, kültürü oldukça ilerlemiş ve sosyal bünyesi gelişmiş olan topluluklarda bulur. Av ve tabiat meyvaları ile geçinen topluluklarda kölelik ya hiç yoktur, veya ilk ileri merhalede ev işlerine bakan mahdut adette " ev köleleri " vardır. Roma kaynaklarına göre (I. 1, 3, 3) Romada kölelik, ilk zamanlarda muntazaman katledilen harp esirlerni muhafaza ederek (*servare*), onlardan, satmak suretiyle istifade etmek düşüncesiyle doğmuştur. Eski Cermen kavimlerinde ise köleler kendi hesaplarına hukukî muameleler yapar ve mallar üzerinde tasarrufta bulunabilirlerdi.

Köleliğin inkişafı ile kavimlerin iktisadî hayat sistemleri arasında daimî bir münasebet mevcuttur. Gerek Roma ve gerekse, meselâ eski Çinde, köleliğin sür'atle yayılmasının en mühim sebebi, geniş ölçüde ziraat sisteminin tatbik edilmesi olmuştur. Amerikada ise şeker kamışı ziraatinin yayılarak büyük ziraat haline gelmesi XVII. ve XVIII. asırlarda siyahiler üzerindeki köleliği fevkalâde geliştirmiştir (Bk. R. Battaglia, *Popoli primitivi ve Schiavitù: Dizionario politico*).

Şu halde kölelik, ahlâkî düşüncelere değil, iktisadî şartlara tâbi bir müessesedir ve birbirine benzeyen iktisadî şartlar teessüs ettiği vakit, mekân (Çin ve Roma) ve zaman (ilkçağ ve XVIII. asır) itibariyle pek muazzam farklılıklara rağmen aynı şekilde inkişaf edebilmiştir. İnkişafın, cemiyetin iptidailiğiyle olan alâkası ise aksine bir seyir takip etmektedir: iktisadî ihtiyaçların fazlalığına, yani hayat seviyesinin yüksekliğine göre köleliğin inkişaf ettiği ve büyük köle gruplarının, ziraat veya hayvancılığın büyük sanayi haline gelmiş bulunduğu yerlerde teşekkül ettiği, bunların gayri insani, ağır muamelelere tâbi tutuldukları, bunun dışında ise, ev hizmetlerinde çalıştırılan, şeraiti daha elverişli kölelerin bulunduğu görülmektedir.

Marquardt'ın haklı olarak söylediklerine bakacak olursak, Roma-

tiyanlığın zuhurundan sonra, kölelik aleyhine konuşmak umumi bir temayüldü. İslâmiyetten evvel böyle olduğu gibi, islâmiyetten çok sonraları, bizzat islâm cemiyetinde dahi köleliğin inkişaf ettiği zamanlar olmuştur; bunda hayret edilecek bir taraf ta yoktur, çünkü islâmiyet köleliği lâğvetmiş değildir.



da köle adedinin muazzam şekilde kabarması, zenginliğin artışına doğrudan doğruya sâik olan : büyük arazi mülkiyetinin teessüsü ve köylülerin ziraattan uzaklaşması; köleleri, sanayileşmiş müessese ve işlerde kullanmak âdetinin doğması; hususî ve umumî hayatta lüks ve gösterişin artması ile olmuştur. Bütün bunlar ise iptidailik alâmeti değildir.

İmparatorluğun yıkılması ile kölelik Romada eski hızını kaybetti, fakat, ruhu itibariyle köleliğe taraftar olmayan hristiyanlık, köleliği lâğvetmedi: bu, köleliğin içtimai bir müessese olduğunu ve o zamanın ahlâk anlayışı ile tezat halinde bulunmadığını gösterir. Hristiyanlık (Paulus'un Efeslilere ve Galatyalılara mektupları) kölelere, dünya üzerindeki efendilerine hulûsu kalple itaat etmeyi; ve efendilere de, kölelere karşı iyi muamele etmeyi tavsiye etmektedir. Her iki tavsiye de, insanların insanlara kul olmasını teşvik etmekten ziyade bu suretle öbür dünyada sevap kazanmak için yapılmaktadır : insanlar Allah indinde müsavidirler. Şu halde iki insan grubu arasındaki farkın mahiyeti hakkındaki zihniyet değişmekte, fakat müessese *hukuken* aynı kalmaktadır. Iustinianus hukukunun aksettirdiği kölelik mefhumu bu sonuncuya daha yakındır.

Ortaçağın ilk devirlerinde kölelik bir hayli gevşemiş ve yumuşamış vaziyettedir. Fakat bu, kilise ve manastırlarda bile (iyi muamele ederek olsa dahi) köle kullanmakta mahzur görmeyen hristiyanlığın tesirinden ziyade, büyük ziraat ve ticaretin kalkmış ve iktisadî seviyenin gerilemiş bulunmasından mütevelittir. O kadar ki, hristiyanlığın değiştirmemiş ve kaldırmamış olduğu müessese, yeni bir içtimai bünyenin ifadesi olan feodalite'nin teşekkül etmesiyle bambaşka bir hüviyet aldı ve toprak köleliği (*servage*) teessüs etti.

Rönesans alâmetleriyle birlikte ticaret ve iktisat sahalalarında görülen büyük inkişaf, köle adedini yeniden arttırdı. O zaman girift bir hale gelmiş olan Avrupa cemiyeti ve bunun, dünyanın muhtelif mıntıkalarıyla sıkı teması (harp sebebiyle de olsa) ticaret hayatının gelişmesine ve bu miyanda köle ticaretinin yeniden revaç bulmasına sebebiyet verdi.

Nihayet XVI. asırdan itibaren, Amerikanın büyük ziraat sahası haline gelmesiyle (bilhassa şeker kamışı ve pamuk), köleliğin orada son büyük inkişafını göstermiş olduğunu ve bunun da XIX. asra kadar devam ettiğini biliyoruz.

Bütün bunlar bize, kölelikteki gidip gelmenin muayyen iktisadî şartlara bağlı bulunduğunu gösterir. Sanayileşmenin ve zenginliğin arttığı her yerde ve her devirde, bir sınıf halkın tahakküm altına girdiği, inkâr edilemiyen bir vâkıdır. Buna bazan kölelik, bazan toprak köleliği, bazan sanayi ameleliği denir. Hukukî vaziyetlerini tanzim eden pozitif



kaidenin farklı görünmesi bizi fazla aldatmamalıdır : “ Köle üzerinde hayat memat hakkı vardır ”, deyip köleye iyi muamele eden bir cemiyetle, “ bütün insanlar hür ve hukuk karşısında eşittirler ”, dedikten sonra. müstemleke halkını kırbaç altında öldüren bir cemiyet arasında mukayese yapmak lâzım geldiği vakit, elbette hukuk kaidesinin zarafet veya çirkinliğinden ziyade, hayatın fiili tezahürleri ve neticeler daha ağır basacaktır. Bir çok defalar mevzu hukuk kaidelerinin yaşıyan hukuku aksettiremedikleri malûm bir hâdisedir.

Şimdi kölelikteki dalgalanmayı bu şekilde tesbit ettikten sonra, her devrin kendi hususiyetlerini gözönünde tutacak şekilde o hayatı yaşayacak olursak, hangi şartlara hangi ihtiyaçların tekabül ettiğini düşünür ve ihtiyaçların hangi vasıtalarla tatmin edilebileceklerini hissederek, islâm camiasındaki (zaten bu camiayı da tahdit etmek ve bunun, Abbasiler zamanındaki Arap camiası mı, Osmanlılar zamanındaki Türk camiası mı, yoksa son asrın Endonezya camiası mı olduğunu belirtmek icabeder; biz burada umumiyetle, İslâm hukukunun inkişaf etmiş olduğu VIII ve IX. asırlardaki Arap camiasını kastediyoruz) kölelik müessesesini, bu ölçülerle ve kendisine tekabül eden cemiyetlerdeki köleliklerle mukayese edebiliriz ; o zaman görürüz ki, insaniyet fikirlerini yaymak isteyen bir dinin (İslâmiyet) hâkim olduğu, fakat bilhassa, ziraat veya hayvancılık gibi, eski devirlerde sanayileşmeye imkân veren faaliyetlerin mahdut bulunduğu islâm cemiyeti içindeki kölelik, ev hizmetleri köleliğine inhisar etmekte ve bu köleler de nisbeten iyi muamele görmektedirler : tıpkı fütuhattan evvel Romada, ve ortaçağın Feodaliteye tekaddüm eden asırlarında, Avrupada görülen vaziyet, gibi.

Yoksa, içtimai ve iktisadi şartları hiç kaale almadan, Harunurreşit zamanındaki köleliği, Augustus zamanındaki (9 asır evvel ve birbirine aslâ benzemeyen şartlar) köleliğe, hem de bugün kölelik hakkında kafalanımızda yer etmiş bulunan ahlâk telâkkilerinin tesiri altında karşılaştıracak olursak, varacağımız neticeler abes ve gülünç olmaktan ileri gidemez<sup>29</sup>.

29) Ş. Berki, İslâm hukukunun Roma hukukundan “üstün”, Roma hukukuna nazaran “daha münkeşif” olduğunu söylüyor (§ II, 4). Biz, bu nevi ceffel-kalem iddialar karşısında hayretler içinde kalıyoruz. İslâm hukukunun veya başka bir hukukun, Roma hukukuna veya başka bir hukuka nesi, neye nisbetle “üstün” veya “münkeşif” tir? İslâm camiasının hangi devrindeki hangi içtimai zarureti ile, Roma camiasının hangi devrindeki hangi içtimai zarureti arasında bir ayniyet görmüş ve o zamanların hukuk anlayışları ile, nerede ve ne vakit birisinin hukukî bir solüsyonunu diğerrinin hukukî solüsyonu ile mukayese etmek imkânını bulmuştur?



Bir tarihi devrin müesseselerini tetkik ederken hangi içtimai şartların o müesseseyi doğurmağa âmil olduğunu anlamak o kadar mühimdir ki, bazan çok yakın benzerlikler gösteren mefhumlar bile, tekevvün şartları farklı olduğu için, mukayese edilemezler. Tabii bu müesseseler hakkında yanlış fikir sahibi olmamak lâzım geldiğini söylemeğe mahal yoktur<sup>30</sup>.

Her devrin kendine göre bir mantığı ve hukuk anlayışı vardır<sup>31</sup>. Bunlar o devrin hayat şartlarından ve cemiyet bünyesinden doğdukları

30) Ş. Berki makalesinin bir yerinde (§ III, 32), vedia akdinin, Di Marzo'da bulunan bir târifine dokunarak: "emanet akdi emanetle târif edilmez", demektedir ve kendisinden pek emin bir şekilde ("bu malûm üzerinde fazla durmağa lüzum yoktur" (!), diyor), Di Marzo'ya bir güzel ders vererek, vediayi emanetle müsavi addettiğini göstermektedir. İslâm hukukunda iddiası olan Ş. Berki'ye Mecelle'nin "Kitabülemanât" bahsine bakmasını (Kitabı sâdis) tavsiye ederiz. 762 inci maddede, emanetin vedia olmadığını, emanet bahsine vediaadan başka nelerin girdiğini suhuletle okuyabilir. Diğer taraftan Roma hukukunda *concubinatus* denilen şeyin ne olduğunu bilmediği için, bunu ,bugünkü Fransızca lisanında bulunan "concubinage" in ifade ettiği mâna ile anlamak isteyen ve bu yüzden fâhiş bir hatadan hareket ettikten sonra, islâmiyetteki taaddüdü zevcatı mâzur gösterebilmek gayesiyle bir takım mukayeseler yapmağa kalkan kimsenin varacağı neticeleri tahmin etmek elbette güç değildir. Şimdi, ben Romada *concubinatus* hukukî bir mefhum haline geldiği vakit, evli bir adamın *concubina*'sı olamayacağını, hattâ *concubinatus*'un monogamik olduğunu söylediğim zaman, Ş. Berki acaba ne düşünecek?

noktaya da işaret etmeden geçmek istemiyoruz. Bizzat Ş. Beki, islâmiyetin taaddüdü zevcatı "kerhen" kabul etmiş olduğunu (İslâm hukukunun ana prensipleri, s .32, IV) teslim ettiği, yani İslâm hukukunun, halletmek istediği bir meseleyi, muayyen içtimai şartlar dolayısıyla halledememiş olduğunu; bir tahdit ile ve müeyyidesi olmayan bir takım tavsiyelerle iktifa ettiğini itiraf etmek zorunda kaldığı bir mevzuda, bu hukuku, âdeta bizzat ona rağmen, müdafaa etmek istemektedir. Ş. Berkinin peşin hükmü, İslâm hukukunu her halü kârda, **bugünkü zihniyetimize göre iyi görmek niyeti'**nden ibarettir. Biz Ş. Berkiye diyelim ki, İslâm hukukunun bugünkü zihniyetimize ve içtimai şartlarımıza göre müdafaa edilmeğe ihtiyacı yoktur; o hukuk, **kendi zamanına ve şartlarına göre** kendisini bizzat müdafaa edebilecek kudrettedir. Ahlâkî vasıfta tavsiyeleri hukuk kaidesi zannederek, bunun da "hotkâm ve menfi ruhlu insanlar" elinde nâmurâd olduğunu düşünüp kendisini üzmesin.

31) Bu anlayış ve mantığa uyulmazsa, Ş. Berki gibi, hatalara düşülür (s. 244, III, 23 ve not 1). Onun fikrine göre, terkedilen bir kölenin efendisi tarafından tekrar köleliğe ithal edilmesi için mantıkî bir mâni yoktur. Halbuki, onun değil Roma hukukunun mantığına göre, alelittak terkedilen bir köleyi mâlik, yine köle yapabilir, daha doğrusu terkedilmiş köle, bir hukukî durum olan köleliğini kaybetmiş olmaz ; fakat sırf ihtiyarlığı veya sakatlığı yüzünden işe yaramaz hale geldiği için terkettiği kölesinin "status" u



ıçin, bugünlüere uymayabilirler. Bunları anlayıp, mâzinin günlük hayatını tecessüm ettiremeyenler, haksız ve yersiz bir küçümseme hissine kapılabilecekleri gibi<sup>32</sup>, bir çok defalar, tarihî bir müessesenin zamanımızda bir mukabili olmadığını ve bugünkü mefhumlarla ifade edilmek istenirlerse bir mâna ifade edemeyeceklerini bilmezler.

Bazan da muayyen bir muhtevası olan bir kelimenin, uzun asırlar yaşamak suretiyle, şeklini değiştirmediği halde, başka mânalara bürünebileceklerini anlamazlar<sup>33</sup>. Bu vaziyet Roma hukukunda bir çok kelimelerin tercüme edilmeden aynen muhafaza edilmelerindeki hikmeti de izah eder. Roma hukukunu başkalarına öğretmek isteyen kimseler, bu hukukta mevcut tâbirlerden hangilerinin “ kalıp ”, hangilerinin “ kabili

değişir. Bu, böyledir ve buna benzer başka haller de vardır ki, hepsine birden manumissio'suz hürriyetin iktisabı, halleri denir. Dikkat edilecek olursa, kölenin durumunu değiştiren terketme hâdisesi değil, o istisnaî vaziyettir. Bu hâdiseye neden böyledir? Bunu Roma hukukunun mantığına sorarız. Bu hukukun kaynakları hâdiseyi iki yerde zikrederler. 1 incisi, D. 40, 8, 2 ye göre, “ağır bir sakatlık dolayısıyla mâliki tarafından terkedilen köle, ilâhî Claudius'un emirnamesi mucibince hürriyetini iktisab eder”. 2 incisi, C. 7,6, 1, 3-3a ya göre, vaziyet daha etraflı olarak izah edilmiştir; burada, Claudius'un emirnamesinden önce bu gibilerin köle kaldığı, fakat sonradan bu emirnameye uyarak hür addedildikleri söylendikten sonra, sebebi de izah edilmektedir. Mâlik istifade etmiş olduğu kölesini beslemeliydi; uzun zaman onu kullandıktan sonra, artık işe yaramıyor diye, açlığa ve soğuğa terketmesi insanî değildir, binaenaleyh bu suretle terkedilen köle hür sayılmalıdır. Demek ki o zamanın Roma hukuku mantığına göre, mâlike bu hallerde köleyi beslemek mecburiyeti yüklenememekte, fakat köleye bir iyilik yapılabilmektedir. Ş. Berki bununla tatmin edilse de edilmese de, bu iş böyledir. O devrin ve o cemiyetin adalet hissi bunu icab ettirmekte idi.

32) Meselâ Ş. Berki, Roma hukukunun *capitis deminutio*'sunu nasıl tetkik etmişse etmiş ve sonunda “çok bayat” (!) bulmuştur (§ I, 6). Halbuki Ş. Berkinin bayat bulduğu o nevi müesseselerle Romalılar, kendi devirlerinde, dünyada mevcut bütün kavimleri birbiriyle ahenkli bir şekilde yaşatıyorlar ve halâ hayret ve hayranlığımızı mucib olan iki asırlık *Pax romana*'yı tesis edebiliyorlardı.

33) Ş. Berki (§ III, 1) “hem kanunî hem tabii şirket” tâbirindeki “tabii şirket” in ne olduğunu anlamamış ve kendine göre bir tasrih yaparak, “acaba *camia* veya cemiyet, topluluk demek mi isteniyor?” diye sormuştur. Bir tâbir yadırgandığı zaman, gelişi güzel tashihler yapmadan evvel kontrol edilir. Böyle bir kontrole teşebbüs edince, mes. Prof. Rado'nun Gaius tercümesinde de (Gai. III 154a) aynı “tabii şirket” tâbirinin mevcut olduğu görülür ve bunun kalemden kaçmış kaba bir yanlış olmaması iktiza ettiği anlaşılır. Esasen Ş. Berki'de biraz tarih anlayışı olsaydı, buradaki tabii şirket tâbirinin en az 2500 sene evveline ait olduğunu düşünür ve o kadar eski bir kelimenin bugünkü “société” ye tekabül etmesi şart olmayacağına göre, bu mefhumun ne mânaya gelmiş olabileceği tecessüsü içinde uyanırdı. Filhakika *societas* keli-



tercüme ” olduklarını kestirir ve ona göre hareket ederler<sup>34</sup>. Hattâ bir çok kelimeleri bazan aslındaki gibi, bazan lisanımızdaki karşılığı ile ifade ederler<sup>35</sup>.

Eski mefhumları yenileriyle karşılaştırdığımız vakit zuhur eden en mühim zorluklardan birisi, tarihi bir müessesenin bugünkü bir müessese ile arzettiği benzerlikler halinde görünür. Benzerlik, bir müessesenin diğerinden neş’et etmesi neticesi olabileceği gibi, birbirlerinden müstakil olarak inkişaf etmiş müesseselerde de ortaya çıkabilir. O zaman mukayesenin yapılabilmesi için her birisinin hangi içtimâî, iktisadî siyasi şartlara cevap verdiğini, o vakitki zihniyeti iyi bilmek lâzımdır. Bazan bir müessese inkişaf ettikten sonra muayyen bir merhaleye gelir ve hareket nok-

mesi geçirmiş olduğu muhteva istihaleleri ile, daha sonraları “camia” ve “topluluk” mânalarını iktisab etmiştir. Bahsedilen devirlerde sadece “şirket” ve “müttefik kavimler” demektir.

34) Biraz evvel (not 31) bahis konusu etmiş olduğumuz hürriyet iktisabı halinde **manumissio** tâbirini bile, türkçede mukabili olduğu halde, lâtince tekrar etmek lüzumunu hissettik, çünkü burada **manumissio**, “azadetme” değil, “azadetme muamelesi” demektir. Bu farkı hissetmeyen bir kimse Roma hukukunda “azadetmeden azadetme” (**manumissio sine manumissionis**) denebileceğini zanneder. Lâtince kelimeleri, onlara âşık olduğumuz için muhafaza etmediğimize başka bir misâl olmak üzere, Ş. Berkinin dokunmuş olduğu başka bir noktaya da temas edelim (§ III, 248): Tercümümüzde **ignominia**’nın niçin öyle bırakılmış olduğuna takılıyor; “şerefsizlik”, demeli imişiz. Halbuki bu kelime italyanca metinde de lâtince imâsı ile muhafaza edilmiştir; sebebi, Iustinianus hukukunda **infamia**’nın yanında, hukukî bir netice doğurmamakla beraber, içtimâî hayatta tesiri olan ikinci bir şerefsizlik tipinin mevcut bulunduğunu göstermektedir. Ş. Berki’ye göre **infamia** = **ignominia** = şerefsizlik, oluyor. Halbuki hakikatte aralarında fark vardır.

35) Ş. Berki “aile” yerine niçin **familia** kelimesinin kullanılmış olduğunu asla merak etmemekte (§ III, 118) bunu sadece bir ukalâlık zannetmektedir. Hem bu ukalâlık bana değil, bizzat Di Marzo’ya ait, zira, bütün ciddî müellifler gibi o da, lâtince **familia** kelimesini, italyanca “famiglia” kelimesinin hemen hemen aynı olmasına rağmen, bir çok yerlerde lâtince imlâsı ile bırakmıştır ve bunun bir sebebi vardır: **familia** kelimesinin klâsik Roma hukukundaki mânası bugünkünden çok farklıdır; bugün “aile”, “tabiî bir aile topluluğunu” ifade ettiği halde, “**familia**”, “hâkimiyete müstenit aile topluluğunu” ifade eder. Binaenaleyh ailedeki hâkimiyet bağıni tebarüz ettirmek lâzım geldikçe, **familia** kelimesi olduğu gibi bırakılır, veyahut “aile” şeklinde değil, “Roma ailesi” demek suretiyle tercüme edilir. Yine mes. § III, 224 te Ş. Berki, “gayri menkulün **furtum**’unun” tâbirine itiraz etmektedir. Onun fikrinde “gayrimenkul hırsızlığının” demek lâzımdır. Halbuki bugün gayrimenkul hırsızlığından bahsetmek çok garip olur. Romalılar ise **furtum**’un bir zamanlar gayri menkullere de şâmil olduğunu söylemektedirler. Mesele şuradadır ki, onların **furtum** dedikleri, bizdeki hırsızlığın aynı değildir; bunu belli etmek için **furtum**’u aynen bırakmak lâzımdır.



tasındaki haliyle bazı benzerlikler gösterir; fakat ayniyet aslâ yoktur. Biz bu oluşu inkâr edip, inkişafın başı ile sonunu birbirinin aynı olarak gösteremeyiz<sup>36</sup>.

Roma hukukunu okutmak, talebelere bu tarihî anlayışı da aşılamağa çalışmaktır. Bunun birinci şartı mezkûr zihniyeti bizzat iktisab etmiş bulunmaktan ibarettir.

2) *Lâtince bilmek zarureti.* — Ş. Berki, “Roma hukuku tenkidi dolayısıyla” isimli yazısında, Roma hukuku ile meşgul olmak için italyanca<sup>37</sup> ve lâtince bilmenin zarurî olup olmadığını kendi kendisine soruyor ve sonra şu şayanı hayret mütalâaları beyan ediyor: “Vâridi hatır olan bu düşünceyi de (yâni lâtince bilmeden Roma hukuku ile meşgul olunamaz, düşüncesini) benimsemek istemedik. Zira, hattâ lâtince bütün metinleri ile Fransızca ve Almanca yüzlerce Roma asarı mevcut; bunlardan bu lisanları bilen her Türk hukukçusunun müstefid olup, Türk talebelerine, Roma hukukuna kırk yılda bir göz atmak heves veya ihtiyacı hissedenden meslektaşlara, hattâ lâtinceye vâkîf meslektaşların istifadelerine kitap ve makaleler yazmak hakkıdır ve ehliyeti dahilindedir.” (§ II, 2; s. 239).

Bu, Roma hukukunda lâtincenin lüzumlu olup olmadığı hususunda (ve daha başka hususlarda) Ş. Berki'nin ifadesi ve fikridir.

“Roma hukukunu doğrudan doğruya kaynaklara müracaat etmeksizin sadece modern eserler vasıtası ile bilen kimse ancak pek sathî ve fakir bir bilgiye sahip olabilir... Tabiatıyla ne kadar iyi olursa olsun bir tercüme, hiç bir zaman aslının yerini tutamadığı gibi, romanistler arasında asırlardanberi, hattâ bugün her zamankinden fazla ihtilâflı olan karışık ve güç meseleler karşısında bir hüküm vermek için aslâ kâfi gelmez. Bununla beraber mevzua hakkiyle vâkîf olan bir kimse iyi bir tercüme ile

36) Ş. Berki: “tediye edilmemiş paranın def'i” tâbirini de (*exceptio non numeratae pecuniae*), alelûsul düzelterek yerine “ademi ifa def'i” konulması lâzım geldiğini, çünkü bunun türkçede daha çok mâna ifade edeceğini ve “motamo” (!) tercümelerden ictinab etmek lâzım geldiği doktrinini de beyan etmiş! Bu suretle Ş. Berki, bugün bütün sinallagmatik akitlere şâmil, umumî bir mahiyeti olan ademi ifa def'inin, Romalılar nezdinde önceleri, mevzuu sadece para olan bazı borçlar hususunda ortaya çıkmış olduğunu düşünememiştir. Onun dediği ortaçağ hukukunun kullandığı ve Pandekt hukukunun umumileştirdiği “*exceptio non adimpleti contractus*” tur. Bugün elimizde bulunan sarîh ve vâzih mefhumların ne büyük tecrübeler ve sonsuz “tâtonnement” larla elde edilmiş olduğunu, Ş. Berkinin zannettiği kadar kolaylıkla ortadan kaldıramayız.

37) Roma hukuku üzerinde “kitap ve makaleler” yazmak için italyanca bilmek bir zaruret değildir. Yaşayan diller arasında Fransızca veya Almanca bilmek te kifayet eder. Tabii her üçü de bilinse daha iyi olur.



talebelerine kaynakları tanıtabilir ve Romalı hukukçuların düşünüş tarzları hakkında onlara bir fikir verebilir ”.

Bu da Roma hukukunda lâtincenin lüzumlu olup olmadığı hususunda Prof. Schwarz'ın fikridir (Gaius Terc. Rado taraf. Giriş: s. V.).

Biz bu cümleleri, Ş. Berkinin karşısına Prof. Schwarz'ı çıkarıp onu mahcup etmek ve *Magister*'in arkasına saklanmak için zikretmiyoruz.

Schwarz'ın sözlerinde üç fikir var : birincisi, modern eserlerle elde edilen Roma hukuk bilgisinin “ sathî ve fakir ” olduğu, ikincisi, tercüme-lerin “ ihtilâflı ve karışık meseleler hakkında hüküm vermeğe ” kifayet etmediği; üçüncüsü de, buna rağmen talebeye kaynakları tanıtılmak için tercümelere ihtiyacımız olduğudur.

Bu fikirlerin her üçü de Roma hukuku sahasının en iptidai hakikatlerindedir. Umamî bir şekilde konuşulduğu vakit bunları herkes kabul eder. Fakat bir çok defalar, herkesin kabul ettiği fikirler karşısında açıkça itiraz edilemediği halde, insanın iç derinliklerinde bir takım tereddütler kalır : fiilî vaziyetlerde bu tereddütlerin satha çıktığı görülür.

Prof. Schwarz'ın izah ve isbata ihtiyaç duymadığı bu üç fikrin ne kadar yerinde olduğunu, daha müşahhas bir şekilde izah etmek lüzumunu duyuyoruz.

a) “ *Sathî ve fakir bilgi* ”. — Roma hukukunu iyi bir şekilde öğrenmek için lâtince bilmek mutlak bir zarurettir, nasıl ki İslâm hukukunu tetkik edebilmek için arapça, Hitit hukukunu tetkik edebilmek için hititçe bilmek bir zarurettir. Tabiatı ile lisan bilgisi kâfi gelmez, fakat bir lâzımı gayrı müfariktir: tıpkı, her gözü gören ressam olmadığı halde, ressam olabilmek için kör olmamak lâzım geldiği, gibi.

Roma hukukunu ikinci elden yazılmış kitaplardan öğrenmeği istemek, meselâ Kanunu medeninînin metnini görmeden medenî hukuk öğrenmeğe benzer. Kanunu medenî hakkında da yüzlerce ve binlerce “ asar mevcut ”. Fakat bu “ asar ”, medenî kanunun metninden uzak kalıyorsa, veyahut başka bir lisandaki metnin sadece tefsir ve izahını yapıyorsa, bunları okuyanın ne nisbette medenî hukuk öğreneceğini takdir etmek zor değildir.

Roma hukukunu medenî hukuk gibi esaslı bir şekilde öğrenmeğe lüzum yoktur, çünkü o kadar mühim değildir, çünkü eskidir, çünkü “ bayat ” tır, diyenler olabilir. Fakat bu kimseler, mühim bir ilim dalını, bir amatör tecüssüsü ile, “ kırk yılda bir göz atmak ” ihtiyacını duyarak tetkik eden, daha doğrusu, kendilerine o ilmin bir cilâsını vermeği kâfi görenlerdir, ki, Üniversite Kürsülerini bırakıp, günlük gazetelerde halka hitab eden fıkralar yazmalıdırlar.

Roma hukukuna dair modern lisanlarla yazılmış kitaplardan Roma



hukukunu öğrenmek isteyen bir kimse nâmütenahi zorluklarla karşılaşır. Her şeyden evvel, böyle bir eser ne kadar açık bir lisanla yazılmış olursa olsun, kaynaklarla sıkı bir temas muhafaza eder ve bu yüzden bir çok lâtince kelime ve ibareleri aynen nakleder. Basit bir kitap içinde 2000 kadar lâtince kelime ve tâbir bulunur; bu, muazzam bir yekûndur. Bu kitaplara Avrupada muhatap olan talebenin lâtince bildiği farzedilir. Ayrıca, en basit bir meselede bile, fazla malûmat için kaynak metinlerine atıf yapılır. Bunları okuyan bir kimse, meselâ, şöyle bir cümleye rastlayabilir: “ Âriyette ücret olduğu takdirde kira veya başka bir anlaşma tipi olurdu (D. 13, 6, 5, 12)”. Bu ifade, meselelerin münakaşasına girmeden bilgi veren bir manüel’in ifadesidir. Talebe bunu böylece öğrenir.

Şayet okuyanlar arasında tenkidî bir zihniyetle hareket etmek isteyenler varsa hiç şüphesiz, bu “ başka anlaşma tipi ” ni merak edeceklerdir. Bunların arzularını tatmin edebilmeleri için kendilerine bir ip ucu verilmiştir : bu da, D. 13, 6, 5, 12 ile, kısaca izah edilmiş olan metne yapılmış atıftır. Tenkidi zihniyete sahip olan kimse derhal oraya müracaat edecek ve şunları okuyacaktır : “ Alacaklına rehin olarak vermen için sana bir mal verdim, sen de o malı rehin olarak verdin; fakat malı bana iade etmek üzere alacaklından geri istemiyorsun. Labeo diyor ki, sana karşı *actio commodati* (âriyet dâvası) açabilirim. Ben (konuşan Ulpianus’tur) bu fikri doğru buluyorum ; ancak, ücret (*merces*) bulunmaması icabeder. Filhakika ücret verilmişse kira dâvası veya *in factum* bir dâva açılabilir. ”

Meraklı okuyucu, bir taraftan kafasında beliren istifhamı çözmüştür: demek ki Romalılar, böyle bir vaziyette mutlaka kira tipinde bir anlaşma görmüyorlar; bu nevi münasebeti ,kiraya benzeyen, fakat kiralama niyeti ile değil, rehin verme niyeti ile yapıldığı için kira addedilemeyen bir anlaşma telâkki ederek, kıyas yoluyla bir dâva hakkı (*actio in factum*) da tanıyabiliyorlar. Diğer taraftan, Romalıların bir hukuk meselesini ne gibi müşahhas haller üzerinde işledikleri hakkında (metin daha başka halleri de derpiş edecek şekilde devam etmektedir) bir fikir sahibi olmuştur: *commodatum* dedikleri şeyin, derhal akla gelen, “ ücretsiz olarak bir malın kullanılması ” ndan başka ne gibi hallere tatbik edilebileceğini, keza kira akdinden neler anlaşılabileceğini görmüştür. Eğer merak daha ileri gidecek olursa, vaktiyle *in factum* dâvaların praetor hukukuna ait olduklarını, Iustinianus hukukunun bunları *ius civile* dâvalarına müsavi kıldığını, her iki tip dâva burada eşit addedildiğine göre, metin üzerinde *interpolatio* yapılmış olması ihtimalinin bulunduğunu da düşünebilir.



Fakat metni okuyamayacak vaziyette ise manüelin o kısa cümlesi ile iktifa etmek ve sathî ve nâkıs bir bilgi ile kalmak zorundadır<sup>38</sup>. Ancak bunu elde edebilmek için bile, birinci elden yazan veya konuşan kimselerin izahatını öğrenmek lâzım geldiğini kabul etmesi gerekir<sup>39</sup>.

b) *Tercüme, ihtilâflı meseleleri lâyıkıyla aksettiremez.* — Modern bir eserin tercümesi bir dereceye kadar kolaydır. Böyle bir tercümenin ifade etmek istediği, herşeyden evvel, fikirdir. Buradaki esaslı zorluk, başka birisinin düşünmüş olduğunu, tıpkı onun gibi düşünerek başka lisanda ifade etmektir. Eğer tercümeçi çok kabiliyetli ise, asıl eserin ruhunu ve üslûbunu da aksettirmeğe muvaffak olur; o takdirde tercüme alelâde bir nakilden ibaret kalmış sayılmaz : ibdâ mânasına bir “ eser ” dir, ve bu nevi tercümelerin meşhur misalleri vardır : Jacques Amyot’un Plutarchos tercümesi, Fitz Gerald’ın Hayyam tercümesi ve bu arada zikredilebilecek olan S. E. Siyavüşgi’nin Cyrano tercümesi gibi bir çokları bu kabildendir.

Fakat bütün yükün ifade tarzında ve kelimelerde toplandığı eski metinlerin tercümesi insanı ümitsizliğe sevkedecek kadar zordur. Meselâ Gaius’un *Institutiones*’i tercüme edilirken güdülen gaye, Gaius’un fikirlerini yeni bir lisana intikal ettirmekten ibaret değildir. Denilebilir ki o kitapçık üzerinde yapılmış olan hesapsız etütler neticesinde bugünkü modern eserlerle Gaius’un fikirlerinin, âdetâ kendisinden daha vâzih bir şekilde ifade edilmesi mümkün olabilmıştır. Buna rağmen Gaius’un metni ile temas halinde bulunmak ihtiyacı, evvelâ Gaius’un fikirlerini ne tarzda ifade ettiğini doğrudan doğruya görmek ve bir de orada okunamı-

38) Tıpkı Ş. Berkinin açığa vurduğu hali gibi (§ III, 86). Filhakika Ş. Berki, Di Marzo’dan almış olduğumuz o cümleye takılmış. Buradaki tecessüsünü izale etmek için metne müracaat edemiyerek “sathî ve fakir” bilgide kalmış, fakat düştüğü vaziyeti idrâk bile edemediği ve kendisini Roma hukukunun çok derinlerine ulaşmış addettiği için, cidden acaip bir takım mütalâalarda bulunmuştur. Filhakika, “bir şeyin (menkul veya gayri menkul) ücretli olarak kullanılmasını terk, Roma hukukunda da modern hukukta da daima kiradır; başka akit tipi olamaz”, kararını verdikten sonra (III, 86), ivazlı ve ivazsız muamelelerde değişiklik olabileceğini söyleyerek bir takım keşifler ve tashihler yapmıştır. Bu suretle, bir çok defa olduğu gibi, burada da, tercümeyi mi, Di Marzo’yu mu, yoksa Ulpianus’u mu düzelttiği belli olamamıştır. Bu nevi müdahalelere “metin tahrifi” denir.

39) Bir çok yerlerde Ş. Berki, sadece dip notlarına bakmakla iktifa ederek mütalâalar beyan etmektedir. Mes.: § III, 17; § III, 30; § III, 119; § III, 98; § III, 239 ilh.. Tamamlayıcı mahiyette olan ve derinleştirilmeleri için bir takım şartlar isteyen dip notları ile bir meseleyi anlamağa çalışmak, o mevzuu öğrenmemiş olanlar için, fazla çetin bir iştir.



yan veya eksik olan kısımlar üzerinde yürütülen tahminlerden, bazan muayyen bir kelime veya tâbir yerine kullanılmış olan başka bir kelime veya tâbirin niçin kullanılmış olduğundan, hülâsa o metnin, metin olarak ortaya çıkardığı ihtilâflardan dolayıdır. Bu ihtilâflar Roma hukukunda açık kalan problemlerdir ve üzerlerinde daima yeni nazariyeler yürütülür.

Biz diyoruz ki, bütün bu ihtilâflı meseleleri bir tercüme ile başka lisana intikal ettirmek mümkün değildir. Fakat üzerlerinden atlayıp geçmek, mânası münakaşalı olan bir kelimeye, yakıştırdığımız mânayı vererek meseleyi halledilmiş göstermek, tercümecinin, o sıfatla yapacağı bir iş değildir. Eğer muayyen bir ifadenin tefsiri hakkında hususî bir fikri varsa, o, ayrı bir araştırmasına mevzu olur ve noktai nazarını orada teklif ve müdafaa eder. Fakat tercüme yaparken, sonsuz münakaşalara sebebiyet vermiş ve henüz halledilmemiş olan ifadeleri, yine münakaşaya sebebiyet verebilecek şekilde muhafaza etmeğe çalışır. Bunu da, becerebildiği nisbette yapar.

Meselâ, Gai. IV, 111'de şöyle bir cümleye tesadüf olunmaktadır : “ *Aliquando tamen... imitatur ius legitimum* ”. Arada okunamıyan bir takım kelimeler var. Sonradan gelen cümlede de okunamıyan yerler var. İfadenin türkçe mukabili : “ Mamafih bazan... *ius legitimum* taklit edilir ” şeklinde olmak iktiza eder. Fâil, evvelki cümlelerden sarahatle anlaşıldığı için bunu ilâve etmek mümkündür : “ Mamafih bazan praetor... *ius legitimum*'u tâkib eder ”.

Burada evvelâ, noktalı olan yerdeki kelimelerin tahmini meselesi vardır. Huschke eksikleri şöyle tamamlıyor : “ *Aliquando tamen et perpetuo eas dat velut quibus imitatur ius legitimum* ”. O zaman metnin mânası şu olur : “ Mamafih bazan (praetor) bu dâvaları da *ius legitimum*'u takip edenler gibi daimî olarak (yani bir müddetle tahdit etmeden) bahşeder ”. Cümlenin hakikaten böyle olmuş olması, Iustinianus *institutiones*'i (I. 4, 12 pr.) ve Theophilus (4, 12 pr. s. 463) ile de teyyüt ettiğine bakılırsa çok kuvvetli bir ihtimâldir, fakat yine de bir ihtimâldir. Tercümeye bunu ilâve etmek, ihtimali hakikat haline getirmek olur; onun için yapılamaz, yapılırsa, bir teklif olduğu, o teklifi yapan müellifin adı ile birlikte tebarüz ettirilir.

*Ius legitimum* tâbirine gelince, bu “ kanunî hukuk ”, yani kanundan, *lex*'ten doğan hukuk demektir. Roma hukuku aynı zamanda praetorların ve hukukçuların yaptığı bir hukuktur ve o zaman buna *ius honorarium* veya *iurisprudentia* ismi verilir. Bu mefhumların karşısında *ius civile* vardır. Şu halde *ius legitimum*'un *ius civile* mânasına gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Fakat acaba hesapsız defalar *ius civile* tâbirini kul-



lanmış olan Gaius burada niçin “ *ius legitimum* ” tâbirini tercih etmiştir? Gaius’u tashih ederek, onun kullandığı bir tâbir yerine başkasını kullanmağa kimsenin hakkı olmadığı izahtan müstağnidir<sup>40</sup>.

c) *Lâtince metinlerin tercüme edilmeleri zarureti.* — Dünyanın hiç bir yerinde ve hiç bir zaman Roma hukukunun metin tercümeleriyle okutulduğu vâki değildir. Roma hukuku sahasına dahil bulunan memleketlerde hukuk talebesinin liselerde lâtinceyi öğrenmiş olduğu kabul edilir. Aslında, pek azı bu lisana hakkiyle vâkıf olmakla beraber bir yabancılık da çekmezler : metinleri rahatlıkla okuyamazlarsa da, hiç olmazsa kelime ve tâbirlerin ruhlarını hisseder ve ifadeleri sezerler. Buna bazan, yaşayan lisanlarının lâtinceye yakın olması da yardım eder<sup>41</sup>. Bununla be-

40) S. Berki bu kanaatte değildir. Yazısının bir iki yerinde bu kanuni hukuk tâbirinden bir şey anlamadığını söylüyor (§ III, 98, § III, 250-251). Filhakika modern Roma hukuku manüelleri ile bu gibi meselelere nüfuz etmeğe imkân yoktur. O mesele hakkında yazılmış bir etüt okumak icab eder ki, bu nevi etütlerde lâtince ile modern lisan birbirine o derece karışmış bir halde bulunur ki yine lâtinceyi bilmeden altından kalkılamaz. Bizim hayretimizi mucib olan cihet, anlamadığına kendi kendisinin hayret etmesi ve hattâ daha ileri giderek “acaba bu mevzu hukuk mudur?” diye sual sormasıdır. Romada “mevzu hukuk” tan ne anladığını biz ona soruversek, acaba ne cevap verecektir?

Aynı Gaius’u Fransızcaya çeviren Julien Reinach (Collection Budé) “droit légal”, İtalyancaya çeviren Pietro Novelli (Elementi di diritto romano) “diritto della legge” tâbirlerini kullanıyorlar. Bunlar da Türkçedeki “kanuni hukuk” kadar garip ifadelerdir. Fakat bütün mesele, bir taraftan *ius* kelimesinin: hukuk, hak, dâva esnasında *formula*, dâvayı gören magistra, hukukçuların eserlerinden doğan doktrinin yarattığı hukuk, bir malın hukukî durumu, gibi, mânalara gelmesi; diğer taraftan *lex* kelimesinin: kanun, akit şartı, imparator emirnamelerinden doğan hukuk, gibi mânalar taşımamasından ileri gelmektedir. Bu değişik mânalar, o kelimelerin asırlar süren hayatlarında mündemiçtir ve lâtince metinde görüldükleri vakit, yerine göre hâkim olan mânaları yanında, diğer mânalarını da taşırlar. Tercüme edildikleri vakit, yalnız hâkim mânalarını gösteren mukabillerini kullanmak ve âdeta bir irsiyet yükü olan diğer mânalarını bir tarafa bırakmak mecburiyeti, tercümenin aslına tekabül edemeyeceğini gösterir. Bizim buradaki hatamız, belki “kanuni hukuk” tâbiri yanına (*ius legitimum*) kelimelerini ilâve etmemiş olmamızdır. Fakat unutulmamalı ki bu satırlar bir dip notundan alınmaktadır ve dip notlarını tetkik etmek isteyen kimselerin, o meseleyi derinleştirmek imkânına sahip oldukları farzedilir.

41) İslâm hukukunun memleketimizde câri olduğu devirlerde bizim vaziyetimiz de tıpkı kara Avrupası gibi idi. Talebenin Arapça bildiği farzolunur ve hakikatte bunlar Arapçayı mükemmel bir şekilde bilmeseler bile, görmüş oldukları tahsil ve lisanımızda yaşayan kelimeler sayesinde hukukî tâbirlerin ruhlarını kavrayabilirlerdi. Hukuk hocalarının Arapça bilmesi lâzım gelip gelmi-



raber bir çok kitaplarda mühim metinlerin tercümeleri verilmeğe çalışılır. Fakat bu tercümelerdeki aksaklıklar, asıl metinle karşılaştırıldıkları vakit, dikkatli bir talebe tarafından tesbit edilebilirler. Tercüme âdeta, talebenin, metin okuyabilmesi için bir kolaylık teşkil eder<sup>42</sup>.

Bizim hukukumuz Roma hukuku zümresine dahil olduğu halde liselerimizde lâtince okutulmadığı ve türkçe dili, lâtinceye hiç bir yakınlık göstermediği için talebe fevkalâde müşkül bir vaziyettedir. Bu mühim meselenin halline bir zamanlar uğraşmış, Üniversite islâhatı sıralarında, birinci sınıf hukuk talebesine mahsus olmak üzere, ihtiyarî lâtince dersleri ihdas edilmiş, hattâ bazı liselere, yine ihtiyarî vasıfta olmak üzere lâtince dersleri konmuştu. Bu teşebbüslerde muvaffak olunamadı. Talebeyi " sathî ve fakir " bilgiye mahkûm etmemek için yapılacak tek iş, metin tercümeleri yaparak onu Roma hukukçuları ile temas haline getirmeğe çalışmaktan ibaretti. Filhakika uzun tecrübelerden sonra Prof. Schwarz bu fikre varmıştı : " Mevzua hakkiyle vâkıf olan bir kimse, iyi bir tercüme ile talebelerine kaynakları tanıtabilir ve Romalı hukukçuların düşünüş tarzları hakkında onlara bir fikir verebilir " (Gaius terc. Rado taraf. Giriş, s. V).

Yalnız burada, Prof. Schwarz'ın tebarüz ettirmiş olduğu bir fikri, hiç bir zaman gözden uzak tutmamak icabeder: tercümelerden talebeyi istifade ettirecek olan kimsenin " mevzua hakkiyle hâkim " olması gerekir. Bu da çok tabii bir şeydir: biz burada, talebenin Roma hukuku öğrenmesinden bahsetmekteyiz. O talebeye hocalık etmek isteyen bir kimse için böyle bir meselenin vaz'edilmesi bile elbette imkânsızdır. Yoksa, tercümede mevcut olmamasına imkân bulunmayan aksaklıkların o tercümeyi bir vasıta gibi kullanacak olan kimse tarafından çok iyi bilinmesi ve izah edilmesi icabettiğini söylemeğe bile lüzum olamaz<sup>43</sup>.

yeceğinin asla bahis mevzuu edilemediği o devirlere bir nevi hasretle bakmaktan ve bugün Roma hukuku öğretmek isteyenlere karşı lisan bilgisini müdafaa etmek zorunda bulunmaktan daha büyük bir hüsrân tasavvur edememekteyim.

42) İtalya ve Almanya gibi, romanist ilmin en çok inkişaf etmiş olduğu yerlerde bu usule dahi asla rağbet edilmediğini, talebenin tercüme metinlere kapılmamasına dikkat edildiğini ve ayrıca, kaynak metinlerini tab'eden modern müelliflerin, gerekli not ve izahatı dahi lâtince lisanda kaleme aldıklarını hatırlatmak icab eder.

43) Ne tercümeyi, ne de metnin ihtiva ettiği tereddütleri bilmeyen bir kimsenin bunları izah etmesine nasıl imkân olabilir? Meselâ Ş. Berki, yazısının bir yerinde (§ III, 109) "miras mâlik manasınadır" tâbirine itiraz etmekte ve yine, mânasını anlamadığını söylemektedir. Eğer bir manüelin lâalettayin bir sahifesinin dip notunda bulduğu o dört beş kelime ile iktifa etmeyip, notun tamamını ve o nota sebebiyet veren izahatı okumak zahmetine katlansaydı,



## NETİCE

Bütün bu söylediklerimizden sonra, maksadımızın noktalar ve virgüllerle uğraşmaktan ibaret olmadığını Ş. Berki'ye gösterebilmiş olduğumuzu umuyoruz. Maksadımız Roma hukuku üzerinde yazılmış bir veya bir kaç yazının içinde bulunan, bazan pek bâriz yanlışları açığa çıkarıp sadik bir zevk temin etmekten de çok uzaktır. Biz, en karakteristik evsafını muayyen bir kimsede temerküz etmiş olarak gördüğümüz bir zihniyetle meşgulüz.

Bütün yazımızda söylediklerimizle de tebarüz eden bu zihniyet, bazan telif yazılar mevzuunda ortaya çıkıyor : “ Makale veya etüt henüz ikmâl edilmiş de değildir. İkmâl edilmeyen etütleri muhtevaları bakımından tenkit ve tahlilî yazı mevzuu yapmak caiz olamaz ” (Ş. Berki, Roma hukuku tenkidi dolayısıyla, sah. 237). Ş. Berki bu sözleri, bir defa neşredilmiş, işlendikten sonra bir daha neşredilmiş, ‘ ‘ talebelere ve her nevi meslektaşlara ’ ’ hitab eden bir yazısı hakkında söylüyor! İkmâl edilmiş ve binaenaleyh tenkit ve tahlile tahammülü olmıyan bir yazının, memleketin en ilmî vasıtaları ile müteaddit defalar neşredilmiş olması ve Üniversite talebesi ve Üniversite meslektaşlarına hitap etmesi ne de-

anlamadığını söylediği bu ifadeyi belki anlar, hiç olmazsa bunun, büyük Roma hukuku âlimleri arasında bir ihtilâf mevzuu teşkil ettiğini ve meşhur romanist Perozzi'nin bir tercüme şekli teklif ettiğini görürdü. Di Marzo bu teklife iltihak etmektedir, fakat, bu iltihaka rağmen, tereddüdünü izhar etmek lüzumunu duymuş ve Iustinianus'un cümlesini burada, bir dip notu olarak tekrar etmiştir.

Şimdi bu tercümemizin hesabını da verelim: D. 9, 2, 13, 2. Burada dördü kelime var: **dominus ergo hereditas habebitur**. Ergo, şu halde, demektir; evvelki kazıyyeye bağlantı olarak konmuştur. Bu kelimeyi tercüme etmedik, esasen münakaşalı bir kelimedir: Mommsen'in teklifine göre, onun yerine “**vero**”, yani “**filhakika**” kelimesinin bulunması lâzımdır ve esasen cümlenin mânasına da bir şey ilâve etmemektedir. **Dominus**, nominatif halinde mâlik, demektir. **Hereditas**, yine nominatif halinde miras, tereke, demektir. **Habebitur**'a gelince, bu, mâlik olma fiilinin pasif şeklinde istikbal sigasıdır. Mâlik olmak fiili pasif şeklinde kullanıldığı vakit, addetmek, farzetmek yerine gelir ve fransızcadaki “**être**” fiili mânasını taşır (italyancadaki “**si ha**” da olduğu gibi). Şu halde bu üç kelimenin tercümesi şu iki şıktan birisi olur: “mâlik mirastır” veya “miras mâliktir”. İbarenin evveli okunursa bunun da sadece “miras mâliktir” olabileceği anlaşılır. İfade etmek istediği şey ise, terekenin bir şahıs gibi kabul edilebileceğidir. Bizim tercümemizdeki serbestlik, “dır” yerine “mânasınadır”, demekten ibarettir ki, mânada bir değişiklik yapmadan cümleyi daha tamam bir vaziyete getirir ve lâtince aslına da daha uygundur. Ş. Berkinin burada tereddüde düşmesini bir dereceye kadar tabii, fakat anlamadığını bir makamı iftiharla ilân etmesini gayrı tabii karşıyoruz.



mektir? Talebeyi ve okuyucuyu bu kadar küçümsemek nasıl bir düşüncedir?

Bu zihniyet bazan tercüme yazılar mevzuunda ortaya çıkıyor : “tercüme işini, Üniversite mensubu olmayıp da lisan bilen sair meslektaşlar da başarabilirler ” (Ş. Berki aynı makale, sah. 239, 1, B). Üniversite dışı meslektaş kimdir? Bir tıp hocası veya Hilton’un kapıcısı Fransızca bilirse, Monier’yi tercüme mi edebilir? “ Tercümeciliğin tercümeceye fikir istiklâli bahşedemiyeceği ” (aynı yer, sah. 239, 1, A) nasıl bir hükümdür? “Maheza bu yanlışlığı mütercime mal etmek doğru olamaz zira Salvatora (!) dan nakildir ” (aynı yer, sah. 244, 23). Tercüme edilen müellifi ve tercümeceyi bu kadar küçümsemek hakkını kim kime veriyor? Tercümece tercüme ettiği eserdeki fikirlere muarız olabilir, fakat Ş. Berkinin tevehhüm ettiği kaba yanlışların hakikaten mevcut olabileceği bir eseri kim tercüme etmeğe kalkar ?

Bu zihniyet her vesile ile ortaya çıkıyor : Bir Roma hukuku kitabı hakkında Z. U. hüküm veremez de, talebe hüküm verirmiş ! (Ş. Berki aynı mak. sah. 230, § I). Biraz ileride (s. 241, II, 6) “ eksik ve hatâları muhtevi kitapların talebe için fazlası ile kâfi bulunduğu ” inanan ve her gün karşı karşıya geldiği talebeyi bunlara lâıyk görerek ona hatâlı ve eksik kitapları “ imposer ” eden Ş. Berki, nasıl olur da bir Roma hukuku kitabının kıymetinin takdirinde aynı talebeyi hakem yapar?

Bu nasıl bir zihniyettir ki, asistanken bir sentez olan manüeli ve profesörken o sentezin unsurlarını teşkil eden etüt ve makaleleri yazmağı makûl göstermeğe çalışır? Ş. Berki ilim tarlasında Tûbâ ağacının yetiştirebileceğini mi zannediyor?

Bu nasıl bir zihniyettir ki, bilmediği bir lisandan nakledilen kitabın tercümesini tenkid etmek, inat olsun diye yazı yazmak, daha tecrübeli ve daha bilgili bir hocanın lûtfen verilmiş Önsözünün, muayyen gayelerle “ yazılmasına müsaade edildiğini ” zannetmek (sah. 241 baş taraf) gibi garaibi, fikir diye ortaya atar?

Biz, her şeye rağmen yine şuna inanıyoruz ki Ş. Berki, bu kendi yazdıklarını, başkasının kaleminden çıkmış olarak okusaydı “ engüşt ber dehen ” kalırdı.

Hatâlardan kurtulmak için elimizde bulunan tek vasıta tevazûla çalışmaktan ibarettir. Bu tevazuun hususî bir mânası vardır. Bilhassa ilim sahasında “ hakikî tevazu kendi kıymetini takdir edebilmektir ”. Ne tezellül (humilité) ne tekebbür. İkisi arasında bilgisinin hududunu tâyin ederek, o hududu genişletmek için, her türlü peşin hükümden sâlim olarak çalışmak.



Bazan üst perdeden konuşmak tevazua aykırı düşmez. Prof. Schwarz'ın kendisine parola yaptığı, Mommsen'in şu sözleri : " Hesperid'lerin ağacı gibi ilim ağacının altın elmaları da onları koparabilenlere mahsustur; bunlar başkalarına gösterilebilir, fakat verilemez ", çok geniş bir iç âlemi olan ve bu âlemde teessüs etmiş ilmin hududunu idrâk ederek o ilmi iktisab etmek isteyen herkesin aynı merhaleleri bir daha geçebilmesi lâzım geldiğini düşünen Mommsen'in ağzında aslâ kibirli bir ifade olamamaktadır. Buna mukabil, " yırtıkları arkasından kibir ve azameti görünen " (Aristo) Diyojen'in suretâ mütevazi kisvesi ardında sonsuz bir azamet saklıdır : biz, sahasına dahil olmıyan bir mevzuda, âdeta boş kalan vakitlerini geçirmek için, 300 - 400 sahife Roma hukuku ve mukayeseli, mukayesesiz çeşit çeşit etütler yazıverip, bununla hevesli talebe, meslektaş ve hattâ Roma hukukçularına, biraz da Roma hukuku öğretmek iddiası ile ortaya çıkan kimsede, bakışı ne kadar " humble " olursa olsun, azametli bir kibir görüyoruz.

Çalışmağa gelince, bu, masa başında vakit geçirmek değildir. Hırslardan âzade olarak sâf ve bâkir bir öğrenme iştiyakı insanı kavramalıdır. Bu hırslar, bir noktai nazar müdafaası gibi, menfaat. temin etmeyen ve bu yüzden mâsum görünen hisler de olabilir. Fakat ne kadar mâsum görünürlerse görünsünler, hakikat peşinde koşan ilim adamının muhakemesinde bir baskı yaparlarsa, bütün hırslar gibi zararlı olurlar.

Söylenenlere cevap veremeyip, alâkası olmıyan bir yerden çatmak için masa başına geçmek, yüzlerce rakkamı hatâ diye sıralamak ve bunu yaparken hakikatten ve akli selimden ne nisbette uzaklaşabileceğini hissetmiyecek kadar gözü kararmış olmak, söylediği hırsın bir misalidir. Biz gramer mütehassısı olmak iddiasında değiliz ve Ş. Berki de gramer mütehassısı olmadığını, elhak, yazılarında göstermektedir; fakat o Roma hukuku yazmak iddiasındadır, halbuki benim meşguliyet saham Roma hukukudur.

Ş. Berkiden istenen şey, onun anlamamazlıktan geldiği, " Roma hukuku üzerine gelişi güzel neşriyat yapmaması " idi. Yabancı olduğu (vaktiyle bu branşa girmek istemiş olduğunu, fakat bu arzusunun tahakkuk edememiş bulunduğunu biliyoruz; o vakitten beri değişen bir şey mi var?) bir mevzuda *ex cathedra* söz söylememek ne bir ayıp, ne bir züldür.