

ROMA HUKUKUNDA HUKUKİ MUAMELEYE DAİR (*)

Henry Lévy Bruhl

Paris Üniversitesi Profesörlerinden

Son zamanlarda *auctoritas* meselesine dair zuhur eden ihtilâf hukukî muamelenin eski Romadaki mahiyeti üzerine nazarı dikkati celbetmiş bulunmaktadır. M. de Wisscher ve taraftarı bulunan romanistlere göre *auctoritas* çok eski devirlerde *mançipio dans* tarafından müktesibe verilen bir teminat manâsını haiz olduğu gibi ayrıca onun lehine bir hak da tesis etmekte idi. Bunu anlamak için devlet kuvvetinin henüz zayıf bulunduğu ve hukukî vaziyetlerin kendilerini saydırmak için ferdî kuvvetlere dayandığı bir cemiyetin zihniyetini tasavvur etmek lâzımdır. Bu rejime «hususî adalet» rejimi ismi verilmektedir.

Burada hususî adalet rejiminin tenkidi bir tahliline teşebbüs etmek mevzuubahs olamaz. Bu mefhumun geçirmiş olduğu inkişaf safhalarını tetkike başka fırsatlar bulacağımı tahmin ediyorum. Burada hâdiselerin müşahedesinin Roma hukuku için tamamile başka bir manzara arzettiğini göstermekle iktifa edeceğim. Bütün hukukî muameleler tesbit edeceğimiz aynı ve müşterek bir şema üzerine kurulmuşlardır: hukukî muamele esas itibarile alâkadarın ferdî iradesile içtimai grubun kollektif iradesinde birleşmesinden ibarettir. Birbirlerini tamamlayıcı mahiyette ve yekdiğerinden gayrı kabili tefrik bir halde bulunan bu iki nevi irade unsurunu ayrı ayrı tetkik edelim.

(*) Profesör Henry Lévy - Bruhl'ün bu yazısı Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Jüridique mecmuasının 1939 yıl ve 1-2 sayılı nüshasında neşredilmiştir.

Hususî hukukî muamele (burada ancak bununla meşgul oluyoruz) zarurî olarak alâkadarın ferdî iradesinin ifadesini istilzam ettirmektedir. İster bir azat etme, bir temlik, bir evlenme, bir vasiyetname ve yahut bir borç münasebeti mevzuubahs olsun, ilk teşebbüs hususî fert tarafından yapılır ve onun iradesinin bir tezahürünü icabettirir. Bu irade izharının bazı hususiyetleri vardır.

Bu irade izharı her şeyden evvel şifahîdir. Uzun zamandan beri haklı olarak, eski Roma hukuku sisteminde şifahî şeklin ehemmiyeti nazarı dikkati celbetmiştir. Diğer teşriî sistemlerin ve bu meydana Şark hukuklarının yazıya büyük bir kıymet vermelerine mukabil, Romalılar söze ehemmiyet veriyorlar. Hukuk söylenmiş olan sözlere tetabuk edecektir: «uti lingua nuncupassit ita jus esto» işte bu şifahîlik zarureti gaipler arasında hukukî muamelelerin ifasını imkânsız bir hale koymakla Roma hukukunun inkişafına ciddi bir mâni teşkil etmiştir.

Bu irade beyanı, tetkik ettiğimiz iptidai devirlerde lâalettayin herhangi kelimelerle yapılamazdı. Bu ancak örf ve âdetlerin kabul ve teyit ettiği tâbirleri kullanmak suretile yapılmış olmalı idi. Bu nokta üzerinde biraz durmamız icabeder. Çünkü fikrimizce alâkadarların böylece evvelden tesbit edilmiş bir takım formülleri kullanmak mecburiyetinde bulunmaları keyfiyetinin mahiyeti şimdiye kadar lâyıkile tenvir edilmiş değildir.

Filhakika, sadece ferdî iradelerin nazarı itibara alınabilmesi için muayyen formüllere uygun bir şekilde ifade edilmiş olmaları mecburiyeti bile bize bu sahada camianın müdahale ve kontrolünü göstermektedir. Bu bakımdan formülü dinî merasimlerden ayırmak imkânsızdır: bu da şifahî bir merasimdir. İkisinin de neticesi ferdin faaliyetini bir kanalda toplamak ve grup tarafından evvelden bilinen ve kabul edilen gayelere doğru sevkettir. Hattâ diyebiliriz ki daha az nisbetlerde olmakla beraber lisan için de vaziyet aynıdır; kelimeler bizzat bu kontrol rolünü ifa etmekle camianın müdahalesini mümkün kılmaktadır. Şüphesiz derece meselesi burada ehemmiyet kazanmış bulunmakta ve her hangi bir tâbiri kullanmak hususundaki imkânların meydana çıkması ferdiyetçiliğin bir terakkisinin mahsulüdür.

Alâkadarın irade beyanından ibaret olan bu birinci unsura zarurî olarak içtimai grubun tasdiki unsuru inzimam etmektedir. Formülün bile başlı başına grubun bir müdahalesini teşkil ettiğini yukarıda söylemiştik. Şüphesiz umumî mahiyetteki bu müdahaleyi, grubun bazı şerait altında müşahhas bir muamelenin ifası husu-

sunda vereceği veya reddedeceği müsaade ile karıştırmamak lâzımdır. Meselâ Roma halkı umumî bir şekilde kendi azâlarının her birine, örf ve âdet tarafından tesbit edilmiş bulunan sözleri kullanmak ve merasimi ifa etmek şartile, *mancipatio* muamelesinden istifade etmek salâhiyetini tanımıştır. Fakat Titius'ün *mancipatio* yolile Seius'a bir köle veya hayvan devredebilip edemeyeceği meselesine gelince burada doğrudan doğruya grubun müdahale edip muvafakatini vermesi lâzımdır. Diğer bir tâbirle, her müşahhas hukukî muamele ancak grubun sarîh bir şekilde tasdiki ile hukukî muteberiyetini, sıhhatini iktisap eder.

Bu tasdik keyfiyeti muhtelif şekiller ve kayıtlar arzedebileceği gibi, mevzuubahs muamelenin *camia* ile olan alâkası arttıkça şekil ve şartlar da ağırlaşacaktır.

Devlet usulüne muvafık bir tarzda yapılacak olan reye müracaat yolile, bir muameleyi tasdika davet edildiği zaman, bu kontrol en tam şeklini arz etmektedir. Bu vaziyet *adrogatio* yolile evlât edinmede mevzuubahstir. Gaius bunun kürilerin *comitia* şeklinde toplanarak vücuda getirdikleri halk meclisleri tarafından kabul edilen hakiki bir kanun şeklinde yapıldığını söylüyor.

Vasiyetnamede de halkın toplu halde bir müdahalesi kürilerin *comitia*'lar meclisi halinde toplanması yolile vaki olmaktadır. Vasiyetnamelerin tasdiki hakiki bir kanun vasıtasile mi yapılmaktadır? Bu mesele ihtilâflıdır. Noktai nazarının kabul edilmesi lâzım geldiği kanaatinde bulunduğum M. Ch. Appleton'a göre, burada *adrogatio*'da olduğu gibi muntazam bir rey usulünün mevcut olduğu gözüküyor. Buna rağmen halk meclislerinin, şekilsiz dahi olsa, verecekleri muvafakatin, vasiyetnamenin muteberiyeti için lüzumlu olduğu da anlaşılıyor.

Daha az bir nisbette, daha doğrusu daha yeni zamanlarda, *camianın* kontrolü, lâik halk tarafından sihri ve dinî merasim şekillerinden iktisap edilmiş olması lâzım gelen bir müessese olan majistrasın «*addictio*» su vasıtasile yapılmaktadır. Dağınık bir kontrol yerine burada mütehassıs bir organın daimî kontrolü carî olmaktadır. Burada mevzuubahs olan şey artık bir rey verme değil, fakat tasdik etmedir. Ancak görüldüğü gibi prensip değişmemektedir: Âmme otoritesi kendi önünde izhar edilen ferdi irade beyanını ya tasdik ediyor ve yahut ta reddediyor. Bu sistem değnekle yapılan azat etmelerde, *in jure cessio* ve bir *alieni juris*'in evlât edinilmesinde tatbik sahası buluyor.

Bu noktai nazardan *mancipatio* nereye girer? Bu muamelenin hiç bir majistranın huzuruna ihtiyaç olmadan beş şahit önünde yapıldığı malûmumuzdur. Böylece harici görünüşünde camianın tasdikine ihtiyaç olmadan cereyan etmektedir. *Mancipatio*'daki şahitler sadece bir takım aleniyet unsurları ve yahut ta evvelden hazırlanmış isbat vasıtaları olarak kabul edilmiş olsalardı bu fikir doğru olurdu. Fakat bunlarda bilâkis camianın mümessillerini görmek mümkündür. Şahitler bidayette faal bir rol oynar ve alâkadarın iradesine muhalefet edebilirlerdi. Bunlar acaba Huschke'nin iddia ettiği gibi, tıpkı *adrogatio*'da on liktörün on küriyi temsil ettikleri gibi, Servius sınıflarını mı temsil ediyorlardı? Bu hususta müsbet cevap vermek her halde tehlikeli olur. Fakat *mancipatio* da, en eski hukukun bütün müesseseleri gibi, ancak içtimai grubun mümessilleri tarafından tasdik edilen bir formülün söylenilmesinden ibaret addedildiği takdirde tam mânâsını iktisap ediyor.

Bu fikir, müktesibin *in jure cessio* ve *mancipatio* muamelelerinde söylediği sözlerin ayniyeti ile isbat edilmiş bulunmaktadır. *Mancipio accipiens* tarafından söylenen ilk cümle *in jure cessio* muamelesinde, majistra önünde müktesip tarafından söylenen cümlenin aynidir.

Her iki halde de iktisabın aynı mekanizma ile yani içtimai grup tarafından müeyyideleşen alâkadarın beyanı yolile cereyan ettiğini düşünmek tabii gelmektedir. Ancak su farkla ki birinci müeyyide münteşir olduğu halde ikincisinde mütehassis bir organ olan majistra tarafından verilmektedir.

Mancipatio'nun mekanizması bu olunca, bu usul yalnız *res mancipi*'lerin mülkiyetinin bir nakil şekli olan *mancipatio*'da değil fakat bu muamelenin diğer tatbik şekilleri olan velâyetten çıkamak, *co-emptio* ve *mancipatio familiae*'de de cari oluyor. Bütün bu muameleler nazarı olarak halkın kontrolü altındadır: filiyatta, klasik devirde bu kontrol artık kendini hissettirmiyor; bir tek şeyin *mancipatio*'sunda olduğu gibi, şahitler bir aleniyet gayesini temin için kullanılan arda kalmış şekillerden başka bir şey değildir.

Fakat bu vaziyette *stipulatio*'nun bu çerçeve dahiline giremeyeceği söylenebilir. Filhakika *stipulatio*, tasdik edilen bir irade beyanından teşekkül etmez. İlk evvelâ bunun böyle olamayacağını tesbit ile işe başlayalım. Çünkü *stipulatio* bir takım borçlar tevlit etmek için yapıldığından (şifahî şekilde beyan edildiği takdirde) bir taraflı bir irade beyanından değil, fakat karşılıklı bir muhavereden teşekkül etmek mecburiyetinde idi. Bundan başka *sponsio* da tama-

mile dinî bir muameledir ve *sacris interpositis* yolile yapılmaktadır. Borçlunun taahhüdü de esas olarak onun bu mukaddes karakterine istinat etmektedir. Ve kefilleri de bulunabilmesi mümkün olan en iyi kefiller yani ilâhlardır. Böylece stipulatio diğer bütün hukukî muamelelere nazaran tamamile başka bir tipe ait olduğundan bunun bir kenara bırakılması lâzım gelmektedir. Umumiyet itibarile lâik mahiyetteki hukukî muamelelerin sıhhati irade beyanile grubun tasdikini istilzam etmektedir.

Bu iki unsurun birleşmesi zaruri olmakla beraber bu ancak ehil olan bir kimse tarafından yapılan muamelelerde kâfi gelmektedir. Bu vaziyette diğer bir fert tarafından getirilecek bir yardıma ihtiyaç yoktur. Üçüncü bir şahsın *auctoritas*'i, eski devirlerde, ancak muamelenin bir ehliyetsiz tarafından yapılması halinde mevzuu bahsolmaktadır. Bu faraziyeğe nazaran — ister baliğ olmıyan bir *sui juris*, ister bir kadın mevzuubahs olsun — vasi, bir şekle bağlı olarak ve ağılebi ihtimal şifahî bir merasimle mukayyet bulunarak verdiği *auctoritas* ile ehliyetsizin yardımına gelerek ona tasarrufta bulunmak imkânını verir. Son zamanlarda *mancipatio* muamelesinde de devredenin *auctoritas*'ının da aynı mahiyeti haiz olduğu tahmin edilmiş ise de ortada bunu teyid edecek hiç bir şey mevcut değildir. Hiç bir metin *mancipio dans*'ın *auctor* olmak için söylediği sözlerden bahsetmemektedir. *Auctoritas*'ın, *mancipatio* muamelesinde, ehemmiyetli olmakla beraber ikinci derecede bir unsur olduğunu ve bunun devredenin, karşı tarafın malın zaptı tehlikesine maruz kalması ihtimaline karşı vermesi lâzım gelen teminat mükellefiyetini ifade ettiğini kabul etmek daha makul gözükmemektedir.

Hattâ *mancipatio*'nun iptidai şeklinde *auctoritas*'ın mevcut olmadığı ve bu muamelenin de iktisap edene *erga omnes* mutlak ve dolayisile tecavüz edilemez bir hak temin ettiği bile iddia edilebilir. Bizimle beraber *mancipatio*'daki şahitlerin camiayı temsil ettikleri kabul edilirse, onların huzurunda merasime tâbi olarak yapılan bu muamelenin *adrogatio* veya vasiyetname gibi muamelelerden de pek geri kalmaması icabeder. Filhakika çok kalabalık olmıyan ve bütün azâlarının birbirlerini tanıdıkları bir cemiyette bu şekilde hareket edilmiş bulunulması da kuvvetle muhtemeldir. Sonraları, şahitlerin rolü yalnızca aleniyeti teminden başka bir şey olmayınca, bunların huzurunda yapılan beyan da kısmen kıymetini kaybetti ve iktisap eden, *mancipatio* yolile devredilen şey üzerinde derhal bir mülkiyet hakkına sahip olmakla beraber, bu hakkının ihtilâflı olabildiğini de görebiliyordu. Câmia tarafından tanınmış olan mut-

lak teminattan istifade edemeyince, hakkını auctor'u bulunan, kendisinden evvelki malikin hakkına bağlamak mecburiyetinde kaldı. Bilâkis *in jure cessio* esnasında majistra önünde istihkak formülünü beyan etmiş bulunan kimsenin üçüncü şahıslar tarafından dermeyan edilecek iddialara karşı himaye edilmiş vaziyette olduğu iddia edilmektedir.

Böylece eski devirde normal hukukî muamele fert ve devletin müdahale ve iştiraklerinden başka bir şey arzetmiyor. Çok ehemmiyetli olan bu ikinci unsur irade beyanında aranılan şekillerde ve câmianın kontrolünde tezahür eder. Fakat ferdiyetçilik sahasında yapılan terakkilerin neticesi olarak devletin bu müdahalesi azalacak ve hattâ bazı ahvalde tamamen ortadan kalkacaktır.

Bu mevzuubahs oluş, tekâmül, irade beyanlarını kaplayan şekilciliğin günden güne gittikçe artan kayıt ve şartlarla tahdit edilmesinde kendini gösterir. Bidayette bütün irade beyanlarının evelden tesbit edilmiş formüllerle ifade edilmeleri lâzım geldiği halde, yavaş yavaş bunların kullanılması mecburiyeti ortadan kalkıyor. Bu formüller arasında, *mancipatio*'da olduğu gibi, en kuvvetlilerinden bazıları tatbikat sahasında mer'î kalmışlarsa da, ekseriyeti terkedilmiştir. Bu vaziyet bilhassa *stipulatio* hususunda âşikârdır; filhakika bu sahada şekil mecburiyetinin yavaş yavaş zayıflayışı ve şifahî merasimin yerine tahriri vesikanın kaim oluşu hâdisesinin seyri metinlerde fevkalâde bir vuzuhla takip edilebilir. Fakat aynı hâdise başka sahalarda da ve bu meyanda âzat etme, vasiyetname ve ölüme bağlı hibeler ve bilhassa yazılı formüllerin kabulü ile şifahî şeklin bir ölüm darbesine maruz kaldığı usul hukukî sahasında da görülebilir.

Hukukî muamelenin, tetkikatımız esnasında geriye bırakılan ikinci unsuruna gelince — içtimaî grup tarafından tasdik keyfiyeti — burada da birinci unsur için tesbit etmiş olduğumuz inkişafa rasthyabiliriz. Câmianın kontrolü yavaş yavaş azalmış ve neticede tamamen ortadan kalkmıştır. Daha eski devirlerden itibaren *adrogatio* hususunda halkın reyine müracaat usulü terkedilmiş ve kûrilerin yerine muamelede pasif olarak hazır bulunan liktörler geçmişlerdir. Vasiyetname de artık toplanmış olan halkın önünde yapılmıyordu. Bu klâsik devirde muayyen bir kaç şahit önünde yapılmıyordu. Şüphesiz bu şahitler asıl olarak *mancipatio familiae*'dekiler olmakla beraber aynı zamanda *comitia* şeklinde toplanan halkın da mümessilleridir. Çoktan beri vasiyet edenin bunlara hitaben söylediği «... itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote» kelime-

lerinin, dostlara söylenmek için fazla ağır olduğuna ve bunun toplanmış olan halka yapılan bir hitabenin parçası olursa daha kolayca izah edilebileceğine işaret edilmiştir. Evlenme hususunda da bu kontrol unsurunun hafiflemesi, *cum manu* evlenme yerine hiç bir şekle ihtiyaç göstermiyen *sine manu* evlenmenin geçmesinde görülüyor. Bizimle beraber bidayette şahitlerin faal bir rol oynadıkları kabul edilirse, *mancipatio* muamelesile onun diğer tatbik şekillerinin de müşabih bir inkişafa tâbi olmuş olmaları icabeder. Belki de XII levhaların meşhur olduğu nisbette karanlık olan «*cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto*» kaidesinin gayesi iktisap edenin irade beyanına, onu şahitlerin kontrolünden kurtarmakla, tam müessiriyetini temin etmektir.

Majistranın *addictio*'su vasıtasile temin edilen tasdika gelince bu da zamanla hafiflemiştir. Değnekle âzat etme usulünün tarihçesi bize bu sahada devlet makamlarının müdahalesinin gittikçe azaldığını göstermekte ve umumî ahval ve vaziyet te bizi *in iure cessio* veya evlât edinme hususundaki *addictio* hakkında da aynı şeyin cereyan ettiğini kabule sevketmektedir: majistranın müdahalesi yavaş yavaş bir şekil meselesi halini almıştır.

Böylece irade beyanının şekli üzerine olduğu kadar bu iradenin kontroluna müessir olan, birbirine muvazi çift bir inkişaf neticesinde, içtimâî grubun müdahalesinin gittikçe ehemmiyetini kaybettiği görülüyor. Diğer bir tâbirle devlet, âmme hukuku sahasından yalnızca hususî hukuku ilgilendiren muamelelerden kendi alâkasını çekiyor. Daha klâsik devirden bile evvel, evlenme, vasiyetname, âzat etme ve temlik muameleleri, gün geçtikçe hafifleşen şekil şartlarına riayet kaydile serbest bir şekilde yapılabiliyordu.

Ferdî iradenin bu fevkalâde serbestiye kavuşması diğer bir tâbirle eski Romada irade muhtariyetinin bu tedricî inkişafı içtimâî bünyede husule gelen tahavvüllerle izah edilebilir. Roma, adet itibarile mahdut ve nisbeten kapalı bulunan bir takım aile gruplarından teşekkül ettiği müdetçe, bu ailelerin kendi bünyelerinde mal bakımından olduğu kadar şahıs bakımından da mühim değişmelere maruz kalıp kalmamaları meselesi umumî menfaati alâkadar ediyordu. Bu sebeptendir ki devlet, evlenme, âzat etme ve velâyetten çıkarma suretile şahısların bir aileden diğer bir gruba geçişlerine ve malların da *mancipatio* ve vasiyetname yolile nakillerine çok yakından nezaret etmekte idi. Fakat Roma Devleti daha genişleyip daha kuvvetlendiği ve muhtelif aile grupları birbirlerini

içinde kaynaştığı zaman, diğer bir tâbirle, içtimai hayatın daha kesifleştiği ve bütün muamelâtın çoğaldığı devirde, devlet gayet tabii olarak bunlarla alâkasını keserek, vatandaşları istedikleri gibi hareket etmekte serbest bıraktı ve bu şekilde de eskiden âmme hukuku sahasına ait olan bir çok hukukî muameleler hususî hukuk müessesesi oldular.

Fakat her şeyden evvel Cicero'nun bazı metinlerinin her hangi bir iltibasa mahal vermesi ihtimalini önlemek lâzımdır. Cicero bazı yerlerde iktisap şekillerinden bahsederken bunların ekserisinin hususî hukuku alâkadar ettiği halde iktisabî müruru zamanın müktesibe devletin garantisini temin ettiğini söylüyor. Büyük hatip bu hususta ya vaziyeti ilzam etmekte ve yahut ta ihtiyarî olarak meseleyi karanlık bırakmaktadır. Meselâ kendisinin yaptığı gibi, müteveffanın ferdi iradesinin mirasçının hakkının esasını teşkil ettiğini iddia etmek tamamen yanlıştır. Vasiyetnameye ve *ab intestat* tevarüse mecburîlik kuvvetini veren miras hukuku kaideleri ve beldenin kanunlarıdır; bunun neticesi olarak ta mirasçı doğrudan doğruya terekeye ait mallar üzerinde mükîyet hakkına ve yahut ta müteveffanın borçlularına karşı alacak hakkına, iktisabî müruru zaman müddetlerini beklemeğe mecbur olmadan, sahip oluyor. Yine aynı suretledir ki *mancipatio* yolile bir şey iktisap eden merasimin ifası ile mutlak şekilde malik olmuştur. *Usucapio* kendisine şu mânâda daha kuvvetli bir vaziyet temin etmektedir ki intikalin neticeleri bu takdirde *verus dominus*'a hakikî malike karşı da dermeyan edilebilir, halbuki müktesip, müruru zaman müddeti esnasında üçüncü şahıslar iddialarına karşı, halefinin hakkına istinat etmek mecburiyetindedir. Buna rağmen müktesip ilk günden itibaren bir aynı hakka sahip olmakta ve bu hak ta sadece *mancipatio* yolile malî devredenin iradesinden değil fakat aynı zamanda beldenin bu merasimin muntazamı bir şekilde ifasına bağladığı müeyyideden gelmektedir.

Filhakika, Romadan, Cicero zamanında olduğu kadar daha evvelki devirlerde de, hukuk grubun iradesine istinat etmektedir. Bu hususta bir taraftan hukukun «hususî» hukuk ve «âmme» hukuku kısımları arasında ve diğer taraftan da bilhassa câmianın kontroluna tâbi olan ve olmıyan muameleler arasından hiç bir tefrik yapmaya lüzum yoktur. Tarifi neticesi olarak her hak içtimai grup tarafından müeyyidelenmiştir. Belki de bu hakikat bir içtimaiyatçı olmıyan Cicero tarafından lâyıkile görülmemiştir. Ve yahut ta avukat sıfatile ve işleri icabı, âmme hukuku sahasına ait olan

bir iktisap şeklinin kuvvetini yükseltmek istemiştir. Her halde kendisinin sözlerine mutlak bir kıymet vermek ağır bir hatayı mucip olur.

Hülâsaten, Romanın hususi hukukî muamelesi, bize, ferdî irade ve ona inzimam eden câmianın tasdikinin bir muhassılası olarak gözükmemektedir. Zamanla bu tasdik keyfiyeti bir çok hallerde tamamen ortadan kalkarak alâkadarların irade izhararını tamamen serbest bırakacak bir derecede hafiflemiştir. Diğer bir tâbirle hususî hukuk sahası âmme hukuku sahasının zararına genişlemiştir. Fakat her halde içtimai grubun muvafakati bu nevi hukukî muamelelerle ihdas edilen hakkın esasî olarak kalmaktadır.

Prof. Henry Lévy - Bruhl

Tercüme eden:

Türkân Basman