

İMPERATORLUK JÜRİSPRÜDANSI *

Salvatore Riccobono

Roma Üniversitesi profesörlerinden

Roma İmparatorluğunun medenileştirici eserinin en yüksek ifadesi hukuk olmuştur ki, Romanın hâkimiyetine tâbi olan bütün kavimlerin tedricî birleşmesi ile gittikçe daha fazla bir surette cihanşümül karakter almıştır.

İmparatorluk birkaç asır içinde yıkıldı; fakat Romanın dehasının bütün kudreti ve şanı hukukta yaşamağa devam ettiler: bu hukuk, vücuddan kurtulmuş ruhi bir kuvvet gibi, zaman ve mekân hududlarile tahdid edilmiş olmaksızın, Roma medeniyetinin parlak nüfuzu içine daima yeni milletler cezbederek, dünyaya yayıldı.

Romanın, tarihte ortaya çıkışının başlangıcında, XII levha ile, hukuk tarihinin daima en büyük âbidesi olarak tanınmış olan ve Romanın yarattığı her şey gibi sağlam olup kuvvetli Roma disiplininin izlerini taşıyan milli hukukunu tedvin etmiş olduğu gözönünde tutulacak olursa, bütün milletlerin hayatını idareye tahsis edilmiş olup meziyeti ve özü dolayısıyla yine lâyemut olan yeni bir İmparatorluk hukukunun yaratılması mucizesinin nasıl vaki olduğu suali, fennin yalnız yabancıları tarafından değil, aynı zamanda teknisiyenleri tarafından da sorulacaktır.

Hukukun, en asil ve devamlı kısmında, değişmesinin Çiçeron'dan Hadrianus'a ve Severus'lara kadar giden devrede yaşamış hukukçular tarafından yapılmış olduğu, ihtimal herkesin kabule hazır olduğu bir iddiadır (1). Filhakika jürisprüdens, Roma kudretinin eski âlem üzerindeki yayılış ve yükselişini hiç bozmaksızın akset-

* Sayın profesör Riccobono bu yazıyı mecmuamız için hazırlamıştır. Kendilerine tekrar teşekkür ederiz. H. F. M.

(1) O. LENEL, *Geschichte und Quellen des röm. Rechts in Holtzendorffs Encyc.*, s. 356 ve devamı ile karşılaştırmız.

tirecek bir surette, bir korporasyon disiplini ile ve daima daha mükemmel bir teknikle asırlarca çalıştı, eski zemin üzerinde yeni telleri ördü ve bunları, sanat inceliği ve fikir derinliği ile, daima daha geniş ve hayata daha uygun olan yeni bir resimde bir arada tanzim ve tertib etti.

Mamafi, bazı noktalar, izah edilmemiş bir surette kalıyor ki bu da, ihlâli kabil olmayan şifahî merasime ve sert bir mantığa dayanan Quiritler hukukunun ananesi ile, Cumhuriyetin sonlarında yaşamış olup, daima ve her yerde hakkaniyeti tatbik ederek daha yüksek bir gayeye varabilmiş olan büyük hukukçuların sanatı arasındaki tezaddır. Aquilius Gallus'da bu sanat, Çiçeronun kanaatine göre (2), olgunlaşmıştır: mumaileyh, dostunu şöyle methediyor: «*qui iuris civilis rationem nunquam ab aequitate seiunxerit*» ve daha ilerde (3): «*id verum, id aequum, id utile omnibus esse spectari, quo consilio et qua sententia, non quibus quidque verbis esset actum*». Binaenaleyh, Çiçerona inanmak lâzımgelse, Roma hukukunun inkişaf ve mükemmeliyetinin yeni tefsir metodundan ve bilhassa, şifahî merasime mukabil «*aequitas*» ile «*voluntas*» ın haiz olduğu ehemmiyetten ileri geldiğine hükmetmek icabeder. Binaenaleyh kelimenin ve ihlâl edilmez şekillerin istibdadı yıkılmış ve hakiki olan, hakkaniyete uygun olan ve faideli olan şeylerin zaferi ilân edilmiş imiş.

Bu fikir ve yukarıda izah edilen bu metod Çiçerona tamamen nüfuz etmiştir: mumaileyh, başlangıçta, hukuk ilmi ve geniş birlik içinde adaletin tahakkuku hususunda bunun verdiği şayanı hayret neticeleri takdir etmek imkânını haiz oldu. Mumaileyh diğer dostu Servius Sulpicius Rufus'u da medhediyor ve onu zamanın en büyük hukukçusu ve sanattan anlıyan biricik hukukçu «*artem autem in hoc uno*» (4) olduğuna hükmediyor ve başka bir yerde onun ilmini çok yüksek kelimelerle ifratla medhediyor: «*paene divina eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda scientia*» (5). Binaenaleyh mucize, Quiritler hukukunun ananesi karışında *aequitas*'ın nazarı itibara alınması üzerine doğuyor.

Fakat muasır tetkikçiler Çiçerona itimad etmeğe mütemayil

(2) *Pro Caec.* 78.

(3) Zikredilen yerde, 81; STROUX, *Summum ius summa iniuria*, İtalyanca tercümesi *Annali - Palermo*, cilt 12, s. 649 ve devamı ile karşılaştırınız.

(4) *Brutus*, 152.

(5) *Phillipp.* II, 10.

değildirler ve hattâ, gerek hatib olduğundan, gerekse Yunan kültürü ve felsefesi prensiplerile aşılarmış olduğu için kendisinden çekiniyorlar. Bu hususta fena bir anane mevcuttur ki bunun üzerinde durmak caiz değildir. Fakat, bazı muharrirler yalnız «*aequitas*» ın bütün faziletlerini değil, aynı zamanda fikrin ve hattâ kelimenin de Romaya aidiyetini inkâr etmek cesaretini göstermişlerdir. Burada münakaşa etmeğe mahal yoktur. Bilâkis meseleinin esası müstaceliyeti haizdir ve çok büyük ehemmiyeti dolayısıyla tekrar tetkike ve derinleştirilmeğe değer.

Ve diğer cihetten şunu da teslim etmek lâzımdır ki, hukukun inkişafının bu ana hatları hakkında haklı olarak şüpheler ve tereddütler mevcuttur; çünkü şimdiye kadar, yani uzun asırlar, Roma hukukunun kaynakları amelî ve dogmatik cihetten tedkik edilmişlerdir, ve bugün tenkidî - tahlilî bakımdan da tedkik edilmektedirler: fakat Roma jürisprudansının eseri asla, ne heyeti mecmuasında ve ne de münferid hukukların İmparatorluk hukukunun inkişaf ve teşekkülüne yapmış oldukları yardım hususunda, kendisi için araştırılmadı.

Angustus hukukçulara, onların faaliyet kudretlerini fazlalaştırmış olan yeni bir hüküm ve nüfuz bahşetmiş olduğundan mumaileyh tarafından tesis edilmiş olan İmparatorluğun tes'idine bu kısaca tedkik ithaf olunabilir.



Jürisprudensin eserinin neticesi şundan ibarettir ki, bu eser, hergün vaki olan bir faaliyetle, *ius civile*'nin temellerini sözden isteğe kalbedebildi; bu istek gittikçe daha fazla bir şekilde, bilâvasıta veya bilvasıta, beşerî fiillerin (ve binnetice hukuk sahasında da) birinci ve en kudretli enerjisi telekki edilmektedir.

Bu muazzam iş büyük kurucuların bilgi ve tekniği ile başarıldı; bu, bir yüksek mühendislik eserine benzetilebilir, öyle ki, bununla, temelleri gevşemiş ve yıkılmak tehlikesi arzeden muhteşem bir âbide, taşları birer birer değiştirilerek, direkleri kemerleri ve köşeleri tekrar yapılarak, takviye ve temelleri tahkim edilir ve böylece bina, yeni ve sağlam malzeme ile kâmilen yenileştirilmiş bir hâle getirilmekle beraber, mimarisinin haşmeti olduğu gibi muhafaza edilmiş olur.

Sert ve şekilci olan *ius civile*'nin, Pun harblerinden sonra, daha geniş ve, iktisadî içtimâî ve ruhî bünyesinde tamamilen başka bir

âlem içinde, artık fonksiyonunu yapacak bir vaziyette olmadığı iyice malûmdur. Büyük ticaret, çabukluğa ve bilhassa, tarafların elde etmek isteginde oldukları neticelerin gözönünde tutulmasına emin bir surette himayesine mütevakıftı. Patriarkal bir zihniyetin ve cemiyetin mahdud ihtiyaçları için vücuda getirilmiş eski formüller işe yaramıyorlardı (6).

Svetonius'un söylediğine göre (7), tedvin işine girişilmesi hususunda Sezarın programı tatbik edilmedi.

Eski hukukî teşkilâtı değiştirmek ve onu, yeni hayatın icabetirdiği seviyeye götürmek vazifesini üzerine alan jürisprüdens oldu: hukukî hâdiselerin tahlili ve tefsir sanatı için jürisprüdensin elinde en mükemmel teknik mevcuddu ve gayeye varmak için bunun kâfi gelmediği hâllerde, kazaî organlar tarafından yani pretor ve bilâhare İmperator ve bazan da Âyan meclisi tarafından hazırlanan alelâde ve fevkalâde vasıtalara malikti. Ulpianus tarafından zikredilen Pedius'un formülü (8), her zaman olduğu gibi, vazıhtır: «*Quae tendunt ad eandam utilitatem vel interpretatione vel certe iurisdictione (oportet) suppleri.*»

Faide unsurunun lüzumlu gördüğü yerde, hukuku tatbik için icabeden vasıtaları göstermek vazifesi jürisprudense terettüb eder. «*Interpretatio*», bilhassa ifadenin şüpheli veya gayrimuayyen veyahut da herhangi bir surette kusurlu olduğu hâllerde faaliyete geçen birinci vasıtaadır. Bundan başka, analogya'nın akıllıca tatbiki ile o, teşekkül etmiş hukukun sahasını gittikçe daha ziyade genişletir. Bilâkis ifade, manası ve muhtevası itibarile vâzih olmakla beraber, hile, hata, ve cebir ve şiddet sebeble tarafların hakikî isteklerine mugayir ise, veyahud, her hangi bir surette, o hâdisenin *ius civile*'ye göre halli, hakkaniyet icabatına cevap vermiyorsa, o zaman, bu maksadla Pretor tarafından konulmuş münasib vasıtalara müracaat eder. Ve Pretor tarafından, levhasında teklif edilen bu vasıtalar muhtelif ve müteaddidirler: bunlar arasında bilhassa, *in integrum restitutio*, *exceptio*, *actio de dolo*, *formulae ficticiae*, *formulae in factum* vardır; bu sonuncular hakkında esasen Gaius (9), bunlardan levhaya konulmuş olanların «*innumerabiles*» olduklarını söylüyor, fakat Pretor yine, *causa cognita*, hâdiseye daima ye-

(6) Çiçeron tarafından eski formüllere karşı verilen hüküm şiddetlidir, *pro Morena*, 13; *de or.*, I, 58, 247.

(7) *Caesar*, 44.

(8) Fr. 13, D. I, 3.

(9) IV, 46.

ni bir formül verebilirdi. Levhada sayıları çok olan *interdictum*'lar da, magistratın önüne çıkan derpiş edilmemiş hâller için yeni formüllerle fazlaştırılıyordu.

Dikkate değer bir misal Trebatius tarafından, Tiber nehrinin taşması münasebetile, zikrediliyor (10).

Ve bu hususta Çiçeronun da (11) esasen «*sunt formulae de omnibus rebus constitutae*» demesi mânidardır.

Fakat hukukun inkışafı için hakikaten harikulâde âlet *exceptio doli* olmuştur(12). Burada, *denegatio actionis*'den *formulae in factum* veya *ficticiae*'lere kadar herbiri kendi kısmında hukukun ilerlemesine geniş bir surette yardım etmiş olan bir pretor vasıtaları silsilesi teşkil edecek değiliz. Fakat şunu söylemek isteriz ki, *exceptio doli*, *verba*'lar karşısında ve daha umumî olarak *ius civile*'nin prensipleri hilâfına *voluntas*'ın müesseriyyetini tatbik için hâkimlerin işine yarayan en spesifik âlet olmuştur. *Exceptio doli*'nin bu müsbet fonksyonunun, Papinianus tarafından çok mühim bir tatbikatta zikredilen (4, D. 8, 1) Sabinus ve Cassius tarafından hatırlanmış olması muhtemeldir. Bu hukukçular, bir müddetle tahdid edilmiş olarak veya şarta bağlı olarak (ve tabii *pactio et stipulatio* vasıtasile) teşekkül etmiş olan bir irtifakın, anlaşmanın icabettirdiği surette, Pretor himayesine lâyık olduğunu kabul etmişlermiş (13). Binaenaleyh *exceptio doli*, *ius civile*'nin zararlı neticelerini sekteye uğratmaktan ibaret olan o ilk fonksyonundan başka, gitikçe daha geniş bir şekilde, müsbet bir netice ile, yani bir anlaşmayı (şekli veya özü itibarile *ius civile*'nin prensiplerine mugayir de olsa) müessir kılmak için tatbik edildi. Bu müessese böylece yeni ve o kadar mühim bir vazife başarmıştır ki, bu bakımdan, burada tedkik edilmek istenilen manada hukukun tebeddülü için en kuvvetli âmil olarak gösterilebilir.

Exceptio doli'nin bu yeni fonksyonunu müdafaa ederek Sabinus ile Cassius'ın, iki taraflı resmî ve alenî her akidde aynı zamanda bir de *pactio*'ya tesadüf edildiğini tebarüz ettirecek, *edictum de pactis*'e istinad etmiş olmalarından da şüphe edilebilir; ve bu *pactio* da, o resmî ve alenî muamelenin -veyahut hiçolmazsa ihtiva et-

(10) Fr. 9 § I, D. 39, 2.

(11) *Pro Roscio*, 8, 24.

(12) CICERO. *Off.*, 3, 60: «*verriculum malitiarum omnium*».

(13) JULIANUS, fr. 56, § 4, D. 45, I, ile karşılaştırınız.

tiği kayıd ve şartların - *ius civile*'ye göre hükümsüzlüğü tezahür ettiği hâllerde ortaya çıkıyor.

Bu yeni fonksiyonda *exceptio doli*, tatbik sahasını gittikçe genişletiyor.

Pretorun himayesine, bir unsuru *ius civile*'nin esas prensiplerinden birine mugayir olan resmi ve aleni bir muamelenin *exceptio doli* vasıtasile müessir kılınması için müracaat edilir; meselâ bir *ad tempus* anlaşma hâlinde olduğu gibi; halbuki «*ad tempus deberi non potest* (14). Sathın mafevki üzerinde teşekkül etmiş bir irtifak hakkı kabili tatbik bir hâle konur, halbuki *ius civile* ancak toprak üzerindeki irtifak hakkını tanır (15). Ve bu, mülkiyet intikali muamelesinde daima *exceptio doli* vasıtasile toprak üzerindeki şeylerin topraktan tefriki burada, *ius civile*'nin «*Superficies solo cedit*» prensibi hilâfına, kabul edilir (16).

Bütün bu hâllerde, taraflarca istenilen derecede, pretor himayesi o muayyen hukukî neticeyi tatbik ettiği hâlde, *ius civile*'nin prensipleri felce uğrayorlar. Papinianus, *ius civile* için hükümsüz olan bir *stipulatio*'ya istinaden üçüncü bir şahıs lehine prestasyonu sağlam bir surette muhafaza için *exceptio doli*'yi tavsiye ediyor (17).

Hukukçular herhangi bir şekilde üçüncü bir şahıs lehine *stipulatio*'yu kurtarmak için aynı surette *adiectus solutionis causa* tipinden istifade ediyor (18).

İmperatorlar, bağışlayan kimse tarafından üçüncü şahıslar lehine konulmuş hükmü, teknik bakımdan muvazaa vasıtasile formüle edilmiş bir *actio* ile himaye ederek ileriye doğru bir adım daha atıyorlar: âdeta bu üçüncü şahıs müdahale ederek, ona tahsis edilmiş o prestasyon hususunda kendisi için bir anlaşma aktetmiş oluyor (19).

Böylece, tedricî bir surette, muhtelif münferid hâllerde *ius civile*'nin aşılması, *usu et vetustate*, yine *ius civile*'nin esaslı bir surette yenileşmesini hazırlıyor.

Aynı istikamette verilen diğer kararlar, hukukun, ferdlerin is-

(14) *Inst.* III, 15, 3; fr. 44, § I, D. 44, 7.

(15) Fr. 13, D. 8, 3.

(16) Hibe için fr. 81, § 3, D. 30 ile karşılaştırınız; *Mancipatio* için fr. 44 § I, D. 44, 7 ile karşılaştırınız.

(17) Fr. 26, § 4, D. 23, 4.

(18) Fr. 45, D. 24, 3; fr. 25, pr. D. 7, 1.

(19) V. F. 286.

teklerinden müteşekkil daha geniş ve daha hakiki yeni bir esasa doğru götürülmesine saik oluyorlar.

Bu hususta dikkate değer bir misal, esaslı unsurlarından birinin mevcut olmaması sebebiyle batıl olup *re* veya *consensu* teşekkül etmiş vecibeye müteallik olan *accepti latio* gibi resmî ve alenî bir muameledir; Bununla beraber resmî ve alenî beyan, *pactum* gibi tesir yapar, öyle ki, alacaklı, alacağını elde etmek için harekete geçecek olursa, *exceptio pacti vel doli* ile defedilecektir. (20). Bu hususta zikre değer kararlar şunlardır: Gallus Aquilius ve sonra La-beo ve Julianus, ağır bir surette hasta olan bir kimse tarafından resmî ve alenî *sponsio* şeklinde yapılmış bir vaadi hükümsüz kılmak için *exceptio doli*'yi kullanıyorlar. bilâhare, bu şahıs iyileşip mahkemeye davet edildiği zaman, kendisinin *mortis causa* bir bağışlamada bulunmayı kastetmiş olduğunu ileri sürerek alacaklı-nın davasını *exceptio doli* ile reddediyor (21). Bu, vaadin sebebinin ve yapan kimsenin isteğinin, muameleninin müesseriyeti için kıymeti haiz unsurlar olarak ortaya çıkmaları demektir.

Tamamile usul ve kaidesine uygun olarak yapılmış olan, fakat borçlunun, Stichus'u vadederken zihninde Panfilus'u kastetmiş bulunması sebebiyle batıl sayılmış olan bir stîpülasyona müteallik cevap daha şayanı dikkattir (22).

Hukukçuların kullandıkları ifade burada kayda değer. Vâdeden kimsenin, Panfilus'u düşünmüş olduğundan alacaklının sualine münasib bir surette cevap vermediği söyleniyor. Hakikatte, istek kusuru sebebiyle resmî ve alenî muameleyi bâtil kılan şey, vâdeden kimsenin hatasıdır.

Bu misaller, meselenin ilk tetkiki için kâfidirler; işte bu sebeble, *ius civile*'nin hayati merkezini ibtidaları malik olduğu ve şifahî şekilden ibaret olan temelden, gerek yaşayanlar arasında gerekse *mortis causa* muameleler hususunda *voluntas*'a doğru götürmek için jürisprudensin tefsirinin ve kazaî organlara gösterdiği yolun bütün kuvveti takdir edilebilir. «*Verba*» lar daima lüzumlu ve ehemmiyetlidirler, fakat bunlar şimdi muamelelerin özünü değil, ancak, Ihering'in de görmüş olduğu gibi, kisvesini, harici şeklini

(20) Fr. 19, D. 46, 4; JULIANUS, fr. 5, pr. D. 18, 5. «... sed potestate conventionis» ile karşılaştırınız.

(21) Fr. 4, § I, D. 44, 4; bunda, «*Volens... pervenire*» ibaresinin interpole edilmiş olduğu muhakkak olsa, karar da daha fazla bir derecede tebarüz edecektir. VAL. MAX. 8, 2 ile karşılaştırınız.

(22) *Inst.* III, 19, 23.

teşkil ederler; fakat İhering bu kadar mühim bir değişikliğin tarihi inkişafını his ve idrak etmemiştir. Ve, mahs şekli unsur olarak «verbo» ların iktisab ettikleri bu yeni fonksiyondan şu netice doğar ki, şayed resmî ve alenî muamele *vitio verborum* sebeble batıl ise, umumiyetle, Pretor tarafından, bu maksad için elverişli olan bütün vasıtalarla müessir kılınır; hibeler hususunda *Senatus-consultum Neronianum* misalinden de görüldüğü gibi bu bazan *Senatus* tarafından yapılıyor (23). Ve buna müteallik iddia da - yani, resmî ve alenî muamele şekil itibarile mükemmel olmakla beraber istek herhangi bir surette kusurlu olduğu takdirde muamelenin batıl veya tesirsiz olduğunun beyan edilmesi iddiası da - doğrudur (24).

Velhasıl denilebilir ki, jürisprüdens, gittikçe daha fazla bir surette ve bütün vasıtalarla, ferdlerin, gerek bir taraflı gerekse iki taraflı muameleleri teşkil eden beyanlarile elde etmek istedikleri gayeleri tatbik mevkiine koymaya mütamayıldır.

«*Utilitas*», hukukun hayatında hâkim bir kuvvet fonksyonu iktisab edegeliyor; şu manada ki, resmî ve alenî şekiller ağırlıklarını gittikçe daha az hissettiriyorlar ve, şimdiki hayatın unsurları olan öz ve faide karşısında *ius civile* prensiplerinin mantığı bundan da daha az rol oynuyor. Öz, evvelemirde, «*voluntas*» tarafından tayin ediliyor. «*Utilitas*», işlerde ve içtimaî nizamda cemiyete veya ferdlere yarayan şeyin mutlak himayesini, daha geniş manada, ifade eder. «*Utilitas*», en geniş manasında, muamelenin mahiyeti ne olursa olsun, tarafların birbirine zıd menfaatleri arasında mükemmel bir muvazeneyi ifade eden «*aequitas*» ı ihtiva eder. Ve şunu da ilâve edelim ki, *iudicium*'un mahiyeti ne olursa olsun - ister *bonae fidei* ister *strictum* olsun - hâl böyledir. İki kategori arasındaki derin fark, Çiçeronun tasvir ettiği gibi (25) tedricen kaybolmuştu. Hukukun gayesi, ve binaenaleyh bütün *iudicium*'ların neticesi, daha doğru, daha faideli ve hakkaniyete uygun olan şeyi tatbik etmekten ibarettir. Hâkim, *ex fide bona* şartı sayesinde, *iudicia bonae fidei*'lerde haiz olduğu o geniş salâhiyeti *exceptio doli vasitasile iudicia stricta*'larda da iktisab etmiştir. Bu büyük inkişafın en sintetik ve açık isbatı iki misalle yapılabilir:

(23) GAL, II, 197.

(24) Fr. I, § 3, D. 2, 14. Bu hususta en şayanı hayret karar yukarıda zikredilmiştir: *Inst.*, III, 19, 23.

(25) *Pro Roscio Com.*, 4, 11.

Celsus, *reivindicatio*'lar da, *exceptio doli*'ye istinaden hâkimin her türlü salâhiyeti haiz olduğunu kabul ediyor: «*bonus iudex varie ex personis causisque constituet*» (26). C. Scaevola, istisna akdinde, bir kadın tarafından çok hararetli bir mektupla teklif edilmiş bir mukavele karşısında şöyle cevap veriyor: «*ex personis cuiusque, eum cuius notio sit, aestimaturum, an actio danda sit*» (27). Mü-nasebetin, «*ex personis causisque*» unsurlara istinaden magistrat tarafından *ius* safhasında (*in iure*) tasfiye edilebileceği kolayca anlaşılır.

Şu halde, davanın mahiyeti ne olursa olsun, dava formülü, hayatın şeniyetine, müşahhas hâlin tetkikine - bunların veçhesini teşkil eden bütün ahval ve şerait ile - sevkeder ki, bunlar da, tarafların isteği ve gayesi, ahlâki ve iktisadi unsurlar, içtimai fâidedir ve bunlar da, hakkaniyet esasına (bu mefhumun Aristotelis-den ziyade Romadaki manasında) daima uygun olacak olan kararı neticelendirirler.

Bununla, tarihçiler ve hukukçular tarafından müteaddid defalar ortaya konulmuş olan mesele, yani, Roma jürisprüdensinin, *utilitas ve aequitas*,ı feda ederek, *ius civile*'nin prensiplerine daima sadık kalıp kalmadığı meselesi halledilmiş oluyor, ki bu, klâsik devrede hukukun teşekkül seyri ve jürisprüdensin onu, daima daha değişik ve daha karışık olan hayatın seviyesine götürebilmek için tatbik ettiği teknik hususunda söylenmiş olan şeylerden sonra artık boş bir mesele olmuştur.

Hukukun bütün bu ilerleme ve değişme seyrinde jürisprüdens bütün kuvvetini ve şayanı takdir faziletlerini sarfetti ki, bunlar da: daima daha keskin tetkik ve müşahede gibi çok ince bir sanat; hayatta tesadüf edilen vakıa ve hâllerin en derin bir tahlili; en dahiyane ve bazan da cüretkâr olan bir ibdâ kabiliyeti; hukuk inkişafı için kudretli bir vasıta olup, hukukçulara, *ius civile*'nin *ananesinin*, tatbikatın yeni ihtiyaçlarına büyük bir kolaylıkla uydurulması imkânını veren analogya'nın kullanılması gibi faziletlerdir.

Ve analogya yalnız hususi hukukta değil, aynı zamanda ve geniş bir surette ceza hukukunda da faaliyetini gösteriyor (28).

Ananevî nazariyelerden çıkan eski hükümler, münferid nok-

(26) Fr. 38, D. 6, 1.

(27) Fr. 61, D. 44, 7.

(28) SIBER, *Abhandl. d. phil. Klasse d. Sachs. Ak. d. Wiss.*, cild 48 ile karşılaştırmız.

talarda, bizzat hukukçular arasında tezdalar için sonsuz bir malzeme teşkil ediyorlardı. Ve, yukarıda zikredilen meselelere nisbeten, iki mektebin, yani Sabinianus'lularla Proculus'lular mekteplerinin eser ve faaliyeti, (bu mektepler vasıtalarında ve neticelerde birbirinden uzaklaşmakla beraber) aynı surette gayretle, ve devamla müterekki asil bir rekabet hâlinde tezahür ediyor.

En yüksek noktaya bu mekteplerin kâh biri kâh diğeri tarafından veya müstekil hukukçular tarafından varılıyor.

İki taraflı akidler sahasında bu en yüksek noktaya Pedius tarafından - Ulpianus'un naklettiği tarifte varılmıştır (29) ki, bu tarifte, resmî ve alenî olsun olmasın herhangi bir ticarî akidde «*conventio*» mevcut olmadığı takdirde akdin hükümsüz olacağı beyan edilmektedir. İsteklerin mütabakatının, meselâ *dotis dictio* veya *obligatio litteris*'de ve hattâ *mancipatio* ve *in iure cessio*'da olduğu gibi, hâricen görünmesine lüzum olmadığını ifade için metin «*Si non habeat in se conventionem*» diyor. Formülasyon, basit ve kolay bir ifadede tesbit edilmiş uzun bir tecrübe silsilesini ihtiva etmektedir (30). Binaenaleyh «*conventio*» bütün muamelelerde, hukukî neticelerin en birinci ve kudretli sebebi olmuş bulunuyor. İşte bundan da, aynı mevzu üzerinde iki veya daha ziyade isteklerin mütabakatı olarak «*contractus*» mefhumu ortaya çıkıyor ki bu mefhum bugün boşyere muhalefet edilmektedir.

Mamafi bu mefhum Cumhuriyet devrine aid olmayıp, yukarıda izah eylediğimiz tekâmül yolu ile klâsik devrede teşekkül etmiştir. Bu inkişafın sonunda bütün ticarî muameleler, Pedius'un doktrinine göre, «*conventio*» umumî kategorisi altında telhis ediliyorlar ve bu da, resmî ve alenî olsun olmasın, ve ister *ius civile*'ye ister *ius gentium*'a ve ister *ius honorarium*'a aid olsun, bütün muamelelerin müşterek unsurunu teşkil ediyor. Bu müşterek «*conventio*» unsuru' «*stipulatio*» nun, «*contractus*» un «*pactum*» un mümeyyiz vasfı oluyor; öyle ki, kolayca ve bütün hukukun inkişafına sadık kalarak Theophilus (31) ve Bizanslılar, «*contractus*» için, Ulpianus'un «*pactum*» tarifinden istifade edebildiler: *et est pactio durorum vel plurium in idem placitum atque consensus*» (32).



(29) Fr. I' § 3, D. 2, 14.

(30) RICCOBONO, B. I. D. R., yeni seri cild 3, s. 1 ve devamı.

(31) *Paraphr.* 3, 14, 2.

(32) Fr. I, D. 2, 14.

Ve hukukun, XII levha kanunundan Hadrianus devri jürisprudensine kadar bu değişme seyrine daha büyük bir sentez hâlinde bakacak olursak *ius*'un *Celsus* tarafından nakledilen ve modern hukukçuların esrarlı ve anlaşılmaz buldukları meşhur tarifile karşılaşırız: «*ius est ars boni et aequi* » (33).

Şu halde hukuk, iyi ve hakkaniyete uygun olan şeyin sistemidir.

Bu tarif, şiddetli bir şekilde, lâfzî şekilcilikten hakkaniyete doğru gitmiş olan hukukun inkişafının hayatî noktasını ifade eder. Sert ve şekilci olup, prensiplerin mantığı ve şeklin sertliği altında bulunan hukuk, hayatın her yerde, tarafların birbirine zıd menfaatlerinin doğru ve hakikî bir tevazününü ve, içtimai faide ile hemahenk olarak, onların varmak istedikleri gayelerin emin bir surette tahakkukunu isteyen mücbir zaruretleri karşısında yavaş yavaş gerilemeğe, eğilmeğe mecbur kalmıştır.

Celsus'un tarifindeki «*bonum et aequum*» ibaresi bir lâtin ibaresidir ve hukukun gayesini ve özünü gösterir. «*Propter utilitatem publicam*» pretor hukukunun bütün inkişafının temelini (34) teşkil etmiştir, ki *Çiçeron* esasen bunu (35), artık hukuk ilminin istinad ettiği temeli teşkil eden nizam olarak tanıyor, kabul ediyor.

«*Bonum et aequum*» ibaresine, en muhtelif ve mütenevvi tabikatta hukukî ve edebî ananede, hattâ *Plautus*'un ve *Terentius*'un komedilerinde bile, tesadüf ediliyor; binaenaleyh bu ibare çok tanınmış ve meşhurdu.

Böylece meselâ *Tereutius*'da (*Phormio*, II, 2, 12, 13) ince bir müşavir olan *Cratinus*, babaya oğlu tarafından onun gayubeti anında yapılmış olan evlenmenin bozulmasını istemesini tavsiye ediyor:

Quod te absente hic filius egit
restitui in integrum aequomst et bonum
est, et impetrabis.

Bütün bunlar, ifade ve öz itibarile Roma'ya aiddirler; ve *lex Aebutia*'dan evvelki bir zamanda *in integrum restitutio*'nun zikrine mütedair münakaşalar da, bu vesikanın ehemmiyetini - burada nazarıtibara alınmasına sebep olan gaye hususunda - azaltamaz.

Ve bu netice esasen bariz olduktan başka, onun teşekkül safa-

(33) Fr. I, D. I, 1.

(34) Fr. 8, § I, D. I, 1.

(35) *De leg.*, I, 17.

hatı bugün çok daha vazih bir surette ortaya çıkmaktadır, ki bu da, bizimkinden az bir tecrübe ile, Ihering (36) tarafından fevkalâde bir şekilde esasen tasvir ve izah edilmiştir; mumaileyh şöyle yazıyordu: «hukukta terakki daimidir; ilim, şimdiye kadar hukuken imkânsız gibi görünmüş olan şeyleri amelî bir zaruret olarak kendisine empoze eden hadisatın tazyiki ile veyahud kendi kuvvetinin tesirile, fikrî ufuklarını ve aynı zamanda imkânın hududlarını hergün biraz daha genişletmektedir; öyle ki ilim, nazari imkânın sahasını gittikçe daha ziyade tevsie muvaffak oluyor».

Ve, hayatın şeniyetini ve amelî ihtiyaçları tedvin edilmiş hukukun eski prensiplerine uydurmak için jürisprüdensin fevkalâde mükemmel tekniğinin, hukukî hâdiselerin bu günlük tahlili işinde inkişaf ve tekâmül ettiği de çok doğru olarak söylenmiştir (37).

Burada, yeni kaide, Quiritler hukukunun şekilciliğinin harabeleri üzerinde inşa edilmiş gibi görünmektedir.



Jürisprüdens'in teşrii kuvveti yoktur, fakat, yeni kararları ve bunları tatbik vasıtalarını tavsiye hususunda en mükemmel bir teknik ile tahakkuk ettirilmiş bir imkâna maliktir. Ve sonra, karar tatbikatta kökleşince de daha ileriye gidiyor ve onu, teşekkül etmiş hukukun uzviyetine sokabiliyor: «*placuit, receptum est, hoc iure utimur*» (38).

Artık yeni devirlere uygun olmayan eski normlar, yeni fikir ve akidelerin kökleşmesi üzerine (ki bu da uzun müddet tatbik edilmek suretile, Çiçeron'un dediği gibi «*usu et vetustate*» vaki oluyor) hükümden sakıt oluyorlar (39).

Bu, Roma milletinin siyasi dehasının bir vasfıdır ki âmme hukunda ve hususî hukukun daha geniş ve daha karışık sahasında aynı surette tezahür ediyor. Filhakika Roma, tarihin seyrinde, ihtilâlsız, karışıklıklar çıkarmadan, fakat tedricî inkişaf yolu ile, âmme hayatında üç esash değişiklik vücude getirmiştir. Böylece Kırallıktan Cumhuriyete, Cumhuriyetten Prenslığe, Prenslikten Monarhiye geçmiştir.

Hususî hukukun tekâmülü şekil itibarile buna tamamile, ve zaman itibarile de takriben, tetabuk eder.

(36) *Geist.*, cild I, s. 360.

(37) LENEL, zikredilen *Geschichte*, s. 358.

(38) RİCCOBONO, *Mél. Cornil*, cild II, s. 341 ile karşılaştırmız.

(39) *De Republ.*, II, 1.

Ius Quiritum'un sert ve dar ananesinden, *ius gentium*'un ve *ius honorarium*'un inkişafı ile, daha serbest, daha geniş teşkilâta geçildi, ve bir taraftan eski hukukla yeni teşkilât arasındaki tezlâtlarda, inkişâflar, uzlaştırmalar ve çarelerle hergün tatlılıkla telif ediliyorlar ki bunlarda faide mantığa galebe ediyor, tatbikat nazariyatı geçiyor, öz şekli ilga ediyor; ve bu öz de, devre hâs olan duyma tarzında ve hayatın yeni zaruretlerinden doğuyor.

Böylece günün bütün hayatı hukukun uzviyetine, hâkim unsur olarak giriyor; ona, faaliyetleriyle günün gayelerini temine müte-mayil olan ferdlerin iradelerini izhar eden fiil olarak giriyor. Burada isteğin, yeni hukukun bütün bünyesine nüfuz ettiği söyle-nebilir ve Schiller ile beraber «Es iste der Geist, der sich den Kör-per baut» sözü tekrar edilebilir.

Hakikatta, Roma'nın büyük hukukçularının ışıklı rehberliği ile, eski *ius civile*'nin en büyük kısmı, *ius gentium*'la, *ius honorarium*'la ve İmparatorluk hukuku ile temas neticesinde ve bunların tesiri altında, yavaş yavaş değişti. Fakat netice itibarile, bütün eski ananeyi, bütün eski ve zamanı geçmiş nazariyeleri yıkan şey, Romanın büyük jürisprüdansinin toplayıp yeni formüllere, karar-lara ve prensiplere soktuğu hayatın şeniyeti oldu (40).

*
**

Burada sözüme nihayet vermek için, beşer ruhunun hiçbir eserinin, Roma jürisprüdansı tarafından vücuda getirilen eserden daha muazzam olmadığını söylemek isteriz. Çiçeron (41), XII Levha kanununun kıymetini gözönünde tutarak, o küçük yazının, filosof-ların bütün kütüphanelerinden daha kıymetli olduğunu söylemişti. Bu, güzel bir cümle söylemiş olmak için serdedilmiş bir mütalâa değildi, çünkü büyük muharrir, Romalıca düşünerek, o küçük ya-zının içtimâî nizam ve insanîyetin refah ve iyiliği için haiz olduğu kudret ve kuvveti takdir ediyordu.

(40) Eski müesseselerin yıkılması ve yeniliğe doğru gösterilen mü-temadi hareket Romalıların nazarında tamamiyle mevcuddur; GELLIUS, 26, 10, 8 ve sonra 20, 1, 22 ile karşılaştırınız; bunda, Afrikalı hukukçu, XII levhadan bahsederken şöyle diyor: «*plerisque ipse iam populus ro-manus uti desierit*», TACITUS, Ann., 14, 43, de Cassius Lovginus, Ayan Meclisi tarafından sık sık vücuda getirilen yeniliklerden şikâyet ediyor.

(41) *De or.*, I, 44.

Ve mumailleh bu tefevvukun neden ibaret olduğunu da tasrih ediyor: «*et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare*».

Ve biz de, klâsik jürisprüdensin eseri hakkında ne söyleyeceğiz? O klâsik jürisprüdens ki, hukukun uzviyetini değiştirmiş ve, bütün asırlar için ve bütün kavimler için hukuk ilmini, medenî dünyada en kuvvetli irtibat ve nizam kuvvetini yaratmıştır; öyle ki, vücudada getirdiği eseri en derin bir surette anlıyarak, klâsik jürisprüdens, dünyaya hayatın hakikî felsefesini göstermiş olduğunu iddia edebilmiştir (42). Böylece Vico ve bilâhare Ihering jürisprüdensi, Roma milletinin milli feseresi olarak tarif edebilmişlerdir.

Prof. S. Riccobono

Tercüme eden :
Dr. Şemsedidn Talip

(42) ULPIANUS, fr. I, § 1, D. I, 1.