

ROMA DOKTRİNİNDE HAKKIN SUIİSTİMALİ NAZARİYESİ¹

Salvatore Riccobono

Bibliyografya: V. Scialoja, Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti, II Foro Italiano, cilt III (1878), cüz VIII; Aemulatio, Enc. Giur. It. cilt I, s. 426 ve d.; Teoria della Proprietà, cilt I, s. 414 ve d.; Fadda e Bensa, Note alle Pandette di Windscheid, cilt I, s. 1168 ve d.; Perozzi, Il divieto degli atti di emulazione, Arch. Giur., cilt 53, s. 350 ve d.; Bonfante, Corso di Diritto Romano, cilt II, s. 289 ve d.; Pernice, Labeo, 2. tabı, cilt II, kısım I, s. 57 ve d.; K. Huber, Ueber den Rechtsmissbrauch, 1910; Riccobono, Cristianesimo e Diritto Privato, Rivista di Diritto Civile (1923), cilt III; bk. Aemulatio, Il Nuovo Digesto Italiano (1938). M. Rotondi, Rivista di Diritto Civile (1923), s. 105 ve d.; Stoll, Zeitschrift der Savigny Stiftung; cilt 47, s. 431 ve d.; Milioie Markovitch, La théorie de l'Abus des Droits en Droit Comparé, 1936, Inst. de Droit Comparé de Lyon; E. Schönbauer, ZSS, cilt 54, s. 255 ve d.; F. Stella-Maranca, In tema del divieto dell'aemulatio, Studi Albertoni, 1937, cilt II, s. 449 ve d.; H. Kreller, Die Theorie des Missbrauchs der Rechte in der römischen Rechtslehre; Deutsche Referate (zum II Intern. Kongress für Rechtsvergleichung im Haag, 1937 (Zeitschr. f. ausländ. und Intern. Privatrecht XI (1937)).

Modern zamanlarda doğmuş olan hakkın suiistimali nazariyesi, umumiyetle hakkın istimalinin hudutları ve bu istimalin aşırıya kullanıldığı hallerle meşgul olur.

Bu tebliğimiz, yalnız mülkiyet hakkının istimaline ve daha hususî olarak gayrimenkul mülkiyetinde *aemulatio* fiilleri yasağına mütealliktir; zira mesele Roma hukukunda, bu mevzuda ortaya çıkmış ve bilâhara hakkın suiistimali denen umumî nazariyenin hareket noktasını teşkil etmiştir. Diğer taraftan mülkiyet hakkının istimaline konulan hudutlar meselesi halledilirse, umumî olarak hakkın istimali hudutları bahsiyle alâkalı civar meseleler de, şüphesiz, aydınlanmış olur.

Aemulatio fiillerinin men'edilmesi meselesi, mâlikin, haiz olduğu hak çerçevesi dahilinde hareket etmekle beraber, kendisine bir menfaat temin etmeden, başkalarına zarar vermek gayesi ile icra ettiği faaliyetin yasak edilmesidir. Her ne kadar münakaşası eski ise de, bu nazariye hâlen de büyük bir ehemmiyet arzeder, zira bir yandan Roma hukuku neşriyatında

1) Eylül 1937 Lahey Mukayeseli Hukuk Kongresinde okunan tebliğ (Bull. dell'Ist. di Dir. Rom., yeni seri, cilt V, s. 1-48, 1939).

her zamankinden daha canlı kalmış, diğer yandan da yeni hukukun tatbikatında, doktrininde ve son senelerin teşriî hareketlerinde ehemmiyeti artmıştır.

I

MESELENİN ESAS UNSURLARI

Burada, ekseriya olduğu gibi, en evvel bilinmesi icap eden bir vâkıa göze çarpar ki, bu da, hukuk tatbikatı ile doktrin arasındaki mübayenettir. Tatbikatta, unsurları *Corpus iuris civilis*'in metinlerinden alınmak suretiyle *aemulatio* fiilleri, *Glossator* ve *Postglossator*'lardan beri fasılasız olarak yasak edilmiştir. Müşterek hukukta kuvvetlenen bu yasak, daha yeni zamanlarda, Alman İmparatorluğu Medenî Kanununun yarattığı emsale uyularak, diğer modern Devletlerin kanunlarına da geçti.

Halbuki doktrinde, bilhassa *Culte* mektebinin büyük mümessilleri Donellus ve Cuiacius, *aemulatio* fiillerinin yasak edilmesine karşı şiddetle mücadele ettiler; şimdi de modern romanistler tarafından büyük bir kat'iyetle reddedilmektedir. Bunların arasında en önde Vittorio Scialoja'yı zikretmek icap eder. Scialoja, vesikalarının zenginliği, delillerinin keskinliği ile bahsimizde nümune olarak kalan klâsik bir monografisi ile doktrin istikametini, bilhassa İtalya'da, zamanımıza kadar tesbit etti.

Scialoja, mülkiyet hakkının istimaline böyle bir hudut konulabilmesi imkânını — gerek *Corpus iuris civilis*'in buna müteallik metinlerinin tefsiri bakımından, gerek böyle bir yasağın istinad edebileceği ana prensipler bakımından — en kat'î bir şekilde red, ayrıca da bunun tatbikatta tehlikeli ve bütün Roma hukuku sisteminin tefsirine aykırı olduğunu beyan etmektedir.

Macer'e ait *fr. 3 D. de op. publ. 50, 10*'dan çıkarılan «*ad aemulationem*» cümlesinin de yanlış ve keyfî olduğu beyan edilmekte, zira «*aemulatio*» tâbirinin normal mânası «rekabet, yarış» iken, hukukî sahada hususî bir mânaya getirildiği ve bu suretle, hakkın başkasına ziyan vermek niyetiyle istimali, gibi bir ifade haline geldiği söylenmektedir.

Derhal işaret edebiliriz ki «*aemulatio*» kelimesinin yersiz kullanılmış olduğuna dair ileri sürülen bu tenkit hiç şüphesiz doğru değildir. Filhakika orta çağda mâlikin suiniyetini ifade etmek gibi bir mânâ alarak teknikleşmiş bir tâbir mevzu bahistir, fakat kelimenin bu mânâda kullanılışı ne yeni, ne de keyfîdir, zira klâsik lâtinede oldukça geniş bir tarzda kötü niyeti belirten bir mânası vardı. Cicero, *Tusc. 4, 8, 17*'de bu tâbirin, biri iyi diğeri fena, iki mânası olduğuna işaret ediyor; Livius, *26, 38, 9*'da

«*aemulationem et odium esse*»; Plinius, *Paneg.* 8'de «*aemulatio exardescit invidia cuius finis est odium*»; Tertullianus, *Spect.* 15'de «*ubi aemulatio ibi et furor et bilis et ira*»; demektedirler. Kelimenin — içinde fenalık, haset, rekabet, düşmanlık, kin, hiddet, nefret misalleri bulunan — fena mânası «*Thesaurus linguae latinae*» ile artık geniş bir surette tevsik edilmiş olarak elimizde mevcuttur.

Scialoja tâbirin tenkidinden meselenin özüne geçerek *aemulatio* müessesesinin «hukuk, ahlâk, din fikirlerini her yerde birbirine karıştıran o orta çağ damgası ile işaretli» olduğu neticesine varıyor.

Bu ifade geniş ölçüde bir kabule mazhar oldu. *Aemulatio* fiillerinin yasak edilmiş olduğunu reddetmek gayesi ile, mülkiyet hakkının istimaline Roma sisteminin gûya yegâne hakikî özünü temsil eden ve hepsi de «*qui suo iure utitur neminem laedit*» (Kendi hakkını kullanan, kimseye zarar vermez) prensibi ile hülâsa edilebilen bütün metinler ortaya konuldu.

Bu prensip, ifade tarzına göre klâsik olmamakla beraber, şüphesiz klâsik metinlerden çıkarılmıştır. Yine orta çağa ait bir aforizm de, mâlikin başkalarının hakkına tecavüz etmemek şartı ile, *quatenus nihil in alieno faciat* (başkası zararına hiç bir şey yapmadıkça), hakkını istediği gibi kullanabileceğini söyler.

Tabii, *Corpus iuris civilis*'teki bir çok muhtelif hallerde çeşitli metinler tarafından teyid edilen bu umumî prensibin, klâsik hukuk ilminde mülkiyet hakkının özünü temsil ettiğinden hiç kimse şüphe edemez.

Aemulatio nazariyesini en kat'î bir şekilde reddedenlerin istinad ettikleri metinleri şimdiden tanımak faydalı olur:

fr. 55 D, 50, 17; Gaius: *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur* (kendi hakkını kullanan, suiniyetle hareket etmiş sayılmaz). Bk. Lenel, *Ed.* § 168.

fr. 151 D. 50, 17; Paulus: *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet* (ancak yapmağa hakkı olmadığı şeyi yapan, başkasına zarar ika etmiş olur). Lenel, *op. cit.* § 237.

fr. 155, 1 D. 50, 17; Paulus: *Non videtur vim facere, qui suo iure utitur* (hakkını kullanan kimse cebir yapmış sayılmaz), Lenel, *op. cit.* § 247.

fr. 24, 12, D. 39, 2; Ulpianus: *Neque damnum tibi dari in ea re in qua iure meo usus sum* (hakkımı kullanmış olduğum yerde sana hiç bir zarar vermiş değilim).

fr. 26, D. 39, 2; Ulpianus. ... cum quis iure quid in suo faceret... non tamen eum teneri ea stipulatione, scilicet quia non debeat videri is damnum facere (bir kimse kendi yeri üzerinde hakkı olan bir şeyi yaparsa... hilâfına bir *stipulatio* yapmış dahi olsa mesul olmaz... zira bir zarar vermiş addedilmemelidir).

fr. 42 pr. D. 19, 1; Paulus: an non facit dolo qui iure perpetuo utitur? (acaba kendi hakkını kullandığı için hileli hareket etmiş değil midir?).

fr. 3, 2, D. 43, 29; Ulpianus: quia dolo malo non videtur habere qui suo iure utitur (zira hakkını kullanan kimse suiniyet sahibi addedilemez).

Şüphesiz, *Corpus iuris civilis*'in bu metinleri, mülkiyet hakkının istimaline bir hudut koyma fikriyle doğrudan doğruya tezat halindedirler; yine şüphesiz, mülkiyet fikrinin bünyesinden çıkıp bütün *ius civile* sisteminde tezahür eden, maddî eşya üzerinde mutlak ve hudutsuz bir hâkimiyete müteallik bir prensibi ifade ederler.

Binaenaleyh bu vecizelerin kuvveti, *vis, damnum, dolo malo* (cebir, zarar, suiniyetle) bahislerini târif etmek gerektiği vakit hukukçular tarafından hususî hallere ve *edictum* hükümlerine tatbik edilmek üzere mahdud bir mânada kullanılmışlardır, iddiası ile çürütülemez ve eksiltilemez²; esasen Roma hukukçularının büyüklükleri ekseriya *Quirites* hukukundan doğan münferit kararları hukukun umumî prensipleri ile, derin bir maharetle telif edebilmelerindedir. Binaenaleyh bu vecizeler sağlam ve değişmez bir umumî prensibi ifade etmektedirler.

Fakat, bir taraftan vaziyet böyle iken diğer taraftan *Corpus iuris civilis*'te mâlikin mülkiyet hakkının istimalini hudutlıyan bir takım metinler de mevcuttur: mâlik hakkını, kendi menfaati olmadan, *animo nocendi* (zarar verme niyeti ile) kullanamaz.

Tabii bu nevi metinlerin tefsiri, münakaşa ve ihtilâflara yol açtı; halbuki, kazaî tatbikatta zamanımıza kadar takip edilen «*aemulatio*» fiillerinin yasak edilmesi kaidesi, bildiğimiz gibi *Glossator*'lar tarafından, bu metinlere istinaden vaz'edilmişti.

Bunlar karşısında yasağın mevcudiyetini inkâr eden müellifler muhtelif izah yollarına baş vurmaktadırlar. Evvelâ bu metinlerde hakkın sui-istimalinin başkasına zarar verme niyeti olduğu için tahdit edildiği fikrini katiyyetle reddediyorlar. Muhtelif vasıtalarla, ya içtimaî ve siyasî sebeplerin icap ettirdiği hususî tahditler şeklinde göstererek metinlerin mânasındaki şümulü eksiltmeğe ve darlaştırmağa çalışıyorlar, veyahut bu

2) Krs. *Lenel*, Ed. 3, Yukarda nakledilen üç birinci metnin zikredildiği yerlerde.

metinlere müteallik esbabı mucibeleri, çok umumî oldukları ve bazan yanlış tatbik edildikleri iddiası ile ve muayyen hususî hallere münhasır kaldıkları için analogi yoluyla başka vaziyet ve nevilere tatbikinın doğru olamayacağından kanun kıymetini haiz bulunmayacaklarını, ileri sürerek kıymetten düşürmek istiyorlar. Hattâ diyorlar ki, yasağın mevcudiyeti kabul edilse bile, bunun sular mevzuuna münhasır kalması icap eder; o da, hakkını istimal edenin niyeti nazarı itibara alındığı için değil, fakat su gibi, hususî bir mahiyeti olan nimetten başkalarını istifade ettirmeyi kabul edemiyen cemiyet menfaatlerinin himayesi için mevcut olabilir. Scialoja, yüksekte bulunan bir arzinin, ihtiyaçtan fazla suyundan komşularının istifadesini temin etmeğe mâtuf bir nevi hakkın mevcut olduğundan da bahsile, suyun akıcılığı, ehemmiyeti, yer yüzündeki taksimnin gayri muntazam olması sebepleri ile hususî bir mülkiyete mevzu teşkil ettiğini söylüyor. Bu şekilde hususî mahiyette bir mülkiyet bahis konusu olduğuna göre, sahibinin, ancak kendi menfaati icap ettirdiği kadar ondan faydalanabileceği neticesine varıyor; bu yolda Scialoja'yı Perozzi ve Bonfante tâkip etmektedirler.

Pernice bu ihtilâflı meselede başka bir cephe almaktadır: ona göre Iustinianus hukukunda bir hak, zarar vermek niyetiyle istimal edildiği takdirde bu istimalin önlenmesi kaidesi mevcuttur ve bu, daha ziyade VI ncı asır vâzıkanununun eseridir. Mamafih, daha cumhuriyet devri hukukçuları tarafından verilen kararlar içinde reddi imkânsız *aemulatio* yasağı emsalleri bulunduğunu da kabul ediyor. Pernice aynı zamanda, suiniyetin daima hukuka aykırı olduğu, binaenaleyh bir hakkın hileli istimalinin hakkın hududunu tecavüz ve şu halde gayri kanunî olduğu prensibine istinaden yasağın kabul edilmiş olduğunu söyleyen modern doktrini de nazarı itibara alıyor³.

Zamanımızda bu münakaşaya, vaktiyle Pernice tarafından kullanılmış olan yeni bir unsur ilâve edildi. Buna nazaran, *aemulatio* fiillerinin men'inden bahseden, hattâ bunu en sarih bir şekilde ifade eden metinlerin ekserisinde Iustinianus'un parmağı bulunduğu tebarüz ettirildi.

Buna rağmen, *aemulatio* fiilleri yasağının — hattâ Iustinianus hukukunda bile — mevcut olmadığı yolundaki kanaat mühim bir değişikliğe uğramadı. Filhakika, yukarıda zikredilen metinlerden çıkan prensip daima hâkimdir ve bu prensip Roma hukuk sisteminde, mülkiyet hakkının her hangi bir tahdidi ile mutlak bir uyumsuzluk halindedir. Hattâ bu münasebetle Bonfante (s. 304), kaynakların tefsiri kaidelerini hatırla-

3) *Pernice*, op. cit. s. 57; müellif bunun hakkaniyet icabı kurulmuş bir hukuki müessese olduğunu kabul ediyor.

tarak, bu bakımdan da Iustinianus tarafından ithal edilmiş hususî hallerde müteallik sebep ve kararları umumîleştirilmenin doğru olmadığını söylüyor. Görüldüğü gibi mâlikin, başkalarının hakkına tecavüz etmemek şartı ile hakkını istediği gibi kullanmak hürriyeti prensibini aynen ve değişmez bir şekilde muhafaza etmek için, bu iddiaya mutlak bir vasıf verilmek istenmektedir. Bu, değişmez bir prensip olarak kabul edildikten sonra, bu prensibe muhalif olan bütün kararlar tabiati ile alelâde birer istisnâ muhteva ve vasıf taşıyacak, binaenaleh dar mânada tefsirleri icap edecektir.

Iustinianus hukukunda o kadar bâriz olan hıristiyan etiği tesirinin tebarüz ettirilmesi bile, münakaşanın hudutlarını genişletmek için kâr etmedi; çünkü müellifler bu tesiri kabul etmeğe pek te mütemayil değildirler; veyahut kabul etseler de, onu şahsın hukukuna inhisar ettirmekte, binaenaleyh mülkiyet hukukunu alâkalandıran bütün kararları, mülkiyet hakkının istimalini tahdit eden yeni ve umumî bir prensibin tatbiki olarak değil de, istisnâ olarak kabul etmektedirler.

**

Hıristiyan etiğinin Iustinianus kodifikasyonuna bu noktadan icra ettiği tesir üzerine şimdiden dikkati çekmek muvafık olacaktır, çünkü bu tesirin ehemmiyeti tabiatıyla çok büyüktür ve Iustinianus hukukunda *aemulatio* fiillerinin yasak edilip edilmediği meselesinin hallinde, en başta gelir. Bu tesirin mevcudiyeti kabul edilirse, başkalarına zarar vermeğe müteveccih suiniyetle yapılmış her hareketi takbih eden, hakkın istimaline insaniyet ve itidâl koyan, kimse zarar görmesin diye başkalarının menfaatlerini dikkatle nazarı itibara alan bu doktrinin kaidelerine göre, hakkın suiistimalinin men'edilmesi tabiî görünecektir.

Eğer bu tesirin mevcudiyeti doğru ise, evvelâ Bonfante'nin «kaynakların tefsiri kaideleri»'nin bir daha gözden geçirilmesi icap edeceği de tabiidir. *Corpus iuris civilis*'te bulunan prensiplerle kararlar arasında ihtilâf olduğu zaman, tarihî ve dogmatik tefsir, en eski Roma hukuk sisteminden mantık yolu ile istihraç edilen eski vecizeleri, değişmez bir şekilde kabul etmeğe bizi icbar edemez; bu vecizeler aynen muhafaza edilsin diye, istisnalar kategorisindeki bütün başka türlü kararların kuvvet ve tesir sahasının genişletilebilmesine imkân olmadığını kimse iddia edemez. Bu, *Culte* mektebi tarafından *Corpus iuris civilis*'in tefsiri için kabul edilmiş bir metot idi, ki bugün, Iustinianus kodifikasyonunun metinlerinde yapılmış olan tenkidî tahliller sayesinde elde ettiğimiz büyük tecrübe ile, artık aşılmış olmalıdır.

Şimdilik bu bahse yapılan bu kadarcık temas kâfidir: aşağıdaki açıklamalarımızda lâzım gelen inkişafını bulacaktır.

II

IUSTINIANUS KODİFİKASYONUNUN MUHTEVASINA VE TEFSİRİNE MÜTEALLİK MESELELER

Asırlardan beri hukukî metinlerin tefsirinde görüldüğü şekli ile doktrin tarihine yapılan bu kısa temas, bir çok müesseselerde doğurduğu münakaşaların hiç bir zaman halledilememesi ve hattâ yatışamaması dolayısı ile Roma hukuku ilminde daima rastlanan bir vâkıayı göz önüne koymaktadır.

Biz de eğer, asırlardan beri bizzarure karışık bir halde kalmış doktrinlerin ve münakaşaların düşmüş olduğu çıkmazdan kurtulmak istersek dikkatimizi evvelâ bu noktaya tevcih etmeliyiz.

Her şeyden evvel bazı metodolojik ve tarihî meseleleri halletmeliyiz. Bunlar öyle meselelerdir ki, onlarsız Iustinianus müdevvenatının muhtevası ve orada mevcut olan kaidelerin tefsirine yarayan ölçüler hakkında açık bir görüşe kat'iyen sahip olunamaz. Filhakika meselemizin halli imkânı — metinleri tetkike başlamadan evvel, şimdiye kadar kâfi derecede aydınlatılmamış ve Roma hukuku sahasında her hangi bir tetkik için esaslı olan, bazı noktaları tesbit etmeğe muvaffak olursak — zannımızca artmış olacaktır ⁴.

Iustinianus müdevvenatının mürekkep bir eser olduğu bugün tereddütsüz kabul edilmektedir: şu mânada ki, eserin içine yalnız Iustinianus devrinin hukuku değil, fakat gerek didaktik gaye ile, gerek büyük Roma hukukçularının en temiz özünü gelecek nesillere nakletmek gayesi ile bir çok tarihî unsurlar da yerleştirilmiştir.

1930 dan 1934 e kadar Roma, Milâno ve Bolonya şehirlerinde Iustinianus'un bu büyük teşriî eserinin hatırasına ithafen açılan kongrelerde bütün bunlar geniş ölçüde tevsik edildi. Zikre şayandır ki, bazı tarihçiler eserdeki arkaik vafın daha kuvvetli olduğunu, yani ölmüş eski hukuk kaidelerinin, tedvin esnasında mer'î olan hukuk kaidelerinden daha bol miktarda bulunduğunu bile ileri sürmüşlerdir ⁵.

4) Krs. *Riccobono*, L'interpretazione del Corpus Iuris, Bull. dell'Ist. di Dir. Rom. Yeni seri, cilt I, s. 1 ve d.

5) *Pringsheim*, Die archaistische Tendenz Iustiniens, Studi Bonfante, cilt I, s. 551 ve d. Zit nokta nazarda, *Riccobono*, Sulle pretese tendenze arcaiche di Giustiniano, Atti del II Congresso Nazionale di Studi Romani, Roma 1930.

Başka bir meşhur müverrih de Iustinianus'un eserinin, bu karışık ve arkaik muhtevası yüzünden, hiç bir zaman ve hiç bir yerde bir kanun kıymetini haiz olmamış olduğunu söyledi⁶. Bu ifadeler bugün ya mübâlâgalı veya yersiz görünmektedirler. Bununla beraber içlerinde bir hakikat nüvesi vardır ki, o da, eserde bir çok tarihî unsurların bulunmasıdır. Hattâ ben, bu müdevvenatın, zamanın hukuku ile birlikte, XII levha kanunundan beri Iustinianus'a kadar gelen bütün Roma hukukunun tekâmül seyrini ihtiva ettiğini söyledim. Bununla beraber eser, bir karışıklıklar mecmuası değildir; sadece muhtelif ve mürekkep unsurları kucaklar ki, bunların içinde bir tanzim ameliyesi tarih bakımından mümkün, dogmatik bakımdan elzemdir.

Bugün bu nokta üzerinde şüphe olmadığından, hem bu teşriî eserin muhtevasının, hem de *Glossator*'lardan zamanımıza kadar bu esere istinaden meydana çıkan birbirine zıt doktrinlerin daha tam bir şekilde anlaşılması için elimizde yeni bir imkân vardır. Bu sayede *Corpus iuris civilis*'in ihtiva ettiği birbirine zıt unsurların kıymetlendirme ve tefsirinde Hümanistlerden tamamen ayrılmakta olan *Glossator*'ların metot ve noktai nazarlarını izah edebilmekteyiz.

Bilindiği gibi *Glossator*'lar, tarih bilgilerindeki büyük noksanlığa rağmen, bazı defa sun'iliğe kaçan telifçilik usulü ile Iustinianus'un eserini organik bir sistem içinde inşa etmeğe ve bize onun en mükemmel şeklini vermeğe muvaffak oldular; hattâ denilebilir ki, *Glossator*'ların yaşayan hukuku bu kadar sadakatla canlandırabilmelerinin sebebi tarihî bilgilerindeki noksanlıktır.

Malûmdur ki, *Glossator*'lar daima «*de iure-de aequitate*» (hukuk-hakkaniyet) veyahut «*regula - fallentiae*» (kaide - istisnalar) antitezi ile hareket ederler. Bu suretle bütün sistemi iki tabaka halinde tanzim etmeğe muvaffak olmuşlardı. Birincisinde prensipler (*de iure - regula*), ikincisinde ise hukukî hal ve sebepler için istisna veya inhiraflar (*de aequitate - fallentiae*) nazara alınmıştı.

Corpus iuris civilis'in muhtevasını toplayıp tanzim etme işinde *Postglossator*'ların faaliyetleri daha kolay cereyan etti: onlar eski hukukun prensiplerini ikinci tabakaya, yani münferit hallerin tatbikat sahasına bıraktılar; buna mukabil «*fallentiae*»'den ve «*aequitas*»'a dayanan hususî kararlardan neş'et edip adetleri gittikçe artan kaideleri, müdev-

6) E. Levy, ZSS. cilt XII, s. 240; fakat bk. Riccobono, Nichilismo critico storico nel campo del diritto romano e medievale, Annuario della R. Università di Palermo'da açış nutku, 1929-30; fransızcası, Etudes Lambert, 1938, cilt I, s. 234 ve d.; Le droit romain dans les oeuvres de ses interprètes.

venatın hakikî hukuk sistemi imiş gibi, birinci tabakada tanzim ve tertip ettiler. Esasen modern kritikte, *aequitas*'tan doğan veya *Glossator*'ların prensipler karşısında *fallentiae* gibi gösterdikleri kararların, hemen daima — Iustinianus müdevvenatında *ius civile*'nin eskimiş veya kaybolmuş arkaik prensiplerine karşı — canlı hukuk olduğunu meydana çıkardı. İstisnaî görünen kaideler hakikatte, tedvin edilen hukukun aslını ve özünü teşkil ediyordu: bunlar hemen daima, mükemmel bir ahenk ve sarahatla taazzuv etmemiş olmakla beraber, VI ncı asır müdevvenatında yekpare bir hukuk sistemi vaziyetinde olan «*ius gentium*» dan, «*ius honorarium*» dan, «*ius extraordinarium*» dan neş'et etmekte idiler.

Bu şekilde, Iustinianus müdevvenatının hakikî mümessili, tarihî inkişaf ve tetkiklerin güçlüklerine bulaşmamış olduğu için müdevvenatın muhtevasını, bizatihi muhteva olarak — yaşamış ve yaşamakta olan bir şey gibi — görmek suretiyle Müşterek hukukun temellerini atan *Glossa* olmuştur.

Glossator'ların kullandığı metoda mukabil, XV ve XVI ncı asırlarda inkişaf etmiş olan, Cuiacius'un en fazla temayüz ettiği, tarihî ve klâsik kültürle meşbu Hümanist mektep, kendisini Roma hukukunun en eski kısmının kuvvet, mantık ve ahenginin cazibesine kaptırdı ve *Corpus iuris civilis*'in tefsirinde, Iustinianus tarafından tedvin edilmiş olan canlı hukukla açık ihtilâf halinde bulunan *Quirites* hukukunun bünyesini aksettiren eski prensipleri ön cepheye aldı. Kısaca Hümanistler, Iustinianus eserinin arkaik cephesini daha büyük bir anlayışla meydana çıkarmış ve tam bir inançla öğmüşlerdir. Bittabî bütün hukukî müesseselerde bu tezat derin, devamlı ve telif kabul etmez bir şekilde tezahür etmiştir.

İşte bunun için «*mos gallicus*» (fransız usulü), daimî ve mutlak bir şekilde «*mos italicus*» (italyan usulü)'a karşı cephe alır.

Fakat bugün biz, *Corpus iuris civilis*'teki bu iki tabakayı, eski ile yeni iki sistemi şöyle böyle tebarüz ettirip karşımıza koyan tezadın esasını anlayabilecek durumdayız. Hümanistlerin metodundan ve Iustinianus eserinin böyle dar bir çerçeve içinde görünüşünden fena bir netice husule geldi: Romalı hukukçuların meydana koymuş oldukları hukuk, Hümanistler tarafından, quiriter ve eskimiş vasıfları içinde hareketsizleştirilmiş ve cansız bir bronz âbide gibi, asırlar boyunca hareketsiz tasavvur edilmiştir⁷.

Bu zaviyeden bakınca, *aemulatio* fiilleri yasağının Scialoja, Bonfante ve Perozzi tarafından mutlak olarak inkâr edilmesi, Romalı hukukçuların

7) Bk. Riccobono, Mos italicus e mos gallicus nella interpretazione del Corpus iuris civilis, Acta Congr. iurid. Internat., cilt I, s. 377 ve d.

meydana getirdikleri doktrinlerin kıymet ve inkişafı ve binaenaleyh Iustinianus müdevvenatının muhtevası hakkında, XVI ncı asır Hümanistlerinin yanlış görüşlerini takib etmekten başka bir şey değildir.

**

Corpus iuris civilis tefsirinin muhtelif asırlardaki bu tarihî kıymetlendirilmesi, burada meşgul olduğumuz meselenin yeniden gözden geçirilmesi için şüphesiz faydalıdır.

Daha Savigny ve ondan evvel Donellus tarafından, *Corpus iuris civilis*'in tarihî unsurları da ihtiva ettiği ve bunların Iustinianus müdevvenatında tertiplenen canlı hukuka girmediği ifade edilmişti. İşte modern kritik, aşağı yukarı elli senedir büyük bir hızla devam eden gayretler neticesinde, Iustinianus'tan intikal eden metinleri tahlil ederek klâsik unsurları Bizans unsurlarından ayırdı ve bu suretle tarihî unsurları, yani istimalden sakıt olmuş veya bizzat yazı kanun tarafından günlük kıymetleri kaldırılmış unsurları teşkil eden yığının tahminlerden çok kabarık olduğunu gösterdi; bu sayede biz, hukukun bütün kollarını faydalı bir şekilde gözden geçirme, oradaki tezatları halletme, asırlardan beri müfessirlere bu kadar sıkıntı veren karanlıkları aydınlatma şeraitini haiz bulunmaktayız.

Zaten, mâdem ki en yeni araştırmalar *Quirites* hukukuna ait arkaik unsurların, hukukçuların eserlerinde ekseriya mevcut olmakla beraber, daha ziyade Roma hukuk ilmi tarafından tekâmül ettirilmiş olan sistemde sadece nazari bir kıymetleri olduğunu, veyahut, olsa olsa mutlak bir kıymet değil de git gide daha çok artmış olan tahditlerle eksilmiş bir kıymet muhafaza ettiklerini meydana çıkarmıştır, bu usulün meşruiyetini sakatlamak için, *Corpus iuris civilis*'teki bütün unsurların Iustinianus tarafından aynı kuvveti haiz bir vasıfla sevk edildiği, binaenaleyh müfessirin, bunların arasında ölü ve canlı tefriki ihdas ederek bir seçme yapmasının doğru olmayacağı söylenemez; araştırmaların bize gösterdiği şudur ki, fiiliyatta, cumhuriyet devrinden itibaren asırlar boyunca devam eden bir hareket, daha mütekâmil, vasıfları eski *ius civile*'ninkine zıt, yeni bir hukuk sistemi meydana getirmişti.

Bu müşahedenin büyük bir ehemmiyeti vardır; çünkü Iustinianus, derleyicilere vazifelerini ve kanunun hudutlarını *Deo Auctore* emirnamesinin 10 uncu § indaki emirle vermişti: «... *haec tantummodo optinere volumus, quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit... vel longa consuetudo huius almae Urbis comprobavit*» (ya mahkemelerde sık sık tatbik edilen veya... bu büyük Şehirde uzun bir teamül neticesi yerleşmiş

olan kararların kabul edilmesini istiyoruz). Şu halde tekrar ederek söyli-
yelim ki, fiiliyatta, *Quirites* hukukunun katı prensipleri kat'iiyen tatbik
edilmiyordu. Veyahut tam olarak değil de, «*viva vox iuris civilis*», yani
canlı hukukun yapıcı ve inşa edici unsurları ismini bihakkın almış olan
praetor'un, hukuk ilminin ve imparatorların faaliyeti ile tahdit edilmiş,
değiştirilmiş, düzeltilmiş bir şekilde tatbik ediliyordu.

**

Şimdi, mülkiyet hakkının suiniyetle istimalinin men'i meselesine
müteallik münakaşanın daima dayandığı metinleri tetkik edebilecek
vaziyetteyiz.

Fakat, çok eski bir meseleyi aydınlatması beklenen tarihî bir araştı-
mada, metinlerin tarih sırasını takip etmek faydalı olacaktır; zaten, bir
tebliğin icaplarına uyararak, bu metinlerin en mühimlerini belirtmek kâfi
gelecektir.

Quirites hukukunun esas prensibi, mülkiyet hakkının istimalinde her
hangi bir tahdit fikriyle şüphesiz kabili telif değildir. En geniş mânası
ile mâlikin maddî eşya üzerinde bir hâkmiyeti şeklinde görünen Romanın
mutlak mülkiyet mefhumuna göre, başkalarına zarar ıka etmek niyeti,
veya bir fayda yokluğu gibi sebeplere istinaden her hangi bir hak tahdidi
olamayacağına en ufak bir şüphe yoktur: «*qui suo iure utitur neminem
laedit*» (kendi hakkını kullanan başkasına zarar vermez). Bu, bütün Roma
hukuk tarihine hâkim olan prensiptir ve VI ncı asır müdevvenatına da
ilk bakışta hâkim görünür. Fakat bununla mesele halledilmiş değildir.
Zira, Roma hukukunun bütün tekâmülü, bilindiği gibi, kültür ve mede-
niyet terakkisinin, pratik ihtiyaçların, etik tesirlerin lüzum gösterdiği
ve magistralarla hukuk âlimlerinin ellerinde bulunan vasıtalara dayana-
rak koydukları istisnalar, yaptıkları tâdiller ve tashihler yoluyla olmuş-
tur. Böylece bütün hukuk sahasında, evveli emirde adaletin tevzii ile ve
sonra, ona tekabül etmekle beraber daha yavaş, fakat emniyetli bir
şekilde yürüyen, yeni hukukî kaide ve doktrinlerin teşekkülü ile beliren
devamlı bir hareket ve terakki görüyoruz. Hukukun inkişaf seyri, bilhassa
cumhuriyet devrinin son zamanlarında hayat üzerinde ve dolayısı ile
hukuk nizamı üzerinde tesir icra eden yeni âmil ve kuvvetlerin tazyiki
ile, sür'atlendi. Malûmdur ki, XII levha kanununda ve bütün *Quirites*
hukukunda kat'iiyen bilinmiyen psikolojik unsurlar, daha cumhuriyetin
son devirlerinden itibaren tesirlerini, gittikçe daha fazla, göstermeğe
başlarlar; bundan, hukukî şekillerin bünyesinde *culpa* (ihmal)'nın, *dolus*
(kast)'un tefrikleri, *bona ve mala fides* (hüsnüniyet ve suiniyet) üzerinde

mülâhazalar ve umumiyetle bütün müessese ve doktrinlerin inkişaf ve terakkisi için büyük bir kuvvet teşkil eden irade'nin ehemmiyeti gibi yeni mefhumlar doğru⁸.

Bu devirde felsefî doktrinlerin ve en ön safta Revakîliğin tesirinden de şüphe edilemez⁹.

Bunu tesbit ettikten sonra, *Quirites* hukuku prensiplerinin değişmezliğini ifade etmek, yersiz ve mânasızdır, çünkü münferit istisnalar, inkişaf, tezatlar, bütün sistemin ana prensiplerinin aşılmasına bir alâmettir.

Bu umumî mülâhazalardan sonra bahsimizde münakaşa götürmez bir ehemmiyeti haiz olan metinleri gözden geçirelim.

III

KLÂSİK METİNLERDE AEMULATIO FİİLLERİ YASAĞI

Zaman ve kıymet sırası ile birincisi Celsus'un meşhur parçasıdır: burada yeni müessesenin hareket ve istinat noktası olan veciz cümleyi okumaktayız:

fr. 38 D. 6, 1:

In fundo alieno quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablati, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.

8) Krs. *Mommsen*, Rom. Gesch., II, s. 459.

9) *Kübler*, Griech. Einflüsse auf die Entwickl. der röm. Rechtswiss., Atti Congresso Dir. Rom. 1933, cilt I, Roma, s. 92.

(Başkasına ait olduğunu bilmeden (hüsnüniyetle) satın aldığı bir arazi üzerinde inşaat yaptın veyahut ekin ektin, sonra da zapt (*evictio*) edildi: iyi bir hâkim şahıslara ve şartlara göre ayrı ayrı hüküm verecektir. Farzet ki mâlik te aynı şeyleri yapacaktı: araziyi geri almak için değerinin arttığı nisbette masrafları iade etsin; eğer araziye iltihak eden değer arazininkinden fazla ise sadece hakikî masrafları versin. Farzet ki mâlik fakirdir ve bunu sana iade etmeğe icbar edilince ecdadının mezarlarından mahrum olacaktır: o zaman sana, araziyi üzerinde inşaat yapılmadan önceki halinden daha fena vaziyete getirmeden, alabileceğin şeyleri almana müsaade etmesi lâzımdır. Filhakika eğer mâlik, zilyedin götürebileceği miktardan elde edebileceğini kendisine vermeğe razı ise, bunu yapabilmesini tensib ediyoruz; sana hiç bir menfaat getirmeyecek olduğu halde, meselâ divarı süsliyen resimleri kazıyıp tahrip etmek istemek gibi suiniyetli bir hareketine asla müsamaha edilmeyecektir. Farzet ki, bizzat mâlik, araziyi alır almaz derhal satacaktır: eğer, yukarıda söylediğimiz iadesi gereken masrafları iade etmek istemezse, o miktar tenzil edildikten sonra mahkûm edilirsin.)

Celsus, başkasının arazisi üzerinde inşaat yapmış olan hüsnüniyet sahibi zilyedi nazara alıyor. Mâlik araziyi zaptediyor. Zilyet hüsnüniyet sahibi de olsa, *ius civile*'ye göre, daha verimli olmasını temin için yaptığı masraflar mukabilinde bir şey istiyemez: çünkü burada *ius civile*'nin mutlak bir prensibi vardır: «*superficies solo caedit*» (üst araziye iltihak eder); binaenaleyh mâlik «*suum recepit*» (kendisine ait olanı almaktadır) ve kendisine ait olanı geri alırken hiç bir tâviz borcu yoktur: aynı mealde, Iulianus, *fr. 33 D. 12, 6*.

Fakat hukukun inkâr ettiğini *aequitas* (hakkaniyet) kabul eder; *aequitas* burada da hukuk nizamına ince bir adalet anlayışı ve hayat menfaatleri için daha elverişli, büyük bir terakki getirdi. Demek ki, üzerinde hüsnüniyet sahibi üçüncü şahsın inşaat yaptırdığı araziyi istirdat etmesi için, mâlikin, «*bonus iudex varie ex personis causisque constituet*» (iyi bir hâkim şahıslara ve şartlara göre ayrı ayrı karar verir) ölçüsünde bir ivaz vermesi *aequitas* tarafından şart koşuluyor. Eğer mâlik için böyle bir ivazda bulunmak güçse, hiç olmazsa zilyedin, mümkün olanı, tabî «*civiliter modo*» (münasip bir şekilde), alıp götürebilmesine müsaade edilmelidir; işte burada Celsus'un meşhur cümlesi görülüyor: «*neque malitiis indulgendum est... nihil laturus nisi ut officias*» (sana hiç bir menfaat getirmeyecek olduğu halde... suiniyetle bir hareketine asla müsamaha edilmeyecektir).

Bu demektir ki, zilyede verilen götürülebilecek (*civiliter modo*) şeyleri alma salâhiyeti, eğer hiç bir menfaati olmadan, yalnız arazinin sahibine zarar ika etmek niyetiyle yapılmışsa, hakkaniyete muhalif olacaktır¹⁰.

Bu salâhiyetin, kendisine faydalı olmadan, suiniyetle istimali men' edilmiştir. Scialoja, Celsus'taki misali tetkik ederken, metnin mülkiyet hakkının istimaline bir hudut koymadığını, bilâkis mâlike karşı bir hakkı olmayıp, *aequitas*'ın kendisine verdiği salâhiyete sahip olan zilyedin bu salâhiyetini tahdit ettiğini ileri sürüyor. Scialoja bundan, Celsus'un cümlesinin, mülkiyet hakkının istimaline ağır bir şekilde hudut koyan doktrine bir esas olamayacağı neticesine varmakta ve böylece de doktrini, *Glossator*'lardan beri en sağlam mesnetlerinden birinden mahrum etmiş olduğunu sanmaktadır.

Tabii Scialoja'nın verdiği klâsik metnin bu tefsiri itiraz kabul etmez. Fakat bu münasebetle iki şeye işaret etmek icap eder. Birincisi, Iustinianus hukukunda hüsnüniyet sahibi ve hattâ suiniyet sahibi zilyedin, zarurî ve faydalı masraflarını geri almak için *actio*'lu bir hakka sahip olmasıdır. «*Ius tollendi*» (alıp götürme hakkı) nin istimali de artık dâvası olan bir hakka istinad eder. Klâsik devirden Iustinianus devrine kadar olan bu inkişaf bir çok noktalarda çok ehemmiyetlidir ve artık şüphe götürmez¹¹. Klâsik hukukta «*exceptio doli*» (hile def'i) yoluyla yapılan *praetor* himayesi, bilâhara *ius civile* ile *ius honorarium*'un birleşmesi neticesi, bir *ius civile* himayesi halini aldı ve geri kalan bütün *praetor* vasıtaları da *ius civile*'ye dahil oldu.

Bu müşahededen, Iustinianus hukukunda Celsus'un çizdiği «*neque malitiis indulgendum est*» (suiniyete müsaade edilmeyecektir) tahdidinin, *aequitas*'ın tanıdığı bir salâhiyete değil, bir hakkın istimaline sınır koyduğu anlaşılır.

Celsus'un metninin kıymeti, hukukun inkişafı sebebiyle, bu istikamette, tabii arttı.

Celsus'un 38 inci parçasının, Iustinianus hukuk sisteminde hakkın suiniyetle istimalinin tahdidi doktrinine temel olabilecek bir kudreti haiz bulunduğunu, her hangi bir müfessirin kabul etmesi icap eder; bir azdan göreceğiz ki, bazı klâsik hukukçularda bu hududu, mâlike tahmil etmişlerdir. Burada, Celsus'un yukarıda zikredilen ve bizi alâkadar eden parçasında *interpolatio* olmadığına da işaret etmek isterim. Metinde, daha önce

10) Celsus'un metninin tefsir ve tenkidi için bk. *Riccobono*, Dal diritto romano classico al diritto moderno, s. 358 ve d.; *Kreller*, op. cit. s. 17.

11) Krs. *Riccobono*, op. cit. s. 445 ve d.

gelen «*constituimus ... potestas*» kısmı hiç şüphesiz bir ilâvedir. Son senelerde bazıları, «*neque malitiis ... officias*» kısmına da, *interpolatio*'ya maruz kalmış diye hücum ettilerse de bu iddia tamamen asılsızdır ve sadece, kendilerine bu kadar sıkıntı veren bir metnin ortadan kalkmasını menfaatlerine uygun bulan doktrin muhaliflerinin içinde buldukları güçlüğü gösterir. Celsus'un uslûbu ile âşinalığı olanlar bilirler ki bu cümle, filologlar tarafından da tebarüz ettirilmiş olduğu gibi, ince ve keskin görüşlü muharririn âşikâr ifade tarzını taşır¹².

İkinci müşahede, zamana ve derpiş ettiği mevzua göre, Romalı hukukçunun noktai nazarının kıymet ve şümülüne mütealliktir. Denildi ki, hukukçunun ileri sürdüğü bu kadar geniş mahiyette ahlâkî bir sebebin hukukî kıymeti olamaz; hattâ ekseriya bu gibi sebepler enfüsî ve yanlışlıklar, veyahut hiç değilse, yalnız bahis mevzuu olan hususî hale münhasır kalırlar¹³.

Bu hüküm hakikaten gariptir; elbette ki, Roma hukukçularının ahlâkî içtimaî ve iktisadî sebep ve mütalâaları, hukuk kaidelerini temsil etmeseler bile, zamanlarını, içinde yaşadıkları o cemiyetin görüş ve hissediş tarzlarını aydınlatan ışıklardır ve yalnız münferit kararlar üzerinde değil, fakat hukukî kaidelerin inkişafında, yerleşmesinde ve teşekkülünde işliyen unsurlar olarak şüphe götürmez bir kıymet taşırlar. Münakaşasına imkân olmıyan bu vaziyet sırf mer'î hukukun alelâde tefsircileri olmıyan, fakat aynı zamanda «*auctores iuris*» (hukuk yaratıcıları) gibi daha yüksek bir fonksiyonu üzerlerine alıp başaran hukuk âlimlerinin mahiyet ve faaliyetlerinin bir neticesidir. Zaten Roma hukuk ilmi, hukukun kaynaklarından biridir: Gai 1, 2.

Ius tollendi'nin istimali üzerinde bu nevi bir tahdidin, ahlâkî ve aynı zamanda iktisadî bir sebeple, *Proculianus*'lar Mektebinin yeni bir doktrinine dayanarak çıkarılan *ius civile*'ye aykırı bir kararda kendiliğinden ve daha kuvvetle ortaya çıkacağı ve tahdidin tahakkukunun da, *exceptio doli*'ye istinad eden *bonus iudex*'in — Cicero buna «*magnus iudex*» derdi — anlayışına bırakılacağı tabii idi.

**

Tetkik edilen doktrin münasebetiyle zikredilmeyen üç metinde, Celsus'taki *aemulatio* fiillerinin men'ine esas olan şartlardan birisine

12) *Kalb*, Röm. Iuristen, v. s., 1890, s. 48.

13) Bu fikirde olan *Bonfante* (op. cit. s. 298): «Vazı kanunun mucip sebepleri... tanzim edilen münasebeti bu derecede aşan hukuk prensipleri haline getirilemezler» demektedir.

intibak etmeleri dolayısıyla, nazarı itibara alınmaya değer cümleler vardır.

Birincisi Paulus'un *ad Neratium* 3 üncü kitabında zikredilen Neratius'un parçasıdır:

fr. 63 D. 24, 1

De eo, quod uxoris in aedificium viri ita coniunctum est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse, quia nulla actio est, ex lege duodecim tabularum, quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent.

(Karıya ait malzeme kocanın binasına, ayrıldıkları vakit bir işe yarıyacak şekilde eklenmiş iseler, karının dâva hakkı olduğu kabul edilir. Zira *decemvir*'lerin, başkasının binasına kendi iradeleri ile malzeme ekleyen kimseleri nazarı itibara almış olmaları muhtemel bulunmadığından, on iki levha kanununda buna müteallik hiç bir dâva yoktur).

Burada, kadın tarafından kocaya bağışlanan ve kocanın evine eklenmiş bulunan menkul bir maldan bahsedilmektedir. Eşler arasında hibe yasak olduğuna göre, kadının bağışlamış olduğu şeyi bu vaziyette nasıl geri alabileceği meselesi düşünülmektedir. XII levha kanunu, bilindiği gibi, binalara eklenen şeylerin ayrılmasına müsaade etmez. Fakat *Proculianus*'lar, Labeo'yu takiben, *decemvir*'ler kanununun dar mânada bir tefsirini müdafaa ederek, eğer eklenen şey, mes. kapı, pencere, mermer gibi, ferdiyetini muhafaza edebiliyorsa esas şeyden ayrılacaklarını kabul etmişlerdi. Öyle ki, Proculus Mektebinden olan Neratius kadının o şeyi, esas malı bozmadan ve kendi menfaati olmak şartı ile geri alabilmesine imkân veren bir *actio* — şüphesiz *actio ad exhibendum* — tanıyor: «*ita... ut detractum alicuius usus esse possit; dicendum agi posse*» (ayrıldığı vakit bir işe yarıyacak şekilde ise, dâva hakkı verildiği kabul edilir.).

Şu halde burada, Celsus'un fr. 38 de tetkik ettiğimiz şartı yeniden görünüyor; yâni bir şeyin mâliki de, eğer o şeyi ayırırken kendisinin hiç işine yaramıyacak kadar onu tahrip edecekse, ayırma hakkını istimâl edemez. Dikkat edilsin ki, verilen misalde Proculus Mektebinin sâlikleri, eşler arasında hibe verme yasağına istinaden ayırmaya müsaade etmişlerdi; fakat eğer hibeyi yapan, sırf fenalık olsun diye, kendi menfaati olmadan bu ayırmayı yapmak istiyorsa, müsaade ortadan kalkmaktadır¹⁴.

14) Glossator'lar tarafından tâdil edilmiş olduğu muhakkak olan bu parçanın tefsirleri için bk. *Riccobono*, Arch. Giur. LIII (1895) ve LIV, ss. 261-281.

Ulpianus'un Marcellus'a atfen zikrettiği şu metinde buna benzer başka bir husustan bahsedilmektedir:

fr. 43, 1 D. 30

Marcellus etiam scribit, si maritus diaetam in uxoris hortis quos in dotem acceperat, fecerit, posse eum haec detrahere, quae usui eius futura sint, sine mulieris tamen damno.

(Marcellus'un yazdığına göre eğer koca, karısının cihaz olarak kendisine getirdiği bahçe üzerinde inşaat yapmışsa, kendisine faydalı olabilecek olan şeyleri ayırıp alabilir; mamafih karının bundan bir zarar görmemesi lâzımdır.).

Burada da mâlikin bir fayda temin etmesi şartıyla, ayırmak müsaadesi vardır. Metnin klâsik olduğu muhakkaktır, zira Ulpianus bunu aynen bir de *ad edictum*'un 17 nci kitabında zikretmektedir: *fr. 45 D. 24, 1*.

Son metin, herkes tarafından teslim edildiği veçhile Iustinianus yapıdır. Yine cihaz malı üzerinde lüks masraflar yapmış olan kocaya verilen «*ius tollendi*» bahis mevzuudur. Bunun da son kısmında kesin bir had konmaktadır.

fr. 9 D. 25, 1

Ita enim permittendum est marito auferre ornatum quod posuit si futurum est eius quod abstulit.

(Koca'ya koymuş olduğu süsü geri almak müsaadesi, bu aldığı şey kendisine bir fayda temin edecekse, verilecektir).

Bu şartla, Celsus'un yukarıda tetkik ettiğimiz *fr. 38* deki hududu aynen vaz'ediliyor.

Müfessirler «*futurum est eius*» (kendisinin olacaksa)'un «*profuturum eius*» (kendisine bir fayda temin edecekse) mânasına geleceğini, hattâ o yolda tashihi icap ettiğini gördüler; yani ayırma muamelesi bunu yapmanın bir menfaati olmak şartı ile mümkün olabilecektir.

Bu bakımdan, zikredilen üç metin, hakkın istimali doktrininde nazarı itibara alınmağa lâyıktır.

Belki zikredilen parçaların *aemulatio* fiillerini alâkalandırmıyacağı, çünkü bunlarda suiniyet değil fayda mevzuu bahis olduğu ileri sürülebilir. Fakat ben, bu ince farkın Celsus'un metni ile, Neratius, Marcellus ve Iustinianus'un metinleri arasında mevcut olmadığını, çünkü, her halde bir hakkın istimalinin men'i doktrininin istinad ettiği esas şartın, bir

fayda yokluğu olduğunu zannediyorum; zaten işte o zaman, mâlikin ve daha umumî olarak hak sahibinin *actio*'su, ziyan görenin talebi üzerine sevk edilmiş olsa dahi, ancak hasım tarafa zarar vermek ve eziyet etmek niyeti ile taayyün edebilir. Fakat suiniyetle menfaat yokluğu arasındaki münasebetten, daha ileride, doktrini alâkadar eden bütün parçaları gördükten ve tetkik ettikten sonra bahsedeceğiz.

**

Gaius *institutiones*'inin 1. 53 ünde «*male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio*» (haklarımızı kötü şekilde kullanmamalıyız; bu sebeple müsrifler, mallarının idaresi hususunda hacir altına alınırlar) vecizesi zikredilir.

Bu söz, mâlikin sebepsiz yere kölesini öldürmesinin Antoninus Pius tarafından yasak edilmiş olması münasebeti ile söylenmektedir.

Iustinianus *institutiones*'inde (§ 2 I. 1, 8) aynı söz, Antoninus Pius'un kölelere fena muamele edilmesine müteallik daha umumî yasakların bir neticesi olarak, ufak bir değişiklik ile zikredilmiştir; bu emirle, kölelere işkence eden mâliklere, onları münasip ve uygun bir fiyatla satmaları mecburiyeti yüklenmişti. Iustinianus: «*expedit enim reipublicae ne quis re sua male utatur*» (hiç kimsenin malını fena bir şekilde kullanmaması Devletin menfaatinedir), diyor¹⁵.

Aynı vecizenin değiştirilmesi ve araya başka cümleler konması, Iustinianus'un, mülkiyetin iyi istimâli bahsinde, bilhassa âmme menfaati fikrini ilâve etmesi bakımından, ehemmiyetten âri değildir.

Her iki metin de çok umumî mahiyette görülerek, hukukî kaide vasfını haiz olmadıkları ve bu sebeple ekseriya tehlikeli ve hattâ yanlış oldukları söylenerek, kıymetten düşürülmek istenmiştir (Scialoja, Bonfante). Bahis mevzuumuz olan vecizeye atfen yapılan bu tenkit hakikaten mübalâğalıdır. Filhakika bu söz mâlikin, başkalarının ziyanını mucip olacak şekilde ve umumun menfaati hilâfına mallarını keyfî bir surette kullanmasını kabul etmiyen medenî bir cemiyetin daha yeni ve yüksek ihtiyaçlarını karşılayan bir sözdür.

Zaten Gaius'un, bu sözü kıymetlendirmek için verdiği misal şayanı dikkattir: aile efradının zararını mucip olacak şekilde mamelekini akılsızca telef eden müsrifin hacir altına alınması, *Quiritis* hukukuna bile

15) Bu metin üzerine aynı zamanda bk. *Steinwenter*, Festschrift Koschaker, cilt I, s. 96.

ithal edildi. Bu karşılaştırma, yasak çok istisnaî ve çok hususî hallere müteallik olsa bile takdir ve dikkate şayandır.

Daha ilerlemiş zamanlarda, aile menfaati ile bütün cemiyetin menfaati eşit hale geldi; zaten patriyarkal bir cemiyette yegâne mümkün olan aile grubu himayesinin, hukukî müesseselerin gelişmesi kanununa uyarak, yavaş yavaş bütün cemiyete teşmil edileceğini kabul etmiyen hiç kimse yoktur. Saniyen, mülkiyet hukukunu sınırlamaya doğru atılan ilk kararlı adımın, stoik doktrinlerin tesiri atında gittikçe mal değil de insan telâkki edilen, Seneca ve Plinius'un «*amici*» (dost), «*quasi cives domus*» (âdetâ evin vatandaşları) dedikleri kölelere karşı duyulan insaniyet hisleriyle taayyün etmiş olması tabiidir.

Binaenaleyh Scialoja'nın, bu metinler bir şey ifade etmez, demesi şayanı hayrettir; çünkü bu metinlerde, *dolus* (suiniyet) zikredilmemişse de, istimâlin kötü bir şekilde (*male*) yapıldığı, menfaat bulunmadığı ve mülkiyet hakkının suiistimalinden doğan, bir cemiyete ziyan verme hâdisesinin mevcudiyeti kabul edilmiştir.

Bundan dolayı bu metinler, imparator emirnameleri ve hukukçu vecizelerinin ilk devirlerini temsil ettikleri yasak doktrininin inkişafı ve kazaî tekâmülü için, büyük bir tarihî kıymeti haizdirler. Filhakika bunlar münferit tatbikat hallerinden ibarettir ve her zaman olduğu gibi ilk olgun tohumları, ilk yeni temayül emarelerini, *Quirites* hukukunun sert ve kuvvetli an'anesini yavaş yavaş kemiren, pratik ihtiyaçların ve etik doktrinlerin ortaya koyduğu, gelişmiş bir içtimaî hayatın anlayışlarını ihtiva ederler.

**

Sular mevzuu, hakkın suiistimalinin önlenmesi doktrinindeki inkişafı daha açık ve mükemmel bir şekilde gösterir. Filhakika *Digesta*'daki *De aqua et aquae pluviae arcendae*, 39,3 faslında bulunan metinlerin çok mühim ve kat'î olduklarında herkes müttefiktir.

Bu metinleri burada tetkik ederken tenkidî bir tahlillerini yapmağa lüzum yoktur. Muhtevaları herkesce malûmdur; yalnız doktrinimiz bakımından hukukçuların münakaşalarını daha derinden görmek lâzımdır. Şimdiden söyleyelim ki, Celsus'un kat'iyetle ifade ettiği *ius tollendi* nin suiniyetle kullanılması yasağı ile sular mevzuuna müteallik yasak arasında, şimdiye kadar tebarüz ettirilmemiş olan sıkı bir münasebet vardır; bu münasebet imparatorluğun birinci asrında yaşıyan iki hukuk Mektebi arasındaki sert bir ihtilâfa bağlıdır. İhtilâf ise, her iki meseleyi de, birisi

şekilci (*Sabininai*) ve diğeri daha ileri (*Proculiani*) bir anlayışla kavramaktadır.

İki mesele arasındaki rabitanın neden ibaret olduğu ileride daha iyi anlaşılacaktır.

Şimdilik metinlerin tetkikine geçelim:

fr. 1 § 11 D. 39, 3.

Idem aiunt aquam pluviam in suo retinere vel superficientem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse (prodesse enim sibi unusquisque dum alii non nocet non prohibetur) nec quemquam hoc nomine teneri.

(Keza yağmur suyunu kendi arazisinde tutmanın veya, bir tesisat yapmamak şartı ile, komşu araziden kendisinininkine akıtmanın mümkün olduğu söylenir; bu, herkese ait bir haktır (zira bir kimsenin başkasına zarar vermeden her hangi bir şeyden faydalanması yasak değildir) ve bu sebeple kimse mesul olmaz).

§ 12. *Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avrtit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.*

(Nihayet Marcellus'un yazdığına göre, kendi arazisini kazarken komşunun kaynağını kendi arazisine akıtan kimseye hiç bir dâva, hattâ *actio de dolo* dahi açılmaz: hakikaten bunu komşuya zarar vermek için değil de kendi arazisini daha iyi vaziyete getirmek için yapmışsa kendisine dâva ikame edilmez).

Fikirleri burada Ulpianus tarafından nakledilen Cassius ve Sabinus, mâlikin, yağmur suyunu kendi arazisinde saklıyabileceğini veya komşunun arazisinden, onun mülkünde bir eser meydana getirmemek şartıyla, kendisinininkine akıtabileceğini ve bunu yaparken de *actio aquae pluviae arcendae*'ye maruz kalmıyacağını söylüyorlar: bk. § 8.

Marcellus, bir kimse kendi arazisini kazarak komşusuna ait bir su kaynağının damarlarını keserse, *actio aquae pluviae arcendae* ile ve hattâ *actio de dolo* ile takip edilemeyeceğini ilâve ediyor.

Zikredilen hallere *actio aquae pluviae arcendae*'nin terettüp etmemesi tabiidir; çünkü bu dâva, yapılan bir tesisle yağmur suyunun tabii seyrini, komşuya ziyan verecek bir şekilde bozmayı men'etmeğe mütealliktir.

Yukarıdaki hallerde böyle bir şey yoktur; burada ya suyu kendi arazisinde tutmak, ya yukarı araziden aşağı araziye akan suyu kullan-

mak, veyahut komşu arazide toplanan suyu, kendi razisinde yapılan bir çukura nakletmek halleri vardır.

Hiç şüphe yok ki Marcellus'un tetkik ettiği bu son hal en ehemmiyetlisidir.

Eğer mâlik kendi arazisindeki kazıyı, sırf komşu arazideki suyu kaçırmak için yapmışsa, ne denilecektir?

Bu noktada metin karışıktır: *et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendo id fecit* (hakikaten bunu, komşuya zarar vermek için değil de kendi arazisini daha iyi vaziyete getirmek için yapmışsa kendisine dâva ikame edilmez).

Mommsen bu geçidi şöyle düzeltiyor: *et sane non debet habere* «*nec de dolo actionem*» (hakikaten... kendisine «*actio de dolo bile*» ikame edilmez).

Mommsen'in bu gibi tashihleri hemen daima keyfidir ve bugün metnin bu yolda bağlanılışının tamamen bir *interpolatio* eseri olduğu malûmdur.

Hal böyle iken, yukarıda söylenen muhtelif halleri tetkik ettikten sonra, çukurun kazılmasının mâlike bir faydası olmaksızın, yalnız komşunun su yollarını kesmek gayesi ile yapılmış olması ihtimalinde, Marcellus'un bir *actio de dolo* tanımak istemiş olması reddedilemez.

Başka tâbirle, demek istiyorum ki, *actio de dolo*'yu kabul edip etmeme hallerini derpiş etmek için, birbirine zıt görüşler ve münferit hallere müteallik çeşitli kararlar ileri süren Marcellus'un yazısı, kompilatörler tarafından: «*si non animo vicino nocendi ... id fecit*» (yaptığını komşusuna zarar vermek niyetiyle yapmamışsa) şeklindeki bir hukuk kaidesi içinde hülâsa edildi.

Görüldüğü gibi bu mevzuda Marcellus, Celsus'un doktrinini takip etmektedir.

Bundan başka ve bilhassa, Ulpianus'un bu parçada yalnız Sabinus ve Cassius'a izafe edilen kararları zikrettiğine ve onlara Marcellus'un *actio de dolo*'ya müteallik fikrini ilâve ettiğine işaret etmek lâzımdır. Halbuki Roma hukukçuları, iki Mektep şefinin — Sabinus ve Cassius — isimlerini daima iki Mektep arasında bir ihtilâf mevcut olan meselelerde zikrederler. Böyle Gaius, «Sabinus et Cassius»'u, her defasında *Proculianus*'lar ile ihtilâf halinde olan doktrinler dolayısıyla on bir defa zikreder¹⁶. Bu iki isim, oradaki fikrin bu iki hukukçuya değil, temsil ettikleri Mektebe ait olduğunu gösterir.

16) Gaius'taki parçalar şunlardır: I, 196; II, 79, 154, 178, 195, 244; III, 133; IV, 79, 114, 170 (eksik). Eğer ihtilâf vekâlet hudutlarının aşılması münasebetiyle belli olmuyorsa (III, 161), bu ihtilâf 4 D. 17, 1 Gaius II rer. cott. ve 41 D. 17, 1'de görülmektedir. Bazı defalar iki Reisin isimlerinin zikredilmeleri bunlar tarafından

Metnimiz, Marcellus'un *actio de dolo*'yu kabul etmek suretiyle Sabinus Mektebi taraftarlarından ayrıldığı şüphesine yol açtığından, bu fikrin tebarüz ettirilmesi çok ehemmiyetlidir.

Filhakika, yukarıda Labeo taraftarlarının *ius tollendi*'yi, binalara ekli şeylerin ayrılmaması prensibine sadık olan *Sabinianus*'lara muhalif olarak, kabul ettiklerini söyledik. Iulianus'un otoritesi ile (krş. 59 D. 6, 1), eşyanın binadan ayrılmaması prensibi, klâsik devrin son hukukçuları Ulpianus ve Paulus'a kadar devam etti. Fakat Proculus Mektebinden olan Celsus ve Neratius, bildiğimiz gibi, ayrılan şeyin *ius tollendi*'yi istimâl edene faydalı olabilmesi şartıyla, ayrılma prensibini kabul etmektedirler: *fr. 38 D. 6, 1; fr. 63 D. 24, 1*. Marcellus ta *ius tollendi* meselesinde, *Sabinianus*'ların aksine, aynı fikirde idi. Su damarlarının kesilmesi meselesinde Marcellus mülkiyet hakkının istimâlinde fayda prensibini esas şart olarak kabul ettikten sonra kendi arazisinde kazı yaparak komşu suyunu kesmenin, bir menfaat varsa kabul edilebileceğini¹⁷, menfaat yoksa, sırf ziyan vermek gibi fena bir niyetle asla kabul edilemeyeceğini ifade etmiş olsa gerektir.

Bu ikinci farzide hukukçunun *actio de dolo*'yu kabul etmesi lâzımdı. Şu halde metnin sonundaki *interpolatio* yalnız şekli bir değişiklik yapmaktadır, ki bu da Iustinianus'un eserinde çok rastlanan bir haldir.

Değiştirilen metinde Celsus'un: «*nihil laturus nisi ut officias*» (sana hiç bir menfaat getirmeyecek olduğu halde) cümlesinde rastladığımız her iki unsuru da aynen bulmamız şayanı dikkattir.

Fakat burada mümkünse *Sabinianus*'ların bu hususî meseleye müteallik muhalefetini gösteren bazı unsurlar bulmak icap eder. Ve ben, *fr. 55 D. 50, 17*'de bunlardan gayet mânidar birisini bulduğumu sanıyorum: *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur* (kendi hakkını kullanan, suiniyetle hareket etmiş sayılmaz).

Söz, Gaius'tan alınmıştır ve Gaius, hakkını kullanan mâlike karşı *actio de dolo*'nun kullanılabileceğini asla kabul etmiyen seleflerinin mukallidi ve en sadık bir Sabinus Mektebi taraftarıdır. Şüphesiz bu esbabı mucibe Marcellus'un nazara aldığı hale tamamen intibak etmektedir¹⁸.

ileri sürülmüş yeni bir fikrin veya doktrinin mevcudiyetini gösterir; ezcümle Papinianus, 4 D. 8, 1. Bu müşahede şimdi *Pringsheim*, *Studi in onore di Besta* cilt I, s. 368 ve d. nda (1938) mezkûr vekâlet hudutlarının aşılmasına müteallik ihtilâf dolayısıyla Gaius'un III, 161 indeki eksiklik münasebetiyle, daha geniş izahatla yapılmıştır. Bu mevzuda bk. *Riccobono*, *Festschrift Koschaker*, cilt II, s. 381.

17) Krş. 26 D. 39, 2; burada Proculus'un bir kararı zikredilmektedir: ... *Quia non debeat videri is damnum facere*; ayrıca aynı faslın 24 § 12 si ve 21 D. 9, 3.

18) Vecizenin umumî değeri hakkında yukarıda s. 352 de söylenene bk.

Bu vaziyette iki Mektep arasındaki ihtilâf bütün açıklığı ile meydana çıkmaktadır: *Sabinianus*'lar, sebep ve neticesi ne olursa olsun, mülkiyet hakkına hiç bir tahdit kabul etmiyorlardı; *Proculianus*'lar ve Marcellus ise, tetkik edilen hususlarda menfaatsiz ve *animo nocendi* (zarar vermek niyeti ile) hakkın istimâlini men'ediyorlardı.

İki Mektep arasındaki ihtilâfın kökü, böyle, mülkiyet hakkını kavrayan esas bir prensip üzerinde olunca, tarafların, noktai nazarlarını kuvvet ve şiddetle müdafaa ve muhafaza edeceklerini anlamak ta kolay olur. Diğer taraftan, klâsik devirde mâlikin mutlak hak ve hürriyetini koruyan gelenek kuvvetine ve *ius civile* sisteminin dar mantığına dayanan *Sabinianus*'lar doktrininin hâkim olması lâzım geldiği de kolaylıkla kabili izah olur.

Fakat sonunda, Iustinianus müdevvenatında görüldüğü gibi, *Proculianus*'ların doktrini, *ius tollendi* (malını alıp götürme hakkı)'nin kabulünde olsun, mâlikin menfaati olmadan ve *animo nocendi* (zarar verme niyeti ile) hareket etmek suretiyle hakkın istimâlinin tahdidinde olsun, galebe çalmağa muvaffak olmuştur: yani Celsus'un kat'î ifadeli cümlesini tekrarlıyalım: *nihil laturus nisi ut officias* (sana hiç bir menfaat getirmeyecek olduğu halde).

Her iki husus — *ius tollendi* ve başkasına ait su damarlarının kesilmesi — arasında bir münasebet mevcudiyetinin muhtemel görünmesi bize, klâsik devirde hukuk mekteplerinin şiddetli çarpışmaları arasında ilerliyen hukukî inkişafın esaslı ve mühim bir noktasını göstermektedir.

Ihtilâfta, mülkiyete müteallik iki anlayış tarzı karşı karşıyadır; bunlardan, an'anevî, sert, mutlak olanı *Sabinianus*'lar, daha yumuşak ve tahdit kabul edeni ise *Proculianus*'lar tarafından müdafaa edilmişlerdir. *Sabinianus*'lar «*superficies solo cedit*» (üst toprağa iltihak eder) prensibini ihlâl eden *ius tollendi*'yi *totis viribus* (bütün kuvvetleriyle) reddediyorlar, mâlike karşı *actio de dolo*'nun ikame edilebilmesini kabul etmiyorlar, çünkü kendi hakkını istimâl eden bahis konusu iken, suiniyet, zarar ve cebirden bahsedilmesini mânasız buluyorlardı.

Netice olarak, tahlil ettiğimiz *fr. 1, 12 D. 39, 3*'de, değiştirildiği muhakkak olan *si non id fecit* cümlesi ile Iustinianus'un kabul ettiği *actio de dolo*, bizzat klâsik hukuk ilminden, yani menfaati olmadan ve yalnız komşuya zarar vermek için gayrimenkulünde çukur kazan mâlik halinde *Sabinianus*'ların kararına itiraz eden Marcellus'tan neşet etmektedir.

Proculianus'ların noktai nazarları hukukun ana prensiplerine aykırı değildi. Gerek âmme hukukunda, gerek hususî hukukta beliren yeni gayeler ve ihtiyaçlar karşısında «*de dolo*» (suiniyete, hileye müteallik)

formülü sayesinde büyük bir hız alan hukuk inkişafına mükemmelen cevap vermekteydi.

Scialoja bile bu *actio*'nun kabul edilmiş olabileceğini inkâr edemiyor.

Fakat ben diyorum ki, Iustinianus'un teşriî bir gaye ile değiştirmiş olduğu bir metin karşısında, münakaşalı da olsa, klâsiklerin *actio de dolo*'yu kabul etmekte öncü olduklarını reddetmek kolaylıkla mümkün olamaz.

Zaten nerede Iustinianus'un bir *interpolatio*'su varsa, orada teşriî bir yenilik görmek, bugünkü tenkitçilerin müşterek bir hatası halindedir. Tecrübelerin bize gösterdiği hiç te böyle değildir. Esasen artık bu nevi iddialar, kurumuş yapraklar gibi dökülmeye mahkûmdurlar.

fr. 2 § 9 D. 39, 3.

Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.

(Keza Labeo'nun dediğine göre, eğer komşu suyun cereyanını, diğerrine akımayacak şekilde değiştirecek olursa ve bu, komşusuna zarar verecek bir tarzda yapılmış olsa dahi, kendisine karşı *actio aquae pluviae arcendae* ikame edilemez. Zira suyun yolunu çevirmek (*arcere*), taşmasına mâni olmaya çalışmaktır. Bu noktai nazar en doğrusudur, ancak sana zarar vermek niyetiyle değil, kendi zararını önlemek niyetiyle yapılmış olmalıdır).

Labeo, komşusunun kullandığı suyun yolunu çevirerek onu sudan mahrum eden yukarı arazinin mâlikine karşı *actio aquae pluviae arcendae*'nin kabul edilebileceğini reddediyor. Metin, bir ilâve olan, *quae ... nocet* cümlesi ile kapanıyor.

Herkesin kabul ettiği gibi, bu son kısımda bir *interpolatio* olduğu muhakkaktır. Fakat yeni bir görüş ifade ediyor mu? Üzerine dikkati çekmeğe cesaret edeceğim «*verior*» (en doğrusu) kelimeleri gayet mâni dardır. Ekseriya *magis* (daha büyük), *melius* (daha iyi), *verius* (daha doğru) v.s., bütün mukayese sıfatları gibi bu da, eserlerine sarîh ve kat'î ifadeler koymakta fayda gören derleyicilerin, Roma hukukçularının ihtilâflarını kapatmalarına yaramaktadır.

Şimdi mesele, diğer hukukçuların Labeo'ya karşı ifade ettikleri ikinci fikrin ne olduğunu aramağa inhisar etmiş oluyor. Ben bunun, *interp.* olan ibarede, yani komşuyu sudan mahrum ederek mutazarrır etmek niyetiyle su yollarını kesen ve bunda bir menfaatleri olmıyan kimseler aleyhine

bazı hukukçuların, Marcellus gibi, *actio de dolo*'yu kabul etmelerinde bulunması lâzım geldiğini zannediyorum. Tecrübeler bize gösteriyor ki, çok defa derleyiciler, klâsik metinleri, içlerindeki ihtilâfları kaldırmak ve metin muhtevasını daha bâriz bir vaziyete getirmek için hülâsa etmek usulüne başvururlardı. Tabii bir çok yerlerine dokunulmuş olan metin muhtevasının yeniden terkibi için bir çok tefsir ve tahminler ortaya atıldı. Fakat ben bu denemelerden hiç birisinin tatminkâr olduğunu zannetmiyorum¹⁹.

fr. 2 § 5 D. 39, 3.

Item Varus: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius extat; quod si extet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non extat, agi posse, ut reponatur. nam hac actione neminem cogi posse ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellet facientem, quod iure facere possit. Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agrus eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, et si iure deficiamus.

(Keza Varus; suların tazyiki ile komşu arazide bulunan bir set yıkıldı ve bu sebeple yağmur suları bana zarar vermektedir. Varus diyor ki: eğer set tabii idiyse yeniden inşası veya inşasına müsaadesi için komşuyu *actio aquae pluviae arcendae* ile zorlayamam; hattâ set sun'î olup ta yapıldığı zamanın veya yapanın hâtırası kalmamışsa da yine aynı fikirdedir; eğer kimin yaptığı belli ise o zaman komşu *actio aquae pluviae arcendae*'ye mâruzdur. Fakat Labeo'ya göre eğer set sun'î ise, yapanın hâtırası kalmamış olsa dahi yeniden inşası için dâva açılabilir. Her ne kadar bu dâva ile hiç kimse bize faydalı olacak bir şey yapmaya icbar edilemezse de, hiç olmazsa bize zarar vermemesi veya hakkımız olan şeyi yapmamıza mâni olmaması temin edilir. Mamafih, *actio aquae pluviae arcendae*'ye sahip olsam bile, seddi yeniden inşa ettirmek istediğim takdirde, komşuya karşı bir *actio utilis* veya *interdictum*'a sahip olurum, çünkü bunu yapmak benim için çok faydalı, komşum için ise hiç bir zararı mucip değildir: hukukun bize vermediği bu salâhiyeti, hakkaniyet mümkün kılar).

19) Metnin oldukça uzun bir tetkiki şimdi *Kreller*, op. cit. s. 23 ve d. nda.

Burada suların hızından yıkılan bir set'ten bahsediliyor. Bu yüzden de komşunun arazisine su girmekte ve zararı mucip olmaktadır. Zarar görenin, içinde set bulunan arazi sahibini, o seddi tâmir etmeğe, hiç olmazsa tâmirine müsaade etmeğe zorlamak için bir dâvası var mıdır?

Cumhuriyet devrinin hukukçuları bu meseleyi incelemişlerdir. Varus, eğer set tabiî ise veya hâtırası kaybolmuş bir zamanda inşa edilmişse, zarar gören tarafın diğer arazi mâlikine karşı *actio* ikame edemiyeceğini, fakat eğer set malûm bir zamanda inşa edilmişse, ikame edebileceğini söylemişti.

Halbuki Labeo, set sun'î ise, ne şekilde olursa olsun, hatırlanmayan bir zamanda inşa edilmiş bile olsa, *actio* hakkı tanıyordu; ancak diğer taraftan, anlaşılıyor ki, dâvayı «*patientiam praestare*» (tahammül etmek, müsaade etmek) ile tahdit etmekte idi; krş. 1 § 23 D. 39, 3; 11 § 6 D. 39, 3.

Tabiî, hukukçuların bahsettiği *actio*, *actio aquae pluviae arcendae* olamaz, zira Labeo bu dâvayı, müteakip esbabı mucibe ile burada reddetmektedir: «*næm hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat*» (her ne kadar bu dâva ile hiç kimse bize faydalı olacak bir şey yapmaya icbar edilemezse de hiç olmazsa zarar vermemesi...).

Fakat metin burada hakikaten vâzih değildir; bundan dolayı da tefsirleri muhtelif şekillerde yapılmıştır. Perozzi'ye göre son kısım tamamen *interp.*'tir. Fakat bu iddia aşırıdır. Hiç kimse cümle yapısının «*restituere*» kelimesine kadar hukukçu Paulus'a ait olmadığını kat'iyetle iddia edemez. Paulus burada bir *utilis actio aquae pluviae arcendae* veya bir *interdictum* tanınmasının mucip sebebini söylüyor. Bizim de elimizde bu metnin saf olduğunu iddia edebilecek unsurlar vardır. Evvelâ, *fr.* 1 § 23 D. 39, 3'teki «*... in quam rem utilam actionem habemus vel interdictum*» (burada bir *actio utilis*'imiz veya bir *interdictum*'umuz vardır) cümlesinde, *actio aquae pluviae arcendae*'nin bahis mevzuu olamayacağı haller için bu iki hukukî vasıtaya müracaat edilebileceği söylenmektedir. Bu metne müteallik *interpolatio* da, zikredilen *interdictum* ve *actio utilis*'in klâsik bir cümleden gelmediklerini ifade etmez.

Interdictum için, *Trebatius*'un naklettiği bir hâdise ile olan benzerlik zikre şayandır: *praetor* o hale ait olmak üzere bir *interdictum* salâhiyeti veriyor:

fr. 9 § 1 D. 39, 2. ... *Trebatius* refert, cum Tiberim abundasset et res multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti repromitterent.

(Trebatius diyor ki, Tiber nehri taşarak bir çok kimselerin mallarını başkalarının binalarına naklettiğinden *praetor* mâliklere, muhtemel zararlara karşı teminat verilmek şartıyla, mallarını alarak geri götürmek hususunda kendilerine mümanaat edilmesin diye, bir *interdictum* tanımıştır).

Yine Trebatius'a göre, tetkik ettiğimiz yıkılan set meselesinin tıpkısı olan başka bir halde de, üzerinde inşa edilip sonradan suların tazyiki ile yıkılan seddin bulunduğu gayrimenkulün mâliki, zarar gören komşunun o seddi tâmir etmesi için, mülküne girmesine müsaade etmelidir:

fr. 11 § 6 D. 39, 3. ... si vero vi fluminis agger deletus sit aut glare a iniecta aut fossa lima repleta, tunc patientiam dumtaxat praestandum.

(Fakat set suların zoruyla harap olmuş, çakıllarla dolmuş veya çamurla kapanmış ise, o takdirde sade müsaade (tâmirine) etmelidir).

Binaenaleyh bahis mevzuu vasıtalar daha cumhuriyet zamanı hukuk ilminin mutlak mülkiyet hakkı prensibine karşı, *necessitate cogente* (zaruret icabı) kabul ettiği tedbirlerdir.

İçinde set bulunan arazinin mâliki, komşunun oraya girmesine — hele sırf inat olsun diye — asla mâni olamaz.. Bu muhakkaktır. Cümhuriyet devrine kadar çıkan vesaik bu hususta müttefiktir. İster istemez mâlik, seddin yeniden yapılabilmesi için komşusunun kendi arazisine girmesine müsaade etmek mecburiyetindedir; sadece muhtemel zarar ziyanın tazmini için «*cautio damni infecti*» (vukuu muhtemel zarara karşı teminat) istiyebilir. Bunun böyle olup olmadığını münakaşa etmek Romalıların pratik zihniyetlerini ve ziraî meselelere karşı gösterdikleri titizliği hiçe saymaktan ibaret olan çok garip bir iddiadır.

Bu kararın saf olduğunu göstermek için, Trebatius gibi Paulus'un da zarar göreni, seddi yapabilmesi için tanınmış müeyyideyi, yani komşu arazi mâlikinin «*patientiam praestare*» (müsaade etmek)'ye mecbur olduğunu kabul ettiğini zikredebiliriz.

Şu halde Paulus'un metninde bazı şüpheli kelimelerin, bir çok defalar olduğu gibi, derleyiciler tarafından konulmuş olduklarını kabul etsek bile — *dare* (vermek) yerine *competere* (terettüp etmek); *in fundo* (gayri menkul) yerine *in agro* (arazi) v.s. — hükme müteallik kısım şüphesiz değişmemiştir. *Interpolatio* gayri kabili inkâr bir surette, yalnız hıristiyan etiğine ait unsurların tebarüz ettiği neticeyi beyan eden son kısımda görünür: «*qui factus mihi prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est*» (bunu yapmak benim için faydalı, komşum için ise hiç bir zararı mucip değildir); bu da aynen *fr. 1 § 11 D. 39, 3*'te okunan «*prodesse enim sibi unusquisque dum alii non nocet non prohibetur*» (zira bir kimsenin başkasına zarar

vermeden her hangi bir şeyden faydalanması yasak değildir), cümlesine tetabük eder. Burada hiç şüphesiz, cemiyet içinde yaşayanların menfaatlerinin daima nazarı itibara alınmasını emreden hıristiyan etiğinin sesi duyulmaktadır.

IV

HİRİSTİYAN ETİĞİNİN HAKLARIN MAHİYETİNE TAHMİL ETTİĞİ SINIRLAR

Başka defa da tebarüz ettirmek fırsatını bulmuş olduğum gibi, VI ncı asır müdevvenatındaki doktrin üzerinde hıristiyan etiğinin kuvvetli tesiri vardır. Bu tesirin tatbik sahasındaki yeri çok geniştir ve yalnız *aemulatio* fiilleri yasağına münhasır kalmaz; bütün hıristiyan etiği tatbikatı, başkalarının menfaat ve zararlarının nazarı itibara alınmasını ve insanlar arasındaki münasebetlerde bir itidâl ve tesanüt ruhunun bulunmasını icab ettiren yüksek bir adalet prensibine bağlanır ve yalnız lâalettayin bir hakkın istimâlini değil, hukukun bizzat özünü tahdit eder²⁰.

Burada, bu kadar mühim olan bu mevzuu bir az daha fazla aydınlatmak için, sür'atli bir sentez halinde de olsa, Iustinianus hukukunun şimdi beyan ettiğimiz yeni ideallere doğru olan kat'î temayülünü hülâsa etmek faydalı olur.

Üzerinde durulmağa lâyık olan en muhtelif şekillerdeki tatbikatı, üç kategori halinde toplamama müsaade edilsin:

1) Şahsın ve hakların himayesine konulan sınırlar:

a) zilyetliğin himayesi artık tahdide uğramıştır ve itidâl ile yapılmalıdır: 1 Cod. 8, 4.

b) gece hırsızını öldürmeğe yalnız zaruret halinde müsaade olunur: *cum clamore testificetur* (yardıma çağırdıktan sonra): fr. 4 § 1 D. 9, 2. Fakat bir de, *Coll.* 7,2'de olduğu gibi, hırsızı öldürmektense yakalamak tavsiye edilmektedir:

Paulus lib. Sententiarum 5 ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis:

Si quis furem nocturnum vel diurnum occiderit, hac quidem lege non tenetur, sed melius fecerit, qui eum comprehensum transmittendum ad praesidem magistratibus optulerit.

20) Krs. Rivista di Diritto Civile, cilt III (1909).

(Bir kimse gece veya gündüz vakti bir hırsızı öldürecek olursa hukuk kan mesul olmaz, fakat onu yakalıyarak magistraya teslim etse daha iyi hareket etmiş olur).

c) bir haydudu öldürmek, *utique si aliter modo periculum effugere non potest* (tehlikeyi başka türlü önlemek imkânı yoksa) kabul edilmiştir: I, 4, 3, 2.

d) arazisine başkasının hayvanları girmiş olan mal sahibi, onları kovmakta itidâl göstermelidir: *quomodo si suum deprehendisset ... quasi suum ... sine damno* (kendi malını kovuyormuş gibi ... kendisininmiş gibi ... zarar ika etmeden): fr. 39, 1 D. 9, 2.

2) Kendi hakkını bile istimâl ederken başkalarına ziyan vermemek lâzımdır:

a) inşaat ile komşuyu hava ve ışıktan mahrum etmemek icab eder: fr. 10 D. 8, 2: *ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione* (ışığa tamamen mâni olmadan, evin içinde oturanların, gün esnasında kâfi derecede görebilmelerine imkân verecek şekilde); fr. 30 D. 7, 1: *usque adeo temperandum est ... sed modicum lumen, quod habitantibus sufficit, habeant* (oturanlara yetecek kadar münasip bir ışık bırakacak şekilde, itidâlle).

b) komşunun harman meydanına, rüzgârın geçmesine mâni olan de bir irtifak mevcut olsa bile, bu irtifak, *sic tamen, si non ultra modum et sufficientem ad praefatum opus infringat* (bir inşaatla, münasip ve kâfi rüzgâr kesilmesin).

c) iki arazi arasında, alçaktaki *aquam recipiat* (suyu alacak) şekilde bir irtifak mevcut olsa bile, bu irtifak, *sic tamen, si non ultra modum noceat* (bundan lüzumundan fazla bir zarar görülmiyecekse) kaydiyle tahdit edilmelidir: fr. 2 § 10 D. 39, 3. Su yolu irtifakı için boru döşemeğe ancak şu kayıtlarla müsaade edilmiştir: *ita tamen ut nullum damnum domino fundi ex his detur* (mamafih bununla mâlike hiç bir zarar verilmeyecek şekilde): fr. 17 § 1 D. 39, 3; krş.: fr. 41 pr. D. 8, 2 ... *dum non noceat legatario* (lehine mal vasiyet edilene zarar vermiyecek tarzda); fr. 12 pr. D. 11, 7 ... *ne vicinus magnum patiatur detrimentum* (komşu bundan büyük zarar görmesin diye); fr. 2 § 10 D. 39, 3 ... *sic tamen si non ultra modum noceat* (bundan lüzumundan fazla bir zarar görülmiyecekse).

d) satıcı, alıcının temerrüdü halinde şarabı yere dökemez (*effundere vinum*): *fr. 1 § 3 D. 18, 6 ... ut quam minimo detrimendo sit ea res emptori* (bu vaziyette alıcıya asgarî zararı vermek lâzımdır).

e) müşterek mülkiyet halinde bir şerikin iradesinin diğer şeriklere zarar vermesi kabul edilemez: *iniquum enim visum est, voluntatem unius ex modica forte portiuncula dominii praeiudicium sociis facere* (zira belki de küçük bir hissenin sahibi olan bir tek şerikin iradesinin diğer müşterek mâliklere zarar vermesi hakkaniyete aykırı görünmüştür): *fr. 10 pr. D. 39, 3.*

f) azatlı dükkâncının, alış verişte *patronus*'una rekabet etmesi, *nullam laesionem ex hoc sentiat patronus* (eğer *patronus* bundan hiç bir zarar görmeyecekse) kaydiyle tahdit edilmiştir: *fr. 45 D. 38, 1.*

Bu, cumhuriyet devri hukukundan Severus'lara kadar câri olan geleceğe aykırı bir haldir.

3) İnsanlar arasındaki bağlılık, bize ziyan vermiyeni veya ihtiyaçlarımızdan artanı, ondan menfaat görebilecek veya ona ihtiyacı olabileceklerden esirgemememizi icab ettirir:

a) buraya evvelâ yukarıda zikredilen sözler girer: *prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur* (bir kimsenin başkasına zarar vermeden her hangi bir şeyden faydalanması yasak değildir): *fr. 1 § 11 D. 39, 3* ve *fr. 2 § 5 D. 39, 3.*

b) ticaret yaparken, başkalarının tecrübesizliklerinden veya müzayakalarından istifade etmemek lâzımdır (*pretium iustum = âdil semen*) ve şu umumî kaide câridir: *Christinai, quibus verus cultus est adiuvere pauperes et in necessitate positos* (hıristiyanlar! hakikî ibadet, fakirlere ve zaruret haline düşmüş olanlara yardım etmektir): *c. 1, Cod. 1, 4.*

c) en tipik tatbikat arasında, gayrimenkul semerelerinin bir kısmını kullanma hakkı (*usus*) sahibine terketmek lüzumunu hatırlatmak lâzımdır: *quod sibi suisque ad victum sufficiat ... neque enim grave onus est horum si abundant in fundo* (kendisinin ve kendisinininkilerin geçimine yetecek kadar şeyleri alabilir ... filhakika, *usus*'unu haiz olduğu arazi içinde bunlardan büyük miktarda varsa, bunun ehemmiyetli bir neticesi olmaz): *fr. 12 § 1 D. 7, 8; ... etiam modico lacte usurum* (ihtiyacı için bir parça süt te alabilir): *fr. 12 § 2 D. 7, 8.* Klâsik hukukta bilâkis, *qui utitur non fruitur* (kullanma hakkı (*usus*) olanın semerelerden faydalanma hakkı (*fructus*) yoktur) prensibi hâkimdi: *fr. 2 pr. D. 7, 8.*

Hakkın istimâline konulan mühim sınırları tebarüz ettirmek suretiyle çizdiğimiz bu çerçeve maksadımıza kâfidir.

Bundan anlaşılmiş oluyor ki, evvelâ, *aemulatio* fiillerinin men'i *Corpus iuris civilis*'te geniş surette tahakkuk ettirilmiş olan daha umumî bir prensibe bağlı ve ona tâbidir. Iustinianus hukuku, hakların istimaline çeşitli hudutlar koymakta ve her ne olursa olsun başkalarına zarar verilmeyecek şekilde itidâl ve ölçü tahmil etmektedir. Ayrıca yine anlaşılıyor ki, yasak, orta çağdaki hukuk, din ve ahlâk mefhumlarının birbirine karışmasından meydana gelmemiştir; zira, Iustinianus hukuk sisteminde muntazam bir yer işgal etmekte ve daha kuvvetle belirtilmekte idi.

Orta çağ buna hiç bir şey ilâve etmedi; bilâkis müfessirler ve en başta *Glossator*'lar, hukukî metinlerle olan tezat karşısında, yasağın tatbikatını mümkün merteye darlattılar.

Biz şimdi daha iyi biliyoruz ki, hakkın suiistimâlinin men'i cumhuriyet devri ve klâsik hukuk devri hukuk ilminden başlamaktadır; daha o zamandanberi, bir çok defa şiddetli münakaşa mevzuu olmakla beraber, münferit bazı tatbikat sahaları bulmuştu.

Klâsik devirde hakkın suiistimâli münasebetiyle vaz'edilen yasağın mevcudiyetini bize *dolus* (suiniyet) unsuru da gösteriyor; «*animus nocendi*» olmayınca mâlikin, kendisine bir faydası olmıyan fiilleri icra etmesi yasak değildi.

Bununla beraber, yapılan işte mâlikin hiç bir menfaati olmadığı isbat edilince, karşısındakine zarar verme niyetinin yani *animus nocendi*'nin bulunmaması ihtimali çok azdır; ezcümle, kendisine bir faydası olmadığı halde divardaki resimleri kazıyan, veya komşusunun bahçesinde çıkan suyun damarlarını kesen veyahut mâlikin geri istediği gayrimenkuldeki eserleri tahrip eden kimseler gibi.

Görüldüğü üzere Iustinianus daha ileri giderek, umumiyetle hakkını istimâl ederken başkalarına ziyan veren mâlikin fiilini men'etmekle daha ağır ve objektif hudutlar koydu. Yukarıda arzedilen üç kategoride bir çok misallere rastlanılabilir.

Artık esas şart suiniyet (*dolus*) değil, kendi menfaati olmadan başkasını izrar etme, veyahut temin edilen menfaatin ika edilen zarardan çok az olmasıdır.

Klâsik hukukta ise, hakkın suiistimali yasağının görüldüğü hallerde, «*male nostro iure uti*» (hakkımızın kötüye kullanılması) cümlesinde olduğu gibi, daima failin fena niyeti veya hiç değilse bizzat fiilin fena olması icap etmekteydi. Su mevzuunda olduğu gibi, mâlikin, kendi menfaati olmadan, başkalarına ziyan veren fiillerinin yasak edilmesini kabul etmeğe razı olan, fakat *animus nocendi*'nin ortadan kalkmasına müteveccih olduğu

için bizzat yasağın mevcudiyetini inkâr edenlere karşı bu noktayı işaret etmek ve bilhassa belirtmek lâzımdır.

Ancak, eğer «*animus nocendi*»'ye, «*male uti*»'ye; «*nihil laturus nisi ut officias*»'a karşı, hakkın suiistimâlinin yasak olduğunu kabul etmiyenler tarafından bu kadar gürültü yapılmışsa, bu, doktrinin tam bu noktasında, sebepleri aydınlatılmak lâzım gelen, büyük bir aksaklık olduğunu gösterir.

Burada, hakikatin daha çabuk açığa çıkması için, aşağıdaki izahatın neticesine işaret etmek faydalı olacaktır: diyorum ki, aleyhine bu kadar kuvvetli tenkitler yapılmış olan suiniyet şartı, müessesenin klâsikliğini en kuvvetle teyid eden unsurdur. Filhakika *actio de dolo*, başka her hangi bir *actio*'nun bulunmadığı hallerde, *praetor* tarafından kullanılan fevkalâde bir vasıta olduğundan (7 D. 4, 2), *Proculianus*'lar dahil, bütün klâsik hukuk ilminin, «mâlik hakkını keyfi istediği gibi kullanır», şeklindeki mutlak salâhiyet prensibini bozmadığını tebarüz ettirir. Fakat *ius civile*'den gelen bu mutlak salâhiyeti *praetor*, icabında fevkalâde vasıtası olan *actio de dolo* ile körletebilmekteydi. Halbuki mülkiyet hakkının istimâlini özünden tahdit etmiş olan, yani bu salâhiyeti, kendi menfaati olmadan başkasına zarar vermek için kullanan kimsenin, o hakkın hudutlarını aştığı ifade edilen Iustinianus hukukunda, artık *actio de dolo*'nun hiç bir mânası yoktur. Mülkiyet hakkı için yapılmış olan yukardaki târif yeni değildir: zira daha Pernice'de mevcuttu ve o vakittenberi bir çok defalar tekrar edilmiştir. Hakikatte, Iustinianus'un tedvin ettiği hukukta hakkın istimalinin hudutlarını hülâsa ederken gördük ki, *dolus* şartı lâzım değildir, çünkü artık mülkiyet veya her hangi bir hak, kendi istifadesi için bile itidâl ile ve başkalarına zarar vermiyecek şekilde kullanılmalıdır. Yani kanunlaştırılmış hıristiyan etiği... Fakat bu nokta üzerine biraz sonra avdet edeceğim.

V

AEMULATIO FİİLLERİNİN IUSTINIANUS'A KADAR İNKİŞAF SAFHALARI

Roma hukukunda ve daha hususî olarak Iustinianus müdevvenatında *aemulatio* fiilleri, daha geniş bir mânada, menfaat temin etmiyecek surette hakların istimali, yasak mı idi? sualine verilecek cevap mutlaka müsbet olmalıdır.

Yasağın klâsik hukukta başlamış olduğunu ,hukukçuların, mülkiyetin tahdidine müteallik, bazı hallerde çok şiddetli münakaşalarını yukarıda izah ederken gördük.

Şimdi bütün meselenin esasını, bu defa daha iyi aydınlanmış olarak, tekrar gözden geçirelim.

Klâsik devirde henüz, mâlikin ve daha umumî olarak hak sahibinin bir şey üzerindeki hakkını dilediği gibi kullanabilmesi hürriyetini hiç bir tahdidin daraltamayacağını söyleyen *Quirites* hukukunun nazari prensibi hâkimdir. Hakkını kullanan:

- suiniyet sahibi olamaz (*fr. 55 D. 50, 17*);
- cebir kullanmış olamaz (*fr. 155 D. 50, 17*);
- zarar ıka etmez (*fr. 151 D. 50, 17*).

Fakat bunu tesbit ettikten sonra da mesele halledilmiş değildir. Hakikaten hiç kimse, daha cumhuriyet devrinden itibaren magistra tarafından mülkiyet hakkının istimaline hudutlar konmamış olduğunu iddia edemez.

Cumhuriyet devrinde magistranın bir eser yapmak veya kendi şeylerini almak üzere yabancı kimselerin, bir gayrimenkule girmelerine müsaade etmeğe o gayrimenkul mâlikini muhtelif vasıtalarla icbar ettiği tahakkuk etmiştir (Trebatius).

Bu hususî hale müteallik olup 375 - 376 ncı sahifede zikrettiğimiz metinlerden başka mâlike karşı kullanılan tazyik, Labeo, *fr. 15 D. 10, 4* ve Neratius, *fr. 5, 4 D. 10, 4*, tarafından da kabul edilmektedir.

Bahsi geçen ve büyük bir kısmı Labeo'dan alınmış olan *fr. 15*'te, başkasının arazisi içinde yıkılan seddi yaptıрмаğa müteallik *fr. 2, 5 D. 39 3*'te olduğu gibi, «*vel interdictum vel iudicium ita dari*» (ya bir *interdictum* veya bir dâva verilmelidir) denmektedir. Burada bu vasıtalarla magistranın, mâliki, arazisine girilmesine müsaade etmeğe sarahaten icbar ettiğine dikkat edilsin.

Metin şöyle demektedir:

fr. 15 D. 10, 4.

Thensaurus meus in fundo tuo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres utpote cum fieri possit ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse. Non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam

tollam exportem. Quod si etiam furtivus iste thesaurus est, etiam furti agi potest.

(Bana ait bir define senin arazin içindedir ve toprağı kazıp onu alma müsaade etmemektesin. Onu yerinden oynatmadıkça, Labeo'nun dediğine göre, sana karşı *actio furti* veya *actio ad exhibendum* ikame edemem; zira zilyetliğini haiz değilsin ve bu zilyetliği haiz olmayışın bir suiniyete müstenit değildir: definenin senin arazinde olduğunu bilmemen bile mümkündür. Bununla beraber sana karşı iftira kasdı gütmediğimi beyan etmek suretiyle adalet huzurunda definemi talep etsem bana bir *interdictum* veya bir dâva hakkının tanınması hakkaniyete aykırı değildir; ancak benim yüzümden bu işte bir zarara uğramıyacağına dair teminat vermem icab eder; bu suretle defineyi aramama, almama ve götürmeme karşı bir cebir icra edememekliğin temin edilmiş olur. Eğer bu define çalınmış olsa *actio furti* dahi ikame olunabilir).

Şu halde yukardaki vasıtalar (*interdictum* ve *iudicium*), alâkadarın, lüzumunu isbat ettiği her hangi bir halde *praetor* tarafından tanınan ve klâsik oldukları muhakkak olan vasıtalarlardır. Binaenaleyh mâlikin istediği gibi hareket edebilme salâhiyeti, «*uti suo iure*» (kendi hakkını kullanma) mutlak hürriyeti, elinde her türlü cebir vasıtaları bulunan *praetor*'un *imperium*'u ile kırılmıştır.

Ius tollendi'de gördüğümüz veçhile, başka defalar da böyle bir hakkın istimalini hukuk ilmi tahdit eder: şu mânada ki, o haktan bir fayda temin edebilen kimse onu kullanabilsin; böyle bir halde bu hak fena bir niyetle ve bir menfaat olmaksızın kullanılmışsa *exceptio doli* ile onu tahdit etmek hâkimin vazifesidir. Aynı şey suyun istimâlinde, yani kendi arazisini kazarak komşu arazideki su damarlarını kesmek halinde de vâki idi. Bu vaziyette Marcellus *actio de dolo*'nun ikame edilebileceğini kabul etmekteydi.

Diğer taraftan biliyoruz ki, bu mezkûr vaziyetlerde, yani *ius tollendi*'nin istimali veya başkasının arazisinden su alındığı vakit *actio de dolo*'nun ikamesi *Sabinianus*'lar tarafından tamamen reddedilmekteydi ve binaenaleyh: «*tignum iunctum aedibus ne solvito*» kaidesini ihlâl eden «*ius tollendi*»'yi kabul etmiyorlardı; *actio de dolo*'yu ise «hakkını kullanan suiniyetle hareket etmez» prensibine istinaden, tanımıyorlardı.

Şu halde biz, bir izah noktasına vardık demektir. Filhakika mâlikin kendi mülkü hudutları içinde istediğini yapma hürriyetini veren *ius civile* prensibi bütün klâsik devirde muhafaza edilmişti.

Buna *Proculianus*'lar bile itiraz edemezlerdi. Fakat daima olduğu gibi, bu prensip tatbikat sahasında magistraların, *ensor*'un, *aedilis*'lerin

ve umumiyetle *praetor*'un salâhiyetlerini kullanarak koydukları istisnalarla tahditlere maruz kalmış ve bu suretle hakkın istimali de hudutlanmış veya zayıflamıştır.

Buna imkân veren vasıtalar şunlardır: *exceptio doli* (hile def'i), *actio de dolo* (hile dâvası), *interdictum*, *actio utilis*; yani *praetor*'un, pratik hayatın ihtiyaçlarını tatmin etmek için, *ius civile* kaidelerine muhalif bile olsa, kullandığı alelâde vasıtalarıdır. Şu halde bunda hayret edilecek hiç bir şey yoktur.

Sabinianus'ların itirazı malûm iki nokta üzerinde, yani *ius tollendi* ile mâlike karşı *actio de dolo*'yu kullanmağa dairdi; söylediğimiz gibi *Sabinianus*'lar bunları en kat'î bir şekilde reddediyorlardı.

Binaenaleyh her ne kadar eski patriyarkal *familia* bünyesinin izlerini taşıyan hukuk sistemi hakkın suiistimâline karşı hiç bir aksülâmelde bulunmamışsa da, cumhuriyet devri ve klâsik devir için hakkın suiistimâlinin magistralar ve daha sonra imparatorlar tarafından yasak edildiğini kabul etmek lâzımdır.

Postklâsik hukuka geldiğimiz vakit bütün bu sistemin inkişafı, malûmumuz olan umumî kanuna uygun olarak ikmal edilmişti. Yani magistraların kullanmış oldukları vasıtalar, tatbikatta hakkın istimâlinin hudutlanmasını, bu hudutları elzem ve halkın şuurunda yerleşmiş bularak temin etmişlerdi; magistraların, *ius civile* kaideleri hilâfına, mülkiyet hakkına koydukları bu hudutlar, postklâsik devirde mülkiyet hakkının öz hudutları haline geldiler ve Iustinianus müdevvenatına bu şekilde geçtiler.

Bu, Roma hukuku müesseselerinin normal inkişaf seyridir. Binaenaleyh ilk bakışta Iustinianus hukukunda mâlikin hakkını keyfi istediği gibi kullanması hürriyetini haiz olması mânasına, klâsik an'änenin cârî olduğunu kabul etmek te mümkündür; ancak bu, mefhumun mutlak ve değişmez olduğunu ifade etmez. Halbuki *aemulatio* fiillerinin men'edildiğini kabul etmiyenlerin vardıkları neticenin bu olduğunu biliyoruz; şüphesiz acele ve sathî bir görüşle varılmış bir netice, ki hukukun inkişafını nazarı itibara almıyor.

Buna mukabil mâlikin hakkını istimâl ederken haiz olduğu hürriyeti beyan ve ifade eden bütün o vecizelerin, hukukun inkişafında, *praetor* ve hukuk ilmi, *ensor* ve *tribunus*'lar, daha sonra imparatorlar ve nihayet kuvvetli bir şekilde hıristiyan etiği tarafından, gittikçe daha geniş bir ölçüde, değiştirilip darlaştırılmış olduklarını söylemek daha doğru ve münakaşa götürmez bir şeydir.

Bundan dolayı VI ncı asır müdevvenatının prensipleri arasında görülen ihtilâflar zâhirîdir. Aynı hukuk külliyyatı içinde aynı zamanda böyle esaslı ve umumî iki muhalif ve telifi imkânsız prensibin bulunduğunu kabul

etmek mümkün değildir. En âlim müfessirler de, *Quirites* hukukunun bu nokta üzerinde kat'î değişmezliğinden hareket ederek ve haklı olarak hakkın suiistimâlinin yasak olduğunu mutlak bir şekilde inkâr ettiler. Muhakemeleri doğru, fakat hareket noktası olarak aldıkları farziye yanlıştır. Mâlikin mutlak salâhiyetinin dokunulmazlığı bir hayâlden ibarettir. Mülkiyet hakkının hudutsuz istimâli ile zarar görebilecek hususî veya umumî menfaatleri korumak için mâlikin daima magistra tarafından vaz'edilen takyitlere maruz kalmış olduğu ise bir hakikattir. İşte böylece *Proculianus*'ların doktrini, Revakîlerin prensipleri, hıristiyan etiği, sıra ile ve yavaş yavaş üstün «*male nostro iure uti non debemus*» (hakkımızı kötüye kullanmamalıyız) prensibine uygun olarak tesirlerini icra etmişler ve bu prensip te Iustinianus'un müdevvenatına tesir etmiştir.

Filhakika, Roma hukuku inkişafının tarihî seyri ve Iustinianus eserinin muhtevası nazarı itibara alındığı vakit, mülkiyet hakkının istimâline hudutlar koyan doktrinin, teşriî kaynaklardan organik bir şekilde gelmediğini, bilâkis malûmumuz olan esas prensiplere muhalif, müphem bir şekilde bulunduğunu itiraf etmeğe mecburuz. Fakat böyle olması normal bir şeydir, zira Iustinianus'un bütün eserinde esas prensiplerde ihtilâf daima mevcuttur: bunun sebebi yeni hukukun yanında, bu hukukun inkişafındaki muhtelif tarih devrelerinin de bulunmasıdır.

Bu yüzden kaynaklarımızda hiç bir doktrin tamamen berrak ve vâzih değildir: sebebi ise her zaman aynı, yani muhtelif unsurların bir arada bulunmalarıdır.

Şimdi, bütün hukukî doktrin ve nazariyelerin, XII levha kanunundan Iustinianus'a kadar, asırlar boyunca, derece derece olmakla beraber, bir çok noktalarda eski hukukun köklerini tamamen sökmeğe muvaffak olan bir istihaleye mâruz kaldıklarını iyice görüyoruz. Böylece mâlikin mutlak serbestîsi, müşterek cemiyet hayatının en basit ihtiyaçları karşısında yavaş yavaş gerilemekte ve ahlâkî, insanî ve içtimaî menfaatlerin himayesi için gittikçe daha geniş tahditlere mâruz kalmaktadır.

**

Artık *aemulatio* fiilinin men'ine muhalif olanların kullandıkları delillerin değerini münakaşa edecek duruma geldiğimizi zannediyorum: bu deliller netice itibarı ile ikiye ayrılırlar.

1. hakkını istimâl eden mâlikin niyeti üzerinde herhangi bir araştırma yapmanın caiz olmadığı;

2. başkasının mülkiyetine tecavüz etmemek şartıyla, mâlikin dileği gibi hareket etmek hürriyetine herhangi bir tahdit koymanın caiz olmadığı.

Bu iki itirazın da bizim için hiç bir kuvveti yoktur. Filhakika klâsik devirde hukuk ilminin, mâlikin kendi malını kullanmakta mutlak bir serbestiyi haiz olduğu prensibine hiç itiraz etmediğini ve bu prensibi, nazariyatta, olduğu gibi kabul ettiğini müşahede ettik. Fakat hakikatte serbestî, *ius honorarium* tarafından yani usul hukuku sahasında, mâlikin kendisine bir fayda temin etmeden başkalarına zarar verecek şekilde hakkını kullanması salâhiyeti, muhtelif vasıtalarla (*actio de dolo, interdium v.s.*) körletilecek şekilde tahdit edilmiş ve niyet üzerinde araştırmalar yapılması kabul edilmiştir.

Binaenaleyh Scialoja'nın şu cümlesinde bahsettiği mânasızlık mevcut değildir: «mâlikin hukuka uygun olan bir fiili, başkasına zarar verme niyeti var, diye hukuka aykırı addediliyor». Böyle bir mânasızlık yoktur, zira o fiil *ius civile*'ye nazaran hukuka uygun kalmakta devam etmekte, yalnız magistranın kaza fonksiyonu sırasında hukuka aykırı addedilmektedir. Biz biliyoruz ki, *ius civile*'ye istinad eden hakların *ius honorarium* vasıtası ile (*exceptio, in integrum restitutio v.s.*) ortadan kalkmasının doğurduğu bu ikilik ve bu tezat bütün Roma hukukuna şâmil bir haldir. Bu kadar malûm ve umumî bir vâkıya müteallik misaller vermeğe lüzum görmüyoruz.

Dahası da var: Scialoja bazı hallerde, daha doğrusu yalnız sular mevzuunda, mâlikin ,hakkını istimalinde bir tahdide tâbi tutulduğunu, fakat bu hududun *dolus*'la (suiniyetle) değil, mâlikin hakkını, kendisine hiç bir menfaat sağlayamıyacak şekilde kullanması ile taayyün ettiğini kabul ediyor. Şu halde tahdit niyet unsurundan değil de afakî bir unsur olan her hangi bir menfaatin bulunmamasından doğuyor ve Scialoja'nın kabul ettiğine göre, sular mevzuunda, bizzat mülkiyet hakkına bir tecavüz vâki oluyor.

Fakat mâlikin niyeti üzerinde her hangi bir araştırma imkânını ortadan kaldırmak için öne sürülen bu buluş cidden hârikul'âdedir; akla yakın bir neticeye varabilmek için sular üzerindeki mülkiyet hakkına bir hudut konmağa çalışılıyor. Bu anlayış şüphesiz, mâlikin niyetini aramaktan çok daha ağır ve asıl mühimi, klâsik Roma hukuku sistemine tamamen yabancı bir şeydir.

Zaten suyun hususî evsafa bir mülkiyet mevzuu olması telâkkisinde eski ve yeni unsurların birbirine karışması âmil olmaktadır; yeni unsurlar medenî kanunun sular meselesini tanzim eden 544 ve 545 inci madde-

lerinden alınmakta (yeni kanun, mad: 912 ve 909), bu maddeler ise *interpolatio*'ya mâruz kaldıkları bugün bilinen kaidelere, yani: «*prodesse enim sibi unusquisque dum alii non nocet non prohibetur*» (bir kimsenin başkasına zarar vermeden her hangi bir şeyden faydalanması yasak değildir) vecizesine istinad etmektedir. Medenî kanundaki sular sistemi ile karşılaştırmak için zikrettiğim bu parça ile şunu söylemek istiyorum ki, medenî kanun maddeleri yukarıda bahsi geçen ve Iustinianus tarafından *Corpus iuris civilis*'e dahil edilen hıristiyan vecizesini ihtiva etmektedir. Hakikatte bu vecize artık, hıristiyan etiğine ve uyulması zarurî hayat ihtiyaçlarına dayanan bir mülkiyet mefhumunun bünyesine nüfuz etmiş bir tahdidi ihtiva eder. Bunun içindir ki, Scialoja' araziler üzerinde akan suları kullanma ve onlardan faydalanma için komşu mâliklere tanınan «bir nevi hak»'tan bahsedebiliyor. Fakat sular üzerinde hususî mahiyette böyle bir mülkiyet hakkına dair Roma hukuk kaynaklarında ve bâhusus klâsik hukukçuların doktrinlerinde hiç bir ize rastlamıyoruz.

Sonra, Scialoja'nın (s. 238), kendi arazisini kazarak komşuya ait su membalarının damarlarını kesen kimseye karşı *actio de dolo*'nun verilebileceğini kabul etmesi de şayanı hayrettir.

Scialoja'nın bu *actio de dolo*'yu kabul etmesi nasıl izah edilebilir? *Actio de dolo* yapılan işin haddi zatında faydasız olmasına istinad ettirilemez, zira bizzat muarızlarımız, mâlikin muayyen bir menfaat icabı hareket ettiğini isbat ederek yaptığı işleri birer birer mâzur göstermeğe mecbur olmadığını beyan ediyorlar (a. g. e., s. 258). Şimdi burada anlaşılıyor ki, muarızlarımız bataklıklar ve kayalıklar içinde yüzmekte ve nasıl selâmete çıkacaklarını kestirememektedirler. Filhakika *Sabinianus*'lar, kendi hakkını kullanan kimsenin kat'ıyyen *dolus*'la hareket etmediğini şiddetle müdafaa etmek suretiyle, makûl ve rabitalı bir surette hareket etmişlerdi: *fr. 55 D. 50, 17; fr. 42 pr. D. 19, 1; fr. 3, 2 D. 43, 29.*

Bu metinlerde hukukçular, irade ve niyet üzerinde olduğu gibi, bir fiilin icrası sırasında mâlikin her hangi bir menfaati üzerinde de bir araştırma yapılabileceğini kabul etmezler; binaenaleyh mâlike karşı *actio de dolo*'nun ikame edilebileceğini ileri süren *Proculianus*'ların ve *Marcellus*'un fikirlerini de reddederler.

Zaten hakkını istimâl eden mâlikin irade ve niyeti üzerinde bir araştırma yapmak, gösterilmek istendiği kadar garip ve tehlikeli değildir; zira biliyoruz ki, bütün hukukta, failin iradesi üzerinde, *dolus* üzerinde, vâkıanın unsurlarını bilip bilmeme, *bona* ve *mala fides* üzerinde araştırmalar yapılması kabul edilir. Meselâ: mâlik, intifa hakkını hâiz olduğu köle üzerinde «*plenissimam coercionem*» (tam bir tedip hakkı)'e sahiptir,

lâkin Ariston hemen buna — Pernice'nin yanlış olarak *interpolatio* ile değişmiş olduğunu zannettiği²¹ — bir hudut koyuyor: «*si modo sine dolo malo faciat*» (eğer bunu suiniyet kullanılmıyacak şekilde yaparsa); rehin olarak verilen ve mâlik tarafından zincire burulup sakatlanan kölenin misali, mevzuumuz için daha da uygundur. Marceilus bu halde *praetor*'un yardımına ihtiyaç gösteriyor; fakat Ulpianus derhal: «*si ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur*» (eğer alacaklısına zarar vermek için zincire vurmuşsa mesûldür, aksi takdirde değildir), diyor. Bu, mâlikin, başkasının menfaatini ihlâl eden fiili, *dolus* mevcutsa *magistra* tarafından men'edilebilir, demektir.

Bu nevi araştırmalar ve psikolojik unsurların kıymetlendirilmesi, umumiyetle hukuk sisteminde ve hususiyetle medenî hukuk ve ceza hukuku sahalarında büyük bir terakki ifade eder. Bu noktayı neticelendirmek için diyelim ki, *Proculianus*'lar mâlike karşı *actio de dolo*'yu tanımak suretiyle, yalnız sular mevzuunda mülkiyet hakkını tahdit etmeğe muvaffak olan *aemulatio* fiillerinin men'ine muarız olanlardan daha fazla, mülkiyet hakkının mutlaklığını ve tamamîyetini kayırmış oluyorlardı.

Muarızlarımızın doktrini burada âşikâr bir şekilde iflâs etmektedir. Zira mülkiyet hakkına ve bu hakkın istimâline konan bu had, netice itibariyle Iustinianus'un, klâsik ilmin aynen muhafaza etmiş olduğu *ius civile*'ye zıt olarak koymuş olduğu haddin aynidir. Muarızlarımız, bunu yalnız sular için kabul ediyorlar ve iki defa yanlış olmuş oluyorlar: a) bunu klâsik hukukçulara atfederek; b) Iustinianus hukuku müdevvenatındaki şümüllü mânasını inkâr ederek.

Her ne kadar Scialoja, mülkiyete müteallik eseri üzerinde yaptığı revizyonda²² noktai nazarını muhafaza etmişse de, hiç olmazsa sular meselesinde, *aemulatio* fiilleri yasağını, binaenaleyh enfüsî unsurun aranması lüzumunu kabul etmekle, noktai nazarına esaslı bir değişiklik getirmiş olduğunu söylemeği lüzumlu bulurum.

Aemulatio fiilleri yasağına karşı ileri sürülen ikinci delil, mâlikin, kendi gayrimenkulü hudutları dahilinde dilediğini yapabilmesi hürriyeti prensibinden çıkarılmaktadır; bu prensip, yasağın en mutlak surette inkârına yol açar. Muarızlar bu noktada mutlak bir kat'îyyetle: *aemulatio* fiillerinin men'i, mâlikin ef'ali üzerinde bir kontrolü tazammun eder, halbuki bu neviden her hangi bir araştırma, mahiyeti itibariyle hürriyeti ihlâl eder, diyorlar.

21) Labeo, II 2, s. 60, n. 1.

22) Op. cit. s. 419.

Fakat bu mülâhazalar üzerinde daha fazla durmak nâfiledir. Bunların sun'î bir edaları olduğunu söylemek istemiyorum, zira hakikatte bu cümlelerde, keyfi istediği gibi, en geniş bir hürriyetle mallarına tasarruf edebileceğini söyliyene mâlikin hâkimiyeti doktrininin akisleri vardır. Bu anlayış, mülkiyetin ilk zamanlardaki bünyesinden başka bir şeyi göstermez ve her ne kadar bu bünye, klâsik hukuk ilmi tarafından, yalnız nazarî olarak, muhafaza edilmişse de, daha başka yerlerde de olduğu gibi, Romalıların, magistralar vasıtası ile, içtimaî hayat ihtiyaçları ve amelî lüzum üzerine bazı tahditler yapmalarına mâni olmamıştır. Bu vasıtalar, bildiğimiz gibi, hukukun tekâmülünü hazırlamışlar, inkişaf ve tayin ettirmişler ve nihayet ikinci bir safhada tam hukuk olmuşlardır. Yine bilindiği gibi bu inkişaf, hukuk nizamlarındaki, yani *ius civile* ile *ius honorarium* arasındaki ikiliğin ortadan kalkması ile sona ermiştir.

Tetkik ettiğimiz halde, bütün bu *praetor* ve diğer magistralar tarafından mâlikin hudutsuz salâhiyetine karşı tatbik edilen usule müteallik ve müeyyidevî tedbirler, Iustinianus müdevvenatında mülkiyet hakkının hudutları halini aldılar. İşte biz, tarihî tekâmülü nazara almak suretiyle — ya mülkiyet hakkının istimâline konan her hangi bir tahdidi mutlak bir şekilde inkâr eden veyahut bunu sular mevzuuna hasrederek (Scialoja, Perozzi) Roma zihniyetine aykırı bir şekilde su mülkiyetine hususî bir mahiyet tanımak zorunda kalan bütün muarızlarla açık bir tezat halinde, umumî ve çok vâzih bir neticeye varıyoruz; bir çok defalar söylemiş olduğumuz gibi, burada da diyorum ki, evvelâ mülkiyet hakkının kullanılmasına konan hudut, ancak *ius civile* yerine *ius honorarium*'un geçmiş olması neticesinde ve Iustinianus hukukunda, mülkiyet hukukunun bünyesine girmiştir; saniyen, mülkiyetin hudutlarına taallûk eden bu organik telâkki artık yalnız sulara inhisar etmeyip, umumî bir mahiyet iktisap etmiştir.

**

Şimdi muhtelif tarihî devirlerde müfessirlerin doktrinimiz karşısında takındıkları vaziyet sarahaten görünüyor. *Glossator*'lardan zamanımızın münekkitlerine kadar her Mektep Iustinianus müdevvenatının bir cephesini, binaenaleyh eksik ve tek taraflı olarak, temsil etti. Fakat Ümanistlerden beri Roma sisteminin arkaik, mantıkî, sert ve ferdiyetçi veçhesi galip geldi ve bu veçhe, eski devirlerdeki haliyle sâbit olarak kalmış addedilen Roma hukukunun mümeyyiz vasfı addedildi. Şüphesiz yanlış bir görüş ki, meşgul olmak fırsatını bulduğumuz doktrin de bu hatanın

açık bir misalini arz ediyor. Mâlikin mutlak ve hudutsuz salâhiyeti tamamen bir hayaldir, zira hakikatte hiç bir zaman mevcut olmamıştır.

Tetkik edilen doktrinde, hukuk mantığı ve bin yıllık an'anenin kuvveti ile ifadeleri sap sağlam duran ve klâsik hukuk ilmi tarafından bir çok noktalarında aynen muhafaza edilen *ius civile* nazariyesini bu kadar iyi temsil eden bu mekteplerin âlim müfessirlerine hayranlığımızı arz ediyoruz. Fakat onlar, bilhassa *praetor*'ların tatbikatı ve her sınıf magistraların faaliyet yolları ile temin edilen inkişafı göremediler, görmek istemediler. Bununla, tarihî malûmatları noksan olduğu için, Roma hukuku sistemindeki nazariye ile tatbikat — *ius civile* ve *ius honorarium* — arasındaki münasebet ve zıddiyeti tefrik edemiyen ve XII levha kanunundan Iustinianus'a kadar hukukun inkişafı kanununu bilmiyen, daha eski müfessirlere bir kusur yüklemek istemiyoruz.

Glossator'lar, VI ncı asır hukukî müdevvenatının muhtevasına olan derin vukufu, eski ve ölmüş unsurlara nisbetle Iustinianus'un eseri içinde işliyen canlı unsurları daha doğru kıymetlendirmeleri sayesinde, tetkik edilmekte olan doktrinin her yerde ve her zaman uyandırmış olduğu münakaşadan bir defa daha muzaffer olarak çıkmaktadırlar.

Tarihî ve doğmatik araştırmamızın sonunda vardığımız netice, Roma klâsik hukuk ilmi devrinde kısmî ve canlı bir muhalefete mâruz kalmış olmakla beraber, *aemulatio* fiillerinin her zaman men'edilmiş olmalarından doğan uzun ve amelî bir tecrübenin kontroluna tâbi bulunmuş olması nisbetinde, kuvvetli ve açık görünmelidir.

Artık biliyoruz ki, mülkiyet hakkını kullanmanın tahdidini gösteren ilk misaller, daha cumhuriyet devrinden beri mevcuttu ve yavaş yavaş, hukukçular vasıtası ile doktrinin teşekkül ettiği klâsik devirde, bütün hususî hukuk sahasına yayıldı. Bilâhara bu doktrin, hakkın suiistimâlinin men'ini bütün hukuk sisteminde kuvvetleştirip umumîleştiren hıristiyan etiği vasıtası ile tam bir inkişafa mazhar oldu. Böylece yasak, müfessirlerin, esassız olmakla beraber şiddetli muhalefetlerine rağmen, daima mevkiini muhafaza etti ve genişledi; zamanımızda ise medenî Devletlerin en yeni kanunlarında yer almış bulunmaktadır.

Zaten, kendisine bir faydası olmayıp sırf başkasına zarar ika etmek için kullanılan bir hakkı hiç bir zaman himaye etmiyecek olan daha yüksek bir adalet idealinin emrettiği bu yasağın içtimaî hayattaki en iptidaî ihtiyaçlara tekabül ettiği söylenebilir. Tarihî seyir, hakkın suiistimâli yasağının derece derece yerleşmesi ile, nazariyenin tam inkişaf etmiş bir hale gelebilmek için kat'etmiş olduğu zor yolu bize gösterdi; bu umumî vâkıa, ne tetkik etmek fırsatını bulduğumuz mevzua münhasır,

ne de sadece hukuka mahsus olmayıp, bütün insanlığın medeniyet tekâmülüne uygundur.

VI

SON MÜLÂHAZALAR

1. Bu tetkikimizle varılan neticenin, esas noktalarında, meslektaşımız Kreller'in Lahey kongresinde bu mevzu üzerinde ve aynı zamanda vermiş olduğu tebliğin neticesine intibak ettiği memnuniyetle müşahede edilebilir. Filhakika Kreller de klâsik hukukta ve hattâ cumhuriyet devri hukukunda *aemulatio* fiilleri yasağının tohumlarının bulunduğunu kabul ediyor. Müessesenin inkişafının en bâriz tezahürlerini Celsus'un *fr.* 38 D. 6, 1'i ile Antoninus Pius'un Gai. 1, 51 de zikredilen emirnamesi teşkil etmektedir. Hümanistlerden XIX uncu asır tarihî mektebine, Cuiacius'tan Scialoja'ya kadar doktrine hâkim olan *aemulatio* fiilleri yasağının kat'î inkârına nisbetle bu netice dikkate şâyandır.

Meselenin halli basit, hattâ Gaius'un eserinde çok tesiri olan normal hal tarzıdır. Yani, *ius civile* sistemi bir hakkın kullanılmasında hiç bir nevi tahdide imkân bırakmıyordu. Halbuki *aemulatio* fiillerinin yasağı müessesesi *exceptio doli*'den *actio de dolo*'ya, *interdictum*'lardan *actio utilis*'lere kadar, magistraların ve bilhassa *praetor*'ların ellerinde bulunan bütün vasıtalarla tahakkuk ettirilmişti.

Tarihî mektebin, başka yerlerde olduğu gibi burada da, *qui suo iure utitur neminem laedit*» (kendi hakkını kullanan kimseye zarar vermez) prensibini değişmez ve bütün Roma hukuku boyunca bozulmaz bir prensip olarak kabul etmekle hataya düştüğü âşikârdır.

Bu suretle hatanın yeri tesbit edilince elimizde, *Quirites* hukuku prensiplerini esas tutarak yeniden inşa edilmek istenen hukuk şekillerinin daima şüpheli olduğunu gösteren, mühim bir hukuk müessesesi misali vardır.

Şimdi artık, Roma hukukunun muhtelif tarihî devirlerinin oluşu ve inkişafına hâkim olan umumî bir kanunu ifade edebiliriz: hukukun en hayatî noktalarında mevcut olan *ius civile*'nin kat'î kaideleri, kısmen *interpretatio* yolu ile hukuk ilmi tarafından ve çok daha fazla bir nisbette magistralar tarafından, *ius civile*'nin dışında ve ona muarız olarak, aşılmıştır ²³.

23) Fr. 13 D. 1, 3 ü burada da zikretmek faydalıdır.

Bu kanun bütün hukuk sahasını kucaklar. Papinianus tarafından *ius honorarium* için verilen târif göz önünde tutulsun: bunun foksiyonu «*adiuvandi, suplendi, corrigendi ius civilis gratia propter utilitatem publicam*» (umumun faydalanması mülâhazası ile *ius civile*'yi kuvvetlendirmek, itmam ve tashih etmek) gayesi idi ²⁴. Burada, hukuku yeni zamanlara uydurmak mânasına gelen umumun faydalanması, sözüne dikkat edilsin. Papinainus'un, kaza salâhiyetini haiz olan *praetor* ve magistralar hakkında söylediğini, hayatın her günkü yeni ihtiyaçları karşısında yeni bir hukukun temellerini atan bütün magistra ve memurların faaliyetlerine de teşmil etmek lâzımdır.

Diyorum ki, modern ilmin hakikî bir keşfi olan ve asırlardanberi doktrinleri ve hukuk an'anesinin en basit hakikatlerini karma karışık eden, şüphelere, tezatlara, tereddütlere nihayet veren umumî bir kanun bahis mevzuudur. Bundan dolayı, Kaser'in araştırmalarından açıkça görüldüğü gibi, vesayet ve baba hâkimiyetinin inkişafını izah etmek için bu kanunun tatbik edilmesi mümkündür ve tatbik edildi ²⁵; nasıl ki, mamelek ehliyeti, aile evlâdının dâva ehliyetleri ve saire gibi meselelerde de tatbik edildiği vakit ayni netice alınacaktır. Gaius bile bunun tatbikatına dair misaller veriyor: ezcümle *Quirites* hukuku hısımlığı yerine geçen *cognatio* hısımlığı gibi.

Şu halde bu kanunun burada ifade edilmesi bile bir yenilik değildir: buradaki yenilik, sadece umumî vasıfta olduğunu beyan etmekten ibarettir. Bir çok misaller arasında çok mühim bir tanesi, üzerinde modern muharrirlerin hâlâ daha bir sürü izahat verdikleri temsil sahasında Savigny tarafından tasvir edilmişti. Savigny ²⁶ vasıtasız temsilin kabul edilememiş olması hakkında: «ticaret bir az daha faal ve karışık bir vaziyete gelince böyle bir prensip (vasıtasız temsilin olmaması) devam edemezdi. Binaenaleyh bazı hallerde hür kimseler tarafından kendini temsil ettirebilme imkânı kabul edilmeğe başlandı.», diyor. Savigny (s. 95), temsili tahakkuk ettirmek için akitlerde müracaat edilen hukukî şeklin de *actiones utiles* olduğuna işaret ettikten sonra, şöyle bitiriyor: «bu müteferrik hallerden, bilâhara, Iustinianus hukukunda yalnız *fr. 53 D. 41, 1*'de ifade olunan ve herkes tarafından kabul edilen umumî kaide meydana çıktı.».

Savigny 97 nci sahifedeki notunda şunu da ilâve ediyor. «Iustinianus hukukunda bir çok parçalar birbirleriyle tezat halinde gibi görünmekte-

24) Fr. 7, 1, D. 1, 1.

25) Krs. ZSS., bk. cilt 58, s. 73 ve d.; cilt 59, s. 32 ve d.

26) Sistema, cilt III, s. 91 (*Scialoja* terc. s. 116).

dirler... bütün bu metinler Iustinianus hukukuna olan bağlantıları ile, son şeklini, zikri geçen *fr. 53 D 41. 1*'de bulan kaidenin inkişaf tarihinin mümessilleri addedilebilirler.».

Görülüyor ki, bahsettiğimiz kanun hakikaten umumî bir vasfı haizdir²⁷ ve derece derece, zamanın ve amelî hayatın ihtiyaçlarına uyarak hareket eden magistraların gayreti ile hukukun inkişafını izah eder. Eğer bu kanun, yine umumî bir mahiyeti olan *ius civile* ile *ius honorarium*'un birbiriyle imtizacı kanunu ile ve imparatorluk devrinde Romada inkişaf etmiş olan bütün diğer nizamlarla birleştirilirse, o zaman bütün Roma hukukunun inkişafının istinad ettiği esasları bulmuş oluruz: basit, umumî ve ap açık bir izah.

Bu iki kanun, biri öbürü ile birleştiği takdirde, Iustinianus müdevvenatında rastlanan bütün tezatları izah ederler ve bizi, gayret sarfetmeden, sun'iliğe düşmeden ve bilhassa, şimdiye kadar yapıldığı gibi postklâsik devirde Romalıların inkişaf ettirdikleri hukuk sistemini karma karışık eden esrarlı kuvvetlere müracaat etmeğe lüzum kalmadan, en mantıkî bir şekilde halledecek vaziyete koyarlar.

Binanaleyh Iustinianus müdevvenatında, *Quirites* hukukundan kalmış unsurları, magistraların kazâî faaliyeti neticesi meydana gelmiş daha yeni unsurlardan ayırmak lâzımdır. Bu sonuncular netice itibarı ile, derece derece kaybolmuş olan patriyarkal aile teşkilâtının izini taşıyan eski *ius civile*'nin temel unsurlarını hemen tamamen yıkarak yeni bir hukuk manzumesi teşkil ederler.

2. İyice görülüyor ki, böylece Roma hukukunun inkişaf seyri esnasında «*qui suo iure utitur neminem laedit*» (kendi hakkını kullanan kimseye zarar vermez) prensibi yavaş yavaş bütün kuvvetini kaybetti; bu esnada mâlikin, hakkını istimâl ederken kendi menfaati olması ve başkalarına zarar ve ziyan vermemesi kaidesi meydana gelmekteydi. Bundan da şu netice doğar ki, bu prensibi müessesenin ihlâl edilmez bir temeli olarak kabul eden eski müfessir ve yeni tarihçiler, doktrinlerini bir avuç kül üzerine kurmuş oldular.

3. Doktrin klâsik devirdeki vaziyeti hususunda dahi Kreller ile olan mütabakatımız tamdır. Şüphesiz bu devirde doktrin tamamlanmış ve tesbit edilmiş olduğunu söylemeğe imkân yoktur. Bir taraftan müşahhas

27) Doktrinimizde bu kanunun muvaffak olmuş bir öncüsü olarak bk. *Pernice*, op. cit. s. 63.: «Also dem prätor kommt es zu, solchen Bosheiten entgegenzutreten im Interesse des Gemeinwohls und der Sitte namentlich aber der anderen Privaten». Ancak Pernice'nin praetor hakkında söylediği diğer bütün magistralara ve bilhassa imparatorlara teşmil edilmelidir. Krs. *Kreller*, op. cit. s. 4, 24.

vak'alar üzerinde bilfiil çalışılırken, diğer taraftan hukuk ilmi *ius civile*'nin prensip ve an'anesini ortadan kaldıramaz ve hattâ doğrudan doğruya ihlâl de edemezdi. Mamafih, *ius tollendi* gibi, bilhassa yeni müesseselere müteallik meseleler üzerinde yeni bir görüş tarzını ve kıymetlendirmeyi aksettiren ve bilâhara müessesenin istinat noktalarını teşkil edip doktrin-in tekâmülünü temin eden bazı mucip sebepler mevcuttur.

4. VI ncı asır müdevvenatında ise vaziyet başkadır. Orada, evvelki asırların tatbikatında inkişaf etmiş ve muayyen bir doktrin inşası için lüzumlu bütün unsurları ihtiva eden bir hukuk tedvin edilmiştir.

Kreller, doktrin in Justinianus müdevvenatında da mevcut olduğunu inkâr ediyor. Bu noktadaki anlaşmazlık, belki kullandığımız tâbirlerden doğmaktadır.

Büyük Roma hukuku ilminden bu yana hiç bir müessese ilmî bir şekilde inkişaf ettirilmemiş olduğuna göre, tam olarak inkişaf etmiş bir doktrin in Justinianus hukukunda bulunamayacağı tabiidir. Postklâsik devrin bütün hukuku, hukuk âlimlerinin rehberliğinden mahrum, bin yıllık Roma hayatının seyri esnasında toplanan ve artık büyük bir kısmı ölü bir yük olan namütenahî elemanlardan meydana gelmiş, şekilsiz ve kaotik bir manzara arzeder.

Fakat Justinianus müdevvenatında, doktrin in kendi kendine olgunlaştırmış olan umumî bir prensip hâkimdir. Güçlük, bu prensibi hukukçuların eserlerinde bol bol mevcut an'anevî ölü elemanlardan kurtarmaktan ibarettir. Burada da umumî vasıfta bir mesele bahis mevzuudur. Bütün güçlükler yenilmiştir. Tekrar ediyorum, Justinianus'un eserinde *Quirites* hukukunun eski unsurları ölmüştür; bunlar, Savigny'nin dediği gibi, hukukun inkişafını daha iyi tâkip etmeğe yarayan tarihî unsurlar olarak telâkkî edilmelidir. Bugünkü tenkit, her gün muhtelif kazaî yollar ve bilhassa *praetor* ve daha sonra imparatorlar tarafından kullanılan vasıtalar sayesinde *Quirites* hukuku prensiplerinin daima aşıldığını isbat eden neticelere varmaktadır.

Nihayet hıristiyan etiğinin tesiri, cemiyet hayatında fertlerin vazife duygularını ve insanlar arasında kardeşlik hislerini son derece arttırdı ve diğer insanların menfaatlerini nazarı itibara alma, hakların istimâlinde itidâl ve bilhassa her hangi bir sebeple başkasına ziyan vermeyi men'etme fikirlerini kökleştirdi.

Bütün bu çeşitli kuvvetlerin doğurduğu umumî muhassala, artık ap âşikârdır. «*Qui suo iure utitur neminem laedit*» (kendi hakkını kullanan kimseye zarar vermez) prensibi tarihin hiç bir devrinde saf ve olduğu

gibi kullanılamamıştı²⁸; Iustinianus müdevvenatında ise tamamen ortadan kalkmış olduğunu kabul etmek lâzımdır.

Buna mukabil, prensibin Iustinianus müdevvenatında mevcut bulunduğunu, binaealeyh, teşriî olan bu eserde herhangi bir fonksiyonu olması lâzım geldiğini ileri sürenler olabilir. Şüphesiz bu itiraz, yukarıda zikredilen ve *Corpus iuris civilis*'in tefsiri için yeni kaideler tayin eden sebeplerden dolayı Iustinianus'un eserinin bünyesi karşısında hiç bir kıymeti olmaması iktiza eden şekli bir vasfı haizdir. Bu cevap, vaz'edilen meseleyi halletmeğe kâfi bile gelebilir²⁹.

Fakat, belki daha esaslı bir vasfı haiz olduğu için, hiç olmazsa ana hatları ile nazarı tetkike alınmağa değer bir başka hal sureti göstermek te mümkündür.

Eski hukuka ait «kendi hakkını kullanan kimseye zarar vermez» prensibinin *Corpus iuris civilis*'te bam başka ve yeni bir mânası olduğunu söylemek mümkün ve belki de zarurîdir: hak, toplu hayat tarafından konulmuş bir takım hudutlara tâbidir ve ancak bu hudutlar dahilinde kaldığı nisbette kuvvetini icra eder. Görmüş olduğumuz gibi bu hudutlar, hak sahibinin menfaati olmaması ile ve üçüncü şahıslara iras edilebilecek zararlarla tayin edilir.

Bu vaziyette hakkın suiistimali, doğrudan doğruya hak mefhumunun özünün dışına atılmış oluyor. Dolayısı ile suiistimâl denilen şey daha ziyade, hakkın aşılması ile hukuka aykırılık olmuş oluyor. Şu halde hukuk nizamının fertlere tanıyıp himaye ettiği haklarda yukarıda zikredilen unsurların, yani kendisi için bir menfaat ve başkaları için zarara sebebiyet vermeme hudutlarının daima bulunması icap ediyor, demektir.

28) Bu mevzuda bk. *Schulz*, Prinzipien, s. 102 ve d.: «Die Vorwürfe, die gegen römischen Eigentumsbegriff erhoben worden sind, sollten endlich verstummen... Definitionen moderner Romanisten, nach denen das Eigentum «an sich schrankenlosen Sachenrecht» darstellt, sind freilich verfehlt». Ve s. 107: «... dass der Rechtsmissbrauch nicht erlaubt ist, ist schon eine Erkenntniss der republikanischen und klassischen Zeit, die in der exceptio doli generalis und in manchem andern Einzelsatz aut rechtliche Anerkennung erfahren hat, die aber auch dort gilt, wo die Rechtsordnung gegen den Rechtsmissbrauch nicht reagiert». Bu Roma hukuku an'anesinin iyi bir değerlendirilmesidir ve mülkiyet müessesesine aşılansmış olduğu söylenen Roma egoismi hürufesini ortadan kaldırmaktadır. Şu halde *Bonfante* gibi (Conferenze per il XIV centenario della Compilazione di Giustiniano, Milano 1931), ius vitae et necis'in ve bütün *Quirites* hukuku an'anesinin Diocletianus'a kadar bâki kaldığını söylemek mânasızdır.

29) Krs. *Riccobono*, Bull. dell'Ist. di Dir. Rom., cilt, yeni seri I, s. 1 ve d.

Modern doktrinin *aemulatio* fiilleri yasağına bu vasfı tanıdığını biliyoruz. Suiniyetin hukuka aykırı olması mukaddeminden, hakkını suiistimâl eden kimsenin hukuka aykırı bir fiil işlediği, zira kendi salâhiyetinin hudutlarını aştığı neticesi çıkarılır. Fakat bu anlayış klâsik değildir. Malûmdur ki, Roma hukuk ilmi devrinde suiniyet, hakkın kuvvetini yalnız magistra vasıtası ile ve ancak kazaî sahada çürütür, yoksa hakkın öz ve nazari kuvvetine dokunmaz. Suiniyetin hukuka aykırılık olması ve hakkı doğrudan doğruya ve tamamen yok etmesi, Iustinianus hukukuna ait bir anlayıştır; bu da *ius civile* ile *ius honorarium*'un birbirine mezcolmasından doğup vâzı kanun tarafından bir çok hallere, meselâ «*bonos mores*» (ahlâk ve adâp)'e aykırı akdedilen borç münasebetlerine veya *ius civile*'nin kabul edip *praetor* hukukunun reddettiği bütün haklara tatbik edildi³⁰.

Binaenaleyh, klâsik hukuka mal edilmesi yanlış olan bu nazariye, Iustinianus hukukunda müessesemizi izah ve inşa etmeğe pek elverişlidir.

Diocletianus'tan sonraki devirde hıristiyan etiğinin tesirine dair yukarda söylediklerimden, müessesenin bu bünyesinin VI ncı asır müdevvenatına daha uygun olduğu görülür. Bunu teyit zımında etütte gösterilen metinler, hususî hukuku olduğu gibi ceza hukukunu da geniş nisbette alâkadar eder. En meşhur hükmü, eski hukukta kayıtsız şartsız müsaade edilen yol kesici hırsızın öldürülmesinin bu defa yasak edilmiş olmasına müteallik olanıdır. Artık öldürmeye yalnız «*si aliter periculum effugere non potest*» (tehlikeyi başka türlü önlemek imkânı yoksa) (I. 4, 3, 2) müsaade edilmiştir. Bu vecize, ceza hukuku sahasında asırlardan beri münakaşa mevzuu olmakta devam ettiği için, çok meşhurdur. Bununla meşru müdafaa mefhumuna kuvvetli bir hudut konmuş olduğuna şüphe yoktur.

Bundan başka, hakkın suiistimalini men'eden teşriî hükümleri çok zayıf gören ve bunların yalnız, hotgâm bir zihniyetle veya kendi istifadesi olmadan başkasına ziyan veren kimselerin hakkını istimâline değil, bu şekildeki hareketinden temin ettiği menfaat, bililtizam, başkasına iras ettiği zararın çok dûnunda olan kimselerin hakkını istimali halinde de tatbik olunmalarını istiyen Gierke'ye³¹ hak vermek lâzımdır. Bu, şüphesiz dikkate değer bir mülâhazadır; yalnız bunu Gierke, temenni edilen bir kazıyye gibi zikrediyor: «*der deutschen Rechtsanschauung*». Halbuki Iustinianus hukukunda bunun sarıh bir tatbikatı mevcuttur; meselâ şerikler arasındaki münasebetler: «*iniquum enim visum est voluntatem unius ex modica forte portiuncula domini praeiudicium sociis facere*» (zira

30) Krs. 26 D. 45, 1.

31) Deutsches Privatrecht, § 36, Anm. 5.

belki de küçük bir hissenin sahibi olan bir tek şerikin iradesinin diğer müşterek mâliklere zarar vermesi hakkaniyete aykırı görünmüştür): *fr.* 10 pr. D. 39, 3. Şu halde burada Alman hukuk şuurunu, tâ Iustinianus tarafından tedvin edilmiş bir hıristiyan etiği prensibinden ibarettir. Beseler'in son çalışmalarında mükemmelen meydana koyduğu böyle daha bir çok noktalarda cemiyet menfaati Roma hukuku tarafından, henüz modern hukukun varamadığı bir derecede fevkalâde bir itibara mazhar olmuştur. Burada, modern romanistlerin henüz anlamadıkları, fakat yalnız Iustinianus hukukunun değil klâsik hukukun da anlaşılması için esaslı olan bir hakikatı, yalnız zikretmekle iktifa ediyorum: «Die Identität von Recht und Moral ist nie und nirgends von einem Recht schaffenden Rechtsschöpfer klarer und vollständiger proklamirt und durchgeführt worden als im römischen *bonae fidei iudicium* vom römischen Prätor»³².

Çeviren:

Dr. Z. Umut

Salvatore Riccobono

32) Krs. Rigasche Zeitsf. f. R. W. 11 (1939). Ayrıca krs. yukarıda s. de zikredilen Kaser'in etütleri ve s 44, n. 27'de Pernice'nin ifadesi.