

POSTKLÂSİK DEVİRDE DOĞU VE BATI [*]

(BAZI TEMAYÜL VE MESELELER)

Mario Antonio de Dominicis

Trieste Üniversitesi Roma hukuku Ord. profesörü

Bu başlık altında nazara alınan mevzuun, modern romanist ilmin en merkezî ve canlı noktalarından birini teşkil ettiğini iddia edebilirim.

Roma hukuku kaynakları tetkik edilirken, Corpus Iuris Civilis de mevcut metinler içinde, ekseriya müteredit ve şüpheli ölçülere istinaden, «klâsik» olanla Iustinianus'a atfedileni birbirinden ayırmak temayülünü taşıyan *interpolatio* araştırmaları metodu mutlak bir surette tatbik edilmek istenince, bir çok tecrübeler, bu metodun, tasarladığı gayelere ulaştırmak hususunda, kifayetsiz, hiç değilse elverişsiz olduğunu gösterdiği malûmdur.

Bu kifayetsizlik ve bu uygunsuzluk, sadece klâsik denilen devirde teşekkül etmiş olduğu için «klâsik hukuk» denilen bu hukukun, her zaman aynı ölçüye irca edilememesi yüzünden ekseriya suitefehhüme sebebiyet veren bir tâbirle anılmasından ibaret değildir. Demek istiyorum ki, altı uzun asrı ihtiva eden klâsik devirde de, eski *ius civile* ile *ius praetorium*'a ait bir çok inkişaf devre ve dereceleri ayırmak bir zarurettir. Yani Cumhuriyet devrinin bir hukukçusunda rastlanan bir şeyi, öyle, olduğu gibi, olgun klâsik devirde ve bilhassa Modestinus gibi, bir çok bakımlardan hem klâsik, hem postklâsik addedilebilecek olan son klâsik devir hukukçularında aramak doğru değildir. Bundan başka ve bilhassa, Iustinianus'un yarattığı büyük teşriî eser hakkında bir hüküm verilmek istendiği zaman, Diocletianus ile başlamış olan ve imparatorluğun teşkilât ve idaresindeki vahdetin ilk olarak bozduğu anı gösteren devrin çeşitli ve tipik veçheleri gözden uzak tutulamaz.

Filhakika imparatorluğun, İtalya, Galya, İllirya ve Şark diye dört büyük praetor eyaletine tekabül eden ve her birisi ayrı bir idarî mın-

[*] Mayıs 1955 te İstanbul Üniversitesinde verilen konferans.

tika teşkil eden Diocletianus'un bu ilk taksiminden sonra, 338 senesi yani Constantinus'un ölümü ile, imparatorluğun yeni bir taksimine şahit olmaktayız. Bu âna kadar kanun yapıcı tek organ olan Constantinus'un şahsında temerküz eden imparatorluk, bu ândan itibaren, teşkilât bakımından fiilen iki yeni ve farklı mıntıkaya ayrılmaktadır. Bunlardan birisi İtalya ve Galya eyaletlerini ihtiva eden *Batı*, diğeri İllirya ve Şark eyaletlerini kucaklıyan *Doğu* mıntikalarıdır. Bu iki kısmın (*partes*) her biri üzerinde hüküm süren ayrı bir imparator vardır, ve her bir imparator, merkezî ve periferik bir idare mekanizmasının ve bu mekanizmaya tâbi bir bürokrasinin başıdır.

Filhakika Iulianus ve Iovianus gibi tek başına hükümranlık etmiş olan bazı imparatorlar istisna edilirse, Constantinus'un Constantius ve Constans isimindeki iki oğlunun tahta çıkmalarından itibaren, Batı imparatorluğunun sukutuna itibarî tarih olarak kabul edilen 476 senesine kadar, imparatorluğun iki kısmının her birinde, ayrı ayrı imparatorlar birbirlerini takip etmişlerdir.

Bu andan itibaren, imparatorluğun iki kısmında, birbirinden farklı ve birbirlerine karşı müstakil, iki teşriî kaynağın, son imparatorluk bünyesi içinde, müştereken mevcut olmağa başladığı görülür; bu kaynakların her birine de, emirnameler sadece çıkarıldıkları kısım için câri olmaları itibarı ile, birbirinden tamamen ayrı iki tatbikat sahası tekabül eder.

Teşriî bakımdan imparatorluğun iki kısmının birbirinden müstakil olduğuna dair burada ileri sürülen fikrin teyid ve tekid edilmesi zor değildir:

a) bu bakımdan, Doğu kısmında Arcadius'un, kendisine bağlı Devlet memurlarına hitaben çıkarmış olduğu emirname hükümlerinin Batı kısmına da teşmil edilebilmeleri için, Batıda imparator olan Honorius tarafından da hususî emirnameler neşredilmek mecburiyetinde kalındığını gösteren bir çok misaller mevcuttur;

b) bundan başka, şarkta mevcut bir emirnameye istinaden *Decuria*'lıktan affedilmelerini talep eden Apulia ve Calabria yahudilerine cevaben Honorius'un çıkardığı bir emirname, bizzat bu emirnamenin şarkta hiç bir hüküm ifade etmeyeceğini sarahaten beyan etmektedir;

c) keza, aynı müesseseleri Doğuda ve Batıda, bu müesseselerin câri oldukları muhitlerin birbirlerinden çok farklı olmaları itibarı ile, tamamen başka şekillerde tanzim eden emirnameler de, ileri sürdüğümüz fikri teyid ederler.

Bu söylediğimiz müşahhas bir misalini, kardeş çocuklarının birbirleri ile evlenmesinin yasak edilmesi mevzuunda, Doğu ve Batıda çıkarılmış emirnamelerin karşılaştırılmasında bulabiliriz. 409 tarihini taşıyan ve Ravenna'da çıkarılıp İtalya valisi Theodorus'a hitap eden Batı İmparatoru Honorius'un bir emirnamesi (Bk. C. Th. 3, 10, 1), bu yasaktan muaf tutulmanın mümkün olduğunu söylediği ve bu suretle yasağın Batıda câri olmakta devam ettiğini açık bir surette gösterdiği halde, Arcadius tarafından dört sene evvel İznikte çıkarılmış olan bir emirname, Doğuda bu yasağı lâğvetmektedir. Daha evvel İstanbul'da, yine Arcadius'un, Şark eyaleti valisi Eutichianus'a hitaben çıkarmış olduğu bir emirname ise bu yasağın, evvelce tayin edilmiş olan cezasını eksiltmekte idi.

Bu bakımdan tebarüz ettirilmesi gereken bir husus daha vardır.

Batıya hitaben çıkarılan emirnameler umumiyetle, Severus'ların son devri hukukuna, klâsik hukuk müesseselerinin değişmesinde müessir olan postklâsik devrin muhtelif âmillerinin tayin ettiği yenilikleri getirdikleri halde, Doğuda çıkarılan ve Doğuya hitab eden imparator emirnameleri, bilhassa eyalet mintakalarında mevcut olan ve, orada yaşayan halk tabakalarının şuurunda derin kökleri bulunduğu için bir türlü kazınamıyan yerli örf ve âdetlerin tesiri ile, bütün emirnamelere rağmen yaşamakta devam eden yerli hukuk nizamları üzerinde, gittikçe daha fazla hissedilen bir baskı temayülünü taşımakta idiler.

I inci Theodosius tarafından, 395 senesinde kat'î bir surette ve resmen tesbit edilmiş olan imparatorluğun teşkilât ve idaresine müteallik bu taksim, IV üncü ve V inci asırda, Doğu ve Batı arasındaki hukuk sahasına in'ikâsı, kanaatimce başlıca meselelerden birisidir, ve bu mesele şu şekilde vazedilmelidir: şurada temas etmiş olduğumuz imparatorluğun ikiye bölünmesi hâdisesi, Doğu ve Batıdaki hukuk üzerinde ne gibi bir tesir icra etmiştir? başka bir ifade ile, bu devirden itibaren hukuk sahasında her şey değişmiş ve bu değişme anî olarak, birdenbire mi olmuştur? yoksa bazı nüveleri ötedenberi mevcut olan bu değişmeler, evvelki devirden itibaren tahakkuk etmeğe başlamış mı idi? ve acaba postklâsik devir, vahdet gösteren bir devir mi idi, yoksa muhtelif anların tefrikini, burada da yapmak lâzım mıdır? Doğunun evsafı tebarüz etmeğe başlamış mıdır, ve hangi hususlarda bu inkişaf garptaki gibi olmuştur?

Bütün bu meselelerin bir çokları üzerine, Batının postklâsik kaynakları büyük bir ışık getirmektedirler. Bu kaynaklarla kastedtiğim, klâsik devrin hukuk ilmi (*iura*) ve emirnamelerinden (*leges*) faydalanmak suretiyle, o devirde yapılmış olan toplama serlerdir ki, bunlar

ezcümle: *Vaticana Fragmenta* ismi ile anılan ve IV üncü asır Romasının bir nevi *Digesta*'sı addedilen eser; ismi bilinmiyen bir müellif tarafından, mukayese imkânını elde edebilmek için, Musa'nın kanunları ile, Paulus ve Ulpianus'un eserleri ve III üncü asır emirnamelerinin cezaya müteallik parçalarından toplanarak yapılmış ve Batıda IV üncü ve V inci asırların ceza kanunu diye tavsif edilebilecek olan *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*; ve bilhassa, Batıda son imparatorluk devri mahkemelerinin tatbikatçıları tarafından bir el kitabı gibi kullanıldığını söyleyebileceğimiz Paulus'un *Sententia*'larıdır. Bu devirde câri olan hukukun günlük tatbikatını en iyi aksettiren müstakil kaynağı, bunlar teşkil etmektedirler.

Şimdi biz, bir çokları imparatorluğun ilk asırlarında yaşamış hukukçu ve imparatorlara atfedilmekle beraber postklâsik devrin yeni hukukunu aksettiren, ve IV üncü ve V inci asırların, isimleri bilinmiyen hukukçuları tarafından yeniden gözden geçirilerek kaleme alınmak suretile meydana getirilen, ve bu sebeple postklâsik devrin vasıflarını taşıdığına şüphe edilemeyecek olan bu eserlerin muhtevalarından istifade edecek ve bunları, Doğudaki buna benzer hukuk kaynakları ile karşılaştıracak olursak, önümüzde yeni ufuklar açıldığını görürüz. Şu mânâda ki, bir çok hallerde bu karşılaştırmalar, şimdiye kadar hiç kimsenin dikkatini çekmemiş oldukları için postklâsik Doğu ile Batı arasında hayret uyandırabilecek olan bir çok benzerliklerin, paralelizmlerin mevcudiyetini meydana çıkarırlar. Filhakika imparatorluğun iki kısmında mevcut olan bazı hukuk müesseselerinin inkişafında öyle bir takım benzerlikler vardır ki, bunlar, ancak bu muhtelif müesseselerin şarktaki ve garptaki değişmeleri üzerinde, müşterek âmillerin aynı şekilde tesir icra etmiş olmaları ile izah edilebilirler. Bu müşterek âmilleri de şu suretle toplamak mümkündür:

- 1) kanun koyma salâhiyetinin hükümdar elinde temerküz etmesi;
- 2) hukukun çok ve çeşitli kaynaklarının bir vahdet haline ircaı suretile bir seviyeye getirilmesinden başka, artık uzun zamandanberi hususî ve umumî mahkemeler nizamının (*ordo Iudiciorum privatorum* ve *publicorum*), nizam harici usule (*cognitio extra ordinem*) inkilâb etmesi neticesi, usul hukukunda meydana gelmiş olan birlik; aile hukukunda ve hususiyle nişanlanma, evlenme ve bunları himaye eden ceza kaidelerinde, kanun koyma hareketini ve bilhassa hukuk tatbikatını, gittikçe daha fazla tesiri altında bırakan hıristiyanlık, ve hıristiyan etiği.

Muayyen sahalarda Doğu ile Batıyı bir araya getiren bu hukuk

birliği içinden, bana en âşikâr görünen ve herhalde şimdiye kadar ekserisi tetkik edilmemiş olan, şu aşağıdaki misalleri alıyorum:

a) Nizam harici usulün tatbiki sayesinde ileri sürülmesi mümkün olmuş olan ve bugüne kadar müttefiken Iustinianus hukukuna atfedilen bazı dâvaların mahiyetinde meydana gelmiş bir çok değişikliklerin, postklâsik devirde meydana gelmiş oldukları görülmektedir; bunu *sententia*'larda, hırsızlığa tahsis edilmiş olan kısımda mevcut bazı cümlelerden, tabii bu cümleleri *Digesta*'nın ve imparator emirnamelerinin bu mevzua müteallik metinleri ile karşılaştırmak suretiyle, anlamak kolaylıkla mümkündür.

Meselâ *actio furti*, Gaius'un söylediği (Gai. 4, 8) ve bütün klâsik devirde câri olduğu gibi, hususî bir ceza dâvası mahiyetini haizken, muhtelit bir dâva haline gelmiş, yani aynı zamanda bir tazminat dâvası olmuştur. İşte *Corpus Iuris Civilis*'in bir *interpolatio* ile yaptığı umumiyetle malûm olan dâvanın mahiyetindeki bu değişikliğin (D. 47,2,13; 14), hakikatte Iustinianus'tan çok evvel *Sententiae* ile (2,31) yapılmış olduğunu görmek mümkündür. Filhakika burada, mezkûr dâvanın: «suç üstü hırsızlık halinde dört misline baliğ olan cezadan başka, tazminata müteallik bir cezayı da ihtiva ettiği» okunmaktadır ki, bu tazminatı elde etmek için, aynı metnin iddiasına göre, klâsik hukukta ya istihkak dâvasına, veya hırsızlıktan mütevellit *condictio*'ya müracaat etmek lâzımdı.

b) İmparatorluğun her iki kısmında, uzun zamandanberi (herhalde Diocletianus'tan itibaren) kan hısımlığına müstenit ailenin, esasen bariz bir surette inkiraz alâmetleri gösteren agnatik hısımlığa müstenit ailenin yerine geçtiğini gösteren metinlerin karşılaştırılması daha da dikkate şayandır.

Bu değişikliğin çok bariz bir neticesi, aile babası ile hâkimiyeti altında bulundurduğu aile evlâtları arasında yapılan bağışlamaların müteber olduğunun tanınmasıdır. Bu prensip, Papinianus'a ait bir metin üzerinde *Vaticana Fragmenta*'ya istinaden yapılan bir *glossa* ve Iustinianus'tan evvelki Dođu mintakasına ait metinlerle ve Iustinianus ile kabul edilmişti. Halbuki agnatik hısımlık aile münasebetlerini tayin ettiğinden, Papinianus zamanında ve Diocletianus'a kadar devam eden klâsik devirde bu nevi bağışlamalar tamamen bătıldı.

Yine böylece, klâsik hukuk devrinde baba hâkimiyeti içinde mündemiç bulunan bir çok hak ve salâhiyetleri, Iustinianus'tan çok önce ortadan kaldıran, eski baba hâkimiyetini tazammun eden bu hak ve salâhiyetleri kan hısımlığı münasebetleri çerçevesi içine sokan postklâsik

Batı kaynaklarının metinleri de bu bakımdan büyük bir ehemmiyet arzederler.

Yine postklâsik Batı kaynakları ve bilhassa *Vaticana Fragmenta*, vâsilik veya kayyımlık külfetinden kurtulmak için, hâkimiyeti altında en az üç çocuk bulunması lâzım geldiğini beyan eden metinler, aynı mevzuu tanzim eden Iustinianus metinleri ile karşılaştırıldıkları vakit büyük bir alâka uyandırırılar. Bu hususta postklâsik Doğu ve Batı kaynaklarının ifade tarzlarına bakmak bir ehemmiyeti haiz değildir, zira artık vasilik ve kayyımlık külfetlerinden kurtulmak için en az üç tane tabiî çocuğun, yani tabiî hukuk mucibince meydana gelmiş çocuğun bulunması kâfi geldiği tasrih edilmektedir.

Postklâsik devirde kan hısımlığına müteallik hukukun hâkim olmasının bâriz bir neticesi olan baba hâkimiyetinin ehemmiyetten düşmesi, gerek Doğuda, gerek Batıda diğer bazı hallerde de müşahede olunmaktadır. *Colatio Legum*'da, gûya Papinianus'a atfen hazırlanmış bir parçada, ilk defa olarak babanın, aile babası olarak, hâkimiyetten çıkarmış olduğu kızına karşı zinadan mütevellit bir dâva açabileceğini görüyoruz; aynı şeyi Codex Theodosianus (9, 7, 12) da hıfzedilmiş olan Constantinus'un meşhur bir emirnamesinde de kabul edilmiş buluyoruz. Eğer Augustus'un çıkarmış olduğu ve Diocletanus'a kadar meriyette kalmış olan, zinalara müteallik kanun mucibince, zinadan mütevellit dâvayı açmak imtiyazının babaya verilmesi, o babanın zina işlemiş kızı üzerinde hâkimiyet icra etmesinden ileri geldiğini düşünecek olursak, hem Doğuda, hem de Batıda vücuda getirilmiş olan müşterek yeniliğin hususî ehemmiyeti kendiliğinden meydana çıkar.

c) Doğuda ve Batıda hukukun aynı inkişaf hattını takib ettiği, daha başka hususlarda da müşahede edilir: *Vaticana Fragmenta*'da ve Doğuya ve Batıya hitaben neşredilen IV üncü ve V inci asırların imparator emirnamelerinde bulunan postklâsik metinlerde, *tutor vel curator* vasi veya kayyım tâbirine rastlanması şayanı dikkattir: saf klâsik metinlerde sadece *tutor* = vasi denirdi. Haklı olarak tebarüz ettirilmiş olduğu gibi, bu ileri devrin kaynaklarında kayyımlık ile vasiliğin birbirine karışmasını sağlayan bütün bir inkişafın vetiresi, daha Constantinus'tan evvel, bilhassa, vasiye bir emirname ile sarahaten tanınmış olan idarî salâhiyetlerin verilmesi ile başlar (Cod. Th. 3,30,3). Constantinus'a ait olan bu emirnameye gelince, vesayete ve kayyımlığa ait olan bu kanunun, bu mevzuda bir hareket noktası teşkil ettiği kabul edilemez, kanaatindeyim. Constantinus burada, vesayet ve kayyımlığı, artık esaslı bazı noktaları ile birbirlerine yaklaşmış bir inkişaf merhalesinde

bulmuştu. yâni küçüğün mallarının idaresi salâhiyeti, henüz tayini mecburî olmamakla beraber, kayyıma verilmeğe başlanmıştı. Zannediyorum ki, Constantinus'un karşılaşmış olduğu, bu iki müessesenin (vesayet ile kayyımlığın) birbirine karışması, kendisinden evvel, teşriî bir harekette değil, sadece tatbikatta başlamıştı.

d) Bu temayüller sırasında alâkayı çeken diğer bir nokta da, klâsik hukukta tek taraflı bir hukukî muamele olan hâkimiyetten çıkarma (*emancipatio*) muamelesinin, Iustinianus'tan çok evvel Batıda iki taraflı bir hukukî muamele haline gelmiş olmasıdır. Gerçekten, Iustinianus'un bir *Novella*'sında (89, c. 11 pr.), Iustinianus hukukunda hâkimiyetten çıkarmak için, hâkimiyetten çıkarılanın da rızasının mevcut olmasına lüzum gösteren şart, Anastasius'un daha evvel çıkardığı emirnamelerde bahis konusu edildiği gibi *Breviarium Alaricianum*'da da bulunan *Sententiae*'nin bir parçasında (2,25,5) beyan edilmektedir: bu parçanın sarîh ifadesine göre bir aile evlâdı, kendi iradesi hilâfına baba hâkimiyetinden çıkarılamaz.

e) Keza, evlendikten sonra vâki olan akıl hastalığının, evliliğin devamına mâni olmayacağı prensibi, ki eski Roma hukukunun hıristiyan telâkkilerin tesiri altında değişmesi neticesi doğmuştu, Garba hitab eden emirnamelerden ve Iustinianus'un *Novella*'larından evvel Batıda, *Sententiae* içerisinde vazedilmişti (2,19,7). Bu parçada: «akdedilmiş evlenme akıl hastalığı ile bâtil olmaz» denilmektedir. Postklâsik olan bu mefhum, ona müteallik tefsirde de şu suretle teyid edilmektedir: «eğer bir kimse sıhhatte iken bir evlenme akdi icra ederse, ve eşlerden birisi bilâhare akıl hastalığına düçar olursa, bu hastalık sebebiyle evliliği feshedemezler».

f) Keza, kanunen kendisine düşmesi icap edenden daha az bir miktar bırakılan kanunî mirasçıya, Iustinianus'un bir kararı ile (C. 3, 28, 30) *ad supplementum legitimæ*, yani kanunî miktara iblâğ etmek için bir dâva hakkı tanınırdı. Halbuki VI ıncı asıradn evvel, böyle bir vaziyette vasiyetnameye itiraz yollu bir dâva ikamesi imkânı vardı. Umumiyetle kabul edildiği ve mezkûr emirnamenin ifadesinden de anlaşılması mümkün olduğu gibi, Iustinianus'un burada yaptığı, bir yenilik değildir; zira bu emirname evveliyatı *Sententine*'de bulunan (4,5,7) daha önceki bir inkişafın neticesidir. Filhakika *Sententiae*'de kanunî mirasçıya «vasiyetnameye itiraz dâvasından başka bir dâva verilir» denmektedir ki, bu «başka» kelimesi malûm olan itiraz dâvasından farklı bir dâvanın da mevcut olduğunu gösterir.

Doktrinde ve hukukî tâbirler sahasında da Batı ile Doğu arasında müşahede edilen daha başka benzerlikler vardır. Fakat postklâsik Batı ile Iustinianus müdevvenatını sıkı bir surette birbirine bağlayan hukukî cereyanlar arasındaki benzerlikler bilhassa dikkate şayandır.

Hürriyet bahşetmeği teşvik için yazılmış olan *Breviarium Sententiae*'nin 3 paragrafı (2,24,1;2;3; bu metinler eskidenberi tetkik edilmişlerdir) 'ndaki *favor libertatis* doktrini, o zamanın hukukî cereyanlarını aşarak Iustinianus'a ulaşır. Filhakika bu mevzudaki emirname (C.2,48 (47), 24; ve Nov. 162, c.2) *Sententiae*'ye hâkim olan ruh ile kaleme alınmışlardır. Bu münasebetle *Sententiae*'nin mezkûr metninin 4 üncü paragrafını da zikretmek isterim; bu paragrafta klâsik devirde mer'î olan hukukun tam aksine olarak: eğer bir köle kadının, muayyen mal vasiyeti (*fideicommissum*) olarak âzad edilmesi emredilmiş ve bu emir henüz yerine getirilmeden, yâni kadın henüz köle iken, bir çocuğu doğmuşsa, bu çocuk hürdür, denilmektedir. Burada *favor libertatis* doktrininin gayet kuvvetli bir tatbik nümunesini görmekteyiz. Bu hali, ancak Iustinianus kanun haline getirecek (C.7,4,15) ve bunu yaparken, sanki yepyeni bir nizam getirmiş gibi görünecektir.

Batının son postklâsik devrinde ve Bizans âleminde câri olan bazı hukuk doktrinleri arasında bir iştirâk noktası, Paulus'a atfedilen *Sententiae* üzerinde yapılmış olan eski bir tefsirin bazı kısımları ile, *Digesta*'da bulunan «Hile def'i» bahsi hakkında Iustinianus devrinde yazılmış bir gramer tefsiri arasında karşılaştırmalar yapmak sayesinde bulunabilir.

Cazip bir nokta olan hukukî mânadaki şahıs mefhumunun yaratılması hakkında da şunu söyliyelim ki, Iustinianus *Institutiones*'inin, Theophilos tarafından yapıldığı söylenen şerhinde, kölelerin *persona*, yani şahıs olmadıkları söylenmektedir. Iustinianus'un ifadesi ile de köle, hukukî mânada şahıs değildir (I.1,16,6); fakat hak sahibi mânasına gelen şahıs mefhumu, daha postklâsik devirde ortaya çıkmıştı. Filhakika Gaius'un Verona metni üzerinde postklâsik bir hukukçunun değişiklikler yaparak, imparatorluğun Batı ülkelerinde çıkardığı hülâsasında şahıs kelimesi, hak sahibi mânasına, yani kölelere teşmil edilemeyecek bir surette kullanılmıştır. Halbuki klâsik devirde şahıs kelimesine tekabül eden *persona*, bunun zıddına, alelittak insan demektir.

Yukarıda söylemiş olduğum gibi, son imparatorluk devrinde, gerek Doğuda, gerek Batıda, hukukî tâbirlerde de bir benzerlik görülür.

Tâbirlerin böyle birbirlerine intibak etmeleri bazan *ius civile* ve *ius praetorium* diye anılan iki hukuk nizamının birleşmelerinden mey-

dana gelmiştir ki, vefatını asla telâfi edilmez bir kayıp saydığımız Emilio Albertario, bunları vaktiyle tebarüz ettirmişti.

Bu cümleden olmak üzere, meselâ *actio* ve *interdictum* tâbirleri Iustinianus'un *Institutiones*'inden ve *Corpus Iuris Civilis*'in diğer kısımlarından daha evvel *Sententiae*'de aynı mânada kullanılmıştı.

Keza, klâsik hukukun hüsnüniyet dâvaları yerine, hüsnüniyet akitleri tâbirine, yalnız Iustinianus'ta değil, diğer postklâsik Batı kaynaklarında ve bilhassa *Sententiae*'de rastlanır.

Iustinianus hukukunda *pactum*'larla, *contractum*'lar ve *transactio*'lar, yâni çıplak anlaşmalar, akitler ve uyuşmalar arasında tam bir eşitlik temin edilememiş olmakla beraber, bir çok defalar bu tâbirlerin biri diğeri yerine kullanılmıştır. Aynı vaziyet *Sententiae*'nin muhtelif yerlerinde de mevcuttur; hattâ bir parçada «*pactum*'dan doğan borç» bile denilmektedir; halbuki klâsiklerce *pactum* asla dâva hakkı doğurmayıp, sadece defi hakkı doğurduğuna göre, daha evvelce böyle bir ifadenin kullanılmasına imkân yoktu.

Bilhassa postklâsik devirde olduğu gibi, *ius civile*, *praetor* Beyanamesi, ve imparator emirnamelerinin temsil ettiği bir hukuka istinaden kurulmuş olan nizam harici usul hukukunda, *ius civile*'den *praetor* hukukundan ve yeni imparatorluk hukukundan alınmış olan çeşitli usul hukuku kaidelerini ifade eden tâbirler arasındaki farkın, artık hâkim olan hukuk tatbikatında sadece tarihî bir mahiyet iktisab etmiş olmaları tabiidir.

Şimdiye kadar Roma hukuku araştırmacıları tarafından Iustinianus hukukçularına mal edilen *interpolatio*'ların, garpteki postklâsik metinlerin ışığı altında yeniden gözden geçirilmeleri, fikrimce olgun neticeler doğuracak mahiyettedir. Zira bu sahada Iustinianus hukukçularının faaliyetlerine atfedilmiş olan bir çok yeniliklerin hakikatte onlara ait olmadığından anlaşılabileceğinden eminim.

Bugüne kadar Bizans damgasını taşıyan bir çok tâbirlere, garbin hukukî veya gayrihukukî postklâsik kaynaklarında da rastlanılmakla kalınmamakta, klâsik hukukçuların tanımadıkları bazı sistemleştirme hareketleri hususunda da Iustinianus müdevvenatı ile postklâsik devrin kaynakları arasında tam bir benzerliğe rastlanmaktadır.

Ekseriya eski hukukta yeni postklâsik hukuk ilminin ihtiyaçlarını karşılayacak imkânların bulunmamasından doğan bu sistemleştirme hareketlerinin bir çoğu, metin karşılaştırmaları ile meydana çıkarılabilir. Ezcümle şu misale bakalım:

Evlilik addedilmeyen bir müşterek hayat diyebileceğimiz *concupinatus*'a *Digesta*'da (25,7) ve *Codex*'te (5,27) olduğu gibi hususî bir fasıl

tahsis eden sadece *Sententiae*'dir (2,21): filhakika, malûm olduğu üzere, klâsik hukukçuların eserlerinde *concupinatus* mevzuuna Augustus'un zinaya müteallik kanunu ve bilhassa *Iulia et Papia* kanunu şerhedilirken temas edilir, sistematik bir şekilde tetkik edilmezdi. Klâsiklerle postklâsikler arasında mevcut olan bu sistematik farkı, müessesenin postklâsik kanunlaştırma hareketleri içinde iktisab ettiği muhtariyetle izah edilir. Filhakika *concupinatus* müessesesi gittikçe daha sıkı bir surette tanzim edilmek ve bu suretle tatbik sahası daraltılmak istenmiştir.

Postklâsik devirde Doğu ile Batı arasında sıkı bir irtibat ta Batının, hemen daima ismi malûm olmayan hukukçuları tarafından klâsik eserler üzerinde çalışılarak meydana getirilmiş olan ve *Digesta*'ya aynen nakledilen bazı eserlerle temin edilmiştir. Bu da gösteriyor ki, imparatorluğun iki kısmı arasında metinlerin intikali aynı surette olmuştu, ve eğer, son zamanlarda yaptığım bir etütte görüldüğü gibi, *Breviarium* ve *Digesta* vasıtası ile elimize geçen *Sententiae* metni IV üncü asra aitse, bütün bu metinleri o devre mal etmek mümkündür.

N E T İ C E L E R

Corpus Iuris Civilis'i teşkil eden malzeme tanzim edilirken, şemaları gözönünde bulundurulmuş olduğu intibahı uyandıran Batı postklâsik kaynaklarla, Iustinianus kaynakları arasındaki benzerlikler nasıl telâki edilirlerse edilsinler, şu hususta hiç kimsenin şüphesi olamaz: Iustinianus'un teşriî faaliyetinin, gerek tatbikat, gerek kullandığı tâbirler, gerek bu faaliyeti vasıflandıran sistemleştirici, temayüller bakımından daha iyi anlaşılıp kıymetlendirilebilmesi için, postklâsik kaynakların tetkiki büyük bir fayda arzeder.

Kuvvetle işaret edilmiş olduğu gibi, postklâsik kaynaklar arasında Paulus'un *Sententia*'ları, ekseriya, klâsik hukukun kaideleri içinde kendisine mantikî bir istikamet tayin edemediği için çıkmazlara giren bir hukuk ilmi içerisinde son imparatorluk mahkemelerinin doğurduğu cansız bir eser olarak kabul edilse bile usulen Iustinianus'a atfedilen bir çok kaidelerin postklâsik garp hukukunda mevcut olduklarını göstermeleri bakımından büyük bir ehemmiyet iktisab ettiklerini kabul etmek lâzımdır.

Verdiğimiz misallerin kâfi derecede belîğ olduklarını zannediyoruz.

Hakikaten bu misaller postklâsik devirde Doğu ile Batı arasında, hukuk fenomenleri bakımından garip bir benzerlik, bir vahdet göstermektedirler. Bu vahdetin canlı ve devamlı bir surette kendisine kadar gelmesini temin edebilmesi için Iustinianus'un, kendisinden evvel post-

klâsik devirde Batıda yapılmış olanı, teşriî sahaya intikal ettirmekle iktifa etmiş olması lâzımdır.

Bununla Iustinianus'un teşri hareketinin Bizans tesirlerinden âzade kalmış olduğunu söylemek istemediğim âşikârdır. Örf ve âdetin tesiri ile yaşamakta devam etmiş olan mevziî hukuklar, Iustinianus hukuku üzerinde Yunan tesirini kabul etmeğe çoktan kâfidirler.

Bununla beraber, Iustinianus'un teşriî hareketi bir çok defalar, inkâr edilemez bir surette, postklâsik hukuka bağlanmakta ve asırların getirdiği bir inkişafın meydana koyduğu, ve postklâsik devrin tamamlamış olduğu klâsik hukuk müesseselerini, imparatorluğun iki kısmında câri olan çok çeşitli âmillerin müşterek tesiri altında, kanun haline getirmektedir. Büyük bir kısmı ile klâsik şemaları model aldığı ve malzemesi de klâsik olduğu için, Iustinianus müdevvenatının çerçevesi de, bünyesi itibarı ile, klâsiktir. Bununla beraber, Iustinianus postklâsik devirde yaşamakta ve klâsik devre bu vasıta ile bağlanmaktadır.

Şüphe yok ki klâsik metinlere uygun olan Bizans kaynakları tefsir ve tahlil bakımından mükemmeldirler, fakat aynı zamanda usandırana ve hattâ bazan klâsik metnin hakikî mânasını kaybettirene kadar dogmatiktirler; buna mukabil en canlı ve müstakil kaynağı temsil eden postklâsik kaynaklar ve bilhassa Paulus'un *Sententia*'ları, tatbikatı ve hukuk müesseselerinin inkişafını en güzel bir şekilde aksettirmektedirler.

Bu bakımdan postklâsik kaynaklarla, *Corpus Iuris Civilis* içinde derleme oldukları açıkça görünen kısımların karşılaştırılmaları, bir çok noktalarda çetin ve şüpheli meselelerle dolu olmakta devam eden Iustinianus'un mudil müdevvenatının tetkiki sahasında yeni ufuklar açacaktır.

(Ceviren: Dr. Z. Umur)

Mario Antonio de Dominicis