

## ROMA HUKUKUNUN BİR PRENSİBİ : EMNİYET (\*)

Yazan: F. SCHULZ

Çev. Dr. B. ERDOĞMUŞ

Burada hukuk emniyetinden veya hukukî emniyetten çift anlamlı bahsedilecektir; hukukî emniyet önce, hakkın haksızlıkla yaptığı mücadeleyi kazanacağı hususundaki kesinliği; sonra ise, hukukun ne olduğu, hukuk düzeninin bilinmesindeki kesinliği, muayyen, müşahhas bir vakıanın doğuracağı hukukî sonuçların önceden bilinmesini ifade eder. Kararın tamamen hâkimin takdirine bırakıldığı, fakat yine bu hâkimin önemli, haksever, her yönden tarafsız bir şahsiyet olmasının sağlandığı bir hukuk düzeni düşünelim, bu durumda hukuk emniyeti ilk anlamıyla mevcuttur, çünkü hakkın ifadesini bulacağı şüphesizdir, fakat ikinci anlamıyla hukuk emniyeti yoktur. Aksine hukuk düzeni teferruatıyla kanunlarda tespit edilmiş, fakat hâkim bilgisiz, rüşvet yiyen ve bitaraf olmayan bir kimse ise, hukukun ne olduğu hususunda kesinlik vardır ama, bu hukukun icra edileceği şüphelidir.

Hukuk emniyetinin ilk anlamıyla mevcudiyeti esas itibarıyla, devletin resmî hukukî himayeyi yeterli ölçüde teminine bağlıdır.

---

(\*) Bu makale F. Schulz'un «Prinzipien des römischen Rechts» (1954) adlı kitabından tercüme edilmiştir. Kitap itibarıyla bütünlük arz ettiklerinden dipnotları tercümeyle alınmamıştır.

Herşeyden önce yargı faaliyetinin uygun kişilere bırakılmasına dikkat edilmelidir. Roma devleti Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk devirlerinde yargı yetkisini tamamen ve sadece «Honoriarios»e (saygıdeğer kişiler) tevdi etmekle bu şartı yerine getirdiği kanaatindeydi. Yargı faaliyetiyle meşgul olan magistra'ların (memurlar), özellikle yalnız senatör ve şövalye sınıfına mensup olduklarını daha önce belirtmiştik. Yine ceza ve hukuk davalarında hâkimlik yapan kişiler de kaideten bu sınıflardan seçiliyordu, tabiatıyla hukuk usulünde taraflar bu sınıfların niteliğine sahip olmayan kişiler üzerinde de anlaşabiliyorlardı. Genellikle bu seçim yapılırken, nazik ve kabaca yapılacak etkileme teşebbüslerini geri çevirebilecek ölçüde bağımsız olan kişiler üzerinde ittifak sağlandığı görülmektedir. Verres olayı bir skandaldır ve Roma yargı faaliyeti için ölçü olamaz. Daha önce bahsettiğimiz, sona ermekte olan Cumhuriyet devrinin çok sayıdaki dostluk ilişkileri ve bu sırada ortaya çıkmış tavsiye müessesesi doğal olarak, bazen magistranın kazai faaliyetine gölge düşürmüş olmalıdır. Hâkimliğe gelince, Cumhuriyet devrinin son asrında bir hatibin çizmiş olduğu sefih manzara retorik bir aşırılıktır ve bundan genel sonuçlar çıkarılamaz. Cumhuriyet devrinin sonunda, istenilenden başka bir karar çıktığında, ceza hâkimlerine rüşvet almış olmak ithamı politikacılar tarafından sık sık yapılmaktaydı; tarihçi böyle belgelerden hareket edemez. Klasik sonrası devre ait bazı güvenilir kaynaklarda hukuk davalarının «kudretli kişilerce» (potentiores) tesir altında bırakıldığı yer almıştır ve bu durum dolayısıyla vazedilen, alacağın potentiores'e temlikini yasaklayan bir kanun Müsterek hukukta muhafaza edilmişti. Bunun dışında da bu devrin imparator emirnameleri mahkeme personelinin ahlâki vasıflarının yetersizliğinden şikâyet etmektedir.

Yargı fonksiyonuyla ilgili magistraların ve hâkimlerin gerekli hukuk bilgisine sahip olup olmadıkları konusunda devlet önceleri ilgilenmiyordu. İlk iki sınıf mensuplarında hukuk bilgisinin belirli bir ölçüde bulunduğu farzolunabilir, imparatorluk devrinde hukuk düzeni geliştikten ve çetrefil hale geldikten sonra, bu bilgi kesinlikle yetersiz kaldı. İşte burada yine bütün Roma yaşayışına nüfuz etmiş olan «consilium» müessesesi yardım etti. Hususi hukuk usulünde gerek magistra gerekse hâkim, kendilerine hukuka vakıf müşavirlerin de katıldığı consilium toplardı.

Böyle bir consilium olmadan klasik devirde hâkimin görevini nasıl icra edeceği düşünülemez bile; hatta vazifesinas Gellius'un yaptığı gibi, hâkim göreviyle ilgili kitapları masasının üzerinde bulundursa bile, uzman olmayan kişi için giderek bilinmesi zorlaşan hukuk malzemesine ancak kısmen nüfuz edebiliyordu. İmparatorluk devrinde hukuk işleriyle uğraşan magistraların hukuka vakıf danışmanları olduğunu biliyoruz, yine mahkeme kalemünde hukuk bilgisiyle mücehhez büro personeli mevcuttu. Çetrefil meselelerde mütalâa için bir hukukçuya veya imparatora başvuruluyordu. Hadrianus'tan itibaren devletin üst makamları için artan ölçüde hukuki eğitim aranmaya başlanmıştı. Nihayet klasik sonrası devirde, en geç 5. yüzyılda avukatlar için de bir hukuk okulunda tahsil ve imtihanda başarılı olma şartı da aranmaya başlandı. Postklasik devirde kültürdeki genel düşüşle birlikte hâkim ve avukatların hukuk bilgilerinde büyük eksikler olduğu tereddütsüz kabul edilmelidir ve bunun kanıtları mevcuttur.

Cumhuriyet ve klasik devirde hukuk davalarının masrafları yüksek değildi. Mahkeme masrafları veya avukatlık ücretleri ve harcırahlarının talep edildiği formula usulüne yabancıydı ve bunlar ilkönce cognitio extra ordinem'de ortaya çıktı. Postklasik devirde ise resmî masrafların aşırılığından şikâyet edilmektedir.

Nihayet hukuk davasının ne kadar sürdüğü meselesine gelince, formula usulünde bir imperium continens dava, magistranın görev süresi içinde bitirilmeliydi, bir iudicium legitimum ise Augustus'un Lex iudicaria'sından beri birbuçuk yılda sona ermeliydi. Bu sürelerin muteber olmadığı hallerde klasik devirde bir dava uzayıp gidebiliyordu. Centum viri usulünde ise davanın uzamasından Vespasianus devrinde şikâyet edilmeye başlanmıştı. Cognitio extra ordinem'e ait belgelerde bir davanın 226'tan 244'e kadar sürdüğü yer almaktadır; Zeno zamanında bir davanın 30 yıl süreyle sürüncemede kaldığı belirtilmektedir.

Bütün bunları gözden geçirince, hiç olmazsa Cumhuriyet ve Klasik devirlerde devletin hukuk güvenliğini yeterli ölçüde sağladığını ve hukuki emniyetin bu anlamıyla mevcut olduğunu söyleyebiliriz. Fakat yukarıda verilen ikinci anlamıyla hukuk emniyeti, yani hukukun ne olduğuna ilişkin emniyet konusunda du-

rum tamamen değişiktir. Bu emniyete şaşırtıcı bir tarzda âz önem verildiği, Roma hukukunun karakteristik bir çizgisidir.

Öncelikle hukuk kurallarının mevcudiyeti ve muhtevası hakkında geniş ölçüde belirsizlik görülmektedir. Daha önce de sözünü ettiğimiz, devletin hukuk kuralları koymasında Roma'ya has çekingenlik yüzünden *ius incertum*'un (hukukun belirsiz olması) alanı zarureten geniş olmalıdır. Ancak devlet kaideler vazettiği zaman bile, bunlar hakkında kesinlik elde etmek ekseriya kolay olmuyordu. 12 Levha'nın metninin saf olarak muhafazası için devletçe hiçbir çaba gösterilmemiştir. Halk meclisi kanunlarının, senatus kararlarının ve imparator emirnamelerinin neşri hususunda resmen bir şey yapılmamış veya yapılanlar yetersiz kalmıştır. Resmi gazete yoktur. Sezar'dan itibaren, periodik olarak, diğer politik haberler yanında kanunlar ve senatus kararlarını tarihlerine göre düzenlenmiş olarak yayınlayan bir devlet gazetesi görülmektedir. Bunun yanında, halk meclisi kanunları istisnaen bronz levhalar üzerinde asılarak ilân ediliyordu, ancak bunun ya aynı kanunca öngörülmesi ya da yetkili memur tarafından uygun bulunması lâzımdı. Bu ilân esas itibarıyla sadece Roma'ya mahsustu; Roma hukuku çoktan evrensel hukuk haline gelmiş olmasına rağmen, sadece şehirde ilân ananesine sadık kalınmıştı. Senatus kararları da yalnız Roma'da ve istisnaen bronz levhaların asılması suretiyle ilân ediliyordu. Senatus kararı Roma dışında ekseriye bu kararın ilgilendirdiği kimselerce yazılı olarak, yunanca konuşulan bölgelerde de ilân ediliyordu, bazen de sadece resmî yunanca tercümesi asılıyordu. İmparator emirnamelerinden beyannameler imparatorun o sırada ikamet ettiği mahalde beyaz tahta levhalar üzerinde, ve yine bu beyannamenin taalluk ettiği memurun görev alanında ilân edilirdi. *Rescriptum*'lar da asılma suretiyle imparatorun ikametgâhında neşrediliyordu. Bu ilânların sıhhatli bir hukuki değerlendirmeye tamamen yetmeyeceği anlaşılmaktadır. Hukukçuların burada işe karışarak kanun malzemesini hukuk okullarında eğitim gayeleriyle düzenledikleri düşünülebilir, fakat durum böyle değildir. Böyle düzenlemeler olsaydı, bilgimiz olurdu; ancak postklasik devirde *Codex Gregorianus* ve *Hermogenianus*'ta hiç olmazsa imparator emirnamelerinin düzenlenmesine rastlamaktayız. Cumhuriyet ve Klasik devirlere ait hukuk edebiyatından tabiatıyla kanun malzemesini hiç olmazsa muhteva olarak öğrenmek mümkün-

dür; bu arada, hukukçuların kanunların metinleri hakkında da bilgi sahibi olmaktayız. Nitekim hukukçulara ait eserler bir plân tahtında bütün hukuk malzemesini nazara almamaktadır, çünkü sadece belli bölgeler için muteber olan hukuk kaideten işlenilmiştir. İmparator emirnameleri hakkında hukukçular bazen arada sırada, herhalde metin önlerinde olmaksızın bilgi vermekteydiler. Hukukçuların yazılarıyla iktifa etmek istemeyen veya edemiyen kişiler için Roma arşivine baş vurmak ve kendilerine bir suret verilmesini istemekten başka yol kalmıyordu; fakat bu suretlerden yine kopyalar çıkarılıyor, bu sırada metnin lafzından uzaklaşıyor, bazen de bilhassa değiştiriliyor ve böylece tekrar Roma arşivine müracaat etmekle ortadan kaldırılabilen yeni bir hukuk emniyetsizliği doğmuş oluyordu. Devlet tarafından tutulan arşivlerin de tamamen yetersiz olduğu görülmektedir.

Cumhuriyet ve Klasik devirlerde böyle bir hukukî emniyetsizliğe tahammül edilmesini, yani bunun kötü bir durum olarak katiyen düşünülmemiş olduğu, çok güvenilen parlak bir hukuk ilminin varlığıyla açıklanabilir. İlmî içtihadın bütün hukuk malzemesine vakıf olduğu, bunu işlediği ve istenirse bilgi vereceğine güvenilmiştir. Cumhuriyet ve klasik devirlerde, Roma şehrinin büyük hukukçularına gösterilen bu itimat tamamen yerindedir; Roma ve diğer yerlerdeki hukuk okullarında yetişmiş, İtalya ve eyaletlerde faaliyette bulunan hukukçular, başşehirden uzakta olmaları dolayısıyla o sırada yürürlükte olanı bilmek imkânına her zaman sahip olmamalarına rağmen klasik devirde yeterli hukuk bilgisine sahiptiler; bu hukukçular kendi bilgilerinin yetersizliğinden şüphe ederlerse, Roma'da bulunan bir hukukçuya (özellikle kendilerini yetiştiren hukukçuya) veya başşehirdeki bir arşive baş vuruyorlardı. Üçüncü yüzyılın sonuna doğru hukuk ilminin tereddidi devrine girmesiyle hukukî emniyetsizlik facia haline geldi. Birtakım özel ve resmi düzenlemelerle, hatta ümitsizliği ifade eden tanıksama ve belgeleme kanunlarıyla bu durum önlenmek istendi. Justinianus'un büyük kodifikasyonu da bir ius certum peşindeydi ve belli bir ölçüde de bu gayeye ulaşılmıştır. Justinianus'un bu ius certum'u da gerçek Roma usulünde öyle bir hukuk ilmi, öyle detaylı bir hukuk tedrisatını ön görüyordu ki, ancak bu sayede bu kanunnamenin, bilhassa Digesta'nın tatbikinde sadece tarihi değeri olan, geçerli olan hukuktan,

öğreti hukuk normundan tefrik edilebilsin ve klasik devrin prensiplerini Bizansa uydurarak uygulamayı öğretebilsin.

Başta Roma hukukunda geniş bir hareket alanına sahip olan mahkeme makamları olmak üzere, devlet organlarına tanınmış olan serbest takdir yetkisi hukukî emniyetsizliğin diğer bir faktörüdür. Bu nedenle biz burada daha önceki açıklamalarımıza işaret edip «kanunsuz suç, kanunsuz ceza olmaz» kuralının Roma hukukuna yabancı olduğunu, Medeni Usul'de hukukî himayenin (actio, exceptio, in integrum restitutio) sağlanması veya sağlanmamasının magistranın serbest takdirine bağlı olduğunu ve hâkimin de formula'yı uygularken önemli bir serbesti içinde olduğunu hatırlatacağız. Anane ve constantia (devamlılık) hususundaki Roma anlayışı burada tabiatıyla hukukan mevcut olmayan hukuk emniyetsizliğini fiilen temin etmiştir.

Nihayet hukuk emniyetsizliği, hukuk düzeninin hukuki sonuçları, güç tanınabilecek, açıklığı bulunmayan ve «harici vakıalar» olarak nitelenemeyecek vakıalara bağlamasından ileri gelir. Zarureten burada hukuki sonuçların dayandırıldığı iç vakıanın mevcut olup olmadığı konusunda kesinlik olamaz. Roma hukuku bu tip hukuk emniyetsizliğini de tereddütsüz olarak kabul etmiştir.

a) İyiniyete dayanarak iktisap esas itibarıyla Roma hukukuna yabancısıdır. Mülkiyetin nakli, devreden malik olması veya asgari tasarruf ehliyetine sahip olması halinde geçerlidir; bu durum haricen anlaşılacak bir vakıa olmadığından, malı devralan malik olup olmadığı hususunda emin olamamaktadır. Buna paralel olarak Rehin hukukunda da iyi niyet himaye edilmiştir. Rehin hakkının derecesi «prior tempore, potior iure» kuralına göre tayin edilmekteydi; malın rehinli olup olmadığı ve bunun derecesinin anlaşılması mümkün değildi.

b) Zaman geçmesine (harici bir vakıa) Roma hukukunda adetâ isteksizlikle etki tanınmıştır. Şüphesiz zamanaşımı ile iktisap 12 Levha Kanunu'nda yer almıştır, ancak tesir alanı sınırlıydı. 12 Levha bile çalınmış malların zamanaşımı ile iktisabını men etmişti, halbuki bu durum tatbikatta zamanaşımının söz konusu olabileceği en önemli haldir. Daha sonraki gelişme zamanaşımının fonksiyonu daha da kısıtladı. Gayrimenkullerin de

hırsızlığa konu olabileceğini ileri sürmek ve bu suretle «çalınmış» gayrimenkullerin zamanaşımı ile iktisabını önleme teşebbüsü tabiatıyla yürümemiştir. Ancak furtum kavramının emniyeti suis-timali kapsayacak şekilde genişletilmesi de zamanaşımı ile iktisap yönünden çok önemlidir. Cebirle elde edilmiş mallar da daha sonra çıkarılan kanunla zamanaşımıyla iktisap dışında bırakılmışlardır. İyiniyet ve haklı sebep şartlarının getirilmesiyle zamanaşımıyla iktisap daha da zorlaşmıştır. Ve yine sadece fundus italicus zamanaşımıyla iktisaba elverişliydi, ancak klasik devrin ortasında eyalet arazisinin de longi temporis praescriptio ile iktisabı mümkün hale girmiştir.. Nihayet Justinianus hukukunun longissimi temporis praescriptio'su çalınmış malların zamanaşımıyla iktisabını getirmiştir.

Davaların zamanaşımına uğraması hemen istisnasız olarak Roma hususi hukukuna yabancıdır. Pretorların hukuki vasıtaları daha ziyade süreye bağlanmıştı, özellikle ceza davaları; ancak II. Theodosius zamanında (424) genel bir dava zamanaşımı yürürlüğe konmuştu.

c) Tasarruf ehliyeti bulunmayandan iktisabı sağ'amadığı zaman bile, hukuki emniyet için çok önemli olan aleniyet prensibi Roma hukukunda sınırlı rol oynardı (*mancipatio* ve *in iure cessio*'da). Gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynı hakların görülmesine yarayacak olan bir tapu sicili, imparatorluğun Helen bölgesindeki yabancılar hukukunca bulunduğu ve valiler böyle müesseselerin yararını açıkça belirttikleri halde, Roma hukukuna yabancı kalmıştı. Ölüm ve doğum vakalarını be'gelemeye yarayan nüfus kütükleri mevcut olmakla beraber, evlilik sicili yoktu; gizli evliliklerden Romalılar karakteristik bir tarzda kaygu duymamışlardır.

d) Hukuki sonuçlar geniş ölçüde kişilerin fiziksel ve ruhsal yapılarına bağlanmaktaydı. Bir erkek klasik devirde buluşu ile birlikte hukuki muamele ehliyetini tam olarak kazanmaktaydı, akıl hastalığı hukuki muamele ehliyetini kaldırıyordu (akıl hastalığı dolayısıyla kurucu olarak sonuç doğuran hacir kararı mevcut değildi). Hukuki muamele ehliyetinin tam olduğunu sandığı bir impubes veya akıl hastası ile muamele ehliyetinin tam olduğunu sandığı bir impubes veya akıl hastası ile muamele yapmış olan tarafın himayesi söz konusu değildi. (Akdi ve akit dışı olup

olmadığına bakılmaksızın) haksız fiillerde Justinianus hukukunda kusur prensibi hemen istisnasız olarak yürürlükteydi; scientia, bona ve mala fides hukuki sonuçların ekseriya hukuki sonuçların tefriki için kullanılıyordu; irade (animus, voluntas), özellikle post-klasik devirde önemli rol oynuyordu.

e) Karineler klasik devirde sadece çok münferit hallerde mevcuttu (praesumptio Muciana); klasik sonrası devirde şüphesiz karinelere daha çok iltifat edilmiştir.

Bütün bu değişik çizgiler birlikte mütalâa edilecek olursa, Romalıların hukuk konusundaki kesinlik anlamındaki hukuki emniyet ve somut olayın hukuki sonuçlarına ilişkin hukuki emniyete önem vermedikleri ortaya çıkar. Eski çağın az ve önemli olmayan hayat ilişkilerinde aleniyet prensibinin kabulü ve iyiniyetle iktisabın himayesinin çok gerekli olmadığı doğrudur; ve yine eski çağda rehin hakkının iktisaden bugünkü kadar önemli olmadığından iyiniyetli rehinli alacaklının korunmamasının dikkati çekmediği de doğrudur. Fakat bu meselede Romalıların tutumunu açıklayan başka bir nokta vardır: Medeni hukukun Usul hukukundan tefriki. Mütalâa verme faaliyetinden çıkmış Roma hukuk ilmine has olan bir şekilde, klasik hukukçular için ispat meselesi ve buna bağlı olarak ta hukuk düzenini mümkün olduğu kadar harici, müşahhas olarak tanınabilinen ve bu yüzden ihtilâflı meselede kolayca saptanabilen vakıalara dayanarak tanımak arka plânda kalmıştır. Fakat yine burada *ius quaesitum*, iktisap edilmiş hakka Romalılarca gösterilen hürmet ön p'âna çıkar. Daha önce belirttiğimiz gibi, Romalıların kamu yararına yapılacak istimplâk ve istimval karşı olan çekingen tutum'arı, iktisabi ve iskati zamanaşımına karşı olan tutumları ve yetkili olmayandan iyiniyetle iktisabı caiz görmemeleriyle insicam halindedir. Yetkisiz kişiden iyiniyetle iktisap bir nevi kamu yararına istimplâk (veya istimval) değil midir? Romalıların için mühim olan «muamelâttaki emniyet» değil, iktisap edilmiş hakka ilişkin emniyettir; devletin emniyeti onlar için bu emniyete bağlıdır; bunu kurcalayanlar, Romalılara göre müşterek yaşamın temellerini sarsarlar.