

GAIUS'A GÖRE KLASİK ROMA HUKUKUNDA FURTUM SUÇU

Doç. Dr. Türkân Rado

Haksız fiiller bugünkü hukuklarda olduğu gibi Roma hukukunda da borç kaynağı teşkil ederler. Bununla beraber, Roma hukuk dilinde haksız fiil mukabili kullanılan delictum tâbiri mâna itibariyle çok geniştir. Bu tâbire, yalnız modern hukuk nizamlarında borçlar hukuku sahasına giren haksız fiiller değil, aynı zamanda âmme hukuku, yâni ceza hukuku tarafından müeyyidelenen bütün suçlar da dahildir. Suçlar hususunda Roma hukukunun telâkkisi ile modern hukukun görüş tarzı birbirinden tamamiyle farklıdır.

Bu gün her hangi bir haksız fiilin iki cepheden neticeleri olabilir. Eğer bu fiil, Ceza Kanunu tarafından müeyyidelenmiş bir suç ise buna doğrudan doğruya devlet müdahale eder ve suçluyu da devlet cezalandırır; veya bu ceza para cezası ise bunu devlet alır. Diğer taraftan, bu haksız fiilin hususî şahısların mamelekinde meydana getirdiği zararın kapatılması, tazmini meselesi ise, ceza hukukuna değil hususî hukuka, borçlar hukukuna taallük eder. Haksız fiil neticesi zarar gören kimse açtığı hususî hukuk dâvasıyla, Borçlar Kanununun umumi hükümleri dairesinde bu zararının tazminini talep eder. Suçluyu cezalandırmak maksadiyle açılan ceza dâvasıyla, zararın tazminine mâtuf zarar ziyan dâvalarının mahiyetleri de, gerek bu dâvaları açan taraflar ve dâvaların aleyhlerine açıldıkları kimseler bakımından, gerekse dâvanın gayesi bakımından farklıdır. Roma hukukunda ise böyle bir tefrike rastlamak mümkün değildir. Çok eski cemiyetlerde olduğu gibi Roma tarihinin ilk devirlerinde de prensip itibariyle hususî fertlere karşı işlenmiş suçlarda suçlunun tâkibi işi zarar gören hususî şahsa aitti. Bununla beraber, Roma hukuk tarihi boyunca suçların cezalandırılması bahsinde, devletin müdahalesi, zamanla gitgide artmıştır. Böylece tedricen, cezalandırma işi ufak gruplardan, fertlerden, aileden ve kabilelerden devlete geçmiştir. Roma hukukunun ilk devirlerinde ve bu arada XII Levha Kanununda suçların

iki guruba ayrıldıklarını görüyoruz¹: *delictum publicum* ve *delictum privatum*. Âmme suçu diye tercüme edebileceğimiz ve bazen de lâtince *crimina* denilen birinci halde, devlet kendi menfaatini ihlâl edilmiş görmektedir ve zarar gören şahsın veya gurubun müracaatını beklemeden doğrudan doğruya harekete geçmektedir. Bu suçlar bizzat devlet tarafından, yâni *magistra* veya *magistraların* iştirak ettiği ceza mahkemeleri tarafından cezalandırılır. Yalnız hususî fertlerin menfaatlerini ihlâl eden suçlara gelince; *bidayette* bunlar devlet tarafından takip edilmezlerdi. Suçluyu takip eden, onu cezalandıran veya ona nakdî cezayı ödettiren hususî şahıstı. Hususî fertlerin menfaatlerini ihlâl eden bu gibi suçlara *delictum privatum* veya sadece *delictum* deniyordu. Devlet bu gibi hallerde ancak hususî intikamın tatbikini nizamlamak veya mağdurun bir karşılık elde edebilmesini temin için yardım ediyordu. *Bidayette* devlet ancak çok ağır olan bir kaç halde doğrudan doğruya harekete geçiyordu. Devletin cemiyete karşı bir takım hizmetleri olduğu fikrinin gelişmesiyle, bu âmme suçlarının sahası da genişledi. Buna mukabil gitgide hususî suçların sahası da daraldı. Bunların bir çoğunun Roma hukukunun inkişafının son devrinde bir âmme suçu haline geldiğini görüyoruz. Âmme suçlarının cezalandırılması selâhiyeti hiç bir tahdide, ikinci bir merciin kontrolüne tâbi olmadan *imperium selâhiyetini* haiz olan *magistraya* tanınmıştı. Sonradan *provocatio usulünün* yerleşmesiyle *magistranın* verdiği cezaya karşı bir itiraz imkânı hasıl oldu.

Âmme suçlarının sayısı ilk zamanlarda çok mahdut ve cezaları da o nisbette ağırdı. Umumiyetle bu suçlar ölüm cezası ile müeyyidelenmişti. Bu suçlar bilhassa sitenin emniyet ve bütünlüğüne karşı işlenmiş suçlardır. Bunlar arasında en mühim olan ikisini zikredebiliriz. Biri *perduellio tâbiri* ile ifade edilen 'devletin emniyetine karşı işlenmiş suçlardır (vatana ihanet, düşmanla iş birliği yapmak, darbe hükümet gibi); diğeri ise *parricidium*, yani bir aile reisinin öldürülmesi halidir. Buna da devletin müdahale etmesi, bir aile şefinin öldürülmesiyle muhtelif aile grupları arasında dahili bir harbin çıkmasını önlemektir.

Bu iki âmme suçunun sahası zamanla çok genişlemiştir. Nitekim daha ilk zamanlarda her hangi hür bir insanın öldürülmesi *parricidium'a* muadil tutulmuştur (*si quis hominen liberum dopo sciens mortis dicit*,

1) A. B. Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, 1948, s. 96 ve m.; R. Monier, *Manuel*, II, 1944, s. 40 ve m.; Hubrecht, *Manuel*, II, 1943, s. 157 ve m.; Fliniaux, *Cours de droit romain*, 1932, s. 49 ve m.; P. Koschaker, *Roma hususî hukukunun ana hatları*, 1950, s. 230 ve m.; Arangio-Ruiz, *Istituzioni*, 1949, s. 364; Blondo Blondi, *Istituzioni*, 1945, s. 279 ve m.

parricidas esto). XII Levha Kanunu bu iki âmme suçunun yanında yalan yere şahadeti, hâkime rüşvet vermeği, geceleyin başkasının evini veya mahsulünü yakmayı (kundak koymayı), geceleyin başkasının topladığı mahsulü mahvetmeyi, «malûm carmen incantare» ve «fruges excantare» diye anılan büyücülük ve üfürücülük yoluyla başkasına fenalık etmeyi de âmme suçları arasında saymıştır². Bununla beraber De Francisci bunların bazılarının bu mahiyetinden şüphe etmektedir³.

Tarihî bakımdan âmme suçlarına verilen cezalarda dinî itikatların izlerini görmek mümkündür. Supplicium cezası ve onun tatbik şekli bu cezanın bidayette dinî bir kefaret mahiyetini haiz olduğunu gösteriyor. Perduellio'nun cezası olan «suspendi infelici arbori» de aynı mahiyeti taşımaktadır. Eskiden suç cemiyete bir tecavüz, ilâhların kurduğu nizama karşı gelmek telâkki edildiğinden böyle bir suç site üzerinde ilâhların hiddetini çekebilirdi. Bu sebeple, cemiyet kendini bu suçtan temizlemek ve ilâhların intikamından kurtulmak için, suçluyu uzaklaştırmak, cemiyet dışı etmek zorunda idi. Böylece suçlu consecratio'ya maruz kalıyor, yani «sacer esto» formülü ile cemiyet dışı ediliyor, ilâhların ve fertlerin intikamına bırakılıyordu. Böyle birini öldürmenin de hiç bir cezası yoktu⁴.

Delictum privatum'lara, fertlerin menfaatlerini ihlâl eden suçlara gelince, bunlar yukarıda işaret ettiğimiz gibi, devlete, topluluğa bir tecavüz telâkki edilmediklerinden ilk zamanlarda devletin müdahalesinden uzak kalmışlar, bizzat zarar gören fert tarafından takib edilmişlerdir. Bu bakımdan da hususî suçlara ait olan hükümler âmme hukukuna, ceza hukukuna değil, hususî hukuka, ius civile'ye girmektedir. Haksız fiillere ait hükümler umumiyetle hususî hukukun borçlar hukuku kısmında yer almakla beraber, mağdur açtığı dâva ile prensip itibariyle delictum fâilinin cezalandırılması gayesini güder. Roma hukukunun eski devirleri müstesna, nakdî bir ceza olan bu «poena» da devlete, hazineye varidat teşkil etmez, fakat doğrudan doğruya mutazarrıra ödenir.

Bu usulün menşeyini izah etmek için çok eski devirlere çıkmak lâzımdır. İptidai devirlerde bu gibi işler devletin fonksiyonları arasına girmemiş olduğundan, suçtan mağdur olan hakkını bizzat kendi yerine getirirdi. Suçlu doğrudan doğruya mağdurun şahsî intikamına bırakılmıştı. Suçun ağırlığı nisbetinde de intikam hissînin daha şiddetli tezahür

2) A. B. Schwarz, Roma hukuku dersleri, 1948, s. 96-97.

3) De Francisci Sintesi storica del diritto Romano, 1948, s. 125.

4) A. B. Schwarz, Roma hukuku dersleri, 1948, s. 97; De Francisci, Storia del Diritto Romano, I, 1943, s. 345; F. de Visscher, Le régime romain de la noxalité, 1947, s. 32 ve m. De Visscher'in bu eseri, eski Romada suçların neticelerini izah bakımından son derece kıymetlidir.

edeceği de tabiidir. Umumiyetle bu intikamın mevzuu da mağdurun şahsı, bedeni idi. Bununla beraber zaman geçtikçe, suç ile intikam arasında bir muvazene bulunması esası kabul edildi, ve böylece kısas prensibi ileri bir hamle olarak takip edildi⁵. Bilâhara tarafların aralarında uzlaşarak miktarını tayin edecekleri ve fail veya yakınları tarafından ödenecek bir miktar para mukabilinde, mutazarrırın intikamını tatbikten vazgeçmesi mümkün olmaya başlıyor; ihtiyarî diyet⁶ (composition volontaire) usulü diye tercüme edebileceğimiz bu usul de zamanla mecburî bir mahiyet iktisap etti. Önceleri örf ve âdet hukuku, sonradan kanunlar tarafından muayyen suçlar için ödenecek miktarlar tesbit edilmek suretiyle şahsî ve keyfî intikam usulü tamamiyle bertaraf edilmiş ve yerine mecburî veya kanunî diyet usulü dediğimiz usul geçmiştir.

İşte Roma hukukunun gerek Cumhuriyet ve gerek klâsik devirinde rastladığımız vaziyet budur. Suç veya haksız fiil (delictum) bizzat mutazarrır kimse tarafından normal muhakeme usullerine uygun olarak takip edilir ve delictum failinden bir nakdî cezanın, poena'nın ödenmesi istenir. Suçlunun ödediği bu poena bir tazminat değil, bir cezadır. Bu noktada eski serbest intikam usulünün devamını görmekteyiz. Poena fâil için bir kefaret, mağdur için de intikam hissini başka bir yol ile tatminidir. Burada gaye zarar görenin mâmelekindeki azalmayı yerine getirmek, muvazeneyi temin etmek değildir⁷. Bununla beraber, Roma hukukunun inkişafının seyrinde mâmelekteki muvazene bozulmasının giderildiğini de görüyoruz. Nitekim ceza dâvasının yanında bazı hallerde bu ceza dâvasıyla birlikte mutazarrırın bir de zarar ve ziyanının tazmini maksadiyle tazminat dâvası açmak hakkı vardır. Nitekim furtum'da bu vaziyeti görmekteyiz. Malı çalınan, bu iki dâvayı ayrı ayrı açabileceği gibi, bazı hallerde yalnız ceza dâvasını, diğer bazı hallerde ise, yalnız tazminat dâvasını ikame edebilir. Delictum mağdurunun talep ettiği ister ceza, ister tazminat olsun, suçlu, kendisinden istenen meblâğı ödemekle mükelleftir. Haksız fiil dolayısıyla zarar görenle fâil arasında bir borç münasebeti doğmuştur. Ancak, bu borç münasebeti tamamiyle şahsî

5) A. B. Schwarz, Roma hukuku dersleri, s. 97 - 98; de Visscher, op. cit. s. 147 ve m., 205 ve m.

6) Bak : Arangio - Ruiz, Istituzioni di diritto Romano, 1949, s. 364; De Visscher, op. cit., s. 19, 28.

7) Arangio - Ruiz, Istituzioni di diritto Romano, 1949, s. 364; P. Koschaker, op. cit., s. 231; P. Voci, Istituzioni, 1949, s. 276 ve m.; Voci, Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico, 1939.

mahiyettedir ve zararı ika edeni zarar görene poena'yı ödemekle mükellef kılmaktadır. İşte bu bakımdandır ki klâsik hukukçular ve bu arada Gaius, delictum'ları borç kaynakları arasında saymaktadırlar.

Bununla beraber, haksız fiillerin borç kaynağı teşkil etmeleri bakımından Roma hukuku ile modern hukuk arasında büyük bir fark vardır: Modern hukuklarda ve bu arada Borçlar Kanunumuzda haksız fiiller hususunda 41 inci madde ile, haksız olarak zarar ika edenin o zararı tazmine mecbur olduğuna dair umumî bir prensip vazedildiği halde Roma hukukunda, hattâ inkişafının son devirlerinde bile, böyle umumî bir prensipe rastlamak mümkün değildir. Tıpkı akitlerde olduğu gibi, Roma borçlar hukukunun haksız fiillere müteallik kısmı da, sayıları mahdut, münferit ve müşahhas haksız fiillerden müteşekkil bir sistem manzarasını arz etmektedir. İptidaları, çerçevesi çok dar olan bu sistem, bilâhare pretor'ların faaliyeti neticesi, yeni bir takım ihtimallerin kabulüyle daha elâstikî bir hal almış ise de, Borçlar Kanunumuzun 41 inci maddesindeki tipte umumî bir prensipe hiç bir zaman erişememiştir.

Ius civile, esas mevzuumuzu teşkil eden furtum da dahil olmak üzere esas itibariyle dört tip haksız fiil kabul etmiştir (furtum, rapina, damnum iniuria datum ve iniuria). Hattâ gasp şeklinde ifade ettiğimiz rapina'da bir çok müellifler tarafından furtum'un hususî bir şekli olarak telâkki edildiğinden, bunların sayısını üçe irca etmek mümkündür.

Furtum tâbirini umumiyetle dilimizde hırsızlık diye tercüme ediyorsak da, Romalıların furtum mefhumu modern hukuklardaki hırsızlık mefhumundan çok daha geniştir. Paulus'un gerek Digesta'da, gerek Justinianus'un Institutiones'inde yer almış olan meşhur tarifine göre :

D. 47, 2, 1, 3 (Inst. 4, 1, 1)

«Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucrî faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve.»

«Furtum bir malın, veya kullanılmasının veya zilyetliğinin hileli bir şekilde ve kazanç gayesiyle elde edilmesidir (contrectatio).»⁸⁾

Görüldüğü veçhile furtum modern hırsızlık mefhumundan başka emniyeti suiistimal ve hattâ dolandırıcılık gibi suçları da içine almaktadır.

Furtum, Roma hukukunun tanıdığı en eski suçlardan olmakla beraber, Roma hukuk tarihinin inkişafı boyunca da büyük değişmelere uğramıştır. Hattâ furtum'un uğradığı bu değişmeler bir hukuk müesse-

8) Şimdilik elde etmek diye tercüme ettiğimiz bu contrectatio tâbiri üzerinde ileride durulacaktır.

sesinin nasıl inkişaf ettiğini göstermek bakımından alâkayı mucip sayılabilir. Furtum hakkındaki ilk hükümlere XII Levha Kanununda rastlıyoruz. Her ne kadar XII Levhanın hükümleri daha eski devirlere nazaran ileri bir hamle teşkil ediyorlarsa da, iptidaî ve zâlim tarafları bakımından şahsî intikam devrinin bariz izlerini muhafaza etmektedir. Nitekim suç üstü yakalanan hırsızın kırbaçlandıktan sonra öldürülmesi esası (Tab. VIII, 12 - 13) eski intikam usulünün bir devamından başka bir şey sayılamaz. Sonradan XII Levhanın bu sert hükümleri bilhassa pretorların faaliyetile hafiflemiş ve klâsik devirde bu eski ve sert hükümlerden tatbik sahası olmayan tarihî bir müessese olarak bahsedilmektedir.

Roma hukukunun klâsik devrinde furtum'a dair hükümleri izah etmek başlı başına bir eserin mevzuunu teşkil edecek vüs'attedir". Bizim gayemiz ise, bu mevzuun ana hatlarını, Gaius'un Institutiones'inde izah edilmiş olduğu şekilde ve hattâ aynı plân çerçevesinde belirtmekten ibaret kalacaktır. Malûm olduğu veçhile, Gaius Milâttan sonra ikinci asırda yaşamış, pedagojik meziyetleri ve o devirdenberi talebe kitaplarına model olan Institutiones'i ile şöhret kazanmış bir Roma hukukçusudur. Gaius bazı noktalarda devrinin diğer meşhur hukukçularına nazaran bir az geri kalmakla beraber, eseri, klâsik devirden zamanımıza doğrudan doğruya intikal etmesi, diğer klâsik hukukçuların Digesta'daki metinleri gibi interpolatio yoluyla tâdile uğramamış olması bakımından bizim için büyük kıymet arz etmektedir. Bununla beraber, unutulmamalıdır ki, Gaius'un Institutiones'i hukuka başlayanlar için yazılmış muhtasar bir eser olduğundan burada teferruata ait meselelere rastlamak mümkün değildir. Gaius'un metninin okunmasıyla ancak klâsik devirdeki furtum hakkında umumî bir görüş elde edilebilir. Mamafih, bazı mühim noktaları kontrol veya itnâm için diğer klâsik hukukçuların Digesta'da mevcut ve maalesef her zaman interpolatio ihtimalini taşıyan parçalarına müracaat icabeder.

Ancak, şunu da kaydetmek lâzımdır ki, her ne kadar furtum hususî hukuku, borçlar hukukunu alâkadar ediyorsa da, âmme hukukunu alâkadar eden ve bir âmme dâvasını, âmme takibatını icap ettiren şekilleri de vardır. Daha eskidenberi mevcut olan ve meselâ devlete ait eşyayı veya ilâhlara tahsis edilmiş eşyayı çalmak gibi (peculatus, sacrilegium) başka isimler taşıyan¹⁰ bu hırsızlık şekilleri yanında gitgide hususî fertlere ait

9) Huvelin, Etudes sur le furtum dans le très ancien dr. rom., 1915; Pampaloni, Studi sul delitto di furto, 1901; Albertario, Studi, 3, s. 209; di Vischer, Etudes, s. 135, 215; Jolowicz, Digest XLVII. 2 De Furtis;

10) Mommsen, Le Droit Pénal Romain, III, s. 66 ve m.

malların furtum'unun da bazı hallerde ceza hukuku tarafından doğrudan doğruya cezalandırıldığını görüyoruz. Bunlar gerek âmme hukukuna girmek, gerek pek istisnai haller teşkil etmek bakımından mevzuumuz dışında kalmaktadır. Esasen Gaius tarafından da zikredilmemiş olduklarından biz de üzerinde durmayacağız. Gaius'un furtum hakkındaki görüşünü naklederken bilhassa kendi metinlerinden, bunları tercüme etmek suretiyle, istifade edeceğiz. Bazı lâtince tâbirlerin, diğer ecnebi dillerde karşılıkları bulunduğu halde dilimizde bulunmaması, tercümemizi hayli güçleştirmektedir. Diğer taraftan lâtince metnin aslına mümkün olduğu kadar sadık kalabilmek için tercümede lisan bakımından bazı fedakârlıklar yapmak zorunda kaldık. Gayemiz, klâsik devirde furtum hakkında geniş bir etüd yapmak değil, fakat yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, Gaius'a göre, furtum'un ana hatlarını belirtmek olduğundan daha ilmi ve sistematik tasniflerden içtinap ederek büyük bir hukuk hocası olan Gaius'un muayyen bir mevzuu izahtaki sistem ve terkibi hakkında da bir fikir verebilmek için eserindeki paragrafların sırasına mümkün olduğu kadar dokunmamaya çalışacağız.

Gaius, Institutiones'inin III. kitabında miras hukukunu tamamladıktan sonra 88 inci parağrafla borçlar hukukuna ve kendi tâbiriyle «ad obligationes» geçer ve bunların iki büyük guruba ayrıldıklarına işaret eder : «omnes enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto», «filhakika her borç ya bir akitten veya bir haksız fiilden doğar». Gaius bu tefriki yaptıktan sonra derhal akitten doğan borçların tasnif ve izahına girişir. Muhtelif akit guruplarını ve bu guruplara giren akifleri teker teker gözden geçirdikten ve nihayet borçları ortadan kaldıran sebepleri de izah ettikten sonra 182 nci parağrafında borç kaynaklarının ikinci nevine, yani haksız fiilden doğan borçlara şöyle başlar :

182. «Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit, quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII gerena diducantur, sicut supra exposuimus.»

«Şimdi haksız fiilden doğan borçlara geçelim, meselâ bir kimsenin hırsızlık (furtum) yapması, mal gaspetmesi, mala zarar vermesi veya şahsiyete tecavüz etmesi gibi. Bütün bunların hepsi bir tek borç nev'i teşkil eder, halbuki yukarıda izah ettiğimiz veçhile, akitten doğan borçlar dört nev'e ayrılmaktadır.»

Gaius dörde ayırdığı bu haksız fiilleri sırasıyla tetkike girişiyor ve birincisi olan furtum'la başlıyor. Gaius esas itibariyle bu üçüncü kitabın son kısmında furtum'dan bahs etmekle beraber, usul hukukuna dair olan dördüncü kitabının muhtelif yerlerinde de çeşitli actio'ları gözden geçirirken, furtum'un dâvası olan actio furti'ye de temas etmiştir. Bundan başka eserinin ikinci kitabında da furtum'a dair bir kaç mühim paragraf mevcuttur¹¹.

Furtum'u izaha başlayan Gaius, müptedilere hitap eden bir hoca sıfatıyla evvelâ kendisinden evvel yaşamış, büyük şöhret sahibi bazı hukukçuların furtum, ve bilhassa furtum'un muhtelif nevi'leri hakkındaki görüşlerine ve bu büyük hukukçular arasındaki fikir ayrılığına temas ettikten sonra, kendi şahsî görüşünü de ilâve etmeği ihmâl etmiyor. Gaius, evvelâ cumhuriyet devrinin son asrının en büyük hukukçularından biri sayılan ve aynı zamanda velût bir muharrir ve parlak bir hatip olan Servius Sulpicius'un, sonra da principatus devrinin başlarında Roma'da rastladığımız Sabiniani ve Proculiani mekteplerinin müessisleri sayılan Massurius Sabinus ile Labeo'nun kanaatlerini zikrediyor. Ashında Sabiniani mektebine mensup olan Gaius bitaraf bir hoca sıfatıyla muhalif mektebin mütalâasını zikretmeyi de ihmâl etmediği gibi, icabında Labeo'nun mütalâasını mantıkan daha uygun bulduğunu söylemekten de çekinmiyor (quod sane verius videtur).

183. «Furtorum autem genera Ser. Sulpicius et Massurius Sabinus III esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum; Labeo duo, manifestum et nec manifestum; nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum; quod sane verius videtur, sicut inferius apparebit.»

«Ser. Sulpicius ile Massurius Sabinus dört nevi' hırsızlık (furtum) olduğunu söylüyorlardı: Manifestum (meşhut) ve nec manifestum (gayri meşhut), conceptum ve oblatum; Labeo ise, iki olarak kabul ediyor, manifestum ve nec manifestum; filhakika conceptum ve oblatum furtum nevi olmaksızın ziyade furtum'a taallük eden dâva nev'idir. Aşağıda göreceğimiz gibi, bu fikir daha makuldür.»

11) Gaius'un Institutiones'inde furtum'a temas ettiği diğer paragraflar şunlardır: I, 140 - II, 50, 51, 78, 79 - III, 157, 182 - 205, 207; 208; 209 - IV, 4, 8, 37, 75, 76, 111, 112, 173, 178, 182.

Gaius da mensup olduğu mektebin müessisinin fikrine muhalif olarak XII Levha Kanunundan beri devam edegelen ve Labeo tarafından da kabul edilen furtum'un manifestum ve nec manifestum şeklindeki taksimini kabul etmektedir. Gaius'un eserinin plânını takibeden Justinianus'un Institutiones'inde de aynı fikri görüyoruz. Ancak metinden hukukçuların isimleri kaldırılmıştır :

Inst. 4, 1, 3,

«Furtorum autem genera duo sunt, manifestum et nec manifestum: nam conceptum et oblatum species potius actionis sunt furto cohaerentes quam genera furtorum...»

Mamafih Justinianus'un eserinde Bizans devri hukukçularının hususiyetlerinden biri olan tariflerin burada da yer aldığını ve faslın birinci paragrafında Paulus'tan alınmış ve Digesta'nın da «de furtis» faslının başında bulunan (D. 47, 2, 1, 3,) furtum'un tarifinin ilâve edilmiş olduğunu görmekteyiz:

Inst. 4, 1, 1,

«Furtum est contrectatio rei fraudulosa vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve : quod lege naturali prohibitum est admittere.»

Furtum'un neveleri hususunda yapılan tasniflere işaret ettikten sonra, Gaius bunların her birini ayrı ayrı izah etmiştir. Furtum nevelerine temas ederken de, bilhassa furtum manifestum için, muhtelif hukukçuların birbirinden farklı görüşlerine de bir hayli uzun olan 184 üncü paragrafında işaret etmektedir :

184. «Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit, deprehenditur. alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit, velut si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. alii adhuc ulterius eo usque... manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit; quae sententia non optinuit, sed et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recepit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit; quod

eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus surreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinant fures perferre, ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur; magis tamen plerique posteriorem probant.»

«Furtum manifestum (meşhut hırsızlık) bazılarında göre ika' edilirken farkedilen hırsızlıktır. Daha ileri giden diğer bazılarına göre, ika edildiği yerde yakalanan hırsızlıktır, meselâ zeytinlikten zeytin veya bağdan üzüm çalmışsa, hırsız o zeytinlik veya bağda bulunduğu, veya hırsızlık bir evde ika edilmiş ise, hırsız evde olduğu müddet içinde Çok daha ileri giden bazıları ise, hırsız o şeyi götürmeği tasarladığı yere götürünceye kadar ve daha da aşırı giden bazıları ise, o şey ne zaman olursa olsun, hırsızın elinde görülürse furtum manifestum (meşhut hırsızlık) mevcut olduğunu söylüyorlar. Bu sonuncu fikir kabul edilmemiştir. Fakat hırsız o şeyi götürmeği tasarladığı yere götürünceye kadar farkedilen hırsızlığın furtum manifestum olduğunu kabul edenlerin fikri de, bu bir tek gün içinde mi yoksa, bir kaç günlük müddet içinde mi sona ermelidir diye büyük bir şüphe ortaya çıkarması bakımından kabule şâyân gözükmemektedir. Şöyle ki, ekseriya hırsızlar bir şehirde çaldıklarını başka bir şehre veya başka bir eyalete götürmeği tasarlarlar. İlk iki kanaatten biri veya diğeri kabul edilmektedir; fakat ikincisi umumiyetle daha büyük bir ekseriyet tarafından terviç edilmiştir.»

Anlaşıyor ki, furtum'un ne zaman manifestum olacağı, yani hırsızın ne zaman suçüstü yakalanmış sayılacağı Romalı hukukçular arasında ihtilâflı idi. Metnin ifadesine nazaran dört farklı görüş tarzını birbirinden ayırmak icab ediyor : bazı hukukçulara göre, hırsız, suçu işlerken, yani malı çalarken yakalanırsa, fur manifestus sayıldığı halde¹² diğer bazıları hırsız, hırsızlığı işlediği mahalde, meselâ evde çalmış ise, evden çıkıncaya kadar, bağ veya zeytinlikten üzüm veya zeytin çalmışsa, buralardan çıkıncaya kadar, bilfarz çaldığı üzümleri yedikten sonra dahi yakalanırsa fur manifestus telâkki edileceği fikrindedirler. Parağrafın son kısmında işaret edildiği veçhile, hukukçuların çoğu bu iki kanaatten birine ve bilhassa ikincisine iştirâk ediyorlardı. Mamafih, furtum manifestum'un tarifinde daha aşırı gidenler de vardır : bunlara göre, hırsız çaldığı şeyi,

12) Sabinus'un kanaati bu merkezdedir. Bak: R. Monier, Manuel élémentaire de Droit Romain, II, 1944, s. 64; A. Gellius, Noctes Atticae, XI, 18, 11.

götürmeği tasarladığı yere götürünceye kadar ve her halde sayıları az olan bazı müfritlere göre de o şey nerede olursa olsun, hırsızın elinde görülürse furtum manifestum sayılır.

Furtum nec manifestum'a gelince; bu, diğerinin mefhumu muhalifi olduğundan, Gaius ayrıca izaha lüzum görmüyor:

185. «Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quae diximus, intellegitur. nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.»

«Furtum nec manifestum'un (meşhut olmayan hırsızlığın) ne olduğu yukarıda söylediklerimizden anlaşılıyor. Filhakika meşhut olmayan nec manifestum'dur.

Furtum'un bu iki büyük nev'ini gözden geçirdikten sonra Gaius 186 - 188 inci paragraflarda furtum conceptum, oblatum ve actio furti prohibiti'den bahsetmektedir. Furtum conceptum ve bilhassa oblatum Roma hukukunun aydınlatılmamış meselelerindendir. Bunlar, Visscher'in de dediği gibi¹³ kelimenin tam mânasiyle furtum'dan, hırsızlıktan doğan dâvalar değil, fakat furtum dolayısıyla, «furto cohaerentes» doğan dâvalardır. Esasen Labeo'nun da furtum conceptum ve furtum oblatum diye bir tefrik kabul etmemesinin sebebi de budur. Gaius bu iki mefhumu şöyle izah etmektedir :

186. «Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa est. nam in eum propria actio constituta est, quam vis fur non sit, quae appellatur concepti.»

«Çalınan şey bir kimsenin evinde şahitler önünde aranır ve bulunursa, buna furtum conceptum denir. Zira bu halde o kimse hırsız olmasa bile, ona karşı concepti denilen hususî bir actio tanınmıştır.»

187. «Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit, utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum, qui dederit, conciperetur. nam tibi, apud quem concepta est, propria adversus eum, qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblata.»

«Eğer çalınan şey bir kimse tarafından sana verilmiş ve sende

13) De Visscher, Etudes de Droit Romain, Procédure d'enquête lance licloque, s. 226 ve m.

bulunmuşsa, bilhassa onu veren, o şeyi kendisinde değil de, sende yakalanması kasdiyle elinden çıkarmış ise, furtum oblatum'dan bahsedilir. Filhakika, çalınan şey sende bulunduğundan, hırsız olmasa bile o şeyi verene karşı kullanılmak üzere sana oblati denilen bir actio tanınmıştır.»

188. «Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quaerere volentem prohibuerit.»

«Bundan başka, çalınan şeyi aramak isteyenine mani olana karşı da bir actio furti prohibiti tanınmıştır.»

Gaius actio concepti ile oblati'nin XII Levha Kanununda mevcut olduğunu söylemesine rağmen (Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est), bu actio'ların mezkûr kanundan daha sonra ihdas edildiği bazı romanistler tarafından ileri sürülmüştür¹⁴. Gaius'un ifadesine dayanarak bu dâvaların XII Levhada mevcut olduğunu kabul eden Visscher'e göre ise, arama neticesinde çalınan şeyin bir kimse nezdinde bulunması halinde, eğer magistra bu kimsenin hırsız olduğuna dair delil bulamazsa, bu takdirde XII Levhaya göre mal yedinde bulunana karşı «quamvis fur non sit», hırsız olmasa bile çalınan şeyin değerinin üç misline müteallik bir actio concepti tanınmıştır. Demek ki, bu dâva hırsız olmayan ve fakat çalınan malı bilerek veya bilmiyerek saklamış olana karşı açılıyor. Bu kimse mahkûm olduğu takdirde, kendisine saklanmak üzere çalınmış malı teslim edene karşı, «quamvis fur non sit» hırsız olmasa bile, yine üç misline müteallik bir dâva açabilirdi ki, o da actio oblati'dir¹⁵. Fakat bir kimse araştırma yapılmasına mani olduğu takdirde, ona karşı actio prohibiti denilen ve pretor beyannamesi tarafından konulan dört misline müteallik bir dâva ikame edilir. Gaius 192 nci paragrafta bu actio'dan bahsederken bunun pretor beyannamesi tarafından vaz'edildiğini, halbuki XII Levhanın bu hususta hiç bir müeyyide koymadığını, ancak araştırmanın «lance licioque» yapılmasının şart olduğunu ve böyle bir araştırma neticesi çalınan mal bulunursa, furtum manifestum hükümlerinin tatbik edileceğini söylüyor. Müteakip paragraflarda da XII Levha zamanında câri olan «lance licioque» araştırmanın ne olduğunu ve ne şekilde cereyan ettiğini anlatıyor¹⁶ :

14) Huvelin, furtum, s. 42, 55.

15) De Visscher, Op. cit., s. 250.

16) Bak: Weiss, Lance et licio, Zeit. Sav. Stift. 43. s. 455 ve m.; De Visscher, La procédure d'enquête lance licioque et les actions concepti et oblati, Etudes, s. 215 ve m.

192. «Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta. lex autem eo nomine nullam poenam constituit; hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.»

«Dört misline dair actio prohibiti pretor beyannamesi tarafından ihdas edilmiştir. Kanun bu hususta hiç bir ceza vaz'etmemiştir; ancak, aramak isteyen kimsenin çıplak, belinde bir peştemal ve elinde bir tepsi olarak araması esasını koymuştur. Eğer bu kimse bir şey bulursa, kanun furtum'un manifestum sayılmasını emrediyor.»

193. «Quid sit autem licium, quaesitum est; sed verius est consuti genus esse, quo necessariae partes teherentur.»

«Licium'un ne olduğu ihtilâflı idi: Bu her halde vücudun mahrem kısımlarını örtmeğe yarayan dikilmiş bir çamaşırdır.»

193 a. «Quae (res) lex tota ridicula est; nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaesita re et inventa maiori poenae subiciatur, deinde quod lancem cive ideo haberi iubeat, ut manibus occupatis nihil subiciat, sive ideo, ut quod invenerit, ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id, quod quaeratur, eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subiciat neque ibi imponi possit, certe non dubitatur, cuiuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fieri.»¹⁷

«Bu hüküm tamamiyle mânasızdır; filhakika giyinmiş bir kimsenin aramasına müsaade etmeyen, evleviyetle çıplak bir kimsenin aramasına müsaade etmeyecektir, zira bu şekilde o şey bulunursa, daha büyük cezaya maruz kalacaktır. Bundan başka kanun, ya, ellerin meşgul olup gizliden bir şey getirilmemesi, yahut da bulunanın içine konması için bir tepsi alınmasını emretmektedir; fakat aranılan şey ele alınamıyacak veya tepsiye konamıyacak büyüklükte veya mahiyette ise, bu iki sebepten hiç biri varit olamaz. Ancak, şunda şüphe yoktur ki, bu tepsi neden yapılmış olursa olsun, kanunun hükmü yerine getirilmiştir.»

17) Bu metnin hakikiliği meselesi romanistler arasında çok şüphe uyandırmıştır. Beseler, Huvelin ve Appleton metnin interpolate edilmiş olduğu fikrindedirler: Bak. Rev. Hist. 1929, s. 213 ve m.

Gaius'un metninin vardığı neticeye göre, XII Levha Kanunu furtum hususunda iki araştırma şekli kabul etmiştir: biri «lance licioque» denilen araştırma, diğeri ise, şahitler önünde yapılan şekilsiz araştırma. Şekilsiz araştırma neticesinde çalınan mal bir kimse nezdinde bulunursa, kendisine karşı, hırsız olmasa bile actio furti concepti açılır ve malın değerinin üç mislini ödemeğe mahkûm olur; ancak, kendisine şu imkân verilmiştir : o da, kendisinin hiç bir kusuru yoksa, malı kendisine bırakana yine üç misline müteallik actio oblati'yi ikame edebilir.

XII Levha devrinde böyle ayrı ayrı iki araştırma usulünün mevcut olabileceği ihtimali bazı müellifler tarafından tenkit edilmiştir. Nitekim Visscher böyle iki türlü araştırma olması imkânını reddediyor. XII Levha zamanında ancak bir tek araştırma usulünün bulunduğunu ve bunun lex Aebutia'dan sonra gayri resmî araştırma şeklini aldığını ve hakikatte her ikisinin de aynı müesseseler olduğunu söylemektedir. Bu neticeye de Gaius'un 192 nci paragrafta kullandığı lisan dan varmaktadır. Bu esası kabul edince «lance licioque» araştırma neticesinde çalınan şey bulunduğu takdirde vaziyet meşhut hırsızlığa muadil sayılacağına göre actio concepti'nin mânası ne olacaktır ? Zira onun bir sebebi mevcudiyeti kalmamış gibi gözüküyor. Visscher, bu vaziyeti şöyle izah etmektedir : araştırma neticesinde çalınan şey bir kimse nezdinde bulunur ve fakat o kimsenin hırsız olduğu sabit olamazsa, bu kimse de kendi isteği ile o şeyi iade ederse, araştırmanın bütün cezaî neticelerinden kurtulur. Ancak, iade etmediği takdirdedir ki, actio concepti ile üç misli değerinde bir cezaya mahkûm olur ve bu halde de o şeyi kimden elde etmiş ise, ona karşı actio oblati'yi ikame edebilir. Hattâ malı çalınan actio concepti'den başka, malı elinde bulundurana karşı istihkak dâvası da açabilir. Bu takdirde, vazül'yed o malı kimden elde etmiş ise, ondan, dâvaya müdahale ederek kendisini kurtarmasını ister ve aksi takdirde de ona karşı bir actio auctoritatis ikame eder. Demek oluyor ki, üç misline müteallik actio concepti, suçlu olduğu sabit olmayan vaziyetinde karşı tanınmıştır¹⁸; mamafih bu sahada derin araştırmaları bulunan Visscher'in bu fikri de cerh edilmiştir. Nitekim iki türlü araştırma fikrinin kolayca kabul edilemeyeceğini, zira resmî bir araştırmanın şahitsiz yapılması fikrinin insana makul gelmediğini söyleyen Jolowicz bile aksi kanaattedir ve Rabel'in de bu fikre muarız olduğunu ileri sürmektedir¹⁹. Nitekim Rabel, çalınmış eşyayı teslim eden şahsın actio concepti'nin cezasından kurtulmasını

18) Visscher, Op. cit. s. 252 - 253.

19) Jolowicz, Digest XLVII. 2. de furtis, s. 75 - 79.

makul bulmadığı gibi, çalınmış malı saklamış kimsenin de suçsuz sayılmıyacağı fikrindedir.

Gaius'un noktai nazarına uyararak, iki araştırmamanın da mevcudiyetini kabul eden Monier ise *actio concepti*'nin menşei ile *furtum nec manifestum*'un cezalandırılmasının aynı fikre, aynı esasa dayandığını söylemektedir. Ona göre, bu dâva hırsız olup olmadığı mevzubahs olmaksızın yataklık eden, çalınan mal hırsızlıktan muayyen bir müddet sonra onun yanında bulunduğu takdirde, cezalandırmağa yaramaktadır. Halbuki araştırma suçun akabinde, hırsızın aranması vesilesiyle yapılmış ise, meselâ çalınan öküzün ayak izleri doğrudan doğruya çalındığı ahırdan yataklık edenin evine götürüyorsa, *fur manifestus*'a suçüstü yakalanan hırsıza terettüp eden ceza tatbik edilir²⁰. Halbuki Mommsen «*lance licioque*» araştırma neticesi çalınan şeyin bulunması halini *furtum conceptum* saymaktadır²¹. *Furtum manifestum* halinde dört mislinin, *conceptum* halinde ise, üç mislinin alınmasını şöyle izah ediyor : *furtum manifestum*'da çalınan şeyin geri alınabileceği muhakkak değildir. Bunun için ceza olarak dört misli istenir; **furtum conceptum*'da ise, çalınan şey geri alındığından ceza olarak ancak üç misli talep edilir²². Bu sebeple Mommsen netice itibariyle, *furtum manifestum* ile *conceptum*'un cezalarının aynı olduğunu, yani dört misline müteallik olduğunu kabul etmektedir.

Gaius, *furtum*'un muhtelif nevilerini gözden geçirdikten sonra, müeyyidelerine geçiyor. Unutulmamalıdır ki, burada mevzubahs olan müeyyideler, bugün olduğu gibi, âmme hukukunun, ceza hukukunun müeyyideleri değil, fakat eski şahsî intikam usulünün çok hafifletilmiş bir devamı olan hususî cezalardır. Klâsik devirde *furtum* fâiline yükletilen ceza her zaman nakdî bir cezadır. *Furtum* neticesi hırsız malını çaldığı kimseye karşı muayyen mikdar parayı (çaldığı malın değerinin iki veya dört mislini) ödemek borcu altına girmiştir. İşte bu bakımdandır ki, *furtum* bir haksız fiil ve borçlar hukuku sahasında bir borç kaynağı sayılıyor. Modern hukukumuzla Roma hukuku arasındaki en büyük fark da bu noktada kendini göstermektedir. Modern hukukta, Borçlar Kanununun hükümlerine göre haksız fiil neticesi, fâilin mutazarrıra ödediği, vermiş olduğu zararın tazminine mütealliktir, bir ceğa değildir. Halbuki Roma hukukunda bu, hakikî mânada bir cezadır. Ancak bugün olduğu gibi devlete ödenen bir ceza değil, fakat zarar görene ödenen

20) R. Monier, Manuel, II, 1944, s. 57.

21) Mommsen, Droit Pénal Romain, III, s. 54 - 56.

22) Mommsen, Op. cit. s. 57, not 2.

hususî mahiyette bir cezadır. Furtum neticesi açılan dâvaların bu hususiyetine Gaius, eserinin actio'lardan bahseden dördüncü kitabının baş kısmında işaret etmektedir :

VI, 8. «Poenam tantum persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit.»

«Furtum ve iniuria dâvalarıyla ve bazılarının kanaatine göre zorla gasbedilmiş mallar dâvasıyla (actio vi bonorum raptorum) bir ceza takip ederiz, zira şeyi aynen istemek için istihkak dâvamız (vindicatio) ve condictio'muz vardır.»

Gaius, zamanında mer'î hükümlerden bahsetmezden evvel eski devirlerdeki vaziyete temas ediyor. XII Levha Kanununun, bilhassa intikam hissini çok daha şiddetle tecelli edeceği furtum manifestum halinde hırsıza karşı koyduğu müeyyideler çok ağırdır²³: en ağır ceza bahis mevzuudur (poena capitalis). Bu cezanın şekli de suçlunun şahsî durumuna göre değişmektedir. Bir gayri baliğe, hür bir kimseye veya bir köleye verilen cezalar farklıdır (levha VIII, 12 - 13 - 16).

189. «Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat: utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. in servum aequè verberatum animadvertebatur. Sed postea inprobata est asperitas poenae et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.»

«XII Levha Kanununa göre, furtum manifestum'un cezası poena capitalis'dir (en ağır cezadır). Filhakika, hür insan döğüldükten sonra malını çaldığı kimseye teslim edilirdi (addicebatur): Fakat bu kimsenin addictio ile (magistra tarafından teslimi ile) köle mi olduğu, yoksa mahkûm edilmiş bir kimse vaziyetine mi düştüğü eski hukukçular arasında ihtilâflı idi. Köle de aynı şekilde döğülür ve öldürülürdü. Fakat daha sonraları cezanın ağırlığı haksız görüldüğünden pretor beyannamesiyle gerek köleye, gerek hür insana karşı dört misline dair bir actio ihdas edildi.»

23) Bu mevzuda bak : Aulus, Gellius, Noctes Atticae, 18, 11.

Görülüyor ki, meşhut hırsızlığın müeyyidesi XII Levha Kanununa göre çok şiddetlidir: köle için hakikî bir ölümdür. Evvelâ kırbaçlanır, sonra da Tarpeia tepesinden aşağı atılırdı. Hür insanlar için bir az daha hafiftir: bu cezayı medenî bir ölüm olarak tavsif etmek mümkündür: suç üstü yakalanan hırsız kırbaçlandıktan sonra malını çaldığı kimsenin manus iniectio'suna maruz kalır, yani magistra tarafından o kimseye teslim edilirdi. O da hırsızla aralarında nakdî bir uzlaşmaya varmamışlarsa, hırsıza istediği muameleyi yapabiliirdi; isterse, köle olarak satar, isterse kendi hesabına çalıştırırdı. Mommsen²⁴, buradaki addictio'dan bahsederken bunun borçlar hukukunda bahis mevzuu olandan tamamiyle farklı olduğuna, burada hakikî bir hürriyet kaybının, vatandaşlar câmiasının dışına atılmanın, hattâ şekli (formel) bir kölelik durumunun mevcudiyetine işaret etmektedir. İşte bu bakımdan köleler için olduğu kadar hür insanlar için de XII Levhanın meşhut hırsızlığa karşı koyduğu müeyyide bir poena capitalis'tir (hakikî veya medenî bir ölüm cezasıdır) ve bir çok romanistlere göre hırsız için capitis deminutio'yu neticelendirir²⁵.

Bununla beraber, son senelerde neşredilen bir eserinde Pierre Noailles, nexum münasebetiyle addictus'lardan bahsederken Quintilianus'un bir metnine dayanarak²⁶ addictus'un teslim edildiği kimse nezdinde borcunu ödemek için çalıştığı müddet zarfında hür insan durumunu ve mamelek sahibi olma kabiliyetini muhafaza ettiğini ve XII Levha Kanunundaki «si volet suo vivito» hükmünün de mamelekinin muhafaza ettiğine delil sayılabileceğini söylüyor²⁷. Addictus durumundan kurtulan kimse yine bir ingenuus'tur, halbuki azat edilen köle bir azath, libertinus'tur. Addictus'un durumu hakkındaki ihtilâfın da ilk defa suçüstü yakalanan ve çaldığı kimseye addictus olan hırsız münasebetiyle ortaya çıktığını ve fakat Quintilianus'un ve evleviyetle Gaius'un zamanında hırsızın

24) Mommsen, Droit, Pénal, III, s. 55 ve m.

25) Blondo Biondi, Istituzioni, 1946, s. 397; Levy - Bruhl, Annales Sociologiques, 1935, s. 52 ve m.

26) Noailles, Fas et ius, 1948, s. 114 - 117 ve Rev. Hist. 1940 - 41, s. 205 ve m.

27) Quintilianus, Inst. Orat. 7, 3, 26. «An addictus quem lex servire donec solverit, lubet servus sit? Altera pars finit ita, servus est qui est iure in servitute: altera, qui in servitute est eo iure quo servus; aut, ut antiqui dixerunt, qui servitutem servit... servus, quum manumittitur, libertinus: addictus, recepta libertate, ingenuus; servus invito domino non consequetur; ad servum nulla lex pertinet; addictus legem habet.»

malını çaldığı kimseye *addictio*'sunun ancak bir hatıradan ibaret olduğunu da ilâve ediyor²⁸.

Ancak şunu da kaydetmek lâzımdır ki, hususî hukukta tatbik edilen bu *poena capitalis*, âmme hukuku sahasındakinden tamamiyle farklıdır. Zira âmme hukuku sahasında hükmedilen cezanın, infazı sırasında değiştirilmesine imkân yoktur. Halbuki hırsızın *addictio*'sundan sonra malı çalınan, muayyen bir meblâğ mukabilinde hırsız serbest bırakabilir, cezadan feragat edebilir. Taraflar arasında uzlaşma (ihtiyarî diyet) imkânı her zaman mevcuttur²⁹. Kanunda bu hususta bir miktar tesbit edilmediğinden malı çalınan kimse hırsız serbest bırakmak için isteyeceği parayı serbestçe tayin edebilirdi. Bunu da hırsızın şahsına karşılık için aldığından miktarı umumiyetle yüksekti. Mutaden çalınan şeyin kıymetinin dört misli ödeniyordu³⁰. Gaius'un da işaret ettiği gibi pretorlar mecburî diyet usulünü koyarlarken, aynı miktarı yani dört mislini ceza olarak muhafaza ettiler. Klâsik devirde ise, suçüstü yakalanan hırsıza verilen ceza ister hür, ister köle olsun dört misline müteallik nakdî cezadır. Ancak, kölenin mameleki olmadığına göre, bu nakdî cezayı ister dört misli olsun, ister *furtum nec manifestum* halinde olduğu gibi iki misli olsun kim ödeyecektir? Köle bir res sayıldığına göre ona bir dâva açmak imkânı olamayacağından, vaziyet ne olacaktır? Bu bakımdan kölelerin vaziyeti tıpkı aile evlâtlarınıninkinin aynidir. Bunların haksız fiillerinden prensip itibariyle şahsen mesul olmaları icabettiği halde, mamelekleri bulunmaması sebebiyle, kısmen üçüncü bir şahıs mesul tutulmuştur. Nitekim, *furtum*, hâkimiyet altındaki bir kimse, yani bir âile evlâdı veyahut da bir köle tarafından işlendiği takdirde *actio furti* doğrudan doğruya âile reisi veya efendiye karşı da *noxalis* şeklinde açılır. Böylece âile reisine veya kölenin efendisine bir muhayyerlik tanınmıştır: İsterse *actio furti* neticesinde mahkemece ceza olarak takdir edilen miktarı öder veyahut, bu miktarı fazla buluyorsa, suçu işlemiş olan evlâdı veya köleyi karşı tarafa teslim ederek (*noxae datio*) suçun neticelerinden kurtulur. De Vissscher, Gaius'un *Institutiones*'de zamanının hukukuna dair verdiği tablonun az çok eskimiş bir manzara arzettiğini ilâve ettikten sonra, Papinianus'un şahadetine müracaat ediyor ve «*deditio*» suretiyle zarar görene verilmiş olan aile evlâdının, işlediği haksız fiilden mütevellit zararı ödeyecek kadar çalışması halinde pretorun o kimseyi, evlâdı azat etmeğe icbar edebileceğini yazıyor. Keza

28) Noailles, Op. cit. s. 115, not 3.

29) A. B. Schwarz, Roma hukuku dersleri, 1948, s. 98.

30) R. Monier, Manuel II, 1944, s. 58.

De Visscher, klâsik devirde pretorların müdahaleleri neticesinde «deditio» müessesesinin esaslı bir değişmeye uğradığına da işaret ediyor. Deditio artık intikam hissinin tatmini için aile evlâdının tam ve mutlak terki değildir. Bu, suçlu için babasının ödemeği reddettiği bir borcu ifa etme şekli, borçluya karşı yapılan bir tazyik, borç için bir nevi hapistir.

Efendiye ve aile reisine karşı açılan *actio furti noxalis* de kanun tarafından tanınmış dâvalardandır; filhakika *actio noxalis*'lerin pretor beyannamesi tarafından tanınmış olanları da mevcuttu³¹⁾.

4, 75. «Ex malificio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse.»

4, 76. «Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris : legibus, veluti furti lege XII tabularum, damni iniuriae (veluti) lege aquilia; edicto praetoris, veluti iniuriarum et vi bonorum raptorum.»

Hırsızın suçüstü yakalanmaması, yani *furtum nec manifestum* halinde ise, XII Levha, mutazarrırın intikam hissinin, aradan vakit geçmesiyle, eski şiddetini kaybedeceğini gözönünde tutarak, kanunî ve mecburî diyet esasını koymuştur. Bu ceza şahıslar arasında bir tefrik gözetilmeksizin, iki mislinedir. Gaius'un da işaret ettiği gibi durum klâsik hukukta değişmemiştir :

190. «Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conservat.»

«XII Levha Kanununa göre *furtum nec manifestum*'un cezası iki misline olarak tayin edilmiştir; bunu pretor da muhafaza etmiştir.»

Actio concepti ve *actio oblati*'den dolayı mahkûm olan kimsenin cezası da, bu mesele modern müellifler arasında münakaşalı olmakla beraber, Gaius'un ifadesine göre, XII Levha tarafından üç misline olarak tesbit edilmişti. Halbuki *actio prohibiti*'ninki pretor beyannamesiyle dört misline olarak konmuştur:

31) Bu mevzuda De Visscher'in *Le Régime Romain de la Noxalité*, 1947, eseri en son ve esaslı araştırmaların mahsulüdür.

191. «Concepti et oblatis poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore servatur.»

«Actio concepti ve oblatis'nin cezası XII Levha Kanununa göre üç mislinedir. Bu da, aynı şekilde pretor tarafından muhafaza edilmiştir.»

192. «Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta: lex autem eo nomine nullam poenam constituit; hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit iubet id lex furtum manifestum esse.»

«Dört misline dair actio prohibiti, pretor beyannamesiyle ihdas edilmiştir. Kanun bu hususta hiç bir ceza vaz'etmemiştir; ancak aramak isteyen kimsenin çıplak, belinde bir peştemal (licium) ve elinde bir tepsi olarak araması esasını koymuştur. Eğer bu kimse bir şey bulursa, kanun furtum'un manifestum sayılmasını emrediyor.»

Pretorlar tarafından ihdas edilen ve evinde herhangi bir araştırmanın yapılmasına mani olana karşı açılan, mahkûmiyeti tıpkı furtum manifestum'ununki gibi dört misline olan actio prohibiti yanında yine klâsik devirde bir de actio furti nec exhibiti (Just. Inst. 4. 1. 4) vardır ki, bu da çok muhtemel olarak araştırma neticesi evinde bulunan çalmış eşyayı derhal teslimden imtina edene karşı açılırdı³².

Suç müteakip yapılan araştırma neticesi çalınan şeyin hırsız nezdinde bulunması halinde bu hırsızlığın furtum manifestum telâkki edildiğine işaret etmiştik. Kezâ hırsız olmasa bile evinde herhangi bir araştırmaya mani olan da aynı mucip sebeplerle yine fur manifestus gibi muamele görerek dört misline mahkûm edilmektedir. Demek oluyor ki, bazı hallerde hırsız, hakikaten suçüstü yakalandığı için, diğer bazı hallerde ise, suçüstü yakalanmamakla beraber, hırsızın durumu suçüstü yakalanmış gibi telâkki edilerek, dört misli cezaya maruz kalmaktadır. Gaius burada bir tefrik yapmak ihtiyacını duymuştur:

194. «Propter hoc tamen, quod lex ex ea causa manifestum furtum esse iubet, sunt qui scribunt furtum manifestum aut lege intellegi aut natura: lege id ipsum de quo loquimur, natura illud, de quo superius exposuimus, sed verius est natura tantum manifestum furtum intellegi; neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit.

32) Monier, Manuel II, 1944, s. 58; Hubrecht, Manuel II, 1943, s. 172.

non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter vel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit.»³³

«Ancak şu var ki, kanun bu halde furtum'un manifestum olacağını emrettiğinden, bazıları furtum'un ya kanun icabı veya fiilin mahiyeti icabı manifestum olacağını yazıyorlar : şimdi bahsettiğimiz halde kanun icabı, yukarıda bahsettiğimiz halde ise, fiilin mahiyeti icabı furtum manifestum'dur. Fakat furtum'un mahiyeti icabı manifestum olduğunu kabul etmek daha yerindedir; filhakika, kanun, zina veya katil suçlusu olmayanı zina suçlusu veya kaatil yapamayacağı gibi, suçüstü yakalanmayan hırsız suçüstü yakalanmış ve evleviyetle hiç bir suretle hırsız olmayanı hırsız yapamaz; kanun, sadece şunu yapabilir, o da bir kimsenin, bunlardan hiç birini işlememiş olmakla beraber, bir zina veya katil suçu işlemiş gibi ceza görmesidir.»

Ancak, *actio furti*'nin kime karşı ve kim tarafından açılabileceği meselesine geçmezden evvel, Gaius'un eserinin *actio*'lar kısmı olan dördüncü kitabında furtum dâvasının mahiyetine işaret eden bazı paragraflara da burada temas etmek lâzım geliyor. Bir kere, şimdiye kadar söylediklerimizden de anlaşıldığı veçhile, furtum'dan doğan dâve bir ceza dâvasıdır, yani bir *actio poenalis*'tir.

4, 8. «*Poenam tantum persequimur, veluti actione furti et iniurianum et...*»

Bütün ceza dâvalarının mahiyetine uygun olarak *actio furti* de hırsızın mirasçılara karşı açılmaz. Ancak, haksız fiil neticesi fâil ile mutazarrır arasında cezanın ödenmesi mecburiyeti bakımından bir borç münasebeti teessüs ettiğinden, dâva hakkı, iniuria halî müstesna, bütün ceza dâvalarında olduğu gibi furtum'da da ceza görenin mirasçuları tarafından kullanılır :

4, 112. «*Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae*

33) Bu paragrafın «sed verius est» den sonraki kısmının bir interpolatio olduğu ileri sürülmüştür; bak: Ch. Appleton, Les interpolations dans Gaius, Rev. Hist. 1929, s. 216 ve m.

competunt aut dari solent. est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniurae. sed... actoris huiusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.»

Diğer taraftan actio furti bir ceza dâvası olmak bakımından, muayyen müddete tâbi değildir, yani perpetua'dır. Ceza dâvaları umumiyetle iki guruba ayrılmaktadırlar : bazıları daimidirler, diğer bazıları ise, ancak bir sene içinde açılırlar. Daimî olanlar ius civile tarafından tanınmış olanlardır, diğerleri ise, pretor beyannamesine dayananlardır.

4, 110. «Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accommodare, eas vero, quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum dare.»

Bu prensibe göre, furtum'un ius civile tarafından tanınmış bir haksız fiil olması dolayısıyla dâvalarının da daimî perpetuo olması icabeder. Filhakika actio furti nec manifesti için durum böyledir. Fakat actio furti manifesti, XII Levhadaki ilk şeklini kaybetmiş ve pretorların faaliyeti ile dört misline müteallik bir dâva şeklini almıştır. Bununla beraber, bu husus actio furti'nin objektif bakımdan mahiyetini değiştirmemiştir. Nitekim, esas prensibi vaz'ettikten sonra, müteakip parağrafta Gaius, pretorun bazı dâvaları daimî olarak tanıyabileceğine işaret ederek actio furti'yi de bu arada misâl olarak zikrediyor :

4, 111. «Aliquando tamen et perpetuo eas dat, velut quibus imitatur ius legitimum quales sunt eae, quas bonorum possessoribus ceterisque, qui heredis loco sunt, accommodat. furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur, perpetuo datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.»

Metnin son cümlesi esbabı mucibe mahiyetindedir : buradaki dört misline ceza, en yüksek cezanın bazı hallerde ölüm cezasının yerine geçmektedir. Gaius'a göre, bu bakımdan da dâvanın daimî olması gerekir. Nihayet actio furti neticesi mahkûmiyet şerefsizliği (infamia) mucip olur. Hattâ hırsız mahkûm olmadan evvel, bu kötü neticeyi bertaraf etmek için malını çaldığı kimse ile uzlaşsa dahi şerefsizlikten kurtulamaz. Bu noktada mahkûmiyeti şerefsizliği mucip olan akitlemlerle haksız fiiller arasında fark vardır.

4, 182. «Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiducia, tutelae, mandati, depositi. sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit...»

Furtum'u müeyyidelendiren actio'ları gözden geçirdikten sonra Gaius iki meseleyi daha tetkik edecektir: furtum dâvası kime karşı açılır ve kim tarafından açılır. Birinci meseleyi incelerken mevzuun mahiyeti icabı furtum'un tarifine, şartlarına, hususî şekillerine, mevzuuna ve suça iştirâk hallerine temas edecektir. Bu sebeple ilk olarak furtum'un tarifi ile, daha doğrusu hangi hallerde bir furtum'un bahis mevzuu olacağına işaret etmekle başlıyor:

3, 195. «Furtum autem fit non solum, cum quis interceptiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.»

«Furtum, yalnız bir kimsenin başkasına ait malı temellük maksadiyle alması halinde değil, fakat umumiyetle bir kimsenin başkasına ait mala malikinin rızası hilâfına el koyması halinde işlenir.»

Klâsik hukukun furtum hakkındaki noktai nazarını ifade bakımından Paulus'un Digesta'da bulunan ve Justinianus'un Institutiones'inde de yer almış olan meşhur tarifi daha mükemmeldir:

D. 47, 2, 1, 3. Paulus, libro trigensimo nono ad edictum (Inst. 4, 1, 1)

«Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve quod lege naturali prohibitum est admittere.»

Paulus'un tarifinde, Gaius'unkinden fazla olarak «lucri faciendi», kazanç, menfaat unsuru vardır. Bununla beraber, Biondi bu lucrum unsurunun hırsızlığın sübjektif unsuru olan kast, animus furandi unsuruna bağlı olmaması icabettiğine, nitekim lucrum unsuru mevcut olmadan da furtum işlenebileceğine işaret ediyor ve bir kimsenin sırf cinsi arzularını tatmin için, libidinis causa, başkasına ait bir kadın köleyi çalmasını da buna misal olarak gösteriyor³⁴.

34) Biondi, Istituzioni, 1946, s. 397.

Biondi bu kanaatini izhar ederken bu mevzuda esaslı araştırmalarda bulunmuş olan Huvelin'in fikirlerine dayanıyor. Huvelin, furtum'da *lucrum* şartını koyan klâsik metinlerin hepsinin *interpolatio* ile değiştirilmiş olduğunu, mezkûr metinlerin ve bu arada Paulus'un esas metninin *lucrum*'dan bahsetmediğini ileri sürüyor. Kendisinin bu sahada hareket noktası da, Paulus'un metninin *Digesta*'daki şeklinde *lucrum*'dan bahsedilmesine mukabil aynı metni tekrar eden Justinianus'un *Institutiones*'inde «*lucri faciendi*» kelimelerinin bulunmamasıdır. Huvelin tetkiklerinin neticesinde cumhuriyet devrinin sonunda ve imparatorluğun başında *animus lucri faciendi*'nin her furtum'un esaslı bir unsuru olmadığı ve bunun ancak Justinianus devrinde hırsızlığın umumî bir şartı haline geldiği kanaatine varıyor ve bu fikrini isbat için de bir çok metinler zikrediyor³⁵. Huvelin'in bu fikri esas itibariyle klâsik devir için kabul edilirse — ki tetkik ettiğimiz metinde yani Gaius'da da *lucrum* unsurundan bahsedilmemektedir — furtum, temellük maksadiyle başkasına ait bir malın veya zilyedliğinin veya kullanılmasının hileli olarak elde edilmesidir (*contrectatio*). Bahis mevzuu iki tarifi karşılaştırırsak, furtum için başlıca iki unsur görüyoruz: biri objektif, diğeri sübjektif unsur. Objektif unsur *contrectatio*, yani malın hileli olarak ele alınması, sübjektif unsur ise bunun malikin rızası hilâfına, kasden yapılmasıdır. *Contrectatio* tâbirini türkçe olarak ifade etmek gayet güçtür. Fransızcada *manipulation* şeklinde ifade edilmektedir (ellemek, el sürmek gibi). Bu tâbir, yukarıki tariften de anlaşıldığı veçhile temellük maksadiyle bir şeyi almak, kaldırmak mânasına geldiği gibi, kullanma hakkının hudutlarının haksız olarak aşılmasını³⁶ veya hakkı olmadan bir kimsenin bir şeyin zilyedliğini elde etmesini de ifade etmektedir. Mommsen, hırsızlık için kullanılan bir çok tâbirler bulunduğunu, bunlar umumiyetle aynı şeyi ifade ettiğini ve aralarında ince farklar aramaya lüzum olmadığını söylüyor³⁷ (meselâ hukuk dilinde: *attrectare*, *contrectare*, *atingere*; gündelik dilde: *amovere*, *aufferre*, *tollere*, *expilare*, *compilare*; cebir ve şiddet kullanıldığı zaman: *rapere*; gizli hırsızlıklar için: *clepere*, *subripere*, *subtrahere*, *sublegere*).

Gaius'un *Institutiones*'inde, Justinianus'unkinde olduğu gibi, furtum'un, furtum rei, furtum possessionis ve furtum usus şeklinde açıkça üçe tefrik ve tasnifini görmüyoruz. Bununla beraber 196 ncı ve müteakip

35) Huvelin, L'*animus lucri faciendi* dans la théorie romaine du vol, N. Rev. Hist. 1918, s. 73 ve m.

36) Mommsen, *Droit Pénal*, III. s. 36 ve m.

37) Mommsen, *Op. cit.* s. 36.

parağraflarda verdiği misaller bu tefriki sarahaten ifade etmemiş olmakla beraber, esas itibariyle kabul ettiğini göstermektedir³⁸:

196. «Itaque si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit. Et si quis utendam rem acceperit eam que in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem perduxisset.»

«Nitekim bir kimse kendisine vedia olarak bırakılan şeyi kullanırsa, furtum (hırsızlık) işler; eğer bir kimse bir şeyi kullanmak üzere alır, fakat sonradan aldığından başka bir maksatta kullanırsa, meselâ ahbablarını yemeğe davet etmek üzere bir gümüş sofru takımını kullanmak için alır, fakat onu beraberinde seyahate götürürse, veyahut bir kimse gezinmek üzere ariyet olarak bir at alır, fakat onu fazla uzağa götürürse, eski hukukçuların yazdığı gibi onunla harbe giderse, hırsızlıktan dolayı mesul olur.»

Bu parağrafta furtum usus'a, kullanma hırsızlığına dair misaller bulmaktayız. Burada bahis mevzuu olan vedia veya ariyet alanın aldığı şeyleri temellük etmesi değil, fakat onları ya vedia da olduğu gibi, kullanma hakkı olmadığı halde kullanması veyahut da sofru takımı ve at misalinde olduğu gibi o şeylerden âriyetin hududunu aşacak şekilde istifade etmesidir. Gaius bu hallerin bir furtum sayılacağını söylüyor, fakat ayrıca furtum usus diye bir tefrik yapmıyor. Kezâ ileride 200 üncü parağrafta, meselâ borçlunun alacaklısına rehin olarak verdiği şeyi çalması da hırsızlık sayılmaktadır. Burada bir malın hırsızlığı bahis mevzuu olamaz çünkü, borçlu kendi malını çalmıştır. Ancak rehinli alacaklının rehin üzerinde bir zilyedlik hakkı vardır ki, borçlunun çaldığı da bu zilyedliktir. Bizans devrinde bu hale furtum possessionis denmektedir.

Bununla beraber, âriyet alınan şeyin, esas gayesinden aşırı bir tarzda kullanılmasının furtum sayılabilmesi için ayrıca sübjektif unsurun yani kasd unsurunun da bulunması lâzımdır. Nitekim 197 nci parağraftan itibaren Gaius furtum'un sübjektif unsurunu tetkike geçiyor:

197. «Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas accepissent, ita furtum committere, si

38) Bak. Inst. 4, 1, 1 ve 4, 1, 6.

intellegant id se invito domino facere eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra furti crimen videri, optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur.»

«Bununla beraber, şu kabul edilmiştir ki, âriyet olarak aldıkları şeyleri, alırken kasdettiklerinden başka şekilde kullananlar, ancak bunu malikin rızası hilâfına yaptıklarını düşünüyorlar, ve malikin bunu bilmiş olsa idi müsaade etmiyeceğini zannediyorlarsa, furtum işlemiş olurlar; yoksa, bunun müsaade ettiğini zannediyorlarsa furtum suçu yoktur, zira, çok yerinde bir tarife göre kasd olmadan (sine dolo malo) hırsızlık işlenemez.»

198. «Sed et si credat aliquis invito domino se rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. unde illud quaesitum et probatum est : cum Titius servum meum sollicitaverit, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret, et servus id ad me pertulerit, ego, dum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an servi corrupti iudicio teneatur Titius mihi, an neutro; responsum neutro eum teneri, furti ideo, quod non invito me res contrectaverit, servi corrupti ideo, quod deterior servus factus non sit.»

«Fakat mâlikin rızası olduğu halde, bir kimse bir şeyi mâlikinin rızası hilâfına aldığını zannederse, hırsızlığın (furtum) mevcut olmadığı söylenir: bu sebeple şu mesele suali mucip olmuştur: eğer Titius benim kölemi, benim bazı şeylerimi çalıp kendisine götürmesi için teşvik etmiş, köle de bunu bana bildirmiş ve ben de Titius'u bu suçtan yakalamak istediğimden, köleye o şeyleri götürmesine müsaade etmiş isem, Titius bana karşı hırsızlıktan dolayı mı yoksa, köleyi fenalığa sevk etmekten dolayı mı mesuldür, yoksa, hiç birinden mi mesul değildir? Cevap, hiç birinden mesul değildir, hırsızlıktan mesul değildir, çünkü, benim şeyimi rızam hilâfına almamıştır, köleyi fenalığa sevk etmekten dolayı değildir, çünkü köle, daha fena olmamıştır.»

Bu iki metin furtum'un sübjektif unsurunu izah ve bilhassa klâsik hukukun bu noktadaki görüşünü ifade bakımından mühimdir. Nitekim Justinianus'un Institutiones'inde bunların muadili olan metinlerde farklar gördüğümüz gibi bilhassa 198 inci paragrafta bahsi geçen ihtilâflı

meselenin Justinianus devrinde tamamiyle farklı şekilde halledildiğini, ve terviç edilen sureti hal ile bilhassa teşebbüsün cezalandırılması fikrinin teessüsü bakımından modern hukuka daha yaklaşıldığını müşahede etmek mümkündür. Metinlerde görüldüğü veçhile Gaius'a göre âriyet alınan şeyi başka tarzda kullanmanın bir suç, bir furtum usus teşkil etmesi için kasd lâzımdır; yani âriyet alan kimsenin bu tarzı istimali mâlikin rızası hilâfına yaptığını bilmesi icabeder; diğer tâbirle dolus malus, kötü niyet, kasd aranmaktadır. Eğer hüsnüniyetle hareket ediyorsa, yani suçun sübjektif unsuru yoksa, suç da mevcut değildir.

Justinianus hukukunda çok umumî olan dolus malus tâbiri yerine affectu furandi (çalmak niyeti) tâbiri kullanılmıştır³⁹. Mamafih, bu iki tâbir arasında mânâ bakımından büyük fark yoktur. Esas itibariyle furtum bahis mevzuu olmak için kasd lâzımdır ve bunun «invito domino», mâlikin arzusuna aykırı olması icabeder⁴⁰. Nitekim kasd olsa bile eğer mâlikin bu hususta rızası varsa (domino volente) furtum bahis mevzuu olamaz. Bu hususta metinlerde muhtelif devirlerin noktai nazarları arasında fark yoktur. Ancak Gaius'un da ihtilâflı olduğuna işaret ettiği bir mesele vardır: Bir kimse başkasının kölesini, efendisinin malını çalıp kendisine getirmeğe teşvik ediyor. Köle, vaziyeti efendisine bildiriyor. Fakat efendi teşvik edeni bu suçundan dolayı yakalayabilmek için kölesine bu malları çalmış gibi o kimseye götürmesine müsaade ediyor. Ortaya çıkan mesele, burada bir suçun mevcut olup olmadığı ve var ise, hangi suç olduğudur. Hırsızlık mı, yoksa köleyi kötülüğe teşvik mi? Klâsik devirde bu meselenin halli için verilen ve Gaius tarafından nakledilen cevaba göre, ortada bir suç yoktur. Hırsızlık yoktur, çünkü o şeyler sahibinin rızası hilâfına (invito domino) alınmış değildir. Diğer taraftan kölenin kötülüğe sevki de bahis mevzuu değildir, çünkü netice itibariyle kölenin ahlâkı bozulmamıştır; zira efendisini bundan haberdar etmiş ve suçu işlememiştir. Demek oluyor ki, klâsik hukukta galip telâkkiye göre böyle bir harekete teşebbüs eden kimse cezasız kalmaktadır. Teşebbüs cezalandırılmış değildir. Mamafih Gaius'un «unde illud quaesitum est» demesi klâsik devirde de aksi kanaatta olan hukukçuların mevcudiyetine delildir. Nitekim bazı klâsik hukukçuların burada yalnız bir furtum olabileceğini kabul ettikleri Justinianus'un Institutiones'inde zikredilmiştir. Justinianus hukukunda ise, bu mesele kökünden ve tamamiyle farklı şekilde halledilmiştir:

39) Just. Inst. 4, 1, 7.: ... optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur. Mamafih, aynı tâbir Gaius'ta da mevcuttur.

40) B. Blondi, Istituzioni, 1946, s. 397; Arangio-Ruiz, Istituzioni, s. 369.

Just. Inst. 4, 1, 8.

«... Et cum nobis super hac dubitatione suggestum est et antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti neque servi corrupti actionem praesentantibus, quibusdam furti tantummodo: nos huiusmodi calliditati obviam euntes per nostram decisionem sanximus non solum furti actionem, sed etiam servi corrupti contra eum dari: licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est et ideo non concurrant regulae, quae servi corrupti actionem introducerunt, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei poenalis actio imposita, tamquam re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex huiusmodi impunitate et in alium servum, qui possit corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetretur.»

Justinianus'un *Institutiones*'inde de paragrafin baş kısmında Gaius'un kinde olduğu gibi mesele vaz'edilmekte ve hukukçular arasındaki ihtilâfın tetkik edildiği söylenilerek bu nevi müşkülleri hal için alınan karara göre böyle bir hareketi işlemiş olana karşı yalnız *actio furti* değil, aynı zamanda *actio servi corrupti* de açılacağı beyan edilmektedir. Bu esas imparator Justinianus tarafından 530 yılında yapılan ve metni *Codex*'de bulunan (C. 6, 2, 20) bir *constitutio* ile vaz'edilmiştir.

C. 6, 2, 20. Imp. Justi. (a. 530)

«Si quis servo alieno suaserit aliquam rem domini sui subripere et ad se deducere, servus autem hoc domino manifestaverit et domino concedente res eius ad iniquum huiusmodi suasionis auctorem pertulerit, et ipse inventus fuerit rem detinere, quali tenetur actione is qui res suscipit, utrumne pro occasione furti an pro servo, quia eum corrumpere voluit, ut non solum furti, sed etiam servi corrupti is obligatur, veteres dubitaverunt. 1. Nobis itaque eorum altercationes decidentibus placuit non solum furti actionem, sed etiam servi corrupti contra eum dare. Licet enim servus deterior minime factus est, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est: et quemadmodum secundum iuris regulas furtum quidem non est commissum, quia is videtur furtum committere, qui contra domini voluntatem res eius contractat, ipse autem furti actione propter dolum suum tenetur, ita et servi corrupti contra eum actio propter suum vitium non ab re extendatur, ut sit ei poenalis actio imposita,

tamquam re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex huiusmodi impunitate et in alium servum, qui possit corrumpi, hoc facere pertemptet.»

Klâsik devirde aynı hâdiseden dolayı hiç bir dâva açılmadığı halde, Justinianus hukukunda her ikisinin de açılabilmesinin sebebi bilhassa Constitutio'nun metninde açıkça izah edilmektedir: Hukuk kaidelerine göre, her ne kadar furtum işlenmemiş ise de, zira ancak mâlikin rızası hilâfına bir şeyi alan hırsızlık işlemiş sayılmaktadır, bu kimse kasdından dolayı (propter dolum suum tenetur) actio furti ile mesul tutulur. Kezâ köleyi hakikatte kötülüğe sevketmemiş olmakla beraber, yapmış olduğu kötü hareket dolayısıyla ve cezasız bırakıldığı takdirde aynı şeyi tesir altında kalabilecek bir köle üzerinde tatbik kalkışmaması için, o kimseye karşı bir actio servi corrupti tanınmıştır.

Görülüyor ki, Justinianus hukukunda artık telâkki değişmiştir. Neticeye, suçun işlenmiş olup olmamasına bakılmıyor. Teşebbüs dahi fâilinin ahlâkî redaati bakımından cezayı mucip oluyor. Mamafih, unutulmamalıdır ki, bu devirde dahi bahis mevzuu olan ceza yine hususî bir cezadır: mutazarrıra ödenen nakdî bir cezadır.

Hırsızlığın mevzuuna gelince; prensip itibariyle başkasına ait menkul şeyler normal olarak hırsızlığın mevzuunu teşkil ederler. Gaius bu nokta üzerinde fazla durmuyor. Hattâ yalnız menkullerin furtum'a mevzu teşkil edeceğini ayrıca tasrihe lüzum dahi görmüyor. Daha evvel eşya hukukundan bahsederken, arazinin çalınabileceği fikrinde olanların bu görüşlerinin kabul edilmediğini açıkça söylemişti (2, 51, „Cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtorum fundum fieri posse.). Gaius'un bu ifadesinden bazı mühim hukukçuların gayri menkullerin de furtum mevzu olabileceği fikrinde oldukları anlaşılıyor. Bunlardan birinin Massurius Sabinus olduğunu Gellius'dan öğreniyoruz⁴¹. Mamafih Gaius'un da ifade ettiği gibi bu fikir fazla taraftar bulmamış ve hattâ diğer klâsik hukukçular tarafından da tenkit edilmiştir⁴². Esasen klâsik hukukçular tarafından furtum'un başlıca şartlarından biri olarak kabul edilen contrectatio da mânâ ve mahiyeti icabı furtum'un ancak menkuller üzerinde işlenebileceğini göstermektedir. Kezâ 195 inci paragraftaki «rem alienam amovet» de aynı fikri ifade etmektedir. Mamafih, Mommi-

41) Aulus - Gellius, Noctes Atticae, XI, 18, 13. Gaius'un da mensup olduğu mektebin müessislerinden olan Sabinus «De furtis» adlı eserinde arazinin de furtuma mevzu olabileceğini müdafaa etmiştir.

42) R. Monier, Manuel II, 1944, s. 59.

sen gayrimenkullerin furtum hükümlerinden istisna edilmesini mantıksız bulmakta ve bu tahdidin sebebini de Roma hukukunun ilk devirlerinde gayrimenkuller üzerinde hususî mülkiyetin henüz tanınmamış olmasında görmektedir. Kendisine göre furtum'a dair eski kaideler, Romanın ilk zamanlarında hususî mülkiyetin ancak köleler ve hayvanlar üzerinde mevcut olduğunu açıkça göstermektedir⁴³. Gaius, 199 uncu paragrafta furtum'un mevzu münasebetiyle doğrudan doğruya hür şahıslardan bahsetmektedir:

199. «Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, velut si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sint, sive etiam uxor, quae in manu nostra sit, sive etiam iudicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit.»

«Fakat hırsızlık bazen hür şahıslar üzerinde de olabilir, meselâ, baba hâkimiyeti altında (in potestate) bulunan çocuklarımız veya manus'umuz altında bulunan karımız veya bana karşı mahkûm edilmiş bir kimse (iudicatus) veya gladiatör'üm çalmırsa.

Justinianus'un Institutiones'inde ise yukarıki metinde adı geçen dört gurup eşhastan yalnız çocuklardan bahsedilmektedir⁴⁴. Diğerleri, manus altındaki kadın, mahkûm edilip alacaklıya teslim edilen borçlu ile auctoratus üzerinde artık bir furtum bahis mevzuu değildir. Esasen klâsik devirde dahi hür şahısların tıpkı bir mal gibi hırsızlığa mevzu olabilmeleri ve hırsıza karşı bundan dolayı actio furti açılabilmesi insana garip gözükmektedir. Bunun menşeiini belki de âile efradının, âile reisinin mâmeleki sayıldığı iptidaî devirlerde aramak lâzımdır. Babanın patria potestas'ı, kocanın manus'u gibi mutlak haklardandır ve bunlar eski devirlerde âile reisinin mâmelek üzerindeki haklarına dahildi; ancak, sonradır ki, bu mahiyetlerini kaybetmişlerdir⁴⁵. Mamafih, hür şahısların çalınması neticesinde condictio furtiva'nun açılmayıp yalnız actio furti'nin açılabilmesini⁴⁶ Mommsen, eski telâkkilerle yeni görüşleri telif için bulunan gayri mantıkî bir usul telâkki ediyor⁴⁷. Esasen manus'lu evlen-

43) Mommsen, Op. cit. s. 42-43; Arangio-Ruiz de furtum'un gerek menkul, gerek gayrimenkul üzerinde mevzubahis olacağını kabul ediyor, Istituzioni, 1949, s. 369.

44) Just. Inst. 4, 1, 9.

45) Mommsen, Op. cit. III, s. 41.

46) D. 47, 2, 38, 1. Paulus.

melerin ortadan kalkmasıyla evli kadın hakkında söylenen bu esasların tatbik kabiliyeti de yok olmuştur; hattâ bunun Gaius zamanında dahi tatbik sahası bulduğu tahmin edilemez. Kezâ çocuklar hususunda da, âile reisinin elinde pretorlar tarafından tanınmış «interdictum de liberis exhibendis» gibi başka imkânlar vardı.

Bir kimse kendi malı üzerinde de hırsızlık işleyebilir; nitekim alacaklısına verdiği rehni çalan kimse ile kendi malını hüsünüyet sahibi zilyeden alan mâlik de furtum işlemiş olurlar.

200. «Aliquando etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignori dedit, subtraxerit, vel si bonae fidei possessori rem meam possidenti subriperim unde placuit eum, qui servum suum quem alius bona fide possidebat ad se reversum celaverit, furtum committere.»

«Bazan bir kimse kendi malı üzerinde de hırsızlık işleyebilir, meselâ borçlu alacaklıya rehin olarak verdiği şeyi çalarsa, veya malını hüsünüyetle elinde bulunduran zilyeden çalarsam. Dolayısıyla başkasının hüsünüyetle zilyedi olduğu kölesinin kendisine geri döndüğünü gizleyen de hırsızlık işlediği kabul edilmiştir.»

Burada mevzubahs olan, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, Bizans devrinin tasnifine göre bir furtum possessionis, yani zilyedlik hırsızlığıdır. Zira mal, esas itibariyle çalanın olduğundan bir furtum rei bahis mevzuu olamaz. Ancak şu var ki, hırsız çaldığı şeyin mâliki olmakla beraber zilyedliğine hiç olmazsa bir müddet için, hakkı yoktur. Zilyedliğin rehinli alacaklıda veya hüsünüyet sahibi zilyede bulunması lâzımdır. Velevki kendi malı dahi olsa, zilyedliğin mevzuunu teşkil eden malı çalan kimse bir furtum işlemiş sayılır. Bu paragrafın son cümlesi birinci cümlelerin ikinci kısmını az çok tekrar etmekte ve tamamlanmış olan fikri yeniden ele almaktadır. «Unde placuit» den başlayan bu kısmın post klâsik bir ilâve olması da hatıra gelebilir. Gaius'un 201 inci paragrafta bahsettiği mesele ondan evvelki paragrafta ele aldığı fikrin bir devamını teşkil etmektedir :

201. «Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante pla-

cuit nihil pro herede usucapi posse. item debitor rem, quam fiducia causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit, secundum ea quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.»

«Diğer taraftan bazı hallerde başkasına ait şeylerin, meselâ mirasçı tarafından zilyedliği iktisap edilmemiş olan terekeye ait malların, eğer mecburî bir mirasçı (heres necessarius) yoksa, hırsızlık işlenmeden müruru zamanla iktisabı mümkündür. Kezâ borçlu, bundan evvelki kitapta izah ettiğimiz veçhile, fiducia sebebiyle (inançlı akit) mancipatio veya in iure sessio yoluyla alacaklısına devrettiği şeyi hırsızlık olmadan (sine furto) zilyedliğinde bulundurabilir ve müruru zamanla iktisap edebilir.»

Yeknazarda bu paragraf esas prensibin bir istisnasını teşkil ediyor- muş gibi görünüyorsa da, hakikatte bunun res alienas denmesine rağmen bir istisna olmadığı barizdir. Bu paragraf Gaius'un daha evvel ikinci kitabının başında söylemiş olduklarına bir atıftır. Burada bahis mevzuu olan hal, bir hereditas jacens'dir. Bir heres necessarius, mecburî mirasçı bulunmadığından ve mirası kabul edecek başka bir mirasçı da ortaya çıkmamış olduğundan tereke muallâktadır, sahipsiz bir mal vaziyetindedir. Gaius bu noktaya daha evvelden de işaret etmişti⁴⁸. Terekeye ait şeyler ister menkul, ister gayrimenkul olsun, bir senelik müruru zamanla iktisap edilirler. Burada bahis mevzuu olan usucapio pro herede'dir. Yani müruru zamanla iktisap eden kimse bir malı veyahut malları değil, fakat mirasçılık sıfatını müruru zamanla iktisap etmiştir. Bu sebepledir ki, menkullerle gayrimenkuller arasında müddet bakımından bir fark gözetilmemiştir (2, 52 - 53). İşte bu halde müruru zamanla iktisap eden suiniyet sahibi dahi olsa, yani o malların kendisine ait olmadığını bilse dahi bir suus veya necessarius heres mevcut olmamak şartıyla müruru zamanla iktisap edebilir (2, 28). Kezâ bir kimse fiducia sebebiyle alacaklısına teminat olarak bir şeyi mancipatio veya in iure cessio yoluyla devretmiş, mülkiyetini nakletmiş ise, borcunu ödemediği zaman sonradan iade edilmek üzere verdiği bu şeylerin mülkiyetini tekrar mancipatio veya in iure cessio yapılmadan sadece usucapio ile elde edebilir ve bu suretle malın mülkiyeti hakikatte alacaklıda kalmış olmakla beraber, malı zilyedliğinde bulundurması hiç bir suretle furtum telâkki olunamaz. Esasen

48) Gal. Inst. 2, 9: «... nam res hereditariae antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.»

Gaius bu mesele üzerinde ikinci kitabının baş kısmında müruru zamanla iktisaptan ve fiducia'dan bahsederken daha uzun durmuştu⁴⁹.

Bir kaç kişinin birlikte furtum işlemleri halinde, hepsinin, aralarında fark gözetilmeden, actio furti ile mesul tutulduklarını görmekteyiz. Nitekim bizzat malı çalmamakla beraber çalınmasına yardım etmiş olanların da furtum işlemiş sayılacaklarını Gaius misallerle izah etmektedir:

202. «Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit, qualis est cuius ope consilio furtum factum est. in quo numero est qui nummos tibi excussit, ut eos alius surriperet, vel opstitit tibi, ut alius surriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet. et hoc veteres scipserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum; sed si quid per lasciviam et non data opera, ut furtum committeretur, factum sit, videbimus an utilis actio dari debeat, cum per legem Aquiliam, quae de damno lata est, etiam culpa puniatur.»

«Bazı hallerde, bizzat hırsızlığı yapmayan kimse de hırsızlıktan mesul olur, meselâ hırsızlığın yapılmasında yardım ve teşviki olan bir kimse gibi (cuius ope consilio). Başkasının çalması için senin paralarını düşüren veya başkasının çalması için senin hareketine mani olan veyahut da bunları başkasının alabilmesi için senin koyunlarının veya öküzlerinin kaçmasını temin eden de bu arada sayılabilir. Eski hukukçular bundan, kırmızı bir kumaş parçasıyla bir sürünün dağılmasına sebep olan kimse münasebetiyle bahsetmişlerdi; fakat bir kimse dikkatsizlikle veya istemiyerek bir hırsızlığın işlenmesine sebep olmuş ise, ona karşı bir actio utilis'in verilip verilmeyeceğini göreceğiz; çünkü mala verilen zararlara dair yapılan lex Aquilia ile ihmâl de cezalandırılmıştır.»

Bu metinde mânâsı ve izahı bakımından en fazla müşkülât arzeden «ope consilio» tâbiridir. Monier'ye göre eski Romalı hukukçular «ope consilio» tâbirini bizzat hırsıza tatbik ediyorlar⁵⁰ ve bununla suçun maddî ve manevî (irade, kasd) unsurlarını ifade ediyorlardı. Bu devirde suçun ifasını mümkün kılacak fiil ve hareketleri bilerek yapmış olanlarla bizzat fâil arasında hiç bir fark gözetilmiyordu. Ancak Labeo'dan sonradır ki, suçun ifasına yardım etmiş olanlar, hırsız olarak asli fâil ile aynı hükümlere tâbi tutulmamış ve iştirâk de maddî yardım ve manevî yar-

49) Gai. Inst. 2, 59 - 60.

50) R. Monier, Manuel II, s. 56 - 60; E. Blondi, Istituzioni, 1946, s. 398.

dım veya teşvik şeklinde ikiye ayrılmıştır. Bundan böyle «ope consilio» kelimeleri birlikte değil, fakat ayrı ayrı mânâ ifade etmişlerdir. «Consilium», manevî yardım, fikir verme, teşvik mânâsında kullanıldığı halde, «ope» maddî, fiilî yardım mânâsında kullanılmıştır. Gaius'un burada verdiği misaller hep maddî yardım mefhumuna girmektedir. Manevî yardım mânâsında consilium'dan bahsetmiyor. Ancak, paragrafın son kısmında kast olmadan sadece ihmâl ile suçun işlenmesine yardım etmiş olmanın, lex Aquilia'nın tatbik sahasına girebileceğini kabul ediyor. Burada kast bahis mevzuu olmadığından, ihmali olanı ancak başkasının malına zarar gelmesine sebep olmak dolayısıyla ve lex Aquilia'nın üçüncü başlığına göre mesul tutacaktır. Şu noktaya da işaret etmek lâzımdır ki, esas fâile, hırsıza karşı açılan dâva ister actio furti manifesti, ister nec manifesti olsun, şeriklere karşı iştirâk nisbetleri ve durumları ne olursa olsun ancak actio furti nec manifesti açılabilir⁵¹.

Gaius, son olarak actio furti'nin kim tarafından açılacağı meselesini tetkik ediyor. Prensip itibariyle actio furti, furtum'dan mutazarrır olan şahıslar, diğer tâbirle malın çalınmamasında menfaati olanlar tarafından açılır. Bu kimselerin başında ilk hatıra gelecek olan mâliktir. Hırsızlıktan birinci derecede müteessir olacak şahıs tabiatıyla o şeyin sahibidir. Bununla beraber, bir üçüncü şahıs mâlike karşı bu hırsızlık neticesi şeyin yok olmasından mesul olacaksa, furtum'dan dolayı dâva açmak hakkı o kimseye aittir⁵².

203. «Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire.»

«Actio furti, mâliki olmasa bile o şeyin sâlimen muhafazasında menfaati olana tanınmıştır. Nitekim mâlike de o şeyin zayi olmamasında menfaati olduğu nisbette tanınmıştır.»

Umumî prensibi bu şekilde vaz'ettikten sonra mâlikten başka daha kimlerin icabında actio furti açabileceğini Gaius teker teker gözden geçiriyor :

204. «Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse

51) Hubrecht, Manuel II, s. 172.

52) Bu hususta bak : W. W. Buckland, L'interêt dans l'actio furti en droit classique, Rev. Hist. du dr. fr. et étr. 1917-1918, s. 5-47. Buckland actio furti'yi açabilecek bu kimseler arasında intifa hakkı sahibini, hüsnüniyet sahibi zilyedi, şeyi vermeği vadetmiş olan dominus'u, ve satıcıyı sayıyor.

debitor, eam rem subripuerit, nihilo minus creditorı conpetat actio furti.»

«Dolayısıyla, alacaklının, çalınan rehinden dolayı actio furti açabileceği de aşikârdır. Hattâ o şekilde ki, şeyi çalan bizzat onun mâlikî, yani bizzat borçlu olsa bile, actio furti yine alacaklıya aittir.»

Rehin verilen şeyin sâlimer muhafazasında (rem salvam esse) mâlikten ziyade o şey üzerinde aynı bir hakkı, bir rehin hakkı olan alacaklının menfaati vardır. Zira o şey alacağın karşılığını teşkil etmekte ve kaybı da alacağını elde edememesini neticelendirebilecektir. Esasen rehni verene karşı da mesuldür; borç ödendiği zaman onu iade ile mükelleftir. Halbuki rehni veren için bu bakımdan bir tehlike yoktur; zira, icabında actio pignoratıcia directa ile rehinli alacaklıyı mesul tutacaktır. Bu sebeple actio furti mâlike değil, doğrudan doğruya menfaattar olan rehinli alacaklıya tanınmıştır. Bununla beraber, borçlunun ödeme kabiliyeti olduğu zaman actio furti'nin rehinli alacaklıya değil de, rehlin mâlikine verilmesi meselesi de klâsik hukukçular arasında münakaşa edilmiş ve umumiyetle bu hak rehinli alacaklıya tanınmıştır⁵³. Bundan başka Gaius rehinli alacaklının actio furti dolayısıyla elde ettiğinden (iki veya dört misli) alacağını tenzil ettikten sonra geri kalanını rehlin mâlikine iade edip etmiyeceğinden bahsetmiyor. Halbuki bu nokta Digesta'da bahis mevzuu olmaktadır⁵⁴.

Gaius, metinde bahsettiği prensip icabı şeyin çalınmasından mutazarrır olan ve dolayısıyla mâlike tercihen actio furti'yi açabilmeleri icabeden diğer aynı hak sahiplerinden, ezcümle intifa hakkı ve kullanma hakkı sahiplerinden bahsetmiyor. Bu mesele Digesta'da dahi katiyetle halledilmiş değildir. Ancak, üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş bir kölenin çalınması halinde dâva hakkı gerek intifa hakkı sahibine, gerek kölenin mâlikine tanınmıştır⁵⁵. Bundan başka hüsnüniyetle zilyed olana bu actio'nun tanınıp tanınmayacağını da Gaius meskût geçiyor. Halbuki Justinianus hukukunda hüsnüniyet sahibi zilyede de actio furti tanınmıştır. Bu noktayı Justinianus'un Institutiones'ine ilâve edilmiş görmekteyiz (Inst. 4, 1, 15). Kezâ Digesta da aynı esas Paulus'un bir metninde görülmek-

53) D. 47, 2, 12, 2, Ulpianus. Bu mesele Buckland tarafından, adı geçen yazıda etraflı şekilde incelenmiştir.

54) D. 47, 2, 15 pr.

55) D. 41, 3, 35 (son kısım); Monier, Manuel II, s. 64.

tedir⁵⁶: (... sed et bonae fidei emptori, subrepta re quam emerit, quamvis dominus non sit omnimodo competit furti actio.). Bununla beraber, klásik devirde de çok muhtemel olarak actio furti hüsnüniyet sahibi zilyede ancak o şeyi «in bonis» bulundurduğu zaman tanınıyordu⁵⁷. Şeyin çalınmamasında menfaati olanlar arasında, aynı hakka sahip olanlarla zilyeden başka sadece detentor durumunda olanlar da bulunabilir. Bunlara da icabında mâlike tercihen actio furti tanınmıştır. Gaius, custodia ile mükellef olan bu kimseler arasında, borçlarını ifadan âciz vaziyette olmamak şartıyla bir locatio conductio münasebeti veya commodatum sebebiyle o şeyi ellerinde bulunduranları da saymaktadır. Locatio conductio sahasında bir istisna akdine misâl vermektedir :

205. «Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcinenda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ad eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse.»
«Kezâ muayyen bir ücret mukabilinde temizlenmek veya gözden geçirilmek üzere bir temizleyiciye veya tâmir edilmek üzere terziye bir elbise verilmiş ve hırsızlık neticesi zayı olmuş ise, hırsızlık dâvası (actio furti) mâlike değil, fakat bizzat temizleyiciye veya terziye tanınmıştır. Filhakika, o şeyin zayı olup olmaması mâliki alâkadar etmez; zira o, eğer temizleyici veya terzi o şeyi tazmin edebiliyorlarsa, hakkını temizleyici veya terziden actio locati ile takibedebilir; fakat bunlar borcu ödemekten âciz iseler, bu halde mâlik hakkını onlardan takib edemiyeceğinden actio furti bizzat kendisine aittir, çünkü bu takdirde şeyin zayı olmaması kendisini alâkadar eder.»

206. «Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, qui rem commodavimus nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.»

56) D. 47, 2, 20, 1 Paulus.

57) Monier, Manuel II, s. 64, not 4.

«Temizleyici veya terzi hakkında söylediklerimizi kendisine bir şeyi âriyet olarak verdiğimiz kimseye de tatbik ederiz. Nasıl ki onlar bir ücret mukabilinde nezaret mükellefiyeti altına giriyorlarsa, bu da âriyet aldığı şeyin kullanılmasındaki menfaati dolayısıyla aynı şekilde nezaretle (custodia) mükelleftir.»⁵⁸

Demek oluyor ki, bahis mevzuu olan şey custodia ile mükellef üçüncü bir şahsın nezdinden çalınmış ise, actio furti'yi ancak bu üçüncü şahıs açabilir. Bu sureti hal mantıkîdir, çünkü custodia halinde borçlu klâsik hukukta, mâlike karşı malın çalınmasından otomatik olarak mesuldür⁵⁹. Fakat Papinianus ile Ulpianus mâlike, bu sıfatla, çalınan malın hakiki değerinin iki veya dört mislini istemek hakkını da tanıyorlar⁶⁰.

Bununla beraber, actio furti'nin custodia ile mükellef olan terzi, temizleyici veya âriyet alana tanınması ancak bunların ödeme kabiliyetini hâiz oldukları hallerde mümkündür (si modo is ... rei praestandae sufficiat). Eğer bu kimseler aciz halinde iseler, actio furti'yi açmak hakkı doğrudan doğruya mâlike aittir. Justinianus hukukunda esas itibariyle aynı prensip carî olmakla beraber 206 ncı paragrafta bahis mevzuu olan âriyet alanın mesuliyeti nisbeten hafiflemiştir. Ariyet alanın bu ağır mesuliyete tâbi oluşunun sebebi commodatum'un kendi menfaatine ve ivazsız olarak yapılmış bir akit olmasıdır. İstisna akdinde müteahhidin ağır mesuliyetinin sebebi bu iş için ücret alması idi. Ariyet alan da ücretsiz olarak bu şeyi kullandığından, istifadesi dolayısıyla custodia ile mükellef tutulmuştur. Justinianus Institutiones'inde klâsik hukukta carî olan bu görüş tarzına temas edildikten sonra eski vaziyetin bir kararla⁶¹ değiştirildiğine işaret ediliyor: Vaziyet mâlikin ihtiyarına bırakılmıştır; isterse o şeyi âriyet alana karşı bir actio commodati açar, isterse malı çalana karşı actio furti'yi kullanır:

Inst. 4, 1, 16.

«Sed nostra providentia etiam hoc in decisionibus nostris emandavit, ut in demini sit voluntate sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam acceperit movere desiderat, sive furti adversus eum, qui rem subripuit...»

58) Inst. 4, 1, 15-16; Arangio-Ruiz, Istituzioni, s. 370-371; Buckland, bahsi geçen yazı, s. 36 ve m., F. Schulz, Classical Roman law, 1951, s. 583 ve m.

59) Hubrecht, Manuel II, 1943, s. 172.

60) R. Monier, Manuel II, 1944, s. 64; D. 47, 2, 81, 1; D. 47, 2, 50 pr.

61) C. 4, 2, 22.

Gaius bir şeyi vedia olarak alanın vaziyetini âriyet alanınkinden ayırmaktadır. Ariyet alanın mesuliyeti bu akitten istifadesi olmasına, modern doktrinin tâbiriyle, menfaat prensibine dayanmaktadır. Halbuki, vedia alanın hiç bir menfaati olmadığından, bilâkis menfaat vedia verenin olduğundan, mesuliyeti de daha hafiftir.

207. «Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat, tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit; qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem salvam esse, furti itaque agere non potest, sed ea actio domino competit.»

«Fakat, kendisine bir şey vedia olarak bırakılan kimse nezaretle (custodia) mükellef değildir; ancak, kendisinin bu işte bir kasdı varsa, mesul olur; dolayısıyla o şey kendisinden çalınmış ise, şeyin iadesi için actio depositi ile mesul tutulamaz; o şeye zarar gelmemesinde kendisinin bir menfaati olmadığından hırsızlık dâvasını (actio furti) açamaz ve bu dâva şeyin mâlikine aittir.»

Klâsik hukukta vedia alan, yukarıki metinde işaret edildiği gibi, ancak kasttan, dolus malus'tan mesuldür. İhmalden, ister hafif olsun, ister ağır olsun mesul tutulmamıştı. Ancak, Justinianus hukukunda ağır ihmâl kaste muadil tutulmuş ise de, esas prensip yine değişmemiştir. Vedia alan malın çalınmasından mesul olmayacağından kendisi için 203 üncü parağrafta bahis mevzuu olan durum (nec eius interest rem salvam esse) yoktur. Bu sebeple malın çalınmasından mütevellit actio furti vedia alana değil, mâlike terettüp eder.

Gaius, Institutiones'inin üçüncü kitabında furtum hakkında söyleyeceklerini bu şekilde tamamladıktan sonra bir parağraf daha ilâve ediyor. O da bir impubes'in (gayri bâliğin) işlediği furtum'dan dolayı mesul olup olmayacağı meselesini tetkik içindir.

208. «In summa sciendum est quaesitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. plerisque placet, quia furtum ex adfectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit et ob id intellegat, se delinquere.»

«Nihayet başkasının malını çalan impubes'in (gayri bâliğin) bir hırsızlık işleyip işlemediğinin de ihtilâflı olduğunu kaydetmek lâzımdır. Ekseriyetin fikrine göre hırsızlık kasda (ex

adfectu) dayandığından, impubes'in bu suçtan dolayı borç altına girmesi için, bulûğ yaşına yakın olması, yani bir suç işlediğini anlayacak halde bulunması lâzımdır.»

Hırsızlığın evvelce de gördüğümüz gibi, sübjektif unsuru kasttır (dolus ve burada animus veya adfectu furandî). Ancak, metinden de anlaşıldığı gibi, Roma hukukunda impubes'lerin akitten mütevellit mesuliyetleri ile haksız fiilden mütevellit mesuliyetleri arasında bir fark gözetildiğini unutmamak lâzımdır. Impubes vâsinin auctoritas'ı olmadan yapılmış olan akti vecibelerinden hiç bir suretle mesul olmadığı halde, eğer bulûğ çağına yakın bir yaşta yani pubertati proximus ise yaptığını idrak edecek kadar temyiz kudretine sahip olacağından, işlediği haksız fiillerden mesul tutulmuştur. Bu prensip Gellius'un anlattığına göre, daha XII Levha Kanununda bile mevcuttu (Noctec Atticae, 11, 18). Julianus'dan itibaren Romalı hukukçular bulûğa yakın yaşta olanların haksız fiilden mütevellit mesuliyetlerini tam olarak kabul etmişlerdir. Justinianus'un Institutiones'inde Gaius'un kine tekabül eden paragrafta vaziyet daha kat'i ve sarîh olarak ifade edilmiştir (Inst. 4, 2, 18: ... Et placet, quia furtum ex affectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit et ob id intellegat se delinquere). Gaius'un, hırsızın şahsındaki hususî durumlara temas ederken karı koca arasında işlenmiş furtum'lara da temas etmesi icabederdi. Halbuki Institutiones'de bu meseleye dair hiç bir izahat yoktur. Umumiyetle Roma hukukunda eşlerin birbirlerine karşı hırsızlıktan dolayı actio furti açmalarına imkân yoktu. Digesta'da bulunan bir metninde Gaius, evlilik müessesesinin şerefi göz önünde tutularak buna müsaade edilmediğini söylüyor (D. 25, 2, 2). Bununla beraber eşlerden birinin boşanmayı tasarlayarak diğerine ait malları çalması halinde pretorlar mutazarrır eşe actio rerum amotarum denilen bir dâva tanımışlardı. Bu dâva ile ancak vaki zararın tazmini talep edilirdi; diğer tâbirle bu dâva hırsızlıkta olduğu gibi bir ceza dâvası değil, fakat bir condictio idi. Bunu da yine Gaius'un, Digesta'nın mezkûr dâvaya müteallik faslında bulunan ve eyalet beyannamesine dair şerhinden alınmış çok kısa bir parçasından öğreniyoruz (D. 25, 2, 26: Rerum amotarum actio condictio est).

Temas edilmesi icabeden bir nokta daha kalıyor o da, furtum'a dair bütün bu hükümlerin kimlere tatbik edileceği, açılacak dâvalardan kimlerin istifade edeceği. Furtum, ius civile'nin tanıdığı en eski haksız fiillerden olduğundan, buna ait hükümleri prensip itibariyle yalnız Roma vatandaşlarına, yani ius civile'nin tatbik edildiği kimselere tatbiki lâzım gelir: furtum'dan doğan dâvalar, bir Roma vatandaşı tarafından başka

bir Roma vatandaşına karşı açılabilirdi. Fakat bilâhara pretorların faaliyeti sayesinde, dâva formulalarına konulan bir faraziye (*fictio*) yoluyla bunun genişletilmiş olduğunu yine Gaius'tan öğreniyoruz. *Furtum* dâvasını açan veya aleyhine bu dâva açılan yabancı, bir Roma vatandaşı farzedilerek dâvaya bakılır (*civitas romana peregrino fingitur*).

4, 37. «Item civitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi. veluti si furti agat peregrinus aut cum eo agatur... item si peregrinus furti agat, civitas ei romana fingitur...»

Bu suretle klásik devirde, evvelce *ius civile* tarafından tanınmış olan haksız fiillere dair hükümlerin tatbik sahası genişlemiş ve akitler hukukundan farklı olarak aşağı yukarı umumî bir meriyet sahası kazanmıştır.

Gaius'un *Institutiones*'inde *furtum*'a dair olan hükümler bundan ibarettir. Ancak, Romalı üstad eserinin ikinci kitabının bazı paragraflarında çalınmış malların mülkiyetinin iktisabı bakımından *furtum*'a temas etmektedir. Bu metinlerin (II, 45, 49, 50, 51) *furtum* suçunun izahı bakımından ehemmiyeti olanlarını (50 - 51) zikr ve izah etmiş bulunuyoruz. Diğerleri ise çalınmış malların durumuna ve hususiyle çalınmış malların *usucapio* ile her ne suretle olursa olsun, iktisap edilemeyeceklerine dairdir. Bundan maada yine ikinci kitabın 78 ve 79 uncu paragrafları *specificatio* münasebetiyle *furtum*'dan bahsetmektedir. Bu bakımdan bilhassa 79 uncu paragrafın son cümlesi bizi alâkadar etmektedir. Hırsıza karşı *actio furti*'den başka mâlikin açabileceği diğer dâvalara, yani *reivindicatio* ve *condictio*'ya temas etmekte ve *specificatio* neticesi malın mahiyeti değişeceğinden bunun istihkak dâvasıyla talep edilemeyeceğini, hırsıza karşı ancak bir tazminat dâvası olan *condictio*'nun açılabilirliğini bildirmektedir. Burada bahis mevzuu olan *condictio ex causa furtiva* veya daha kısaca *condictio furtiva*'dan Gaius eserinin dördüncü kitabında da bahsetmiştir (IV, 8).

Bu suretle sistemli bir şekilde ifade edilmemiş olmakla beraber, malı çalınan kimsenin hırsıza karşı kullanabileceği imkânların tâdat edilmiş olduğunu görüyoruz. Çok daha mufassal olarak izah edilen ve bir ceza dâvası olan *actio furti* ve onun muhtelif şekillerinden başka, malı çalınan kimsenin malını geri istemek üzere her zaman bir istihkak dâvası, *reivindicatio*'su vardır. Hattâ bu dâva aynı bir dâva olduğundan malını hırsızdan başka hüsnüniyetle dahi olsa elinde bulunduran üçüncü şahıslardan da isteyebilir.

Nihayet, reivindicatio'nun yanında ve hattâ ondan da daha mühim olan *condictio furtiva*'yı ikame imkânı vardır. *Actio furti* bir ceza dâvası olmak bakımından *furtum*'dan mutazarrır olan için her zaman daha istifadelidir; zira suçlunun yakalanış şekline göre iki veya dört misline ve bazı hallerde de üç mislinedir. Bundan başka, hırsızların teaddüdü halinde *actio furti*, bir ceza dâvası olmak bakımından her birine karşı açılabilir ve ceza da her birinden ayrı ayrı alınacaktır. Ceza da hususî bir ceza olduğundan, bütün bunları mutazarrır eide edecektir. Mamafih, bazı hallerde ezcümle hırsızın ölümü halinde ceza dâvasının ikamesine imkân olmadığından, mirasçularına karşı *condictio furtiva*'nın ikamesi, mutazarrır ceza dâvasına nazaran daha az ölçüde de olsa, tatmin edecek mahiyettedir. Bununla beraber, bir alacak dâvası olan *condictio*'nun malın mülkiyetini muhafaza etmekte olan ve ancak zilyetliğini kaybetmiş bulunan kimse tarafından açılmasının hukukî bakımdan garip olduğuna bizzat Gaius'da işaret ediyor (4, 4), fakat bunu hırsızlara karşı beslenen nefret hissi dolayısıyla (*in odium*) mazur görüyor. Kezâ istihkak dâvasının işlemediği hallerde, meselâ çalınan şeyin zayi olması halinde de *condictio* açılabilir. Ancak, unutulmamalıdır ki, ceza dâvası mahiyetinde olmayan bu iki dâva yalnız mâlike, dominus'a tanınmıştır. Bu suretle mâlikin bazı hallerde çok kârlı durumlara girmesi mümkündür. Bir kere hırsıza karşı hem ceza dâvası, hem de tazminat dâvası açmak durumundadır. *Actio furti* ile ceza olarak çalınan malın iki veya dört mislini ve *condictio* ile de mamelekindeki zararı karşılamak için bir mislini, yani netice itibariyle malının değerinin üç veya beş mislini elde etmek imkânındadır.

Gaius'un *Institutiones*'inde *furtum* hakkında bulduğumuz bu malûmat bize klâsik devirdeki durum hakkında az çok toplu bir görüş vermektedir. Bununla beraber, teferruata ait pek çok noktaların aydınlatılması için diğer klâsik hukukçuların *Digesta*'da bulunan parçalarına bakmak mecburiyeti vardır. Her ne kadar devrimizde Gaius'un eserinin hakikiliği münakaşa ediliyorsa da, *Digesta*'daki metinler kadar interpolatio ihtimalini ihtiva etmemekte ve klâsik hukuktaki durumun umumî manzarasını şüpheden daha âri bir şekilde arz etmektedir. Nihayet unutulmamalıdır ki, daha klâsik devrin sonlarından itibaren suçların çoğu ve bu arada *furtum* da bir âmme takibinin mevzuu olmağa başlamıştır. Fakat uzun müddet hususî takiple âmme takibi esaslı bir prensibe tâbî olmadan birbirlerine muvazî olarak cereyan etmişler ve ancak Roma hukuk tarihinin son devrindedir ki, bu ikilik yine kısmen carî kalmakla beraber, daha kat'î ve sağlam prensiplere bağlanmıştır.